BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XI ZR 334/04

Verkündet am:
15. März 2005
Herrwerth,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 15. März 2005 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 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Braunschweig vom 19. August 2004 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Hilfswiderklage der Beklagten abgewiesen worden ist.

Die weitergehende Revision wird zurückgewiesen.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger wendet sich, soweit für das Revisionsverfahren noch von Bedeutung, gegen die Zwangsvollstreckung aus einer notariellen Ur-

kunde, die beklagte Sparkasse begehrt im Wege der Hilfswiderklage die Rückzahlung von Darlehen. Dem liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Kläger, ein damals 43 Jahre alter Klempner, und seine Ehefrau, eine damals 40 Jahre alte Geschäftsfrau, wurden im Jahre 1993 von einem Vermittler geworben, zwecks Steuerersparnis ohne Eigenkapital eine Eigentumswohnung in G. zu erwerben. Am 25. Januar 1993 unterbreiteten sie der C. Steuerberatungsgesellschaft mbH (im folgenden: Geschäftsbesorgerin) ein notarielles Angebot auf Abschluß eines Geschäftsbesorgungsvertrages zum Erwerb der Eigentumswohnung. Zugleich erteilten sie der Geschäftsbesorgerin, die über eine Erlaubnis nach dem Rechtsberatungsgesetz nicht verfügte, eine umfassende Vollmacht, sie bei der Vorbereitung, Durchführung und gegebenenfalls Rückabwicklung des Erwerbs zu vertreten. Unter anderem sollte die Geschäftsbesorgerin den Kaufvertrag und die Darlehensverträge abschließen. Zudem war sie zur Bestellung der dinglichen und persönlichen Sicherheiten befugt. Der kalkulierte Gesamtaufwand für das Kaufobjekt war mit 121.486 DM ausgewiesen.

Die Geschäftsbesorgerin nahm das Angebot an und vertrat den Kläger und seine Ehefrau bei der Beurkundung des notariellen Kauf- und Werklieferungsvertrags am 24. Mai 1993. Mit diesem erwarben sie die Eigentumswohnung zum Preis von 93.338 DM und übernahmen aus einer zu Gunsten der Rechtsvorgängerin der Beklagten (im folgenden: Beklagte) durch notarielle Urkunde vom 28. April 1993 bestellten Grundschuld über 14.997.886 DM einen Teilbetrag in Höhe von 121.486 DM sowie die persönliche Haftung für einen Betrag in dieser Höhe nebst 15%

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

Jahreszinsen; wegen der Zahlungsverpflichtung unterwarfen sie sich der sofortigen Zwangsvollstreckung in ihr gesamtes Vermögen.

Am 5. Januar 1994 schloß die Geschäftsbesorgerin in ihrem Namen mit der Beklagten zur Finanzierung des Kaufpreises und der Erwerbsnebenkosten zwei Realkreditverträge über 17.777 DM und 103.709 DM. Diese sahen vor, daß die Darlehen erst in Anspruch genommen werden durften, wenn die vereinbarten Sicherheiten bestellt waren. In der Anlage zu den jeweiligen Verträgen ist insoweit ein Hinweis auf die Grundschuld, nicht aber auf die Übernahme der persönlichen Haftung enthalten. Die Darlehensbeträge wurden abzüglich des vereinbarten Disagios auf Anweisung der Geschäftsbesorgerin ausgezahlt und zur Finanzierung des Erwerbs verwendet. Nachdem der Kläger und seine Ehefrau ihre Zinsleistungen eingestellt hatten, kündigte die Beklagte die Kredite aus wichtigem Grund und betreibt die Zwangsvollstreckung in die Eigentumswohnung.

Der Kläger hat sich mit seiner Klage zum einen gegen die Vollstreckung aus der notariellen Grundschuldbestellungsurkunde vom 28. April 1993 gewandt. Zum anderen macht er geltend, die persönliche Vollstreckungsunterwerfungserklärung vom 24. Mai 1993 sei als Vollstreckungstitel unwirksam, da der Geschäftsbesorgungsvertrag und die in ihm enthaltene Vollmacht wegen Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz nichtig seien. Die Beklagte hält dem entgegen, der Kläger könne sich nach Treu und Glauben auf die Unwirksamkeit der Vollstrekkungsunterwerfung nicht berufen, da er und seine Ehefrau sich wirksam verpflichtet hätten, ihr einen solchen Titel zu verschaffen. Mit ihrer für den Fall der Erfolglosigkeit ihres Klageabweisungsbegehrens erhobenen

