



# **BUNDESGERICHTSHOF**

**IM NAMEN DES VOLKES**

**URTEIL**

XI ZR 573/15

Verkündet am:  
25. April 2017  
Herrwerth,  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 25. April 2017 durch den Vizepräsidenten Prof. Dr. Ellenberger, die Richter Dr. Joeres und Dr. Matthias sowie die Richterinnen Dr. Menges und Dr. Dauber

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Kläger wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 24. November 2015 unter Zurückweisung des Rechtsmittels im Übrigen und unter Zurückweisung der Revision der Beklagten im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als das Berufungsgericht auf die Berufung der Beklagten die Klage auf Zahlung weiterer 1.763,86 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz hieraus seit dem 22. Februar 2014 abgewiesen hat.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Parteien streiten um die Rechtsfolgen des Widerrufs zweier Darlehensverträge.
- 2 Die Kläger schlossen mit der Beklagten im Juni 2005 einen Verbraucherdarlehensvertrag über nominal 150.000 € zu einem anfänglichen effektiven Jah-

reszins von 4,16% p.a. und einer Zinsbindung für zehn Jahre (künftig: KSK-Darlehen). Ebenfalls im Juni 2005 schlossen die Parteien einen weiteren Verbraucherdarlehensvertrag über nominal 76.000 € zu einem Zinssatz von 3,8% p.a. mit einer ebenfalls zehnjährigen Zinsfestschreibung. Die Mittel für dieses Darlehen (künftig: KfW-Darlehen) stellte die Kreditanstalt für Wiederaufbau (künftig: KfW) zur Verfügung. Über das den Klägern zukommende Widerrufsrecht belehrte die Beklagte die Kläger bei Abschluss beider Darlehensverträge unzureichend.

3 Die Kläger erbrachten Zins- und Tilgungsleistungen. Mit Schreiben ihrer vorinstanzlichen Prozessbevollmächtigten vom 17. Dezember 2013 widerriefen sie ihre auf Abschluss der Darlehensverträge gerichteten Willenserklärungen. Unter dem 5. Februar 2014 erklärten sie mit ihren Ansprüchen auf Rückgewähr erbrachter Zins- und Tilgungsleistungen aus den aufgrund der Widerrufe entstandenen Rückgewährschuldverhältnissen die Aufrechnung gegen Ansprüche der Beklagten auf Rückgewähr der Darlehensvaluta und auf Nutzungsersatz. Zugleich forderten sie die Beklagte zur Zahlung des von ihnen zu ihren Gunsten errechneten Saldos in Höhe von 18.025,25 € - von der Beklagten mutmaßlich auf die vereinnahmten Zins- und Tilgungsleistungen gezogene Nutzungen - bis zum 21. Februar 2014 auf.

4 Ihrer Klage auf Zahlung dieses Betrages nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 22. Februar 2014 und auf Erstattung vorgerichtlich verauslagter Anwaltskosten hat das Landgericht insoweit stattgegeben, als es die Beklagte zur Zahlung von 8.120,37 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz hieraus seit dem 22. Februar 2014 verurteilt hat. Die weitergehende Klage hat das Landgericht abgewiesen. Auf die Berufung der Beklagten hat das Berufungsgericht das landgerichtliche Urteil dahin abgeändert, die Beklagte werde unter Abweisung

der weitergehenden Klage verurteilt, an die Kläger 6.112,03 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 22. Februar 2014 zu zahlen. Im Übrigen hat es die Berufung der Beklagten und die Berufung der Kläger zurückgewiesen. Dagegen richten sich die vom Berufungsgericht zugelassenen und auf die Rechtsfolgen der Widerrufe beschränkten Revisionen der Parteien. Die Kläger begehren mit ihrer Revision eine Verurteilung der Beklagten zur Herausgabe mutmaßlich gezogener Nutzungen in Höhe von weiteren 11.913,22 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 22. Februar 2014. Mit Ihrer Revision erstrebt die Beklagte unter Verweis darauf, den Klägern stehe ein Anspruch auf Herausgabe von Nutzungen überhaupt nicht zu, die vollständige Abweisung der Klage.

**Entscheidungsgründe:**

**A. Revision der Kläger**

5 Die Revision der Kläger hat in dem aus der Entscheidungsformel ersichtlichen Umfang Erfolg.

**I.**

6 Das Berufungsgericht hat - soweit für die Revision der Kläger von Bedeutung - zur Begründung seiner Entscheidung (BKR 2016, 68 ff.) im Wesentlichen ausgeführt:

