



# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

XI ZR 759/17

Verkündet am:  
15. Oktober 2019  
Herrwerth  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB § 495 Abs. 1, § 312d Abs. 3 Nr. 1 (Fassung bis 3. August 2009)

§ 312d Abs. 3 Nr. 1 BGB in der bis zum 3. August 2009 geltenden Fassung ist auf im Wege des Fernabsatzes geschlossene Verbraucherdarlehensverträge nicht anwendbar (Bestätigung von Senatsurteil vom 3. Juli 2018 - XI ZR 702/16, WM 2018, 1601 Rn. 10 ff.).

BGB § 495 Abs. 1, § 355 (Fassung bis 10. Juni 2010), § 242 Cc.

Zur Verwirkung des Rechts auf Widerruf der auf Abschluss eines beendeten Verbraucherdarlehensvertrags gerichteten Willenserklärung des Verbrauchers.

BGH, Urteil vom 15. Oktober 2019 - XI ZR 759/17 - OLG Celle  
LG Stade

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 15. Oktober 2019 durch den Vizepräsidenten Prof. Dr. Ellenberger, die Richter Dr. Grüneberg und Maihold sowie die Richterinnen Dr. Menges und Dr. Derstadt

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 13. Dezember 2017 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als das Berufungsgericht zu ihrem Nachteil erkannt hat.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Parteien streiten in dritter Instanz noch um die Wirksamkeit des Widerrufs der auf Abschluss zweier Verbraucherdarlehensverträge gerichteten Willenserklärungen der Beklagten.
- 2 Die Parteien - die Beklagte gemeinsam mit ihrem damaligen Ehemann - schlossen unter ausschließlicher Verwendung von Fernkommunikationsmitteln im Januar 2005 Darlehensverträge über 210.000 € und über 95.000 €. Zur Sicherung der Ansprüche der Klägerin diente eine Grundschuld. Bei Abschluss der Darlehensverträge belehrte die Klägerin die Beklagte und ihren Ehemann

unzureichend deutlich (weil nicht nach Maßgabe der Besonderheiten für Fernabsatzverträge gemäß § 312c Abs. 2, § 312d Abs. 5 Satz 2 und Abs. 2 BGB in der vom 8. Dezember 2004 bis zum 10. Juni 2010 geltenden Fassung) über das ihnen zustehende Widerrufsrecht. Für eines der Darlehen vereinbarten die Parteien Anfang 2010 einen neuen Festzins. Am 21. März 2011 schlossen die Parteien einen Aufhebungsvertrag zu dem dieses Darlehen betreffenden Darlehensvertrag. Die Beklagte und ihr Ehemann zahlten ein Aufhebungsentgelt in Höhe von 4.145,91 €. Den zweiten Darlehensvertrag beendeten die Parteien ebenfalls in der ersten Jahreshälfte 2011 vorzeitig ohne Abschluss eines ausdrücklichen Aufhebungsvertrags. Unter dem 17. Juni 2016 widerrief die Beklagte ihre auf Abschluss der Darlehensverträge gerichteten Willenserklärungen. In ihrem Schreiben hielt sie fest, sie dürfe die Klägerin "zunächst auffordern, die vereinnahmte Vorfälligkeitsentschädigung sowie die gezogenen Nutzungen [...] zurückzuerstatten".

- 3 Der Klage festzustellen, dass sich die beiden Darlehensverträge durch den Widerruf der Beklagten vom 17. Juni 2016 nicht in Rückgewährschuldverhältnisse umgewandelt hätten, hat das Landgericht entsprochen. Die Widerklage der Beklagten, mit der sie eine Verurteilung der Klägerin zur Erstattung des Aufhebungsentgelts in Höhe von 4.145,91 € nebst Zinsen beansprucht hat, hat es abgewiesen. Auf die dagegen gerichtete Berufung der Beklagten hat das Berufungsgericht unter Zurückweisung des Rechtsmittels im Übrigen das landgerichtliche Urteil teilweise abgeändert. Es hat die Klage abgewiesen und die Klägerin auf die Widerklage verurteilt, an die Beklagte und ihren Ehemann "als Mitgläubiger" 4.145,91 € nebst Zinsen in gegenüber dem Antrag reduziertem Umfang zu zahlen. Dagegen richtet sich die vom Senat zugelassene Revision der Klägerin, mit der sie die vollständige Zurückweisung der Berufung der Beklagten erstrebt.

Entscheidungsgründe:

4 Die Revision der Klägerin hat Erfolg.

I.

