



# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

XI ZR 331/17

vom

4. Juni 2019

in dem Rechtsstreit

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat am 4. Juni 2019 durch den Vizepräsidenten Prof. Dr. Ellenberger, die Richter Dr. Grüneberg und Dr. Matthias, die Richterin Dr. Derstadt sowie den Richter Dr. Tolkmitt

beschlossen:

Auf die Nichtzulassungsbeschwerde der Kläger und unter Zurückweisung der Beschwerde im Übrigen wird der Beschluss des 24. Zivilsenats des Kammergerichts vom 24. April 2017 mit Ausnahme der Entscheidung über die Freistellung von außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten aufgehoben.

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

Der Gegenstandswert des Beschwerdeverfahrens beträgt bis 40.000 €.

#### Gründe:

##### I.

- 1 Die Parteien streiten um die Wirksamkeit des Widerrufs der auf Abschluss eines Verbraucherdarlehensvertrags gerichteten Willenserklärungen der Kläger.
- 2 Zur Finanzierung des Erwerbs einer Immobilie schlossen die Parteien im Januar 2012 einen durch eine Grundschuld gesicherten Darlehensvertrag über 148.500 € mit einem bis zum 30. Januar 2027 festen Zinssatz von nominal

3,525% p.a. Der 13-seitige Darlehensvertrag enthielt auf den Seiten 5 und 6 unter Ziffer 11 die folgende Widerrufsinformation:

#### 11. Widerrufsinformation

Widerrufsinformation für Darlehensnummer: 155

##### Widerrufsrecht

Der Darlehensnehmer kann seine Vertragserklärung innerhalb von 14 Tagen ohne Angabe von Gründen in Textform (z.B. Brief, Fax, E-Mail) widerrufen.

Die Frist beginnt nach Abschluss des Vertrags, aber erst, nachdem der Darlehensnehmer alle Pflichtangaben nach § 492 Absatz 2 BGB (z.B. Angabe zur Art des Darlehens, Angabe zum Nettodarlehensbetrag, Angabe zur Vertragslaufzeit) erhalten hat, aber erst, nachdem der Darlehensgeber seine Pflichten aus § 312g Absatz 1 Satz 1 BGB in Verbindung mit Artikel 246 § 3 EGBGB erfüllt hat.

Der Darlehensnehmer hat alle Pflichtangaben erhalten, wenn sie in der für den Darlehensnehmer bestimmten Ausfertigung seines Antrags oder in der für den Darlehensnehmer bestimmten Ausfertigung der Vertragsurkunde oder in einer für den Darlehensnehmer bestimmten Abschrift seines Antrags oder der Vertragsurkunde enthalten sind und dem Darlehensnehmer eine solche Unterlage zur Verfügung gestellt worden ist. Über in den Vertragstext nicht aufgenommene Pflichtangaben kann der Darlehensnehmer nachträglich in Textform informiert werden; die Widerrufsfrist beträgt dann einen Monat. Der Darlehensnehmer ist mit den nachgeholten Pflichtangaben nochmals auf den Beginn der Widerrufsfrist hinzuweisen.

Zur Wahrung der Widerrufsfrist genügt die rechtzeitige Absendung des Widerrufs. Der Widerruf ist zu richten an:

Name/Firma und ladungsfähige Anschrift des Widerrufsadressaten

Telefaxnummer, E-Mail-Adresse, ggf. Internet-Adresse

##### Besonderheiten bei weiteren Verträgen

Wenn dem Darlehensnehmer für den weiteren Vertrag ein Rückgaberecht an Stelle eines Widerrufsrechts eingeräumt wurde, steht die Rückgabe im Folgenden dem Widerruf gleich.

##### Widerrufsfolgen

Der Darlehensnehmer hat innerhalb von 30 Tagen das Darlehen, soweit es bereits ausbezahlt wurde, zurückzahlen und für den Zeitraum zwischen der Auszahlung und der Rückzahlung des Darlehens den vereinbarten Sollzins zu entrichten. Die Frist beginnt mit der Absendung der Widerrufserklärung. Für den Zeitraum zwischen Auszahlung und Rückzahlung ist bei vollständiger Inanspruchnahme des Darlehens pro Tag ein Zinsbetrag in Höhe von EUR 14,54 zu zahlen. Dieser Betrag verringert sich entsprechend, wenn das Darlehen nur teilweise in Anspruch genommen wurde.

