

23 U 183/15

3 O 159/15 Landgericht Wiesbaden

Verkündet laut Protokoll und zur
Geschäftsstelle gelangt am
10.10.2016


Justizangestellte als UdG



**OBERLANDESGERICHT FRANKFURT AM MAIN
IM NAMEN DES VOLKES
URTEIL**

In dem Rechtsstreit


- Kläger und Berufungskläger -
Prozessbevollmächtigte: Anwaltsbüro Rauschofer Rechtsanwälte, Richard-Wagner-
Straße 1, 65193 Wiesbaden, Geschäftszeichen: 127/15,

gegen

Bausparkasse Schwäbisch Hall AG, vertreten durch die Vorstände Reinhard Klein,
Jürgen Gießler, Gerhard Hinterberger, Alexander Lichtenberg u. a, Crailsheimer
Straße 52, 74523 Schwäbisch Hall,
- Beklagte und Berufungsbeklagte -
Prozessbevollmächtigte: Anwaltsbüro  / 
 Geschäftszeichen: ,

hat der 23. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main
durch Richter am Oberlandesgericht  als Einzelrichter
aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 12.09.2016

für Recht erkannt:

Das am 06.11.2015 verkündete Urteil der 3.Zivilkammer des Landgerichts Wiesbaden – Az.: 3 O 159/15 – wird im Kostenpunkt und insoweit abgeändert, als die Beklagte verurteilt wird, an den Kläger [REDACTED] € zuzüglich Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 20.11.2014 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen.

Von den Kosten des Rechtsstreits der ersten Instanz haben der Kläger 61% und die Beklagte 39% zu tragen. Von den Kosten des Rechtsstreits der zweiten Instanz haben der Kläger 80% und die Beklagte 20% zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Dem jeweiligen Vollstreckungsschuldner wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120% des auf Grund des Urteils vollstreckbaren Betrags abzuwenden, wenn nicht der jeweilige Vollstreckungsgläubiger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120% des jeweils zu vollstreckenden Betrags leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Der Streitwert für die zweite Instanz wird auf „bis [REDACTED] €“ festgesetzt.

Gründe:

I.

Der Kläger hat von der Beklagten die Rückzahlung von Beträgen begehrt, die die Beklagte dem Kläger nach Eingang seines verbraucherkreditrechtlichen Widerrufs berechnete. Außerdem hat er zunächst beantragt festzustellen, dass der Beklagten kein Anspruch auf Zahlung einer Vorfälligkeitsentschädigung zustehe. Nachdem die Beklagte eine solche widerklagend verlangt hat, ist die negative Feststellungsklage erstinstanzlich übereinstimmend für erledigt erklärt worden. Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Tatbestand des landgerichtlichen Urteils Bezug genommen (§ 540 Abs.1 Nr.1 ZPO).

Das Landgericht hat die Erledigung des Feststellungsantrags festgestellt und Klage sowie Widerklage abgewiesen. Zur Begründung hat das Landgericht – soweit für die zweite Instanz noch von Bedeutung – im Wesentlichen ausgeführt, der Kläger habe keinen Anspruch auf Zahlung eines Betrages in Höhe von [REDACTED] € aus § 812 Abs.1 S.1 Alt.2, da die aufgrund der Abrechnung der Beklagten vorgenommene Abbuchung mit Rechtsgrund erfolgt sei. Offen könne bleiben, ob der am 06.08.2014 erklärte Widerruf des Verbraucherdarlehensvertrages wirksam gewesen sei, nach-

dem die durch die Beklagte nach dem Widerruf erteilte Abrechnung ohnehin schon sämtliche aus einem Widerruf des Vertrages resultierenden beiderseitigen Ansprüche berücksichtige.

Der Kläger habe keinen Anspruch auf Rückzahlung der von ihm bis zum Widerruf geleisteten Zinsen, da der marktübliche Zinssatz im Zeitpunkt des Vertragsschlusses unstreitig nicht unter dem vereinbarten Zinssatz gelegen habe.

Dem Kläger stehe auch kein Anspruch auf Nutzungsersatz hinsichtlich der an die Beklagte gezahlten Zins- und Tilgungsleistungen zu. Der Darlehensgeber schulde für die Dauer der Nutzung dieser Beträge keinen Wertersatz in der Höhe des gesetzlichen Verzugszinssatzes, weshalb es nicht darauf ankomme, ob vorliegend eine tatsächliche Vermutung für eine Nutzziehung im Wert des üblichen Verzugszinses eingreife. Die gegenteilige Annahme in Rechtsprechung und Literatur trage den Besonderheiten der spezifischen Rückabwicklungssituation nicht hinreichend Rechnung. Denn es sei nicht sachgerecht, dass die Bank für die möglicherweise gezogenen Kapitalnutzungen aus den an sie zurückgeflossenen Zins- und Tilgungsleistungen Zinsen zahlen müsse. Bei einem Darlehensvertrag sei von Anfang an vereinbart, dass die Darlehensvaluta sukzessive an die Bank zurückgeführt werde. Es handele sich somit bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise um Kapital der Bank. Das vertragliche Gefüge würde zu Lasten des Darlehensgebers verändert, wenn der Darlehensgeber verpflichtet wäre, auf die nicht im synallagmatischen stehende Pflicht zur Rückzahlung der Darlehensvaluta Nutzungsersatz zu leisten. Auch wäre damit eine von § 495 BGB nicht intendierte Besserstellung des widerrufenden Darlehensnehmers verbunden. Dasselbe gelte auch für die gezogenen Nutzungen hinsichtlich der Zinsleistungen, sofern diese den marktüblichen Zinssatz nicht überschritten. Nur wenn der vertragliche Zins höher als der marktübliche Zinssatz gewesen wäre, käme ein Rückforderungsanspruch des Darlehensnehmers hinsichtlich gezahlter Zinsen in Betracht, so dass bezüglich des überschießenden Teils auch Nutzungsersatz beansprucht werden könnte. Dieses Wertungssystem dürfe nicht dadurch unterlaufen werden, dass durch den Widerruf eine Umwandlung des Schuldverhältnisses in neue Primärpflichten erfolge. Die in § 357 Abs.1 S.1 BGB a.F. enthaltene allgemeine Verweisung auf die entsprechenden Vorschriften über den gesetzlichen Rücktritt sei daher dahingehend einschränkend auszulegen, dass durch die Rücktrittsvorschriften das vertraglich vereinbarte Austauschverhältnis seinem wesentlichen Inhalt nicht verändert werde. Dafür spreche auch, dass die §§ 357ff. BGB in der seit dem 01.06.2014 geltenden Fassung ausdrücklich keinen Nutzungsersatzanspruch des Darlehensnehmers mehr vorsähen. Etwas anderes ergebe sich vorliegend auch nicht daraus, dass die Tilgungsleistungen zunächst auf das Ansparkonto des Bauvertrages eingezahlt worden seien, welches dann nach Ablauf der Vertragslaufzeit mit dem Anspruch der Beklagten auf Rückzahlung der Darlehensvaluta habe verrechnet werden sollen. Denn dem Kläger habe hinsichtlich des Bausparvertrages schon kein gesetzliches Wider-

rufsrecht zugestanden, da die Vorschrift des § 495 BGB nicht unmittelbar für den Bausparvertrag gelte und die Voraussetzungen des § 358 Abs.2 BGB nicht vorgelegen hätten. § 358 Abs.2 BGB setzte nämlich u.a. voraus, dass das Darlehen ganz oder teilweise der Finanzierung des anderen Vertrages diene, was hier nicht der Fall gewesen sei, nachdem der Darlehensvertrag ausschließlich dazu gedient habe, den Grundstückserwerb zu ermöglichen.

