



# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

XI ZR 353/07

Verkündet am:  
3. Juni 2008  
Herrwerth,  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

---

BGB § 366 Abs. 1, § 398

In Fällen der Verwertung einer sicherungshalber abgetretenen Forderung steht dem Schuldner ein Tilgungsbestimmungsrecht nach § 366 Abs. 1 BGB nicht zu.

BGH, Urteil vom 3. Juni 2008 - XI ZR 353/07 - KG Berlin  
LG Berlin

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 3. Juni 2008 durch den Vorsitzenden Richter Dr. h.c. Nobbe, die Richter Dr. Müller und Dr. Joeres, die Richterin Mayen und den Richter Dr. Ellenberger

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 26. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 23. Mai 2007 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil der Klägerin erkannt worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Berufung der Beklagten gegen das Urteil der Zivilkammer 10 des Landgerichts Berlin vom 5. September 2006 zurückgewiesen.

Die Beklagte trägt die Kosten der Rechtsmittelverfahren.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin nimmt die Beklagte aus abgetretenem Recht der ... Volksbank (im Folgenden: Zedentin) mit einer Teilklage auf Rückzahlung eines Darlehens in Anspruch. Die Beklagte begehrt widerklagend, soweit für das Revisionsverfahren noch von Bedeutung, die Feststellung, dass der Klägerin kein über den geltend gemachten Teilbetrag hinausgehender Anspruch zusteht.
  
- 2 Die Zedentin gewährte der Beklagten und ihrem Ehemann aufgrund eines Vertrages vom 7. November 1995 zur Ablösung eines Kredits einer anderen Bank ein am 30. November 2000 zurückzuzahlendes Darlehen in Höhe von 600.000 DM zu einem anfänglichen effektiven Jahreszins von 6,72%. Das Darlehen wurde durch Grundschulden gesichert. Außerdem trat der Ehemann der Zedentin am 7. November 1995 zur Sicherung aller Ansprüche aus der Geschäftsverbindung gegen sich und seine Ehefrau seine Ansprüche aus zwei Lebensversicherungsverträgen, einschließlich der Rechte auf Kündigung und auf Auszahlung der Rückkaufswerte ab.
  
- 3 Mit Schreiben vom 24. November 1997 kündigte der Ehemann der Beklagten, der erhebliche weitere Kredite der Zedentin in Anspruch genommen hatte, die Lebensversicherungsverträge und bat die Versicherungsunternehmen, die Rückkaufswerte der Zedentin erstrangig zur Tilgung des Darlehens vom 7. November 1995 zu überweisen. Der Zedentin teilte er am 25. November 1997 mit, dass er und die Beklagte zur Erfüllung ihrer Verpflichtungen nicht in der Lage seien, dass er die Lebens-

versicherungsverträge gekündigt habe und dass der Erlös der Tilgung des Darlehens vom 7. November 1995 diene.

- 4 Mit Schreiben vom 18. Dezember 1997 kündigte die Zedentin das Darlehen vom 7. November 1995 fristlos und stellte eine Rückzahlungsforderung in Höhe von 608.521,50 DM fällig. Am selben Tag buchte die Zedentin den Darlehensbetrag nebst angefallenen Zinsen mit dem Vermerk "Darl.-Tilg./Zins. Tilgungsrate Darlehen" von dem Darlehenskonto der Eheleute auf das Kontokorrentkonto des Ehemannes um. Der Saldo des Kontokorrentkontos wurde später auf ein Abwicklungskonto umgebucht. Diesem Konto, das einen Sollsaldo von über 8 Millionen DM aufwies, wurden am 4. und 18. März 1998, nachdem auch die Zedentin die Lebensversicherungsverträge gekündigt hatte, die von den Versicherungsunternehmen überwiesenen Rückkaufswerte in Höhe von 102.035,30 DM und 654.798,60 DM gutgeschrieben.
- 5 Am 28. Dezember 1999/3. Januar 2000 vereinbarten die Klägerin und die Zedentin die Abtretung des Anspruchs auf Rückzahlung des Darlehens vom 7. November 1995.
- 6 Das Landgericht hat der Klage auf Zahlung von 50.000 € nebst Zinsen stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat die Klage abgewiesen und auf die Widerklage festgestellt, dass der Klägerin kein über den eingeklagten Teilbetrag hinausgehender Anspruch in Höhe von 261.132,10 € gegen die Beklagte zusteht. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

7 Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückweisung der Berufung der Beklagten.

