
Datum: 25.11.2016
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 16. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: I-16 U 5/16
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2016:1125:I16U5.16.00

Vorinstanz: Landgericht Wuppertal, 4 O 274/15
Rechtskraft: nicht rechtskräftig

Tenor:

Auf die Berufung der Kläger wird das am 26.11.2015 verkündete Urteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts Wuppertal geändert und zur Klarstellung wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an die Kläger 26.039,47 EUR nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 09.06.2015 zu zahlen.

Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Beklagte.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Kläger zuvor Sicherheit in Höhe von 110% des zu vollstreckenden Betrages leisten.

Die Revision wird nicht zugelassen.

G r ü n d e

A.

Unter dem 13.09.2009 schlossen die Parteien ein Baudarlehen über einen Nennbetrag in Höhe von 110.000,00 Euro. Das Darlehen war jährlich mit 5,400 v.H. zu verzinsen. Der effektive Jahreszins betrug 5,54 %. Das Darlehen war durch eine Grundschuld gesichert. Unter dem 14.06.2012 teilte die Beklagte den Klägern im Rahmen eines

1

2

3

„Aufhebungsvertrages“ unter näherer Berechnung im Einzelnen mit, dass die vorzeitige Ablösung und Beendigung des Festzinsdarlehens nur gegen Zahlung einer Vorfälligkeitsentschädigung in Höhe von 26.039,47 Euro möglich sei. Die Kläger zahlten diesen Betrag im Rahmen der Abwicklung des Baudarlehens und beendeten im Juni 2012 die vertraglichen Beziehungen der Parteien. Wegen der Einzelheiten des Aufhebungsvertrages wird auf Blatt 9/10 GA verwiesen. Mit Schreiben vom 26.05.2015 widerriefen die Kläger den ursprünglichen Darlehensvertrag vom 13.09.2009 und forderten die Beklagte erfolglos zur Rückzahlung der Vorfälligkeitsentschädigung zuzüglich Zinsen bis zum 09.06.2015 auf.

Die Kläger haben die Auffassung vertreten, sie hätten auch im Jahre 2015 noch wirksam vom ursprünglichen Darlehensvertrag zurücktreten können, da dieser keine den gesetzlichen Anforderungen entsprechende Belehrung zum Widerrufsrecht enthalten habe. So habe die im Vertrag übernommene Widerrufsbelehrung in mehrfacher Hinsicht nicht dem gesetzlichen Muster nach § 14 BGB Info-Verordnung entsprochen. Die Kläger haben die Auffassung vertreten, mit Abschluss der Aufhebungsvereinbarung hätten sie nicht auf ihr Widerrufsrecht verzichtet, das ihnen zum Zeitpunkt der Unterzeichnung der Vereinbarung unbekannt gewesen sei. Im Übrigen sei das Recht zum Widerruf eines Vertrages bei unwirksamer Belehrung niemals ausgeschlossen. Eine Aufhebungsvereinbarung stelle nur eine Fortsetzung des Vertragsverhältnisses in anderer Form dar. Die Aufhebungsvereinbarung habe auf das Widerrufsrecht keine Auswirkung und könne dieses nicht beseitigen. 4

Demgegenüber hat die Beklagte die erteilte Widerrufsbelehrung für ordnungsgemäß und die Widerrufsfrist daher für abgelaufen gehalten. Überdies sei der Darlehensvertrag aufgrund der Aufhebungsvereinbarung vollständig erledigt, erfüllt und abgewickelt, woraus folge, dass die Kläger ein etwaiges Widerrufsrecht verwirkt hätten. Vorsorglich hat sie geltend gemacht, sie müsse Nutzungsentschädigung nur im Hinblick auf die empfangenen Zinszahlungen leisten, nicht jedoch im Hinblick auf die Tilgungsleistungen. Im Übrigen müsse sie nur ihre tatsächlich gezogenen Nutzungen zahlen. Sie habe für die Refinanzierung von Verbraucherdarlehen durchgängig die sog. Pfandbriefkurve“ zugrunde gelegt und verwendet, wie sie vom Verband Deutscher Pfandbriefbanken herausgegeben werde. Die Zinsen, die sie für das entsprechende, von ihr selbst aufgenommene Refinanzierungsdarlehen, habe zahlen müssen, seien lediglich 1,27 % niedriger gewesen als die mit den Klägern vereinbarten Zinsen. Dies zugrunde gelegt müsse sie an die Kläger allenfalls einen Betrag von 13.220,49 EUR zurückzahlen. Wegen der Berechnung wird auf die Anlage H1 (GA 25ff.) Bezug genommen. 5

Wegen des weiteren erstinstanzlichen Vorbringens wird gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO ergänzend auf die tatsächlichen Feststellungen des landgerichtlichen Urteils, die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst deren Anlagen sowie die Sitzungsniederschriften Bezug genommen. 6

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und zur Begründung ausgeführt, den Klägern stehe gegen die Beklagte kein Anspruch auf Rückzahlung der Vorfälligkeitsentschädigung aus § 812 Abs. 1 BGB zu. Die Beklagte habe zwar einen vermögenswerten Vorteil durch Leistung der Kläger erlangt. Ihr stehe jedoch ein Rechtsgrund zum Behaltendürfen der Vorfälligkeitsentschädigung aus der Aufhebungsvereinbarung vom 14.06.2012 zu. Weder habe der Rechtsgrund von Anfang an gefehlt noch sei er später weggefallen, § 812 Abs. 1 S. 1, 1., 2. Alt. BGB. 7

Die Beklagte habe gegen die Kläger einen Anspruch auf Zahlung einer Vorfälligkeitsentschädigung in Höhe von 26.930,47 Euro gehabt. Die Beklagte habe mit dem als „Aufhebungsvertrag“ von ihr unterschriebenen Schriftstück vom 14.06.2012 den Klägern 8

unter näherer Berechnung im Einzelnen mitgeteilt, unter welchen Voraussetzungen sie der Ablösung des Festzinsdarlehens und damit der vorzeitigen Auflösung des Darlehensvertrages zustimme. Mit der hierauf folgenden Zahlung durch die Kläger in Höhe der geforderten Vorfälligkeitsentschädigung hätten die Kläger das Angebot der Beklagten angenommen und sich damit zur Abwicklung des Darlehensvertrages im Wege eines Aufhebungsvertrages entschlossen. Wie die Kläger selbst mitteilten, sei durch ihre Zahlung im Juni 2012 die vertragliche Beziehung mit der Beklagten aufgrund des ursprünglich zwischen ihnen geschlossenen Darlehensvertrages vom 13.09.2009 beendet. In der Folge könnten die Kläger daher mangels fortdauernder Existenz desselben den ursprünglich geschlossenen Darlehensvertrag vom 13.09.2009 nicht mehr widerrufen. Wollte man dies anders sehen, hätten die Kläger gleichwohl mit ihrem Schreiben vom 26.05.2015 den Darlehensvertrag vom 13.09.2009 nicht mehr wirksam widerrufen können, ungeachtet des Umstands, ob ihnen ein Recht zum Widerruf überhaupt zugestanden habe, denn zu diesem Zeitpunkt sei ein etwaiges Widerrufsrecht bereits verwirkt gewesen. Das für den Tatbestand der Verwirkung erforderliche Zeitmoment sei hier erfüllt. Die Kläger hätten das ursprünglich unter dem 13.09.2009 aufgenommene Baudarlehen im Einvernehmen mit der Beklagten auf der Grundlage der Aufhebungsvereinbarung vom 14.06.2012 vorzeitig aufgelöst. Ihre auf Abschluss des Darlehensvertrages gerichtete Willenserklärung hätten die Kläger gleichwohl erst mit Schreiben vom 26.05.2015 widerrufen. Damit hätten die Kläger bis zum Widerruf des ursprünglichen Darlehensvertrages einen Zeitraum von nochmals knapp drei Jahren nach vorzeitiger Auflösung des Vertrages verstreichen lassen, ohne tätig geworden zu sein. Auch das sogenannte Umstandsmoment sei erfüllt. Rund drei Jahre, gerechnet von der vorzeitigen Ablösung an, habe die Beklagte nicht mehr mit einem Widerruf des Darlehensvertrages rechnen müssen, sondern habe auf den Bestand der mit der vorzeitigen Auflösung des Ursprungsvertrages erfolgten beiderseitigen Vertragserfüllung vertrauen können. Insofern habe sich die Beklagte darauf einrichten können, von den Klägern nicht mehr in Anspruch genommen zu werden und habe nach der Lebenserfahrung auch entsprechend disponiert, statt diesbezüglich Rückstellungen zu bilden. In diesem Zusammenhang komme es dann auch nicht darauf an, ob die Kläger etwa über ihre vermeintliche Rechtspositionen in Unkenntnis gewesen seien oder nicht. Anhaltspunkte dafür, dass die Beklagte hier in irgendeiner Weise den Klägern gegenüber eine Rechtsposition treuwidrig verheimlicht habe, bestünden nicht. Vielmehr reiche es, dass die Kläger hier mit Veröffentlichung des Grundsatzurteils des Bundesgerichtshofs vom 15.12.2009 (Aktenzeichen: XI ZR 45/09) objektiv eine für sie etwaig günstigere Rechtsposition hätten erkennen können. Entscheidend sei hier, dass die Beklagte von den Klägern nach rund drei Jahren binnen eines vollständig vorzeitig aufgelösten Altkredits mit dem gelöschten Konto in Anspruch genommen werde. Auch bei Zugrundelegung bankkaufmännischer, sorgfältiger Geschäftsführung seien die dem Geschäft zugrunde liegenden Angelegenheiten seit langem erledigt gewesen. Jedenfalls aber stehe der Durchsetzung des von den Klägern mit der Klage verfolgten Anspruchs der allgemein und übergeordnete Gesichtspunkt eines Verstoßes gegen Treu und Glauben entgegen, § 242 BGB. Insoweit schließe sich das Landgericht den Ausführungen des Oberlandesgerichts Düsseldorf im Beschluss vom 10.11.2015, Az. I-6 U 296/14, an.

