

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGB §§ 607, 817 Satz 2, 818 Abs. 3

Bei Darlehen, die wegen des damit verfolgten Zwecks sittenwidrig sind, ist die Rückforderung des Darlehenskapitals nur dann ausgeschlossen, wenn die Zweckverfolgung von vornherein mit einem dem Darlehensgeber bekannten Risiko verbunden war, dieses Risiko sich verwirklicht hat und der Darlehensnehmer deswegen nicht mehr bereichert ist.

BGH, Urteil vom 17. Januar 1995 - XI ZR 225/93 - OLG Köln
LG Köln

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XI ZR 225/93

Verkündet am:
17. Januar 1995
Wrede,
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

- 2 -

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 17. Januar 1995 durch den Vorsitzenden Richter Schimansky und die Richter Dr. Halstenberg, Dr. Schramm, Nobbe und Dr. van Gelder

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 27. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 1. Dezember 1993 insoweit aufgehoben, als es zum Nachteil des Beklagten erkannt hat.

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil der 23. Zivilkammer des Landgerichts Köln vom 16. September 1992 wird zurückgewiesen, soweit sie sich gegen die Klageabweisung in Höhe weiterer 64.695,05 DM nebst Zinsen wendet.

Im Umfang der Aufhebung im übrigen 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:

Die Klägerin, eine Volksbank, verlangt vom Beklagten die Rückzahlung zweier Darlehen.

Der Beklagte, der nach einer Banklehre zunächst als Kreditsachbearbeiter tätig gewesen war, hatte sich später mit dem Architekten O. zu einer BGB-Gesellschaft zusammengeschlossen, um Altbaugrundstücke zu kaufen und nach Sanierung weiterzuveräußern. Beide erwarben Miteigentum je zu 1/2 an dem Grundstück K., L. Straße ...; für ein von der W.-bank (W.-bank) zur Kaufpreisfinanzierung gewährtes, durch eine erstrangige Buchgrundschuld gesichertes Darlehen von 480.000 DM hafteten beide als Gesamtschuldner. Zum Jahresende 1979 wurde die BGB-Gesellschaft gekündigt; die Auseinandersetzung ist noch nicht abgeschlossen.

Im September 1981 beantragte O. die Teilungsversteigerung zur Aufhebung der Gemeinschaft an dem Grundstück L.-Straße ... In dem Bestreben, gegenüber seinem Mitgesellschafter im Versteigerungsverfahren eine möglichst günstige Position zu erlangen, wandte sich der Beklagte an das Vorstandsmitglied der Klägerin, H., und - durch dessen Vermittlung - an den als "Finanzberater" tätigen Kü., der H. als "Zwangsversteigerungsexperte" aus anderen Verfahren bekannt war. Kü. wollte versuchen, dem Beklagten auf Kosten seines Mitgesellschafters O. Vorteile zu verschaffen. Auf Kü.'s Vorschlag schlossen die Parteien am 9. Februar 1983 einen Vertrag, aufgrund dessen die Klägerin dem Beklagten einen Kredit von 290.000 DM gewährte. Auf seine Weisung überwies sie diesen Betrag zusammen mit 180.000 DM aus ei-

genen Mitteln des Beklagten am 16. Februar 1983 telegraphisch an die W.-bank. Diese trat nach Erhalt der 470.000 DM die Grundschild an Kü. ab. Damit folgte sie einem - ihr von der Klägerin zusammen mit der Überweisung übermittelten - Auftrag des Beklagten, der ihr vorher schriftlich erklärt hatte, er handle im eigenen und im Namen seines Mitgesellschafters O. Die Abtretung der Grundschild an Kü. wurde am 17. Februar 1983 im Grundbuch eingetragen. Noch am gleichen Tage erklärte Kü. die Abtretung der Grundschild an die Klägerin; deren Eintragung im Grundbuch wurde jedoch noch nicht veranlaßt, sondern erfolgte erst am 28. Juli 1983. In der Zwischenzeit hatten zwei Gläubigerinnen des - vorher bereits überschuldeten - Kü. aufgrund von gegen ihn ergangenen Vollstreckungstiteln die Grundschild am 28. Februar 1983 gepfändet. Eine der Gläubigerinnen verzichtete später auf die Rechte aus der Pfändung. Eine vom Beklagten gegen die andere Gläubigerin - die Volksbank Wü. - erhobene Drittwiderspruchsklage wurde in der Berufungsinstanz abgewiesen. Der Beklagte legte Revision ein, nahm sein Rechtsmittel aber zurück, nachdem es zu einer Einigung gekommen war, nach der die Vollstreckungsgläubigerin die Grundschild gegen Zahlung von 160.000 DM freigab. Um diesen Vergleichsbetrag leisten zu können, erhielt der Beklagte von der Klägerin im November 1984 einen weiteren Kredit.

