



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

V ZR 83/07

Verkündet am:
27. Juni 2008
Weschenfelder,
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB §§ 267, 362

- a) Die finanzierende Bank kann die Kaufpreisschuld des Käufers nur erfüllen, wenn sie unter Abgabe einer eigenen Tilgungsbestimmung als Dritter gemäß § 267 Abs. 1 Satz 1 BGB oder als Hilfsperson des Käufers unter Übermittlung von dessen - wirksamer - Tilgungsbestimmung gemäß § 362 Abs. 1 BGB an den Verkäufer zahlt.
- b) Eine wirksame Tilgungsbestimmung des Käufers fehlt in der Regel, wenn der Darlehensvertrag nichtig ist.

BGH, Urt. v. 27. Juni 2008 - V ZR 83/07 - OLG Karlsruhe

LG Mannheim

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 30. Mai 2008 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Krüger und die Richter Dr. Klein, Dr. Lemke, Dr. Schmidt-Räntsch und Dr. Roth

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 8. Mai 2007 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Beklagten unterbreiteten am 30. Mai 1996 der K. gesellschaft (Geschäftsbesorgerin) ein notarielles Angebot zum Abschluss eines Geschäftsbesorgungsvertrags zum Erwerb einer Eigentumswohnung zu Anlagezwecken in einer seinerzeit noch zu errichtenden Eigentumswohnungsanlage, das die Geschäftsbesorgerin am 10. Juli 1996 annahm. In dem Geschäftsbesorgungsvertrag bevollmächtigten die Beklagten die Geschäftsbesorgerin umfassend zu dem Abschluss des Kaufvertrags, eines Darlehensvertrags und einer Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung. Die Geschäftsbesorgerin schloss am 29. August/3. September 1996 namens der Beklagten mit der Klägerin einen Darlehensvertrag über 206.244 DM zur Finanzierung des Kaufpreises für die Eigentumswohnung, die sie mit notariell beurkun-

detem Kaufvertrag vom 27. November 1996 namens der Beklagten von M. für 190.878 DM kaufte. Die Beklagten unterwarfen sich wegen des Kaufpreises der sofortigen Zwangsvollstreckung in ihr Vermögen und traten dem Verkäufer ihren Anspruch auf Auszahlung des Darlehens bis zur Höhe des Kaufpreises ab. An diesen zahlte die Klägerin den auf den Kaufpreis entfallenden Teil des Darlehens aus. Die Klägerin verlangt, soweit hier noch von Interesse, von den Beklagten die Rückzahlung des ausgereichten Nettokreditbetrags in Höhe des Kaufpreises. Diesen Anspruch stützt sie auf ungerechtfertigte Bereicherung und auf den ihr von dem Verkäufer abgetretenen, nach ihrer Auffassung noch nicht erfüllten Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises für die Eigentumswohnung.

- 2 Das Landgericht hat der Klage insoweit aus abgetretenem Recht stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat sie abgewiesen. Dagegen richtet sich die von dem Oberlandesgericht zugelassene Revision der Klägerin, mit welcher sie ihren Zahlungsantrag weiterverfolgt. Die Beklagten beantragen, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

A.

- 3 Nach Ansicht des Berufungsgerichts lässt sich der geltend gemachte Zahlungsanspruch weder auf den abgetretenen Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises (§ 433 Abs. 2 BGB) noch auf ungerechtfertigte Bereicherung (§ 812 Abs. 1 Satz 1 BGB) stützen. Der Anspruch aus dem Kaufvertrag scheidet zwar nicht an der Nichtigkeit der Vollmacht, weil die Geschäftsbesorgerin eine Ausfertigung der ihr erteilten Vollmacht bei der Beurkundung vorgelegt ha-

