

21
Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB § 326 A

Zur Schadensersatzpflicht einer Bank gegenüber einem Kreditnehmer wegen unberechtigten Widerrufs einer Darlehenszusage.

BGH, Urt. v. 14. Dezember 1989 - III ZR 198/88 - OLG Köln
LG Köln

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

III ZR 198/88

URTEIL

Verkündet am:
14. Dezember 1989
Mayer
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Thomas K [REDACTED],
Auf dem D [REDACTED] 1, A [REDACTED],

Kläger und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwältin [REDACTED] -

g e g e n

D [REDACTED] C [REDACTED]-Aktiengesellschaft,
vertreten durch die Vorstandsmitglieder Dr. Michael G [REDACTED],
Dr. Jürgen H [REDACTED] und Detlev R [REDACTED],
K [REDACTED]-W [REDACTED]-Ring 27-29, K [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED]
und [REDACTED] -

41

- 2 -

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 14. Dezember 1989 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Krohn und die Richter Kröner, Dr. Engelhardt, Dr. Werp und Dr. Wurm

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 22. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 12. Juli 1988 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil des Klägers erkannt worden ist.

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

Von Rechts wegen



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand

Der Kläger war Eigentümer eines Hausgrundstücks in A- B- , Auf dem D 1. Dieses Grundstück war mit mehreren Grundschulden im Nennwert von 575.000 DM belastet, darunter einer erstrangigen von 300.000 DM (Nr. 9) zugunsten der Bayerischen Landesbank, zwei weiteren von 15.000 DM (Nr. 10) und 100.000 DM (Nr. 11) zugunsten des Kaufmanns Detlev V und einer solchen von 60.000 DM (Nr. 15) zugunsten der Sparkasse in Bremen. Auf Antrag der Bayerischen Landesbank wurde am 11. März 1982 die Zwangsversteigerung des Grundstücks angeordnet; der Zwangsversteigerungsvermerk wurde am 13. April 1982 in das Grundbuch eingetragen.

Mit Schreiben vom 20. April 1982 beantragte der Kläger bei der Beklagten, einer Hypothekenbank, ein durch erst-rangige brieflose Grundschuld zu sicherndes Darlehen in Höhe von 480.000 DM brutto, entsprechend 430.000 DM netto. Unter dem 29. April 1982 nahm die Beklagte den Darlehensantrag mit einigen Änderungen an. Mit Schreiben vom 5. Mai 1982 akzeptierte der Kläger die Darlehenszusage der Beklagten mit der Maßgabe, daß das Darlehen von einem Fälligkeits- in ein Tilgungsdarlehen umgestellt werden solle; die Beklagte erteilte hierzu unter dem 18. Mai 1982 ihre Zustimmung mit dem Hinweis, daß nunmehr ihre Allgemeinen Bedingungen für Tilgungsdarlehen gelten und die übrigen Bedingungen des früheren Darlehensvertrags vom 19.(20.)/29.4./4.5.1982 unverändert bleiben sollten. Bereits durch notarielle Urkunde vom 5. Mai 1982 hatte der Kläger der Beklagten eine erstrangige brieflose Grundschuld von 480.000 DM bewilligt, zugleich die

persönliche Haftung für die Zahlung eines Geldbetrages übernommen, dessen Höhe der vereinbarten Grundsschuld entsprach, und sich insoweit der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen. Diese Urkunde übersandte der amtierende Notar mit Schreiben vom 6. Mai 1982 an die Beklagte. In diesem Schreiben erklärte der Notar, die Löschungsbewilligungen, betreffend die Grundsschulden Nr. 9 und 15 würden von ihm eingeholt. Außerdem wies der Notar auf den Zwangsversteigerungsvermerk hin sowie darauf, daß er auch insoweit bei der Gläubigerin die zur Löschung erforderlichen Erklärungen zu treuhänderischer Verwaltung angefordert habe.

Unter dem 19. Mai 1982 übersandte die Bayerische Landesbank dem Notar die Löschungsbewilligung und die Rücknahme des Antrags auf Zwangsversteigerung zu treuen Händen und erklärte, daß sie diese Erklärungen zum Vollzug freigeben werde, wenn zum 1. Juni 1982 bei ihr der Betrag von 325.343,23 DM eingegangen sei; für die Zeit ab 2. Juni 1982 bis zum Tage des Geldeingangs erhöhe sich dieser Betrag um täglich 56,25 DM. Das Zwangsversteigerungsverfahren wurde daraufhin einstweilen eingestellt.