Selbst wenn man aber Darlehensvertrag und Bausparvertrag als miteinander verbunden ansähe, habe der Kläger keinen Anspruch auf Nutzungersatz. Denn daran, dass die die Bank hinsichtlich der Tilgungsleistungen keinen Nutzungersatz zu leisten habe, ändere sich nichts, weil die Tilgungsleistungen lediglich auf dem Bausparkonto zwischengeparkt und sodann mit dem Anspruch auf Rückzahlung der Darlehensvaluta hätten verrechnet werden sollen. Es könne letztlich keinen Unterschied machen, ob die Darlehensraten unmittelbar wieder in das Vermögen der Bank zurückfließen oder zunächst auf dem Konto des Bausparvertrages angespart würden.

Wegen eines etwaigen vertraglichen Widerrufsrechts für den Bausparvertrag sei die Widerrufsfrist bereits abgelaufen gewesen; insofern seien auch nicht die Voraussetzungen des § 355 Abs.3 BGB einschlägig.

Der Kläger habe schließlich keinen Anspruch auf Rückzahlung der Abschlussgebühr, da diese für den Abschluss des Bauspardarlehensvertrages vereinbart worden sei, dem Kläger bezüglich dieses Vertrages jedoch gerade kein Widerrufsrecht mehr zugestanden habe.

Die Widerklage sei unbegründet, weil der Beklagten kein Anspruch auf Zahlung einer Vorfälligkeitsentschädigung zugestanden habe, nachdem der Kläger zu keinem Zeitpunkt erklärt habe, dass er außerhalb des Bestehens eines gesetzlichen Widerrufsrechtes die vorzeitige Ablösung des Darlehens beantragen wolle. Im Falle der Unwirksamkeit des Widerrufs bestünden die Verträge noch fort. Im Übrigen habe die Beklagte im Zuge der Abrechnung selbst erklärt, keine Vorfälligkeitsentschädigung geltend zu machen, woran sie nach § 242 BGB gebunden sei.

Gegen das Urteil wendet sich der Kläger, der seinen abgewiesenen Zahlungsantrag teilweise, nämlich in Höhe des vom Landgericht nicht zuerkannten Nutzungersatzes wegen der eigenen Leistungen des Klägers, in der Berufungsinstanz weiterverfolgt.

Zur Begründung der Berufung wird ausgeführt, das Recht zum Widerruf und die daraus abzuleitenden Rechtsfolgen könnten nicht ernsthaft in Abrede gestellt werden; vor dem Landgericht sei es aber nur um die Widerrufsfolgen gegangen, weil sich die Beklagte ohnehin auf die Rückabwicklung des Widerrufs nach Widerrufsgrundsätzen eingelassen habe. Soweit das Landgericht den Nutzungersatz für die Nutzung der

Darlehensvaluta nach dem marktüblichen Zinssatz bezogen auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses als berechtigt angesehen habe, werde dies mit der Berufung nicht mehr angegriffen. Damit habe die Beklagte [REDACTED] €, mithin die Summe der tatsächlich gezahlten Zinsen, und nicht lediglich [REDACTED] €, wie dies noch mit der Klage angenommen worden sei, beanspruchen dürfen (Differenz: [REDACTED] €).

Dagegen könne der Kläger seinerseits für die Nutzung seiner Leistungen in Form von Zinsen, Abschlussgebühr und Bausparguthaben (Tilgungsleistung) ebenfalls einen Nutzungersatz verlangen. Infolge der von der Beklagten akzeptierten Rückabwicklung komme es nur noch auf die Rechtsfolge des erklärten Widerrufs an. Nach der Rechtsprechung des BGH bestehe aber eine Wertersatzpflicht für die gezogene Kapitalnutzung aus den der kreditgebenden Bank zugeflossenen Zins- und Tilgungsleistungen, wobei von einer tatsächlichen Vermutung auszugehen sei, dass die Bank Nutzungen im Wert des üblichen Verzugszinses in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz gezogen habe. Es sei Sache der Beklagten gewesen, rechtzeitig vor dem Schluss der mündlichen Verhandlung darzulegen, dass ihr Zinsertrag geringer gewesen sei, was sie aber unterlassen habe. Vielmehr sei die Wertersatzberechnung des Klägers unbeanstandet geblieben, so dass der vermutete Nutzungswert der Beklagten als Bausparkasse in Höhe von 5% über dem Basiszinssatz in tatsächlicher Hinsicht unstrittig sei. Das Landgericht habe dies und den erstinstanzlichen Vortrag zur wirtschaftlichen Einheit nicht berücksichtigt. Unklar sei, wie das Landgericht dazu komme, dass das „Wertungssystem nicht unterlaufen“ werden dürfe, und weshalb es entgegen der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs einer „einschränkenden“ Auslegung der Rücktrittsvorschriften bedürfe.

Das Landgericht habe zu Unrecht angenommen, dass dem Kläger hinsichtlich des Bausparvertrages kein gesetzliches Widerrufsrecht zugestanden habe, und im Übrigen die Gründe für das Vorliegen eines verbundenen Geschäfts und einer wirtschaftlichen Einheit verkannt. Im vorliegenden Fall wäre der Bausparvertrag nicht ohne das Vorausdarlehen abgeschlossen worden; vielmehr sei der Bausparvertrag nur aufgrund des Darlehens überhaupt abgeschlossen worden. Der Antrag auf Abschluss eines Bausparvertrages und die Darlehensanfrage datierten vom selben Tage; beides sei von demselben Mitarbeiter der Beklagten unterzeichnet worden. Der Abschluss habe in den gleichen Räumen stattgefunden. Die Laufzeiten der Verträge seien identisch. Ausweislich des durch die Beklagte vorgelegten Bauspardarlehensvertrags, der als „Grundlage für das Vorausdarlehen“ ausdrücklich den Bausparvertrag nenne, könne kein Zweifel darüber bestehen, dass es sich hier um ein verbundenes Geschäft gehandelt habe. Auf S.5 des Vorausdarlehensvertrages sei unter „Tilgung“ ausgeführt, dass anstelle der direkten Tilgung ein Bausparvertrag angespart werde und dass bei Zuteilung des Bausparvertrags das Vorausdarlehen ohne besondere Erklärung mit den aus dem Bausparvertrag bereitgestellten Mitteln verrechnet werde. Ausweislich S.7 seien alle gegenwärtigen und zukünftigen Rechte

aus den vorfinanzierten Bausparverträgen an die Bausparkasse verpfändet worden, so dass auch insoweit von einem verbundenen Geschäft auszugehen sei.

Nicht ersichtlich sei, weshalb in der vorliegenden Fallkonstellation ein Widerrufsrecht sich nur auf den Darlehensvertrag beschränken, während es für den Bausparvertrag ausgeschlossen sein solle. Obwohl für beide Verträge der Widerruf erklärt worden sei, erläutere das Landgericht auch nicht, warum für das Widerrufsrecht nicht die Voraussetzung des § 355 Abs.3 BGB gelten solle.

Für die Abschlussgebühr gelte all dies entsprechend. Der Rückzahlungsanspruch erstrecke sich auch auf die von der Beklagten sog. „Abschlussgebühr“, woraus sich somit der mit der Berufung verfolgte Zahlungsantrag rechtfertige.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Berufungsbegründung (Bl.472ff.d.A.) Bezug genommen.

