

---

**Datum:** 13.06.2018  
**Gericht:** Oberlandesgericht Hamm  
**Spruchkörper:** 31. Zivilsenat  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** 31 U 64/17  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGHAM:2018:0613.31U64.17.00

---

**Vorinstanz:** Landgericht Münster, 14 O 325/16

---

**Tenor:**

Die Berufung des Klägers gegen das am 12.04.2017 verkündete Urteil der 14. Zivilkammer des Landgerichts Münster, Az. 014 O 325/16, wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt der Kläger.

Dieses und das angefochtene Urteil sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.

Der Kläger darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund der Urteile vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

---

Gründe:

I.

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit und Rechtsfolgen eines von dem Kläger erklärten Widerrufs seiner auf den Abschluss eines Darlehensvertrages gerichteten Willenserklärung.

Der Kläger ist A Immobilien Gutachter, Sachverständiger für die Bewertung von bebauten und unbebauten Grundstücken, IHK Immobilienberater und IHK Haus- und

1

2

3

4

Wohnungseigentümer.

- Der Kläger war im Zeitpunkt des Abschlusses des gegenständlichen Darlehensvertrages 5  
Gesellschafter und Geschäftsführer der D GmbH in M. Das Unternehmen betreibt den Handel  
und Vertrieb von Roh- und Zusatzstoffen für die kosmetische Industrie. Zudem war er  
Geschäftsführer und Gesellschafter der J GmbH und ist dies bei der X GmbH.  
Unternehmensgegenstand der J GmbH war unter anderem die Beratung rund um Immobilien  
und deren Erwerb. Diese GmbH war Eigentümerin von vier Immobilien. Zudem war der  
Kläger Gesellschafter der Y GbR, welche Eigentümerin eines Mehrfamilienhauses mit 2-3  
Wohneinheiten und einer Gewerbeeinheit in N war.
- Der Kläger selbst war Eigentümer von zwei Einfamilienhäusern in B und M, letzteres bewohnt 6  
der Klägers selbst, zudem von zwei Dreifamilienhäusern in M, H-Straße #3 und #4, sowie  
eines Mehrfamilienhauses in M, G-Straße, mit 9 Wohneinheiten.
- Der Kläger schloss mit der Beklagten in den Räumlichkeiten der Z am 20.04.2007 einen 7  
grundpfandrechtlich gesicherten Darlehensvertrag mit der Kto.-Nr. xxxxxx zu einem Zinssatz  
von 4,65 % p.a., gebunden bis zum 30.03.2017. Der Darlehensbetrag belief sich auf  
355.000,00 € und diente der Finanzierung des Erwerbes eines Mehrfamilienhauses in T, L-  
Straße #5, mit elf Wohneinheiten und elf Stellplätzen, zu einem Kaufpreis von ca. 400.000,00  
€.
- Der Darlehensvertrag enthielt eine Widerrufsbelehrung, wobei wegen der weiteren 8  
Einzelheiten der Widerrufsbelehrung auf deren Ablichtung (Bl. 19 der Akte) Bezug  
genommen wird.
- Der Kläger veräußerte die Immobilie in der H-Straße #4 zu einem unbekanntem Zeitpunkt 9  
nach Abschluss des Darlehensvertrages an die D GmbH.
- Mit Schreiben vom 18.05.2016 erklärte der Kläger den Widerruf seiner auf den Abschluss des 10  
vorgenannten Darlehensvertrages gerichteten Willenserklärung.
- Bis zur Erklärung des Widerrufs erbrachte der Kläger Zins- und Tilgungsleistungen in einer 11  
Gesamthöhe von 209.492,68 €. Nach Erklärung des Widerrufs leistete er die monatlichen  
Raten bis einschließlich März 2017 unter Vorbehalt der Rückforderung in einer Gesamthöhe  
von 21.640,19 €.
- Zum 30.03.2017 führte der Kläger das Darlehen durch Zahlung eines Betrages in Höhe von 12  
268.553,20 € zurück, wobei auch diese Zahlung unter Vorbehalt der Rückforderung erfolgte.
- Der Kläger hat behauptet, dass die Konditionen des Darlehensvertrages mit der Beklagten 13  
telefonisch besprochen und festgelegt worden seien. Bei der Unterzeichnung des  
Darlehensvertrages sei nicht über die Vertragskonditionen gesprochen worden. Ob die  
Unterzeichnung in Anwesenheit des von der Beklagten benannten Zeugen S erfolgt sei,  
könne der Kläger nicht mehr angeben. Er bestreite zudem mit Nichtwissen, dass der Zeuge S  
zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses im Angestelltenverhältnis bei der Z gestanden habe.  
Jedenfalls habe dieser nur die Rolle eines Boten ausgeübt.
- Den Erwerb und die Betreuung der oben aufgeführten Immobilien erledige der Kläger rein 14  
privat von zu Hause; er habe kein Büro und keine Organisation zur Durchführung der  
Verwaltung; auch habe er keine Angestellten und erledige die Verwaltung dank seiner  
Fachkenntnisse und elektronischer Unterstützung am Küchentisch in durchschnittlich nicht

mehr als 5 Stunden pro Woche. Die Beklagte bestreitet als die mit Nichtwissen. Die von ihm verwalteten Immobilien dienten keinem gewerblichen Zweck, sondern allein seiner Altersvorsorge. Auch sei kein Erwerb der Immobilie in der L-Straße #5 durch die J GmbH geplant gewesen, da deren Auflösung bereits beabsichtigt gewesen, der entsprechende Beschluss wenige Monate nach Vertragsschluss gefasst und am 16.10.2007 in das Handelsregister eingetragen worden sei.

Zudem sei er nicht Eigentümer eines Mehrfamilienhauses in der C-Straße #6 in M. 15

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, dass die von der Beklagten verwendete Widerrufsbelehrung fehlerhaft sei. Er habe den Darlehensvertrag als Verbraucher abgeschlossen. Der finanzierte Immobilienerwerb sei der Verwaltung des eigenen Vermögens des Klägers zuzurechnen. Jedenfalls hätten die Parteien konkludent eine Vereinbarung dahingehend getroffen, dass der Kläger als Verbraucher zu behandeln sei, indem die Beklagte ihm ein als Verbraucherdarlehensvertrag bezeichneten Vertrag nebst Konditionen, welche typisch für Verbraucherdarlehen seien, vorgelegt habe. 16

Die Beklagte hat behauptet, dass der mit dem streitgegenständlichen Darlehensvertrag finanzierte Erwerb des Mehrfamilienhauses in T ursprünglich durch die J GmbH erfolgen sollte. Aus Zeitgründen sei der Kläger als Darlehensnehmer aufgetreten. Der Zeuge S sei Mitarbeiter der Volksbank gewesen und habe entsprechende Notizen, Anlage KE 7 (Bl. 231 ff. der Akte), verfasst. Zudem habe sich der Kläger die Objekte professionell danach ausgesucht, ob die vereinbarten Mieten niedrig gewesen seien und deshalb künftig angehoben werden könnten. 17

Die Beklagte hat die Auffassung vertreten, dass die Widerrufsbelehrung nicht fehlerhaft gewesen sei. Zudem sei der Kläger auch nicht als Verbraucher anzusehen. Die mit der Vermietung und Verwaltung der Immobilien verbundenen Arbeiten könnten nicht einfach gelegentlich erledigt werden. Eine Investition in diverse Immobilienobjekte sei nicht mehr einer privaten Vermögensverwaltung zuzurechnen. Auch würden die weiteren Tätigkeiten des Klägers auf seine fehlende Verbrauchereigenschaft hindeuten. 18

Wegen der weiteren Einzelheiten und der erstinstanzlich gestellten Anträge wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils (Bl. 261 ff. der Akte) Bezug genommen. 19