Hilfswiderklage verlangt sie die Rückzahlung der Darlehen in Höhe von 65.053,25 € nebst Zinsen.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben und die Hilfswiderklage abgewiesen. Auf die Berufung der Beklagten hat das Berufungsgericht die gegen die Vollstreckung aus der notariellen Grundschuldbestellungsurkunde gerichtete Klage abgewiesen. Im übrigen ist die Berufung ohne Erfolg geblieben. Mit der - vom Berufungsgericht zugelassenen - Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag und ihr Hilfswiderklagebegehren weiter.

Entscheidungsgründe:

A.

Die Revision ist insgesamt statthaft (§ 543 Abs. 1 Nr. 1 ZPO).

Das Berufungsgericht hat sie in der Urteilsformel allerdings lediglich zugelassen, soweit es um die Abweisung der Hilfswiderklage geht. Zur Begründung hat es ausgeführt, das Urteil beruhe, soweit die Berufung zurückgewiesen worden sei, auf der von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu § 173 BGB abweichenden Auffassung des Berufungsgerichts.

Hierin liegt keine zulässige Beschränkung der Zulassung. Das angefochtene Urteil muß daher in vollem Umfang überprüft werden (vgl. Senatsurteil vom 23. September 2003 - XI ZR 135/02, WM 2003, 2232,

2233 m.w.Nachw.). Die Zulassung der Revision kann nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nur auf einen tatsächlich und rechtlich selbständigen Teil des Gesamtstreitstoffs beschränkt werden. Der Teil des Prozeßstoffs, für den die Zulassung ausgesprochen wird, muß vom restlichen Prozeßstoff teilbar sein. Im Falle einer Zurückverweisung darf die Änderung dieses Teils nicht in die Gefahr eines Widerspruchs zu dem nicht anfechtbaren Teil geraten (BGH, Urteil vom 4. Juni 2003 - VIII ZR 91/02, WM 2003, 2139, 2141; Senatsurteil vom 23. September 2003 - XI ZR 135/02, WM 2003, 2232 f. m.w.Nachw.). Wie die Revision zu Recht geltend macht, wäre das hier der Fall, weil das Berufungsgericht - wie es selbst zutreffend ausgeführt hat - nicht nur die Hilfswiderklage, sondern auch seine Entscheidung über die Klage unter anderem mit seiner von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu § 173 BGB abweichenden Auffassung begründet hat.

B.

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

I.

Das Berufungsgericht hat, soweit für das Revisionsverfahren noch von Bedeutung, im wesentlichen ausgeführt:

Die gegen die Wirksamkeit des Vollstreckungstitels gerichtete titelgestaltende Klage entsprechend § 767 ZPO sei begründet. Die Vollstreckungsunterwerfung vom 24. Mai 1993 sei nicht wirksam, da die Geschäftsbesorgerin hierbei ohne gültige Vollmacht gehandelt habe. Der Geschäftsbesorgungsvertrag und die damit verbundene prozessuale Vollmacht, auf die die §§ 171, 172 BGB nicht anwendbar seien, verstießen gegen Art. 1 § 1 RBerG. Dem Kläger sei es auch nicht mit Rücksicht auf Treu und Glauben verwehrt, sich auf die Unwirksamkeit der prozessualen Unterwerfungserklärung zu berufen. Er und seine Frau hätten sich nicht wirksam verpflichtet, die persönliche Haftung zu übernehmen und sich der sofortigen Zwangsvollstreckung in ihr gesamtes Vermögen zu unterwerfen. Eine solche Verpflichtung ergebe sich weder unmittelbar aus dem Kauf- und Werklieferungsvertrag noch könne sie ihm im Wege der Umdeutung durch Auslegung entnommen werden. Die Übernahme der persönlichen Haftung und Unterwerfung der Darlehensnehmer unter die Zwangsvollstreckung in dem Kauf- und Werklieferungsvertrag verstoße vielmehr gegen § 9 AGBG, da die abzusichernden Darlehen seinerzeit noch nicht existiert hätten und durch die Zwangsvollstreckungsunterwerfungserklärung deshalb eine erhebliche Haftungsgefahr begründet worden sei. Zudem habe die Geschäftsbesorgerin den Kläger und seine Ehefrau mangels gültiger Vollmacht nicht wirksam verpflichten können. Der Annahme einer Rechtsscheinvollmacht nach §§ 172 ff. BGB stehe jedenfalls § 173 BGB entgegen. Die Beklagte habe den Verstoß gegen das Rechtsberatungsgesetz angesichts der damaligen Rechtsprechung zur Grenze zulässiger Rechtsbesorgung und -beratung durch Steuerberater erkennen können und müssen. Auf eine Duldungsvollmacht könne sie sich ebenfalls nicht mit Erfolg berufen.

