
Datum: 28.11.2012
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 13. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 13 U 221/11
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2012:1128.13U221.11.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 3 O 35/11

Tenor:

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil der 3. Zivilkammer des Landgerichts Köln vom 25.10.2011 – 3 O 35/11 – wird zurückgewiesen.

Die Kosten der Berufung hat die Klägerin zu tragen.

Dieses und das angefochtene Urteil sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

- | | |
|---|---|
| I. | 1 |
| Von der Darstellung des Tatbestandes wird gemäß §§ 540 Abs. 2, 313 a Abs. 1 S. 1 ZPO, 26 Nr. 8 EGZPO abgesehen. | 2 |
| II. | 3 |
| Die zulässige Berufung ist nicht begründet. | 4 |
| 1.) | 5 |
| | 6 |

Der Klägerin steht kein Anspruch auf Zahlung von – nach teilweiser Erledigungserklärung nunmehr noch begehrten – 10.350,10 EUR Zug-um-Zug gegen Abtretung der streitgegenständlichen Beteiligung am B Fonds Nr. 10 zu. Das Landgericht ist zu Recht und mit zutreffender Begründung davon ausgegangen, dass der (konkludenten) Ausübung des Widerrufsrechts mit Schreiben vom 30.06.2010 jedenfalls der Einwand der Verwirkung (§ 242 BGB) entgegensteht. Dementsprechend kann der Senat offen lassen, ob die anspruchsbegründenden Voraussetzungen gegeben sind.

a) 7

Verwirkung setzt voraus, dass der Berechtigte ein Recht längere Zeit nicht geltend gemacht hat, obwohl er dazu in der Lage gewesen wäre, der Gegner sich mit Rücksicht auf das gesamte Verhalten des Berechtigten darauf einrichten durfte und eingerichtet hat, dass dieser sein Recht auch in Zukunft nicht geltend machen werde, und die verspätete Geltendmachung daher gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstößt (BGH, Urt. v. 15.11.2011, XI ZR 54/09, zit. nach juris, Tz. 58; Urt. v. 05.07.2011, XI ZR 306/10, zit. nach juris, Tz. 42; Urt. v. 18.10.2004, II ZR 352/02, zit. nach juris, Tz. 23; Urt. v. 14.06.2004, II ZR 392/01, zit. nach juris, Tz. 19 jeweils m.w.N.). 8

Auch unter Zugrundelegung der Ausführungen des BGH im Urteil vom 18.10.2004 (II ZR 352/02, zit. nach juris, Tz. 23), wonach an die Annahme einer Verwirkung im Bereich des Haustürwiderrufgesetzes strengen Anforderungen zu stellen sind, da die mit der unterlassenen oder nicht ordnungsgemäßen Widerrufsbelehrung verbundenen Nachteile grundsätzlich der Geschäftspartner des Verbrauchers zu tragen habe, liegen die Voraussetzungen der Verwirkung im vorliegenden Fall vor. 9

b) 10

Das sog. Zeitmoment ist aufgrund der Tatsache, dass zwischen der Aushändigung der Widerrufserklärung und der (konkludenten) Erklärung des Widerrufs mit Schreiben vom 30.06.2010 knapp 13 Jahre vergangen sind, gegeben. 11

c) 12

Angesichts der vollständigen, beiderseitigen Erfüllung sämtlicher Verpflichtungen aus dem Vertrag ist auch das sog. Umstandsmoment erfüllt. Die Beklagte musste nach der bereits im Jahre 2005 erfolgten, vollständigen Rückzahlung der Darlehensvaluta nicht mehr mit einem Widerruf im Jahre 2010 und einer sich daran knüpfenden Rückabwicklung rechnen, sondern durfte auf den Bestand der beiderseitigen Vertragserfüllung vertrauen. 13

d) 14

Die von der Klägerin gegen die Annahme der Verwirkung des Widerrufsrechts geltend gemachten Einwände greifen nicht durch. 15

