
Datum: 30.01.2018
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 4. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 4 U 34/17
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2018:0130.4U34.17.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 30 O 315/16
Rechtskraft: rechtskräftig

Tenor:

Auf die Berufung der Klägerin wird das von dem Landgericht Köln am 18.05.2017 verkündete Urteil – 30 O 315/16 – unter gleichzeitiger Zurückweisung ihres weitergehenden Rechtsmittels teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 48.373,37 € nebst Zinsen in der Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 15.03.2016 zu zahlen; im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Beklagte trägt die in beiden Rechtszügen entstandenen Kosten des Rechtsstreits.

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

Gründe:

I.

1

2

3

Die Klägerin nimmt die Beklagte im Anschluss an den von ihr – der Klägerin – am 14.12.2015 erklärten Widerruf von zwei Darlehensverträgen vom 19.09.2006 und 06.08.2007 und deren vorzeitige Ablösung zum 18.09.2015 auf Herausgabe gezogener Nutzungen in der Gesamthöhe von 48.373,37 € sowie auf Freistellung von vorgerichtlichen Kosten in Höhe von 1.822,96 € in Anspruch.

Die Parteien haben im Wesentlichen darüber gestritten, ob die Klägerin zum Widerruf noch
4
berechtigt war, insbesondere ob die den Darlehensverträgen inhaltsgleich beigefügten
Widerrufsbelehrungen entsprechend der Auffassung der Klägerin fehlerhaft waren und nicht
der Gesetzlichkeitsfiktion der Musterwiderrufsbelehrung unterfielen, und ob das
Widerrufsrecht entsprechend dem Rechtsstandpunkt der Beklagten jedenfalls verwirkt oder
dessen Ausübung aus sonstigen Gründen rechtsmissbräuchlich ist.

Mit dem im Tenor dieses Urteils näher bezeichneten Erkenntnis hat das Landgericht die
5
Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, es könne
dahinstehen, ob die Widerrufsfrist aufgrund einer fehlerhaften Widerrufsbelehrung noch nicht
abgelaufen gewesen sei, denn ein etwaiges Widerrufsrecht der Klägerin sei jedenfalls
verwirkt. Das hierfür erforderliche Zeitmoment sei darin zu sehen, dass die Klägerin nach
dem Abschluss der Darlehensverträge mehr als acht Jahre bis zur Erklärung des Widerrufs
habe verstreichen lassen. Auch das Umstandsmoment sei angesichts der bereits vor der
Widerrufserklärung erfolgten vollständigen wechselseitigen Erfüllung sämtlicher
Verpflichtungen aus den Darlehensverträgen gegeben. Ein berechtigtes Vertrauen der
Beklagten, die Klägerin werde das ihr etwa zustehende Widerrufsrecht nach Ablösung der
Darlehen nicht mehr ausüben, folge auch aus den tatsächlichen Vermutungen, dass Banken
aus an sie geleisteten Zahlungen regelmäßig durch Wiederanlage dieser Gelder oder
Ausleihung als Darlehen Nutzungen im Wert des üblichen Verzugszinses ziehen, und zwar
bei Immobiliendarlehen in Höhe von 2,5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz; denn es
stellte sich als nicht zu erklärender Wertungswiderspruch dar, wenn sich der Verbraucher im
Rahmen seines Nutzungsanspruchs auf diese Vermutung berufen könne, die
darlehensgebende Bank aber im Einzelnen durch Mitteilung der konkreten Verwendung
zurückgehaltener Gelder dartun müsste, dass sie sich auf die Nichtausübung des
Widerrufsrechts eingerichtet habe.

Wegen der weiteren Einzelheiten des erstinstanzlichen Sach- und Streitstandes, der konkret
6
verhandelten Anträge und der Begründung der Klageabweisung im Einzelnen wird auf das
Protokoll über die mündliche Verhandlung des Landgerichts vom 16.03.2017 (Bl. 227 GA)
und das angefochtene Urteil (Bl. 239 ff. GA) Bezug genommen.

Gegen dieses Urteil richtet sich die form- und fristgerecht eingelegte und begründete
7
Berufung der Klägerin, mit der sie ihr erstinstanzliches Rechtsschutzbegehren weiterverfolgt.

Sie wiederholt und vertieft zunächst ihr erstinstanzliches Vorbringen, die zweiwöchige
8
Widerrufsfrist sei im Zeitpunkt ihrer Widerrufserklärung noch nicht abgelaufen gewesen, weil
die in den Vertragsurkunden enthaltenen Widerrufsbelehrungen fehlerhaft gewesen seien
und die Beklagte sich auch nicht auf die Gesetzlichkeitsfiktion der Musterwiderrufsbelehrung
berufen könne. Sie meint, mit ihrem erstmaligen Vorbringen in deren Berufungserwiderung,
die Darlehensverträge seien nicht als Verbraucherkreditverträge zu qualifizieren, könne die
Beklagte nicht zugelassen werden. Vorsorglich tritt sie diesem Vorbringen im Rechtlichen und
teilweise auch im Tatsächlichen entgegen.

