



# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

XI ZR 298/17

vom

23. Januar 2018

in dem Rechtsstreit

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 23. Januar 2018 durch den Vizepräsidenten Prof. Dr. Ellenberger, die Richter Dr. Grüneberg und Maihold sowie die Richterinnen Dr. Menges und Dr. Derstadt

beschlossen:

Die Kläger werden darauf hingewiesen, dass der Senat beabsichtigt, die Revision gemäß § 552a ZPO durch Beschluss zurückzuweisen. Es besteht Gelegenheit zur Stellungnahme innerhalb eines Monats ab Zustellung dieses Beschlusses.

Der Streitwert für das Revisionsverfahren wird auf bis 6.000 € festgesetzt.

Gründe:

I.

1 Die Parteien streiten über die Widerruflichkeit der auf Abschluss zweier Verbraucherdarlehensverträge gerichteten Willenserklärungen der Kläger.

2 Die Kläger schlossen Anfang 2008 mit der Beklagten zwei Darlehensverträge, zum einen über 50.000 € zu einem Nominalzinssatz von 4,45% p.a. und zum anderen über 50.957,21 € zu einem Nominalzinssatz von 4,7% p.a. Die Beklagte erhielt zwei Grundpfandrechte, die ausweislich der Zweckerklärungen der "Sicherung aller bestehenden und künftigen, auch bedingten und befristeten Forderungen der [...] [Beklagten] gegen die [...] [Kläger] aus der bankmäßigen Geschäftsverbindung (insbesondere aus laufender Rechnung, Krediten und Darlehen jeder Art einschließlich etwaiger gesetzlicher Ansprüche und Wechseln)" dienten. Bei Abschluss der Darlehensverträge belehrte die Beklagte die Kläger unzureichend deutlich über das ihnen zukommende Widerrufsrecht. Die

Kläger erbrachten Zins- und Tilgungsleistungen. Im Mai 2010 einigten sich die Parteien auf eine vorzeitige Beendigung der Darlehensverträge zum Monatsende. Die Beklagte beanspruchte von den Klägern "Vorfälligkeitsentschädigungen" in Höhe von 2.462,51 € und von 3.099,20 € sowie Bearbeitungsentgelte von zweimal 250 €. Ebenfalls im Mai 2010 bewilligte die Beklagte die Löschung der zu ihren Gunsten bestellten Grundpfandrechte. Mit Schreiben ihrer vorinstanzlichen Prozessbevollmächtigten vom 11. Februar 2015 widerriefen die Kläger ihre auf Abschluss der Darlehensverträge gerichteten Willenserklärungen.

3 Ihre im Juli 2015 anhängig gemachte Klage auf Rückzahlung der "Vorfälligkeitsentschädigungen" und der Bearbeitungsentgelte sowie auf Herausgabe mutmaßlich aus diesen Leistungen gezogener Nutzungen hat das Landgericht abgewiesen. Die dagegen gerichtete Berufung hat das Berufungsgericht (KG, WM 2017, 1298 ff.), das von einer Verwirkung des Widerrufsrechts ausgegangen ist, zurückgewiesen. Zur näheren Begründung hat es - soweit im Revisionsverfahren noch von Interesse - ausgeführt:

"[...]

[6] Verwirkung setzt voraus, dass der Berechtigte ein Recht längere Zeit nicht geltend gemacht hat, obwohl er dazu in der Lage gewesen wäre, der Gegner sich mit Rücksicht auf das gesamte Verhalten des Berechtigten darauf einrichten durfte und eingerichtet hat, dass dieser sein Recht auch in Zukunft nicht geltend machen werde, und die verspätete Geltendmachung daher gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstößt (BGH, Urteil vom 18. Oktober 2001 - I ZR 91/99 - GRUR 2002, 280; BGH, Urteil vom 14.06.2004 - II ZR 392/01 - WM 2004, 1518, 1520, jeweils m.w.N.). Die erforderliche Zeitdauer, die seit der Möglichkeit der Geltendmachung des Rechts verstrichen sein muss, richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls (Palandt/Grüneberg, BGB, 75. Aufl. § 242 Rn. 93 m.w.N.). Zu berücksichtigen sind vor allem die Art und Bedeutung des Anspruchs, die Intensität des von dem Berechtigten geschaffenen Vertrauenstatbestandes und das Ausmaß der Schutzbedürftigkeit des Verpflichteten. Ein Verhalten des Berechtigten, das einem konkludenten Verzicht nahe kommt, mindert die erforderliche Zeitdauer (BGH, Urteil vom 16. März 1979 - V ZR 38/75 - WM 1979, 644, 647). Die Schutzbedürftigkeit des Verpflichteten wird wesentlich bestimmt durch den Umfang seiner Vertrauenssituation und seinen Informationsstand (BGH, Urteil vom 15.6.1956 - I ZR 71/54 - BGHZ 21, 83).