- 7 Da den Klägern ein Anspruch auf Herausgabe der erbrachten Zinsleistungen zustehe, könnten sie Herausgabe von Nutzungen auf die Zinsleistungen beanspruchen, die die Beklagte auf das KSK-Darlehen mutmaßlich gezogen habe. Insoweit sei, weil die Beklagte ein Immobiliardarlehen gewährt habe, widerleglich zu vermuten, dass die Beklagte Nutzungen in Höhe von zweieinhalb Prozentpunkten über dem Basiszinssatz erzielt habe.
- 8 Keinen Anspruch auf Herausgabe von Nutzungen hätten die Kläger, soweit sie Zinsen auf das KfW-Darlehen gezahlt hätten. Insoweit sei unstrittig, dass die Beklagte sämtliche von den Klägern erlangten Leistungen über die Landesbank Baden-Württemberg (künftig: LBBW) an die KfW weitergereicht habe.
- 9 Ein Anspruch der Kläger auf Rückgewähr der von ihnen erbrachten Tilgungsleistungen bestehe nicht. Entsprechend stehe ihnen auch schon dem Grunde nach kein Anspruch auf Herausgabe von aus den vereinnahmten Tilgungsleistungen erlangten Nutzungen zu.
- 10 Auf der Grundlage der Berechnung der Kläger in ihrem Schriftsatz vom 1. November 2015, in dem sie Nutzungen der Beklagten auf die für das KSK-Darlehen erbrachten Zinsleistungen anhand eines Zinssatzes von zweieinhalb Prozentpunkten über dem Basiszinssatz berechnet hätten, hätten sie mithin einen Anspruch auf Zahlung von 6.112,03 €. Auf die alternative Berechnung der Kläger, mit der sie nach dieser Methode in der Annahme, die Beklagte schulde auch für die Vereinnahmung von Tilgungsleistungen mutmaßlich Nutzungersatz von zweieinhalb Prozentpunkten über dem Basiszinssatz, zu einer Forderung in Höhe von 7.875,89 € gelangt seien, komme es nicht an.

II.

11           **Diese Ausführungen halten einer revisionsrechtlichen Überprüfung nur teilweise stand.**

12           **1. Das Berufungsgericht ist allerdings richtig davon ausgegangen, soweit die Kläger Zinsleistungen auf das KSK-Darlehen erbracht hätten, streite zu ihren Gunsten lediglich die Vermutung, dass die Beklagte Nutzungen in Höhe von zweieinhalb Prozentpunkten über dem Basiszinssatz erzielt habe.**

13           **a) Das Berufungsgericht hat, ohne der Frage allerdings im Einzelnen nachzugehen, im Ergebnis zutreffend angenommen, das KSK-Darlehen sei aufgrund eines Immobiliendarlehensvertrags gewährt worden.**

14           **Die Voraussetzungen des § 492 Abs. 1a Satz 2 BGB in der hier maßgeblichen, zwischen dem 1. August 2002 und dem 18. August 2008 geltenden Fassung sind, was der Senat selbst feststellen kann (Senatsurteile vom 19. Januar 2016 - XI ZR 103/15, BGHZ 208, 278 Rn. 17 und vom 22. November 2016 - XI ZR 434/15, WM 2017, 427 Rn. 24), erfüllt. Aus dem zu den Akten gereichten Vertragsformular - dort unter "3. Sicherheiten" - ergibt sich, dass die Zurverfügungstellung des KSK-Darlehens von der Sicherung unter anderem durch eine Grundschuld abhängig war. Laut MFI-Zinsstatistik für das Neugeschäft der deutschen Banken - Wohnungsbaukredite an private Haushalte (siehe unter [www.bundesbank.de](http://www.bundesbank.de)) betrug der durchschnittliche effektive Jahreszins für festverzinsliche Hypothekarkredite bei Vertragsschluss auf Wohngrundstücke mit einer Laufzeit von über fünf bis zehn Jahren 4,22% p.a. Der zwischen den Parteien vereinbarte effektive Jahreszins lag geringfügig unter dem Vergleichswert der MFI-Zinsstatistik. Damit hat die Beklagte den Klägern das KSK-Darlehen zu Bedingungen gewährt, die für grundpfandrechlich abgesicherte Verträge üblich waren.**

15           b) Der Senat hat nach Erlass des Berufungsurteils mit Urteil vom 12. Juli 2016 (XI ZR 564/15, WM 2016, 1930 Rn. 58, zur Veröffentlichung bestimmt in BGHZ) die Auffassung des Berufungsgerichts bestätigt, die in beide Richtungen widerlegliche Vermutung knüpfe normativ spiegelbildlich an die Regelungen an, die die von den Banken beanspruchbaren Verzugszinsen - hier: nach Art. 229 § 22 Abs. 2, § 32 Abs. 1, § 38 Abs. 1 EGBGB die Regelung des § 497 Abs. 1 Satz 2 BGB in der zwischen dem 1. August 2002 und dem 10. Juni 2010 geltenden Fassung - normieren. Der Vorteil dieser Vermutung für den Rückgewährgläubiger gegenüber § 347 Abs. 1 BGB, der in der Literatur angezweifelt wird (Staudinger/Kaiser, BGB, Neubearb. 2012, § 346 Rn. 244, 249), liegt darin, dass anders als bei § 347 Abs. 1 BGB (dazu Staudinger/Kaiser, aaO, § 347 Rn. 65 mwN) im Umfang der vermuteten Ziehung von Nutzungen nicht der Rückgewährgläubiger beweisen muss, der Rückgewährschuldner habe entgegen den Regeln einer ordnungsgemäßen Wirtschaft keine Nutzungen gezogen, sondern der Rückgewährschuldner geringere Nutzungen darlegen und beweisen muss. Die Vermutung ist unabhängig von der tatsächlichen Entwicklung am Zinsmarkt. Sie wirkt sowohl zugunsten als auch zulasten beider Vertragsparteien. Dass die Beklagte aus den für das KSK-Darlehen erlangten Zinszahlungen höhere Nutzungen erzielt habe, haben die Kläger in den Vorinstanzen weder nachvollziehbar vorgetragen noch belegt.