Danach ging die Klägerin aus der Grundschild gegen den Mitgesellschafter des Beklagten O. vor; er war bei der Versteigerung des Grundstücks L. Straße ... am 1. März 1983 als Bieter aufgetreten und hatte am 1. Juni 1983 den Zuschlag erhalten. O. erhob gegen die Vollstreckung aus der

Grundschuldbestellungsurkunde Abwehrklage und obsiegte. Im Rahmen eines Vergleichs verzichtete die Klägerin zu O.'s Gunsten auf die Grundsuld.

Im jetzigen Rechtsstreit hat die Klägerin vom Beklagten Rückzahlung der beiden im Februar 1983 und November 1984 gewährten Kredite verlangt und beantragt, ihn zur Zahlung von 682.065,94 DM nebst 10,5% Zinsen ab 1. Februar 1988 zu verurteilen. Das Landgericht hat nur den Kreditvertrag vom November 1984 für wirksam erachtet und den Beklagten zur Zahlung von 189.553,97 DM nebst Zinsen ab 9. November 1984 Zug um Zug gegen Rückübertragung von Sicherheiten verurteilt, die Klage im übrigen aber abgewiesen. Dagegen haben beide Parteien Berufung eingelegt. Das Rechtsmittel des Beklagten ist zurückgewiesen worden. Die Berufung der Klägerin hatte teilweise Erfolg: Der Beklagte ist zur Zahlung weiterer 290.000 DM nebst 4% Zinsen seit dem 12. Februar 1988 verurteilt worden. Mit seiner Revision verfolgt er seinen Antrag auf Klageabweisung weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision des Beklagten hat Erfolg. Sie führt zur Abweisung eines weiteren Teils der Klage und im übrigen zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

Das Berufungsgericht hat - ebenso wie bereits das Landgericht - die Darlehensgewährung vom Februar 1983 für sittenwidrig erachtet und zur Begründung ausgeführt: Der Beklagte habe in grob anstößiger Weise versucht, sich mit Hilfe des in Zwangsversteigerungsfragen versierten Kü. auf Kosten seines Mitgesellschafters O. Vorteile zu verschaffen. Durch wahrheitswidrige Angaben über seine Vollmacht habe er die W.-bank veranlaßt, ihre Sicherungsgrundschild an Kü. abzutreten. Beide hätten dabei das Ziel verfolgt, die Grundschild verkehrsfähig zu machen und sie der Klägerin zur Sicherung ihres Darlehensanspruchs gegen den Beklagten zur Verfügung zu stellen, obwohl dem die gesamthänderische Bindung mit O. entgegengestanden habe. Die - durch ihr Vorstandsmitglied H. vertretene - Klägerin habe Sinn und Zweck wie auch Art und Weise des Vorgehens des Beklagten gekannt, gebilligt und durch die Darlehensgewährung gefördert.

Abweichend vom Landgericht hat das Berufungsgericht einen Anspruch der Klägerin auf Rückzahlung der als Darlehen geleisteten 290.000 DM gemäß §§ 812 Abs. 1 Satz 1, 818 Abs. 1, 2 BGB bejaht und eine Anwendung des § 817 Satz 2 BGB abgelehnt, weil das Darlehenskapital wirtschaftlich nicht endgültig in das Vermögen des Beklagten habe übergehen, sondern nur vorübergehend zur Verfügung gestellt werden sollen und weil der Beklagte durch die Überweisung des Geldes an die W.-bank von seiner ihr gegenüber bestehenden Schuld befreit und insoweit auch noch bereichert sei.

