BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XI ZR 421/02

Verkündet am:
2. Dezember 2003
Weber
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB §§ 242 Cd, 134; RBerG Art. 1 § 1

a) Ein BGB-Gesellschafter, der sich im Darlehensvertrag der kreditsuchenden Gesellschaft wirksam verpflichtet hat, sich in Höhe der auf seine Beteiligung entfallenden Verbindlichkeit der sofortigen Zwangsvollstreckung in sein Privatvermögen zu unterwerfen, darf aus der Nichterfüllung dieser Verpflichtung keine Vorteile ziehen (§ 242 BGB).

b) Ist die Zwangsvollstreckungsunterwerfungserklärung von einem vollmachtlosen Vertreter abgegeben worden, kann der Vertretene sich daher gegenüber der kreditgebenden Bank auf die Unwirksamkeit der Erklärung nicht berufen (hier: Abgabe der Unterwerfungserklärung durch Geschäftsbesorgerin aufgrund einer wegen Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz gemäß § 134 BGB nichtigen Vollmacht).

BGH, Urteil vom 2. Dezember 2003 - XI ZR 421/02 - OLG Koblenz
LG Koblenz

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 2. Dezember 2003 durch den Vorsitzenden Richter Nobbe und die Richter Dr. Bungeroth, Dr. Müller, Dr. Wassermann und Dr. Appl

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 13. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Koblenz vom 4. November 2002 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin wendet sich gegen die Zwangsvollstreckung der beklagten Bank aus einer vollstreckbaren notariellen Urkunde. Dem liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Am 16. April 1991 erwarben die Eheleute G. die aus mehreren bebauten Grundstücken bestehende Immobilie Br. ... / J.straße ... in B.. Mit notariellem Vertrag vom 24. Juni 1992 gründeten sie die "Grundstücksgesellschaft Br. /J.straße GbR" (nachfolgend: GbR), deren Gegenstand der Erwerb sowie die Instandsetzung, der Ausbau, die Modernisierung und die Vermietung bzw. Verpachtung von Grundstücken ist. Diese Maßnahmen sollten mit Einlagen der noch zu werbenden Gesellschafter in Höhe von 30% des Ge-

samtaufwands und im übrigen mit Bankkrediten finanziert werden. Da die voraussichtlichen Mieteinnahmen die Kosten jedenfalls in der Anfangszeit nicht vollständig würden decken können, waren jährliche Zuzahlungen der Gesellschafter vorgesehen. Zweck der Beteiligung an der GbR war die Wahrnehmung von Steuervorteilen durch Verlustzuweisungen und Sonderabschreibungen gemäß § 4 Fördergebietgesetz.

Am 3. Dezember 1992 gab die Klägerin eine privatschriftliche Beitrittserklärung ab, die von der GbR am 5. Dezember 1992 angenommen wurde. In der Beitrittserklärung wurde die Notwendigkeit eines vollstreckbaren Anerkenntnisses der Klägerin für Schulden der GbR in einer ihrer Gesellschaftsbeteiligung entsprechenden Höhe festgelegt. Ferner bot die Klägerin in notarieller Urkunde vom 21. Dezember 1992 der geschäftsführenden Gesellschafterin, der R.

GmbH (nachfolgend: Geschäftsbesorgerin), den Abschluß eines Geschäftsbesorgungsvertrages an, verbunden mit der umfassenden Vollmacht, für sie u.a. den Gesellschaftsbeitritt in notarieller Form zu wiederholen, alle für die Erreichung des Gesellschaftszwecks erforderlichen oder zweckmäßigen Verträge zu schließen sowie Schuldanerkenntnisse und Zwangsvollstreckungsunterwerfungserklärungen abzugeben.

Am 28. Dezember 1992 schloß die Geschäftsbesorgerin als geschäftsführende Gesellschafterin der GbR mit der Beklagten einen Realkreditvertrag über insgesamt 11.365.025 DM zur Baufinanzierung ab. Nach dessen Inhalt sind die Anlagegesellschafter gegenüber der Beklagten verpflichtet, die Darlehensverbindlichkeit der GbR in einer ihrer jeweiligen Beteiligung an dem Gesellschaftsvermögen entsprechenden

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

Höhe anzuerkennen und sich insoweit der sofortigen Vollstreckung in das persönliche Vermögen zu unterwerfen.

