
Datum: 28.04.2017
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 19. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 19 U 123/16
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2017:0428.19U123.16.00

Vorinstanz: Landgericht Paderborn, 2 O 203/15

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 10.6.2016 verkündete Urteil der 2. Zivilkammer des Landgerichts Paderborn abgeändert.

Die Klage wird abgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Dieses Urteil und das angefochtene Urteil des Landgerichts sind vorläufig vollstreckbar.

Der Kläger kann die Zwangsvollstreckung der Beklagten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht diese vor der Vollstreckung in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

I.

Der Kläger streitet mit der beklagten X um die Wirksamkeit und die Folgen des am 13.11.2014 erklärten Widerrufs zweier Immobiliendarlehensverträge vom 26.8.2003 und vom 26.4.2007.

1

2

3

4

Wegen der vom Landgericht getroffenen Feststellungen, wegen der in erster Instanz gestellten Anträge und wegen der Entscheidungsgründe des Landgerichts wird auf das angefochtene Urteil verwiesen.

Gegen das Urteil richtet sich die Berufung der Beklagten, mit der sie zunächst die Unzulässigkeit der Feststellungsanträge geltend macht. In der Sache greife zu ihren Gunsten die Gesetzlichkeitsfiktion wegen Verwendung des Musters der BGB-InfoVO ein. Den Vertrag aus dem Jahre 2007 habe das Landgericht zu Unrecht als eigenständigen Darlehensvertrag angesehen, weil es entgegen höchstrichterlicher Rechtsprechung nur auf formale Kriterien abgestellt habe. Ferner seien etwaige Widerrufsrechte insbesondere wegen der seit langem erfolgten Rückführung der Darlehen verwirkt gewesen. Sie seien außerdem auch in entsprechender Anwendung des § 218 Abs. 1 S. 1 BGB i. V. m. der Verweisung in § 357 Abs. 1 S. 1 a. F. BGB ausgeschlossen, weil die Ansprüche auf ordnungsgemäße Widerrufsbelehrung verjährt seien. Annahmeverzug sei nicht gegeben, weil der Kläger zu keinem Zeitpunkt seine eigene Leistung Zug um Zug angeboten habe. Vorgerichtliche Anwaltskosten hätten deswegen auch nicht zugesprochen werden dürfen.

Die Beklagte beantragt,

das angefochtene Urteil abzuändern und die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen,

hilfsweise – für den Fall der Unzulässigkeit des Antrages auf Feststellung der Umwandlung der Darlehensverträge in Rückgewährschuldverhältnisse – mit dem Antrag, die Beklagte zu verurteilen, an ihn 30.411,06 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszins seit dem 28.3.2017 zu zahlen.

Er verteidigt das landgerichtliche Urteil und verfolgt mit dem Hilfsantrag die Ansprüche aus den Rückgewährschuldverhältnissen nunmehr in bezifferter Form. Nach von ihm erklärter Aufrechnung der wechselseitigen Anspruchspositionen habe die Beklagte noch die von ihr aus seinen Zins- und Tilgungsleistungen gezogenen Nutzungen herauszugeben. Diese seien in Höhe von 2,5 Prozentpunkten über dem Basiszins zu vermuten und beliefen sich danach bis zum Widerrufszeitpunkt für das Darlehen aus 2003 auf 13.942,92 € und für das Darlehen aus 2007 auf 16.468,14 €.

II.

Die zulässige Berufung hat auch in der Sache Erfolg.

