

17 U 6/16

2/02 O 110/15 Landgericht Frankfurt am Main

Verkündet laut Protokoll am
07.09.2016

Justizangestellte
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



OBERLANDESGERICHT FRANKFURT AM MAIN
IM NAMEN DES VOLKES
URTEIL

In dem Rechtsstreit

Klägerin und Berufungsklägerin,

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte Hünlein, Eschenheimer Anlage 28, 60316 Frankfurt am Main,

gegen

Sparda-Bank Hessen eG, vertreten durch den Vorstand Jürgen Weber,
Osloer Straße 2, 60327 Frankfurt am Main,

Beklagte und Berufungsbeklagte,

Prozessbevollmächtigte:

hat der 17. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main durch den

aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 07.09.2016 für Recht erkannt:

Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil der 2. Zivilkammer des Landgerichts Frankfurt am Main vom 10.12.2015 unter Zurückweisung der weitergehenden Berufung teilweise abgeändert und zur Klarstellung wie folgt neu gefasst:

Es wird festgestellt, dass der Darlehensvertrag vom 30.05.2008 aufgrund der Widerrufserklärung der Klägerin vom 30.03.2015 sich in ein gesetzliches Rückgewährschuldverhältnis umgewandelt hat.

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 865,37 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 12.05.2015 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Beklagten wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung gegen Sicherheitsleistung von 110% des insoweit vollstreckbaren Betrages abzuwenden, falls nicht der jeweilige Vollstreckungsgläubiger Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird zugelassen.

Gründe

I.

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit des Widerrufs eines Darlehensvertrags.

Die Beklagte - eine Bank - vergibt Verbraucherdarlehen. Die Klägerin nahm mit „Darlehensvertrag, Verbraucherdarlehensvertrag gem. §§ 491 ff. BGB“ vom

30.05.2008 mit dem Verwendungszweck _____ ein
durch Grundschulden besichertes Darlehen bei der Beklagten auf über einen
Nennbetrag von 90.000,- € zu einem bis 30.07.2018 festen Zinssatz von 4,450 %
(Kto.-Nr. _____, Anlage K 1, Bl. 7 ff. d. A.).

Die Klägerin hatte mit Vertrag vom 06./12.07.2000 ein Darlehen unter der Nummer
_____ bei der Beklagten über 150.000 DM aufgenommen, welches eine
Zinsfestschreibung bis zum 30.09.2010 enthielt. Wegen der Einzelheiten wird auf
die Anlage B 04 Bezug genommen. Am 24./28.07.2003 schlossen die Parteien
unter der Nummer _____ einen als „Darlehensvertrag“ bezeichneten
Vertrag über eine Darlehenssumme von 76.693,78 mit einer Zinsbindung bis zum
30.07.2008 und einem Zinssatz von 3,45 %. Insoweit wird auf die Anlage B 03
Bezug genommen.

Dem durch beide Parteien in der Filiale am 30.05.2008 der Beklagten
unterzeichneten Darlehensvertrag lag folgende gesondert zu unterzeichnende
Widerrufsbelehrung bei:

„Widerrufsbelehrung“ für Verbraucherdarlehensverträge

Vertrag Nr. _____

vom _____

30.05.2008

Widerrufsrecht

*Sie können Ihre Vertragserklärung innerhalb von zwei Wochen (einem Monat)¹
ohne Angabe von Gründen in Textform (z.B. Brief, Fax, E-Mail) widerrufen. Der
Lauf der Frist für den Widerruf beginnt einen Tag, nachdem Ihnen*

- ein Exemplar dieser Widerrufsbelehrung und*
- die Vertragsurkunde, der schriftliche Vertragsantrag oder eine Abschrift der
Vertragsurkunde oder des Vertragsantrags zur Verfügung gestellt wurden. Zur
Wahrung der Widerrufsfrist genügt die rechtzeitige Absendung des Widerrufs.*

Der Widerruf ist zu richten an:

Name und ladungsfähige Anschrift des Kreditinstituts:

Sparda-Bank Hessen eG

Faxnummer:

E-Mail-Adresse/Internetadresse:

Widerrufsfolgen

Im Fall eines wirksamen Widerrufs sind die beiderseits empfangenen Leistungen zurückzugewähren und gegebenenfalls gezogene Nutzungen (z.B. Zinsen) herauszugeben. Können Sie uns die empfangene Leistung ganz oder teilweise nicht oder nur in verschlechtertem Zustand zurückgewähren, müssen Sie insoweit ggf. Wertersatz leisten. Dies kann dazu führen, dass Sie die vertraglichen Zahlungsverpflichtungen für den Zeitraum bis zum Widerruf gleichwohl erfüllen müssen. Verpflichtungen zur Erstattung von Zahlungen müssen Sie innerhalb von 30 Tagen nach Absendung der Willenserklärung erfüllen.

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 Vertrags 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: (...)

Ort, Datum

Unterschrift des Verbrauchers

Filiale Frankfurt, 30.05.2008

1 Die Widerrufsfrist beträgt gem. § 355 Abs. 2 S. 2 BGB einen Monat, wenn die Widerrufsbelehrung erst nach Vertragsschluss in Textform dem Kunden mitgeteilt wird bzw. werden kann.

Wegen der Einzelheiten der Widerrufsbelehrung wird auf die Anlage K 1 auf Bl. 12 d. A. verwiesen.

In der Folge zahlte die Klägerin regelmäßig die monatlichen Raten von 408,75 € sowie einmalig 233,58 € und leistete am 06.01.2015 eine Sondertilgung in Höhe von 9.000,- €.

Mit Schreiben vom 30.03.2015 erklärte die Klägerin gegenüber der Beklagten den Widerruf ihrer auf Abschluss des Darlehensvertrags gerichteten Willenserklärung. Die Beklagte wies den Widerruf mit Schreiben vom 02.04.2015 zurück.