[7] Dem Verwirkungseinwand steht nicht entgegen, dass § 355 Abs. 3 S. 3 BGB a.F. dem Verbraucher im Falle einer nicht ordnungsgemäßen Belehrung grundsätzlich ein unbefristetes Widerrufsrecht einräumte. Dies bedeutet lediglich, dass das Widerrufsrecht des nicht ordnungsgemäß belehrten Verbrauchers keiner gesetzlichen Ausübungs- oder Ausschlussfrist (§ 355 Abs. 1 S. 2, Abs. 3 S. 1 BGB) unterlag, nicht aber, dass es ungeachtet der Grundsätze von Treu und Glauben (§ 242 BGB) unbegrenzt ausgeübt werden könnte. Insoweit gelten für ein unbefristetes Widerrufsrecht prinzipiell die gleichen Beschränkungen wie für andere, nicht an die Einhaltung bestimmter Fristen gebundene Gestaltungsrechte (OLG Köln, Urteil vom 11.12.2015, 13 U 123/14 - zitiert nach juris Tz. 27).

[8] Der Darlehensgeber ist nicht gehindert, sich auf eine Verwirkung des Widerrufsrechts zu berufen, auch wenn er die Erteilung einer ordnungsgemäßen Widerrufsbelehrung versäumt hat. Die gegenteilige Ansicht (OLG Hamm, Urteil vom 25.3.2015 - 31 U 155/14 - MDR 2015, 934; OLG Karlsruhe, Urteil vom 14.4.2015 - 17 U 57/14 - MDR 2015, 696; OLG Stuttgart, Urteil vom 29.9.2015 - 6 U 21/15 - MDR 2015, 1223; s.a. BGH, Urteile vom 07.05.2014 - IV ZR 76/11 - NJW 2014, 2646, Tz. 39 und vom 29.7.2015 - IV ZR 384/14 - MDR 2015, 1069 Tz. 31 jeweils zu § 5a VVG a.F.) würde das Rechtsinstitut der Verwirkung praktisch gegenstandslos machen, weil der Anspruch oder das Recht, dessen Verwirkung in Rede steht, in aller Regel von Schuldner herbeigeführt worden ist. Für ein (mangels ordnungsgemäßer Belehrung) unbefristetes Widerrufsrecht müssen die gleichen Beschränkungen durch die Grundsätze von Treu und Glauben (§ 242 BGB) gelten wie für andere, nicht an die Einhaltung bestimmter Fristen gebundene Gestaltungsrechte. Auch der Gesetzgeber ist davon ausgegangen, dass das Widerrufsrecht der Verwirkung unterliegt. Dies ergibt sich z.B. aus der Begründung zum Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Einführung einer Musterwiderrufsinformation für Verbraucherdarlehensverträge, zur Änderung der Vorschriften über das Widerrufsrecht bei Verbraucherdarlehensverträgen und zur Änderung des Darlehensvermittlungsrechts vom 29.4.2010 (BT-Drs. 17/1394, S. 15). Einen gesetzlichen Ausschluss des Instituts der Verwirkung hat der Gesetzgeber auch mit dem Gesetz zur Umsetzung der Wohnimmobilienkreditrichtlinie und zur Änderung handelsrechtlicher Vorschriften nicht eingeführt und damit zugleich zu erkennen gegeben, diesem Institut grundsätzlich schon immer Relevanz im Bereich der Verbraucherwiderrufsrechte zuzuerkennen (vgl. BT-Drs. 18/7584, S. 147). Dem entsprechend hat der für das Bankrecht allein zuständige XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs mit Urteil vom 12.7.2016 - XI ZR 564/15 - (NJW 2016, 3512, Tz. 34, 40) entschieden, dass das Widerrufsrecht nach § 495 Abs. 1 BGB a.F. ungeachtet des Fehlers der erteilten Widerrufsbelehrung verwirkt werden kann.