I.

8 Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung, soweit für das Revisionsverfahren noch von Bedeutung, im Wesentlichen ausgeführt:

9 Die Klägerin sei aufgrund der Abtretung vom 28. Dezember 1999/ 3. Januar 2000 aktivlegitimiert. Einer wirksamen Abtretung stünden weder der Datenschutz noch das Bankgeheimnis entgegen. Die Klageforderung sei weder verjährt noch verwirkt.

10 Die Forderung sei aber erloschen. Erfüllung sei zwar nicht dadurch eingetreten, dass die Zedentin das Darlehenskonto mit dem Vermerk "Tilgungsrate Darlehen" auf Null gestellt habe. Die Beklagte und ihr Ehemann hätten keine entsprechende Leistung erbracht. Es lasse sich auch nicht feststellen, dass die Zedentin den Willen gehabt habe, die Forderung gegenüber der Beklagten zu erlassen.

11 Die Klageforderung sei aber aufgrund der Tilgungsbestimmung erloschen, die der Ehemann der Beklagten in seinem Schreiben vom 25. November 1997 an die Zedentin getroffen habe. Nachdem er und die Zedentin die Lebensversicherungsverträge gekündigt hätten, sei der Er-

lös auf das Abwicklungskonto überwiesen worden. Das Kündigungsrecht habe zwar aufgrund der Abtretungsverträge der Zedentin zugestanden. Eine Abtretung des Tilgungsbestimmungsrechts sei aber nicht vereinbart worden und ergebe sich auch nicht aus dem Sinn und Zweck der Sicherungsvereinbarung. § 366 Abs. 1 BGB sei entgegen der Auffassung des Bundesgerichtshofs (BGHZ 140, 391 ff.) nicht zu entnehmen, dass das Tilgungsbestimmungsrecht nur dem leistungsbereiten Schuldner, nicht aber einem Schuldner, gegen den vollstreckt werde, zustehe. Außerdem könne die Beklagte nicht einem Schuldner gleichgestellt werden, der pflichtwidrig nicht leiste und gegen den vollstreckt werden müsse. Sie und ihr Ehemann hätten die Rückkaufswerte der Lebensversicherungen zur Tilgung des gemeinsamen Darlehens verwenden wollen, seien dazu aber rechtlich nicht in der Lage gewesen, weil der Ehemann der Beklagten das Kündigungsrecht an die Zedentin abgetreten habe. Die Auszahlung der Rückkaufswerte an die Zedentin sei eine Leistung der Beklagten und nicht der Versicherungsunternehmen gewesen, die nur auf ihre Verpflichtung aus den Versicherungsverträgen geleistet hätten. Da die Rückkaufswerte höher als die offene Darlehensforderung gewesen seien, sei diese erloschen.

- 12 Die negative Feststellungswiderklage sei zulässig. Das Feststellungsinteresse der Klägerin sei nicht durch die Zusage der Klägerin entfallen, den Anspruch nicht weiter zu verfolgen. Trotz der von der Klägerin anerkannten Verjährungseinrede bestehe die Möglichkeit, unter den Voraussetzungen des § 215 BGB die Aufrechnung zu erklären. Die Feststellungswiderklage sei auch begründet, da die Darlehensforderung erloschen sei.

II.

13            Diese Ausführungen halten rechtlicher Überprüfung im entscheidenden Punkt nicht stand.

14            1. Rechtlich nicht zu beanstanden ist allerdings die Auffassung des Berufungsgerichts, die Klägerin sei aktivlegitimiert. Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerfrei und von der Revisionserwiderung unangegriffen festgestellt, dass die Zedentin der Klägerin die Klageforderung am 28. Dezember 1999/3. Januar 2000 abgetreten hat. Der Wirksamkeit dieser Abtretung stehen weder das Bankgeheimnis noch das Bundesdatenschutzgesetz noch ein anderer rechtlicher Gesichtspunkt entgegen (vgl. Senat BGHZ 171, 180, 183 ff. Tz. 12 ff.).

15            2. Rechtsfehlerfrei ist auch die Begründung, mit der das Berufungsgericht die Verjährung der Klageforderung verneint hat.