Die Hilfswiderklage sei unbegründet. Die Darlehensverträge seien mangels gültiger Vollmacht der Geschäftsbesorgerin nicht wirksam zustande gekommen. Auch hier scheitere eine Rechtsscheinvollmacht jedenfalls an § 173 BGB. Ein Bereicherungsanspruch auf Rückzahlung der Darlehensvaluta bestehe nicht.

II.

Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung nicht in allen Punkten stand.

1. Das Berufungsgericht geht allerdings zutreffend davon aus, daß die gegen die Wirksamkeit des Vollstreckungstitels gerichteten Einwendungen des Klägers, anders als das Landgericht gemeint hat, nicht Gegenstand einer Vollstreckungsgegenklage, sondern Gegenstand einer prozessualen Gestaltungsklage analog § 767 Abs. 1 ZPO sind (vgl. BGHZ 124, 164, 170 f.).

2. Diese Klage hat das Berufungsgericht im Ergebnis zu Recht für begründet gehalten.

a) Wie auch die Revision nicht in Zweifel zieht, ist die in der notariellen Urkunde vom 24. Mai 1993 von der Geschäftsbesorgerin als Vertreterin des Klägers und seiner Ehefrau erklärte Vollstreckungsunterwerfung mangels gültiger Vollmacht zur Abgabe der Vollstreckungsunterwerfungserklärung unwirksam mit der Folge, daß kein wirksamer Vollstrekkungstitel nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO geschaffen wurde.

Nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bedarf derjenige, der ausschließlich oder hauptsächlich die rechtliche Abwicklung eines Grundstückserwerbs oder Fondsbeitritts im Rahmen eines Steuersparmodells für den Erwerber besorgt, der Erlaubnis nach Art. 1 § 1 RBerG. Ein ohne diese Erlaubnis abgeschlossener Geschäftsbesorgungsvertrag, der so umfassende Befugnisse wie hier enthält, ist nichtig (st.Rspr., siehe etwa Senatsurteile vom 9. November 2004 - XI ZR 315/03, WM 2005, 72, 73 und vom 15. Februar 2005 - XI ZR 396/03, Umdruck S. 8 f. m.w.Nachw. sowie BGH, Urteil vom 8. Oktober 2004 - V ZR 18/04, WM 2004, 2349, 2352). Die Nichtigkeit erfaßt neben der umfassenden Abschlußvollmacht auch die zur Abgabe der Vollstrekkungsunterwerfungserklärung erteilte Prozeßvollmacht. Wie auch die Revision nicht in Zweifel zieht, ist die unwirksame Prozeßvollmacht nicht etwa aus Rechtsscheingesichtspunkten in analoger Anwendung der §§ 172 ff. BGB als gültig zu behandeln, da diese Bestimmungen für die dem Geschäftsbesorger erteilte prozessuale Vollmacht keine Geltung haben (BGHZ 154, 283, 287; BGH, Urteile vom 22. Oktober 2003 - IV ZR 33/03, WM 2003, 2375, 2377 sowie IV ZR 398/02, WM 2003, 2372, 2374; Senatsurteile vom 18. November 2003 - XI ZR 332/02, WM 2004, 27, 30, vom 2. Dezember 2003 - XI ZR 421/02, WM 2004, 372, 375 und vom 2. März 2004 - XI ZR 267/02, BKR 2004, 236, 238).

