BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XI ZR 332/02

Verkündet am:
18. November 2003
Herrwerth,
Justizangestellte,
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

ZPO §§ 80, 89, 794 Abs. 1 Nr. 5

Die einem Geschäftsbesorger erteilte widerrufliche Vollmacht zur Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung bedarf keiner notariellen Beurkundung.

BGH, Urteil vom 18. November 2003 - XI ZR 332/02 - OLG Frankfurt am Main
LG Frankfurt am Main

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 18. November 2003 durch den Vorsitzenden Richter Nobbe, die Richter Dr. Müller, Dr. Joeres, Dr. Wassermann und die Richterin Mayen

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 28. August 2002 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an den 17. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Kläger wenden sich gegen die Zwangsvollstreckung der beklagten Bank aus einer vollstreckbaren notariellen Urkunde, soweit sie hieraus persönlich in Anspruch genommen werden. Dem liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Zur Finanzierung des Kaufpreises für eine zu Steuersparzwecken erworbene Eigentumswohnung in Gö. nahmen die Kläger, ein da-

mals 54 Jahre alter Diplom-Ingenieur und seine Ehefrau, bei der Beklagten mit Darlehensverträgen vom 15./20. Dezember 1994 zwei Darlehen über insgesamt 203.000 DM auf. Bei Abschluß der Darlehensverträge erfolgte eine Widerrufsbelehrung nach dem Haustürwiderrufsgesetz (HWiG) nicht. Die von den Klägern selbst unterzeichneten Darlehensverträge sehen als Sicherheit die Bestellung einer vollstreckbaren Grundschuld in Darlehensgesamthöhe nebst 16% Jahreszinsen vor. Sie enthalten außerdem die Regelung, daß sich die Darlehensnehmer der sofortigen Zwangsvollstreckung in ihr persönliches Vermögen zu unterwerfen haben, und daß die Bank die persönliche Haftung unabhängig von der Eintragung und dem Bestand der Grundschuld sowie ohne vorherige Zwangsvollstreckung in das Beleihungsobjekt geltend machen kann. Nach der von den Klägern ebenfalls selbst unterzeichneten Zweckerklärung sichern Grundschuld und Übernahme der persönlichen Haftung alle bestehenden, künftigen und bedingten Ansprüche der Beklagten.

Durch notariell beurkundeten Kaufvertrag vom 19. Dezember 1994 erwarben die Kläger die Eigentumswohnung zum Kaufpreis von 164.996,72 DM. Hierbei wurden sie von dem Bankkaufmann G. vertreten, dem sie am 6. Dezember 1994 eine notariell beglaubigte widerrufliche und übertragbare Vollmacht erteilt hatten. Diese ermächtigte ihn u.a., für sie den Kaufvertrag mit allen zur Durchführung und Finanzierung des Erwerbs vorgesehenen Verträgen abzuschließen und entsprechende Erklärungen abzugeben. Dazu gehörten insbesondere auch die Bestellung von Grundpfandrechten sowie die Abgabe persönlicher Schuldanerkenntnisse im Namen der Kläger nebst sofortiger Zwangsvollstreckungsunterwerfung in ihr persönliches Vermögen.

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

Mit notarieller Urkunde vom 19. Dezember 1994 bestellten die Kläger - vertreten durch eine von G. in dem notariell beurkundeten Kaufvertrag bevollmächtigte Notariatsangestellte - die Grundschuld in Höhe von 203.000 DM zugunsten der Beklagten, übernahmen die persönliche Haftung für die Zahlung eines Geldbetrages in Höhe der vereinbarten Grundschuld (Kapital und Nebenleistungen) und unterwarfen sich auch insoweit der sofortigen Zwangsvollstreckung in ihr gesamtes Vermögen. Mit zwei Schreiben vom 18. Januar 1995 an die Kläger nahm die Beklagte die Abrechnung der Auszahlung der Darlehensvaluta auf ein bereits in den Darlehensverträgen genanntes Konto vor.

Die Beklagte betreibt aus der notariellen Urkunde vom 19. Dezember 1994 die Zwangsvollstreckung, nachdem die Kläger die vereinbarten Zahlungen auf die Darlehen im Jahr 2000 eingestellt haben.

