



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XI ZR 457/10

Verkündet am:
17. Januar 2012
Weber
Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB §§ 171, 172, 812 Abs. 1 Satz 1

- a) Ist ein von einem Geschäftsbesorger oder Treuhänder abgeschlossener Zwischenfinanzierungsvertrag wegen Verstoßes der Vollmacht gegen das Rechtsberatungsgesetz nichtig und die Nichtigkeit auch nicht nach Rechtsscheingrundsätzen gemäß §§ 171, 172 BGB geheilt worden, kann der Darlehensnehmer grundsätzlich die von ihm auf den - wirksamen - Endfinanzierungsvertrag erbrachten Zins- und Tilgungsleistungen im Wege der Leistungskondition bei der Bank kondizieren, wenn die Darlehensvaluta des Zwischenfinanzierungsvertrages nicht an den Darlehensnehmer bzw. nicht auf eine wirksame Weisung an einen Dritten ausgezahlt worden ist und er weder die eine noch die andere Valuta erhalten hat.
- b) Ist ein von einem Geschäftsbesorger oder Treuhänder abgeschlossener Darlehensvertrag wegen Verstoßes der Vollmacht gegen das Rechtsberatungsgesetz nichtig, kommt es im Falle einer Vertragsannahme durch die Bank für die Anwendung der §§ 171, 172 BGB nicht darauf an, ob ihr bereits bei Unterzeichnung ihrer Annahmeerklärung die Vollmacht im Original oder in notarieller Ausfertigung vorgelegen hat, sondern darauf, ob dies bei Vertragsschluss, d.h. bis zum Zeitpunkt des Zugangs der Annahmeerklärung, der Fall gewesen ist.

BGH, Urteil vom 17. Januar 2012 - XI ZR 457/10 - OLG Frankfurt am Main
LG Frankfurt am Main

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 17. Januar 2012 durch den Vorsitzenden Richter Wiechers, die Richterin Mayen sowie die Richter Dr. Grüneberg, Maihold und Pamp

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 23. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 1. Dezember 2010 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Parteien streiten über wechselseitige Ansprüche im Zusammenhang mit einem Darlehensvertrag zum Erwerb eines Appartements.
- 2 Der damals 29 Jahre alte Kläger, ein Diplomingenieur für Elektrotechnik, wurde im Jahr 1991 von einer Anlagevermittlerin geworben, eine Eigentumswohnung in einer noch zu errichtenden Studentenappartementanlage in M. zu erwerben. Zwecks Durchführung bot er mit notarieller Urkunde vom 22. November 1991 der H. Steuerberatungsgesellschaft mbH (nachfolgend: Treuhänderin), die über eine Erlaubnis nach dem Rechtsberatungsgesetz nicht verfügte, den Abschluss eines umfassenden Treuhandver-

trages an und erteilte ihr eine ebensolche Vollmacht. Die Treuhänderin nahm das Angebot an.

3 Zur Finanzierung des Gesamtaufwands von 128.280 DM trug die Treuhänderin am 4. Dezember 1991 namens des Klägers der Rechtsvorgängerin der Beklagten (im Folgenden: Beklagte) den Abschluss eines Zwischenkreditvertrags über 128.280 DM in Form eines Kontokorrentkredits an, der von der Beklagten unter dem 6. Dezember 1991 gegengezeichnet wurde. An diesem Tag lag der Beklagten die notarielle Ausfertigung der Vollmachtsurkunde noch nicht vor; diese wurde ihr erst mit Schreiben der Anlagevermittlerin vom 24. Dezember 1991 übersandt. Zwischen den Parteien ist streitig, ob sich die Beklagte ihrer Willenserklärung zur Vertragsannahme bereits am 6. Dezember 1991 oder erst - wie die Beklagte behauptet - nach Erhalt der Vollmachtsurkunde entäußert hat.