Die Klage ist in der ursprünglich erhobenen Form mit den beiden Feststellungsanträgen unzulässig. Für den Antrag, die Umwandlung der Darlehensverträge in Rückabwicklungsschuldverhältnisse festzustellen, fehlt wegen des Vorranges der grundsätzlich möglichen Leistungsklage das Feststellungsinteresse (vgl. BGH XI ZR 467/15 v. 21.2.2017, Juris-Rn. 11-22; XI ZR 183/15 v. 24.1.2017, Juris-Rn. 11-15). Die Feststellung eines Annahmeverzuges „mit der Rückabwicklung“ ist unzulässig, weil es sich bei Annahmeverzug nicht um ein Rechtsverhältnis handelt, sondern nur um eine gesetzlich definierte Voraussetzung verschiedener Rechtsfolgen, und der anerkannte Ausnahmefall, dass mit der Feststellung eine Zug-um-Zug-Vollstreckung erleichtert werden soll (vgl. BGH XII ZR 41/98 v. 31.5.2000, Juris-Rn. 22-24), nicht vorliegt.

Die hilfsweise Änderung des ersten Feststellungsantrages in einen Zahlungsantrag in der Berufungsinstanz ist zwar zulässig.	15
Sie ist sachdienlich, um den zwischen den Parteien bestehenden Streit umfassend zu erledigen, und kann i. S. d. § 533 Nr. 2 ZPO auf Tatsachen gestützt werden, die das Berufungsgericht seiner Verhandlung und Entscheidung über die Berufung ohnehin nach § 529 ZPO zugrunde zu legen hat. Soweit es sich dabei um neue Angriffs- und Verteidigungsmittel handelt, sind sie nach § 531 Abs. 2 ZPO zuzulassen, weil ihre Nichtgeltendmachung in erster Instanz nicht auf einer Nachlässigkeit des Klägers beruht. Da bis zum Abschluss des landgerichtlichen Verfahrens die oben zitierten BGH-Entscheidungen noch nicht ergangen waren, die Zulässigkeit des Feststellungsantrages verbreiteter obergerichtlicher Rechtsprechung entsprach und das Landgericht auch keinen gegenteiligen Hinweis erteilt hatte, durfte der Kläger davon ausgehen, seine Ansprüche aus den Rückgewährschuldverhältnissen nicht in bezifferter Form geltend machen und deswegen auch nicht dazu vortragen zu müssen.	16
Sofern die hilfsweise Klageänderung in der Berufungsinstanz in der Sache eine Anschlussberufung darstellen sollte, wäre auch diese zulässig, weil sie innerhalb der zweimal verlängerten Klageerwiderungsfrist eingegangen ist (vgl. § 524 Abs. 2 S. 2 ZPO).	17
Der Zahlungsantrag ist jedoch gleichfalls unbegründet, ebenso wie der schon in erster Instanz gestellte Antrag auf Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten.	18
Der Widerruf beider Verträge war nämlich nicht wirksam.	19
1.	20
Der Darlehensvertrag aus dem Jahre 2003 ist nicht wirksam widerrufen worden. Zwar genügte, wie das Landgericht zu Recht festgestellt hat, die zu ihm erteilte Widerrufsbelehrung den Anforderungen des § 355 Abs. 2 S. 1 BGB i. d. F. vom 1.8.2002 bis zum 7.12.2004 nicht und der Beklagten kommt auch nicht die Gesetzlichkeitsfiktion des § 14 Abs. 1 BGB-InfoVO i. d. F. vom 2.9.2002 bis zum 10.6.2010 zugute. Der Kläger hatte das Widerrufsrecht jedoch zum Zeitpunkt seiner Ausübung bereits verwirkt.	21
Die Verwirkung als Unterfall der unzulässigen Rechtsausübung wegen der illoyal verspäteten Geltendmachung von Rechten setzt neben einem Zeitmoment, für das die maßgebliche Frist mit dem Zustandekommen des Verbrauchervertrags zu laufen beginnt, ein Umstandsmoment voraus. Ein Recht ist verwirkt, wenn sich der Schuldner wegen der Untätigkeit seines Gläubigers über einen gewissen Zeitraum hin bei objektiver Beurteilung darauf einrichten darf und eingerichtet hat, dieser werde sein Recht nicht mehr geltend machen, so dass die verspätete Geltendmachung gegen Treu und Glauben verstößt. Zu dem Zeitablauf müssen besondere, auf dem Verhalten des Berechtigten beruhende Umstände hinzutreten, die das Vertrauen des Verpflichteten rechtfertigen, der Berechtigte werde sein Recht nicht mehr geltend machen. Ob eine Verwirkung vorliegt, richtet sich letztlich nach den Umständen des Einzelfalles (vgl. BGH XI ZR 442/16 v. 14.3.2017, Juris-Rn. 27; XI ZR 501/15 v. 12.7.2016, Juris-Rn. 40; XI ZR 564/15 v. 12.7.2016, Juris-Rn. 37).	22
Im vorliegenden Fall ist das Zeitmoment erfüllt, nachdem der Kläger seit dem maßgeblichen Zeitpunkt des Vertragsschlusses mehr als 11 Jahre hat verstreichen lassen, bis er von seinem Widerrufsrecht Gebrauch machte.	23
Das Umstandsmoment ist ebenfalls erfüllt.	24