Die Geschäftsbesorgerin nahm das Angebot der Klägerin auf Abschluß des Geschäftsbesorgungsvertrages mit notarieller Erklärung vom 1. April 1993 an und wiederholte noch am gleichen Tage in notarieller Form deren Beitrittserklärung zur GbR. In notarieller Urkunde vom 4. August 1993 erkannte die Klägerin, vertreten durch die Geschäftsbesorgerin, die Darlehensschuld der GbR in Höhe eines ihrer Beteiligung am Gesellschaftsvermögen entsprechenden Teilbetrages von 206.420 DM zuzüglich 18% Zinsen an und unterwarf sich insoweit der sofortigen Zwangsvollstreckung in ihr Privatvermögen.

Ab etwa 1998 stellten die Klägerin und weitere Mitgesellschafter ihre Zahlungen an die GbR ein. Als diese in der Folgezeit das ausgereichte Darlehen nicht mehr ordnungsgemäß bedienen konnte, kündigte die Beklagte den Kreditvertrag am 18. Mai 2001 fristlos und stellte die offenen Beträge fällig. Zuvor hatte sie der Klägerin die Zwangsvollstrekkung aus der notariellen Urkunde vom 4. August 1993 angedroht.

Mit ihrer Klage macht die Klägerin geltend, es fehle an einem wirksamen Titel, da die der Geschäftsbesorgerin erteilte umfassende Vollmacht wegen Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz und das AGB-Gesetz nichtig sei. Die Vollstreckungsunterwerfungserklärung sei außerdem nach dem Haustürwiderrufs- und dem Verbraucherkreditgesetz wirksam widerrufen worden. Ferner hafte die Beklagte wegen unterlassener Aufklärung auf Schadensersatz, so daß eine Zwangsvollstreckung rechtsmißbräuchlich sei.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Klägerin ist erfolglos geblieben. Mit der - zugelassenen - Revision verfolgt sie ihr Klageziel weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist nicht begründet.

I.

Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im wesentlichen ausgeführt:

Die von der Geschäftsbesorgerin in der notariellen Urkunde vom 4. August 1993 namens der Klägerin übernommene persönliche Haftung für einen Teil der Darlehensschuld der GbR und die damit verbundene Vollstreckungsunterwerfung seien wirksam. Dabei könne dahinstehen, ob der Geschäftsbesorgungsvertrag wegen Verstoßes gegen Art. 1 § 1 RBerG nichtig sei und die Nichtigkeit auch die notarielle Vollmacht mitumfasse. Die Wirksamkeit der Haftungs- und Unterwerfungserklärung werde dadurch nicht berührt, weil zugunsten der Beklagten § 172 Abs. 1 BGB eingreife. Die Übernahme der persönlichen Haftung sei ein Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis im Sinne der §§ 780, 781 BGB, auf das die §§ 164 ff. BGB anwendbar seien. § 172 BGB knüpfe an den durch die Vollmachtsurkunde erzeugten Rechtsschein an, vorausgesetzt,

diese werde dem Vertragsgegner in Urschrift oder - bei notarieller Vollmacht - in einer Ausfertigung vor Vertragsabschluß vorgelegt. Zwar sei der Urkunde vom 4. August 1993 eine Ausfertigung der notariellen Vollmacht der Geschäftsbesorgerin der Klägerin nicht beigefügt worden. Dies sei aber unschädlich, weil der Beklagten nach den von der Klägerin selbst vorgelegten Unterlagen eine Ausfertigung ihrer Vollmachtserklärung zugegangen sei.

Die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung sei als einseitige prozessuale Willenserklärung nach prozeßrechtlichen Grundsätzen ebenfalls wirksam. Die Erklärung könne auch durch einen Bevollmächtigten abgegeben werden; die Vollmacht sei vor einem Notar in umfassender Form gegenüber dem Bevollmächtigten erklärt worden und mit Zugang bei ihm wirksam geworden. Die zur Vertretung berechtigende Vollmacht habe bei der Niederschrift der Unterwerfungserklärung am 4. August 1993 in Ausfertigung vorgelegen.