16            Die gemäß Art. 229 § 6 Abs. 4 Satz 1 EGBGB, §§ 195, 199 Abs. 1 BGB am 31. Dezember 2004 endende Verjährungsfrist ist durch die Zustellung des Mahnbescheides am 28. Juli 2004 gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 3 BGB gehemmt worden. Die Klageforderung ist im Mahnbescheid im Sinne des § 690 Abs. 1 Nr. 3 ZPO hinreichend bestimmt bezeichnet und individualisiert worden. Dazu ist erforderlich, dass der Anspruch gegenüber anderen Ansprüchen so abgegrenzt wird, dass er Grundlage eines der materiellen Rechtskraft fähigen Vollstreckungstitels sein und der Schuldner erkennen kann, welcher Anspruch gegen ihn geltend gemacht wird, damit er beurteilen kann, ob und in welcher Weise er sich zur Wehr setzen will (st.Rspr., vgl. BGH, Urteil vom 17. November 2005 - IX ZR

8/04, WM 2006, 592, 594 m.w.Nachw.). Entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung genügt der Mahnbescheid diesen Anforderungen. Die Klageforderung wird darin als "Darlehensrückzahlung gem. Darlehensrückzahlg. - 1... Teilbetrag vom 18.12.97" und als abgetretener Anspruch der Zedentin bezeichnet. Diesen Angaben ist hinreichend eindeutig zu entnehmen, dass die Rückzahlung des mit Schreiben vom 18. Dezember 1997 gekündigten Darlehens begehrt wird. Die Beklagte hat zwar den Zugang dieses Schreibens bestritten. Da sie aber nur ein einziges Darlehen bei der Zedentin aufgenommen hatte, konnte für sie kein Zweifel bestehen, dass dieses Gegenstand des Mahnbescheides war. Dass sie solche Zweifel auch nicht gehabt hat, zeigt der Entwurf des Schriftsatzes vom 26. August 2004 zur Verteidigung gegen die Klageforderung, in dem auf den Mahnbescheid vom 26. Juli 2004 Bezug genommen wird.

17 Die Hemmung der Verjährung endete zwar gemäß § 204 Abs. 2 Satz 2 BGB nach sechs Monaten, weil die Parteien das Mahnverfahren zunächst nicht betrieben haben. Sie begann aber vor Ablauf der Verjährungsfrist erneut (§ 204 Abs. 2 Satz 3 BGB), als die Klägerin am 16. Juni 2005 den geltend gemachten Anspruch begründete, die Durchführung des streitigen Verfahrens beantragte und den restlichen Kostenvorschuss einzahlte.

18 3. Auch die Auffassung des Berufungsgerichts, die Klageforderung sei nicht dadurch erloschen, dass die Zedentin das Darlehenskonto der Beklagten und ihres Ehemannes am 18. Dezember 1997 mit dem Vermerk "Tilgungsrate Darlehen" auf Null stellte und das Kontokorrentkonto



des Ehemannes mit der offenen Darlehensforderung belastete, ist, anders als die Revisionserwiderung meint, rechtlich nicht zu beanstanden.

19 a) Diese Umbuchung stellt keine Erfüllung im Sinne des § 362 Abs. 1 BGB dar. Die Beklagte und ihr Ehemann haben keine Leistung auf die Darlehensforderung der Zedentin erbracht. Insbesondere ist kein Überweisungsauftrag zu Lasten des Kontokorrentkontos des Ehemannes erteilt worden.

20 b) Entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung liegt auch kein Erlass gegenüber der Beklagten bzw. die Begründung eines neuen Schuldverhältnisses nur mit dem Ehemann der Beklagten vor. Ein Angebot auf Abschluss eines Erlassvertrages muss unmissverständlich erklärt werden. An die Feststellung eines Verzichtswillens, der nicht vermutet werden darf, sind strenge Anforderungen zu stellen (BGH, Urteil vom 7. März 2006 - VI ZR 54/05, NJW 2006, 1511, 1512 Tz. 10). Danach kann von einem Willen der Zedentin, der Beklagten die Schuld zu erlassen bzw. ein neues Schuldverhältnis allein mit ihrem Ehemann zu begründen, nicht ausgegangen werden. Die Zedentin hat vielmehr durch ihre vom Tag der Umbuchung datierende Kündigungserklärung eindeutig zum Ausdruck gebracht, dass sie auch die Beklagte auf Rückzahlung des Darlehens in Anspruch nehmen wollte. Sie hatte keine Veranlassung, die Beklagte, die sie bei Abschluss des Darlehensvertrages mitverpflichtet hatte, gerade in dem Zeitpunkt, in dem das Darlehen notleidend geworden war und gekündigt werden musste, aus der Haftung zu entlassen.