Übereinstimmend haben Landgericht und Oberlandesgericht einen vertraglichen Anspruch der Klägerin aus § 607 BGB auf Rückzahlung von 189.553,97 DM mit der Begründung bejaht, der im November 1984 geschlossene Darlehensvertrag sei nach Inhalt, Beweggrund und Zweck nicht zu beanstanden, weil der Beklagte dieses Geld benötigt habe, um die Pfandgläubigerin zur Freigabe der Grundschuld zu bewegen.

Aufrechenbare Gegenansprüche des Beklagten aus positiver Vertragsverletzung oder Verschulden bei Vertragsschluß hat das Berufungsgericht mit der Begründung verneint, H. habe nicht im Rahmen seiner banküblichen Geschäftstätigkeit gehandelt, als er Kü. als Fachmann in Versteigerungsfragen vermittelt habe, ohne auf dessen "Gefährlichkeit" oder mangelnde Bonität hinzuweisen. Außerdem habe der Beklagte den ihm dadurch entstandenen Schaden nicht hinreichend substantiiert.

II.

Die Begründung des Berufungsurteils hält der rechtlichen Überprüfung nicht in allen Punkten stand.

1. Ob das Berufungsgericht den Kreditvertrag vom 9. Februar 1983 zu Recht gemäß § 138 Abs. 1 BGB für nichtig erachtet hat, braucht im Revisionsverfahren nicht entschieden zu werden. Die Klägerin hat das Berufungsurteil nicht angegriffen. Der Beklagte macht in seiner Revisionsbegründung zwar geltend, die Feststellung des Berufungsgerichts,

er habe mit Hilfe des Darlehens seinen Mitgesellschafter O. in sittenwidriger Weise schädigen wollen, finde im Prozeßvortrag keiner der Parteien eine Grundlage. Diese Rüge kann dem Rechtsmittel des Beklagten jedoch keinen Erfolg bringen. Ist § 138 Abs. 1 BGB nicht anwendbar, so erwarb die Klägerin zwar keinen Bereicherungsanspruch in Höhe der Darlehensvaluta, wohl aber einen - darüber hinausgehenden - Vertragsanspruch aus § 607 BGB.

2. Die Revision bleibt auch ohne Erfolg, soweit sie geltend macht, der vom Berufungsgericht bejahte Bereicherungsanspruch müsse an § 817 Satz 2 BGB scheitern. Als Leistung im Sinne dieser Vorschrift sind nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nur solche Zuwendungen anzusehen, die nach dem - nichtigen - Vertragsverhältnis endgültig in das Vermögen des Empfängers übergehen sollten (BGH, Urteile vom 29. November 1993 - II ZR 107/92 = WM 1994, 63, 66 = NJW-RR 1994, 291, 293 und vom 6. Oktober 1994 - III ZR 165/93 = WM 1995, 20, 22, jeweils m.w.Nachw.). Da beim Darlehen dem Darlehensnehmer das Darlehenskapital vereinbarungsgemäß nicht endgültig, sondern nur vorübergehend zur Nutzung gewährt werden soll, ist § 817 Satz 2 BGB bei Sittenwidrigkeit des Vertrags nur beschränkt anwendbar: Der Darlehensgeber muß dem Darlehensnehmer die Kapitalnutzung für die (rechtsunwirksam) vereinbarte Zeit zinsfrei belassen; er kann danach aber die Rückzahlung des Nettodarlehensbetrages verlangen (BGH, Urteil vom 15. Juni 1993 - XI ZR 172/92 = WM 1993, 1323 m.w.Nachw.). Von dieser Rückzahlungsverpflichtung wird der Darlehensempfänger selbst bei späterem Wegfall der Bereicherung (§ 818 Abs. 3 BGB) nicht frei. Selbst wenn er näm-

lich den Mangel des Rechtsgrundes beim Darlehensempfang nicht kennt, so weiß er doch, daß er das Darlehenskapital auf Dauer nicht behalten kann. Das reicht für die Anwendung des § 819 BGB aus, der dem bösgläubigen Empfänger einer rechtsgrundlos erhaltenen Leistung nicht gestattet, sich darauf zu berufen, nicht mehr bereichert zu sein (BGH, Urteil vom 12. November 1984 - II ZR 96/84 = WM 1985, 89, 90 m.w.Nachw.; vgl. auch BGH, Urteil vom 15. Juni 1989 - III ZR 9/88 = NJW 1989, 3217, 3218 zu 3. a).