Weder die Vollmacht noch die Haftungs- und Vollstreckungsunterwerfung seien wegen Verstoßes gegen das AGB-Gesetz unwirksam, da sie keine die Klägerin überraschenden (§ 3 AGBG) oder unangemessen benachteiligenden (§ 9 AGBG) Klauseln enthielten. Dies gelte insbesondere für die Erklärung, die persönliche Haftung für den Realkredit gegenüber der Beklagten zu übernehmen und sich insoweit der sofortigen Zwangsvollstreckung in das Privatvermögen zu unterwerfen. Die Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts hafteten - auch ohne ausdrückliche Vereinbarung mit dem Gläubiger - für deren rechtsgeschäftlich begründete Verbindlichkeiten mit ihrem Privatvermögen, und

zwar gemäß §§ 128 ff. HGB (analog) auch soweit sie bereits vor ihrem Beitritt entstanden seien.

Ein Verstoß der Vollmacht oder der Haftungs- und Vollstreckungsunterwerfungserklärung gegen das Verbraucherkreditgesetz komme nicht in Betracht. Mit der notariellen Urkunde vom 4. August 1993 habe die Klägerin die persönliche Haftung für die Darlehensverbindlichkeit der Gesellschaft nicht erstmals übernommen, sondern ihre schon vorher begründete Gesellschafterhaftung sei dadurch auf einen Betrag von 206.420 DM zuzüglich Zinsen beschränkt worden. Ein Schuldbeitritt, der einem Kreditvertrag gemäß § 18 VerbrKrG gleichgestellt werden könnte, liege daher nicht vor.

Ein Widerrufsrecht nach dem Haustürwiderrufsgesetz stehe der Klägerin gleichfalls nicht zu. Bei der Einschaltung eines Vertreters komme es für die Widerruflichkeit nicht auf eine mögliche Haustürsituation des Vertretenen bei der Vollmachtserteilung, sondern auf die des Vertreters bei Abschluß des Vertrages an. Eine Haustürsituation habe jedoch in der Person der Geschäftsbesorgerin nicht vorgelegen.

Die Klägerin könne die Beklagte schließlich auch nicht auf Zahlung von Schadensersatz in Anspruch nehmen. Es stehe weder fest, daß die Beklagte ihre Rolle als Kreditgeberin überschritten noch daß sie einen zu den üblichen wirtschaftlichen Risiken solcher Objekte hinzutretenden Gefährdungstatbestand für die Klägerin geschaffen oder ihr gegenüber einen konkreten Wissensvorsprung gehabt habe.

II.

Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung in einem wesentlichen Punkt nicht stand.

1. Richtig und auch von der Revisionserwiderung nicht in Frage gestellt ist jedoch die Auffassung des Berufungsgerichts, daß die Klägerin - entgegen der schlagwortartigen Bezeichnung im Urteilsrubrum - nicht nur eine Vollstreckungsgegenklage gemäß § 767 ZPO erhoben hat. Sie macht nämlich nicht nur Einwendungen gegen den titulierten materiell-rechtlichen Anspruch geltend mit dem Ziel, dessen Vollstreckbarkeit zu beseitigen, sondern stellt darüber hinaus die Wirksamkeit des formellen Titels in Abrede. Mit Angriffen gegen die Wirksamkeit des Vollstreckungstitels läßt sich eine Klage aus § 767 ZPO nicht begründen. Sie können aber zum Gegenstand einer prozessualen Gestaltungsklage in entsprechender Anwendung des § 767 Abs. 1 ZPO gemacht werden (st.Rspr., BGHZ 124, 164, 170; zuletzt BGH, Urteil vom 22. Oktober 2003 - IV ZR 398/02, Urteilsumdr. S. 5 und Senatsurteil vom 18. November 2003 - XI ZR 332/02, Urteilsumdr. S. 6 f.). Dabei ist es zulässig, beide Klagen miteinander zu verbinden (BGHZ 118, 229, 236; BGH, Urteil vom 22. Oktober 2003 - IV ZR 398/02, Urteilsumdr. S. 5 f. und Senatsurteil vom 18. November 2003 - XI ZR 332/02, aaO). Das ist hier geschehen.

2. Nicht zu beanstanden ist entgegen der Ansicht der Revision auch, daß das Berufungsgericht einen Schadensersatzanspruch der Klägerin und den darauf gestützten dolo-facit-Einwand verneint hat.

