

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 9. März 1999 durch den Vorsitzenden Richter Schimansky und die Richter Dr. Schramm, Nobbe, Dr. van Gelder und Dr. Müller

für Recht erkannt:

Auf die Rechtsmittel der Kläger wird das Urteil des 17. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 29. April 1998 im Kostenpunkt und im Umfang der nachstehenden Abänderung des Urteils der 20. Zivilkammer des Landgerichts Köln vom 2. Juli 1997 aufgehoben.

Die Beklagte wird verurteilt, das Darlehenskonto Nr. ... der Kläger auszugleichen.

Im übrigen bleibt die Klage abgewiesen; die weitergehenden Rechtsmittel der Kläger werden zurückgewiesen.

Von den Kosten des Rechtsstreits tragen die Kläger 18%, die Beklagte 82%.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien streiten über die Verrechnung einer im Zusammenhang mit der Ablösung von Grundschulden geleisteten Zahlung auf die gesicherten Forderungen.

Die Kläger waren Miteigentümer des Grundstücks O., S. Straße 5. Dieses war zugunsten der beklagten Sparkasse mit zwei Grundschulden über insgesamt 525.000 DM belastet. Nach der Sicherungszweckerklärung vom 1. August 1994 sicherten die Grundschulden ebenso wie eine weitere Grundschuld über 75.000 DM auf dem Grundstück der Kläger in O., B. Straße 25, alle bestehenden und künftigen Verbindlichkeiten der Beklagten gegen die Kläger und gegen ihren Sohn M. In der formularmäßigen Zweckerklärung heißt es u.a.:

"Reicht der Erlös aus der Verwertung der Grundschuld(en) nicht zur Befriedigung sämtlicher dadurch gesicherten Forderungen aus, so wird er nach billigem Ermessen der Sparkasse verrechnet. Entsprechendes gilt für eine auf die Grundschuld(en) geleistete Zahlung."

Im Oktober 1996 verkauften die Kläger das Grundstück S. Straße 5 lastenfrei. Der beurkundende Notar bat die Beklagte um Mitteilung des Betrages zur Ablösung der Grundschuld und Übersendung einer Löschungsbewilligung zu treuen Händen. Der Beklagten standen damals gegen die Klägerin Forderungen in Höhe von 409.190,55 DM und gegen ihren Sohn von 88.913,88 DM zu, insgesamt 498.104,53 DM. Infolge eines Rechenfehlers ging die Beklagte von 498.111,57 DM aus und bezifferte den Ablösebetrag mit Rücksicht auf die weiterbestehende Grundschuld über 75.000 DM auf 423.111,57 DM. Nach Überweisung dieses Betrages durch den Notar verrechnete die Beklagte

- 4 -

88.913,88 DM auf ihre Forderung gegen den Sohn der Kläger und den Rest auf die eigenen Verbindlichkeiten der Kläger.

Mit der Klage fordern die Kläger eine Verrechnung des gezahlten Betrages ausschließlich auf ihre Verbindlichkeiten sowie Rückzahlung des überzahlten Betrages zuzüglich Zinsen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Kläger ist erfolglos geblieben. Mit der Revision verfolgen sie ihr Begehren weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist zum überwiegenden Teil begründet.

I.

Das Berufungsgericht hat zur Begründung der Klageabweisung im wesentlichen ausgeführt:

Die von der Beklagten vorgenommene Verrechnung sei nicht zu beanstanden. Nach dem Schreiben des Notars sei die Zahlung der Kläger primär auf die abzulösenden Grundschulden erfolgt. Eine Erklärung, daß ausschließlich auf die gesicherten Darlehensverbindlichkeiten der Kläger gezahlt werden solle, sei nicht abgegeben worden.

Mit der Ablösesumme habe die Beklagte nicht mehr verlangt, als ihr zugestanden habe. Zumindest eine der Grundschulden auf dem



Grundstück S. Straße 5 habe auch den Anspruch der Beklagten gegen den Sohn der Kläger gesichert. Die Beklagte sei daher berechtigt gewesen, die erhaltene Zahlung mit der Darlehensschuld des Sohnes der Kläger zu verrechnen. Das gelte schon deshalb, weil die Beklagte nach ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen das Recht habe, die zur Ablösung von Grundschulden geleisteten Beträge nach ihrem Ermessen auf die gesicherten Forderungen zu verrechnen.

II.

Diese Begründung hält der rechtlichen Überprüfung im entscheidenden Punkt nicht stand.

1. Zutreffend ist allerdings die Ansicht des Berufungsgerichts, nach den Umständen, unter denen der Ablösungsbetrag überwiesen wurde, hätten die Kläger auf die Grundschulden geleistet. Dafür spricht, daß die Grundschulden abgelöst werden mußten, um die kaufvertragliche Verpflichtung zur lastenfreien Grundstücksübergabe erfüllen zu können, und daß der von den Klägern eingeschaltete Notar unter ausdrücklicher Benennung dieses Zwecks die Beklagte um Bezifferung des dafür erforderlichen - und dann auch gezahlten - Ablösungsbetrags gebeten hat. Zutreffend ist auch, daß die Kläger nicht ausdrücklich bestimmt haben, auf welche der gesicherten persönlichen Verpflichtungen die Zahlung verrechnet werden sollte.