Mit Schreiben ihrer Prozessbevollmächtigten vom 27.04.2015 forderte die Klägerin die Beklagte zur Abrechnung des Darlehensvertrags infolge Widerrufs sowie zur Erstattung der durch dieses Schreiben entstandenen vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten bis zum 11.05.2015 auf.

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, bei dem streitgegenständlichen Vertrag handele es sich um einen eigenständigen Verbraucherdarlehensvertrag, so dass ihr ein Widerrufsrecht zustehe.

Die Widerrufsbelehrung sei fehlerhaft, so dass sie noch im Jahr 2015 habe wirksam widerrufen können. Der verwendete Belehrungstext, widerspreche dem Deutlichkeitsgebot und weiche von der damals gültigen Musterwiderrufsbelehrung ab. Die Widerrufsfrist von zwei Wochen werde in Klammern mit dem Zusatz

„(einem Monat)“ ergänzt, ohne dass dem Darlehensnehmer die für ihn geltende Frist klar werde.

Wie vom BGH bereits entschieden, könne zudem infolge der Formulierung: „Der Lauf der Frist für den Widerruf beginnt einen Tag, nachdem Ihnen (...) die Vertragsurkunde, der schriftliche Vertragsantrag oder eine Abschrift der Vertragsurkunde oder des Vertragsantrags zur Verfügung gestellt wurden,“ der Darlehensnehmer zu der irrigen Auffassung kommen, dass bereits mit der Übergabe des Darlehensantrags an ihn die Widerrufsfrist zu laufen beginne.

Die Absätze über „Widerrufsfolgen“ und „Finanzierte Geschäfte“ enthielten teilweise überflüssige Ergänzungen. Zudem fehlten darin erforderliche Hinweise.

Die Klägerin hat beantragt,

1. festzustellen, dass der Darlehensvertrag vom 30.05.2008 (Nr.) aufgrund der Widerrufserklärung der Klägerin vom 30.03.2015 aufgelöst ist.
2. die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 1.120,62 € zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 12.05.2015 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen

Die Beklagte hat die Ansicht vertreten, der Klägerin stehe kein Widerrufsrecht zu, da die Parteien mit dem streitgegenständlichen Vertrag lediglich das schon am 12.07.2000 vereinbarte Kapitalnutzungsrecht der Klägerin verlängert hätten.

Die Widerrufsbelehrung entspreche dem Deutlichkeitsgebot. Im konkreten Fall habe kein falscher Eindruck über das Vertragsangebot entstehen können, da die Klägerin die Vertragsurkunde mit der Belehrung zum dauerhaften Verbleib erhalten habe.

Auch stünden einem Widerruf der Klägerin jedenfalls Treu und Glauben entgegen. Das Widerrufsrecht sei im Jahr 2015 verwirkt und seine Ausübung rechtsmissbräuchlich gewesen.

Das Landgericht – auf dessen tatsächliche Feststellungen im Übrigen gem. § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO Bezug genommen wird - hat die Klage abgewiesen und diese Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet:

Einem Widerruf der Klägerin stehe jedenfalls der Einwand der Verwirkung und der unzulässigen Rechtsausübung entgegen.

Der Widerruf der auf Abschluss der streitgegenständlichen Darlehensverträge gerichteten Willenserklärungen vom 05.01.2015 sei verfristet. Zwar handele es sich bei dem streitgegenständlichen Darlehensvertrag um einen Verbraucherdarlehensvertrag, bei dem der Klägerin ein Widerrufsrecht zugestanden habe. Die Schutzwirkung aus § 14 Abs. 1 und 3 BGB-InfoV sei aber entfallen, nachdem die Beklagte - wie etwa mit dem Klammerzusatz „(einem Monat)“ - unstreitig inhaltliche Änderungen gegenüber dem Text der Musterbelehrung vorgenommen habe.

Ob die Belehrung dennoch dem Deutlichkeitsgebot entspreche, könne aber dahinstehen. Denn ein mögliches Widerrufsrecht der Klägerin sei zum Zeitpunkt seiner Ausübung im März 2015 jedenfalls verwirkt.

Die Klägerin sei grundsätzlich über das Recht zum Widerruf - wenn auch möglicherweise fehlerhaft - belehrt worden. Damit sei ihr auch die zeitliche Befristung des Widerrufsrechts grundsätzlich klar gewesen.

Auf Basis dieser Kenntnis sei der Widerruf sodann erst nach sieben Jahren erfolgt. Hinzu komme, dass die Klägerin anstandslos die geschuldeten Darlehensraten über viele Jahre hinweg gezahlt und eine Sondertilgung vorgenommen habe. Auch sei zu berücksichtigen, dass es sich um die Ablösung und Fortsetzung eines bereits zuvor aufgenommenen Darlehens handele. Damit sei das Zeitmoment erfüllt. Auch das Umstandsmoment sei gegeben aufgrund der monatlichen Ratenzahlungen über sieben Jahre nebst einer Sondertilgung, auch im Hinblick auf die seit 1994 bei der Beklagten laufenden Darlehen. Damit habe die Beklagte auf eine weitere Vertragserfüllung durch die Klägerin vertrauen dürfen.

Zudem stehe der Ausübung des Widerrufsrechts der Einwand unzulässiger Rechtsausübung entgegen, da die Klägerin das Widerrufsrecht zur Ausübung vertragsfremder Zwecke genutzt habe. Nach der gebotenen Interessenabwägung verbleibe kein schutzwürdiges Interesse der Klägerin an einem Widerruf. Bei der Abwägung sei zu berücksichtigen, dass der Darlehensvertrag eine Widerrufsbelehrung enthalten habe, die grundsätzlich geeignet gewesen sei, den

Verbraucher über das Bestehen des Widerrufsrechts aufzuklären. Dass die Beklagte, die sich um eine zutreffende Belehrung bemüht habe, allein die erheblichen wirtschaftlichen Konsequenzen eines „ewigen“ Widerrufsrechts tragen solle, sei nicht nachzuvollziehen.

