

RÖMERMANN

RECHTSANWÄLTE
AKTIENGESELLSCHAFT

RÖMERMANN RECHTSANWÄLTE AG, OBERWALLSTRASSE 9, 10117 BERLIN

An das
Bundesverfassungsgericht
Schlossbezirk 3
76131 Karlsruhe

Per Bote

Hannover/Berlin, 12.05.2021/VR/JA

Vorab per Telefax: 0721 9101-382

Es schreiben Ihnen:
Rechtsanwalt Prof. Dr. Volker Römermann, Hannover
(E-Mail: volker.roemermann@roemermann.com)
Rechtsanwalt Jascha Amery, Berlin
(E-Mail: jascha.amery@roemermann.com)

In Sachen: [REDACTED] (Bitte stets angeben)

Verfassungsbeschwerde

- 1)
- 2)

[REDACTED]

- Beschwerdeführer -

Bevollmächtigte: Römermann Rechtsanwälte AG, Ständehausstraße 10,
30159 Hannover

gegen

das Urteil des Landgerichts Hamburg vom 16.08.2019 zum Az. 318 O
309/18, den Beschluss des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg

**HAMBURG • HANNOVER
FRANKFURT AM MAIN
BERLIN • ERFURT
MANNHEIM • LAHR**

Kanzlei Hannover
Ständehausstraße 10
(Kröpcke Center)
30159 Hannover

Telefon (0511) 32 66 0-0
Telefax (0511) 32 66 0-1

E-Mail:
kanzlei.hannover@
roemermann.com

Gerichtsfach: 279

Kanzlei Berlin
Oberwallstraße 9
10117 Berlin

Telefon (030) 30 01 49 32 6-3
Telefax (030) 30 01 49 32 6-4

**RÖMERMANN
RECHTSANWÄLTE
AKTIENGESELLSCHAFT**

**Vorsitzender des
Aufsichtsrates:**
Claus-Dieter Schwab

Vorstand:
Prof. Dr. Volker Römermann

Sitz:
Hamburg
Amtsgericht Hamburg
HRB 108795

Bankverbindung:
Deutsche Bank
IBAN:
DE35250700240201253200
BIC: DEUTDE33HAN

USt-IdNr.:
DE815064691
Steuernummer:
48/755/00657

vom 11.02.2020 zum Az. 13 U 104/19 und die Beschlüsse des Bundesgerichtshofs vom 30.03.2021 und vom 04.05.2021 zum Az. XI ZR 96/20

wegen

der Verletzung des objektiven Willkürverbots,
der Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör,
der Verletzung des Rechts auf den gesetzlichen Richter u.a.

Namens und in Vollmacht der Beschwerdeführer erheben wir Verfassungsbeschwerde und **beantragen**, wie folgt zu erkennen:

1. **Der Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 04.05.2021 zum Az. XI ZR 96/20, der Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 30.03.2021 zum Az. XI ZR 96/20, der Beschluss des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg vom 11.02.2020 zum Az. 13 U 104/19 sowie das Urteil des Landgerichts Hamburg vom 16.08.2019 zum Az. 318 O 309/18 verletzen die Grundrechte der Beschwerdeführer aus Art. 3 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3, Art. 101 Abs. 1 Satz 2 und Art. 103 Abs. 1 des Grundgesetzes; sie werden aufgehoben. Die Sache wird an das Hanseatische Oberlandesgerichts Hamburg zurückverwiesen.**

2. **Die Bundesrepublik Deutschland sowie die Freie und Hansestadt Hamburg haben den Beschwerdeführern die notwendigen Auslagen zu erstatten.**

Verfahrensvollmachten der Beschwerdeführer legen wir als **Anlage 1 a** vor. Ergänzende Verfahrensvollmachten bezüglich des Beschlusses des Bundesgerichtshofs vom 04.05.2021 reichen wir nach.

Begründung

A.	Sachbericht.....	6
I.	Darlehensvertrag.....	6
II.	Vertragsdurchführung.....	6
III.	Widerruf und Rückabwicklungsbegehren.....	7
IV.	Relevante Vertragsumstände.....	7
1.	Kaskadenverweis auf § 492 Abs. 2 BGB a.F.....	7
2.	Unwirksames Aufrechnungsverbot.....	8
3.	Unklare Angaben zu den zu tragenden Kosten.....	9
V.	Rechtliche Grundlagen.....	10
VI.	Gang des gerichtlichen Verfahrens.....	14
B.	Zulässigkeit.....	20
I.	Beschwerdegegenstände.....	20
II.	Grundrechtsrügen.....	20
III.	Beschwerdebefugnis.....	20
IV.	Rechtswegerschöpfung.....	21
V.	Subsidiarität.....	21
VI.	Frist.....	22
C.	Begründetheit.....	23
I.	Billigung des Kaskadenverweises in Widerrufsinformationen für Immobiliendarlehen.....	23
1.	Die Begründung der angegriffenen Entscheidungen.....	23
2.	Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG.....	26
a)	Maßstab.....	26
aa)	Rechtsstaatlicher Basisschutz.....	26
bb)	Willkürliche Gesetzesauslegung und -anwendung.....	27
(1)	Unvertretbares Auslegungsergebnis.....	28
(2)	Unvertretbarer Auslegungsrahmen.....	29
(3)	Unangemessenheit.....	30
b)	Subsumtion.....	30
aa)	Willkür bei rein nationaler Bewertung.....	30
(1)	Isolierte Bewertung des Kaskadenverweises.....	31
(a)	Praktische Unmöglichkeit der Ermittlung der Pflichtangaben.....	31

(b) Prüfungsausfall und willkürliche Begründung.....	33
(2) Willkürlicher Rückgriff auf Gesetzhlichkeitsfiktion.....	34
(a) Gesetzhlichkeitsfiktion des Art. 247 § 6 Abs. 2 Satz 3 EGBGB a.F.	34
(b) Willkürliche Anwendung.....	35
(3) Zwischenergebnis.....	42
bb) Willkür bei gespaltener Auslegung des nationalen Rechts.....	43
(1) Unionsrechtlicher Rahmen	43
(a) Anwendungsbereich der Verbraucherkreditrichtlinie.....	43
(b) Unvereinbarkeit des Kaskadenverweises mit der Verbraucherkreditrichtlinie.....	44
(2) Willkürliche Missachtung durch den Bundesgerichtshof	45
(a) Rechtsauffassung des Bundesgerichtshofs.	45
(b) Überschießende Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie.....	46
(c) Richtlinienorientierte Auslegung	50
(d) Widersprüchlichkeit der gespaltenen Auslegung	54
(3) Willkürliche Missachtung durch das LG Hamburg und das OLG Hamburg	56
cc) Zwischenergebnis	59
3. Verletzung von Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG	59
II. Verneinung der Gesamtunwirksamkeit von Aufrechnungsverbot und Widerrufsinformation	61
1. Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG.....	61
a) Maßstab.....	61
b) Subsumtion	62
aa) Rechtlicher Rahmen	62
bb) Begründungen der angegriffenen Entscheidungen..	64
cc) Gesamtunwirksamkeit.....	65
(1) Widersprüchliche Vertragsauslegung.....	66
(2) Nicht nachvollziehbare Bewertung	66

(3) Gesamtunwirksamkeit in der Rechtsprechung	68
(4) Unionsrechtliche Vorgaben	69
dd) Fehlerhaftigkeit der Widerrufsinformation	74
2. Verletzung von Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG	74
a) Maßstab	74
b) Subsumtion	75
aa) Vorlagepflicht	75
bb) Verletzung	77
III. Billigung der Angaben in Ziffer 2.4 des Darlehensvertrags	77
1. Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG	79
2. Verletzung von Art. 103 Abs. 1 GG	80
a) Maßstab	80
b) Subsumtion	80
aa) Beschluss des OLG Hamburg	81
bb) Beschlüsse des BGH	82
IV. Beruhen	83
D. Annahmegründe	84
Anlagen	85

A. Sachbericht

Die Beschwerdeführer sind Kläger im fachgerichtlichen Verfahren. Beklagte im fachgerichtlichen Verfahren ist die Hamburger Sparkasse AG (im Folgenden „**Beklagte**“).

Gegenstand des fachgerichtlichen Verfahrens ist die Frage, ob die Beschwerdeführer ihre auf den Abschluss eines Darlehensvertrags gerichtete Willenserklärung wirksam widerrufen haben und dieser Darlehensvertrag daher rückabzuwickeln ist.

I. Darlehensvertrag

Die Beschwerdeführer schlossen im April 2013 einen Vertrag mit der Beklagten über ein Darlehen in Höhe von 189.000,00 € unter der Vertrags- bzw. Kontonummer [REDACTED] (im Folgenden „**Darlehensvertrag**“). Der Darlehensvertrag sieht einen bis zum 31.03.2028 gebundene Sollzinssatz in Höhe von 3,64 % p.a. und monatliche Tilgungsverpflichtungen der Beschwerdeführer in Höhe von 888,30 € vor. Er bestimmt außerdem, dass die Forderungen der Beklagten aus dem Darlehensvertrag u.a. durch eine Grundschuld gesichert werden (Ziffer 4).

Anlage 2

- Darlehensvertrag nebst Allgemeiner Geschäftsbedingungen -

Das Darlehen diente der Finanzierung des Erwerbs einer Immobilie zur privaten Nutzung durch die Beschwerdeführer.

II. Vertragsdurchführung

Nachdem die Beschwerdeführer die vereinbarten Sicherheiten geleistet, insbesondere die Grundschuld an dem Finanzierungsobjekt bestellt hatten, zahlte die Beklagte das Darlehen aus. Die Beschwerdeführer haben seitdem die vereinbarten Zins- und Tilgungszahlungen geleistet.

III. Widerruf und Rückabwicklungsbegehren

Mit Schreiben vom 07.01.2018 widerriefen die Beschwerdeführer ihre auf den Abschluss des Darlehensvertrags gerichteten Willenserklärungen gegenüber der Beklagten. Ihre Widerrufsrechte bestünden noch. Die Widerrufsfrist habe noch nicht zu laufen begonnen, weil die ihnen von der Beklagten erteilten Widerrufsinformation und Pflichtangaben fehlerhaft seien. Zugleich forderten die Beschwerdeführer die Beklagte auf, den Widerruf anzuerkennen und den Darlehensvertrag ohne Berechnung einer Vorfälligkeitsentschädigung abzurechnen. Ihre zukünftigen Zahlungen stellten sie unter den Vorbehalt der Rückforderung.

Anlage 3

- Schreiben der Beschwerdeführer vom 07.01.2018 -

Die Beklagte lehnte die Rückabwicklung des Darlehensvertrags mit Schreiben vom 24.01.2018 ab. Ein Widerruf sei nicht mehr möglich, da die Widerrufsfrist seit langer Zeit verstrichen sei.

Anlage 4

- Schreiben der Beklagten vom 24.01.2018 -

IV. Relevante Vertragsumstände

Der Darlehensvertrag enthält die im Folgenden dargestellten Bestimmungen, auf die die Beschwerdeführer ihren Widerruf und in der Folge ihr Rechtsschutzbegehren gestützt haben.

1. Kaskadenverweis auf § 492 Abs. 2 BGB a.F.

In Ziffer 14 enthält der Darlehensvertrag eine Widerrufsinformation, die auszugsweise lautet:

Widerrufsinformation
Widerrufsrecht

Der Darlehensnehmer kann seine Vertragserklärung innerhalb von 14 Tagen ohne Angabe von Gründen in Textform (z.B. Brief, Fax, E-Mail) widerrufen. Die Frist beginnt nach Abschluss des Vertrags, aber erst, nachdem der Darlehensnehmer alle Pflichtangaben nach § 492 Abs. 2 BGB (z.B. Angabe zur Art des Darlehens, Angabe zum Nettodarlehensbetrag, Angabe zur Vertragslaufzeit) erhalten hat.

[...]

Entscheidende Bedeutung kommt hier dem zweiten Satz zu. Darin werden die Beschwerdeführer informiert, dass die Widerrufsfrist

„nach Abschluss des Vertrags [beginnt], aber erst, nachdem der Darlehensnehmer alle Pflichtangaben nach § 492 Abs. 2 BGB (z.B. Angabe zur Art des Darlehens, Angabe zum Nettodarlehensbetrag, Angabe zur Vertragslaufzeit) erhalten hat.“

In der Widerrufsinformation werden somit nicht alle Pflichtangaben, die die Beschwerdeführer erhalten haben müssen, bevor die Widerrufsfrist zu laufen beginnt, konkret benannt. Die Aufzählung der „Pflichtangaben nach § 492 Abs. 2 BGB“ im Klammerzusatz – „(z.B. Angabe zur Art des Darlehens, Angabe zum Nettodarlehensbetrag, Angabe zur Vertragslaufzeit)“ – ist nur beispielhaft und nicht etwa abschließend.

Auch in § 492 Abs. 2 BGB sind nicht alle Pflichtangaben konkret aufgezählt. Vielmehr verweist § 492 Abs. 2 BGB in der maßgeblichen Fassung (s. unten A.IV.3.) auf weitere bürgerlich-rechtliche Vorschriften, namentlich auf Art. 247 §§ 6 bis 13 EGBGB, die ihrerseits wiederum teilweise auf weitere bürgerlich-rechtliche Vorschriften verweisen. Die Widerrufsinformation verwendet somit einen sogenannten Kaskadenverweis. Seine Bedeutung und Folgen für den Verbraucher sind in dem als Anlage 8 vorgelegten Schaubild zusammengefasst.

2. Unwirksames Aufrechnungsverbot

Gemäß Ziffer 19 des Darlehensvertrags sollten ergänzend die beigehefteten Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten gelten. Diese bestimmen u.a. eine – unstrittig unwirksame – Beschränkung der Aufrechnungsbefugnis der Beschwerdeführer:

Nr. 11 – Aufrechnung und Verrechnung

(1) Aufrechnung durch den Kunden

Der Kunde darf Forderungen gegen die Haspa nur insoweit aufrechnen, als seine Forderungen unbestritten oder rechtskräftig festgestellt sind.

(2) Verrechnung durch die Haspa

Die Haspa darf bestimmen, auf welche von mehreren fälligen Forderungen Zahlungseingänge, die zur Begleichung sämtlicher Forderungen nicht ausreichen, zu verrechnen sind. Dies gilt nicht, soweit der Kunde anderes bestimmt hat oder eine andere Verrechnung gesetzlich zwingend vorgeschrieben ist.

In Ziffer 14 des Darlehensvertrags ist folgende Formulierung zu den Rückzahlungsverpflichtungen der Beschwerdeführer im Widerrufsfall enthalten:

Widerrufsinformation

Widerrufsrecht

[...]

Widerrufsfolgen

Der Darlehensnehmer hat innerhalb von 30 Tagen das Darlehen, soweit es bereits ausbezahlt wurde, zurückzuzahlen und für den Zeitraum zwischen der Auszahlung und der Rückzahlung des Darlehens den vereinbarten Sollzins zu entrichten.

[...]

Die Beschränkung der Aufrechnungsbefugnis wirkt sich auf die Vorstellungen der Beschwerdeführer über ihre Rückzahlungsverpflichtungen im Widerrufsfall aus. Sie legt nahe, dass die Beschwerdeführer nicht aufrechnen können, wenn die Beklagte den Widerruf bestreitet.

3. Unklare Angaben zu den zu tragenden Kosten

In Ziffer 2.4 des Darlehensvertrags werden die von den Beschwerdeführern als Darlehensnehmer zu tragenden Kosten im Zusammenhang mit ihren Sicherheitsleistungen mit „—“ angegeben:

2 Darlehenskosten, Rückzahlung

[...]

2.4 Sonstige Kosten: Alle durch den Abschluss und Vollzug dieses Vertrages einschließlich der Sicherheitenbestellung entstehenden Kosten trägt der Darlehensnehmer. Dies sind:

—

Der Darlehensnehmer ist verpflichtet, das Gebäude samt Zubehör zum vollen, soweit möglich zum gleitenden Neuwert gegen Feuer-, Leitungswasser- und Sturmschäden auf seine Kosten versichert zu halten.

[...]

Tatsächlich hatten die Beschwerdeführer aber die Kosten der Grundschuldbestellung zu tragen.

V. Rechtliche Grundlagen

Im Kern streiten die Beschwerdeführer mit der Beklagte darüber, ob die Beschwerdeführer mit ihrer Widerrufserklärung vom 07.01.2018 den Darlehensvertrag in ein Rückgewährschuldverhältnis umgewandelt haben oder ob der Widerruf wirkungslos war, weil die Widerrufsfrist zum Zeitpunkt der Widerrufserklärung am 07.01.2018 bereits abgelaufen war.

Die Beschwerdeführer berufen sich darauf, dass sie aufgrund der drei skizzierten Vertragsumstände keine fehlerfreie und wirksame Widerrufsbelehrung erhalten hatten und die Widerrufsfrist daher nicht zu laufen begonnen hatte. Nach den angegriffenen Entscheidungen sei das Gegenteil der Fall.

Folgende gesetzliche Bestimmungen sind hierfür maßgeblich:

Die Widerrufsfrist beträgt gemäß § 355 Abs. 2 Satz 1 BGB – in der maßgeblichen, gemäß Art. 229 § 32 Abs. 1 EGBGB zwischen dem 11.06.2010 und dem 12.06.2014 geltenden Fassung (nachfolgend „a.F.“) – 14 Tage.

§ 355 Abs. 2 Satz 1 BGB a.F. lautet:

(2) ¹Die Widerrufsfrist beträgt 14 Tage, wenn dem Verbraucher spätestens bei Vertragsschluss eine den Anforderungen des § 360 Abs. 1 entsprechende Widerrufsbelehrung in Textform mitgeteilt wird.

Danach muss die Widerrufsinformation dem Deutlichkeitsgebot des hier in Bezug genommenen § 360 Abs. 1 Satz 1 BGB – in der maßgeblichen, zwischen dem 11.06.2010 und dem 12.06.2014 geltenden Fassung (nachfolgend „a.F.“) – genügen.

§ 360 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 4 BGB a.F. lautet:

(1) ¹Die Widerrufsbelehrung muss deutlich gestaltet sein und dem Verbraucher entsprechend den Erfordernissen des eingesetzten Kommunikationsmittels seine wesentlichen Rechte deutlich machen.

(2) Sie muss Folgendes enthalten:

[...]

3. einen Hinweis auf Dauer und Beginn der Widerrufsfrist sowie darauf, dass zur Fristwahrung die rechtzeitige Absendung der Widerrufserklärung oder der Sache genügt.

Bei dem Darlehensvertrag handelt es sich um einen Verbraucherdarlehensvertrag i.S.v. § 491 Abs. 1 BGB – in der maßgeblichen, zwischen dem 11.06.2010 und dem 12.06.2014 geltenden Fassung (nachfolgend „a.F.“) –, weil u.a. keine Ausnahmefall nach Abs. 2 BGB einschlägig ist.

Für den Beginn der Widerrufsfrist sind daher gemäß § 491 Abs. 1 BGB a.F. weitere Vorschriften maßgeblich.

§ 491 Abs. 1 und Abs. 2 BGB a.F. lauten:

(1) Die Vorschriften dieses Kapitels gelten für entgeltliche Darlehensverträge zwischen einem Unternehmer als Darlehensgeber und einem Verbraucher als Darlehensnehmer (Verbraucherdarlehensvertrag), soweit in den Absätzen 2 oder 3 oder in den §§ 503 bis 505 nichts anderes bestimmt ist.

(2) Keine Verbraucherdarlehensverträge sind Verträge, [...]

In § 495 Abs. 2 Nr. 1 und 2 BGB – in der maßgeblichen, zwischen dem 11.06.2010 und dem 12.06.2014 geltenden Fassung (nachfolgend „a.F.“) – sind abweichende und gesteigerte Informationspflichten geregelt, deren Erfüllung durch den Darlehensgeber, hier die Beklagten, Voraussetzung für den Beginn der Widerrufsfrist sind.

§ 495 Abs. 2 Nr. 1 und 2 BGB a.F. lautet:

(2) Die §§ 355 bis 359a gelten mit der Maßgabe, dass

1. an die Stelle der Widerrufsbelehrung die Pflichtangaben nach Artikel 247 § 6 Absatz 2 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche treten,
2. die Widerrufsfrist auch nicht beginnt

[...]

b) bevor der Darlehensnehmer die Pflichtangaben nach § 492 Absatz 2 erhält, und

[...].

Die in § 495 Abs. 2 BGB a.F. in Bezug genommene Vorschrift des § 492 Abs. 2 BGB in der maßgeblichen, zwischen dem 30.07.2010 und dem 12.06.2014 geltenden Fassung (nachfolgend „a.F.“) verweist ihrerseits auf Art. 247 §§ 6 bis 13 EGBGB.

§ 492 Abs. 2 BGB a.F. lautet:

(2) Der Vertrag muss die für den Verbraucherdarlehensvertrag vorgeschriebenen Angaben nach Artikel 247 §§ 6 bis 13 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche enthalten.

Die in § 492 Abs. 2 BGB a.F. in Bezug genommenen Vorschriften des Art. 247 §§ 6 bis 13 EGBGB in der maßgeblichen, zwischen dem 04.08.2011 und dem 12.06.2014 geltenden Fassung (nachfolgend „a.F.“) bestimmen zahlreiche Informationsanforderungen, von denen es nur auf die nachfolgend dargestellten im Einzelnen ankommt.

Art. 247 EGBGB a.F. lautet auszugsweise:

§ 6 Vertragsinhalt

(1) Der Verbraucherdarlehensvertrag muss klar und verständlich folgende Angaben enthalten:

1. die in § 3 Abs. 1 Nr. 1 bis 14 und Abs. 4 genannten Angaben,
2. den Namen und die Anschrift des Darlehensnehmers,
3. die für den Darlehensgeber zuständige Aufsichtsbehörde,
4. einen Hinweis auf den Anspruch des Darlehensnehmers auf einen Tilgungsplan nach § 492 Abs. 3 Satz 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs,
5. das einzuhaltende Verfahren bei der Kündigung des Vertrags,
6. sämtliche weitere Vertragsbedingungen.

(2) ¹Besteht ein Widerrufsrecht nach § 495 des Bürgerlichen Gesetzbuchs, müssen im Vertrag Angaben zur Frist und zu anderen Umständen für die Erklärung des Widerrufs sowie ein Hinweis auf die Verpflichtung des Darlehensnehmers enthalten sein, ein bereits ausbezahltes Darlehen zurückzuzahlen und Zinsen zu vergüten. ²Der pro Tag zu zahlende Zinsbetrag ist anzugeben. ³Enthält der Verbraucherdarlehensvertrag eine Vertragsklausel in hervorgehobener und deutlich gestalteter Form, die dem Muster in Anlage 6 entspricht, genügt diese den Anforderungen der Sätze 1 und 2. ⁴Dies gilt bis zum Ablauf des 4. November 2011 auch bei entsprechender Verwendung dieses Musters in der Fassung des Gesetzes zur Einführung einer Musterwiderrufsinformation für Verbraucherdarlehensverträge, zur Änderung der Vorschriften über das Widerrufsrecht bei Verbraucherdarlehensverträgen und zur Änderung des Darlehensvermittlungsrechts vom 24. Juli 2010 (BGBl. I S. 977). ⁵Der Darlehensgeber darf unter Beachtung von Satz 3 in Format und Schriftgröße jeweils von dem Muster abweichen.

[...]

