

Das Ende eines „Jokers“?

Fehlerhafte Widerrufsbelehrungen im Wandel der Rechtsprechung.

Autor:

Thomas Henning,

Justitiar Sparkasse Nürnberg/Rechtsanwalt, Bank- und Insolvenzrecht.

Diskutieren Sie zum Thema dieses Beitrags mit anderen BankPraktikern in unserem

FCH Blog:

blog.fc-heidelberg.de

Diesen Beitrag finden Sie dort unter der Rubrik: Kredit/Immobilien.

» „Widerrufsjoker“ als lukratives Tätigkeitsfeld. «

I. Einleitung

▷ In Presse, Funk und Fernsehen wird in letzter Zeit regelmäßig das Problem der fehlerhaften Widerrufsbelehrungen durch Verbraucherschützer thematisiert¹. In deren Kielwasser hat auch die Anwaltschaft den „Widerrufsjoker“ als lukratives Tätigkeitsfeld für sich entdeckt. Dabei ist zu beobachten, dass entsprechende Fallbearbeitungen oft stark schematisiert erfolgen, Korrespondenzen sich nicht selten in Textbausteinen erschöpfen und die Besonderheiten des Einzelfalls regelmäßig nicht beachtet werden. Überdies ist zu beobachten, dass in der diesbezüglichen Berichterstattung **ausschließlich verbraucherfreundliche Urteile** zitiert werden, die oft nicht einmal rechtskräftig sind², oder Leitsätze des BGH verwendet werden, ohne die betreffende Urteilsbegründung inhaltlich zu prüfen.

Aufgrund der Vielzahl an verwendeten Formulierungen für Widerrufsbelehrungen ist es **unerlässlich**, sich bei der Bearbeitung von Widerrufserklärungen mit der jeweils konkreten Belehrung auseinanderzusetzen, die jeweils zitierte Rechtsprechung kritisch zu prüfen und auch die Rechtsprechungstendenzen der „eigenen“ Gerichte zu kennen.

II. Gesetzliche Anforderungen an eine Widerrufsbelehrung

Die Anforderungen an eine wirksame Widerrufsbelehrung ergeben sich aus § 355 BGB in der jeweiligen Fassung, ab dem 29.07.2009 auch aus § 360 BGB in der jeweiligen Fassung. Insbesondere ist der Verbraucher danach über die Widerrufsfrist zu belehren. Entsprechend dem von der Musterwiderrufsbelehrung (dazu siehe unten III.) vorgegebenen Wortlaut erfolgte diese Fristbestimmung in vielen der zwischen 2002 und 2008 verwendeten Widerrufsbelehrungen durch die Klausel „Die Frist beginnt frühestens mit Erhalt dieser Belehrung.“ Nachdem der BGH die Verwendung des Wortes „**frühestens**“ zunächst noch als wirksam ansah³,

schränkte er dies später dahingehend ein, dass für eine Wirksamkeit noch weitere Erläuterungen erfolgen müssten⁴. Dies wurde in den meisten Widerrufsbelehrungen zwischen 2008 und 2010 auch umgesetzt, die der bisherigen Formulierung ein „... nicht jedoch bevor...“ anfügten.

III. Gesetzlichkeitsfiktion der Musterwiderrufsbelehrung

Mit Inkrafttreten des neu gefassten BGB am 01.01.2002 gab der Gesetzgeber dem Rechtsverkehr die zunächst in Anl. 2 zur BGB-InfoV enthaltene Musterwiderrufsbelehrung an die Hand, flankiert von der in § 14 BGB-InfoV normierten Gesetzlichkeitsfiktion, der zufolge eine **dem Muster entsprechende Widerrufsbelehrung** stets als den gesetzlichen Vorgaben genügend anzusehen war. Dieses der Rechtssicherheit dienende und daher grundsätzlich zu begrüßende Vorhaben des Gesetzgebers hatte nur einen Haken: Die Musterwiderrufsbelehrung enthielt sprachliche wie auch materiellrechtliche Fehler⁵, weshalb die seinerzeit herrschende Meinung der Ansicht war, dass eine entsprechende **redaktionelle Überarbeitung** der Musterwiderrufsbelehrung im Einzelfall **zulässig** sei⁶. Von dieser Möglichkeit wurde in der Kreditwirtschaft auch reger Gebrauch gemacht, so dass zwischen 2002 und 2008 viele unterschiedliche Versionen von Widerrufsbelehrungen (auch innerhalb ein und desselben Instituts) im Umlauf waren, die allesamt für sich das Recht in Anspruch nahmen, von § 14 BGB-InfoV gedeckt zu sein. Die Mehrzahl dieser Versionen einte jedoch die Übernahme der von der Musterwiderrufsbelehrung vorgegebenen Formulierung zum Beginn der Widerrufsfrist, die später durch den BGH als fehlerhaft angesehen wurde⁷. Nachdem der BGH auch Änderungen an der Widerrufsbelehrung als bedenklich ansah⁸, setzte sich in der Instanzrechtsprechung die – im Folgenden auch von Verbraucherschützern und Anwälten dankbar aufgegriffene – Ansicht durch, dass jede, auch nur textliche Änderung der Musterwiderrufsbe-