Die Klägerin meint, entgegen der Bewertung durch das Landgericht sei ihr Widerrufsrecht
9
zum Zeitpunkt der Widerrufserklärung nicht verwirkt gewesen. Es fehle vor Ablauf von

mindestens zehn Jahren bereits am Zeitmoment. Jedenfalls sei das Umstandsmoment nicht erfüllt. Entgegen der Auffassung des Landgerichts könne auch ein auf den Wunsch des Darlehensnehmers vorzeitig beendeter Darlehensvertrag nach der höchststrichterlichen Rechtsprechung und nach der Rechtsauffassung der überwiegenden Anzahl der Oberlandesgerichte noch widerrufen werden, wenn nicht weitere auf dem Verhalten des Darlehensnehmers beruhende Umstände hinzugetreten sind, die das Vertrauen der darlehensgebenden Bank rechtfertigten, der Darlehensnehmer werde sein Widerrufsrecht nicht mehr ausüben. Solche, ihr aufgrund eigenen Verhaltens zurechenbare Umstände, seien nicht dargetan. Der bloße Zeitablauf von nicht einmal drei Monaten zwischen der vorzeitigen Beendigung der beiden Darlehensverträge und deren Widerruf sei nicht ausreichend, um von einer treuwidrigen Ausübung ihres Widerrufsrechts auszugehen. Auch die weitere Argumentation des Landgerichts, das berechtigte Vertrauen der Beklagten in die Nichtausübung des Widerrufsrechts ergebe sich zudem anknüpfend an die Vermutung der Nutzungsziehung der Bank in Höhe des Verzugszinseszinses, sei nicht haltbar, weil diese Vermutung erst im Zuge der Betrachtung der Rechtsfolgen eines wirksamen Widerrufs zum Zuge komme und mit dem Vertrauen der Bank, der Verbraucher werde sein Widerrufsrecht nicht mehr ausüben, nichts zu tun habe. Mit der Freigabe der Kreditsicherheiten habe die Beklagte nur vertragliche Verpflichtungen erfüllt, Rückschlüsse auf das von ihr gebildete Vertrauen ergäben sich daraus nicht. Sonstige Dispositionen, die eine Rückabwicklung für sie unzumutbar machten, habe die Beklagte nicht behauptet.

Schließlich wiederholt die Klägerin ihr – insoweit auch nicht bestrittenes – Vorbringen, dass zu ihren Gunsten nach Aufrechnung ihrer Ansprüche aus den Rückgewährschuldverhältnissen auf Rückzahlung ihrer vertragsgemäßen Zinszahlungen und auf Herausgabe der aufgrund dieser bis zur Ablösung gezogenen, mit 2,5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz berechneten Nutzungen gegen die der Beklagten gegen sie zustehenden Ansprüche auf Rückzahlung der Darlehensvaluten und auf – mit dem vertraglich festgelegten Zinssatz berechneten – Wertersatz ein Saldo von insgesamt 48.373,37 € verbleibe. 10

Eine Verzinsungspflicht der Beklagten spätestens ab dem 15.01.2016 wie auch deren Pflicht zur Erstattung vorgerichtlich entstandener Kosten folge ihres Erachtens aus dem Gesichtspunkt des Verzuges, der aufgrund ihres Schreibens vom 14.12.2015 (Anlage L 7) eingetreten sei. 11

Die Klägerin beantragt, 12

die Beklagte unter Aufhebung des am 18.05.2017 verkündeten Urteils des Landgerichts Köln – 30 O 315/16 – zu verurteilen, 13

1. an sie 48.373,37 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 15.01.2016 zu zahlen, 14

2. sie von den Kosten der vorgerichtlichen Rechtsverfolgung in Höhe von 1.822,96 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit freizustellen. 15

Die Beklagte beantragt, 16

die Berufung zurückzuweisen. 17

18

Sie verteidigt das angefochtene Urteil zunächst unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens als rechtsfehlerfrei, soweit das Landgericht die Voraussetzungen der Verwirkung des Widerrufsrechts der Klägerin angenommen hat. Sie meint, nach Ablauf von beinahe drei Monaten nach vollständiger Rückführung des Darlehens habe sie sich darauf einrichten dürfen, dass das Widerrufsrecht durch die Klägerin nicht mehr ausgeübt werde. Hierzu behauptet sie, sie habe im Vertrauen auf die Nichtausübung des Widerrufsrechts entsprechend der Vermutung für eine Neuverwendung zurückgezahlter Gelder auch tatsächlich disponiert. Daran anknüpfend käme es ihres Erachtens im Gleichlauf mit der Bewertung des Landgerichts einem Wertungswiderspruch gleich, wenn sich der Verbraucher bei der Geltendmachung eines Nutzungsersatzanspruchs auf diese Vermutung berufen könnte, während die darlehensgebende Bank bei der Frage der Verwirkung im Einzelnen eine Wiederverwendung des zurückgezahlten Geldes dartun müsste und aufgrund der Beendigung des Darlehensverhältnisses nicht von einem Abschluss des Vorgangs ausgehen dürfte. In ihrem Vertrauen auf die Nichtausübung des Widerrufsrechts habe sie sich zudem durch die Freigabe aller zur Absicherung der Darlehen bestellten Sicherheiten im Anschluss an deren vollständige Ablösung bestärkt sehen dürfen.

Die Beklagte stellt sich im zweiten Rechtszug erstmals auf den Rechtsstandpunkt, der Klägerin habe schon deswegen kein Widerrufsrecht zugestanden, weil die zwischen den Parteien geschlossenen Darlehensverträge nicht als Verbraucherkreditverträge zu qualifizieren seien; die Klägerin habe die Darlehensverträge nicht als Verbraucher, sondern als Unternehmer abgeschlossen. Hierzu behauptet sie, die Darlehen hätten – wie auch unstreitig ist – der Finanzierung des Erwerbs einer Immobilie gedient, bei der es sich um ein Bürogebäude mit mehreren Lagerhallen/Werkstätten, die u. a. durch das Unternehmen der Klägerin, die L Umweltdienste GmbH, genutzt werden, sowie Parkflächen gehandelt, die an die Autovermietung T vermietet seien. Diese Umstände ließen den Schluss zu, dass die Verwaltung der Immobilie eine geschäftsmäßige, dem gewerblichen Bereich zuzuordnende Organisation erfordere. Allein die Tatsache, dass die Darlehen auch der Finanzierung der gewerblichen Tätigkeit der Klägerin als Inhaberin der L Umweltdienste GmbH dienten, sei ihres Erachtens für die Annahme der Unternehmereigenschaft ausreichend.