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Dem Kläger habe schon kein Widerrufsrecht zugestanden, da dieser kein Verbraucher im Sinne von § 13 BGB gewesen sei. Zwar sei die Verwaltung und Anlage von Vermögen, etwa in privaten Miethäusern, dem privaten Bereich zuzurechnen. Dies gelte jedoch dann nicht, wenn der Eigentümer planvoll als am Wohnungsmarkt tätiger Anbieter auftreten würde und er erkennbar die Entscheidung getroffen habe, zumindest einen Teil seiner Einkünfte durch Vermietung zu erzielen. Von einer privaten sei die gewerbliche Vermögensverwaltung abzugrenzen, wobei der Umfang der erforderlichen Geschäfte maßgeblich sei. Daher komme es bei der Vermietung oder Verpachtung von Immobilien auf deren Größe an, welche den Umfang, die Komplexität sowie die Anzahl der damit verbundenen Vorgänge bestimmen würde. Dies sei hier bereits deshalb anzunehmen, weil die Vermietung und Verwaltung von unstreitig 27 bzw. 28. Wohneinheiten und elf Stellplätzen dem unternehmerischen Bereich zuzuordnen sei. Allein die Anzahl der vermieteten Wohneinheiten, welche in unterschiedlichen Städten lägen, erfordere die Unterhaltung eines Büros und einer Organisation. Unerheblich sei dabei, ob der Kläger diese Tätigkeiten nach seinem Vortrag von zu Hause aus erledige. Der Kläger habe erkennbar die Entscheidung getroffen, einen Teil seiner Einkünfte durch Vermietungen zu finanzieren. Dies habe ein planvolles Vorgehen am Mietwohnungsmarkt erfordert. Auch entspräche der von 20

dem Kläger dargelegte durchschnittliche Zeitaufwand von 5 Stunden pro Woche nicht dem tatsächlichen Zeitaufwand. Zudem sei die weitere Behauptung der elektronischen Unterstützung der Verwaltung unsubstantiiert. Überdies erschließe sich nicht, wie das Vermieten und die Instandhaltung von Mietobjekten ohne Hinzuziehung von Hilfskräften, die tatsächlich vor Ort sein müssten, zu bewerkstelligen seien. Weiter sei zu beachten, dass der Kläger noch ein weiteres Mehrfamilienhaus in der C-Straße in M erworben habe. Das insoweit erfolgte einfache Bestreiten des Klägers sei nicht ausreichend. Auch folge das Gericht der Ansicht des Klägers nicht, dass die Parteien konkludent eine Vereinbarung dahingehend getroffen hätten, dass der Kläger als Verbraucher im Sinne von § 13 BGB behandelt werden sollte. Insoweit käme es nicht auf die Bezeichnung des Darlehensvertrages, sondern allein auf die tatsächlichen Verhältnisse an. Anhaltspunkte dafür, dass die Beklagte mit dem Kläger eine Vereinbarung dahingehend treffen wollen, dass der gegenständliche Vertrag ein Verbraucherdarlehensvertrag darstelle, seien nicht ersichtlich. Der Vortrag des Klägers bezüglich der üblichen Konditionen für Verbraucherdarlehensverträge sei ebenfalls unsubstantiiert.

Schließlich sei der Kläger im Hinblick auf seine Behauptung, dass er den gegenständlichen Darlehensvertrag als Verbraucher geschlossen habe, beweisfällig geblieben. Das Gericht habe das persönliche Erscheinen des Klägers angeordnet, dennoch sei der Kläger nicht erschienen und der Prozessbevollmächtigte des Klägers nicht ausreichend informiert gewesen. 21

Wegen der weiteren Einzelheiten der Begründung wird auf die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils (Bl. 263 ff. d.A.) verwiesen. 22

Gegen dieses Urteil wendet sich der Kläger mit der Berufung. Entgegen der Auffassung des Landgerichtes habe es sich bei dem Abschluss des gegenständlichen Darlehensvertrages um die Verwaltung eigenen Vermögens zur Absicherung im Alter gehandelt. Die Auffassung des Landgerichtes, dass es zur Abgrenzung von privater und unternehmerischer Tätigkeit auf die Größe der Immobilien ankommen würde, sei falsch. Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung würde es nicht auf die Anzahl der Wohneinheiten ankommen, sondern lediglich auf den Umfang der mit ihnen verbundenen Geschäfte. Dabei müsse dieser so umfangreich sein, dass ein planmäßiger Geschäftsbetrieb, wie etwa die Unterhaltung eines Büros oder einer Organisation, erforderlich sei. Dies sei hier jedoch nicht gegeben. Der Kläger habe überhaupt kein Büro mit entsprechenden Öffnungszeiten oder gar einem Notdienst. Er trete weder als professioneller Vermieter nach außen auf noch beschäftige er Mitarbeiter. Der durchschnittliche Aufwand betrage 5 Stunden pro Woche. Dabei sei zu berücksichtigen, dass der Kläger aufgrund seiner Erfahrungen und der Nutzung von Computerprogrammen eine deutliche Zeitersparnis bei der Verwaltung gegenüber Personen, die nicht über diese Ressourcen verfügen würden, verzeichnen könne (Bl. 335 der Akte). Insoweit sei auch zu berücksichtigen, was die Beklagte mit Nichtwissen bestreitet, dass es sich im vorliegenden Fall nicht um Kurzzeitmietverträge handeln würde, der Kläger zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses und auch jetzt keine Sonderleistungen wie die Übernahme der Reinigung der vermieteten Wohnung, Bewachung, Überlassung von Bettwäsche usw. anbieten würde. Dabei erschöpfe sich die Verwaltung des Klägers in der Kontrolle der Mietzahlungen durch einen kurzen Olinekonto-Einblick, und in den typischen Vermietungstätigkeiten, wie Bearbeitung von Mängelanzeigen, Abfassen von Nebenkostenabrechnungen, gegebenenfalls Neuvermietung usw. Zudem sei zu berücksichtigen, dass die private Vermögensverwaltung in der Fruchtziehung wurzele und die damit zusammenhängende Vermietertätigkeit zurücktrete. Dies hätten der BFH mit Urteil vom 24.10.2017 – II R 44/15 – und auch der BGH mit Urteil vom 20.02.2018 – XI ZR 445/17 – so 23

entschieden. Von einer gewerblichen Tätigkeit könne daher – in Übereinklang mit der Rechtsprechung des BFH – erst dann ausgegangen werden, wenn der Vermieter bestimmte ins Gewicht fallende, bei der Vermietung von Räumen nicht übliche Sonderleistungen anbiete. Auf die Anzahl der Einzelmietverträge käme es nicht an. Es stelle sich als wertungswidersprüchlich dar, wenn die typische Vermietungstätigkeit zum Überschreiten der Grenze der privaten Vermögensverwaltung führe, da es sich dabei lediglich um Fruchtziehung und nicht um eine bessere Vermarktung gehe. Jedenfalls sei bei der Beurteilung der Verbrauchereigenschaft lediglich die Immobilie, deren Erwerb die Finanzierung dienen sollte, zu berücksichtigen. Schließlich sei der Kläger auch nicht Eigentümer eines Mehrfamilienhauses in der C-Straße #6 in M. Der Kläger habe versucht einen entsprechenden Grundbuchauszug zu erhalten; dies sei ihm aber verweigert worden, da er nicht Eigentümer dieser Immobilie sei und kein berechtigtes Interesse für eine Einsichtnahme habe nachweisen können. 2006 habe jedoch die J GmbH ein Objekt in der C-Straße #7 in T erworben. Schließlich habe er auch an seine ehemalige Lebensgefährtin eine Wohneinheit in der H-Straße #4 und eine weitere Wohneinheit in der H-Straße #3 an seine Lebensgefährtin vermietet, wobei die Höhe der Miete – auf Grund von Unterhaltungspflichten – nicht kostendeckend gewesen sei.