b) Entgegen der Auffassung der Revision ist es dem Kläger nach dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) nicht verwehrt, sich gegenüber der Beklagten auf die Nichtigkeit der notariellen Vollstrekkungsunterwerfung vom 24. Mai 1993 zu berufen. Das wäre nur dann der Fall, wenn der Kläger gegenüber der Beklagten verpflichtet wäre, sich

hinsichtlich der Darlehensverbindlichkeit der sofortigen Zwangsvollstrekkung zu unterwerfen (vgl. BGH, Urteile vom 22. Oktober 2003 - IV ZR 398/02, WM 2003, 2372, 2374 und IV ZR 33/03, WM 2003, 2376, 2378 sowie vom 10. März 2004 - IV ZR 143/03, WM 2004, 922, 923; Senatsurteile vom 18. November 2003 - XI ZR 332/02, WM 2004, 27, 30, vom 2. Dezember 2003 - XI ZR 421/02, WM 2004, 372, 375, vom 2. März 2004 - XI ZR 267/02, BKR 2004, 236, 239 und vom 15. Februar 2005 - XI ZR 396/03, Umdruck S. 11). Eine solche Verpflichtung hat das Berufungsgericht im Ergebnis zu Recht nicht angenommen.

aa) Anders als in den genannten Fällen, in denen der Bundesgerichtshof bislang den Einwand der finanzierenden Bank aus § 242 BGB für durchgreifend erachtet oder ihn jedenfalls erwogen hat, enthalten die Darlehensverträge hier keine Verpflichtung der Darlehensnehmer, die persönliche Haftung in Höhe des Grundschuldbetrages zu übernehmen und sich insoweit der sofortigen Zwangsvollstreckung zu unterwerfen. Dies macht auch die Revision nicht geltend.

bb) Sie will die Verpflichtung vielmehr aus dem notariellen Kauf- und Werklieferungsvertrag vom 24. Mai 1993, der die Übernahme der persönlichen Haftung und Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung enthält, herleiten. Das hat das Berufungsgericht im Ergebnis zu Recht abgelehnt.

(1) Allerdings scheitert eine Umdeutung der Unterwerfungserklärung in eine Verpflichtung des Klägers, einen entsprechenden Titel zu schaffen, entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht an § 9 AGBG. Es entspricht jahrzehntelanger Praxis, daß sich der mit dem per-

sönlichen Kreditschuldner identische Grundschuldbesteller bei Bankdarlehen regelmäßig der Zwangsvollstreckung in sein gesamtes Vermögen unterwerfen muß; eine unangemessene Benachteiligung des Schuldners liegt darin nach ständiger, vom Berufungsgericht unberücksichtigt gelassener Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht (BGHZ 99, 274, 282 f.; Senatsurteile BGHZ 114, 9, 12 f., vom 26. November 2002 - XI ZR 10/00, WM 2003, 64, 65 f., vom 28. Oktober 2003 - XI ZR 263/02, WM 2003, 2410, 2411 und vom 15. Februar 2005 - XI ZR 396/03, Umdruck S. 14; BGH, Urteile vom 22. Oktober 2003 - IV ZR 398/02, WM 2003, 2372, 2374 und IV ZR 33/03, WM 2003, 2376, 2378). Der Umstand, daß die Darlehen des Klägers bei Abschluß des notariellen Kauf- und Werklieferungsvertrages noch nicht aufgenommen waren, ändert hieran schon deshalb nichts, weil nach ständiger, vom Berufungsgericht ebenfalls unberücksichtigt gelassener Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auch künftige Forderungen Gegenstand von Unterwerfungserklärungen sein können (BGHZ 88, 62, 65; BGH, Urteile vom 23. November 1979 - V ZR 123/76, WM 1980, 316, 317, vom 25. Juni 1981 - III ZR 179/79, WM 1981, 1140, 1141 und vom 2. November 1989 - III ZR 143/88, WM 1990, 8, 9). Der erhöhten Haftungsgefahr wird - was das Berufungsgericht übersieht - dadurch Rechnung getragen, daß der Schuldner, wenn der materielle Anspruch noch nicht besteht, nach §§ 795, 769 bzw. 732 Abs. 2 ZPO Eilmaßnahmen erwirken kann (Münzberg, in: Stein/Jonas, ZPO 22. Aufl. § 794 Rdn. 128). Die vom Berufungsgericht weiter vertretene Ansicht, die Situation sei insoweit ähnlich wie in Fällen, in denen ein Dritter formularmäßig zum persönlichen Schuldner erklärt wird, entbehrt jeder Grundlage.