Nach Einholung einer Wertschätzung durch einen Sachverständigen erklärte die Beklagte mit Schreiben vom 4. Juni 1982, nur ein Teilbetrag von 335.000 DM könne im Rahmen der gesetzlichen Beleihungsgrenze sichergestellt werden; für den Restbetrag sei eine Bürgschaft erforderlich. Unter dem 28. Juli 1982 widerrief die Beklagte die Darlehenszusage in Höhe eines letztstelligen Teilbetrags von 80.000 DM; der Kläger erteilte hierzu am 29. Juli 1982 sein Einverständnis. Anfang August 1982 überwies die Beklagte an

den Notar insgesamt 395.778 DM auf Anderkonto zu treuen Händen. Sie erklärte dem Notar mit Schreiben vom 2. August 1982, über den Betrag dürfe nur verfügt werden, wenn die Eintragung des Grundpfandrechts an der bedungenen Rangstelle sichergestellt sei. In dem Schreiben hieß es weiter: "Sollte die Abwicklung nicht innerhalb von zwei Monaten erfolgt sein, erbitten wir Ihre Nachricht, damit wir über eine Fristverlängerung oder gegebenenfalls die Rückführung der Darlehensvaluta entscheiden können".

Am 27. August 1982 unterrichtete die Bayerische Landesbank den Notar telefonisch davon, daß sie nunmehr beabsichtige, die Zwangsversteigerung weiterzubetreiben, da sie bereits mehr als ein Jahr auf ihr Geld und die Tilgung warte. Der Notar teilte diese Absicht der Bayerischen Landesbank fernmündlich der Beklagten mit. Diese erklärte daraufhin mit Schreiben vom 1. September 1982, sie habe aus dem Telefongespräch entnommen, daß die Bayerische Landesbank unabhängig von der beabsichtigten Umschuldung die Zwangsversteigerung des Beleihungsobjekts eingeleitet habe. Der Treuhandauftrag vom 2. August 1982 sei damit nicht mehr zu erfüllen, und sie fordere die überwiesene Valuta zurück. Nach weiteren Telefongesprächen vom 6. September 1982 veranlaßte der Notar die Rücküberweisung, die bei der Klägerin am 13. September 1982 einging. Nach erfolglosem Widerspruch des Klägers erklärte die Beklagte mit Schreiben an diesen vom 27. September 1982 den Widerruf der Darlehenszusage und rechnete ihre bis dahin aufgelaufenen Forderungen ab, die sie mit 10.843,48 DM bezifferte.

Das Grundstück wurde am 4. Februar 1983 für 450.000 DM versteigert.

Der Kläger verlangt nunmehr von der Beklagten Schadensersatz mit der Begründung, die Beklagte habe vertragswidrig die Darlehenszusage widerrufen. Deshalb habe sie es zu vertreten, daß die Umschuldung gescheitert sei und das Grundstück weit unter seinem Wert zwangsversteigert worden sei. Dadurch sei ihm ein Schaden von 160.000 DM entstanden; hinzu kämen 7.812,98 DM nutzlose Aufwendungen. Aus der Forderung von 167.812,98 DM hat der Kläger einen Teilbetrag von 50.000 DM geltend gemacht, nämlich 7.812,98 DM Aufwendungen und 41.187,02 DM Versteigerungsschaden.

Die Beklagte hat bestritten, sich vertragswidrig verhalten zu haben. Sie hat vorgetragen, sie sei zum Widerruf des Darlehens berechtigt gewesen, da die vom Kläger beabsichtigte Umfinanzierung endgültig gescheitert sei. Der Kläger wäre auch ohne den Widerruf des Darlehens nicht imstande gewesen, die vorrangigen Verbindlichkeiten abzulösen und ihr, der Beklagten, die ausbedungene erste Rangstelle zu verschaffen.

Wegen ihrer mit Schreiben vom 27. September 1982 berechneten Forderung (Bearbeitungsgebühren, Kursverlust, Bereitstellung- und vertragliche Zinsen) hatte sie zuvor aus der notariellen Grundschuldbestellungsurkunde vom 5. Mai 1982 die Zwangsvollstreckung gegen den Kläger betrieben; diese ist jedoch auf dessen Vollstreckungsgegenklage durch rechtskräftiges Urteil des Landgerichts Köln vom 16. März 1984 (30 O 208/83) für unzulässig erklärt worden.

