



# **BUNDESGERICHTSHOF**

**IM NAMEN DES VOLKES**

## **URTEIL**

XI ZR 225/17

Verkündet am:  
19. Februar 2019  
Herrwerth  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat gemäß § 128 Abs. 2 ZPO im schriftlichen Verfahren, in dem Schriftsätze bis zum 11. Februar 2019 eingereicht werden konnten, durch den Vizepräsidenten Prof. Dr. Ellenberger, die Richter Dr. Joeres und Dr. Matthias, die Richterin Dr. Menges und den Richter Dr. Tolkmitt

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 7. Zivilsenats des Pfälzischen Oberlandesgerichts Zweibrücken vom 1. März 2017 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als das Berufungsgericht zum Nachteil der Beklagten erkannt hat.

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts Landau in der Pfalz vom 28. September 2015 dahin abgeändert, dass das Feststellungsbegehren des Klägers als unzulässig abgewiesen wird.

Im übrigen 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 über die Wirksamkeit des Widerrufs der auf den Abschluss eines Verbraucherdarlehensvertrags gerichteten Willenserklärung des Klägers.
  
- 2 Die Parteien - soweit in dritter Instanz noch von Relevanz - schlossen am 30. Juni 2005 einen Darlehensvertrag zur Nr. über 100.000 € mit einem bis zum 30. Juni 2015 festen Nominalzinssatz von 4,1% p.a. Zur Sicherung der Beklagten dienten Grundpfandrechte. Bei Abschluss des Darlehensvertrags belehrte die Beklagte den Kläger über sein Widerrufsrecht wie folgt:

## Widerrufsbelehrung

Darlehens-/Kreditkonto Nr. \_\_\_\_\_

Verbraucher

Widerrufsbelehrung zu<sup>1</sup> Darlehensvertrag vom 30.06.2005

### Widerrufsrecht

Sie können Ihre Vertragserklärung innerhalb von zwei Wochen<sup>2</sup> ohne Angabe von Gründen in Textform (z. B. Brief, Fax, E-Mail) widerrufen. Die Frist beginnt frühestens mit Erhalt dieser Belehrung. Zur Wahrung der Widerrufsfrist genügt die rechtzeitige Absendung des Widerrufs. Der Widerruf ist zu richten an: (Name und ladungsfähige Anschrift des Kreditinstituts, ggf. Fax-Nr., E-Mail-Adresse und/oder, wenn der Verbraucher eine Bestätigung seiner Widerrufserklärung erhält, auch eine Internet-Adresse).

### Widerrufsfolgen

Im Falle eines wirksamen Widerrufs sind die beiderseits empfangenen Leistungen zurückzugewähren und ggf. gezogene Nutzungen (z. B. Zinsen) herauszugeben. Können Sie uns die empfangene Leistung ganz oder teilweise nicht oder nur in verschlechtertem Zustand zurückgewähren, müssen Sie uns insoweit ggf. Wertersatz leisten.

### Finanzierte Geschäfte

Widerrufen Sie diesen Darlehensvertrag, mit dem Sie Ihre Verpflichtungen aus einem anderen Vertrag finanzieren, so sind Sie auch an den anderen Vertrag nicht gebunden, wenn beide Verträge eine wirtschaftliche Einheit bilden. Dies ist insbesondere anzunehmen, wenn wir zugleich auch Ihr Vertragspartner im Rahmen des anderen Vertrages sind, oder wenn wir uns bei Vorbereitung und Abschluss des Darlehensvertrages der Mitwirkung Ihres Vertragspartners bedienen. Bei einem finanzierten Erwerb eines Grundstückes oder grundstücksgleichen Rechts ist eine wirtschaftliche Einheit nur anzunehmen, wenn wir zugleich auch Ihr Vertragspartner im Rahmen des anderen Vertrages sind oder wenn wir über die Zurverfügungstellung von Darlehen hinaus Ihr Grundstücksgeschäft durch Zusammenwirken mit dem Veräußerer fördern, indem wir uns dessen Veräußerungsinteressen ganz oder teilweise zu eigen machen, bei der Planung, Werbung oder Durchführung des Projektes Funktionen des Veräußerers übernehmen oder den Veräußerer einseitig begünstigen.

Können Sie auch den anderen Vertrag widerrufen, so müssen Sie den Widerruf gegenüber Ihrem diesbezüglichen Vertragspartner erklären.