Die Beklagte haftet der Klägerin nicht wegen einer Aufklärungs- oder Hinweispflichtverletzung aus Verschulden bei Vertragsschluß auf Schadensersatz. Ein Darlehensvertrag ist nur zwischen der Beklagten und der GbR, nicht aber zwischen den Parteien zustande gekommen, weshalb vorvertragliche Aufklärungs- und Hinweispflichten gegenüber der Klägerin von vornherein nicht bestanden haben. Die Geschäftsbesorgerin, die den Darlehensvertrag als geschäftsführende Gesellschafterin der GbR am 28. Dezember 1992 mit der Beklagten zum Zweck der Baufinanzierung geschlossen hat und deren Kenntnisse sich die Gesellschafter nach § 166 Abs. 1 BGB zurechnen lassen müssen, war nicht aufklärungsbedürftig.

3. Indessen kann dem Berufungsgericht nicht gefolgt werden, soweit es die von der Geschäftsbesorgerin namens der Klägerin abgegebene Vollstreckungsunterwerfungserklärung ungeachtet eines eventuellen Verstoßes des Geschäftsbesorgungsvertrages und der Vollmachtserteilung gegen Art. 1 § 1 RBerG für wirksam erachtet hat.

a) Nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bedarf derjenige, der ausschließlich oder hauptsächlich die rechtliche Abwicklung eines Grundstückserwerbs im Rahmen eines Bauherrenmodells oder die Beteiligung an einem Immobilienfonds für den Erwerber besorgt, der Erlaubnis gemäß Art. 1 § 1 RBerG. Ein ohne diese Erlaubnis abgeschlossener umfassender 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, vom 25. März 2003 - XI ZR 227/02, WM 2003, 1064, 1065,

vom 3. Juni 2003 - XI ZR 289/02, WM 2003, 1710, 1711, vom 14. Oktober 2003 - XI ZR 134/02, WM 2003, 2328, 2333 und vom 18. November 2003 - XI ZR 332/02, Urteilsumdr. S. 10 f. m.w.Nachw.).

So ist es - anders als die Revisionserwiderung meint - auch hier: Zwar hat das Oberlandesgericht Karlsruhe in seinem Urteil vom 20. November 2002 (WM 2003, 1223, 1225) einen inhaltsgleichen Geschäftsbesorgungsvertrag derselben Beauftragten gemäß Art. 1 § 5 Nr. 1 RBerG für erlaubnisfrei erachtet und sich dabei vor allem auf die Entscheidung des Bundesgerichtshofs in BGHZ 145, 265 ff. berufen. Wie in ihr ausdrücklich hervorgehoben wird, greift diese Ausnahmeregelung aber grundsätzlich nur bei einem gewerblichen "Baubetreuer im engeren Sinne" ein, der im Namen, in Vollmacht und für Rechnung des Betreuten das Bauvorhaben - typischerweise auf einem Grundstück des Betreuten - durchführt und die Verträge mit den am Bau Beteiligten abschließt. Da bei einer derartigen "Vollbetreuung" des Bauvorhabens die Wahrnehmung wirtschaftlicher Interessen des Auftraggebers im Vordergrund steht, ist es sachlich gerechtfertigt, die daneben üblicherweise anfallende Rechtsbesorgung als bloßen Nebenzweck anzusehen (BGHZ aaO S. 272 f. m.w.Nachw.). Dagegen sollte die Geschäftsbesorgerin nach dem Inhalt des Geschäftsbesorgungsvertrages für die Klägerin als Anlagegesellschafterin der GbR in einem wesentlich größeren Aufgabenkreis tätig werden und alle zur Erreichung des Gesellschaftszwecks erforderlichen oder zweckmäßig erscheinenden Verträge abschließen. Diese sogar Vollstreckungsunterwerfungserklärungen gegenüber der kreditgebenden Bank einschließende Tätigkeit ging weit über das hinaus, was von einem "Baubetreuer im engeren Sinne" normalerweise erwartet wird, und erforderte eine Rechtsbetreuung erheblichen Ausmaßes. Von einer

Rechtsbesorgung, die sich im Rahmen der eigentlichen Berufsaufgabe als bloße Hilfs- oder Nebentätigkeit vollzieht und daher von dem Erlaubniszwang des Art. 1 § 1 RBerG freigestellt ist, kann unter solchen Umständen keine Rede sein.