Ein Vertrauen darauf, dass der Kläger sein Widerrufsrecht nicht mehr ausüben würde, konnte die Beklagte zwar nicht bereits aus dem Umstand herleiten, dass er sich während der gesamten Laufzeit des Darlehens vertragstreu verhielt, die vereinbarten Zins- und Tilgungsraten also pünktlich entrichtete. Ebenso kommt es für das Umstandsmoment nicht darauf an, wie gewichtig der Fehler war, der zur Wirkungslosigkeit der Widerrufsbelehrung führte. Das Risiko, dass ein auch nur geringfügiger Fehler erst nachträglich aufgedeckt wird, trägt nicht der Verbraucher, sondern die Bank (vgl. BGH XI ZR 564/15 v. 12.7.2016, Juris-Rn. 39, 40). 25

Ein über die schlichte Vertragstreue hinausgehendes Verhalten des Klägers stellt hingegen der Umstand dar, dass er das Darlehen bereits am 30.7.2008, also bereits nach Ablauf der ersten ca. fünfjährigen Zinsbindungsfrist und weit vor der regulären Vertragslaufzeit, die bei unterstellt gleichbleibendem Zinssatz und ohne die lt. Vertrag möglichen Sondertilgungen ca. 26 ½ Jahre betragen hätte, vollständig zurückgeführt hat. Eine solche vorzeitige Vertragsabwicklung hat im Rahmen des Umstandsmoments Gewicht (vgl. BGH XI ZR 482/15 v. 11.10.2016, Juris-Rn. 31); aufgrund ihrer kann die Bank in besonderem Maße davon ausgehen, dass auch der Darlehensnehmer das Vertragsverhältnis als endgültig abgeschlossenen Vorgang betrachtet und nicht später seinen Bestand als solchen rückwirkend in Frage stellen will. 26

Das Vertrauen hierauf konnte umso weiter erstarken, je mehr Zeit der Kläger nach der Ablösung bis zum Widerruf vergehen ließ. Im vorliegenden Fall handelte es sich um mehr als weitere 6 Jahre, wobei dem Senat bewusst ist, dass es sich um einen Teil des Gesamtzeitraumes handelt, welcher bereits zur Ausfüllung des Zeitmomentes herangezogen worden ist und der deswegen als solcher nicht im Rahmen des Umstandsmoments mit erneutem Gewicht verwertet werden kann. Dass dem Kläger das Bestehen des Widerrufsrechtes während dieses Zeitraumes bewusst gewesen wäre, ist nicht Voraussetzung für die Annahme einer Verwirkung, weil bei der Prüfung eines aus Treu und Glauben begründeten Rechtsverlustes eine objektive Beurteilung geboten ist (vgl. BGH IV ZR 73/13 v. 16.7.2014, Juris-Rn. 36 a. E.; V ZR 190/06 v. 16.3.2007, Juris-Rn. 8; II ZR 15/56 v. 27.6.1957, Juris-Rn. 13; RG II 25/31 v. 27.10.1931). 27