Wird mit diesem Darlehensvertrag die Überlassung einer Sache finanziert, gilt Folgendes: Wenn Sie diese Sache im Falle des Widerrufs ganz oder teilweise nicht oder nur in verschlechtertem Zustand zurückgeben können, haben Sie dafür ggf. Wertersatz zu leisten. Dies gilt nicht, wenn die Verschlechterung der Sache ausschließlich auf deren Prüfung – wie sie Ihnen etwa im Ladengeschäft möglich gewesen wäre – zurückzuführen ist. Im Übrigen können Sie die Wertersatzpflicht vermeiden, indem Sie die Sache nicht wie ein Eigentümer in Gebrauch nehmen und alles unterlassen, was deren Wert beeinträchtigt. Paketversandfähige Sachen sind auf Kosten und Gefahr Ihres Vertragspartners zurückzusenden. Nicht paketversandfähige Sachen werden bei Ihnen abgeholt. Wenn Ihrem Vertragspartner das Darlehen bei Wirksamwerden des Widerrufs oder der Rückgabe bereits zugeflossen ist, können Sie sich wegen der Rückabwicklung nicht nur an diesen, sondern auch an uns halten.

Ort, Datum

Unterschrift des Verbrauchers

Ihre

Hinweis: Jeder Verbraucher erhält ein Exemplar der Widerrufsbelehrung.

<sup>1</sup> Bezeichnung des konkret betroffenen Geschäfts, z. B. Darlehensvertrag vom ...

<sup>2</sup> Bitte Frist im Einzelfall prüfen.

- 3            Der Kläger erbrachte Zins- und Tilgungsleistungen. Im Revisionsverfahren ist zugunsten der Beklagten zu unterstellen, dass sich die Parteien im Jahr 2013 auf eine vorzeitige Beendigung des Darlehensvertrags einigten. Der Kläger zahlte das Darlehen einschließlich einer "Vorfälligkeitsentschädigung" in Höhe von 1.446,76 € an die Beklagte zurück. Die Beklagte gab die Sicherheiten frei. Mit Schreiben seines vorinstanzlichen Prozessbevollmächtigten vom 18. November 2014 widerrief der Kläger seine auf Abschluss des Darlehensvertrags gerichtete Willenserklärung.
- 4            Seiner Klage auf Feststellung, dass dieser und ein weiterer Darlehensvertrag "unwirksam" seien und aus den Darlehensverträgen keine Zahlungsverpflichtungen des Klägers bestünden, auf Rückzahlung der "Vorfälligkeitsentschädigung" in Höhe von 1.446,76 € und einer weiteren "Vorfälligkeitsentschädigung" aus dem weiteren Darlehensvertrag sowie auf Herausgabe von der Beklagten mutmaßlich gezogener Nutzungen hat das Landgericht betreffend den Darlehensvertrag aus dem Jahr 2005 stattgegeben. Im Übrigen hat es die Klage abgewiesen. Der Berufung der Beklagten hat das Berufungsgericht insoweit entsprochen, als es den Zahlungsantrag betreffend mutmaßlich gezogener Nutzungen und den Zinsausspruch reduziert hat. Im Übrigen hat es die Berufung des Klägers und die weitergehende Berufung der Beklagten mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass es den Feststellungsausspruch des Landgerichts dahin "klargestellt" hat, es werde festgestellt, dass der Darlehensvertrag sich "in ein Rückgewährschuldverhältnis umgewandelt" habe. Dagegen richtet sich die vom Senat zugelassene Revision der Beklagten, mit der sie ihren Antrag 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 Bedeutung - ausgeführt:

7 Der Feststellungsantrag des Klägers sei zulässig. Er sei dahin auszulegen, dass der Kläger die Feststellung der Umwandlung des Darlehensvertrags in ein Rückgewährschuldverhältnis begehre. Die Leistungsklage sei nicht vorrangig. Die Feststellungsklage, die den zentralen Streitpunkt zwischen den Parteien kläre, lasse eine sinnvolle und sachgerechte Erledigung erwarten. Bei Banken gelte der Vorrang der Leistungsklage ohnehin nicht uneingeschränkt, da von ihnen erwartet werden könne, dass sie sich auch an ein Feststellungsurteil hielten. Im vorliegenden Fall habe der Kläger nicht allein eine Feststellungsklage erhoben, sondern zugleich auch seine bezifferten Ansprüche auf Rückzahlung der "Vorfälligkeitsentschädigung" und auf Herausgabe mutmaßlich gezogener Nutzungen im Wege der Leistungsklage geltend gemacht. Weitere Ansprüche des Klägers bestünden nach eigener Darstellung der Beklagten schon wegen der von ihr erklärten Hilfsaufrechnung nicht. Dass die Hilfsaufrechnung "hier nicht den gewünschten Erfolg" gehabt habe, ändere "nichts daran, dass ihre innerprozessuale Bedingung und damit auch ihre materiell-rechtliche Wirkung eingetreten" sei. Jedenfalls bei dieser Sachlage sei der Feststellungsantrag zur Meidung weiteren Streits über allenfalls noch verbliebene Restansprüche einer der Parteien das geeignete Mittel und damit zulässig.