- 21           4. Rechtsfehlerhaft ist hingegen die Auffassung des Berufungsgerichts, die Klageforderung sei aufgrund der Tilgungsbestimmung des Ehemannes der Beklagten vom 25. November 1997 in Verbindung mit den Zahlungen der Versicherungsunternehmen erloschen. Die Beklagte und ihr Ehemann waren nicht befugt, gemäß § 366 Abs. 1 BGB die Verbindlichkeit zu bestimmen, die durch die Zahlungen der Versicherungsunternehmen getilgt werden sollte.
- 22           a) Die Befugnis zur Tilgungsbestimmung gemäß § 366 Abs. 1 BGB stellt eine Vergünstigung für den Schuldner dar, deren Grund seine freiwillige Leistung bildet (vgl. BGH, Urteil vom 28. Juni 2000 - XII ZR 55/98, Umdruck S. 7). Zugleich zieht § 366 Abs. 1 BGB die praktische Konsequenz daraus, dass die Zahlung vom Schuldner ausgeht (PWW/Pfeiffer, BGB 3. Aufl. § 366 Rdn. 1). Das Tilgungsbestimmungsrecht steht deshalb, anders als das Berufungsgericht gemeint hat, nur dem Schuldner zu, der zur Erfüllung seiner Pflichten tätig wird, nicht aber dem, gegen den die Zwangsvollstreckung betrieben werden muss (Senat BGHZ 140, 391, 394 m.w.Nachw.). In Fällen der Verwertung einer sicherungshalber abgetretenen Forderung gilt grundsätzlich nichts anderes als für die Beitreibung im Wege der Zwangsvollstreckung (vgl. BGH, Urteil vom 28. Juni 2000 - XII ZR 55/98, Umdruck S. 7; Staudinger/Olzen, BGB Neubearb. 2006, § 366 Rdn. 10; PWW/Pfeiffer, BGB 3. Aufl. § 366 Rdn. 10; a.A. Schanbacher WuB IV A. § 366 BGB 1.04; offen gelassen für Sicherungsübereignungen: Senat, Urteil vom 25. November 2003 - XI ZR 379/02, WM 2004, 121, 122 f.).
- 23           b) Demnach hatte der Ehemann der Beklagten im Zeitpunkt seines Schreibens vom 25. November 1997 bezüglich der Zahlungen der Versi-

cherungsunternehmen auf das Abwicklungskonto der Zedentin kein Tilgungsbestimmungsrecht. Die Zahlungen sind nicht auf seine Veranlassung erfolgt. Am 25. November 1997 war er rechtlich nicht mehr in der Lage, Zahlungen der Versicherungsunternehmen zur Erfüllung der Verpflichtungen aus dem Darlehensvertrag vom 7. November 1995 zu veranlassen oder zu verwenden, weil er die Ansprüche aus den Lebensversicherungsverträgen, einschließlich des Rechtes auf Kündigung und auf Auszahlung der Rückkaufswerte, bereits am 7. November 1995 an die Zedentin abgetreten hatte und nicht mehr über sie verfügen konnte. Die Versicherungsunternehmen haben die Rückkaufswerte dementsprechend nicht aufgrund der Kündigung des Ehemannes auf das gemeinsame Darlehenskonto, sondern aufgrund der Kündigung der Zedentin auf das Abwicklungskonto überwiesen.

24 Die Revisionserwiderung macht demgegenüber ohne Erfolg geltend, der Erlös aus der Verwertung der Sicherheiten sei aufgrund der Sicherungsabrede als Leistung des Sicherungsgebers auf die gesicherte Schuld anzusehen. Dem kommt für die Auslegung des § 366 Abs. 1 BGB ebenso wenig Bedeutung zu, wie der Regelung der § 815 Abs. 3, § 819 ZPO, nach der in der Mobiliarzwangsvollstreckung die Wegnahme von Geld und die Empfangnahme von Versteigerungserlösen durch den Gerichtsvollzieher als Zahlung von Seiten des Schuldners gelten (Senat BGHZ 140, 391, 394).

