BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XI ZR 219/04

Verkündet am:
25. April 2006
Weber
Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

VerbrKrG §§ 3 Abs. 2 Nr. 2, 6 Abs. 2 Satz 1, 9 (Fassung bis 30. September 2000); BGB §§ 171, 172

a) Ein Realkreditvertrag im Sinne des § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG liegt bei einer kreditfinanzierten Immobilienfondsbeteiligung ebenso wie bei einem finanzierten Grundstücksgeschäft auch dann vor, wenn der Erwerber ein Grundpfandrecht nicht selbst bestellt, sondern ein bestehendes (teilweise) übernimmt (Abweichung von BGHZ 159, 294, 307 f.; Fortsetzung von BGHZ 161, 15, 26 f.).

b) Die Anwendung der §§ 171, 172 BGB zugunsten der Kredit gebenden Bank wird bei einer kreditfinanzierten Immobilienfondsbeteiligung ebenso wie bei einem finanzierten Grundstücksgeschäft auch in den Fällen nichtiger Vollmacht des gegen das Rechtsberatungsgesetz verstoßenden Treuhänders durch die Regeln über das verbundene Geschäft im Sinne des § 9 VerbrKrG nicht ausgeschlossen oder eingeschränkt (Abweichung von BGHZ 159, 294, 300 ff.; Fortsetzung von BGHZ 161, 15, 24 ff.).

c) Für die Anwendung des § 172 BGB ist ausreichend, dass die dem Vertreter ausgehändigte Vollmachtsurkunde dem Vertragspartner vorgelegt wird. Es

kommt nicht darauf an, ob diesen der Rechtsschein des Urkundenbesitzes zum Geschäftsabschluss veranlasst hat.

d) Die Durchschrift einer vom Vollmachtgeber mittels eines Durchschreibesatzes erstellten Vollmacht kann eine Originalurkunde im Sinne des § 172 BGB sein.

e) Ein wegen fehlender Gesamtbetragsangabe nichtiger Darlehensvertrag wird gemäß § 6 Abs. 2 Satz 1 VerbrKrG gültig, wenn dem Kreditnehmer die Darlehensvaluta nicht direkt zugeflossen, sondern vertragsgemäß unmittelbar an einen Treuhänder zwecks Erwerbs eines Fondsanteils ausgezahlt worden ist. Das gilt auch dann, wenn Darlehensvertrag und Fondsbeitritt ein verbundenes Geschäft gemäß § 9 Abs. 1 VerbrKrG darstellen (Abweichung von BGHZ 159, 294 ff., BGH, Urteile vom 14. Juni 2004 - II ZR 407/02, WM 2004, 1536 ff. und vom 21. März 2005 - II ZR 411/02, WM 2005, 843 ff.).

f) Zur Auslegung eines formularmäßigen Zeichnungsscheins.

BGH, Urteil vom 25. April 2006 - XI ZR 219/04 - OLG München
LG München I

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 7. Februar 2006 durch den Vorsitzenden Richter Nobbe, den Richter Dr. Joeres, die Richterin Mayen sowie die Richter Dr. Ellenberger und Prof. Dr. Schmitt

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 19. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 17. Juni 2004 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Landgerichts München I, 28. Zivilkammer, vom 23. September 2003 auch hinsichtlich der abgewiesenen Zahlungsklage zurückgewiesen worden ist.

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

Im Übrigen wird die Revision der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Tatbestand:

1 Die Klägerin begehrt die Rückabwicklung eines Darlehens, das ihr die beklagte Bank zur Beteiligung an einem Immobilienfonds gewährt hat.

2 Die Klägerin, eine damals 46 Jahre alte Krankenpflegehelferin, wurde im Jahr 1994 von einer Vermittlerin geworben, sich zur Steuerersparnis an dem in Form einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts betriebenen geschlossenen Immobilienfonds "Ä. GbR" (nachfolgend: GbR) zu beteiligen. Am 4. März 1994 unterzeichnete sie einen als Durchschreibesatz gestalteten formularmäßigen Zeichnungsschein, mit dem sie die D. Treuhand- und Steuerberatungsgesellschaft mbH (nachfolgend: Treuhänderin) beauftragte, für sie den Beitritt zu der GbR mit einer Einlage von 50.000 DM zu bewirken, ihr den Abschluss eines im Fondsprospekt abgedruckten Treuhandvertrages anbot und sich verpflichtete, eine ihr mit der Unterzeichnung des Scheins überreichte Vollmacht notariell beglaubigen zu lassen. Weiter erteilte sie in dem Zeichnungsschein "dem Treuhänder ausdrücklich Vollmacht", sowohl für die Gesellschaft als auch für die einzelnen Gesellschafter die erforderlichen Finanzierungskredite aufzunehmen, Konten zu eröffnen und über Eigen- und Fremdmittel zu verfügen.

3 Die Treuhänderin, die über eine Erlaubnis nach dem Rechtsberatungsgesetz nicht verfügte, nahm das Angebot auf Abschluss des Treuhandvertrages am 21. März 1994 an. Der Vertrag enthielt u.a. ihre Bevollmächtigung, für die Gesellschaft und die einzelnen Gesellschafter alle Verträge abzuschließen, die mit dem Erwerb der Immobilie, der Fi-

nanzierung, Beratung und Betreuung des Gesellschafters und seiner Beteiligung sowie der Vermietung des Objekts zusammenhingen. Zusätzlich dazu erteilte ihr die Klägerin, wie im Zeichnungsschein vorgesehen, eine umfassende notariell beglaubigte Vollmacht.

4 Die Treuhänderin erklärte für die Klägerin den Beitritt zu der GbR und schloss in ihrem Namen am 26./27. April 1994 mit der Beklagten einen Darlehensvertrag über 44.444 DM zu einem bis Ende 2003 festgeschriebenen effektiven Jahreszins von 9,48%. Das Darlehen wurde durch eine Grundschuld auf dem Fondsgrundstück sowie u.a. durch Abtretung der Ansprüche aus einer von der Klägerin abzuschließenden Kapitallebensversicherung abgesichert, die außerdem der - zunächst bis zum Ende der Festzinsperiode ausgesetzten - Darlehenstilgung dienen sollte. Die Darlehensvaluta wurde von der Beklagten, der bei Abschluss des Vertrages die für sie vorgesehene Durchschrift des Zeichnungsscheins vorlag, vertragsgemäß auf ein Konto der GbR ausgezahlt.

5 Mit Schreiben vom 23. Juni 2003 kündigte die Klägerin ihre Fondsbeteiligung mit der Begründung, sie sei bei der Beitrittserklärung nicht wirksam vertreten worden.