[9] Das sog. Zeitmoment ist hier - was auch die Kläger nicht in Abrede stellen - erfüllt, da die Kläger seit dem Abschluss der Darlehensverträge vom 18.2./15.3.2008, der den maßgeblichen Zeitpunkt bei der Bemessung des Zeitmoments darstellt (BGH, Urteil vom 11.10.2016 - XI ZR 482/15 - NJW 2017, 243, Tz. 31), bis zu ihrer Widerrufserklärung vom 11.2.2015 fast sieben Jahre haben verstreichen lassen.

[10] Der Senat ist mit dem Landgericht der Ansicht, dass insbesondere angesichts der vollständigen, beiderseitigen Erfüllung sämtlicher Verpflichtungen aus den Darlehensverträgen auch das sog. Umstandsmoment erfüllt ist. Die Beklagte musste hier geraume Zeit nach der vollständigen Erfüllung der Verträge nicht mehr mit einem Widerruf rechnen, sondern durfte auf den Bestand der beiderseitigen Vertragserfüllung vertrauen (so auch Senat, Urteil vom 16.8.2012 - 8 U 101/12 - GuT 2013, 213; OLG Köln, Urteil vom 25.1.2012 - I-13 U 30/11, 13 U 30/11 - BKR 2012, 162; OLG Köln, Urteil vom 11.12.2015 - 13 U 123/14 - zitiert nach juris; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 2.3.2010 - 24 U 136/09 - WM 2010, 2258; OLG Düsseldorf, Urteil vom 9.1.2014 - I-14 U 55/13 - NJW 2014, 1599; OLG Düsseldorf, Urteil vom 1.2.2017 - 3 U 26/16 - zitiert nach juris; OLG Frankfurt, Urteil vom 19.11.2014 - 19 U 74/14 - BKR 2015, 245; OLG Bremen, Urteil vom 26.2.2016 - 2 U 92/15 - NJW-RR 2016, 875; OLG Brandenburg, Urteil vom 27.4.2016 - 4 U 81/15 - zitiert nach juris; OLG Brandenburg, Urteil vom 4.1.2017 - 4 U 199/15 - zitiert nach juris; OLG Schleswig, Urteil vom 6.10.2016 - 5 U 72/16 - WM 2016, 2350; a.A. OLG Stuttgart, Urteil vom 29.9.2015 - 6 U 21/15 - MDR 2015, 1223; OLG Frankfurt, Urteil vom 20.7.2016 - 17 U 218/15 - zitiert nach juris; OLG Frankfurt, Urteil vom 22.11.2016 - 10 U 78/15 - zitiert nach juris; OLG Düsseldorf, Urteil vom 22.7.2016 - 16 U 109/14 - zitiert nach juris; OLG Brandenburg, Beschluss vom 6.10.2016 - 4 U 124/16 - zitiert nach juris).

[11] Indem die Beklagte die Löschung der Grundschulden bewilligte, hat sie sich darauf eingerichtet, dass die Darlehensverhältnisse beanstandungsfrei abgewickelt waren (ebenso OLG Brandenburg, Urteil vom 4.1.2017 - 4 U 199/15 - Tz. 57). Der Einwand der Kläger, die Beklagte hätte die Grundpfandrechte auch bei einem Widerruf der Verträge freigeben müssen, schlägt nicht durch. Die Grundschulden sichern nach den Zweckerklärungen der Parteien - wie im angefochtenen Urteil ausgeführt - auch die Ansprüche der Beklagten im Falle eines Widerrufs, die sich gemäß § 346 BGB auf die Rückzahlung der Darlehensvaluta und die Zahlung einer Nutzungsentschädigung richten, ohne dass Gegenansprüche der Darlehensnehmer von sich aus zu saldieren wären (vgl. BGH, Beschluss vom 22.9.2015 - XI ZR 116/15 - NJW 2015, 3441 Tz. 7).

Ferner hat das Landgericht zu Recht darauf hingewiesen, dass die Kläger ausweislich ihrer Forderung nach einer Nutzungsentschädigung für die von ihnen gezahlten Vorfälligkeitsentschädigungen selbst davon ausgehen, dass die Beklagte diese Beträge wieder angelegt hat (s.a. OLG Brandenburg, Urteil vom 4.1.2017, a.a.O. Tz. 58).