be und das Vertrauen des Verkäufers in deren Bestand auch dann geschützt werde, wenn er Initiator des Anlageobjekts sei. Anhaltspunkte für einen Vollmachtsmissbrauch lägen nicht vor. Der Vortrag der Beklagten, die Eigentumswohnung sei sittenwidrig überteuert verkauft worden, sei verspätet. Das gelte auch für die weiteren Einwände, den Verkäufer treffe ein Beratungsverschulden und die Wohnung weise erhebliche Mängel auf. Der Anspruch scheitere indes daran, dass die Zahlung der Klägerin Erfüllungswirkung habe. Daran ändere es nichts, dass der Darlehensvertrag der Klägerin mit den Beklagten infolge der Nichtigkeit der Vollmacht der Geschäftsbesorgerin unwirksam sei. Zwar könnten sich die Beklagten in einer solchen Fallgestaltung nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs die Zahlung der Klägerin nicht als eigene Zahlung zurechnen lassen. Das gelte hier aber nicht, weil die Kläger ihre Darlehensauszahlungsansprüche an den Verkäufer abgetreten hätten. Dann bleibe die Erfüllungswirkung der Zahlung der Klägerin erhalten, bis sie die geleistete Zahlung tatsächlich von dem Verkäufer wieder zurückerlangt habe. Auch ein Bereicherungsanspruch sei nicht gegeben. Die Klägerin habe das Darlehen an den Verkäufer „zum Zweck der Erfüllung des Zessionsanspruchs gegenüber dem Abtretungsempfänger (Verkäufer)“ gezahlt. Diese Zahlung könne die Klägerin nur von dem Verkäufer aus ungerechtfertigter Bereicherung zurückverlangen.

B.

4 Diese Erwägungen halten einer rechtlichen Prüfung nicht stand.

I.

5 Die Revision ist in vollem Umfang zulässig.

6 1. Die Klägerin wendet sich zwar auch gegen die Abweisung ihres Zahlungsantrags aus dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung (§ 812 Abs. 1 Satz 1 BGB). Dieser Anspruch ist ihr, was die Revisionserwidernung zu Recht geltend macht, durch das Landgericht rechtskräftig aberkannt worden. Das Landgericht hat der Klage unter Zurückweisung des Bereicherungsanspruchs aus abgetretenem Recht entsprochen. Hätte die Klägerin sich die Geltendmachung ihres Bereicherungsanspruchs vorbehalten wollen, hätte sie Anschlussberufung einlegen müssen, was nicht geschehen ist.

7 2. Das führt aber entgegen der Ansicht der Revisionserwidernung nicht zur Unzulässigkeit der Revision. Das Berufungsgericht hat unter Übergehen der eingetretenen Teilrechtskraft über den Bereicherungsanspruch entschieden. Dagegen darf sich die Klägerin mit der Revision wenden, auch wenn dies an den eingetretenen Rechtskraftwirkungen nichts ändert.

II.

8 Die Revision ist auch begründet.

9 1. Einen Anspruch auf Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB hat das Berufungsgericht zu Recht verneint. Das ergibt sich allerdings, was das Berufungsgericht übersehen hat, schon daraus, dass das Landgericht der Klägerin einen solchen Anspruch, wie ausgeführt, (mit zutreffender Begründung) rechtskräftig aberkannt hat.

10 2. Zutreffend hat das Berufungsgericht auch angenommen, dass der der Klägerin abgetretene Kaufpreisanspruch entstanden ist.

