

4 U 44/18

21 O 173/17
LG Köln



Anlage zum Verkündungsprotokoll
vom 14.08.2018
Verkündet am 14.08.2018
Justizsekretärin,
als Urkundsbeamtin der Geschäfts-
stelle

OBERLANDESGERICHT KÖLN

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

In dem Rechtsstreit

Kläger und Berufungskläger,

- Prozessbevollmächtigte: Stader Rechtsanwälte GbR,
Oskar-Jäger-Straße 170, 50825 Köln -

g e g e n

die **Sparkasse KölnBonn**, Anstalt des öffentlichen Rechts, gesetzlich vertreten
durch ihren Vorstand,

Beklagte und Berufungsbeklagte,

- Prozessbevollmächtigte:

hat der 4. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Köln

auf die mündliche Verhandlung vom 24. Juli 2018

durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht

sowie die Richter

am Oberlandesgericht

und

für R e c h t erkannt:

Auf die Berufungen der Kläger wird das Urteil des Landgerichts Köln vom 27.02.2018 teilweise abgeändert und unter gleichzeitiger Zurückweisung ihrer weitergehenden Rechtsmittel wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an die Kläger als Gesamtgläubiger 39.807,98 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 24.721,81 € seit dem 04.01.2017 und aus 15.086,17 € seit dem 14.07.2017 zu zahlen; im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Beklagte trägt die in beiden Rechtszügen entstandenen Kosten des Rechtsstreits.

Dieses Urteil und das Urteil des Landgerichts sind vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leisten.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:**I.**

Die Kläger nehmen die Beklagte im Anschluss an den von ihnen am 15.06.2016 erklärten und der Beklagten am 21.06.2016 zugegangenen Widerruf ihrer auf Abschluss des zwischen ihnen zur Konto-Nr. am 17./18.11.2003 geschlossenen und am 03.11.2016 abgelösten Darlehensvertrages gerichteten Willenserklärungen auf Rückzahlung der von der Ablöseforderung der Beklagten erfassten Vorfälligkeitsentschädigung in Höhe von 24.721,81 €, Herausgabe der aus den von ihnen auf den

Darlehensvertrag erbrachten Zins- und Tilgungsleistungen gezogenen Nutzungen in Höhe von 15.086,17 € und Freistellung von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.952,55 € in Anspruch.

Die Parteien haben über die Wirksamkeit des Widerrufs gestritten, wobei sie unterschiedliche Rechtsstandpunkte zu den Fragen vertreten haben, ob die mit dem Vertrag erteilte Widerrufsbelehrung ordnungsgemäß war, diese an der Gesetzlichkeitsfiktion teilnimmt, ob der Widerruf wegen des Zugangs erst am 21.06.2016 verfristet oder wegen jahrelanger beanstandungsfreier Ratenzahlung jedenfalls verwirkt war und ob dem Rückforderungsbegehren § 814 BGB wegen vorbehaltloser Zahlung des Vorfälligkeitsentgelts entgegensteht

Die Kläger haben beantragt,

1. die Beklagte zu verurteilen, an sie 39.807,98 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 04.01.2017 zu zahlen,
2. die Beklagte zu verurteilen, sie von den außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten i. H. v. 1.952,55 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit freizustellen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Mit dem angefochtenen, im Tenor dieses Urteils näher bezeichneten Erkenntnis hat das Landgericht die Klage im Wesentlichen mit der Begründung als unbegründet abgewiesen, der Ausübung des Widerrufsrechts stehe jedenfalls der Einwand der Verwirkung bzw. des Rechtsmissbrauchs entgegen, weil sich die Kläger widersprüchlich verhalten hätten, als sie die geforderte Ablösesumme incl. Vorfälligkeitsentschädigung vorbehaltlos zahlten, nachdem sie die Beklagte noch mit Schreiben vom 08.08.2016 aufgefordert hatten, das Darlehen unter Berücksichtigung des Widerrufs, d.h. ohne Vorfälligkeitsentschädigung und unter Abzug von Nutzungersatz, abzurechnen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des erstinstanzlichen Sach- und Streitstandes und der Begründung der Klageabweisung im Einzelnen nebst den getroffenen Feststellungen wird auf das angefochtene Urteil (Bl. 99 ff. GA) Bezug genommen.