Gegen diese Entscheidung haben die Kläger form- und fristgerecht Berufung eingelegt und unter Vertiefung des erstinstanzlichen Vortrags damit begründet, das Landgericht habe rechtsfehlerhaft eine Verwirkung der Ansprüche angenommen. Die Aufhebungsvereinbarung der Parteien hindere einen Widerruf nicht, da diese kein abschließender Vergleich sei, der alle wechselseitigen Ansprüche der Vertragspartner erfasse. Ein Verzicht auf das Widerrufsrecht sei darin auch nicht enthalten. Die Widerrufsbelehrung entspreche in mehrfacher Hinsicht, was die Kläger im Einzelnen aufführen, nicht der Musterverordnung.

9

Die Kläger beantragen,	
das Urteil des Landgerichts Wuppertal, Az. 4 O 274/15, zu ändern und die Beklagte zur verurteilen, an sie 26.039,47 Euro nebst 5% Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 09.06.2015 zu zahlen.	11
Die Beklagte beantragt,	12
die Berufung zurückzuzuweisen.	13
Die Beklagte verteidigt im Wesentlichen das erstinstanzliche Urteil unter Vertiefung ihres erstinstanzlichen Sachvortrags.	14
Wegen der weiteren Einzelheiten des zweitinstanzlichen Vorbringens wird auf die Schriftsätze der Parteien nebst deren Anlagen Bezug genommen.	15
B.	16
Die Berufung ist begründet.	17
I.	18
Entgegen der Auffassung des Landgerichts haben die Kläger einen Anspruch auf Zahlung von € 26.039,47 gemäß §§ 346 Abs. 1, 357 Abs. 1 Satz 1 BGB i.V.m. §§ 355 Abs. 1 Satz 1, 495 Abs. 1 BGB in der bis zum 10.06.2010 gültigen Fassung.	19
1.	20
Auf das vorliegende Vertragsverhältnis findet § 495 BGB in der vom 01.08.2002 bis zum 10.06.2010 geltenden Fassung, §§ 355, 357 BGB in der vom 08.12.2004 bis 10.06.2010 geltenden Fassung, §§ 14 und 16 BGB-InfoV in der vom 01.09.2002 bis 10.06.2010 geltenden Fassung (fortan jeweils: a.F.) Anwendung, weil der Darlehensvertrag im Jahr 2009 und damit vor dem 11.06.2010 geschlossen worden ist, Art. 229 § 22 Abs. 2 EGBGB (vgl. hierzu auch BGH, Urteil vom 15.08.2012, VIII ZR 378/11, Juris Rn. 9; Palandt/Sprau, BGB, 75. Aufl. 2016, Art. 229 § 22 Rn. 3 EGBGB). Anlage 2 zu § 14 BGB-InfoV ist angesichts der Aushändigung der Widerrufsbelehrung im Juni 2009 sowohl in der vom 08.12.2004 bis 31.03.2008 geltenden Fassung als auch in der vom 04.03.2008 bis 03.08.2009 geltenden Fassung zu berücksichtigen, § 16 BGB-InfoV a.F.	21
2.	22
Die Vorschriften über den Widerruf nach §§ 495 Abs. 1, 355 Abs. 1 BGB a.F. sind ungeachtet der zuvor erfolgten vorzeitigen Darlehensablösung vorliegend anwendbar.	23
a)	24
Die vorzeitige Ablösung des Darlehens erfolgte entgegen der Auffassung der Beklagten nicht aufgrund einer Einigung der Parteien darüber, dass damit alle etwaigen wechselseitigen Verpflichtungen endgültig erledigt wären. Denn ein derartiger, auf einen Vergleich (§ 779 BGB), einen Erlass oder ein negatives Schuldanerkenntnis (§ 397 BGB) gerichteter Parteiwille kann der Einigung über die vorzeitige Ablösung des Darlehens nicht entnommen werden. Die diesbezüglichen Erklärungen der Parteien im Hinblick auf die vorzeitige Ablösung des Darlehens sind insoweit nach §§ 133, 157 BGB auszulegen.	25

Gemäß §§ 133, 157 BGB ist bei der Auslegung von Willenserklärungen und Verträgen, wozu auch der Vergleich gehört, der wirkliche Wille der Erklärenden zu erforschen. Dabei ist – trotz des in § 133 BGB enthaltenen Verbots der Buchstabeninterpretation – bei der Bestimmung des maßgeblichen Inhalts der Erklärung vom Wortlaut der Erklärung auszugehen (vgl. BGH-Urteil vom 27.01.2010, VIII ZR 58/09; Urteil vom 14.02.2007, IV ZR 150/05; Urteil vom 31.01.1995, XI ZR 56/94). Eine empfangsbedürftige Willenserklärung ist dabei so auszulegen, wie der Erklärungsempfänger sie nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte von seinem Empfängerhorizont aus verstehen musste. In einem weiteren Schritt sind sodann die Begleitumstände heranzuziehen, soweit sie einen Schluss auf Sinn und Zweck der Erklärung zulassen, und es sich um Umstände handelt, welche der anderen Partei bekannt oder zumindest erkennbar waren (vgl. BGH-Urteil vom 19.01.2000, XIII ZR 275/98). Wichtige Anhaltspunkte können in diesem Zusammenhang die Entstehungsgeschichte der auszulegenden Vereinbarung sein, ebenso Äußerungen der Parteien oder in bestimmten Geschäftsbereichen übliche Usancen (vgl. Palandt/Ellenberger, BGB, 73. Aufl. 2014, § 133 Rdnr. 16/17). Zu berücksichtigen ist ferner die Interessenlage der Parteien und der mit dem Rechtsgeschäft verfolgte Zweck, wobei im Zweifel derjenigen Auslegung der Vorzug zu geben ist, die zu einem vernünftigen, widerspruchsfreien und den Interessen beider Vertragsparteien gerecht werdenden Ergebnis führt (vgl. BGH-Urteil vom 14.12.2005, XII ZR 241/03).

Weder ist ein Vertragswortlaut vorgetragen, der eine endgültige Abgeltung aller wechselseitigen Verpflichtungen nahe legen könnte, noch ist nach der Entstehungsgeschichte oder Interessenlage der Parteien von einem solchen Vertragsinhalt auszugehen. Nach der Entstehung der Einigung wird vielmehr deutlich, dass die Parteien andere Verpflichtungen als den Rückzahlungs- und Zinsanspruch der Beklagten weder in den Blick genommen noch geregelt haben, als die Kläger sich Mitte 2012 nach der Möglichkeit einer vorzeitigen Ablösung erkundigten und die Beklagte sich daraufhin gegen Zahlung der streitgegenständlichen Vorfälligkeitsentschädigung zu einer vorzeitigen Ablösung bereit erklärte. Auch die im Zeitpunkt der Einigung bestehende Interessenlage der Parteien deutet nicht auf eine solche Einigung hin. Denn es ist nicht zu erwarten, dass die Kläger den Weg der Ablösung gegen Vorfälligkeitsentschädigung gewählt hätten, wenn ihnen zu diesem Zeitpunkt bereits die Möglichkeit des Darlehenswiderrufs bekannt gewesen wäre, beispielsweise aufgrund einer von der Beklagten in diesem Zusammenhang erteilten Nachbelehrung über das noch nicht erloschene Widerrufsrecht (hierzu nachfolgend), mit dem sie jederzeit die noch nicht abgelaufene Widerrufsfrist hätte in Gang setzen können.

b)

Die vorzeitige Ablösung des Darlehens im Jahre 2012 steht dem in 2015 erklärten Widerruf der Verbrauchererklärung, auch nicht deswegen entgegen, weil ein für die Ausübung des Gestaltungsrechts vorausgesetztes Schuldverhältnis damit nicht mehr bestanden hätte.

aa)

Die wohl herrschende Auffassung und die überwiegende obergerichtliche Rechtsprechung geht von einer Anwendbarkeit des Widerrufsrechts auch auf einvernehmlich abgelöste oder gekündigte Verbraucherdarlehensverträge aus, wenn der Verbraucher bei der Ablösung in Unkenntnis seines fortbestehenden Widerrufsrechts handelte (OLG Hamm, Urteil vom 04.11.2015, 31 U 64/15, Juris Rn. 24; OLG Hamm, Urteil vom 25.03.2015, I-31 U 155/14, Juris Rn. 15; OLG Zweibrücken, Hinweisbeschluss vom 10.05.2012, 7 U 84/09, Juris Rn. 11; OLG Frankfurt, Beschluss vom 10.03.2014, 17 W 11/14, Juris Rn. 13; BeckOK-BGB/Müller-Christmann, 38. Ed. 2015, Rn. 13; ganz allgemein für die Anwendung beim gekündigten

Vertrag Palandt/Grüneberg, 75. Aufl. 2016, § 355 BGB, Rn. 2; jurisPK-BGB/Hönninger, 7. Aufl. 2014, § 355 BGB, Rn. 10). Der Bundesgerichtshof hat für den Widerruf von Versicherungsverträgen entschieden, dass eine Kündigung des Vertrages in Unkenntnis des Widerrufsrechts der späteren Ausübung des Widerrufsrechts nicht entgegensteht (Urteil vom 18.10.2013, IV ZR 52/12, Juris Rn. 24; BGH, Urteil vom 07.05.2014, IV ZR 76/11, BGHZ 201, 101, Juris Rn. 36).