4 Am 31. März 1992 schloss die Treuhänderin namens des Klägers mit der D. AG als Verkäuferin und der G.

Gesellschaft mbH als Generalübernehmerin einen notariellen "Kaufvertrag, Gesellschaftsvertrag, Generalübernehmer-Vertrag" über das Appartement Nr. zu einem Kaufpreis von 15.394 DM und einem Werklohn von 66.923 DM. Am 29. September 1992 schloss die Treuhänderin namens des Klägers mit der Beklagten zur Ablösung der Zwischenfinanzierung einen Endfinanzierungsvertrag mit zwei Unterkonten über Darlehensbeträge von 109.038 DM und 19.242 DM, die durch eine Lebensversicherung getilgt werden sollten und durch eine Grundschuld über 128.300 DM an dem erworbenen Miteigentumsanteil besichert waren.

5 Der Kläger zahlte an die Beklagte auf den Endfinanzierungsvertrag Zins- und Tilgungsleistungen in Höhe von insgesamt 10.611,60 €, bevor er spätes-

tens im August 2000 seine Zahlungen einstellte. Die Beklagte kündigte daraufhin mit Schreiben vom 15. November 2002 den Darlehensvertrag. Im Jahr 2003 erlöste sie aus der Verwertung der zur Sicherheit abgetretenen Lebensversicherung 15.690,77 €. Die Eigentumswohnung wurde im Dezember 2007 auf Betreiben der Beklagten für 7.200 € versteigert.

6 Mit der im Jahr 2007 erhobenen Klage begehrt der Kläger die Erstattung seiner Zins- und Tilgungszahlungen sowie des Erlöses aus der Lebensversicherung in Höhe von insgesamt 28.302,37 € (rechnerisch richtig: 26.302,37 €) nebst Zinsen und die Feststellung, dass er der Beklagten zu keinem Zeitpunkt aus dem Zwischenfinanzierungskredit und dem Endfinanzierungsdarlehen verpflichtet war und ist. Er ist der Ansicht, dass der Zwischenfinanzierungskreditvertrag nicht wirksam zustande gekommen sei und seine Zahlungen bzw. die Erlösauskehr daher ohne Rechtsgrund erfolgt seien. Aufgrund dessen stünden ihm bereicherungsrechtliche Ansprüche aus der Zwischenfinanzierung zu, mit denen er gegen die Forderung der Beklagten aus der Endfinanzierung die Aufrechnung erklärt hat. Daneben stehe ihm der geltend gemachte Betrag auch im Wege des Schadensersatzes zu, weil er - wie er behauptet - von der Vermittlerin unter anderem über die angebliche Risikolosigkeit der Kapitalanlage und über die Höhe der Innenprovisionen arglistig getäuscht worden sei. Die Beklagte erhebt die Einrede der Verjährung.

7 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das Berufungsgericht der Klage stattgegeben. Mit der - vom Berufungsgericht zugelassenen - Revision erstrebt die Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

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

I.

9 Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

10 Dem Kläger stehe gegen die Beklagte der geltend gemachte Zahlungsanspruch aus Leistungskondition gemäß § 812 Abs. 1 BGB zu. Der Zwischenfinanzierungsvertrag sei nicht wirksam zustande gekommen, weil die Vollmacht der Treuhänderin wegen Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz nichtig sei und die Beklagte sich mangels vorheriger Vorlage der Vollmachtsurkunde nicht auf den Rechtsschein nach §§ 171, 172 BGB berufen könne. In erster Instanz sei unstreitig gewesen, dass die Beklagte den Zwischenfinanzierungsvertrag am 6. Dezember 1991, und damit vor Erhalt der Vollmachtsurkunde, unterzeichnet habe. Soweit sie in der Berufungsinstanz vorgetragen habe, dass der Vertrag von ihr nicht vor dem 30. Dezember 1991, an dem sie das Vorliegen der Vollmacht geprüft habe, unterzeichnet worden sei, sei dieses Vorbringen gemäß § 531 Abs. 2 ZPO nicht zuzulassen.