Der Kläger beantragt,

1. das Urteil des Landgerichts Wiesbaden abzuändern und die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger € [REDACTED] nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszins seit 20.11.2014 zu zahlen,
2. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger € [REDACTED] Rechtsverfolgungskosten nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszins seit 20.11.2014 zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte verteidigt die angefochtene Entscheidung. Zutreffend habe das Landgericht festgestellt, dass dem Kläger hinsichtlich des Bausparvertrags kein gesetzliches Widerrufsrecht zugestanden habe und § 355 BGB nicht für etwa vertraglich eingeräumte Widerrufsrechte Geltung beanspruche.

Zu Recht habe das Landgericht auch für die Bejahung eines verbundenen Geschäfts vorausgesetzt, dass das Darlehen ganz oder teilweise der Finanzierung des anderen Vertrags gedient habe, was hier offensichtlich nicht der Fall gewesen sei. Soweit sich die Berufung gegen diese Feststellung im Urteil des Landgerichts richte, sei sie unzulässig, weil die Berufungsbegründung sich gegen jede selbständig tragende Erwägung wenden bzw. – so hier – bei kumulativen Anspruchsvoraussetzungen nicht nur das vom Ausgangsgericht verneinte Merkmal, sondern auch das Vorliegen der weite-

ren Voraussetzungen darlegen müsse. Der Kläger legt er aber weder dar, dass es aus Rechtsgründen nicht erforderlich sei, dass das Darlehen der Finanzierung des Bausparvertrages diene, noch begründe er, dass und weshalb das Erfordernis in Wahrheit erfüllt sei.

Zu Unrecht gehe die Berufung davon aus, dass die Rückabwicklung des Bausparvertrages nach "Widerrufsgrundsätzen" vereinbart worden sei. Das Vorbringen sei neu und nicht zuzulassen. Der Kläger übersehe, dass der Bausparvertrag grundsätzlich seitens des Bausparers kündbar sei und dass die Vertragspflicht, den Bausparvertrag in einer bestimmten Weise zu besparen, sich hier ausschließlich aus dem Vorausdarlehensvertrag ergeben habe. Ansonsten begründe der Bausparvertrag nur die Pflicht des Bausparers zur Zahlung der Abschlussgebühr. Bei einer Vertragskonstruktion wie der vorliegenden könne im Falle einer einvernehmlichen vorzeitigen Aufhebung des Vorausdarlehensvertrages oder im Falle eines unterstellt wirksamen Widerrufs des Verbraucherdarlehensvertrages das angesparte Guthaben des Bausparvertrages zur Tilgung des fälligen Anspruchs der Bausparkasse auf Rückzahlung des Darlehenskapitals verwendet werden. Der Darlehensnehmer könne aber auch seinen Bausparvertrag fortführen. Vorliegend habe der Kläger mit seiner Widerrufserklärung deutlich zu verstehen gegeben, dass er den Bausparvertrag nicht ohne den Vorausdarlehensvertrag habe fortsetzen wollen, weshalb in der Abrechnung der Beklagten das Bausparguthaben zur teilweisen Tilgung der Schuld des Klägers auf Rückzahlung des empfangenen Darlehens verwendet worden sei. In der Folge habe der Kläger weder ein Anspruch auf Rückzahlung der geleisteten Abschlussgebühr, noch darauf, auf diese Zahlung wie auch auf die Sparleistungen höhere Zinsen zu erlangen als die nach dem Bausparvertrag vereinbarten Guthabenzinsen.

Es bestehe auch kein Anspruch des Klägers auf Herausgabe gezogener Nutzungen hinsichtlich der von ihm erbrachten Zinszahlungen, da der Darlehensnehmer bis zum Widerruf des Darlehensvertrags den vertraglich vereinbarten Zinssatz schulde. Der Kläger wiederhole hier nur sein erstinstanzliches Vorbringen, ohne sich inhaltlich mit den Urteilsgründen auseinanderzusetzen. Der von dem Kläger zitierte Beschluss des BGH vom 22.09.2015 (XI ZR 116/15) passe schon deswegen nicht, weil dem ein verbundener Vertrag zugrunde gelegen habe.

Vorsorglich sei für die Beklagte klarzustellen, dass die Widerrufserklärung unwirksam gewesen sei, da die Widerrufsfrist bereits verstrichen gewesen sei, jedenfalls aber die Erklärung des Widerrufs rechtsmissbräuchlich und aus diesem Grunde unwirksam gewesen sei.

Die Beklagte könne sich auf die Schutzwirkung der Musterbelehrung nach Anlage 2 zu § 14 Abs.1 der damaligen BGB-InfoV berufen. Die auf S.13 des Vertragswerks enthaltene Widerrufsbelehrung habe zum einen dem Deutlichkeitsgebot des § 355

Abs.2 BGB a. F., zum anderen hinsichtlich des Abschnittes über das Widerrufsrecht 1:1 dem damaligen amtlichen Muster entsprochen. Hinsichtlich der Widerrufsfolgen habe die Beklagte nur den zweiten Satz des Musters durch den Satz gemäß dem Gestaltungshinweis (6) für Finanzdienstleistungen ersetzt, weil sie damals der Auffassung gewesen sei, dass nach den unklaren Gestaltungshinweisen für Darlehensverträge das Muster so zu verstehen sei, dass der zweite Satz bei den Widerrufsfolgen entsprechend zu ersetzen sei. Hintergrund sei gewesen, dass die Ansicht geherrscht habe, bei empfangenen Darlehen könne der Fall gar nicht eintreten, dass der Verbraucher die empfangene Leistung ganz oder teilweise nicht oder nur in verschlechtertem Zustand zurückgewähren könne. Als "empfangene Leistung" sei von der Beklagten damals schlicht das empfangene Darlehenskapital angesehen worden und nicht der Gebrauchsvorteil. Dieses Missverständnis führe aber nicht dazu, dass die Beklagte das Muster einer eigenen redaktionellen Bearbeitung unterzogen hätte und aus diesem Grund den Schutz des § 14 Abs.1 BGB-InfoV verloren hätte. Denn sie sei überzeugt gewesen, dass für Darlehensverträge das amtliche Muster so zu verwenden sei. Hinzu komme, dass nach der damaligen Rechtslage über die Widerrufsfolgen ohnehin nicht zu informieren gewesen sei sowie dass nach dem Gestaltungshinweis (4) des damaligen Musters der gesamte Absatz über die Widerrufsfolgen habe entfallen können, wenn – wie hier – die beiderseitigen Leistungen erst nach Ablauf der Widerrufsfrist erbracht worden seien.

Schließlich sei der Kläger bei Vertragsabschluss seit Jahren als Rechtsanwalt erfolgreich tätig gewesen, so dass er seinerzeit gewusst habe, dass ihm ein 14-tägiges Widerrufsrecht zugestanden habe, zumal auch die Widerrufsbelehrung im Wesentlichen zutreffend gewesen sei. Der Kläger habe den Widerruf auch nicht erklärt, weil er etwa den – damals zinsgünstigen – Darlehensvertrag mit der Beklagten übereilt abgeschlossen oder bereut hätte. Damit sei die Ausübung des Widerrufsrechts gemäß § 242 BGB unzulässig.