Für diese Auffassung wird angeführt, dass der Verbraucher sein Widerrufsrecht durch eine Kündigung des Vertrages nicht verliere, wenn er sein Wahlrecht zwischen dem ihm günstigeren Widerrufsrecht und anderer Möglichkeiten der Vertragsbeendigung (Ablösungsvertrag, Kündigung) mangels ordnungsgemäßer Belehrung über sein Widerrufsrecht nicht sachgerecht ausüben könne (BGH, a.a.O.). Die gegenteilige Auffassung werde dem Verbraucherschutz nicht gerecht (OLG Hamm, Urteil vom 04.11.2015, a.a.O.). Die vollständige beiderseitige Erfüllung eines Verbraucherdarlehensvertrages stünde dem Widerruf gerade nicht entgegen, da es anders als (früher) zum Haustürwiderrufsgesetz gerade keine entsprechende gesetzliche Anordnung gebe (OLG Zweibrücken, Beschluss vom 10.5.2012, 7 U 84/09, Juris Rn. 11). Auch habe der Verbraucher zwischen Anfechtungsrecht und Widerrufsrecht die Wahl (vgl. BGH, Urteil vom 25.11.2009, VIII ZR 318/08, BGHZ 183, 235, Juris Rn. 17 m.w.N. und unter Hinweis auf Erwägungsgrund 14 der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.05.1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, ABl. EG Nr. L 144, S. 19). Schließlich stünde nach herrschender Auffassung nicht einmal die anfängliche Nichtigkeit der Anwendbarkeit des Widerrufsrechts entgegen (vgl. BGH, Urteil vom 25.11.2009, VIII ZR 318/08, BGHZ 183, 235, Juris Rn. 12 ff.; MüKo-BGB/Fritsche, 7. Aufl. 2016, § 355 Rn. 33; BeckOK-BGB/Müller-Christmann, 38. Ed. 2015, § 355 Rn. 12; Erman/Koch, BGB, 14. Aufl. 2014, § 355 Rn. 6; Bülow/Artz, Verbraucherkreditrecht, § 495 BGB, Rn. 53; Petersen, JZ 2010, 315; Skamel, ZGS 2010, 106; Staudinger/Kessal-Wulf, BGB, Neubearb. 2012, § 495 Rn. 13 ff.; a.A. Staudinger/Kaiser, BGB, Neubearb. 2012, § 355 Rn. 30; Faust, JuS 2010, 442, 444). Für die Anfechtung nichtiger Verträge sei dies seit jeher anerkannt (h.M., vgl. Kipp, FS Martitz, 1911, S. 211; MüKo-BGB/Busche, 7. Aufl. 2015, § 142 Rn. 12; Soergel/Hefermehl, BGB, 13. Aufl. 2009, § 142 Rn. 7; Flume BGB AT II § 31, 6, S. 566 f.).

bb) 33

Demgegenüber lehnt der 6. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf schon die Anwendbarkeit der Widerrufsvorschriften unter Hinweis darauf ab, dass das als besonderes Rücktrittsrecht ausgestaltete Widerrufsrecht der Umgestaltung eines bestehenden Schuldverhältnisses diene und daher keine Anwendung finden könne, wenn der Vertrag bereits anderweitig in Wegfall geraten sei, beispielsweise indem er durch einen anderen Vertrag ersetzt worden sei (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18.01.2012, I-6 W 221/11, Juris Rn. 15; dem folgend LG Siegen, Urteil vom 10.10.2014, 2 O 406/13, Juris Rn. 20 ff.; LG Essen, Urteil vom 24.04.2014, 6 O 12/14, Juris Rn. 30). Die Rechtsprechung zum Widerruf von Versicherungsverträgen stehe nicht entgegen, da der Bundesgerichtshof jedenfalls im Ergebnis auch dazu gelange, dass nach vollständiger beiderseitiger Leistungserbringung keine Widerrufsmöglichkeit mehr bestehe (LG Siegen, a.a.O.). Auch die Rechtsprechung zum Widerruf von nichtigen Verträgen stehe nicht entgegen, da es insoweit um die Wahl zwischen unterschiedlichen Rückabwicklungsmöglichkeiten gehe, der Darlehensnehmer bei einer Aufhebungsvereinbarung aber gerade privatautonom die Bindung an die Verträge anerkenne; auch erfordere der Schutz des Verbrauchers vor übereiltem Vertragsschluss die Widerrufsmöglichkeit nicht mehr, wenn der Verbraucher die grundsätzliche Widerrufsmöglichkeit kannte und die Belehrung nicht in Bezug auf die Frist missverständlich

gewesen sei (LG Essen, a.a.O.). Auch wird die Ansicht vertreten, dass die vorstehend zitierte Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zum Widerruf von Versicherungsverträgen auf das Verbraucherkreditrecht nicht übertragbar sei. Die versicherungsrechtlichen Vorschriften dienten dem Ziel, dem Verbraucher die Möglichkeit einzuräumen, die wettbewerbsrechtliche Vielfalt des Marktes zu nutzen, während der Verbraucherschutz den Verbraucher vor übereilten Entscheidungen schützen solle (vgl. Wahlers in WM 2015, 1043, 1047).

cc) 35

Der Senat folgt der erstgenannten Auffassung. Weder der Wortlaut, noch die Gesetzessystematik oder die dogmatische Einordnung des Widerrufs stehen der Anwendung der Widerrufsvorschriften auf einen gekündigten Vertrag entgegen, so dass entsprechend dem gesetzlichen Ziel des Verbraucherschutzes der Anwendung der Widerrufsregeln der Vorzug zu geben ist. 36

Wortlaut oder Gesetzessystematik der §§ 355, 495 BGB a.F. enthalten keine Anwendungseinschränkungen auf laufende (Darlehens-)Verträge. Im Gegenteil ist der Widerruf auf die vom Verbraucher abgegebene Vertragserklärung gerichtet und kann beispielsweise schon vor Wirksamwerden des Vertrages erklärt werden und so das Entstehen wechselseitiger vertraglicher Pflichten schon im Vorhinein verhindern (Palandt/Grüneberg, BGB, 75. Aufl. 2016, § 355 Rn. 7). Es wäre daher reine Begriffsjurisprudenz, für das Entstehen eines Rückabwicklungsschuldverhältnisses ein Schuldverhältnis mit noch bestehenden wechselseitigen Pflichten vorauszusetzen (so auch Faust, JuS 2010, 442, 443). Dass die dogmatische Einordnung des Widerrufs als rücktrittsähnliches Gestaltungsrecht, das zu einem Rückgewährschuldverhältnis führt, der Anwendung der Widerrufsvorschriften nicht entgegensteht, zeigt im Übrigen die Rechtsprechung zum Widerruf nichtiger Verträge (BGH, Urteil vom 25.11.2009, a.a.O.), die ihrerseits auf eine lange dogmatische Tradition der Anfechtbarkeit auch nichtiger Verträge zurückreicht (BGH, Urteil vom 21.06.1955, V ZR 53/54; Kipp, a.a.O.; Flume a.a.O.). Soweit Kaiser gegen den Widerruf nichtiger Verträge einwendet, dieser sei fragwürdig, da dem Verbraucherschutz in diesem Zusammenhang zwar ohne weiteres der Vorrang vor den Interessen des Unternehmers gegeben werden könne, nicht aber vor dem im Rahmen der bereicherungsrechtlichen Abwicklung auch über § 817 Satz 2 BGB geschützten Allgemeininteresse (Staudinger/Kaiser a.a.O.), teilt der Senat diese Bedenken nicht. Angesichts des hohen gesetzlichen Stellenwertes des Verbraucherschutzes ist es durchaus folgerichtig, gerade in diesem Bereich die dem Verbraucher vorteilhaftere Rückabwicklung über den Widerruf auch dann zuzulassen, wenn auch der Verbraucher die Sittenwidrigkeit des Geschäftes kannte, wie in dem vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall über den Kauf eines Radarwarngeräts (BGH, Urteil vom 25.11.2009, a.a.O.). Besonders gelagerte Fälle, in denen es dem Verbraucher beispielsweise nur auf die Schädigung des Unternehmers ankommt, können auch bei grundsätzlicher Anwendbarkeit der Widerrufsvorschriften über den in § 242 BGB geregelten Grundsatz von Treu und Glauben einer angemessenen Lösung zugeführt werden (vgl. BGH, Urteil vom 25.11.2009, a.a.O.). In seiner aktuellen Fassung erkennt das Gesetz für den Fall der Formnichtigkeit des Verbraucherdarlehensvertrages ausdrücklich an, dass Widerruf und Nichtigkeit nebeneinander geltend gemacht werden können, ist doch in § 356b Abs. 2 BGB bestimmt, dass die Widerrufsfrist bei Fehlen der Pflichtangaben nach § 492 Abs. 2 BGB noch nicht beginnt, was jedoch gem. § 494 Abs. 1 BGB zugleich zur Nichtigkeit des Vertrages führt (gleiches galt für die davor gültige Fassung, vgl. Staudinger/Kessal-Wulf, BGB, Neubearb. 2012, § 495 Rn. 13). Auch hat der Gesetzgeber, wie die Materialien des Gesetzes zeigen, die Widerrufsmöglichkeit bei einem beendeten Vertrag gesehen und in seiner Tragweite erkannt, 37