§ 9 Abweichende Mitteilungspflichten bei Immobiliendarlehensverträgen gemäß § 503 des Bürgerlichen Gesetzbuchs

(1) Bei Verträgen gemäß § 503 des Bürgerlichen Gesetzbuchs sind in der vorvertraglichen Information und im Verbraucherdarlehensvertrag abweichend von den §§ 3 bis 8, 12 und 13 die Angaben nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 bis 7, 10 und 13 sowie nach § 3 Abs. 4 und nach § 8 zwingend. [...]

§ 3 Inhalt der vorvertraglichen Information

(1) Die Unterrichtung vor Vertragsschluss muss folgende Informationen enthalten:

[...]

10. alle sonstigen Kosten, [...],

Das in Art. 247 § 6 Abs. 3 Satz 2 EGBGB a.F. in Bezug genommene Muster in der Anlage 6 des EGBGB – in der maßgeblichen zwischen dem 04.08.2011 und dem 12.06.2014 geltenden Fassung (nachfolgend „a.F.“) – beginnt wie folgt:

Widerrufsinformation

Widerrufsrecht

Der Darlehensnehmer* kann seine Vertragserklärung innerhalb von 14 Tagen ohne Angabe von Gründen in Textform (z. B. Brief, Fax, E-Mail) widerrufen [1]. Die Frist beginnt nach Abschluss des Vertrags, aber erst, nachdem der Darlehensnehmer alle Pflichtangaben nach § 492 Absatz 2 BGB (z. B. Angabe zur Art des Darlehens, Angabe zum Nettodarlehensbetrag, Angabe zur Vertragslaufzeit) erhalten hat [2].

[...]

VI. Gang des gerichtlichen Verfahrens

Nachdem die Beklagte, das Rückabwicklungsbegehren der Beschwerdeführer zurückgewiesen hatten, haben die Beschwerdeführer mit Schriftsatz vom 07.09.2018 Klage zum Landgericht Hamburg erhoben und insbesondere die Feststellung wechselseitiger Zahlungsansprüche aus dem Rückgewährschuldverhältnis beantragt.

Anlage 5
- Klageschrift vom 07.09.2018 -

Im Einzelnen haben die Beschwerdeführer beantragt, festzustellen, dass der Beklagten aus dem Rückgewährschuldverhältnis zum Darlehensvertrag am 30.08.2018 gegen die Beschwerdeführer ein Anspruch auf Zahlung von nicht mehr als 156.599,57 € zustand und die Beklagte sich mit der Annahme dieser Zahlung in Annahmeverzug befand, dass die Beklagte den Beschwerdeführern alle nach dem 30.08.2018 auf den Darlehensvertrag bzw. das Rückgewährschuldverhältnis noch geleisteten Zahlungen zu erstatten hat und dass die Beklagte verpflichtet ist, den Beschwerdeführern sämtlichen Schaden zu ersetzen, der ihnen daraus entsteht, dass die Beklagte die Rückabwicklung des Darlehensvertrags verweigert hat. Außerdem beantragten die Beschwerdeführer, die Beklagte zur Zahlung von Nebenforderungen in Höhe von 2.399,99 € nebst Zinsen zu verurteilen.

Anlage 6 (Seiten 3 f.)
- LG Hamburg, Urteil vom 16.08.2019, Az. 318 O 309/18 -

Die Beschwerdeführer haben sich darauf berufen, dass sie ihre auf den Abschluss des Darlehensvertrags gerichteten Willenserklärungen mit Schreiben vom 07.01.2018 widerrufen und den Darlehensvertrag in ein Rückgewährschuldverhältnis gewandelt haben. Der Widerruf sei noch möglich. Die Widerrufsfrist habe noch nicht zu laufen begonnen, da die Widerrufsinformationen der Beklagten fehlerhaft bzw. unwirksam seien. Insbesondere der Kaskadenverweis auf § 492 Abs. 2 BGB a.F. mit nur beispielhafter Aufzählung der Pflichtangaben, die Wechselwirkung der unwirksamen Aufrechnungsbeschränkung in Nr. 11 Abs. 1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen mit der Widerrufsinformation zu den Rückzahlungsverpflichtungen im Widerrufsfall sowie die Angaben zu den sonstigen von den Beschwerdeführern zu tragenden Kosten in Ziffer 2.4 des Darlehensvertrags seien hierfür maßgeblich.

Anlage 5
- Klageschrift vom 07.09.2018 -

Insbesondere mit Schriftsatz vom 01.02.2019 haben die Beschwerdeführer ihre Rechtsausführungen noch vertieft.

Anlage 7

- Schriftsatz der Beschwerdeführer vom 01.02.2019 -

Als Anlage K16 zum Schriftsatz vom 06.06.2019 haben die Beschwerdeführer ein Schaubild zum Kaskadenverweis vorgelegt.

Anlage 8

- Schaubild zum Prüfungsaufwand des Verbrauchers -

Das Landgericht Hamburg hat die Klage mit dem hier angegriffenen Urteil vom 16.08.2019 vollständig abgewiesen.

Anlage 6

- LG Hamburg, Urteil vom 16.08.2019, Az. 318 O 309/18 -

Die Beschwerdeführer hätten den Darlehensvertrag mit ihrer Widerrufserklärung vom 07.01.2018 nicht in ein Rückgewährschuldverhältnis umgewandelt. Die Widerrufsfrist sei zum Zeitpunkt der Widerrufserklärung am 07.01.2018 bereits abgelaufen, weil die Widerrufsinformation ordnungsgemäß gewesen sei.

Anlage 6 (Seiten 4 f.)

- LG Hamburg, Urteil vom 16.08.2019, Az. 318 O 309/18 -

Hiergegen haben die Beschwerdeführer mit Schriftsatz vom 23.09.2019 Berufung zum Hanseatischen Oberlandesgericht Hamburg eingelegt,

Anlage 9

- Schriftsatz der Beschwerdeführer vom 23.09.2019 -

die sie mit Schriftsatz vom 21.11.2019 begründet haben.

Anlage 10

- Berufungsbegründung vom 21.11.2019 -

Die Beschwerdeführer haben nunmehr beantragt, unter Aufhebung des Urteils des Landgerichts Hamburg festzustellen, dass die Beschwerdeführer der Beklagten aus dem Darlehensvertrag Nr. [REDACTED] über 189.000 € vom 12.04.2013 nach Zugang der Widerrufserklärung vom 07.01.2018 nicht mehr zur

Zahlung des Vertragszinses und zur Rückzahlung der Darlehensvaluta gemäß den Vertragsregelungen über deren Fälligkeit verpflichtet sind und die Beklagte verpflichtet ist, den Beschwerdeführern sämtliche Schäden zu ersetzen, die ihnen daraus entstehen, dass die Beklagte die Durchführung der Rückabwicklung des Darlehensvertrags verweigert hat. Darüber hinaus begehrt sie weiterhin die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von Nebenforderungen i.H.v. 250 € und weiteren 2.149,99 €, jeweils nebst Zinsen.

Anlage 9

- Schriftsatz der Beschwerdeführer vom 23.09.2019 -

Das Hanseatische Oberlandesgericht Hamburg hat die Berufung nach Hinweisbeschluss vom 02.12.2019,

Anlage 11

- OLG Hamburg, Hinweisbeschluss vom 02.12.2019, Az. 13 U 104/19 -

zu dem die Beschwerdeführer mit Schriftsatz vom 23.01.2020 Stellung genommen haben,

Anlage 12

- Schriftsatz der Beschwerdeführer vom 23.01.2020 -

mit dem hier angegriffenen Beschluss vom 11.02.2020 gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückgewiesen, ohne die Revision gegen seine Entscheidung zuzulassen.

Anlage 13

- OLG Hamburg, Beschluss vom 11.02.2020, Az. 13 U 104/19 -

Mit Schriftsatz vom 06.03.2020 haben die Beschwerdeführer gegen den Beschluss des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg vom 11.02.2020 Nichtzulassungsbeschwerde zum Bundesgerichtshof eingelegt

Anlage 14

- Nichtzulassungsbeschwerde vom 06.03.2020 -

und ihren Antrag auf Zulassung der Revision nach zwischenzeitlichen Verlängerungen der Begründungsfrist mit Schriftsatz vom 20.07.2020 begründet.

Anlage 15

- Nichtzulassungsbeschwerdebegründung vom 29.07.2020 -

Der Bundesgerichtshof hat die die Nichtzulassungsbeschwerde mit dem hier angegriffenen Beschluss vom 30.03.2021 zurückgewiesen.

Anlage 16

- BGH, Beschluss vom 30.03.2021, Az. XI ZR 96/20 -

Der Beschluss wurde dem dortigen Prozessbevollmächtigten der Beschwerdeführer am 12.04.2021 zugestellt.

Anlage 17

- Empfangsbekanntnis des RA Prof. Dr. [REDACTED] -

Am 26.04.2021 haben die Beschwerdeführer Anhörungsrüge gegen diesen Beschluss erhoben.

Anlage 18

- Anhörungsrüge vom 26.04.2021 sowie Seite 1 mit Eingangsstempel des BGH -

Mit Schriftsatz vom 27.04.2021 haben sie das Datum der Anhörungsrüge berichtigt.

Anlage 19

- Berichtigungsschriftsatz vom 27.04.2021 -

Der Bundesgerichtshof hat die Anhörungsrüge der Beschwerdeführer mit Beschluss vom 04.05.2021 zurückgewiesen.

Anlage 20

- BGH, Beschluss vom 04.05.2021, Az. XI ZR 96/20 -

Dieser Beschluss wurde dem dortigen Prozessbevollmächtigten der Beschwerdeführer am 10.05.2021 zugestellt.

Anlage 21

- Empfangsbekanntnis des RA Prof. Dr. [REDACTED] -

Die Abweisung und Zurückweisungen ihres Klagebegehrens in allen Instanzen ist nicht nur rechtsfehlerhaft, sondern verletzen die Beschwerdeführer in spezifischer Weise in ihren Grundrechten. Hiergegen richtet sich die Verfassungsbeschwerde.

B. Zulässigkeit

Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig.

I. Beschwerdegegenstände

Die Verfassungsbeschwerde richtet sich gegen die Beschlüsse des Bundesgerichtshofs vom 30.03.2021 und vom 04.05.2021 zum Az. XI ZR 96/20, den Beschluss des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg vom 11.02.2020 zum Az. 13 U 104/19, und das Urteil des Landgerichts Hamburg vom 16.08.2019 zum Az. 318 O 309/18 – d.h. alle die jeweilige der drei Instanzen abschließenden Entscheidungen – und damit gegen Akte öffentlicher Gewalt im Sinne von Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG.

II. Grundrechtsrügen

Gerügt wird die Verletzung von Art. 3 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3, Art. 101 Abs. 1 Satz 2 und Art. 103 Abs. 1 GG.

III. Beschwerdebefugnis

Die Beschwerdeführer sind zur Erhebung der Verfassungsbeschwerde befugt. Sie berufen sich gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG darauf, durch die angegriffenen Entscheidungen in den vorgenannten Grundrechten bzw. grundrechtsgleichen Rechten verletzt zu sein.

Die angegriffenen Entscheidungen beschwerten die Beschwerdeführer. Sie entziehen ihnen insbesondere ihre Ansprüche aus dem Rückgewährschuldverhältnis mit der Beklagten. Daneben sind die Beschwerdeführer auch unabhängig von dem Ausgang des Rechtsstreits bereits dadurch beschwert, dass ihre verfahrensrechtliche Stellung verkürzt wurde. Teilweise wurde ihr Vorbringen im Kern übergangen (dazu insbes. C.III.2.). Teilweise wurde ihnen ihr gesetzlicher Richter entzogen (dazu insbes. C.II.2.).

Die Beschwerdeführer sind als Kläger des fachgerichtlichen Verfahrens von allen angegriffenen Entscheidungen nicht nur selbst, sondern auch gegenwärtig und unmittelbar betroffen. Aufgrund der letztinstanzlichen Abweisung ihrer Klage droht der endgültige Verlust ihrer unter dem Schutz des Eigentumsgrundrechts stehenden Ansprüche gegen die Beklagte.

IV. Rechtswegerschöpfung

Die Beschwerdeführer erheben die Verfassungsbeschwerde nach Erschöpfung des Rechtswegs gemäß § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG. Gegen keine der angegriffenen Entscheidungen steht den Beschwerdeführer ein weiterer Rechtsbehelf zur Verfügung.

Gegen das Urteil des Landgerichts Hamburg vom 16.08.2019 haben die Beschwerdeführer die gemäß § 511 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 ZPO statthafte Berufung eingelegt. Das Hanseatische Oberlandesgericht Hamburg hat die Berufung mit Beschluss vom 11.02.2020 gemäß § 522 Abs. 2 Satz 1 ZPO zurückgewiesen. Hiergegen haben die Beschwerdeführer die gemäß §§ 522 Abs. 3, 544 Abs. 2 Nr. 1 ZPO statthafte Nichtzulassungsbeschwerde eingelegt. Die Nichtzulassungsbeschwerde hat der Bundesgerichtshof mit Beschluss vom 30.03.2021 zurückgewiesen. Die hiergegen erhobene Anhörungsrüge hat der Bundesgerichtshof mit Beschluss vom 04.05.2021 zurückgewiesen.

Damit ist der Rechtsweg gegen alle angegriffenen Entscheidungen erschöpft.

V. Subsidiarität

Den Beschwerdeführern ist auch der Grundsatz der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde nicht entgegenzuhalten. Die Beschwerdeführer haben von allen prozessualen Handlungsmöglichkeiten Gebrauch gemacht, um die Verletzung ihrer Grundrechte zu vermeiden. Insbesondere haben sie in allen Instanzen sehr ausführliche rechtliche Ausführungen gemacht. Insbesondere im Berufungs- und im Revisionszulassungsverfahren haben die Beschwerdeführer auch vertieft verfassungsrechtlich argumentiert

(Berufungsbegründung, Anlage 10, S. 22 ff., 41; Schriftsatz v. 23.01.2020, Anlage 12, S. 7; Nichtzulassungsbeschwerdebegründung, Anlage 15, S. 24, 45 ff., 42, 60, 63 ff.).

Der Verletzung ihres Rechts auf den gesetzlichen Richter haben die Beschwerdeführer durch die Formulierung und Begründung von Vorlagefragen sowie Aussetzungsanträgen entgegengewirkt

(Schriftsatz v. 01.02.2019, Anlage 7, S. 48 ff.; Berufungsbegründung, Anlage 10, S. 59 ff.; Nichtzulassungsbeschwerdebegründung, Anlage 15, S. 60 f.).

VI. Frist

Die Verfassungsbeschwerde ist rechtzeitig erhoben und begründet. Der Beschluss des Bundesgerichtshof vom 30.03.2021 wurde ausweislich des Empfangsbekenntnisses (Anlage 17) am 12.04.2021 und der Beschluss des Bundesgerichtshof vom 04.05.2021 wurde ausweislich des Empfangsbekenntnisses (Anlage 21) am 10.05.2021 mittels Zustellung bekanntgegeben. Sofern bereits die Zustellung des erstgenannten Beschlusses fristauslösend gewesen sein sollte, endet die einmonatige Frist des § 93 Abs. 1 Satz 1 BVerfGG mit Ablauf des 12.05.2021.

C. Begründetheit

Die Verfassungsbeschwerde ist begründet. Die angegriffenen Entscheidungen verletzen die Beschwerdeführer in ihren Grundrechten aus Art. 3 Abs. 1 GG, Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG, Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG und Art. 103 Abs. 1 GG.

I. Billigung des Kaskadenverweises in Widerrufsinformationen für Immobiliendarlehen

Die angegriffenen Entscheidungen verletzen die Beschwerdeführer in ihren Grundrechten, soweit sie davon ausgehen, dass die Angaben zum Beginn der Widerrufsfrist in Ziffer 14 der Widerrufsinformation

„Die Frist beginnt nach Abschluss des Vertrags, aber erst, nachdem der Darlehensnehmer alle Pflichtangaben nach § 492 Abs. 2 BGB (z.B. Angabe zur Art des Darlehens, Angabe zum Nettodarlehensbetrag, Angabe zur Vertragslaufzeit) erhalten hat.“

klar und verständlich seien und daher den Anforderungen von Art. 247 § 6 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 EGBGB a.F., §§ 495 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b), 492 Abs. 2 BGB a.F. entsprächen.

1. Die Begründung der angegriffenen Entscheidungen

Das *Landgericht Hamburg* hat zur Begründung auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, insbesondere den Beschluss vom 19.03.2019 in der Sache XI ZR 44/18 (NJW-RR 2019, 867 = BKR 2020, 30) verwiesen. Eine Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union komme nicht in Betracht. Mit dem Kaskadenverweis auf § 492 Abs. 2 BGB würden dem Verbraucher alle relevanten Widerrufsinformationen klar und prägnant erteilt, wie es die Verbraucher-kreditrichtlinie erfordere. Die Widerrufsinformation würde mit der Aufzählung sämtlicher Pflichtangaben erheblich überfrachtet, was dem Erfordernis der klaren und prägnanten Widerrufsinformation widerspreche

(LG Hamburg, Anlage 6, S. 8).

Nach dem vom Landgericht Hamburg wörtlich zitierten Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 19.03.2019 in der Sache XI ZR 44/18 habe der Gesetzgeber den Verweis auf § 492 Abs. 2 BGB mit Gesetzesrang als eine klare und verständliche Gestaltung vorgegeben. Aus dem Gesetzeswortlaut, der Systematik und den Gesetzgebungsmaterialien ergebe sich, dass der Gesetzgeber eine Erläuterung anhand des um Beispiele ergänzten § 492 Abs. 2 BGB nicht nur für sinnvoll, sondern als mit den sonstigen gesetzlichen Vorgaben in Einklang stehend erachtet habe. Mit den Muster-Widerrufsinformationen habe der Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht, dass er dem normal informierten, angemessen aufmerksamen und verständigen Verbraucher die Ermittlung der für den einschlägigen Vertragstyp jeweils relevanten Pflichtangaben anhand des Gesetzes zutraue. Über dieses gesetzgeberische Gesamtkonzept dürften sich die Gerichte bei der Auslegung des gleichrangigen übrigen nationalen Rechts zur Umsetzung der RL 2008/48/EG nicht hinwegsetzen. Die Entscheidung, der Verweis auf § 492 Abs. 2 BGB sei unzureichend klar und verständlich, würde die gesetzliche Anordnung missachten und dazu führen, dass das Regelungsziel des Gesetzgebers in einem wesentlichen Punkt verfehlt und verfälscht und einer nach Wortlaut und Sinn eindeutigen Norm ein entgegengesetzter Sinn gegeben würde. Dazu seien die Gerichte nicht befugt

(LG Hamburg, Anlage 6, S. 8 f.; BGH Beschl. v. 19.03.2019 – XI ZR 44/18 = BKR 2020, 30, 31, Rn. 16 = NJW-RR 2019, 867, 868, Rn. 16).

Selbst wenn der Kaskadenverweis als unklare Widerrufsinformation bewertet würde, bestünde kein Anlass für einen Rechtsprechungswechsel oder für ein Vorabentscheidungsverfahren gemäß Art. 267 AUEV zur Klärung der Auslegung der RL 2008/48/EG. Diese sei nach ihrem Art. 2 Abs. 2 Buchst. a) und Buchst. c) nicht anwendbar. Zudem ergebe der Wortlaut ihres Art. 10 Abs. 2 Buchst. p) offenkundig und ohne dass für vernünftige Zweifel Raum bliebe, dass in der Widerrufsinformation bei der Umschreibung der Bedingungen für das Anlaufen der Widerrufsfrist nicht sämtliche Informationen i.S.d. Art. 14 Abs. 1 Satz 2 Buchst. b) der RL 2008/48/EG aufgelistet sein müssten

(LG Hamburg, Anlage 6, S. 9; BGH Beschl. v. 19.03.2019 – XI ZR 44/18 = BKR 2020, 30, 31, Rn. 17 = NJW-RR 2019, 867, 868, Rn. 17).

Das deutsche Gesetz und der Wille des deutschen Gesetzgebers seien überdies derart eindeutig, dass eine entgegenstehende richtlinienkonforme Auslegung auszuschließen hätte

(LG Hamburg, Anlage 6, S. 9; s. auch BGH Beschl. v. 19.03.2019 – XI ZR 44/18 = BKR 2020, 30, 31, Rn. 17 = NJW-RR 2019, 867, 868 f., Rn. 17).

Auch das *Hanseatische Oberlandesgericht Hamburg* hat sich dem vorgenannten Beschluss des Bundesgerichtshofs angeschlossen. Der Gesetzgeber habe den Kaskadenverweis mit einer nur beispielhaften Aufzählung von Pflichtangaben für eine sachgerechte Information gehalten. Indem der Gesetzgeber den Mustertext entsprechend formuliert habe, habe er zum Ausdruck gebracht, dass auf diese Weise die Anforderungen an Klarheit und Verständlichkeit der Widerrufsinformation erfüllt würden

(OLG Hamburg, Anlage 13, S. 5).

Dies hätten die Gerichte hinzunehmen

(OLG Hamburg, Anlage 13, S. 5 f.).

Für eine richtlinienkonforme Auslegung wäre ohnehin kein Raum

(OLG Hamburg, Anlage 13, S. 6).

Der *Bundesgerichtshof* hat auf seine bisherige Rechtsprechung verwiesen, wonach der Kaskadenverweis auf § 492 Abs. 2 BGB a.F. mit nur beispielhafter Aufzählung der Pflichtangaben nach den Maßstäben des nationalen Rechts den Verbraucher klar und verständlich über den Beginn der Widerrufsfrist informiere. Er hat ferner auf seine nach dem Urteil der Gerichtshofs der Europäischen Union vom 26.03.2020 ergangene Rechtsprechung verwiesen, wonach dieses Urteil vorliegend nicht einschlägig sei. Die Verbraucherkreditrichtlinie finde unionsrechtlich keine Anwendung. Der deutsche Gesetzgeber habe die Verbraucherkreditrichtlinie auch nicht überschießend zur Anwendung bringen wollen

(BGH, Anlage 16).

Eine Vorabentscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union sei nicht einzuholen

(LG Hamburg, Anlage 6, S. 9; OLG Hamburg, Anlage 13, S. 6)

und hat auch der Bundesgerichtshof nicht eingeholt

(BGH, Anlage 16).

2. Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG

Diese Rechtsanwendung verletzt die Beschwerdeführer in ihren Grundrechten aus Art. 3 Abs. 1 GG. Die angegriffenen Entscheidungen gehen objektiv willkürlich davon aus, der Kaskadenverweis auf § 492 Abs. 2 BGB a.F. mit nur beispielhafter Aufzählung der Pflichtangaben eine klare und verständliche Information über den Beginn der Widerrufsfrist sei.

a) Maßstab

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts beinhaltet der allgemeine Gleichheitssatz ein objektives Willkürverbot

(BVerfG NVwZ-RR 2020, 665, 666, Rn. 36; BVerfGE 58, 163, 167 f.).

Dieses ist zugleich im Rechtsstaatprinzip verwurzelt

(BVerfGE 86, 148, 251; E 69, 161, 169; *Kischel*, in: *Epping/Hillgruber*, BeckOK/GG, 46. Ed. 15.02.2021, Art. 3 Rn. 83; *Lang*, ZJS 2015, 39, 40).

aa) Rechtsstaatlicher Basisschutz

Die Funktion des Willkürverbots ist es, dem Bürger einen grundlegenden Schutz gegen fehlerhafte Entscheidungen des Staates zu garantieren. Dieser basalen Schutzfunktion entsprechend ist es einerseits unabhängig von speziellen freiheits- oder gleichheitsrechtlichen Gewährleistungsgehalten. Es schützt andererseits nur gegen grob fehlerhaftes Staatshandeln.