Das Umstandsmoment ist in der Regel erfüllt, wenn der Schuldner im Hinblick auf die Nichtgeltendmachung des Rechts Vermögensdispositionen getroffen hat (Palandt/Grüneberg a.a.O. Rn. 95 m.w.N.). Der Widerruf ist hier auch nicht etwa in engem zeitlichem Zusammenhang mit der Ablösung der Darlehen erfolgt, sondern über vier Jahre später. Insoweit kann nach dem Urteil des BGH vom 11.10.2016 - XI ZR 482/15 - jedenfalls ein Zeitablauf von knapp 1 ½ Jahren zwischen Darlehensablösung und Widerruf genügen, um Verwirkung anzunehmen (vgl. die Daten im vorinstanzlichen Urteil des OLG Stuttgart vom 13.10.2015 - 6 U 174/14). Entgegen der Argumentation der Kläger ist nicht etwa allein auf die - typischerweise und auch im vorliegenden Fall - nur kurze Zeit zwischen der Einigung über die Darlehensablösung und den Vermögensdispositionen der Beklagten abzustellen. Für eine Verwirkung ist vielmehr - wie zu

Tz. 9 ausgeführt - der Zeitablauf zwischen Vertragsschluss und Widerruf insgesamt zu berücksichtigen und reicht es aus, dass die Beklagte ihr Vertrauen in den Bestand der Vertragsabwicklung durch die genannten Dispositionen betätigt hat und danach noch einige Zeit bis zum Widerruf vergangen ist.

[12] Zwar wird Verwirkung des Widerrufsrechts umso eher anzunehmen sein, wenn der Verbraucher in Kenntnis seines fortbestehenden Rechtes untätig geblieben ist. Verwirkung hängt aber nicht davon ab, dass der Gläubiger sein Recht kennt (vgl. BGH, Urteil vom 16.03.2007 - V ZR 190/06 - NJW 2007, 2183 - Tz 8; BGH, Urteil vom 27.6.1957 - II ZR 15/56 - BGHZ 25, 47, zitiert nach juris Tz. 13). Es mag dahin stehen, ob die Beklagte trotz der öffentlichen Beachtung, die insbesondere das Urteil des BGH vom 9.12.2009 - VIII ZR 219/08 - gefunden hatte, von einer Unkenntnis der Kläger vom Belehrungsmangel ausgehen musste. Eine treuwidrige Verheimlichung des Mangels fällt ihr jedenfalls nicht zur Last, weil sie nicht zu einer Nachbelehrung verpflichtet war [...]"

4 Dagegen richtet sich die vom Berufungsgericht zugelassene Revision der Kläger, mit der sie ihre Zahlungsanträge weiterverfolgen.

## II.

5 Der Senat ist einstimmig der Auffassung, dass die Revision nach § 552a ZPO zurückzuweisen sein wird, weil Zulassungsgründe nicht vorliegen und die Revision auch in der Sache keine Aussicht auf Erfolg hat.

6 1. Ein Zulassungsgrund ist, was das Berufungsgericht in seinem Beschluss vom 3. November 2016 ursprünglich selbst so gesehen hat, nicht gegeben.

7 a) Der Rechtssache kommt, soweit das Berufungsgericht von einer Verwirkung des Widerrufsrechts ausgegangen ist, keine Grundsatzbedeutung im Sinne des § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO zu.

8           aa) In der höchstrichterlichen Rechtsprechung sind die allgemeinen Voraussetzungen der Verwirkung hinlänglich geklärt.

9           Die Verwirkung als Unterfall der unzulässigen Rechtsausübung wegen der illoyal verspäteten Geltendmachung von Rechten setzt neben einem Zeitmoment 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). 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 (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, WM 2017, 616 Rn. 33, zur Veröffentlichung bestimmt in BGHZ, sowie vom 14. März 2017 - XI ZR 442/16, WM 2017, 849 Rn. 27; vgl. allgemein zur Verwirkung auch Erman/Böttcher, BGB, 15. Aufl., § 242 Rn. 123 ff.; Palandt/Grüneberg, BGB, 77. Aufl., § 242 Rn. 87 ff.; Staudinger/Olzen/Looschelders, BGB, Neubearb. 2015, § 242 Rn. 300 ff.; MünchKommBGB/Schubert, 7. Aufl., § 242 Rn. 356 ff.). 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 Denk-

gesetze 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; BGH, Beschluss vom 27. September 2017 - IV ZR 506/15, juris Rn. 10 und 15).