5 Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung - soweit  
für die Revision der Klägerin von Bedeutung - im Wesentlichen ausgeführt:

6 Die Feststellungsklage der Klägerin sei zulässig. Ihr Gegenstand sei das  
Fortbestehen der Darlehensverträge. Das Feststellungsinteresse der Klägerin  
sei gegeben, weil die Beklagte sich "Ansprüchen aus den Rückgewährschuld-  
verhältnissen" berühme. Eine Leistungsklage sei der Klägerin nicht möglich und  
genieße daher keinen Vorrang.

7 Die Feststellungsklage sei aber unbegründet. Die Klägerin habe die Be-  
klagte und ihren Ehemann unzureichend deutlich - weil ohne Rücksicht auf die  
fernabsatzrechtlichen Besonderheiten - über das ihnen zukommende Wider-  
rufsrecht belehrt. Die Beklagte habe allein den Widerruf erklären können. Der  
besondere Erlöschenstatbestand für das Widerrufsrecht bei Fernabsatzverträ-  
gen über Finanzdienstleistungen finde auf das Widerrufsrecht nach Verbrau-  
cherdarlehensrecht keine Anwendung. Die Beklagte habe das Widerrufsrecht  
auch nicht verwirkt.

8 Der bloße Zeitablauf rechtfertige den Einwand der Verwirkung nicht. Ein  
Zeitraum von wie hier über zehn Jahren zwischen Vertragsschluss und Aus-  
übung des Widerrufsrechts könne aus Sicht des Berechtigten unschädlich sein.  
Verwirkung könne auch deshalb ausscheiden, weil ein Darlehensnehmer auf-  
grund der ihm erteilten Belehrung keinen Anlass zu der Annahme gehabt habe,  
nach Ablauf der darin genannten Frist noch ein Widerrufsrecht zu haben. Gera-

de bei beendeten Verbraucherdarlehensverträgen könne das Vertrauen des Unternehmers auf ein Unterbleiben des Widerrufs allerdings schutzwürdig sein, auch wenn die von ihm erteilte Widerrufsbelehrung ursprünglich den gesetzlichen Vorschriften nicht entsprochen habe und er es in der Folgezeit versäumt habe, den Verbraucher nachzubelehren. Das gelte in besonderem Maße, wenn die Beendigung des Darlehensvertrags auf einen Wunsch des Verbrauchers zurückgehe. Dass die Bank davon ausgegangen sei oder habe ausgehen müssen, der Verbraucher habe von seinem Widerrufsrecht keine Kenntnis, schließe eine Verwirkung des Widerrufsrechts nicht aus. Verwirkung könne weiter nicht mit der Begründung verneint werden, die Bank habe die Situation selbst herbeigeführt, weil sie eine ordnungsgemäße Widerrufsbelehrung nicht erteilt habe.

9 Nach den Umständen des Einzelfalls gehe das Berufungsgericht nicht von Verwirkung aus. Zwar sei das Zeitmoment bei den im Januar 2005 geschlossenen Darlehensverträgen zum Zeitpunkt der Widerrufserklärungen im Juni 2016 mit mehr als elf Jahren erfüllt. Es fehle aber das Umstandsmoment.

10 Für die Annahme einer Verwirkung spreche freilich, dass die Darlehensverträge auf Wunsch der Beklagten und ihres Ehemanns im April 2011 vorzeitig beendet worden seien. Ab diesem Zeitpunkt habe für eine Nachbelehrung der Beklagten kein Anlass mehr bestanden. Außerdem seien zwischen der vorzeitigen Beendigung der Darlehensverträge und dem Widerruf mehr als fünf Jahre vergangen.

11 Diese Umstände hätten zwar Gewicht, genügten allerdings für sich nicht, um Verwirkung zu begründen. Die Klägerin habe sich selbst nicht redlich verhalten. Zum Zeitpunkt der vorzeitigen Beendigung der Darlehensverträge habe die Klägerin erkennen können und müssen, dass die von ihr verwendeten Widerrufsbelehrungen nicht den ergänzenden Vorgaben für Fernabsatzverträge genügt hätten. Sie habe auch die vorzeitige Beendigung der Darlehensverträge

nicht zum Anlass für eine Nachbelehrung genommen, sondern von der Beklagten und ihrem Ehemann die Zahlung eines Aufhebungsentgelts gefordert. Dass sich die Klägerin darauf eingerichtet habe und habe einrichten dürfen, ein Widerruf werde nicht mehr erfolgen, könne das Berufungsgericht nicht feststellen. Dass die Klägerin Sicherheiten freigegeben, den Vorgang abgeschlossen und keine Rückstellungen gebildet habe, seien typische, aus der vorzeitigen Vertragsbeendigung resultierende Folgen. Sie seien keine besonderen, auf dem Verhalten des Berechtigten beruhenden Umstände, die das Vertrauen des Verpflichteten rechtfertigen, nicht mehr in Anspruch genommen zu werden.