8 Die Klage sei im tenorierten Umfang auch begründet. Insbesondere sei das Widerrufsrecht nicht verwirkt. Der Zeitraum, der zwischen der Abgabe der auf den Abschluss des Darlehensvertrags gerichteten Willenserklärung und dem Widerruf liege, hier neuneinhalb Jahre, bestimme zwar das Zeitmoment, trage jedoch nicht das Umstandsmoment. Am Umstandsmoment fehle es. Für die Feststellung des Umstandsmoments müssten zu dem Zeitmoment besondere, auf dem Verhalten des Berechtigten beruhende Umstände hinzutreten, die das Vertrauen des Verpflichteten rechtfertigten, der Berechtigte werde sein Recht nicht mehr geltend machen. Das Vorliegen des Umstandsmoments sei anhand des Einzelfalls zu klären. Die Voraussetzungen des Umstandsmoments seien bei der gebotenen Gesamtschau nicht gegeben. Einem das Umstandsmoment der Verwirkung tragenden schutzwürdigen Vertrauen darauf, dass ein Widerruf nach Jahren nicht mehr erfolge, stehe zunächst entgegen, dass der Unternehmer den Umstand, auf den der verspätete Widerruf zurückgehe, selbst herbeigeführt habe. Das gelte, ohne allerdings ein berechtigtes Vertrauen aufgrund der Gesamtumstände im Einzelfall auszuschließen, im Ausgangspunkt auch beim Widerruf bereits abgewickelter Verträge. Zu sonst vertrauensbildenden Maßnahmen habe die Beklagte nicht vorgetragen. Der bloße Abschluss des Vorgangs sowie der anderweitige Einsatz gezahlter Gelder genügten bei einer Bank nicht, da sich aus ihnen kein hinreichend unzumutbarer Nachteil ergebe.

## II.

9 Diese Ausführungen halten einer revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht  
stand.

10

1. Rechtsfehlerhaft ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, das Feststellungsbegehren des Klägers sei zulässig.

11 Wäre das Feststellungsbegehren des Klägers so wie vom Berufungsgericht ausgelegt als positive Feststellungsklage zu verstehen, wäre es nach den vom Senat in seinen Urteilen vom 24. Januar 2017 (XI ZR 183/15, WM 2017, 766 Rn. 10 ff.) und vom 21. Februar 2017 (XI ZR 467/15, WM 2017, 906 Rn. 11 ff.) näher dargelegten Gründen mangels Feststellungsinteresses unzulässig. Da entgegen der Behauptung der Revisionserwiderung nicht feststeht, die Parteien seien über die Rechtsfolgen eines unterstellt wirksamen Widerrufs einig, greift keine Ausnahme von diesem Grundsatz. Auch als Zwischenfeststellungsklage wäre eine positive Feststellungsklage nicht zulässig (Senatsurteil vom 17. April 2018 - XI ZR 446/16, WM 2018, 1358 Rn. 15 ff.).

12 Ist das Feststellungsbegehren dagegen - seinem Wortlaut entsprechend - so gemeint, der Kläger beantrage festzustellen, dass der Beklagten gegen ihn keine weiteren Ansprüche aus § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB (auch in Verbindung mit einer Aufhebungsvereinbarung) zustehen, ist es ebenfalls unzulässig. Zwar kann eine solche Klage nach den Maßgaben des Senatsurteils vom 16. Mai 2017 (XI ZR 586/15, WM 2017, 1258 Rn. 10 ff.) zulässig sein. Voraussetzung ist jedoch, dass sich der Beklagte solcher Ansprüche berührt. Der Darlehensvertrag der Parteien ist seit Jahren beendet. Sämtliche Ansprüche der Beklagten gegen den Kläger aus dem Darlehensvertrag (auch in Gestalt der Aufhebungsvereinbarung) sind erfüllt und erloschen. Die Beklagte hat nicht das Fortbestehen solcher Ansprüche behauptet, sondern lediglich die Hilfsaufrechnung mit Ansprüchen aus einem Rückgewährschuldverhältnis erklärt. Soweit der Kläger angeführt hat, die Beklagte berühme sich eines "Anspruchs auf Zahlung der bereits vereinnahmten Vorfälligkeitsentschädigung als vertraglichem Schadensersatzanspruch", folgt daraus zu seinen Gunsten nichts. Die Beklagte