zur Abhilfe aber für die Zukunft Musterbelehrungen und für die Vergangenheit die Möglichkeit der Nachbelehrung als ausreichend angesehen (vgl. Lechner, WM 2015, 2165 mit einer ausführlichen Darstellung der Materialien).

Auch sind die vom Bundesgerichtshof zum Widerruf von Versicherungsverträgen angestellten 38
Erwägungen auf das Widerrufsrecht bei Verbraucherkrediten übertragbar. Sinn und Zweck
des Widerrufsrechts nach § 495 BGB ist es, dem Verbraucher aufgrund der regelmäßig
gegebenen Komplexität und wirtschaftlichen Bedeutung eines Darlehensvertrages eine
Bedenkzeit einzuräumen, um zu entscheiden, ob er wirklich an dem Vertrag festhalten will,
und ihn damit vor der Eingehung übereilter, nicht hinreichend bedachter Verpflichtungen zu
schützen (Palandt/Weidenkaff, BGB, 75. Aufl. 2016, § 495 Rn. 1; Staudinger/Reuter, BGB,
Neubearb. 2012, § 495 Rn. 1; Erman/Saenger, BGB, 14. Aufl. 2014, § 495 Rn. 1).
Entscheidend sind hier jedoch nicht die damit teilweise unterschiedlichen Ziele des
Verbraucherschutzes im Versicherungsrecht einerseits und im Verbraucherkreditrecht
andererseits, sondern der Umstand, dass ohne Kenntnis des Widerrufsrechts ein Vertrag
aufgehoben wurde (vgl. Duchstein, NJW 2015, 1409). Ist die Belehrung nicht
ordnungsgemäß, ist die dem Verbraucher eingeräumte Bedenkzeit nach der gesetzlichen
Konzeption unbegrenzt, bis der Darlehensgeber eine ordnungsgemäße Nachbelehrung
erteilt. Bei Fehlen einer ordnungsgemäßen Belehrung über das Widerrufsrecht ist damit also
auch für den späteren Zeitpunkt einer Ablösungsvereinbarung oder Kündigung nicht
sichergestellt, dass dem Verbraucher sein fortbestehendes Widerrufsrecht bewusst ist und er
damit die Vor- und Nachteile der unterschiedlichen Lösungsmöglichkeiten vom Vertrag
abwägen kann (so zur Kündigung des Versicherungsvertrages BGH, Urteil vom 16.10.2013,
a.a.O.).

3. 39

Der am 26.05.2015 erklärte Widerruf erfolgte rechtzeitig gem. §§ 355 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 40
Satz 1 BGB a.F. Bei Ausübung des Widerrufsrechts war die zweiwöchige Widerrufsfrist noch
nicht abgelaufen und das Widerrufsrecht nicht nach § 355 Abs. 3 Satz 1 BGB a.F. erloschen,
da die Kläger eine ordnungsgemäße Widerrufsbelehrung zuvor nicht erhalten hatten.

a) 41

Nach § 355 Abs. 2 S. 1 BGB a.F. beginnt die Frist mit dem Zeitpunkt, zu dem dem 42
Verbraucher eine deutlich gestaltete Belehrung über sein Widerrufsrecht, die ihm seine
Rechte deutlich macht, in Textform mitgeteilt worden ist. Dabei erfordert der mit dem
Widerrufsrecht bezweckte Schutz des Verbrauchers eine umfassende, unmissverständliche
und für den Verbraucher eindeutige Erklärung (BGH, Urteil vom 10.03.2009, XI ZR 33/08, Tz.
14).

Diesen Anforderungen genügt die Widerrufsbelehrung nicht. Die unter dem Teil „Finanzierte 43
Geschäfte“ verfasste Belehrung ist nicht unmissverständlich und eindeutig für den Verbraucher
gefasst, da sie verschiedene Arten von finanzierten Geschäften behandelt und miteinander
vermischt anstatt sich auf den finanzierten Grundstückserwerb des Verbrauchers hier zu
beschränken. Dies führt hinsichtlich der Rechtsfolgen für den Verbraucher zur Verwirrung, da er
die rechtliche Einordnung seines Vertrages mit den entsprechenden rechtlichen Folgen selbst
vornehmen muss, was schwierig ist.

b) 44

45

Die fehlerhafte Widerrufsbelehrung gilt auch nicht als ordnungsgemäß gem. § 14 Abs. 1 BGB-InfoV a.F. Dabei könnte sich der Verwender auch dann auf die Gesetzlichkeitsfiktion berufen, wenn das danach vorgegebene Muster fehlerhaft ist und den gesetzlichen Anforderungen des § 355 Abs. 2 BGB a.F. an eine ordnungsgemäße Widerrufsbelehrung nicht genügt (BGH, Urteil vom 15.08.2012, VIII ZR 378/11, Juris Rn. 14; BGH, Beschluss vom 20.11.2012, II ZR 264/10, Juris Rn. 6; BGH, Urteil vom 18.03.2014, II ZR 109/13, Juris Rn. 15). Die Beklagte hat ein Formular verwendet, das nicht dem Muster der Anlage 2 entspricht.

Verwendet der Unternehmer für die Belehrung das Muster der Anlage 2, darf er in Format und Schriftgröße von dem Muster abweichen und Zusätze wie die Firma oder ein Kennzeichen des Unternehmers anbringen (§ 14 Abs. 3 BGB-InfoV a.F.). In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist anerkannt, dass die Schutzwirkung des § 14 Abs. 1 und 3 BGB-InfoV a.F. nur dann greift, wenn der Unternehmer ein Formular verwendet hat, das dem Muster sowohl inhaltlich als auch in der äußeren Gestaltung vollständig entspricht, nicht aber, wenn der Unternehmer den Text der Musterbelehrung einer eigenen inhaltlichen Bearbeitung unterzogen hat. Das gilt unabhängig vom konkreten Umfang der von ihm vorgenommenen inhaltlichen Änderungen, da sich schon mit Rücksicht auf die Vielgestaltigkeit möglicher individueller Veränderungen des Musters keine verallgemeinerungsfähige bestimmte Grenze ziehen lässt, bei deren Einhaltung eine Schutzwirkung noch gelten und ab deren Überschreitung sie bereits entfallen soll, und selbst dann, wenn die Abweichungen von der Musterbelehrung nur in der Aufnahme von insoweit zutreffenden Zusatzinformationen zugunsten des Belehrungsempfängers bestehen (st. Rechtspr. BGH, Urteil vom 23.06.2009, XI ZR 156/08, Juris Rn. 15; BGH, Urteil vom 09.12.2009, VIII ZR 219/08, Juris Rn. 20; BGH, Urteil vom 01.12.2010, VIII ZR 82/10, Juris Rn. 15 f.; BGH, Urteil vom 02.02.2011, VIII ZR 103/10, Juris Rn. 21; BGH, Urteil vom 01.03.2012, III ZR 83/11, Juris Rn. 17; BGH, Urteil vom 18.03.2014, II ZR 109/13, Juris Rn. 15 ff.; BGH, Beschluss vom 10.02.2015, II ZR 163/14, Juris Rn. 8 ff.).