12 Für ein etwaiges Vertrauen des Verpflichteten sei die für ihn erkennbare Kenntnis oder Unkenntnis des Berechtigten von entscheidender Bedeutung. Die Klägerin habe nicht dargelegt, von einer Kenntnis der Beklagten von ihrem fortbestehenden Widerrufsrecht ausgegangen zu sein. Es seien auch keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass die Beklagte der Klägerin gegenüber zu erkennen gegeben habe, sie habe vom Fortbestehen des Widerrufsrechts infolge fehlerhafter Belehrung Kenntnis. Im Gegenteil hätte die Beklagte, wenn ihr das Fortbestehen des Widerrufsrechts bewusst gewesen wäre, widerrufen, statt mit der Klägerin einen entgeltpflichtigen Aufhebungsvertrag zu schließen. Die Beklagte habe der Klägerin daher durch die vorzeitige Ablösung der Darlehensverträge keinen Anhalt gegeben anzunehmen, sie werde ein noch bestehendes Widerrufsrecht nicht mehr ausüben.

13 Der mit der Widerklage verfolgte Zahlungsantrag sei - wenn auch die Zinsforderung betreffend nur in geringerer als der beantragten Höhe - begründet.

II.

14            Diese Ausführungen halten einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht  
in allen Punkten stand.

15            1. Das Berufungsgericht ist unzutreffend davon ausgegangen, die Fest-  
stellungsklage sei insgesamt zulässig, weil die Klägerin über das nach § 256  
Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse verfüge. Der Klägerin erman-  
gelt das erforderliche Feststellungsinteresse für einen Teil ihres Feststellungs-  
begehrens, weil die Beklagte eine unbedingte Zahlungswiderklage rechtshängig  
gemacht hat.

16            Das Feststellungsinteresse für eine negative Feststellungsklage entfällt,  
wenn eine Leistungsklage zu demselben Streitgegenstand erhoben wird und  
nicht mehr einseitig zurückgenommen werden kann (BGH, Urteile vom 25. März  
1999 - IX ZR 223/97, WM 1999, 787, 789 f., insoweit nicht abgedruckt in BGHZ  
141, 173, vom 21. Dezember 2005 - X ZR 17/03, BGHZ 165, 305, 309 und vom  
1. März 2011 - II ZR 297/08, WM 2011, 829 Rn. 28). Ein Vorrang der Leis-  
tungsklage besteht - bezogen auf den entsprechenden Teil des Feststellungs-  
begehrens - auch dann, wenn mit der Leistungsklage lediglich ein Teil der von  
der Feststellungsklage erfassten Ansprüche geltend gemacht wird (vgl. BGH,  
Urteile vom 21. Dezember 1989 - IX ZR 234/88, WM 1990, 695, 697, vom  
25. März 1999, aaO, S. 790 und vom 4. Juli 2013 - VII ZR 52/12, NJW-  
RR 2013, 1105 Rn. 11). Etwas anderes gilt aus Gründen einer sinnvollen Pro-  
zessökonomie nur, wenn der Feststellungsrechtsstreit zu dem Zeitpunkt, in dem  
die Leistungsklage nicht mehr einseitig zurückgenommen werden kann, ent-  
scheidungsreif oder im Wesentlichen bis zur Entscheidungsreife fortgeschritten  
und die Leistungsklage noch nicht entscheidungsreif ist (BGH, Urteile vom  
22. Januar 1987 - I ZR 230/85, BGHZ 99, 340, 342 f., vom 11. Dezember 1996  
- VIII ZR 154/95, BGHZ 134, 201, 209 und vom 21. Dezember 2005, aaO).