6 Die Klägerin begehrt von der Beklagten die Rückzahlung der von ihr auf das Darlehen geleisteten monatlichen Zinsraten in Höhe von insgesamt 13.778,39 € zuzüglich Zinsen, Freigabe des an die Beklagte sicherungshalber abgetretenen Bausparvertrages und die Feststellung, dass der Beklagten aus dem Darlehensvertrag keine Ansprüche mehr gegen sie zustehen, hilfsweise, dass sie Zahlungen auf den Darlehensvertrag aufgrund ihrer Kündigung der Fondsbeteiligung verweigern kann

und dass die Beklagte verpflichtet ist, das Darlehensverhältnis unter Anrechnung ihres Abfindungsguthabens und der von ihr geleisteten Zahlungen abzurechnen. Sie ist der Ansicht, sowohl bei Abschluss des Darlehensvertrages als auch bei ihrem Fondsbeitritt wegen Verstoßes der der Treuhänderin erteilten Vollmachten gegen das Rechtsberatungsgesetz nicht wirksam vertreten worden zu sein. Jedenfalls könne sie weitere Zahlungen auf den Darlehensvertrag aufgrund des Einwendungsdurchgriffs gemäß § 9 Abs. 3 VerbrKrG verweigern.

7 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die hiergegen gerichtete Berufung ist ohne Erfolg geblieben. Mit der vom Oberlandesgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihr Begehren weiter.

Entscheidungsgründe:

8 Die - wie auch die Revisionserwiderung nicht in Zweifel zieht - unbeschränkt zugelassene Revision ist teilweise begründet. Sie führt hinsichtlich der Zahlungsklage zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

9 Das Berufungsgericht hat im Wesentlichen ausgeführt:

10 Zwischen den Parteien sei im April 1994 ein Darlehensvertrag wirksam zustande gekommen, weil die Treuhänderin hierzu aufgrund der

Vollmacht im Zeichnungsschein befugt gewesen sei. Diese speziell auf den Abschluss des Darlehensvertrages bezogene Vollmacht verstoße nicht gegen das Rechtsberatungsgesetz und sei - mangels ausdrücklichen Widerrufs - auch durch die später erteilte umfassende Vollmacht nicht aufgehoben worden. Abgesehen davon greife bei Unwirksamkeit der Vollmacht zugunsten der Beklagten § 172 BGB ein, da die bei Vertragsabschluss vorliegende Durchschrift des Zeichnungsscheins als Original der Vollmachtsurkunde anzusehen sei. Auf einen Einwendungsdurchgriff gemäß § 9 Abs. 3 VerbrKrG könne sich die Klägerin nicht berufen, weil ihr erst zweitinstanzlich erfolgter Vortrag zu angeblichen Täuschungen und fehlenden Informationen über den Fonds gemäß § 531 Abs. 2 ZPO nicht mehr zuzulassen sei.

II.

11 Die Entscheidung des Berufungsgerichts hält rechtlicher Nachprüfung nur in einem Punkt nicht stand.

12 1. Zutreffend hat das Berufungsgericht angenommen, dass die Klägerin bei Abschluss des Darlehensvertrages am 26./27. April 1994 durch die Treuhänderin wirksam vertreten wurde.

13 a) Zwar sind sowohl die im Treuhandvertrag erteilte Vollmacht als auch die zur Vertragsdurchführung erteilte notariell beglaubigte Vollmacht wegen Verstoßes gegen Art. 1 § 1 Abs. 1 RBerG i.V. mit § 134 BGB nichtig. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bedarf derjenige, der ausschließlich oder hauptsächlich die rechtliche Abwick-

lung eines Grundstückserwerbs oder Fondsbeitritts im Rahmen eines Steuersparmodells für den Erwerber besorgt, der Erlaubnis nach Art. 1 § 1 RBerG. Ein ohne diese Erlaubnis abgeschlossener Treuhandvertrag, der so umfassende Befugnisse wie der hier vorliegende enthält, ist einschließlich der darin enthaltenen umfassenden Vollmacht nichtig (st. Rspr., siehe etwa Senatsurteile vom 11. Januar 2005 - XI ZR 272/03, WM 2005, 327, 328 und vom 15. März 2005 - XI ZR 135/04, WM 2005, 828, 830 m.w.Nachw. sowie BGH, Urteile vom 8. Oktober 2004 - V ZR 18/04, WM 2004, 2349, 2352 und vom 17. Juni 2005 - V ZR 78/04, WM 2005, 1764, 1765).

14 b) Das Berufungsgericht hat die Treuhänderin aber zu Recht aufgrund der Vollmacht in dem formularmäßigen Zeichnungsschein gegenüber der Beklagten zum Abschluss des Darlehensvertrages als befugt angesehen.

15 aa) Die vom Berufungsgericht vorgenommene Auslegung des formularmäßigen Zeichnungsscheins ist zutreffend. Dieser enthält eine ausdrückliche Vollmacht der Treuhänderin zum Abschluss der Finanzierungsdarlehen, die nicht gegen das Rechtsberatungsgesetz verstößt.

16 Da angesichts der rechtlichen Durchdringung nahezu aller Lebensbereiche eine Besorgung wirtschaftlicher Belange vielfach auch mit rechtlichen Vorgängen verknüpft ist, ist für die Frage, ob eine Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten im Sinne von Art. 1 § 1 RBerG vorliegt, nicht allein auf die rechtliche Form einer Tätigkeit, sondern auf ihren Kern und Schwerpunkt abzustellen, d.h. darauf, ob die Tätigkeit überwiegend auf wirtschaftlichem Gebiet liegt und die Wahrnehmung wirt-

schaftlicher Belange bezweckt oder ob die rechtliche Seite der Angelegenheit im Vordergrund steht und es wesentlich um die Klärung rechtlicher Verhältnisse geht (BVerfGE 97, 12, 27 f.; BGH, Urteile vom 18. Mai 1995 - III ZR 109/94, WM 1995, 1586, 1587, vom 25. Juni 1998 - I ZR 62/96, WM 1998, 2162, 2163 und vom 30. März 2000 - I ZR 289/97, WM 2000, 1466, 1467 f. m.w.Nachw. sowie vom 11. November 2004 - I ZR 213/01, WM 2005, 412, 414). Das Berufungsgericht hat daher zutreffend darauf abgestellt, dass die in dem Zeichnungsschein enthaltene Vollmacht nicht den Abschluss eines ganzen Bündels von Verträgen mit mannigfaltigem rechtlichen Beratungsbedarf zum Gegenstand hat, sondern sich auf die Erklärung des Beitritts zur Fondsgesellschaft und auf die Aufnahme der Finanzierungsdarlehen, mithin auf die Wahrnehmung von im Wesentlichen wirtschaftlichen Belangen beschränkt. Hiergegen wendet sich auch die Revision nicht.

17 bb) Sie macht jedoch geltend, die in dem Zeichnungsschein enthaltene Vollmacht werde von der Nichtigkeit des Treuhandvertrags erfasst und sei daher ihrerseits unwirksam. Dies kann offen bleiben. Entgegen der Auffassung der Revision ist die in dem Zeichnungsschein enthaltene Vollmacht jedenfalls nach §§ 172, 173 BGB als gültig zu behandeln.