11 Aufgrund dessen seien auch die Einrichtung des Treuhandkontos durch die Treuhänderin nicht wirksam erfolgt und deren Auszahlungsanweisungen dem Kläger nicht zuzurechnen. Er habe somit durch die Auszahlung der Darlehensvaluta aus der Zwischenfinanzierung nichts erlangt, so dass der Beklagten aufgrund der Aufrechnung des Klägers mit dessen Bereicherungsanspruch auch aus dem Endfinanzierungsvertrag keine Zins- oder Rückzahlungsansprü-

che gegen den Kläger zustünden und die Zins- und Tilgungsleistungen des Klägers sowie die Verwertung der Lebensversicherung ohne Rechtsgrund erfolgt seien. Soweit die Beklagte es für möglich halte, dass die Zwischenfinanzierung nicht in voller Höhe in Anspruch genommen worden sei, werde diese Vermutung durch den vom Kläger in Kopie vorgelegten Bankbeleg betreffend das Zwischenfinanzierungskonto nicht gestützt; daraus ergebe sich vielmehr, dass die im Jahr 1992 erfolgte Auszahlung der Endfinanzierung die Forderung aus der Zwischenfinanzierung nicht in vollem Umfang habe tilgen können. Insoweit sei auch der Umstand, dass - vermutlich - die notarielle Ausfertigung der Vollmachtsurkunde zu einem Zeitpunkt bei der Beklagten eingegangen sei, als die Treuhänderin den im Rahmen der Zwischenfinanzierung eingeräumten Kontokorrent nicht in vollem Umfang in Anspruch genommen habe, unbeachtlich; maßgeblich sei allein, dass es aufgrund der Unwirksamkeit des Zwischenfinanzierungsvertrages und des Kontovertrages an einem Darlehensempfang zu Gunsten des Klägers fehle. Soweit die Beklagte ferner nach Schluss der mündlichen Verhandlung in einem nicht nachgelassenen Schriftsatz vorgetragen habe, sie habe aufgrund von Nachforschungen bei ihrer Archivierungsstelle ermittelt, dass zum Zeitpunkt der Auszahlung der Endfinanzierung die Zwischenfinanzierung nur in Höhe von 111.474,95 DM in Anspruch genommen worden sei, könne dies mangels Vorliegens eines Wiederaufnahmegrundes nach § 156 ZPO nicht mehr berücksichtigt werden.

- 12 Der Bereicherungsanspruch des Klägers sei auch nicht verjährt. Für den - kenntnisabhängigen - Beginn der Verjährung sei ausschlaggebend, wann der Kläger gewusst habe, dass die Treuhänderin keine Erlaubnis nach dem Rechtsberatungsgesetz besessen habe und dass der Beklagten bei Abschluss des Zwischenfinanzierungsvertrages keine notarielle Vollmachtsausfertigung vorgelegen habe. Letzteres sei erst im Rahmen des Rechtsstreits im Jahr 2007 der Fall gewesen. Insoweit sei dem Kläger auch keine grob fahrlässige Un-

kenntnis vorzuwerfen, weil es für ihn als juristischen Laien nicht nahegelegen habe, dieser Frage von sich aus zu einem früheren Zeitpunkt nachzugehen.

- 13 Der Feststellungsantrag sei ebenfalls begründet. Das Feststellungsinteresse ergebe sich daraus, dass der Kläger mit bereicherungsrechtlichen Ansprüchen aus dem Zwischenfinanzierungsvertrag gegen die Forderung der Beklagten aus der Endfinanzierung aufgerechnet habe und die Beklagte sich ihrerseits berühme, noch Zahlungsansprüche gegen den Kläger aus dem gekündigten Endfinanzierungsvertrag zu haben.

II.

- 14 Das Berufungsurteil hält rechtlicher Nachprüfung in wesentlichen Punkten nicht stand. Auf der Grundlage seiner tatbestandlichen Feststellungen hätte das Berufungsgericht weder einen Anspruch des Klägers auf Rückzahlung von 28.302,37 € gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB bejahen noch dem Feststellungsantrag stattgeben dürfen.