Mit ihrer Klage machen die Kläger geltend, es fehle an einem wirksamen Titel, da die Vollmacht vom 6. Dezember 1994 nicht notariell beurkundet und zudem wegen Verstoßes des ihr zugrundeliegenden Geschäftsbesorgungsvertrages gegen das Rechtsberatungsgesetz nichtig sei. Ferner bestehe auch der titulierte materiell-rechtliche Anspruch nicht. Insoweit berufen sich die Kläger darauf, sie hätten den Darlehensvertrag gemäß § 1 HWiG in der bis zum 30. September 2000 geltenden Fassung (im folgenden: a.F.) wirksam widerrufen. Hierzu behaupten sie, ein als Wohnungsvermittler tätiger Bekannter ihrer Tochter habe sie Mitte bis Ende des Jahres 1994 mehrfach zu Hause aufgesucht und zum Wohnungskauf sowie zur Darlehensaufnahme überredet. Die Darlehensverträge seien ferner wegen Verstoßes gegen §§ 4, 6 VerbrKrG nichtig.

Zudem hafte die Beklagte aus eigenem und zugerechnetem vorvertraglichen Aufklärungsverschulden. Schließlich sei der Einwendungsdurchgriff gemäß § 9 VerbrKrG eröffnet.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Die hiergegen gerichtete Berufung der Beklagten ist ohne Erfolg geblieben. Die in II. Instanz erhobene Hilfswiderklage der Beklagten über 70.144,01 € auf Rückzahlung der Darlehensvaluta nebst marktüblicher Verzinsung hat das Berufungsgericht mangels Sachdienlichkeit als unzulässig abgewiesen. Mit der zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihr Klageabweisungsbegehren und den Hilfswiderklageantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im wesentlichen ausgeführt:

Die Vollstreckungsgegenklage sei begründet, da der Vollstrekkungstitel unwirksam zustande gekommen sei und ihm ferner keine materiell-rechtliche Forderung zugrunde liege. Die Unwirksamkeit des Voll-

streckungstitels beruhe darauf, daß die von den Klägern erteilte Vollmacht zur Erklärung der persönlichen Haftungsübernahme und Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung unwirksam sei. Allerdings erfasse die Unwirksamkeit des der Vollmacht zugrundeliegenden konkludent abgeschlossenen Geschäftsbesorgungsvertrages wegen Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz die erteilte Vollmacht als rein prozessuale Erklärung nicht. Es könne auch offen bleiben, ob die Vollmacht gegen die Vorschriften des AGB-Gesetzes verstoße. Sie sei jedenfalls deshalb unwirksam, weil sie der notariellen Beurkundung bedurft hätte. Die bloße notarielle Beglaubigung der Unterschriften genüge wegen der mit der Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung auch in das persönliche Vermögen verbundenen Risiken nicht. Diese erforderten vielmehr eine besondere Belehrung durch den Notar. Den Klägern sei es auch trotz der von ihnen selbst in den Darlehensverträgen übernommenen Verpflichtung zur Abgabe einer Zwangsvollstreckungsunterwerfungserklärung nicht verwehrt, sich auf die Unwirksamkeit des Titels zu berufen. Darüber hinaus sei das Schuldanerkenntnis nebst Vollstreckungsunterwerfung auch nach § 812 BGB kondizierbar. Zwar seien die Darlehensverträge nicht nach §§ 4, 6 VerbrKrG formunwirksam. Auch stünden den Klägern keine Schadensersatzansprüche gegen die Beklagte zu, und der von ihnen geltend gemachte Einwendungsdurchgriff scheide mit Rücksicht auf § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG aus. Die Kläger hätten die Darlehensverträge aber wirksam nach § 1 HWiG a.F. widerrufen. Zum Abschluß des Vertrages seien sie durch mündliche Verhandlungen im Bereich ihrer Privatwohnung bestimmt worden. Dies müsse sich die Beklagte, die den Vortrag der Kläger zu einer Haustürsituation im Sinne des § 1 HWiG a.F. nicht wirksam bestritten habe, nach den zu § 123 Abs. 2 BGB entwickelten Grundsätzen zurechnen lassen.

Die von der Beklagten für den Fall der Erfolglosigkeit ihres Klageabweisungsantrags in der Berufungsinstanz erhobene Hilfswiderklage sei nicht sachdienlich und deshalb unzulässig. Das Berufungsgericht müsse insoweit über völlig neuen Streitstoff entscheiden, da der von der Beklagten geforderte unstreitige marktübliche Zins für die ausgereichten Darlehensvaluta um den auf den Unternehmensgewinn der Beklagten entfallenden Anteil zu kürzen sei. Über diesen Anteil wäre nach einem möglichen Bestreiten der Kläger Sachverständigenbeweis zu erheben.

II.

Diese Beurteilung hält revisionsrechtlicher Überprüfung in mehreren entscheidenden Punkten nicht stand.