- 11 a) Die Beklagten sind bei dem Abschluss des Kaufvertrags zwar durch den Geschäftsbesorger vertreten worden. Dessen Vollmacht hält das Berufungsgericht nach Art. 1 § 1 RBerG für unwirksam. Das entspricht der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGHZ 145, 265, 269 ff; BGH, Urt. v. 26. Oktober 2004, XI ZR 255/03, NJW 2005, 664, 665; Senat, Urt. v. 8. Oktober 2004, V ZR 18/04, NJW 2005, 820, 823).
- 12 b) Das führt aber nicht zur Unwirksamkeit des Kaufvertrags, weil die Beklagten nach Rechtsscheingrundsätzen gemäß §§ 171, 172 BGB wirksam vertreten worden waren. Diese Vorschriften sind, wovon das Berufungsgericht zutreffend ausgeht, auch bei einer Nichtigkeit der Vollmacht aufgrund eines Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz anwendbar (Urt. v. 22. Oktober 2003, IV ZR 33/03, WM 2003, 2375, 2379; Urt. v. 20. April 2004, XI ZR 164/03, WM 2004, 1227, 1228; Senat, Urt. v. 8. Oktober 2004, V ZR 18/04, NJW 2005, 820, 823; Senat, Urt. v. 17. Juni 2005, V ZR 78/04, NJW 2005, 2983, 2984). Daran ändert es nichts, wenn der Verkäufer das Anlagemodell initiiert hat (Senat, Urt. v. 17. Juni 2005, V ZR 78/04, NJW 2005, 2983, 2984). Auch davon geht das Berufungsgericht aus. Es hat festgestellt, dass die Vollmacht des Geschäftsbesorgers bei Abschluss des Vertrags unwiderrufen in Ausfertigung vorgelegen hat und die Voraussetzung einer Rechtsscheinvollmacht nach §§ 171, 172 BGB damit gegeben sind.
- 13 c) Richtig ist ferner, dass der Kaufvertrag nicht unter dem Gesichtspunkt des Vollmachtmissbrauchs nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig ist. Zwar ist ein Vertrag nichtig, wenn der Vertreter des einen Teils seine Vollmacht missbraucht und dies objektiv evident ist (BGHZ 127, 239, 241 f.; BGH, Urt. v. 29. Juni 1999, XI ZR 277/98, NJW 1999, 2883; Urt. v. 30. Januar 2002, IV ZR 23/01, NJW 2002, 1497, 1498). Ein Missbrauch der Vollmacht liegt aber nur vor, wenn der

Gebrauch der Vollmacht dem ihr zugrunde liegenden Rechtsverhältnis nicht entspricht, sich der Vertreter etwa im Einverständnis mit dem Vertragspartner „hinter dem Rücken“ des Vertretenen und zu dessen Schaden einen Vorteil verschafft (BGH, Urt. v. 17. Mai 1988, VI ZR 233/87, NJW 1989, 26, 27; Urt. v. 14. Juni 2000, VIII ZR 218/99, NJW 2000, 2896, 2897; Senat, Urt. v. 7. Dezember 2007, V ZR 65/07, NJW 2008, 1225, 1227; RGZ 136, 359, 360). Die Beklagten leiten den Vollmachtsmissbrauch im Wesentlichen daraus ab, dass in dem Kaufvertrag überhöhte Innenprovisionen enthalten sind. Das mag das Geschäft ungünstig machen. Ein Vollmachtsmissbrauch kann darin aber nur gesehen werden, wenn die Vereinbarung solcher Provisionen von dem Geschäftsbesorgungsvertrag und dem mit diesem Vertrag umzusetzenden Investitionskonzept zum Nachteil der Beklagten abwich. Das haben die Beklagten nicht dargelegt.

14 d) Mit dem Einwand, der Vertrag sei wegen eines sittenwidrig überhöhten Kaufpreises gemäß § 138 Abs. 1 BGB nichtig, können die Beklagten nicht gehört werden.

15 aa) Ein Kaufvertrag ist nach ständiger Rechtsprechung des Senats als wucherähnliches Rechtsgeschäft nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig, wenn zwischen Leistung und Gegenleistung objektiv ein auffälliges Missverhältnis besteht und eine verwerfliche Gesinnung des Begünstigten hervorgetreten ist oder ein anderer Umstand hinzukommt, der den Vertrag bei Zusammenfassung der subjektiven und objektiven Merkmale als sittenwidrig erscheinen lässt (Senat, BGHZ 146, 298, 301 f.; Urt. v. 29. Juni 2007, V ZR 1/06, NJW 2007, 2841). Für die verwerfliche Gesinnung des anderen Teils spricht eine tatsächliche Vermutung, wenn der Wert der Leistung knapp doppelt so hoch ist wie der Wert der Gegenleistung (Senat, BGHZ 146, 298, 302; Urt. v. 4. Februar 2000, V ZR

146/98, NJW 2000, 1487, 1488; Urt. v. 5. Oktober 2001, V ZR 237/00, NJW 2002, 429, 430; Urt. v. 29. Juni 2007, V ZR 1/06, NJW 2007, 2841, 2842). Bei der Feststellung eines solchen Missverhältnisses sind auch die Kosten für verdeckte Innen- (Senat, Urt. v. 14. März 2003, V ZR 308/02, NJW 2003, 1811, 1812) oder Außenprovisionen (Senat, Urt. v. 8. Oktober 2004, V ZR 18/04, NJW 2005, 820, 822) und der Wert der dafür erbrachten Leistungen zu berücksichtigen.