Die Revision meint, diese Rechtsprechungsgrundsätze könnten nur gelten, wenn die Nichtigkeit sich aus wucherischen Darlehensbedingungen oder besonderen Umständen des Vertragschlusses - wie etwa einem Verstoß gegen § 56 Abs. 1 Nr. 6 GewO - ergebe; jede Rückforderung des Darlehenskapitals sei dagegen ausgeschlossen bei Darlehen, die zu einem mißbilligten Zweck gewährt würden; das sei für Kredite zu Spielzwecken anerkannt, müsse aber auch im vorliegenden Fall gelten (vgl. MünchKomm/Lieb 2. Aufl. § 817 BGB Rdn. 21; Staudinger/Lorenz BGB 13. Bearb. 1994 § 817 Rdn. 12 m.w.Nachw.).

Dem vermag der Senat nicht zu folgen. Auch bei Darlehen, die sittenwidrigen Zwecken dienen sollen, scheitert eine Rückforderung des Darlehenskapitals nicht stets schon an § 817 Satz 2 BGB: Könnte z.B. ein Bordellbetreiber einen Kredit trotz Nichtigkeit des Vertrages endgültig behalten und auf Dauer zur Fortsetzung des Betriebs nutzen, so würde damit der von der Rechtsordnung mißbilligte Zweck gleichsam legalisiert (BGH, Urteil vom 15. März 1990 - III ZR 248/88 = WM 1990, 799, 802). Auch bei Darlehen zu Spielzwecken

fehlt, solange der Empfänger das Geld noch nicht verspielt hat oder wenn es ihm sogar gelungen ist, damit einen Gewinn zu erzielen, für einen Ausschluß der Rückforderung jede überzeugende Begründung. Gerechtfertigt erscheint ein solcher Ausschluß nur dann, wenn die Durchführung des zu mißbilligenden Zwecks von vornherein mit einem dem Darlehensgeber bekannten Risiko verbunden war, dieses Risiko sich verwirklicht und für den Darlehensnehmer zu einem Verlust des Kapitals geführt hat (Erman/H.P. Westermann 9. Aufl. § 817 BGB Rdn. 22). Daher kann ein Spieldarlehen nicht zurückverlangt werden, wenn der Darlehensempfänger infolge von Spielverlusten nicht mehr bereichert ist (MünchKomm/Pecher 2. Aufl. § 762 BGB Rdn. 40).

Im vorliegenden Fall liegt es anders: Der Beklagte hat das im Februar 1983 gewährte Darlehen vereinbarungsgemäß dazu benutzt, bei der W.-bank Kreditverbindlichkeiten zu tilgen, für die er als Gesamtschuldner persönlich haftete. Die in seiner Schuldbefreiung liegende Bereicherung ist nicht später weggefallen. Die Tatsache, daß der Beklagte mit der Schuldtilgung weitergehende Ziele gegenüber seinem Mitschuldner O. verfolgte, damit aber gescheitert ist, rechtfertigt es nicht, der Klägerin ihren Anspruch auf Rückzahlung des Darlehenskapitals aus bereicherungsrechtlichen Gründen zu versagen.

3. Erfolg hat die Revision, soweit sie wegen bereits geleisteter Zahlungen eine Klageabweisung in Höhe von 64.695,05 DM fordert. Die Klägerin selbst hatte schon in der Klagebegründung ausgeführt, sie habe fünf einzeln aufgeführte Beträge in dieser Gesamthöhe erhalten und dem Be-

klagenkonto für das im Februar 1983 gewährte Darlehen gutgeschrieben. Auch der Beklagte hatte sich in der Klageerwid-
derung auf diese Zahlungen berufen. Da er vor dem Landge-
richt aus anderen Gründen (§ 817 Abs. 2 BGB) obsiegt hatte,
ist er in der Berufungsinstanz erst, nachdem das Berufungs-
gericht in der mündlichen Verhandlung seine insoweit vom
Landgericht abweichende Rechtsauffassung mitgeteilt hatte,
ausdrücklich auf diesen Zahlungseinwand zurückgekommen. Das
Berufungsgericht durfte danach das unstreitige Vorbringen
nicht als unsubstantiiert und verspätet unberücksichtigt
lassen.