Mit ihren gegen dieses Urteil form- und fristgerecht eingelegten und begründeten Berufungen verfolgen die Kläger ihr erstinstanzliches Rechtsschutzziel weiter. Sie rügen die Verletzung materiellen Rechts durch das Landgericht, soweit dieses von einer Verwirkung ihrer Rechte zur Ausübung des Widerrufs ausgegangen ist. Sie meinen, ihre durch wirksame Ausübung ihrer Widerrufsrechte entstandenen Ansprüche könnten nicht nachträglich verwirken. Ihr Anspruch auf Rückzahlung der Vorfälligkeitsentschädigung beruhe auf Bereicherungsrecht, womit für die Verwirkung neben § 814 BGB kein Anwendungsbereich bleibe. Die Voraussetzungen des § 814 BGB lägen aber nicht vor, zum einen, weil die Ablösung der Restschuld im Treuhandwege durch den Verkauf des belasteten Grundstücks beurkundenden Notar und nicht durch ihre Leistung erfolgt sei, zum anderen, weil der Entscheidung nicht zugrunde gelegt werden könne, sie hätten von der Wirksamkeit ihres Widerrufs und damit vom Nichtbestehen eines Rechts der Beklagten zur Berechnung einer Vorfälligkeitsentschädigung Kenntnis gehabt. Fehlerhaft sei auch die Annahme des Landgerichts, die Zahlung der Vorfälligkeitsentschädigung sei vorbehaltlos erfolgt. Das Gegenteil erschließe sich bei verständiger Würdigung ihres Schreibens an die Beklagte vom 08.08.2016. Schließlich fehle es an der für die Anwendung des § 814 BGB notwendigen Freiwilligkeit der Leistung, da die verlangte Vorfälligkeitsentschädigung erkennbar zur Vermeidung eines drohenden Nachteils gezahlt worden sei, wenn sie dem Käufer das Eigentum an dem verkauften Grundstück nicht wie vertraglich vorgesehen lastenfrei hätten verschaffen können.

Die Beklagte, die auf Zurückweisung der Berufungen anträgt, verteidigt das angefochtene Urteil als richtig und beruft sich zur Bestärkung des von dem Landgericht eingenommenen Rechtsstandpunkts auf die Freigabe der Sicherheiten im Anschluss an die vollständige Bezahlung des zur Ablösung des Darlehens angeforderten Betrages sowie auf eine andere, ihre Rechtsauffassung vermeintlich bestätigende oberlandesgerichtliche Entscheidung. Sie meint, im Übrigen lägen die Voraussetzungen des § 814 BGB vor.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die von den Prozessbevollmächtigten der Parteien zur Gerichtsakte eingereichten Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf den weiteren Akteninhalt einschließlich des Sitzungsprotokolls vom 10.07.2018 (Bl. 162 f. GA) Bezug genommen.

II.

Die zulässigen Berufungen der Kläger haben auch in der Sache zum ganz überwiegenden Teil Erfolg; hinsichtlich eines Teils der verlangten Zinsen und bezogen auf den mit dem Klageantrag zu 2. verfolgten Antrag auf Freistellung von vorgerichtlichen Anwaltskosten sind sie unbegründet.

(1) Der Senat teilt nicht die Bewertung des Landgerichts, die Geltendmachung von Rechten aus dem Widerruf durch die Kläger sei wegen „Verwirkung bzw. Rechtsmissbrauchs“ ausgeschlossen.