- 17 Nach Maßgabe dieser Grundsätze ist die Feststellungsklage teilweise unzulässig. Die Beklagte verfolgt mit der Zahlungswiderklage, die sie ohne Einwilligung der Klägerin nicht mehr zurücknehmen kann, aus § 357 Abs. 1 Satz 1 BGB in der bis zum 12. Juni 2014 geltenden Fassung (künftig: aF) in Verbindung mit § 346 Abs. 1 BGB die Herausgabe des Aufhebungsentgelts zuzüglich der daraus mutmaßlich gezogenen Nutzungen. Soweit die Klägerin diesen Anspruch leugnet, spiegelt ihr Begehren das der Beklagten. Weil die Klägerin den mit der Widerklage eingeführten Zahlungsanspruch nur dem Grunde und nicht der Höhe nach bestreitet und - da allein von der Würdigung der unstreitigen Umstände nach Maßgabe des § 242 BGB abhängig - sowohl die Klage als auch die Widerklage gleichzeitig entscheidungsreif sind, sind die Zulässigkeitsvoraussetzungen des § 256 Abs. 1 ZPO im Umfang der Widerklage nicht gegeben.
- 18 2. Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht dagegen angenommen, die Widerrufsfrist sei, da die Klägerin die Beklagte fehlerhaft belehrt habe, bei Ausübung des Widerrufsrechts noch nicht abgelaufen gewesen, weil die Regelung über das Erlöschen des Widerrufsrechts nach § 312d Abs. 3 Nr. 1 BGB in der hier weiter maßgeblichen, zwischen dem 8. Dezember 2004 und dem 3. August 2009 geltenden Fassung (künftig: aF) auf das aufgrund der unzureichenden Widerrufsbelehrung fortbestehende Widerrufsrecht nach § 495 Abs. 1 BGB keine Anwendung gefunden habe.
- 19 a) Der Senat hat mit Urteil vom 3. Juli 2018 (XI ZR 702/16, WM 2018, 1601 Rn. 10 ff.; bestätigt mit Senatsbeschluss vom 15. Januar 2019 - XI ZR 202/18, WM 2019, 251 Rn. 2; zustimmend Corzelius, EWiR 2018, 673, 674; A. Maier, BKR 2019, 189 f.) eingehend begründet, dass und warum er sich daran gehindert sieht, contra legem eine Regelung anzuwenden, deren Geltung für den Verbraucherdarlehensvertrag der deutsche Gesetzgeber ausdrücklich gemäß § 312d Abs. 5 BGB in der ab dem 8. Dezember 2004 geltenden Fas-

sung (künftig: aF) ausgeschlossen hat. Diese Ausführungen hat der Senat explizit mit dem Hinweis versehen, eine Auslegung des nationalen Rechts dahin, § 312d Abs. 3 Nr. 1 BGB aF statuiere einen Erlöschenstatbestand auch für das vom deutschen Gesetzgeber als vorrangig konzipierte Widerrufsrecht nach § 495 Abs. 1 BGB, komme selbst dann nicht in Betracht, wenn der nationale Gesetzgeber damit hinter den Anforderungen der Richtlinie 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. September 2002 über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher und zur Änderung der Richtlinie 90/619/EWG des Rates und der Richtlinien 97/7/EG und 98/27/EG (ABl. L Nr. 271 vom 9. Oktober 2002, S. 16) zurückgeblieben wäre (Senatsurteil vom 3. Juli 2018, aaO, Rn. 12). In diesem Urteil hat der Senat auch ausgeführt, dass eine analoge Anwendung des § 312d Abs. 3 Nr. 1 BGB aF, die der Sache nach auf eine unmittelbare Anwendung unzureichend umgesetzten Richtlinienrechts nach Ablauf der Umsetzungsfrist zulasten des Verbrauchers und zugunsten des darlehensgewährenden Unternehmers hinausliefe, nicht in Frage kommt (Senatsurteil vom 3. Juli 2018, aaO, Rn. 14).

20

Der Senat müsste sich, um § 312d Abs. 3 Nr. 1 BGB aF auf das Widerrufsrecht nach § 495 Abs. 1 BGB anzuwenden, gegen die ausdrückliche Anordnung des Gesetzgebers stellen. Das verbietet ihm das in Art. 20 Abs. 3 GG verankerte Rechtsstaatsprinzip. Die Beachtung des klar erkennbaren Willens des Gesetzgebers ist Ausdruck demokratischer Verfassungsstaatlichkeit. Dies trägt dem Grundsatz der Gewaltenteilung (Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG) Rechnung. Das Gesetz bezieht seine Geltungskraft aus der demokratischen Legitimation des Gesetzgebers, dessen artikulierter Wille den Inhalt des Gesetzes daher mit bestimmt. Der klar erkennbare Wille des Gesetzgebers darf nicht übergangen oder verfälscht werden. So verwirklicht sich die in Art. 20 Abs. 3 und Art. 97 Abs. 1 GG vorgegebene Bindung der Gerichte an das Gesetz, denn dies ist

eine Bindung an die im Normtext zum Ausdruck gebrachte demokratische Entscheidung des Gesetzgebers (BVerfGE 149, 126 Rn. 75).