1. Nicht zu folgen ist bereits der Auffassung des Berufungsgerichts, bei der von den Klägern erhobenen Klage handele es sich allein um eine Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO. Wie auch das Berufungsgericht nicht verkennt, erheben die Kläger nicht nur Einwendungen gegen den titulierten materiell-rechtlichen Anspruch mit dem Ziel, dessen Vollstreckbarkeit zu beseitigen, sondern stellen darüber hinaus mit ihrem Einwand, die Vollstreckungsunterwerfung nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO gemäß notarieller Urkunde vom 19. Dezember 1994 sei nicht wirksam zustande gekommen, die Wirksamkeit des formellen Titels in Frage. Mit Angriffen gegen die Wirksamkeit des Vollstreckungstitels läßt sich eine Klage aus § 767 ZPO indes nicht begründen. Sie können aber zum Gegenstand einer prozessualen Gestaltungsklage analog § 767

Abs. 1 ZPO gemacht werden (BGHZ 124, 164, 170 f.; zuletzt BGH, Urteil vom 22. Oktober 2003 - IV ZR 398/02, Umdruck S. 5 f.), die mit der Vollstreckungsgegenklage verbunden werden kann (BGHZ 118, 229, 236; BGH, Urteil vom 22. Oktober 2003 - IV ZR 398/02 aaO m.w.Nachw.). Das ist hier - wie die Kläger in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat noch einmal klargestellt haben - geschehen. Die Kläger haben sich bereits ausweislich der Klageschrift, in der die Klage als "Vollstreckungsabwehrklage" bezeichnet worden ist, insbesondere auch darauf gestützt, daß wegen Unwirksamkeit der Vollmacht der Notariatsangestellten durch die notarielle Beurkundung am 19. Dezember 1994 kein wirksamer Titel entstanden sei.

2. Die Revision beanstandet zu Recht, daß das Berufungsgericht der prozessualen Gestaltungsklage analog § 767 ZPO stattgegeben hat.

a) Allerdings hat das Berufungsgericht im Ergebnis zu Recht angenommen, daß die mit notarieller Urkunde vom 19. Dezember 1994 erklärte Vollstreckungsunterwerfung unwirksam ist mit der Folge, daß hiermit kein wirksamer Vollstreckungstitel nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO geschaffen wurde.

aa) Dies folgt jedoch - anders als das Berufungsgericht meint - nicht aus der fehlenden notariellen Beurkundung der Vollmacht vom 6. Dezember 1994, mit der die Kläger dem Bankkaufmann G. neben der Abschlußvollmacht für den Erwerb der Eigentumswohnung auch Vollmacht zur Abgabe der Vollstreckungsunterwerfungserklärung erteilt haben. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist die auf die Schaffung des Titels gerichtete Vollmacht nicht formunwirksam.

Wie das Berufungsgericht an anderer Stelle zutreffend gesehen hat, ist die Vollstreckungsunterwerfungserklärung keine privatrechtliche, sondern eine ausschließlich auf das Zustandekommen eines Vollstrekkungstitels gerichtete einseitige prozessuale Willenserklärung, die rein prozessualen Grundsätzen untersteht (RGZ 146, 308, 312; BGH, Urteile vom 23. Oktober 1980 - III ZR 62/79, WM 1981, 189, vom 1. Februar 1985 - V ZR 244/83, WM 1985, 545 und vom 26. März 2003 - IV ZR 222/02, WM 2003, 914, 915, zum Abdruck in BGHZ vorgesehen). Das bedeutet, daß die auf Abgabe einer solchen Erklärung gerichtete Vollmacht allein den Vorschriften der §§ 80 ff. ZPO und nicht denen der §§ 164 ff. BGB unterfällt (BGH, Urteil vom 26. März 2003 aaO und Beschluß vom 30. Oktober 1986 - III ZR 262/85, WM 1987, 307 f.).

Damit erweisen sich die Ausführungen des Berufungsgerichts zu § 167 Abs. 2 BGB bereits im Ausgangspunkt als verfehlt. Auf die Frage, wann eine Vollmacht abweichend von § 167 Abs. 2 BGB der Form des abzuschließenden Rechtsgeschäfts bedarf, kommt es für die hier allein maßgebliche Prozeßvollmacht nicht an. Die Vorschriften der §§ 80 ff. ZPO bilden für die Prozeßvollmacht ein Sonderrecht. Materiell-rechtliche Regelungen über die Vollmacht können daher nur Geltung erlangen, wenn die Zivilprozeßordnung auf sie verweist oder in ihnen allgemeine Rechtsgedanken der Stellvertretung zum Ausdruck kommen (BGH, Urteile vom 18. Dezember 2002 - VIII ZR 72/02, NJW 2003, 963, 964, vom 26. März 2003 - IV ZR 222/02 aaO und vom 22. Oktober 2003 - IV ZR 33/03, Umdruck S. 9 f. sowie - IV ZR 398/02, Umdruck S. 9 f.). Das ist hier nicht der Fall. Die Zivilprozeßordnung enthält insbesondere in den §§ 80, 89 Abs. 2 eigene Regelungen, die eine notarielle Beurkundung