Auch sei die Berechnung der Klageforderung fehlerhaft, weil der Kläger zu Unrecht unterstelle, dass die Beklagte aus den empfangenen Zahlungen Nutzungen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz gezogen hätte. Zudem übersehe er, dass die Beklagte sich zur Gewährung des Vorausdarlehens selbst zu refinanzieren gehabt habe; es sei ihr nämlich untersagt, derartige Vorausdarlehen aus den dem Bausparkollektiv zustehenden Mitteln (Bauspareinlagen) zu gewähren. Insofern hätten Nutzungen ohnehin nur aus der jeweiligen Zinsmarge gezogen werden können.

Die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, nach welcher der Wert der gezogenen Nutzungen mit Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz zu bemessen sei, treffe hier nicht zu. Denn bei Immobiliendarlehensverträgen liege der gesetzliche Verzugszins nur bei 2,5 Prozentpunkten über

dem jeweiligen Basiszinssatz. Kreditinstitute seien ohnedies zur Herausgabe von Nutzungen nach § 818 Abs.1 BGB nur verpflichtet, soweit ihnen Vermögenswerte zugeflossen seien, die sie wirtschaftlich hätten nutzen können. Die Beklagte habe sich, um das Darlehen dem Kläger gewähren zu können, selbst durch Aufnahme entsprechender Mittel refinanzieren müssen, so dass ihre Marge bei unter 1% gelegen habe.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Berufungserwiderung (Bl.493ff.d.A.) Bezug genommen.

II.

Die Berufung ist zulässig, aber nur zu einem Teil auch begründet.

Die Klage ist dem Grunde nach allerdings nicht etwa schon deswegen ohne weitere Prüfung des Widerrufsrechts begründet, weil die Beklagte sich „auf eine Rückabwicklung nach Widerrufsgrundsätzen eingelassen“ hätte. Dass die Beklagte sich – aus welchen Motiven heraus auch immer – zu einer Abwicklung der geschlossenen Verträge bereit erklärt hat, trifft schon keine Aussage über deren Rechtsgrund, zumal von Beginn an unterschiedliche Auffassungen über die Reichweite der sich ergebenden Folgen zu Tage getreten sind. Ob der Widerruf wirksam war und welche Rechtsfolgen daran geknüpft wären, sind Rechtsfragen, deren Beantwortung dem Gericht obliegt, dessen Rechtsanwendung als solche nicht disponibel ist. Ein außergerichtlicher Vergleich der Parteien, der eine Rückabwicklung nach Widerrufsgrundsätzen hätte festschreiben können, ist ersichtlich nicht zustande gekommen; nicht etwa haben sich die Parteien verbindlich auf eine bestimmte Vorgehensweise bei der Berechnung der beiderseitigen Ansprüche dem Grunde nach geeinigt. Auch ist dem außergerichtlichen Schriftverkehr an keiner Stelle ein Anerkenntnis der Rückabwicklungsansprüche des Klägers – sei es auch nur dem Grunde nach – zu entnehmen.

Ungeachtet dessen besitzt der Kläger jedoch solche Rückabwicklungsansprüche gemäß §§ 357 Abs.1 S.1 BGB a.F.; 346 Abs.1 BGB, da er dem Vorausdarlehensvertrag vom 03.07.2007/10.07.2007 (Anlage B6; Bl.76ff.d.A.) mit seinem Widerruf vom 06.08.2014 wirksam widerrufen hat.

Der Widerruf des zwischen den Parteien geschlossenen Verbraucherdarlehensvertrages konnte gemäß §§ 495 Abs.1, 491 Abs.1; 355 BGB a.F. in 2014 noch wirksam erklärt werden; nicht etwa war der Widerruf verfristet. Denn mangels einer ordnungsgemäßen Widerrufsbelehrung hatte der Lauf der Widerrufsfrist noch nicht begonnen, vgl. § 355 Abs.2 S.1 BGB a.F. Die Widerrufsbelehrung ist jedenfalls insoweit zu beanstanden, als sie die Formulierung „Die Frist beginnt frühestens mit Erhalt dieser Belehrung“ enthält, für die der BGH schon verschiedentlich ausgesprochen hat, dass sie hinsichtlich des Beginns der Frist unzureichend ist und deshalb den Lauf der Frist

nicht gemäß § 355 Abs.2 a.F. BGB in Gang setzen kann, weil die o.g. Formulierung den Verbraucher über den nach § 355 Abs.2 a.F. BGB maßgeblichen Beginn der Widerrufsfrist nicht umfassend und damit nicht richtig belehrt (BGH, Urt.v. 12.07.2016 – XI ZR 564/15 –; NJW 2012, 3298, NJW-RR 2012, 183; NZG 2012, 427; NJW 2011, 1061; NJW-RR 2011, 785; NJW 2010, 989). Demgegenüber kann sich die Beklagte nicht mit Erfolg auf den Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes im Hinblick auf die Musterbelehrung nach Anlage 2 zu § 14 Abs.1 BGB-InfoV berufen. Voraussetzung hierfür wäre gewesen, dass für die Widerrufsbelehrung ein Formular verwendet worden wäre, das dem Muster der Anlage 2 zu § 14 Abs.1 BGB-InfoV in der maßgeblichen Fassung sowohl inhaltlich als auch in der äußeren Gestaltung vollständig entsprochen hätte (vgl. BGH WM 2014, 887; NJW-RR 2012, 183; NZG 2012, 427; NJW-RR 2011, 785; OLG München WM 2012, 1536; OLG Stuttgart VuR 2012, 145; OLG Hamm, Urt.v.19.11.2012 – 31 U 97/12; jew. m.w.N.), woran es im vorliegenden Fall fehlt. Maßgeblich ist allein, ob der Unternehmer den Text der Musterbelehrung bei der Abfassung der Widerrufsbelehrung einer eigenen inhaltlichen Bearbeitung unterzogen hat. Greift er 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 NZG 2012, 427; NJW-RR 2012, 183). Für den Erhalt der Schutzwirkung ungeschädlich sind lediglich die nach § 14 Abs.3 BGB-InfoV ausdrücklich zugelassenen Abweichungen sowie Anpassungen entsprechender Qualität (BGH, Urt.v. 12.07.2016 – XI ZR 564/15 –). Den Fall einer „inhaltlichen Bearbeitung“ des Textes im o.g. Sinne trägt die Beklagte selbst in der Berufungserwiderung geradezu idealtypisch vor. Danach habe die Beklagte es seinerzeit aufgrund ihres Verständnisses der Musterbelehrung und ihrer eigenen Rechtsansicht folgend für richtig erachtet, den vermeintlich unpassenden zweiten Satz zu den Widerrufsfolgen durch den nach dem Gestaltungshinweis (6) erst anschließend einzufügenden Satz zu ersetzen. Durch diese Bearbeitung hat die Beklagte aber in relevanter Weise in den Belehrungstext eingegriffen; ob dies in materiell-rechtlicher Hinsicht zutreffend war, ist unmaßgeblich. Ebenso wenig spielt es eine Rolle, ob der betreffende Abschnitt auch hätte entfallen können; wird er verwendet, muss er unbearbeitet übernommen werden (vgl. BGH NJW-RR 2012, 183).