Dagegen wendet sich die Klägerin mit ihrer form- und fristgerecht eingelegten sowie fristgerecht begründeten Berufung.

Die Klägerin wendet sich gegen die Annahme des Landgerichts, dass das Widerrufsrecht zum Zeitpunkt seiner Ausübung im März 2015 verwirkt gewesen sei.

Die Klägerin beantragt,

unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Frankfurt am Main vom 10.12.2015, Az. 2-02 O 110/15:

1. festzustellen, dass der Darlehensvertrag Nr. _____ vom 30.05.2008 aufgrund der Widerrufserklärung der Klägerin vom 30.03.2015 sich in ein gesetzliches Rückgewährschuldverhältnis umgewandelt habe.
2. Die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 1.120,62 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 12.05.2015 zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte verteidigt das erstinstanzliche Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens.

II.

Die zulässige Berufung ist überwiegend begründet.

Der von der Klägerin erhobene Feststellungsantrag ist zulässig. Zwar ist es gemäß § 256 Abs. 1 ZPO nicht zulässig, einzelne Vorfragen zum Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses zum Gegenstand des Feststellungsbegehrens zu machen (BGH, Beschluss vom 29.09.2009 - XI ZR 37/08). Die Frage, ob ein Widerruf wirksam erklärt wurde, ist zwar eine solche Vorfrage (a.a.O.). Allerdings umfasst der zuletzt gestellte Antrag der Klägerin ausdrücklich nur noch die Frage des Bestehens bzw. Nichtbestehens des Darlehensvertrages. Daher verfolgt die Klägerin das Ziel, zwischen den Parteien verbindlich zu klären, dass die Klägerin nicht mehr zur Rückführung des Darlehens nach den Regelungen des Darlehensvertrages verpflichtet sind und sich in ein Rückabwicklungsschuldverhältnis umgewandelt hat (vgl. auch BGH Beschlusses vom 12.01.2016 - XI ZR 366/15, Juris).

Zwar fehlt es im Allgemeinen an dem erforderlichen Feststellungsinteresse nach § 256 Abs. 1 ZPO, soweit eine Leistungsklage möglich ist. Der Vorrang der Leistungsklage gilt aber nicht ausnahmslos. Wenn eine Feststellungsklage zur endgültigen Erledigung der aufgetretenen Streitpunkte führt, etwa weil von der Bereitschaft des Beklagten zur Leistung schon auf ein rechtskräftiges Feststellungsurteil hin auszugehen ist, bestehen gegen die Zulässigkeit keine Bedenken. So liegt der Fall hier. Es besteht hinreichende Gewähr, dass die beklagte Bank, die der Aufsicht der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht unterliegt, auch aufgrund eines rechtskräftigen Feststellungsurteils einen nach Verrechnung der gegenseitigen Forderungen etwaig noch bestehenden Anspruch der Klägerin erfüllen würde (vgl. dazu BGH, Urteil vom 30.05.1995 - XI ZR 78/94, NJW 1995, 2219; OLG Karlsruher, Urteil vom 15.12.2015 - 17 U 145/14, Juris, Rn. 20; Senat, Urteil vom 4. Mai 2016 - 17 U 210/15).

Zutreffend ist das Landgericht ebenfalls zu der Beurteilung gelangt, dass es sich bei dem Darlehensvertrag vom 30.05.2008 um einen eigenständigen Vertrag handelt, bei welchem der Klägerin ein Widerrufsrecht gemäß § 355 BGB a.F. zustand.

Entgegen der Ansicht der Beklagten greift hier die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur unechten Abschnittsfinanzierung nicht ein. Dies wäre nur

dann der Fall, wenn es sich um einen Kredit gehandelt hätte, bei welchem dem Darlehensnehmer bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses ein langfristiges Kapitalnutzungsrecht eingeräumt wird, die Zinsvereinbarung jedoch nicht für den gesamten Zeitraum, sondern zunächst nur für eine bestimmte Festzinsperiode getroffen wird. Anders als bei einer echten Abschnittsfinanzierung, bei der mit dem Ende einer Festzinsperiode das Kapitalnutzungsrecht des Darlehensnehmers endet, wird dem Darlehensnehmer bei einer unechten Abschnittsfinanzierung ein Kapitalnutzungsrecht für die gesamte Laufzeit des Kredits bis zu dessen Tilgung zugebilligt. Lediglich die Konditionen dafür werden abschnittsweise festgelegt, so dass die Vereinbarung über die Anpassung der Konditionen keinen neuen Darlehensvertrag begründet (vgl. BGH, Urteil vom 28.05.2013, XI ZR 6/12, Juris Rn. 22; Staudinger/Kessal-Wulf, § 491 Rn. 55; MünchKomm/Schürnbrand, BGB, 7. Aufl., § 492 Rn. 11 ff.).

Um eine derartige Konstellation handelt es sich vorliegend jedoch gerade nicht. Die Verträge vom 24.07.2003/28.07.2003 und 30.05.2008 gewährten der Klägerin jeweils ein neues Kapitalnutzungsrecht, es handelt sich nicht lediglich um die Anpassung von Konditionen bei einem bestehenden Darlehensvertrag.

Die Frage der Abgrenzung zwischen einer bloßen Vertragsänderung und einer Novation ist durch Auslegung dahingehend zu ermitteln, was die Parteien im Einzelfall gewollt haben (vgl. nur BGH, Urteile vom 21. November 2012 – VIII ZR 50/12, Juris Rn. 20; vom 27. November 2012 – XI ZR 146/11, Juris Rn. 14). Bei einem Darlehensvertrag kommt eine Vertragsänderung jedoch nur in Betracht, wenn dem Darlehensnehmer kein neues Kapitalnutzungsrecht eingeräumt wird (BGH, Urteil vom 26. Oktober 2010 – XI ZR 367/07, Juris Rn. 29).

