



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

XI ZR 461/18

Verkündet am:  
3. März 2020  
Strietzel  
Justizobersekretärin  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB §§ 13, 14

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

UStG §§ 2, 4 Abs. 1 Nr. 12 Satz 1 Buchst. a, § 9

Erfordert die Vermietung oder Verpachtung keinen planmäßigen Geschäftsbetrieb und handelt es sich deshalb um eine private und nicht um eine berufsmäßig betriebene Vermögensverwaltung, verliert der Vermieter oder Verpächter, der einen Darlehensvertrag schließt, seine Eigenschaft als Verbraucher im Sinne des Verbraucherdarlehensrechts nicht dadurch, dass er für die Umsätze aus Vermietung oder Verpachtung nach § 2 Abs. 1, § 4 Nr. 12 Satz 1 Buchst. a, § 9 Abs. 1 UStG zur Umsatzsteuer optiert.

BGH, Urteil vom 3. März 2020 - XI ZR 461/18 - OLG Karlsruhe  
LG Karlsruhe

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 14. Januar 2020 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 Beklagten wird das Urteil des 17. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 24. Juli 2018 mit Ausnahme der durch das vorbezeichnete Urteil ausgesprochenen Berichtigung des Rubrums des Urteils der 2. Zivilkammer des Landgerichts Karlsruhe vom 26. Januar 2017 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Parteien streiten um die Wirksamkeit des Widerrufs der auf den Abschluss eines Verbraucherdarlehensvertrags gerichteten Willenserklärung des Klägers.
- 2 Die Parteien schlossen Ende Januar 2007 einen Darlehensvertrag über 1.450.000 € mit einem bis zum 30. Januar 2017 festen Nominalzinssatz von 5,25% p.a. Der Darlehensvertrag war mit der Überschrift "Darlehen mit anfäng-

lichem Festzins mit dinglicher Sicherheit für private Zwecke und für Existenzgründung" versehen. Im Zuge der Darlehensaufnahme eröffnete der Kläger bei der Beklagten ein Geschäftsgirokonto. Die Mittel aus dem Darlehensvertrag waren zur Finanzierung des Kaufs und der Sanierung einer Immobilie bestimmt, aus der der Kläger langfristig Mieteinnahmen erwirtschaften wollte und später erwirtschaftete. Wegen der Mieteinnahmen optierte der Kläger zur Umsatzsteuer. Zur Sicherung der Ansprüche der Beklagten aus dem Darlehensvertrag dienten Briefgrundschulden. Außerdem ließ sich die Beklagte künftige Miet- und Pachtzinsforderungen des Klägers abtreten. Bei Abschluss des Darlehensvertrags belehrte die Beklagte den Kläger unzureichend deutlich unter Verwendung des vom Senat mit Urteil vom 12. Juli 2016 (XI ZR 564/15, BGHZ 211, 123 ff.) beanstandeten Formulars.

3 Zum 30. Dezember 2013 beendeten die Parteien den Darlehensvertrag vorzeitig. Der Kläger leistete eine "Vorfälligkeitsentschädigung" von "mindestens" 72.651,04 €. Mit Schreiben vom 21. März 2016 widerrief er seine auf den Abschluss des Darlehensvertrags gerichtete Willenserklärung.

4 Seiner Klage auf Erstattung der "Vorfälligkeitsentschädigung" hat das Landgericht mit geringen Abstrichen bei der Zinsforderung entsprochen. Die dagegen gerichtete Berufung der Beklagten hat das Berufungsgericht zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die vom Senat zugelassene Revision der Beklagten, mit der sie ihr Begehren auf vollständige Abweisung der Klage weiterverfolgt.

#### Entscheidungsgründe:

5 Die Revision der Beklagten hat Erfolg.

I.