16 bb) Ein solches Missverhältnis haben die Beklagten in der Klageerweiterung beiläufig erwähnt, dort aber nicht schlüssig dargelegt. An die Substantiierung eines Missverhältnisses sind zwar keine übertriebenen Anforderungen zu stellen (Senat, Urt. v. 13. Dezember 2002, V ZR 359/01, NJW-RR 2003, 491). Dazu genügte es aber nicht, bei der Schilderung der tatsächlichen Abläufe ohne nähere Angabe zu erwähnen, dass der Preis mehr als das Doppelte betragen habe.

17 cc) Eine schlüssige Darlegung enthält erstmals der Schriftsatz der Beklagten vom 7. Februar 2006. Dieser Schriftsatz war aber nach § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 ZPO nicht zu berücksichtigen.

18 (1) Er ist nach Schluss der mündlichen Verhandlung eingereicht worden. Das war nachlässig. Die Beklagten hatten zwar ursprünglich keine Veranlassung, zur Wirksamkeit des Kaufvertrags vorzutragen, weil die Klage in dem hier interessierenden Teil allein auf einen Bereicherungsanspruch wegen Nichtigkeit des Darlehensvertrags gestützt war. Nachdem die mündliche Verhandlung aber wegen der Abtretung der Kaufpreisansprüche des Verkäufers wiedereröffnet worden war und die Klägerin zu der von dem Landgericht aufgeworfenen Frage der Wirksamkeit dieser Abtretung Stellung genommen hatte, mussten die Be-

klagten damit rechnen, dass es auf die Wirksamkeit des Kaufvertrags ankommen werde. Das haben sie auch erkannt und sich in ihrem Schriftsatz auf ihr bisheriges, hierfür aber unzureichendes Vorbringen bezogen. Dass und aus welchen Gründen sie den von ihnen nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung gehaltenen Vortrag vorher nicht hätten halten können, haben sie nicht dargelegt.

19 (2) Ihr Vorbringen hat das Landgericht auch nicht verfahrensfehlerhaft, sondern nach § 296a Satz 1 ZPO zu Recht unberücksichtigt gelassen. Die Beklagten haben in der mündlichen Verhandlung Schriftsatznachlass nicht beantragt und auch nur Gelegenheit erhalten, sich zu dem Ergebnis von Vergleichsverhandlungen zu äußern. Das Landgericht war nicht gehalten, die Beklagten auf die Notwendigkeit einer Stellungnahme zu dem Kaufvertrag hinzuweisen. Nachdem die Klägerin zu dem Hinweis, die Abtretung könne unwirksam sein, Stellung genommen hatte, lag es auf der Hand, dass das Gericht anderen Sinnes werden und es auf die Wirksamkeit des Kaufvertrags ankommen konnte. Veranlassung zu einem Hinweis gab auch nicht der Umstand, dass die Beklagten die Überhöhung des Kaufpreises in der Klageerwiderung erwähnt haben. In der Klageerwiderung wird dieser Umstand im Zusammenhang mit der Schilderung des Geschehensablaufs angeführt. Zu diesem Zeitpunkt war die Klage allein auf Bereicherungsansprüche gestützt. Auf die Wirksamkeit kam es weder nach dem Vortrag der Klägerin noch nach dem Vortrag der Beklagten an. Beide Parteien stritten allein über die Wirksamkeit des Darlehensvertrags und darüber, ob bei Annahme seiner Unwirksamkeit das Fehlen einer Anweisung zu einer Direktkondition der Klägerin beim Verkäufer oder zur einer bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung im Verhältnis der Parteien führt. Ein Anlass, die Beklagten darauf hinzuweisen, dass dieser Vortrag für die damals nicht in Rede stehende Nichtigkeit nicht ausreichen könnte, bestand nicht. Anhaltspunkt-

te dafür, dass die Beklagten nach Abtretung der Kaufpreisansprüche und nach einer Darlegung der Klägerin zur Wirksamkeit dieser Abtretung Einwände gegen diesen Anspruch übersehen würden, waren nicht ersichtlich. Deshalb ist es nicht zu beanstanden, dass das Landgericht die mündliche Verhandlung nicht wiedereröffnet hat.

