



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XI ZR 137/04

Verkündet am:
15. März 2005
Weber,
Justizamtsinspektorin
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 Rechtsmittel der Beklagten werden das Urteil der 2. Zivilkammer des Landgerichts Göttingen vom 15. Juli 2003 abgeändert und das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Braunschweig vom 1. April 2004 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als der Vollstreckungsgegenklage der Kläger stattgegeben und die Hilfswiderklage der Beklagten abgewiesen worden ist.

Die Vollstreckungsgegenklage, mit der materiell-rechtliche Einwendungen gegen die der persönlichen Vollstreckungsunterwerfungserklärung vom 24. Mai 1993 zugrundeliegende Forderung erhoben worden sind, wird abgewiesen.

Die weitergehende Revision, die sich dagegen wendet, daß das Berufungsgericht der Klage gegen die Wirksamkeit der persönlichen Vollstreckungsunterwerfungserklärung vom 24. Mai 1993 stattgegeben hat, wird zurückgewiesen.

Bezüglich der gegen die Vollstreckung aus der Grundschuldbestellungsurkunde vom 28. April 1993 gerichteten Vollstreckungsgegenklage, der Hilfswiderklage und der Kosten des Rechtsstreits einschließlich der Kosten des Revisionsverfahrens wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Kläger wenden sich gegen die Zwangsvollstreckung aus zwei notariellen Urkunden, die beklagte Sparkasse begehrt im Wege der Hilfswiderklage die Rückzahlung von Darlehen. Dem liegt, soweit für das Revisionsverfahren noch von Bedeutung, folgender Sachverhalt zugrunde:

Die Kläger, ein damals 36 Jahre alter Diplom-Ingenieur und eine damals 33 Jahre alte Diplom-Ingenieurin, wurden im Jahre 1993 von einem Vermittler geworben, zwecks Steuerersparnis ohne Eigenkapital eine Eigentumswohnung in G. zu erwerben. Am 10. März 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 203.127 DM ausgewiesen.

Die Geschäftsbesorgerin nahm das Angebot an und vertrat die Kläger bei der Beurkundung des notariellen Kauf- und Werklieferungsvertrags am 24. Mai 1993. Mit diesem erwarben sie die Eigentumswohnung zum Preis von 156.062 DM und übernahmen aus einer von der Verkäuferin 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 203.127 DM sowie die persönliche Haftung für einen Betrag in dieser Höhe nebst 15% 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 29.725 DM und 173.402 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 verein-

barten Disagios auf Anweisung der Geschäftsbesorgerin ausgezahlt und zur Finanzierung des Erwerbs verwendet. Nachdem die Kläger ihre Zinsleistungen eingestellt hatten, kündigte die Beklagte die Kredite aus wichtigem Grund und betreibt die Zwangsvollstreckung in die Eigentumswohnung.

Die Kläger wenden sich mit der Vollstreckungsgegenklage gegen die Vollstreckung aus der Grundschuldbestellungsurkunde vom 28. April 1993 und aus der persönlichen Vollstreckungsunterwerfungserklärung vom 24. Mai 1993. Sie machen ferner geltend, letztere 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, die Kläger könnten sich nach Treu und Glauben auf die Unwirksamkeit der Vollstreckungsunterwerfung nicht berufen, da sie sich wirksam verpflichtet hätten, ihr einen solchen Titel zu verschaffen. Mit ihrer für den Fall der teilweisen Erfolglosigkeit ihres Klageabweisungsbegehrens erhobenen Hilfswiderklage verlangt sie die Rückzahlung der Darlehen in Höhe von 137.030,48 € nebst Zinsen.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben und die Hilfswiderklage abgewiesen. Die hiergegen gerichtete Berufung der Beklagten ist 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 ohne Einschränkung zugelassen. Soweit es die Zulassung in den Entscheidungsgründen allein damit begründet hat, daß das Urteil hinsichtlich der Vollstreckung aus der Grundschuld und zur Hilfswiderklage auf der von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu § 173 BGB abweichenden Auffassung des Berufungsgerichts beruhe, kann dahinstehen, ob aus dieser Begründung eine Beschränkung der Zulassung mit hinreichender Klarheit hervorgeht (vgl. BGH, Urteil vom 19. November 1991 - VI ZR 171/91, ZIP 1992, 410 f., insoweit in BGHZ 116, 104 nicht abgedruckt und Senatsurteil vom 7. Dezember 2004 - XI ZR 366/03, Umdruck S. 4 f.).