aa) 16

Der Annahme der Verwirkung steht nicht entgegen, dass § 355 Abs. 3 S. 3 BGB a.F. (jetzt: § 355 Abs. 4 S. 3 BGB) dem Verbraucher im Falle einer nicht ordnungsgemäßen Belehrung grundsätzlich ein unbefristetes Widerrufsrecht einräumt. Dies bedeutet lediglich, dass das Widerrufsrecht des nicht ordnungsgemäß belehrten Verbrauchers keiner gesetzlichen Ausübungs- oder Ausschlussfrist (§ 355 Abs. 1 S. 2, Abs. 3 S. 1 BGB) unterliegt, nicht aber, dass es ungeachtet der Grundsätze von Treu und Glauben (§ 242 BGB) gleichsam 17

unbegrenzt ausgeübt werden könnte. Insoweit gelten für ein unbefristetes Widerrufsrecht prinzipiell die gleichen Beschränkungen wie für andere, nicht an die Einhaltung bestimmter Fristen gebundene Gestaltungsrechte.

bb) 18

Eine Verwirkung ist auch nicht deshalb ausgeschlossen, weil der Klägerin die Fehlerhaftigkeit der Widerrufsbelehrung und das daraus folgende – grundsätzliche – Fortbestehen ihres Widerrufsrechts bis zur vollständigen Erfüllung ihrer Vertragspflichten im Jahre 2005 nicht bekannt gewesen, sondern erst im Jahr des (konkludenten) Widerrufs bekannt geworden ist. Für die Verwirkung kommt es nicht darauf an, ob der Berechtigte von seinem Recht, um dessen Verwirkung es geht, Kenntnis hat (BGH, Urt. v. 16.03.2007, V ZR 190/06, zit. nach juris, Tz. 8; Urt. v. 27.06.1957, II ZR 15/56, zit. nach juris, Tz. 13). Dies wird vom BGH zutreffend und überzeugend damit begründet, dass eine an Treu und Glauben ausgerichtete objektive Beurteilung stattzufinden hat. 19

Selbst wenn man dies anders sehen wollte, käme man zu keinem für die Klägerin günstigeren Ergebnis. Zwar hat der II. Zivilsenat des BGH im Urteil vom 15.11.2004 (II ZR 375/02, zit. nach juris, Tz. 16) auf die Kenntnis des Widerrufsberechtigten abgestellt, indem er ausgeführt hat, eine Verwirkung des Widerrufsrechts scheide bereits aus, „weil die betroffenen Darlehensnehmer erst durch die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 13. Dezember 2001 (aaO) über die Berechtigung eines Widerrufs nach dem Haustürwiderrufsgesetz verbindlich in Kenntnis gesetzt wurden“. Daraus ergibt sich aber eindeutig, dass es nicht auf die konkrete Kenntnis des Widerrufsberechtigten ankommt, sondern der Begriff der Kenntnis zu objektivieren ist. Da zudem der BGH (Urt. v. 14.07.2002, I ZR 81/00, zit. nach juris, Tz. 25 ff.) bereits 2002 auch die im vorliegenden Fall verwendete Formulierung beanstandet hat, war das Bestehen eines Widerrufsrechts dementsprechend – bei objektiver Betrachtung – bereits 2002 bekannt, unabhängig davon, ob die Klägerin konkret davon wusste. 20

cc) 21

Die Beklagte kann sich auch auf den für die Verwirkung erforderlichen Vertrauenstatbestand berufen. Zwar hat der BGH (Urt. v. 20.05.2003, XI ZR 248/02, zit. nach juris, Tz.14) ausgeführt, dass das Verhalten eines Kunden, der von seinem Widerrufsrecht keine Kenntnis hat, keinen Schluss darauf zulasse, er werde von dem ihm zustehenden Widerrufsrecht keinen Gebrauch machen. Der Entscheidung lag jedoch der besondere Fall zugrunde, dass dem Verbraucher, der seinen Widerruf auf § 1 HWiG gestützt hatte, überhaupt keine Widerrufsbelehrung nach dem Haustürwiderrufsgesetz erteilt worden war. 22