Wenn der Darlehensnehmer nachweist, dass der Wert seines Gebrauchsvorteils niedriger war als der Vertragszins, muss er nur den niedrigeren Betrag zahlen. Dies kann z. B. in Betracht kommen, wenn der marktübliche Zins geringer war als der Vertragszins.

Der Darlehensnehmer hat dem Darlehensgeber auch die Aufwendungen zu ersetzen, die der Darlehensgeber gegenüber öffentlichen Stellen erbracht hat und nicht zurückverlangen kann.

3 Mit Schreiben vom 13. Mai 2016 erklärten die Kläger den Widerruf ihrer auf den Abschluss des Darlehensvertrags gerichteten Willenserklärungen, den die Beklagte zurückwies.

4 Mit ihrer Klage haben die Kläger beantragt, (1.) festzustellen, dass sich der Darlehensvertrag durch den Widerruf in ein Rückabwicklungsschuldverhältnis umgewandelt hat, (2.) festzustellen, dass die Beklagte auf sämtliche von den Klägern getätigte Zahlungen Zinsen in bestimmter Höhe zu zahlen hat, und (3.) die Beklagte zur Freistellung der Kläger von außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten zu verurteilen.

5 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die beiden Feststellungsanträge seien unzulässig, weil die Voraussetzungen des § 256 ZPO nicht vorlägen, so dass offenbleiben könne, ob der Widerruf wirksam sei. Ein Anspruch auf Freistellung von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten ergebe sich weder aus §§ 241, 280 BGB noch aus § 286 BGB. Die Weigerung der Beklagten, den Widerruf zu akzeptieren, stelle keine schuldhafte Pflichtverletzung dar und die Beklagte habe sich zur Zeit der Anwaltsbeauftragung nicht in Verzug mit Leistungspflichten befunden.

6 Mit ihrer hiergegen gerichteten, im Januar 2017 begründeten Berufung haben die Kläger zunächst ihre drei erstinstanzlichen Anträge - wegen des neuen Antrags zu 1 auf Abänderung des landgerichtlichen Urteils jetzt als Anträge zu 2, zu 3 und zu 4 - weiterverfolgt.

7 Mit Schreiben des Vorsitzenden vom 24. Februar 2017 hat das Berufungsgericht unter Hinweis auf die Pressemitteilung zum Senatsurteil vom 21. Februar 2017 (XI ZR 467/15, WM 2017, 906), "den Klägern Gelegenheit gegeben, binnen 2 Wochen prozessuale Konsequenzen daraus zu ziehen", dass der Bundesgerichtshof die Zulässigkeit eines Antrags auf Feststellung der

Umwandlung eines Darlehensverhältnisses durch Widerruf in ein Rückabwicklungsschuldverhältnis wegen Vorrangs der Leistungsklage verneint hat, und zudem darauf hingewiesen, dass die Zulässigkeit des auf Feststellung eines bloßen Abrechnungselements gerichteten Antrags zu 3 mit dem Landgericht zu verneinen sei.

8           Daraufhin haben die Kläger mit Schriftsatz vom 2. März 2017 die mit der Berufungsbegründung angekündigten Feststellungsanträge zu 2 und 3 zum einen auf Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von 37.221,50 €, d.h. aller bis zum 28. Februar 2017 geleisteten Zahlungen nebst Nutzungsentschädigung, Zug um Zug gegen Zahlung von 169.720,32 €, und zum anderen auf Feststellung der Pflicht der Beklagten zur Rückzahlung aller weiteren nach dem 1. März 2017 erbrachten Zahlungen nebst Zinsen umgestellt und zusätzlich die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von 89 €, den Kosten für ein Gutachten über die Höhe der wechselseitigen Ansprüche, begehrt.