6 Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung - soweit im Revisionsverfahren noch von Interesse - ausgeführt:

7 Der Kläger habe als Verbraucher gehandelt, so dass ihm ein Widerrufsrecht zugestanden habe. Er habe sich das Darlehen nicht - was Voraussetzung für die Einstufung als Existenzgründer gewesen sei - für die Aufnahme einer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit gewähren lassen. Ausschlaggebendes Kriterium für die Abgrenzung der privaten von einer gewerblichen oder berufsmäßig betriebenen Vermögensverwaltung sei der Umfang der mit ihr verbundenen Geschäfte. Danach sei die bei Kreditaufnahme vom Kläger beabsichtigte Vermietung der finanzierten Immobilie nicht als gewerbliche Tätigkeit einzustufen. Der Kläger habe nachvollziehbar vorgetragen, die finanzierte Immobilie sei zur Zeit der Kreditaufnahme an lediglich vier Parteien langfristig vermietet gewesen. Eine Vermietung an eine derart überschaubare Anzahl von Mietern fordere schon im Allgemeinen einen planmäßigen Geschäftsbetrieb nicht. Die vom Kläger für das Berufungsgericht glaubhaft geschilderten konkreten Umstände - insbesondere zur Dauer der Mietverhältnisse und zur Art und Weise der Abrechnung - ließen die Erforderlichkeit eines solchen Betriebs im Falle des Klägers erst recht nicht erkennen. Entgegen der Rechtsauffassung der Beklagten könne auch nicht - ohne Rücksicht auf das Erfordernis eines planmäßigen Geschäftsbetriebs - allein aus dem Umstand, dass der Kläger hinsichtlich der Mieteinnahmen zur Umsatzsteuer optiert habe, darauf geschlossen werden, dass er sich das Darlehen für die Aufnahme einer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit habe gewähren lassen. Soweit der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs anders entschieden habe, wirke sich dies

im konkreten Fall nicht aus. Diese Entscheidung beziehe sich nur auf den Fall, dass sich die Option zur Umsatzsteuer gerade in dem Vertrag umsatzsteuerrechtlich auswirke, für dessen rechtliche Bewertung es auf die Qualifikation des Optierenden als Verbraucher oder Unternehmer - im konkreten Fall: Existenzgründer - ankomme. Dagegen sei es im Falle der Vermietung einer finanzierten Immobilie nicht zwingend, dass der Kreditgeber überhaupt erfahre, ob der Darlehensnehmer hinsichtlich der Mieteinnahmen seiner gewerblichen Mieter zur Umsatzsteuer optiere. Das Argument, der Optierende müsse sich an seiner Wahl festhalten lassen, wenn er diese dem Vertragspartner gegenüber zum Ausdruck gebracht habe, verfange deswegen ebenso wenig wie der Gesichtspunkt, der Vertragspartner habe ein Interesse an Rechtsklarheit.

- 8            Das Widerrufsrecht des Klägers sei bei seiner Ausübung nicht verwirkt gewesen. Bei einer einvernehmlichen Ablösung des Darlehens nach Ablauf der Zinsbindungsfrist zeige sich der Darlehensnehmer "letztlich" nur vertragstreu, woraus nach höchstrichterlicher Rechtsprechung kein vertrauensbegründender Umstand herzuleiten sei. Auch unter Beachtung sämtlicher höchstrichterlicher Vorgaben sei eine Verwirkung nicht anzunehmen. Das Zeitmoment von neun Jahren und zwei Monaten zwischen Vertragsschluss und Widerruf und eine Komponente des Umstandsmoments im Sinne einer Zeitspanne von zwei Jahren und drei Monaten zwischen Ablösung des Darlehens und Widerruf genüge nicht. Im Übrigen habe die Beklagte nichts dazu vorgetragen, in welcher Weise sie sich im Vertrauen auf das Ausbleiben eines Widerrufs eingerichtet habe und welcher Nachteil ihr durch die späte Rückabwicklung entstehe. Die Freigabe von Sicherheiten könne entgegen einer vom Bundesgerichtshof gebilligten obergerichtlichen Rechtsprechung gerade in den Fällen der vollständig abgelösten Darlehensverträge nicht in jedem Fall als ausreichende Vertrauensinvestition angesehen werden. Die Rückübertragung der Grundpfandrechte im Zusammenhang mit der vollständigen Rückführung der Valuta und der Zahlung

der Vertragszinsen führe zur Erledigung des Sicherungszwecks. Die Darlehensgeberin sei auch im Rückabwicklungsschuldverhältnis nach Widerruf eines abgelösten Verbraucherdarlehens auf die Sicherungszweckvereinbarung nicht mehr angewiesen. Zwar sichere die gewöhnlich weit gefasste Sicherungsabrede auch die Ansprüche des Darlehensgebers im Rückabwicklungsschuldverhältnis. Der Darlehensgeber könne jedoch in diesem Fall sein Sicherungsinteresse selbst durch Aufrechnung befriedigen. Damit scheidet die zwingende oder regelhafte Annahme einer die Verwirkung begründenden nachteiligen Vermögensdisposition des Darlehensgebers durch Freigabe der Sicherheiten im Zusammenhang mit der Ablösung des Verbraucherdarlehens aus.