Das angefochtene Urteil muß jedenfalls in vollem Umfang überprüft werden, da eine solche Beschränkung der Zulassung unzulässig wäre (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 auch seine Entscheidung über die prozessuale Gestaltungsklage unter anderem mit seiner von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu § 173 BGB abweichenden Auffassung begründet hat.

B.

Die Revision ist teilweise begründet. Sie führt zur Abweisung der gegen die Vollstreckung aus der persönlichen Vollstreckungsunterwerfungserklärung gerichteten Vollstreckungsgegenklage und hinsichtlich der Vollstreckung aus der Grundschild sowie hinsichtlich der Hilfswiderrklage zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

Das Berufungsgericht hat im wesentlichen ausgeführt:

Die im Rahmen der Vollstreckungsgegenklage geltend gemachten materiell-rechtlichen Einwendungen der Kläger gegen die der persönlichen Vollstreckungsunterwerfungserklärung zugrunde liegende Forderung seien nicht begründet. Die Beklagte hafte weder aus zugerechnetem noch aus eigenem vorvertraglichen Aufklärungsverschulden.

Erfolgreich sei hingegen die gegen die Wirksamkeit der persönlichen Vollstreckungsunterwerfungserklärung gerichtete titelgestaltende Klage entsprechend § 767 ZPO. 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. Den Klägern sei es auch nicht mit Rücksicht auf Treu und Glauben verwehrt, sich auf die Unwirksamkeit der prozessualen Unterwerfungserklärung zu berufen. Sie 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 Kläger 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 die Kläger 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.

Erfolgreich sei auch die Klage gegen die Vollstreckung aus der wirksam zustande gekommenen Grundschuld. Insoweit stehe den Klägern aufgrund der Sicherungsabrede der Einwand zu, daß die durch die Grundschuld gesicherten Darlehensansprüche mangels gültiger Vollmacht der Geschäftsbesorgerin nicht wirksam entstanden seien. Auch hier scheitere eine Rechtsscheinvollmacht jedenfalls an § 173 BGB.

Aus demselben Grund sei die Hilfswiderklage der Beklagten unbegründet.

II.

Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung nicht in allen Punkten stand.

1. Das Berufungsgericht geht zwar zutreffend davon aus, daß die Kläger neben einer Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO, mit der sie Einwendungen gegen den der persönlichen Vollstreckungsunterwerfungserklärung zugrundeliegenden titulierten materiell-rechtlichen Anspruch erhoben haben, zusätzlich die Unwirksamkeit des Vollstreckungstitels geltend machen. Dies ist Gegenstand einer prozessualen Gestaltungsklage analog § 767 Abs. 1 ZPO (vgl. BGHZ 124, 164, 170 f.), die mit der Klage aus § 767 ZPO verbunden werden kann (vgl. BGHZ 118, 229, 236 und Senatsurteil vom 18. November 2003 - XI ZR 332/02, WM 2004, 27, 29 m.w.Nachw.). Das Berufungsgericht, das materiell-rechtliche Einwendungen gegen die titulierte Forderung für nicht gege-

ben erachtet, hat es aber versäumt, daraus die notwendigen Konsequenzen zu ziehen und die Vollstreckungsgegenklage insoweit abzuweisen.

2. Die gegen die Vollstreckung aus der persönlichen Vollstreckungsunterwerfungserklärung gerichtete Vollstreckungsgegenklage ist unbegründet.