b) Die Nichtigkeit des Geschäftsbesorgungsvertrages erfaßt nach dem Schutzgedanken des Art. 1 § 1 RBerG auch die der Geschäftsbesorgerin erteilte umfassende Abschlußvollmacht (st.Rspr., BGH, Urteil vom 11. Oktober 2001 - III ZR 182/00, WM 2001, 2260, 2261 f.; zustimmend Senatsurteile vom 18. März 2003 - XI ZR 188/02, WM 2003, 918, 920, vom 25. März 2003 - XI ZR 227/02, WM 2003, 1064, 1065, vom 29. April 2003 - XI ZR 201/02, ZIP 2003, 1692, 1695, vom 16. September 2003 - XI ZR 74/02, Urteilsumdr. S. 11 und vom 14. Oktober 2003 - XI ZR 134/02, WM 2003, 2328, 2333; siehe ferner BGH, Urteile vom 16. Dezember 2002 - II ZR 109/01, WM 2003, 247, 249, zum Abdruck in BGHZ 153, 214 vorgesehen, vom 26. März 2003 - IV ZR 222/02, WM 2003, 914, 915, zum Abdruck in BGHZ vorgesehen, und vom 22. Oktober 2003 - IV ZR 398/02, Urteilsumdr. S. 8). Wie der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs 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 398/02, Urteilsumdr. S. 8 f. sowie IV ZR 33/03, Urteilsumdr. S. 8 f.) näher dargelegt hat, gilt dies ebenso für die Befugnis des Vertreters zur Abgabe von Vollstrekkungsunterwerfungserklärungen, obwohl diese prozessualen Charakter haben. Denn auch wenn es sich bei diesem Teil der Vollmacht um eine Prozeßvollmacht handelt, auf die die Vorschriften der §§ 80 ff. ZPO und nicht die der Stellvertretung im Sinne der §§ 164 ff. BGB anzuwenden

sind, ist er gemäß Art. 1 § 1 RBerG i.V. mit § 134 BGB nichtig. Nach der Zielsetzung des Gesetzes muß die Wirksamkeit jeder Rechtshandlung verhindert werden, die seitens des unerlaubt rechtsbesorgenden Geschäftsbesorgers für seinen Auftraggeber vorgenommen wird. Auch die besonders einschneidenden rechtlichen Folgen, die mit der Vollstrekkungsunterwerfung nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO verbunden sind, gebieten die Anwendung des § 134 BGB.

c) Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ist die unwirksame Prozeßvollmacht nicht aus Rechtsscheingesichtspunkten in analoger Anwendung der §§ 172 ff. BGB gegenüber der Beklagten als gültig zu behandeln. Nach der zitierten Entscheidung des IV. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 26. März 2003 (IV ZR 222/02, aaO S. 915; bestätigt durch Urteile vom 22. Oktober 2003 - IV ZR 398/02, Urteilsumdr. S. 9 f. und IV ZR 33/03, Urteilsumdr. S. 9 f.; siehe auch bereits BGH, Nichtannahmebeschluß vom 30. Oktober 1986 - III ZR 262/85, WM 1987, 307 f. und BGH, Urteil vom 18. Dezember 2002 - VIII ZR 72/02, NJW 2003, 963, 964) finden die auf die materiell-rechtliche Vollmacht zugeschnittenen, dem Schutz des Geschäftsgegners und des Rechtsverkehrs dienenden Vorschriften der §§ 172 ff. BGB bei Nichtigkeit des Geschäftsbesorgungsvertrages wegen Verstoßes gegen Art. 1 § 1 Abs. 1 Satz 1 RBerG auf die dem Geschäftsbesorger erteilte prozessuale Vollmacht keine Anwendung. Die Zivilprozeßordnung enthält vielmehr in ihren §§ 80, 88 und 89 abschließende Spezialregelungen, die eine Rechtsscheinhaftung des Vollmachtgebers nicht vorsehen. Der erkennende Senat hat sich dieser Ansicht bereits in seinem Urteil vom 18. November 2003 (XI ZR 332/02, Urteilsumdr. S. 12) angeschlossen und hält daran

auch unter Berücksichtigung der Ausführungen der Revisionserwiderung fest.