## II.

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

10           1. Rechtsfehlerfrei und von der Revision unbeanstandet ist das Berufungsgericht freilich zu dem Ergebnis gelangt, der Kläger habe den Darlehensvertrag als Verbraucher geschlossen, so dass ihm grundsätzlich ein Widerrufsrecht gemäß § 495 Abs. 1 BGB auf der Grundlage des intertemporal maßgeblichen Rechts zugestanden habe.

11           a) Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerfrei angenommen, der Kläger habe nach den zu § 13 BGB entwickelten höchstrichterlichen Grundsätzen nicht als Unternehmer, sondern als Verbraucher gehandelt.

12           Nach § 13 BGB ist Verbraucher jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zwecke abschließt, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann. Nach der Recht-

sprechung des Senats ist die Verwaltung eigenen Vermögens grundsätzlich keine gewerbliche Tätigkeit (Senatsurteile vom 23. Oktober 2001 - XI ZR 63/01, BGHZ 149, 80, 86, vom 25. Januar 2011 - XI ZR 350/08, WM 2011, 548 Rn. 25 und vom 20. Februar 2018 - XI ZR 445/17, WM 2018, 782 Rn. 21). Zur Verwaltung eigenen Vermögens gehört generell auch der Erwerb oder die Verwaltung einer Immobilie (Senatsurteil vom 23. Oktober 2001, aaO). Die Aufnahme von Fremdmitteln kann insbesondere beim Immobilienerwerb der ordnungsgemäßen Verwaltung zugeordnet werden und lässt daher nicht zwangsläufig auf ein Gewerbe schließen. Das ausschlaggebende Kriterium für die Abgrenzung der privaten von einer berufsmäßig betriebenen Vermögensverwaltung ist vielmehr 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 (Senatsurteil vom 23. Oktober 2001, aaO).

- 13 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 deren Größe entscheidend, sondern Umfang, Komplexität und Anzahl der damit verbundenen Vorgänge. Ein ausgedehntes oder sehr wertvolles Objekt an eine geringe Anzahl von Personen zu vermieten, hält sich daher grundsätzlich im Rahmen der privaten Vermögensverwaltung. Dagegen spricht die Ausrichtung auf eine Vielzahl gleichartiger Geschäfte für ein professionelles Vorgehen. Ob der mit der Vermögensverwaltung verbundene organisatorische und zeitliche Aufwand danach insgesamt das Bild eines planmäßigen Geschäftsbetriebs vermittelt, bleibt eine im Einzelfall zu beurteilende Frage (Senatsurteile vom 23. Oktober 2001 - XI ZR 63/01, BGHZ 149, 80, 86 f. und vom 20. Februar 2018 - XI ZR 445/17, WM 2018, 782 Rn. 22).

- 14 Von diesen Grundsätzen ausgehend hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei angenommen, die Tätigkeit des Klägers habe keine gewerbliche Verwaltung eigenen Vermögens dargestellt. Das Berufungsgericht hat zu Recht entscheidend auf den Umfang der mit der Immobilienverwaltung verbundenen Tätigkeiten abgestellt und dabei die geringe Zahl und unbestimmte Dauer der langfristig angelegten Mietverhältnisse sowie den geringen Aufwand bei deren Verwaltung berücksichtigt. Seine Würdigung, dass diese Tätigkeiten insgesamt nicht das Bild eines planmäßigen Geschäftsbetriebs vermitteln, ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.
- 15 b) Das Berufungsgericht hat auch zutreffend gesehen, die Option zur Umsatzsteuer für aus der Vermietung und Verpachtung eines Grundstücks erzielte Umsätze lasse weder unwiderleglich noch widerleglich vermuten noch begründe sie ein Indiz dafür, der Vermieter oder Verpächter habe den Darlehensvertrag als Unternehmer im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs - hier: als nicht nach § 507 BGB in der bis zum 10. Juni 2010 geltenden Fassung privilegierter Existenzgründer - geschlossen (OLG Köln, ZIP 2017, 2047, 2049; OLG Stuttgart, Urteil vom 17. März 2010 - 3 U 160/09, juris Rn. 28 und WM 2015, 1009, 1011; Schwintowski, in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, BGB, 9. Aufl., § 491 Rn. 22; Krauß, notar 2016, 300, 301; Leitzen, ZNotP 2016, 126, 129; aA OLG Hamm, Urteil vom 10. Juli 2017 - 31 U 130/16, juris Rn. 33 ff.; Staudinger/Fritzsche, BGB, Neubearb. 2018, § 13 Rn. 51; Otte-Gräbener, BB 2017, 2390; Siemienowski, NZG 2018, 168, 170 f.; offen OLG Düsseldorf, Urteil vom 23. Februar 2017 - 6 U 88/16, juris Rn. 28).
- 16 Die (Einzel-)Option (je Umsatz) zur Umsatzsteuer nach § 4 Nr. 12 Satz 1 Buchst. a, § 9 Abs. 1 UStG setzt voraus, dass die Umsätze aus der Vermietung und Verpachtung von einem "Unternehmer" im Sinne des Umsatzsteuergesetzes generiert werden. Wer umsatzsteuerrechtlich "Unternehmer" ist, bestimmt