Wegen der bereits erfolgten Abwicklung des Darlehens kann auch die Möglichkeit, den Belehrungsfehler durch eine Nachbelehrung zu heilen und das Widerrufsrecht dadurch zum Erlöschen zu bringen, nicht gegen eine Verwirkung angeführt werden. Zwar besteht die Möglichkeit der Nachbelehrung auch nach Beendigung des Verbraucherdarlehensvertrages von Gesetzes wegen fort. Sinnvoll ist sie jedoch nicht mehr, weil die Willenserklärung des Verbrauchers, deren fortbestehende Widerruflichkeit in das Bewusstsein des Verbrauchers zu rücken Ziel der Nachbelehrung ist, für den Verbraucher keine in die Zukunft gerichteten wiederkehrenden belasteten Rechtsfolgen mehr zeitigt (vgl. BGH XI ZR 501/15 v. 12.7.2016, Juris-Rn. 41). Der Gesichtspunkt, dass die Beklagte bis zur vorzeitigen Ablösung die Möglichkeit einer sinnvollen Nachbelehrung gehabt hätte und sie nicht genutzt hat, beseitigt die Schutzwürdigkeit ihres Vertrauens nicht (vgl. BGH XI ZR 482/15 v. 11.10.2016, Juris-Rn. 30 a. E.). 28

Ebensowenig ist der Beklagten die Berufung auf den Verwirkungseinwand deswegen verwehrt, weil sie sich durch die Verteidigung ihrer Widerrufsbelehrungen als ordnungsgemäß und durch die Verweigerung der Rückabwicklung vertragsuntreu oder gar rechtsmissbräuchlich verhalten hätte. Da eine Bank bei der Zurückweisung eines Widerrufs als Gläubigerin ihrer Ansprüche aus dem Darlehensvertrag handelt, muss für sie der Grundsatz gelten, dass ein Gläubiger eine plausible Rechtsposition einnehmen darf, ohne 29

sich dem Vorwurf der Pflichtwidrigkeit (vgl. BGH V ZR 133/08 v. 16.1.2009, Juris-Rn. 20) und damit auch der Vertragsuntreue oder der Missbräuchlichkeit auszusetzen, wenn sich die Rechtsposition im nachhinein als objektiv falsch erweist.

Die Vermögensdispositionen, die die Beklagte aufgrund des vom Kläger erweckten Vertrauens getroffen hat und die ihr die nunmehrige Ausübung des Widerrufsrechts nach Treu und Glauben unzumutbar erscheinen lassen, bestehen darin, dass eine Bank die an sie zurückgeflossenen Geldmittel im Rahmen ihres Geschäftsbetriebes entweder ihrerseits zur Ablösung von Refinanzierungsmitteln verwendet oder erneut als Darlehen ausgibt oder in sonstiger Weise anlegt. Hiervon geht auch der Kläger selbst aus ausweislich des Umstandes, dass er mit seiner Berufungserwiderungsschrift vom 23.3.2017 Nutzungen der Beklagten auf die von ihm erhaltenen Beträge erstattet verlangt. Andererseits ist zwar zutreffend, dass eine Bank aufgrund des Umfangs ihres Geschäftsvolumens durch die Ansprüche aus einem einzelnen Widerrufsfall, auf den hier nur abzustellen ist, nicht in ernsthafte wirtschaftliche Schwierigkeiten gebracht werden dürfte. Jedoch besteht zwischen dem Zeit- und dem Umstandsmoment eine Wechselwirkung insofern, als an das letztere desto geringere Anforderungen gestellt werden, je länger der abgelaufene Zeitraum ist (vgl. BGH XII ZR 224/03 v. 19.10.2005, Juris-Rn. 23), hier wie gesagt über 11 Jahre. 30