Im Streitfall liegen die Dinge jedoch grundlegend anders, denn die Klägerin hat eine Widerrufsbelehrung erhalten. Diese war zwar nicht ordnungsgemäß, konnte einen durchschnittlichen Verbraucher aber über das Bestehen eines befristeten Widerrufsrechts als solches nicht im Unklaren lassen. Anders als etwa bei einer Belehrung, die das Widerrufsrecht von irgendwelchen Bedingungen abhängig macht oder an seine Ausübung unzulässige, nachteilige Rechtsfolgen knüpft und erst recht bei einer gänzlich fehlenden Belehrung konnte sich die Klägerin hier über die befristete Befugnis zum Widerruf ihrer Vertragserklärungen nicht im Irrtum befinden. Die ihr erteilte Belehrung war jedenfalls nicht geeignet, sie von einem Widerruf abzuhalten, denn bei vernünftiger Betrachtungsweise eines durchschnittlichen Verbrauchers musste die Frage des Beginns der Widerrufsfrist für die Entscheidung der Klägerin, letztlich am Geschäft festzuhalten, ohne Belang sein. Insofern unterscheidet sich der vorliegende Fall auch maßgeblich von dem Sachverhalt, der der BGH- 23

Entscheidung vom 12.12.2005 (II ZR 327/04, zit. nach juris, Tz. 25) zugrunde lag. Dort hat der BGH eine Verwirkung verneint, weil die Belehrung die – fehlerhafte und deshalb unwirksame – Einschränkung enthielt, dass der Widerruf als nicht erfolgt gilt, wenn das Darlehen nicht binnen zwei Wochen zurückgezahlt wird (BGH, a.a.O., Tz. 21).

Dass man im Rahmen der Verwirkung auf die Art und Relevanz des Fehlers abstellt, führt auch nicht zu einem Unterlaufen der BGH-Rechtsprechung (z.B. BGH, Urt. v. 28.06.2011, XI ZR 349/10, zit. nach juris, Tz. 39) wonach die Art des Fehlers und seine Relevanz für die Frage, ob die Widerrufsbelehrung fehlerhaft ist, unerheblich sind. Wie oben ausgeführt sind beide Punkte – das unbefristete Widerrufsrecht aufgrund fehlerhafter Belehrung einerseits und die Verwirkung andererseits – strikt voneinander zu trennen. 24

Da der formale Fehler der Widerrufsbelehrung nicht zu einer sachlichen Verfälschung der Belehrung über das Widerrufsrecht geführt und deshalb keinen Einfluss auf die Entscheidung der Klägerin gehabt hat, an dem Geschäft festzuhalten, verstößt der knapp 13 Jahre nach Vertragsabschluss und Aushändigung der Widerrufsbelehrung sowie fast fünf Jahre nach vollständiger Vertragsabwicklung (konkludent) erklärte Widerruf der Klägerin gegen Treu und Glauben (vgl. auch Peters in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechtshandbuch, 4. Auflage 2011, § 81, Rn. 350 f.). 25

dd) 26

Der Annahme eines schutzwürdigen Vertrauens aufseiten der Beklagten bzgl. der Verwirkung lässt sich auch nicht entgegen halten, dass die Beklagte die Möglichkeit gehabt hätte, der Klägerin nachträglich eine Belehrung zu erteilen und dadurch die Monatsfrist des § 355 Abs. 2 S. 2 BGB in Gang zu setzen. Es würde eine überzogene Anforderung darstellen, von einer Bank, für die die Erteilung von Widerrufsbelehrungen in Verbraucherdarlehens- oder diesen gleichzusetzenden Verträgen ein Massengeschäft ist, in jedem Einzelfall zu verlangen, vor vielen Jahren erteilte Widerrufsbelehrungen anhand der aktuellen BGH-Rechtsprechung auf die Notwendigkeit einer vorsorglichen Nachbelehrung zu überprüfen, jedenfalls wenn es sich – wie hier – um eine bloße Ungenauigkeit und damit eine rein formale Fehlerhaftigkeit der Belehrung handelt. Insofern unterscheidet sich der vorliegende Fall auch von der Entscheidung des BGH vom 20.05.2003 (XI ZR 248/02, zit. nach juris, Tz 14). 27