16           2. Das Berufungsurteil hält den Angriffen der Revision außerdem stand, soweit das Berufungsgericht angenommen hat, die Beklagte habe die Vermutung, Nutzungen aus vereinnahmten Zinsleistungen gezogen zu haben, für das KfW-Darlehen widerlegt, und sei insoweit auch nicht zur Herausgabe entgegen den Regeln einer ordnungsgemäßen Wirtschaft nicht gezogener Nutzungen verpflichtet.

- 17 a) Das Berufungsgericht hat zutreffend einen Anspruch der Kläger aus § 357 Abs. 1 Satz 1 BGB in der hier nach Art. 229 § 38 EGBGB weiter maßgeblichen, bis zum 12. Juni 2014 geltenden Fassung (künftig: aF) in Verbindung mit § 346 Abs. 1 Halbsatz 2 BGB verneint.
- 18 aa) Es ist richtig davon ausgegangen, die Vermutung, der Rückgewährschuldner habe Nutzungen aus ihm überlassenen Zinsleistungen gezogen, sei konkret bezogen auf die aus dem jeweiligen Darlehensvertrag erwirtschafteten Mittel zu widerlegen. Knüpft, wie oben ausgeführt, die in beide Richtungen widerlegliche Vermutung normativ spiegelbildlich an die Regelungen an, die die von den Banken beanspruchbaren Verzugszinsen normieren (Senatsurteil vom 12. Juli 2016 - XI ZR 564/15, WM 2016, 1930 Rn. 58), muss Grundlage einer abweichenden konkreten Berechnung so wie nach § 497 Abs. 1 Satz 3 BGB in der bis zum 10. Juni 2010 geltenden Fassung bzw. § 497 Abs. 1 Satz 2 BGB in der seit dem 11. Juni 2010 geltenden Fassung die Verwendung des konkret vorenthaltenen Geldbetrages sein (vgl. BGH, Urteile vom 28. April 1988 - III ZR 57/87, BGHZ 104, 337, 349 und vom 8. November 1973 - III ZR 161/71, WM 1974, 128, 129; MünchKommBGB/Schümbrand, 7. Aufl., § 497 Rn. 14 ff.; Bülow/Artz, Verbraucherkreditrecht, 9. Aufl., § 497 Rn. 36 ff.). Folglich ist zur Widerlegung der Vermutung zur andernweitigen Nutzung der konkret überlassenen Mittel und zu den dabei konkret angefallenen Aufwendungen (dazu sogleich unter bb) vorzutragen.
- 19 bb) Das Berufungsgericht hat im Ergebnis weiter zutreffend erkannt, die Vermutung, die Beklagte habe aus den vereinnahmten Zinsleistungen Nutzungen gezogen, sei für das KfW-Darlehen aufgrund des unstreitigen Tatsachenvortrags widerlegt.



- 20 (1) Will die Bank die Vermutung widerlegen, kann sie zum einen konkret dartun und nachweisen, sie habe, was dann allerdings unter den Voraussetzungen des § 357 Abs. 1 Satz 1 BGB aF in Verbindung mit § 347 BGB einen Anspruch des Verbrauchers wegen eines Verstoßes gegen ihre Nutzungspflicht begründen kann, keine Nutzungen erzielt, weil sie mit den Leistungen nicht gewirtschaftet habe.
- 21 Meint die Bank, die mit den Leistungen gewirtschaftet hat, dem Verlangen nach Herausgabe von Nutzungen Aufwendungen entgegensetzen zu können, kann sie zum anderen bezogen auf ein oder mehrere konkrete, mit den vom Rückgewährgläubiger erlangten Mitteln getätigte Aktivgeschäfte dartun und nachweisen, sie habe auf das konkrete Geschäft rückführbare Vermögenswerte geopfert, die nach Verrechnung einen Erlös von hier weniger als zweieinhalb Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ergäben. § 347 Abs. 2 Satz 2 BGB gilt für Aufwendungen in Bezug auf Nutzungen im Sinne des § 346 Abs. 1 Halbsatz 2 BGB entsprechend (Faust in: Herberger/Martinek/Rößmann u.a., jurisPK-BGB, 8. Aufl., § 347 Rn. 42). Bereichernde Aufwendungen können nach der Konzeption des Gesetzgebers bereits bei der Ermittlung der Nutzungsentschädigung als Minderungsposten berücksichtigt werden (BT-Drucks. 14/6040, S. 197 zu § 347 Abs. 2 Satz 1 BGB; Palandt/Grüneberg, BGB, 76. Aufl., § 347 Rn. 3; a.A. Soergel/Lobinger, BGB, 13. Aufl., § 347 Rn. 27; Faust aaO Rn. 66 mit Fn. 83: selbständiger Gegenanspruch des Rückgewährschuldners).
- 22 Unerheblich ist dagegen der Einwand der Bank, sie habe das Darlehen, auf das ihr Leistungen des Rückgewährgläubigers zufließen, ursprünglich aus eigenen Mitteln ausgereicht, so dass sich ihr wirtschaftlich nutzbares Vermögen durch den Rückfluss nicht erhöht habe. Soweit der Senat betreffend die Herausgabe von Nutzungen nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen in Fällen