19

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die von den Prozessbevollmächtigten der Parteien zur Gerichtsakte eingereichten Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf den weiteren Akteninhalt einschließlich des Sitzungsprotokolls vom 12.12.2017 (Bl. 449 ff. GA) Bezug genommen.

20

II.

21

Die zulässige Berufung der Klägerin hat in der Sache bezogen auf die geltend gemachte Hauptforderung Erfolg und ist unbegründet, soweit sie eine Verzinsung dieser für die Zeit vor dem 15.03.2016 und die Erstattung vorgerichtlicher Kosten verlangt.

22

(1) Der Senat teilt nicht die Bewertung des Landgerichts, das dem Klageantrag zu Ziffer 1 zugrunde liegende Nutzungsersatzbegehren sei unbegründet, weil das der Klägerin zunächst eröffnete Widerrufsrecht zum Zeitpunkt der Widerrufserklärung verwirkt gewesen sei. Der Klägerin steht gegen die Beklagte ein Anspruch auf Herausgabe gezogener Nutzungen in der geltend gemachten Höhe von 48.373,37 € gemäß § 357 Abs. 1 S. 1 BGB in der nach Art. 229 § 9 Abs. 1 S. 1 Nr. 2, § 22 Abs. 2, §§ 32, 38 Abs. 1 S. 1 EGBGB maßgeblichen, zwischen dem 8. Dezember 2004 und dem 10. Juni 2010 geltenden Fassung (künftig: a.F.) i. V. m. § 346 Abs. 1 Alt. 2 BGB zu.

23

24

(1.1) Der Klägerin kam gemäß § 495 Abs. 1 BGB in der nach Art. 229 § 9 Abs. 1 S. 1 Nr. 2, § 22 Abs. 2, §§ 32, 38 Abs. 1 S. 1 EGBGB maßgeblichen, zwischen dem 1. August 2002 und dem 10. Juni 2010 geltenden Fassung (künftig: a.F.) das Recht zu, ihre auf Abschluss der am 19.09.2006 und 06.08.2007 abgeschlossenen Darlehensverträge gerichteten Willenserklärungen nach näherer Maßgabe des § 355 Abs. 1 und 2 in der zwischen dem 8. Dezember 2004 und dem 10. Juni 2010 geltenden Fassung (künftig: a.F.) zu widerrufen.

(1.1.1) Den Vertragsbeziehungen der Parteien lagen entgegen dem neuen Vorbringen der Beklagten in der Berufungserwiderung Verbraucherdarlehensverträge i. S. v. § 491 BGB zugrunde. Die Klägerin ist „Verbraucher“ i. S. v. § 13 BGB, weil sie bei Abschluss der Darlehensverträge weder in Ausübung einer gewerblichen noch selbständigen Tätigkeit handelte. 25

(1.1.1.1) Eine gewerbliche Tätigkeit setzt eine planmäßige und auf Dauer angelegte wirtschaftlich selbständige Tätigkeit unter Teilnahme am Wettbewerb voraus. Zu den gewerblichen Betätigungen gehört die Verwaltung eigenen Vermögens grundsätzlich nicht, und zwar auch dann nicht, wenn es um die Anlage beträchtlichen Kapitals geht. Das ausschlaggebende Kriterium für die Abgrenzung der privaten von der berufsmäßig betriebenen Vermögensverwaltung ist der Umfang der mit ihr verbundenen Geschäfte. Nur wenn diese einen planmäßigen Geschäftsbetrieb, wie etwa die Unterhaltung eines Büros oder einer Organisation erfordert, liegt eine gewerbliche Betätigung vor (*BGH, Urteil vom 23.10.2001 – XI ZR 63/01 – juris Rn. 23; Beschluss vom 24.10.2017 – XI ZR 189/17 –*). 26

(1.1.1.2) Selbst auf der Grundlage des Vorbringens der Beklagten liegen die Ausnahmevoraussetzungen für die Annahme einer gewerbsmäßigen Vermögensverwaltung nicht vor. Bei der mittels der bei der Beklagten aufgenommenen Darlehen finanzierten Immobilie handelt es sich um ein Bürogebäude mit mehreren Lagerhallen/Werkstätten, die an die L Umweltdienste GmbH, deren Inhaberin die Klägerin ist und von ihr als Geschäftsführerin geleitet wird, und vier weitere Personen vermietet sind; eine Parkfläche ist einer weiteren Person zur entgeltlichen Nutzung überlassen. Die Verwaltung einer eigenen Immobilie mit sechs Mieteinheiten erfordert keinen planmäßigen Geschäftsbetrieb. Dass die Immobilie auch durch das Unternehmen der Klägerin genutzt wird, ist für die Beurteilung entgegen der Auffassung der Beklagten ohne Belang. Zwischen der Verwaltung eigenen Vermögens und dem der Mieter ist streng zu trennen (*vgl. sinngemäß: BGH, Urteil vom 23.10.2001, a. a. O., Rn. 26*). Soweit die Beklagte zur Untermauerung ihrer Bewertung auf eine obergerichtliche Entscheidung (*OLG München, Urteil vom 12.08.2005 – 25 U 2582/05 –*) verweist, hält der Senat den dort zugrunde liegenden Fall für nicht vergleichbar mit dem vorliegend zu beurteilenden, weil es dort um die Verwaltung von mehreren Vermögenswerten und nicht lediglich einer Immobilie einhergehend mit ganz überwiegend fremdfinanzierten Investitionen zum Gesamtbetrag von rund 23.000.000,00 DM und nicht – wie hier – von lediglich 1.500.000,00 € ging (*OLG München, a. a. O., juris Rn. 4, 19 f.*). 27

(1.1.1.3) Zudem kann dem Vorbringen der Beklagten nicht entnommen werden, dass die Klägerin bereits zum Zeitpunkt des Abschlusses der Darlehensverträge gewerbsmäßig tätig war, also bis dahin bereits eine Immobilienverwaltung in dem von der Beklagten beschriebenen Ausmaß betrieb, was aber weitere Voraussetzung für die Annahme der Voraussetzungen für eine Unternehmereigenschaft i. S. v. § 14 BGB ist (*BGH, a. a. O., Rn. 17*). 28