Die Beklagte verfolgt ihre Forderung nunmehr als Zahlungsanspruch im Wege der Widerklage weiter und begehrt außerdem die Feststellung, daß dem Kläger über die von ihm geltend gemachte Teilforderung hinaus kein Anspruch gegen sie zustehe.

Das Landgericht hat durch Grund- und Teilurteil die Klageforderung dem Grund nach für berechtigt erklärt und die Widerklage abgewiesen. Auf die Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht die Klage abgewiesen, den Kläger auf die Widerklage antragsgemäß zur Zahlung verurteilt und auch die von der Beklagten begehrte Feststellung getroffen. Mit der Revision verfolgt der Kläger seine Klage sowie seinen Antrag auf Abweisung der Widerklage weiter.

Entscheidungsgründe

Die Revision führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

Das Berufungsgericht ist der Auffassung, die Beklagte sei Anfang September 1982 zum Widerruf der Darlehenszusage berechtigt gewesen. Damals habe sich nämlich herausgestellt, daß die finanzielle Situation des Klägers erheblich ungünstiger gewesen sei, als zuvor angenommen. Der Widerrufsgrund ergebe sich zum einen daraus, daß das einstweilen eingestellt gewesene Zwangsversteigerungsverfahren nunmehr weiterbetrieben worden sei, zum anderen daraus, daß aus der

Sicht der Beklagten die vom Kläger geplante Umschuldung gescheitert sei. Selbst wenn jedoch davon ausgegangen würde, daß die Beklagte sich vertragswidrig verhalten hätte, träfe den Kläger ein weit überwiegendes Mitverschulden an dem Schaden, weil er die Beklagte nicht von dem für das Gelingen der Umschuldung ausschlaggebenden Umstand unterrichtet habe, daß der Grundpfandgläubiger Vehling zum Rangrücktritt bereit gewesen sei.

Dies hält der revisionsgerichtlichen Nachprüfung nicht stand.

II.

1. Mit der Rückforderung der Darlehensvaluta und dem anschließenden Widerruf der Darlehenszusage hat die Beklagte die Erfüllung ihrer Verpflichtungen aus dem Darlehensvertrag endgültig verweigert. War die Beklagte hierzu nicht berechtigt, so kann dies einen Anspruch des Klägers auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach § 326 Abs. 1 Satz 2 1. Alternative BGB begründen. Einer verzugsbegründenden Mahnung und einer Nachfristsetzung nach § 326 Abs. 1 Satz 1 BGB bedurfte es nicht, da mit der ernsthaften Weigerung der Beklagten das Scheitern des Geschäfts feststand (vgl. zur Entbehrlichkeit der formellen Voraussetzungen des § 326 Abs. 1 Satz 1 BGB zuletzt Senatsurteil vom 30. November 1989 - III ZR 197/88, zur Veröffentlichung vorgesehen, m.w.Nachw.).

2. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, das Widerrufsrecht der Beklagten ergebe sich bereits aus Nr. I 10 b i.V.m. II 6 c ihrer Allgemeinen Bedingungen für Tilgungsdarlehen. Nach diesen Bestimmungen war die Beklagte zum Widerruf der Darlehenszusage berechtigt, "wenn die Zwangsversteigerung des verpfändeten Grundbesitzes ... angeordnet wird". Das Berufungsgericht meint, auch unter Berücksichtigung der Unklarheitenregel des § 5 AGBG sei unter einer "Anordnung" der Zwangsversteigerung nicht nur die erstmalige, sondern auch die erneute Anordnung oder die Fortsetzung der bereits früher angeordneten Zwangsversteigerung zu verstehen. Ob diese Auslegung mit Wortlaut und Sinn der Klausel in Einklang zu bringen ist, bedarf hier keiner abschließenden Entscheidung. Jedenfalls nach den Besonderheiten des vorliegenden Sachverhalts, insbesondere der bei Vertragsschluß bestehenden Interessenlage beider Parteien, war es der Beklagten verwehrt, die bloße Fortsetzung der Zwangsversteigerung zum Anlaß für den Widerruf zu nehmen.