Bereits nach Abwägung aller vorgenannten Umstände ist im vorliegenden Fall das Widerrufsrecht des Klägers bezüglich des Vertrages aus 2003 als verwirkt anzusehen. Erst recht gilt dies bei zusätzlicher Berücksichtigung der einseitigen Nutzungsersatzpflicht der Bank nach dem Zeitpunkt der vollen Darlehensablösung, auch auf die Tilgungsleistungen, wie sie sich aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung ergibt (vgl. BGH XI ZR 366/15 v. 12.1.2016, Juris-Rn. 18 ff.). Sie hat zur Folge, dass der Darlehensnehmer ab diesem Zeitpunkt so gestellt wird, als ob er den Betrag der Darlehensvaluta bei der Bank zu dem für die Nutzungen maßgeblichen Prozentsatz verzinslich angelegt hätte, obwohl er tatsächlich der Bank nur das von ihr selbst stammende Kapital zurückgezahlt hat. Dieser Umstand ist der Bank mit zunehmendem Zeitraum zwischen Ablösung und Widerruf, den sie ja nicht beeinflussen kann, immer weniger zumutbar. 31

2. 32

Der Vertrag aus dem Jahre 2007 ist nicht wirksam widerrufen worden, weil es sich bei ihm nicht um einen eigenständigen Darlehensvertrag handelte, sondern nur um eine sog. unselbständige Abschnittsfinanzierung im Sinne einer Konditionenneuvereinbarung zu dem vorbestehenden Darlehensvertrag vom 26.8./1.9.1997, welche keinem gesetzlichen Widerrufsrecht unterliegt. 33

Maßgeblich für die Abgrenzung ist die Frage, ob ein neues Kapitalnutzungsrecht eingeräumt oder nur die Konditionen der Kapitalnutzung im Rahmen des ursprünglichen Darlehensvertrages geändert und das ursprüngliche Kapitalnutzungsrecht zu veränderten Kreditbedingungen fortgesetzt worden ist (vgl. BGH XI ZR 385/15 v. 7.6.2016; XI ZR 6/12 v. 28.5.2013, Juris-Rn. 21-23). 34

Letzteres war hier der Fall. Der Vertrag vom 26.8./1.9.1997 hatte eine annuitätische Rückführung mit einem anfänglichen Tilgungsanteil von jährlich 1 % vorgesehen, so dass er ein Kapitalnutzungsrecht bezüglich des letzten Teiles der Darlehensvaluta von über 30 Jahren begründete. Die neue Vereinbarung ist hingegen schon nach ca. 9 Jahren und 8 Monaten geschlossen worden, so dass für den bis dahin noch nicht getilgten Teil noch für einen erheblichen weiteren Zeitraum ein Kapitalnutzungsrecht bestand. Dass es sich bei diesem Teil, also bei dem Valutenstand zum 26.4.2007, um den in die Vereinbarung 35

eingesetzten Betrag von 90.443,86 € handelte, hat der Kläger nicht in Abrede gestellt. Dafür spricht auch, dass es sich nicht, wie in (eigenständigen) Immobiliardarlehensverträgen weitgehend üblich, um einen „glatten“ Betrag handelte. Im übrigen stellt es bereits ein Kriterium für eine unselbständige Abschnittsfinanzierung dar, dass der in der neuen Vereinbarung eingetragene Nettokreditbetrag nur „der Größenordnung nach“ gleichbleibt (vgl. BGH XI ZR 367/07 v. 26.10.2010, Juris-Rn. 29), d. h. dem gegenwärtigen Valutenstand des Ursprungsvertrages entspricht. Gleiches gilt, wenn die Kontoführungsgebühren „praktisch“ unverändert bleiben (vgl. BGH a. a. O.), so dass die Neuaufnahme der mit 12 € jährlich sehr geringfügigen Gebühr der Annahme einer bloßen Konditionenneuvereinbarung nicht entgegensteht. Auch dass sich die Gesamtlaufzeit und damit das Kapitalnutzungsrecht durch die neue Vereinbarung verkürzt – hier durch den niedrigeren Zinssatz und die relativ hohe Monatsrate von 1.000 € –, genügt für die Annahme eines neuen Darlehensvertrages nicht (vgl. BGH a. a. O.).