Dieser Schutzgehalt ist auch in anderen europäischen Rechtsordnungen anerkannt. In der Österreichischen Verfassungsordnung hat der allgemeine Gleichheitssatzes in seiner – gegenüber dem Willkürverbot sprachlich ins Positive gewendeten – Ausprägung als „allgemeines Sachlichkeitsgebot“ weitergehende Schutzfunktionen wie das grundsätzliche Verbot rückwirkender

Belastungen. Es hat zugleich aber auch dieselbe basale Schutzfunktion wie das objektive Willkürverbot des Art. 3 Abs. 1 GG

(vgl. *Pöschl*, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, 2. Aufl. 2014, § 14 Rn. 36 ff., 65, 82 f.).

Bei dem Willkürverbot handelt es sich um einen rechtsstaatlichen Mindestschutz. Darin spiegelt sich zugleich der spezifische Prüfungsmaßstab im Verfassungsbeschwerdeverfahren.

(vgl. Sondervotum, BVerfGE 122, 282, 284 f.; BVerfG, Beschl. v. 13.06.2013 – 1 BvR 1942/12, BeckRS 2013, 53054; *Lang*, ZJS 2015, 39, 40).

Dem Bundesverfassungsgericht kommt nach seiner ständigen Rechtsprechung nicht die Funktion einer Superrevisionsinstanz zu. Es beschränkt seine Prüfung von Urteilsverfassungsbeschwerden auf spezifische Verfassungsrechtsverletzungen

(vgl. BVerfGE 2, 336, 339; 21, 209, 216; 53, 30, 53; BVerfG, Beschl. v. 13.06.2013 – 1 BvR 1942/12, BeckRS 2013, 53054; st. Rspr.; s. auch *Lang*, ZJS 2015, 39, 40).

bb) Willkürliche Gesetzesauslegung und -anwendung

Demgemäß ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht jede fehlerhafte Entscheidung eines Fachgerichts zugleich ein mit der Verfassungsbeschwerde angreifbarer Verstoß gegen das Willkürverbot.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts verstößt eine gerichtliche Entscheidung gegen das Willkürverbot, wenn sie „unter keinem denkbaren Aspekt rechtlich vertretbar ist und sich daher der Schluss aufdrängt,“ dass sie „auf sachfremden Erwägungen beruht“

(BVerfG NVwZ-RR 2020, 665, 666, Rn. 36; BVerfGE 58, 163, 167 f.).

Festzustellen ist dies nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts „anhand objektiver Kriterien“

(*ebd.*).

Einerseits ist ein „[s]chuldhaftes Handeln des Richters [...] nicht erforderlich“

(BVerfG NVwZ-RR 2020, 665, 666, Rn. 36; BVerfGE 58, 163, 167 f.; ferner E 86, 59, 62 f.).

Die Feststellung von Willkür „enthält [...] keinen subjektiven Schuldvorwurf. Willkür ist vielmehr in einem objektiven Sinne zu verstehen“

(BVerfG NJW 2014, 3504, Rn. 14, m.w.N. zur st. Rspr.).

Andererseits macht eine „[f]ehlerhafte Rechtsanwendung allein [...] eine Gerichtsentscheidung nicht objektiv willkürlich. Schlechterdings unhaltbar ist eine fachgerichtliche Entscheidung vielmehr erst dann, wenn eine offensichtlich einschlägige Norm nicht berücksichtigt, der Inhalt einer Norm in krasser Weise missverstanden oder sonst in nicht mehr nachvollziehbarer Weise angewendet wird“

(BVerfG NVwZ-RR 2020, 665, 666, Rn. 36; BVerfGE 58, 163, 167 f.; ferner E 86, 59, 62 f.)

Danach ist es willkürlich, wenn eine Norm vollständig übersehen oder in nicht mehr nachvollziehbarer Weise ausgelegt oder angewendet wird

(vgl. nur BVerfG NJW 2014, 3504, Rn. 15 ff., m.w.N. zur st. Rspr.).

(1) Unvertretbares Auslegungsergebnis

Das ist zum einen der Fall, wenn – worauf sich die vorliegende Verfassungsbeschwerde im Kern beruft – ein Gericht zu einem nicht vertretbaren Auslegungsergebnis gelangt.

Zur Gesetzesauslegung hat das Bundesverfassungsgericht ausgeführt:

„Maßgebend für die Auslegung von Gesetzen ist der in der Norm zum Ausdruck kommende objektivierte Wille des Gesetzgebers, wie er sich aus dem Wortlaut der Vorschrift und dem Sinnzusammenhang ergibt, in den sie hineingestellt ist (vgl. BVerfGE 1, 299 [312]; 11, 126 [130f.]; 105, 135 [157]; stRspr). Der Erfassung des objektiven Willens des Gesetzgebers dienen die anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung aus dem Wortlaut der Norm, der Systematik, ihrem Sinn und Zweck sowie aus den Gesetzesmaterialien und der Entstehungsgeschichte, die einander nicht ausschließen, sondern sich gegenseitig ergänzen. Unter ihnen hat keine einen unbedingten Vorrang vor einer anderen (vgl. BVerfGE

11, 126 [130]; 105, 135 [157]). Ausgangspunkt der Auslegung ist der Wortlaut der Vorschrift. Er gibt allerdings nicht immer hinreichende Hinweise auf den Willen des Gesetzgebers. Unter Umständen wird erst im Zusammenhang mit Sinn und Zweck des Gesetzes oder anderen Auslegungsgesichtspunkten die im Wortlaut ausgedrückte, vom Gesetzgeber verfolgte Regelungskonzeption deutlich, der sich der Richter nicht entgegenstellen darf (vgl. BVerfGE 122, 248 [283] – abw. M.). Dessen Aufgabe beschränkt sich darauf, die intendierte Regelungskonzeption bezogen auf den konkreten Fall – auch unter gewandelten Bedingungen – möglichst zuverlässig zur Geltung zu bringen (vgl. BVerfGE 96, 375 [394f.]). In keinem Fall darf richterliche Rechtsfindung das gesetzgeberische Ziel der Norm in einem wesentlichen Punkt verfehlen oder verfälschen oder an die Stelle der Regelungskonzeption des Gesetzgebers gar eine eigene treten lassen (vgl. BVerfGE 78, 20 [24] m.w.N.). Für die Beantwortung der Frage, welche Regelungskonzeption dem Gesetz zugrunde liegt, kommt daneben den Gesetzesmaterialien und der Systematik des Gesetzes eine nicht unerhebliche Indizwirkung zu. Die Eindeutigkeit der im Wege der Auslegung gewonnenen gesetzgeberischen Grundentscheidung wird nicht notwendig dadurch relativiert, dass der Wortlaut der einschlägigen Norm auch andere Deutungsmöglichkeiten eröffnet, soweit diese Deutungen offensichtlich eher fern liegen. Anderenfalls wäre es für den Gesetzgeber angesichts der Schwierigkeit, textlich Eindeutigkeit herzustellen, nahezu unmöglich, sein Regelungsanliegen gegenüber der Rechtsprechung über einen längeren Zeitraum durchzusetzen (vgl. BVerfGE 122, 248 [284] – abw. M.)“

(BVerfGE 133, 168, 205 f.; BVerfG NJW 2014, 3504, Rn. 15).

(2) Unvertretbarer Auslegungsrahmen

Eine willkürliche Auslegung ist zum anderen dann gegeben, wenn – worauf sich die vorliegende Verfassungsbeschwerde hilfsweise beruft – ein Gericht bei seiner Auslegung die Grenzen des methodisch Vertretbaren grundlegend verkennt oder missachtet. Eine gerichtliche Entscheidung ist auch dann unhaltbar und unterschreitet den durch das Willkürverbot gewährleisteten rechtsstaatlichen Basisschutz, wenn sie zwar im Ergebnis (letztlich zufällig) noch vertretbar sein mag, aber in nicht mehr vertretbarer Weise zustande gekommen ist und sich aus diesem Grund „der Schluss aufdrängt,“ dass sie „auf sachfremden Erwägungen beruht“

(nur für die Zitate: BVerfG NVwZ-RR 2020, 665, 666, Rn. 36; BVerfGE 58, 163, 167 f.).

So kann es liegen, wenn das Gericht naheliegende oder wenigstens vertretbare Möglichkeiten der Auslegung einer entscheidungserheblichen Gesetzesbestimmung nicht nur im Ergebnis ablehnt, sondern als schlechterdings unzulässig ansieht, und sie damit von vornherein kategorisch von seiner Rechtsanwendung ausschließt.

Damit nähert sich der grundlegende materiell-rechtliche Schutz durch das Willkürverbot des Art. 3 Abs. 1 GG dem grundlegenden verfahrensrechtlichen Schutz durch den Anspruch auf rechtliches Gehör aus Art. 103 Abs. 1 GG an. Dieser verlangt vom Gericht, das Vorbringen eines Prozessbeteiligten zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen (dazu noch unten II.2.a)). Naheliegende oder wenigstens vertretbare Möglichkeiten der Auslegung einer entscheidungserheblichen Gesetzesbestimmung dürfen auch unter diesem verfahrensrechtlichen Gesichtspunkt nicht a priori ausgeschlossen werden.

(3) Unangemessenheit

Nach einer weiteren Fallgruppe in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – auf die sich die Verfassungsbeschwerde ebenfalls beruft – ist „eine Maßnahme, welche im Verhältnis zu der Situation, der sie Herr werden will, tatsächlich und eindeutig unangemessen ist“, als willkürlich anzusehen

(BVerfGE 83, 82, 84; E 80, 48, 51; E 62, 189, 192; st. Rspr.).

b) Subsumtion

Nach diesen Maßstäben sind die angegriffenen Entscheidungen objektiv willkürlich und verletzen die Grundrechte der Beschwerdeführer aus Art. 3 Abs. 1 GG. Sofern die angegriffenen Entscheidungen die Widerrufsinformation der Beklagten trotz des Kaskadenverweises mit lediglich beispielhafter Aufzählung der Pflichtangaben des § 492 Abs. 2 BGB a.F. für klar und verständlich erachten, sind sie unter keinem denkbaren Aspekt rechtlich vertretbar, rechtlich vertretbar zustande gekommen oder der Situation angemessen. Es drängt sich vielmehr der Schluss auf, dass sie auf sachfremden Erwägungen beruhen.

aa) Willkür bei rein nationaler Bewertung

Schon bei rein nationaler Bewertung – unabhängig von der richtlinienrechtlichen Bewertung und unabhängig von dem Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 26.03.2021 (zu beidem unten bb)) – sind die angegriffenen Entscheidungen willkürlich, weil sie den Kaskadenverweis auf § 492 Abs. 2 BGB a.F. unter nur beispielhafter Aufzählung von Pflichtangaben außerhalb der sogenannten Gesetzlichkeitsfiktion des Art. 247 § 6 Abs. 2 Satz 3 EGBGB a.F. als klare und verständliche Widerrufsinformation behandeln. Dies ist unter keinem tatsächlichem oder rechtlichen Gesichtspunkt vertretbar.

(1) Isolierte Bewertung des Kaskadenverweises

Es ist nicht nachvollziehbar und lässt sich nur mit sachfremden Erwägungen erklären, dass die angegriffenen Entscheidungen mit der bisherigen Rechtsprechung des XI. Zivilsenats den Kaskadenverweis auf § 492 Abs. 2 BGB a.F. mit einer nur beispielhaften Aufzählung der Pflichtangaben als hinreichende Information über den Beginn der Widerrufsfrist bewerten.

(a) Praktische Unmöglichkeit der Ermittlung der Pflichtangaben

Die selbständige Ermittlung der Pflichtangaben stellt sich für den durchschnittlichen Verbraucher als praktisch unmöglich dar:

Um sich zu vergewissern, ob die Widerrufsfrist zu laufen begonnen hat, muss der Verbraucher zunächst § 492 Abs. 2 BGB a.F. lesen. Darin wird jedoch lediglich auf Art. 247 §§ 6 bis 13 EGBGB verwiesen. Der Verbraucher muss sich daher nun diese Vorschriften beschaffen. Bereits dieser Schritt ist sehr anspruchsvoll, weil sich Art. 247 §§ 6 bis 13 EGBGB sehr häufig ändert. Die maßgebliche Gesetzesfassung zu ermitteln, darf auch für juristisch Geschulte als anspruchsvoll gelten. Gelingt dem Verbraucher dies, verweist Art. 247 § 6 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB ihn zunächst weiter in Art. 247 § 3 Abs. 1 Nr. 1 bis 14 und Abs. 4 EGBGB. Da dieser Verweis in § 492 Abs. 2 BGB nicht angesprochen ist, wird hiermit weitergehende Verunsicherung einhergehen. Im nächsten Schritt muss der Verbraucher Art. 247 § 6 Abs. 1 Nr. 2 und 3 EGBGB nachgehen. Sodann hat er gemäß Art. 247 § 6 Abs. 1 Nr. 4 EGBGB zu prüfen, ob in seinem Fall ein Hinweis auf seinen Anspruch auf einen Tilgungsplan nach § 492

Abs. 3 Satz 2 des BGB, auf welchen rückverwiesen wird, vorliegt. Sodann hat er das Vorliegen der weiteren Angaben gemäß Art. 247 § 6 Abs. 1 Nr. 5 und 6 EGBGB zu prüfen. Schwierigkeiten wird insbesondere die Nr. 6 bereiten, wonach die Angabe „sämtlicher weiterer Vertragsbedingungen“ enthalten sein muss. Diese Angabe führt den Verbraucher letztlich im Kreis. Er kann ohne Rückfrage bei der Bank gar nicht einschätzen, was „sämtliche weiteren Vertragsbedingungen“ sind und ob er diese erhalten hat. Bezüglich aller Angaben muss der Verbraucher beurteilen, ob sie auch klar und verständlich sind. Gelingt ihm dies, wird der Verbraucher im nächsten Schritt zu Art. 247 § 6 Abs. 2 EGBGB gelangen. Hierdurch erfährt er, dass dann, wenn „ein Widerrufsrecht nach § 495 BGB besteht“, im Vertrag verschiedene weitere diesbezügliche Angaben (Frist, Tageszins usw.) erforderlich sind. Im dritten Satz der Vorschrift erfährt er, dass dem dann Genüge getan ist, wenn der Darlehensgeber das „Muster in Anlage 6“ verwendet hat. Dass es sich um die „Anlage 6“ zu „Art. 247 § 6 Abs. 2 EGBGB“ handelt, muss sich der Verbraucher selbst erschließen, denn das ist in der gesetzlichen Vorschrift nicht erwähnt. Dieses Muster, das auch über das Internet nicht ohne Weiteres zu finden ist, enthält zahlreiche sog. Gestaltungshinweise, nach welchen in bestimmten Konstellationen bestimmte Textteile fakultativ oder zwingend zusätzlich vorhanden sein können oder müssen. Der Verbraucher muss also drei rechtliche Subsumtionsaufgaben bewältigen: ermitteln, ob ein Widerrufsrecht nach § 495 BGB besteht, ermitteln, welche notwendigen Angaben das nach sich zieht und einen Abgleich dahingehend vornehmen, ob die vorgefundene Widerrufsinformation dem Muster und dessen Gestaltungshinweisen entspricht.

Anschließend muss der Verbraucher noch die Prüfung von Art. 247 §§ 7-13 EGBGB bewerkstelligen. Hinsichtlich der weiteren damit einhergehenden Schwierigkeiten wird auf die ausführliche Darstellung im Berufungsverfahren verwiesen

(Berufungsbegründung, Anlage 10, S. 14 ff.).

Die enorme Komplexität des dem Verbraucher von den angegriffenen Entscheidungen zugemuteten Vorgehens zeigt das von den Beschwerdeführern vorgelegte Schaubild auf

(Schaubild zum Prüfungsaufwand des Verbrauchers, Anlage 8).

(b) Prüfungsausfall und willkürliche Begründung

Während die übrigen Zivilsenate des Bundesgerichtshofs im Einzelnen aufzeigen, welche Prüfungsschritte von einem Verbraucher vorzunehmen sind, wenn sie eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen verwendete Verweisung darauf prüfen, ob sie klar und verständlich bzw. transparent ist,

(s. nur für den IV. Zivilsenat BGHZ 223, 57 = NJW 2019, 3582, 3584, Rn. 15 ff.)

unterbleibt in den hier angegriffenen Entscheidungen jedwede Prüfung.

Das Landgericht Hamburg verweist demgegenüber darauf, dass die Nennung aller Pflichtangaben die Widerrufsinformation „überfrachten“ und dem Erfordernis einer klaren und prägnanten Widerrufsinformation widersprechen würde

(LG Hamburg, Anlage 6, S. 8).

Dieses Argument ist nicht vertretbar und deutet darauf hin, dass letztlich sachfremde Erwägungen leitend waren.

Es ist schlechterdings nicht nachvollziehbar, weshalb ein Verbraucher weniger gut informiert sein sollte, wenn er alle relevanten Pflichtangaben in „seiner“ Widerrufsinformation gleich vom Darlehensgeber erhält, als wenn er nur einige Pflichtangaben enthält und die übrigen Pflichtangaben durch eigenständige Recherche der maßgeblichen Gesetzesfassung und Subsumtion unter die vielen einzelnen Gesetzesbestimmungen ermitteln muss. In ersterem Fall kann der Verbraucher die für ihn vorgefertigten Informationen einfach durchlesen und hat lediglich einen geringfügig erhöhten Leseaufwand. Im zweiten Fall muss er selbst aktiv ermitteln und dabei eine Vielzahl schwieriger Schlussfolgerungen anstellen. Es besteht die überragende Gefahr, dass es dem Durchschnittsverbraucher nicht gelingt, die Pflichtangaben zu ermitteln

(Berufungsbegründung, Anlage 10, S. 11 ff.; Nichtzulassungsbeschwerdebegründung, Anlage 15, S. 24).

Das Landgericht Hamburg mag die skizzierte Argumentation, dass die Nennung aller Pflichtangaben die Widerrufsinformation „überfrachte“ an der Rechtsprechung des Bundesgerichtshof orientiert gewesen sein. Dieser hatte die richtlinienrechtlichen Vorgaben einer „klaren und verständlichen“ Widerrufsinformation (dazu sogleich unter bb)(1)) zu einer „knappen und prägnanten“ Widerrufsinformation umgedeutet

(s. BGH, Urt. v. 22.11.2016 – XI ZR 434/15 = NJW 2017, 1306, 1308, Rn. 22; BGH, Beschl. v. 19.03.2019 – XI ZR 44/18 = BKR 2020, 30, 31, Rn. 15),

was weder mit dem Wortlaut des deutschen Gesetzes noch mit dem Wortlaut der Richtlinie vereinbar ist.

Nach alledem erweist sich die Bewertung der angegriffenen Entscheidungen als schlechterdings nicht nachvollziehbar und lassen vermuten, dass sachfremde Erwägungen leitend waren.

(2) Willkürlicher Rückgriff auf Gesetzlichkeitsfiktion

Dem steht auch nicht entgegen, dass die angegriffenen Entscheidungen sich zur Begründung ihrer Bewertung auf den angeblichen und angeblich eindeutigen Willen des Gesetzgebers berufen, dass der Kaskadenverweis auf § 492 Abs. 2 BGB a.F. mit nur beispielhafter Aufzählung der Pflichtangaben den Verbraucher ordnungsgemäß über den Beginn der Widerrufsfrist informiere. Im Gegenteil ist diese Begründungselement nicht nachvollziehbar und lässt sich nur mit sachfremden Erwägungen erklären.

Ausgangspunkt dieses Begründungselements ist der Umstand, dass der Gesetzgeber in dem Muster einer Widerrufsinformation, an dessen Verwendung er die gesetzliche Fiktion der Erfüllung der Informationspflichten knüpfte, den Kaskadenverweis auf § 492 Abs. 2 BGB a.F. mit nur beispielhafter Aufzählung der Pflichtangaben verwendete (dazu (a)). Diese Gesetzlichkeitsfiktion ist im vorliegenden Fall aber nicht einschlägig und kann entgegen den angegriffenen Entscheidungen auch nicht mittelbar zur Geltung gebracht werden (dazu (b)).

(a) Gesetzlichkeitsfiktion des Art. 247 § 6 Abs. 2 Satz 3 EGBGB a.F.

Gemäß Art. 247 § 6 Abs. 2 Satz 3 EGBGB a.F. genügt ein Verbraucherdarlehensvertrag den gesetzlichen Anforderungen an die Widerrufsinformation, wenn er eine Vertragsklausel in hervorgehobener und deutlich gestalteter Form enthält, die dem Muster in Anlage 6 EGBGB a.F. entspricht (sogenannte Gesetzlichkeitsfiktion). Dieses Muster sieht einen der streitgegenständliche Formulierung in Ziffer 14 des Darlehensvertrags entsprechenden Verweis auf § 492 Abs. 2 BGB a.F. mit einer lediglich beispielhaften Aufzählung der Pflichtangaben vor.

Daher ist im Ausgangspunkt festzustellen, dass die Gesetzlichkeitsfiktion an einen Kaskadenverweis mit nur beispielhafter Aufzählung der Pflichtangaben des § 492 Abs. 2 BGB a.F. anknüpft.

(b) Willkürliche Anwendung

Die Gesetzlichkeitsfiktion gilt im vorliegenden Fall aber weder unmittelbar noch mittelbar.

Die Gesetzlichkeitsfiktion greift vorliegend nicht **unmittelbar** ein. Die tatbestandliche Voraussetzung des Art. 247 § 6 Abs. 2 Satz 3 EGBGB a.F., dass der Verbraucherdarlehensvertrag eine Vertragsklausel in hervorgehobener und deutlich gestalteter Form enthält, die dem Muster in Anlage 6 EGBGB a.F. entspricht, ist nicht erfüllt. Die Widerrufsinformation im Darlehensvertrag weist zahlreiche relevante Abweichungen von dem Muster in Anlage 6 EGBGB a.F. auf

(ausführlich Klageschrift, Anlage 5, S. 8 ff.; Berufungsbegründung, Anlage 10, S. 7 f.; Nichtzulassungsbeschwerdebegründung, Anlage 15, S. 27 f.).

Hiervon gehen auch die angegriffenen Entscheidungen ersichtlich aus.

Da der Kaskadenverweis mit nur beispielhafter Aufzählung der Pflichtangaben des § 492 Abs. 2 BGB a.F. in Ziffer 14 des Darlehensvertrags nicht gemäß Art. 247 § 6 Abs. 2 Satz 3 EGBGB a.F. gesetzlich als ordnungsgemäß fingiert wird, bliebe zu prüfen, ob er gemäß Art. 247 § 6 Abs. 2 Satz 1 und 2 EGBGB a.F. tatsächlich klar und verständlich ist. Das ist aber ganz offenkundig nicht der Fall (s. oben aa)(1)).

Dieses Ergebnis suchen die angegriffenen Entscheidungen zu vermeiden, indem sie die Gesetzlichkeitsfiktion **mittelbar** zur Anwendung bringen.

