

RA WP StB FASSt Dr. Thomas Ditges\*

## **DAS PROZESSUALE FESTSTELLUNGSINTERESSE ZUR WIDERRUFLICHKEIT DES VERBRAUCHERDARLEHENS**

*Die Widerrufswelle ist ungebrochen. Die wesentliche Abarbeitung durch die Justiz steht noch bevor. Die Interessenlage vieler Darlehensnehmer begründet die Bevorzugung der Feststellungsklage. Ungeachtet deren Duldung durch die überwiegende Rechtsprechung ist die Zulässigkeit erheblich zweifelhaft. Die Beurteilung der prozessualen Vorfrage kann für die Motivation zur Klage prägend sein.*

„Wasch mir den Pelz, aber ...“. Ich widerrufe mein Darlehen, aber will es nicht zurückgeben, noch nicht, so lange ich nicht sicher bin, keine Ersatzfinanzierung habe oder die Sicherheiten dafür. Also lasse ich die Widerruflichkeit erst einmal prüfen, gerichtlich. Dann sehen wir weiter, per Zahlungs- oder Herausgabeklage oder - außer Spesen nichts gewesen - behalten wir einfach das doch unwiderrufliche Verbraucherdarlehen.

Nahezu ausnahmslos zeichnet die Rechtsprechung diesen Weg vor. Sie billigt dem abstrakte Feststellung der Widerruflichkeit begehrenden Feststellungskläger das notwendige Feststellungsinteresse zu<sup>1</sup>. Das birgt für beide Parteien Chancen und Risiken, ohne allerdings den Streit über Vorfragen hinaus zu erledigen. Dann folgen weitere Klagen bei anderen Gerichtsständen, durch weitere Instanzen, mit anderen Meinungen, evtl. auch Hilfswiderklagen der Darlehensgeber; letztere zwingen den Darlehensnehmer, im Fall seines Klageerfolgs das widerrufenen Darlehen zurückzuzahlen. Allein die konstruktive Prozesspraxis erschließt die Streitbeilegung per Vergleich *ultra petita*.

Vor derlei Ungereimtheiten steht die Frage nach der Zulässigkeit dieser überwiegend gewählten Klageart. Die ansonsten geübte Stringenz der Anforderungen an die qualifizierte Form des Rechtsschutzinteresses gem. § 256 ZPO könnte entgegenstehen. Das soll die Beteiligten vor unnötiger Belästigung schützen<sup>2</sup>. Der speziellere Rechtsbehelf hat Vorrang<sup>3</sup>.

---

\* Der Verfasser ist Partner der Kanzlei DITGES Partnerschaft mbB Rechtsanwälte Wirtschaftsprüfer Steuerberater in Bonn, [www.ditges.de](http://www.ditges.de)

<sup>1</sup> zuletzt OLG Düsseldorf, Urt. v. 29.01.2016 - 22 U 126/15; a. A. OLG Schleswig, Beschl. v. 21.12.2015 - 5 U 194/15, n. v., OLG Hamburg, Urt. v. 15.06.2016 - 13 U 138/15

<sup>2</sup> Entwurfsbegründung, Hahn, Bd. 2, S. 257

Schlechthin gibt die Feststellung den Parteien Steine statt Brot. Mitnichten ist mit selbst rechtskräftiger Feststellung zu erwarten, dass der Darlehensgeber eine abschließende Abrechnung erstatten wird. Die Feststellung der Rückabwicklung ist so unbehelflich wie die Feststellung irgendwelcher anderer rechtlicher Vorfrage zu nicht eingeklagter Rechtsfolge, etwa der Wirksamkeit der Anfechtung vor Rückabwicklung. Die Feststellung erschließt die Bezifferbarkeit der Rechtsfolge nicht. Irrig ist die Vorstellung, aus dem Bekenntnis zur Rückabwicklung folge die Berechenbarkeit zwar in möglicherweise nicht einfachen Rechenschritten, aber zwingender Methodik. Letzterem steht schon das Offenbleiben nicht unkomplizierter rechtlicher und betriebswirtschaftlicher Vorfragen entgegen<sup>4</sup>. Auch bei Unterstellung guten Willens der Beteiligten ermöglicht die Akzeptanz der Rückabwicklungspflicht keine definierte Rückabwicklungsberechnung. Das offenbart plastisch die Absage des XI. Senats des Bundesgerichtshofs an die Vielfalt von Rechtsprechung und Literatur etwa zum Nutzungsausgleich in der Rückabwicklung entwickelter Meinungen<sup>5</sup>.