4. Aufgrund des im November 1984 gewährten weiteren
Darlehens haben Landgericht und Oberlandesgericht einen
vertraglichen Anspruch der Klägerin aus § 607 BGB in Höhe
von 189.553,97 DM rechtsfehlerfrei bejaht. Auch die Revi-
sion erhebt gegen die Begründung, der Kreditvertrag vom
7. November 1984 habe nach Inhalt und Zweck nicht gegen
§ 138 BGB verstoßen, keine Einwendungen mehr.

5. Darüber, ob der Beklagte gegen die Ansprüche der
Klägerin aus den beiden Darlehensgewährungen vom Februar
1983 und November 1984 mit Gegenansprüchen auf Schadens-
ersatz wegen positiver Vertragsverletzung oder Verschulden
bei Vertragsschluß wirksam aufgerechnet hat, durfte das Be-
rufungsgericht nicht ohne weitere Sachaufklärung entschei-
den.

a) Im Ergebnis zu Recht hat das Berufungsgericht es
allerdings abgelehnt, solche Schadensersatzansprüche damit
zu begründen, die Klägerin habe durch ihr Vorstandsmitglied

H. dem ratsuchenden Beklagten gar nicht erst Kü. als Zwangsversteigerungsexperten benennen dürfen, ohne zugleich auf dessen "Gefährlichkeit" oder mangelnde Bonität hinzuweisen. Es kommt insoweit nicht darauf an, ob eine etwaige Pflichtverletzung H.'s der Klägerin zugerechnet werden müßte. H. kann nämlich insoweit aufgrund des eigenen Sachvortrags des Beklagten noch keine schuldhaftige Pflichtverletzung vorgeworfen werden: In der Revisionsbegründung wird ausdrücklich betont, es sei beiden Parteien zunächst, als der Beklagte sich an H. gewandt und dieser ihn mit Kü. bekannt gemacht habe, lediglich um eine sachgerechte, gesetzeskonforme Wahrnehmung der Rechte des Beklagten im Versteigerungsverfahren gegangen, weder er selbst noch die Klägerin hätten damals bereits irgendwelche sittenwidrigen Bestrebungen, wie sie später von Kü. geplant worden seien, ins Auge gefaßt. Folgt man diesem Sachvortrag, so erscheint der Vorwurf, H. habe den Beklagten von vornherein nicht mit Kü. bekannt machen dürfen, sondern vor ihm warnen müssen, ungerechtfertigt.

b) Eine Aufklärungspflicht traf die Klägerin aber, nachdem sie am 9. Februar 1983 den Kreditvertrag mit dem Beklagten geschlossen und spätestens in der folgenden Woche erfahren hatte, wofür der Beklagte den Kredit auf Anraten Kü.'s verwenden wollte: Wie sich aus dem Fernschreiben der Klägerin vom 16. Februar 1983 (Anlage B 1) ergibt, sollte die Überweisung des Kreditbetrags an die W.-bank diese Bank veranlassen, die Buchgrundschuld an Kü. abzutreten, der sie zum Nachteil des Miteigentümers O. einsetzen wollte. Als die Klägerin von der beabsichtigten Abtretung an Kü. erfuhr, hätte sie den Beklagten davor warnen müssen. Aufgrund