(1.1.1.4) Schließlich kann auch berücksichtigt werden, dass die Beklagte bei Abschluss der beiden Darlehensverträge selbst noch von der Verbrauchereigenschaft der Klägerin ausging, wie die Bezeichnung der beiden Darlehensverträge jeweils mit „Darlehen mit veränderlichem 29

Zins mit dinglicher Sicherheit oder für private Zwecke und für Existenzgründung“ (Anlagen L 1 und L 4) und die jeweilige Beifügung einer Widerrufsbelehrung unter ausdrücklicher Bezeichnung der Darlehensnehmerin als „Verbraucher“ (Anlagen L 3 und L 6) belegt; die Beklagte hat nicht dargetan, dass sie verfüge nunmehr über weitergehende diesbezügliche Erkenntnisse als bei Vertragsschluss.

(1.1.1.5) Eine Hilferwägung dazu, ob der Klägerin selbst dann, wenn sie rechtlich nicht als Verbraucher i. S. v. § 13 BGB zu qualifizieren wäre, eine Widerrufsmöglichkeit dadurch eröffnet wäre, weil ihr die Beklagte bei Abschluss beider Darlehensverträge eine dann objektiv nicht erforderliche Widerrufsbelehrung erteilt und aufgrund des Hinweises auf die Widerrufsmöglichkeit von dem Bestehen eines vertraglich eingeräumten Rücktrittsrechts auszugehen sein könnte (vgl. BGH, Urteil vom 30.06.1982 – VIII ZR 115/81 – juris Rn. 17 ff. - Abzahlungskauf -; Urteil vom 06.12.2011 – XI ZR 401/10 – juris Rn. 15 ff. - nachträgliche Widerrufsbelehrung -), ist nicht veranlasst. 30

(1.1.2) Die Beendigung der Darlehensverträge durch deren vorzeitige Ablösung am 18.09.2015 steht dem erst im Anschluss daran erklärten Widerruf nicht entgegen (BGH, Urteil vom 10.10.2017 – XI ZR 455/16 – juris Rn. 20; Urteil vom 25.04.2017 – XI ZR 212/16 – juris Rn. 13; Urteil vom 11.10.2016 – XI ZR 482/15 – juris Rn. 28). 31

(1.1.3) Bei der Ausübung des Widerrufsrechts am 14.12.2015 war die Widerrufsfrist auch noch nicht abgelaufen. Die der Klägerin in Form und Inhalt identisch erteilten Widerrufsbelehrungen (Anlagen L 2 und L 5) entsprachen nicht dem inhaltlichen Deutlichkeitsgebot des § 355 Abs. 2 S. 1 BGB a.F.. Diese informierten die Klägerin mittels des Einschubs „frühestens“ unzureichend deutlich über den Beginn der Widerrufsfrist (BGH, Urteil vom 12.07.2016 – XI ZR 564/15 – juris Rn. 18, m. w. N.; Urteil vom 25.04.2017 – XI ZR 108/16 – juris Rn. 11; Urteil vom 09.05.2017 – XI ZR 314/15 – juris Rn. 12; Urteil vom 20.06.2017 – XI ZR 72/16 – juris Rn. 22; Urteile vom 10.10.2017 – XI ZR 449/16 – juris Rn. 17, – XI ZR 555/16 – juris Rn. 16) und mittels der eingefügten Fußnote „Bitte Frist im Einzelfall prüfen“ auch unklar über ihre Länge (vgl. BGH, Urteil vom 12.07.2016 – XI ZR 564/15 – juris Rn. 19 m. w. N.; Urteil vom 25.04.2017 – XI ZR 108/16 – juris Rn. 11; Urteil vom 09.05.2017 – XI ZR 314/15 – juris Rn. 12). 32

(1.1.4) Schließlich kommt der Beklagten die Gesetzlichkeitsfiktion des Musters für die Widerrufsbelehrung gemäß Anlage 2 zu § 14 BGB-InfoV a.F. nicht zugute. Sie hat, indem sie zwei durch das Muster nicht vorgesehene Fußnoten eingefügt hat, das Muster für die Widerrufsbelehrung einer inhaltlichen Bearbeitung unterzogen, die über das nach § 14 Abs. 3 BGB-InfoV a.F. für den Erhalt der Gesetzlichkeitsfiktion Erlaubte hinausgeht (vgl. BGH, Urteil vom 12.07.2016 – XI ZR 564/15 – juris Rn. 24 f.). 33

(1.2) Der Senat teilt nicht den von dem Landgericht eingenommenen Rechtsstandpunkt, die Klägerin habe ihr Widerrufsrecht verwirkt. Die von ihr mit ihrer Berufung gegen diese Bewertung erhobene Rüge der Verletzung materiellen Rechts rechtfertigt eine abweichende Bewertung. 34

(1.2.1) Allerdings zutreffend – und von der Klägerin insoweit nicht angegriffen – hat das Landgericht angenommen, dass das Widerrufsrecht nach § 495 Abs. 1 BGB a.F. verwirkt werden kann (vgl. nur BGH, Urteile vom 12.07.2016 – XI ZR 501/15 – juris Rn. 39 ff. und – XI ZR 564/15 – juris Rn. 34 ff.; Urteil vom 11.10.2016 – XI ZR 482/15 – juris Rn. 30 ff.; Urteil vom 14.03.2017 – XI ZR 442/16 – juris Rn. 27). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs setzt die Verwirkung als Unterfall der unzulässigen Rechtsausübung wegen der illoyal verspäteten Geltendmachung von Rechten neben einem Zeitmoment, für 35