Ausgenommen die Haustürsituation und die Nichtbelehrung endet die Widerruflichkeit für Fälle der Falschbelehrung mit dem 21. Juni 2016<sup>6</sup>. Für die nach Schätzung der Verbraucherzentrale Hamburg überwiegend nicht gesetzmäßigen Widerrufsbelehrungen der Jahre 2002 bis 2010 ist die Befassung der Justiz noch für Jahre zu gewärtigen.

## 1. Rechtsverhältnis

Vorrangig ergibt sich die Unzulässigkeit des Antrags auf Feststellung widerrufsbedingter Umwandlung des Darlehens in ein Rückabwicklungsschuldverhältnis aus dessen Ausrichtung auf die Klärung der Widerruflichkeit nur als Vorfrage der Rechtswirkung der Rückabwicklung. Der Feststellungsantrag ist nicht auf die Klärung eines Rechtsverhältnisses ausgerichtet. Ungeachtet der Feststellbarkeit einzelner Rechte und Pflichten oder deren Fehlens besteht kein Interesse an der Klärung abstrakter Vorfragen oder gar der Wirksamkeit von Willenserklärungen ohne solchen Bezug<sup>7</sup>. Das schließt die Feststellbarkeit der rechtlichen Vorfrage als

---

<sup>3</sup> BGH, Beschl. v. 04.04.1952 - III ZA 20/52, NJW 1952, 740

<sup>4</sup> vgl. Ditges/Dendorfer-Ditges, BKR 2015, 361 ff.

<sup>5</sup> BGH PKH-Beschluss vom 22.09.2015 - XI ZR 116/15 und Streitwertbeschluss vom 12.01.2016 - XI ZR 366/15

<sup>6</sup> Art. 229 § 38 Abs. 3 EGBGB, dazu Omlor, NJW 2016, 1265 ff.

<sup>7</sup> vgl. BGH, Urt. v. 29.09.2009 - XI ZR 37/08, juris; BGH, Urt. v. 14.07.2009 - XI ZR 569/07; BGH, Urt. v. 15.10.1956 - III ZR 226/55, NJW 1957, 21

bloßen Elements des Rechtsverhältnisses aus<sup>8</sup>. Der Antrag begehrt Bestätigung der rechtlichen Wertung der Widerrufserklärung statt deren rechtlicher Wirkung. Ähnlich wie die Frage nach der Rechtswirksamkeit des Darlehensvertrages oder auch der Entstehung eines Rückabwicklungsverhältnisses bleiben solche nach der Wirksamkeit des Widerrufs ohne eigenständiges Klärungsinteresse.

## 2. Leistungsklage

Regelmäßig steht dem Darlehensnehmer eine bessere Rechtsschutzmöglichkeit aus dem Rückgewährschuldverhältnis zur Verfügung.

Das sind mit der Leistungsklage abzuwickelnde Rückgewähr-, Herausgabe- und Wertersatzbeziehungen gem. §§ 495, 355, 346, 347, 348, 194 Abs 1 BGB. In Betracht kommen Zahlungsklage bei Rückforderung des Kapitaldienstes ohne Aufrechnung<sup>9</sup>, Leistungsklage auf Herausgabe der Besicherung u. a.