Das Widerrufsrecht ist auch nicht verwirkt gewesen (vgl. zu ähnlich gelagerten Fällen: Senat, st.Rspr., etwa Urt.v. 27.04.2016 – 23 U 50/15 –; wie hier auch: BGH, Urt.v. 12.07.2016 – XI ZR 564/15 –; OLG Karlsruhe MDR 2016, 287; OLG Nürnberg, Beschl.v. 08.02.2016 – 14 U 895/15 –; OLG Frankfurt am Main, Urt.v. 26.08.2015 – 17 U 202/14; OLG Dresden, Urt.v. 11.06.2015 - 8 U 1760/14; OLG Celle, Urt.v. 21.05.2015 – 13 U 38/14; OLG Hamm ZIP 2015, 1113). Zwar können auch grundsätzlich unbefristete Gestaltungsrechte wie das Widerrufsrecht im Falle illoyaler Verspätung der Verwirkung unterliegen (BGH, Urt.v. 12.07.2016 – XI ZR 564/15 –; Palandt-Grüneberg, BGB, 74.Aufl., § 242 Rn.88, 107 jew. m.w.N.). Jedenfalls das für

die Annahme der Verwirkung erforderliche Umstandsmoment ist jedoch im vorliegenden Fall nicht gegeben. Nach der Rechtsprechung des BGH verstößt die verspätete Geltendmachung eines Rechts gegen Treu und Glauben, 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, und sich im Vertrauen auf das Verhalten des Berechtigten in seinen Maßnahmen so eingerichtet hat, dass ihm durch die verspätete Durchsetzung des Rechts ein unzumutbarer Nachteil entstünde (BGH NJW 2014, 2646; NJW 2014, 1230; NJW 2011, 212; jew. m.w.N.; Palandt-Grüneberg, BGB, 73.Aufl., § 242 Rn.87). Weder ist nur das Vorliegen des sog. Zeitmoments ausreichend, noch kommt es allein darauf an, dass der Vertragspartner mit der Ausübung des Rechts nicht mehr zu rechnen brauchte (vgl. BGH NJW 2014, 1230 m.w.N.). Vorliegend ist dagegen nichts dazu vorgetragen, dass die Beklagte sich auf die Nichtausübung des Widerrufsrechts eingerichtet hätte, was schon deswegen nicht angenommen werden kann, weil sie selbst nach wie vor von der Rechtmäßigkeit der Belehrung ausgeht. Die Annahme eines unzumutbaren Nachteils erscheint in einem Fall wie dem vorliegenden, in dem der verbraucherrechtliche Widerruf zu einer an sich wertneutralen Rückabwicklung führt, auch eher fernliegend. Die zur Refinanzierung eingegangenen Verpflichtungen sind keine Dispositionen, die gerade im Hinblick auf das (jahrelange) Ausbleiben der Ausübung eines (fortbestehenden) Widerrufsrechts getroffen worden wären; sie waren vielmehr Folge des Vertragsschlusses selbst. Unerheblich ist, dass der Verbraucher sich während der Vertragslaufzeit bis zur Widerrufserklärung vertragstreu verhalten hat oder ob er der Belehrung trotz der Fehlerhaftigkeit das Bestehen eines nur befristeten Widerrufsrechts grundsätzlich hätte entnehmen können (BGH, Urt.v. 12.07.2016 – XI ZR 564/15 –).

Es liegt auch kein Fall eines sonstigen rechtsmissbräuchlichen Vorgehens vor. Zwar kann die Ausübung eines Verbraucherwiderrufsrechts sich im Einzelfall nach einer umfassenden Bewertung der gesamten Fallumstände als eine unzulässige Rechtsausübung aus sonstigen Gründen darstellen, selbst wenn die Voraussetzungen einer Verwirkung nicht vorliegen; die Ausübung des Widerrufsrechts ist aber nicht allein deshalb rechtsmissbräuchlich, weil sie nicht durch den Schutzzweck des Verbraucherwiderrufsrechts motiviert ist. Denn aus der Entscheidung des Gesetzgebers, den Widerruf von jedem Begründungserfordernis freizuhalten, folgt, dass ein Verstoß gegen § 242 BGB nicht aus dem Umstand hergeleitet werden kann, der vom Gesetzgeber mit der Einräumung des Widerrufsrechts intendierte Schutzzweck sei für die Ausübung des Widerrufsrechts nicht leitend gewesen (BGH, Urt.v. 12.07.2016 – XI ZR 564/15 –). Ebenso wenig können das Eintreten der gesetzlichen Rechtsfolgen des Widerrufs an sich sowie etwaige gesamtwirtschaftliche Folgen der vermehrten

Ausübung von Widerrufsrechten in die Abwägung einfließen (BGH, Urt.v. 12.07.2016 – XI ZR 564/15 –). Dies vorausgeschickt sind Anhaltspunkte für ein rechtsmissbräuchliches Vorgehen des Klägers hier nach dem Parteivortrag nicht festzustellen.

Nach § 357 Abs.1 S.1, 346 Abs.1 BGB a.F. sind im Fall des Widerrufs die jeweils empfangenen Leistungen zurück zu gewähren und die gezogenen Nutzungen herauszugeben, zu denen gemäß § 100 BGB auch die Gebrauchsvorteile gehören. Soweit der Darlehensnehmer die mit der Kapitalüberlassung auf Zeit empfangene Leistung des Darlehensgebers herauszugeben hat, schuldet er gemäß § 346 Abs.2 S.1 Nr.1 BGB Wertersatz in Form einer Verzinsung des ihm überlassenen Darlehenskapitals zu dem vertraglich vereinbarten Zinssatz, es sei denn, er weist einen niedrigeren Marktzins nach, § 346 Abs.2 S.2 BGB. Gefordert ist daher der Nachweis, dass er anstelle der vereinbarten Sollzinsen das Geld anderweitig zu einem niedrigeren Zins (Marktzins) hätte erwerben können (OLG Zweibrücken, Beschl.v. 10.05.2010 – 7 U 84/09; Staudinger/Kaiser (2012), BGB, § 346 Rn.110). Der anzustellende Vergleich wird damit nicht etwa – wie dies der Kläger noch in erster Instanz gemeint hat – über die gesamte Laufzeit des Darlehens abschnittsweise jeweils neu vorgenommen; maßgeblicher Zeitpunkt für die Berechnung des Wertes des Gebrauchsvorteils im Sinne des § 346 Abs.2 S.2, 2.Hs. BGB ist vielmehr der Zeitpunkt des Vertragschlusses und der Darlehensauszahlung (OLG Düsseldorf, Urteil vom 17.01.2013, Az. 6 U 64/12). Insofern ist vorzutragen, dass der Marktzins für ein *vergleichbares Darlehen seinerzeit* geringer gewesen wäre (Senat, Beschl.v. 27.02.2016 – 23 U 135/15 –; OLG Düsseldorf, Urt.v. 17.01.2013, Az. 6 U 64/12 m.w.N.; vgl. jüngst: Brandenburgisches OLG, Urt.v. 20.01.2016 – 4 U 79/15 –; OLG Nürnberg, Urt.v. 11.11.2015 – 14 U 2439/14).