Die von einem Teil der instanzgerichtlichen Rechtsprechung und Literatur (vgl. etwa BayObLG DNotZ 1964, 573, 574; MünchKomm/Wolfsteiner, ZPO 2. Aufl. § 794 Rdn. 152; Musielak/Lackmann, ZPO 3. Aufl. § 794 Rdn. 36) vertretene Gegenmeinung überzeugt nicht. Zwar ist einzuräumen, daß die umfassende Vollmacht der Geschäftsbesorgerin der Klägerin nicht zu Zwecken der Prozeßführung erteilt worden ist. Es unterliegt aber keinem berechtigten Zweifel, daß vollstreckungsrechtliche Erklärungen für den Betroffenen prozessualen Charakter haben. Dies legt es nahe, die Wirksamkeit der ihnen zugrunde liegenden Vollmacht allein anhand der §§ 80 ff. ZPO, nicht aber der §§ 164 ff. BGB zu beurteilen, wenn hinreichende prozessuale Rechtsklarheit erzielt werden soll (vgl. OLG Zweibrücken WM 2002, 1927, 1928; Stein/Jonas/Münzberg, ZPO 22. Aufl. § 794 Rdn. 126; Zöller/Stöber, ZPO 24. Aufl. § 794 Rdn. 29; Derleder EWiR 2003, 597, 598). Entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung liegt den Regelungen der §§ 171 bis 173 BGB auch kein allgemeines Prinzip der Stellvertretung zugrunde. Vielmehr beruhen sie auf Gedanken der allgemeinen Rechtsscheinhaftung, die im Bereich der Prozeßvollmacht keine Berücksichtigung gefunden hat.

d) Die Wirksamkeit des prozessualen Handelns der Geschäftsbesorgerin ohne Vertretungsmacht bestimmt sich infolgedessen allein nach §§ 80 ff. ZPO. Eine Genehmigung der von der Geschäftsbesorgerin als vollmachtloser Vertreterin abgegebenen Vollstreckungsunterwerfungserklärung durch die Klägerin gemäß § 89 Abs. 2 ZPO liegt nicht vor. Diese

ist nicht in den langjährigen Beitragszahlungen an die GbR zu sehen. Denn eine Genehmigung setzt voraus, daß der Genehmigende die Unwirksamkeit kennt oder zumindest mit ihr rechnet und in seinem Verhalten der Ausdruck des Willens zu sehen ist, das bisher als unverbindlich angesehene Geschäft verbindlich zu machen (st.Rspr., siehe z.B. Senatsurteile vom 22. Oktober 1996 - XI ZR 249/95, WM 1996, 2230, 2232 m.w.Nachw., vom 14. Mai 2002 - XI ZR 155/01, WM 2002, 1273, 1275, vom 29. April 2003 - XI ZR 201/02, ZIP 2003, 1692, 1696 und vom 16. September 2003 - XI ZR 74/02, Urteilsumdr. S. 11 f.). Dazu ist nichts vorgetragen.

III.

Das angefochtene Urteil stellt sich aber aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO). Der Klägerin ist es nach dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) verwehrt, sich gegenüber der Beklagten auf die Nichtigkeit der notariellen Vollstreckungsunterwerfung vom 4. August 1993 zu berufen, da sie als Gesellschafterin der GbR aufgrund des Darlehensvertrages vom 28. Dezember 1992 verpflichtet ist, sich wegen eines Betrages von 206.420 DM zuzüglich Zinsen der sofortigen Zwangsvollstreckung in ihr gesamtes Privatvermögen zu unterwerfen.

1. a) Die Klägerin ist aufgrund ihres privatschriftlichen Antrags vom 3. Dezember 1992 und der zwei Tage später erklärten Annahmeerklärung der GbR deren Gesellschafterin geworden. Nach der neueren Rechtsprechung des II. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs haften sie und ihre Mitgesellschafter für die mit Vertrag vom 28. Dezember 1992 zu