Dies war hier jedoch sowohl in der Vereinbarung vom 24.07.2003/28.07.2003 als auch vom 30.05.2008 der Fall.

Der ursprüngliche Vertrag vom 06./12.07.2000 (Anlage B4) über 150.000 DM, bei dem es sich um einen Investitionskredit der KfW handelte, sah zwar in den besonderen Bedingungen unter Punkt 8 vor, dass das Darlehen zum Ende der Zinsfestschreibung zum 30.09.2010 zurückzuzahlen ist, sofern nicht zu diesem Zeitpunkt eine neue Vereinbarung zwischen dem Darlehensnehmer und der

Beklagten auf der Grundlage eines Zinsangebotes der KfW zur Fortführung des Darlehens erfolgte.

Allerdings haben die Parteien bereits am 24.07.2003/28.07.2003 einen neuen Darlehensvertrag über 76.693,78 € geschlossen. Dieser als „Tilgungsdarlehen Fest“ bezeichnete Vertrag sah eine Zinsbindung bis zum 30.07.2008 vor, einen Hinweis auf die KfW enthält dieser Vertrag nicht. Damit handelt es sich um einen eigenständigen Darlehensvertrag, welcher nicht lediglich die Bedingungen des Kapitalnutzungsrechts aus dem Vertrag vom 06./12.07.2000 modifizierte, sondern ein neues Kapitalnutzungsrecht gewährte. Denn in diesem Vertrag fehlt jeglicher Hinweis auf die KfW und die in dem Vertrag vom 06./12.07.2000 enthaltenen Förderbedingungen.

Ebenfalls gewährt der streitgegenständliche Vertrag vom 30.05.2008 ein neues Kapitalnutzungsrecht und modifiziert nicht lediglich den Vertrag vom 24.07.2003/28.07.2003. Dies ergibt sich bereits daraus, dass die Darlehenssumme wesentlich erhöht wurde, auch hat sich die Kontonummer – wenngleich geringfügig – geändert. Zwar blieben die Sicherheiten identisch. Allerdings ist im Verwendungszweck nicht die Prolongation eines bestehenden Darlehens, sondern ausdrücklich dessen „Ablösung“ vorgesehen, was dafür spricht, dass es den Parteien nicht um die Modifikation eines bestehenden Vertrages, sondern um den Neuabschluss ging. Hierfür sprechen auch die vereinbarten Bedingungen für „SpardaForward-Darlehen“, wonach das Darlehen unter Ziffer 2 als ein Darlehen beschrieben wird, welches „für die Ablösung von Darlehen gewährt wird, deren Zinslauf maximal 36 Monate in der Zukunft liegt“, zudem wurde unter Ziffer 3 eine Abnahmeverpflichtung und eine Nichtabnahmeentschädigung vereinbart. Hieraus ergibt sich, dass die Parteien nicht nur einen bestehenden Vertrag modifiziert haben, sondern einen neuen Darlehensvertrag schließen wollten. Dass dies die Parteien auch so gesehen haben, zeigt sich auch darin, dass die Parteien einen als „Darlehensvertrag“ überschriebenen neuen Vertrag abgeschlossen haben, der sämtliche Einzelheiten der Vertragsbeziehungen der Parteien vollständig umfasst und auch zu den Sicherheiten eine eigenständige Regelung enthält.

Die Klägerin hat Anspruch auf die beantragte Feststellung der Umwandlung des Darlehensvertrags in ein Rückabwicklungsschuldverhältnis. Denn die Klägerin hat den am 30.03.2015 erklärten Widerruf fristgerecht und damit wirksam ausgeübt (§§ 491, 495 Abs. 2, 355 BGB a. F.). Die Widerrufsfrist von zwei Wochen gem. § 355 Abs. 1 S. 2 BGB a. F. hatte zum Zeitpunkt des Widerrufs noch nicht zu laufen begonnen. Denn die streitgegenständlichen Belehrungen werden weder dem Deutlichkeitsgebot gerecht, noch kann sich die Beklagte auf die Schutzwirkung des § 14 Abs. 1 und 3 BGB-InfoV a. F. berufen.

Die in der Widerrufsbelehrung enthaltene Formulierung: „Sie können Ihre Vertragserklärung innerhalb von zwei Wochen (einem Monat)¹ ... widerrufen“, wird den Anforderungen des § 355 Abs. 2 S. 1 BGB a.F. und dem darin enthaltenen Deutlichkeitsgebot (vgl. BGH, Urteil vom 15.08.2012 - VIII ZR 378/11, Juris, m.w.N., Senat Beschluss vom 01.10.2014 - 17 U 138/14, Juris Rn. 25 m.w.N.; Urteil vom 26.08.2015, 17 U 202/14) nicht gerecht. Denn durch diese Formulierung wird dem Verbraucher nicht hinreichend deutlich vor Augen geführt, welche Frist für den Widerruf gilt.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem Zusatz in der Fußnote 1, in der es heißt: „Die Widerrufsfrist beträgt gem. § 355 Abs. 2 S. 2 BGB einen Monat, wenn die Widerrufsbelehrung erst nach Vertragsschluss in Textform dem Kunden mitgeteilt wird bzw. werden kann.“

Denn aus der Widerrufsbelehrung wird bereits nicht hinreichend deutlich, dass diese Fußnote noch Bestandteil der Widerrufsbelehrung ist und sich an den Verbraucher und nicht an den Bearbeiter richtet (vgl. Senat, Urteil vom 27. Januar 2016 – 17 U 16/15 juris Rn. 22). Die Fußnote befindet sich – durch einen Strich, welcher die Widerrufsbelehrung umgrenzt – getrennt von der Widerrufsbelehrung. Zudem befindet sich auch die Unterschrift des Verbrauchers oberhalb der Fußnote und der Abgrenzung durch den vorgenannten Trennstrich. Soweit dem, worauf sich die Beklagte bezieht, für vergleichbare Widerrufsbelehrungen entgegengehalten wird, dass der Abdruck einer Fußnote am Seitenende der üblichen Praxis entspreche und für einen durchschnittlichen Verbraucher ohne weiteres verständlich sei und demzufolge von einem durchschnittlichen Verbraucher Teil der Belehrung aufgefasst werde (OLG Düsseldorf, Urteil vom 29.

Januar 2016 – 7 U 21/15, Juris Rn. 67; OLG Köln, Urteil vom 24. Februar 2016 – 13 U 84/15 Rn. 43), so berücksichtigt dies die Besonderheiten der Widerrufsbelehrung nicht. Der mit dem Widerrufsrecht bezweckte Schutz des Verbrauchers erfordert eine umfassende, unmissverständliche und für den Verbraucher eindeutige Belehrung (BGH, Urteil vom 10. 3. 2009 - XI ZR 33/08, Juris Rn. 14). Insoweit der Verbraucher die Widerrufsbelehrung ausdrücklich unterschreiben muss, muss er nicht damit rechnen, dass auch Fußnoten unterhalb seiner Unterschrift noch Teil der an ihn gerichteten Erklärung sind und von ihm entsprechend wahrgenommen werden müssen. Vielmehr kann ein verständiger Verbraucher davon ausgehen, dass es sich bei diesem Text um interne – an die Mitarbeiter der Beklagten gerichtete – Anweisungen handelt. Dies wird im vorliegenden Fall umso deutlicher, als auch unter der Unterschrift des Darlehensvertrages (Bl. 4 Anlage B1) Fußnoten enthalten sind, die sich ersichtlich nicht an den Kunden richten, da mit ihnen (Fußnote 1 und 2) die Verwendung weiterer Formulare vorgesehen ist.

Ohne den Zusatz in der Fußnote ist die Widerrufsfrist für den Verbraucher jedoch nicht bestimmbar, da für diesen unklar ist, innerhalb welcher der beiden alternativ genannten Fristen der Widerruf erfolgen kann, so dass die Belehrung schon deshalb nicht dem Deutlichkeitsgebot des § 355 Abs. 2 BGB a.F. entspricht.

Allerdings ist der Senat zudem der Auffassung, dass selbst unter Hinzuziehung der Fußnote die Widerrufsbelehrung dem Deutlichkeitsgebot nicht genügt.

Allerdings wird zum Teil in der Rechtsprechung die Ansicht vertreten, dass eine entsprechende mit einer Fußnote versehene Belehrung nicht zu beanstanden sei, da der Verbraucher eigenständig beurteilen könne, ob ihm der Text erst nach Vertragsschluss übermittelt wurde und er die Fristlänge so ermitteln könne (OLG Düsseldorf, Urteil vom 29. Januar 2016 – 7 U 21/15, Juris Rn. 67; OLG Köln Urteil vom 24. Februar 2016 – 13 U 84/15, Juris Rn. 50ff.).

Dem wird allerdings für vergleichbare Fußnotenzusätze bei der Widerrufsfrist entgegengehalten, dass diese geeignet seien, beim Verbraucher den Eindruck hervorzurufen, er müsse die Widerrufsdauer im Einzelfall prüfen, was unnötige Unklarheiten über die Länge der Widerrufsfrist schaffe (OLG Nürnberg, Urteil vom 11. November 2015 – 14 U 2439/14, Juris Rn. 31; OLG München, Urteil vom 21.

Oktober 2013 – 19 U 1208/13 Rn. 37; vgl. auch OLG Brandenburg, Urteil vom 17. Oktober 2012 – 4 U 194/11 Rn. 27).

Der Senat teilt die zuletzt genannte Ansicht. Denn mit der Belehrung über die Widerrufsfrist verbunden mit der Fußnote wird dem Verbraucher eine Prüfungspflicht auferlegt, die zudem im Einzelfall für den Verbraucher zu schwierigen Fragen der Fristberechnung führen kann, wenn sich für ihn nicht hinreichend deutlich ergibt, ob ihm die Belehrung erst nach dem Vertragsschluss mitgeteilt wurde und zu Irritationen und Unsicherheiten im Einzelfall führen kann. Von einer derartigen Prüfung soll der Verbraucher indes entbunden sein. Der mit dem Widerrufsrecht bezweckte Schutz des Verbrauchers erfordert nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs vielmehr eine umfassende, unmissverständliche und für den Verbraucher eindeutige Belehrung. Der Verbraucher soll dadurch nicht nur von seinem Widerrufsrecht Kenntnis erlangen, sondern auch in die Lage versetzt werden, dieses auszuüben (BGH, Urteil vom 10. 3. 2009 - XI ZR 33/08, Juris Rn. 14). Dem wird die vorliegend verwandte Belehrung insoweit nicht gerecht.

Da die Belehrung aus diesen Gründen bereits den Anforderungen des § 355 BGB a.F. nicht genügt, kann dahinstehen, ob – wie die Berufung meint – die Belehrung auch hinsichtlich des Fristbeginns nicht den Anforderungen des § 355 BGB a.F. genügt.

Auf die Schutzwirkung des § 14 Abs. 1 und 3 BGB-InfoV a. F. kann sich die Beklagte nicht berufen. Denn nach § 14 Abs. 1 BGB-InfoV a. F. genügt die Belehrung den Anforderungen des § 355 Abs. 2 BGB a. F., wenn das Muster der Anlage 2 zu § 14 Abs. 1 BGB-InfoV a. F. in Textform verwendet wird. Die Schutzwirkung des § 14 Abs. 1 BGB-InfoV besteht nur dann, wenn ein Formular verwendet wird, das dem Muster der Anlage 2 zu § 14 Abs. 1 BGB-InfoV a.F. sowohl inhaltlich als auch in der äußeren Gestaltung vollständig entspricht (vgl. BGH, Beschluss vom 10.02.2015 - II ZR 163/14, Juris Rn. 8; BGH, Urteil vom 18.03.2014 - II ZR 109/13, Juris Rn. 15; BGH, Urteil vom 01.12.2010 - VIII ZR 82/10, Juris Rn. 15). Greift der Unternehmer in den Mustertext selbst ein, kann er sich schon deshalb unabhängig vom konkreten Umfang der Änderung auf eine

etwa mit der unveränderten Übernahme der Musterbelehrung verbundene Schutzwirkung nicht mehr berufen (BGH, Urteil vom 01.03.2012 - III ZR 83/11, Juris Rn. 17; Senat, Urteil vom 26.08.2015, Az. 17 U 202/14, Juris Rn. 31). Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Veränderungen wesentlich sind oder sich negativ auf die Verständlichkeit der Belehrung auswirken. Maßgeblich ist allein, ob der Unternehmer den Text der Musterbelehrung bei der Abfassung der Widerrufsbelehrung einer eigenen inhaltlichen Bearbeitung unterzogen hat (vgl. BGH Beschluss vom 10.02.2015 - II ZR 163/14, Juris Rn. 8; BGH Urteil vom 18.03.2014 - II ZR 109/13, Juris Rn. 18; Senat a.a.O.). Geringfügige Anpassungen, wie etwa diejenige der Formulierung des Fristbeginns an das Gesetz (vgl. hierzu auch BGH, Beschluss vom 2.11.2012 - II ZR 264/10, Juris Rn. 6), bleiben allerdings möglich (Senat, Beschluss vom 10.08.2015, Az. 17 U 194/14, Juris Rn. 24; OLG Frankfurt vom 29.12.2014, Az. 23 U 80/14, Juris Rn. 17). Nach diesem Maßstab hat die Beklagte die Musterbelehrung vorliegend einer inhaltlichen Bearbeitung unterzogen.

Die Musterbelehrung sah in der für den Vertragsschluss am 25. Mai 2007 geltenden Fassung in Anlage 2 zu § 14 BGB-InfoV folgenden Text vor: „Sie können Ihre Vertragserklärung innerhalb von [zwei Wochen] [1] ohne Angabe von Gründen in Textform...“ widerrufen. Zudem sah der Gestaltungshinweis Nr. 1 zur Anlage 2 zu § 14 BGB-InfoV aF vor: „Wird die Belehrung erst nach Vertragsschluss mitgeteilt, lautet der Klammerzusatz ‚einem Monat‘“. Eine kumulative Verwendung sah die Musterbelehrung ausdrücklich nicht vor, sie gibt dem Verbraucher auch nicht auf, anhand einer Fußnote – bei der zudem unklar ist, ob sie sich an den Verbraucher richtet – die Länge der Widerrufsfrist selbst zu bestimmen (vgl. OLG Nürnberg, Urteil vom 11. November 2015 – 14 U 2439/14, Juris Rn. 31; OLG München, Urteil vom 21. Oktober 2013 – 19 U 1208/13 Rn. 35 ff.; LG Düsseldorf, Urteil vom 29. Dezember 2015 – 10 O 432/14, Juris Rn. 51; aA OLG Düsseldorf, Urteil vom 29. Januar 2016 – 7 U 21/15, Juris Rn. 67; OLG Köln Urteil vom 24. Februar 2016 – 13 U 84/15).

Weiter hat die Beklagte auch den Gestaltungshinweis Nr. 10 des Musters betreffend die Hinweise für finanzierte Geschäfte missachtet hat, nach dem im Fall

des finanzierten Grundstückserwerbs Satz 2 der allgemeinen Hinweise zwingend durch spezielle Hinweise für den finanzierten Grundstückserwerb zu ersetzen ist. Statt Satz 2 zu ersetzen, hat die Beklagte die Hinweise für den finanzierten Grundstückserwerb hinter Satz 2 in die vollständig beibehaltenen Hinweise für finanzierte Geschäfte eingefügt. Zudem hat sie die in den Gestaltungshinweisen vorgegebene Musterformulierung für den finanzierten Grundstückserwerb inhaltlich verändert, indem sie die einleitende Formulierung „Dies ist nur anzunehmen“ durch die abweichende und längere Formulierung „Bei einem finanzierten Erwerb eines Grundstücks oder grundstücksgleichen Rechts ist eine wirtschaftliche Einheit nur anzunehmen“ ersetzt hat. Infolge der sechs Zeilen langen und inhaltlich von den Vorgaben abweichenden Ergänzung des Mustertextes um spezielle Hinweise für den finanzierten Grundstückserwerb ist zudem die Widerrufsbelehrung insgesamt unübersichtlicher und weniger deutlich (so OLG Stuttgart, Urteil vom 29.09.2015, Az. 6 U 21/15, Rn. 34, zitiert nach juris; OLG Stuttgart, Urteil vom 24.11.2015, Az. 6 U 140/14; Rn. 44 ff., zitiert nach juris; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22.07.2015, Az. I-14 U 27/15, Rn. 11, zitiert nach juris; OLG Hamm, Urteil vom 25.03.2015, Az. I 31 U 155/14, Rn. 13, zitiert nach juris). Der Annahme einer inhaltlichen Bearbeitung steht insoweit nicht entgegen, dass die Abweichung von der Musterbelehrung nur in der Aufnahme von zutreffenden Zusatzinformationen zu Gunsten des Verbrauchers besteht (BGH, Urteil vom 18.03.2014, Az. II ZR 109/13, Rn. 15 ff., zitiert nach juris; BGH, Beschluss vom 10.02.2015, Az. II ZR 163/14, Rn. 8, zitiert nach juris). Dies gilt hier umso mehr, als die Beklagte nicht lediglich die Formulierung der gesetzlichen Regelung verbundender Geschäfte in § 358 Abs. 3 S. 2 und S. 3 BGB a. F. übernommen hat, sondern den Gesetzestext umformuliert und dabei nicht nur grammatikalischen, sondern auch inhaltlichen Änderungen und Ergänzungen unterzogen hat. Auch kann dahinstehen, ob es sich im konkreten Fall gerade um kein verbundenes Geschäft handelt, so dass nach Gestaltungshinweis Nr. 10 die Hinweise für finanzierte Geschäfte auch entfallen können. Denn auch hier ist entscheidend, dass die Beklagte durch Missachtung des Gestaltungshinweises Nr. 10 und durch Umformulierung des vorgegebenen Mustertextes in das zur Verfügung gestellte Muster inhaltlich eingegriffen hat. Dann kann sie sich auf die mit einer unveränderten Übernahme der Musterbelehrung verbundene Schutzwirkung nicht mehr berufen, unabhängig davon, ob der geänderte Teil der