## 3. Positive Feststellung

Im Falle negativen Leistungsüberhangs der Klagepartei als Ergebnis der Rückabwicklung würde nichts anderes gelten. Auch ein negativer Abrechnungssaldo schließt die Bezifferung („nicht mehr als Summe ...“) nicht aus. Dann ist mangels Verfügbarkeit von Leistungsansprüchen zumindest positiv beziffernde Feststellung denkbar. Solche wäre für die weitere Abrechnung behelflich. Die positive Feststellungsklage verdrängt die negative<sup>10</sup>.

## 4. Klageziel

Der Feststellungsantrag reduziert sich auf einen anderen Streitgegenstand als den der Abwicklung, nämlich zur Wirksamkeit des Widerrufs resp. dessen rechtlichen Gehalts zur Veränderung der Hauptleistungs- in Rückabwicklungspflichten. Scheingenau bezeichnet die Feststellungsklage den Widerruf als das eigentliche Klageziel. Keine Feststellung zur Wirksamkeit und vermeintlichen Wirkung des Widerrufs wäre geeignet, Rechtsfrieden zu schaffen. Der Antrag beschränkt sich darauf, gerichtlich den Streit entscheiden zu lassen, ob der Widerruf die Rückabwicklung erschließt. Die wesentlichen Berechnungsdaten zur Rückabwicklung und

<sup>8</sup> vgl. Musielak/Voit ZPO 12. Aufl. 2015 § 256 Rn. 2 mwN; Zöller/Greger, ZPO 30. Aufl., § 256 Rn. 3 mwN

<sup>9</sup> zum Erfordernis mangels Saldierung s. BGH, Beschl. v. 12.01.2016 - XI ZR 366/15 Rn. 16

<sup>10</sup> KG, Urt. v. 08.06.1960 - 10 U 414/60, NJW 1961, 33

die Möglichkeit deren rechtlicher Disposition, etwa zum Ob und Wie eines Nutzungsausgleichs für die rückabzuwickelnde Überlassung des Kapitalnutzungsrechts einerseits und des Kapitaldienstes per Zins und Tilgung andererseits<sup>11</sup>, bleiben offen. Geklärt wären allein die Fragen nach der Ordnungsmäßigkeit der Widerrufsbelehrung und nach der Rechtsmissbräuchlichkeit der Ausübung des Widerrufsrechts<sup>12</sup>. Die Feststellung ist nicht geeignet, das Rechtsverhältnis abschließend zu klären. Das wäre unabdingbare Zulässigkeitsvoraussetzung<sup>13</sup>.

#### 5. Ausnahmetatbestände

kämen in Betracht, soweit die Feststellungsklage gleichwohl faktisch zu einer sinnvollen oder sachgemäßen Erledigung der aufgetretenen Streitpunkte führen kann<sup>14</sup>. Das setzt voraus, dass schon die begehrte Feststellung die möglicherweise ausreichende Macht zur Durchsetzung der Rückabwicklung verschafft, welche die Klagepartei für sich beansprucht<sup>15</sup>. Das läuft leer, soweit der Streitgegenstand der Feststellungsklage Vorfragen und Details komplexer, rechtlich zusätzlich klärungsbedürftiger Folgeprobleme angeht. Für einen Feststellungsantrag könnte die streiterledigend vereinfachende Wirkung allenfalls eintreten, soweit die Klagepartei ihre konkret zu beziffernde Forderung oder Verbindlichkeit feststellen lassen wollte. Das formuliert der Antrag häufig nicht, ergibt sich dann auch nicht auslegungsfähig aus dem Zusammenspiel mit der Begründung<sup>16</sup>.