Ebenfalls kein wesentliches Kriterium für einen Neuvertrag ist z. B. die Überschrift „Ratenkreditvertrag“ (vgl. BGH a. a. O.), so dass auch die hier verwendete Überschrift „Darlehen ...“, bzw. die Verwendung eines so betitelten Formulars, entgegen dem angefochtenen Urteil nicht den entscheidenden Ausschlag geben kann. Gleiches gilt für die Beifügung einer Widerrufsbelehrung, welche auch in einer der oben zitierten BGH-Entscheidungen (XI ZR 6/12 v. 28.5.2013) nicht als Indiz dafür gewertet worden ist, dass anstelle einer Prolongation tatsächlich ein neuer Darlehensvertrag beabsichtigt gewesen sei. 36

Die in dem Formular vordruckte und angekreuzte Passage „Kosten für die Bestellung und Eintragung der Grundschuld(en) nach den gesetzl. Vorschriften; Kosten der Gebäudebrandversicherung gem. Tarif der Versicherungsgesellschaft“ als vom Darlehensnehmer zu tragende Kosten kann so verstanden werden, dass es bei der Kostentragung für die bereits entstandenen Grundschulden lediglich verbleiben und dass der Kläger die Feuerversicherungsbeiträge, die ja fortlaufend anfallen, weiterhin tragen sollte. Der Zusatz bei den unten vermerkten Grundschulden „eingetragen im Grundbuch ...“ spricht dafür, dass es sich um bereits vorhandene Grundschulden handelte; so hat es die Beklagte auch ausdrücklich behauptet (Schriftsatz vom 2.6.2016, S. 8 zweitletzter Absatz) und der Kläger hat es daraufhin nicht bestritten. Welche Kosten die Beklagte ihm für die Grundschulden „in Rechnung gestellt“ haben soll (vgl. Berufungserwiderung vom 23.3.2017, S. 8 oben), trägt er denn auch nicht konkret vor. 37

Schließlich spricht neben dem Hauptkriterium des fortbestehenden Kapitalnutzungsrechts noch die ausdrückliche Wendung „Neufestsetzung der Darlehensbedingungen“, welche nach dem Schriftbild nicht bereits Bestandteil des Vordrucks war, also individuell eingefügt worden ist, entscheidend für eine bloße Konditionenneuvereinbarung, und ebenso die Beibehaltung der Darlehensnummer des Ursprungsvertrages. 38

Hinzu kommt, dass selbst bei Verbleib von Auslegungszweifeln von einer solchen auszugehen wäre und nicht von einem neuen Darlehensvertrag (vgl. BGH a. a. O. Juris-Rn. 28). 39

Soweit der Konditionenneuvereinbarung eine Widerrufsbelehrung beigelegt war und diese als Einräumung eines vertraglichen Widerrufsrechtes anzusehen sein sollte, wäre die Widerrufsfrist nach zwei Wochen abgelaufen gewesen. Aus der Erteilung einer Widerrufsbelehrung ist nämlich nicht zu folgern, dass sich der Unternehmer damit auch den Folgen unterwerfen will, die beim gesetzlichen Widerrufsrecht durch eine den Anforderungen des § 355 BGB nicht genügende Belehrung ausgelöst werden (vgl. BGH II ZR 176/12 v. 6.11.2012, Juris-Rn. 15). 40

3.	41
Da die Klage nach den Hauptanträgen nicht begründet ist, stehen dem Kläger vorgerichtliche Anwaltskosten schon deshalb nicht zu.	42
4.	43
Die Nebenentscheidungen beruhen auf den §§ 91 Abs. 1 S. 1, 708 Nr. 10, 711, 543 Abs. 2 ZPO.	44