9           Mit Beschluss vom 5. April 2017 hat das Berufungsgericht den Klägern einen Hinweis gemäß § 522 Abs. 2 Satz 2 ZPO erteilt und nachfolgend die Berufung gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückgewiesen. Zur Begründung seiner Entscheidung hat es - soweit für das Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren noch von Belang - im Wesentlichen ausgeführt:

10           Die statthafte und zulässige Berufung sei nicht begründet, da die ursprünglich angekündigten Feststellungsanträge nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs unzulässig seien und der Antrag auf Freistellung von den außergerichtlichen Anwaltskosten in Ermangelung eines Hauptanspruchs unbegründet sei. Es sei von diesen Anträgen auszugehen, da eine - wie hier - in der Berufungsinstanz vorgenommene Klageerweiterung entsprechend § 524 Abs. 4 ZPO ihre Wirkung verliere, wenn die Berufung bezogen auf

die bisherigen Anträge durch einstimmigen Beschluss nach § 522 Abs. 2 ZPO zurückgewiesen werde. Die Kläger führten in ihrer Stellungnahme zum Hinweisbeschluss nicht dazu aus, warum dennoch von den eingewechselten Anträgen auszugehen sein sollte.

11           Meinte man ungeachtet dessen, der Berufungssenat müsste die neu angekündigten Anträge betrachten, würde sich im Ergebnis nichts ändern. Den Klägern stehe nach § 355 Abs. 1 Satz 1 BGB in der bis zum 12. Juni 2014 geltenden Fassung in Verbindung mit § 495 Abs. 1 BGB kein Widerrufsrecht mehr zu, da der Widerruf nicht fristgerecht erklärt worden sei. Denn die Belehrung der Beklagten habe den gesetzlichen Anforderungen genügt. Dass der Darlehensvertrag ausschließlich durch individuelle Kommunikation geschlossen worden sei, sei mit Schriftsatz vom 9. November 2016 nicht behauptet worden. Dort heiße es nur, es habe (auch) ein persönliches Beratungsgespräch gegeben. Ferner sei aber wohl unstreitig, dass die Kläger das Darlehensangebot der Beklagten nicht in deren Räumen angenommen hätten. Der geänderte Antrag zu 3 betreffe eine Vorfrage eines Rechtsverhältnisses und sei daher nach § 256 Abs. 1 ZPO nicht zulässig; jedenfalls wären die Feststellungen nach den Ausführungen zum nicht fristgerecht erklärten Widerruf nicht zu treffen. Schließlich seien die Anträge zu 4 und zu 5 in Ermangelung eines Hauptanspruchs unbegründet.

12           Dagegen richtet sich die Nichtzulassungsbeschwerde der Kläger, mit der sie ihre zuletzt in der Berufungsinstanz gestellten Anträge weiterverfolgen.

II.

- 13 Die Nichtzulassungsbeschwerde hat in dem aus der Entscheidungsformel ersichtlichen Umfang Erfolg und führt insoweit gemäß § 544 Abs. 7 ZPO i.V.m. § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Fall 2 ZPO zur Aufhebung des angegriffenen Beschlusses und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht, weil der angegriffene Beschluss den Anspruch der Kläger auf rechtliches Gehör aus Art. 103 Abs. 1 GG verletzt (vgl. Senatsbeschlüsse vom 11. Mai 2004 - XI ZB 39/03, BGHZ 159, 135, 139 f., vom 20. Oktober 2015 - XI ZR 532/14, WM 2015, 2279 Rn. 9 und vom 15. März 2016 - XI ZR 208/15, juris Rn. 8).
- 14 1. Art. 103 Abs. 1 GG verpflichtet das Gericht, den Vortrag der Parteien zur Kenntnis zu nehmen und bei seiner Entscheidung in Erwägung zu ziehen. Bleiben Anträge einer Partei deswegen unberücksichtigt, weil der Tatrichter sie in offenkundig fehlerhafter Anwendung des Prozessrechts zu Unrecht für ausgeschlossen erachtet hat, so ist der Anspruch der Partei auf Gewährung rechtlichen Gehörs verletzt (vgl. BGH, Beschlüsse vom 10. März 2016 - VII ZR 47/13, WM 2016, 2098 Rn. 10 mwN und vom 2. Mai 2017 - VI ZR 85/16, NJW 2017, 2623 Rn. 7).
- 15 2. Nach diesen Maßstäben ist Art. 103 Abs. 1 GG hier dadurch verletzt, dass das Berufungsgericht eine sachliche Entscheidung nur über die ursprünglichen Anträge getroffen und die in Reaktion auf den vom Vorsitzenden des Berufungssenats erteilten Hinweis geänderten Anträge in entsprechender Anwendung von § 524 Abs. 4 ZPO für wirkungslos erachtet hat.
- 16 Die Kläger haben mit den in der Berufungsinstanz geänderten Klageanträgen innerhalb der ihnen gesetzten Frist auf den Hinweis des Vorsitzenden des Berufungssenats reagiert. Der Hinweis des Berufungsgerichts ist auf ein