(2) Eine persönliche Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung bei der Bestellung einer Grundschuld verstößt auch nicht gegen § 10 Abs. 2 VerbrKrG. Verboten ist danach nur die Entgegennahme eines Wechsels oder eines Schecks zur Sicherung eines Verbraucherkredits. Auf (vollstreckbare) abstrakte Schuldanerkenntnisse ist § 10 Abs. 2 VerbrKrG nicht analog anwendbar. Die in der Literatur vertretene Gegenansicht (vgl. MünchKomm/Habersack, BGB 4. Aufl. § 496 Rdn. 8, Staudinger/Kessal-Wulf, BGB Neubearb. 2004 § 496 Rdn. 28, Vollkommer NJW 2004, 818 ff., jew. m.w.Nachw.) übersieht, daß es schon an einer planwidrigen Regelungslücke fehlt. Die Erstreckung des Verbots des § 10 Abs. 2 VerbrKrG auf vollstreckbare notarielle Schuldanerkenntnisse ist im Rechtsausschuß des Bundestages beraten worden. Die Mehrheit des Ausschusses hat sie ausdrücklich abgelehnt (BT-Drucks. 11/8274 S. 22). Angesichts dessen spricht unter Berücksichtigung der dem Gesetzgeber bekannten jahrzehntelangen Praxis, daß sich Realkreditnehmer regelmäßig der Zwangsvollstreckung in ihr gesamtes Vermögen unterwerfen müssen, nichts dafür, daß der Gesetzgeber diese Praxis unterbinden wollte. Er hat § 10 Abs. 2 VerbrKrG vielmehr bewußt auf Wechsel und Schecks beschränkt (Senatsbeschluß vom 23. November 2004 - XI ZR 27/04, Umdruck S. 3).

(3) Die Entscheidung des Berufungsgerichts, es fehle an einer wirksamen Verpflichtung des Klägers, sich hinsichtlich der Darlehensansprüche der Beklagten der sofortigen Zwangsvollstreckung zu unterwerfen, erweist sich im Ergebnis dennoch als richtig. Der notarielle Kauf- und Werklieferungsvertrag vom 24. Mai 1993 enthält entgegen der Auffassung der Revision keine entsprechende Verpflichtung des Klägers.

(a) Wie das Berufungsgericht zu Recht angenommen hat, fehlt eine ausdrückliche Verpflichtung im Vertrag. Die Auslegung des Berufungsgerichts ist angesichts des Wortlauts des Vertrages, der zwar die entsprechenden Erklärungen des Klägers enthält, in dem aber von dessen Verpflichtung, sich der sofortigen Zwangsvollstreckung zu unterwerfen, keine Rede ist, nicht zu beanstanden.

(b) Entgegen der Auffassung der Revision liegt auch nicht in jeder abstrakten Vollstreckungsunterwerfung grundsätzlich zugleich eine Kausalvereinbarung, daß der Schuldner sich der sofortigen Zwangsvollstrekkung zu unterwerfen habe (so allerdings MünchKomm/Wolfsteiner, ZPO 2. Aufl. § 794 Rdn. 131). Personalsicherheiten tragen vielmehr ihren Rechtsgrund in sich selbst. Eines besonderen Sicherungsvertrages bedarf es insoweit nicht; Gläubiger und Schuldner können allerdings einen solchen schließen mit dem Inhalt, daß der Schuldner eine Personalsicherheit stellen muß (Ganter, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch 2. Aufl. § 90 Rdn. 21; Bülow, Recht der Kreditsicherheiten 6. Aufl. Rdn. 52).

Nichts spricht dafür, daß hier eine derartige Vereinbarung getroffen worden ist, mit der sich der Kläger und seine Ehefrau gegenüber der Beklagten verpflichtet hätten, sich der sofortigen Zwangsvollstreckung in ihr gesamtes Vermögen zu unterwerfen. Das Berufungsurteil enthält, anders als die Revision meint, keine Feststellungen zur Begründung einer Verpflichtung über den Wortlaut des Kauf- und Werklieferungsvertrages hinaus. Auch sonst ist eine solche nicht ersichtlich. Dies gilt insbesondere angesichts des für die Feststellung des übereinstimmenden Willens zu berücksichtigenden nachvertraglichen Verhaltens der Parteien (vgl. Se-

natsurteil vom 2. März 2004 - XI ZR 288/02, WM 2004, 828, 829 m.w.Nachw.). Die beiden - später abgeschlossenen - Darlehensverträge enthalten keinerlei Hinweis darauf, daß die Darlehen durch vollstreckbare Schuldanerkenntnisse in Höhe des Grundschuldbetrages zu besichern seien oder besichert würden. Ausdrücklich Bezug genommen wird allein auf die bestellte Grundschuld.