Die Tätigkeit des Klägers als Gesellschafter und Geschäftsführer D GmbH stelle seine Haupteinnahmequelle dar. In den Jahren von 2004 - 2007 habe sein Einkommen sich von 164.000 € auf 193.000 € im Jahr gesteigert. Ursprünglich sei er gelernter Chemielaborant und habe einen entsprechenden Abschluss. Er sei zunächst im Bereich der chemischen Industrie und seit 1989 als Leiter der deutschen Niederlassung eines internationalen Konzerns tätig. Im Jahr 1994 habe der Kläger die D GmbH gegründet und sei seitdem nicht mehr sozialversicherungspflichtig beschäftigt gewesen. 24

Zudem sei zu beachten, dass die Einkünfte aus der Verwaltung seiner Immobilien durch das Finanzamt als Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung gemäß § 21 EStG verbucht worden seien. 25

Jedenfalls stünde dem Kläger deshalb ein Widerrufsrecht zu, da sich die Beklagte dafür entschieden habe, den Kläger als Verbraucher zu behandeln. Aus dem Vorbringen der Beklagten gehe hervor, dass die Beklagte auch zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses definitiv davon ausgegangen sei, dass der Kläger kein Verbraucher sei. Dennoch habe sich die Beklagte dazu entschlossen, dem Kläger ein Darlehen zu gewähren, welches die Voraussetzung des §§ 492 Abs. 1 Buchst. a BGB a.F. erfüllen würde. Zum einen würde der Zinssatz dem durchschnittlichen Zinssatz für vergleichbare Wohnungsbaukredite an private Haushalte unter Berücksichtigung der insoweit maßgeblichen höchstrichterlichen Rechtsprechung entsprechen. Zudem sei auch, was nur bei Verbraucherdarlehensverträgen typisch sei, eine Zinsbindung bis zum 30.03.2017 und kein veränderlicher Zinssatz vereinbart worden. Schließlich sei der Darlehensvertrag mit einer Klausel überschrieben „Darlehensvertrag Verbraucherdarlehensvertrag gemäß §§ 491 ff. BGB“. Diese Klausel sei wirksam einbezogen worden und daher auch für die Beklagte verbindlich. 26

Zudem sei die Beklagte gemäß § 347 Abs. 1 HGB zur bankkaufmännischen Sorgfalt verpflichtet. Diese Pflicht hätte die Beklagte verletzt, wenn diese mit dem Kläger trotz erkannter fehlender Verbrauchereigenschaft einen Immobiliendarlehensvertrag für Verbraucher abgeschlossen hätte. Die Beklagte habe, indem sie das Vertragsformular mit der Hauptüberschrift „Darlehensvertrag Verbraucherdarlehensvertrag gemäß § 491 ff. BGB“ nebst der entsprechenden Widerrufsbelehrung verwendet habe, ein berechtigtes Vertrauen des Klägers hervorgerufen, dass er einen Verbraucherdarlehensvertrag abgeschlossen habe 27

und ihm ein Widerrufsrecht zustehen würde. Dass sich die Beklagte nun nach einem Zeitablauf von beinahe neun Jahren darauf berufe, dass der Kläger kein Verbraucher sei, sei rechtsmissbräuchlich. Jedenfalls sei dieses Verhalten widersprüchlich. Überdies habe das Landgericht verkannt, dass dem Wortlaut von § 13 BGB nicht zu entnehmen sei, dass es allein auf die objektiven und nicht auf die subjektiven Umstände ankomme. Der Bundesgerichtshof habe daher auch für den Fall, dass ein Verbraucher sich als Gewerbetreibender ausgeben würde, entschieden, dass entsprechend dem Grundsatz von Treu und Glauben kein Verbrauchergeschäft vorliege. Dies müsse auch für den umgekehrten Fall gelten, wenn, wie hier, die Beklagte als Unternehmerin davon ausgehe, dass der Kläger kein Verbraucher sei und dennoch das Vertragsformular für einen Verbraucherdarlehensvertrag nebst entsprechender Widerrufsbelehrung benutzt habe.

Im Hinblick auf die Rechtsfolgen sei zu beachten, dass der Beklagten neben dem Herausgabeanspruch der Darlehensvaluta ein Wertersatzanspruch im Hinblick auf die jeweils überlassene (Rest-) Valuta bis zur Erklärung des Widerrufs zustehen würde. Auf der anderen Seite stünde dem Kläger ein Nutzungsersatzanspruch i.H.v. 2,5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz auf die bis zum Widerruf geleisteten Zins- und Tilgungsleistungen bis zur Erklärung des Widerrufs zu. Daraus ergebe sich, wobei wegen der weiteren Einzelheiten der Berechnung auf die Berufungsschrift vom 12.06.2017 (Bl. 337 ff. der Akte) Bezug genommen wird, ein Anspruch des Klägers gegen die Beklagte in Höhe von 32.901,97 €.

Der Kläger beantragt, 29

unter Aufhebung des am 12.04.2017 verkündeten Urteils des Landgerichts Münster, Az: 014 O 325/16, die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 32.901,97 € nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem jeweils gültigen Basiszinssatz seit dem 01.04.2017 zu zahlen. 30

Die Beklagte beantragt, 31

die Berufung zurückzuweisen. 32

Sie verteidigt die Entscheidung des Landgerichts und wiederholt und vertieft ihr erstinstanzliches Vorbringen. Der Kläger habe den Darlehensvertrag nicht als Verbraucher im Sinne von § 13 BGB abgeschlossen. Dabei sei zur Ermittlung des erforderlichen Umfangs der Verwaltung des Immobilienvermögens nicht darauf abzustellen, ob der Kläger dies zuhause bewerkstelligen könne, sondern ob dies objektiv die Unterhaltung eines Büros oder einer Organisation erfordere. Auch sei die berufliche Tätigkeit des Klägers bei der Beurteilung, ob ein Verbraucherdarlehensvertrag vorliegen würde, entsprechend der Rechtsprechung des erkennenden Senates beachtlich. Demgegenüber sei die Bezeichnung des Darlehensvertrages als Verbraucherdarlehensvertrages unerheblich (*falsa demonstratio non nocet*). Etwas anderes ergebe sich auch nicht aus dem vereinbarten Zinssatz. Auch sei das Verhalten der Beklagten nicht widersprüchlich, wenn sie überobligatorisch das Formular für einen Verbraucherdarlehensvertrag verwendet habe und sich im Nachhinein auf die objektiv gegebene, abweichende Rechtslage berufen würde. 33

Dem Kläger stünde auch kein vertragliches Widerrufsrecht zu. Jedenfalls könne auch nicht im Wege der Auslegung angenommen werden, dass die Parteien sich auf ein Widerrufsrecht hätten einigen wollen, das noch neun Jahre nach Vertragsschluss bestünde. Jedenfalls könne nicht angenommen werden, dass die strengen Formvorschriften des BGB auf ein etwaiges vertragliches Widerrufsrecht anwendbar seien. Schließlich sei die Ausübung des Widerrufsrechtes verwirkt und stelle zudem eine unzulässige Rechtsausübung dar. 34

Im Hinblick auf den von dem Kläger geltend gemachten Nutzungersatz sei zu berücksichtigen, dass die Beklagte auf die von dem Kläger gezahlten Beträge keine Nutzungen i.H.v. 2,5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz gezogen habe. Aufgrund der durchgeführten Refinanzierung über Pfandbriefe habe die Marge der Beklagten hier bei 0,37 % gelegen. Zudem habe der Kläger verkannt, dass der Beklagten ein Wertersatzanspruch auch über den Zeitpunkt der Widerrufserklärung hinaus in Höhe des Vertragszinseszinses zustehe.