18 (1) Die Vorschriften der §§ 171 ff. BGB sind nach inzwischen gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auch dann anwendbar, wenn die einem Treuhänder erteilte umfassende Abschlussvollmacht wegen Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz nichtig ist (Senatsurteile vom 15. März 2005 - XI ZR 135/04, WM 2005, 828, 831 und vom 21. Juni 2005 - XI ZR 88/04, WM 2005, 1520, 1522, jew. m.w.Nachw.).

An dieser Rechtsprechung hält der Senat - wie er mit Urteilen vom 26. Oktober 2004 (BGHZ 161, 15, 24 ff.) und vom 9. November 2004 (XI ZR 315/03, WM 2005, 72, 73 ff.) im einzelnen ausgeführt hat - auch unter Berücksichtigung der Entscheidungen des II. Zivilsenats in seinen Urteilen vom 14. Juni 2004 (II ZR 393/02, BGHZ 159, 294, 300 ff. und II ZR 407/02, WM 2004, 1536, 1538) fest (vgl. auch Senatsurteil vom 15. März 2005 - XI ZR 135/04, WM 2005, 828, 831; ebenso BGH, Urteil vom 17. Juni 2005 - V ZR 78/04, WM 2005, 1764, 1766).

19 Die der Senatsrechtsprechung zugrunde liegenden Erwägungen gelten in gleicher Weise für die Kreditfinanzierung von Immobilien wie für kreditfinanzierte Immobilienfondsbeteiligungen (noch offen gelassen im Urteil vom 11. Januar 2005 - XI ZR 272/03, WM 2005, 327, 328). Entgegen der vom II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes vertretenen Auffassung kann auch bei letzteren die Anwendung der §§ 171 ff. BGB nicht mit der Begründung verneint werden, der Fondsbeitritt und der finanzierende Darlehensvertrag bildeten ein verbundenes Geschäft gemäß § 9 Abs. 1 VerbrKrG und der Rechtsschein einer wirksamen Vollmacht könne dem einzelnen Anleger mangels eines Vertrauensverhältnisses zwischen Treuhänder und Anleger nicht zugerechnet werden. § 9 Abs. 1 VerbrKrG ist für die Rechtsscheinhaftung eines Kreditnehmers aufgrund der Erteilung einer nichtigen Vollmacht rechtlich ohne Bedeutung. Weder regelt diese Vorschrift Vertretungsfragen, noch steht sie systematisch in einem Zusammenhang mit den Vertretungsregelungen der §§ 164 ff. BGB. Die Rechtsscheinhaftung des Vertretenen bestimmt sich vielmehr ausschließlich nach §§ 171 ff. BGB sowie nach den Grundsätzen der Anscheins- und Duldungsvollmacht, die den schutzwürdigen widerstreitenden Interessen des Vertretenen einerseits und des Vertragspartners an-

dererseits abschließend und angemessen Rechnung tragen (Senatsurteil BGHZ 161, 15, 24 f.; BGH, Urteil vom 17. Juni 2005 - V ZR 78/04, WM 2005, 1764, 1766).

20 Außerdem setzen die §§ 171 ff. BGB auch kein irgendwie geartetes Vertrauensverhältnis zwischen dem Vertreter und dem Vertretenen voraus, sondern knüpfen ausschließlich an die Vorlage der vom Vertretenen ausgestellten Vollmachtsurkunde und den guten Glauben des Vertragspartners an die Wirksamkeit der Vollmacht an. Der Schutz des Vertretenen wird vielmehr nur im Einzelfall unter den besonderen Voraussetzungen des Missbrauchs der Vertretungsmacht gewährleistet. Es geht daher nicht an, ohne entsprechende - hier nicht gegebene - konkrete Feststellungen die Regelungen der §§ 171 ff. BGB allein aufgrund der Einschaltung eines Treuhänders generell nicht für anwendbar zu erklären (Senatsurteile BGHZ 161, 15, 27 f. und vom 9. November 2004 - XI ZR 315/03, WM 2005, 72, 74 f.; BGH, Urteil vom 17. Juni 2005 - V ZR 78/04, WM 2005, 1764, 1766 f.).

21 (2) Entgegen der Auffassung der Revision erfüllt die Vorlage der Durchschrift des Zeichnungsscheins die Voraussetzungen der §§ 171 Abs. 1, 172 BGB.

22 (a) Das Berufungsgericht hat zu Recht nicht in Zweifel gezogen, dass der Zeichnungsschein hinreichend eindeutig formuliert ist, um als Vollmachtsurkunde im Sinne von § 172 BGB verstanden zu werden (vgl. hierzu MünchKommBGB/Schramm, 4. Aufl. § 172 Rdn. 3). Die für einen vergleichbaren Zeichnungsschein vertretene gegenteilige Auffassung des II. Zivilsenats (BGHZ 159, 294, 303) überzeugt nicht. Trotz der im

Zeichnungsschein enthaltenen zusätzlichen Verpflichtung des Beklagten, noch eine notariell beglaubigte Vollmacht zu erteilen, war aus der gemäß §§ 133, 157 BGB maßgeblichen Sicht eines Erklärungsempfängers nicht davon auszugehen, dass (auch) für den Abschluss der Darlehensverträge erst diese notarielle Urkunde maßgeblich sein sollte (so auch Jork/Engel BKR 2005, 3, 9 f.; Lorenz LMK 2004, 153). Der Zeichnungsschein ist ausdrücklich mit „Auftrag und Vollmacht“ überschrieben. Außerdem heißt es im Text des Zeichnungsscheins in einem gesonderten Abschnitt, der Anleger erteile "dem Treuhänder ausdrücklich Vollmacht, sowohl für die Gesellschaft als auch für die einzelnen Gesellschafter, die erforderlichen Zwischen- und Endfinanzierungsdarlehen einschließlich der Eigenkapitalvorfinanzierung aufzunehmen". Die vom II. Zivilsenat vorgenommene Auslegung berücksichtigt nicht, dass dieser eindeutigen Vollmachtserteilung jeglicher Sinngehalt genommen würde, und dass die notariell zu beglaubigende Vollmacht in einem anderen Kontext steht, nämlich mit dem noch abzuschließenden Gesellschafts- und Treuhandvertrag, sich folglich auf die darin geregelten Aufgaben bezieht und den Sinn hat, dem Formerfordernis des § 29 GBO bei der Eintragung des Anlegers als Miteigentümer des Fondsgrundstücks im Grundbuch Rechnung zu tragen (Jork/Engel BKR 2005, 3, 10).