ee) 28

Der Annahme der Verwirkung steht schließlich auch nicht das Urteil des XI. Zivilsenats vom 26.10.2010 (XI ZR 367/07, zit. nach juris, Tz. 36 i.V.m. Tz 13) entgegen, in dem die Ausführungen des dortigen Berufungsgerichts bestätigt wurden, wonach eine Verwirkung ausscheide, weil die beklagte Bank nicht dargetan habe, dass sie im Vertrauen auf die beiderseitige Erfüllung des Darlehensvertrages nachteilige und nicht mehr rückgängig zu machende Vermögensdispositionen getroffen habe. 29

Der für die Verwirkung erforderliche Vertrauenstatbestand setzt nicht zwingend eine aktive Vermögensdisposition voraus. Der BGH – und zwar auch der XI. Zivilsenat in neueren Entscheidungen als der zitierten – fasst die Verwirkung weiter, indem er ausführt, dass eine Verwirkung als Unterfall der wegen Verstoßes gegen Treu und Glauben unzulässigen Rechtsausübung in Betracht komme, wenn der Berechtigte ein Recht längere Zeit nicht geltend gemacht hat, obwohl er hierzu in der Lage war, und der Verpflichtete sich mit Rücksicht auf das gesamte Verhalten des Berechtigten darauf einrichten durfte und eingerichtet hat, dass dieser sein Recht nicht mehr geltend machen werde (z.B. Urt. v. 15.11.2011, XI ZR 54/09, zit. nach juris, Tz. 58; Urt. v. 05.07.2011, XI ZR 306/10, zit. nach 30

Unabhängig von der Frage, ob insoweit der Ablauf der 6-jährigen Aufbewahrungsfrist des § 257 Abs. 4 HGB als tragfähiges Indiz angesehen werden kann, ist der erforderliche Vertrauenstatbestand nach Auffassung des Senats gegeben. Er ergibt sich – wie ausgeführt – aus der vollständigen und beiderseitigen Erfüllung sämtlicher Verpflichtungen aus dem Vertrag von 1997 im Jahre 2005.	31
2.)	32
Da der Klägerin der geltend gemachte Zahlungsanspruch Zug-um-Zug gegen Abtretung der Beteiligung nicht zusteht, kann auch der Antrag auf Feststellung, dass sich die Beklagte in Annahmeverzug befindet, keinen Erfolg haben.	33
3.)	34
Soweit die Klägerin den Rechtsstreit wegen erhaltener Ausschüttungen teilweise für erledigt erklärt hat, handelt es sich – da sich die Beklagte der Erledigungserklärung nicht angeschlossen hat – um eine teilweise Klageänderung auf Feststellung, dass sich der Rechtsstreit teilweise erledigt hat. Die Feststellungsklage hat jedoch aus den o.g. Gründen keinen Erfolg.	35
4.)	36
Die Rechtsausführungen der Klägerin im Schriftsatz vom 16.11.2012 geben keinen Anlass zur Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung.	37
5.)	38
Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO.	39
III.	40
Die Revision gegen dieses Urteil ist nicht zuzulassen, da die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen. Dass das Widerrufsrecht verwirkt werden kann, ist in der Rechtsprechung allgemein anerkannt. Im Übrigen handelt es sich um eine von den Umständen des konkreten Falles abhängige Einzelfallentscheidung ohne grundsätzliche Bedeutung. Auch die von der Klägerin angeführten Entscheidungen anderer Obergerichte erfordern nicht die Zulassung der Revision. Dass diese vergleichbare Fälle betrafen, in denen sämtliche Verpflichtungen aus dem Darlehensvertrag bereits seit mehreren Jahren vollständig und beiderseitig erfüllt waren und dass die zitierten Obergerichte auch für diesen Fall einen entsprechenden Rechtssatz aufgestellt haben, lässt sich den vorgelegten Entscheidungen nicht entnehmen.	41
<u>Streitwert für das Berufungsverfahren: bis 13.000,- EUR</u>	42