Der Senat hat den Kläger persönlich angehört und Beweis erhoben durch Vernehmung des Zeugen S. Wegen der weiteren Einzelheiten und des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die Sitzungsniederschrift vom 14.05.2018 (Bl. 409 f. der Akte) Bezug genommen. 36

II. 37

Die zulässige Berufung hat in der Sache keinen Erfolg, da die zulässige Klage unbegründet ist. 38

1. 39

Die Klage ist zulässig. 40

Die Zulässigkeit der hier zweitinstanzlich erfolgten Änderung des Klageantrages bestimmt sich nach den §§ 263, 264, 533 ZPO (BGH, Beschluss vom 22.09.2016 – VIII ZR 247/15). Hier war es dem Kläger gemäß §§ 525, Satz 1, 264 Nr. 2 ZPO unbenommen, jederzeit im Wege der Klageerweiterung von den erstinstanzlich verfolgten Feststellungsanträgen, dass sich der Darlehensvertrag in ein Rückgewährschuldverhältnis umgewandelt hat und der Beklagten ein Rückzahlungsanspruch zum 01.03.2017 i.H.v. 237.618,52 € zustand, auf eine bezifferte Leistungsklage überzugehen. Die Zulässigkeit einer solchen Klageerweiterung unterliegt nicht den Restriktionen der §§ 533, 263 ZPO. §§ 533, 263 ZPO erfasst Klageänderungen im Sinne eines Wechsels des Antrages oder des Klagegrundes als Lebenssachverhalt, welcher der Klage zugrunde liegt (BGH, Beschluss vom 16.09.2008 – IX ZR 172/07, Rn. 9 m.w.N.). Demgegenüber erfasst § 264 Nr. 2 ZPO sowohl die quantitative als auch die qualitative Erweiterung oder Beschränkung des Klageantrages, ohne dass der bisherige Streitgegenstand durch einen anderen ersetzt wird (BGH, Urteil vom 21.12.1989 – VII ZR 84/89; Zöller-Greger, ZPO, 31. Auflage 2016, § 264 ZPO Rn. 3). Hier handelt es sich jedenfalls um eine qualitative Änderung i.S.v. § 264 Nr. 2 ZPO. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes verfolgt der Darlehensnehmer mit den Anträgen, dass sich der Darlehensvertrag in ein Rückgewährschuldverhältnis umgewandelt habe und er dem Darlehensgeber aus dem Rückgewährschuldverhältnis nicht mehr als ein Saldo der wechselseitigen Forderungen schulde, sein wirtschaftliches Interesse im Hinblick auf die Forderung, die er meint, gemäß § 357 Abs. 1 Satz 1 BGB i.d.F. bis zum 12.06.2014 i.V.m. §§ 346 ff. BGB beanspruchen zu können (vgl. BGH, Beschluss vom 25.10.2016 – XI ZR 6/16, Rn. 5; Senat, Urteil vom 09.05.2018 – 31 U 322/16). Dieses Interesse verfolgt der Kläger jedoch mit dem neuen Berufungsantrag in Form einer Leistungsklage weiter, wobei der Saldo der wechselseitigen Forderungen nunmehr einen Anspruch zu seinen Gunsten begründen würde. 41

2. 42

Die Klage ist jedoch unbegründet. 43

Dem Kläger steht gegen die Beklagte weder ein Anspruch auf Zahlung von 32.901,97 € noch auf die begehrten Zinsen zu. 44

- a. 45
- Dem Kläger steht kein Anspruch gegen die Beklagte auf Zahlung von 32.901,97 € zu. Ein solcher Anspruch konnte sich hier insbesondere weder aus den § 357 Abs. 1 Satz 1 BGB i.d.F.v. 08.12.2004 - 10.06.2010 i.V.m. §§ 346 ff. BGB noch aus §§ 812 Abs. 1 1. Var., 818 Abs. 1 BGB ergeben. Denn der Kläger hat seine auf den Abschluss des gegenständlichen Darlehensvertrages gerichtete Willenserklärung nicht wirksam widerrufen können, so dass der Darlehensvertrag weder in ein Rückgewährschuldverhältnis i.S.v. §§ 346 ff. BGB umgewandelt wurde noch dass er als Rechtsgrund i.S.v. § 812 Abs. 1 1. Var. BGB für die nach dem Zugang der Widerrufserklärung erbrachten Leistungen des Klägers weggefallen ist. Dem Kläger stand schon kein Widerrufsrecht i.S.v. § 495 Abs. 1 BGB i.d.F.v. 01.08.2002 - 10.06.2010 zu, ein etwaiges vertragliches Widerrufsrecht wäre jedenfalls zum Zeitpunkt der Erklärung des Widerrufs am 18.05.2016 verfristet gewesen. 46
- aa. 47
- Gemäß § 495 Abs. 1 BGB a.F. steht dem Darlehensnehmer eines Verbraucherdarlehensvertrages i.S.v. § 491 Abs. 1 BGB i.d.F.v. 01.08.2002 - 10.06.2010 ein Widerrufsrecht gemäß § 355 Abs. 1 BGB i.d.F.v. 08.12.2004 - 10.06.2010 zu. Dies setzt voraus, dass der Kläger den gegenständlichen Darlehensvertrag als Verbraucher gemäß § 13 BGB i.d.F. bis zum 12.06.2014 abgeschlossen hätte. Dies kann der Senat hier jedoch nicht feststellen. 48
- (1) Verbraucher ist nach der Legaldefinition des § 13 BGB a.F. jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu Zwecken abschließt, die überwiegend weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbstständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können. Verbrauchergeschäfte sind daher nur solche Geschäfte, die für die handelnde natürliche Person ein Privatgeschäft darstellen, also etwa der Haushaltsführung, Daseins- und Gesundheitsvorsorge oder Freizeitgestaltung dienen (Erman-Saenger, BGB, 15. Auflage 2017, § 13 Rn. 12). Ausgehend hiervon muss der Zweck des aufgenommenen Darlehens ebenfalls einem Bedürfnis dienen, das nicht einem vom Darlehensnehmer betriebenen Gewerbe oder seiner selbstständigen beruflichen Tätigkeit dient (Palandt-Weidenkaff, BGB, 77. Auflage 2018, § 491 Rn. 5). Insoweit ist anhand der Umstände des Einzelfalles zu beurteilen, welchen Zwecken das aufgenommene Darlehen dienen sollte. Hier sollte das Darlehen dem Erwerb einer zu vermietenden Immobilie dienen. Dies ist grundsätzlich von dem Begriff des Gewerbes umfasst. Gewerbe i.S.v. § 13 BGB ist jede rechtlich selbständige, planmäßige und auf Dauer angelegte, äußerlich erkennbare und am Markt hervortretende Tätigkeit, bei der entgeltliche Leistungen angeboten werden (OLG Hamm, Urteil vom 20.10.2016 – 18 U 152/15; Staudinger-Habermann, BGB, Neubearbeitung 2013, § 14 Rn. 36 ff.). Indes ist anerkannt, dass die reine Vermögensverwaltung, auch wenn es sich um die Anlage beträchtlichen Kapitals handelt, nicht dem Gewerbebegriff unterfällt, weil diese Art von Rechtsgeschäften sowohl beruflich bzw. gewerblich als auch im Rahmen privater Vermögensverwaltung vorgenommen werden kann (BGH, Urteil vom 25.01.2011 – XI ZR 350/08, Rn. 25; Schimansky-Bunte-Lwowski, Bankrechtshandbuch, 5. Auflage 2017, § 81 Rn. 16). Insbesondere die hier gegenständliche Aufnahme von Fremdmitteln kann beim Immobilienerwerb zur ordnungsgemäßen Verwaltung gehören und lässt daher nicht zwangsläufig auf ein Gewerbe schließen (BGH, Urteil vom 20.02.2018 – XI ZR 445/17, Rn. 21; Urteil vom 23.10.2001 – XI ZR 63/01, Rn. 23; Urteil vom 23.09.1992 – IV ZR 196/91, Rn. 15). Der private Vermögensverwalter ist aber dann Unternehmer, wenn der mit der Vermögensverwaltung verbundene organisatorische und zeitliche Aufwand insgesamt nach den Umständen des Einzelfalles das Bild eines planmäßigen Geschäftsbetriebes vermittelt; 49

das ausschlaggebende Kriterium für die Abgrenzung der privaten von einer berufsmäßig betriebenen Vermögensverwaltung ist damit der Umfang der mit ihr verbundenen Geschäfte. Erfordern diese einen planmäßigen Geschäftsbetrieb, wie etwa die Unterhaltung eines Büros oder einer Organisation, so liegt eine gewerbliche Betätigung vor (BGH, Urteil vom 20.02.2018 – XI ZR 445/17, Rn. 21; Urteil vom 23.10.2001 – XI ZR 63/01, Rn. 23; s.a. Palandt-Ellenberger, a.a.O., § 14 Rn. 2). Die Höhe der verwalteten Werte oder des Kreditbetrages ist dabei nicht maßgeblich. Handelt es sich um die Vermietung oder Verpachtung von Immobilien, so ist dementsprechend nicht ihre Größe entscheidend, sondern Umfang, Komplexität und Anzahl der dazu erforderlichen Verwaltungsvorgänge (BGH, Urteil vom 20.02.2018 – XI ZR 445/17, Rn. 22).