Nach dieser Maßgabe weicht die von der Beklagten verwendete Belehrung von dem Muster nach Anlage 2 zur BGB-InfoV a.F. ab, was der nachstehenden Gegenüberstellung von Musterbelehrung (jeweils links) und verwendeter Belehrung (jeweils rechts) zu entnehmen ist.

aa)

Die Beklagte hat sich in Bezug auf die Belehrung in zunächst zulässiger Weise an der vorgegebenen Belehrung für den Darlehensvertrag orientiert und Überschrift sowie ersten Satz unverändert wiedergegeben:

(Muster)	(Beklagte)
„Finanzierte Geschäfte Widerrufen Sie diesen Darlehensvertrag, mit dem Sie Ihre Verpflichtungen aus einem anderen Vertrag finanzieren, so sind Sie auch an den anderen Vertrag nicht gebunden, wenn beide Verträge eine wirtschaftliche Einheit bilden.“	„Finanzierte Geschäfte Widerrufen Sie diesen Darlehensvertrag, mit dem Sie Ihre Verpflichtungen aus einem anderen Vertrag finanzieren, so sind Sie auch an den anderen Vertrag nicht gebunden, wenn beide Verträge eine wirtschaftliche Einheit bilden.“

46

47

48

49

50

51

Für den zweiten Satz sieht die Musterbelehrung zwei Alternativen vor, die die Beklagte indes kumulativ hintereinanderstellt:

52

(Muster)	(Beklagte)
„Dies ist insbesondere anzunehmen, wenn wir zugleich auch Ihr Vertragspartner im Rahmen des anderen Vertrags sind, oder wenn wir uns bei Vorbereitung und Abschluss des Darlehensvertrags der Mitwirkung Ihres Vertragspartners bedienen.“ Bei einem finanzierten Erwerb eines Grundstücks oder eines grundstücksgleichen Rechts ist Satz 2 der vorstehenden Hinweise durch den folgenden Satz zu ersetzen: „Dies ist nur anzunehmen, wenn die Vertragspartner in beiden Verträgen identisch sind oder wenn der Darlehensgeber über die Zurverfügungstellung von Darlehen hinausgeht und Ihr Grundstücksgeschäft durch Zusammenwirken mit dem Veräußerer fördert, indem er sich dessen Veräußerungsinteressen ganz oder teilweise zu Eigen macht, bei der Planung, Werbung oder Durchführung des Projekts Funktionen des Veräußerers übernimmt oder den Veräußerer einseitig begünstigt.“	„Dies ist insbesondere anzunehmen, wenn wir zugleich auch Ihr Vertragspartner im Rahmen des anderen Vertrages sind, oder wenn wir uns bei Vorbereitung und Abschluss des Darlehensvertrages der Mitwirkung Ihres Vertragspartners bedienen. Bei einem finanzierten Erwerb eines Grundstückes oder grundstücksgleichen Rechts ist eine wirtschaftliche Einheit nur anzunehmen, wenn wir zugleich auch Ihr Vertragspartner im Rahmen des anderen Vertrages sind und wenn wir über die Zurverfügungstellung von Darlehen hinaus Ihr Grundstücksgeschäft durch Zusammenwirken mit dem Veräußerer fördern, indem wir uns dessen Veräußerungsinteressen ganz oder teilweise zu eigen machen, bei der Planung, Werbung oder Durchführung des Projekts Funktionen des Veräußerers übernehmen oder den Veräußerer begünstigen.“

Hierin liegt eine inhaltliche Abweichung von dem vorgegebenen Muster, aufgrund derer sich die Beklagte nicht mehr auf die Gesetzlichkeitsfiktion berufen kann. Zwar wird teilweise vertreten, dass eine solche Kumulation nicht zum Verlust der Gesetzlichkeitsfiktion führe (OLG Düsseldorf, Urteil vom 12.06.2015, I-22 U 17/15, Juris Rn. 71; Schleswig-Holsteinisches OLG, Urteil vom 26.02.2015, 5 U 175/14, Juris Rn. 26; LG Kiel, Urteil vom 04.09.2014, 12 O 27/14). Das Landgericht Kiel begründet dies lediglich damit, dass Änderungen in optionalen Teilen der Belehrung unschädlich seien, was – wie nachfolgend dargestellt wird – unzutreffend ist. Der 22. Zivilsenat stellt demgegenüber darauf ab, dass sich eine inhaltliche Änderung nicht ergäbe, da lediglich der speziellere Satz neben den allgemeineren gestellt werde (OLG Düsseldorf, a.a.O.; so auch Schleswig-Holsteinisches OLG, a.a.O.). Dem kann jedoch aufgrund des eindeutigen Wortlautes der Musterbelehrung und dem bei der Beurteilung der Identität von Belehrung und Muster anzulegenden formalen Maßstab nicht gefolgt werden. Es kommt nach der aufgezeigten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes gerade nicht darauf an, ob eine Bedeutungsänderung vorgenommen wird. Durch die Verwendung zweier statt eines vorgesehenen Satzes wird das Muster einer

53

inhaltlichen Bearbeitung unterzogen. Der Fall ist nicht anders zu behandeln, als die vom Bundesgerichtshof entschiedene Hinzufügung zutreffender ergänzender Informationen (vgl. BGH, Urteil vom 18.03.2014, II ZR 109/13, Juris Rn. 17).

bb) 54

Zudem hat die Beklagte den hinzugesetzten Satz mit den nachfolgend unterstrichenen Abweichungen vom Muster formuliert: 55

(Muster)	(Beklagte)	56
Bei einem finanzierten Erwerb eines Grundstücks oder eines grundstücksgleichen Rechts ist Satz 2 der vorstehenden Hinweise durch den folgenden Satz zu ersetzen: „Dies ist nur anzunehmen, wenn die Vertragspartner in beiden Verträgen identisch sind oder wenn der Darlehensgeber über die Zurverfügungstellung von Darlehen hinausgeht und Ihr Grundstücksgeschäft durch Zusammenwirken mit dem Veräußerer fördert, indem er sich dessen Veräußerungsinteressen ganz oder teilweise zu Eigen macht, bei der Planung, Werbung oder Durchführung des Projekts Funktionen des Veräußerers übernimmt oder den Veräußerer <u>einseitig</u> begünstigt.“	„Bei einem finanzierten Erwerb eines Grundstückes oder grundstücksgleichen Rechts ist eine wirtschaftliche Einheit nur anzunehmen, wenn <u>wir zugleich auch Ihr Vertragspartner im Rahmen des anderen Vertrages sind und wenn wir über die Zurverfügungstellung von Darlehen hinaus Ihr Grundstücksgeschäft durch Zusammenwirken mit dem Veräußerer fördern, indem wir uns dessen Veräußerungsinteressen ganz oder teilweise zu eigen machen, bei der Planung, Werbung oder Durchführung des Projekts Funktionen des Veräußerers übernehmen oder den Veräußerer begünstigen.</u> “	

(1) 57

Die Übernahme von Teilen des Textes des Gestaltungshinweises in die Belehrung stellt eine inhaltliche Bearbeitung dar. Der von der Beklagten verwendete erste Halbsatz „Bei einem finanzierten Erwerb eines Grundstücks oder eines grundstücksgleichen Rechts“ ist aus dem Gestaltungshinweis und nicht aus dem darin vorgegebenen Mustertext entnommen. Es liegt ein unzulässiger erläuternder Zusatz im Sinne der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes vor. 58

(2) 59

Aufgrund der Verwendung des Wortes „und“ statt wie im Muster „oder“ suggeriert die Belehrung der Beklagten, dass von einer wirtschaftlichen Einheit nur dann auszugehen sei, wenn kumulativ die Vertragspartner identisch sind und der Darlehensgeber darüber hinaus auch noch das Grundstücksgeschäft durch Zusammenwirken mit dem Veräußerer fördert, während es sich nach der Musterbelehrung insoweit um Alternativen für die Annahme einer wirtschaftlichen Einheit handelt. Es liegt eine sinnenstellende Veränderung des Musters vor. 60

(3) 61

62

Auch der von der Beklagten vorgenommene sprachliche „Perspektivenwechsel“ von der im Muster – an dieser Stelle unverständlicher Weise – verwendeten 3. Person Singular zur 1. Person Plural ist mit einer Abänderung des vorgegebenen Textes sowohl in den Verbformen als auch in den Personalpronomen verbunden. Die Auffassung, dass ein „Perspektivenwechsel“ zulässig sei (so OLG Düsseldorf, Urteil vom 12.06.2015, I-22 U 17/15, Juris Rn. 67; OLG Frankfurt, Urteil vom 07.07.2014, 23 U 172/13, Juris Rn. 40 ff.; Schleswig-Holsteinisches OLG, Urteil vom 26.02.2015, 5 U 175/14, Juris Rn. 27), ist schon allgemein abzulehnen, da auch hier textliche Änderungen vorgenommen werden, die nach dem vom Bundesgerichtshof aufgestellten Grundsatz, dass mit Rücksicht auf die Vielgestaltigkeit möglicher individueller Veränderungen des Musters keine verallgemeinerungsfähigen Grenzen zulässiger Änderungen gezogen werden können, unzulässig sind. Darüber hinaus ist jedenfalls die Umformulierung von „die Vertragspartner in beiden Verträgen identisch sind“ zu „wir zugleich auch Ihr Vertragspartner im Rahmen des anderen Vertrages sind“ eine inhaltliche Bearbeitung, die nicht mehr als unbeachtlich angesehen werden kann. Das Ersetzen des Wortes „identisch“ durch eine Umschreibung stellt ungeachtet der Frage, ob diese den ursprünglichen Sinn verändert oder nicht, eine inhaltliche Änderung des Textes dar (a.A. OLG Düsseldorf, Urteil vom 12.06.2015, I-22 U 17/15, Juris Rn. 67). Dies gilt erst Recht, da mit der Formulierung auch eine Sinnänderung verbunden ist, was der 22. Zivilsenat in der genannten Entscheidung übersieht. Denn in der denkbaren Fallkonstellation von zwei Darlehensnehmern mit einem verbundenen Geschäft, an dem nur einer der Darlehensnehmer beteiligt ist, wäre nach der Musterbelehrung (unzutreffend) keine Identität der Vertragsparteien anzunehmen, während nach der von der Beklagten verwendeten Formulierung die Darlehensgeberin für den betreffenden Darlehensnehmer (zutreffend) als „Ihr Vertragspartner im Rahmen des anderen Vertrages“ angesprochen wäre.