Hierfür erklären sie eine gesetzliche Ausnahme kurzerhand zur gesetzlichen Regel:

Dass der Gesetzgeber den Kaskadenverweis in der Muster-Widerrufsinformation der Anlage 6 EGBGB a.F. verwendet habe, zeige, dass er den Kaskadenverweis per se als klare und verständliche Information über den Fristbeginn behandelt haben wollte. Jedes andere Gesetzesverständnis sei schlechterdings unzulässig, weil das gesetzgeberische Gesamtkonzept vollkommen eindeutig sei:

„Überdies hat der Gesetzgeber des Gesetzes zur Einführung einer Musterwiderrufsinformation für Verbraucherdarlehensverträge, zur Änderung der Vorschriften über das Widerrufsrecht bei Verbraucherdarlehensverträgen und zur Änderung des Darlehensvermittlungsrechts vom 24.7.2010 (BGBl. I S. 977) **den Verweis auf § 492 Abs. 2 BGB mit Gesetzesrang als eine klare und verständliche Gestaltung der Information über die Voraussetzungen für das Anlaufen der Widerrufsfrist vorgegeben.** Aus dem Gesetzeswortlaut, der Systematik und den Materialien der zum 30.7.2010 in Kraft getretenen Änderungen des EGBGB ergibt sich, dass der Gesetzgeber selbst eine Erläuterung anhand des um Beispiele ergänzten § 492 Abs. 2 BGB nicht nur für sinnvoll (BT-Drs. 17/1394, S. 25 f.), sondern als mit den sonstigen gesetzlichen Vorgaben in Einklang stehend erachtete. **Durch die schließlich Gesetz gewordene Auswahl der für eine Mehrzahl unterschiedlicher Vertragstypen relevanten Beispiele** (BT-Drs. 17/2095, S. 17) **brachte der Gesetzgeber überdies zum Ausdruck, dem normal informierten, angemessen aufmerksamen und verständigen Verbraucher die Ermittlung der für den einschlägigen Vertragstyp jeweils relevanten Pflichtangaben anhand des Gesetzes zuzutrauen.** Über dieses **gesetzgeberische Gesamtkonzept** dürfen sich die Gerichte, die ihrerseits der Gesetzesbindung unterliegen, bei der Auslegung des gleichrangigen übrigen nationalen Rechts zur Umsetzung der RL 2008/48/EG nicht hinwegsetzen (OLG Stuttgart BeckRS 2019, 3514, juris Rn. 12 ff., 19). In der Entscheidung, der Verweis auf § 492 Abs. 2 BGB sei unzureichend klar und verständlich, läge eine **Missachtung der gesetzlichen Anordnung**, die dazu führte, dass das Regelungsziel des Gesetzgebers in einem wesentlichen Punkt verfehlt und verfälscht und einer nach Wortlaut und Sinn eindeutigen Norm ein entgegengesetzter Sinn gegeben würde. Dazu sind die **Gerichte nicht befugt** (vgl. BGH WM 2018, 1601 Rn. 13 = BKR 2018, 516).“

(BGH Beschl. v. 19.03.2019 – XI ZR 44/18 = BKR 2020, 30, 31, Rn. 16 = NJW-RR 2019, 867, 868, Rn. 16; wörtlich zitiert in der angegriffenen Entscheidung des LG Hamburg, Anlage 6, S. 8 f.; zur alleinigen Begründung herangezogen in der angegriffenen Entscheidung des OLG Hamburg, Anlage 13, S. 5 f.; Hervorhebungen nur hier).

Damit haben die angegriffenen Entscheidungen jedoch keineswegs eine alternativlose, sondern – im krassen Gegenteil – eine nicht mehr nachvollziehbare Gesetzesauslegung gewählt, die die anerkannten methodischen Grundsätze der Gesetzesauslegung grundlegend missachtet.

Im Einzelnen:

Nur im Ausgangspunkt ist zutreffend, dass „der Gesetzgeber [...] den Verweis auf § 492 Abs. 2 BGB mit Gesetzesrang als eine klare und verständliche Gestaltung der Information über die Voraussetzungen für das Anlaufen der Widerrufsfrist vorgegeben“ habe (ebd.). Willkürlich ist dagegen die Reichweite, die die angegriffenen Entscheidungen dieser gesetzlichen Vorgabe beimessen.

Nach seinem Wortlaut ist Art. 247 § 6 Abs. 2 Satz 3 i.V.m. Anlage 6 EGBGB nicht einschlägig. Maßgeblich sind vorliegend allein Art. 247 § 6 Abs. 2 Sätze 1 und 2 EGBGB. Diese enthalten aber keinen Hinweis darauf, dass ein Kaskadenverweis mit nur beispielhafter Aufzählung der Pflichtangaben eine ordnungsgemäße Widerrufsinformation darstellen könnte.

Die Wertungen der Gesetzlichkeitsfiktion des Art. 247 § 6 Abs. 2 Satz 3 i.V.m. Anlage 6 EGBGB sind nach der Systematik, den Regelungszwecken und der Regelungsgenese auch nicht auf Art. 247 § 6 Abs. 2 Sätze 1 und 2 EGBGB übertragbar.

Enge Auslegung als Ausnahmeregelung

Bei der Gesetzlichkeitsfiktion des Art. 247 § 6 Abs. 2 Satz 3 EGBGB handelt es sich um eine Ausnahme von der Regel des Art. 247 § 6 Abs. 2 Sätze 1 und 2 EGBGB.

Ausnahmeregelungen sind nach den allgemein anerkannten methodischen Grundsätzen der Gesetzesauslegung eng auszulegen

(BGH NJW 2015, 2959, 2960, Rn. 23; BGH NJW 2016, 2412, 2124, Rn. 29; EuGH, Urt. v. 11.04.2013 – C-535/11 = PharmR 2013, 367, 371; Möllers, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2019, § 4 Rn. 123).

Eine weite Auslegung von Ausnahmeregelungen bedarf stets besonderer Begründung. Im Hinblick auf den engen Anwendungsbereich von Ausnahmeregelungen erreicht eine weite Auslegung bald die Grenze der Analogie, die nur bei Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke sowie einer vergleichbaren Interessenlage methodisch und – im Hinblick auf den allgemeinen Gleichheitssatz sowie die grundrechtlichen Gesetzesvorbehalte – auch im engeren Sinne verfassungsrechtlich zulässig ist. Vorliegend wäre die Grenze zur Analogie überschritten. Die angegriffenen Entscheidungen wenden die Gesetzlichkeitsfiktion des Art. 247 § 6 Abs. 2 Satz 3 i.V.m. Anlage 6 EGBGB a.F. außerhalb ihres Tatbestands an. Dieser erfasst nur den Fall, dass der „Verbraucherdarlehensvertrag eine Vertragsklausel in hervorgehobener und deutlich gestalteter Form, die dem Muster in Anlage 6 entspricht“, enthält, was hier nicht der Fall ist (s. zuvor). Es sind weder Gründe für eine planwidrige Regelungslücke noch für eine vergleichbare Interessenlage ersichtlich. Mit der Bestimmung des Art. 247 § 6 Abs. 2 Satz 3 EGBGB a.F., ergänzt um die des Art. 247 § 6 Abs. 2 Satz 5 EGBGB a.F., ist eine klare und bewusste tatbestandliche Abgrenzung vorgenommen worden. Sie differenziert danach, ob der Darlehensgeber in einer Vertragsklausel das Musters in Anlage 6 EGBGB a.F. in hervorgehobener und deutlich gestalteter Form verwendet hat oder eben nicht. Insbesondere verfolgt auch die konkretisierende Bestimmung in Art. 247 § 6 Abs. 2 Satz 5 EGBGB a.F., wonach nur eine Abweichung vom Muster in Format und Schriftgröße zulässig ist, das Ziel der tatbestandlichen Begrenzung der Gesetzlichkeitsfiktion. Für eine extensive Auslegung oder gar Analogie ist kein Raum.

Die Selbstverständlichkeit, dass die Gesetzlichkeitsfiktion nicht gelten soll, wenn die vorgegebene Musterverwendung nicht eingehalten worden ist, geht auch aus der Gesetzesbegründung zu Art. 247 § 6 Abs. 2 Satz 3 EGBGB a.F. eindeutig hervor:

„Die Gesetzlichkeitsfiktion tritt nur ein, wenn der Darlehensgeber das Muster richtig ausfüllt und wie für den betreffenden Vertrag vorgegeben verwendet. Durch die Gestaltungshinweise nicht geforderte Weglassungen oder Ergänzungen führen zum Verlust der Gesetzlichkeitsfiktion.“

(BT-Drs. 17/1394, S. 22, linke Spalte, 2. Abs.).

Keine isolierte Gesetzlichkeitsfiktion für den Kaskadenverweis

In der Muster-Widerrufsinformation der Anlage 6 EGBGB stellt der Kaskadenverweis auf § 492 Abs. 2 BGB a.F. mit nur beispielhafter Aufzählung der Pflichtangaben ein einzelnes Gestaltungselement von einer Vielzahl von Gestaltungselementen dar.

Es ist methodisch nicht vertretbar, den Kaskadenverweis als einzelnes Teilelement des Musters in Anlage 6 EGBGB a.F. herauszugreifen und ihm *isoliert* die – vom Gesetzgeber gerade nicht isoliert angeordnete, aber von den angegriffenen Entscheidungen als zwingend dargestellte – Wirkung einer Gesetzlichkeitsfiktion zu verleihen.

Der Gesetzgeber hat entgegen den angegriffenen Entscheidungen mit Art. 247 § 6 Abs. 2 Satz 3 i.V.m. Anlage 6 EGBGB a.F. den „Verweis auf § 492 Abs. 2 BGB mit Gesetzesrang“ nicht per se, sondern nur für den Fall seiner Einbindung in das Muster in Anlage 6 EGBGB a.F. „als eine klare und verständliche Gestaltung der Information über die Voraussetzungen für das Anlaufen der Widerrufsfrist vorgegeben“ (vgl. das obige wörtliche Zitat aus der Begründung des BGH bzw. des Landgerichts Hamburg). Der Gesetzgeber wollte die Fiktionswirkung ersichtlich nur für diese Fälle anordnen.

Das zeigt sich bereits daran, dass der Gesetzgeber den Anwendungsbereich des Ausnahmetatbestands der Gesetzlichkeitsfiktion des Art. 247 § 6 Abs. 2 Satz 3 EGBGB a.F. bewusst restriktiv ausgestaltet hat. In Art. 247 § 6 Abs. 2 Satz 3 und Satz 5 EGBGB a.F. ist klar bestimmt, dass die Gesetzlichkeitsfiktion nur gelten soll, wenn das Muster der Anlage 6 EGBGB a.F. vollständig und in hervorgehobener und deutlich gestalteter Form übernommen worden ist. In Art. 247 § 6 Abs. 2 Satz 5 EGBGB a.F. ist klar bestimmt, dass Abweichungen von

dem Muster nur in Format und Schriftgröße möglich sind, ohne dass die Fiktionswirkung entfällt. In der Entwurfsbegründung heißt es hierzu, wobei Art. 247 § 6 Abs. 2 Satz 4 EGBGB-E dem Art. 247 § 6 Abs. 2 Satz 5 EGBGB a.F. entspricht:

„Die Gesetzlichkeitsfiktion tritt nur ein, wenn der Darlehensgeber das Muster richtig ausfüllt und wie für den betreffenden Vertrag vorgegeben verwendet. **Durch die Gestaltungshinweise nicht geforderte Weglassungen oder Ergänzungen führen zum Verlust der Gesetzlichkeitsfiktion.** [...]“

Der neue Satz 4 des Artikels 247 § 6 Absatz 2 EGBGB-E regelt, dass der Darlehensgeber unter Beachtung des Satzes 3 in Format und Schriftgröße von dem Muster abweichen darf. [...] Damit wird grundsätzlich ermöglicht, das Muster dem Layout des Vertrags anzupassen. **Zugleich dient Satz 4 mit der Bezugnahme auf Satz 3 der Klarstellung, welche Abweichungen von der Mustervertragsklausel der Gesetzlichkeitsfiktion nicht entgegenstehen.**“

(BT-Drs. 17/1394, S. 22, s. Spalte)

Wenn der Gesetzgeber aber klar bestimmt hat, dass die Gesetzlichkeitsfiktion nicht eingreifen soll, wenn die eng bestimmten Tatbestandsvoraussetzungen für die fiktionsbegründende Musterverwendung nicht erfüllt sind, dann hat er damit auch klar zu erkennen gegeben, dass er keineswegs einzelne Muster-Elemente wie „den Verweis auf § 492 Abs. 2 BGB mit Gesetzesrang als eine klare und verständliche Gestaltung der Information über die Voraussetzungen für das Anlaufen der Widerrufsfrist vor[zu]geben“ beabsichtigte (so aber i.E. das obige wörtliche Zitat aus der Begründung des BGH bzw. des Landgerichts Hamburg).

Darüber hilft auch der Verweis auf den formellen Gesetzesrang der gesetzgeberischen Bewertung des Kaskadenverweises in Art. 247 § 6 Abs. 2 Satz 3 i.V.m. Anlage 6 EGBGB a.F. nicht hinweg. Inhaltlich tragen die Gesetzesbestimmung und ihre Genese die von den angegriffenen Entscheidungen gezogenen Schlüsse nicht.

Auch soweit die angegriffenen Entscheidungen ohne nähere Erläuterung darauf abheben, dass der Gesetzgeber

„selbst eine Erläuterung anhand des um Beispiele ergänzten § 492 Abs. 2 BGB nicht nur für sinnvoll (BT-Drs. 17/1394, S. 25 f.), sondern als mit den sonstigen gesetzlichen Vorgaben in Einklang stehend erachtete [...] und [d]urch die schließlich Gesetz gewordene Auswahl der für eine Mehrzahl unterschiedlicher Vertragstypen relevanten Beispiele [...] überdies zum Ausdruck [brachte], dem normal informierten, angemessen aufmerksamen und verständigen Verbraucher die Ermittlung der für den einschlägigen Vertragstyp jeweils relevanten Pflichtangaben anhand des Gesetzes zuzutrauen“,

(BGH Beschl. v. 19.03.2019 – XI ZR 44/18 = BKR 2020, 30, 31, Rn. 16 = NJW-RR 2019, 867, 868, Rn. 16; wörtlich zitiert in LG Hamburg, Anlage 6, S. 8 f.)

schließen sie wiederum von der Ausnahme auf die Regel und setzen sich über den gesetzgeberischen Willen hinweg, den Kaskadenverweis ausschließlich unter der tatbestandlichen Voraussetzung des Art. 247 § 6 Abs. 2 Satz 3 EGBGB a.F., d.h. als Element der ordnungsgemäß verwendeten Muster-Widerrufsinformation, als ordnungsgemäße Verbraucherinformation über den Beginn der Widerrufsfrist zu fingieren.

Missachtung des Fiktionscharakters

Die angegriffenen Entscheidungen gehen auch vollständig über den ganz vordergründigen Umstand hinweg, dass sich der Gesetzgeber mit Art. 247 § 6 Abs. 2 Satz 3 EGBGB a.F. einer gesetzlichen *Fiktion* bedient hat. Der Gesetzgeber hat nicht schlicht mit gesetzlicher Verbindlichkeit bestimmt, unter welchen Voraussetzungen eine Widerrufsinformation ordnungsgemäß ist und den Beginn der Widerrufsfrist in Gang setzt. Vielmehr hat er mit dem Instrument der Fiktion gesetzestechnisch dahinstehen lassen, ob Verbraucher mit dem Muster der Anlage 6 EGBGB a.F. tatsächlich klar und verständlich gemäß Art. 247 § 6 Abs. 2 Sätze 1 und 2 EGBGB a.F. informiert werden:

„Die in Art. 247 § 6 II 3 EGBGB a.F. geschaffene Fiktion gewinnt ihren Sinne gerade im Hinblick auf die Möglichkeit, dass sich auch das im Gesetz bereit gestellte Muster als inhaltlich fehlerhaft erweisen könnte“

(OLG Nürnberg, Endurt. v. 01.08.2016 – 14 U 1780/15, BeckRS 2016, 17549, Rn. 56).

Schon aus diesem Grund ist die Auffassung der angegriffenen Entscheidungen, der Gesetzgeber habe den Kaskadenverweis im Allgemeinen gebilligt, schlechterdings nicht vertretbar.

Entgegengesetztes gesetzgeberisches Gesamtkonzept

Nach alledem besteht das von den angegriffenen Entscheidungen behauptete „gesetzgeberische Gesamtkonzept“ nicht. Das gesetzgeberische Gesamtkonzept ist ein entgegengesetztes. Es ist als Regel-Ausnahme-System zweigeteilt. Darin ist es nicht zulässig, aus der eng begrenzten gesetzlichen Ausnahmebehandlung von dem Gesamt-Muster entsprechenden Widerrufsinformationen den Kaskadenverweis als einzelnes Element zu isolieren und so dann als gesetzliche Regelbehandlung von nicht dem Gesamt-Muster entsprechenden Widerrufsinformationen zu rekonstruieren.

Keine Versteinerung der gesetzgeberischen Fehleinschätzung

Die mit der Gesetzestechnik der (bloßen) Fiktion einhergehende Möglichkeit, dass der Kaskadenverweis tatsächlich nicht klar und verständlich ist, ist verwirklicht. Die Gerichte sind daher keineswegs daran gebunden, die sich als falsch erwiesene gesetzliche Bewertung des Kaskadenverweises außerhalb des Anwendungsbereichs der Gesetzlichkeitsfiktion fortzuschreiben.

Unvertretbares Eindeutigkeitsdogma

Schließlich ist unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt nachvollziehbar und lässt sachfremde Erwägungen vermuten, dass die angegriffenen Entscheidungen das behauptete „gesetzgeberische Gesamtkonzept“ als absolut zwingendes Auslegungsergebnis darstellen. Angesichts des klar erkennbaren Ausnahmecharakters von Art. 247 § 6 Abs. 2 Satz 3 EGBGB und der Entscheidung des Gesetzgebers, sich bei der Ausgestaltung dieses Ausnahmefalls nur einer Fiktion zu bedienen, erschließt sich nicht, wie die angegriffenen Entscheidungen das zugrunde gelegte Gesetzesverständnis nicht nur als überzeugend, sondern sogar als zwingend ansehen können.

(3) Zwischenergebnis

Alle Begründungselemente der angegriffenen Entscheidungen haben sich als grob fehlerhaft und nicht vertretbar erwiesen und lassen sich nur damit erklären, dass sachfremde – nämlich eigene rechtspolitische Regelungsvorstellungen, die denjenigen des Gesetzgeber jedoch ersichtlich nicht entsprechen – leitend gewesen sein müssen.

bb) Willkür bei gespaltener Auslegung des nationalen Rechts

Die angegriffenen Entscheidungen sind darüber hinaus willkürlich, weil sie sich über die Vorgaben der Verbraucherkreditrichtlinie in unvertretbarer Weise hinwegsetzen.

(i) Unionsrechtlicher Rahmen

Die streitentscheidenden Regelungen des Art. 247 § 6 Abs. 2 EGBGB a.F. sind unionsrechtlich geprägt.

(a) Anwendungsbereich der Verbraucherkreditrichtlinie

Maßgeblich ist die Richtlinie 2008/48/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 23. April 2008 über Verbraucherkreditverträge und zur Aufhebung der Richtlinie 87/102/EWG des Rates (nachfolgend „**Verbraucherkreditrichtlinie**“).

Diese bestimmt in ihrem **Art. 10 Abs. 2 Buchst. p)**:

(2) Im Kreditvertrag ist in klarer, prägnanter Form Folgendes anzugeben:

[...]

p) das Bestehen oder Nichtbestehen eines Widerrufsrechts sowie die Frist und die anderen Modalitäten für die Ausübung des Widerrufsrechts, einschließlich der Angaben zu der Verpflichtung des Verbrauchers, das in Anspruch genommene Kapital zurückzuzahlen, den Zinsen gemäß Artikel 14 Absatz 3 Buchstabe b und der Höhe der Zinsen pro Tag;

[...]

Diese Richtlinienbestimmung ist für den hiesigen Darlehensvertrag – unionsrechtlich – nicht einschlägig.

Gemäß Art. 2 Abs. 2 Buchst. a) der Verbraucherkreditrichtlinie gilt diese nicht für Kreditverträge, die durch unbewegliches Vermögen besichert werden, gemäß Buchst. b) nicht für Kreditverträge, die für den Erwerb von Immobilien bestimmt sind, und gemäß Buchst. c) auch nicht für Kreditverträge, bei denen der Gesamtkreditbetrag weniger als 200 EUR oder mehr als 75.000 EUR beträgt. Der hiesige Darlehensvertrag ist u.a. grundpfandrechtlich besichert, dient dem Erwerb einer Immobilie und weist einen 75.000 EUR übersteigenden Kreditbetrag auf.

Der Richtlinienbestimmung kommt gleichwohl entscheidende Bedeutung für die Auslegung Art. 247 § 6 Abs. 2 EGBGB a.F. zu, weil der Gesetzgeber mit dieser Vorschrift die Verbraucherkreditrichtlinie überschießend auch für Immobiliendarlehensverträge ohne höhenmäßige Begrenzung umgesetzt hat, sodass die Vorschrift einheitlich im Lichte der Richtlinie auszulegen ist (dazu unten (2)(c)).

(b) Unvereinbarkeit des Kaskadenverweises mit der Verbraucherkreditrichtlinie

Der Gerichtshof der Europäischen Union hat mit Urteil vom 26.03.2020 auf die Vorlage des Landgerichts Saarbrücken vom 17.01.2019

(LG Saarbrücken, Beschl. v. 17.01.2019, 1 O 164/18 = BKR 2019, 190)

die Richtlinienwidrigkeit des Kaskadenverweises auf § 492 Abs. 2 BGB a.F. mit nur beispielhafter Aufzählung der Pflichtangaben festgestellt:

„Art. 10 Abs. 2 Buchst. p der Richtlinie 2008/48 ist dahin auszulegen, dass er dem entgegensteht, dass ein Kreditvertrag hinsichtlich der in Art. 10 dieser Richtlinie genannten Angaben auf eine nationale Vorschrift verweist, die selbst auf weitere Rechtsvorschriften des betreffenden Mitgliedstaats verweist.“

(EuGH, Urt. v. 26.03.2020 – C-66/19, Rn. 51 = NJW 2020, 1423 = BKR 2020, 248)

Der Vorlage lagen die hier einschlägigen Gesetzesfassungen zugrunde

(EuGH, Urt. v. 26.03.2020 – C-66/19 = BKR 2020, 248, 249).

Zur Begründung hat der Gerichtshof der Europäischen Union in dem Urteil u.a. ausgeführt:

„Eine bloße Verweisung in allgemeinen Vertragsbedingungen auf Rechtsvorschriften, die die Rechte und Pflichten der Parteien festlegen, reicht daher nicht aus (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 21. März 2013, RWE Vertrieb, C-92/11, EU:C:2013:180, Rn. 50).

In einer Situation wie der des Ausgangsverfahrens ist daher festzustellen, dass ein Verweis in dem in Rede stehenden Vertrag auf die nationalen Rechtsvorschriften entsprechend der Darstellung oben in Rn. 41 nicht dem vorstehend in den Rn. 43 bis 47 behandelten Erfordernis genügt, den Verbraucher gemäß Art. 10 Abs. 2 Buchst. p der Richtlinie 2008/48 in klarer, prägnanter Form über die Frist und die anderen Modalitäten für die Ausübung des Widerrufsrechts zu informieren.“

(EuGH, Urt. v. 26.03.2020 – C-66/19, Rn. 47 f. = NJW 2020, 1423, 1425 = BKR 2020, 248, 251).

(2) Willkürliche Missachtung durch den Bundesgerichtshof

Der angegriffene Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 30.03.2021 übergeht dieses Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union und damit die Vorgaben des Art. 10 Abs. 2 Buchst. p) der Verbraucherkreditrichtlinie in willkürlicher Weise. Entgegen seiner Diktion (dazu (a)) geht aus der Gesetzgebungshistorie klar hervor, dass die Verbraucherkreditrichtlinie für den Gesetzgeber auch hinsichtlich grundpfandrechtlich besicherter Immobiliendarlehensverträge maßgeblich war (dazu (b)) und das nationale Recht einheitlich im Lichte der Verbraucherkreditrichtlinie auszulegen ist (dazu (c)).