Im Ergebnis kann der Darlehensnehmer nach Widerruf seiner Darlehensvertragserklärung vom Darlehensgeber die aus seinem eigenen Vermögen erbrachten Zins- und Tilgungsleistungen einschließlich eines herauszugebenden Nutzungersatzes zurückfordern. Umgekehrt ist der Darlehensnehmer zur Erstattung des ausgezahlten Nettokreditbetrages und zu dessen marktüblicher Verzinsung verpflichtet (BGH NJW 2008, 1585 m.w.N.). Der BGH hat jüngst hinsichtlich der Rückabwicklungsfolgen klarstellend ausgeführt (Beschl.v. 22.09.2015 – XI ZR 116/15 –, NJW 2015, 3441; vgl. auch BGH, Beschl.v. 12.01.2016 – XI ZR 366/15 –):

Insbesondere sind die Rechtsfolgen höchstrichterlich geklärt, die nach Widerruf der auf Abschluss eines Darlehensvertrages gerichteten Willenserklärung in Altfällen eintreten, in denen § 357a BGB noch keine Anwendung findet. Der Senatsrechtsprechung (Senatsurteil vom 10. März 2009 - XI ZR 33/08, BGHZ 180, 123 Rn. 19 f.) lässt sich ohne weiteres entnehmen, dass der Darlehensnehmer dem Darlehensgeber gemäß § 346 Abs. 1 Halbsatz 1 BGB Herausgabe der gesamten Darlehensvaluta ohne Rücksicht auf eine (Teil-)Tilgung und gemäß § 346 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und Satz 2 BGB Herausgabe von Wertersatz für Gebrauchsvorteile am jeweils tatsächlich noch

überlassenen Teil der Darlehensvaluta schuldet. Der Darlehensgeber schuldet dem Darlehensnehmer gemäß § 346 Abs. 1 Halbsatz 1 BGB die Herausgabe bereits erbrachter Zins- und Tilgungsleistungen und gemäß § 346 Abs. 1 Halbsatz 2 BGB die Herausgabe von Nutzungsersatz wegen der (widerleglich) vermuteten Nutzung der bis zum Wirksamwerden des Widerrufs erbrachten Zins- und Tilgungsleistungen (vgl. Senatsurteil vom 10. März 2009 aaO Rn. 29). Soweit Darlehensgeber oder Darlehensnehmer gegenüber den gemäß § 348 Satz 1 BGB jeweils Zug um Zug zu erfüllenden Leistungen die Aufrechnung erklären, hat dies nicht zur Folge, dass der Anspruch des Darlehensnehmers gegen den Darlehensgeber gemäß § 346 Abs. 1 Halbsatz 2 BGB auf Herausgabe von Nutzungsersatz als nicht entstanden zu behandeln wäre.

Vorliegend kann der Kläger damit aufgrund seines Widerrufs nur die Rückzahlung der auf das Vorausdarlehen erbrachten Zinsleistungen einschließlich eines auf diese Zahlungen entfallenden Nutzungsersatzes verlangen. Daneben kann er im Rückabwicklungsverhältnis die Rückgabe der gestellten Sicherheiten verlangen (vgl. ausdrücklich: BGH, Beschl.v. 19.01.2016 – XI ZR 200/15 –; Brandenburgisches Oberlandesgericht, Urt.v. 01.06.2016 – 4 U 125/15 –).

Dies vorausgeschickt sind Klage und Berufung in Höhe von [REDACTED] € (und der darauf berechneten Nutzungsentschädigung) ungeachtet des noch Folgenden von vornherein unbegründet. Bereits die Klageerwiderung hatte auf den Umstand hingewiesen, dass der Kläger die Position doppelt in seine Berechnung einstellt. Die Abschlussgebühr ist der Beklagten nämlich nicht durch eine gesonderte und gesondert verbuchte Zahlung zugeflossen, sondern beim Bausparkonto „in den Soll gestellt“ worden. Dies hatte zur Folge, dass das Sparkonto erst durch die ersten fünf Sparraten von jeweils [REDACTED] € gegen Ende 2007 ausgeglichen und die Abschlussgebühr so „gezahlt“ worden ist. Dies erkennt der Kläger zwar selbst ausweislich seiner Darstellung im Schriftsatz vom 19.10.2016 (Bl.380f.d.A.); er zieht aber nicht die rechnerische Konsequenz aus dieser Erkenntnis. So rechnet er auf S.2 des Schriftsatzes selbst noch vor, dass die Zahlungen auf das Bausparguthaben einschließlich des Ausgleichs der Abschlussgebühr [REDACTED] € und die Zahlungen auf die Zinsen [REDACTED] € betragen hätten, stellt aber in der Tabelle am Ende der Seite den Betrag von [REDACTED] € neben dem Rückzahlungsbetrag seiner gesamten Leistungen mit [REDACTED] € ein. Damit sind Sparraten des Jahres 2007 (5 x [REDACTED] €), mit denen die Abschlussgebühr ausgeglichen worden ist, in der klägerischen Berechnung sowohl bei der zurückverlangten Abschlussgebühr als auch bei den zurückverlangten und zu verzinsenden Zins- und Tilgungsleistungen berücksichtigt.

Der Kläger kann auch nicht die auf den Bausparvertrag geleisteten Sparraten in gleicher Weise wie Tilgungsleistungen auf das Darlehen verzinst zurückerhalten. Denn bei dem Vorausdarlehensvertrag und dem Bausparvertrag handelt es sich weder um einen einheitlichen und einheitlich zu widerrufenden Verbraucherdarlehensvertrag

noch um (zwei selbständige, aber) im Sinne von § 358 BGB verbundene Geschäfte mit der Folge der Anwendbarkeit von §§ 358 Abs.2, 4; 357 BGB a.F.

Ein einheitlicher Vertrag liegt nicht vor; vielmehr stellen Zwischen- oder Vorfinanzierungskredite selbständige außerkollektive Darlehensgeschäfte dar (vgl. Staudinger/Mülbart, BGB, Neubearb. 2015, § 488 Rn.555), die auch dann stets vom Bausparvertrag getrennt gewürdigt werden müssen, wenn die Bausparkasse sie aus eigenen Mitteln gewährt (BGH WM 1976, 682). Dass die Gewährung von Zwischen- und Vorausdarlehen ein (zugelassener) Geschäftsgegenstand von Bausparkassen ist, folgt auch aus § 4 Abs.1 Nr.1 BausparkG. Aus der als Anlage B32 (Bl.215ff.d.A.) vorgelegten Entscheidung des OLG Stuttgart vom 14.10.2011 – 9 U 151/11 – ergibt sich nichts anderes; dort ist lediglich die Rede davon, dass der Bausparvertrag und das nach Zuteilung auszureichende Bauspardarlehen einen einheitlichen Vertrag bilden, woran kein Zweifel besteht, vgl. § 1 Abs.2 BausparkG.