eines konkreten Wissensvorsprungs (vgl. Senatsurteil vom 28. April 1992 - XI ZR 165/91 = WM 1992, 1310, 1311 m.w.Nachw.) war sie verpflichtet, den Beklagten auf das spezielle Risiko hinzuweisen, das sich hier aus der Vermögenslosigkeit Kü.'s ergab. Zwar war dem Beklagten unstreitig bekannt, daß die Grundsuld nach der Abtretung dem Zugriff etwaiger Gläubiger des Zessionars offenstand. Der Beklagte wußte aber nicht, daß er die Grundsuld hier durch die Abtretung an Kü. nicht nur dieser abstrakten Gefährdung, sondern dem konkreten Risiko eines Gläubigerzugriffs aussetzte, weil gegen Kü. bereits mindestens zwei Vollstreckungstitel über hohe Schuldsommen vorlagen und die Gläubiger seit geraumer Zeit vergeblich versuchten, aus diesen Titeln Befriedigung zu erlangen. Diese Tatsachen waren H. hingegen genau bekannt; nach den Feststellungen des Landgerichts wußte er darüber hinaus, daß Kü.'s Praktiken als "Zwangsversteigerungsexperte" früher bereits zur Schädigung seiner Auftraggeber geführt hatten. Diese Kenntnisse ihres Vorstandsmitglieds H. waren der Klägerin als Kreditgeberin zuzurechnen und verpflichteten sie, den Beklagten vor einer Abtretung der Grundsuld zu warnen.

Wenn der Beklagte mit dem Darlehen anstößige eigene Zwecke gegenüber O. verfolgte und der Kreditvertrag vom 9. Februar 1983 deswegen nichtig war, ändert das nichts an der die Klägerin treffenden Aufklärungspflicht; sie ergab sich aus dem gesetzlichen Schuldverhältnis, das mit der Aufnahme von Vertragsverhandlungen aus der Notwendigkeit des Vertrauensschutzes entspringt und nicht vom Zustandekommen eines Vertrages und seiner Wirksamkeit abhängig ist (BGHZ 66, 51, 54; 71, 386, 393, jeweils m.w.Nachw.; vgl.

ferner BGH, Urteil vom 19. Oktober 1989 - III ZR 92/88 = WM 1990, 98, 99 zu II. 3. b) aa) zur Aufklärungspflicht einer Bank bei einem Schwarzgeldguthaben).

c) Weiterer Sachaufklärung bedarf die Frage, ob und in welchem Umfang die - unter b) bejahte - Aufklärungspflichtverletzung der Klägerin zu einer Schädigung des Beklagten geführt hat.

Das Berufungsgericht hat - von seinem Standpunkt aus folgerichtig - zur Kausalität der Pflichtverletzung bisher keine Feststellungen getroffen. Der Beklagte hat behauptet, er hätte bei rechtzeitiger Aufklärung über die - sich aus der Verschuldung Kü.'s ergebende - besondere Gefahrensituation keinesfalls auf eine Abtretung der Grundschuld an Kü. hingewirkt, sondern im Gegenteil auf jede weitere Mitwirkung Kü.'s, auf eine Durchführung seiner Pläne und damit auch die Inanspruchnahme des Darlehens der Klägerin zur Schuldablösung bei der W.-bank verzichtet. Die Klägerin hat dagegen jede Ursächlichkeit der ihr vorgeworfenen Pflichtverletzung für irgendeinen Schaden des Beklagten bestritten und zur Begründung ausgeführt, der Beklagte habe die Zusammenarbeit mit Kü. auch später nicht aufgegeben, als er durch die Pfändungen Kenntnis von dessen Schulden erlangt habe.

Es ist Aufgabe des Berufungsgerichts, nach Zurückverweisung der Sache zu versuchen, ergänzende tatrichterliche Feststellungen über den hypothetischen Geschehensablauf zu treffen. Falls das mangels hinreichender Überzeugung nicht gelingt, ist nach den Beweislastregeln zu entscheiden, die

der erkennende Senat zur Kausalität bei Aufklärungspflichtverletzungen entwickelt hat (vgl. zuletzt Urteil vom 8. November 1994 - XI ZR 35/94, zur Veröffentlichung bestimmt, S. 13/14 zu II. 2. b)).