¹ Für alle: „Immobilienkredite: So kommen Sie aus teuren Kreditverträgen raus“ in: Finanztest 07/2014 und „So kommen Sie raus aus Ihrem teuren Kredit“ in: Wirtschaftswoche 39/2014.

² So berief sich z. B. die Verbraucherzentrale Bremen noch im Sommer auf das bereits im April 2014 durch das OLG Stuttgart aufgehobene Urteil LG Ulm 10 O 33/13 KfH.

³ BGH v. 13.01.2009 – XI ZR 118/08 und XI ZR 508/07.

⁴ BGH v. 28.06.2011 – XI ZR 349/10.

⁵ Im Einzelnen: Palandt/Grüneberg, 65. Aufl. 2006, § 14 BGB-InfoV Rn. 5.

⁶ Palandt a.a.O., Rn. 4.

⁷ Für alle: BGH v. 01.12.2010 – VIII ZR 82/10.

⁸ BGH v. 28.06.2011 – XI ZR 349/10.

lehrung hinsichtlich § 14 BGB-InfoV schädlich sei. Dass andere Senate des BGH dies anders sahen⁹ und, da der Große Senat nicht angerufen wurde, deren Entscheidungen wohl durch den Bankensenat mit getragen wurden, ging dabei regelmäßig unter.

Im Wesentlichen haben sich in der Praxis folgende Angriffspunkte herauskristallisiert:

1. Kontaktdaten des Darlehensgebers

In der aktuellen Widerrufsbelehrung ist zwingend die ladungsfähige Anschrift des Widerrufsempfängers zu nennen¹⁰. Hieraus wird oft der Schluss gezogen, dass auch in Altfällen die Angabe einer reinen Zustelladresse (z. B. einer Postfachanschrift) unzureichend gewesen sei. Dabei wird aber übersehen, dass die Angabe einer ladungsfähigen Anschrift erstmals in § 360 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 BGB a.F. verlangt wurde, der aber erst zum 11.06.2010 in Kraft trat. Wie der BGH daher korrekt entschieden hat¹¹, wurde weder in dem bis dahin alleine einschlägigen § 355 Abs. 2 S. 1 BGB a.F. noch in § 1 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1, Abs. 1 Nr. 10 BGB-InfoV a.F. die Angabe einer ladungsfähigen Anschrift verlangt. Somit war nach altem Recht auch die Angabe einer **Postfachadresse ausreichend**.

2. Fehlende Anpassung der Widerrufsbelehrung

a) Streichung des Passus „Finanzierte Geschäfte“

Nach den Erläuterungen zur Musterwiderrufsbelehrung¹² war im Falle eines verbundenen Vertrags auch über die von § 358 BGB a.F. angeordneten Rechtsfolgen zu belehren. Dieser Passus sollte demnach entfallen können, wenn kein solches Geschäft vorlag. Es ist zu beobachten, dass der Passus – vermutlich aus Vorsichtsgründen – dennoch in vielen Widerrufsbelehrungen enthalten ist, die keinen verbundenen Vertrag betrafen.