20 3. Das Berufungsgericht hat zu Recht auch die Einwände gegen die Kaufpreisforderung aus dem Verhältnis der Beklagten zum Verkäufer zurückgewiesen.

21 a) Solche Einwände könnten der Klägerin zwar nach § 404 BGB entgegengehalten werden. Sie sind aber teils wegen Verspätung nicht zu berücksichtigen und im Übrigen unbegründet.

22 b) Das Vorbringen zur mangelnden Fälligkeit und zu Mängelansprüchen hatte das Berufungsgericht nicht zu berücksichtigen, weil sie verspätet sind. Auch diese Einwände haben die Beklagten erstmals in ihrem nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 7. Februar 2006 vorgetragen. Das war nachlässig. Sie hatten schon vorher Veranlassung, nicht nur zur etwaigen Nichtigkeit des Kaufvertrags, sondern auch zu Einwänden gegen die Fälligkeit des Anspruchs und zu Gegenansprüchen wegen Mängeln vorzutragen. Das Berufungsgericht hat diesen Vortrag deshalb zutreffend nach § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 ZPO als verspätet zurückgewiesen.

23 c) Der aus der behaupteten unrichtigen Darstellung der Mieteinnahmen abgeleitete Einwand ist zwar schlüssig vorgetragen, weil in der Vorlage von Berechnungsbeispielen ein selbständiger Beratungsvertrag liegen kann (Senat, Urt. v. 14. März 2003, V ZR 308/02, NJW 2003, 1811, 1812 f.; Urt. v. 8. Oktober

2004, V ZR 18/04, NJW 2005, 820, 822 f.) und der aus dem Beratungsvertrag verpflichtete Verkäufer die für die monatliche Belastung wesentlichen Grundlagen zutreffend darstellen muss (Senat, BGHZ 156, 371, 377 f.). Dieser Vortrag ist aber aus den dargelegten Gründen verspätet und deshalb nicht zu berücksichtigen.

24 d) Der aus der behaupteten fehlenden Aufklärung über Innenprovisionen abgeleitete Einwand ist dagegen schon unbegründet, weil ein Verkäufer auch im Rahmen eines Beratungsvertrags weder über Innen- noch über Außenprovisionen aufzuklären hat (Senat, Urt. v. 14. März 2003, V ZR 308/02, NJW 2003, 1811, 1812; Urt. v. 8. Oktober 2004, V ZR 18/04, NJW 2005, 820, 822).

25 4. Zu Unrecht nimmt das Berufungsgericht aber an, dass die Zahlung der Klägerin an den Verkäufer im Kaufverhältnis Erfüllungswirkung habe und diese bis zur Rückforderung der Zahlung durch die Klägerin andauere.

26 a) Dem kann schon im Ansatz nicht gefolgt werden. Die Erfüllung kann entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht vorläufig eintreten. Sie führt nämlich nach § 362 Abs. 1 BGB zum Erlöschen der Forderung. Dies ist ein Vorgang, der weder gestreckt noch rückgängig gemacht werden kann. Er tritt nur einmal und erst dann ein, wenn der Schuldner die im Sinne von § 362 Abs. 1 BGB geschuldete Leistung bewirkt hat. Das Bewirken der geschuldeten Leistung besteht in der Herbeiführung des geschuldeten Leistungserfolges (Senat, BGHZ 87, 156, 162; BGH, Urt. v. 3. Dezember 1990, II ZR 215/89, WM 1991, 454, 455). Bei einer Geldschuld wird dieser Erfolg mangels anderer Vereinbarung nur dann erzielt, wenn der Gläubiger den Geldbetrag, den er beanspruchen kann, endgültig zur freien Verfügung übereignet oder überwiesen erhält; darf er den Betrag nicht behalten, so tritt der Leistungserfolg nicht ein (BGH,

Urt. v. 23. Januar 1996, XI ZR 75/95, NJW 1996, 1207). Schon aus diesem Grund konnte die Zahlung der Klägerin nicht zur Erfüllung führen. Für das Revisionsverfahren wäre allerdings davon auszugehen, dass die Klägerin ihren Rückforderungsanspruch gegen den Verkäufer nicht geltend macht. Ob die Zahlung dadurch faktisch endgültig wird und damit, wie die Klägerin meint, Erfüllungswirkung hat oder ob diese Folge nur angenommen werden kann, wenn der Gläubiger förmlich auf die Rückforderung verzichtet hat, bedarf keiner Entscheidung.