- 15 1. Richtig ist allerdings der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, wonach dann, wenn ein von einem Geschäftsbesorger oder Treuhänder abgeschlossener Zwischenfinanzierungsvertrag wegen Verstoßes der Vollmacht gegen das Rechtsberatungsgesetz nichtig ist und die Nichtigkeit auch nicht nach Rechtsscheingrundsätzen gemäß §§ 171, 172 BGB geheilt worden ist, dies Auswirkungen auf die wechselseitigen Ansprüche der Vertragsparteien aus dem - wirksamen - Endfinanzierungsvertrag hat. Ist die Darlehensvaluta des Zwischenfinanzierungsvertrages nämlich nicht an den Darlehensnehmer bzw. nicht auf eine wirksame Weisung an einen Dritten ausgezahlt worden, ist die Verrechnung der Darlehensvaluta des Endfinanzierungsvertrages mit dem

Rückzahlungsanspruch aus der Zwischenfinanzierung ins Leere gegangen. Der Darlehensnehmer hat dann weder die eine noch die andere Valuta "empfangen" i.S.d. § 607 BGB aF. Die Bank hat dann gegen den Darlehensnehmer weder einen Bereicherungsanspruch bezüglich des Zwischenkredits noch - mangels Auszahlung der Darlehensvaluta - einen vertraglichen Rückzahlungsanspruch aus dem Endfinanzierungsvertrag (vgl. nur Senatsurteile vom 23. Januar 2007 - XI ZR 44/06, BGHZ 171, 1 Rn. 12 ff. und vom 27. Mai 2008 - XI ZR 409/06, WM 2008, 1258 Rn. 9 f.). Demgegenüber kann der Darlehensnehmer die von ihm erbrachten Zins- und Tilgungsleistungen im Wege der Leistungskondition bei der Bank kondizieren (vgl. nur Senatsurteil vom 27. Februar 2007 - XI ZR 56/06, WM 2007, 731 Rn. 20). Die vom Berufungsgericht aufgeworfene Frage einer Aufrechnung stellt sich insoweit von vornherein nicht.

- 16 a) Rechtsfehlerfrei und in Übereinstimmung mit der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hat das Berufungsgericht - von der Revision nicht angegriffen - zutreffend angenommen, dass die der Treuhänderin erteilte umfassende Vollmacht wegen Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz nichtig ist (vgl. nur Senatsurteile vom 23. Januar 2007 - XI ZR 44/06, BGHZ 171, 1 Rn. 11, vom 4. Dezember 2007 - XI ZR 227/06, BGHZ 174, 334 Rn. 15 und vom 26. Februar 2008 - XI ZR 74/06, WM 2008, 683 Rn. 26, jeweils mwN).
- 17 b) Dagegen beanstandet die Revision mit Erfolg, dass das Berufungsgericht auf der Grundlage seiner tatbestandlichen Feststellungen eine Wirksamkeit der nichtigen Vollmacht nach Rechtsscheingrundsätzen gemäß §§ 171, 172 BGB mit der Begründung verneint hat, dass die von dem Kläger erteilte notarielle Vollmacht bei Abschluss des Darlehensvertrages nicht - wie erforderlich (st.Rspr., vgl. nur Senatsurteile vom 23. Januar 2007 - XI ZR 44/06, BGHZ 171, 1 Rn. 11 und vom 26. Februar 2008 - XI ZR 74/06, WM 2008, 683 Rn. 29) - im Original oder in notarieller Ausfertigung vorgelegen habe. Diese Begründung

entbehrt - was die Revision zu Recht rügt - einer tragfähigen Grundlage im Tatsächlichen.