(1.1) Zwar kann das Widerrufsrecht nach § 495 Abs. 1 BGB in der hier nach Art. 229 § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, § 22 Abs. 2, §§ 32, 38 Abs. 1 Satz 1 EGBGB maßgeblichen, zwischen dem 01.08.2002 und dem 10.06.2010 geltenden Fassung (künftig: a.F.) verwirkt werden kann (*vgl. nur BGH, Urteile vom 12.07.2016 – XI ZR 501/15 – juris Rn. 39 ff. und – XI ZR 564/15 – juris Rn. 34 ff.; Urteil vom 11.10.2016 – XI ZR 482/15 – juris Rn. 30 ff.; Urteil vom 14.03.2017 – XI ZR 442/16 – juris Rn. 27*). Indessen kann der Unternehmer allein aufgrund eines laufend vertragstreuen Verhaltens des Verbrauchers kein schutzwürdiges Vertrauen darauf bilden, der Verbraucher werde seine auf Abschluss des Verbraucherdarlehensvertrags gerichtete Willenserklärung nicht widerrufen (*BGH, Urteil vom 12.07.2016 – XI ZR 564/15 – juris Rn. 39*). Dies gilt namentlich bei laufenden Vertragsbeziehungen im Hinblick darauf, dass es der Bank während der Schwebezeit jederzeit möglich und zumutbar ist, durch eine Nachbelehrung des Verbrauchers die Widerrufsfrist in Gang zu setzen (*BGH, Urteil vom 12.07.2016, a. a. O., Rn. 41*). So liegt der Fall auch hier. Die Kläger zahlten die nach dem Darlehensvertrag geschuldeten Zinsraten und die Beiträge zu den sicherungshalber an die Beklagte abgetretenen, tilgungsersetzenden Rentenversicherungen bis zur Erklärung des Widerrufs am 15.06.2016 unstreitig beanstandungsfrei.

(1.2) Die Geltendmachung der Rechte aus dem am 15.06.2016 erklärten Widerruf ist auch nicht wegen Rechtsmissbrauchs gemäß § 242 BGB ausgeschlossen.

(1.2.1) Die Zahlung der Ablösesumme einschließlich Vorfälligkeitsentgelts und ohne Berücksichtigung des Nutzungsersatzes zugunsten der Kläger erfolgte entgegen der von der Beklagten verteidigten Ansicht des Landgerichts bei verständiger Würdigung des Sachverhalts zumindest konkludent unter dem Vorbehalt der Rückforderung. In ihrem Schreiben an die Beklagte vom 08.08.2016, wegen dessen Inhalts im Einzelnen auf Anlage K 3 (Seite 6 AH) Bezug genommen wird, forderten die Kläger die Beklagte auf, den Widerruf vom 15.06.2016 rechtsverbindlich zu bestätigen und das Darlehen unter Berücksichtigung des Widerrufs, d.h. „ohne Vorfälligkeitsentschädigungen und unter Abzug von Nutzungsersatz in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz“ abzurechnen. Damit haben sie unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass sie ein Vorfälligkeitsentgelt nicht anerkennen. Diese Erklärung ist zugleich als Vorbehalt der Rückforderung für den Fall, dass die Beklagte den Widerruf nicht akzeptieren sollte, zu werten (vgl. *OLG Zweibrücken, Urteil vom 23.11.2016 – 7 U 77/15 – juris Rn. 103*; *OLG München, Urteil vom 21.05.2015 – 17 U 334/15 – juris Rn. 40*). Die gegenteilige Ansicht des Landgerichts vermag auch deswegen nicht zu überzeugen, weil es die weitere Erklärung der Kläger in dem Schreiben, sie würden die zukünftigen monatlichen Raten nur unter dem Vorbehalt der Rückforderung leisten, falls die Beklagte den Widerruf unberechtigterweise zurückweisen werde, nicht hinreichend gewürdigt hat. Wenn mit dieser Erklärung die Aufrechterhaltung der vertraglich geschuldeten Raten ausdrücklich unter Rückforderungsvorbehalt stehen sollte, wie es auch das Landgericht gesehen hat, lässt sich entgegen seiner weiteren Annahme schwerlich begründen, dass die Kläger wegen der vermeintlich vorbehaltlos gezahlten Vorfälligkeitsentschädigung auch mit der Geltendmachung von Ansprüchen aus § 357 Abs. 1 S. 1 BGB a.F. i. V. m. § 346 Abs. 1 Hs. 2 Alt. 1 und 2 BGB, hier konkret des ebenfalls mit der Klage geltend gemachten Anspruchs auf Herausgabe der aus den regelmäßigen Zinsleistungen gezogenen Nutzungen, ausgeschlossen sind. Vielmehr haben die Kläger auch mit dieser Erklärung unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass sie an dem Widerruf auch bei abweichender Sicht der Beklagten festhalten wollten. Unter diesen Umständen stellt sich die Forderung, die Kläger hätten sich vor Weiterleitung eines Teils des Kaufpreises durch den Notar an die Beklagte die

Rückforderung des berechneten Vorfälligkeitsentgelts ausdrücklich nochmals vorbehalten müssen, als bloße Förmerei dar.