23 (b) Zu Recht hat das Berufungsgericht ferner die Durchschrift des Zeichnungsscheins als Original der Vollmachtsurkunde im Sinne von § 172 BGB angesehen, wenn und weil der Aussteller damit eine gleichwertige Urschrift, nicht nur eine Abschrift herstellen wollte (vgl. BGHZ 47, 68 ff. ("Blaupause"); OLG Naumburg, Urteil vom 29. April 2004 - 2 U 45/03, juris-Datenbank Tz. 68).

24 Die Vorlage der Vollmachtsurkunde nach § 172 BGB stellt eine besondere Form der Mitteilung des Vollmachtgebers an den Geschäftsgegner über die Bevollmächtigung dar. Dieser soll darauf vertrauen können, dass die ihm vorgelegte Urkunde dem Vertreter zum Zwecke des Vollmachtsnachweises überlassen wurde und demnach eine Bevollmächtigung in diesem Umfang besteht (RGZ 56, 63, 67; 88, 430, 431 f.; s. auch RGZ 104, 358, 360). Daher reicht die Vorlage einer Abschrift nicht aus, weil Abschriften von einem Dritten in unbeschränkter Zahl gefertigt werden können, nicht der Rückgabepflicht nach § 175 BGB unterliegen und nichts über den Verbleib der Originalurkunde sowie den Fortbestand der Vollmacht besagen (BGHZ 102, 60, 63 m.w.Nachw.). Eine Abschrift kann lediglich beweisen, dass der Vertreter diese Vollmacht einmal erhalten hat, nicht aber, dass er sie aktuell noch besitzt (RGZ 88, 430, 431). Dagegen wird bei einem Durchschreibesatz die Durchschrift ebenso wie das Deckblatt von dem Aussteller selbst be- und unterschrieben. Die Anzahl der von ihm auf diese Weise gefertigten Durchschriften liegt aufgrund des benutzten Durchschreibesatzes fest. Die nachträgliche Herstellung einer Durchschrift durch einen Dritten oder die Herstellung mehrerer Exemplare ohne Wissen des Ausstellers ist bei korrekter Ausführung des Verfahrens - anders als bei einer Abschrift - nicht möglich. Zwar mögen bei einer Durchschrift die individuellen Merkmale der Handschrift weniger deutlich hervortreten als bei dem unmittelbar beschriebenen Deckblatt, womit auch die Gefahr einer (Ver-)Fälschung größer sein mag. Je nach Art des verwendeten Schreibgeräts ist dies aber auch bei einem unmittelbar gefertigten Schriftstück der Fall (vgl. BGHZ 47, 68, 72).

25 Den erforderlichen Willen der Klägerin, mit der Durchschrift ein weiteres gleichwertiges Original des Zeichnungsscheins herzustellen, hat

das Berufungsgericht in rechtsfehlerfreier tatrichterlicher Würdigung festgestellt, indem es darauf abgestellt hat, dass mittels des benutzten Durchschreibesatzes durch einmaliges Ausfüllen für jeden Beteiligten ein Original mit dem für seine Interessen relevanten Inhalt erstellt werden sollte.

26 (3) Der gemäß §§ 171, 172 BGB an die Vorlage der Vollmachtsurkunde anknüpfende Rechtsschein ist auch nicht durch § 173 BGB ausgeschlossen. Weder war der Beklagten der Mangel der Vertretungsmacht bekannt, noch musste sie ihn gemäß § 173 BGB kennen. Nach dem eindeutigen Wortlaut des Gesetzes kommt es insoweit nicht auf die Kenntnis oder das Kennenmüssen der den Mangel der Vertretungsmacht begründenden Umstände an, sondern auf die Kenntnis oder das Kennenmüssen des Mangels der Vertretungsmacht selbst (Senatsurteile vom 23. März 2004 - XI ZR 194/02, WM 2004, 1221, 1224 und vom 9. November 2004 - XI ZR 315/03, WM 2005, 72, 75, jew. m.w.Nachw.).

27 Daran fehlt es hier. Da im Rahmen von §§ 172, 173 BGB keine allgemeine Überprüfungs- und Nachforschungspflicht besteht (vgl. Senatsurteile vom 9. November 2004 - XI ZR 315/03, WM 2005, 72, 76 und vom 15. März 2005 - XI ZR 135/04, WM 2005, 828, 832 m.w.Nachw.), ist bereits fraglich, ob die Beklagte - wie die Revision meint - überhaupt Anlass hatte, etwaige Auswirkungen des Treuhandvertrages und der notariell beglaubigten Vollmacht auf die bereits im Zeichnungsschein enthaltene Vollmacht in Betracht zu ziehen. Ungeachtet dessen konnten damals jedenfalls alle Beteiligten den Verstoß des Treuhandvertrages und der darauf beruhenden Vollmacht gegen das Rechtsberatungsgesetz nicht erkennen. Zwar darf sich ein Vertragsgegner rechtlichen Bedenken,

die sich gegen die Wirksamkeit der Vollmacht ergeben, nicht verschließen. Dabei sind an eine Bank, die über rechtlich versierte Fachkräfte verfügt, strengere Sorgfaltsanforderungen zu stellen als an einen juristisch nicht vorgebildeten Durchschnittsbürger (BGH, Urteil vom 8. November 1984 - III ZR 132/83, WM 1985, 10, 11 und vom 10. Januar 1985 - III ZR 146/83, WM 1985, 596, 597). Allerdings dürfen auch im Rahmen des § 173 BGB die Anforderungen an eine Bank nicht überspannt werden (BGH, Urteil vom 8. November 1984 aaO). Der Vorwurf fahrlässigen Verhaltens kann der Bank danach nur gemacht werden, wenn sie aus den ihr vorgelegten Unterlagen den rechtlichen Schluss ziehen musste, dass die Vollmacht unwirksam war (BGH, Urteil vom 10. Januar 1985 - III ZR 146/83 aaO; Senatsurteil vom 9. November 2004 - XI ZR 315/03, WM 2005, 72, 75).

28 Dies war im Jahr 1994 jedoch nicht der Fall, da der Treuhandvertrag und die zu seiner Durchführung erteilte Vollmacht einer damals weit verbreiteten und seinerzeit nicht angezweifelten Praxis entsprachen (vgl. Senatsurteil vom 15. März 2005 - XI ZR 135/04, WM 2005, 828, 832 m.w.Nachw. und BGH, Urteil vom 17. Juni 2005 - V ZR 78/04, WM 2005, 1764, 1767), damals nicht einmal ein Notar Bedenken gegen die Wirksamkeit der Vollmacht haben musste (BGHZ 145, 265, 275 ff.) und sich den vor dem Jahr 2000 ergangenen Entscheidungen des Bundesgerichtshofs nichts entnehmen ließ, was für einen Verstoß eines umfassenden Treuhand- oder Geschäftsbesorgungsvertrages und der mit ihm verbundenen Vollmacht des Treuhänders gegen Art. 1 § 1 RBerG i.V. mit § 134 BGB gesprochen hätte (st. Rspr., vgl. etwa die Nachweise in dem Senatsurteil vom 9. November 2004 - XI ZR 315/03, WM 2005, 72, 75).

29 cc) Anders als die Revision meint, steht einer wirksamen Vertretung hier auch nicht entgegen, dass die Klägerin in der Einleitung des Darlehensvertrags als "durch den notariell bevollmächtigten Treuhänder vertreten" bezeichnet wird. Dies hat entgegen der Auffassung der Revision nicht etwa zur Folge, dass nur die Vorlage einer Ausfertigung der notariellen Vollmachtsurkunde einen entsprechenden Rechtsschein bei der Beklagten gemäß §§ 171 ff. BGB hätte erzeugen können.

30 Für die Wirksamkeit des Darlehensvertrags genügt es, dass die Treuhandgesellschaft die Klägerin im Zeitpunkt des Vertragsschlusses wirksam vertreten konnte. Dies war im Falle der Wirksamkeit der im Zeichnungsschein enthaltenen Vollmacht ohne weiteres möglich. Nichts anderes gilt, wenn die im Zeichnungsschein enthaltene Vollmacht der Beklagten gegenüber nur aus Rechtsscheingesichtspunkten gemäß § 172 BGB als gültig zu behandeln ist. Wie die Revisionserwiderung zu Recht ausführt, wird der Rechtsschein einer gültigen Vollmacht nach dieser Vorschrift nicht erst dadurch erzeugt, dass der Vollmachtsinhaber sich auf die Vollmacht stützt. Ausreichend im Sinne des § 172 BGB ist es vielmehr, dass die dem Vertreter ausgehändigte Vollmachtsurkunde dem Vertragspartner - wie hier geschehen - vorgelegt wird. Dass der Vertragspartner in sie tatsächlich Einsicht nimmt, ist nicht erforderlich (BGHZ 76, 76, 78 f.; 102, 60, 63). Auf den Nachweis, dass ihn der Rechtsschein des Urkundenbesitzes auch zum Geschäftsabschluss veranlasst hat, kommt es daher nicht an.

31 2. Entgegen der Auffassung der Revision hat das Berufungsgericht der Klägerin auch die Berufung auf § 9 Abs. 3 VerbrKrG ohne Rechtsfehler versagt. Das gilt ungeachtet der Frage, ob einer Anwendung des § 9

VerbrKrG hier nicht ohnedies § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbKrG entgegen steht und unabhängig davon, ob die Voraussetzungen eines verbundenen Geschäfts vorliegen.

32 a) Das Berufungsgericht hat den Vortrag der Klägerin zu angeblichen Täuschungen über die Werthaltigkeit des Fonds sowie zu fehlenden Informationen über mögliche Verluste und die Unverkäuflichkeit der Anteile zu Recht gemäß § 531 Abs. 2 ZPO nicht zugelassen. Zutreffend hat es keinen Grund gesehen, weshalb diese Behauptungen nicht bereits in erster Instanz vorgetragen wurden. Soweit die Revision anführt, hierzu habe erst aufgrund der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 21. Juli 2003 (BGHZ 156, 46 ff.) Anlass bestanden, die vor Schluss der erstinstanzlichen Verhandlung nicht bekannt gewesen sei, trifft dies nicht zu. Die Klägerin hat sich bereits mit Schriftsatz vom 7. August 2003 vor der erstinstanzlichen Verhandlung auf die Entscheidung berufen.

33 b) Entgegen der Auffassung der Revision kann sich die Klägerin auch nicht darauf berufen, ihr Fondsbeitritt sei mangels Vertretungsmacht der Treuhänderin nicht wirksam. Insoweit weist die Revisionserwiderung zutreffend darauf hin, dass die Klägerin jedenfalls nach den Grundsätzen der fehlerhaften Gesellschaft Gesellschafterin der GbR geworden wäre (vgl. BGHZ 153, 214, 221 und BGH, Urteil vom 12. Oktober 1987 - II ZR 251/86, WM 1988, 414, 416), ihre Fondsbeteiligung daher nur mit Wirkung für die Zukunft kündigen und damit allenfalls wegen eines etwaigen Abfindungsguthabens Einwendungen gegen künftige Zahlungen geltend machen könnte (vgl. BGHZ 153, 214, 221; 156, 46, 52 f.).

34 Selbst dies ist hier aber ausgeschlossen, weil die Klägerin bei Erklärung des Fondsbeitritts wirksam vertreten wurde. Abgesehen davon, dass bereits der Zeichnungsschein eine entsprechende Bevollmächtigung der Treuhänderin enthielt, ist davon auszugehen, dass dem Geschäftsführer der GbR bei Erklärung des Beitritts eine notarielle Ausfertigung der umfassenden Vollmacht vorlag. Den entsprechenden Vortrag der Beklagten hat die Klägerin nicht substantiiert bestritten, sondern lediglich erwidert, auch in diesem Fall greife der Rechtsschein der §§ 172, 173 BGB nicht ein, was - wie unter II.1.b.bb. ausgeführt - unzutreffend ist.

35 3. Das Berufungsgericht hat jedoch verkannt, dass der Klägerin gegen die Beklagte ein Bereicherungsanspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB auf Rückzahlung eines Teils der auf das Darlehen geleisteten monatlichen Zinsraten zustehen kann.

36 a) Anders als die Revision meint, ist der Darlehensvertrag allerdings nicht wegen Verstoßes gegen § 4 Abs. 1 Satz 4 VerbrKrG (in der bis zum 30. September 2000 geltenden Fassung) nichtig. Ungeachtet möglicher Formmängel nach § 4 Abs. 1 Satz 4 Nr. 1 VerbrKrG ist der Vertrag jedenfalls gemäß § 6 Abs. 2 Satz 1 VerbrKrG gültig geworden. Die Klägerin hat das Darlehen zweckbestimmt zum Erwerb der Fondsanteile im Sinne dieser Vorschrift empfangen, auch wenn es ihr nicht unmittelbar zugeflossen, sondern von der Beklagten weisungsgemäß auf ein Konto der GbR überwiesen worden ist.

37 aa) Ein Empfang des Darlehens im Sinne des § 6 Abs. 2 Satz 1 VerbrKrG ist ebenso wie im Fall des § 7 Abs. 3 VerbrKrG und des § 607

Abs. 1 BGB a.F. zu bejahen, wenn der Darlehensgegenstand aus dem Vermögen des Darlehensgebers ausgeschieden und dem Vermögen des Darlehensnehmers in der vereinbarten Form endgültig zugeführt wurde (BGH, Urteil vom 7. März 1985 - III ZR 211/83, WM 1985, 653). Wird die Darlehensvaluta auf Weisung des Darlehensnehmers an einen Dritten ausgezahlt, so hat der Darlehensnehmer regelmäßig den Darlehensbetrag im Sinne des § 607 BGB empfangen, wenn der von ihm als Empfänger namhaft gemachte Dritte das Geld vom Darlehensgeber erhalten hat, es sei denn, der Dritte ist nicht überwiegend im Interesse des Darlehensnehmers, sondern sozusagen als "verlängerter Arm" des Darlehensgebers tätig geworden (BGHZ 152, 331, 337; BGH, Urteile vom 17. Januar 1985 - III ZR 135/83, WM 1985, 221, 223, insoweit in BGHZ 93, 264 nicht abgedruckt, vom 7. März 1985 - III ZR 211/83, WM 1985, 653, vom 25. April 1985 - III ZR 27/84, WM 1985, 993, 994 und vom 12. Juni 1997 - IX ZR 110/96, WM 1997, 1658, 1659). Dementsprechend gilt ein Darlehen auch dann als empfangen im Sinne des § 7 VerbrKrG, wenn der Kreditgeber es vereinbarungsgemäß an einen Dritten ausgezahlt hat (§ 362 Abs. 2, § 185 BGB; Amtliche Begründung zum VerbrKrG BT-Drucks. 11/5462 S. 22; BGHZ 152, 331, 337 m.w.Nachw.; vgl. zum Empfang des Darlehens auch EuGH WM 2005, 2079, 2085).

38 bb) Entgegen der Auffassung der Revision ist es insoweit bedeutungslos, ob - was das Berufungsgericht in Erwägung gezogen, aber nicht abschließend entschieden hat - der Darlehensvertrag und der finanzierte Fondsbeitritt ein verbundenes Geschäft darstellen. Die wirtschaftliche Verbundenheit der Geschäfte bedeutet nicht, dass der Partner des finanzierten Geschäfts die Valuta in erster Linie im Interesse des Darlehensgebers und nicht überwiegend im Interesse des Darlehens-

nehmers und Anlegers erhalten hat (vgl. BGH, Urteil vom 7. März 1985 - III ZR 211/83, WM 1985, 653 und Beschluss vom 22. September 1988 - III ZR 233/87, WM 1988, 1814). Dies gilt auch unter Berücksichtigung der Ausführungen des II. Zivilsenats in seinen Urteilen vom 14. Juni 2004 (BGHZ 159, 294, 306 f. und II ZR 407/02, WM 2004, 1536, 1540), vom 6. Dezember 2004 (II ZR 379/02, Umdruck S. 8 und II ZR 401/02, Umdruck S. 8 f.) und vom 21. März 2005 (II ZR 411/02, WM 2005, 843, 844). Ebenso wie das Oberlandesgericht Dresden (WM 2005, 1792, 1794 f.) und das Kammergericht (WM 2005, 2218, 2222 f.) kann auch der erkennende XI. Zivilsenat diesen Entscheidungen nicht folgen.

39 Nach einhelliger Meinung der gesamten Kommentarliteratur zu § 6 Abs. 2 Satz 1 VerbrKrG und § 494 Abs. 2 Satz 1 BGB empfängt der Darlehensnehmer das Darlehen auch bei verbundenen Verträgen durch die weisungsgemäße Auszahlung an den Verkäufer (vgl. Möller/Wendehorst, in: Bamberger/Roth, BGB § 494 Rdn. 7; Bülow, Verbraucherkreditrecht, 5. Aufl. § 494 Rdn. 48; Erman/Saenger, BGB 11. Aufl. § 494 Rdn. 4; MünchKommBGB/Ulmer, 4. Aufl. § 494 Rdn. 21; Staudinger/Kessal-Wulf, BGB Neubearb. 2004 § 494 Rdn. 20; Soergel/Häuser, BGB 12. Aufl. § 6 VerbrKrG Rdn. 14; Palandt/Putzo, BGB 65. Aufl. § 494 Rdn. 7; ebenso Hadding WuB I E 2. § 9 VerbrKrG 1.05; Wallner BKR 2004, 367, 368 f.; Schäfer DStR 2004, 1611, 1618). Weder aus dem Wortlaut noch aus der Begründung noch aus der Systematik des Gesetzes oder dessen Sinn ergibt sich ein Ansatz für eine Differenzierung nach dem Verbundcharakter des Geschäfts. Dem Wortlaut des Gesetzes ist nichts dafür zu entnehmen, dass der Empfang eines Darlehens bei verbundenen Geschäften anders zu verstehen sein könnte als bei nicht verbundenen. Nach der Gesetzesbegründung (BT-Drucks. 11/5462 S. 21) soll mit § 6 Abs. 2

VerbrKrG ein angemessener Ausgleich zwischen den Interessen des Darlehensnehmers und -gebers erreicht und ersterer dadurch geschützt werden, dass der formwidrige Vertrag zu für ihn günstigen Konditionen gültig wird. Der Gesetzgeber beabsichtigte mithin gerade keinen Schutz durch Nichtigkeit, sondern durch modifizierte Gültigkeit des Vertrages. Auch systematisch besteht keinerlei Zusammenhang zwischen § 6 VerbrKrG und der Verbundregelung des § 9 VerbrKrG. Weder überschneiden sich ihre Regelungsbereiche inhaltlich, noch nehmen sie in irgendeiner Form aufeinander Bezug, wie es z.B. bei der "Empfangsregelung" des § 7 Abs. 3 VerbrKrG der Fall ist, deren Anwendung durch § 9 Abs. 2 Satz 3 VerbrKrG bei Verbundgeschäften ausdrücklich ausgeschlossen wird. Nichts spricht nach dem Sinn und Zweck des Gesetzes dafür, die Heilung eines formunwirksamen Verbraucherkreditvertrages von dem gewählten Zahlungsweg abhängig zu machen, etwa die Heilung bei einer Überweisung der zweckgebundenen Darlehensvaluta auf das Konto des Darlehensnehmers zu bejahen, sie aber zu verneinen, wenn sie zur Erfüllung des finanzierten Geschäfts direkt an den Gläubiger des Darlehensnehmers fließt.

40 Die vom II. Zivilsenat in diesem Zusammenhang angeführte Rechtsprechung des erkennenden Senats (BGHZ 133, 254, 259 ff.; 152, 331, 336 f.) ist nicht einschlägig. In den genannten Entscheidungen waren die Darlehensverträge nicht formnichtig, sondern nach § 1 HWiG widerrufen worden. Für diese Fälle hat der Senat eine Pflicht des Darlehensnehmers zur Rückzahlung der Valuta gemäß § 3 HWiG bei verbundenen Geschäften nur deshalb verneint, weil andernfalls der Schutzzweck der Widerrufsregelung beeinträchtigt würde, dem Darlehensnehmer innerhalb einer angemessenen Überlegungsfrist frei und ohne Furcht vor finanziel-

len Nachteilen die Entscheidung zu ermöglichen, ob er an seinen Verpflichtungserklärungen festhalten will. Um diese freie Entscheidung nicht zu gefährden, ist bei verbundenen Geschäften die Unwirksamkeitsfolge eines Widerrufs sowohl nach § 7 VerbrKrG als auch nach § 1 HWiG auf beide Verträge zu erstrecken und der widerrufende Darlehensnehmer keinem Rückzahlungsanspruch des Darlehensgebers auszusetzen (BGH aaO). Anders als in diesen Fällen hängt im Fall der Formnichtigkeit nach §§ 6 Abs. 1, 4 Abs. 1 Satz 4 VerbrKrG die Wirksamkeit des Vertrages nicht von einer Entscheidung des Darlehensnehmers ab, sondern tritt kraft Gesetzes ein. Die Frage der Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit und des Schutzzwecks der Widerrufsregelung stellt sich damit nicht.

41 Schließlich gebieten auch europarechtliche Erwägungen keine andere Beurteilung. Die Richtlinie 87/102/EWG des Rates vom 22. Dezember 1986 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Verbraucherkredit (Verbraucherkreditrichtlinie, ABl. EG 1987, Nr. 42, S. 48 in der Fassung der Änderungsrichtlinie 90/88/EWG des Rates vom 22. Februar 1990, ABl. EG Nr. 61, S. 14) enthält keine besonderen Vorgaben zu Rechtsfolgen von Formverstößen (OLG Dresden WM 2005, 1792, 1795). Dem Gebot in Artikel 14 der Richtlinie, sicherzustellen, dass Kreditverträge von den zur Anwendung der Richtlinie ergangenen oder ihr entsprechenden innerstaatlichen Vorschriften nicht zum Nachteil des Verbrauchers abweichen, wird durch das abgestufte Sanktionensystem des § 6 Abs. 2 Satz 1 VerbrKrG hinreichend Rechnung getragen (vgl. MünchKommBGB/Ulmer, 4. Aufl. § 494 BGB Rdn. 5).

42 b) Das Berufungsgericht hat jedoch übersehen, dass der Klägerin nach dem für die Revision zu Grunde zu legenden Sachverhalt gegen die Beklagte ein Bereicherungsanspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB auf Rückzahlung eines Teils der auf das Darlehen geleisteten monatlichen Zinsraten zusteht.

43 aa) Dies folgt allerdings nicht daraus, dass der Vertrag entgegen § 4 Abs. 1 Satz 4 Nr. 1 f VerbrKrG nicht die Kosten der von der Klägerin abzuschließenden Kapitallebensversicherung angibt, die nach herrschender Meinung Kosten einer "sonstigen Versicherung" im Sinne von § 4 Abs. 1 Satz 4 Nr. 1 f VerbrKrG sind (vgl. Senat, BGHZ 162, 20, 27 f. m.w.Nachw.). Zwar werden im Darlehensvertrag nicht angegebene Kosten gemäß § 6 Abs. 2 Satz 3 VerbrKrG vom Verbraucher nicht geschuldet. Hieraus ergibt sich aber kein Freistellungs- oder gar Erstattungsanspruch des Darlehensnehmers gegen den Darlehensgeber bezüglich der an den Versicherer zu zahlenden bzw. gezahlten Versicherungsprämien (Senat, BGHZ 162, 20, 28 f.).

44 bb) Ein Zahlungsanspruch der Klägerin - gerichtet auf Rückzahlung ihrer über dem gesetzlichen Zinssatz liegenden Zinszahlungen - ergibt sich nach dem für die Revision zu Grunde zu legenden Sachverhalt aber daraus, dass der Darlehensvertrag - wie die Revision zu Recht geltend macht - gegen § 4 Abs. 1 Satz 4 Nr. 1 VerbrKrG verstößt, da er den Gesamtbetrag der von der Klägerin zu erbringenden Leistungen gemäß § 4 Abs. 1 Satz 4 Nr. 1 b Satz 2 VerbrKrG nicht angibt (vgl. Senat, BGHZ 149, 302, 306 sowie Urteile vom 8. Juni 2004 - XI ZR 150/03, WM 2004, 1542, 1543 ff., vom 14. September 2004 - XI ZR 11/04, WM 2004, 2306, 2307 und vom 19. Oktober 2004 - XI ZR 337/03,

WM 2004, 2436, 2437). Gemäß § 6 Abs. 2 Satz 2 VerbrKrG ermäßigt sich in einem solchen Fall der vertraglich vereinbarte auf den gesetzlichen Zinssatz.

45 Die Angabe des Gesamtbetrags war hier nach dem im Revisionsverfahren zu Grunde zu legenden Sachverhalt auch nicht etwa nach § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG entbehrlich, der die Anwendbarkeit des § 4 Abs. 1 Satz 4 Nr. 1 b Satz 2 VerbrKrG für Realkredite, die zu für grundpfandrechtlich abgesicherte Kredite üblichen Bedingungen gewährt werden, ausschließt.

46 (1) Allerdings ist die Anwendung des § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG entgegen der Ansicht der Revision nicht schon deshalb ausgeschlossen, weil die das Darlehen absichernde Grundschuld bereits vor dem Beitritt der Klägerin und ohne ihre Beteiligung bestellt worden war. Wie der Senat für Kreditverträge zur Finanzierung des Erwerbs von Immobilien bereits entschieden und im einzelnen begründet hat (BGHZ 161, 15, 26 f. sowie Urteile vom 9. November 2004 - XI ZR 315/03, WM 2005, 72, 74 und vom 18. Januar 2005 - XI ZR 201/03, WM 2005, 375, 376), kommt es nach dem klaren Wortlaut des § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG lediglich darauf an, ob das Darlehen nach dem Kreditvertrag von der Sicherung durch ein Grundpfandrecht abhängig gemacht wurde. Ob der Kreditnehmer selbst Sicherungsgeber ist, ist nach allgemeiner Meinung (vgl. statt aller Staudinger/Kessal-Wulf, BGB, Neubearbeitung 2004 § 492 Rdn. 70; MünchKommBGB/Ulmer, 4. Aufl. § 492 Rdn. 78; Bülow, Verbraucherkreditrecht 5. Aufl. § 491 Rdn. 177) ohne Belang. Demnach liegt eine grundpfandrechtliche Absicherung des Kredits auch dann vor, wenn der Kreditnehmer das Grundpfandrecht nicht selbst bestellt, sondern ein be-

stehendes Grundpfandrecht (teilweise) übernimmt. Überdies stellt der eindeutige Wortlaut der Vorschrift nicht auf die tatsächliche Bestellung des Grundpfandrechts, sondern auf die schuldrechtliche Verpflichtung dazu ab. Anderes ergibt sich auch nicht aus der Gesetzesbegründung zu § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG (BT-Drucks. 11/5462 S. 18). Danach soll durch die Bereichsausnahme die taggenaue Refinanzierung vieler Realkredite gesichert werden, die eine Grundlage für deren günstige Verzinsung darstelle. Dieses Motiv greift ersichtlich unabhängig davon, zu welchem Zeitpunkt und von wem das Pfandrecht bestellt wird und welchem Zweck der gesicherte Kredit dient. Auch die in der Begründung angeführte Warnung, die von der Sicherstellung des Kredits durch einzutragende Pfandrechte ausgehe, ergibt sich bereits aus der Verpflichtung zu entsprechenden Sicherheiten, nicht erst aus deren Bestellung.

47 Die Bereichsausnahme des § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG rechtfertigt sich entgegen der Ansicht des II. Zivilsenats (BGHZ 159, 294, 308) auch nicht aus dem Umstand, dass grundpfandrechtliche Sicherungen in Deutschland die Beurkundung durch einen Notar mit entsprechender Belehrung nach § 17 BeurkG voraussetzen. Nach § 873 Abs. 1 BGB bedarf die Bestellung von Grundpfandrechten keiner notariellen Beurkundung, sondern ist formfrei möglich. Auch die Eintragungsbewilligung nach § 19 GBO erfordert keine Beurkundung, sondern lediglich eine notarielle Beglaubigung der Unterschrift des Grundstückseigentümers (§ 29 Abs. 1 Satz 1 GBO), bei der eine Belehrung durch den Notar nicht vorgesehen ist (§ 39 BeurkG) und in der Regel auch nicht stattfindet (Senatsurteil BGHZ 161, 15, 27).

48 Dies gilt nach Auffassung des erkennenden Senats - entgegen der bisherigen Rechtsprechung des II. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs (Urteile vom 14. Juni 2004, BGHZ 159, 294, 307 f. und II ZR 407/02, WM 2004, 1536, 1540 sowie vom 21. März 2005 - II ZR 411/02, WM 2005, 843, 844 f.) - gleichermaßen für die Kreditfinanzierung eines Immobilienfondsbeitritts. Nach Wortlaut, Begründung und Zweck des § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG sind nicht nur die Person des Sicherungsgebers und der Zeitpunkt der Bestellung der Sicherheit ohne Belang, sondern auch, welchem Zweck der Kredit dienen soll. Ob und in welchem Maße diese Umstände für sich genommen oder in ihrer Gesamtheit denen eines "typischen Realkredits" entsprechen oder nicht, kann angesichts der alleinigen Anknüpfung der Vorschrift an die Verpflichtung zur Bestellung einer bestimmten Sicherheit nicht ausschlaggebend sein und ihre Nichtanwendung oder teleologische Reduktion angesichts der vorgenannten Gesetzesmotive nicht rechtfertigen. Dass der Gesetzgeber mit der Neuregelung des § 358 Abs. 3 Satz 3 BGB für die Zukunft eine Differenzierung nach dem Zweck der Kreditaufnahme vorgenommen hat, ist nach Auffassung des erkennenden Senats nicht geeignet, das Verständnis der zuvor geltenden, anders lautenden Vorschrift zu bestimmen (vgl. Senatsurteil vom 23. März 2004 - XI ZR 194/02, WM 2004, 1221, 1223 zu § 492 Abs. 4 Satz 1 BGB n.F.).

49 Eine andere Auslegung des § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG ist auch nicht im Hinblick auf die Verbraucherkreditrichtlinie geboten oder auch nur zu rechtfertigen. Gemäß Artikel 2 Abs. 3 der Richtlinie findet Artikel 11 der Richtlinie, der finanzierte Verbundgeschäfte betrifft, auf Realkreditverträge keine Anwendung.

50 (2) Nach dem für die Revision zu Grunde zu legenden Sachverhalt liegen die Voraussetzungen des den § 4 Abs. 1 Satz 4 Nr. 1 b Satz 2 VerbrKrG ausschließenden § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG aber nicht vor, weil das Darlehen danach nicht zu für grundpfandrechtlich abgesicherte Kredite üblichen Bedingungen gewährt worden ist. Zu dieser zwischen den Parteien streitigen Frage hat das Berufungsgericht - wie die Revision zu Recht geltend macht - keine Feststellungen getroffen. Diese Feststellungen vermag der Senat nicht nachzuholen. Insoweit kommt es entscheidend auf die Zinshöhe und die sonstigen Kreditkonditionen an, wobei die in den Monatsberichten der Deutschen Bundesbank ausgewiesenen Zinssätze einen Anhaltspunkt für die Marktüblichkeit darstellen (Senat, Urteil vom 18. März 2003 - XI ZR 422/01, ZIP 2003, 894, 896 m.w.Nachw.). In dem hier maßgeblichen Zeitraum April 1994 betrug der durchschnittliche effektive Jahreszins für festverzinsliche Hypothekarkredite auf Wohngrundstücke mit einer Laufzeit von fünf Jahren 7,12% bei einer Streubreite von 6,7% bis 7,55% und mit einer Laufzeit von zehn Jahren 7,81% bei einer Streubreite von 7,43% bis 8,25% (Monatsbericht der Deutschen Bundesbank Juni 1994 S. 62). Der im Darlehensvertrag vereinbarte effektive Jahreszins von 9,48% lag damit deutlich über der oberen Streubreitengrenze. In einem solchen Fall bedarf es einer genaueren Prüfung der Marktüblichkeit der vereinbarten Bedingungen im Einzelfall, ggf. unter Heranziehung geeigneter Beweismittel (Senatsurteil vom 18. März 2003 aaO). Hierfür hat die insoweit beweisbelastete Beklagte Beweis durch Sachverständigengutachten angeboten.

51 4. Der II. Zivilsenat hat auf Anfrage mitgeteilt, dass er an seinen insbesondere in den Urteilen vom 14. Juni 2004 (BGHZ 159, 294 ff.; II ZR 407/02, WM 2004, 1536 ff.) und vom 21. März 2005 (II ZR 411/02,

WM 2005, 843 ff.) dargelegten abweichenden Auffassungen nicht festhält. Es bedarf daher keiner Vorlage der Sache an den Großen Senat für Zivilsachen gemäß § 132 GVG.

III.

52 Das angefochtene Urteil war daher aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO), soweit das Berufungsgericht die Berufung der Klägerin auch gegen die Abweisung der Zahlungsklage zurückgewiesen hat. Da die Sache insoweit nicht zur Endentscheidung reif ist, war sie zur weiteren Sachaufklärung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Soweit die Klägerin die Freigabe des sicherungshalber abgetretenen Bausparguthabens, die Feststellung der Unwirksamkeit des Darlehensvertrages und hilfsweise der Verpflichtung der Beklagten begehrt, das Darlehensverhältnis nach Kündigung der Fondsbeteiligung

unter Anrechnung ihres Abfindungsguthabens und der von ihr geleisteten Zahlungen abzurechnen, verbleibt es bei der Abweisung der Klage.

Nobbe Joeres Mayen

Ellenberger Schmitt

Vorinstanzen:
LG München I, Entscheidung vom 23.09.2003 - 28 O 11074/03 -
OLG München, Entscheidung vom 17.06.2004 - 19 U 5236/03 -