Nach den Vorstellungen einiger Gerichte soll bereits dann nicht korrekt über das Widerrufsrecht belehrt worden sein, wenn der Passus nicht erforderlich gewesen wäre, aber dennoch verwendet wurde¹³. Dieser Auffassung widersprach aber bereits die Musterwiderrufsbelehrung selbst. So lautete der Gestaltungs-

hinweis 9 zum Muster lt. Anl. 2 BGB-InfoV a. F.: „Die nachfolgenden Hinweise für finanzierte Geschäfte **können entfallen**, wenn ein verbundenes Geschäft nicht vorliegt.“ Dass ein Passus, der entfallen *kann*, nicht entfallen *muss*, sollte eigentlich selbstverständlich sein. Hinzu kommt, dass – wäre es dem Verordnungsgeber auf eine verbindliche Streichung angekommen – er dies auch in den Gestaltungshinweisen zum Ausdruck gebracht hätte. Ein unterlassenes Streichen des konkret nicht einschlägigen Passus „Finanzierte Geschäfte“ ist somit unschädlich.

b) Einfügen von Fußnoten bzw. Ausfüllhinweisen

Um das institutsintern vorgegebene Formular einer Widerrufsbelehrung für die tägliche Anwendung besser händelbar zu gestalten und Fehlerquellen durch falsches Ausfüllen zu vermeiden, wurden viele Widerrufsbelehrungen mit Ausfüllhinweisen bzw. entsprechenden Fußnoten versehen, die in der dem Darlehensnehmer überlassenen Belehrung nicht gestrichen bzw. entfernt wurden. Da es sich hierbei um von der Musterwiderrufsbelehrung nicht vorgesehene Ergänzungen handelt, haben diverse Gerichte diese Ergänzungen in Bezug auf § 14 BGB-InfoV a.F. als schädlich angesehen¹⁴.

Allerdings wird, wie *Schmidt-Kessel/Schäfer*¹⁵ zutreffend argumentieren, der durchschnittliche Verbraucher solche Ergänzungen nicht auf sich selbst beziehen, da sie sich ganz offensichtlich an den Sachbearbeiter des Darlehensgebers richten. Zudem wohnt solchen Ergänzungen kein eigener Erklärungsgehalt inne. Daher sind solche Ergänzungen regelmäßig nicht geeignet, das zu beachtende Deutlichkeitsgebot zu verletzen und den Verbraucher zu verwirren. Folgerichtig sind solche Ergänzungen auch **nicht als Abweichungen vom Muster-text** i. S. d. § 14 BGB-InfoV a.F. anzusehen.

c) Übernahme von Gestaltungshinweisen

Von solchen Ausfüllhinweisen sind die vom Verordnungsgeber in die Musterwiderrufsbelehrung eingepflegten Gestaltungshinweise zu unterscheiden. In der Praxis wird von Darlehensnehmern auch deren Übernahme in den Text der konkreten Widerrufsbelehrung

» In einer früheren Entscheidung setzte der BGH die textliche mit der inhaltlichen Bearbeitung gleich. «

⁹ BGH v. 15.08.2012 – VIII ZR 378/11; BGH v. 22.01.2013 – II ZR 264/10.

¹⁰ Vgl. Anl. 7 EGBGB, Gestaltungshinweis Nr. 1.

¹¹ BGH v. 25.01.2012 – VIII ZR 95/11.

¹² Gestaltungshinweis Nr. 9 zu Anl. 2 BGB-InfoV a.F.

¹³ LG Köln v. 17.09.2013 – 21 O 475/12; LG Essen v. 08.08.2013 – 6 O 105/13; LG Köln v. 16.04.2013 – 3 O 175/11.

¹⁴ OLG Brandenburg v. 17.10.2012 – 4 U 194/11.

¹⁵ *Schmidt-Kessel/Schäfer*, WM 2014 S. 2.241, 2.248.

» Der Verbraucher ist über das ihm zustehende Widerrufsrecht zu belehren. «

moniert. Allerdings fehlt es hier bereits an dem Argument, dass es sich um eine Bearbeitung des Musters handelt, da dieses die Gestaltungshinweise ja gerade enthält. Ferner richten sich die Gestaltungshinweise ausdrücklich (nur) an den Verwender der Musterwiderrufsbelehrung, so dass die Übernahme der Gestaltungshinweise den Verbraucher aus den bereits dargestellten Gründen nicht verwirren kann. Die Übernahme von Gestaltungshinweisen ist daher ebenfalls unschädlich.