27 b) Auch in diesem Fall kommt eine Erfüllung nur in Betracht, wenn sich die Zahlung der Klägerin rechtlich als Zahlung der Beklagten als Käufer darstellt. Daran fehlt es hier.

28 aa) Die Zahlung eines Dritten kommt dem Schuldner nur zugute, wenn sie seine Verbindlichkeit erfüllen soll und mit einer entsprechenden Tilgungsbestimmung versehen ist (MünchKomm-BGB/Krüger, 5. Aufl., § 267 Rdn. 11). Dazu kommen bei einer Zahlung im hier vorliegenden sog. Dreiecksverhältnis zwei Möglichkeiten in Betracht: Entweder erfolgt die Zahlung unter Abgabe einer eigenen Tilgungsbestimmung als Dritter gemäß § 267 Abs. 1 Satz 1 BGB, oder sie erfolgt als Hilfsperson des Schuldners unter Übermittlung von dessen Tilgungsbestimmung gemäß § 362 Abs. 1 BGB (Stresemann, Bereicherungsrechtliche Rückabwicklung bei zu Unrecht vom Haftpflichtversicherer erbrachten Leistungen, S. 6). Weder der eine noch der andere Fall liegt hier vor.

29 bb) Eine eigene Zahlung der Klägerin als Dritter nach § 267 Abs. 1 Satz 1 BGB liegt nach den insoweit zutreffenden und auch nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts nicht vor. Danach hat die Klägerin „zum Zweck der Erfüllung des Zessionsanspruchs gegenüber dem Abtretungsemp-

fänger“ an den Verkäufer gezahlt. Zweck ihrer Zahlung war also die Erfüllung ihrer vermeintlichen Verpflichtung zur Auszahlung der Darlehensvaluta aus dem Darlehensvertrag. Damit war die Zahlung nicht mit der für die Erfüllung durch eine Drittleistung nach § 267 Abs. 1 BGB erforderlichen eigenen Tilgungsbestimmung der Klägerin als Dritter versehen. Das war für den Verkäufer auch offensichtlich. Denn ihm war der Darlehensauszahlungsanspruch abgetreten, die Klägerin zugleich angewiesen worden, das Darlehen nur an ihn auszusahlen. Damit scheidet eine Erfüllung durch Drittzahlung.

30 cc) Auch eine Erfüllung der Kaufpreisforderung als Hilfsperson der Beklagten scheidet aus.

31 (1) Diese Form der Erfüllung der Kaufpreisforderung setzt voraus, dass die Beklagten die Zahlung der Klägerin wirksam als Tilgung der Kaufpreisforderung bestimmt haben und die Klägerin ihre Zahlung als Leistung der Beklagten erbrachte. Fehlt es an dieser Tilgungsbestimmung, weil die Anweisung unwirksam war, kann die Zahlung der Klägerin an den Verkäufer den Beklagten als Käufern nicht als eigene (rechtsgrundbewehrte) Zahlung auf die bestehende Kaufpreisschuld zugerechnet werden. Sie bleibt eine Zahlung auf eine Nichtschuld, die ggf. im Verhältnis der Klägerin zu dem Verkäufer nach Bereicherungsrecht rückabzuwickeln wäre (vgl. dazu: BGHZ 111, 382, 386; 147, 145, 149; 147, 269, 274; 152, 307, 311; Urt. v. 3. Februar 2004, XI ZR 125/03, NJW 2004, 1315, 1316; Urt. v. 10. Februar 2005, VII ZR 184/04, NJW 2005, 1356, 1357). Etwas anderes könnte nur angenommen werden, wenn das Deckungsverhältnis (hier der Darlehensvertrag) trotz fehlender Anweisung als solches intakt geblieben ist (dazu: BGHZ 105, 365, 369 f.; 122, 46, 50; BGH, Urt. v. 19. Januar 2005, VIII ZR 173/03, NJW 2005, 1369 f.). Denn dann bliebe die

Tilgungsbestimmung von dem Mangel der Anweisung unberührt. Weder die eine noch die andere Fallgestaltung liegt hier vor.