das die maßgebliche Frist mit dem Zustandekommen des Verbrauchervertrags zu laufen beginnt, ein Umstandsmoment voraus. Ein Recht ist mithin 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. Dabei besteht zwischen dem Zeitmoment und dem Umstandsmoment insoweit eine Wechselwirkung, als der Zeitablauf umso kürzer sein kann, je gravierender die sonstigen Umstände sind, und dass umgekehrt an diese Umstände umso geringere Anforderungen gestellt werden, je länger der abgelaufene Zeitraum ist (*BGH, Urteil vom 10.10.2017 – XI ZR 393/16 – juris Rn. 9; Urteil vom 19.12.2000 – X ZR 150/98 – juris Rn. 19; Urteil vom 19.10.2005 – XII ZR 224/03 – juris Rn. 22 f.; OLG Schleswig, Urteil vom 23.02.2017 – 5 U 171/16 – juris Rn. 29 f.*). Ob eine Verwirkung vorliegt, richtet sich letztlich nach den vom Tatrichter festzustellenden und zu würdigenden Umständen des Einzelfalles (vgl. nur *BGH, Urteile vom 12.07.2016 – XI ZR 501/15 – juris Rn. 40, und – XI ZR 564/15 – juris Rn. 37; Urteil vom 14.03.2017 – XI ZR 442/16 – juris Rn. 27; Urteil vom 16.05.2017 – XI ZR 586/15 – juris Rn. 27*).

(1.2.2) Die Annahme des Landgerichts, dass diese Voraussetzungen vorliegend erfüllt sind, hält der Senat nicht für zutreffend. 36

(1.2.2.1) Zwar ist das für den Verwirkungstatbestand erforderliche Zeitmoment erfüllt. Die Annahme des Landgerichts, bis zu der am 14.12.2015 erfolgten Erklärung des Widerrufs habe die Klägerin eine Frist von mehr als acht Jahren verstreichen lassen, ist nicht zu beanstanden. Denn die für die Feststellung des Zeitmoments maßgebliche Frist begann mit dem Zustandekommen der Verbraucherverträge am 19.09.2006 und 06.08.2007 (vgl. *BGH, Urteile vom 10.10.2017 – XI ZR 393/16 – juris Rn. 10, – XI ZR 455/16 – juris Rn. 21; Urteile vom 12.07.2016 – XI ZR 501/15 – juris Rn. 40, und – XI ZR 564/15 – juris Rn. 37*). Die von der Klägerin für ihre Meinung angeführte höchstrichterliche Entscheidung, das Zeitmoment für die Annahme der Verwirkung des Widerrufsrechts sei nach Ablauf von selbst zehn Jahren noch nicht erfüllt, verkennt, dass der dortigen entsprechenden Annahme zum damals noch geltenden HaustürWG der Beitritt zu einer KG zugrunde lag und darauf gründend die Widerrufsfrist nicht schon einen Monat nach Eintragung des Gesellschaftsbeitritts im Handelsregister und Zahlung der Einlage begann, sondern erst nach vollständiger Erfüllung des dem Beitritt zugrunde liegenden Vertrages, die insbesondere mangels Auszahlung von Gewinnanteilen bzw. der steuerlich relevanten Zuweisung von Verlusten nicht eingetreten war (*BGH, Urteil vom 18.10.2004 – II ZR 352/02 –*), und rechtfertigt ein von der angeführten aktuellen höchstrichterlichen Rechtsprechung speziell zum Zeitmoment bei Verbraucherkreditgeschäften abweichendes Erkenntnis nicht. 37

(1.2.2.2) Nach der Bewertung des Senats liegt das Umstandsmoment indessen nicht vor. 38

(1.2.2.2.1) Allein aufgrund eines laufend vertragstreuen Verhaltens des Verbrauchers kann der Unternehmer kein schutzwürdiges Vertrauen darauf bilden, der Verbraucher werde seine auf Abschluss des Verbraucherdarlehensvertrags gerichtete Willenserklärung nicht widerrufen (*BGH, Urteil vom 12.07.2016 – XI ZR 564/15 – juris Rn. 39*). Dies gilt namentlich bei laufenden Vertragsbeziehungen im Hinblick darauf, dass es der Bank während der Schwebezeit jederzeit möglich und zumutbar ist, durch eine Nachbelehrung des Verbrauchers die Widerrufsfrist in Gang zu setzen (*BGH, Urteile vom 12.07.2016 – XI ZR 564/15 – und – XI ZR 501/15 – jeweils juris Rn. 41; Urteile vom 10.10.2017 – XI ZR 449/16 –* 39

juris Rn. 19, – XI ZR 555/16 – juris Rn. 19, – XI ZR 443/16 – juris Rn. 26, – XI ZR 450/16 – juris Rn. 18, – XI ZR 455/16 – juris Rn. 21, – XI ZR 549/16 – juris Rn. 16). Etwas anderes gilt hingegen bei beendeten Verbraucherdarlehensverträgen, weil dort eine Nachbelehrung sinnvoll nicht mehr möglich ist. Gerade hier kann das Vertrauen des Unternehmers auf ein Unterbleiben des Widerrufs schutzwürdig sein, auch wenn die von ihm erteilte Widerrufsbelehrung den gesetzlichen Vorschriften nicht entsprach (*vgl. BGH, Urteil vom 12.07.2016 – XI ZR 501/15 – juris Rn. 41*). Dies gilt in besonderem Maße, wenn die Beendigung des Darlehensvertrages auf den Wunsch des Verbrauchers zurückgeht und einverständlich erfolgt ist (*BGH, Urteil vom 10.10.2017 – XI ZR 455/16 – juris Rn. 21; Urteil vom 11.10.2016 – XI ZR 482/15 – juris Rn. 30 f.; Urteil vom 14.03.2017 – XI ZR 442/16 – juris Rn. 27; Urteil vom 10.10.2017 – XI ZR 393/16 –, a. a. O., Rn. 8*).