der Prozeßvollmacht nicht vorsehen. Die Prozeßvollmacht kann danach formlos - sogar durch schlüssiges Verhalten (§ 89 Abs. 2 ZPO) - erteilt werden (BGHZ 40, 197, 203; BGH, Beschlüsse vom 5. Februar 1992 - XII ZB 6/92, VersR 1992, 1244, 1245 und vom 14. Juni 1995 - XII ZB 177/94, FamRZ 1995, 1484).

Soweit in der Literatur vereinzelt die Auffassung vertreten wird, eine Vollmacht zur Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung unterfalle in bestimmten Fällen der Beurkundungspflicht des § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO (Dux WM 1994, 1145, 1147 f.), kann dahinstehen, ob dem zu folgen ist. Eine Beurkundungspflicht besteht nach dieser Auffassung jedenfalls nur für unwiderruflich erteilte Prozeßvollmachten, die von den Klägern erteilte Vollmacht ist aber frei widerruflich.

Das verkennt auch das Berufungsgericht nicht. Es meint aber, wegen der hohen Risiken, die die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung auch in das persönliche Vermögen für den Schuldner mit sich bringe, müsse auch die frei widerrufliche Vollmacht zur Abgabe einer entsprechenden Erklärung notariell beurkundet werden, da nur so eine ausreichende Belehrung durch den Notar sichergestellt werde. Auch das vermag jedoch die Notwendigkeit einer notariellen Beurkundung der prozessualen Vollmacht abweichend von § 80 ZPO nicht zu begründen. Wie der Senat - nach Erlaß des Berufungsurteils - entschieden hat, kommt es für die Frage der Wirksamkeit einer Vollmacht zur Abgabe einer Zwangsvollstreckungsunterwerfungserklärung nicht auf eine Belehrung durch den Notar an. Es entspricht nämlich jahrzehntelanger Praxis, daß sich der mit dem persönlichen Kreditschuldner identische Grundschuldbesteller bei Bankdarlehen regelmäßig der Zwangsvollstreckung in

sein gesamtes Vermögen unterwerfen muß (Senatsurteil vom 26. November 2002 - XI ZR 10/00, WM 2003, 64, 65 f.). Ebenso wie er sich aus diesem Grund zur Abgabe einer entsprechenden Erklärung formlos in einem Darlehensvertrag verpflichten kann (BGH, Beschluß vom 30. Oktober 1986 - III ZR 262/85, WM 1987, 307, 308; Urteile vom 22. Oktober 2003 - IV ZR 33/03, Umdruck S. 11 ff. sowie - IV ZR 398/02, Umdruck S. 11 f.), bedarf auch die Vollmacht zur Abgabe einer entsprechenden Erklärung keiner besonderen Form.

bb) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts erweist sich die Vollmacht aber wegen Verstoßes des zugrundeliegenden Geschäftsbesorgungsvertrages gegen das Rechtsberatungsgesetz als unwirksam.

(1) In revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise ist das Berufungsgericht im Wege der Auslegung der Vollmachtsurkunde vom 6. Dezember 1994 zu dem Ergebnis gelangt, daß die Kläger anläßlich der Unterzeichnung der Vollmacht mit dem Bevollmächtigten G. konkludent einen Geschäftsbesorgungsvertrag abgeschlossen haben. Die tatrichterliche Auslegung einer Individualvereinbarung unterliegt im Revisionsverfahren nur der eingeschränkten Überprüfung darauf, ob gesetzliche oder allgemein anerkannte Auslegungsregeln, Denkgesetze oder Erfahrungssätze verletzt sind oder wesentlicher Auslegungsstoff außer acht gelassen wurde (BGH, Urteile vom 29. März 2000 - VIII ZR 297/98, WM 2000, 1289, 1291 f. und vom 3. April 2000 - II ZR 194/98, WM 2000, 1195, 1196; Senatsurteile vom 25. Juni 2002 - XI ZR 239/01, WM 2002, 1687, 1688 und vom 23. September 2003 - XI ZR 135/02, WM 2003, 2232, 2233). Das ist hier nicht der Fall. Angesichts der Ermächtigung des Bevollmächtigten, für die Kläger die erforderlichen Erklärungen zum

Erwerb und zur Finanzierung der Eigentumswohnung abzugeben, findet die Annahme eines der Vollmacht zugrundeliegenden Geschäftsbesorgungsvertrages entgegen der Auffassung der Revision eine hinreichende Grundlage im Parteivorbringen.