§ 2 UStG (vgl. zur Bedeutung des § 2 UStG allgemein Radeisen in S/W/R, UStG [Stand: Juni 2018], § 2 Rn. 27). Der "Unternehmer" im Sinne des § 2 UStG ist als zentraler Rechtsbegriff des Umsatzsteuerrechts autonom ohne Rückgriff auf andere Definitionen in anderen Rechtsvorschriften - etwa in § 14 BGB - auszulegen (Sterzinger in Küffner/Stöcker/Zugmaier, UStG [Stand: September 2017], § 2 Rn. 61; Stadie, UStG, 3. Auf., § 2 Rn. 6). Nach der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs umfasst der Begriff auch die private Vermögensverwaltung durch die Vermietung und Verpachtung von Grundstücken (vgl. BFHE 167, 215, 217; 169, 555, 557; 191, 458, 460; 210, 146, 149 f.; 223, 487, 489).

17 § 13 BGB und § 14 BGB stehen in einem anderen Regelungszusammenhang. Sie befassen sich mit der Frage, unter welchen Voraussetzungen bei dem Abschluss privatrechtlicher Rechtsgeschäfte eine besondere Schutzbedürftigkeit einer der an diesem Rechtsgeschäft beteiligten Parteien im Verhältnis zur anderen Partei besteht. Für die bürgerlich-rechtlich maßgebliche Abgrenzung von Verbraucher und Unternehmer ist höchstrichterlich seit langem anerkannt, dass die Vermietung und Verpachtung von Grundstücken, soweit sie allein der privaten Vermögensverwaltung dient, die Qualifikation des Vermieters oder Verpächters als Verbraucher nicht hindert (Senatsurteil vom 23. Oktober 2001 - XI ZR 63/01, BGHZ 149, 80, 86 f.). Erfordert die Vermietung oder Verpachtung keinen planmäßigen Geschäftsbetrieb und handelt es sich deshalb um eine private und nicht um eine berufsmäßig betriebene Vermögensverwaltung, verliert der Vermieter oder Verpächter, der einen Darlehensvertrag schließt, seine Eigenschaft als Verbraucher im Sinne des Verbraucherdarlehensrechts nicht dadurch, dass er auf der Grundlage des Unternehmerbegriffs des Umsatzsteuerrechts für die Umsätze aus Vermietung oder Verpachtung nach § 2 Abs. 1, § 4 Nr. 12 Satz 1 Buchst. a, § 9 Abs. 1 UStG von Fall zu Fall zur Umsatzsteuer optiert.

18            Soweit dem Urteil des V. Zivilsenats vom 26. Februar 2016 (V ZR 208/14, WM 2016, 1758 Rn. 29) Abweichendes entnommen werden kann, hat der V. Zivilsenat auf Anfrage mitgeteilt, an seiner Rechtsauffassung nicht festzuhalten.