d) Das Berufungsgericht durfte die Aufrechnung auch nicht mit der Hilfsbegründung, der Beklagte hätte einen ersatzfähigen Schaden nicht hinreichend substantiiert dargelegt, scheitern lassen. Geht man davon aus, der Beklagte hätte bei pflichtgemäßer Aufklärung durch die Klägerin zumindest die Abtretung der Grundschuld an Kü. verhindert, so folgt daraus, daß es nicht zur Zahlung der 160.000 DM an die Pfändungsgläubigerin gekommen und dem Beklagten die Prozeßkosten der Drittwiderspruchsklage erspart geblieben wären. Die Auffassung des Berufungsgerichts, diese Schäden müsse der Beklagte gemäß § 254 Abs. 1, 2 BGB selbst tragen, weil er den Zugriff der Volksbank Wü. auf andere Weise hätte abwehren können, wird von der Revision mit Recht angegriffen. Die Feststellung eines überwiegenden Mitverschuldens des Beklagten findet in den beigezogenen Akten des damals von ihm geführten Rechtsstreits gegen die Volksbank Wü. (... LG Köln = ... OLG Köln) keine Stütze. Die Volksbank war - im Gegensatz zur zweiten Vollstreckungsgläubigerin - freiwillig nicht zur Aufgabe ihrer Rechte aus der Pfändung bereit gewesen. Mit seiner Klage aus § 771 ZPO hatte der Kläger zwar vor dem Landgericht Erfolg gehabt; er war dann aber in der Berufungsinstanz unterlegen. Wenn er unter diesen Umständen kein Revisionsurteil mehr erstritt, sondern mit der Vollstreckungsgläubigerin einen Vergleich schloß, aufgrund dessen die Grundschuld gegen Zahlung von rd. 75% der Vollstreckungsforderung freigegeben wurde, so

kann ihm die Klägerin daraus keinen Mitverschuldensvorwurf machen, zumal sie selbst dem - in ihrem eigenen Interesse stehenden - Vergleichsabschluß nicht widersprochen, sondern dem Beklagten sogar den zur Vergleichserfüllung notwendigen Betrag als weiteres Darlehen zur Verfügung gestellt hatte.

Den Vortrag des Beklagten über weitere ersatzfähige Schäden muß das Berufungsgericht erneut prüfen, wenn es zu der Feststellung kommen sollte, bei pflichtgemäßer Aufklärung hätte der Beklagte nicht nur die Abtretung der Grundschuld an Kü. verhindert, sondern den gesamten Plan Kü.'s aufgegeben, auf die Ablösungszahlung an die W.-bank verzichtet und daher auch das dafür bestimmte Darlehen der Klägerin nicht in Anspruch genommen.

6. Die Zinsentscheidung der Vorinstanzen ist, falls die Aufrechnung erfolglos bleibt, nicht zu beanstanden.

a) Zu Unrecht rügt die Revision, das Landgericht habe dabei übersehen, daß es selbst dem Beklagten ein Zurückbehaltungsrecht wegen der Sicherheiten zugebilligt habe. Das Bestehen eines solchen Gegenrechts schließt allein den Verzug nicht aus; der Schuldner muß das Recht vor Verzugseintritt geltend machen. Geschieht das erst später, so kann er den bereits eingetretenen Verzug nur dadurch beenden, daß er zumindest seine eigene Leistung Zug um Zug gegen Bewirkung der Gegenleistung anbietet (BGH, Urteil vom 25. November 1970 - VIII ZR 101/69 = NJW 1971, 421; MünchKomm/Thode 3. Aufl. § 284 BGB Rdn. 16). Das ist hier nicht geschehen. Vielmehr hat die Klägerin sich nach Erhebung der Einrede

sofort zur Rückübertragung der Sicherungsrechte Zug um Zug gegen Zahlung bereit erklärt.

b) Das Landgericht hat auch dadurch, daß es den Beklagten zur Zinszahlung für die zugesprochenen 189.553,97 DM bereits ab 9. November 1984 verurteilte, nicht gegen § 308 Abs. 1 ZPO verstoßen. Die Zinsen für die Zeit vom 9. November 1984 bis 1. Februar 1988 waren im Klageantrag in der geforderten Hauptsumme von 682.055,94 DM enthalten (vgl. Anlage K 7).

Schimansky

Dr. Halstenberg

Dr. Schramm

Nobbe

Dr. van Gelder