(2) Rechtlich nicht zu beanstanden ist auch die Auffassung des Berufungsgerichts, der Geschäftsbesorgungsvertrag sei wegen Verstoßes gegen Art. 1 § 1 Abs. 1 Satz 1 RBerG nichtig (§ 134 BGB). Nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes bedarf derjenige, der ausschließlich oder hauptsächlich die rechtliche Abwicklung eines Grundstückserwerbs im Rahmen eines Bauträger- oder Bauherrenmodells für den Erwerber besorgt, der Erlaubnis nach Art. 1 § 1 RBerG. Ein ohne diese Erlaubnis abgeschlossener Geschäftsbesorgungsvertrag ist nichtig (BGHZ 145, 265, 269 ff.; Senatsurteile vom 18. September 2001 - XI ZR 321/00, WM 2001, 2113, 2114 f., vom 14. Mai 2002 - XI ZR 155/01, WM 2002, 1273, 1274, vom 18. März 2003 - XI ZR 188/02, WM 2003, 918, 919 und vom 3. Juni 2003 - XI ZR 289/02, WM 2003, 1710, 1711; BGH, Urteile vom 11. Oktober 2001 - III ZR 182/00, WM 2001, 2260, 2261, vom 26. März 2003 - IV ZR 222/02, WM 2003, 914, 915, zum Abdruck in BGHZ vorgesehen, und vom 22. Oktober 2003 - IV ZR 33/03, Umdruck S. 6 f. sowie - IV ZR 398/02, Umdruck S. 6 f.).

Danach erweist sich auch der hier in Rede stehende Geschäftsbesorgungsvertrag als unwirksam. Nach den revisionsrechtlich nicht zu beanstandenden Feststellungen des Berufungsgerichts hatte der Geschäftsbesorger eine umfassende Rechtsbetreuung im Zusammenhang mit dem Erwerb der Eigentumswohnung zu erbringen. Er sollte für die Kläger alle zum Erwerb und zur Finanzierung sowie ggf. Zwischenfinan-

zierung erforderlichen Verträge abschließen und ggf. rückabwickeln sowie alle notwendigen Erklärungen abgeben. Außerdem war er berechtigt, selbstständig über die Fremdmittel der Kläger zu verfügen. Ihm war daher eine eigenverantwortliche Abwicklung des Erwerbs der Eigentumswohnung übertragen, die nach den Feststellungen des Berufungsgerichts insbesondere auch die rechtliche Betreuung umfaßte. Hierfür fehlte ihm nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts die erforderliche Erlaubnis.

(3) Anders als das Berufungsgericht angenommen hat, erstreckt sich die Nichtigkeit des Geschäftsbesorgungsvertrages wegen Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz auch auf die zur Abgabe der Vollstreckungsunterwerfungserklärung erteilte Prozeßvollmacht. Wie der Bundesgerichtshof in der erst nach Erlaß des Berufungsurteils ergangenen Entscheidung vom 26. März 2003 (IV ZR 222/02, WM 2003, 914, 915, zum Abdruck in BGHZ vorgesehen, bestätigt durch Urteile vom 22. Oktober 2003 - IV ZR 33/03, Umdruck S. 8 f. sowie - IV ZR 398/02, Umdruck S. 8 f.) näher dargelegt hat, wirkt sich der Verstoß gegen Art. 1 § 1 Abs. 1 Satz 1 RBerG i.V. mit § 134 BGB auch auf die prozessuale Vollmacht aus, weil andernfalls Sinn und Zweck des gesetzlichen Verbots nicht zu erreichen wären. Bei Nichtigkeit des Geschäftsbesorgungsvertrages wegen eines Verstoßes gegen Art. 1 § 1 Abs. 1 Satz 1 RBerG ist auch die zur Abgabe der prozessualen Unterwerfungserklärung erteilte Prozeßvollmacht gemäß § 134 BGB unwirksam.