Es handelt sich auch nicht um verbundene Geschäfte im Sinne von § 358 BGB. Ein Verbraucherdarlehen und ein Bausparvertrag sind keine verbundenen Geschäfte im Sinne des § 358 Abs.3 BGB, wenn Darlehensmittel bestimmungsgemäß für Sparzahlungen auf den Bausparvertrag verwendet werden sollen und das Bauspardarlehen der Rückzahlung des Verbraucherdarlehens dienen soll (OLG Karlsruhe MDR 2016, 1030). Zu Recht weist die Beklagte in ihrer Berufungsbegründung ein weiteres Mal darauf hin, dass es an der kumulativen Voraussetzung des § 358 Abs.3 S.1 BGB a.F. fehlt, dass das Darlehen ganz oder teilweise der Finanzierung des anderen Vertrags dient. Hierzu hat der Kläger, der nur zu dem zweifelsohne vorhandenen wirtschaftlichen Zusammenhang der Verträge vorträgt, nichts weiter vorgebracht. Der BGH hat am Beispiel einer Kapitallebensversicherung als Tilgungsinstrument für ein endfälliges Darlehen klargestellt, dass keine verbundenen Verträge im Sinne des § 358 Abs.3 S.1 BGB a.F. vorliegen, wenn die Leistung des Verbrauchers in dem anderen Vertrag – dort: Versicherungsprämie – nicht ganz oder teilweise durch das Darlehen finanziert wird; allein der Umstand, dass – umgekehrt – der andere Vertrag der Tilgung des Darlehens dienen soll, führt nicht zur Anwendbarkeit des § 358 Abs.2 a.F. BGB (NJW 2015, 2414). Für den Fall des Bausparvertrags gilt nichts anderes. Ob der endfällige Darlehensvertrag und der zur Tilgung abgeschlossene Bausparvertrag „zusammenhängende Verträge“ im Sinne von § 359a BGB a.F. bzw. § 360 BGB n.F. darstellen, kann letztlich offen bleiben, nachdem die Vorschriften jedenfalls erst auf seit dem 11.06.2010 bzw. seit dem 13.06.2014 geschlossene Verträge anzuwenden sind, vgl. Art.229 §§ 22, 32 EGBGB. Vertreten wird, dass § 360 Abs.2 S.1 BGB im Falle des Widerrufs eines Verbraucherdarlehensvertrags auch Bausparverträge als Verträge zum Zwecke der Vermögensbildung i.S.d. Art.247 § 8 Abs.2 EGBGB erfasst (vgl. Münchener Kommentar zum BGB [Habersack], BGB, 7.Aufl., § 360 Rn.14). Die §§ 359a a.F. bzw. 360 n.F. sind in solchen Fällen aber auch nicht analog anwendbar (vgl. BGH a.a.O.).

Aus dem Bausparvertrag stand dem Kläger aber nach dem Vorbringen der Beklagten mit Stand 20.11.2014 ein Guthaben von [REDACTED] € zu; außerdem wurde ihm unbestritten ein Guthabenbetrag von [REDACTED] € gesondert ausgezahlt. Darüber hinausgehende Ansprüche hat der Kläger nicht dargetan. Zwar hat er unstreitig 88 Sparraten zu je [REDACTED] € entrichtet. Hiervon sind aber auch die Abschlussgebühr sowie weitere Positionen beglichen worden. Nach dem oben Gesagten steht dem Kläger aber keine Rückzahlung all seiner auf den Bausparvertrag geleisteten Zahlungen nach Rückabwicklungsgrundsätzen zu; ob die Beendigung des Bausparvertrages unter dem Gesichtspunkt der Rückgabe der Sicherheit geschuldet ist, kann dahinstehen, da die Beklagte sich gegen eine Verrechnung des vertragsgemäßen Bausparguthabens nicht sperrt. Der Kläger kann damit auch nicht die vertragsgemäß geleistete Abschlussgebühr zurückverlangen; dies auch nicht etwa deshalb, weil das Verlangen nach einer Abschlussgebühr aus anderen Gründen unwirksam gewesen wäre. Denn die Vereinbarung einer nicht rückzahlbaren Abschlussgebühr von 1% der Bausparsumme ist in Bausparverträgen selbst dann unbedenklich, wenn sie über vorformulierte Klauseln – wie etwa die auch hier einbezogenen Allgemeinen Bedingungen für Bausparverträge (ABB) – erfolgt (vgl. BGH NJW 2011, 1801).

Was den widerrufenen Vorausdarlehensvertrag angeht, ist am Tag des Wirksamwerdens des Widerrufs ein Rückabwicklungsverhältnis entstanden. Im Zuge dieses Rückabwicklungsverhältnisses hat die Beklagte die geleisteten Zinszahlungen zurückzugeben.

Die Gesamtsumme der geleisteten Zinszahlungen des Klägers betrug bis zum Wirksamwerden des Darlehenswiderrufs am 06.08.2014 letztlich unstreitig (vgl. Anlage K15, Bl.249f. d.A.):

- Summe Zinszahlungen bis zum 20.11.2014: [REDACTED] €
 - abzgl. Zahlungen nach dem 06.08.2014 (3 x 2.228,13 €) [REDACTED] €
- [REDACTED] €

Hinzu kommen noch drei weitere unstreitige Zahlungen nach dem 06.08.2014 in Höhe von jeweils [REDACTED] € zum 02.09.2014, 02.10.2014 und 04.11.2014. Insoweit standen dem Kläger – mangels fortbestehender Zahlungspflicht aus dem widerrufenen Darlehensvertrag – Bereicherungsansprüche zu, die auf den Tag ihrer Entstehung, mithin den jeweiligen Leistungstag, infolge der zumindest schlüssig erklärten Aufrechnung nach allgemeinen Regeln der §§ 396, 367 BGB zu berücksichtigen sind.

Daneben kann der Kläger nach dem oben Gesagten für alle Zinsleistungen die Herausgabe von Nutzungersatz bis zum Wirksamwerden des Widerrufs verlangen.

Insoweit sind zwar an sich nur tatsächlich gezogene Nutzungen herauszugeben. Bei Zahlungen an eine Bank besteht aber eine tatsächliche Vermutung dafür, dass die Bank Nutzungen im Wert des üblichen Verzugszinses, mithin in der Regel in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz, gezogen hat, die sie als Nutzungsersatz herausgeben muss (BGH NJW 2009, 3572 m.w.N.; NJW 2007, 2401). Im Falle eines Immobiliendarlehensvertrags – wie hier – besteht die Vermutung der Nutzziehung der Bank allerdings nur in Höhe von zweieinhalb Prozentpunkten über dem Basiszinssatz. Denn die in beide Richtungen widerlegliche Vermutung knüpft normativ spiegelbildlich an die Regelungen an, die die von den Banken beanspruchbaren Verzugszinsen normieren, hier mithin an § 497 Abs.1 S.2 BGB a.F. (BGH, Ur.t.v. 12.07.2016 – XI ZR 564/15 –; OLG Karlsruhe MDR 2016, 287; OLG Nürnberg, Ur.t.v. 11.11.2015 – 14 U 2439/14 –; OLG Stuttgart ZIP 2015, 2211). Soweit der Senat hierzu in der Vergangenheit eine abweichende Ansicht vertreten hat (vgl. etwa Ur.t.v. 27.04.2016 – 23 U 50/15 –), hält er daran im Hinblick auf die Rechtsprechung des BGH (Ur.t.v. 12.07.2016 – XI ZR 564/15 –) nicht mehr fest. Die Ziehung konkreter geringerer Nutzungen ergibt sich auch nicht aus dem Vortrag der Beklagten. So ist insbesondere nicht konkret dargetan, in welcher Weise die eingehenden Zinszahlungen des Klägers genutzt wurden. Auch der Klagevortrag enthält keine konkrete Behauptung einer höheren Nutzziehung, sondern stützte sich lediglich auf die allgemeine Nutzziehungsvermutung.

Legt man einen Zinssatz in Höhe von 2,5%-Punkten über dem Basiszinssatz zugrunde, betragen die zu vermutenden Nutzungen aus den Zinszahlungen bis zum 06.08.2014 nach der auf Hinweis des Senats bereinigten, zutreffenden Berechnung des Klägers (Anlage BK1; Bl.527ff.d.A.) [REDACTED] €.