(c) Im Ergebnis zu Recht hat das Berufungsgericht daher auch eine am wirklichen oder mutmaßlichen Willen der Vertragsparteien orientierte Umdeutung der unwirksamen Unterwerfungserklärung in eine Verpflichtung des Klägers, sich hinsichtlich der Darlehensverbindlichkeit der sofortigen Zwangsvollstreckung zu unterwerfen, abgelehnt.

3. Die Begründung, mit der das Berufungsgericht die von der Beklagten für den Fall der Erfolglosigkeit ihres Klageabweisungsantrags erhobene Hilfswiderklage auf Darlehensrückzahlung für nicht begründet erachtet hat, hält rechtlicher Überprüfung nicht stand. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts sind nach dem für die Revision zugrundezulegenden Sachverhalt die Voraussetzungen für eine Rechtsscheinvollmacht der Geschäftsbesorgerin gegeben und die Darlehensverträge daher wirksam zustande gekommen.

a) Nicht zu beanstanden sind allerdings die Ausführungen des Berufungsgerichts zum Fehlen einer Duldungsvollmacht. Wie der Senat mit Urteilen vom 20. April 2004 (XI ZR 164/03, WM 2004, 1227, 1229 und XI ZR 171/03, WM 2004, 1230, 1232) entschieden und im einzelnen begründet hat, vermag die Vorlage der vom Erwerber zur Vorbereitung des eigentlichen Vertragsschlusses unterzeichneten Urkunden durch den

Geschäftsbesorger - hier etwa die Selbstauskunft und die erteilte Einzugsermächtigung - eine Duldungsvollmacht zum Abschluß von Darlehensverträgen nicht zu begründen (vgl. auch Senatsurteil vom 11. Januar 2005 - XI ZR 272/03, WM 2005, 327, 328).

b) Demgegenüber läßt sich ein gemäß §§ 171, 172 BGB an die Vorlage der Vollmachtsausfertigung anknüpfender Rechtsschein nicht mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung verneinen.

aa) Wie auch das Berufungsgericht nicht verkennt, sind die §§ 171 und 172 BGB nach mittlerweile gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auf die einem Geschäftsbesorger erteilte Abschlußvollmacht auch dann anwendbar, wenn dessen umfassende Bevollmächtigung - wie hier - unmittelbar gegen Art. 1 § 1 RBerG verstößt und nach § 134 BGB nichtig ist (siehe etwa BGH, Urteile vom 22. Oktober 2003 - IV ZR 33/03, WM 2003, 2375, 2379, vom 10. März 2004 - IV ZR 143/03, WM 2004, 922, 924, vom 23. März 2004 - XI ZR 194/02, WM 2004, 1221, 1223 f., vom 20. April 2004 - XI ZR 164/03, WM 2004, 1227, 1228 und XI ZR 171/03, WM 2004, 1230, 1232 sowie vom 8. Oktober 2004 - V ZR 18/04, WM 2004, 2349, 2352). An dieser Rechtsprechung hält der Senat - wie er mit Urteilen vom 26. Oktober 2004 (XI ZR 255/03, WM 2005, 127, 130 f., zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen) 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 vom 14. Juni 2004 und zwar auch unter Berücksichtigung der dort erörterten Frage der Schutzwürdigkeit der finanzierenden Banken (II ZR 393/02, WM 2004, 1529, 1531 und II ZR 407/02, WM 2004, 1536, 1538) jedenfalls für den Bereich kreditfinanzierter Grundstücksgeschäfte fest. Der

Einwand der Revisionserwiderung, das Vertrauen der Bank auf eine wirksame Bevollmächtigung sei nur bei Vorliegen eines Verkehrsgeschäfts schützenswert, rechtfertigt schon deshalb kein anderes Ergebnis, weil es an einem Verkehrsgeschäft nur fehlt, wenn die Vertragspartner - anders als hier - persönlich oder wirtschaftlich identisch sind (vgl. RGZ 143, 202, 206 f.; BGH, Urteile vom 2. April 1998 - IX ZR 232/96, WM 1998, 1037, 1040 und vom 21. Oktober 2002 - II ZR 118/02, WM 2003, 25, 26; Senatsurteil vom 21. April 1998 - XI ZR 239/97, WM 1998, 1277, 1278).

bb) Die Auffassung des Berufungsgerichts, ein gemäß §§ 171, 172 BGB an die Vorlage einer Vollmachtsausfertigung anknüpfender Rechtsschein scheide mit Rücksicht auf § 173 BGB aus, da der Beklagten der Verstoß der Vollmacht gegen das Rechtsberatungsgesetz bei Anwendung pflichtgemäßer Sorgfalt hätte bekannt sein müssen, hält rechtlicher Prüfung nicht stand.