des Handels mit Devisenoptionsscheinen auf diesen Gesichtspunkt abgestellt hat (Senatsurteile vom 12. Mai 1998 - XI ZR 79/97, WM 1998, 1325, 1326 und vom 15. Dezember 1998 - XI ZR 323/97, ZIP 1999, 528, 529), lag dem die Überlegung zugrunde, außerhalb des Anwendungsbereichs der § 818 Abs. 4, § 819 BGB dürfe der Bereicherungsschuldner nicht schlechter stehen, als er ohne das nichtige Rechtsgeschäft gestanden hätte. Dagegen steht der Rückgewährschuldner über § 357 Abs. 1 Satz 1 BGB aF in Verbindung mit § 347 BGB im Wesentlichen - von der Einschränkung des Haftungsmaßstabs für das gesetzliche Rücktrittsrecht in § 347 Abs. 1 Satz 2 BGB abgesehen - dem verklagten unberechtigten Besitzer im Sinne des § 987 BGB gleich (vgl. Staudinger/Kaiser, BGB, Neubearb. 2012, § 346 Rn. 243; MünchKommBGB/Gaier, 7. Aufl., § 347 Rn. 3), so dass die in Abgrenzung zu § 818 Abs. 4 BGB entwickelten Grundsätze nicht übertragbar sind.

23

Verwendet die Bank die empfangenen Leistungen dazu, eigene Verpflichtungen zurückzuführen, zieht sie Nutzungen gemäß § 346 Abs. 1 Halbsatz 2 BGB in Form eingesparter Schuldzinsen (vgl. BGH, Urteil vom 6. März 1998 - V ZR 244/96, BGHZ 138, 160, 166; Döll, Rückgewährstörungen beim Rücktritt, 2011, S. 78; Palandt/Grüneberg, BGB, 76. Aufl., § 346 Rn. 6), die sie an den Rückgewährgläubiger herauszugeben hat und die sie - sofern geringer als die vermuteten Nutzungen - der Vermutung konkret entgegensetzen kann. Anderes gilt, soweit die Bank eigene Verbindlichkeiten gegenüber der KfW erfüllt, die sie eingegangen ist, um das dem Rückgewährgläubiger gewährte Darlehen zu finanzieren. In diesem Fall verfolgt sie mit der Refinanzierung keine eigenwirtschaftlichen Zwecke (vgl. Senatsurteil vom 16. Februar 2016 - XI ZR 454/14, BGHZ 209, 71 Rn. 46), so dass ihr auch ersparte Refinanzierungskosten wirtschaftlich nicht als Nutzungen zuzurechnen sind.

24 (2) Hier hat die Beklagte im Sinne der zuletzt genannten Ausnahme geltend gemacht, sie habe sämtliche von den Klägern auf das KfW-Darlehen erwirtschafteten Zins- und Tilgungsleistungen über die LBBW an die KfW weitergegeben. Dieses Vorbringen war nach den Feststellungen des Berufungsgerichts unstreitig, so dass es bei der Subsumtion unter § 357 Abs. 1 Satz 1 BGB aF in Verbindung mit § 346 Abs. 1 Halbsatz 2 BGB zugrunde zu legen war. Nach den oben genannten Grundsätzen widerlegt es die Vermutung der Nutzungsziehung.