(1.2.2) Es kommt hinzu: Die Beklagte erklärte weder bei der Abrechnung der Ablösesumme mit Schreiben vom 05.10.2016 (Anlage B 3, Bl. 54 AH) noch aus anderem Anlass ausdrücklich oder zumindest für die Kläger erkennbar konkludent, sie mache die Ablösung des Darlehens davon abhängig, dass die Kläger von den ihnen aufgrund des eventuell wirksam erklärten Widerrufs zustehenden Rechten keinen Gebrauch mehr machten. Dem Verhalten der Kläger, insbesondere der „vorbehaltlosen“ Zahlung der Ablösesumme (s. o.), kommt ein solches Erklärungswert nicht bei. Die Ablösung des Darlehens auf der Basis der den Widerruf außer Acht lassenden Berechnung der Beklagten machte für die Kläger auch ersichtlich Sinn, zum einen wegen ihrer Verpflichtung zur lastenfreien Verschaffung des Eigentums an dem Beleihungsobjekt, zum anderen, um ihren wirtschaftlichen Nachteil im Rahmen der widerrufsbedingten Rückabwicklung zu minimieren, der dadurch entsteht, dass der Beklagten ein Wertersatzanspruch gemäß § 357 Abs. 1 S. 1 BGB a.F. i. V. m. § 346 Abs. 2 BGB zusteht, und zwar – anders als der ihnen zustehende Anspruch auf Herausgabe der aus den Zinsleistungen gezogenen Nutzungen – über den Zeitpunkt des Widerrufs hinaus und in der Regel in der Höhe des vertraglich festgelegten, konkret über der Verzinsung des eigenen Nutzungersatzanspruchs liegenden – Zinssatzes. Bei verständiger Würdigung bestanden für Mitarbeiter/innen der Beklagten bei Zahlung der Ablösesumme (§§ 133, 157 BGB) ohne anderweitige ausdrückliche oder jedenfalls konkludente Erklärung keine Anhaltspunkte, die Kläger wollten zugleich zum Ausdruck bringen, sie würden ihre etwaigen Rechte aus dem von ihnen erklärten Widerruf nicht mehr geltend machen, zumal der Widerruf als Gestaltungsrecht nach seinem Zugang vom Darlehensnehmer nicht mehr einseitig zurückgenommen werden kann (*BGH, Urteil vom 07.11.2017 – XI ZR 369/16 – WM 2018, 45 Rn. 29*).

(1.2.3) Die von der Beklagten zur vermeintlichen Bestärkung ihrer gegenteiligen Sicht angeführte Rechtsprechung des 13. Zivilsenats (*OLG Köln, Hinweisbeschluss vom 10.02.2016 – 13 U 137/15 –*), wonach ein widersprüchliches Verhalten des Darlehensnehmers wegen Zuwartens mit der Erklärung des Widerrufs trotz der gegenüber der Bank längst angedachten Widerrufsmöglichkeit auf ca. 3 Jahre unter vorbehaltloser Aufrechterhaltung der Ratenzahlung angenommen werden kann, ist – entsprechend

dem Hinweis des Vorsitzenden mit der Terminierung – ersichtlich nicht einschlägig. Auch das Vorbringen der Beklagten, im Anschluss an die Freigabe der zur Besicherung der Rückzahlung des Darlehens gegebenen Sicherheiten habe sie nicht mehr damit rechnen müssen, von den Klägern aufgrund des von diesen erklärten Widerrufs in Anspruch genommen zu werden, verfängt nicht. Die Freigabe der Sicherheiten erfolgte unstreitig erst im Anschluss an die Zahlung der von der Beklagten mit Schreiben vom 05.10.2016 berechneten und geforderten Ablösebeträge. Seit der Ablösung am 03.11.2016 bestand ein Sicherungsinteresse der Beklagten auch im Hinblick auf ihr gegen die Kläger vom rechtlichen Ansatz her zustehende Ansprüche gemäß § 357 Abs. 1 S. 1 BGB a.F. i. V. m. § 346 Abs. 1 und Abs. 2 BGB nicht mehr. Es kann davon ausgegangen werden, dass in die Berechnung der Ablösesumme durch die Beklagte mit Schreiben vom 05.10.2016 außer dem Vorfälligkeitsentgelt die Restvaluta zum 02.11.2016 nebst den bis zu diesem Tag geschuldeten Vertragszinsen eingeflossen sind.