macht nicht geltend, eine entsprechende Forderung sei noch nicht erfüllt. Vielmehr ist das vom Kläger geleistete Aufhebungsentgelt Gegenstand seiner eigenen auf Rückgewähr lautenden Leistungsklage.

13           2. Einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand halten weiter die Erwägungen, mit denen das Berufungsgericht auf der Grundlage der Annahme, der Kläger habe den Widerruf seiner auf Abschluss des Darlehensvertrags gerichteten Willenserklärung ein Jahr nach Beendigung des Darlehensvertrags erklärt, eine Verwirkung des Widerrufsrechts verneint hat.

14           a) Die Verwirkung als Unterfall der unzulässigen Rechtsausübung wegen der illoyal verspäteten Geltendmachung von Rechten setzt neben einem Zeitpunkt ein Umstandsmoment voraus. Ein Recht ist 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. Zeit- und Umstandsmoment können nicht voneinander unabhängig betrachtet werden, sondern stehen in einer Wechselwirkung. Je länger der Inhaber des Rechts untätig bleibt, desto mehr wird der Gegner in seinem Vertrauen schutzwürdig, das Recht werde nicht mehr ausgeübt werden (Senatsurteil vom 10. Oktober 2017 - XI ZR 393/16, WM 2017, 2247 Rn. 9; Senatsbeschluss vom 23. Januar 2018 - XI ZR 298/17, WM 2018, 614 Rn. 9). 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. Ob eine Verwirkung vorliegt, richtet sich letztlich nach den vom Tatrichter festzustellenden und zu würdigenden Umständen des Einzelfalles, ohne dass insofern auf Vermutungen zurückgegriffen werden kann (st. Rspr., vgl. nur Senatsurteile vom 12. Juli 2016 - XI ZR 501/15, BGHZ 211,

105 Rn. 40 und - XI ZR 564/15, BGHZ 211, 123 Rn. 37, vom 11. Oktober 2016 - XI ZR 482/15, BGHZ 212, 207 Rn. 30, vom 21. Februar 2017 - XI ZR 185/16, BGHZ 214, 94 Rn. 33 sowie vom 14. März 2017 - XI ZR 442/16, WM 2017, 849 Rn. 27; Senatsbeschluss vom 23. Januar 2018, aaO). Die Bewertung des Tatrichters kann in der Revisionsinstanz nur daraufhin überprüft werden, ob sie auf einer tragfähigen Tatsachengrundlage beruht, alle erheblichen Gesichtspunkte berücksichtigt und nicht gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstößt oder von einem falschen Wertungsmaßstab ausgeht (vgl. Senatsurteile vom 12. Juli 2016 - XI ZR 501/15, aaO, Rn. 18 und - XI ZR 564/15, aaO, Rn. 43; Senatsbeschluss vom 23. Januar 2018, aaO).

- 15           b) Im konkreten Fall fehlt es an einer tragfähigen Tatsachengrundlage für die Feststellung des Berufungsgerichts, der Kläger habe das Widerrufsrecht nicht verwirkt. Das Berufungsgericht hat widersprüchliche Feststellungen zu der für die Verwirkung entscheidungserheblichen Frage getroffen, ob der Widerruf vor oder nach Beendigung des Darlehensvertrags erklärt wurde. Die tatbestandlichen Feststellungen des Berufungsgerichts zu einer Beendigung des Darlehensvertrags schon im Jahr 2013 stehen in Widerspruch zu dem konkret in Bezug genommenen schriftsätzlichen Vorbringen des Klägers (vgl. Senatsurteil vom 13. Dezember 2011 - XI ZR 51/10, BGHZ 192, 90 Rn. 60; BGH, Urteil vom 22. Dezember 2015 - VI ZR 134/14, juris Rn. 49 mwN). Das Berufungsgericht hat als Beleg dafür, der Kläger habe das Darlehen zum 30. November 2013 gegen Zahlung eines Aufhebungsentgelts zurückgeführt, konkret auf die bei den Gerichtsakten Blatt 26 befindliche Anlage K 7 Bezug genommen, aus der sich eine Berechnung des Aufhebungsentgelts durch die Beklagte nicht zum Ende des Monats November 2013, sondern zum 28. November 2014 ergibt.