Eine Vielzahl gleichartiger Geschäfte spricht daher eher für ein professionelles Vorgehen. Ob 50  
der mit der Vermögensverwaltung verbundene organisatorische und zeitliche Aufwand  
danach insgesamt das Bild eines planmäßigen Geschäftsbetriebes vermittelt, bleibt eine im  
Einzelfall zu beurteilende Frage (BGH, Urteil vom 20.02.2018 – XI ZR 445/17, Rn. 22; Urteil  
vom 23.10.2001 – XI ZR 63/01, Rn. 23). Es obliegt dabei dem Darlehensnehmer, der sich auf  
ein Widerrufsrecht (§ 495 BGB) berufen will, darzulegen und zu beweisen, dass das  
Rechtsgeschäft zu einem Zweck abgeschlossen wurde, der weder seiner gewerblichen noch  
seiner selbstständigen beruflichen Tätigkeit zuzurechnen ist (BGH, Urteil vom 06.07.2017 –  
IX ZR 38/16, Rn. 31; Urteil vom 09.02.2017 – IX ZR 67/16, Rn. 13; Urteil vom 11.07.2007 –  
VIII ZR 110/06, Rn. 13; BAG, Urteil vom 12.12.2013 – 8 AZR 829/12, Rn. 26; OLG  
Düsseldorf, Urteil vom 23.02.2017 – 6 U 88/16 ; OLG Stuttgart, Urteil vom 17.03.2010 – 3 U  
160/09, Rn. 24; Senat, Beschluss vom 26.02.2018 – 31 U 156/17 m.w.N.; Palandt-  
Ellenberger, a.a.O., § 13 Rn. 4; BeckOK-Bamberger, BGB, § 13 Rn. 41).

Nach den Umständen des vorliegenden Falles kann der Senat bei Anlegung dieser Maßstäbe 51  
nicht feststellen, dass der Kläger den gegenständlichen Darlehensvertrag noch als privater  
Vermögensverwalter und somit als Verbraucher abgeschlossen hat. Aufgrund der  
feststehenden Umstände ist die Schlussfolgerung des Landgerichtes, dass ein Fall  
gewerblicher Vermögensverwaltung vorliege nicht zu beanstanden.

Das Landgericht ist davon ausgegangen, dass die Vermietung und Verwaltung der 52  
unstreitigen 27 bzw. 28 Wohneinheiten plus 11 Stellplätzen dem unternehmerischen Bereich  
zuzuordnen sei. Dies korrespondiert mit der Rechtsprechung des Senates, wonach bereits  
die kontinuierliche Verwaltung einer Immobilie mit Mietverhältnissen über 23 Wohn- und zwei  
Gewerbeeinheiten regelmäßig die Unterhaltung eines Büros oder einer Organisation erfordert  
(Senat, Urteil vom 26.10.2015 – 31 U 85/15). Gleiches gilt nach der Rechtsprechung des  
Senates - erst recht - bei der Verwaltung von fünf Immobilien mit Mietverhältnissen über 54  
Wohn- und sieben Gewerbeeinheiten (Hinweisverfügung gemäß § 522 Abs. 2 ZPO vom  
02.11.2015 - 31 U 134/15). Schließlich hat der Senat mit Urteil vom 02.11.2016 - 31 U 265/15  
- entschieden, dass bereits bei einer Anzahl von mehr als 30 Mietobjekten offensichtlich sei,  
dass der Eigentümer derselben planvoll als am Wohnungsmarkt tätiger Anbieter auftrete (vgl.  
auch vgl. Senat, Beschluss vom 01.02.2017 – 31 U 265/15 m.w.N.; Mediger, NZM 2015, 185;  
Gsell, WuM 2014, 375). Nichts anderes kann daher gelten, wenn zwar die Anzahl der  
Wohneinheiten 27 – 28 beträgt, darüber hinaus jedoch 11 Stellplätze vermietet werden,  
welche im Vergleich zur Wohnraummiete teilweise anderen gesetzlichen Regularien  
unterliegen. Die Berufung zeigt keine Umstände auf, die ein Abweichen von dieser  
Rechtsprechung oder sonst die Feststellung eines Verbrauchergeschäftes begründen  
könnten.

(2) Entgegen der Auffassung des Klägers kommt der Anzahl der einzelnen Vermietungsobjekte durchaus eine Relevanz zu, da mit einer steigenden Anzahl der Vermietungsobjekte grundsätzlich auch der Verwaltungsaufwand ansteigt. Dabei ist dem Kläger zu konzедieren, dass je nach Organisation und den konkreten Gegebenheiten der Aufwand der einzelnen Objekte unterschiedlich groß sein kann. Dennoch beeinflusst die Anzahl der Vermietungsobjekte den sich daraus ergebenden Umfang, wenn dieser für das einzelne Objekt unterschiedlich hoch ausfallen kann.

Auch weiterhin sind das konkrete Objekt, deren Erwerb die gegenständliche Finanzierung dienen sollte, und der damit verbundene Aufwand – entgegen der Auffassung des Klägers – nicht isoliert zu betrachten. Es kommt nicht auf die mehr oder weniger zufällige Verteilung der Vermietungsobjekte auf verschiedene Immobilien, sondern auf den insgesamt mit der Vermietung der Immobilien verbundenen Aufwand an. Dabei liegt es auch auf der Hand, dass nicht nur die Verteilung der Objekte auf mehrere Immobilien, sondern auch die Entfernung zwischen diesen und zum Wohnort des Eigentümers dazu führt, dass der mit der Verwaltung der Objekte verbundene Aufwand größer ist als der Aufwand, wenn alle Objekte in einer zudem noch wohnortnahen Immobilie liegen. 54

(3) Dabei hat der Senat hier davon auszugehen, dass der Kläger Eigentümer von 27 Wohneinheiten und 11 Stellplätzen (incl. der Mieteinheiten der L-Straße #5) gewesen ist, welche sich auf fünf Immobilien in drei verschiedenen Städten in NRW verteilt haben. Dabei hat der Kläger auf Befragen durch den Senat im Rahmen der persönlichen Anhörung eingeräumt, dass die Immobilie in der G-Straße #1 in M neun Wohneinheiten gehabt haben „dürfte“, was der Senat hier unter dem Gesichtspunkt der Darlegungslast zulasten des Klägers berücksichtigt hat. Soweit der Kläger vorgebracht hat, dass Wohneinheiten in der H-Straße #3 und #4 an Angehörige gegen Entgelt vermietet worden seien, so ist dies jedenfalls deshalb unerheblich, da es auf die Person des Mieters nicht ankommt. Soweit der Kläger behauptet, dass die Höhe der Mieten nicht kostendeckend gewesen seien, schloss dies die Berücksichtigung dieser Mietobjekte nicht aus. Denn die abgesenkte Miete hat der Kläger, wenn auch erst auf Nachfragen des Senates, damit begründet, dass Unterhaltungspflichten gegenüber diesen Personen beständen, die der Kläger so wohl zumindest teilweise erfüllen wollte. 55