25 In dem Schreiben des Ehemannes der Beklagten vom 25. November 1997 kann, wie die Revision zutreffend ausgeführt hat, auch kein Verzicht auf die Rückabtretung der sicherungshalber abgetretenen Ansprüche auf die Rückkaufswerte gesehen werden, der eine Leis-

tung erfüllungshalber auf die Forderung aus dem Darlehensvertrag vom 7. November 1995 bewirkt haben könnte. Dem Schreiben vom 25. November 1997 ist eine solche Verzichtserklärung nicht zu entnehmen. Außerdem kann ein Sicherungsgeber den Sicherungsnehmer nicht einseitig darauf verweisen, sich aus einer für mehrere Ansprüche bestellten Sicherheit wegen eines bestimmten Anspruches zu befriedigen, und ihm damit die Sicherheit für die anderen Ansprüche entziehen (vgl. BGH, Urteil vom 12. Januar 1972 - VIII ZR 26/71, WM 1972, 335, 337).

26 Eine dem Ehemann zurechenbare Leistung, für die er eine Tilgungsbestimmung im Sinne des § 366 Abs. 1 BGB hätte treffen können, liegt auch nicht etwa in der am 7. November 1995 erfolgten Abtretung der Ansprüche gegen die Versicherungsunternehmen an die Zedentin. Diese Abtretung erfolgte nicht zur Erfüllung, sondern nur zur Sicherung, und zwar nicht nur der Ansprüche der Zedentin aus dem Darlehensvertrag vom 7. November 1995, sondern auch anderer Ansprüche. Außerdem ist die Tilgungsbestimmung vom 25. November 1997 nicht, wie für § 366 Abs. 1 BGB erforderlich (Senat BGHZ 140, 391, 394 und Urteil vom 25. November 2003 - XI ZR 379/02, WM 2004, 121, 122), bei der Leistung, sondern erst zwei Jahre später erfolgt.

27 5. Auch die Begründung, mit der das Berufungsgericht der Widerklage stattgegeben hat, hält rechtlicher Überprüfung nicht stand.

28 a) Das Berufungsgericht ist allerdings rechtsfehlerfrei und von der Revision unangegriffen davon ausgegangen, dass die Widerklage zulässig ist. Das für eine negative Feststellungswiderklage erforderliche Feststellungsinteresse entsteht regelmäßig, wenn der Kläger sich - wie hier -

eines über die Teilklageforderung hinausgehenden Anspruchs berührt. Es entfällt nicht allein durch seine spätere einseitige Erklärung, er werde keine weiteren Ansprüche mehr geltend machen (BGH, Urteil vom 4. Mai 2006 - IX ZR 189/03, WM 2006, 1551, 1553 f. Tz. 24). Die weitere Erklärung der Klägerin, die über die Teilklage hinausgehende Darlehensforderung, die nicht Gegenstand des Mahnbescheides war, sei verjährt, rechtfertigt bereits deshalb keine andere Beurteilung, weil sich die Klägerin dadurch nicht der Möglichkeit der Aufrechnung (§ 215 BGB) begeben hat. Das Interesse der Beklagten an einer der Rechtskraft fähigen Entscheidung über die Darlehensrückforderung besteht vielmehr weiter.

29                    b) Rechtsfehlerhaft ist hingegen die Begründung, mit der das Berufungsgericht die Widerklage als begründet angesehen hat. Auch die über die Teilklage hinausgehende Darlehensforderung der Klägerin ist aus den unter II. 4. dargelegten Gründen nicht erloschen.

### III.

30                    Das Berufungsurteil stellt sich nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO).

31                    Die Zahlung der Rückkaufswerte durch die Versicherungsunternehmen auf das bei der Zedentin geführte Abwicklungskonto hat die Klageforderung unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt getilgt.

32                    1. Die Frage, nach welchen Kriterien Erlöse aus der Verwertung einer Sicherheit bzw. Sicherheitsleistungen des Schuldners an den

Gläubiger auf mehrere offene Forderungen zu verrechnen sind, wird unterschiedlich beantwortet. Teilweise wird die Anrechnungsbestimmung des Gläubigers als maßgeblich angesehen (BGH, Urteil vom 11. Juni 1985 - VI ZR 61/84, ZIP 1985, 996, 998; Jacoby AcP 203, 664, 692; Staudinger/Olzen, BGB Neubearb. 2006 § 366 Rdn. 10). Nach anderer Auffassung ist der Erlös einer für mehrere Forderungen bestellten Sicherheit gemäß § 366 Abs. 2 BGB zu verrechnen (MünchKomm/Wenzel, BGB 5. Aufl. § 366 Rdn. 5; PWW/Pfeiffer, BGB 3. Aufl. § 366 Rdn. 11). Nach der Rechtsprechung des Senats (Urteil vom 25. November 2003 - XI ZR 379/02, WM 2004, 121, 122 f.) ist § 366 Abs. 2 BGB auf die Verrechnung des Erlöses aus dem Verkauf sicherungsübereigneter Gegenstände jedenfalls dann anzuwenden, wenn weder Schuldner noch Gläubiger eine wirksame Tilgungsbestimmung getroffen haben.