cc) Entgegen der Auffassung der Revision ist die unwirksame Vollmacht auch nicht aus Rechtscheingesichtspunkten in analoger Anwendung der §§ 172 ff. BGB als gültig zu behandeln. Wie der Bundesge-

richtshof nach Abfassung der Revisionsbegründung entschieden hat, haben die auf die materiell-rechtliche Vollmacht zugeschnittenen, dem Schutz des Geschäftsgegners dienenden Vorschriften der §§ 172 ff. BGB auch in den Fällen der Nichtigkeit des Geschäftsbesorgungsvertrages wegen Verstoßes gegen Art. 1 § 1 Abs. 1 Satz 1 RBerG für die dem Geschäftsbesorger erteilte prozessuale Vollmacht keine Geltung. Die Zivilprozeßordnung enthält vielmehr in ihren §§ 80, 88 und 89 eigene Regelungen, die eine Rechtscheinhaftung des Vollmachtgebers nicht vorsehen (BGH, Urteile vom 26. März 2003 aaO und vom 22. Oktober 2003 - IV ZR 33/03 sowie - IV ZR 398/02, jeweils aaO S. 9 f.).

dd) Das Berufungsgericht hat danach im Ergebnis zu Recht angenommen, daß G. nicht wirksam bevollmächtigt war und daher die von ihm unterbevollmächtigte Notariatsangestellte bei Abgabe der Unterwerfungserklärung für die Kläger als Vertreterin ohne Vertretungsmacht gehandelt hat, der Vollstreckungstitel also nicht wirksam zustande gekommen ist. Er hätte allenfalls durch eine nachträgliche Genehmigung der Kläger Wirksamkeit erlangen können (§ 89 Abs. 2 ZPO), wozu aber bislang Feststellungen fehlen.

b) Nach dem für die Revision maßgeblichen Sachverhalt ist es den Klägern jedoch ungeachtet der Frage, ob sie die in ihrem Namen abgegebenen Erklärungen bereits genehmigt haben, nach Treu und Glauben verwehrt, sich auf die fehlende Vollmacht/Genehmigung und damit auf die Unwirksamkeit der prozessualen Unterwerfungserklärung zu berufen (§ 242 BGB).

aa) Wie die Revision zu Recht geltend macht, hatten die Kläger nach dem Inhalt der von ihnen selbst abgeschlossenen Darlehensverträge der Beklagten als Sicherheit nicht nur eine Grundschuld in Darlehensgesamthöhe zu stellen, sondern sie hatten sich darüber hinaus - wie auch die von ihnen selbst unterschriebene Sicherungszweckerklärung ausweist - verpflichtet, die persönliche Haftung zu übernehmen und sich der sofortigen Zwangsvollstreckung in ihr gesamtes Vermögen zu unterwerfen. In einem solchen Fall verstößt es aber entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts gegen Treu und Glauben, die Unwirksamkeit der bereits abgegebenen Unterwerfungserklärung geltend zu machen. Die Kläger wären nämlich - wenn die in ihrem Namen abgegebenen Erklärungen mangels wirksamer Vollmacht nicht gültig waren - zu deren Genehmigung verpflichtet und müßten ihnen damit rückwirkend Wirksamkeit verleihen. Sie wären damit gehindert aus der bisherigen Nichterfüllung ihrer vertraglichen Verpflichtungen Vorteile zu ziehen (BGH, Urteile vom 22. Oktober 2003 - IV ZR 33/03, Umdruck S. 11 sowie - IV ZR 398/02, Umdruck S. 11 f.; vgl. auch Nichtannahmebeschlüsse vom 30. Oktober 1986 - III ZR 262/85, WM 1987, 307, 308 und vom 18. Februar 2003 - XI ZR 138/02, Umdruck S. 2).

bb) Diese schuldrechtliche Verpflichtung entfiele zwar, wenn das Berufungsgericht zu Recht zu dem Ergebnis gelangt wäre, daß die Kläger ihre auf den Abschluß der Darlehensverträge gerichteten Willenserklärungen nach § 1 Abs. 1 HWiG a.F. wirksam widerrufen haben. Das ist aber nicht der Fall. Die Feststellung des Berufungsgerichts, die situationsbedingten Voraussetzungen eines Haustürgeschäfts im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 1 HWiG a.F. hätten vorgelegen, beruht vielmehr, wie die Revision zu Recht rügt, auf einem Verstoß gegen das Gebot der §§ 286

Abs. 1, 523 ZPO a.F., sich mit dem Streitstoff umfassend auseinanderzusetzen und den Sachverhalt durch die Erhebung der angetretenen Beweise möglichst vollständig aufzuklären (BGH, Urteil vom 29. Januar 1992 - VIII ZR 202/90, NJW 1992, 1768, 1769; Senatsurteil vom 29. Januar 2002 - XI ZR 86/01, WM 2002, 557).

Das Berufungsgericht hat seiner Entscheidung das Vorbringen der Kläger zu ihren Kontakten mit dem Immobilienvermittler zugrundegelegt. Die Durchführung einer Beweisaufnahme hat es mit der Begründung abgelehnt, die Beklagte habe den Vortrag der Kläger in prozessual nicht erheblicher Weise bestritten. Ein Bestreiten mit Nichtwissen sei nicht ausreichend gewesen; vielmehr hätte die Beklagte vortragen müssen, auf welchem Weg ihr Kontakt zu den Klägern zustande gekommen sei. Die hiergegen gerichteten Angriffe der Revision sind begründet.

Zwar geht auch das Berufungsgericht im Ausgangspunkt zutreffend davon aus, daß die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen eines Haustürgeschäftes im Sinne des § 1 Abs. 1 HWiG a.F. den Kunden trifft (BGHZ 113, 222, 225). Fehlerhaft ist aber bereits die weitere Annahme, die Beklagte habe den Vortrag der Kläger zur Anbahnung der Darlehensverträge in ihrer Privatwohnung nur mit Nichtwissen bestritten. Das Berufungsgericht übergeht dabei das Vorbringen der Beklagten in der Berufungsbegründung. Dort hat sie den Vortrag der Kläger zur Anbahnung der Verträge nicht nur mit Nichtwissen bestritten, sondern sie hat unter Hinweis darauf, daß in vergleichbaren Fällen die Vertragsanbahnungsgespräche in den Büroräumen der Vermittlungsgesellschaften stattgefunden hätten, ausdrücklich bestritten, daß die von den Klägern geschilderten Gespräche in deren Privatwohnung durchgeführt worden sind. Zu

einer weitergehenden Substantiierung war die Beklagte von Rechts wegen nicht gehalten. Ein unzulässiges pauschaliertes Bestreiten liegt in ihrem Vortrag nicht. Ein substantiiertes Bestreiten kann vom Prozeßgegner nur gefordert werden, wenn der Beweis dem Behauptenden nicht möglich oder nicht zumutbar ist, während der Bestreitende alle wesentlichen Tatsachen kennt und es ihm zumutbar ist, nähere Angaben zu machen. Das ist anzunehmen, wenn eine darlegungspflichtige Partei außerhalb des von ihr vorzutragenden Geschehensablaufs steht und keine nähere Kenntnis der maßgebenden Tatsachen besitzt (BGHZ 140, 156, 158 m.w.Nachw.). Darum geht es hier nicht. Bei den von den Klägern behaupteten Gesprächen mit dem Vermittler handelt es sich sämtlich um Ereignisse aus ihrem eigenen Wahrnehmungsbereich, die sie auch zu beweisen haben. Das Berufungsgericht hätte daher das Bestreiten der Beklagten, die anders als die Kläger an den Gesprächen nicht selbst beteiligt war, nicht als unerheblich unberücksichtigt lassen dürfen, sondern hätte die angebotenen Beweise erheben und aufgrund des Ergebnisses der Beweisaufnahme beurteilen müssen, ob die Kläger unter Berücksichtigung eines ausreichenden zeitlichen Zusammenhangs mit etwaigen mündlichen Verhandlungen im Bereich ihrer Privatwohnung zum Abschluß der Darlehensverträge vom 15./20. Dezember 1994 bestimmt worden sind (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 HWiG a.F.).

3. Damit hält das Berufungsurteil rechtlicher Überprüfung auch insoweit nicht stand, als das Berufungsgericht die auf materiell-rechtliche Einwendungen gegen den titulierten Anspruch gestützte Vollstreckungsgegenklage für begründet erachtet hat. Wenn die Kläger ihre Darlehensvertragserklärungen nicht wirksam widerrufen haben, steht der Beklagten die titulierte Forderung zu. Nach den rechtsfehlerfreien, auch von der

Revisionserwiderung nicht angegriffenen Ausführungen des Berufungsgerichts sind die Darlehensverträge weder nach § 6 Abs. 1 VerbrKrG nichtig noch stehen den Klägern Schadensersatzansprüche aus eigenem oder zugerechnetem Aufklärungsverschulden der Beklagten zu. Ein Einwendungsdurchgriff gemäß § 9 Abs. 3 VerbrKrG scheitert, wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, an § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG. Die Auszahlung der Darlehensvaluta ist nach zwei Schreiben der Beklagten vom 18. Januar 1995 auf ein Konto erfolgt, dessen Nummer bereits in den Darlehensverträgen vom 15./20. Dezember 1994 aufgeführt ist.

4. Von Rechtsirrtum beeinflußt sind schließlich auch die Ausführungen, mit denen das Berufungsgericht die Hilfswiderklage der Beklagten auf Rückzahlung der Darlehensvaluta nebst Zinsen als unzulässig abgewiesen hat.

Nach § 530 Abs. 1 ZPO a.F. ist eine Widerklage in der Berufungsinstanz, wenn der Kläger - wie hier - nicht einwilligt, nur zuzulassen, wenn das Gericht die Geltendmachung der Gegenforderung für sachdienlich hält. Die Beurteilung der Sachdienlichkeit erfordert eine Berücksichtigung, Bewertung und Abwägung der beiderseitigen Interessen. Dabei steht dem Berufungsgericht nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ein Beurteilungsspielraum zu (vgl. nur BGHZ 33, 398, 400; BGH, Urteil vom 10. Januar 1985 - III ZR 93/83, NJW 1985, 1841, 1842; Senatsurteil vom 19. Oktober 1999 - XI ZR 308/98, WM 1999, 2324, 2325). Die Beurteilung des Berufungsgerichts, daß eine Widerklage nicht im Sinne des § 530 Abs. 1 ZPO a.F. sachdienlich ist, ist der Nachprüfung in der Revisionsinstanz nur daraufhin unterworfen, ob

das Berufungsgericht den Rechtsbegriff der Sachdienlichkeit verkannt oder seinen Beurteilungsspielraum überschritten hat (BGHZ 123, 132, 137; Senatsurteil vom 19. Oktober 1999 aaO m.w.Nachw.). Das ist hier - wie die Revision zu Recht rügt - der Fall, weil in die Abwägung des Berufungsgerichts Gesichtspunkte eingeflossen sind, die nicht hätten berücksichtigt werden dürfen (vgl. Senatsurteil vom 19. Oktober 1999 aaO).

Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kommt es bei der Rückabwicklung eines Darlehensvertrages nach § 3 HWiG nicht auf die Ermittlung eines Gewinnanteils an, um den der marktübliche Zinssatz ggf. zu kürzen wäre. Im Falle eines wirksamen Widerrufs des Darlehensvertrages sind die Parteien gemäß § 3 Abs. 1 HWiG a.F. jeweils verpflichtet, dem anderen Teil die empfangenen Leistungen zurückzugewähren (Senatsurteile BGHZ 152, 331, 335, vom 15. Juli 2003 - XI ZR 162/00, ZIP 2003, 1741, 1744 und vom 28. Oktober 2003 - XI ZR 263/02, Umdruck S. 5). Wie der erkennende Senat mittlerweile entschieden hat, hat die finanzierende Bank dabei gegen die Darlehensnehmer einen Anspruch auf Erstattung des ausgezahlten Nettokreditbetrages sowie auf dessen marktübliche Verzinsung (vgl. Senatsurteile BGHZ 152, 331, 336, 338, vom 26. November 2002 - XI ZR 10/00, WM 2003, 64, 66, vom 15. Juli 2003 - XI ZR 162/00, ZIP 2003, 1741, 1743 und vom 28. Oktober 2003 - XI ZR 263/02, Umdruck S. 6).

III.

Das angefochtene Urteil war daher aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO) und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Beru-

fungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Dabei hat der Senat von der Möglichkeit des § 563 Abs. 1 Satz 2 ZPO Gebrauch gemacht. Das Berufungsgericht wird die angebotenen Beweise zu der Frage, ob dem Abschluß der Darlehensverträge eine Haustürsituation im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 1 HWiG zugrunde lag, zu erheben haben. Sollte hiervon auszugehen sein, wird das Berufungsgericht noch ergänzende Feststellungen zu der Frage zu treffen haben, ob sich die Beklagte das Zustandekommen der Verträge in einer Haustürsituation zurechnen lassen muß. Dabei genügt entgegen den bislang vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen die Kenntnis der Beklagten davon, daß die Eigentumswohnung über einen Vermittler verkauft und die Darlehensverträge über ihn vermittelt wurden, nicht. Allein dieser Umstand läßt nicht den Schluß zu, daß die Darlehensvertragserklärungen der Kunden auf einer mündlichen Verhandlung ohne vorherige Bestellung an ihrem Arbeitsplatz oder in ihrer Privatwohnung beruhen und verpflichtet die kre-

ditgebende Bank auch nicht ohne weiteres zu einer Nachfrage über die Umstände der Vertragsanbahnung (Senatsurteile vom 12. November 2002 - XI ZR 3/01, WM 2003, 61, 63 und vom 15. Juli 2003 - XI ZR 162/00, ZIP 2003, 1741, 1743).

Nobbe Müller Joeres

Wassermann Mayen