(a) Rechtsauffassung des Bundesgerichtshofs

Der Bundesgerichtshof hat in dem angegriffenen Beschluss vom 30.03.2021 auf seine bisherige Rechtsprechung verwiesen, wonach der Kaskadenverweis auf § 492 Abs. 2 BGB a.F. mit nur beispielhafter Aufzählung der Pflichtangaben nach den Maßstäben des nationalen Rechts den Verbraucher klar und verständlich über den Beginn der Widerrufsfrist informiere

(BGHZ 213, 52 = NJW 2017, 1306, 1308, Rn. 18 ff.).

Außerdem hat er in dem angegriffenen Beschluss vom 30.03.2021 auf seine nach dem Urteil der Gerichtshofs der Europäischen Union vom 26.03.2020 ergangene Rechtsprechung verwiesen

(BGH, Beschl. v. 31.03.2020 – XI ZR 581/18 = BKR 2020, 255; BGH, Beschl. v. 07.05.2020 – XI ZR 581/18, BeckRS 2020, 12916; BGH, Beschl. v. 09.06.2020 – XI ZR 381/19, BeckRS 2020, 14215).

Danach sei das Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 26.03.2020 bei einem grundpfandrechtlich besicherten Immobiliendarlehensvertrag nicht einschlägig. Die Verbraucherkreditrichtlinie finde nach ihrem Art. 2 Abs. 2 Buchst. a) und Buchst. c) keine Anwendung. Wie nationale Vorschriften auszulegen seien, die nicht in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fielen, und ob ihre Auslegung durch das vorlegende Gericht richtig sei, falle in die ausschließliche Zuständigkeit der nationalen Gerichte. Der deutsche Gesetzgeber habe die Verbraucherkreditrichtlinie für Immobiliendarlehen nicht als maßgeblich erachtet. Das deutsche Recht habe auch schon vor der Verabschiedung der Verbraucherkreditrichtlinie eine Regelung für solche Verträge vorgesehen. Da diese Regelung als richtlinienkompatibel angesehen worden sei, habe der deutsche Gesetzgeber es lediglich für sachgerecht gehalten, die Vorschriften für den Verbraucherkredit und für grundpfandrechtlich gesicherte Darlehen zusammenzufassen

(BGH, Beschl. v. 31.03.2020 – XI ZR 581/18 = BKR 2020, 255, 256, Rn. 4; BGH, Beschl. v. 07.05.2020 – XI ZR 581/18, BeckRS 2020, 12916 Rn. 3; BGH, Beschl. v. 09.06.2020 – XI ZR 381/19, BeckRS 2020, 14215).

(b) Überschießende Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie

Damit stellt sich der Bundesgerichtshof gegen den klaren Regelungswillen des Gesetzgebers. Dieser hat die Verbraucherkreditrichtlinie bewusst überschießend umgesetzt

(s. nur Vels, NJW 2018, 1285, 1288; Maier, BKR 2020, 205, 229 f.).

Ursprünglich beruhte das Verbraucherwiderrufsrecht bei Immobiliendarlehensverträgen bzw. grundpfandrechtlich besicherten Darlehensverträgen auf rein nationalem Recht. Die heute für Immobiliendarlehensverträge und grundpfandrechtlich besicherte Darlehensverträge – wie den vorliegenden

Darlehensvertrag – einschlägige Richtlinie 2014/17/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. Februar 2014 über Wohnimmobilienkreditverträge für Verbraucher und zur Änderung der Richtlinien 2008/48/EG und 2013/36/EU und der Verordnung (EU) Nr. 1093/2010 existierte bei Erlass der hier einschlägigen Vorschriften noch nicht und wurde in Deutschland erst zum 21.03.2016 umgesetzt

(s. *Pitsch/Reker*, jurisPR-BKR 5/2020 Anm. 2, Abschn. C, Unterabschn. I).

Der Unionsgesetzgeber hatte das private Verbraucher-Darlehensrecht zur hier maßgeblichen Zeit vor dem 04.02.2014 sekundärrechtlich erst partiell erschlossen. Für den Widerruf von Immobiliendarlehensverträge bzw. grundpfandrechtlich besicherte Darlehen bestanden keine Art. 10 Abs. 2 Buchst. p) der Verbraucherkreditrichtlinie vergleichbaren allgemeinen, sondern nur partielle unionsrechtlichen Vorgaben für Haustürgeschäfte

(s. Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20. Dezember 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen, ABl. L 372, S. 31).

Allerdings hatte der 10. Erwägungsgrund der Verbraucherkreditrichtlinie klargestellt, dass

„[d]iese Richtlinie [...] die Mitgliedstaaten jedoch nicht daran hinder[t], nach Maßgabe des Gemeinschaftsrechts die Bestimmungen dieser Richtlinie auch auf Bereiche anzuwenden, die nicht in deren Geltungsbereich fallen. So könnte ein Mitgliedstaat für Kreditverträge, die nicht in den Geltungsbereich der Richtlinie fallen, innerstaatliche Vorschriften beibehalten oder einführen, die den Bestimmungen dieser Richtlinie oder manchen ihrer Bestimmungen außerhalb des Geltungsbereichs dieser Richtlinie ganz oder zum Teil entsprechen“.

Von dieser Möglichkeit einer überschießenden Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie machte der deutsche Gesetzgeber (weiterhin) Gebrauch.

Das deutsche Verbraucher-Widerrufsrecht galt allerdings schon – was der Bundesgerichtshof in den in dem angegriffenen Beschluss vom 30.03.2021 zitierten Beschlüssen im Ausgangspunkt zutreffend anzudeuten scheint – vor Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie für alle Verbraucherdarlehensverträge mit und ohne grundpfandrechtliche Sicherung einheitlich. Diese

Systementscheidung für die Einheitlichkeit traf der Gesetzgeber mit dem Gesetz zur Änderung des Rechts der Vertretung durch Rechtsanwälte vor den Oberlandesgerichten im Jahr 2002 (BGBl. I, Nr. 53 vom 31.07.2002, S. 2850). Hierbei handelte es sich nicht nur um eine Systementscheidung für die einheitliche Behandlung von Verbraucherdarlehensverträge mit und ohne Grundpfandrechtliche Sicherung, sondern auch damals schon – was der Bundesgerichtshof bei seiner geschichtshistorischen Bewertung jedoch übersieht – um eine Systementscheidung für die einheitliche Behandlung von Umsetzungsrecht und rein nationalem Recht. In der Begründung der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses zu den Änderungen des Verbraucherwiderrufsrechts heißt es hierzu anschaulich:

„Nach dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 13. Dezember 2001 kann der gänzliche Ausschluss des Widerrufsrechts bei Immobiliendarlehensverträgen nicht erhalten bleiben. Auf jeden Fall muss die Widerruflichkeit solcher Verträge hergestellt werden, wenn sie zugleich Haustürgeschäfte sind. Um dies zu erreichen, sind zwei Varianten erwogen worden:

- Zunächst wäre es denkbar, für solche Immobiliendarlehensverträge das Widerrufsrecht nach § 312 vorzusehen.
- Denkbar wäre aber auch, für solche Immobiliendarlehensverträge das für alle anderen Verbraucherdarlehensverträge geltende Widerrufsrecht des § 495 vorzusehen.

Die zweite Variante ist vorzugswürdig. Sie führt dazu, dass für alle Verbraucherdarlehensverträge die gleichen Regeln gelten und Widersprüche vermieden werden. Die andere Variante würde zu einer unübersichtlichen Regelung führen.“

(BT-Drs. 14/9266, S. 47, linke Spalte unten)

Diese einheitliche Regelung von Umsetzungs- und rein nationalem Recht fasste der Gesetzgeber sogar in dem Bewusstsein, dass ihn das zukünftige Richtlinienrecht – wie mit Art. 2 Abs. 2 Buchst. a) und b) der Verbraucherkreditrichtlinie auch geschehen – erlauben würde, Immobiliendarlehensverträge vom allgemeinen Verbraucher-Widerrufsrecht auszunehmen:

„Es ist zweckmäßiger, dem Verbraucher in solchen Fällen dasjenige Widerrufsrecht einzuräumen, das für alle anderen Darlehensverträge auch besteht. Denn dieses ist auf die Besonderheiten des Darlehensvertragsrechts zugeschnitten. Dafür spricht auch, dass die im Entstehen

begriffene Richtlinie über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen im Grundsatz ein Widerrufsrecht für alle Verbraucherdarlehensverträge, auch für Immobiliendarlehensverträge, vorsieht. Sie erlaubt zwar den Mitgliedstaaten, bei Immobiliendarlehensverträgen das Widerrufsrecht auszuschließen (Gemeinsamer Standpunkt vom 19. Dezember 2001, ABl. EG Nr. C 58 E S. 32).“

(BT-Drs. 14/9266, S. 47, rechte Spalte oben)

Nach Inkrafttreten der Verbraucherkreditrichtlinie hat der Gesetzgeber erneut ganz bewusst entschieden, die Bereichsausnahmen des Art. 2 Abs. 2 Buchst. a) bis c) der Verbraucherkreditrichtlinie für sein Umsetzungsrecht nicht zu übernehmen, sondern weiterhin einheitliche Regelungen für alle Verbraucherdarlehensverträge vorzusehen. Das ergibt sich klar und unverkennbar aus der Gesetzesbegründung zu § 491 BGB a.F., wo es heißt:

„Wie bisher sieht das deutsche Recht für Verbraucherdarlehensverträge einen geringfügig erweiterten Anwendungsbereich gegenüber dem europäischen Recht vor. So sind auch weiterhin grundpfandrechtlich gesicherte Darlehen und Renovierungsdarlehen grundsätzlich vom Anwendungsbereich der Vorschriften umfasst (anders als Artikel 2 Abs. 2 Buchstabe a und b der Verbraucherkreditrichtlinie). Eine Höchstgrenze wird nicht eingeführt (anders als Artikel 2 Abs. 2 Buchstabe c der Verbraucherkreditrichtlinie).“

(BT-Drs. 16/1143, S. 76, linke Sp., 2. Abs.)

„In § 503 BGB-E werden die bislang auf verschiedene Vorschriften verteilten Sonderregelungen für grundpfandrechtlich abgesicherte Verbraucherdarlehen zusammengefasst. Die Vorschrift gilt für Verbraucherdarlehen, die gemäß Artikel 2 Abs. 2 Buchstabe a der Verbraucherkreditrichtlinie nicht in den Anwendungsbereich der europäischen Vorgaben fallen. Es geht um Darlehen, deren Rückzahlungsforderung grundpfandrechtlich (insbesondere Hypothek und Grundschuld) gesichert ist.“

(BT-Drs. 16/1143, S. 88, linke Sp., 3. Abs.)

Der deutsche Gesetzgeber hat sich demnach in dem klaren Bewusstsein, aufgrund von Art. 2 Abs. 2 Buchst. a) und b) der Verbraucherkreditrichtlinie nicht verpflichtet zu sein, die verbraucherschützenden Vorgaben des Art. 10 Abs. 2 Buchst. p) der Verbraucherkreditrichtlinie für Immobiliendarlehens-

verträge bzw. grundpfandrechtlich besicherte Darlehensverträge umzusetzen, gleichwohl in Ausübung seiner Schutzverstärkungsmöglichkeit hierfür entschieden

(BT-Drs. 16/1143, S. 76, linke Sp., 2. Abs.).

Hierbei war für den Gesetzgeber maßgeblich, Verbrauchern bei Immobiliendarlehensverträgen bzw. grundpfandrechtlich besicherten Darlehensverträgen das hohe Schutzniveau der Verbraucherkreditrichtlinie zuteilwerden zu lassen:

„Gerade bei diesen Darlehensarten ist das Risiko für den Darlehensnehmer vergleichsweise hoch. Deshalb besteht bei diesen Verträgen ein erhöhtes Schutzbedürfnis der Darlehensnehmer.“

(BT-Drs. 16/1143, S. 76, linke Sp., 2. Abs.)

„Wegen des in der Regel hohen Darlehenswertes und der Risiken, die mit einem solchen Vertrag verbunden sind, erscheint es richtig, diese Verträge wie bisher grundsätzlich in den Schutzbereich der §§ 491 ff. einzubeziehen, obwohl dies europarechtlich nicht zwingend vorgegeben ist. Dies gilt insbesondere für die vorvertragliche Information, die Form und das Widerrufsrecht und entspricht auch weitgehend der bisherigen Rechtslage.“

(BT-Drs. 16/1143, S. 88, linke Sp., 3. Abs.)

Der Gesetzgeber hat demnach kein eigenständiges Widerrufsrecht für Immobiliendarlehensverträgen bzw. grundpfandrechtlich besicherten Darlehensverträgen gestalten, sondern sie schlichtweg dem von ihm begrüßten hohen Schutzniveau der Verbraucherkreditrichtlinie unterstellen wollen.

Die in Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie erlassenen bzw. geänderten Vorschriften, insbesondere § 492 Abs. 2 BGB a.F. und Art. 247 § 6 Abs. 2 EGBGB a.F., gelten auch für das Verbraucher-Widerrufsrecht bei Immobiliendarlehensverträgen bzw. bei grundpfandrechtlich besicherten Darlehensverträgen – wie dem vorliegenden –, ohne dass die Höchstgrenze von 75.000 EUR oder eine abweichende Höchstgrenze für die Darlehenssumme gelten würde (vgl. § 491 Abs. 2 BGB a.F.).

(c) Richtlinienorientierte Auslegung

Dem Bundesgerichtshof ist demnach nur im Ausgangspunkt zuzustimmen, dass es allein in die Zuständigkeit der nationalen Gerichte fällt, wie Art. 247 § 6 Abs. 2 EGBGB a.F. auszulegen ist, soweit er Immobiliendarlehensverträge wie den vorliegenden Darlehensvertrag betrifft, die nicht in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fallen.

Willkürlich ist es angesichts des klaren Regelungsziels des Gesetzgebers aber, die Richtlinienorientierung als inhaltliche Ausrichtung bzw. Verknüpfung des – im Ausgangspunkt rein nationalen – überschießenden Regelungsteils zu übergehen. Aufgrund der bewusst überschießenden Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie ist Art. 247 § 6 Abs. 2 EGBGB a.F. auch hinsichtlich des überschießenden Teils im Lichte der Richtlinie auszulegen

(instruktiv *Vels*, NJW 2018, 1285, 1288; so auch *Maier*, BKR 2020, 205, 229; *Mittwoch*, JuS 2017, 296).

Der Gesetzgeber wollte das hohe Schutzniveau der Verbraucherkreditrichtlinie auch Verbrauchern, die Immobiliendarlehensverträge abgeschlossen haben, zuteil werden lassen.

Dabei kam es ihm auch darauf an, Einheitlichkeit des Widerrufsrechts bei Immobiliendarlehensverträgen und des Widerrufsrechts bei den von der Verbraucherkreditrichtlinie erfassten Darlehensverträgen herzustellen:

„Es bietet sich daher als Ergänzung an, um auch im Bereich der nicht durch die Richtlinie abgedeckten grundpfandrechtlich gesicherten Verträge einen weitgehenden Gleichlauf der Pflichten wie bei gewöhnlichen Verbraucherdarlehen zu erreichen.“

(BT-Drs. 16/11643, S. 122, linke Spalte)

Das Einheitlichkeitsbestreben bestätigt auch die jüngste Reaktion des Gesetzgebers auf das Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 26.03.2020. Bei der Umsetzung der Urteilsvorgaben beabsichtigt der Gesetzgeber abermals, das gesamte – auch das überschießende – Umsetzungsrecht insgesamt so anzupassen, dass es richtlinienkonform ist. In der Begründung zum „Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Verbraucherdarlehensrechts zur Umsetzung der Urteile des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 11.

September 2019 in der Rechtssache C-383/18 und vom 26. März 2020 in der Rechtssache C-66/19“ heißt es:

„Die seit dem 21. März 2016 in Anlage 8 des EGBGB enthaltene Musterwiderrufsinformation für Immobilier-Verbraucherdarlehensverträge ist nicht anzupassen. Sie verwendet nämlich nicht die beanstandete Verweisungstechnik.“

(BT-Drs. 19/26928, S. 2, 5. Abs.)

Der Gesetzesentwurf dient in Bezug auf die Änderung zum Widerrufsrecht ausdrücklich allein dem Zweck, das Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 26.03.2020 umzusetzen. Soweit in der Begründung ausgeführt wird, dass hinsichtlich Immobiliendarlehen nichts anzupassen sei, weil die richtlinienwidrige Verweisungstechnik in dem seit dem 21.03.2016 gültigen Muster nicht mehr verwendet werde, wird erneut zu erkennen gegeben, dass vor dem 21.03.2016 gewollt war und auch heute noch gewollt ist, dass die nationalen Vorschriften über den Widerruf von Immobiliendarlehen den Vorgaben der Verbraucherkreditrichtlinie entsprechen. Anders ist die Aussage, dass eine Anpassung des Gesetzes aufgrund der Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 26.03.2020 nur deshalb nicht erforderlich sei, weil das zum heutigen Zeitpunkt gültige Muster für Immobiliendarlehen die Verweisung nicht mehr enthält, nicht zu erklären.

Damit zeigt der Gesetzgeber ein weiteres Mal, dass für ihn das Schutzniveau der Verbraucherkreditrichtlinie insgesamt maßgeblich ist und zieht eine gespaltene Rechtslage mit unterschiedlichem Verbraucherschutzniveau einerseits im Anwendungsbereich und andererseits außerhalb des Anwendungsbereichs der Verbraucherkreditrichtlinie erst gar nicht in Betracht

(gegen eine gespaltene Auslegung auch etwa *Berger/Nettekoven*, EWIR 2020, 225, 226).

Selbst der XI. Senat des Bundesgerichtshofs zog zuvor noch Art. 10. Abs. 2 Buchst. p) der Verbraucherkreditrichtlinie zur Auslegung des nationalen Rechts auch dann heran, wenn es lediglich nicht der Verbraucherkreditrichtlinie unterfallende grundpfandrechtlich gesicherte Darlehensverträge betraf

(BGH, Urt. v. 23.2.2016 – XI ZR 101/15 = NJW 2016, 1881, 1883, Rn. 26 f.).

Auch dies ist ein deutliches Anzeichen dafür, dass die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nur vorgeblich mit vermeintlich zwingenden Argumenten operiert, aber vornehmlich nicht das vom Gesetzgeber vorgegebene, sondern eigene rechtspolitische Anliegen einer Begrenzung des Verbraucherschutzes verfolgt. Unabhängig von der Frage, ob dies in der Sache verständlich und wünschenswert ist oder nicht, überschreitet der Bundesgerichtshof insofern damit seine ihm verfassungsrechtlich zugewiesene und begrenzte Rechtsprechungskompetenz (unten 3.).

Die richtlinienorientierte Auslegung ist auch – jedenfalls für die hier mangels Einhaltung des Musters in Anlage 6 EGBGB a.F. einschlägige – Bestimmung des Art. 247 § 6 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 EGBGB a.F. nicht nur teleologisch zwingend geboten, sondern auch methodisch zwangslos möglich.

Abgesehen davon, dass der Kaskadenverweis schon nach rein nationaler Auslegung keine klare und verständliche Widerrufsinformation darstellt (dazu oben aa)) und eine besondere richtlinienorientierte Auslegung daher im Grunde überhaupt nicht erforderlich ist, steht der Wortlaut des Art. 247 § 6 Abs. 2 Satz 1 EGBGB einer Auslegung im Sinne des Urteils des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 26.03.2020 ohne weiteres offen.

Das hat auch der Bundesgerichtshof bestätigt. Im Anwendungsbereich der Verbraucherkreditlinie hält er an seiner bisherigen Rechtsprechung nicht fest, wonach der Kaskadenverweis klar und verständlich sei, sondern nimmt nun die bislang für unmöglich gehaltene richtlinienkonforme Auslegung vor

(BGH, Urt. v. 27.10.2020 – XI ZR 498/19 = NJW 2021, 307, 308, Rn. 16).

Demgegenüber würde eine gespaltene Auslegung von Art. 247 § 6 Abs. 2 Satz 1 EGBGB das gesetzgeberische Bestreben, die Verbraucherkreditrichtlinie überschießend umzusetzen, konterkarieren und ruft methodische Probleme hervor.

Sie kann auch unionsrechtlich unzulässig sein, wenn sie – wie es hier zu befürchten ist – die Wirksamkeit des Unionsrechts gefährdet

(vgl. EuGH Rs. C-264/96 ICI, Slg. 1998, 1-4695, 4725, Rn. 34; Ernst, in: MüKoBGB, Bd. 2, 8. Aufl. 2019, Einleitung Rn. 63).

Jedenfalls gilt eine Vermutung für die einheitliche Auslegung und gegen die gespaltene Auslegung

(Mayer/Schürnbrand, JZ 2004, 545, 550 f. m.w.N.).

Die Widerlegung dieser Vermutung scheidet angesichts der klaren Gesetzesgenese aus.

(d) Widersprüchlichkeit der gespaltenen Auslegung

Die gespaltene Auslegung, führt hier überdies zu nicht nachvollziehbaren Wertungen.

Nachdem der Bundesgerichtshof Art. 247 § 6 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 EGBGB a.F. nunmehr im Anwendungsbereich der Verbraucherkreditrichtlinie – d.h. für allgemeine Verbraucherdarlehensverträge – richtlinienkonform auslegt

(BGH, Urt. v. 27.10.2020 – XI ZR 498/19 = NJW 2021, 307, 308, Rn. 16),

muss dies auch außerhalb des Anwendungsbereichs der Verbraucherkreditrichtlinie – für Immobiliendarlehen – gelten. Denn sein Argument, das deutsche Recht sei aufgrund des angeblichen gesetzgeberischen Willens einer Auslegung, nach der der Kaskadenverweis außerhalb der Gesetzlichkeitsfiktion nicht „klar und verständlich“ sei, nicht zugänglich,

(grundlegend BGH, Beschl. V. 19.03.2019 – XI ZR 44/18 = BKR 2020, 30, 31, Rn. 15 ff.)

hat der Bundesgerichtshof nun endlich aufgegeben.

Selbst wenn das Unionsrecht nicht dazu verpflichten sollte, das Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 26.03.2020 auch auf Immobiliendarlehen anzuwenden, so entbindet es doch nicht von den allgemeinen Denkgesetzen und den Gesetzen der Logik. Hiernach ist es schlicht nicht zu erklären,

dass die Klarheit und Verständlichkeit einer Widerrufsinformation danach zu bestimmen sein soll, ob für das Darlehen eine Grundschild bestellt worden ist oder nicht

(Maier, BKR 2020, 225, 230).

Vielmehr muss der klar erklärte Wille des Gesetzgebers, Immobiliendarlehensverträge an dem hohen Schutzniveau der Verbraucherkreditrichtlinie teilhaben zu lassen (s. oben (b) und (c)), nunmehr zur Geltung kommen.

Für die Widersprüchlichkeit der gespaltenen Auslegung besteht auch nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes kein Anlass mehr. Nachdem er die Auslegungsfähigkeit der Begriffe „klar und verständlich“ attestiert hat, kann auch bei einem Immobiliendarlehen, für das die seit 10 Jahren unveränderte Vorschrift des Art. 247 § 6 Abs. 1 EGBGB a. F. einschlägig ist, außerhalb der Gesetzlichkeitsfiktion nicht mehr dahingehend argumentiert werden, der in Art. 247 § 6 Abs. 2 Satz 3 und Anlage 6 EGBGB a. F. zum Ausdruck kommende Wille des Gesetzgebers ließe keine Auslegung dahingehend zu, dass der Kaskadenverweis nach Maßgabe des Art. 247 § 6 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 EGBGB a. F. unverständlich sei, weil eine solche Auslegung sich als „*contra legem*“ darstelle.