10           bb) Ferner sind die die Verwirkung des Widerrufsrechts bei Verbraucherdarlehensverträgen beherrschenden Grundsätze klar.

11           (1) Geklärt ist zunächst, dass das Widerrufsrecht des Darlehensnehmers aus § 495 Abs. 1 BGB überhaupt der Verwirkung unterliegt. Einen gesetzlichen Ausschluss des Instituts der Verwirkung hat der Gesetzgeber auch mit dem Gesetz zur Umsetzung der Wohnimmobilienkreditrichtlinie und zur Änderung handelsrechtlicher Vorschriften vom 11. März 2016 (BGBl. I S. 396) nicht eingeführt und damit zugleich zu erkennen gegeben, diesem Institut grundsätzlich schon immer Relevanz im Bereich der Verbraucherwiderrufsrechte zuzuerkennen (vgl. BT-Drucks. 18/7584, S. 147). Die Unverzichtbarkeit des Widerrufsrechts nach § 506 Satz 1 BGB in der zwischen dem 1. Juli 2005 und dem 10. Juni 2010 geltenden Fassung hindert die Anwendung des Instituts der Verwirkung nicht. Die Verwirkung knüpft nicht an eine ausdrückliche oder stillschweigende Willenserklärung an, sondern an eine gesetzliche Wertung anderweitiger Umstände (Senatsurteile vom 12. Juli 2016 - XI ZR 501/15, BGHZ 211, 105 Rn. 39 und - XI ZR 564/15, BGHZ 211, 123 Rn. 34 f. mwN).

12           (2) Darüber hinaus stehen hinreichende höchstrichterliche Leitlinien zur Bestimmung des Zeitmoments zur Verfügung.

13           Die maßgebliche Frist für das Zeitmoment läuft mit dem Zustandekommen des Verbraucherdarlehensvertrags an (Senatsurteile vom 12. Juli 2016 - XI ZR 501/15, BGHZ 211, 105 Rn. 40 sowie - XI ZR 564/15, BGHZ 211, 123 Rn. 37, vom 11. Oktober 2016 - XI ZR 482/15, BGHZ 212, 207 Rn. 30, vom 14. März 2017 - XI ZR 442/16, WM 2017, 849 Rn. 27 und vom 10. Oktober 2017 - XI ZR 393/16, WM 2017, 2247 Rn. 10 sowie - XI ZR 455/16, juris Rn. 21). Da das Widerrufsrecht als Gestaltungsrecht anders als die aus dem

Rückgewährschuldverhältnis resultierenden Ansprüche nicht verjährt und im Übrigen auch § 218 BGB auf das Widerrufsrecht keine Anwendung findet (Senatsurteil vom 10. Oktober 2017 - XI ZR 555/16, WM 2017, 2259 Rn. 18), kann weder aus den gesetzlichen Verjährungsfristen (dazu Senatsurteil vom 10. Oktober 2017 - XI ZR 455/16, aaO, Rn. 21) noch gar aus den gesetzlichen Verjährungshöchstfristen (dazu Senatsurteil vom 10. Oktober 2017 - XI ZR 393/16, aaO, Rn. 9) auf ein "Mindestzeitmoment" zurückgeschlossen werden.

14 Dagegen betrifft der Zeitraum zwischen der Beendigung des Verbraucherdarlehensvertrags und dem Widerruf nicht das Zeitmoment. Er kann aber - wenn auch nicht im Sinne einer Vermutung nach Ablauf einer wie immer definierten Mindestzeitspanne - gerade im Hinblick auf die Rechtsfolgen des Widerrufs (vgl. Senatsbeschluss vom 12. September 2017 - XI ZR 365/16, WM 2017, 2146 Rn. 8) bei der Prüfung des Umstandsmoments Berücksichtigung finden.

15 (3) Auch für das Umstandsmoment hat der Senat hinlänglich Leitlinien aufgestellt.