Schließlich war hier auch zu berücksichtigen, dass der Kläger Gesellschafter der Y GbR gewesen ist, welche Eigentümerin einer weiteren Immobilie gewesen ist. Dabei hatte der Senat, unter Berücksichtigung der Darlegungs- und Beweislast des Klägers und in Ermangelung eines hinreichend konkreten Parteivortrages und jedenfalls fehlender Beweisangebote, davon auszugehen, dass die Immobilie in N drei Wohn- und eine Gewerbeeinheit umfasste. Diese Immobilie war hier auch zu berücksichtigen. Andernfalls könnten sich natürliche Personen in verschiedenen GbRs engagieren und – obwohl die daraus resultierenden Aufgaben sie Tag und Nacht beschäftigen – dies wäre dennoch nicht als gewerbliches Handeln zu betrachten. Daher ist auch der sich aus der Verwaltung der Immobilien der GbR ergebende Umfang bei der Beurteilung der Verbrauchereigenschaft eines derselben Zweckrichtung dienenden Rechtsgeschäfts zu beachten. Andernfalls würde ein einheitlicher Lebenssachverhalt künstlich aufgespalten (Senat, Urteil vom 26.10.2015 – 31 U 85/15; OLG Stuttgart, Urteil vom 17.03.2010 - 3 U 160/09). Dementsprechend kommt es nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes bei einem Eintritt in eine Personengesellschaft darauf an, ob der Kreditnehmer gedenkt, unternehmerisch tätig zu werden, oder ob er sich nur mit Kapital beteiligen will (BGH, Urteil vom 05.06.1996 – VIII ZR 151/95; Urteil vom 27.06.2000 – XI ZR 322/98; Bülow-Artz-Artz, a.a.O., § 491 Rn. 51; Erman-Saenger, a.a.O., § 13 Rn. 14; BankR-HdB-Jungmann, a.a.O., § 81d Rn. 14 ff.). Insoweit fehlt 56

hier jedoch jeglicher Vortrag des Klägers zu der rechtlichen Ausgestaltung innerhalb der GbR und der Aufgabenverteilung der Gesellschafter untereinander, was der Senat hier unter Berücksichtigung der Darlegungs- und Beweislast des Klägers zu berücksichtigen hatte.

Zu Unrecht hat jedoch das Landgericht bei den angegebenen Wohneinheiten die von dem Kläger selbst bewohnte Immobilie berücksichtigt. Da diese nicht vermietet ist, fehlt es insoweit in jedem Fall an einer unternehmerischen Tätigkeit (vgl. LG Waldshut-Tiengen, Urteil vom 30.04.2008 - 1 S 27/07). 57

(4) Darüber hinaus hat der Kläger auch, wie vom Landgericht zutreffend ausgeführt, im Hinblick auf die mit der Verwaltung der Immobilien verbundenen Aufgaben und deren zeitlichen Umfang nicht hinreichend substantiiert vorgetragen. 58

Die – streitige – Behauptung des Klägers, er erledige sämtliche mit der Verwaltung der Objekte zusammenhängenden Tätigkeiten an dem Küchentisch in seiner Wohnung und würde kein Büro mit üblichen Sprechzeiten oder 24h Notdienst unterhalten, ist wenig aussagekräftig. Zwar kann die Unterhaltung eines Büros einen planmäßigen Geschäftsbetrieb belegen, sie ist dafür aber kein zwingendes Erfordernis (BGH, Urteil vom 20.02.2018 – XI ZR 445/17, Rn. 26). 59

Insgesamt beziffert der Kläger den Aufwand für die Verwaltung der Vermietungsobjekte auf durchschnittlich 5 Stunden pro Woche, wobei dies auf seinen Fachkenntnissen und der elektronischen Unterstützung beruhe. Das Landgericht hat dies unter Auflistung verschiedener Tätigkeiten für nicht nachvollziehbar gehalten. Dabei sei insbesondere zu beachten, dass mit der Übergabe von Wohnungen, zumal diese hier in unterschiedlichen Städten liegen, ein erheblicher Aufwand verbunden sei. Dem ist der Kläger mit der Berufung lediglich pauschal entgegengetreten und hat behauptet, dass der Aufwand von 5 Stunden pro Woche im Schnitt alle mit der Verwaltung verbundenen Aufgaben erfasse. Substantiiertes Vortrag dazu, wie der Kläger den von ihm behaupteten Aufwand ermittelt hat und wie sich dieser im Einzelnen zusammensetzen soll, fehlt. Daran ändert auch die Nutzung von Computerprogrammen und die Erfahrung des Klägers im Bereich der Immobilienverwaltung nichts. Auch die Behauptung, dass der Kläger keine Kurzzeitmietverträge abschließen und keine Sonderleistungen anbiete, lässt den sich aus der Verwaltung der Immobilien resultierenden Umfang nicht verifizierbar erscheinen. Bei bestrittener Verbrauchereigenschaft sieht es der Senat jedoch als erforderlich an, dass konkret zu den einzelnen Umständen vorgetragen wird, aus denen sich der Verwaltungsaufwand ergibt (etwa Vortrag zu den einzelnen Mietverhältnissen, Mieterwechseln, Wartungs- und Instandhaltungsarbeiten, Hausmeisterarbeiten, Betriebskostenabrechnungen etc.). Auch hätte er seinen Vortrag – da die Beklagte die pauschalen Behauptungen des Klägers bereits in der Klageerwiderung bestritten hat – jeweils unter Beweis stellen müssen. Dies gilt im Übrigen auch für seine Erklärung, er habe sämtliche anfallenden Arbeiten einschließlich der zu erstellenden Jahresabrechnungen allein und ausschließlich von zu Hause aus erledigt und sich keiner Hilfe Dritter bedient, was zumindest im Hinblick auf Hausmeister- und Reparaturarbeiten fraglich erscheint (vgl. Senat, Verfügung vom 22.03.2017 – 31 U 302/16). Zudem fehlt es an jeglichem Sachvortrag dazu, in welchem Umfang der Kläger in die Verwaltung der Immobilie der GbR involviert ist. Schließlich ist, worauf der Senat nur ergänzend hinweist, auch nicht hinreichend deutlich, auf welchen Zeitpunkt und auf welchen Immobilienbestand sich der von dem Kläger behauptete Zeitaufwand von durchschnittlich fünf Stunden pro Woche bezieht. Ob der Kläger dabei auch den Aufwand, der mit der Verwaltung der zu erwerbenden Immobilie und der Immobilie in der H-Straße #4 in M einhergeht, berücksichtigt hat, ist nicht zweifelsfrei. Denn letztere Immobilie hat der Kläger nach Abschluss des gegenständlichen 60

Darlehensvertrages an die D GmbH veräußert. Jedoch beschreibt der Kläger schriftsätzlich den Verwaltungsaufwand im Präsens mit fünf Stunden, während er im Übrigen die Vergangenheitsform benutzt oder ausdrücklich auf den Zeitpunkt des Erwerbs der gegenständlichen Immobilie abstellt (vgl. z.B. Bl. 248 der Akte, S. 3 des Ss vom 13.03.2017), wobei der Senat sich durchaus bewusst ist, dass es sich hierbei auch um sprachliche Ungenauigkeiten handeln könnte. Schließlich ist auch zu berücksichtigen, dass der Kläger in der Berufungsinstanz die Auffassung vertreten hat, dass lediglich der mit der Immobilie, zu deren Zweck die Finanzierung aufgenommen worden sei, einhergehende Verwaltungsaufwand zu berücksichtigen und dass der sich aus der Verwaltung der übrigen Immobilien ergebende Aufwand unbeachtlich sei (Bl. 400 der Akte, S. 7 des Ss vom 04.05.2018). Dennoch hat der Kläger auch in der Berufungsinstanz den mit der Verwaltung korrespondierenden Aufwand durchschnittlich mit 5 Stunden beziffert. Dies würde jedoch nahelegen, dass sich der Aufwand von fünf Stunden lediglich auf die zu erwerbende Immobilie bezogen hat.