21           b) Das Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 11. September 2019 (C-143/18, "Romano", WM 2019, 1919 ff.), in dem der Gerichtshof entschieden hat, Art. 6 Abs. 2 Buchst. c der Richtlinie 2002/65/EG in Verbindung mit deren Art. 1 Abs. 1 und Erwägungsgrund 13 sei dahin auszulegen, dass er einer nationalen Regelung entgegenstehe, die bei einem im Fernabsatz zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher geschlossenen Vertrag über eine Finanzdienstleistung nicht das Widerrufsrecht dieses Verbrauchers für den Fall ausschließe, dass dieser Vertrag auf seinen ausdrücklichen Wunsch von beiden Seiten bereits voll erfüllt sei, bevor er sein Widerrufsrecht ausübe, ändert daran nichts. Der Senat kann § 312d Abs. 3 Nr. 1 BGB aF nicht entgegen dem ausdrücklichen Willen des nationalen Gesetzgebers auf Verbraucherdarlehensverträge anwenden.

22           Auch der Gerichtshof hat in seinem Urteil seine ständige Rechtsprechung bekräftigt, die Verpflichtung zur unionsrechtskonformen Auslegung dürfe nicht als Grundlage für eine Auslegung contra legem des nationalen Rechts dienen (EuGH, Urteil vom 16. Juni 2005 [Große Kammer] - C-105/03, "Pupino", Slg. 2005, I-5285 Rn. 47; Urteil vom 4. Juli 2006 [Große Kammer] - C-212/04, "Adeneler", Slg. 2006, I-6057 Rn. 110; Urteil vom 15. April 2008 [Große Kammer] - C-268/06, "Impact", Slg. 2008, I-2483 Rn. 100, 103; Urteil vom 24. Januar 2012 [Große Kammer] - C-282/10, "Dominguez", NJW 2012, 509 Rn. 25; Urteil vom 22. Januar 2019 [Große Kammer] - C-193/17, "Cresco Investigation", NZA 2019, 297 Rn. 74; Urteil vom 8. Mai 2019 - C-486/18, "Praxair MRC", NZA 2019, 1131 Rn. 38; Urteil vom 11. September 2019 - C-143/18, "Romano", WM 2019, 1919 Rn. 38; ebenso Senatsurteil vom 22. Mai 2012 - XI ZR 290/11, BGHZ 193, 238 Rn. 50; BGH, Urteil vom 26. März 2019

- II ZR 244/17, WM 2019, 925 Rn. 21, zur Veröffentlichung bestimmt in BGHZ; BVerfG, WM 2012, 1179, 1181).

23 Anders, als das Landgericht Bonn (BKR 2019, 182 Rn. 3) in seinem Vorabentscheidungsersuchen unzutreffend nahegelegt hat, beruht die Nichtanwendung von Art. 6 Abs. 2 Buchst. c der Richtlinie 2002/65/EG, § 312d Abs. 3 Nr. 1 BGB aF auf nationalem Parlamentsgesetz und nicht auf Richterrecht. Den dem nationalen Parlamentsgesetz zugrundeliegenden Regelungsgedanken hat der europäische Gesetzgeber später selbst übernommen, indem er die Geltung des Art. 6 der Richtlinie 2002/65/EG für das Widerrufsrecht bei Verbraucherdarlehensverträgen gemäß Art. 14 Abs. 5 der Richtlinie 2008/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2008 über Verbraucherkreditverträge und zur Aufhebung der Richtlinie 87/102/EWG des Rates (ABl. L Nr. 133 vom 22. Mai 2008, S. 66; ber. ABl. L Nr. 207 vom 11. August 2009, S. 14 und ABl. L Nr. 234 vom 10. September 2011, S. 46) ausdrücklich ausgeschlossen hat.

24 § 312d Abs. 5 BGB aF kann nicht vom Wortlaut gedeckt richtlinienkonform so ausgelegt werden, er verweise für das vorrangige Widerrufsrecht bei Verbraucherdarlehensverträgen auch auf den Erlöschenstatbestand des § 312d Abs. 3 Nr. 1 BGB aF. Die Auslegung des nationalen Rechts darf nicht dazu führen, dass einer nach Wortlaut und Sinn eindeutigen Norm ein entgegengesetzter Sinn gegeben oder der normative Gehalt der Norm grundlegend neu bestimmt wird. Richterliche Rechtsfortbildung berechtigt den Richter nicht dazu, seine eigene materielle Gerechtigkeitsvorstellung an die Stelle derjenigen des Gesetzgebers zu setzen (BVerfG, WM 2012, 1179, 1181). Demgemäß kommt eine richtlinienkonforme Auslegung nur in Frage, wenn eine Norm tatsächlich unterschiedliche Auslegungsmöglichkeiten im Rahmen dessen zulässt, was der