a) Die vertragliche Einigung der Parteien über die Darlehensgewährung ist hier erst mit dem Wirksamwerden der Einverständniserklärung der Beklagten vom 18. Mai 1982 zustande gekommen. Die auch in der Revisionserwiderung aufrechterhaltene Auffassung der Beklagten, der Vertrag sei bereits am 4. Mai 1982 geschlossen worden, ist unrichtig. Mit ihrem Schreiben vom 29. April 1982 hatte die Beklagte den Darlehensantrag des Klägers vom 19./20. April 1982 nämlich nur unter im einzelnen bezeichneten Änderungen und Ergänzungen angenommen; dies stellte mithin eine Ablehnung, verbunden mit einem neuen Antrag, § 150 Abs. 2 BGB, dar. Der Kläger

hat daraufhin zwar die von der Beklagten verlangte Einverständniserklärung unter dem 4. Mai 1982 unterzeichnet, diese aber mit einem Begleitschreiben vom 5. Mai 1982 an die Beklagte zurückgesandt, in welchem er seinerseits eine neue Änderung, nämlich die Umstellung auf ein Tilgungsdarlehen vorsah. Es trifft daher nicht zu, daß er die Umstellung in ein Tilgungsdarlehen erst später, nachdem der Darlehensvertrag bereits zustande gekommen war, angestrebt hat; vielmehr sind beide Erklärungen der Beklagten gleichzeitig zugegangen und damit auch gleichzeitig wirksam geworden (§ 130 Abs. 1 BGB). Wie schon das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, lag hierin wiederum eine Ablehnung, verbunden mit einem neuen Antrag nach § 150 Abs. 2 BGB. Erst dessen Annahme seitens der Beklagten vollendete den Vertragsschluß.

b) Zu dem Zeitpunkt, als die Beklagte die maßgebliche Einverständniserklärung vom 18. Mai 1982 abgab, lag ihr das Schreiben des Notars vom 6. Mai 1982 bereits vor. Ihr war daher bekannt, daß im Grundbuch der Zwangsversteigerungsvermerk eingetragen war, und sie hatte dem Schreiben nach ihrem eigenen Vorbringen ferner entnommen, daß das Darlehen, das der Kläger bei ihr aufzunehmen beabsichtigte, der Umschuldung seiner Verbindlichkeiten dienen sollte, insbesondere der Ablösung des Darlehens der Bayerischen Landesbank, dessen wegen die Zwangsversteigerung betrieben wurde. Unter diesen Umständen konnte die Fortsetzung der Zwangsversteigerung nicht einer erstmaligen Anordnung gleichgestellt werden. Denn die Beklagte war sich bei der Erteilung der Darlehenszusage bewußt, daß das Grundstück, das als Sicherheit für ihre Forderung dienen sollte, von vornherein dem Vollstreckungszugriff eines vorrangigen Gläubigers unterlegen hatte. Die Fortsetzung jenes Verfahrens stellte lediglich

die Verfahrenslage wieder her, die bereits bei Abschluß des Darlehensvertrages bestanden hatte. Ebensowenig wie die Beklagte die Gewährung des Darlehens an dem damals laufenden Zwangsversteigerungsverfahren hatte scheitern lassen, konnte sie daher aus dem bloßen Weiterbetreiben desselben Verfahrens einen Grund herleiten, der sie ohne weiteres zum Widerruf ihrer Zusage berechtigte. Dadurch hätte sie sich nämlich in treuwidriger Weise zu ihrem eigenen vorangegangenen Verhalten in Widerspruch gesetzt. Vielmehr wäre der Widerruf nur aus wichtigem Grund und nach eingehender Abwägung aller Umstände und Interessen zulässig gewesen.

3. Bei dieser Abwägung war zu berücksichtigen, daß die Beklagte selbst das Zustandekommen der Umschuldung dadurch zumindest erschwert haben konnte, daß sie die verbindlich zugesagte Darlehenssumme von 480.000 DM brutto, entsprechend 430.000 DM netto, im Juni/Juli 1982 auf 400.000 DM brutto, entsprechend 395.778 DM netto gekürzt hatte. Der ursprüngliche Nettobetrag hätte nach dem für das Revisionsverfahren zu unterstellenden Vortrag des Klägers in etwa zur Ablösung der übrigen Belastungen ausgereicht (Bayerische Landesbank 325.000 DM; Sparkasse Bremen 66.000 DM; V [REDACTED] 41.000 DM).