Vielmehr ist, nachdem die Auslegungsfähigkeit von Art. 247 § 6 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 EGBGB a. F. nun anerkannt ist, ordnungsgemäß zu prüfen, ob ein Kaskadenverweis „klar und verständlich“ ist. Das ist aber unter keinem tatsächlichen oder rechtlichen Gesichtspunkt der Fall (s. oben aa)).

Zudem entspricht es der oben dargestellten einhelligen Rechtsprechung aller anderen Zivilsenate des Bundesgerichtshofs, dass eine Verweisung, zu deren Verständnis der Verbraucher eine bestimmte Rechtsprechung kennen oder aber eine gesetzesähnliche Auslegung vornehmen muss, nicht klar und verständlich ist und deshalb gegen das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB verstößt

(BGH Urt. v. 26.03.2019, II ZR 413/18, Rn. 12; BGH Urt. v. 08.05.2013, IV ZR 84/12, Rn. 19 ff.; BGH Urt. v. 14.08.2019, IV ZR 279/17, Rn. 11 ff.; BGH, Urt. v. 17.07.2018, VI ZR 274/17, Rn. 9 ff.; BGH Urt. v. 03.12.2015, VII ZR 100/15, Rn. 22; BGH, Urt. v. 20.07.2005, VIII ZR 121/04, Rn. 83 ff.; BGH, Urt. v. 21.07.2010, XII ZR 189/08, Rn. 29 f.).

(3) Willkürliche Missachtung durch das LG Hamburg und das OLG Hamburg

Auch die angegriffenen Entscheidungen des Landgerichts Hamburg und des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg missachteten die Vorgaben der Verbraucherkreditrichtlinie in willkürlicher Weise, obwohl sie noch vor dem Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 26.03.2020 ergangen waren.

Das Verständnis des Art. 10 Abs. 2 Buchst. p) der Verbraucherkreditrichtlinie in dem angegriffenen Urteil des Landgerichts Hamburg ist schlechterdings unvertretbar und drängt den Schluss auf, dass die Entscheidung auf sachfremden Erwägungen beruht.

Gemäß Art. 10 Abs. 2 Buchst. p) der Verbraucherkreditrichtlinie ist in den betreffenden Kreditverträgen „in klarer, prägnanter Form“ u. a. die Frist des Widerrufsrechts anzugeben. Das Landgericht Hamburg hat sich hinsichtlich der Frage, ob der Kaskadenverweis auf § 492 Abs. 2 BGB a.F. mit nur beispielhafter Aufzählung der Pflichtangaben dieser Vorgabe der Verbraucherkreditrichtlinie genügt, auf die Rechtsprechung des XI. Senats des Bundesgerichtshofs berufen, die vor dem Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 26.03.2021 ergangen war, bezogen. Danach ergebe

„der Wortlaut des Art. 10 Abs. 2 Buchst. p der Richtlinie 2008/48/EG offenkundig und ohne dass für vernünftige Zweifel Raum bliebe, dass in der Widerrufsinformation bei der Umschreibung der Bedingungen für das Anlaufen der Widerrufsfrist nicht sämtliche Informationen im Sinne des Art. 14 Abs. 1 Satz 2 Buchst. b der Richtlinie 2008/48/EG aufgelistet sein müssen“

(BGH Beschl. v. 19.03.2019 – XI ZR 44/18 = BKR 2020, 30, 31, Rn. 17 = NJW-RR 2019, 867, 868, Rn. 17; wörtlich zitiert in LG Hamburg, Anlage 6, S. 9).

Mit dem Bundesgerichtshof verneint auch das Landgericht Hamburg eine Verpflichtung zur Vorlage der Auslegungsfrage an den Gerichtshof der Europäischen Union u. a. mit der vorgeblich offenkundigen Richtlinienkonformität und der Unmöglichkeit der richtlinienkonformen Auslegung

(ebd.).

Der Gerichtshof der Europäischen Union hat mit seinem Urteil vom 26.03.2020 dann allerdings gegenteilig entschieden und den Kaskadenverweis auf § 492 Abs. 2 BGB a.F. als unvereinbar mit 10 Abs. 2 Buchst. p) der Verbraucherkreditrichtlinie angesehen (dazu oben (1)(b)).

Auch wenn das Landgericht Hamburg nicht gemäß Art. 267 AEUV zur Einleitung eines Vorabentscheidungsverfahrens verpflichtet gewesen sein und nicht das Recht der Beschwerdeführer auf den gesetzlichen Richter aus Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG verletzt haben sollte, hat es jedenfalls gegen das Willkürverbot verstoßen. Die vom Landgericht Hamburg in Anspruch genommene und nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union und des Bundesverfassungsgerichts eine Vorlageverpflichtung ausschließende Fallgruppe des sogenannten *acte clair* lag ersichtlich nicht vor

(Berufungsbegründung, Anlage 10, S. 46 ff.).

Hierfür hätte das Landgericht Hamburg – willkürfrei – überzeugt sein müssen, dass auch für die Gerichte der übrigen Mitgliedstaaten und den Gerichtshof die gleiche Gewissheit über die Auslegung der Verbraucherkreditrichtlinie bestanden habe

(vgl. EuGH, Urt. v. 06.10.1982, C-283/81, C.I.L.F.I.T., Rn. 16; BVerfG NJW 2021, 1005, 1006, Rn. 10).

Dies hat weder das Landgericht Hamburg noch der Bundesgerichtshof getan und war und ist auch keineswegs vertretbar.

Dafür muss nicht erst auf das später ergangene Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 26.03.2020 verwiesen werden, dass die Unvereinbarkeit des Kaskadenverweises mit der Verbraucherkreditrichtlinie festgestellt hat. Auch bevor die angegriffenen Entscheidungen ergangen sind, war die Frage der Richtlinienkonformität des Kaskadenverweises umstritten. Die Entscheidungen mehrerer Oberlandesgerichte sprachen gegen die Richtlinienkonformität

(OLG München, Endurt. v. 21.05.2015 – 17 U 334/15, BeckRS 2015, 11203, Rn. 10 ff.; OLG Nürnberg, Endurt. v. 01.08.2016 – 14 U 1780/15, BeckRS 2016, 17549, Rn. 54 ff.).

Das Landgericht Saarbrücken hatte die Frage bereits dem Gerichtshof der Europäischen Union zur Vorabentscheidung vorgelegt

(LG Saarbrücken, Beschl. v. 17.01.2019, 1 O 164/18 = BKR 2019, 190).

Der Gerichtshof der Europäischen Union entschied seinerseits gemäß Art. 20 Abs. 5 seiner Satzung ohne Schlussanträge des Generalanwalts, weil die „Rechtssache keine neue Rechtsfrage“ aufwarf. Die Unvereinbarkeit des Kaskadenverweises mit der Verbraucherkreditrichtlinie ergab sich insbesondere aus dem in Bezug genommenen Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 09.11.2016

(EuGH, Urt. v. 09.11.2016, Rs. C-42/15 = BKR 2017, 62 = NJW 2017, 45),

auf das die Beschwerdeführer sowohl das Landgericht Hamburg als auch das Hanseatische Oberlandesgericht Hamburg eingehend hingewiesen hatten

(Schriftsatz vom 01.02.2019, Anlage 7, S. 63 ff.; Berufungsbegründung, Anlage 10, S. 5 f.).

Dass für diese die Richtlinienkonformität dennoch eindeutig gewesen sein soll, ist schlechterdings nicht nachvollziehbar und drängt die Vermutung auf, dass sachfremde Erwägungen maßgeblich waren.

Auch ein sogenannter *acte éclairé* war vor dem Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 26.03.2020 demnach allenfalls im gegenteiligen Sinne gegeben, dass nämlich der Kaskadenverweis mit der Verbraucherkreditrichtlinie unvereinbar ist.

Das Landgericht Hamburg und das Hanseatische Oberlandesgericht Hamburg durften allenfalls noch Restzweifel daran haben – nicht aber als angeblichen *acte clair* ausschließen –, dass die Gesetzlichkeitsfiktion des Art. 247 § 6 Abs. 2 Satz 3 i.V.m. Anlage 6 EGBGB a.F. hinsichtlich des Kaskadenverweises auf § 492 Abs. 2 BGB a.F. mit nur beispielhafter Aufzählung der Pflichtangaben im Anwendungsbereich der Verbraucherkreditrichtlinie mit Art. 10 Abs. 2 Buchst. p) der Verbraucherkreditrichtlinie unvereinbar ist.

Zudem führen das Landgericht Hamburg und das Hanseatische Oberlandesgericht Hamburg unter Verweis auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshof an, dass aufgrund des eindeutigen Willen des Gesetzgebers ohnehin kein Raum für eine richtlinienkonforme Auslegung sei

(BGH Beschl. v. 19.03.2019 – XI ZR 44/18 = BKR 2020, 30, 31, Rn. 17 = NJW-RR 2019, 867, 868, Rn. 17; LG Hamburg, Anlage 6, S. 9; OLG Hamburg, Anlage 13, S. 6).

Dieses Eindeutigkeitsdogma ist unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt nachvollziehbar (oben aa)(2)(b)).

Dass das Landgericht Hamburg und letztlich auch das Hanseatische Oberlandesgericht Hamburg sich die Sichtweise des Bundesgerichtshofs zu eigen gemacht haben, sogar obwohl sie keine Vorlageverpflichtung treffen konnte, ist nur mit sachfremden Erwägungen zu erklären.

cc) Zwischenergebnis

Die Billigung des Kaskadenverweises durch die angegriffenen Entscheidungen ist unter allen – nationalen und unionsrechtlichen – Gesichtspunkten sowohl im Ergebnis als auch in der Begründung grob fehlerhaft und nicht vertretbar. Sie ist auch der Situation vollkommen unangemessen, weil dem durchschnittlichen, nicht juristisch geschulten Verbraucher die Ermittlung des Beginns der Widerrufsfrist praktisch unmöglich ist. Die Billigung des Kaskadenverweises lässt sich nach alledem nur damit erklären, dass sachfremde Erwägungen leitend waren.

3. Verletzung von Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG

Die Billigung des Kaskadenverweises auf § 492 Abs. 2 BGB a.F. unter nur beispielhafter Aufzählung der Pflichtangaben verletzt die Beschwerdeführer zugleich in ihren Grundrechten aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gewährleistet Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG, dass den Bürgern gegenüber ergehende Entscheidungen sich in den Grenzen vertretbarer Auslegung und zulässiger richterlicher Rechtsfortbildung bewegen

(BVerfG, Beschl. v. 25.01.2011 – 1 BvR 918/10 = NJW 2011, 842, 845, Rn. 50; BVerfG, Urt. v. 11.07.2012 – 1 BvR 3142/07, 1569/08 = NJW 2012, 3081, 3085, Rn. 73; BVerfG, Beschl. v. 06.06.2018 – 1 BvL 7/14 und 1 BvR 1375/14 = NJW 2018, 2542, 2548, Rn. 72).

Die Gerichte dürfen ihre eigenen materiellen Gerechtigkeitsvorstellung nicht an die Stelle derjenigen des Gesetzgebers setzen. Sie haben sich vielmehr darauf zu beschränken, den vom Gesetzgeber festgelegten Sinn und Zweck eines Gesetzes möglichst zuverlässig zur Geltung zu bringen oder eine planwidrige Regelungslücke mit den anerkannten Auslegungsmethoden zu füllen. Eine Gesetzesinterpretation, die den Wortlaut des Gesetzes vernachlässigt und sich über den klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers hinwegsetzt, ist nicht hinnehmbar. Sie greift unzulässig in die Kompetenzen des demokratisch legitimierten Gesetzgebers ein und ist keine taugliche Grundlage eines Grundrechtseingriffs

(vgl. ebd.).

Den Beschwerdeführern ist bekannt, dass das Bundesverfassungsgericht nicht dazu berufen ist, die Auslegung des einfachen Rechts sowie seine Anwendung auf den Einzelfall durch die Fachgerichte auf ihre Richtigkeit zu untersuchen, sondern dass dieses nur die Verletzung spezifischen Verfassungsrechts prüft

(vgl. BVerfG NJW 2011, 842, 845, Rn. 51).

Das Bundesverfassungsgericht prüft jedenfalls, ob die Gesetzesauslegung durch die Fachgerichte die gesetzgeberische Grundentscheidung und dessen Ziele respektiert und ob sie den anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung folgt

(BVerfG NJW 2011, 842, 845, Rn. 51; BVerfG NJW 2012, 3081, 3085, Rn. 76).

Ein spezifische Verfassungsrechtsverletzung ist insbesondere gegeben, wenn die Auslegung in krassem Widerspruch zu den zur Anwendung gebrachten Normen steht und somit ohne entsprechende Grundlage im geltenden Recht Ansprüche begründet oder – wie hier – Rechtspositionen verkürzt

(vgl. BVerfG NJW 2011, 842, 845, Rn. 51; BVerfG, Urt. v. 07.06. 2005 - 1 BvR 1508/96 = NJW 2005, 1927, 1928).

Nach diesen Maßstäben verletzen die angegriffenen Entscheidungen die Beschwerdeführer in ihren Grundrechten aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG. Wie aufgezeigt wurde (oben 2.b)), zeichnen die angegriffenen Entscheidungen eine „gesetzgeberische Gesamtkonzeption“, die in krassem Widerspruch steht zum Wortlaut und zur Systematik des Art. 247 § 6 Abs. 2 EGBGB a.F. sowie zu der aus den Gesetzgebungsmaterialien klar erkennbaren Regulationsabsicht des Gesetzgebers. Die mit den angegriffenen Entscheidungen einhergehende Verkürzung der Rechtspositionen der Beschwerdeführer findet somit keine Grundlage im geltenden Recht und erfordern ein korrigierendes Eingreifen des Bundesverfassungsgerichts.

II. Verneinung der Gesamtnunwirksamkeit von Aufrechnungsverbot und Widerrufsinformation

Die angegriffenen Entscheidungen verletzen die Beschwerdeführer in ihren Grundrechten, soweit sie auf der willkürlichen Auffassung beruhen, dass die Unwirksamkeit des Aufrechnungsverbots in Nr. 11 Abs. 1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten nicht zur Unwirksamkeit und Fehlerhaftigkeit der Widerrufsinformation der Beklagten führe (dazu 1.) und der Gerichtshof der Europäischen Union nicht um Vorabentscheidung zu ersuchen sei (dazu 2.).

1. Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG

Die angegriffenen Entscheidungen verletzen die Beschwerdeführer in ihrem Grundrecht aus Art. 3 Abs. 1 GG. Sie nehmen in objektiv willkürlicher Weise an, dass zwar das Aufrechnungsverbot in Nr. 11 Abs. 1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten wegen unangemessener Benachteiligung der Beschwerdeführer gemäß § 307 BGB unwirksam sei, dies jedoch nicht die Unwirksamkeit und Fehlerhaftigkeit der Widerrufsinformation bedinge.

a) Maßstab

Die Rechtsanwendung der Gerichte verletzt das objektive Willkürverbot des Art. 3 Abs. 1 GG, wenn sie nicht nur fehlerhaft, sondern unter keinem Gesichtspunkt mehr vertretbar ist und auf sachwidrige Erwägungen hindeutet (näher oben I.2.a)).

Auch die willkürliche Auslegung eines Vertrags verstößt gegen das objektive Willkürverbot des Art. 3 Abs. 1 GG. Willkürlich ist die Auslegung eines Vertrags u.a. dann, wenn sie sich auf widersprüchliche Annahmen stützt und damit anerkannte Auslegungsgrundsätze verletzt. Eine Schlussfolgerung, die sich auf widersprüchliche Annahmen stützt, ist insgesamt nicht nachvollziehbar und damit willkürlich

(BFH, Beschl. v. 18.5.2018 – IX B 8/18, BeckRS 2018, 14645, Rn. 5).

b) Subsumtion

Danach verletzen die angegriffenen Entscheidungen die Beschwerdeführer in ihrem Grundrecht aus Art. 3 Abs. 1 GG.

aa) Rechtlicher Rahmen

Ob die 14-tägige Widerrufsfrist zu laufen begonnen hat, hängt gemäß Art. 247 § 6 Abs. 2 Satz 1 EGBGB a.F. auch davon ab, ob die Beklagten die Beschwerdeführer über die Verpflichtung zur Rückzahlung eines bereits ausbezahlten Darlehens und die Vergütung durch Zinsen ordnungsgemäß informiert hat.

Die diesbezügliche Formulierung der Widerrufsinformation in Ziffer 14 des Darlehensvertrags

„Der Darlehensnehmer hat innerhalb von 30 Tagen das Darlehen, soweit es bereits ausbezahlt wurde, zurückzuzahlen und für den Zeitraum zwischen der Auszahlung und der Rückzahlung des Darlehens den vereinbarten Sollzins zu entrichten.“

ist an sich nicht zu beanstanden.

Allerdings enthält der Darlehensvertrag in der nach Ziffer 19 einbezogenen Nr. 11 Abs. 1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten ein Auf-

rechnungsverbot, wonach die Beschwerdeführer Forderungen gegen die Beklagte nur insoweit aufrechnen dürfen, als ihre Forderungen unbestritten oder rechtskräftig festgestellt sind. Es bezieht sich auch auf die in der vorstehenden Formulierung in Ziffer 14 des Darlehensvertrags genannte Zahlungsverpflichtungen der Beschwerdeführer gegenüber der Beklagten.

Das Aufrechnungsverbot ist nach den angegriffenen Entscheidungen und der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs wegen unangemessener Benachteiligung von Verbrauchern gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam

(LG Hamburg, Anlage 6, S. 9 f.; OLG Hamburg, Anlage 13, S. 6 f.; vgl. BGH, Anlage 16 mit Verweis u.a. auf sein Urt. v. 17.09.2019 – XI ZR 662/18 = NJW 2020, 334, 337).

Der Bundesgerichtshof hat dies damit begründet, dass eine solche Klausel aufgrund ihrer offenen Formulierung auch solche Forderungen erfasst, die dem Verbraucher im Rahmen des von §§ 355 Abs. 3 Satz 1, 357a BGB geregelten Rückabwicklungsverhältnisses erwachsen und mit denen er gegen Ansprüche der Bank aufrechnen kann. Hierin liege eine unzulässige Erschwerung des Widerrufsrechts,

„die sich weder mit dem Schutz von Kreditinstituten gegen die Aufrechnung mit erdichteten oder sonstigen unbegründeten Gegenforderungen durch zahlungsunfähige oder unwillige Kunden [...] noch mit möglichen Verpflichtungen der Bekl. im Verhältnis zur Deutschen Bundesbank (vgl. Allgemeine Geschäftsbedingungen der Deutschen Bundesbank, Bankrechtliche Regelungen 5, 1.1.2017, Abschnitt V. Nr. 10 I) rechtfertigen lässt. Indem die Klausel dem Verbraucher die Möglichkeit zur Aufrechnung abschneidet, wird er dazu gezwungen, seine Ansprüche aus dem Rückabwicklungsverhältnis aktiv im Klagewege geltend zu machen, was ihm in der Regel zusätzlich die Aufbringung des Gerichtskostenvorschusses abverlangt (§ 12 I 1 GKG). Darüber hinaus beschränkt das Aufrechnungsverbot die Verteidigungsmöglichkeiten des Verbrauchers gegen eine seitens des Kreditinstituts erhobene Klage auf die Erhebung einer Widerklage. In diesem Fall kann sich der Verbraucher allein schon im Hinblick auf die erhaltene Darlehensvaluta mit einer erheblichen Forderung des Kreditinstituts konfrontiert sehen, ohne dass ihm die Möglichkeit offen steht, diese Forderung aktiv im Wege der Aufrechnung zu vermindern. Da der Anfall von Verzugs- und Prozesszinsen nicht durch § 361 I BGB ausgeschlossen ist (vgl. BT-Drs. 17/12637, 64 und BT-Drs. 17/13951, 68 sowie MüKoBGB/Fritsche, 7. Aufl.,

§ 361 Rn. 4 f.), kann sich der Verbraucher auch solchen Ansprüchen ausgesetzt sehen; aufgrund des Aufrechnungsverbots wäre es ihm unmöglich, durch die sogar rückwirkende (§ 389 BGB) Tilgung der Hauptforderung den Anfall solcher Zinsen wenigstens anteilmäßig zu verhindern. Die genannten nachteiligen Auswirkungen der angefochtenen Klausel können den Verbraucher von der Ausübung seines Widerrufsrechts abhalten bzw. die praktische Durchsetzung seiner Forderung erschweren, weshalb in der Vereinbarung dieses Aufrechnungsverbots eine nach § 361 II 1 BGB unzulässige Abweichung von Vorschriften des Verbraucherschutzrechts liegt, so dass die angefochtene Klausel zu einer unangemessenen Benachteiligung des Kunden führt“

(BGH, Urt. v. 20.03.2018 – XI ZR 309/16 = NJW 2018, 2042, 2043, Rn. 19).

Die Unwirksamkeit des Aufrechnungsverbots hat zwei – von den angegriffenen Entscheidungen willkürlich übergangene – Folgen für die Widerrufsinformation in Ziffer 14 des Darlehensvertrags. Sie führt zum einen dazu, dass die Widerrufsinformation den Anforderungen des Art. 247 § 6 Abs. 2 Satz 1 EGBGB a.F. nicht genügt. Sie führt zum anderen, worauf sich die Beschwerdeführer vorrangig berufen haben, zur gleichzeitigen Unwirksamkeit der Widerrufsinformation gemäß § 307 BGB

(Schriftsatz v. 01.02.2019, Anlage 7, S. 75 ff.; Berufungsbegründung, Anlage 10, S. 65 ff.; Nichtzulassungsbeschwerdebegründung, Anlage 15, S. 52 ff.).

Dies haben die angegriffenen Entscheidungen in willkürlicher Weise missachtet.

bb) Begründungen der angegriffenen Entscheidungen

Das *Landgericht Hamburg* und das *Hanseatische Oberlandesgericht Hamburg* haben zur Begründung dafür, dass sich die Unwirksamkeit der Aufrechnungsbeschränkung auf die Wirksamkeit oder Ordnungsgemäßheit der Widerrufsinformation nicht auswirke, im Wesentlichen auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs verwiesen.

Ausgehend von den gesetzlichen Anforderungen an die Gestaltung der Widerrufsinformation sei die unwirksame Aufrechnungsbeschränkung schlicht irrelevant, weil sie schon begrifflich nicht geeignet sei, die für sich genommen hinreichend klare und verständliche Widerrufsinformation zu

verunklaren, da sie nicht Teil derselben sei. Der Umstand, dass die fragliche Klausel geeignet sei, die Ausübung des Widerrufsrechts zu erschweren, und damit den Verbraucher unangemessen benachteilige, werde hinreichend durch die Nichtigkeit (nur) der Aufrechnungsbeschränkung sanktioniert

(OLG Hamburg, Anlage 13, S. 6; ähnlich LG Hamburg, Anlage 6, S. 9 f.).

Der *Bundesgerichtshof* hat zur Begründung ebenfalls auf seine eigene Rechtsprechung verwiesen. Diese betrifft allerdings nur die Frage nach der Ordnungsgemäßheit der Widerrufsinformation gemäß Art. 247 § 6 Abs. 2 EGBGB a.F., nicht aber die Frage nach der (Gesamt-)Unwirksamkeit der Widerrufsinformation gemäß § 307 BGB

(s. Nichtzulassungsbeschwerdebegründung, Anlage 15, S. 60).