19            2. Dagegen weisen die Überlegungen des Berufungsgerichts, das auf der Grundlage des nach Art. 229 § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, § 22 Abs. 2, § 32 Abs. 1, § 38 Abs. 1 EGBGB maßgeblichen Rechts zutreffend davon ausgegangen ist, die Beklagte habe die Kläger unrichtig über das ihnen zustehende Widerrufsrecht nach § 495 Abs. 1 BGB belehrt (Senatsurteile vom 12. Juli 2016 - XI ZR 564/15, BGHZ 211, 123 Rn. 17 ff., 20 ff. und vom 11. September 2018 - XI ZR 64/17, juris Rn. 2 und 13), zur Verwirkung revisionsrechtlich erhebliche Rechtsfehler auf. Das Berufungsgericht hat bei der Prüfung der Verwirkung des Widerrufsrechts rechtsfehlerhaft weitgehend wortgleich die Überlegungen übernommen, die seinen Urteilen vom 9. Januar 2018 zugrunde lagen (OLG Karlsruhe, WM 2018, 622 ff. und ZIP 2018, 467 ff.). Diese Urteile hat der Senat mit Urteilen vom 16. Oktober 2018 (XI ZR 45/18, WM 2018, 2274 f. und XI ZR 69/18, WM 2018, 2275 ff.) aufgehoben. Die dort tragenden Grundsätze gelten auch hier:

20            Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs steht einer Berücksichtigung der Freigabe von Sicherheiten bei der Prüfung des Umstandsmoments der Verwirkung nicht entgegen, dass der Darlehensgeber nach Beendigung des Darlehensvertrags und nach vollständiger Erfüllung der aus dem unwiderrufenen 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 in der bis zum 12. Juni 2014 geltenden Fassung 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, vom 16. Oktober 2018 - XI ZR 45/18, WM 2018, 2274 Rn. 17 sowie XI ZR 69/18, WM 2018, 2275 Rn. 15, vom 2. April 2019 - XI ZR 687/17, juris Rn. 18 und vom 15. Oktober 2019 - XI ZR 759/17, WM 2019, 2164 Rn. 33; Senatsbeschluss vom 23. Januar 2018 - XI ZR 298/17, WM 2018, 614 Rn. 20 mwN).

21 Indem das Berufungsgericht den Darlehensgeber in Fällen des Widerrufs der auf Abschluss eines zwischenzeitlich beendeten Darlehensvertrags gerichteten Willenserklärung des Darlehensnehmers grundsätzlich auf die Aufrechnung der aus dem Rückgewährschuldverhältnis resultierenden Ansprüche verwiesen hat, hat es im Ergebnis den Aspekt der Sicherheitenfreigabe als für die Verwirkung relevant für beendete Darlehensverträge ausgeschlossen. Dabei hat es in Abkehr von der höchstrichterlichen Rechtsprechung den Rechtssatz aufgestellt, in der Freigabe der Sicherheiten liege keine beachtliche Manifestation des Vertrauens des Darlehensgebers darauf, die Beziehungen der Parteien fänden für die Zukunft in jeder Hinsicht ihr Ende. Die Wendung des Berufungsgerichts, die Freigabe von Sicherheiten begründe keine "zwingende oder regelhafte Annahme" der Verwirkung, ist nicht geeignet, die im Grundsatz abweichende Position des Berufungsgerichts zu verdecken. Entgegen der Rechtsmeinung des Berufungsgerichts ist die Betätigung eines entsprechenden Vertrauens bei der Würdigung der nach § 242 BGB relevanten Umstände mit zu berücksichtigen. Darauf, ob der Darlehensgeber nach Entstehung des Rückgewährschuldverhältnisses auch noch auf andere Weise die Erfüllung seiner Forderung erlangen könnte, kommt es nicht an.

III.

22

Das Berufungsurteil, das sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig darstellt (§ 561 ZPO), unterliegt mithin der Aufhebung (§ 562 ZPO). Da der Senat der tatrichterlichen Würdigung der nach § 242 BGB maßgeblichen Umstände anhand der höchstrichterlich gefestigten Grundsätze nicht vorgreifen kann (st. Rspr., vgl. Senatsurteile vom 10. Oktober 2017 - XI ZR 393/16, WM 2017, 2247 Rn. 11, vom 3. Juli 2018 - XI ZR 702/16, WM 2018, 1601 Rn. 16, vom 24. Juli 2018 - XI ZR 305/16, BKR 2019, 29 Rn. 19 und vom 9. April 2019 - XI ZR 70/18, juris Rn. 16), verweist er die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurück (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

Ellenberger

Grüneberg

Maihold

Menges

Derstadt

Vorinstanzen:

LG Karlsruhe, Entscheidung vom 26.01.2017 - 2 O 238/16 -

OLG Karlsruhe, Entscheidung vom 24.07.2018 - 17 U 26/17 -