gesetzgeberischen Zweck- und Zielsetzung entspricht. Die Pflicht zur Verwirklichung des Richtlinienziels im Auslegungswege findet ihre Grenzen an dem nach der innerstaatlichen Rechtstradition methodisch Erlaubten (BGH, Urteile vom 7. Mai 2014 - IV ZR 76/11, BGHZ 201, 101 Rn. 20, vom 28. Juni 2017 - IV ZR 440/14, BGHZ 215, 126 Rn. 24, vom 11. April 2018 - IV ZR 215/16, WM 2018, 918 Rn. 41 und vom 26. März 2019 - II ZR 244/17, WM 2019, 925 Rn. 21; BVerfG, aaO). Wie der Senat, dem es obliegt zu entscheiden, ob im Rahmen des nationalen Rechts ein Spielraum für eine richtlinienkonforme Auslegung oder Rechtsfortbildung besteht (EuGH, Urteil vom 8. Mai 2019 - C-486/18, "Praxair MRC", NZA 2019, 1131 Rn. 39; BVerfG, WM 2012, 1179, 1181; NVwZ-RR 2018, 169 Rn. 37), in seinem Urteil vom 3. Juli 2018 (XI ZR 702/16, WM 2018, 1601 Rn. 10 ff.) dargelegt hat, überschritte eine richtlinienkonforme Auslegung des § 312d Abs. 5 BGB aF entgegen seinem eindeutigen Wortlaut, der Gesetzessystematik und der Gesetzgebungsgeschichte die Befugnis der Gerichte.

25 Aus den oben genannten Gründen scheidet entgegen der vom Klägervertreter in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat geäußerten Ansicht auch eine analoge Anwendung des § 312d Abs. 3 Nr. 1 BGB aF auf im Wege des Fernabsatzes geschlossene Verbraucherdarlehensverträge aus. Angesichts des eindeutigen Regelungskonzepts fehlt es, wie der Senat ebenfalls bereits mit Urteil vom 3. Juli 2018 dargelegt hat (XI ZR 702/16, WM 2018, 1601 Rn. 14 ff.), an einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes. Eine für einen Analogieschluss im Sinne einer teleologischen Reduktion des § 312d Abs. 5 Satz 1 BGB aF oder einer teleologischen Extension des § 312d Abs. 5 Satz 2 BGB aF erforderliche verdeckte Regelungslücke wegen einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes läge nur vor, wenn ausgeschlossen werden könnte, dass der Gesetzgeber die Regelung in gleicher Weise erlassen hätte, wenn

ihm bekannt gewesen wäre, dass sie nicht richtlinienkonform ist. An dieser Voraussetzung fehlt es.

26 Der Gesetzgeber hat bei der Schaffung des § 312d BGB in der Fassung des Gesetzes zur Änderung der Vorschriften über Fernabsatzverträge bei Finanzdienstleistungen vom 2. Dezember 2004 (BGBl. I S. 3102) den zwingenden Charakter der Richtlinie 2002/65/EG ausdrücklich nur insoweit ins Feld geführt, als er § 312d Abs. 2 BGB in der bis zum 10. Juni 2010 geltenden Fassung (künftig: aF) als dem Verbraucher günstiger auf Verbraucherdarlehensverträge für anwendbar erklärt hat (BT-Drucks. 15/2946, S. 16 und S. 23). Bei § 312d Abs. 3 BGB aF hat er den aus Art. 6 Abs. 2 Buchst. c der Richtlinie 2002/65/EG resultierenden Umsetzungsbedarf konstatiert, aber von einer Erstreckung auf Verbraucherdarlehensverträge in gleichem Zusammenhang abgesehen (aaO, S. 16). Zugleich hat er für das Rangverhältnis der "Vorschriftengruppen" zum Fernabsatz und zum Verbraucherdarlehen auf das in § 312b Abs. 5 BGB aF zugunsten des Verbrauchers eingeführte "Günstigkeitsprinzip" verwiesen (aaO, S. 19 f.).