32 (2) Grundlage der Zahlung war der Darlehensvertrag zwischen den Parteien. Dieser ist, was zwischen den Parteien rechtskräftig festgestellt ist, nichtig. Damit lässt sich aus dem Darlehensvertrag und seiner Abwicklung keine wirksame Tilgungsbestimmung der Beklagten ableiten, unter deren Übermittlung an den Verkäufer die Klägerin als Hilfsperson der Beklagten auf den Kaufvertrag hätte zahlen können. Eine wirksame Tilgungsbestimmung der Beklagten lässt sich auch nicht aus der Abtretung des Darlehensauszahlungsanspruchs in dem - wirksam gebliebenen - Kaufvertrag ableiten. Das hat das Berufungsgericht nicht geprüft. Diese Prüfung kann der Senat nachholen, weil der Sachverhalt insoweit unstreitig ist und zusätzliche Erkenntnisse nicht zu erwarten sind. Die Abtretungsklausel enthält zwar die „unwiderrufliche“ Anweisung der Beklagten an die Klägerin, die Darlehensvaluta in Höhe des Kaufpreises an den Verkäufer auszusahlen. Daraus lässt sich auch eine Tilgungsbestimmung der Beklagten ableiten. Die Anweisung ist aber ebenso wie die in ihr enthaltene Tilgungsbestimmung nach dem Wortlaut der Klausel die Folge der zuvor erklärten Abtretung des Darlehensauszahlungsanspruchs. Dies spricht unter Berücksichtigung der Erfordernisse einer beiderseits interessengerechten Auslegung (Senat, BGHZ 143, 175, 178; Urt. v. 9. Mai 2003, V ZR 240/02, NJW-RR 2003, 1053, 1054) dafür, dass die Anweisung zur Auszahlung an den Verkäufer und die darin enthaltene Tilgungsbestimmung nur für den Fall der Wirksamkeit der Abtretung des Darlehensauszahlungsanspruchs gelten sollten (so für eine identische Klausel unter bereicherungsrechtlichen Gesichtspunkten: BGH, Urt. v. 20. April 2004, XI ZR 171/03, ZfIR 2004, 518, 522). Für den Verkäufer erkennbar konnten und wollten sich die Beklagten ihm gegenüber nur dazu verpflichten, die Klägerin aufgrund eines wirksamen Darlehensverhältnisses zu Zahlungen an-

zuweisen und entsprechenden Tilgungsbestimmungen zu übermitteln. Etwas anderes wäre ihnen rechtlich auch gar nicht möglich gewesen. Ohne den Darlehensvertrag konnten die Beklagten die Zahlung der Klägerin nicht zur eigenen Zahlung auf den Kaufvertrag bestimmen.

III.

33 Die Sache ist gleichwohl noch nicht zur Entscheidung reif.

34 1. Die Beklagten haben nämlich geltend gemacht, die Klägerin habe eine eigene Aufklärungspflicht gegenüber den Beklagten verletzt und sei deshalb zum Schadensersatz verpflichtet. Dieser Einwand ist erheblich. Wäre er begründet, hätte die Klägerin die Beklagten von ihren Verpflichtungen aus dem Kaufvertrag freizustellen. Dazu gehörte dann auch der von ihr selbst geltend gemachte Anspruch auf den Kaufpreis.