Auf Seiten der Beklagten als Darlehensgeberin stand dem ein Rückgewähranspruch in Höhe des Nettokreditbetrages von noch [REDACTED] € (Stand: 31.12.2013) nebst Zinsen in Höhe des Vertragszinses von 4,65%, vgl. §§ 346 Abs.2; 357; 495 Abs.2 Nr.3 BGB a.F. gegenüber. Ein niedrigerer marktüblicher Zins ist nicht dargetan (s.o.). Da das Darlehen tilgungsfrei vereinbart war, entspricht der geschuldete Nutzungsersatz dem tatsächlich in gleich bleibender Höhe entrichteten Vertragszins. Bis zum Widerrufszeitpunkt waren aber an Zinsen [REDACTED] € entrichtet (s.o.). Damit standen sich per 06.08.2014 aufrechenbar gegenüber

• Forderungen der Beklagten (s.o.)

[REDACTED] €
[REDACTED] €

• Forderungen des Klägers (s.o.)

[REDACTED] €
[REDACTED] €

so dass sich ein Saldo zu Lasten des Klägers von

[REDACTED] €

zum 06.08.2014 errechnet, von dem noch die weiteren unstreitigen Zahlungen (s.o.) in Abzug zu bringen sind. Dabei ist zu beachten, dass der Anspruch der Beklagten auf Nutzungswertersatz in Höhe der vertraglichen Nominalzinssätze über den Zeitpunkt der Widerrufserklärungen hinaus bis zur Rückzahlung der Darlehensvaluten aus § 346 Abs.1, 2 S.2 Hs.1 BGB bestanden hat (vgl. Senat, Urt.v. 27.04.2016 – 23 U 50/15 –; OLG Karlsruhe MDR 2016, 287 m.w.N.; Brandenburgisches Oberlandesgericht, Urt.v. 01.06.2016 – 4 U 125/15 –), außerdem, dass eine Aufrechnung nach § 389 BGB ein rückwirkendes Erlöschen der Forderungen, soweit sie sich decken, bereits auf den Zeitpunkt bewirkt, in welchem sie zur Aufrechnung geeignet einander gegenübergetreten sind. Dies ist hier der Zeitpunkt des Wirksamwerdens des Widerrufs, weil in diesem Moment die beiderseitigen Rückabwicklungsforderungen entstanden sind (wie hier: Brandenburgisches Oberlandesgericht, Urt.v. 01.06.2016 – 4 U 125/15 –). Damit bestand keine Forderung des Klägers aus der Rückabwicklung des Darlehensvertrags mehr, auf die eine Nebenforderungen angefallen sein könnte. Die im Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung bereits entstandenen Zinsansprüche sind mithin insoweit ex tunc entfallen (vgl. BGH NJW 1981, 1729; Palandt-Grüneberg, BGB, 75.Aufl., § 389 Rn.2 m.w.N.).

Zum 02.09.2014 betrug die Forderung der Beklagten demzufolge wieder [REDACTED] € und wurde sodann in Höhe von [REDACTED] € durch Verrechnung bzw. Aufrechnung getilgt. Die noch in Höhe von [REDACTED] € bestehende Restforderung wuchs bis zum 02.10.2014 an auf [REDACTED] € und wurde an diesem Tag in Höhe weiterer [REDACTED] € bis auf restliche [REDACTED] € getilgt. Am 04.11.2014 belief sich die Forderung sodann auf [REDACTED] € und wurde infolge des weiteren Zahlungseingangs um [REDACTED] € auf [REDACTED] € reduziert. Am 20.11.2014, dem Tag der Verrechnung des Bausparguthabens, belief sich die Forderung auf [REDACTED] €. Auf diese Forderung verrechnete die Beklagte das Bausparguthaben in Höhe von [REDACTED] € und zog unstreitig von der [REDACTED] bank einen weiteren Betrag von [REDACTED] € ein. Dadurch ergab sich eine Überzahlung von [REDACTED] €. Hiervon ist noch die unmittelbar geleistete Auszahlung von [REDACTED] € in Abzug zu bringen, so dass wegen ungerechtfertigter Bereicherung eine berechnete Rückforderung des Klägers in Höhe von [REDACTED] € verbleibt.

Die Zinsforderung ergibt sich aus §§ 818 Abs.1 BGB.

Die mit dem Antrag zu 2. geltend gemachten außergerichtlichen Kosten waren nicht, auch nicht teilweise zuzusprechen. Insofern war die Berufung zurückzuweisen, weil es bei der Klageabweisung verbleibt. Es fehlt schon an einer Anspruchsgrundlage, da die Beklagte vor Beauftragung des Prozessbevollmächtigten nicht in Verzug geraten ist. Insbesondere stellt die Fristsetzung zum „Anerkenntnis des Widerrufs“ (vgl. Anlage B20; Bl.111f.d.A.) keine Mahnung im Rechtssinne dar. Auch kann eine end-

gültige Erfüllungsverweigerung vor der Anwaltsbeauftragung nicht festgestellt werden. Im Übrigen kann der Entscheidung ohnehin nicht zugrunde gelegt werden, dass tatsächlich ein Anwaltsauftrag mit dem Inhalt einer außergerichtlichen Tätigkeit erteilt worden ist; der Kläger hat hierzu nichts ausgeführt. Angesichts des unmittelbaren zeitlichen Zusammenhangs zwischen den anwaltlichen Anschreiben (Anlage B26; Bl.123ff.d.A. und Anlage K2, Bl.19ff. d.A.) und der Klage sowie der Formulierung der Schriftsätze („...bereits mit der Erstellung der Klageschrift begonnen und werden diese in den nächsten Tagen einreichen“; „Klageschrift fertiggestellt“) ist ohne nähere Darstellung davon auszugehen, dass eine bloße Klagevorbereitung im Sinne von § 19 RVG Gegenstand des Auftrags war. Es kommt insoweit darauf an, ob der Rechtsanwalt (auch) mit der außergerichtlichen Geltendmachung der Ansprüche beauftragt und der Prozessauftrag noch gar nicht bzw. nur bedingt für den Fall des Scheiterns des vorgerichtlichen Mandats oder ob schon ein unbedingter Klageauftrag erteilt worden ist (BGH JurBüro 2013, 418; Oberlandesgericht Hamm NJW-RR 2006, 242 m.w.N.). Wenn der Rechtsanwalt bereits einen unbedingten Prozessauftrag erhalten hat, ist für die Entstehung der Gebühren gemäß VV 2300 nämlich kein Raum mehr; klagevorbereitende Schriftsätze wie abschließende Mahnungen oder Kündigungen gehören dann bereits zum gebührenrechtlichen Rechtszug i.S.d. § 19 RVG. Insofern steht die bloße Existenz eines vorprozessualen Anspruchsschreibens der Annahme eines Mandats zur gerichtlichen Forderungsdurchsetzung nicht entgegen (vgl. BGH a.a.O.), sondern spricht, wenn es – wie hier – in zeitlicher Nähe zur Klageerhebung verfasst ist, für eine bloß abschließende Mahnung im Sinne von § 19 Abs.1 S.2 Nr.1 RVG.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 ZPO und berücksichtigt das jeweilige Unterliegen und Obsiegen.

Der Ausspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit ergeht nach §§ 708 Nr.10, 711 ZPO.

Die Revision ist nicht zuzulassen, weil die Sache keine grundsätzliche Bedeutung hat und weder der Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert (§ 543 ZPO). Soweit der Kläger in der mündlichen Verhandlung die Zulassung der Revision angeregt hat, sind die entscheidenden Rechtsfragen höchstgerichtlich bereits geklärt (s.o.).

Der Schriftsatz vom 06.10.2016 veranlasste keine Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung.