

Oberlandesgericht Frankfurt
Urteil vom 23.11.2011
9 U 76/10

**Vorzeitige Kündigung eines grundschuldbesicherten Immobiliendarlehens und
Betreiben der Zwangsversteigerung durch die Bank: Berechnung der
Vorfälligkeitsentschädigung sowie von Verzugszinsen.**

Tenor

Die Berufung gegen das Urteil des Landgerichts Frankfurt am Main vom 13.08.2010 (Az. 2-10 O 1/10) wird zurückgewiesen.

Die Kosten der Berufung haben die Kläger zu tragen.

Das Urteil und das angefochtene Urteil sind vorläufig vollstreckbar.

Die Beklagte darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin zuvor Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird zugelassen.

Gründe

I.

Die Kläger verlangen von der beklagten Bank unter dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung Auszahlung von an diese nach Zwangsversteigerung eines Grundstücks des Klägers zu 1) ausgekehrter Beträge.

Wegen des Sachverhalts im Weiteren und des streitigen Vortrags der Parteien in erster Instanz wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils verwiesen.

Zu ergänzen ist:

Die Beklagte hat den Klägern die Berechnung der Vorfälligkeitsentschädigung als Anlage zur Forderungsabrechnung vom 07.12.2004 näher aufgeschlüsselt. Darin sind als verwendete Rendite „A/G-Renditen“, als Rückzahlungsdatum der 07.12.2004, ersparte Risikokosten i.H.v. 0,1 % und ersparte Verwaltungskosten i. H.v. 30 € jährlich aufgeführt. Zinsbindungsende war am 30.09.2007. Bearbeitungskosten hat die Beklagte ausweislich ihrer Forderungsaufstellung i.H.v. 150 € berechnet. Bei dem zur Berechnung verwendeten Programm handelt es sich um das sog. „B-Programm“. Wegen des weiteren Inhalts der Forderungsaufstellung vom 07.12.2004 wird auf diese verwiesen (Bl. 13 f. d.A.).

Mit Schreiben vom 23.02.2005 teilte die „C GmbH“ den Klägern mit, dass die Beklagte ein Kreditportefolio an die Firma E verkauft habe, wovon auch das Darlehen der Kläger betroffen sei. Treuhänderin sei die D GmbH, der die Forderungen und Sicherheiten übertragen worden seien, wobei das Grundpfandrecht weiterhin von der Beklagten treuhänderisch gehalten werde. Wegen der Einzelheiten des Inhalts des Schreibens wird auf dieses (Bl. 24 d. A.) verwiesen.

Die Beklagte hat sodann - nach Zwangsversteigerung des Grundstücks des Klägers zu 2) - mit Schreiben vom 18.04.2007 ihre Forderung gegenüber den Klägern abgerechnet (Bl. 22 f. d. A.).

Ihren Hauptantrag auf Zahlung von 17.317,40 € haben die Kläger wie folgt begründet:

Die Vorfälligkeitsentschädigung nebst Bearbeitungsgebühr i. H. v. insgesamt 16.314,41 € sei ohne rechtlichen Grund erfolgt. Neben der Berechnung von Verzugszinsen sei keine Vorfälligkeitsentschädigung möglich.

Die Verzugszinsen seien zu hoch berechnet. Die Beklagte könne auf ein gekündigtes Immobiliendarlehen einen Verzugszinssatz von 2,5%-Punkten über dem Basiszinssatz verlangen, wobei bei einem Ratenkredit der Zins zunächst auf die rückständigen Raten und sodann auf die fällige Gesamtforderung zu berechnen sei. Ausgehend von einem Kapitalbetrag von 220.278,29 € und gesetzlicher Verzinsung vom 07.12.2004 bis zum 31.07.2006 ergäben sich 13.733,97 € anstatt berechneter 14.553,72 €.

Reisekosten (59 € und 2 x 62,12 €) seien weder dem Grunde noch der Höhe nach nachvollziehbar.

Hilfsweise machen die Kläger eine Falschberechnung der einbehaltenen Vorfälligkeitsentschädigung geltend, weshalb die Beklagte die Vorfälligkeitsentschädigung nicht in der geltend gemachten Höhe fordern dürfe. Sie beziehen sich auf eine Berechnung der Verbraucherzentrale O1 vom 16.07.2007 (Bl. 31 ff. d.A.), nach der die Vorfälligkeitsentschädigung nur 5.077,93 € betragen dürfe, so dass 11.086,48 € zurückzufordern seien.

Sie sind der Auffassung, ersparte Verwaltungskosten seien mit 5 € pro Monat zu berechnen. Der Risikokostenabschlag von 0,02% sei zu niedrig, das Bearbeitungsentgelt von 150 € zu hoch und die Wiederanlagezinssätze seien falsch angesetzt. Es dürften keine F-Renditen verwendet werden. Es müsse eine Berechnung auf den Rückzahlungstermin, nicht auf den Kündigungstermin erfolgen.

Die Beklagte behauptet, sowohl die Darlehensforderung als auch den vor dem Verkauf realisierten Anspruch auf Vorfälligkeitsentschädigung abgetreten zu haben.

Zur Berechnung der Verzugszinsen hat die Beklagte dargelegt, es seien solche nur auf das fällige Kapital sowie bei Kündigung rückständige vertragliche Zinsen, nicht aber auf die Vorfälligkeitsentschädigung verlangt worden, was sich aus Anlage B 3 (Bl. 60 d. A.) ergebe. Dabei seien sogar nicht alle zustehenden Verzugszinsen berechnet worden. Vorsorglich werde mit dem Minderbetrag von 916,74 € aufgerechnet.

Sie beruft sich zudem darauf, dass dann, wenn sie die Vorfälligkeitsentschädigung erst zum Tag des Geldeingangs berechnen dürfte, ihr zumindest das Recht zustünde, bis zum Tag des Geldeingangs das Darlehen mit dem vertraglichen Nominalzins abzurechnen. Dann stünden ihr über die erfolgte Abrechnung mittels Verzugszinses

hinaus mindestens weitere 6.830,85 € zu, die sich noch erhöhten um die Verzugszinsen auf die dann angefallenen Raten. Dafür, dass die Beklagte selbst bei Berechnung der Vorfälligkeitsentschädigung erst am Tag des Geldeingangs einen erheblich geringeren Betrag als von den Klägern gefordert zahlen müsse, werde Sachverständigenbeweis angeboten.

Zu der Berechnung der Vorfälligkeitsentschädigung hat die Beklagte im Schriftsatz vom 05.03.2010, S. 3, (Bl. 50 d. A.) zunächst ausgeführt, das Berechnungsprogramm arbeite nicht mit „F-Renditen“, sondern mit den Wiederanlagezinssätzen der Deutschen Bundesbank. Im Schriftsatz vom 14.07.2010 (S. 4, Bl. 89 d. A.) legt sie dann dar, es ändere sich im Ergebnis an der Berechnung der Beklagten zur Vorfälligkeitsentschädigung selbst dann nichts, wenn nicht mit den G-Renditen, sondern mit den Umlaufrenditen der Bundesbankstatistik gerechnet werde. Das gleiche ergebe sich, wenn mit Umlaufrenditen von Anleihen der öffentlichen Hand gerechnet werde.

Mit Schriftsatz vom 14.07.2010 hat die Beklagte das Schreiben der D GmbH zur Akte gereicht (Anlage B 6, Bl. 97 d. A.). Wegen der Einzelheiten des Inhalts wird darauf verwiesen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Dazu hat es ausgeführt, eine Aktivlegitimation der Klägerin zu 1) fehle, da nur der Kläger zu 2) als Eigentümer des zwangsversteigerten Grundstücks einen Bereicherungsanspruch gegen die Beklagte geltend machen könne. Auch der Kläger zu 2) sei nicht passivlegitimiert, weil er aufgrund des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses des Amtsgerichts O2, aufgrund dessen der Mehrerlös aus diesem Zwangsversteigerungsverfahren gepfändet worden sei, nicht berechtigt sei, Leistung an sich zu verlangen. Eine förmliche Aufhebung des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses sei nicht erfolgt. Die Erklärung in der mündlichen Verhandlung, dass die Pfändungsgläubigerin keine Ansprüche mehr gegen die Kläger habe, sei nicht erheblich. Das erst nach mündlicher Verhandlung erfolgte und nach § 296 a ZPO zurückzuweisende Vorbringen unter Vorlage von Schriftverkehr mit der Pfändungsgläubigerin reiche für die - zweifelsfreie - Annahme eines Verzichts nach § 843 ZPO ebenfalls nicht aus.

Wegen der Einzelheiten der Begründung wird auf die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils verwiesen.

Mit der hiergegen gerichteten Berufung begehren die Kläger Aufhebung des Urteils und Zurückverweisung an das Landgericht, hilfsweise verfolgen sie ihre erstinstanzlichen Anträge in vollem Umfang weiter. Sie rügen, die Entscheidung des Landgerichts stelle im Hinblick auf die Ausführungen zur Aktivlegitimation eine Überraschungsentscheidung dar. Das Gericht habe in der Sitzung keine Zweifel an der Aktivlegitimation und an der Antragstellung geäußert. Hätte das Landgericht einen diesbezüglichen Hinweis erteilt, hätten die Kläger hilfsweise die Zahlung an die Pfändungsgläubigerin verlangt, worauf das Landgericht habe hinwirken müssen. Nunmehr habe die Pfändungsgläubigerin mit Schreiben vom 19.08.2010 (Bl. 137 d.A.) der Beklagten angezeigt, dass die Pfändung erledigt sei und daraus keine Rechte mehr hergeleitet würden.

Auch sei die Klägerin zu 1) aktivlegitimiert, weil die Beklagte aus der Sicht des Leistungsempfängers etwas für die Erfüllung der Schuld beider Kläger aus gemeinsamer Darlehensverpflichtung erhalten habe.

Abschließend erscheine bemerkenswert, dass die Beklagte den bestrittenen Forderungsverkauf mit einer Abtretungserklärung vom 01.07.2010 zu belegen

versuche, einem Termin deutlich nach dem Termin zur mündlichen Verhandlung. Auch dazu sei den Klägern kein rechtliches Gehör gewährt worden.

Die Kläger beantragen sinngemäß,

das Urteil des Landgerichts Frankfurt am Main vom 13.08.2010 (2 - 10 O 1/10) aufzuheben und zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückzuverweisen,

hilfsweise, das Urteil abzuändern und die Beklagte zu verurteilen, an die Kläger 17.317,40 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 25.06.2009 zu zahlen,

hilfsweise, die Beklagte zu verurteilen, an die Kläger 11.086,48 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 25.06.2009 zu zahlen,

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das Urteil des Landgerichts unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrags und führt insbesondere aus, es sei schon wegen des diesbezüglichen Vortrags der Beklagten in ihren Schriftsätzen nicht überraschend, dass das Landgericht seine Entscheidung auf die Rechtswirkung des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses gestützt habe. Dieser sei auch Diskussionspunkt in der mündlichen Verhandlung gewesen. Auf einen Hilfsantrag auf Zahlung an die Pfändungsgläubigerin habe die Beklagte sich auch nicht einlassen müssen, weil es sich insoweit um eine gewillkürte Prozessstandschaft gehandelt hätte. Die in der mündlichen Verhandlung vorgebrachte Behauptung über das Nichtbestehen von Forderungen der Pfändungsgläubiger gegen die Kläger sei verspätet gewesen, überdies unerheblich, weil nicht ausreichend, um die Rechtswirkungen des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses zu beseitigen. Auch die nunmehr vorgelegte Erklärung vom 19.08.2010 reiche nicht aus. Es müsse eine Aufhebung durch das Vollstreckungsgericht erfolgen.

Nach Hinweis des Senats vom 02.03.2011 (Bl 152 f. d. A.) hat die Beklagte eine neue Berechnung der Vorfälligkeitsentschädigung auf den Zeitpunkt der Kündigung hin unter Zugrundelegung von Bundesbankkrediten vorgelegt, die den ursprünglich von der Beklagten ermittelten Schadensbetrag um 531,12 € auf 15.783,29 € verringert (Anlage BE 1, Bl. 200 d. A.) sowie deren Inhalt näher erläutert. Die so ermittelte Forderung der Beklagten im Hinblick auf Kapital und Vorfälligkeitsentschädigung (232.133,94 €) führe zuzüglich der Rückstände bei Kündigung (23.502,71 €), der Verzugszinsen bis zum 31.07.2006 (15.092,93 €) sowie der Reisekosten (183,24 €) zu einer Summe von 271.712,82 €, was den in der Zwangsvollstreckung vereinnahmten Betrags von 270.026,55 € übersteige. Wegen der Einzelheiten des Vortrags wird auf den Schriftsatz der Beklagten vom 21.04.2011, S. 4 ff. (Bl. 165 ff. d. A.) verwiesen.

Zudem hat die Beklagte auf den genannten Hinweis des Senats hin eine Schadensberechnung auf den Zeitpunkt der tatsächlichen Rückzahlung vorgelegt (Anlage BE 3, Bl. 213 d. A.) und deren Inhalt näher erläutert. Im Zuge dessen hat sie

eine ihr am 31.07.2006 zustehende Gesamtforderung von 266.437,63 € ermittelt (planmäßiges Kapital bei Rückzahlung: 211.015,25 €; Vorfälligkeitsentschädigung: 4.643,49 €; Monatsraten ab Kündigung bis 31.07.2006: 24.883,72 €; Verzugszinsen auf die Monatsraten: 748,06 €; Rückstände bei Kündigung: 23.502,71 €; Verzugszinsen auf die Rückstände nach Kündigung: 1.461,16 €; Reisekosten 183,24 €). Unter Zugrundelegung eines in der Zwangsvollstreckung vereinnahmten Betrags von 270.026,55 € ergebe sich eine Überzahlung von 3.588,92 €. Wegen der Einzelheiten des diesbezüglichen Vortrags wird auf den Schriftsatz der Beklagten vom 21.04.2011, S. 31 ff. (Bl. 193 ff. d. A.) verwiesen.

Zur Rechtfertigung ihrer auf den Zeitpunkt der Kündigung angestellten Berechnung trägt sie vor, dass es in Bezug auf die Höhe der Vorfälligkeitsentschädigung zunächst gar nicht absehbar sei, welche Berechnung günstiger sei. Die vorherige Berechnung sichere den Darlehensnehmer auch ab; nur wenn er dann feststelle, dass eine spätere besser gewesen wäre, würde er Neuberechnung verlangen. Der Darlehensnehmer könne die Berechnung auch nicht jahrelang unwidersprochen hinnehmen, um nachträglich den vorteilhaften Berechnungszeitpunkt zu ermitteln. Ziel der Berechnung auf den Rückzahlungstermin dürfe auch nicht sein, dem Schadensersatzverpflichteten eine Spekulationsmöglichkeit zu Lasten des Berechtigten einzuräumen. Es gebe aber sogar eine gewisse Wahrscheinlichkeit für einen geringeren Schadensbetrag bei Abrechnung auf den Zeitpunkt der Kündigung.

Hinsichtlich der Verzugszinsproblematik trägt die Beklagte vor, es sei gleichgültig, ob die Forderung ab Kündigungszeitpunkt mit Verzugszins belegt werde oder die Verzinsung integraler Teil der Schadensberechnung sei. Die rechnerischen Ergebnisse seien identisch, weil die Aufzinsung oder die Verzinsung gerade mit dem nach der Formel Basiszinssatz zzgl. 2,5%-Punkte ermittelten Verzugszinssatz durchgeführt werde. Ab Kündigung sei der Darlehensnehmer in Verzug mit der Gesamtrestforderung. Die auf den Kündigungszeitpunkt abgezinsten Barwerte dürften bis zur Zahlung mit Verzugszinsen belegt werden, ohne gegen das Verbot der Doppelverzinsung zu verstoßen. Es würden nur Verzugszinsen auf die Barwerte der Kapitalforderung und der Zinsen verlangt, nicht auf das gesamte Darlehenskapital und die gesamten Vertragszinsen.

Gegen die Berechnung der Vorfälligkeitsentschädigung auf den Tag des Geldeingangs wendet die Beklagte ein, mit der späteren Abrechnung werde ein Teil des Schadens ausgeblendet, nämlich die vertraglichen Zinsleistungen ab Kündigung, die Teil der Vorfälligkeitsentschädigung seien. Das widerspreche auch den Grundsätzen des Pfandbriefrechts.

Mit dem berechtigten Interesse der Bank an einem Verkauf notleidender Darlehen sei es nicht zu vereinbaren, wenn die Forderung nicht bezifferbar gemacht würde. Dies widerspreche auch dem Recht des Sicherungsnehmers, sich über den Verkauf wegen der fälligen Forderung vollständig aus der Sicherheit zu befriedigen. Mit der Kündigung entstünden sofort fällige Schadensersatzansprüche, die einklagbar und veräußerbar seien und wegen derer in Sicherheiten vollstreckt werden könne. Dem Geschädigten würde eine endgültige Bewertung des Anspruchs untersagt und die eigentlich nicht mehr bestehende Tilgungsstruktur des Darlehens müsse IT-mäßig weiter gepflegt werden, nur um bei Zahlungseingängen die Neuberechnung der jeweiligen Vorfälligkeitsentschädigung durchführen zu können. Diese Vorkehrungen müsste dann auch ein Käufer der Forderung treffen, weshalb sich der Verwertungserlös deutlich verringern würde.

Bei einer Sicherheit durch Bürgschaft würde die Bank die sofort abzurechnende Forderung erhalten, so dass die spekulative Position beim Bürgen liegen würde. Die gleiche Konstellation ergebe sich beim Gesamtschuldnerregress.

Es würden vermeidbare Kosten produziert, z.B. bei Rückzahlung nicht in einem Betrag sondern im Rahmen der Zwangsverwaltung aus Mieteinnahmen, die in die Kalkulation der Produkte einfließen.

Die Bank dürfe den Darlehensnehmer auch nicht dem Risiko der Erhöhung der Vorfälligkeitsentschädigung aussetzen. Seine Stellung gleiche der eines Stillhalters in einem Zinsswap mit Optionsrecht zugunsten der Bank.

Bei einem Forderungsverkauf - wie vorliegend - werde die Höhe des Schadens schon durch besondere Umstände endgültig festgelegt, womit die Schadensentwicklung abgeschlossen sei. Das könne dem Darlehensgeber nicht verwehrt werden. Der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH WM 1974,391) sei zu entnehmen, dass in dem Fall, in dem der Geschädigte den für die Naturalrestitution erforderlichen Geldbetrag verlange, sich der erforderliche Geldbetrag verändern könne. Wenn er allerdings entgangenen Gewinn verlange, werde der Schaden nach Abschluss des schädigenden Ereignisses endgültig berechnet. Im vorliegenden Fall habe die Beklagte den abgerechneten Zinsschaden verlangt, so dass eine endgültige Abrechnung vorzunehmen gewesen sei.

Auch setze eine Vollstreckung in die gewährten Sicherheiten eine zuverlässige Bestimmung der Forderungshöhe voraus, wozu die Vorfälligkeitsentschädigung bekannt sein müsse, auch gerade wenn mehrere dingliche Gläubiger beteiligt seien. Eine Titulierung der konkreten Forderung sei somit niemals möglich.

Letztlich sei ein etwaiges Recht der Kläger auf Nachberechnung verwirkt, nachdem sie die Abrechnung der darlehensgebenden Bank aus dem Jahr 2004 über Jahre hinweg unwidersprochen gelassen hätten.

Im Übrigen sei die abrechnungstechnische Frage, auf welchen Zeitpunkt die Berechnung abzustellen sei, für die gleichgelagerten Fälle des Finanzierungsleasings bereits vom Bundesgerichtshof entschieden worden. Danach sei auf den Kündigungszeitpunkt abzuzinsen und die nachfolgende Verzinsung des abgezinsten Ergebnisses auf den Zahlungszeitpunkt mit dem Verzugszinssatz vorzunehmen.

Wegen des zweitinstanzlichen Sach- und Streitstands im Übrigen wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

II.

Die Berufung der Kläger ist form- und fristgerecht eingelegt sowie begründet worden. Sie hat jedoch in der Sache keinen Erfolg.

1. Dabei war bei verständiger Würdigung des Parteivortrags zunächst davon auszugehen, dass die Kläger - worauf sie in der mündlichen Verhandlung hingewiesen worden sind - keinen Haupt- und Hilfsantrag im eigentlichen Sinne stellen wollten, sondern es sich bei dem Hilfsantrag vielmehr um eine Hilfsbegründung handeln sollte, die zu einer geringeren Anspruchshöhe führt.

2. Allerdings hat das Landgericht hinsichtlich der Klägerin zu 2) zu Unrecht angenommen, es fehle ihr an der Aktivlegitimation. Denn der Versteigerungserlös, soweit er nicht der Beklagten zusteht, steht nicht allein dem Kläger zu 1) als Eigentümer zu, so dass die Beklagte nicht nur zu Lasten des Klägers zu 1), sondern auch zu Lasten der Klägerin zu 2) etwas ohne Rechtsgrund erlangt hätte.

Grundsätzlich kann bei der Grundstückszwangsversteigerung im Umfang eines Rückgewähranspruchs hinsichtlich der Grundschuld der Sicherungsgeber vom Sicherungsnehmer (Beklagten) Herausgabe des Erlöses bzw. Übererlöses verlangen (BGHZ 155, 63 ff.; Palandt/Bassenge, 70. Aufl. 2011, § 1191, Rn. 32). Der Sicherungsgeber hat einen durch den Wegfall des Sicherungszwecks aufschiebend bedingten Anspruch auf Rückgewähr der Grundschuld, der sich in der Zwangsversteigerung bei einer teilweise nicht mehr valutierenden Grundschuld am Übererlös fortsetzt (BGH, Urteil vom 11.10.1995, XII ZR 62/94). Dabei ist in der Regel davon auszugehen, dass der Schuldner der zu sichernden Forderung auch dann Sicherungsgeber (und damit auch Rückgewährschuldner) sein soll, wenn die Grundschuld auf einem Grundstück lastet, welches einem Dritten gehört. Da er dem Gläubiger die Grundschuld durch entsprechende schuldrechtliche Abreden mit dem Dritten beschafft, soll der Schuldner sie nach Tilgung der Darlehensschuld auch wieder bekommen (BGH, Urteil vom 20.11.2009, V ZR 68/09, Rn. 14; vgl. auch Urteil vom 25.11.1968, III ZR 134/66; Clemente, Recht der Sicherungsgrundschuld, 4. Aufl. 2008, Rn. 293 f.; Palandt/Bassenge, 70. Aufl. 2011, § 1191, Rn. 16; a. A. Gaberdiel Gladenbeck, Kreditsicherung durch Grundschulden, 9. Aufl. 2011, Rn. 645 m.w.N. zu abweichenden Meinungen in der Literatur). Vorliegend bedeutet das, dass im Zweifel - hier ist nichts anderes vorgetragen - auch die Klägerin zu 2) Sicherungsgeberin ist. Soweit die Grundschuld ihr zurückzugeben wäre, weil sie nicht mehr valutiert bzw. - wie hier - nicht mehr für einen bestimmten Betrag zur Sicherheit dient, ist sie bzw. der Übererlös aus ihr auch an die Klägerin zu 2) als Sicherungsgeberin herauszugeben.

3. Den Klägern fehlt es - entgegen der Auffassung des Landgerichts - auch nicht deshalb an der Aktivlegitimation, weil der Übererlös noch mit dem Pfändungs- und Überweisungsbeschluss belastet wäre. Abgesehen davon, dass sie sodann ihren Antrag umstellen und Zahlung an die Pfändungsgläubigerin verlangen könnten (BGHZ 114, 138, 141, 147, 225), wozu eine Ermächtigung der Pfändungsgläubigerin nicht erforderlich wäre, da die Kläger noch Inhaber der Forderung sind, hat aber jedenfalls nunmehr die Pfändungsgläubigerin wirksam auf die Rechte aus dem Pfändungs- und Überweisungsbeschluss verzichtet (§ 843 ZPO). Dies ergibt sich aus dem Schreiben vom 19.08.2010, das jedenfalls mit der Berufungsbegründung der Beklagten auch zugestellt worden ist. Dessen Vorlage ist auch nicht verspätet, weil sein Inhalt unstrittig ist und unstrittiger neuer Vortrag auch in der Berufung noch beachtlich ist (Zöller/Heßler, ZPO, 28. Aufl. 2010, § 531 Rn. 20 m.w.N. zu ständigen Rechtsprechung).

4. Soweit die Kläger mit ihrem „Hauptantrag“ zunächst geltend machen, die Beklagte habe den Betrag nicht Beitreiben dürfen, weil sie zum Zeitpunkt der Zwangsversteigerung die Forderung bereits verkauft und diese zu ihren Gunsten nicht mehr bestanden habe, kann sie damit nicht durchdringen. Denn die Beklagte war als Treuhänderin für die neue Gläubigerin weiter zur Geltendmachung berechtigt. Dies ist den Klägern mit Schreiben vom 23.02.2005 (Bl. 24 d. A.) auch angezeigt worden. Soweit die Kläger (Schriftsatz vom 20.05.2010, S. 9, Bl. 71 d. A.) bestreiten, dass die Darlehensforderung verkauft worden ist, ist dies in diesem Zusammenhang schon deshalb unerheblich, weil die Beklagte dann selbst und nicht nur als Treuhänderin ihre Ansprüche geltend machen könnte. Im Übrigen hat die Beklagte ein Schreiben vom 01.07.2010 vorgelegt, das sowohl die Unterschrift der Treuhänderin der Zessionarin als auch der Zedentin trägt. Den Inhalt dieses Schreibens, das die Beklagte noch innerhalb nachgelassener Frist nach mündlicher Verhandlung

eingereicht hat, haben die Kläger (Schriftsatz vom 01.12.2010, S. 5, Bl. 142 d. A.) nicht substantiiert bestritten, sondern lediglich dargelegt, dass die Forderung vor dem Datum des Schreibens offenbar noch nicht verkauft oder abgetreten gewesen sei, was aber ausweislich des Schreibens gerade nicht der Fall war. Denn es beinhaltet die Bestätigung, dass der Kauf- und Abtretungsvertrag bereits am ...2005 stattgefunden hat. Das inhaltlich nicht ausreichend bestrittene Schreiben bestätigt auch, dass die Abtretungsempfängerin bzw. Forderungskäuferin in die Sicherungsabrede eingetreten ist, so dass die Beklagte als Treuhänderin der Zessionarin auch die Grundschild verwerten konnte (vgl. insoweit BGH, Urteil vom 30.03.2010, XI ZR 200/09).

5. Soweit die Kläger trotz Bestreitens der Abtretung geltend machen, es könne keine Vorfälligkeitsentschädigung durch eine Nichtbank verlangt werden, weil diese keine Ersatzgeschäfte durch Neuausleihungen oder der Anlage in Hypothekendarlehen tätige und keinen künftigen Schaden aus eigenem Recht geltend machen könne, können sie auch damit nicht gehört werden. Die Beklagte hat vor dem Verkauf und der Abtretung das streitgegenständliche Darlehen wegen der Pflichtverletzung der Kläger gekündigt (Schreiben vom 07.12.2004, Anlage K 1). Damit hat sie einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung (§ 280 BGB) hinsichtlich des Schadens erlangt, der durch die vorzeitige Rückzahlung des Darlehens entstehen wird. Dieser Schadensersatzanspruch ist bereits mit der Kündigung entstanden und mit Schreiben vom 07.12.2004 gegen die Kläger geltend gemacht worden. Insoweit die Beklagte die „Forderungen“ und Sicherheiten gegen die Kläger auf die E übertragen hat (s. Schreiben vom 23.02.2005, Bl. 24 d. A., und vom 01.07.2010, Bl. 97 d. A.), ist davon auszugehen, dass sie auch ihre Schadensersatzforderung abgetreten hat, die sie auch bereits berechnet und gegen die Kläger geltend gemacht hat. Darauf, ob die Zessionarin einen Schaden hätte, kommt es nicht an. Soweit die Kläger die Abtretung auch der Schadensersatzforderung bestreiten, stünde sie weiterhin der Beklagten zu, so dass sie ebenfalls einen Rechtsgrund zum Behaltendürfen hätte.

6. Die Kläger haben auch keinen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung oder aus einem anderen rechtlichen Gesichtspunkt gegen die Beklagte, weil diese ihre Forderung, die ihr nach erfolgter Kündigung zustand, falsch berechnet und daher ohne Rechtsgrund einen zu hohen Betrag des Versteigerungserlöses von insgesamt 270.026,55 € vereinnahmt hat.

Die Beklagte hat nach Hinweis des Senats vom 02.03.2011 eine nachvollziehbare Berechnung ihrer Forderung zu den Akten gereicht, nach der ihr ein Betrag von 271.712,82 € gegen die Kläger zustand. Die mathematische Richtigkeit der sich im Einzelnen ergebenden Beträge und angewandten Formeln haben die Kläger nicht substantiiert angegriffen. Nach Abzug der nach Auffassung des Senats nicht geschuldeten „weiteren Kosten“ bzw. Reisekosten in Höhe von insgesamt 183,24 € (dazu noch unten) ergibt sich immer noch eine Forderung in einer den aus der Zwangsversteigerung vereinnahmten Betrag übersteigenden Höhe, so dass kein Raum für einen Anspruch der Kläger auf einen Übererlös ist.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGHZ 136, 161, 168 ff.; 146, 5, 10; 161, 196 ff.) kann eine Bank den Schaden, der ihr durch die Nichtabnahme oder durch die vorzeitige Ablösung des Darlehens entsteht, sowohl nach der Aktiv-Aktiv-Methode als auch nach der Aktiv-Passiv-Methode berechnen. Bei der von der Beklagten gewählten Aktiv-Passiv-Methode stellt sich der finanzielle Nachteil des Darlehensgebers als Differenz zwischen den Zinsen, die der Darlehensnehmer bei Abnahme des Darlehens und vereinbarungsgemäßer Durchführung des Vertrages tatsächlich gezahlt hätte, und der Rendite dar, die sich aus einer laufzeitkongruenten Wiederanlage der freigewordenen Beträge in sicheren Kapitalmarkttiteln ergibt. Der

Differenzbetrag ist um ersparte Risiko- und Verwaltungskosten zu vermindern und auf den Zeitpunkt der Leistung der Vorfälligkeitsentschädigung abzuzinsen (BGHZ 136, 161, 171; 146, 5, 10 f.; 161, 196 ff.). Der Bundesgerichtshof hat ferner ausgesprochen, dass die Schadensberechnung nach der Cash-Flow-Methode zu erfolgen hat und dabei die Rendite einer laufzeitkongruenten Wiederanlage in Hypothekendarlehen zugrunde zu legen ist, die der Kapitalmarktstatistik der Deutschen Bundesbank entnommen werden kann (BGHZ 146, 5, 11 ff.). Die dargelegten Grundsätze gelten auch, wenn - wie hier - die Bank einen Darlehensvertrag mit fester Laufzeit wegen Vertragsverletzung des Darlehensnehmers vorzeitig kündigt (BGHZ 133, 355). Die von der Beklagten vorgelegte Berechnung entspricht diesen Vorgaben.

a) Dabei ist der Senat der Auffassung, dass die von der Beklagten vorgenommene Berechnung der Vorfälligkeitsentschädigung auf den Kündigungszeitpunkt entgegen der Auffassung der Kläger nicht zu beanstanden ist.

Zwar ist nach wohl überwiegender Meinung in der Literatur die Vorfälligkeitsentschädigung grundsätzlich ab Geldeingang zu berechnen (Bruchner/Krepold in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechtshandbuch, 3. Aufl. 2007, § 79, Rn. 96 - 98; Wehrt WM 2004, 401, 408; Jauernig/Mansel, BGB, 13. Aufl. 2009, § 490 Rn. 12; MünchKommBGB/K.P. Berger, 5. Aufl. 2008, § 490 Rn. 35), was vor allem deshalb für sachgerecht gehalten wird, um die Gefahr einer Über- bzw. Unterkompensation des Darlehensgebers zu vermeiden (so Wehrt a. a. O.; K. P. Berger a. a. O.; auch OLG Frankfurt, Urteil vom 13.04.2011, 23 U 386/09, Rn. 59, zitiert nach juris). Nur soweit eine zweite Zinsschadenskalkulation bei tatsächlicher Rückzahlung gemacht wird, könne der Stichtag für die Vorfälligkeitsentschädigung auf den Kündigungszeitpunkt gelegt werden (so Wehrt a. a. O.). Allerdings werden auch andere Modelle für zulässig gehalten (vgl. bei Bruchner/Krepold a. a. O. Rn. 101, 110, wohl nur für den Fall der Vereinbarung eines Rückzahlungstermins; Wimmer/Rösler WM 2005, 1873, 1880, wohl nur für den Fall einer einvernehmlichen Lösung).

Dabei spricht allerdings nicht - wie die Beklagte meint - schon das Argument der mangelhaften Praktikabilität oder der entstehenden höheren Kosten, die letztlich auf den Kunden umgelegt werden, gegen die Berechnung der Vorfälligkeitsentschädigung auf den Rückzahlungszeitpunkt, beispielweise weil insoweit eine zweite Berechnung angestellt werden muss, das Darlehen trotz nicht mehr bestehender Tilgungsstruktur datentechnisch weiter gepflegt werden müsste oder wenn die Rückzahlung nicht in einem Betrag erfolgt wie bei der Zwangsverwaltung aus Mieteinnahmen. Selbst der nachvollziehbare und berechtigte Einwand der Erschwerung des zulässigen Verkaufs von Darlehensforderungen ist nicht allein durchgreifend.

Entscheidend ist vielmehr, dass mit der Kündigung die vertraglichen Zahlungsansprüche auf Zinszahlung entfallen und diesbezüglich ein Schadensersatzanspruch gemäß § 280 BGB entsteht, d.h. ein Anspruch auf die sog. Vorfälligkeitsentschädigung, der sofort fällig ist (§ 271 BGB). Damit darf die Beklagte ihren Schaden auch sofort berechnen, wobei sie unter Anwendung von § 252 S. 2 BGB im Rahmen einer abstrakten Schadensberechnung (zur Anwendbarkeit des § 252 BGB auf die Vorfälligkeitsentschädigung vgl. BGH, Urteil vom 01.07.1997, XI ZR 267/96, Rn. 31, zitiert nach juris = BGHZ 136, 161 ff.) zu diesem Zeitpunkt den entgangenen Gewinn verlangen kann, welcher nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge oder den besonderen Umständen, insbesondere den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen, mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte, was die Beklagte mit ihrer Berechnung auf den Kündigungszeitpunkt unter Zugrundelegung des zu diesem Zeitpunkt geltenden Marktzinnsniveaus getan hat. Würde die Bank nicht von

ihrem Recht Gebrauch machen, die Sicherheit zu verwerten, könnte sie auch sofort klagen, wobei die Forderung auf den Zeitpunkt der Kündigung zu berechnen wäre, und könnte daneben Verzugs- und Rechtshängigkeitszinsen verlangen. Die Frage des Geldeingangs spielte in diesem Fall keine Rolle. Dass die Bank abweichend davon eine andere Berechnung vornehmen soll, wenn sie - wegen des Vertragsverstoßes des Darlehensnehmers - auch noch aufwändige Maßnahmen der Sicherheitenverwertung betreiben muss und sich dadurch der Rückzahlungszeitpunkt verzögert, ist sachlich nicht zu begründen. Hinzu kommt, dass der vertragswidrig handelnde Darlehensnehmer durch die Berechnung auf den Rückzahlungszeitpunkt die Chance erhalte, dass die Vorfälligkeitsentschädigung geringer ausfällt, und so im Ergebnis besser gestellt wäre, als der Darlehensnehmer, der die ihm berechnete Vorfälligkeitsentschädigung sogleich bezahlt.

Der Senat verkennt nicht, dass die Höhe der Vorfälligkeitsentschädigung grundsätzlich so zu bemessen ist, dass der Darlehensgeber durch die Kreditablösung im Ergebnis finanziell weder benachteiligt noch begünstigt wird (BGH, Urteil vom 01.07.1997, XI ZR 267/96, Rn. 18, zitiert nach juris = BGHZ 136, 161 ff.). Vorliegend zeigt die auf Hinweis des Senats hin angefertigte Berechnung der der Beklagten gegenüber den Klägern zustehenden Forderung auf den tatsächlichen Rückzahlungszeitpunkt, dass an die Kläger ein weiterer Betrag von 3.588,92 € auszukehren wäre. Hierbei handelt es sich jedoch nicht um eine generell mit der Abrechnung auf den Kündigungszeitpunkt verbundene Schlechterstellung des Darlehensnehmers, sondern um eine von der Entwicklung des Finanzmarks abhängige Veränderung der Anlagemöglichkeiten, die sich ebenso zu seine Gunsten hätte auswirken können. Die Möglichkeit, dass die Schadenshöhe je nach Berechnungszeitpunkt variieren kann, rechtfertigt es jedoch nicht, dem Darlehensgeber eine Abrechnung bezogen auf den Zeitpunkt der Entstehung des Schadensersatzanspruchs zu verwehren. Im Übrigen ist auch im Rahmen des § 249 BGB zum Sachschaden anerkannt, dass eine vom Geschädigten gewählte fiktive Schadensberechnung, beispielsweise bei der Berechnung des Schadens auf Gutachtenbasis, auch dann zulässig bleibt, wenn der tatsächlich entstandene Aufwand für die Beseitigung des Schadens erheblich geringer ist als der geschätzte Betrag (vgl. etwa BGH, Urteil vom 20.06.1989, VI ZR 334/88).

b) Die Beklagte hat auch zu Recht Verzugszinsen auf die auch die Vorfälligkeitsentschädigung umfassende Gesamtrestforderung in Höhe von 232.133,94 € für den Zeitraum ab Kündigung geltend gemacht. Dass Verzug nicht bereits mit Kündigung eingetreten ist, haben die für die Umstände, aus denen sich ein Rückforderungsanspruch aus § 812 BGB ergibt, darlegungs- und beweispflichtigen Kläger nicht dargetan; der Verzugseintritt ist aber im Übrigen zu diesem Zeitpunkt sowohl im Hinblick auf den anhaltenden Zahlungsverzug als auch auf die bereits angeordnete Zwangsversteigerung gemäß § 286 Abs. 2 Nr. 3 BGB anzunehmen. Die Kläger schulden Verzugszinsen für das im Kündigungszeitpunkt fällige, nicht gezahlte Kapital sowie die zu diesem Zeitpunkt fällige Vorfälligkeitsentschädigung (vgl. auch Wehrt, WM 2004, 401 ff., 407; Bruchner/Krepold a. a. O. Rn. 104). Ein Verstoß gegen das Verbot der Doppelverzinsung liegt nicht vor, da die Beklagte nur Verzinsung der gerade auf den Kündigungszeitpunkt abgezinsten Beträge verlangt.

c) Soweit die Kläger die in der Berechnung abgezogenen ersparten Verwaltungskosten mit nur 5 € pro Monat, mithin 60 € im Jahr, einbezogen wissen wollen, kann dem nicht gefolgt werden. Ersparte Verwaltungsaufwendungen sind als absolute, von der Darlehenssumme unabhängige Beträge anzusetzen und der Höhe nach der Schätzung gemäß § 287 ZPO zugänglich (BGH, Urteil vom 07.11.2000, XI ZR 27/00, Rn. 45, zitiert nach juris = BGHZ 146, 5 ff.). Der Senat hält die von der Klägerin angesetzten 30 €, die innerhalb des üblichen Rahmens von 30 - 60 € liegen