a) Dies legt es zumindest nahe, daß erst der Teilwider-
ruf für den Kläger die Notwendigkeit begründete, mit dem
Gläubiger Vehling eine anderweitige Regelung zu finden.
Allerdings stellte dieser Teilwiderruf selbst im Ergebnis
schon deshalb keine Vertragsverletzung zum Nachteil des Klä-
gers dar, weil dieser ihn mit schriftlicher Erklärung vom
29. Juli 1982 vorbehaltlos akzeptiert hatte. Der Kläger
konnte nunmehr aber von der Beklagten erwarten, daß diese
ihm Zeit für eine Regelung seiner mit dem gekürzten Darlehen

nicht mehr abzulösenden Schuld einräumte, insbesondere durch Verhandlungen mit V[REDACTED] über einen Zahlungsaufschub und einen Rangrücktritt.

b) Tatsächlich hatte die Beklagte auch in ihrem Treuhandauftragsschreiben an den Notar vom 2. August 1982 zwei Monate für die Abwicklung vorgesehen und eine weitere Fristverlängerung nicht ausgeschlossen. Aus der Sicht des Klägers konnte dies unter den obwaltenden Umständen nur bedeuten, daß ihm für die Umschuldung ein Zeitraum von zwei Monaten bewilligt, jedenfalls aber keine kürzere Frist gesetzt wurde, um die Voraussetzungen für die Darlehensauszahlung zu schaffen.

c) Bei dieser besonderen Sachlage durfte die Beklagte nicht bereits am 1. September 1982 die Fortsetzung der Zwangsversteigerung seitens der Bayerischen Landesbank zum Anlaß nehmen, ihre Darlehenszusage nicht mehr einzuhalten. Denn konkrete Anhaltspunkte dafür, daß bereits zu diesem Zeitpunkt die Umschuldung endgültig gescheitert war, bestanden noch nicht. Näher lag es, daß die Gläubigerin das Zwangsversteigerungsverfahren als Druckmittel gegenüber dem Kläger einsetzte, ohne damit aber das Umschuldungsprojekt definitiv abzulehnen; zumal es auch in ihrem wohlverstandenen Interesse liegen mußte, eine Befriedigung ihrer Forderung außerhalb der Zwangsversteigerung zu erlangen. Die Beklagte war eher verpflichtet, von sich aus zum Gelingen der Umschuldung beizutragen. Dies hätte durch Freigabe eines letztrangigen Teils der Grundschuld von 480.000 DM geschehen können, die der Kläger ihr bereits im Mai 1982 bewilligt hatte. Der letztrangige Teilbetrag von 80.000 DM wurde nach

der Herabsetzung der Darlehenssumme nämlich nicht mehr zu deren Sicherung benötigt, hätte aber - nach dem unter Beweis gestellten Vorbringen des Klägers - zur Sicherung der Forderung des Gläubigers V. [REDACTED] verwandt werden können. Der Notar hat bei seiner Vernehmung vor dem Landgericht bestätigt, auch er habe vorgesehen, daß aus dem für die Beklagte einzutragenden Grundschuldbetrag von 480.000 DM ein Teilbetrag von 80.000 DM an V. [REDACTED] abgetreten werden sollte. Der Kläger hat hierzu weiter behauptet, V. [REDACTED] habe bereits, bevor die Beklagte Anfang September 1982 die gesamte Darlehenszusage widerrief, in eine Löschung seiner vorrangigen Grundschuld und einen Zahlungsaufschub eingewilligt und nur eine Sicherheit nach einer zugunsten der Beklagten erstrangig einzutragenden Grundschuld von 400.000 DM gefordert. Die Revision weist insoweit zu Recht darauf hin, daß der Notar ferner bekundet hat, er habe die Beklagte noch am 6. September 1982 beim ersten Telefongespräch auf diese Möglichkeit hingewiesen; die Beklagte habe jedoch in einem zweiten Telefongespräch endgültig abgelehnt und ihren Entschluß zum vollständigen Widerruf ihrer Darlehenszusage bekräftigt.

c) Wenn das Berufungsgericht meint, die auch vom Notar bestätigte Möglichkeit einer Einigung mit Vehling sei zu vage gewesen und der Kläger sei ersichtlich auch in der Folgezeit nicht in der Lage gewesen, die Voraussetzungen für eine erfolgreiche Umfinanzierung zu schaffen, so verkennt es den wesentlichen Gesichtspunkt, daß der Kläger dazu Zeit und Unterstützung durch die Beklagte (Teilverzicht auf die Grundschuld) benötigte, daß die Beklagte ihm indes beides

Anfang September ohne rechtfertigenden Grund endgültig versagt hat.