a) Die Beklagte muß sich - wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat - den Erwerb der Eigentumswohnung betreffende unrichtige Erklärungen des Vermittlers nicht gemäß § 278 BGB zurechnen lassen. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs wird der im Rahmen von Bauherren-, Bauträger- oder Erwerbermodellen auftretende Vermittler als Erfüllungsgehilfe im Pflichtenkreis der in den Vertrieb nicht eingeschalteten Bank nur insoweit tätig, als sein Verhalten den Bereich der Anbahnung des Kreditvertrages betrifft (st.Rspr., vgl. etwa Senatsurteile vom 3. Juni 2003 - XI ZR 289/02, WM 2003, 1710, 1713 und vom 14. Oktober 2003 - XI ZR 134/02, WM 2003, 2328, 2333). Dies ist bei möglicherweise falschen Erklärungen, die im Zusammenhang mit dem Erwerb der Eigentumswohnung stehen, nicht der Fall (Senatsurteile vom 3. Juni 2003 - XI ZR 289/02, WM 2003, 1710, 1713, vom 14. Oktober 2003 - XI ZR 134/02, WM 2003, 2328, 2333 und vom 23. März 2004 - XI ZR 194/02, WM 2004, 1221, 1225; vgl. auch BGH, Urteil vom 22. Oktober 2003 - IV ZR 398/02, WM 2003, 2372, 2375).

b) Auch eine Verletzung eigener Aufklärungspflichten der Beklagten hat das Berufungsgericht zu Recht nicht angenommen.

Eine kreditgebende Bank ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bei steuersparenden Bauherren-, Bauträger- und Erwerbermodellen zur Risikoaufklärung über das finanzierte Geschäft nur unter ganz besonderen Voraussetzungen verpflichtet. Dies kann der Fall sein, wenn die Bank im Zusammenhang mit der Planung, der Durchführung oder dem Vertrieb des Projekts über ihre Rolle als Kreditgeberin hinausgeht, wenn sie einen zu den allgemeinen wirtschaftlichen Risiken hinzutretenden besonderen Gefährdungstatbestand für den Kunden schafft oder dessen Entstehung begünstigt, wenn sie sich im Zusammenhang mit der Kreditgewährung sowohl an den Bauträger als auch an die einzelnen Erwerber in schwerwiegende Interessenkonflikte verwickelt oder wenn sie in bezug auf spezielle Risiken des Vorhabens einen konkreten Wissensvorsprung vor dem Darlehensnehmer hat und dies auch erkennen kann (st.Rspr., vgl. etwa die Nachweise in dem Senatsurteil vom 23. März 2004 - XI ZR 194/02, WM 2004, 1221, 1225).

Solche besonderen Umstände hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei nicht festgestellt.

aa) Zu Recht hat es schlüssigen Vortrag der Kläger zu ihrer Behauptung, die Beklagte sei über ihre Rolle als finanzierende Bank hinausgegangen, vermißt.

bb) Zutreffend ist auch die Ansicht des Berufungsgerichts, daß die Beklagte nicht wegen im Kaufpreis enthaltener und an den Vertrieb gezahlter - teils versteckter - Provisionen aufklärungspflichtig war. Eine Aufklärungspflicht kommt nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nur ausnahmsweise in Betracht, wenn die Provision zu einer

so wesentlichen Verschiebung des Verhältnisses zwischen Kaufpreis und Verkehrswert der Kapitalanlage beiträgt, daß das Kreditinstitut - anders als hier - von einer sittenwidrigen Übervorteilung des Käufers durch den Verkäufer ausgehen mußte (st.Rspr., vgl. etwa Senatsurteile vom 20. Januar 2004 - XI ZR 460/02, WM 2004, 521, 524 und vom 23. März 2004 - XI ZR 194/02, WM 2004, 1221, 1225; BGH, Urteil vom 22. Oktober 2003 - IV ZR 398/02, WM 2003, 2372, 2375).

3. Im Ergebnis zu Recht hat das Berufungsgericht die gegen die Wirksamkeit der persönlichen Vollstreckungsunterwerfungserklärung gerichtete prozessuale Gestaltungsklage der Kläger 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 der Kläger erklärte persönliche Vollstreckungsunterwerfung mangels gültiger Vollmacht zur Abgabe der Vollstreckungsunterwerfungserklärung unwirksam mit der Folge, daß kein wirksamer Vollstreckungstitel 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 Vollstreckungsunterwerfungserklärung 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 den Klägern nach dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) nicht verwehrt, sich gegenüber der Beklagten auf die Nichtigkeit der notariellen Vollstreckungsunterwerfung vom 24. Mai 1993 zu berufen. Das wäre nur dann der Fall, wenn die Kläger gegenüber der Beklagten verpflichtet wären, sich hinsichtlich der Darlehensverbindlichkeit der sofortigen Zwangsvollstreckung 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 scheidet eine Umdeutung der Unterwerfungserklärung in eine Verpflichtung der Kläger, einen entsprechenden Titel zu schaffen, entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht an § 9 AGBG. Es entspricht jahrzehntelanger Praxis, daß sich der mit dem persönlichen 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, Umbruck 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 der Kläger 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 der Kläger, sich hinsichtlich der Darlehensansprüche der Beklagten der sofortigen Zwangsvollstreckung in ihr gesamtes Vermögen 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 der Kläger.