Nach dieser von allen angegriffenen Entscheidungen in Bezug genommenen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sei es für die Ordnungsmäßigkeit der Widerrufsbelehrung ohne Auswirkung, wenn in einem Darlehensvertrag einbezogene Allgemeine Geschäftsbedingungen eine unwirksame Aufrechnungsbeschränkung enthielten. Eine inhaltlich den gesetzlichen Anforderungen entsprechende Widerrufsbelehrung werde nicht durch einen inhaltlich nicht ordnungsgemäßen Zusatz an anderer, drucktechnisch nicht hervorgehobener Stelle der Vertragsunterlagen undeutlich. Erst recht gelte dies ohne Rücksicht auf die Art ihrer Gestaltung, soweit Zusätze außerhalb der Widerrufsbelehrung zwar eine unzulässige und damit unwirksame Abweichung von Vorschriften des Verbraucherschutzrechts aufwiesen, aber nicht in Zusammenhang mit der Unterrichtung über das Widerrufsrecht als solches stünden

(BGH Urt. v. 17.09.2019 = NJW 2020, 334, 336 f., Rn. 30 f.; BGH, Urt. v. 05.11.2019 – XI ZR 650/18 = NJW 2020, 461, 466, Rn. 53; BGH, Urt. v. 28.07.2020 – XI ZR 288/19 = NJW 2021, 66, 67, Rn. 20; ferner BGH, Beschl. v. 09.04.2019 – XI ZR 511/18 = BKR 2020, 32).

cc) Gesamtunwirksamkeit

Die Anwendung von § 307 Abs. 1 BGB durch die angegriffenen Entscheidungen ist objektiv willkürlich. Es ist unter keinem tatsächlichen oder rechtlichen Gesichtspunkt nachvollziehbar, dass die Widerrufsinformation über

die Rückzahlungsverpflichtungen in Ziffer 14 des Darlehensvertrags trotz der unwirksamen Aufrechnungsbeschränkungsklausel in Nr. 11 Abs. 1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht als unangemessene Benachteiligung der Beschwerdeführer bewertet wurde.

(1) Widersprüchliche Vertragsauslegung

Im Ausgangspunkt ist festzustellen, dass den angegriffenen Entscheidungen eine widersprüchliche und damit willkürliche Vertragsauslegung zugrunde liegt. Sie stützen die Ablehnung der Gesamtnichtigkeit der Aufrechnungsbeschränkung in Nr. 11 Abs. 1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und der Widerrufsinformation in Ziffer 14 des Darlehensvertrags auf zwei einander ausschließende Annahmen.

Auf der einen Seite sehen die angegriffenen Entscheidungen die Aufrechnungsbeschränkung in Nr. 11 Abs. 1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen als unwirksam an. Hierfür beziehen sie sich auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, der die Unangemessenheit der Aufrechnungsbeschränkung damit begründet, dass sie die Ausübung des Widerrufsrechts unzulässig erschwere

(BGH, Urt. v. 20.03.2018 – XI ZR 309/16 = NJW 2018, 2042, 2043, Rn. 19; s. oben bb); OLG Hamburg, Anlage 13, S. 6).

Auf der anderen Seite soll die Aufrechnungsbeschränkung jedoch nicht bewirken, dass die Widerrufsinformation weniger klar und verständlich werde

(s. oben bb); OLG Hamburg, Anlage 13, S. 6; LG Hamburg, Anlage 6, S. 10).

Beide Annahmen sind nicht miteinander vereinbar und deuten darauf hin, dass letztlich sachfremde Erwägungen leitend waren.

(2) Nicht nachvollziehbare Bewertung

Eine unangemessene Benachteiligung wird entgegen den angegriffenen Entscheidungen insbesondere des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg nicht schon dadurch ausgeschlossen, dass (allein) die Aufrechnungsbeschränkung als unwirksam angesehen wird.

Die Aufrechnungsbeschränkung kann die Beschwerdeführer von der Ausübung ihres Widerrufsrechts abhalten oder ihnen die Ausübung ihres Widerrufsrechts zumindest erschweren (s. oben BGH, Urt. v. 20.03.2018 – XI ZR 309/16 = NJW 2018, 2042, 2043, Rn. 19), *obwohl* sie unwirksam ist. Denn Verbraucher wie die Beschwerdeführer haben regelmäßig keine Kenntnis von der Rechtsprechung zur Unwirksamkeit von Aufrechnungsbeschränkungsklauseln wie der in Nr. 11 Abs. 1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen.

Daher müssen sie nach Durchsicht des Darlehensvertrages den Eindruck gewinnen, dass sie bei Ausübung ihres Widerrufsrechts zwar zur Rückzahlung der Darlehensvaluta nebst Nutzungersatz binnen 30 Tagen verpflichtet sind (Ziffer 14 des Darlehensvertrags), diesem Anspruch jedoch – im Falle der Zurückweisung ihres Widerrufs durch die Bank – aufgrund der Aufrechnungsbeschränkung auf unstreitige und rechtskräftig festgestellte Forderungen (Nr. 11 Abs. 1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen) nicht eigene Ansprüche aus dem Rückabwicklungsschuldverhältnis entgegenhalten könnten

(Schriftsatz v. 01.02.2019, Anlage 7, S. 76; Nichtzulassungsbeschwerdebegründung, Anlage 15, S. 55 f.).

Nicht zuletzt aufgrund der immensen Höhe der Rückgewähransprüche kann dieses von der AGB-Verwenderin herbeigeführte „Missverständnis“ über die wahre Rechtslage Verbraucher wie die Beschwerdeführer von der Ausübung ihres Widerrufsrechts abhalten oder ihnen zumindest dessen Ausübung erschweren

(vgl. BGHZ 218, 132, Rn. 19; dazu Berufungsbegründung, Anlage 10, S. 67; Nichtzulassungsbeschwerdebegründung, Anlage 15, S. 56 f.).

Es besteht somit eine inhaltlich untrennbare Verknüpfung zwischen der Klausel über die Aufrechnungsbeschränkung und der Widerrufsinformation

(vgl. Schriftsatz v. 01.02.2019, Anlage 7, S. 77 f., 86 ff.; Nichtzulassungsbeschwerdebegründung, Anlage 15, S. 56 f.).

und eine Wechselwirkung in der Form eines Summierungseffekts

(dazu Schriftsatz v. 01.02.2019, Anlage 7, S. 87; Schriftsatz v. 23.01.2020, Anlage 12, S. 11; Nichtzulassungsbeschwerdebegründung, Anlage 15, S. 56).

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs soll der Verbraucher durch die Widerrufsangaben aber „nicht nur von seinem Widerrufsrecht Kenntnis erlangen, sondern auch in die Lage versetzt werden, dieses auszuüben“

(BGH, Urt. v. 22.11.2016 – XI ZR 434/15 = BGHZ 213, 52 = NJW 2017, 1306, 1307, Rn. 14 = BKR 2017, 289, 291, Rn. 14).

Dass die hier beschriebene hemmende Wirkung der Aufrechnungsbeschränkung die Ausübung des Widerrufsrechts erschwert, ist der Grund dafür, dass der Bundesgerichtshof die Aufrechnungsbeschränkung wegen unangemessener Benachteiligung des Verbrauchers für unwirksam erachtet hat (s. oben (1)). Nichts anderes kann dann aber für die Bewertung der hemmenden Wirkung der Aufrechnungsbeschränkung auf die Widerrufsinformation gelten.

Die Zumutbarkeitsgrenze des § 307 Abs. 1 S. 1 BGB ist überschritten, weil das Widerrufsrechts des Verbrauchers entkernt wird. Dem kann allein durch die Annahme der Gesamtunwirksamkeit beider Klauseln entgegengewirkt werden. Anders als insbesondere das Hanseatische Oberlandesgericht Hamburg meint (Anlage 13, S. 6 a.E.), genügt es nicht, allein die Klausel über die Aufrechnungsbeschränkung als unwirksam zu bewerten. Denn der unangemessenen Benachteiligung durch den falschen Schein der Aufrechnungsbeschränkung wird dadurch in keiner erdenklicher Weise entgegengewirkt

(vgl. Schriftsatz v. 01.02.2019, Anlage 7, S. 82; Berufungsbegründung, Anlage 10, S. 66; Nichtzulassungsbeschwerdebegründung, Anlage 15, S. 57).

Die gegenteilige Annahme insbesondere des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg ist schlichtweg nicht nachvollziehbar. Sie muss auf sachwidrigen Erwägungen beruhen.

(3) Gesamtunwirksamkeit in der Rechtsprechung

Nicht nachvollziehbar sind die angegriffenen Entscheidungen ferner, weil in der Rechtsprechung – auch des XI. Zivilsenats – der Summierungseffekt und

die Gesamtunwirksamkeit solcher Klauseln, die isoliert wirksam sind, anerkannt ist:

„Die Klausel [...] der Darlehensbedingungen, [...] ist nicht deswegen einer Berücksichtigung in der Gesamtabwägung der beiderseitigen Interessen entzogen, weil sie bereits für sich unwirksam sein könnte (vgl. dazu BAG, NJW 2014, 2138 Rn. 33).

Denn dem Verwender von Geschäftsbedingungen ist es grundsätzlich versagt, sich darauf zu berufen, eine der von ihm gestellten Klauseln sei unangemessen und deswegen bei der Abwägung der beiderseitigen Interessen nicht zu berücksichtigen (BGHZ 127, 245 [254] = NJW 1995, 254). Deswegen ist bei der Beurteilung einer durch mehrere Klauseln ausgelösten Benachteiligung auch eine unwirksame Klausel einzubeziehen, die in einem sachlichen Zusammenhang mit einer weiteren, für sich genommen möglicherweise wirksamen Klausel steht (BGH, NJW 1995, 254; NJW 2003, 2234 [2235] und NJW 2007, 997 Rn. 27). Ein sich daraus ergebender Summierungseffekt führt – wie hier – bei der Beurteilung einer unangemessenen Benachteiligung im Allgemeinen zur Unwirksamkeit aller in die Gesamtwürdigung einbezogenen Klauseln, weil es nicht Sache des Gerichts ist auszusuchen, welche der beteiligten Klauseln bestehen bleiben soll (BGH, NJW 1995, 254). Deshalb bedarf es in solchen Fällen keiner Entscheidung, welche der in die Gesamtabwägung einbezogenen und wegen ihrer Summierungswirkung den Vertragspartner benachteiligenden Klauseln für sich der Inhaltskontrolle standhalten würde (vgl. dazu BGH, NJW 2007, 996 Rn. 27)“

(BGH, Urt. v. 17.10.2017 – XI ZR 157/16 = NJW 2018, 383, 386, Rn. 41 f.; s. ferner BGH NJW 2007, 997, 999, Rn. 27: „Stehen zwei Klauseln in Wechselwirkung, von denen eine schon isoliert betrachtet eine unangemessene Benachteiligung der Vertragspartner des Verwenders enthält, während die andere für sich gesehen nicht zu beanstanden ist, kann sich die Unwirksamkeit auf beide Klauseln erstrecken“; BGH NJW 2003, 2234, 2235).

(4) Unionsrechtliche Vorgaben

Auch das der Vorschrift des § 307 BGB zugrunde liegenden Unionsrecht bestätigt, dass eine Gesamtunwirksamkeit anzunehmen ist.

Die Vorschrift des § 307 BGB dient der Umsetzung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (nachfolgend „**RL 93/13/EWG**“). Nach Art. 6 Abs. 1 RL 93/13/EWG haben die Mitgliedstaaten vorzusehen, dass missbräuchliche Klauseln in Verträgen, die ein Gewerbetreibender mit einem Verbraucher geschlossen hat,

für den Verbraucher unverbindlich sind. Der Gerichtshof der Europäischen Union hat darauf hingewiesen, dass das Schutzsystem der RL 93/13/EWG auf dem Gedanken beruhe, dass der Verbraucher sich gegenüber dem Gewerbetreibenden in einer schwächeren Verhandlungsposition befinde und einen geringeren Informationsstand besitze, was dazu führt, dass er den vom Gewerbetreibenden vorformulierten Bedingungen zustimme, ohne auf deren Inhalt Einfluss nehmen zu können, und Art. 6 Abs. 1 RL 93/13/EWG daher vorsehe, dass missbräuchliche Klauseln für den Verbraucher unverbindlich seien. Es handle sich um eine zwingende Bestimmung, die darauf abziele, die formale Ausgewogenheit der Rechte und Pflichten der Vertragsparteien durch eine materielle Ausgewogenheit zu ersetzen und so deren Gleichheit wiederherzustellen

(EuGH, Urt. v. 14.06.2012 – C-618/10 = NJW 2012, 2257, 2258, Rn. 39 f.).

Zur Wiederherstellung der Gleichheit sei die durch Verwendung dieser Klausel herbeigeführte rechtliche Schlechterstellung des Verbrauchers auszugleichen, indem der Zustand wiederhergestellt werde, der ohne die Verwendung der unwirksamen Klausel bestanden hätte

(EuGH, Urt. v. 14.06.2012 – C-618/10 = NJW 2012, 2257, 2258, Rn. 39 ff.).

Nach dieser Rechtsprechung sind die Beschwerdeführer in die Lage zurückzusetzen, die ohne das Vorhandensein der unwirksamen Aufrechnungsbeschränkungsklausel bestanden hätte. Sie sind so zu stellen, als hätte diese Beeinträchtigung der Geltendmachung ihres Widerrufsrechtes bestanden. Dies kann nur dadurch erreicht werden, dass die Widerrufsfrist erst nach Kenntnis von der Unwirksamkeit der Aufrechnungsklausel zu laufen beginnt. Nur dann wären die Kläger in die Lage versetzt, von ihrem Widerrufsrecht tatsächlich Gebrauch machen zu können

(Schriftsatz v. 23.01.2020, Anlage 12, S. 12).

Zudem hat der Gerichtshof der Europäischen Union auf die Bestimmung des Art. 4 Abs. 1 der RL 93/13/EWG besonderes hingewiesen, die lautet:

„Die Mißbräuchlichkeit einer Vertragsklausel wird [...] unter Berücksichtigung [...] aller anderen Klauseln desselben Vertrages oder eines anderen Vertrages, von dem die Klausel abhängt, zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses beurteilt“

(s. EuGH, Urt. v. 16.01.2014 – C-226/12 = BeckRS 2014, 80035, Rn. 24).

Somit gebietet auch das § 307 BGB zugrunde liegende Richtlinienrecht eine ganzheitliche Sichtweise unter Berücksichtigung der Wechselwirkung zwischen der Aufrechnungsbeschränkung in Nr. 11 Abs. 1 der Allgemeinen Geschäftsbedingung und der Widerrufsinformation über die Rückzahlungsverpflichtungen.

Das bestätigen schließlich auch die unionsrechtlichen Vorgaben für die Widerrufsinformation über die Rückzahlungsverpflichtungen. Nach Art. 10 Abs. 2 der Verbraucherkreditrichtlinie, der Art. 247 § 6 Abs. 2 Satz 1 EGBGB a.F. zugrunde liegt, muss der Darlehensgeber die Widerrufsinformation klar und prägnant erteilen. Hierzu hat der Generalanwalt Hogan zutreffend festgestellt, dass

„zusätzliche Informationen nicht hinzugefügt werden [dürfen], wenn die Hinzufügung solcher Informationen die [...] Angaben verunklart oder Verwirrungsgefahr begründet“

(Generalanwalt Hogan, Schlussantrag v. 19.12.2019 – C-779/18, BeckRS 2019, 32179, Rn. 74 – Englische Fassung).

Hierzu hat er weiter angemerkt, dass eine bloß räumliche oder strukturelle Trennung in der Vertragsurkunde nicht genügt, um eine Verunklarung auszuschließen:

„Entgegen dem Vorbringen der polnischen Regierung in ihrer schriftlichen Erklärung reicht es, um auszuschließen, dass die Klarheit und Prägnanz der in Art. 10 Abs. 2 genannten Angaben nicht in Mitleidenenschaft gezogen werden, nicht aus, dass die zusätzlichen Informationen nicht mit den in Art. 10 Abs. 2 der Richtlinie 2008/48 genannten Angaben in Verbindung stehen. Andere Faktoren, wie die Anzahl der zusätzlichen Elemente der hinzugefügten Informationen, ihr Umfang oder die Art und Weise, wie sie im Verhältnis zu den anderen Elementen dargestellt werden, müssen berücksichtigt werden, um sicherzustellen, dass die Klarheit und die Prägnanz der in Art. 10 Abs. 2 genannten Angaben nicht beeinträchtigt werden“

(Generalanwalt Hogan, Schlussantrag v. 19.12.2019 – C-779/18, BeckRS 2019, 32179, Fn. 27 – Englische Fassung).

Danach kann die Widerrufsinformation nicht isoliert von der Regelung über die Aufrechnungsbeschränkung in Nr. 11 Abs. 1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen betrachtet werden. Dies führt aber dann aber auch zur Unwirksamkeit der Widerrufsinformation, weil die gemeinsame Betrachtung den unzutreffenden Eindruck erweckt, die Beschwerdeführer könnten im Fall ihres Widerrufs der Beklagten keine eigenen Forderungen entgegenhalten, sondern müssten stattdessen die ursprüngliche Darlehensvaluta (nebst Zinsen) binnen 30 Tagen an die Beklagte entrichten, wenn diese die Wirksamkeit des Widerrufs bestreite.

Diese unionsrechtlichen Vorgaben der RL 93/13/EWG und der Verbraucherkreditrichtlinie hätten bei der Anwendung von § 307 BGB und Art. 247 § 6 Abs. 2 Satz 1 EGBGB a.F. beachtet und zur Annahme der Gesamtnirksamkeit sowohl der Aufrechnungsbeschränkung als auch der Widerrufsinformation führen müssen.

Das Landgericht Hamburg und das Hanseatische Oberlandesgericht Hamburg haben diese Vorgaben jedoch vollständig übersehen

(LG Hamburg, Anlage 6, S. 10; OLG Hamburg, Anlage 13, S. 7).

Soweit der Bundesgerichtshof auf seine eigene Rechtsprechung verweist, ergibt sich daraus nur, dass es Sache des nationalen Gerichts sei, die allgemein geltenden Kriterien nach Maßgabe des nationalen Rechts auf eine bestimmte Klausel anzuwenden, die Ablehnung der Gesamtnirksamkeit im Falle von Aufrechnungsbeschränkungen ständiger Rechtsprechung entspreche und sich keine klärungsbedürftigen unionsrechtlichen Fragen stellen

(BGH, Beschl. v. 12.11.2019 – XI ZR 74/19, BeckRS 2019, 31515; BGH Beschl. v. 12.11.2019 – XI ZR 88/19, BeckRS 2019, 31547).

Das mag im Grundsatz hinnehmbar gewesen sein können, wenn der Bundesgerichtshof die unionsrechtlichen Vorgaben, die nochmals mit der Nichtzulassungsbeschwerdebegründung (Anlage 15, S. 57 ff.) im Einzelnen aufgezeigt wurden, im Ansatz zur Anwendung gebracht hätte. Er hat sich aber in nicht vertretbarer Weise in Gänze über sie hinweggesetzt, sodass sich der Eindruck sachwidriger Erwägungen aufdrängt.

Sehr deutlich zeigt sich dies auch, wenn man die Maßstäbe des Gerichtshofs der Europäischen Union zur nationalen Anwendung der Richtlinienkriterien denen des Bundesgerichtshofs gegenüberstellt. Der Gerichtshof der Europäischen Union führt aus:

„Es ist nämlich Sache des vorlegenden Gerichts, sich zur Anwendung der in den Art. 3 und 4 der Richtlinie 93/13/EWG genannten allgemeinen Kriterien auf eine bestimmte Klausel zu äußern, die anhand aller Umstände des konkreten Falls zu prüfen ist.

(EuGH, Urt. v. 15.03.2012 – C-453/10 = NJW 2012, 1781, 1783, Rn. 44; s. auch EuGH, Urt. v. 16.01.2014 – C-226/12 = BeckRS 2014, 80035, Rn. 20)

Der Bundesgerichtshof führt demgegenüber aus:

„Es ist Sache des nationalen Gerichts, die allgemein geltenden Kriterien nach Maßgabe des nationalen Rechts auf eine bestimmte Klausel anzuwenden (vgl. nur EuGH, Urteile vom 15. März 2012 [„Pereničová und Perenič“] – C-453/10, WM 2012, 2046 Rn. 44 und 47 und vom 16. Januar 2014 [„Constructora Principado“] – C-226/12, juris Rn. 20).“

(BGH, Beschl. v. 12.11.2019 – XI ZR 88/19, BeckRS 2019; BGH Beschl. v. 12.11.2019 – XI ZR 74/19, BeckRS 2019, 31515)

Diese allgemein geltenden Kriterien „nach Maßgabe des nationalen Rechts“ entsprechen in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs aber gerade nicht „den in der Richtlinie [...] genannten allgemeinen Kriterien“, auf die der Gerichtshof der Europäischen Union abstellt. Dass der Bundesgerichtshof nur nationales Recht meint, ergibt sich daraus, dass er im Anschluss an die hier zitierte Passage auch nur auf seine eigene nationale Rechtsprechung abstellt und verweist. In dem angegriffenen Beschluss vom 30.03.2021 heißt es zwar nun erstmals abweichend von der bisherigen Formulierung:

„Dass es Sache des nationalen Gerichts ist, unter Berücksichtigung der in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union hinlänglich geklärten Kriterien über die konkrete Bewertung einer bestimmten Vertragsklausel anhand der Umstände des Einzelfalls zu entscheiden, entspricht ständiger Rechtsprechung und hat der Gerichtshof auch in jüngster Zeit wiederholt (vgl. nur EuGH, Urteile vom 3. September 2020 – C-84/19, 222/19 und 252/19, „Profi Credit Polska“, WM 2020, 1813, 1819 und vom 27. Januar 2021 – C-229/19 und 289/19, „Dexia Nederland“, juris, Rn. 45).“

(BGH, Anlage 16).

Damit räumt der Bundesgerichtshof nunmehr ein, dass die unionsrechtlichen Vorgaben einzuhalten sind. Er nimmt eine Prüfung dieser Vorgaben aber – wie schon zuvor – nicht vor, sondern verweist ausschließlich auf seine bisherige Rechtsprechung, deren Prüfungsmaßstab dem Wortlaut nach und auch in Bezug auf die dort zitierte Rechtsprechung ausschließlich nationales Recht ist.

dd) Fehlerhaftigkeit der Widerrufsinformation

Objektiv willkürlich ist auch die Anwendung von Art. 247 § 6 Abs. 2 Satz 1 EGBGB a.F. durch die angegriffenen Entscheidungen. Es ist unter keinem tatsächlichen oder rechtlichen Gesichtspunkt nachvollziehbar, dass die Widerrufsinformation über die Rückzahlungsverpflichtungen in Ziffer 14 des Darlehensvertrags trotz der unwirksamen Aufrechnungsbeschränkung in Nr. 11 Abs. 1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht als unangemessene Benachteiligung der Beschwerdeführer bewertet wurde. Die angegriffenen Entscheidungen erschöpfen sich in der Feststellung, eine außerhalb der Widerrufsinformation stehende Klausel könne die Widerrufsinformation nicht „verunklaren“. Begründet wird dies nicht. Eine Begründung ist auch nicht möglich. Das lässt vermuten, dass die angegriffenen Entscheidungen auf sachwidrigen Erwägungen beruhen.