4. Nach alledem kann zumindest nach dem derzeitigen Sach- und Streitstand nicht davon ausgegangen werden, daß der Beklagten ein Widerrufsrecht nach Nr. I 10 b i.V.m. II 6 c ihrer Allgemeinen Bedingungen für Tilgungsdarlehen zugesprochen hat. Auch die vom Berufungsgericht weiter in Erwägung gezogene Bestimmung in Nr. I 10 c der AGB der Klägerin (nachträgliches Bekanntwerden von nachteiligen Umständen über die Vermögensverhältnisse des Klägers) bot keine Grundlage für den Widerruf. Das gleiche gilt für die von der Revisionserwiderung herangezogenen Bestimmungen Nr. I 10 a (nicht fristgerechte Eintragung der Grundsuld) und 10 d (Vermögensverschlechterung). Ohne daß auf die Tatbestandsvoraussetzungen dieser Widerrufs klauseln im einzelnen eingegangen zu werden brauchte, ist jedenfalls festzustellen, daß die maßgebliche Tatsachengrundlage gegenüber derjenigen, die der Beklagten bei Erteilung der Darlehenszusage bekannt gewesen war, sich nicht so wesentlich geändert hatte, als daß die Beklagte den Widerruf ohne weiteres aussprechen durfte. Vielmehr mußte sie auch hinsichtlich dieser weiteren Widerrufsgründe auf die berechtigten Belange des Vertragspartners Rücksicht nehmen. Es hatte mithin auch insoweit die gleiche Abwägung stattzufinden, wie oben bereits dargelegt. Dementsprechend ist jedenfalls für die revisionsrechtliche Betrachtung nicht auszuschließen, daß in dem Widerruf eine zum Schadensersatz verpflichtende Vertragsverletzung der Beklagten gelegen hat.

5. Auch die Ursächlichkeit dieser Vertragsverletzung für den geltend gemachten Schaden kann zumindest derzeit nicht

verneint werden. Das Berufungsgericht durfte die Feststellung, es gebe keinen Anhalt dafür, daß der Gläubiger V [REDACTED] sich mit der vom Notar in Aussicht genommenen Lösung einverstanden erklärt hätte, nicht ohne Beweisaufnahme treffen. Der Kläger hat dazu behauptet, er habe mit V [REDACTED] bereits vereinbart gehabt, daß zu dessen Gunsten die nachrangige Grundschuld von 80.000 DM bestellt (siehe oben 3 b) und daß Vehlings persönliche Forderung erst später beglichen werden sollte. Die Bedenken des Berufungsgerichts, dieses Vorbringen sei nicht hinreichend substantiiert, vermag der Senat nicht zu teilen. Dementsprechend hätte der vom Kläger in beiden Vorinstanzen angebotene Beweis durch Zeugenvernehmung des Gläubigers V [REDACTED] erhoben werden müssen. Auch der Vorwurf, der Kläger habe von seinen Absprachen mit V [REDACTED] den Notar oder die Beklagte unterrichten müssen, widerspricht der Zeugenaussage des Notars, für ihn habe sich aufgrund der Erklärungen V [REDACTED]s und des Klägers die Möglichkeit einer Umschuldung ergeben, er habe noch am 6. September 1982 aufgrund des ersten Telefongesprächs mit der Beklagten den Eindruck gehabt, der Treuhandauftrag solle weiter durchgeführt, der freie Betrag von 80.000 DM könne zugunsten Vehlings eingesetzt werden; erst beim zweiten Gespräch um 11.00 Uhr habe die Beklagte ihre gegenteilige Entscheidung mitgeteilt.

6. Das Berufungsgericht hat in einer Hilfsbegründung eine Vertragsverletzung der Beklagten und deren Ursächlichkeit für den behaupteten Schaden unterstellt, dann aber ein ganz überwiegendes Mitverschulden des Klägers bejaht, weil er in der Folgezeit ersichtlich nichts unternommen habe, um die Umfinanzierung - durch Mitteilung der Bereitschaft V [REDACTED]s

zur Mitwirkung - noch zu retten. Auch hier verkennt das Berufungsgericht, daß die Beklagte am 6. September 1982, nach dem letzten Versuch des Notars im ersten Telefongespräch, im zweiten Telefongespräch endgültig ihre Mitwirkung verweigert und sich auf weitere Gespräche nicht mehr eingelassen hat. Die beabsichtigte Regelung mit V [REDACTED] war jedoch ohne Mitwirkung der Beklagten nicht möglich. Selbst wenn in dem Unterlassen eines konkreten Hinweises ein Mitverschulden des Klägers erblickt werden könnte, würde es unter diesen Umständen gegenüber dem vertragswidrigen Verhalten der Beklagten jedenfalls nicht so schwer wiegen, als daß es einen Schadensersatzanspruch des Klägers gänzlich ausschließen könnte.