Wie die Revision zu Recht geltend macht, war der Beklagten der Mangel der Vertretungsmacht hier weder bekannt noch mußte sie ihn gemäß § 173 BGB kennen. Für die Frage, ob der Vertragspartner den Mangel der Vertretungsmacht bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts gemäß § 173 BGB kennt oder kennen muß, kommt es nach dem eindeutigen Wortlaut des Gesetzes 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 3. Juni 2003 - XI ZR 289/02, WM 2003, 1710, 1712, vom 2. Dezember 2003 - XI ZR 53/02, WM 2004, 417, 421, vom 16. März 2004 - XI ZR 60/03, WM 2004, 1127, 1128, 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).

Daran fehlt es hier. Daß die Beklagte positive Kenntnis von der Unwirksamkeit der Vollmacht hatte, ist nicht festgestellt. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts konnten damals alle Beteiligten den Verstoß des Geschäftsbesorgungsvertrages und der Vollmacht gegen das Rechtsberatungsgesetz auch 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, Urteile 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).

Davon kann - anders als das Berufungsgericht meint - im Jahr 1993 keine Rede sein, da der Geschäftsbesorgungsvertrag und die zu seiner Durchführung erteilte Vollmacht einer damals weit verbreiteten und seinerzeit nicht angezweifelten Praxis entsprachen (vgl. BGH, Urteil vom 8. Oktober 2004 - V ZR 18/04, WM 2004, 2349, 2353), die Vollmacht notariell beurkundet war (BGH, Urteil vom 8. November 1984

- III ZR 132/83, WM 1985, 10, 11) und 1994 nicht einmal ein Notar Bedenken gegen die Wirksamkeit der Vollmacht haben mußte (BGHZ 145, 265, 275 ff.). Den vor dem Jahr 2000 ergangenen Entscheidungen des Bundesgerichtshofes ließ sich nichts entnehmen, was für einen Verstoß eines umfassenden Treuhand- oder Geschäftsbesorgungsvertrages und der mit ihm verbundenen Vollmacht des Treuhänders/Geschäftsbesorgers 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). Dies gilt entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht nur nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats, sondern nach der Rechtsprechung aller damit befaßten Senate des Bundesgerichtshofs auch bei umfassenden Treuhandvollmachten, die - wie hier - einer Steuerberatungsgesellschaft erteilt wurden. Sowohl die vor Erlaß des Berufungsurteils ergangenen Urteile des Bundesgerichtshofs vom 18. September 2001 (XI ZR 321/00, WM 2001, 2113, 2115), vom 18. März 2003 (XI ZR 188/02, WM 2003, 919, 920), vom 2. Dezember 2003 (XI ZR 53/02, WM 2004, 417, 421 f.), vom 22. Oktober 2003 (IV ZR 33/03, WM 2003, 2375, 2379) und vom 10. März 2004 (IV ZR 143/03, WM 2004, 922, 924) als auch die nach Erlaß des Berufungsurteils veröffentlichten Urteile vom 8. Oktober 2004 (V ZR 18/04, WM 2004, 2349, 2352 f.), vom 26. Oktober 2004 (XI ZR 255/03, WM 2005, 127, 132), vom 9. November 2004 (XI ZR 315/03, WM 2005, 72, 75) und vom 11. Januar 2005 (XI ZR 272/03, WM 2005, 327, 329) betreffen umfassende Vollmachten für Steuerberatungsgesellschaften. Keiner der Senate hat - zu Recht - auch nur in Erwägung gezogen, für die Gutgläubigkeit der kreditgebenden Bank könnten bei der Vorlage einer Ausfertigung einer einer Steuerberatungsgesellschaft erteilten umfassenden notariellen Vollmacht besondere Anforderungen zu

stellen sein. Die abweichende Ansicht des Berufungsgerichts entbehrt jeder Grundlage. Die in diesem Zusammenhang vom Berufungsgericht erörterte Rechtsprechung zur unerlaubten Rechtsberatung und Rechtsbesorgung durch Steuerberater rechtfertigt keine andere Beurteilung. Sie befaßt sich nicht einmal mit der Frage, ob die im Rahmen von Steuersparmodellen durch Steuerberater ausgeführte treuhänderische Geschäftsbesorgung eine erlaubnispflichtige Rechtsbesorgung darstellt.