#### 6. Beugen

Die Vorstellung, die Parteien würden sich dem Feststellungsurteil mutmaßlich beugen, wie dies etwa bei Urheberrechtsstreitigkeiten angenommen wird<sup>17</sup>, hilft nicht weiter. Ungeachtet der Zweifelhaftheit der Definition des Kreises zur mutmaßlichen Respektierung von Urteilen geeigneter Personen, wie öffentliche Körperschaften, Politiker, Soldaten, Ärzte, Richter, Gerichte, Banken, inländische/ausländische, bleibt die zwanglose Umsetzung der Beugung für die Rückabwicklung schlicht ausgeschlossen. Die Umsetzung ist kalkulatorisch multifaktori-

---

<sup>11</sup> vgl. BGH, Beschl. v. 22.09.2015 - XI ZR 116/15, NJW 2015, 3441, Rn. 7, 8

<sup>12</sup> dazu Dawirs, NJW 2016, 439 ff. m. w. N.

<sup>13</sup> deutlich BAG, Urt. v. 14.12.2005 - 4 AZR 522/04, NJOZ 2006, 2543, Ls 1: *Eine Feststellungsklage ist nur zulässig, wenn sie geeignet ist, die zwischen den Parteien bestehenden Streitfragen abschließend zu klären.*

<sup>14</sup> vgl. BGH, Urt. v. 09.06.1983 - III ZR 7, 82, NJW 1984, 1118 f. unter Hinweis auf BGH, BB 1974, 1184 ua; BeckOK ZPO Stand 15.06.2014 § 256, Rn 30

<sup>15</sup> vgl. BGH, Urt. v. 20.05.1992 - IV ZR 231/91, NJW-RR 1992, 1151

<sup>16</sup> a.A. OLG Düsseldorf, Urt. v. 29.01.2016 - 22 U 126/15, n. v.

<sup>17</sup> BGH, Urt. v. 09.06.1983 - III ZR 74/82, NJW 1984, 1118 f. unter Hinweis auf BGH, BB 1974, 1184 ua; BeckOK ZPO Stand 15.06.2014, § 256 Rn 30

ell. Jeder einzelne Rechnungsposten ist zwischen den Parteien im Zweifel methodisch umstritten, beginnend bei der Ersetzung von Vertragszins durch Wert des Marktzins und endend bei Ob und Wie der vom Darlehensnehmer beanspruchten Herausgabe der Gebrauchsvorteile des Darlehensgebers auf Zins und Tilgung, dies in womöglich monatlich zu differenzierender Aufteilung und unter Anlegen finanzmathematisch bankbetriebswirtschaftlich kaum definierbarer Erfassung des Nutzens<sup>18</sup>.

Gewisse Scheinbehelflichkeit der begehrten Feststellung illustriert inzwischen die Rechtspraxis zur Umsetzung auf Feststellung von Vorfragen reduzierter Rechtsprechung. Nach der richterlichen Erkenntnis sind die Parteien oft so weit wie zuvor. In neuem Streit berufen sie sich auf isolierte Segmente der Rückabwicklungspflichten, wechselseitig auf Berechnungslasten, auf unterschiedliche betriebswirtschaftlich-rechtliche Vorstellungen zu den Parametern zu Vorleistungspflichten u. a. m. Die Vorstellung, schon das Feststellungsurteil verschaffe dem Anspruchsteller die ausreichende Macht zur Durchsetzung der Forderung<sup>19</sup> läuft ebenso leer wie die Erwartung an den Erfolg der Beugung auch des gutwilligen Anspruchsgegners vor der in Wahrheit schein genau unergiebigem Feststellung.

## 7. Klageart

Evtl. gesteigerter Aufwand des Darlehensnehmers für die Aufbereitung der anspruchsbegründenden Tatsachen steht dem Gebot der Wahl der richtigen Klageart nicht entgegen. Er ist auf Klägerseite nicht geringer als auf Beklagtenseite. Der Abwicklung des Darlehens dienende Rechnungsposten sind aus Verträgen, Kontoauszügen und Rechnungsabschlüssen bekannt. Auf ergänzende Berechnungen hat der Darlehensnehmer grundsätzlich keinen Anspruch<sup>20</sup>, nicht anders im Rückabwicklungsschuldverhältnis. Für die prozessuale Substanziierung gilt nichts anderes<sup>21</sup>. Die DV-Technisierung ergibt nichts konkret zumutbar Weiteres. Obsolet ist das in der Literatur<sup>22</sup> angesprochene Wunschdenken beliebiger Inanspruchnahme vermeintlich verfügbarer DV-Technisierung. Deren Produkte folgen nicht der Erwartung an die DV-

---

<sup>18</sup> vgl. BGH, Beschl. v. 22.09.2015 - XI ZR 116/15; BGH, Beschl. v. 12.01.2016 - XI ZR 366/15; OLG Stuttgart, Urt. v. 11.02.2015 - 9 U 153/14, BKR 2015, 237 ff.