Lasten der Gesellschaft begründete Darlehensschuld gemäß §§ 128 ff. HGB (analog) persönlich und mit ihrem Privatvermögen (BGHZ 142, 315, 318 ff.; 146, 341; 150, 1, 3; siehe ferner BGH, Urteil vom 24. Februar 2003 - II ZR 385/99, WM 2003, 830, 831, zum Abdruck in BGHZ vorgesehen). Dabei kommt es entgegen der Auffassung der Revision nicht entscheidend darauf an, ob die Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts in entsprechender Anwendung des § 130 HGB auch für die bei ihrem Beitritt bereits begründeten Verbindlichkeiten persönlich und mit ihrem Privatvermögen einzustehen haben (grundsätzlich bejahend BGH, Urteil vom 7. April 2003 - II ZR 56/02, WM 2003, 977, 978, zum Abdruck in BGHZ vorgesehen). Da die Klägerin ihren Beitritt in die GbR am 3./5. Dezember 1992, also vor Abschluß des Darlehensvertrages vom 28. Dezember 1992, erklärt hat, haftet sie für die Rückzahlung des Realkredits der Beklagten und für alle damit in Zusammenhang stehenden Verpflichtungen der GbR von Anfang an. Aufgrund der darlehensvertraglichen Vereinbarungen ist die Klägerin daher verpflichtet, ein Schuldanerkenntnis in Höhe eines ihrer Gesellschaftsbeteiligung entsprechenden Teils der Darlehensforderung abzugeben und sich insoweit der sofortigen Zwangsvollstreckung in ihr Privatvermögen zu unterwerfen.

b) Ein Verstoß gegen die §§ 3, 9 AGBG ist darin nicht zu sehen. Es ist weder festgestellt noch ersichtlich, daß es sich bei dem maschinenschriftlichen, ganz auf das Projekt der GbR zugeschnittenen Realkreditvertrag über 11.365.025 DM um einen Formularvertrag handelt. Abgesehen davon ist die darin enthaltene Verpflichtung der Gesellschafter zur Abgabe einer Zwangsvollstreckungsunterwerfungserklärung weder überraschend, zumal bereits in der Beitrittserklärung zur GbR die Notwendigkeit einer Unterwerfungserklärung festgelegt worden ist, noch

inhaltlich unangemessen. Es entspricht jahrzehntelanger Praxis, daß sich der mit dem persönlichen Kreditnehmer identische Grundschuldbesteller bei Bankschulden regelmäßig der Zwangsvollstreckung in sein gesamtes Vermögen unterwerfen muß; eine unangemessene Benachteiligung des Schuldners liegt darin nicht (BGHZ 99, 274, 282; Senatsurteile BGHZ 114, 9, 12 f., vom 26. November 2002 - XI ZR 10/00, WM 2003, 64, 65 f. und vom 28. Oktober 2003 - XI ZR 263/02, Urteilsumdr. S. 8; siehe auch BGH, Urteil vom 22. Oktober 2003 - IV ZR 398/02, Urteilsumdr. S. 12). Nichts anderes gilt für den Fall, daß die Gesellschafter einer BGB-Gesellschaft für deren Realkreditverbindlichkeit gegenüber der Gläubigerbank ein Anerkenntnis in Höhe eines ihrer Beteiligung am Gesellschaftsvermögen entsprechenden Teils der Schuld abzugeben und sich insoweit der sofortigen Zwangsvollstreckung in ihr Privatvermögen zu unterwerfen haben.

2. Der Einwand der Revision, der von der Klägerin am 3. Dezember 1992 erklärte privatschriftliche Beitritt zur GbR sei formnichtig, weil er - ebenso wie die von der Gesellschaft erklärte Annahmeerklärung vom 5. Dezember 1992 - der notariellen Beurkundung bedurft hätte, greift nicht. Aus den in § 18 Abs. 3 des Gesellschaftsvertrags getroffenen Regelungen für die Liquidation der GbR läßt sich eine Formbedürftigkeit der Beitritts- und Annahmeerklärung gemäß § 313 BGB nicht herleiten (vgl. OLG München NJW-RR 1994, 37; Staudinger/Wufka, BGB 13. Bearb. § 313 Rdn. 113). Ebenso ergibt sich aus § 154 Abs. 2 BGB kein Nichtigkeitsgrund. Nach den eindeutigen Erklärungen der Vertragsschließenden sollte der Beitritt der Klägerin lediglich in notarieller Form bestätigt werden. Davon abgesehen würden die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft eine Unwirksamkeit des Beitritts verhindern.

Der Gesellschaftsbeitritt ist, wenn er - wie hier - durch Beitragszahlungen des Betroffenen oder vergleichbare Handlungen vollzogen worden ist, zunächst wirksam. Der Gesellschafter, der sich auf den Mangel berufen will, hat lediglich das Recht, sich jederzeit durch eine außerordentliche Kündigung von seiner Beteiligung für die Zukunft zu lösen (st.Rspr., siehe z.B. BGH, Urteil vom 21. Juli 2003 - II ZR 387/02, WM 2003, 1762, 1764, zum Abdruck in BGHZ vorgesehen).