(Bruchner/Krepold in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechtshandbuch, 3. Aufl. 2007, § 79, Rn. 82 m.w.N.) für angemessen, insbesondere angesichts des Umstands, dass es sich um ein gewöhnliches Privatkundendarlehen handelte, bei dem der Zahlungsverkehr per Lastschriftverfahren erfolgte (siehe Einzugsermächtigung Bl. 75 d. A.).

d) Das entfallende Risiko ist mit einem Risikokostenabschlag von 0,1% in der Berechnung der Beklagten ausreichend berücksichtigt. Entgegen der Auffassung der Kläger hat die Beklagte ausweislich ihrer Vorfälligkeitsberechnung nicht etwa nur 0,02 % berechnet. Zu berücksichtigen ist, dass der Risikokostenabschlag nach den Risiken des konkreten Vertrags zu berechnen und gemäß § 287 ZPO zu schätzen ist (BGH, Urteil vom 07.11.2000, XI ZR 27/00, Rn. 45, zitiert nach juris = BGHZ 146, 5 ff.). Dabei sind in die Schätzung das allgemeine Rückzahlungsrisiko, der Beleihungsgrad und die persönliche Kreditwürdigkeit (Bruchner/Krepold in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechtshandbuch, 3. Aufl. 2007, § 79, Rn. 75; ausführlich Wehrt WM 2004, 401, 405) einzustellen. Von der Rechtsprechung anerkannt sind Abschläge für das entfallene Risiko in Höhe von 0,014% - 0,1% (Bruchner/Krepold in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechtshandbuch, 3. Aufl. 2007, § 79, Rn. 76 m. w. N.). In Anbetracht des Umstands, dass die Beklagte erstrangig grundbuchlich gesichert war und es sich um eine marktgängige Immobilie gehandelt hat, die ihren Beleihungswert in der Zwangsversteigerung erbracht hat, so dass sogar ein Übererlös entstand, und Anhaltspunkte für eine schlechte Bonität der Kläger weder dargetan noch ersichtlich sind, ist der von der Beklagten mit 0,1% angesetzte Risikokostenabschlag angemessen.

e) Die Beklagte hat - jedenfalls in ihrer Neuberechnung - zulässigerweise als Berechnungsgrundlage die „Wiederanlagerendite der Kapitalmarktstatistik der Deutschen Bundesbank“ verwendet (vgl. BGH, Urteil vom 30.11.2004, XI ZR 285/03, Rn. 16 ff., zitiert nach juris = BGHZ 161, 196 ff.).

f) Die Beklagte darf - entgegen der Auffassung der Kläger - auch ein Bearbeitungsentgelt fordern, das grundsätzlich als absoluter Betrag anzusetzen und dessen Höhe gemäß § 287 ZPO zu schätzen ist (BGH, Urteil vom 07.11.2000, XI ZR 27/00, Rz. 42, zitiert nach juris = BGHZ 146, 5 ff.). Die in die erste Berechnung der Beklagten vom 07.12.2004 in Rechnung gestellten 150 € sind nicht zu beanstanden. Sie liegen noch unter der von der Rechtsprechung bisher nicht beanstandeten Höhe der Bearbeitungskosten (250 - 400 €; vgl. die Nachweise bei Bruchner/Krepold in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechtshandbuch, 3. Aufl. 2007, § 79, Rn. 88 m. w. N.).

Allerdings macht die Beklagte diese ausweislich der auf den Hinweis des Senats gefertigte Berechnung wohl gar nicht mehr geltend; die zu Recht in die Berechnung eingestellte/einzustellende Bearbeitungsgebühr würde die - zuletzt berechnete - Gesamtforderung der Beklagten auch nur erhöhen.

g) Die Kläger beanstanden allerdings zu Recht, dass die Beklagte ihnen Reisekosten (insgesamt 183,24 €) berechnet hat. Zwar trägt der Bereicherungsgläubiger für die Rechtsgrundlosigkeit der Zahlung die Darlegungs- und Beweislast. Hier aber müsste die Beklagte im Wege der sekundären Darlegungslast zumindest vortragen, worauf die Einstellung dieser Posten beruht. Substantiiertes Vortragen von Seiten der Beklagten ist nicht ersichtlich, worauf die Beklagte in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat auch hingewiesen worden ist. Da aber - wie oben ausgeführt - der Beklagten ohnehin eine weit höhere Forderung gegen die Kläger zusteht, als sie Beträge aus der Zwangsversteigerung vereinnahmt hat, können die Beklagten diese nicht einfordern.

h) Da die der Beklagten bei Kündigung gegen die Kläger zustehende Gesamtforderung den einbehaltenen Zwangsversteigerungserlös noch übersteigt, ist auch kein Raum mehr für eine etwaige Aufrechnung der Beklagten.

Der nicht nachgelassene Schriftsatz der Beklagten vom 31.10.2011 enthält keinen entscheidungserheblichen neuen Tatsachenvortrag, so dass kein Anlass für eine Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung bestand (§ 156 ZPO).

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 ZPO. Der Ausspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit hat seine Grundlage in §§ 708 Nr. 10, 711, 709 S. 2, 108 ZPO.

Der Senat lässt die Revision im Hinblick darauf zu, dass die Berechnungsweise der Vorfälligkeitsentschädigung im Hinblick auf den Anknüpfungszeitpunkt höchstrichterlich noch nicht geklärt ist, zudem der 23. Zivilsenat des OLG Frankfurt in seinem Urteil vom 13.04.2011 (23 U 386/09) diese Frage anders als der erkennende Senat beurteilt hat (§ 543 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 ZPO).