3. Ergänzungen/Redaktionelle Änderungen des Mustertexts

Ausgehend vom gesetzlichen Muster wurde die überwiegende Mehrzahl der in der Praxis verwandten Widerrufsbelehrungen textlich bearbeitet. Dies lag zum einen daran, dass der Mustertext bereits von Anbeginn als grammatikalisch nicht korrekt erkannt und nach der seinerzeit herrschenden Ansicht eine textliche Abweichung als zulässig angesehen wurde¹⁶.

In der Folgezeit äußerten sich die Senate des BGH jedoch wiederholt entgegen dieser Auffassung. So geht aus den Leitsätzen zu einer 2011 ergangenen Entscheidung¹⁷ hervor, dass jede *textliche* Änderung des Mustertexts schädlich sei¹⁸. Allerdings kann diese Formulierung des Leitsatzes als missglückt bezeichnet werden, da sich eine Entsprechung in den Urteilsgründen nicht findet. Vielmehr bringt der BGH unter Rn. 39 der Urteilsgründe zum Ausdruck, dass alleine *inhaltliche* Änderungen schädlich sein sollen¹⁹. Allein die hier geäußerte Auffassung, die von Verbraucherschutzverbänden und -anwälten gerne überlesen und auch von Instanzgerichten²⁰ missverstanden wird, steht im Übrigen auch im Einklang mit Urteilen anderer Senate des BGH, die textliche Änderungen nicht per se zur Unwirksamkeit einer Widerrufsbelehrung führen lassen²¹. Ferner ist zu beachten, dass – wäre der Banken-Senat einer anderen Rechtsauffassung – nach Maßgabe des § 132 Abs. 2 GVG der Große Senat anzurufen gewesen wären. Alleine aus dem Umstand, dass dies nicht geschah, ist auf ein einheitliches Rechtsverständnis aller Zivilsenate zu schließen.

Danach kann davon ausgegangen werden, dass lediglich redaktionelle Änderungen grundsätzlich unbedenklich sind. Allerdings besteht ein unvermeidliches **Restrisiko** dahingehend,

dass das im Einzelfall angerufene Gericht die zu beurteilenden Änderungen als solche textlicher oder inhaltlicher Art ansieht. So haben bereits mehrere Gerichte entschieden, dass der Ersatz des Wortes „oder“ durch das Wort „und“ zur Unwirksamkeit führen soll²². Dies ist dann korrekt, wenn – wie im Fall des LG Köln – die Änderung tatsächlich inhaltlicher Art ist.

4. Inhaltliche Änderungen in konkret nicht relevanten Passagen

Es kommt durchaus vor, dass eine Widerrufsbelehrung inhaltlich überarbeitet wurde und somit nicht mehr der Gesetzmäßigkeitsfiktion des § 14 BGB-InfoV a.F. unterliegt, also an sich unwirksam ist, die entsprechend geänderten Passagen aber auf den konkreten Fall ohnehin nicht zutreffen. In diesem Fall stellt sich die Frage, ob auch hier eine Unwirksamkeit der Widerrufsbelehrung gegeben ist. So haben mehrere Gerichte auch diesen – überflüssigen – Passus einer Prüfung nach § 14 BGB-InfoV a.F. unterzogen²³ und **inhaltliche Bearbeitungen** in einem an sich **nicht relevanten Passus** als **schädlich** angesehen.

Diesem Ergebnis möchte eine neue, vom OLG Frankfurt/Main begründete²⁴ und in der Rechtsprechung bereits aufgegriffene²⁵ Argumentation nicht folgen, und zwar aus einem dogmatisch durchaus nachvollziehbaren Grund: Der Gesetzgeber verpflichtete in § 355 Abs. 2 Satz 1 BGB a.F. den Unternehmer, den Verbraucher über *sein* Widerrufsrecht korrekt zu belehren. Das kann, wie das OLG Frankfurt/M. herausarbeitet, aber nur bedeuten, dass sich die korrekte Belehrung nur auf ein dem Verbraucher auch wirklich *zustehendes* Widerrufsrecht erstrecken muss. Liegt aber kein verbundener Vertrag vor, hat der Verbraucher kein entsprechendes Widerrufsrecht und bedarf keiner entsprechenden Belehrung. Ein Fehler in einer gleichwohl erteilten Belehrung soll daher unschädlich sein.