35 2. Vortrag dazu haben die Beklagten zwar erstmals in der Berufungsbeurteilung gehalten. Dieser ist aber nach § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 ZPO zuzulassen, weil er nicht früher gehalten werden konnte. Eine eigene Haftung der finanzierenden Bank wegen Verletzung von Aufklärungspflichten unter erleichterten Voraussetzungen hat der Bundesgerichtshof nämlich, worauf die Revisionsurteilung zu Recht hinweist, erstmals mit Urteil vom 16. Mai 2006 (BGHZ 168, 1), also nach dem Urteil erster Instanz im vorliegenden Verfahren anerkannt. Sachgerechter Vortrag zu einer solchen Haftung war erst seitdem möglich.

36 3. Schlüssigen Vortrag dazu haben die Beklagten gehalten.

- 37 a) Nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs wird ein deren Haftung wegen Verletzung von Aufklärungspflichten auslösender Wissensvorsprung der finanzierenden Bank vermutet, wenn Verkäufer, die von ihnen beauftragten Vermittler und die finanzierende Bank in institutionalisierter Art und Weise zusammenwirken, auch die Finanzierung der Kapitalanlage vom Verkäufer oder Vermittler, sei es auch nur über einen von ihm benannten besonderen Finanzierungsvermittler, angeboten wurde und die Unrichtigkeit der Angaben des Verkäufers, Fondsinitiators oder der für sie tätigen Vermittler bzw. des Verkaufs- oder Fondsprospekts nach den Umständen des Falles evident ist, so dass sich aufdrängt, die Bank habe sich der Kenntnis der arglistigen Täuschung geradezu verschlossen (BGHZ 168, 1, 23; 169, 109, 115; Urt. v. 20. März 2007, XI ZR 414/04, NJW 2007, 2396, 2400 f.).
- 38 b) Ein solches institutionalisiertes Zusammenwirken haben die Beklagten schlüssig vorgetragen. Für ein institutionalisiertes Zusammenwirken kann nämlich ausreichen, dass der Verkäufer oder die Vermittler dem finanzierenden Institut wiederholt Finanzierungen von Eigentumswohnungen oder Fondsbeteiligungen desselben Objektes vermittelt haben (BGHZ 168, 1, 23 f.; Urt. v. 19. Dezember 2006, XI ZR 374/04, BKR 2007, 152, 155).
- 39 c) Auch einen evidenten Beratungsfehler haben die Beklagten dargelegt.
- 40 aa) Das ergibt sich noch nicht aus ihrem Vortrag zur fehlenden Aufklärung des Verkäufers über Innenprovisionen. Darüber hat die Bank ebenso wenig aufzuklären wie der Verkäufer (BGH, Urt. v. 12. November 2002, XI ZR 3/01, NJW 2003, 424, 425; Senat, Urt. v. 14. März 2003, V ZR 308/02, NJW 2003, 1811, 1812).

- 41 bb) Ein Aufklärungsfehler kann sich allerdings daraus ergeben, dass die Bank um die sittenwidrige Überhöhung des Kaufpreises (mit Rücksicht auf Innenprovisionen) weiß. Ob der Vortrag der Beklagten dazu den strengen Anforderungen der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs an die Darlegung eines solchen Aufklärungsfehlers (vgl. BGH, Urt. v. 18. April 2000, XI ZR 193/99, NJW 2000, 2352, 2353; Urt. v. 12. November 2002, XI ZR 3/01, NJW 2003 424, 425; Urt. v. 29. April 2008, XI ZR 221/07, zur Veröff. bestimmt) genügt, ist zweifelhaft. Das bedarf aber keiner Klärung.
- 42 cc) Die Beklagten haben jedenfalls eine fehlerhafte Angabe zur Miethöhe in dem Berechnungsbogen und deren Evidenz für die Klägerin schlüssig dargelegt.

43 4. Dem wird das Berufungsgericht in der neuen Verhandlung nachzugehen haben. Dabei wird auch zu klären sein, ob die Beklagten ihren Anspruch auf Rückzahlung geleisteter Zahlungen auf das - unwirksame - Darlehen nur dem Bereicherungs- oder auch dem Kaufpreisanspruch entgegenhalten wollen.

Krüger

Klein

Lemke

Schmidt-Räntsch

Roth

Vorinstanzen:

LG Mannheim, Entscheidung vom 28.02.2006 - 3 O 479/04 -

OLG Karlsruhe, Entscheidung vom 08.05.2007 - 17 U 126/06 -