(1.2.2.2.2) Die Würdigung der Gesamtumstände führt vorliegend zu der Bewertung, dass das Umstandsmoment nicht gegeben ist. 40

(1.2.2.2.2.1) Allerdings steht der Annahme des Umstandsmoments der Umstand, dass den Klägern das Bestehen eines Widerrufsrechts möglicherweise nicht bekannt war, nicht entgegen. Eine Verwirkung setzt weder voraus, dass ein Recht tatsächlich besteht noch dass dieses bekannt ist (*BGH, Urteil vom 16.03.2007 – V ZR 190/06 – juris Rn. 8*). Auch und grundsätzlich gerade in Fällen, in denen die Parteien nicht davon ausgehen, dass einer Seite ein bestimmtes Recht zusteht, kann sich ein berechtigtes Vertrauen auf den Fortbestand einer rechtlichen Situation bilden. 41

(1.2.2.2.2.2) Auch der Umstand, dass zwischen der am 18.09.2015 erfolgten Beendigung durch vorzeitige Rückführung der Darlehensverträge und dem am 14.12.2015 erklärten Widerruf ein Zeitraum von nahezu drei Monaten liegt, steht als solcher der Annahme eines Umstandsmoments nicht zwingend entgegen. So hat sich der Bundesgerichtshof in einer seiner neuesten Entscheidungen mangels Entscheidungsreife nicht in der Lage gesehen, das Umstandsmoment in einem Fall abschließend zu beurteilen, in dem der Verbraucher den Widerruf des Darlehensvertrages etwa viereinhalb Monate im Anschluss an die vorzeitige Rückführung des Darlehens erklärte, und hat die Angelegenheit an das Berufungsgericht mit der Maßgabe zurückverwiesen, sich mit dem Ausschluss der Ausübung des Widerrufsrechts gemäß § 242 BGB auseinanderzusetzen (*BGH, Urteil vom 25.04.2017 – XI ZR 212/16 – juris Rn. 17 f.*). 42

(1.2.2.2.2.3) Dieser höchstrichterlichen Entscheidung – wie im Übrigen auch den Entscheidungen, in denen die Berücksichtigungsfähigkeit für die Beurteilung des Umstandsmoments betont wird, wenn (wie auch hier) das Darlehensvertragsverhältnis auf den Wunsch des Verbrauchers vorzeitig beendet wird (*vgl. die zu Ziffer 1.2.2.2.1 angegebenen Fundstellen: BGH, Urteil vom 12.07.2016 – XI ZR 501/15 – juris Rn. 41; Urteil vom 11.10.2016 – XI ZR 482/15 – juris Rn. 30 f.; Urteil vom 14.03.2017 – XI ZR 442/16 – juris Rn. 27; Urteil vom 11.10.2016 – XI ZR 482/15 – juris Rn. 30 f.; Urteil vom 14.03.2017 – XI ZR 442/16 – juris Rn. 27; Urteile vom 10.10.2017 – XI ZR 393/16 – juris Rn. 8, – XI ZR 455/16 – juris Rn. 21*), – ist aber zugleich gegenteilig zu entnehmen, dass der oben beschriebenen Wechselwirkung zwischen dem Zeitmoment und dem Umstandsmoment (siehe oben Ziffer 1.2.1) grundsätzlich weiterhin Bedeutung zukommt und bei der vorzeitigen Rückführung des Darlehens durch den Verbraucher nicht zwingend von der Verwirkung des Widerrufsrechts auszugehen ist (*vgl. insbesondere BGH, Urteil vom 25.04.2017 – XI ZR 212/16 – juris Rn. 17 f.; Urteile vom 10.10.2017 – XI ZR 393/16 – juris Rn. 9, – XI ZR 455/16 – juris Rn. 21*). Der Senat versteht die höchstrichterliche Rechtsprechung dahingehend, dass sich das Vertrauen der darlehensgebenden Bank, dass der Verbraucher ein etwa bestehendes 43

Widerrufsrecht im Anschluss an die vorzeitige Abwicklung der Darlehensbeziehung nicht mehr ausüben wird, grundsätzlich erst mit zunehmendem zeitlichem Abstand zu der Abwicklung des Darlehensvertrages verfestigt und zunehmend schutzwürdig wird (so auch *OLG Schleswig, Urteil vom 06.10.2016 – 5 U 72/16 – juris Rn. 41: „etwa sechs Monate“; sinngemäß auch KG, Urteil vom 27.03.2017 – 8 U 87/16 – juris Rn. 17, 25*). Danach kann die Annahme der Verwirkung allein infolge des Hinzutretens eines weiteren Zeitmoments (sog. sekundäres Zeitmoment) im Anschluss an die einverständliche Abwicklung gerechtfertigt sein. Liegt zwischen den Zeitpunkten der vorzeitigen Ablösung des Darlehens, hier bezogen auf beide Darlehensverträge am 18.09.2015, und der Erklärung des Widerrufs, hier am 14.12.2015, ein Zeitraum von nicht einmal drei vollen Monaten, ist nach der Bewertung des Senats nicht ohne weitere Umstände davon auszugehen, dass ein von der darlehensgebenden Bank etwa gebildetes Vertrauen in die Nichtausübung des Widerrufsrechts schutzwürdig ist.

(1.2.2.2.4) Mit dieser Bewertung setzt sich der Senat nicht in Widerspruch zu der Entscheidung eines anderen Senats des Oberlandesgerichts Köln, in dem zwischen der vorzeitigen Beendigung des Darlehensvertrages durch Ablösung des Restdarlehens und der Erklärung des Widerrufs ein Zeitraum von etwa zwei Monaten lag und die Verwirkung des Widerrufsrechts angenommen wurde (*OLG Köln, Beschluss vom 19.09.2017 – 24 U 93/17 – Anlage B15 = Bl. 436 ff. GA*). Diese Entscheidung ist nicht lediglich auf die angeführte Zeitspanne, sondern auf weitere Einzelfallumstände gestützt, die mit den vorliegend zu beurteilenden nicht identisch sind. Ob eine Verwirkung vorliegt, richtet sich letztlich nach den vom Tatrichter festzustellenden und zu würdigenden Umständen des Einzelfalles (*siehe die schon zu Ziffer 1.2.1 zitierte Rspr. des BGH: Urteile vom 12.07.2016 – XI ZR 501/15 – juris Rn. 40, und – XI ZR 564/15 – juris Rn. 37; Urteil vom 14.03.2017 – XI ZR 442/16 – juris Rn. 27; Urteil vom 16.05.2017 – XI ZR 586/15 – juris Rn. 27*).