2. Verletzung von Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG

Mit der angegriffenen Entscheidung hat der Bundesgerichtshofs die Beschwerdeführer in ihrem grundrechtsgleichem Recht auf den gesetzlichen Richter aus Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG verletzt, weil er es unterlassen hat, die ihm von den Beschwerdeführern gestellte Frage dem Gerichtshof der Europäischen Union im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens gemäß Art. 267 AEUV vorzulegen.

a) Maßstab

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts kann auch der Gerichtshof der Europäischen Union gesetzlicher Richter im Sinne von Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG sein. Daher kann das Recht auf den gesetzlichen Richter verletzt sein, wenn ein Fachgericht gegen seine Vorlageverpflichtung aus

Art. 267 Abs. 3 GG verstößt. Allerdings eröffnet nicht jeder Verstoß gegen die Vorlageverpflichtung die Überprüfung im Verfassungsbeschwerdeverfahren. Das Bundesverfassungsgericht überprüft nur, ob die Auslegung und Anwendung der Zuständigkeitsregel des Art. 267 Abs. 3 AEUV bei verständiger Würdigung der das Grundgesetz bestimmenden Gedanken nicht mehr verständlich erscheint und offensichtlich unhaltbar ist

(BVerfG NJW 2010, 1268, 1268 f.; BVerfG NJW 2011, 288, Rn. 48; st. Rspr.).

Ein solcher Fall liegt insbesondere vor, wenn das letztinstanzliche Hauptsachegericht eine Vorlage trotz angenommener Entscheidungserheblichkeit von Unionsrecht überhaupt nicht in Erwägung zieht, obwohl es selbst Zweifel hinsichtlich der richtigen Beantwortung der Frage hegt oder wenn es in seiner Entscheidung bewusst von der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union zu entscheidungserheblichen Fragen abweicht und gleichwohl nicht oder nicht erneut vorlegt

(BVerfG NVwZ 1991, 53, 58; BVerfG NJW 2010, 3422, 3427).

b) Subsumtion

Nach diesen Maßstäben ist festzustellen, dass die angegriffene Entscheidung des Bundesgerichtshof die Beschwerdeführer in ihrem Recht auf den gesetzlichen Richter aus Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG verletzen.

aa) Vorlagepflicht

Der Bundesgerichtshof war gemäß Art. 267 Abs. 3 AEUV verpflichtet, die ihm von den Beschwerdeführern gestellte Frage,

ob Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 93/13/EWG dahin auszulegen ist, dass er einer Auslegung durch ein nationales Gericht entgegensteht, nach der die in einer Widerrufsinformation erteilte Pflichtangabe über die Darlehensrückzahlungspflicht des Verbrauchers nach erklärtem Widerruf seiner auf den Abschluss des Darlehensvertrags gerichteten Willenserklärung als wirksam angesehen wird, obwohl im Kreditvertrag an anderer Stelle eine weitere Regelung enthalten ist, nach welcher der Verbraucher in Abweichung von der vom nationalen Recht eingeräumten Möglichkeit, gegenseitige Forderungen aufzurechnen, gegenüber dem Kreditinstitut nur mit unstreitigen oder rechtskräftig festgestellten Forderungen aufrechnen darf und die nach der nationalen

Rechtsprechung als unwirksam angesehen wird, weil sie unzulässig die Rechte des Verbrauchers zum Widerruf beschränkt und dadurch geeignet ist, den Verbraucher von der Ausübung seines Widerrufsrechts abzuhalten

(s. Nichtzulassungsbeschwerdebegründung, Anlage 15, S. 60 f.),

dem Europäischen Gerichtshof zur Vorabentscheidung vorzulegen.

Der Bundesgerichtshof war das letztinstanzliche Gericht. Die Möglichkeit der Anrufung des Bundesverfassungsgerichts steht dem nicht entgegen, da die Verfassungsbeschwerde ein außerordentlicher Rechtsbehelf und damit keine Anfechtungsmöglichkeit im Sinne des Art. 267 Abs. 3 AEUV ist. Der angegriffene Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 30.03.2021 war auch nicht mehr anfechtbar. Als außerordentlicher Rechtsbehelf ist die – vorliegend erhobene und zurückgewiesene – Anhörungsrüge keine Anfechtungsmöglichkeit im Sinne des Art. 267 Abs. 3 AEUV.

Soweit man die Unionsrechtswidrigkeit der Entscheidung des Bundesgerichtshofs im Hinblick auf die oben genannten Entscheidungen

EuGH, Urt. v. 14.06.2012 – C-618/10 = NJW 2012, 2257, 2258, Rn. 39 f.; EuGH, Urt. v. 16.01.2014 – C-226/12 = BeckRS 2014, 80035, Rn. 24 (s. oben 1.b)cc)(4))

nicht für offensichtlich halten und einen Verstoß gegen das Willkürverbot gemäß Art. 3 Abs. 1 GG annehmen will, ist anzunehmen, dass die Vorlagepflicht nicht aufgrund eines sogenannten *acte éclairé* und auch nicht aufgrund eines sogenannten *acte clair* ausnahmsweise nicht bestand.

Die dem Bundesgerichtshof gestellte Frage ist entscheidungserheblich. Wird die Frage verneint, ist § 307 Abs. 1 BGB dahingehend auszulegen und anzuwenden, dass die Widerrufsinformation über die Rückzahlungsverpflichtungen der Beschwerdeführer unwirksam bzw. fehlerhaft sind. In diesem Fall hatte die Widerrufsfrist nicht zu laufen begonnen und die Beschwerdeführer konnten mit ihrem Schreiben vom 07.01.2018 ihre auf den Abschluss des Darlehensvertrags gerichteten Willenserklärungen noch widerrufen. Der Darlehensvertrag wandelte sich in ein Rückgewährschuldverhältnis. Auf dieser Grundlage war den klägerischen Anträge stattzugeben

(zuletzt Nichtzulassungsbeschwerdebegründung, Anlage 15, S. 50 f.).

bb) Verletzung

Der Bundesgerichtshof hat die Vorlageverpflichtung in offensichtlich unhaltbarer Weise gehandhabt. Zur Verneinung seiner Vorlagepflicht hat er lediglich auf die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union verwiesen, wonach sich dessen Rechtsprechung erstreckt

„auf die Kriterien, die das nationale Gericht bei der Prüfung einer Vertragsklausel im Hinblick auf die Bestimmungen dieser Richtlinie [93/13/EWG] anwenden darf oder muss, wobei es Sache des nationalen Gerichts ist, unter Berücksichtigung dieser Kriterien über die konkrete Bewertung einer bestimmten Vertragsklausel anhand der Umstände des Einzelfalls zu entscheiden“

(EuGH, Urt. v. 03.09.2020 – C-84/19, C-222/19, C-252/19 = NJW 2020, 3367, 3372 Rn. 91; EuGH Urt. v. 27.1.2021 – C-289/19 = BeckRS 2021, 567 Rn. 45).

Danach beruft sich der Bundesgerichtshof scheinbar darauf, dass ihm die unionsrechtlichen Kriterien bereits vorlägen. Er hat allerdings unionsrechtliche Kriterien überhaupt nicht angewendet. Dies deutet darauf hin, dass der Bundesgerichtshof die Vorlagepflicht aus sachfremden Erwägungen nicht beachtet hat.

III. Billigung der Angaben in Ziffer 2.4 des Darlehensvertrags

Die angegriffenen Entscheidungen des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg und des Bundesgerichtshofs verletzen die Beschwerdeführer schließlich auch in ihren Grundrechten, soweit sie die Angaben in Ziffer 2.4 des Darlehensvertrags über die von den Beschwerdeführern zu tragenden Kosten nicht – gemessen an Art. 247 § 9 Abs. 1 S. 1 i.V.m. Art. 247 § 3 Abs. 1 Nr. 10 EGBGB a.F. – als fehlerhafte Widerrufsinformation bewertet haben (dazu 1.) bzw. dem diesbezüglichen Vorbringen der Beschwerdeführer kein Gehör gewährt haben (dazu 2.).

In Ziffer 2.4 des Darlehensvertrags werden die von den Beschwerdeführern als Darlehensnehmern zu tragenden Kosten im Zusammenhang mit ihren

Sicherheitsleistungen mit „---“ angegeben. Dies ist so zu verstehen, dass die Beschwerdeführer keine Kosten im Zusammenhang mit ihren Sicherheitsleistungen einschließlich der Grundschuldbestellung tragen sollen. Dafür spricht auch, dass der Bundesgerichtshof im Urteil vom 05.11.2019 (XI ZR 650/18) die Angabe von „€ 0,00“ als zulässige Information des Kostenfreiheits angesehen hat. Diese Angabe ist allerdings unzutreffend, weil die Beschwerdeführer die Kosten der Grundschuldbestellung tragen sollten und auch der gesetzlichen Kostenschuldnerschaft unterliegen (§ 2 Nr. 1 KostO). Daher hat die Beklagte ihrer Verpflichtung gemäß Art. 247 § 9 Abs. 1 S. 1 i.V.m. Art. 247 § 3 Abs. 1 Nr. 10 EGBGB a.F., alle sonstigen Kosten, die im Zusammenhang mit dem Darlehensvertragsabschluss entstehen, anzugeben, nicht genügt. Die Widerrufsbelehrung ist auch insoweit fehlerhaft, sodass die Widerrufsfrist nicht zu laufen begonnen hatte und die Beschwerdeführer zum Widerruf ihrer auf den Abschluss des Darlehensvertrags gerichteten Willenserklärungen mit Schreiben vom 07.01.2018 noch berechtigt waren.

Das Hanseatische Oberlandesgericht Hamburg meinte dagegen, dass vor dem Hintergrund, dass unter Ziffer 4 des Darlehensvertrags ausdrücklich die Bestellung einer Grundsicherheit gefordert worden sei, die – wie allgemeinkundig – mit Kosten verbunden sei, habe kein verständiger Verbraucher der Angabe unter Ziffer 2.4 des Darlehensvertrags „Dies sind:---“ entnehmen können, dass die Bestellung der von ihm und nicht etwa von der Beklagten zu beschaffenden Grundschuld in seinem Falle offenbar kostenlos sei

(OLG Hamburg, Anlage 13, S. 7; OLG Hamburg, Anlage 11, S. 2 f.).

Die Streichung bringe vielmehr ersichtlich nur zum Ausdruck, dass die fraglichen Kosten nicht beziffert würden, wobei eine solche Bezifferung, wie das Landgericht unter Ziffer 2 seiner Entscheidungsgründe dargelegt habe, auch nicht erforderlich gewesen sei. Die von den Beschwerdeführern gesehene Parallele zu der Bundesgerichtshof im Urteil vom 05.11.2019 (XI ZR 650/18) als zulässig angesehenen Angabe der Zinskosten nach Rücktritt mit „€ 0,00“ bestehe nicht. Während der Nennung von „€ 0,00“ eindeutig zu entnehmen sei, dass die Bank tatsächlich keine Zinsforderung erheben werde, also auf einen ihr zustehenden möglichen Anspruch verzichte, könne der fehlenden Nennung eines konkreten Kostenbetrags nicht entnommen werden, dass tatsächlich keine Kosten für die vom Darlehensnehmer geschuldete Bestellung

der nach dem Vertrag unbedingt beizubringenden Grundschuld anfallen würden.

(OLG Hamburg, Anlage 11, S. 3)

Der Bundesgerichtshof hat lediglich auf sein Urteil vom 05.11.2019 (XI ZR 650/18) verwiesen.

1. Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG

Der Beschluss des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg ist objektiv willkürlich und verletzt die Beschwerdeführer in ihrem Grundrecht aus Art. 3 Abs. 1 GG. Die Annahme, dass kein verständiger Verbraucher auf Grundlage von Ziffer 2.4 des Darlehensvertrags annehmen könne, dass er nicht die Kosten der Grundschuldbestellung zu tragen habe, ist unter keinem rechtlichen oder tatsächlichen Aspekt nachvollziehbar.

Da die Kosten der Sicherheitenbestellung unter „2.4 Sonstige Kosten“ ausdrücklich genannt und diese dann auf die Einleitung „Dies sind:“ nicht etwa unkommentiert bleiben, wie zahlreiche andere Leerstellen im Formular, sondern mit „—“ klar negiert werden, war die Angabe dahingehend zu verstehen, dass die Beschwerdeführer die Kosten der Grundschuldbestellung nicht zu tragen haben.

Zudem sind unter Ziffer 2.2 des Darlehensvertrags andere Kosten (Disagio, Bearbeitungsprovision) ebenfalls mit „—“ angegeben. Diese Kosten hatten die Beschwerdeführer nicht zu tragen, sodass hier die Angabe „—“ mit „€ 0,00“ gleichzusetzen ist. Dies drängt den Schluss auf, dass die Angabe „—“ unter Ziffer 2.4 für die dort genannten Kosten (Sicherheitenbestellung) entsprechend so zu verstehen ist, dass die Beschwerdeführer auch diese Kosten nicht zu tragen haben.

Fehl geht auch der Hinweis des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg darauf, es sei allgemeinkundig, dass die Grundschuldbestellung mit Kosten verbunden sei. Damit ist nicht gesagt, dass auch die Kostenschuldnerschaft des Verbrauchers allgemeinkundig sei. Und selbst wenn dies der Fall sein sollte, was jedoch nicht festgestellt worden ist, dann könnte der Darlehensvertrag trotzdem noch durch fehlerhafte Angaben eine falsche Vorstellung

hierüber erwecken. Denn allgemeinkundig ist jedenfalls, dass die Parteien eines Darlehensvertrags abweichende Kostentragungsregelungen vereinbaren können.

Darauf, ob die Bezifferung der Kosten an dieser Stelle oder überhaupt geboten war, kommt es nicht an. Maßgeblich ist allein, dass die erfolgten Angaben fehlerhaft sind.

Nach alledem ist die angegriffene Entscheidung des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg insoweit unter keinem Gesichtspunkt vertretbar und objektiv willkürlich.

2. Verletzung von Art. 103 Abs. 1 GG

Die angegriffenen Beschlüsse des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg und des Bundesgerichtshofs verletzt die Beschwerdeführer in ihrem Anspruch auf rechtliches Gehör aus Art. 103 Abs. 1 GG.

a) Maßstab

Danach sind die Gerichte verpflichtet, die Ausführungen der Parteien zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen. Unterlassen sie dies, verletzen sie den Anspruch der Parteien auf rechtliches Gehör

(BVerfGE 83, 24, 35; BVerfG StV 2017, 775; BVerfG Nichtannahmebeschl. v. 18.07.2019 – 2 BvR 1082/18, BeckRS 2019, 16042, Rn. 14).

Jedenfalls wenn sich ein Gericht auf den Kern oder wesentliche Elemente des Parteivorbringens in den Entscheidungsgründen nicht einlässt, lässt dies auf die Nichtberücksichtigung des Vortrags schließen

(vgl. BVerfGE 86, 133, 146; BVerfG StV 2017, 775; BVerfG Nichtannahmebeschl. v. 18.07.2019 – 2 BvR 1082/18, BeckRS 2019, 16042, Rn. 14).

b) Subsumtion

Nach diesen Maßstäbe ist der Anspruch der Beschwerdeführer auf rechtliches Gehör verletzt.

aa) Beschluss des OLG Hamburg

Das Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg hat zahlreiche Ausführungen der Beschwerdeführer, die den Kern ihres Tatsachenvortrags darstellen, unberücksichtigt gelassen.

Die Beschwerdeführer haben detailliert dargelegt, dass die Angabe von „—“ in Ziffer 2.2 des Darlehensvertrags bedeute, dass die dort aufgeführten Kosten nicht von den Beschwerdeführern zu übernehmen seien (Disagio, Bearbeitungsprovision) und dass dies nur den Schluss zulasse, dass die gleiche Angabe von „—“ in Ziffer 2.4 entsprechend bedeute, dass auch die dort aufgeführten Kosten (Sicherheitenbestellung) nicht von den Beschwerdeführern zu übernehmen seien

(Berufungsbegründung, Anlage 10, S. 74 f.; erneut im Schriftsatz vom 23.01.2020, Anlage 12, S. 15; Nichtzulassungsbeschwerdebegründung, Anlage 15, S. 63 ff.).

Die Beschwerdeführer haben weiter vorgetragen, dass die Beklagte unter Ziffer 2.4 des Darlehensvertrags a.E. ausschließlich angegeben habe, dass die Beschwerdeführer die Kosten für den Abschluss der Gebäudeversicherung zu tragen hätten. Wenn die Beklagte demgegenüber eine solche Angabe für die Kosten der Sicherheitenbestellung unterlassen, könne daraus nur der Schluss gezogen werden, dass die Beschwerdeführer keine Kosten hierfür zu tragen hätten

(Schriftsatz vom 23.01.2020, Anlage 12, S. 16; Nichtzulassungsbeschwerdebegründung, Anlage 15, S. 66 f.).

Schließlich werde dies dadurch bestätigt, dass alle anderen Sparkassen die Angabe zu den Kosten für die Bestellung und Eintragung der Grundschuld zutreffend vornähmen, indem sie in exakt dem gleichen Formular diese Kosten hinter der Angabe „Dies sind:“ auflisteten. Dies haben die Beschwerdeführer mit der ausschnittweisen Ablichtung eines entsprechenden Vertragsformulars einer Sparkasse als Beispiel belegt

(Schriftsatz vom 23.01.2020, Anlage 12, S. 16; Nichtzulassungsbeschwerdebegründung, Anlage 15, S. 66 f.).

Es ist nicht ersichtlich, dass das Hanseatische Oberlandesgerichts Hamburg das vorstehend zusammengefasste Vorbringen der Beschwerdeführer zur Kenntnis genommen und erwogen hat. Es ist jedenfalls nicht ausdrücklich auf ihn eingegangen. Das Vorbringen ist allerdings zentral für den Ausgang des Verfahrens. Es begründet das Fehlen der Pflichtangaben nach Art. 247 § 9 Abs. 1 Satz 1 EGBGB a.F. i.V.m. Art. 247 § 3 Abs. 1 Nr. 10 EGBGB a.F. und damit, dass die Widerrufsfrist nicht zu laufen begonnen hatte und die Beschwerdeführer ihre auf den Schluss des Darlehensvertrags gerichteten Willenserklärungen am 07.01.2018 noch widerrufen konnten. Daher muss davon ausgegangen werden, dass sich das Gericht der Kenntnisnahme und Würdigung dieses Vorbringens verschlossen und den Beschwerdeführern rechtliches Gehör verwehrt hat.

bb) Beschlüsse des BGH

Der Bundesgerichtshof hat in seinem Beschluss vom 30.03.2021 lediglich auf sein Urteil vom 05.11.2019 (XI ZR 650/18) verwiesen. Dieses Urteil haben die Beschwerdeführer allerdings als Beleg für ihre Sichtweise, dass die Angabe „---“ wie „€ 0,00“ zu verstehen sei, gewertet

(Berufungsbegründung, Anlage 10, S. 72 f.; Nichtzulassungsbeschwerdebegründung, Anlage 15, S. 63).

Hierbei handelt sich wiederum um den Kern des Vorbringens, weil es die Klagestattgabe rechtfertigt (hierzu aa) a.E.). Es muss davon ausgegangen werden, dass der Bundesgerichtshof sich der Kenntnisnahme und Würdigung dieses Vorbringens verschlossen und den Beschwerdeführern rechtliches Gehör verwehrt hat.

Dafür spricht nicht zuletzt auch, dass der Bundesgerichtshof die übliche Formulierung,

„Argumente, die dem Senat Anlass geben könnten, von dieser Position abzurücken und die Revision aufgrund des § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO zuzulassen, zeigt die Nichtzulassungsbeschwerde nicht auf“

(BGH, Beschl. v. 12.11.2019 – XI ZR 88/19, BeckRS 2019; BGH Beschl. v. 12.11.2019 – XI ZR 74/19, BeckRS 2019, 31515)

nicht verwendet hat.

Auch der Beschluss vom 04.05.2021 lässt letztlich nicht erkennen, ob das bislang übergangene Vorbringen der Beschwerdeführer zur Kenntnis genommen und in Erwägung gezogen worden ist.

IV. Beruhen

Die angegriffenen Entscheidungen beruhen auf den gerügten Grundrechtsverletzungen. Das Landgericht Hamburg und das Hanseatische Oberlandesgericht Hamburg hätten der Klage stattgeben müssen. Da die Widerrufsinformation fehlerhaft bzw. unwirksam war, hatte die Widerrufsfrist nicht zu laufen begonnen. Die Beschwerdeführer haben ihre auf den Abschluss des Darlehensvertrags gerichteten Willenserklärungen wirksam widerrufen. Damit hat sich der Darlehensvertrag in ein Rückgewährschuldverhältnis umgewandelt. Dem Feststellungs- und Zahlungsbegehren der Beschwerdeführer war auf dieser Grundlage stattzugeben. Der Bundesgerichtshof hätte die Revision insbesondere wegen Grundsatzbedeutung zulassen müssen. Die Nichtzulassungsbeschwerde der Beschwerdeführer gab auch Anlass zur Fortbildung des Rechts und zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung. Soweit mit den angegriffenen Beschlüssen rechtliches Gehör und der Zugang zum gesetzlichen Richter verwehrt wurden, hätte die Berücksichtigung des Vorbringens der Beschwerdeführer und die Anrufung des Gerichtshof der Europäischen Union die Möglichkeit geborgen, dass im Sinne der Beschwerdeführer entschieden worden wäre.

D. Annahmegründe

Die Verfassungsbeschwerde ist zur Entscheidung anzunehmen. Die Annahmenvoraussetzungen des § 93a Abs. 2 BVerfGG liegen vor.

Der Verfassungsbeschwerde kommt grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung im Sinne von § 93a Abs. 2 Buchst. a) BVerfGG zu. Die aufgeworfenen Fragen der Gesetzesauslegung betreffen eine Vielzahl von Gesetzesregelungen, weil sich im Bereich des sich ständig im Wandel befindlichen Verbraucherwiderrufsrechts parallele Problemstellungen zu den aufeinanderfolgenden Gesetzesfassungen ergeben. Die Fragen der Gesetzesauslegung betreffen auch eine Vielzahl von Personen. Rechtsstreitigkeit über erfolgte Widerrufserklärungen sind teils noch offen und werden teils erst noch in der Zukunft entstehen, weil in vielen bestehenden Darlehensverträgen Widerrufsfristen noch nicht verstrichen sind. Schließlich ist auch die Frage nach der Auslegung überschießend umgesetzten Richtlinienrechts grundsätzlicher Natur und kann sich in allen Rechtsbereichen stellen.

Die Annahme der Verfassungsbeschwerde ist auch zur Durchsetzung der Grundrechte der Beschwerdeführer gemäß § 93a Abs. 2 Buchst. b) BVerfGG angezeigt. Insbesondere würde dem Beschwerdeführer durch die Versagung der Entscheidung zur Sache auch ein besonders schwerer Nachteil entstehen (§ 93a Abs. 2 Buchst. b), 2. Halbsatz BVerfGG). Der Rechtsstreit hat erhebliche wirtschaftliche Bedeutung für die Beschwerdeführer. Bei dem Darlehensvertrag handelt es um ein sehr langfristiges Dauerschuldverhältnis mit ganz erheblicher finanzieller Belastung. Er prägt die wirtschaftliche Existenz der Beschwerdeführer.

Prof. Dr. Volker Römermann, CSP
Rechtsanwalt | Vorstand

Jascha Amery
Rechtsanwalt

Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht
Fachanwalt für Insolvenzrecht
Fachanwalt für Arbeitsrecht
Honorarprofessor an der Humboldt-Universität zu Berlin