25 Soweit die Revision mit einer Verfahrensrüge beanstandet, das Berufungsgericht habe tatsächlich streitiges als unstreitiges Vorbringen behandelt, ist dieser Einwand unbeachtlich. Eine etwaige Unrichtigkeit der tatbestandlichen Feststellungen im Berufungsurteil hätte nur in einem Berichtigungsverfahren nach § 320 ZPO behoben werden können. Einen Berichtigungsantrag haben die Kläger nicht gestellt. Eine Verfahrensrüge nach § 551 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b ZPO kommt, worauf die Revisionserwiderung zutreffend hinweist, ohne Rücksicht darauf, ob sie hier hinreichend ausgeführt ist, zur Korrektur der tatbestandlichen Feststellungen des Berufungsgerichts nicht in Betracht (vgl. Senatsurteile vom 1. März 2011 - XI ZR 48/10, BGHZ 188, 373 Rn. 12, vom 18. September 2012 - XI ZR 344/11, BGHZ 195, 1 Rn. 40 und vom 12. Juli 2016 - XI ZR 564/15, WM 2016, 1930 Rn. 57).

26 b) Zutreffend ist auf der Grundlage dieser Feststellungen außerdem die Annahme des Berufungsgerichts, die Beklagte sei den Klägern nicht nach § 357 Abs. 1 Satz 1 BGB aF in Verbindung mit § 347 Abs. 1 BGB zur Herausgabe von entgegen den Regeln einer ordnungsgemäßen Wirtschaft nicht gezogenen Nutzungen verpflichtet. Da das Darlehen den Klägern nach den Absprachen der Parteien aus Mitteln der KfW gewährt wurde, widersprach es den Regeln einer ordnungsgemäßen Wirtschaft nicht, wenn die Beklagte die an sie geflossenen

Mittel nicht zur Ziehung von Nutzungen verwandte, sondern - hier: über die LBBW - an die KfW zurückführte.

27           3. Rechtsfehlerhaft hat das Berufungsgericht indessen, wie die Revision zu Recht geltend macht, unterstellt, die Kläger hätten nach § 357 Abs. 1 Satz 1 BGB aF in Verbindung mit § 346 Abs. 1 Halbsatz 1 BGB keinen Anspruch auf Rückgewähr der von ihnen auf beide Darlehensverträge erbrachten Tilgungsleistungen und daher auch keinen Anspruch aus § 357 Abs. 1 Satz 1 BGB aF in Verbindung mit § 346 Abs. 1 Halbsatz 2 BGB auf Herausgabe der aus dem KSK-Darlehen mittels dieser Tilgungsbeträge mutmaßlich gezogenen Nutzungen. Zu dem Umfang der sich aus dem Rückgewährschuldverhältnis ergebenden Pflichten, die die Rückgewähr empfangener Tilgungsleistungen mit einschließen, hat der Senat mit Beschluss vom 12. Januar 2016 (XI ZR 366/15, WM 2016, 454 Rn. 12 ff., 18 ff.) umfänglich Stellung genommen und sich eingehend mit den für und wider diese Ansicht vorgetragenen Argumenten befasst. Gesichtspunkte, die dem Senat Anlass gäben, von seiner dort niedergelegten Auffassung abzugehen, zeigt die Revision nicht auf (vgl. auch Senatsurteil vom 12. Juli 2016 - XI ZR 564/15, WM 2016, 1930 Rn. 50).

### III.

28           Aufgrund des dargelegten Rechtsfehlers ist das Berufungsurteil aufzuheben, soweit das Berufungsgericht die Berufung der Kläger in Höhe von 1.763,86 € - Herausgabe mutmaßlich gezogener Nutzungen auf die für das KSK-Darlehen erlangten Tilgungsleistungen auf der Grundlage der von den Klägern angestellten alternativen Berechnung nach Maßgabe einer Verzinsung in Höhe von zweieinhalb Prozentpunkten über dem Basiszinssatz - zurückgewiesen hat (§ 562 ZPO).

29

Soweit die Beklagte in diesem Zusammenhang geltend macht, zu ihren Gunsten sei zu berücksichtigen, dass die Kläger auf das KfW-Darlehen nach ihrer in der Berufungsinstanz mit Schriftsatz vom 1. November 2015 angestellten Berechnung unter der Bedingung, dass sie Herausgabe von Nutzungen nicht beanspruchen können, noch 10,70 € zu zahlen haben, stellt sich das Berufungsurteil nicht wenigstens in dieser Höhe aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO). Die Beklagte leitet die Beachtlichkeit dieses Umstands aus der Tatsache her, die Kläger hätten mit ihrem Schreiben vom 5. Februar 2014 "vollumfänglich die Aufrechnung erklärt". Eine entsprechende Feststellung hat das Berufungsgericht als zur Auslegung der Aufrechnungserklärung der Kläger zuvörderst berufenes Tatgericht indessen nicht getroffen. Im Gegenteil deutet die Erklärung der Kläger, sie rechneten auf, "[s]oweit sich die gegenseitigen Ansprüche Zug um Zug gegenüberstehen", darauf hin, sie hätten nur innerhalb des jeweiligen Rückgewährschuldverhältnisses aufgerechnet, da Ansprüche aus dem Rückgewährschuldverhältnis, das an das KSK-Darlehen anschließt, nicht über § 348 BGB mit Ansprüchen verbunden sind, die aus dem an das KfW-Darlehen anschließenden Rückgewährschuldverhältnis resultieren. Das Berufungsgericht hat daher zu Recht die von den Klägern erklärte Aufrechnung - nur darauf beruft sich die Beklagte - nicht zum Anlass genommen, von Ansprüchen der Kläger aus § 357 Abs. 1 Satz 1 BGB aF in Verbindung mit § 346 Abs. 1 Halbsatz 2 BGB (Rückgewährschuldverhältnis KSK-Darlehen) restliche Ansprüche der Beklagten aus § 357 Abs. 1 Satz 1 BGB aF in Verbindung mit § 346 Abs. 1 Halbsatz 1 BGB (Rückgewährschuldverhältnis KfW-Darlehen) in Höhe von noch 10,70 € in Abzug zu bringen.