(1.3) Die Rückforderung des Vorfälligkeitsentgelts ist entgegen dem von der Beklagten auch im zweiten Rechtszug eingenommenen Rechtsstandpunkt nicht gemäß § 814 BGB ausgeschlossen.

(1.3.1) Die Anwendung der Vorschrift des § 814 BGB, die auf dem Gedanken der Unzulässigkeit widersprüchlichen Verhaltens beruht, ist ausgeschlossen, wenn der Leistungsempfänger trotz Kenntnis des Leistenden nicht darauf vertrauen darf, das Empfangene behalten zu dürfen (*BGH, Urteil vom 10.12.1998 – III ZR 208/97 – NJW 1999, 1024, 1025 f.*). Ein solcher Fall liegt insbesondere vor, wenn die Leistung unter dem Vorbehalt der Rückforderung erfolgt. Mit dem Vorbehalt wehrt sich der Leistende gerade gegen die Deutung seines Verhaltens dahin, er wolle ohne Rücksicht auf das Bestehen einer Verpflichtung leisten (*BGH, Urteil vom 17.02.1982 – IVb ZR 657/80 – juris Rn. 10; Sprau in Palandt, BGB, 77. Auflage, § 814 Rn. 5*). Einen Rückforderungsvorbehalt haben die Kläger anlässlich der Zahlung der Ablösesumme einschließlich Vorfälligkeitsentgelts erklärt. Auf die oben unter Ziffer 1.2.1 stehende Begründung wird zwecks Vermeidung bloßer Wiederholungen verwiesen.

(1.3.2) Mit diesem Einwand vermag die Beklagte aber auch deswegen nicht durchzudringen, weil der Entscheidung nicht zugrunde gelegt werden kann, dass die Kläger

als Leistende gewusst haben, sie seien zur Leistung nicht verpflichtet. Dieser Konditionsausschluss greift nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs erst ein, wenn der Leistende nicht nur die Tatumstände kennt, aus denen sich ergibt, dass er nicht verpflichtet ist, sondern auch weiß, dass er nach der Rechtslage nichts schuldet; Zweifel daran, dass diese Voraussetzungen vorliegen, gehen zu Lasten des darlegungs- und beweispflichtigen Leistungsempfängers (vgl. nur BGH, Urteile vom 17.10.2002 – III ZR 58/02 – NJW 2002, 3772, 3773 Ziff. 3, und 11.11.2008 – VIII ZR 265/07 – NJW 2009, 580, 582 Rn. 17). Eine solche positive Kenntnis der Kläger von der Rechtslage kann in Anbetracht der Risiken der Wirksamkeit und Durchsetzbarkeit der Rechte aus ihrem Widerruf des Darlehensvertrages, insbesondere im Hinblick auf die von der Beklagten im vorliegenden Prozess gegen den Erfolg der Klage angeführten Gesichtspunkte der Ordnungsgemäßheit der Widerrufsbelehrung, der Gesetzlichkeitsfiktion gemäß Anlage 2 zu § 14 BGB-InfoV a.F., des Erlöschens der Widerrufsrechte mit Zugang am 21.06.2016, der Verwirkung und des Rechtsmissbrauchs gemäß § 242 BGB, und deren unterschiedliche Bewertung durch die Instanzgerichte nicht angenommen werden (vgl. OLG Zweibrücken, Urteil vom 23.11.2016 – 7 U 77/15 – juris Rn. 103; OLG Schleswig, Urteil vom 20.10.2016 – 5 U 62/16 – juris Rn. 88).

(2) Gegen die Wirksamkeit der Ausübung der Widerrufsrechte durch die Kläger mit Schreiben vom 15.06.2016 bestehen auch im Übrigen keine Bedenken.