In neueren Entscheidungen wird dies aber differenziert beurteilt. So arbeitete das OLG Frankfurt/M. in einer aktuellen Entscheidung²⁶, der sich bereits andere Gerichte angeschlossen haben²⁷, heraus, dass der Verbraucher nach Maßgabe des § 355 Abs. 2 BGB a.F. „eine deutlich gestaltete Belehrung über *sein* Widerrufsrecht“ zu erhalten habe, also (nur)

¹⁶ S. o. Fn. 6.

¹⁷ BGH v. 28.06.2011 – XI ZR 349/10.

¹⁸ Leitsatz a): „Verwendet der Unternehmer ... ein Formular, das textliche Abweichungen ... enthält, ist ihm eine Berufung auf § 14 Abs. 1 und 3 BGB-InfoV in der damaligen Fassung **schon aus diesem Grunde** verwehrt“.

¹⁹ „**Entscheidend** ist vielmehr **allein**, dass die Beklagte den vom Verordnungsgeber entworfenen Text ... einer eigenen **inhaltlichen** Bearbeitung unterzogen hat“; vgl. auch BGH v. 18.03.2014 – II ZR 109/13.

²⁰ Vgl. OLG Hamm v. 19.11.2012 – I-31 U 97/12; OLG Brandenburg v. 17.10.2012 – 4 U 194/11.

²¹ BGH v. 18.03.2014 – II ZR 109/13; BGH v. 22.01.2013 – II ZR 264/10; BGH v. 15.08.2012 – VIII ZR 378/11.

²² So: LG Köln v. 17.09.2013 – 21 O 475/12; a.A. LG München I v. 24.01.2013 – 22 O 495/12.

²³ OLG Bamberg v. 25.06.2012 – 4 U 262/11.

²⁴ OLG Frankfurt v. 07.07.2014 – 23 U 172/13.

²⁵ LG Nürnberg-Fürth v. 15.08.2014 – 10 O 7640/13.

²⁶ OLG Frankfurt/M. v. 07.07.2014 – 23 U 172/13.

²⁷ LG Nürnberg-Fürth v. 15.08.2014 – 10 O 7640/13.

über das ihm zustehende Widerrufsrecht korrekt zu belehren sei. Für den Fall, dass kein verbundenes Geschäft vorlag, war der Verbraucher also über die hieraus resultierenden Rechtsfolgen nicht zu belehren. Wurde er dennoch belehrt und war diese Belehrung an sich unwirksam, so führt dies allenfalls zu einer fehlerhaften Belehrung über ein dem Verbraucher *nicht* zustehendes Widerrufsrecht; die Belehrung über das *ihm zustehende* Widerrufsrecht wird davon jedoch nicht tangiert.

Damit kommt es selbst bei Vorliegen inhaltlicher Änderungen des Mustertexts stets darauf an, ob vorliegend relevante Passagen der Widerrufsbelehrung bearbeitet wurden.

IV. Individuell gestaltete Widerrufsbelehrungen

Problematisch sind auch nach der neueren Rechtsprechung allerdings vollkommen individuell erstellte Widerrufsbelehrungen, die sich nicht an der Musterwiderrufsbelehrung orientieren. So ist in der Praxis oft folgende oder eine ähnliche Formulierung anzutreffen:

- Sie können Ihre Vertragserklärung innerhalb von zwei Wochen ohne Angabe von Gründen in Textform (z. B. Brief, Fax, Email) widerrufen. Der Lauf der Frist für den Widerruf beginnt einen Tag nachdem Ihnen
- eine Ausfertigung dieser Widerrufsbelehrung und
- die Vertragsurkunde, der schriftliche Vertragsantrag oder eine Abschrift der Vertragsurkunde oder des Vertragsantrags zur Verfügung gestellt wurden. ...

Diese Widerrufsbelehrungen enthalten – wie im Beispiel – oft handwerkliche Fehler, die aufgrund der offensichtlichen inhaltlichen Abweichungen von der Musterwiderrufsbelehrung auch nicht über § 14 BGB-InfoV geheilt werden können.

V. Fragen des Layouts

In den neueren, in den Darlehensvertrag implementierten Widerrufsbelehrungen wird oft das Layout moniert. So wird unter Berufung auf Art. 247 § 6 Abs. 2 Satz 3 EGBGB gefordert,

dass die im Darlehensvertrag enthaltene Widerrufsbelehrung derart hervorgehoben sein soll, dass sie quasi ein **Alleinstellungsmerkmal** erhält. Dabei wird aber zum einen übersehen, dass in Art. 247 EGBGB auch weitere Hervorhebungen gefordert werden (so z. B. der Hinweis auf die Abtretbarkeit der Darlehensforderung nach Art. 247 § 9 Abs. 1 Satz 2 EGBGB), ohne dass das Gesetz eine Rangfolge zwischen den verschiedenen Hervorhebungen vorsieht. Damit kann logischerweise keiner der hervorzuhebenden Angaben ein Alleinstellungsmerkmal zukommen. Zum anderen bewirkt die Hervorhebung nach Art. 247 § 6 Abs. 2 Satz 3 EGBGB nur den Eintritt einer Gesetzesfiktion, wie aus der Formulierung „Enthält ..., genügt diese den Anforderungen...“ wohl eindeutig hervorgeht. Denn dass eine Widerrufsbelehrung, die nicht über die Hervorhebung verfügt, automatisch unwirksam ist, ordnet das Gesetz ausdrücklich nicht an. Damit ist eine unterlassene Hervorhebung für sich genommen unschädlich.

VI. Verwirkung/Rechtsmissbräuchlichkeit des Widerrufsrechts

Ergibt sich nach den vorstehenden Ausführungen, dass die Widerrufsbelehrung in der Tat nicht wirksam erteilt wurde und das Widerrufsrecht damit noch besteht, so stellt sich die Frage, ob die Ausübung des Widerrufsrechts nach mehreren Jahren z. B. wegen Rechtsmissbräuchlichkeit oder Verwirkung ausgeschlossen ist.

Zumindest das Argument einer Verwirkung wird in der neueren Rechtsprechung zunehmend diskutiert und – wie auch in der Literatur²⁸ – immer mehr bejaht. Nach allgemeiner Lesart ist ein Recht dann verwirkt, wenn seit der Möglichkeit seiner Geltendmachung eine längere Zeit verstrichen ist und besondere Umstände hinzutreten, die eine verspätete Geltendmachung als Verstoß gegen Treu und Glauben erscheinen lassen²⁹. In Bezug auf die Ausübung des Widerrufsrechts hat sich in der jüngeren obergerichtlichen Rechtsprechung die ursprünglich (wohl) durch das OLG Köln³⁰ geprägte Auffassung gefestigt, dass viele Jahre nach Auszahlung des Darlehensbetrags und nach bereits erfolgter vollständiger Tilgung des Darlehens der Darlehensgeber

» Problematisch sind individuell erstellte Widerrufsbelehrungen. «

²⁸ Kropf, WM 2014 S. 2.250, 2.254.

²⁹ Vgl. BGH v. 19.10.2005 – XII ZR 224/03; OLG Nürnberg v. 09.01.2008 – 5 W 2508/07.

³⁰ OLG Köln v. 25.01.2012 – 13 U 30/11; so auch: OLG Frankfurt v. 10.03.2014 – 17 W 11/14; OLG Düsseldorf v. 09.01.2014 – I-4 U 55/13; KG v. 16.08.2012 – 8 U 101/12; LG Bonn v. 18.06.2014 – 2 O 268/13; LG Mannheim v. 08.05.2014 – 9 O 24/14; LG Frankfurt v. 21.03.2014 – 2-21 O 389/12; LG Ellwangen v. 11.11.2013 – 2 O 16/13.

» Ist der Widerruf nach mehreren Jahren vertragstreuen Verhaltens verwirkt? «

nicht mehr mit einer Ausübung des Widerrufs rechnen brauchte, das Widerrufsrecht somit verjährt sei. Diese Auffassung wurde durch andere Gerichte – insoweit ersichtlich nicht rechtskräftigen Entscheidungen – dahingehend erweitert, dass es nicht zwingend auf die vollständige Tilgung ankommt. So wird wohl eine Verwirkung auch dann anzunehmen sein, wenn seit Darlehensausreichung bereits mehrere Zinsprolongationen vereinbart wurden oder der Darlehensnehmer weitere Darlehen bei demselben Darlehensgeber aufgenommen hatte. Dem steht die durch andere Oberlandesgerichte vertretene Auffassung entgegen, dass eine Verwirkung generell nicht in Betracht käme³¹, wobei gerne eine ältere Entscheidung des BGH in Bezug genommen wird. Auch wenn eine diese Divergenzen klärende höchstrichterliche Rechtsprechung noch fehlt, kann von einer Verwirkung wohl generell dann ausgegangen werden, wenn der Darlehensnehmer viele Jahre nach Darlehensvertragsabschluss und nach Erhalt einer fehlerhaften Belehrung, welche nicht mit wesentlichen oder schwerwiegenden Mängeln behaftet oder irreführend ist, seinen Darlehensvertrag offenkundig aus sach- und zweckfremden Erwägungen heraus (z. B. allein zur Erlangung besserer Zinskonditionen) widerruft³².

VII. Rechtsfolgen eines wirksamen Widerrufs

In der Praxis umstritten sind die Rechtsfolgen eines wirksam erklärten Widerrufs. Kommt es den meisten Darlehensnehmern alleine auf die Ersparnis der Vorfälligkeitsentschädigung an, werden auch schon mal Zins- und Tilgungsleistungen nebst Verzugszinsen und sportlich geschätzte Nutzungen, die aus den Zinsen und Tilgungen gezogen worden sein sollen, gefordert.

Abgesehen von den – hier nicht behandelten – Fällen des verbundenen Geschäfts richten sich die Rechtsfolgen eines wirksam erklärten Widerrufs nach den Vorschriften über den Rücktritt, § 357 BGB a.F. Nach § 346 Abs. 1 BGB sind die gegenseitig gewährten Leistungen zurückzugewähren und gezogene Nutzungen herauszugeben. Ferner hat der Verbraucher für die Zeit der Kapitalüberlassung deren Wert zu vergüten, § 361a Abs. 2 Satz 6 BGB a. F., also marktübliche Zinsen zu zahlen. Im

Wege der richterlichen Schätzung (§ 287 ZPO) wird zur Bestimmung der marktüblichen Zinsen auf die vertraglich vereinbarten Zinsen zurückgegriffen³³, so dass der Darlehensgeber zwar die erhaltenen Kapitaldienste zu erstatten hat, ihm im Gegenzug aber faktisch die gesamte Darlehensvaluta sowie die bis zur Erklärung des Widerrufs angefallenen Vertragszinsen zustehen. Unter dem Strich ist also der Darlehensnehmer verpflichtet, die noch ausstehende Darlehensvaluta zurückzuzahlen, während er vom Darlehensgeber etwa geleistete Bearbeitungsgebühren erstattet verlangen kann, soweit diese im – widerrufenen und daher nicht existenten – Darlehensvertrag vereinbart worden sind.

Hinzu kommt die Herausgabe gezogener Nutzungen durch den Darlehensgeber. Entgegen der auf Darlehensnehmerseite weit verbreiteten Ansicht sind die Nutzungen nicht in Höhe der Eigenkapitalrendite des Darlehensgebers anzusetzen; nach § 346 Abs. 1 BGB kommt es nämlich konkret auf die aus den geleisteten Kapitaldiensten erwirtschafteten Renditen an. Diese sind aber nach menschlichem Ermessen nicht zu ermitteln, da das übliche Bankencontrolling nicht darauf ausgelegt ist, solche Renditen zu ermitteln. Da überdies nach zivilprozessualen Grundsätzen der Darlehensnehmer für die gezogenen Nutzungen darlegungs- und beweispflichtig ist und er diesen Pflichten kaum genügen kann, wird der Anspruch auf Auskehr der gezogenen Nutzungen in der Praxis zu vernachlässigen sein. Somit bleibt es bei der Rückzahlung der offenen Darlehensvaluta, ggf. gekürzt um erhaltene Bearbeitungsgebühren, als einziger Rechtsfolge des Widerrufs. In der Regel kommt es dem Darlehensnehmer aber auch gar nicht auf eine vollständige Rückabwicklung an; sein Ziel ist es vielmehr, das i. d. R. teure Altdarlehen ohne Zahlung eines Vorfälligkeitsentgelts durch ein zinsgünstigeres Darlehen abzulösen. Dieses Ziel wird **im Fall einer fehlerhaften Widerrufsbelehrung** aber auch erreicht.