IV.

30           Soweit die Revision der Kläger Erfolg hat, ist die Sache nicht zur Endentscheidung reif (§ 563 Abs. 3 ZPO). Das Berufungsgericht hat zur inhaltlichen Richtigkeit der auch die Tilgungsleistungen mit einschließenden Berechnung der Kläger keine Feststellungen getroffen. Der Senat verweist die Sache daher, soweit die Revision der Kläger zur Aufhebung des Berufungsurteils führt, zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurück (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

B. Revision der Beklagten

31           Die Revision der Beklagten ist unbegründet.

I.

32           Das Berufungsgericht hat - die Revision der Beklagten betreffend - ausgeführt:

33           Soweit das KSK-Darlehen in Rede stehe, habe die Beklagte nicht widerlegt, dass sie nicht wenigstens Nutzungen auf die Zinsleistungen der Kläger in Höhe von zweieinhalb Prozentpunkten über dem Basiszinssatz erwirtschaftet habe. Wofür die Beklagte die eingenommenen Zinsen jeweils konkret verwendet habe, könne ihrem Sachvortrag nicht entnommen werden.

34           Die Beklagte könne dem Herausgabeverlangen der Kläger auch nicht entgegenhalten, soweit von ihr Kapitalertragsteuer als Quellensteuer abzuführen

ren sei, sei sie den Klägern zur Herausgabe nicht verpflichtet. Unabhängig davon, ob der Herausgabeanspruch der Kläger steuerbar sei, hätten die Kläger Anspruch auf den vollen Betrag. Leistungen der Beklagten an das Finanzamt seien als leistungsbefreiend erst im Zwangsvollstreckungsverfahren zu berücksichtigen.

II.

35            Diese Überlegungen halten einer revisionsrechtlichen Überprüfung stand.

36            1. Das Berufungsgericht ist im Ergebnis richtig davon ausgegangen, die Beklagte habe die Vermutung, auf die von ihr vereinnahmten gesamten Zinsleistungen für das KSK-Darlehen Nutzungen in Höhe von zweieinhalb Prozentpunkten über dem Basiszinssatz erlangt zu haben, nicht widerlegt.

37            a) Allerdings ist Vorbringen einer Bank dazu, sie habe das ausgereichte Darlehen refinanziert, bei der Ermittlung der von ihr herauszugebenden Nutzungen nicht von vorneherein unbeachtlich. Wie oben ausgeführt, kann die Bank zur Widerlegung der Vermutung, sie habe aus den auf einen Immobiliendarlehensvertrag erlangten Leistungen Nutzungen in Höhe von zweieinhalb Prozentpunkten über dem Basiszinssatz gezogen, dartun und nachweisen, sie habe diese konkreten Leistungen zur Erfüllung eigener Zahlungspflichten aus einem korrespondierenden Refinanzierungsgeschäft verwandt. Sie hat dann bei einer vollständigen Verwendung der Leistungen zu diesem Zweck Nutzungen nur in Höhe der von ihr ersparten Schuldzinsen und bei einer teilweisen Verwendung nur auf den überschließenden Teil Nutzungen aus ihrem Aktivgeschäft herauszugeben.

38           b) Das Berufungsgericht hat diesen Gesichtspunkt indessen hinreichend berücksichtigt, indem es den Vortrag der Beklagten daraufhin untersucht hat, ob ihm entnommen werden könne, "[w]ofür die Beklagte die eingenommenen Zinsen jeweils konkret verwendet" habe. Es hat nicht den Rechtssatz aufgestellt, Refinanzierungskosten seien generell unbeachtlich, sondern Einwände der Beklagten richtig an ihrer mangelnden Konkretisierung scheitern lassen. Die Revision setzt dem keine Verfahrensrüge des Inhalts entgegen, das Berufungsgericht habe zur Widerlegung der Vermutung geeigneten konkreten Vortrag übergegangen. Sie beharrt vielmehr auf ihrem Rechtsstandpunkt, es komme entgegen der Rechtsmeinung des Berufungsgerichts nicht darauf an, "ob sich die Bank bezogen auf jedes einzelne Kreditverhältnis laufzeitkongruent refinanziert und ob sie die im Rahmen eines bestimmten Kreditgeschäfts eingenommenen Gelder im Einzelfall gerade dafür verwendet [habe], die Refinanzierung des konkreten Kreditverhältnisses zurückzuführen". Damit greift sie das vom Berufungsgericht erzielte Ergebnis nicht beachtlich an.