Schließlich wäre der Kläger auch in Ermangelung eines tauglichen Beweisantritts beweisfällig 61 geblieben. Allein auf Grund seiner Angaben kann der Senat nicht zu der erforderlichen Überzeugung kommen. Dabei kann sich der Senat nicht des Eindrucks verschließen, dass der Kläger seiner Pflicht zum vollständigen Sachvortrag i.S.v. § 138 Abs. 1 ZPO allenfalls zögerlich nachkam, was im Rahmen der Beurteilung der Glaubwürdigkeit nicht ohne Konsequenz bleiben konnte. So war es schon schwerlich erklärbar, warum der Kläger auch im Verhandlungstermin vor dem Senat die Anzahl der Mieteinheiten der Objekte in N („2-3 Wohneinheiten“) und in der G-Straße #2 („dürfte neun Wohneinheiten haben“) in M nicht genau hat angeben können. Letzteres war bereits Gegenstand der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht und ist im landgerichtlichen Urteil ausführlich besprochen worden. Auch zweitinstanzlich sind diese Fragen schriftsätzlich von den Parteien erörtert worden. Dennoch hat der Kläger dies nicht zum Anlass genommen, die ihm gebotene Möglichkeit im Rahmen der persönlichen Anhörung zu nutzen und den Bestand der Mieteinheiten hinreichend sicher zu klären. Überdies hat es der Senat mit Verwunderung zur Kenntnis genommen, dass der Kläger schriftsätzlich durchgehend behauptet hat, dass er nicht Eigentümer einer Immobilie in der C-Straße #6 in M gewesen ist, obwohl ihm spätestens mit Vorlage der Ablichtungen der Emails vom 16. und 17.04.2007 (Bl. 233, 234 der Akte, Anlage KE 7) klar gewesen sein muss, dass die Beklagte die C-Straße #7 in T gemeint hat. Jedenfalls hat er dies auf Vorhalt dieser Emails durch den Senat sofort eingeräumt, während er auf vorhergehende Fragen des Senates den Eindruck erweckt hat, als sei ihm eine C-Straße völlig unbekannt.

Der Senat kann daher lediglich feststellen, dass der Kläger Eigentümer von (mindestens) 27 62 Mieteinheiten und 11 Stellplätzen, verteilt auf fünf Immobilien in drei verschiedenen Städten in NRW, gewesen ist. Er ist zudem Gesellschafter einer GbR gewesen, welche ihrerseits Eigentümerin von drei Miet- und einer Gewerbeeinheit gewesen ist. Der sich daraus ergebende Aufwand ist, nach der ständigen Rechtsprechung des Senates, derart erheblich, dass nicht mehr von einer privaten Vermögensverwaltung sondern von einer unternehmerischen Tätigkeit auszugehen ist. Umstände, die hier einen geringeren Aufwand zur Überzeugung des Senates beweisen oder zumindest naheliegend erscheinen lassen würden, hat der Kläger schon nicht substantiiert dargelegt und unter Beweis gestellt. Auf die streitige Behauptung, dass der Kläger gezielt nach Objekten mit Mieten unterhalb des Mietspiegels suchen würde, um diese sukzessive anheben zu können, kam es daher schon nicht mehr an. Auf das Ergebnis der Beweisaufnahme kam es, was der Senat mit den Parteien in der mündlichen Verhandlung erörtert hat, nicht mehr an.

(5) Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der vom Kläger zitierten Rechtsprechung des Bundesfinanzhofes, wonach erst dann eine gewerbliche Vermietertätigkeit vorliegen soll, wenn über die bloße Vermietungstätigkeit hinaus Sonderleistungen angeboten werden würden. Dass der Kläger solche Sonderleistungen hier nicht anbiete, hat der Kläger in zweiter Instanz erstmalig vorgetragen und ist durch die Beklagte in zulässiger Weise mit Nichtwissen bestritten worden. Insofern bestehen bereits Bedenken, ob der Kläger mit diesem Vortrag trotz der Restriktionen der §§ 529 Abs. 1 Nr. 2, 531 Abs. 2 ZPO noch gehört werden kann. Jedoch konnte der Senat dies dahinstehen lassen, da der Argumentation des Klägers schon in der Sache nicht zu folgen ist. Denn entgegen der Auffassung des Klägers kann ein entsprechendes Kriterium der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zur Abgrenzung der §§ 13 und 14 BGB schon nicht entnommen werden. Anhaltspunkte dafür bietet auch nicht die vom Kläger zitierte Entscheidung des BGH vom 20.02.2008 - XI ZR 445/17. Denn anders als in der Entscheidung des Bundesfinanzhofes stellt der BGH – wie dargestellt – in ständiger Rechtsprechung auf den Umfang, der mit der Verwaltung der Vermietungsobjekte einhergeht, ab.

(6) Schließlich ist für die Beurteilung auch nicht vorrangig auf die subjektive Einschätzung der Vertragsbeteiligten abzustellen, sondern auf die objektiv zu bestimmende Zweckrichtung (BGH, Urteil vom 18.10.2017 – VIII ZR 32/16, Rn. 31, Urteil vom 15.11.2007 – III ZR 295/06, Rn. 6; Senat, Beschluss vom 10.01.2018 – 31 U 93/17). Andernfalls stünde die Verbrauchereigenschaft zur Disposition der Parteien, was dem Gesetzeszweck des Verbraucherschutzes nicht entsprechen würde. Dass die Beklagte hier das Formular für Verbraucherdarlehensverträge verwendet hat und davon ausgegangen sein soll, dass der Kläger Verbraucher gewesen ist, führt daher nicht ohne weiteres dazu, dass von der Verbrauchereigenschaft des Klägers trotz der entgegenstehenden objektiven Umstände ausgegangen werden kann. Dies folgt auch nicht unter Berücksichtigung der Wertungen aus dem Urteil des Bundesgerichtshofes vom 22.12.2004 – VIII ZR 91/04. Dort hat der Bundesgerichtshof bei einem objektiv vorliegendem Verbrauchergeschäft unter Berücksichtigung der Wertungen von Treu und Glauben bei einer bewussten Täuschung des Verbrauchers über einen nicht bestehenden gewerblichen Geschäftszweck eine Anwendung der §§ 474 ff. BGB abgelehnt. Diese Wertung ist auf den vorliegenden Fall, selbst die Kenntnis der Beklagten von den die Verbrauchereigenschaft des Klägers negierenden Umständen unterstellt, nicht übertragbar. Im Falle der Verwaltung von Immobilien ist eine Zuordnung zur gewerblichen Tätigkeit grundsätzlich auf Grund des Umfangs der damit verbundenen Verwaltungsaufgaben zu treffen. Daher ist der Darlehensgeber im Falle der Vergabe eines Darlehens zum Erwerb einer nicht selbstgenutzten Immobilie auf die Angaben des Darlehensnehmers angewiesen, um überhaupt im Ansatz eine Prüfung der Verbrauchereigenschaft zu ermöglichen, was diesen Sachverhalt grundsätzlich vom Sachverhalt der Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 22.12.2004 – VIII ZR 91/04 – unterscheidet. Denn dort konnte sich der – unredliche – Verbraucher ohne weiteres Gewissheit über den gewerblichen oder privaten Zweck, den er mit dem Rechtsgeschäft verfolgen wollte, abschließend Gewissheit verschaffen und musste sich daher an den abweichenden Angaben festhalten lassen.

Nichts anderes ergibt sich auch daraus, dass hier ein festverzinsliches Darlehen mit einer Zinsbindung zwischen den Parteien vereinbart worden ist. Insoweit ist schon nicht ersichtlich, dass ein Darlehen mit einer variablen Verzinsung zum Zeitpunkt des Abschlusses des Vertrages für den Kläger sinnvoll und vorteilhaft gewesen wäre und die Beklagte insoweit treuwidrig versucht hätte, den Kläger durch die Annahme eines Verbraucherdarlehensvertrages um diese Vorteile zu bringen.

bb.