VIII. Fazit

Eine generelle Aussage zur Rechtswirksamkeit von ab 2002 erteilten Widerrufsbelehrungen kann angesichts des „bunten Blumenstraußes“ verwandter Formulierungen und

³¹ OLG Brandenburg v. 21.08.2013 – 4 U 202/11.

³² Kropf WM 2013, 2250; Habersack/Schürnbrand ZIP 2014 S. 749 ff.

³³ Dogmatisch richtigerweise ablehnend: BGH v. 12.11.2002 – XI ZR 47/01.

der teils erheblich divergierenden Rechtsprechungslinien nicht getroffen werden. Daher ist es unerlässlich, jede von Darlehensnehmern angegriffene Widerrufsbelehrung im Einzelfall zu prüfen und ggf. durch zivilprozessuales

Forum-Shopping den Streit bei einem Gericht mit günstiger Rechtsprechungslinie anhängig zu machen. Im Übrigen bleibt die weitere Entwicklung der Rechtsprechung zur Verwirkung abzuwarten. □

PRAXISTIPPS

- Jeder Widerruf eines Altvertrags ist für sich zu prüfen; pauschale Beurteilungen werden der Komplexität nicht gerecht.
- Die vom Darlehensnehmer ggf. zitierten Entscheidungen sind akribisch auf Inhalt und Rechtskraft zu prüfen.
- Neben der rechtlichen Argumentation ist die Rechtsauffassung der Gerichte, die für einen Rechtsstreit zuständig wären, zu berücksichtigen.



Finanz Colloquium
Heidelberg

NEUERSCHEINUNG

COMPLIANCE/WERTPAPIERGESCHÄFT/BEAUFTRAGTE

Dr. Peter Balzer
SERNETZ SCHÄFER Rechtsanwälte,
Düsseldorf

Julia Happel
Morgan Stanley Bank AG, Frankfurt am Main

Dr. Friedrich Isenbart
Wilhelm Partnerschaft von Rechtsanwälten,
Düsseldorf

Jan Kobbach
Commerzbank AG, Frankfurt am Main

Dr. Anja Mayer
Wilhelm Partnerschaft von Rechts-
anwälten, Düsseldorf

Hartmut Renz
Kaye Scholer LLP, Frankfurt am Main

Götz Röhr
HSBC Trinkaus & Burkhardt AG, Düsseldorf

Dr. Yorick Ruland
GÖRG Partnerschaft von
Rechtsanwälten mbB, Köln

Andreas Schmidt
Deutsche Börse AG, Eschborn

Ulrich Schröer (Hrsg.)
HSBC Trinkaus & Burkhardt AG, Düsseldorf

Julius Seiffert
Deutsche Bank AG, Frankfurt am Main

Dr. Jochen Seitz
Mayer Brown LLP, Frankfurt am Main

Lars-Fredrik Süß
Morgan Stanley Bank AG, Frankfurt am Main

Hanno Teuber (Hrsg.)
Commerzbank AG, Frankfurt am Main

Dr. Uwe Trafkowski
UBS Deutschland AG, Frankfurt am Main

Thiemo Walz
Commerzbank AG, Frankfurt am Main

Ab Erscheinen:
IHV und Leseprobe zum Download
unter www.fc-heidelberg.de

Bestellen Sie direkt bei:

Finanz Colloquium Heidelberg GmbH
Plöck 32a, 69117 Heidelberg

Fax: +49 6221 99898-99
Telefon: +49 6221 99898-0
E-Mail: info@FC-Heidelberg.de
Internet: www.FC-Heidelberg.de

ISBN: 978-3-943170-83-2
Umfang: ca. 400 Seiten
Preis: € 119,-

Lieferung gegen Rechnung,
versandkostenfrei innerhalb Deutschlands



Finanz Colloquium
Heidelberg

Teuber/Schröer (Hrsg.)

MiFID II und MiFIR Umsetzung in der Bankpraxis

Compliance/Wertpapiergeschäft/Beauftragte