Die Beklagte war entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts auch nicht etwa zu einer eingehenden Prüfung der Vereinbarkeit der Vollmacht der Geschäftsbesorgerin mit dem Rechtsberatungsgesetz verpflichtet. Da im Rahmen der §§ 172, 173 BGB keine allgemeine Überprüfungs- und Nachforschungspflicht besteht (Senat BGHZ 144, 223, 230 und Urteile vom 2. Mai 2000 - XI ZR 108/99, WM 2000, 1247, 1250 sowie vom 18. September 2001 - XI ZR 321/00, WM 2001, 2113, 2115), mußte die Beklagte nicht nach bis dahin in Rechtsprechung und Literatur unentdeckten rechtlichen Problemen suchen (Senatsurteil vom 9. November 2004 - XI ZR 315/03, WM 2005, 72, 75 f.).

cc) Der danach anwendbare § 172 Abs. 1 BGB setzt voraus, daß der Beklagten entweder spätestens bei Abschluß der Darlehensverträge eine Ausfertigung der die Geschäftsbesorgerin als Vertreterin des Klägers und seiner Ehefrau ausweisenden notariellen Vollmachtsurkunde vorlag (st.Rspr., vgl. BGHZ 102, 60, 63; Senatsurteile vom 26. Oktober 2004 - XI ZR 255/03, WM 2005, 127, 131, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen, und vom 9. November 2004 - XI ZR 315/03, WM 2005, 72, 75, jew. m.w.Nachw.) oder daß die Vollmacht dem Notar bei der Beurkundung des notariellen Kauf- und Werklieferungsvertrags vorlag, dieser

das Vorliegen der Vollmacht ausdrücklich in seine Verhandlungsniederschrift aufgenommen und deren Ausfertigung zusammen mit einer Abschrift der Vollmacht der Beklagten zugeleitet hat (vgl. BGHZ 102, 60, 65). Hierzu hat das Berufungsgericht - von seinem Standpunkt aus konsequent - bislang keine Feststellungen getroffen.

c) Nach dem für die Revision zugrundezulegenden Sachverhalt erweist sich auch die weitere Ansicht des Berufungsgerichts als rechtsfehlerhaft, der Kläger hafte nicht aus ungerechtfertigter Bereicherung auf Rückzahlung der Darlehensvaluta, da er durch die Auszahlung zum Zwecke der Kaufpreiszahlung von keiner Verbindlichkeit frei geworden sei. Ein Darlehen gilt als empfangen, wenn der Kreditgeber es vereinbarungsgemäß an einen Dritten ausgezahlt hat (Senat BGHZ 152, 331, 336 f.). Sofern die der Geschäftsbesorgerin erteilte Vollmacht der Beklagten gegenüber als gültig zu behandeln ist, haben der Kläger und seine Ehefrau daher die Darlehenssumme empfangen, da die Darlehensvaluta in diesem Fall auf ihre Weisung ausgezahlt worden ist. War die Abschlußvollmacht unwirksam, scheidet ein Anspruch der Beklagten gegen den Kläger aus ungerechtfertigter Bereicherung von vornherein aus. Die Darlehenssumme ist in diesem Fall aufgrund der - unwirksamen - Anweisungen der Geschäftsbesorgerin nicht an den Kläger und seine Ehefrau, sondern letztlich an andere Beteiligte ausgezahlt worden. Nur diese Zuwendungsempfänger kann die Beklagte auf Rückerstattung der Darlehensvaluta in Anspruch nehmen (vgl. Senatsurteile vom 20. April 2004 - XI ZR 171/03, WM 2004, 1230, 1233 und vom 11. Januar 2005 - XI ZR 272/03, WM 2005, 327, 329, jew. m.w.Nachw.).

III.

Das angefochtene Urteil war nach alledem aufzuheben, soweit es die Hilfswiderklage betrifft (§ 562 Abs. 1 ZPO). Da die Sache nicht zur Endentscheidung reif ist, war sie insoweit zur weiteren Sachaufklärung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Die weitergehende Revision war zurückzuweisen.

Nobbe Müller Joeres

Wassermann Mayen