27 Noch im Jahr 2009 hat er die Änderung des § 312d BGB durch das Gesetz zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen vom 29. Juli 2009 (BGBl. I S. 2413) trotz der schon vorher in der Literatur geäußerten Bedenken gegen die Richtlinienkonformität des § 312d Abs. 5 BGB aF (vgl. MünchKommBGB/Wendehorst, 5. Aufl., § 312d Rn. 17) nicht zum Anlass genommen, die Verweisung in § 312d Abs. 5 Satz 2 BGB aF auf dessen Absatz 3 zu erstrecken (Senatsurteil vom 3. Juli 2018 - XI ZR 702/16, WM 2018, 1601 Rn. 14).

28 Im Gesetzgebungsverfahren zur Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie, des zivilrechtlichen Teils der Zahlungsdiensterichtlinie sowie zur Neuord-

nung der Vorschriften über das Widerrufs- und Rückgaberecht hat er sich allein damit befasst, dass die zuvor gegebene Anwendbarkeit des § 312d Abs. 2 BGB aF auf Verbraucherdarlehensverträge ab dem 11. Juni 2010 entfallen müsse (vgl. BT-Drucks. 16/11643, S. 69 f.). Auf § 312d Abs. 3 BGB aF ist der Gesetzgeber nicht eingegangen, was allein den Schluss zulässt, er habe, weil die Norm schon vor dem 11. Juni 2010 nicht anwendbar gewesen sei, keinen durch die Richtlinie 2008/48/EG veranlassten Umsetzungsbedarf gesehen. Die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs lassen mithin auch im Lichte der verlautbarten Intentionen des Gesetzgebers keinen Spielraum für einen Analogieschluss unter dem Aspekt eines planwidrigen Verfehlens der gewollt richtlinienkonformen Umsetzung des Unionsrechts.

29            Der Senat müsste folglich, um Art. 6 Abs. 2 Buchst. c der Richtlinie 2002/65/EG Geltung zu verschaffen, diese Bestimmung unmittelbar anwenden. Dies gestattet das Unionsrecht nicht (vgl. EuGH, Urteil vom 5. Oktober 2004 [Große Kammer] - C-397/01 bis 403/01, "Pfeiffer", Slg. 2004, I-8835 Rn. 107 ff.; Urteil vom 22. Januar 2019 [Große Kammer] - C-193/17, "Cresco Investigation", NZA 2019, 297 Rn. 72 f. mwN).

30            3. Rechtsfehlerhaft sind dagegen die Ausführungen des Berufungsgerichts zu einer Verwirkung des Widerrufsrechts der Beklagten. Das Berufungsgericht hat zwar einleitend die Grundsätze referiert, die die Verwirkung des Rechts auf Widerruf einer auf Abschluss eines Verbraucherdarlehensvertrags gerichteten Willenserklärung beherrschen. Es hat aber sodann bei der Prüfung des Umstandsmoments unter Obersätze subsumiert, die mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Widerspruch stehen.

31            a) Das Berufungsgericht hat bei der Prüfung des Umstandsmoments die höchstrichterliche Rechtsprechung, der zufolge die Unkenntnis des Darlehensnehmers vom Fortbestand des Widerrufsrechts eine Verwirkung nicht hindert,

verkannt. Es hat unterstellt, solange der Darlehensgeber davon ausgehen müsse, der Darlehensnehmer habe vom Fortbestehen des Widerrufsrechts keine Kenntnis, könne der Darlehensgeber schutzwürdiges Vertrauen im Sinne des Umstandsmoments nicht bilden. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kommt es dagegen für das Umstandsmoment der Verwirkung weder auf die Kenntnis des Darlehensnehmers vom Fortbestand seines Widerrufsrechts noch auf das Vertrauen des Darlehensgebers an, der Darlehensnehmer habe in sonstiger Weise Kenntnis vom Fortbestand seines Widerrufsrechts erlangt. Dass der Darlehensgeber davon ausgeht oder ausgehen muss, der Darlehensnehmer habe von seinem Widerrufsrecht keine Kenntnis, schließt vielmehr eine Verwirkung nicht aus (st. Rspr., vgl. nur Senatsurteil vom 27. November 2018 - XI ZR 111/17, juris Rn. 11; Senatsbeschluss vom 23. Januar 2018 - XI ZR 298/17, WM 2018, 614 Rn. 17 mwN).