67

Der Senat musste nicht entscheiden, ob die Beklagte dem Kläger vertraglich ein Widerrufsrecht, über welches sie im Darlehensvertrag belehrt hat, eingeräumt hat. Denn jedenfalls hat der Kläger ein solches nicht fristgerecht ausgeübt. In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass es im Falle der Einräumung eines vertraglichen Widerrufsrechtes regelmäßig nicht darauf ankommt, ob die Widerrufsbelehrung den Anforderungen an eine Belehrung über ein gesetzliches Widerrufsrecht – hier § 355 BGB a.F. – entspricht. Denn der Formulierung der Widerrufsbelehrung lässt sich im Wege der für die Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen gebotenen objektiven Betrachtung regelmäßig nicht entnehmen, dass der Darlehensgeber dem Darlehensnehmer nicht nur ein vertragliches Widerrufsrecht mit der in der Widerrufsbelehrung beschriebenen Ausgestaltung hat einräumen wollen, sondern sich darüber hinaus auch verpflichten wollte, ihm gegenüber alle im Falle eines gesetzlichen Widerrufsrechtes einzuhaltenden gesetzlichen Belehrungspflichten zu erfüllen und ihm bei deren Nichteinhaltung ein unbefristetes Widerrufsrecht einzuräumen (vgl. BGH, Urteil vom 12.07.2016 – XI ZR 501/15; Urteil vom 06.11.2012 – II ZR 249/11; Urteil vom 06.11.2012 – II ZR 176/12; Urteil vom 22.05.2012 – II ZR 88/11; Senat, Urteil vom 27.11.2017 – 31 U 240/17; Urteil vom 10.07.2017 - 31 U 130/16). Vielmehr bedarf es konkreter Anhaltspunkte in der getroffenen Vereinbarung dafür, dass zwar das Widerrufsrecht als solches von den gesetzlichen Voraussetzungen unabhängig sein soll, gleichwohl die für die Ausübung des Widerrufsrechtes vereinbarte Frist nur dann in Gang gesetzt werden soll, wenn der Unternehmer dem Darlehensnehmer zusätzlich eine Belehrung erteilt hat, die den Anforderungen für ein gesetzliches Widerrufsrecht entspricht (vgl. BGH, a.a.O.). Solche Anhaltspunkte sind hier indes nicht ersichtlich. Aus der Überschrift der Vertragsurkunde als Verbraucherdarlehensvertrag ergibt sich dies nicht. Vielmehr ist aus objektiver Kundensicht deutlich erkennbar, dass die Beklagte keinen Rechtsbindungswillen bezüglich der Überschrift des Vertrages als „Verbraucherdarlehensvertrag gemäß §§ 491 ff. BGB“ hatte und somit nicht die Fiktion der Verbrauchereigenschaft des Klägers vereinbaren wollte. Die Verwendung dieses Formulars diene lediglich – im Hinblick auf die rechtlichen Unsicherheiten bei der Beurteilung der Verbrauchereigenschaft im Falle der Vermögensverwaltung und der sich daraus ergebenden Risiken – dem Zweck der (vorsorglichen) Erfüllung der gesetzlichen Informationspflichten im Falle eines Verbraucherdarlehensvertrages. Es handelt sich daher insoweit nicht um eine Willens- sondern um eine Wissenserklärung der Beklagten. Gegen eine solche vorsorgliche Belehrung hat der Bundesgerichtshof – zumindest im Hinblick auf das Vorliegen eines Verbundgeschäftes – auch keine Bedenken erhoben.

cc.

68

Entgegen der Auffassung des Klägers erweist sich die Ablehnung der Verbrauchereigenschaft des Klägers auch mit den Grundsätzen von Treu und Glauben i.S.v. § 242 BGB vereinbar. Der Kläger verkennt schon im Grundsatz, dass widersprüchliches Verhalten, was der Kläger hier in der Bezeichnung des Vertrages als Verbraucherdarlehensvertrages nebst Widerrufsbelehrung und in dem Bestreiten der Verbrauchereigenschaft durch die Beklagte sehen will, nach der Rechtsordnung grundsätzlich zulässig ist (BGH, Urteil vom 07.05.2014 – IV ZR 76/11). Dabei bildet zwar § 242 BGB eine allen Rechten immanente Inhaltsbegrenzung, deren Bestimmung aber nur mit Hilfe einer umfassenden Bewertung der gesamten Fallumstände entschieden werden kann, wobei die Interessen aller an einem bestimmten Rechtsverhältnis Beteiligten zu berücksichtigen sind (BGH2016 – XI ZR 564/15). Dabei kann der Senat schon nicht erkennen, aus welchem Grund der Kläger ein schutzwürdiges Vertrauen hätte bilden können, den gegenständlichen Darlehensvertrag unbefristet widerrufen zu können. Insbesondere ist

69

nicht ersichtlich, worauf das Vertrauen des Klägers beruhen soll, seine zum Abschluss des gegenständlichen Darlehensvertrages führende Willenserklärung auch noch nach Ablauf von ca. neun Jahren widerrufen zu können. Die vorliegende Widerrufsbelehrung bietet dafür keinen hinreichenden Anlass. Denn diese belehrte den Kläger dahingehend, dass ein Widerrufsrecht von zwei Wochen bzw. einem Monat nach Erhalt der Vertragsurkunde bestünde.

dd. 70

Soweit der Kläger behauptet, dass die Beklagte ihre Sorgfaltspflichten im Sinne von § 347 Abs. 1 HGB verletzt habe, da diese, trotz Kenntnis der gewerblichen Tätigkeit des Klägers, ein Formular zum Abschluss eines Verbraucherdarlehensvertrages genutzt habe, erscheint dieser Einwand bereits unerheblich. Denn eine Pflichtverletzung der Beklagten, was hier überdies eher fernliegend erscheint, würde jedenfalls nicht ein Widerrufsrecht des Klägers, auf welchem der Kläger sein Klagebegehren hier aber stützt, begründen. 71

ee. 72

Schließlich ist auch darauf zu verweisen, dass die Berechnung der Klageforderung, insbesondere im Hinblick auf den Wertersatzanspruch der Beklagten, nicht mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes in Einklang zu bringen und somit nicht schlüssig ist. 73

Die Berechnung der Klageforderung ist sachlich unrichtig. Grundsätzlich geht der Kläger zutreffend bei der Berechnung des Wertersatzanspruches der Beklagten vom Vertragszins aus. Dabei verkennt der Kläger jedoch, dass der Wertersatzanspruch der Beklagten über den Zeitpunkt der Erklärung des Widerrufs hinaus besteht (Senat, Urteil vom 02.05.2018 – 31 U 374/16; OLG Brandenburg, Urteil vom 28.03.2018 – 4 U 75/17; OLG Nürnberg, Urteil vom 18.12.2017 – 14 U 1221/16; Senat, Urteil vom 22.11.2017 – 31 U 285/15; OLG Hamm, Urteil vom 24.07.2017 – 5 U 142/15; Lühmann/Latta NJW 2017, 2071 jeweils m.w.N.). Eine zeitliche Begrenzung oder Zäsur sieht § 346 Abs. 2 BGB schon nicht vor. Zudem nutzt der Darlehensnehmer auch nach Erklärung des Widerrufs das ihm überlassene Kapital bis zu dessen Rückgewähr an den Darlehensgeber weiter. 74

b. 75

Mangels Abspruchs in der Hauptsache steht dem Kläger auch kein Anspruch auf die begehrten Zinsen zu. 76

2. 77

Die prozessualen Nebenentscheidungen folgen aus §§ 97 Abs. 1; 708 Nr. 10, 711 ZPO. 78

3. 79

Die Revision war nicht zuzulassen, da die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen. 80

Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH hat eine Rechtssache grundsätzliche Bedeutung, wenn sie eine entscheidungserhebliche, klärungsbedürftige und klärungsfähige Rechtsfrage aufwirft, die sich in einer unbestimmten Vielzahl von Fällen stellen kann und deswegen das abstrakte Interesse der Allgemeinheit an der einheitlichen Entwicklung und Handhabung des Rechts berührt, das heißt allgemein von Bedeutung ist. Klärungsbedürftig 81

ist eine Rechtsfrage dann, wenn die durch das Berufungsurteil aufgeworfene Rechtsfrage zweifelhaft ist, also über Umfang und Bedeutung einer Rechtsvorschrift Unklarheiten bestehen. Derartige Unklarheiten bestehen unter anderem dann, wenn die Rechtsfrage vom BGH bisher nicht entschieden ist und von einigen Oberlandesgerichten unterschiedlich beantwortet wird oder wenn in der Literatur unterschiedliche Meinungen vertreten werden (BGH, Hinweisbeschluss vom 08.02.2010 – II ZR 54/09 Rn.3; Musielak-Voit-Ball, ZPO, 14. Auflage 2017, § 543 Rn. 5a m.w.N.). Bei Anwendung dieser Grundsätze war eine Zulassung der Revision nicht veranlasst. Die hier aufgeworfenen Fragen der Verbrauchereigenschaft und eines vertraglichen Widerrufsrechtes hat der Senat unter Beachtung der von dem Bundesgerichtshof entwickelten Grundsätze und unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Einzelfalls entschieden.

---