44

(1.2.2.2.5) Soweit sich das Landgericht zur Bestätigung der Richtigkeit seiner gegenteiligen Auffassung auf eine Entscheidung des 13. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln (*OLG Köln, Beschluss vom 03.03.2017 – 13 U 241/16 –*) beruft, verkennt es, dass auch nach dessen Bewertung dem „sekundären“ Zeitmoment nach Vertragsabwicklung Gewicht zukommt (*zitiert nach juris Rn. 18*) und dessen Entscheidung ein Sachverhalt zugrunde lag, in dem der Widerruf der vorzeitigen Aufhebungsvereinbarung nahezu zwei Jahre nachfolgte. Mit seinen weiteren Ausführungen zur (widerleglichen) Vermutung zur Wiederanlage zurückfließender Gelder am Geld-, Kapital- oder Devisenmarkt oder durch anderweitige Ausleihung als Darlehen wollte der 13. Zivilsenat offensichtlich lediglich deutlich machen, dass ein schutzwürdiges Vertrauen der darlehensgebenden Bank auch ohne ausdrücklichen Vortrag dazu, ob und gegebenenfalls wie diese über die vorzeitig zurückgeflössenen Beträge verfügt hat, anzunehmen sein kann.

45

(1.2.2.2.6) Das Vorbringen der Beklagten im Rahmen ihrer Berufungserwiderung, sie habe zeitnah im Anschluss an die vollständige Ablösung der Darlehen alle zu deren Absicherung bestellten Sicherheiten freigegeben, ist für die Bewertung, ob ihr dadurch mitbeeinflusst etwa gebildetes Vertrauen, die Klägerin werde von ihrem Widerrufsrecht keinen Gebrauch mehr machen, schutzwürdig ist, und damit für die Beurteilung, ob auch das für die Annahme einer Verwirkung erforderliche Umstandsmoment gegeben ist (*dies grds. vertretend: OLG Brandenburg, Urteil vom 04.01.2017 – 4 U 199/15 – juris Rn. 57; KG, Urteil vom 27.03.2017 – 8 U 87/16 – juris Rn. 15; Lechner, WM 2017, 737, 741*), im vorliegenden Fall unerheblich. Ob dies abweichend zu beurteilen ist, wenn die Grundschulden nach den Zweckerklärungen der Parteien auch die Ansprüche der Beklagten im Falle eines Widerrufs sichern, die sich gemäß § 346 Abs. 1 und 2 BGB auf Rückzahlung der Darlehensvaluta und Zahlung einer

46

Nutzungsentschädigung richten, ohne dass Gegenansprüche der Darlehensnehmer von sich aus zu saldieren wären (vgl. *BGH, Beschluss vom 22.09.2015 – XI ZR 116/15 – NJW 2015, 3441, Rn. 7*), bedarf hier keiner Festlegung. Nachdem die von der Beklagten berechneten und geforderten Ablösebeträge (Anlagen L 3 und L 6) durch die Klägerin beglichen wurden, bestanden zunächst keine zu besichernden Forderungen der Beklagten gegen die Klägerin. Selbst wenn die zugunsten der Beklagten bestellten Grundpfandrechte auch zur Besicherung ihrer Rückgewähransprüche nach Widerruf dienten, konnte sich für die Beklagte unter keinem denkbaren Gesichtspunkt ein höherer Rückgewähranspruch ergeben als einer der Klägerin ihr gegenüber. Ihrem Sicherungsinteresse war durch die Möglichkeit der Aufrechnung in vollem Umfang Genüge getan.

(1.3) An der Ausübung des Widerrufsrechts war die Klägerin auch nicht aus sonstigen dem Grundsatz von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB unterfallenden Gründen gehindert. Die von der Beklagten erstinstanzlich vertretene Meinung, die Ausübung des Gestaltungsrechts nach Ablauf von vielen Jahren seit Vertragsschluss mit einhergehender fehlerhafter Widerrufsbelehrung sei nicht vom Schutzzweck des Verbraucherwiderrufsrechts erfasst, geht auf der Grundlage der höchstrichterlichen Rechtsprechung fehl. Danach folgt aus der Entscheidung des Gesetzgebers, den Widerruf von jedem Begründungserfordernis freizuhalten, 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 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. etwa: *BGH, Urteil vom 12.07.2016 – XI ZR 564/16 – juris Rn. 47*). 47

(1.4) Rechtsfolge ist gemäß § 346 Abs. 1 Alt. 2 BGB, dass die Klägerin die Herausgabe der aufgrund ihrer vertragsgemäßen Leistungen von der Beklagten gezogenen Nutzungen nach Verrechnung der gemäß § 346 Abs. 1 und 2 BGB gegebenen wechselseitigen Ansprüche in der geltend gemachten Höhe von 48.373,37 € herausverlangen kann. 48