32           b) Weiter steht entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts der tatrichterlichen Würdigung, der Darlehensnehmer habe das Widerrufsrecht verwirkt, nicht entgegen, dass der Darlehensgeber, der von der Fehlerhaftigkeit der Widerrufsbelehrung wusste oder wissen konnte, im Zuge der Verhandlungen über die vorzeitige Beendigung des Darlehensvertrags keine Nachbelehrung erteilt hat. Die Nachbelehrung hat nicht den Zweck, den Darlehensnehmer in Fällen der vorzeitigen Beendigung des Darlehensvertrags vor der Entrichtung eines Aufhebungsentgelts zu bewahren. Der Darlehensgeber hat die Möglichkeit, nicht eine Verpflichtung zur Nachbelehrung. Die Verpflichtung, den Darlehensnehmer deutlich über sein aus § 495 Abs. 1 BGB folgendes Widerrufsrecht nach Maßgabe des bis zum 10. Juni 2010 geltenden Rechts zu belehren, ist keine Dauerverpflichtung, die ab dem Vertragsschluss als Verpflichtung zur Nachbelehrung gleichsam ständig neu entstünde. Mit der Präzisierung der Modalitäten einer Nachbelehrung im Zuge der Einführung des § 355 Abs. 2 Satz 2 BGB in der Fassung des OLG-Vertretungsänderungsgesetzes vom 23. Juli

2002 (BGBl. I S. 2850) wollte der Gesetzgeber vielmehr befürchtete Härten für die Unternehmer aus der zeitgleichen Einführung des § 355 Abs. 3 Satz 3 BGB kompensieren (Senatsurteil vom 16. Oktober 2018 - XI ZR 69/18, WM 2018, 2275 Rn. 20; Senatsbeschluss vom 23. Januar 2018 - XI ZR 298/17, WM 2018, 614 Rn. 19).

33 c) Schließlich ist entgegen der Rechtsmeinung des Berufungsgerichts, das die Würdigung dieses Umstands bei der Prüfung der Verwirkung ausgeschlossen hat, die Tatsache, dass der Darlehensgeber Sicherheiten freigegeben hat, ein Aspekt, den der Tatrichter bei der Prüfung des Umstandsmoments berücksichtigen kann. Dem steht nicht entgegen, dass der Darlehensgeber nach Beendigung des Darlehensvertrags und vollständiger Erfüllung der aus dem Darlehensvertrag resultierenden Pflichten des Darlehensnehmers die Sicherheiten ohnehin freizugeben hätte. Die Sicherheiten sichern regelmäßig auch Ansprüche aus einem Rückgewährschuldverhältnis nach § 357 Abs. 1 Satz 1 BGB aF in Verbindung mit §§ 346 ff. BGB. Dem Rückgewähranspruch des Darlehensnehmers aus der Sicherungsabrede haftet die für den Fall des Widerrufs auflösende Rechtsbedingung einer Revalutierung an. Beendet der Darlehensgeber trotz der Möglichkeit der Revalutierung durch Rückgewähr der Sicherheit den Sicherungsvertrag, kann darin die Ausübung beachtlichen Vertrauens im Sinne des § 242 BGB liegen (Senatsurteile vom 11. September 2018 - XI ZR 125/17, WM 2018, 2128 Rn. 34 und vom 16. Oktober 2018 - XI ZR 45/18, WM 2018, 2274 Rn. 17 sowie - XI ZR 69/18, WM 2018, 2275 Rn. 15; Senatsbeschlüsse vom 23. Januar 2018 - XI ZR 298/17, WM 2018, 614 Rn. 20 und vom 7. März 2018 - XI ZR 298/17, juris).

### III.

34 Das Berufungsurteil unterliegt mithin der Aufhebung (§ 562 ZPO), weil es sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig darstellt (§ 561 ZPO).

35 Der Senat kann nicht in der Sache selbst entscheiden (§ 563 Abs. 3 ZPO). Er kann die Feststellungsklage auch nicht teilweise als unzulässig abweisen, weil der Klägerin zunächst Gelegenheit gegeben werden muss, ihren

Feststellungsantrag - soweit der Zahlungswiderklage entsprechend - für erledigt zu erklären (vgl. BGH, Urteil vom 21. Juni 1955 - I ZR 74/54, WM 1955, 1085, 1090, insoweit nicht abgedruckt in BGHZ 18, 22, und vom 22. Januar 1987 - I ZR 230/85, BGHZ 99, 340, 343).

36 Der Senat verweist die Sache daher zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurück (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO), das über die Frage der Verwirkung nach Maßgabe der höchstrichterlich geklärten Rechtssätze in tatrichterlicher Würdigung der Umstände des Einzelfalls neu zu erkennen haben wird.

Ellenberger

Grüneberg

Maihold

Menges

Derstadt

Vorinstanzen:

LG Stade, Entscheidung vom 31.05.2017 - 2 O 226/16 -

OLG Celle, Entscheidung vom 13.12.2017 - 3 U 129/17 -