16 So kann gerade bei beendeten Verbraucherdarlehensverträgen - wie hier - das Vertrauen des Unternehmers auf ein Unterbleiben des Widerrufs schutzwürdig sein, auch wenn die von ihm erteilte Widerrufsbelehrung ursprünglich den gesetzlichen Vorschriften nicht entsprach und er es in der Folgezeit versäumt hat, den Verbraucher nachzubelehren (Senatsurteile vom 12. Juli 2016 - XI ZR 501/15, BGHZ 211, 105 Rn. 41 und vom 21. Februar 2017 - XI ZR 381/16, WM 2017, 806 Rn. 22). Das gilt in besonderem Maße, wenn die Beendigung des Darlehensvertrags auf einen Wunsch des Verbrauchers zurückgeht (Senatsurteil vom 11. Oktober 2016 - XI ZR 482/15, BGHZ 212, 207 Rn. 30) bzw. wenn die Parteien den Darlehensvertrag einverständlich beendet haben (Senatsurteil vom 10. Oktober 2017 - XI ZR 393/16, WM 2017, 2247 Rn. 8; Senatsbeschluss vom 12. September 2017 - XI ZR 365/16, WM 2017, 2146 Rn. 8).

- 17 In Übereinstimmung mit der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kommt es dabei 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 (vgl. nur Senatsurteile vom 10. Oktober 2017 - XI ZR 443/16, WM 2017, 2248 Rn. 26, - XI ZR 449/16, WM 2017, 2251 Rn. 19 und - XI ZR 555/16, WM 2017, 2259 Rn. 19 mwN).
- 18 Gleiches gilt für den Umstand, dass der Darlehensgeber "die Situation selbst herbeigeführt hat", weil er eine ordnungsgemäße Widerrufsbelehrung nicht erteilt hat. Diesem vom Senat in ständiger Rechtsprechung (Senatsurteile vom 10. Oktober 2017 - XI ZR 443/16, WM 2017, 2248 Rn. 26, - XI ZR 449/16, WM 2017, 2251 Rn. 19 und - XI ZR 555/16, WM 2017, 2259 Rn. 19) vertretenen und vom Gesetzgeber bei Schaffung des Gesetzes zur Umsetzung der Wohnimmobilienkreditrichtlinie und zur Änderung handelsrechtlicher Vorschriften (vgl. BT-Drucks. 18/7584, S. 147) vorausgesetzten Grundsatz steht nicht entgegen, dass der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs in einem im Jahr 2014 zur Entscheidung gestellten Fall zu § 5a Abs. 2 Satz 1 VVG in der Fassung des Dritten Gesetzes zur Durchführung versicherungsrechtlicher Richtlinien des Rates der Europäischen Gemeinschaften vom 21. Juli 1994 (BGBl. I S. 1630, künftig: aF) dahin erkannt hat, der Versicherer könne ein schutzwürdiges Vertrauen nicht in Anspruch nehmen, weil er die Situation selbst herbeigeführt habe, indem er dem Versicherungsnehmer keine ordnungsgemäße Widerspruchsbelehrung erteilt habe (BGH, Urteil vom 7. Mai 2014 - IV ZR 76/11, BGHZ 201, 101 Rn. 39). Wie der IV. Zivilsenat später klargestellt hat, können allgemeingültige Maßstäbe dazu, ob und unter welchen Voraussetzungen eine fehlerhafte Belehrung über das Widerspruchsrecht gemäß § 5a Abs. 2 Satz 1 VVG aF einer Anwendung von § 242 BGB entgegen-

steht, nicht aufgestellt werden. Die Anwendung der Grundsätze von Treu und Glauben obliegt im Einzelfall grundsätzlich dem Tatrichter, der ohne revisionsrechtlich erheblichen Rechtsfehler auch dann zur Verwirkung gelangen kann, wenn die Belehrung nicht ordnungsgemäß gewesen ist (BGH, Beschluss vom 27. September 2017 - IV ZR 506/15, juris Rn. 10 und 15 mwN).