(2.1) Den Klägern kam gemäß § 495 Abs. 1 BGB a.F. das Recht zu, ihre auf Abschluss des im Jahr 2003 abgeschlossenen Darlehensvertrages gerichteten Willenserklärungen nach näherer Maßgabe des § 355 Abs. 1 und 2 BGB in der hier nach Art. 229 § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, § 22 Abs. 2, §§ 32, 38 Abs. 1 Satz 1 EGBGB maßgeblichen, zwischen dem 01.08.2002 und dem 08.12.2004 geltenden Fassung (künftig: a.F.) noch am 15.06.2016 zu widerrufen. §§ 491 ff. BGB a.F. sind anwendbar, weil die Kläger zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses im Jahr 2003 Verbraucher im Sinne von § 13 BGB waren und die Beklagte Unternehmerin im Sinne von § 14 BGB war und ist. Die Widerrufsfrist war bei Ausübung der Widerrufsrechte noch nicht verstrichen. Die Widerrufsbelehrung war in mehrfacher Hinsicht fehlerhaft. Diese informierte die Kläger mittels des Einschubs „frühestens“ unzureichend deutlich über den Beginn der Widerrufsfrist (vgl.: BGH, Urteil vom 12.07.2016 – XI ZR 564/15 – juris Rn. 18, m. w. N.; Urteil vom 25.04.2017 – XI ZR 108/16 – juris Rn. 11; Urteil vom 09.05.2017 – XI ZR

314/15 – juris Rn. 12; Urteil vom 20.06.2017 – XI ZR 72/16 – juris Rn. 22; Urteile vom 10.10.2017 – XI ZR 449/16 – juris Rn. 17, – XI ZR 555/16 – juris Rn. 16; Urteil vom 09.01.2018 – XI ZR 402/16 – Rn. 11) und mittels der eingefügten Fußnote „Bitte Frist im Einzelfall prüfen“ auch unklar über ihre Länge (vgl. BGH, Urteil vom 12.07.2016 – XI ZR 564/15 – juris Rn. 19 m. w. N.; Urteil vom 25.04.2017 – XI ZR 108/16 – juris Rn. 11; Urteil vom 09.05.2017 – XI ZR 314/15 – juris Rn. 12). Der Beklagten kommt die Gesetzlichkeitsfiktion des Musters für die Widerrufsbelehrung gemäß Anlage 2 zu § 14 BGB-InfoV a.F. nicht zugute, weil sie zwei durch das Muster nicht vorgesehene Fußnoten eingefügt und dadurch das Muster für die Widerrufsbelehrung einer inhaltlichen Bearbeitung unterzogen hat, die über das nach § 14 Abs. 3 BGB-InfoV a.F. für den Erhalt der Gesetzlichkeitsfiktion Erlaubte hinausgeht (vgl. BGH, Urteil vom 12.07.2016 – XI ZR 564/15 – juris Rn. 24 f.).

(2.2) Die Widerrufsrechte sind entgegen der erstinstanzlich vertretenen Auffassung der Beklagten nicht wegen des Zugangs des Widerrufsschreibens vom 15.06.2016 bei ihr erst am 21.06.2016 gemäß Art. 229 § 38 Abs. 3 Satz 1 EGBGB erloschen. Nach dieser Vorschrift erlischt ein Widerrufsrecht bei Immobiliendarlehensverträgen, die – wie hier – zwischen dem 01.09.2002 und dem 10.06.2010 geschlossen wurden und bei denen – wie hier – ein Widerrufsrecht wegen fehlerhafter Widerrufsbelehrung fortbesteht, spätestens drei Monate nach dem 21. März 2016. Vor diesem Hintergrund haben die Kläger ihr Widerrufsrecht vor Eintritt des gesetzlichen Erlöschenstatbestandes wirksam ausgeübt, selbst wenn der Widerruf der Beklagten erst am 21. Juni 2016 zugeing. Denn die gesetzlich bestimmte Frist von drei Monaten endete erst mit Ablauf des 21.06.2016. Die bislang umstrittene Rechtsfrage, ob Widerrufsrechte aus Altverträgen nach Art. 229 § 38 Abs. 3 Satz 1 EGBGB bereits mit Ablauf des 20.06.2016 (um 24:00 Uhr) erloschen sind oder ob der Erlöschenstatbestand erst mit Ablauf des 21.06.2016 (um 24:00 Uhr) eingetreten ist, hat der Bundesgerichtshof im Sinne der letztgenannten Auffassung entschieden (BGH, Beschluss vom 16.01.2018 – XI ZR 477/17 – WM 2018, 369, 370). Dieser Auffassung schließt sich der Senat auch in Anbetracht der von der Beklagten zur Bestätigung ihres Rechtsstandpunktes angeführten Entscheidungen und Literaturstellen an. Soweit der Bundesgerichtshof in diesem Zusammenhang zugleich klargestellt hat, dass die rechtzeitige Absendung der Widerrufserklärung zur