2. Das Berufungsgericht irrt indessen in der Annahme, trotz fehlender Bestimmung habe die Beklagte die Zahlung vorrangig auf die

Forderung gegen den Sohn der Kläger verrechnen dürfen. Ein solches Recht stand der Beklagten nicht zu.

a) Aus der in den "Weiteren Bedingungen" zur Zweckerklärung enthaltenen Verrechnungsklausel, nach der der Beklagten im Falle der Verwertung der Grundschuld bei nicht zur Tilgung aller gesicherten Forderungen ausreichendem Erlös die Verrechnung nach billigem Ermessen erlaubt sein soll, folgt ein solches Recht nicht. Dabei kann offen bleiben, ob die Klausel einer Inhaltskontrolle nach § 9 AGBG standhalten würde (vgl. dazu etwa BGHZ 91, 375, 380 f.). Sie gilt nach ihrem gemäß § 5 AGBG maßgebenden Wortlaut nur für den Fall der Verwertung der Grundschuld, greift also bei einverständlicher Freigabe aus Anlaß des freihändigen Verkaufs des Grundstücks nicht ein (Senatsurteil vom 8. April 1997 - XI ZR 196/96, WM 1997, 1012, 1013). Soweit die Beklagte diese Regelung durch den folgenden Satz auf Zahlungen auf die Grundschuld erstreckt hat, schließt sie das dem Schuldner nach § 366 Abs. 1 BGB auch bei Zahlungen auf die Grundschuld zustehende Tilgungsbestimmungsrecht (Senatsurteil aaO) aus und modifiziert darüber hinaus die ohnehin sehr gläubigerfreundliche Vorschrift des § 366 Abs. 2 BGB zu ihren Gunsten. Die darin liegende einseitige Wahrnehmung ihrer eigenen Interessen stellt eine unangemessene Benachteiligung des Sicherungsgebers im Sinne des § 9 AGBG dar und ist deshalb unwirksam.

b) Die Beklagte hatte auch kein Recht zur Verrechnung nach § 366 Abs. 2 BGB, weil von den Klägern entgegen der Annahme des Berufungsgerichts eine Tilgungsbestimmung stillschweigend getroffen worden ist.

Eine Tilgungsbestimmung braucht nicht ausdrücklich getroffen zu werden, sondern kann sich auch konkludent aus den Umständen des Einzelfalles, insbesondere aus der Interessenlage ergeben. Sie ist auch dann maßgebend, wenn die Grundschuld mehrere Forderungen sichert und wenn sich diese gegen verschiedene Schuldner richten (vgl. Senatsurteil vom 27. Juni 1995 - XI ZR 213/94, WM 1995, 1663, 1664 m.w.Nachw.). Leistet der mit dem Schuldner identische Eigentümer auf Grundschulden, die neben den persönlichen Verpflichtungen des Eigentümers auch noch eine Forderung gegen einen Dritten sichert, ist mit der Zahlung auf die Grundschulden regelmäßig konkludent der Wille erklärt, zunächst die eigenen Schulden und nicht vorrangig die Schuld des Dritten tilgen zu wollen.

So liegt der Fall hier. Mit dem notariellen Anforderungsschreiben, in dessen Betreff nur die Kläger als Darlehensnehmer bezeichnet sind, ist um Angabe des für die Ablösung der Grundschulden erforderlichen Betrags gebeten worden. In der Mitteilung der Beklagten, für die Erteilung der Löschungsbewilligungen sei der angeforderte Ablösebetrag erforderlich, lag die Erklärung, der angeforderte, von der Beklagten nicht erläuterte Betrag decke sich mit der Restschuld. Die Kläger zahlten danach auf die abzulösenden Grundschulden mit dem - nach diesen Umständen konkludent - erklärten Ziel, zunächst ihre persönlichen Schulden bei der Beklagten zu tilgen.

Danach war also die Zahlung vorrangig auf die persönlichen Schulden der Kläger und der dann noch verbleibende Betrag auf die Schuld des Sohnes zu verrechnen.

3. Der Senat kann trotz einiger Unstimmigkeiten in der Berechnung der Parteien in der Sache selbst entscheiden, da weitere Feststellungen nicht erforderlich sind.

a) Der an die Beklagte gezahlte Verkaufserlös reichte unstreitig zur Abdeckung aller drei Darlehenskonten der Kläger aus. Der mit der Klage verfolgte Anspruch auf Glattstellung des teilweise noch offenen Kontos Nr. ... ist danach begründet.

b) Auf die Höhe des nach dieser Glattstellung verbleibenden Restes aus dem Verkaufserlös kommt es nicht an, denn den Klägern steht ein Anspruch auf Rückzahlung nicht zu. Die Kläger hatten die Beklagte durch den Notar auffordern lassen, den Betrag anzugeben, gegen dessen Zahlung sie zur Freigabe der Grundschulden bereit war. Dieser nicht im einzelnen aufgeschlüsselte Betrag ist in voller Höhe gezahlt worden. Er schloß nach der von den Klägern seinerzeit nicht in Zweifel gezogenen Berechnungsweise der Beklagten die Forderungen gegen

den Sohn, abzüglich 75.000 DM für die weitere Grundschuld, ein. Die Beklagte darf deshalb den zum Ausgleich der Darlehensverbindlichkeiten der Kläger nicht benötigten Teil auf die Schulden des Sohnes verrechnen.

Schimansky

Dr. Schramm

Nobbe

Dr. van Gelder

Dr. Müller