19 Das Fehlen einer Nachbelehrung steht bei beendeten Verträgen der Annahme schutzwürdigen Vertrauens nicht entgegen (Senatsurteil vom 12. Juli 2016 - XI ZR 501/15, BGHZ 211, 105 Rn. 41). Der Darlehensgeber hat, wie das Berufungsgericht richtig gesehen hat, die Möglichkeit (Senatsurteil vom 13. Juni 2006 - XI ZR 94/05, WM 2006, 1995 Rn. 13), 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 12. Juli 2016 - XI ZR 564/15, BGHZ 211, 123 Rn. 29). Die Möglichkeit der Nachbelehrung besteht zwar nach Beendigung des Verbraucherdarlehensvertrags fort. Eine Nachbelehrung ist indessen nach Vertragsbeendigung sinnvoll nicht mehr möglich, weil die Willenserklärung des Verbrauchers, deren fortbestehende Widerruflichkeit in das Bewusstsein des Verbrauchers zu rücken Ziel der Nachbelehrung ist, für den Verbraucher keine in die Zukunft gerichteten wiederkehrenden belasteten Rechtsfolgen mehr zeitigt.

20 Der Umstand, dass der Darlehensgeber Sicherheiten freigegeben hat, ist 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 unwi-

derrufenen Darlehensvertrag resultierenden Pflichten des Darlehensnehmers die Sicherheiten ohnehin freizugeben hätte. Vom Darlehensgeber bestellte Sicherheiten sichern regelmäßig auch Ansprüche aus einem Rückgewährschuldverhältnis nach § 357 Abs. 1 Satz 1 BGB in der hier maßgeblichen, bis zum 12. Juni 2014 geltenden Fassung in Verbindung mit §§ 346 ff. BGB (vgl. Senatsurteile vom 16. Mai 2006 - XI ZR 6/04, BGHZ 168, 1 Rn. 20, vom 26. November 2002 - XI ZR 10/00, WM 2003, 64, 66, vom 28. Oktober 2003 - XI ZR 263/02, WM 2003, 2410, 2411, vom 26. September 2006 - XI ZR 358/04, ZGS 2007, 26 Rn. 37 und vom 16. Mai 2006 - XI ZR 48/04, juris Rn. 19; Senatsbeschluss vom 17. Januar 2017 - XI ZR 170/16, BKR 2017, 152 Rn. 7; Schoppmeyer in Lwowski/Fischer/Gehrlein, Das Recht der Kreditsicherung, 10. Aufl., § 15 Rn. 207). Dem Rückgewähranspruch des Darlehensnehmers aus der Sicherungsabrede haftet die für den Fall des Widerrufs auflösende Rechtsbedingung einer Revalutierung an (vgl. BGH, Urteil vom 10. November 2011 - IX ZR 142/10, BGHZ 191, 277 Rn. 16; auch BGH, Urteil vom 19. April 2013 - V ZR 47/12, BGHZ 197, 155 Rn. 12). Beendet der Darlehensgeber trotz der Möglichkeit der Revalutierung durch Rückgewähr der Sicherheit den Sicherungsvertrag (Gaberdiel/Gladenbeck, Kreditsicherung durch Grundschulden, 9. Aufl., Rn. 613), kann darin die Ausübung beachtlichen Vertrauens im Sinne des § 242 BGB liegen.

21 Entgegen der Rechtsauffassung der Revision stehen die vom Senat für die Prüfung des Umstandsmoments formulierten Grundsätze nicht in Widerspruch dazu, dass eine Verwirkung generell nur in Betracht kommt, wenn dem Verpflichteten andernfalls ein unzumutbarer Nachteil entstünde (st. Rspr., vgl. nur Senatsurteil vom 28. Juli 2015 - XI ZR 434/14, BGHZ 206, 305 Rn. 45). Damit ist nach der Grundsatzentscheidung des II. Zivilsenats vom 27. Juni 1957 (II ZR 15/56, BGHZ 25, 47, 52), die Bezugspunkt der ständigen höchstrichterlichen Rechtsprechung ist, gemeint, dass sich der Verpflichtete mit Rücksicht auf das Verhalten des Berechtigten darauf eingerichtet hat, der Berechtigte werde das ihm zustehende Recht nicht mehr geltend machen. Gerade deshalb darf es

mit den Grundsätzen von Treu und Glauben nicht zu vereinbaren sein, dass der Berechtigte später doch noch mit der Geltendmachung des ihm zustehenden Rechts hervortritt. Die Leistung muss also unter diesem Gesichtspunkt für den Verpflichteten nicht mehr zumutbar sein. Das wiederum bedeutet, dass es für den Tatbestand der Verwirkung auch auf das Verhalten des Verpflichteten ankommt und dass gerade auch dieses ebenfalls unter dem rechtlichen Gesichtspunkt von Treu und Glauben zu prüfen und zu beurteilen ist.