Fristwahrung ausreicht, verhält sich der Vortrag der Parteien nicht zum Tag der Absendung, der aber offen bleiben kann, weil das Widerrufsschreiben der Kläger der Beklagten jedenfalls rechtzeitig zugegangen ist.

(3) Aufgrund des wirksamen Widerrufs stehen den Klägern gemäß § 432 Abs. 1 BGB als Mitgläubigern die von ihnen mit der Klage verfolgten Ansprüche in der Gesamthöhe von 39.807,98 € nebst Zinsen, wenn auch nicht gänzlich in der insoweit verfolgten Höhe, zu.

(3.1) Rechtsgrundlage für den geltend gemachten Anspruch auf Rückzahlung des Vorfälligkeitsentgelts, das sich der Höhe nach unstreitig auf 24.721,81 € belief, ist § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB. Mit der Umwandlung des Verbraucherdarlehensvertrags in ein Rückgewährschuldverhältnis trat, was den Rechtsgrund der Ansprüche des Widerrufenden betrifft, eine Zäsur ein, da die primären Leistungspflichten aus dem Verbraucherdarlehensvertrag entfielen, mit der Folge, dass im Anschluss daran erbrachte Leistungen an den Darlehensgeber nach Bereicherungsrecht zurückzugewähren sind (vgl. *BGH, Versäumnisurteil vom 21.02.2017 – XI ZR 467/15 – juris Rn. 20*). Der – nach oben stehender Maßgabe wirksame – Widerruf vom 15.06.2016 ging der Beklagten am 21.06.2016 zu. Die Zahlung des Vorfälligkeitsentgelts erfolgte am 03.11.2016 und damit nach „Zäsur“. Die Zahlung des Vorfälligkeitsentgelts erfolgte ohne Rechtsgrund, weil der wirksame Widerruf gemäß § 357 Abs. 1 S. 1 BGB a.F. i. V. m. § 346 BGB zur Umwandlung des Darlehensvertragsverhältnisses in ein Rückgewährschuldverhältnis führte, aufgrund dessen die Kläger der Beklagten gerade kein Vorfälligkeitsentgelt schuldeten.

(3.2) Der Anspruch auf Herausgabe der von der Beklagten aus den bis zum Widerruf geleisteten Zinszahlungen gezogenen Nutzungen folgt aus § 357 Abs. 1 S. 1 BGB a.F. i. V. m. § 346 Abs. 1 Hs. 2 Alt. 2 BGB und ist in der geltend gemachten, auf die Berechnung nach der Anlage K 7 (Bl. 43 ff. AH) gestützten und nicht bestrittenen Höhe von 15.086,17 € zuzuerkennen.

(3.3) Hinsichtlich des Verzinsungsantrages ist zu differenzieren:

(3.3.1) Der Anspruch auf Rückzahlung des Vorfälligkeitsentgelts in Höhe von 24.721,81 € ist aufgrund des anwaltlichen Mahnschreibens vom 20.12.2016 unter Fristsetzung bis zum 03.01.2017 (Anlage K 4, Bl. 7 ff. AH) gemäß §§ 288 Abs. 1, 286 Abs. 1 S. 1 BGB antragsgemäß, d.h. ab dem 04.01.2017 zu verzinsen.