(1.4.1) Soweit die Beklagte erstinstanzlich noch unter Berufung auf vereinzelte erstinstanzliche Entscheidungen die Auffassung vertreten hat, dem Darlehensnehmer stünde im widerrufsbedingten Rückabwicklungsschuldverhältnis lediglich ein Anspruch auf Herausgabe bereits erbrachter Zins- und Tilgungsleistungen zu, nicht jedoch auf Herausgabe der aus diesen Leistungen gezogenen Nutzungen, geht diese in Anbetracht der gegenteiligen höchstrichterlichen Rechtsprechung (*BGH, Urteil vom 10.03.2009 – XI ZR 33/08 – juris Rn. 29; Beschluss vom 22.09.2015 – XI ZR 116/15 – juris Rn. 7; Urteil vom 12.07.2016 – XI ZR 564/16 – juris Rn. 58; Urteil vom 25.04.2017 – XI ZR 573/15 – juris Rn. 15*), der sich der Senat anschließt, fehl. 49

(1.4.2) Höchststrichterlich geklärt ist ferner, dass eine tatsächliche, wenn auch widerlegliche Vermutung dafür besteht, dass die darlehensgebende Bank aus den ihr von dem Darlehensnehmer überlassenen Zins- und Tilgungsraten Nutzungen zieht, und ferner widerleglich vermutet wird, dass diese sich bei Immobiliendarlehensverträgen im Sinne von § 492 Abs. 1a S. 2 Hs. 1 BGB a.F., wie sie auch den Vertragsverhältnissen der Parteien zugrunde liegen, auf zweieinhalb Prozentpunkte über dem Basiszinssatz belaufen (*BGH, Urteile vom 12.07.2016 und 25.04.2017, a. a. O.*). Ihr erstinstanzliches Vorbringen, sie habe im hier betroffenen Zeitraum tatsächlich geringere Nutzungen gezogen, verfolgt die Beklagte im zweiten Rechtszug nicht mehr weiter. 50

(1.4.3) Auf dieser Grundlage belaufen sich die von der Beklagten gezogenen Nutzungen, von der Klägerin mit durchgehend 2,5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz von den durch sie auf beide Darlehensverträge in der Zeit vom jeweiligen Vertragsabschluss an bis zur Ablösung der Darlehen erbrachten Zinszahlungen berechnet, nach Verrechnung der gemäß § 346 Abs. 1 und 2 BGB gegebenen wechselseitigen Ansprüche in der geltend gemachten Höhe auf 48.373,37 €. Anhaltspunkte dafür, dass diese Berechnung nicht richtig ist, sind nicht dargetan und nicht ersichtlich.	51
(1.4.4) Der Zinsfolgenausspruch beruht auf §§ 280 Abs. 1 und 2, 286 Abs. 1 S. 1, 288 Abs. 1 BGB. Die Klägerin hat gegenüber der Beklagten aufgrund des Widerrufsbedingten Rückgewährschuldverhältnisses erstmals mit anwaltlichem Schreiben vom 14.03.2016 einen bezifferten Anspruch auf Nutzungsentgelt geltend gemacht und dessen unverzügliche Begleichung angemahnt. Eine Verzinsungspflicht der Beklagten für die Zeit davor scheidet aus. Die Beklagte befand sich zum Zeitpunkt der Einschaltung der Prozessbevollmächtigten durch die Klägerin nicht im Schuldnerverzug. Bis dahin hatte die Klägerin gegenüber der Beklagten einen bezifferten Zahlungsanspruch nicht geltend gemacht. Zwar hatte der Gesetzgeber, wie der Gesetzgebungsgeschichte zu entnehmen ist, mittels des Zusatzes in § 357 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 BGB a.F. ins Auge gefasst, die Frist des § 286 Abs. 3 BGB "mit der Widerrufs- oder Rückgabeerklärung des Verbrauchers" beginnen zu lassen und damit sowohl den Verbraucher als auch den Unternehmer abweichend von den sonst geltenden Grundsätzen von der Bezifferung des Rückgewähranspruchs als fingierter Entgeltforderung mittels einer Zahlungsaufstellung als Voraussetzung des Schuldnerverzugs freizustellen. Da eine entsprechende Gesetzesänderung aber unterblieben ist, unterliegt der Eintritt des Schuldnerverzugs weiterhin den allgemeinen Voraussetzungen (<i>BGH, Urteil vom 21.02.2017 – XI ZR 467/15 – juris Rn. 24, 26 f.; Masuch in Münchener Kommentar zum BGB, 6. Auflage, § 357 Rn. 40</i>).	52
(2) Der Klägerin steht gegen die Beklagte ein Anspruch auf Ersatz der ihr vorgerichtlich entstandenen Kosten aus keinem rechtlichen Gesichtspunkt zu.	53
(2.1) Die Annahme des Bestehens eines Anspruchs gemäß §§ 280 Abs. 1 und 2, 286 Abs. 1 S. 1 BGB scheidet aus, weil sich die Beklagte bei Einschaltung der Prozessbevollmächtigten durch die Klägerin nicht im Schuldnerverzug befand. Auf die Ausführungen unter Ziffer 1.4.4 wird zwecks Vermeidung von bloßen Wiederholungen verwiesen.	54
(2.2) Auch ein Anspruch wegen Verschuldens bei Vertragsschluss infolge fehlerhafter Widerrufsbelehrung gemäß §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB besteht nicht. Rechtsverfolgungskosten sind ohne Vorliegen der Verzugsvoraussetzungen grundsätzlich nur dann ersatzfähig, wenn sie sich auf einen vom Schädiger zu ersetzenden Schaden beziehen (<i>Oetker in Münchener Kommentar zum BGB, 7. Auflage, § 249 Rn. 180</i>). Daran fehlt es hier. Vor der Entstehung von Ansprüchen nach § 357 Abs. 1 S. 1 BGB a.F. i. V. m. §§ 346 ff. BGB soll die Widerrufsbelehrung auch nicht schützen (<i>BGH, Urteil vom 21.02.2017 – XI ZR 467/15 – juris Rn. 35</i>).	55
Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92 Abs. 1 und 2 Nr. 1, 97 Abs. 1, die zur vorläufigen Vollstreckbarkeit auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.	56
Der Gebührenwert für das Berufungsverfahren wird auf 48.373,37 € festgesetzt.	57