(4) 63

Auch hat die Beklagte bei der Umformulierung das Wort „einseitig“ im Satzteil „oder den Veräußerer einseitig begünstigt“ weggelassen. Auch hierin liegt zum einen ein inhaltlicher Eingriff, zum anderen auch eine Sinnveränderung, da der Aussagegehalt zumindest abgeschwächt wird. 64

c) 65

Auf die Kausalität der unter b) aufgeführten Belehrungsfehler für das Unterbleiben des Widerrufs kommt es nicht an. Entscheidend ist nur, ob die Belehrung durch ihre missverständliche Fassung objektiv geeignet ist, den Verbraucher von der Ausübung seines Widerrufsrechts abzuhalten (vgl. BGH, Urteil vom 12.07.2016 – XI ZR 564/15 – Juris, Rn 26; BGH, Urteil vom 23. Juni 2009 - XI ZR 156/08, WM 2009, 1497 Rn. 25). Davon ist hier auszugehen. Das Landgericht hat zutreffend ausgeführt, das vollständige Weglassen der vorgesehenen rechtlichen Hinweise den Inhalt der Belehrung verkürzt. Der rechtsunkundige Verbraucher ist auf direkte rechtliche Belehrungen angewiesen, da er die Gesetzestexte nicht vor Augen hat. 66

d) 67

Mangels einer gesetzeskonformen Belehrung stand den Klägern, wovon das Landgericht richtig ausgegangen ist, ein sogenanntes "ewiges" Widerrufsrecht zu, das sie noch im Mai 2015 ausüben konnten. 68

4. 69

70

Die Kläger waren an der Ausübung des Widerrufsrechts entgegen der Annahme des Landgerichts auch nicht nach Treu und Glauben gemäß § 242 BGB wegen Verwirkung gehindert. Die langjährige Vertragsdurchführung zusammen mit der nur geringfügigen Fehlerhaftigkeit der Widerrufsbelehrung und der vorzeitigen Ablösung des Darlehens führt hier entgegen dem Landgericht vor dem Hintergrund des zeitlichen Verlaufs weder jeweils für sich genommen, noch zusammen zur Annahme eines Verwirkungstatbestandes.

Auch das Widerrufsrecht des Verbrauchers unterliegt wie jedes Recht grundsätzlich der Verwirkung (BGH, Urteil vom 12. Juli 2016 – XI ZR 564/15 –, juris Rn 34,35; Palandt/Grüneberg, a.a.O., Rn. 88). 71

Die Verwirkung ist ein Fall der unzulässigen Rechtsausübung wegen widersprüchlichen Verhaltens, bei der der Verstoß gegen Treu und Glauben in der illoyalen Verspätung der Rechtsausübung liegt (Palandt/Grüneberg, BGB, 75. Aufl. 2016, § 242 Rn. 87 m.w.N.). Ein Recht ist verwirkt, wenn seit der Möglichkeit der Geltendmachung längere Zeit der Untätigkeit verstrichen ist (Zeitmoment) und besondere Umstände hinzutreten, die die verspätete Geltendmachung als Verstoß gegen Treu und Glauben erscheinen lassen (Umstandsmoment). Letzteres ist der Fall, wenn der Verpflichtete bei objektiver Betrachtung aus dem Verhalten des Berechtigten entnehmen durfte, dass dieser sein Recht nicht mehr geltend machen werde. Ferner muss sich der Verpflichtete im Vertrauen auf das Verhalten des Berechtigten in seinen Maßnahmen so eingerichtet haben, dass ihm durch die verspätete Durchsetzung des Rechts ein unzumutbarer Nachteil entstünde (st. Rspr., zuletzt BGH, Urteil vom 12.07.2016 – XI ZR 564/15 - ; BGH, Urteil vom 06.03.1986, III ZR 195/84, BGHZ 97, 212, 220 f.; BGH, Urteil vom 20.10.1988, VII ZR 302/87, BGHZ 105, 290, 298; BGH, Urteil vom 12.03.2008, XII ZR 147/05, Juris Rn. 22; BGH, Urteil vom 20.07.2010, EnZR 23/09, Juris Rn. 20; BGH, Urteil vom 29.01.2013, Juris Rn. 13; BGH, Urteil vom 23.01.2014, VII ZR 177/13, Juris Rn. 13 m.w.N.; BGH, Urteil vom 07.05.2014, IV ZR 76/11, Juris Rn. 39). Zeit- und Umstandsmoment stehen dabei insoweit in einer Wechselwirkung, als ein besonders gewichtiges Umstandsmoment einen geringeren Zeitablauf ausreichen lässt und bei großem Zeitablauf die Anforderungen an das Umstandsmoment geringer werden (vgl. BGH, Urteil vom 19.12.2000, X ZR 150/98, BGHZ 146, 217, Juris Rn. 43; BGH, Urteil vom 19.10.2005, XII ZR 224/03, Juris Rn. 23). Ob eine Verwirkung vorliegt, richtet sich letztlich nach den vom Tatrichter festzustellenden und zu würdigenden Umständen des Einzelfalles (BGH, Urteil vom 12.07.2016 – XI ZR 564/15 – juris; BGH, Urteil vom 09.10.2013 - XII ZR 59/12, WM 2014, 82 Rn. 7 mwN). 72

Ausgehend von diesen Grundsätzen geht der Senat entgegen den Ausführungen des Landgerichts davon aus, dass weder eine nur in Einzelheiten fehlerhafte Widerrufsbelehrung, noch eine langjährige Vertragserfüllung durch den Verbraucher, noch eine vorzeitige Ablösung des Darlehens Umstände darstellen, aus denen der Unternehmer nach den bislang diskutierten Zeitspannen ein Vertrauen in den Fortbestand des erfüllten Darlehensvertrages ableiten kann. Entscheidend gegen die Annahme von Verwirkung unter diesen Umständen sprechen die vom Bundesgerichtshof aufgestellten Grundsätze und die in den hier anwendbaren Widerrufsvorschriften zum Ausdruck kommenden Wertungen des deutschen und europäischen Normgebers. 73

a) 74

So hat der BGH zuletzt in seiner Entscheidung vom 12.07.2016– XI ZR 564/15 – klargestellt, dass allein aufgrund eines laufend vertragstreuen Verhaltens des Verbrauchers der Unternehmer ein schutzwürdiges Vertrauen darauf, der Verbraucher werde seine auf Abschluss des Verbraucherdarlehensvertrags gerichtete Willenserklärung nicht widerrufen, 75

nicht bilden könne (BGH, Urteile vom 19. Februar 1986 - VIII ZR 113/85, BGHZ 97, 127, 134 f., vom 16. April 1986 - VIII ZR 79/85, BGHZ 97, 351, 359, vom 3. Juli 1991 - VIII ZR 201/90, WM 1991, 1675, 1677, vom 22. Januar 1992 - VIII ZR 374/89, WM 1992, 951, 955 f. und vom 12. Dezember 2005 - II ZR 327/04, WM 2006, 220, 222; Borowski, BKR 2014, 361, 365; Braunschmidt, NJW 2014, 1558, 1560; Domke, BB 2005, 1582, 1584; Gansel/Huth/Knorr, BKR 2014, 353, 360; Homberger, EWiR 2014, 537, 538; Müggenborg/Horbach, NJW 2015, 2145, 2149; weniger eindeutig Duchstein, NJW 2015, 1409, 1410; aA Dawirs, NJW 2016, 439, 441; Hölldampf, WM 2014, 1659, 1665; Lang/Schulz, ZBB 2014, 273, 285 f.; Scholz/Schmidt/Ditté, ZIP 2015, 605, 612).

b)