Musterbelehrung im konkreten Fall einschlägig ist (BGH, Urteil vom 28.06.2011, Az. XI ZR 249/10, Rn. 39, zitiert nach juris; Senat, Urteil vom 22.06.2016 – 17 U 224/15, Juris Rn. 59).

Der Ausübung des Widerrufsrechts durch die Klägerin steht nicht der Einwand der Verwirkung entgegen.

Zwar können grundsätzlich auch unbefristete Gestaltungsrechte wie das Widerrufsrecht im Falle illoyaler Verspätung der Verwirkung unterliegen (OLG Frankfurt, Beschluss vom 02.09.2015, Az. 23 U 24/15, Juris Rn. 42). Die Voraussetzungen der Verwirkung sind hier jedoch nicht erfüllt. Ein Recht ist verwirkt, wenn seit der Möglichkeit der Geltendmachung längere Zeit verstrichen ist (Zeitmoment) und besondere Umstände hinzutreten, die die verspätete Geltendmachung als Verstoß gegen Treu und Glauben erscheinen lassen (Umstandsmoment). Letzteres ist der Fall, wenn der Verpflichtete bei objektiver Betrachtung aus dem Verhalten des Berechtigten entnehmen durfte, dass dieser sein Recht nicht mehr geltend machen werde. Ferner muss sich der Verpflichtete im Vertrauen auf das Verhalten des Berechtigten in seinen Maßnahmen so eingerichtet haben, dass ihm durch die verspätete Durchsetzung des Rechts ein unzumutbarer Nachteil entstünde (BGH v. 20.07.2010, Az. EnZR 23/09, Juris Rn. 20). Im vorliegend betroffenen Anwendungsbereich von Verbraucherschutzrechten und damit zusammenhängenden Widerrufsrechten sind strenge Anforderungen an das Umstandsmoment zu stellen (Senat, Urteil vom 26.08.2015, Az. 17 U 202/14, Juris Rn. 34). Danach kommt hier eine Verwirkung nicht in Betracht. Die jahrelange unbeanstandete Durchführung des Vertrages allein reicht ebenso wenig wie die Rückführung des Darlehens aus, um von einer Verwirkung ausgehen zu können (Senat a.O. m.w.Nw.; Müggenborg/Horbach, NJW 2015, 2145 [2149]; a. A.: OLG Frankfurt, Urteil vom 07.08.2015, Az. 19 U 5/15, Juris Rn. 59 – Nichtzulassungsbeschwerde anhängig). Außer der seit der vollständigen Rückführung des Darlehens verstrichenen Zeit steht damit kein Verhalten der Kläger im Raum, aus dem die Beklagte bei objektiver Betrachtung den Schluss ziehen durfte, der Kläger würde sein Recht nicht mehr geltend machen. Überdies hat die Beklagte auch nicht vorgetragen, dass sie sich auf die Nichtausübung des Widerrufsrechts eingerichtet hätte und ihr ein unzumutbarer Nachteil entstünde,

falls der Widerruf Wirksamkeit entfaltete, worauf bereits das Landgericht zutreffend abgestellt hat. Schließlich wäre die Beklagte auch nicht schutzwürdig. Nach § 355 Abs. 3 S. 3 BGB a. F. erlischt das Widerrufsrecht nicht, wenn der Verbraucher nicht ordnungsgemäß über sein Widerrufsrecht belehrt worden ist. Derjenige, der eine fehlerhafte Widerrufsbelehrung verwendet, muss mithin regelmäßig mit der Ausübung des Widerrufsrechts rechnen (vgl. (BGH, Urteil vom 07.05.2014, Az. IV ZR 76/11, BGHZ 201, 101-121, Juris Rn. 39; OLG Frankfurt, Beschluss vom 02.09.2015, Az. 23 U 24/15, Juris Rn. 42). Die bloße Hoffnung der Beklagten, auf ihr eigenes Schweigen hin würde auch der Kläger die Sache im Laufe der Zeit vielleicht auf sich beruhen lassen, begründet die Schutzwürdigkeit der Beklagten jedenfalls nicht (Senat, Urteil vom 26.08.2015, Az. 17 U 202/14, Juris Rn. 36). Sonstigen begründete Umstände, aufgrund derer die Beklagte im konkreten Fall nicht mehr mit einem Widerruf nach der bereits erfolgten vollständigen Rückzahlung des Darlehens rechnen musste, liegen nicht vor.

Entgegen der Ansicht der Beklagten stellt sich die Ausübung des Widerrufs nicht als unzulässige Rechtsausübung dar.