39           2. Den Angriffen der Revision stand hält auch die Annahme des Berufungsgerichts, von dem den Klägern zustehenden Nutzungersatz sei ein Abzug wegen des Anfalls von Kapitalertragsteuer nebst Solidaritätszuschlag (§ 1 Abs. 2 SolZG 1995) und ggf. von Kirchensteuer (§ 51a Abs. 2b bis 2e EStG; vgl. auch BAGE 97, 150, 154) nicht zu machen.

40           Die mit dem Einbehalt der Kapitalertragsteuer verbundene besondere Form der Steuererhebung hindert, sofern die von den Klägern beanspruchten Leistungen der Kapitalertragsteuer durch Abzug vom Kapitalertrag nach § 20 Abs. 1 Nr. 7, § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 Buchst. b EStG unterfallen (dazu allgemein LG Düsseldorf, Urteil vom 5. August 2016 - 8 O 238/15, juris Rn. 49 ff.; Jooß, DStR 2014, 6, 12) und solange der Steuerentrichtungspflichtige gemäß § 43 Satz 2 AO Kapitalertragsteuer nicht abgeführt hat, die Durchsetzung des



**Anspruchs auf Herausgabe mutmaßlich gezogener Nutzungen durch eine auf den Bruttobetrag gerichtete Zahlungsklage nicht.**

**41** Der Verbraucher ist in voller Höhe Gläubiger des Anspruchs aus § 357 Abs. 1 Satz 1 BGB aF in Verbindung mit § 346 Abs. 1 Halbsatz 2 BGB (vgl. zum Bruttolohnanspruch BAGE 97, 150, 152). Durch die Vorschriften über den Steuerabzug wird zwar die Regel, dass der Schuldner den geschuldeten Betrag unmittelbar an den Gläubiger zu zahlen hat, im Verhältnis zwischen der Bank als Schuldnerin und ihrem Kunden als Gläubiger teilweise durchbrochen. Der Leistung an den durch das Abzugsverfahren gesetzlich ermächtigten Steuergläubiger durch die Bank als Steuerentrichtungspflichtige kommt Erfüllungswirkung gemäß § 362 Abs. 1 BGB im Verhältnis zwischen der Bank und dem Kunden zu, wobei Gerichte anderer Gerichtsbarkeiten als der Finanzgerichtsbarkeit die Berechtigung des Abzugs nicht überprüfen, sofern für den Steuerentrichtungspflichtigen nicht eindeutig erkennbar war, dass eine Verpflichtung zum Abzug nicht bestand (BGH, Urteile vom 12. Mai 2005 - VII ZR 97/04, BGHZ 163, 103, 108 f. und vom 17. Juli 2001 - X ZR 13/99, WM 2001, 2304, 2305 f.; OLG Karlsruhe, Urteil vom 14. April 2015 - 17 U 251/13, juris Rn. 28; BAGE 126, 325 Rn. 18 ff.; BAG, Urteil vom 9. August 2016 - 9 AZR 417/15, juris Rn. 14 f.).

**42** Diese Erfüllungswirkung ist aber, wenn der Steuerentrichtungspflichtige die Kapitalertragsteuer bis zum Schluss der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz - wie hier - noch nicht abgeführt hat, erst im Zwangsvollstreckungsverfahren zu berücksichtigen, ohne dass es hierzu eines besonderen Ausspruchs im Tenor einer zusprechenden Entscheidung bedarf (vgl. BGH, Beschlüsse vom 29. Mai 2008 - IX ZB 102/07, BGHZ 177, 12 Rn. 8 und vom 21. April 1966 - VII ZB 3/66, WM 1966, 758, 759; OLG Brandenburg, Urteile vom 20. Januar 2016 - 4 U 79/15, juris Rn. 110, vom 1. Juni 2016 - 4 U 125/15,

juris Rn. 129, vom 30. November 2016 - 4 U 86/16, juris Rn. 33 f., vom 14. Dezember 2016 - 4 U 19/16, juris Rn. 36 f., vom 29. Dezember 2016 - 4 U 89/15, juris Rn. 106 f. und vom 8. Februar 2017 - 4 U 190/15, juris Rn. 97 f.; OLG Frankfurt/Main, Urteil vom 27. April 2016 - 23 U 50/15, juris Rn. 69; Knoblauch, DStR 2012, 1952, 1955; Jooß, DStR 2014, 6, 12; für die Bruttolohnklage auch BAGE 15, 220, 227 f.; 97, 150, 153, 163; Korinth, ArbRB 2008, 129; Laschet/Kontny, DStR 2007, 607; Zöller/Stöber, ZPO, 31. Aufl., § 704 Rn. 6; gegen einen "Anspruch auf Auszahlung" - soweit den Nettolohn übersteigend - dagegen, BAG, Urteil vom 21. Dezember 2016 - 5 AZR 273/16, juris Rn. 14 ff.).