(3.3.2) Eine Verzinsung des Nutzungersatzanspruchs schon ab dem 04.01.2017 scheidet aus, weil es auch in Ansehung des Mahnschreibens vom 20.12.2016 an der verzugsbegründenden Aufforderung zur Zahlung eines bezifferten Betrages fehlt. Es bleibt der Rechtshängigkeitszins gemäß §§ 288 Abs. 1, 291 BGB ab dem 14.07.2017.

(4) Die Klage ist, soweit die Kläger ihren Klageantrag zu 2. weiterverfolgen, unbegründet. Das Landgericht hat ihnen im Ergebnis zu Recht einen Anspruch gegen die Beklagte auf Erstattung ihrer vorgerichtlichen Kosten nicht zugebilligt. Den Klägern steht gegen die Beklagte ein dahingehender Anspruch aus keinem rechtlichen Gesichtspunkt zu.

(4.1) Das Bestehen eines Anspruchs gemäß §§ 280 Abs. 1 und 2, 286 Abs. 1 S. 1 BGB scheidet aus, weil sich die Beklagte bei Einschaltung der Prozessbevollmächtigten durch die Klägerin spätestens am 20.06.2016 (vgl. Anlage K 4, Bl. 7 ff. AH) nicht im Schuldnerverzug befand. Bis dahin hatten die Kläger gegenüber der Beklagten einen bezifferten Zahlungsanspruch nicht geltend gemacht. Zwar hatte der Gesetzgeber, wie der Gesetzgebungsgeschichte zu entnehmen ist, mittels des Zusatzes in § 357 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 BGB a.F. ins Auge gefasst, die Frist des § 286 Abs. 3 BGB "mit der Widerrufs- oder Rückgabeerklärung des Verbrauchers" beginnen zu lassen und damit sowohl den Verbraucher als auch den Unternehmer abweichend von den sonst geltenden Grundsätzen von der Bezifferung des Rückgewähranspruchs als fingierter Entgeltforderung mittels einer Zahlungsaufstellung als Voraussetzung des Schuldnerverzugs freizustellen. Da eine entsprechende Gesetzesänderung aber unterblieben ist, unterliegt der Eintritt des Schuldnerverzugs weiterhin den allgemeinen Voraussetzungen (BGH, Urteil vom 21.02.2017 – XI ZR 467/15 – juris Rn. 24, 26 f.; Masuch in Münchener Kommentar zum BGB, 6. Auflage, § 357 Rn. 40). Die Kläger hätten der Beklagten zumindest die von ihnen dieser nach § 346 Abs. 1 Alt. 1 und Abs.

2 geschuldeten Leistungen in einer den Annahmeverzug der Beklagten begründenden Weise anbieten müssen (vgl. *BGH, Urteil vom 21. Februar 2017, a. a. O. und WM 2017, 906, 909, jew. Rn. 27; Urteil vom 14. März 2017 – XI ZR 442/16 – WM 2017, 849, 852 Rn. 29; Urteil vom 25. April 2017 – XI ZR 314/16 – juris Rn. 15*).

(4.2) Auch ein Anspruch wegen Verschuldens bei Vertragsschluss infolge fehlerhafter Widerrufsbelehrung gemäß §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB besteht nicht. Rechtsverfolgungskosten sind ohne Vorliegen der Verzugsvoraussetzungen grundsätzlich nur dann ersatzfähig, wenn sie sich auf einen vom Schädiger zu ersetzenden Schaden beziehen (*Oetker in Münchener Kommentar zum BGB, 7. Auflage, § 249 Rn. 180*). Daran fehlt es hier. Vor der Entstehung von Ansprüchen nach § 357 Abs. 1 S. 1 BGB a.F. i. V. m. §§ 346 ff. BGB soll die Widerrufsbelehrung auch nicht schützen (*BGH, Urteil vom 21.02.2017 – XI ZR 467/15 – juris Rn. 35; Urteil vom 14. März 2017 – XI ZR 442/16 – WM 2017, 849, 852 Rn. 30; Urteil vom 25. April 2017 – XI ZR 314/16 – juris Rn. 15*).

Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 92 Abs. 1 und 2 Nr. 1, 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Voraussetzungen, unter denen die Revision gemäß § 543 Abs. 2 ZPO zuzulassen ist, liegen nicht vor.

Streitwert für das Berufungsverfahren: 39.807,98 €.