<sup>19</sup> BGH, Urt. v. 20.05.1992 - IV ZR 231/91, NJW-RR 1992, 1151

<sup>20</sup> BGH, Urt. v. 04.07.1985, 3 ZR 144/84, NJW 1985, 2699, 2700

<sup>21</sup> BGH, Urt. v. 05.05.1983 - III ZR 187/81, NJW 1983, 2879; OLG Köln, Urt. v. 27.01.2016 - 13 U 53/15, n.v., a. E.

<sup>22</sup> Rogoz, BKR 2015, 228 ff

Ausgabe, sondern dem Aufwand der DV-Eingabe und -Programmierung. Darauf besteht kein vertragsbegleitender oder prozessualer Kundenanspruch<sup>23</sup>.

#### 8. Verbraucherschutz

Auch ist nicht erkennbar, dass Gesichtspunkte etwa des Verbraucherschutzes einen Verzicht auf die prozessualen Anforderungen an das Rechtsschutzinteresse, speziell das Feststellungsinteresse rechtfertigen würden. Solcher wäre auch nicht hilfreich, wenn die Feststellung den Streitgegenstand zu erledigen ungeeignet bleibt und darüber hinaus gesonderte Leistungsklagen zur Folge hat.

#### 9. Missbrauch

Daneben ist an Missbrauch prozessualer Gestaltung zu denken. Der Feststellungskläger strebt die Vorteile der Rückabwicklung an, ohne konsequent die Darlehensvaluta zurückzuführen. Nach der möglicherweise vertrags- und verfassungswidrigen Durchbrechung des Grundsatzes *pacta sunt servanda* per Ewigkeitsgewährung des Widerrufsrechts<sup>24</sup> erschließt das Feststellungsurteil eine zweite Durchbrechung des Grundsatzes der Vertragstreue. Dem Darlehensnehmer soll zusätzlich die konsequenterweise geschuldete Rückabwicklung erspart bleiben. Dafür Ausnahmen zum Anforderungsprofil an das Feststellungsinteresse bereitzuhalten, ist die Rechtsprechung nicht aufgerufen.

Die Möglichkeit der Kompensation der gebotenen Aufarbeitung der Bezifferung durch Verlagerung aus der Klage in die mögliche Widerklage steht nicht entgegen. Der Darlehensgeber kann sich gehalten sehen, die ihm aus der Rückabwicklung gebührenden Ansprüche per Hilfswiderklage geltend zu machen. Dies überführt den Prozess in die Lage, welche ihm der Grundsatz der Vorrangigkeit der Leistungsklage oder auch der bezifferten Feststellungsklage sogleich zuweist. Das Ergebnis des Umwegs dokumentiert den Grundsatz. Die Berufung auf prozessuale Möglichkeiten des Klagegegners zur Begründung eines Feststellungsinteresses ist unzulässige prozessuale Rechtsausübung. Die Überbürdung der prozessual gebotenen Angriffsmittel auf den Darlehensgeber läuft der Aufgabenverteilung im Prozessrechtsverhältnis zuwider.

---

<sup>23</sup> BGH, Urt. v. 04.07.1985 - III ZR 144/84, Gründe I d

<sup>24</sup> Scholz/Schmidt/Ditté, ZIP 2015, 605

## 10. Prozessuale Besonderheiten

Weitere prozessuale Aspekte unterstreichen Zweck- und Sachwidrigkeit einer Bevorzugung der Feststellungs- vor möglicher Leistungs- oder bezifferter Feststellungsklage.