Urteil des Bundesgerichtshofs zur (Un-)Zulässigkeit solcher Anträge gestützt, das erst nach der Berufungsbegründung verkündet worden ist und daher von den Klägern bei ihrer Berufungsbegründung nicht berücksichtigt werden konnte. Zudem ist den Klägern mit dem Hinweis ausdrücklich Gelegenheit gegeben worden, "prozessuale Konsequenzen" aus dem Urteil des Bundesgerichtshofs zu ziehen, was die Kläger mit der Änderung ihrer Anträge getan haben. In einem solchen Fall liegt eine gegen Art. 103 Abs. 1 GG verstoßende Überraschungsentscheidung vor, wenn das Berufungsgericht nachfolgend das Verfahren nach § 522 Abs. 2 ZPO einschlägt und durchführt, weil die Berufung gegen die Abweisung der ursprünglich gestellten Anträge keine Aussicht auf Erfolg habe und es die geänderten Anträge in entsprechender Anwendung von § 524 Abs. 4 ZPO (vgl. dazu BGH, Urteil vom 3. November 2016 - III ZR 84/15, WM 2016, 2342 Rn. 14; Senatsbeschlüsse vom 17. Januar 2017 - XI ZR 170/16, BKR 2017, 152 Rn. 9, vom 7. November 2017 - XI ZR 529/17, juris Rn. 8 und vom 27. November 2018 - XI ZR 287/18, juris Rn. 5) für wirkungslos erachtet.

17                    3. Die Verletzung des Art. 103 Abs. 1 GG ist entscheidungserheblich.

18                    Diese Voraussetzung ist schon dann erfüllt, wenn nicht ausgeschlossen werden kann, dass das Gericht bei Berücksichtigung des übergangenen Vorbringens anders entschieden hätte (vgl. BVerfGE 60, 247, 250; 65, 305, 308; 89, 381, 392 f.). Dies ist hier bezüglich der erstmals in der Berufungsinstanz gestellten Anträge der Fall. Das Berufungsgericht hat sich nicht mit der Frage befasst, ob der Darlehensvertrag "im elektronischen Geschäftsverkehr" im Sinne von § 312g Abs. 1 Satz 1 BGB in der vom 4. August 2011 bis zum 31. Juli 2012 geltenden Fassung geschlossen worden ist. Wenn aber der Darlehensvertrag kein "Vertrag im elektronischen Geschäftsverkehr" im Sinne dieser Vorschrift war, hat der im ersten Abschnitt der Widerrufsinformation enthaltene Hinweis auf die Notwendigkeit der Erfüllung der "Pflichten aus § 312g Absatz 1



Satz 1 BGB in Verbindung mit Artikel 246 § 3 EGBGB" für den Beginn der Widderrufsfrist die Gesetzeslage nicht richtig wiedergegeben.

III.

19            Soweit sich die Kläger gegen die Zurückweisung ihrer Berufung betreffend ihres Antrags, sie von außergerichtlich angefallenen Rechtsanwaltskosten freizustellen, wenden, weist der Senat die Nichtzulassungsbeschwerde zurück, weil die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat und die Fortbildung des Rechts sowie die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts nicht erfordern (§ 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO; vgl. Senatsurteile vom 19. September 2017 - XI ZR 523/15, juris Rn. 22 und vom

27. November 2018 - XI ZR 174/17, juris Rn. 17 f., jeweils mwN). Von einer weiteren Begründung wird gemäß § 544 Abs. 4 Satz 2 Halbsatz 2 ZPO abgesehen.

Ellenberger

Grüneberg

Matthias

Derstadt

Tolkmitt

Vorinstanzen:

LG Berlin, Entscheidung vom 14.12.2016 - 10 O 207/16 -

KG Berlin, Entscheidung vom 24.04.2017 - 24 U 8/17 -