22            Im Übrigen sind nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung an das Umstandsmoment je nach dem Recht oder Anspruch, dessen Verwirkung in Rede steht, unterschiedliche Anforderungen zu stellen (BGH, Urteile vom 19. Dezember 2000 - X ZR 150/98, BGHZ 146, 217, 222 f. und vom 6. Februar 2014 - I ZR 86/12, NJW 2014, 1888 Rn. 46). Der für die vertrags(rechts)spezifische Konkretisierung der Verwirkung des Widerrufsrechts bei Verbraucherdarlehensverträgen ausschließlich zuständige Senat hat keinen Anlass, nach § 132 GVG zu verfahren.

23            (4) Anhand der höchstrichterlichen Rechtsprechung lässt sich der Einzelfall lösen, auch wenn die dem Tatrichter zur Entscheidung unterbreiteten Sachverhalte gleichförmig sind. Dass der Widerruf von auf den Abschluss von Verbraucherdarlehensverträgen gerichteten Willenserklärungen massenhaft vorgekommen ist und mit solchen Vorgängen gehäuft befasste Prozessbevollmächtigte schematisch vorgetragen haben mögen, ändert nichts daran, dass Vertragsverhältnisse jeweils individuell gestaltet und abgewickelt worden sind und daher auch nach ihren jeweiligen Besonderheiten beurteilt werden können und müssen.

24           b) Der Fall gibt auch keinen Anlass zur Zulassung der Revision zwecks  
Sicherung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2  
Fall 2 ZPO).

25           aa) Aus den oben aufgeführten Gründen besteht kein Anlass zur weite-  
ren Vereinheitlichung der höchstrichterlichen Rechtsprechung (vgl. dazu Se-  
natsbeschluss vom 8. April 2003 - XI ZR 193/02, WM 2003, 1346, 1348).

26           bb) Überdies besteht keine Veranlassung, die Revision zur Sicherung  
der Einheitlichkeit der Rechtsprechung zuzulassen, weil andere Oberlandesge-  
richte bei der Prüfung einer Verwirkung des Widerrufsrechts zu einem anderen  
Ergebnis gelangt sind.

27           Das Berufungsgericht hat in Einklang mit der Senatsrechtsprechung ent-  
schieden. Insbesondere hat das Berufungsgericht erkannt, dass bei der Ent-  
scheidung darüber, ob das Widerrufsrecht der Kläger verwirkt ist, die besonde-  
ren Umstände des Falles tatrichterlich zu würdigen sind. Erhebliche, vom Beru-  
fungsgericht übersehene Umstände trägt die Revision nicht vor. Die Ausführun-  
gen des Berufungsgerichts beruhen auf einer tragfähigen Tatsachengrundlage,  
berücksichtigen alle erheblichen Gesichtspunkte, verstoßen nicht gegen Denk-  
gesetze oder Erfahrungssätze und gehen nicht von einem falschen Wertungs-  
maßstab aus (vgl. Senatsurteil vom 16. Mai 2017 - XI ZR 586/15, WM 2017,  
1258 Rn. 27).

28           Inwieweit sich die Entscheidungen anderer Oberlandesgerichte mit der  
Rechtsprechung des Senats in Einklang befinden, spielt für den Zulassungs-  
grund der Sicherung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung in Fällen wie dem  
vorliegenden, in denen das Erkenntnis des Berufungsgerichts mit der nicht fort-  
entwicklungsbedürftigen höchstrichterlichen Rechtsprechung in Übereinstim-  
mung steht, keine Rolle (Senatsbeschluss vom 15. Februar 2011  
- XI ZR 148/10, WM 2011, 655 Rn. 19).

29                    2. Aus den oben genannten Gründen hat das Berufungsgericht auch rechtsfehlerfrei entschieden. Revisionsrechtlich erhebliche Fehler des Berufungsgerichts bei der Subsumtion unter § 242 BGB zeigt die Revision nicht auf und sind auch sonst nicht ersichtlich.

Ellenberger

Grüneberg

Maihold

Menges

Derstadt

**Das Verfahren ist durch Zurückweisungsbeschluss vom 7. März 2018 erledigt worden.**

Vorinstanzen:

LG Berlin, Entscheidung vom 06.04.2016 - 21 O 331/15 -

KG Berlin, Entscheidung vom 27.03.2017 - 8 U 87/16 -