III.

1. Der in dem Zahlungsantrag des Klägers enthaltene Teilbetrag von 7.812,98 DM, betreffend den Ersatz von nutzlosen Aufwendungen, ist bereits vom Landgericht abgewiesen worden. Dem Berufungsgericht ist darin beizupflichten, daß das Landgericht lediglich den weiteren Anspruch des Klägers auf Ersatz des Schadens, der in der Differenz zwischen Versteigerungserlös und Verkehrswert liegt, dem Grunde nach für berechtigt erklärt hat. Auch wenn im Tenor des landgerichtlichen Urteils der Ausspruch einer Teilabweisung unterblieben ist, ergibt sich aus den Entscheidungsgründen eindeutig, daß der Aufwendungsersatzanspruch bereits endgültig aberkannt werden sollte. In der Klagebegründung fehlt auch jeder Hinweis darauf, daß der Kläger etwa den Mehrbetrag des Versteigerungsschadens hilfsweise zur Auffüllung seines Teilan-

spruchs heranziehen wollte. Deshalb ist der aberkannte Anspruch auf Aufwendungsersatz nicht mehr Gegenstand des Berufungsverfahrens gewesen und steht daher auch nicht zur Entscheidung des Revisionsgerichts.

2. Zur Widerklage:

a) Die Geltendmachung des Zahlungsanspruchs der Beklagten gegen den Kläger wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß das Landgericht im Vorprozeß der Vollstreckungsgegenklage des Klägers rechtskräftig stattgegeben hat. Das Berufungsgericht hat vielmehr zu Recht darauf hingewiesen, daß bei einem der Vollstreckungsgegenklage stattgebenden Urteil die Entscheidung über das Bestehen einer materiell-rechtlichen Einwendung nicht in Rechtskraft erwächst; es wird lediglich die Vollstreckbarkeit des titulierten Anspruchs beseitigt (BGH Urteil vom 19. Juni 1984 - IX ZR 89/83 = FamRZ 1984, 878). Die Begründetheit des Zahlungsanspruchs hängt jedoch ebenfalls davon ab, ob der Widerruf der Darlehenszusage durch die Beklagte berechtigt war oder ob er eine zum Schadensersatz verpflichtende Vertragsverletzung darstellte. In diesem letzteren Fall könnte der Kläger dem Zahlungsanspruch der Beklagten bereits dem Grunde nach eine Einwendung entgegensetzen; bevor dieser Punkt in der erneuten Tatsachenverhandlung geklärt ist, braucht daher auf die einzelnen Positionen des Zahlungsanspruchs der Beklagten nicht eingegangen zu werden.

b) Zum Feststellungsbegehren ist der Hinweis veranlaßt, daß die Widerklage insoweit beim derzeitigen Sach- und Streitstand auch dann nicht abgewiesen werden darf, wenn ein

Schadensersatzanspruch des Klägers dem Grunde nach bejaht wird. Ein Urteil, das die auf Feststellung des Nichtbestehens einer bestimmten, bereits endgültig bezifferten Forderung gerichtete Klage aus sachlichen Gründen abweist, stellt nämlich das Bestehen dieser Forderung positiv fest (Senatsurteil vom 17. Februar 1983 - III ZR 174/81 = NJW 1983, 2032; ferner Urteile vom 9. April 1986 - IVb ZR 14/85 = NJW 1986, 2508, und vom 10. April 1986 - VII ZR 286/85 = NJW 1986, 2508). Ein solches Urteil darf mithin erst dann ergehen, wenn auch die Höhe der Forderung abschließend geklärt ist.

IV.

Das Berufungsurteil kann nach alledem nicht bestehenbleiben. Die Sache ist an das Berufungsgericht zurückzuver-

weisen, damit die noch fehlenden Feststellungen, insbesondere zur Möglichkeit der Umfinanzierung, getroffen werden können.

Krohn

Richter Kröner hat Urlaub
und kann daher nicht unterschreiben.

Engelhardt

Krohn

Werp

Wurm