3. Ob die Beitrittserklärung der Klägerin nach dem Haustürwiderrufsgesetz widerruflich ist, kann offenbleiben, weil auch insoweit jedenfalls die Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft zur Anwendung kommen (vgl. BGHZ 148, 201, 207). Die weiteren notariellen Erklärungen der Klägerin oder ihrer Geschäftsbesorgerin können schon nach § 1 Abs. 2 Nr. 3 HWiG nicht widerrufen werden. Aus der Richtlinie 85/577 EWG betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen vom 20. Dezember 1985 (ABl. Nr. L 372/31 vom 31. Dezember 1985), die einen Ausschluß des Widerrufsrechts bei notariell beurkundeten Erklärungen nicht vorsieht, ergibt sich nichts anderes. Denn auch wenn § 1 Abs. 2 Nr. 3 HWiG hinter den Vorgaben der Richtlinie zurückbliebe, wäre angesichts des klaren Gesetzeswortlauts für eine richtlinienkonforme Auslegung kein Raum (Senatsurteil vom 29. April 2003 - XI ZR 201/02, ZIP 2003, 1692, 1695).

4. Ohne Erfolg macht die Revision schließlich geltend, der Klägerin sei bei ihrer Beitrittserklärung suggeriert worden, sie werde sich nur in Höhe einer ihrer Beteiligung an der GbR entsprechenden anteiligen Darlehensschuld der sofortigen Zwangsvollstreckung in ihr Privatvermögen unterwerfen. In Wirklichkeit hafte sie aber für deren Darlehensschuld

von mehr als 10 Millionen DM in voller Höhe, da sich die persönliche Haftung aus der notariellen Urkunde über 206.420 DM trotz Schuldentilgung nicht verringert habe. Der Einwand ist unberechtigt.

Nach dem Darlehensvertrag zwischen der Beklagten und der GbR ist die Gesellschafterhaftung der Kapitalanleger auf die in den notariellen Schuldanerkenntnissen festgelegten Beträge, die den jeweiligen Anteilsquoten entsprechen, beschränkt. Der Klägerin steht es daher frei, sich durch eine Zahlung des von ihr anerkannten Betrages über 206.420 DM zuzüglich Zinsen von der restlichen Darlehensschuld der GbR zu befreien. Eine überraschende (§ 3 AGBG) oder inhaltlich unangemessene (§ 9 AGBG) Regelung ist darin angesichts der akzessorischen Haftung der BGB-Gesellschafter gemäß §§ 128 ff. HGB (analog) nicht zu sehen.

5. Ist die Klägerin somit gegenüber der Beklagten verpflichtet, sich in Höhe ihrer beschränkten persönlichen Haftung für die Darlehensverbindlichkeit der GbR der sofortigen Zwangsvollstreckung in ihr Privatvermögen zu unterwerfen, müßte sie eine solche Unterwerfungserklärung unverzüglich abgeben. Dann aber stellt es ein widersprüchliches und gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstoßendes Verhalten dar, die Unwirksamkeit der von der Geschäftsbesorgerin bereits abgegebenen Unterwerfungserklärung geltend zu machen. Da die Klägerin ihr insoweit eine nichtige Vollmacht erteilt hat, müßte sie deren Erklärung gegenüber der Beklagten genehmigen und ihr damit rückwirkend Wirksamkeit verleihen; sie ist deshalb gehindert, aus der bisherigen Nichterfüllung ihrer vertraglichen Verpflichtungen Vorteile zu ziehen (BGH, Nichtannahmebeschluß vom 30. Oktober 1986 - III ZR 262/85, WM 1987, 307, 308; Nichtannahmebeschluß des Senats vom 18. Februar 2003

- XI ZR 138/02, Umdr. S. 3; BGH, Urteil vom 22. Oktober 2003 - IV ZR 398/02, Urteilsumdr. S. 12 f. und jüngst Senatsurteil vom 18. November 2003 - XI ZR 332/02, Urteilsumdr. S. 13).

IV.

Die Revision der Klägerin konnte danach keinen Erfolg haben und war daher zurückzuweisen.

Nobbe Bungeroth Müller

Wassermann Appl