(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 der Kläger enthält, in dem aber von deren 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 Kau-

salvereinbarung, daß der Schuldner sich der sofortigen Zwangsvollstreckung 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 die Kläger gegenüber der Beklagten verpflichtet hätten, sich der sofortigen Zwangsvollstreckung 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. Senatsurteil 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 Ver-

pflichtung der Kläger, sich hinsichtlich der Darlehensverbindlichkeit der sofortigen Zwangsvollstreckung zu unterwerfen, abgelehnt.

4. Die Begründung, mit der das Berufungsgericht die Vollstreckungsgegenklage der Kläger gegen die Vollstreckung aus der notariellen Grundschuldbestellungsurkunde vom 28. April 1993 für begründet erachtet hat, hält rechtlicher Überprüfung nicht stand. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts sind nach dem für die Revision zugrundeliegenden Sachverhalt die Darlehensverträge wirksam zustande gekommen.

a) 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).

b) Die Auffassung des Berufungsgerichts, ein gemäß §§ 171, 172 BGB an die Vorlage einer Vollmachtsausfertigung anknüpfender Rechtschein scheidet 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.) und vom 22. Oktober 2003 (IV ZR 33/03, WM 2003, 2375, 2379) als auch die nach Erlaß des Berufungsurteils veröffentlichten Urteile vom 10. März 2004 (IV ZR 143/03, WM 2004, 922, 924), 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.).

c) 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 der Kläger 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.

5. Nach alledem hält auch die Begründung, mit der das Berufungsgericht die von der Beklagten für den Fall der teilweisen Erfolglosigkeit ihres Klageabweisungsantrags erhobene Hilfswiderklage auf Darlehensrückzahlung für nicht begründet erachtet hat, rechtlicher Überprüfung nicht stand.

a) Da § 173 BGB, anders als das Berufungsgericht gemeint hat, der Anwendung der §§ 171, 172 BGB nicht entgegensteht, sind nach dem für die Revision zugrundezulegenden Sachverhalt die Darlehensverträge wirksam zustande gekommen.

b) Hiernach erweist sich auch die weitere Ansicht des Berufungsgerichts als rechtsfehlerhaft, die Kläger hafteten nicht aus ungerechtfertigter Bereicherung auf Rückzahlung der Darlehensvaluta, da sie durch die Auszahlung zum Zwecke der Kaufpreiszahlung von keiner Verbindlichkeit frei geworden seien. 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 die Kläger daher die Darlehenssumme empfangen, da die Darle-

hensvaluta in diesem Fall auf ihre Weisung ausgezahlt worden ist. War die Abschlußvollmacht unwirksam, scheidet ein Anspruch der Beklagten gegen die Kläger aus ungerechtfertigter Bereicherung entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts von vornherein aus. Die Darlehenssumme ist in diesem Fall aufgrund der - unwirksamen - Anweisungen der Geschäftsbesorgerin nicht an die Kläger, 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 Vollstreckungsgegenklage und die Hilfswiderklage betrifft (§ 562 Abs. 1 ZPO). Die gegen die Vollstreckung aus der persönlichen Vollstreckungsunterwerfungserklärung gerichtete Vollstreckungsgegenklage war abzuweisen. Da die gegen die Vollstreckung aus der Grundschild gerichtete Vollstreckungsgegenklage und die Hilfswiderklage nicht zur

Endentscheidung reif sind, war die Sache insoweit zur weiteren Sachaufklärung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Die weitergehende Revision war zurückzuweisen.

Nobbe

Müller

Joeres

Wassermann

Mayen