76

Ferner kommt es nach Ansicht des BGH für das Umstandsmoment auch nicht darauf an, wie gewichtig der Fehler sei, der zur Wirkungslosigkeit der Widerrufsbelehrung führt. Hierzu hat er ausgeführt, der Verbraucher sei entweder ordnungsgemäß belehrt oder nicht (BGH, Urteil vom 12.07.2016– XI ZR 564/15 – vgl. schon EuGH, Slg. 2008, I-2383 Rn. 35; außerdem Bülow, WM 2015, 1829, 1830; Müggenborg/Horbach, NJW 2015, 2145, 2148; aA Braunschmidt, NJW 2014, 1558, 1560; Domke, BB 2005, 1582, 1585; Duchstein, NJW 2015, 1409, 1413; Edelmann/Hölldampf, KSzW 2015, 148, 149 f.; Habersack/Schürnbrand, ZIP 2014, 749, 754 f.; OLG Düsseldorf, NJW 2014, 1599; OLG Frankfurt/Main, Beschluss vom 10. März 2014 - 17 W 11/14, juris Rn. 14 ff.; OLG Köln, WM 2012, 1532, 1534). Den Vorschlag des Zentralen Kreditausschusses zum Entwurf der Bundesregierung für ein "Gesetz zur Änderung der Vorschriften über Fernabsatzverträge bei Finanzdienstleistungen" vom 28. Januar 2004 (dort unter IV 3 S. 8 f.), innerhalb des § 355 Abs. 3 Satz 3 BGB in der dann zum 8. Dezember 2004 in Kraft gesetzten Fassung zwischen wesentlichen und unwesentlichen Belehrungsmängeln zu unterscheiden und das "ewige" Widerrufsrecht bei unwesentlichen Belehrungsmängeln einzuschränken, hat der Gesetzgeber nicht übernommen (vgl. Domke, BB 2005, 1582, 1583 f.). Das Risiko, dass ein Fehler der Widerrufsbelehrung erst nachträglich aufgedeckt wird, trägt nicht der Verbraucher, sondern die Bank. Im Gegenteil wird es dem Verbraucher aus der maßgeblichen Sicht der Bank schwerer fallen, das Fortbestehen des Widerrufsrechts zu erkennen, wenn die Widerrufsbelehrung den Anschein der Richtigkeit und Vollständigkeit erweckt (Borowski, BKR 2014, 361, 365). Daher spielt es für die Bildung schutzwürdigen Vertrauens der Bank keine Rolle, dass sie den Verbraucher überhaupt belehrt hat.

77

Die Bank wird dadurch nicht unbillig belastet. Es ist ihr während der Schwebezeit bei laufenden Vertragsbeziehungen jederzeit möglich und zumutbar, durch eine Nachbelehrung des Verbrauchers - hier: gemäß § 355 Abs. 2 Satz 2 BGB aF in Verbindung mit Art. 229 § 9 Abs. 2 EGBGB - die Widerrufsfrist in Gang zu setzen (Bülow, WM 2015, 1829, 1831; Domke, BB 2005, 1582, 1584). Die für Fälle wie den hier dem Senat zur Entscheidung unterbreiteten unvermindert gültige Entscheidung des Gesetzgebers, gegen das unbefristete Widerrufsrecht die Nachbelehrung zu setzen, ist auch bei der Prüfung der Voraussetzungen der Verwirkung eines vor Beendigung des Verbraucherdarlehensvertrags ausgeübten Widerrufsrechts beachtlich (vgl. Borowski, BKR 2014, 361, 364; Duchstein, NJW 2015, 1409, 1410; Gansel/Huth/Knorr, BKR 2014, 353, 359; Palandt/Grüneberg, BGB, 75. Aufl., § 242 Rn. 107; Habersack/Schürnbrand, ZIP 2014, 749, 751, 756; Maihold in Nobbe, Kommentar zum Kreditrecht, 2. Aufl., § 355 Rn. 88; Rohlfing, MDR 2010, 552, 554; aA Edelmann/Hölldampf, KSzW 2015, 148, 151; Hölldampf, WM 2014, 1659, 1665 f.; Peters, WM 2014, 2145, 2152 f.; Scholz/Schmidt/Ditté, ZIP 2015, 605, 613, 616).

78

5.

79

Die Ausübung des Widerrufsrechts stellt auch keine unzulässige Rechtsausübung dar. 80

a) 81

Die Ausübung eines Verbraucherwiderrufsrechts kann im Einzelfall eine unzulässige Rechtsausübung aus sonstigen Gründen darstellen und in Widerspruch zu § 242 BGB stehen, obwohl die Voraussetzungen einer Verwirkung nicht vorliegen (vgl. BGH, Urteil vom 25. November 2009 - VIII ZR 318/08, BGHZ 183, 235 Rn. 20). Das in § 242 BGB verankerte Prinzip von Treu und Glauben bildet eine allen Rechten immanente Inhaltsbegrenzung (BGH, Urteil vom 16. Februar 2005 - IV ZR 18/04, NJW-RR 2005, 619, 620). Welche Anforderungen sich daraus im Einzelfall ergeben, ob insbesondere die Berufung auf eine Rechtsposition rechtsmissbräuchlich erscheint, kann regelmäßig nur mit Hilfe einer umfassenden Bewertung der gesamten Fallumstände entschieden werden, wobei die Interessen aller an einem bestimmten Rechtsverhältnis Beteiligten zu berücksichtigen sind (BGH, Urteil vom 7. Mai 1997 - IV ZR 179/96, BGHZ 135, 333, 337; Palandt/Grüneberg, BGB, 75. Aufl., § 242 Rn. 7). Diese Bewertung vorzunehmen ist Sache des Tatrichters; vgl. allumfassend BGH, Entscheidung vom 12.07.2016 – XI ZR 564/15 – juris). 82

b) 83

Unter diesen Voraussetzungen ist die Ausübung des Widerrufsrechts nicht allein deshalb rechtsmissbräuchlich, weil sie nicht durch den Schutzzweck des Verbraucherwiderrufsrechts motiviert ist. 84

So hat der BGH in seiner Entscheidung vom 12.07.2016 – XI ZR 564/15 – ausgeführt, dass schon zu § 1b AbzG anerkannt war (BGH, Urteile vom 19. Februar 1986 - VIII ZR 113/85, BGHZ 97, 127, 135, vom 29. Januar 1986 - VIII ZR 49/85, WM 1986, 480, 483 und vom 21. Oktober 1992 - VIII ZR 143/91, WM 1993, 416, 417; Beschluss vom 13. Januar 1983 - III ZR 30/82, WM 1983, 317, 318), dass das Wirksamwerden der Willenserklärung des Käufers mangels fristgemäßen Widerrufs von seinem freien Willen abhängen sollte, also der Widerruf nach dieser Vorschrift einer Rechtfertigung nicht bedurfte. Auch der Gesetzgeber des Verbraucherkreditgesetzes stellte sich auf diesen Standpunkt. Zwar sollte das Verbraucherkreditgesetz den Verbraucher in erster Linie "vor unüberlegten Vertragsentschlösungen" bewahren (BT-Drucks. 11/5462, S. 12). Weder § 7 VerbrKrG noch später § 495 BGB aF ließ sich indessen entnehmen, andere Gesichtspunkte dürften bei der Entscheidung für oder gegen die Ausübung des Widerrufsrechts keine Berücksichtigung finden. Vielmehr legte der Gesetzgeber des Verbraucherkreditgesetzes fest, "[d]er Verbraucher [...] könne sein Gestaltungsrecht nach freiem Belieben und ohne Angabe von Gründen ausüben", sofern nicht das Gesetz selbst einschränkende Regelungen enthalte (BT-Drucks. 11/5462, S. 22). An diesen Grundsätzen sollte sich durch die Einführung des § 361a BGB und später des § 355 Abs. 1 Satz 2 BGB nichts ändern. Im Gegenteil bestätigte der Gesetzgeber, indem er den Verzicht auf ein Begründungserfordernis in das Bürgerliche Gesetzbuch übernahm, die bis dahin gültigen Grundsätze. 85

Aus der Entscheidung des Gesetzgebers, den Widerruf von jedem Begründungserfordernis freizuhalten, folgt zugleich, dass ein Verstoß gegen § 242 BGB nicht daraus hergeleitet werden kann, der vom Gesetzgeber mit der Einräumung des Widerrufsrechts intendierte Schutzzweck sei für die Ausübung des Widerrufsrechts nicht leitend gewesen. Überlässt das Gesetz - wie das Fehlen einer Begründungspflicht zeigt - dem freien Willen des Verbrauchers, ob und aus welchen Gründen er seine Vertragserklärung widerruft, kann aus dem Schutzzweck der das Widerrufsrecht gewährenden gesetzlichen Regelung grundsätzlich nicht auf eine Einschränkung des Widerrufsrechts nach § 242 BGB geschlossen werden (vgl. 86

BGH, Urteile vom 19. Februar 1986 - VIII ZR 113/85, BGHZ 97, 127, 134 f., vom 12. Juni 1991 - VIII ZR 256/90, BGHZ 114, 393, 399 f. und vom 16. März 2016 - VIII ZR 146/15, WM 2016, 1103 Rn. 19 f.; Duchstein, NJW 2015, 1409; Engelhardt, Europäisches Verbrauchervertragsrecht im BGB, Diss. 2001, S. 164 f.; Gansel/Huth/Knorr, BKR 2014, 353, 356; Habersack/Schürnbrand, ZIP 2014, 749, 756; Müggenborg/Horbach, NJW 2015, 2145, 2148; Rehmke/Tiffe, VuR 2014, 135, 141; aA Edelmann/Hölldampf, KSzW 2015, 148, 149 f., 153; Henning, CRP 2015, 80, 84; Hölldampf, WM 2014, 1659, 1660, 1662 ff.; Hölldampf/Suchowerskyj, WM 2015, 999 mit Fn. 7; Kropf, WM 2013, 2250, 2254; Scholz/Schmidt/Ditté, ZIP 2015, 605, 614 f.; Wahlers, WM 2015, 1043, 1049; wohl auch Ott/Schäfer, FS Lwowski, 2014, S. 103, 135). Gerade weil das Ziel, "sich von langfristigen Verträgen mit aus gegenwärtiger Sicht hohen Zinsen zu lösen", der Ausübung des Widerrufsrechts für sich nicht entgegensteht, sah sich der Gesetzgeber zur Schaffung des Art. 229 § 38 Abs. 3 EGBGB veranlasst (vgl. BT-Drucks. 18/7584, S. 146).