c) Davon abgesehen weisen die Ausführungen des Berufungsgerichts dazu, der Kläger habe das Widerrufsrecht nicht verwirkt, revisionsrechtlich erhebliche Rechtsfehler auf, wenn mangels tragfähiger anderweitiger Feststellungen zugunsten der Beklagten unterstellt wird, die Beendigung des Darlehensvertrags sei dem Widerruf ein Jahr vorausgegangen (vgl. BGH, Urteil vom 4. Februar 1997 - X ZR 74/94, BGHZ 134, 353, 355). Dass die Beklagte den Umstand, auf den der "späte Widerruf" zurückgehe, "selbst herbeigeführt" habe, schloss entgegen der Rechtsmeinung des Berufungsgerichts eine Verwirkung nicht aus (Senatsurteile vom 10. Oktober 2017 - XI ZR 443/16, WM 2017, 2248 Rn. 26 und - XI ZR 450/16, juris Rn. 18 sowie vom 15. Mai 2018 - XI ZR 199/16, juris Rn. 17 und vom 18. September 2018 - XI ZR 750/16, juris Rn. 11; Senatsbeschluss vom 23. Januar 2018 - XI ZR 298/17, WM 2018, 614 Rn. 18). Das Berufungsgericht hat außerdem rechtsfehlerhaft gemeint, der "Abschluss des Vorgangs" durch die Beklagte nach der vorzeitigen Beendigung des Darlehensvertrags vor Erklärung des Widerrufs sei kein maßgeblicher, bei der Prüfung der Verwirkung zu berücksichtigender Umstand. Es hat entgegen der Senatsrechtsprechung (st. Rspr., vgl. nur Senatsurteil vom 16. Oktober 2018 - XI ZR 45/18, WM 2018, 2274 Rn. 16 f.; Senatsbeschluss vom 5. Juni 2018 - XI ZR 577/16, juris Rn. 4) geleugnet, dass der anderweitige Einsatz der vom Darlehensnehmer erlangten Mittel - wie im Übrigen auch eine Freigabe von Sicherheiten - bei der Anwendung des § 242 BGB herangezogen werden könne. Seine Würdigung der nach § 242 BGB relevanten Aspekte beruhte damit auf einer unvollständigen Berücksichtigung der für eine Verwirkung erheblichen Umstände.

### III.

Das Berufungsurteil unterliegt mithin, soweit das Berufungsgericht zum Nachteil der Beklagten erkannt hat, der Aufhebung (§ 562 ZPO), da es sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig darstellt (§ 561 ZPO).

18           Soweit das Berufungsgericht die Berufung der Beklagten gegen den Feststellungsantrag des Klägers mit einer "Klarstellung" zurückgewiesen hat, kann der Senat in der Sache selbst auf die Unzulässigkeit des Feststellungsbegehrens erkennen. Dem Kläger, der schon in den Vorinstanzen sein Leistungsbegehren formuliert hat, muss zuvor nicht Gelegenheit gegeben werden, seinen Antrag umzustellen (Senatsurteil vom 7. November 2017 - XI ZR 369/16, WM 2018, 45 Rn. 20).

19           Im Übrigen verweist der Senat, der der dem Tatrichter obliegenden Würdigung der konkreten Umstände nach § 242 BGB nicht vorgreifen kann (st. Rspr., vgl. zuletzt nur Senatsurteile vom 16. Oktober 2018 - XI ZR 45/18, WM 2018, 2274 Rn. 18 und - XI ZR 69/18, WM 2018, 2275 Rn. 21 mwN), die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurück (§ 563 Abs. 1 ZPO), das zunächst tragfähige Feststellungen zum Zeitpunkt der Beendigung des Darlehensvertrags zu treffen haben wird.

Ellenberger

Joeres

Matthias

Menges

Tolkmitt

Vorinstanzen:

LG Landau, Entscheidung vom 28.09.2015 - 4 O 88/15 -

OLG Zweibrücken, Entscheidung vom 01.03.2017 - 7 U 135/15 -