43 Der Senat kann deshalb mit dem Berufungsgericht im Ergebnis dahinstehen lassen, ob und in welchem Umfang der Zufluss von Nutzungen nach § 357 Abs. 1 Satz 1 BGB aF in Verbindung mit § 346 Abs. 1 Halbsatz 2 BGB von den Klägern als Einnahme aus Kapitalvermögen im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG zu versteuern ist, weil auch die vom Schuldner "erzwungene" Kapitalüberlassung oder die Vorenthaltung von Kapital zu steuerbaren Einnahmen auf Kapitalvermögen führen kann (BFHE 175, 439, 447 ff.; 220, 35, 36; von Beckerath in Kirchhof, EStG, 16. Aufl., § 20 Rn. 111; vgl. aber auch BFHE 235, 197 Rn. 12 ff., 15 ff.).

44 3. Schließlich hat das Berufungsgericht den Klägern zu Recht Verzugszinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab dem 22. Februar 2014 zuerkannt. Soweit der Senat entschieden hat, neben dem Anspruch auf Herausgabe von Nutzungen bestehe kein Anspruch auf Prozesszinsen (Senatsurteil vom 12. Mai 1998 - XI ZR 79/97, WM 1998, 1325, 1327; zustimmend BAGE 97, 150, 161; Palandt/Grüneberg, BGB, 76. Aufl., § 288 Rn. 6 a.E.), betraf dies die Kumulation von Nutzungen und Verzugszinsen für das nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB Erlangte, dem für das Rücktrittsrecht

die nach § 346 Abs. 1 Halbsatz 1 BGB empfangene Leistung entspricht. Hier dagegen beanspruchen die Kläger im Wesentlichen Verzugszinsen auf die ihnen vorenthaltenen Nutzungen selbst. Soweit der vom Berufungsgericht beurteilte Betrag in Höhe von 6.112,03 € von der Revision nicht angegriffen überzahlte Zinsen der Kläger in Höhe von 15,28 € beinhaltet, stehen die dargelegten Grundsätze einem Anspruch auf Leistung von Verzugszinsen ebenfalls nicht entgegen. Insoweit ergibt sich im Verhältnis beanspruchter Nutzungen und der geforderten Verzinsung keine zeitliche Überschneidung. Die Beklagte befand sich aufgrund des vorgerichtlichen Schriftverkehrs jedenfalls seit dem 22. Februar 2014 mit der Herausgabe der Nutzungen in Verzug. Die Zuvieľforderung der Kläger stand der Wirksamkeit der Mahnung nicht entgegen (BGH, Urteil vom 5. Oktober 2005 - X ZR 276/02, WM 2006, 641 Rn. 24; Palandt/Grüneberg, BGB, 76. Aufl., § 286 Rn. 20).

Ellenberger

Joeres

Matthias

Menges

Dauber

Vorinstanzen:

LG Heilbronn, Entscheidung vom 14.08.2014 - 6 O 134/14 -

OLG Stuttgart, Entscheidung vom 24.11.2015 - 6 U 140/14 -

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

**BGB § 357 Abs. 1 Satz 1 (Fassung bis zum 12. Juni 2014), § 346 Abs. 1 Halbsatz 2**

**ESTG § 20 Abs. 1 Nr. 7, § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 Buchst. b**

**AO § 43 Satz 2**

- a) Die mit dem Einbehalt der Kapitalertragsteuer verbundene besondere Form der Steuererhebung hindert, solange der Steuerentrichtungspflichtige Kapitalertragsteuer nicht abgeführt hat, die Durchsetzung des Anspruchs auf Herausgabe mutmaßlich gezogener Nutzungen durch eine auf den Bruttobetrag gerichtete Zahlungsklage nicht (Fortführung von BGH, Urteil vom 17. Juli 2001 - X ZR 13/99, WM 2001, 2304, 2305; Beschluss vom 21. April 1966 - VII ZB 3/66, WM 1966, 758, 759).
- b) Zur Widerlegung der Vermutung, der Darlehensgeber eines Immobiliendarlehens habe aus den von ihm erlangten Zins- und Tilgungsleistungen Nutzungen in Höhe von zweieinhalb Prozentpunkten über dem Basiszinssatz erlangt (Fortführung von Senatsurteil vom 12. Juli 2016 - XI ZR 564/15, WM 2016, 1930 Rn. 50, zur Veröffentlichung bestimmt in BGHZ).

**BGH, Urteil vom 25. April 2017 - XI ZR 573/15 - OLG Stuttgart  
LG Heilbronn**