Der Klägerin ist insbesondere nicht vorzuwerfen, sich mit der Erklärung des Widerrufs in einen mit den Grundsätzen von Treu und Glauben nicht in Übereinstimmung zu ihrem früheren Verhalten stehenden Widerspruch gesetzt zu haben. Allein der Umstand, dass ein Berechtigter bis zur Ausübung eines ihm eingeräumten Gestaltungsrechts den bestehenden Vertrag anerkennt, kann der Geltendmachung von Rechten nach der Ausübung grundsätzlich nicht entgegenstehen (OLG Frankfurt, Beschluss vom 02.09.2015, Az. 23 U 24/15, Juris Rn. 42), da andernfalls die vom Gesetzgeber in § 355 Abs. 3 S. 3 BGB a. F. getroffene Regelung in ihr Gegenteil verkehrt würde (vgl. OLG Hamm, Beschluss vom 17.03.2015, Az. 31 U 40/15, Juris Rn. 7). Widersprüchliches Verhalten ist nach der Rechtsordnung grundsätzlich zulässig und nur dann rechtsmissbräuchlich, wenn für den anderen Teil ein Vertrauenstatbestand geschaffen worden ist oder wenn andere besondere Umstände die Rechtsausübung als treuwidrig erscheinen lassen. Eine Rechtsausübung kann unzulässig sein, wenn sich objektiv das Gesamtbild eines widersprüchlichen Verhaltens ergibt, weil das frühere Verhalten mit dem späteren sachlich

unvereinbar ist und die Interessen der Gegenpartei im Hinblick hierauf vorrangig schutzwürdig erscheinen (BGH, Urteil vom 07.05.2014, Az. IV ZR 76/11, BGHZ 201, 101-121, Juris Rn. 40). Eine solche vorrangige Schutzwürdigkeit kann ein Unternehmer nicht für sich beanspruchen, wenn er es – so wie hier – versäumt hat, den Verbraucher über sein Widerrufs bzw. Widerspruchsrecht zu belehren (vgl. BGH a.a.O.).

Die Geltendmachung des Widerrufsrechtes ist auch nicht deshalb ausgeschlossen, weil sie zu einem Zweck erfolgte, der der Zwecksetzung der Norm, die das Widerrufsrecht grundsätzlich eröffnet, zuwiderliefe. Zwar liegen Sinn und Zweck eines Widerrufsrechts grundsätzlich darin, dem Kunden die Möglichkeit einzuräumen, die Sinnhaftigkeit des von ihm abgeschlossenen Vertrages im Nachhinein noch einmal zu überdenken und auf eine voreilige EntschlieÙung überprüfen zu können. Dennoch kann von einem Rechtsmissbrauch auch dann nicht ausgegangen werden, wenn der Verbraucher – wie hier – für sich keinen Übereilungsschutz in Anspruch zu nehmen gedenkt, sondern aus dem Widerruf einen wirtschaftlichen Vorteil ziehen will (BGH, Urteil vom 16.03.2016, Az. VIII ZR 146/15, Juris Rn. 16 ff.; Senat, Urteil vom 26.08.2015, Az. 17 U 202/14, Juris Rn. 35). Nach der gesetzlichen Regelung kann ein Verbraucher das Widerrufsrecht ohne besondere Begründung ausüben (vgl. § 355 Abs.1 S.2 BGB a.F.); eine wie auch immer geartete „Gesinnungsprüfung“ findet nicht statt - und zwar weder innerhalb der Zwei-Wochen-Frist noch danach. Insofern ist es ohne weiteres legitim, das Widerrufsrecht aus rein wirtschaftlichen Erwägungen geltend zu machen (BGH, Urteil vom 16.03.2016, Az. VIII ZR 146/15, Juris Rn. 16 ff.; OLG Frankfurt a.a.O.; OLG Stuttgart, Urteil vom 06.10.2015, Az. 6 U 148/14, Juris Rn. 44; Müggenborg/Horbach, NJW 2015, 2145 [2148]; a.A.: OLG Hamburg, Urteil vom 02.04.2015, Az. 13 U 87/14, BeckRS 2015, 17033, beck-online Rn. 18 ff.).

Nach alledem war das landgerichtliche Urteil abzuändern und dem von der Klägerin gestellten Feststellungsantrag stattzugeben.

Darüber hinaus hat die Klägerin aus §§ 280 Abs. 2, 286 Abs. 2 Ziff. 3 BGB Anspruch auf Erstattung von durch die Klägerin bereits an ihre

Prozessbevollmächtigten gezahlten Rechtsanwaltskosten. Entgegen der Ansicht der Klägerin beläuft sich der Streitwert jedoch nicht auf den Darlehensnennbetrag von 90.000,- €, sondern ist nach dem Beschluss des BGH vom 12.01.2016 (Az. XI ZR 366/15, zitiert nach juris) entsprechend bis zum Widerruf geleisteten Zinsen und Tilgungen nach der Gebührenstufe bis 45.000 € zu bemessen.

Demnach steht der Klägerin, die gemäß § 15,15a RVG, lediglich den nicht anrechenbaren Teil der Geschäftsgebühr geltend macht, nur ein Anspruch in Höhe der nicht anrechenbaren Geschäftsgebühr (0,65) zzgl. Auslagen und Mehrwertsteuer geltend. Bei einem Streitwert von bis zu 45.000 € ergibt dies einen Anspruch von 865,37 €.

Der Zinsanspruch folgt aus §§ 286 Abs. 1, 288 Abs. 1 BGB.

Die Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 92 Abs. 2 Nr. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Revision war zuzulassen (§ 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 ZPO). Denn das OLG Düsseldorf (Urteil vom 29. Januar 2016 – 7 U 21/15, Juris Rn. 67) und das OLG Köln (Urteil vom 24. Februar 2016 – 13 U 84/15, Juris Rn. 50ff.) haben zu dem in der Belehrung enthaltenen Fußnotentext anders entschieden. Dies erfordert nach der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (Beschluss vom 16.06.2016 – 1 BvR 873/15, Juris) die Zulassung der Revision gem. § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 ZPO. Ob die sich hier stellenden Rechtsfragen durch das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 12.07.2016 – XI ZR 564/15 beantwortet werden, kann nicht beurteilt werden, da die Entscheidungsgründe noch nicht veröffentlicht sind.