- 33            Ob dem Gläubiger in Bezug auf Sicherheitsleistungen bzw. auf den Erlös aus der Verwertung von Sicherheiten ein Anrechnungsbestimmungsrecht zusteht, bedarf keiner abschließenden Entscheidung. Die Zedentin hat keine Verrechnungsbestimmung zugunsten einer bestimmten Verbindlichkeit des Ehemannes der Beklagten getroffen. Auf ihre Veranlassung haben die Versicherungsunternehmen die Rückkaufswerte vielmehr auf das Abwicklungskonto überwiesen, auf das der Saldo des Kontokorrentkontos des Ehemannes, der neben Verbindlichkeiten des Ehemannes die gemeinsame Darlehensschuld der Beklagten und ihres Ehemannes enthielt, umgebucht worden war. Dem Parteivortrag ist nicht zu entnehmen, dass die Zahlungen der Versicherungsunternehmen auf eine bestimmte Verbindlichkeit oder anteilig auf alle auf dem Konto ver-

buchten Verbindlichkeiten verrechnet werden sollten. Eine Kontokorrentabrede bestand zwischen den Parteien nicht.

34            2. Mangels wirksamer Tilgungs- bzw. Verrechnungsbestimmung des Ehemannes der Beklagten und der Zedentin ist über die Verrechnung der Zahlungen der Versicherungsunternehmen in entsprechender Anwendung des § 366 Abs. 2 BGB zu entscheiden. Danach sind die Zahlungen nicht auf den Anspruch der Zedentin aus dem Darlehensvertrag vom 7. November 1995 gegen die Beklagte und ihren Ehemann, sondern auf die weiteren Verbindlichkeiten des Ehemannes gegenüber der Zedentin, die höher als die Zahlungen der Versicherungsunternehmen waren, zu verrechnen, weil die Beklagte nicht dargelegt hat, dass die Verbindlichkeiten ihres Ehemannes erst später fällig geworden sind als ihre eigene Darlehensschuld, und diese Verbindlichkeiten der Zedentin geringere Sicherheit als die Forderung aus dem Darlehensvertrag vom 7. November 1995 boten.

35            Entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung ist dem Parteivortrag zu entnehmen, dass die weiteren Verbindlichkeiten des Ehemannes fällig waren. Die Zedentin hat mit Schreiben vom 18. Dezember 1997 an den Ehemann der Beklagten die Geschäftsverbindung mit diesem fristlos gekündigt und alle Ansprüche gegen ihn sofort fällig gestellt.

36            Die größere Sicherheit einer Forderung kann sich aus der Mithaftung einer weiteren Person ergeben (Senat BGHZ 146, 37, 49 und Urteil vom 24. November 1992 - XI ZR 98/92, WM 1992, 2129, 2131, insoweit in BGHZ 120, 272 ff. nicht abgedruckt). Dies trifft auf die Forderung aus dem Darlehensvertrag vom 7. November 1995 zu, weil die Beklagte für

diese Forderung, anders als für die weiteren Forderungen der Zedentin gegen ihren Ehemann, mithaftete. Die weiteren Sicherheiten, nämlich die Grundschulden in Höhe von 2 Millionen DM und 5 Millionen DM auf Grundstücken in P. und die Bürgschaft der H.

GmbH in Höhe von 7 Millionen DM, sicherten alle Ansprüche der Zedentin gegen den Ehemann der Beklagten.

#### IV.

37 Das angefochtene Urteil war daher aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Da weitere Feststellungen nicht zu treffen sind, hatte der Senat in der Sache selbst zu entscheiden und die Berufung der Beklagten zurückzuweisen (§ 563 Abs. 3 ZPO). Mangels Tilgung besteht die Forderung



aus dem Darlehensvertrag vom 7. November 1995 gegen die Beklagte noch in voller Höhe. Demnach ist die Klage begründet und die Widerklage unbegründet.

Nobbe

Müller

Joeres

Mayen

Ellenberger

Vorinstanzen:

LG Berlin, Entscheidung vom 05.09.2006 - 10 O 290/05 -

KG Berlin, Entscheidung vom 23.05.2007 - 26 U 223/06 -