Während die vorrangige Leistungsklage beispielsweise für die Zug-um-Zug-Abwicklung der beiderseitigen Rückgewähr von Leistungen einschließlich der Sicherheiten, evtl. gar negativen Interesses in Form des finanzierten Objekts, einen pragmatischen Abwicklungsmechanismus bereithält (§§ 756, 765 ZPO), verweist die bloße Feststellung die Umsetzung der Rückwicklung an die Kreativität und mögliche Meinungsverschiedenheit der Parteien. Eine Streiterledigung tritt weder rechtlich noch pragmatisch ein.

Ähnliches gilt für die prozessuale Interimsphase über die Instanzen hinweg mit typischerweise erheblichem Zeitmoment. Anders als das Leistungsurteil stellt insbesondere die unbezifferte die Feststellung die Parteien insofern schutzlos. Während die prozessualen Regeln zur vorläufigen Vollstreckbarkeit, insbesondere zur Abwendungsbefugnis gem. § 711 ZPO vor Rechtskraft der Leistungsklage einen sinnvollen prozessualen Interessenausgleich herbeiführen, hält das Feststellungsurteil dafür nichts bereit. Dann fragt sich, wie allein das Vertrauen der Klagepartei in die Beachtung der Feststellung durch die Beklagtenpartei die zeitliche Lücke zwischen erstinstanzlicher und letztinstanzlicher Entscheidung überbrücken soll. Wie soll der Darlehensgeber das Feststellungsurteil respektieren und zugleich ein Rechtsmittel über Jahre führen? Wie will der Darlehensnehmer bei sofortigem Verlust seines Darlehens durch Widerruf auch nur die Sicherheit zum Zwecke der Neufinanzierung erlangen?

## 11. Ausblick

Die so zutreffende wie unbehelfliche Vorstellung, die Abwicklung der gerichtlichen Feststellung folge aus dem Gesetz, erledigt Schreibtische der Prozessbevollmächtigten und des Gerichts, aber nicht die petita der Parteien. Die Grundregeln des Rücktritts erschließen die Lösung methodisch nicht näherungsweise einhellig, die Regeln der Betriebswirtschaft ebenso wenig. Ungeachtet der Rechtslage braucht die Streiterledigung die Unklarheiten überbrückende Entscheidungsbefugnis des Gerichts. Die jüngeren Beschlüsse BGH<sup>25</sup> bringen insofern keine Abhilfe.

---

<sup>25</sup> BGH, Beschl. v. 22.09.2015 - XI ZR 116/15 und vom 12.01.2016 - XI ZR 366/15

Allerdings hat der Bundesgerichtshof daselbst die Bedenken gegen das abstrakte Feststellungsinteresse schon formuliert, wenn auch in anderem Zusammenhang. Im Beschluss vom 12. Januar 2016 - XI ZR 366/15 weist er dem Darlehensnehmer erklärtermaßen die Bezifferungslast zu: „Der Kläger kann und hat die Hauptforderung zu beziffern, die er nach §§ 346 ff. BGB beanspruchen zu können meint.“ Was dort für Zwecke prozessualer Wertfindung zum Ausdruck gebracht ist, dürfte für Zwecke der Wahl der richtigen Klageart nicht anders gelten.

## 12. Fazit

Von den hunderttausenden an Widerrufsklagen<sup>26</sup> dürfte der ganz überwiegende Teil auf unbezifferte Feststellungsklagen entfallen. Die nicht nur von Rechtsschutzversicherern beklagte Klagewelle würde ungeachtet der gesetzlichen Limitierung der Widerruflichkeit wohl weitgehend abebben, wenn der prozessuale Zwischenschritt über die anderen Konstellationen vorbehaltene Feststellungsklage versperrt wäre.

---

<sup>26</sup> vgl. Lechner, WM 2015, 2165