6.	87
Selbst wenn man aber entgegen der obigen Ausführungen eine Verwirkung oder unzulässige Rechtsausübung in der hier vorliegenden Fallkonstellation grundsätzlich für denkbar hielte, ist sie anhand der Umstände des Falles hier jedenfalls zu verneinen.	88
Selbst wenn man die hier vorliegenden Umstände ausreichen ließe, ist jedenfalls das Zeitmoment noch nicht gegeben. Als frühester Anknüpfungspunkt für das Zeitmoment mag insoweit die Frist von sieben Jahren <u>nach Darlehensrückführung</u> in Betracht kommen, wenn die Bank die mit dem Kunden ausgetauschten Schriftstücke nach § 257 Abs. 4 und 5 HGB vernichten darf (so Duchstein, NJW 2015, 1409, 1412; Müggenborg/Horbach, NJW 2015, 2145, 2147; abzulehnen daher auch die viel zu weitgehende Entscheidung LG Krefeld, Urteil vom 13.04.2016, 2 O 276/15, MDR 2016, 538 f.). Ein solcher Zeitraum ist hier nicht verstrichen. Das Darlehen war nach vorzeitiger Ablösung erst im Juni 2012 beendet. Der Widerruf folgte 3 Jahre später.	89
7.	90
Der mit dem Widerruf des streitgegenständlichen Darlehensvertrags entstandene Anspruch des Klägers gegen die Beklagte beläuft sich auf € 26.039,47.	91
a)	92
Nach der Rechtsprechung des BGH hat sich der Darlehensvertrag nach dem wirksam gewordenen Widerruf gemäß §§ 357 Abs. 1 Satz 1, 346, 348 BGB in ein schuldrechtliches Rückabwicklungsverhältnis umgewandelt mit der Folge, dass der Darlehensnehmer dem Darlehensgeber gem. § 346 Absatz I Hs. 1 BGB Herausgabe der gesamten Darlehensvaluta ohne Rücksicht auf eine (Teil-)Tilgung und gemäß § 346 II 1 Nr. 1 und S. 2 BGB Herausgabe von Wertersatz für Gebrauchsvorteile am jeweils tatsächlich noch überlassenen Teil der Darlehensvaluta schuldet. Der Darlehensgeber schuldet dem Darlehensnehmer gem. § 346 Absatz I Hs. 1 BGB die Herausgabe bereits erbrachter Zins- und Tilgungsleistungen und gemäß § 346 Absatz I Hs. 2 BGB die Herausgabe von Nutzungsersatz wegen der (widerleglich) vermuteten Nutzung der bis zum Wirksamwerden des Widerrufs erbrachten Zins- und Tilgungsleistungen. Soweit Darlehensgeber oder Darlehensnehmer gegenüber den gemäß § 348 S. 1 BGB jeweils Zug um Zug zu erfüllenden Leistungen die Aufrechnung erklären, hat dies nicht zur Folge, dass der Anspruch des Darlehensnehmers gegen den Darlehensgeber gem. § 346 Absatz I Hs. 2 BGB auf Herausgabe von Nutzungsersatz als nicht entstanden zu behandeln wäre. (BGH, Beschluss vom 22.9.2015 – XI ZR 116/15 – NJW	93

b)	94
Die Beklagte schuldet demnach die Rückgewähr der von den Klägern erbrachten Zins- und Tilgungsleistungen gemäß § 346 Abs. 1 Halbsatz 1 BGB. Hierzu gehört auch die Vorfälligkeitsentschädigung in Höhe von 26.039,47Euro als Ablösung der künftig zu erbringenden Zinsleistungen. Dass die Klägerin daneben eine Rückzahlung der zuvor gezahlten Zinsen und der insgesamt erbrachten Tilgungen nicht fordert, steht ihr frei, § 308 Abs. 1 ZPO, ebenso wie die Beklagte ihrerseits eine Rückzahlung der Darlehensvaluta weder als Zug-um-Zug-Leistung, noch durch Aufrechnung geltend macht.	95
c)	96
Die Beklagte schuldet entgegen ihren Ausführungen die Herausgabe von Nutzungsersatz wegen der (widerleglich) vermuteten Nutzung der bis zum Wirksamwerden des Widerrufs erbrachten Zins- und Tilgungsleistungen. Es wird (widerleglich) vermutet, dass die Beklagte aus den erhaltenen Zins- <u>und Tilgungsleistungen</u> Nutzungen in Form einer Verzinsung i. H. v. 2,5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz gezogen hat. Bei Zahlungen an eine Bank besteht eine tatsächliche Vermutung dafür, dass die Bank Nutzungen im Wert des üblichen Verzugszinseszinses gezogen hat, die sie als Nutzungsersatz herausgeben muss (BGH, Urteil vom 07.12.2016 – XI ZR 564/15 - BGH, Beschluss vom 22.9.2015 –XI ZR 116/15 - juris RdNr. 7; BGH, Urteil vom 10.3.2009 – XI ZR 33/08 - juris RdNr. 29; BGH, Urteil v. 24.4.2007 – XI ZR 17/06 - juris RdNr. 35). Der gesetzliche Verzugszins beträgt im vorliegenden Fall nach § 497 Absatz 1 Satz 2 BGB in der bis zum 10.6.2010 gültigen Fassung bzw. nach § 503 Absatz 2 BGB in der ab 11.6.2010 gültigen Fassung 2,5 Prozentpunkte über dem Basiszinssatz. Denn der Kredit war durch die Bestellung von Grundpfandrechten gesichert. Auch ergeben sich weder aus dem Darlehensvertrag noch aus dem Parteivorbringen noch aus der Zinsstatistik der Deutschen Bundesbank – unter Berücksichtigung einer mit dem Vertragszins möglicherweise gegebenen, aber rechtlich folgenlosen Überschreitung der (von der Deutschen Bundesbank bis zum Jahr 2003 veröffentlichten) oberen Streubreitengrenze um einen Prozentpunkt (vgl. BGH, Urt. v. 18.12.2007 – XI ZR 324/06, juris RdNr. 29) – Anhaltspunkte dafür, dass das Darlehen zu für grundpfandrechtlich abgesicherten Verträgen unüblichen Bedingungen ausgereicht worden ist. Es ist daher von einem Immobiliendarlehen i. S. d. § 492 Absatz 1 a Satz 2 BGB a. F. bzw. § 503 Absatz 1 BGB n. F. auszugehen. Von der für Schadenersatzansprüche einer Bank entwickelten Rechtsprechung, nach der die Bank im Rahmen der abstrakten Schadensberechnung als Verzögerungsschaden Verzugszinsen in gesetzlicher Höhe geltend machen kann, ohne Angaben zur Schadenshöhe machen zu müssen, sind Realkredite ausgenommen (BGH, Urt. v. 18.2.1992 –XI ZR 134/91 - juris RdNr. 14; BGH, Urt. v. 12.5.1998 – XI ZR 79/97, juris RdNr. 23). Da die zugunsten einer Bank bei der Berechnung ihres Verzugsschadens geltenden Grundsätze auch im Rahmen der Schätzung der von ihr gezogenen Nutzungszinsen Beachtung finden (BGH, Urt. v. 12.5.1998 – XI ZR 79/97, juris RdNr. 24), geht es in Fällen des Realkredits nicht an, zum Nachteil der Bank eine Nutzungsziehung in Höhe des allgemeinen gesetzlichen Verzugszinseszinses von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz (§ 288 Absatz 1 Satz 2 BGB) widerleglich zu vermuten, wenn die Bank ihrerseits in einem solchen Fall bei Kündigung des Kredits wegen Zahlungsverzugs vom Kunden nur einen Verzugszins § 503 Absatz 2 BGB n. F. – als abstrakt berechneten Verzugsschaden – verlangen dürfte. Die Kläger haben nicht konkret vorgetragen, dass die Beklagte Nutzungen gezogen hat, die den gesetzlichen Verzugszins des § 497 Absatz 1 Satz 2 BGB a. F., § 503 Absatz 2 BGB n. F. übersteigen. Die Beklagte hat demgegenüber nicht substantiiert vorgetragen und belegt, dass	97

sie nur zu einem geringeren Zinssatz Nutzungen gezogen hat. Daher verbleibt es bei der Herausgabe der gezahlten Vorfälligkeitsentschädigung.

II. 98

Der zuerkannte Betrag ist gemäß §§ 286 Abs. 2 Nr. 1, 288 Abs. 1 BGB ab dem 09.06.2015 zu verzinsen. 99

III. 100

Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 91 ZPO. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 101

Die Voraussetzungen zur Zulassung der Revision gemäß § 543 Abs. 2 ZPO liegen nicht vor. 102

Der Streitwert für das Berufungsverfahren beträgt 26.039,47 EUR. 103