18 aa) Entgegen der Revision ist allerdings revisionsrechtlich nichts dagegen zu erinnern, dass das Berufungsgericht von einer Unterzeichnung des Darlehensvertrages durch die Beklagte am 6. Dezember 1991 ausgegangen ist. Dieser Umstand war zwischen den Parteien nach den tatbestandlichen Feststellungen des Landgerichts unstrittig, ohne dass dies die Beklagte - wie andere Feststellungen des Landgerichts - im Wege eines Tatbestandsberichtigungsantrags gerügt hat. Damit war diese Feststellung für das Berufungsgericht nach §§ 314, 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO bindend. Da die Beklagte erstmals in der Berufungsinstanz vorgetragen hat, den Darlehensvertrag nicht bereits am 6. Dezember 1991, sondern erst nach Erhalt der notariellen Vollmachtsausfertigung unterzeichnet zu haben, war dieses Vorbringen ein neues Verteidigungsmittel im Sinne des § 531 Abs. 2 ZPO, das das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei nicht zugelassen hat. Anders als die Revision meint, musste das Berufungsgericht das neue Vorbringen der Beklagten weder nach § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO noch nach § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 ZPO berücksichtigen.

19 (1) Nach § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO sind neue Angriffs- und Verteidigungsmittel im Berufungsverfahren zuzulassen, wenn sie einen rechtlichen oder tatsächlichen Gesichtspunkt betreffen, der von dem Gericht des ersten Rechtszugs erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten und aus einem von diesem mit zu verantwortenden Grund in erster Instanz nicht geltend gemacht worden ist (vgl. BGH, Urteile vom 19. März 2004 - V ZR 104/03, BGHZ 158, 295, 302 und vom 30. Juni 2006 - V ZR 148/05, WM 2006, 1827 Rn. 16). Die Parteien müssen in diesem Fall Gelegenheit erhalten, sich auf die gegenüber der Auffassung des erstinstanzlichen Gerichts abweichende rechtliche Beurteilung durch das Berufungsgericht einzustellen und deshalb erforderlich ge-

wordene neue Angriffs- und Verteidigungsmittel vorzubringen (vgl. BGH, Urteil vom 30. Juni 2006 - V ZR 148/05, aaO, und Beschluss vom 15. Juni 2010 - XI ZR 318/09, WM 2010, 1448 Rn. 20, jeweils mwN). Das bedeutet aber nicht, dass eine in erster Instanz siegreiche Partei stets berechtigt wäre, sich in der Berufungsinstanz auf zuvor nicht geltend gemachte Angriffs- oder Verteidigungsmittel zu stützen. Der Zulassungsgrund des § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO kommt nämlich nur zum Tragen, wenn ein Gesichtspunkt entweder von allen Verfahrensbeteiligten übersehen worden ist oder wenn das Gericht erster Instanz schon vor Erlass seines Urteils zu erkennen gegeben hat, dass es einen bestimmten Gesichtspunkt für unerheblich erachtet. Das folgt daraus, dass § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO nur unter der weiteren, ungeschriebenen Voraussetzung Anwendung findet, dass die (objektiv fehlerhafte) Rechtsansicht des Gerichts den erstinstanzlichen Sachvortrag der Partei beeinflusst hat und daher, ohne dass deswegen ein Verfahrensfehler gegeben wäre, mitursächlich dafür geworden ist, dass sich Parteivorbringen in das Berufungsverfahren verlagert (vgl. BGH, Urteil vom 30. Juni 2006 - V ZR 148/05, aaO, Rn. 17).

20

Nach diesen Maßgaben durfte das Berufungsgericht das neue Vorbringen der Beklagten zurückweisen. Der Kläger hat den geltend gemachten Zahlungsanspruch stets auch auf Bereicherungsrecht gestützt, in dessen Rahmen es unter anderem entscheidend auf den Zeitpunkt des Abschlusses des Zwischenfinanzierungsvertrages und den Zeitpunkt der Vorlage der notariellen Vollmachtsausfertigung ankommt. Für die Beklagte bestand daher Anlass, hierzu bereits in erster Instanz vorzutragen. Dass das Landgericht den Anspruch letztendlich als verjährt angesehen und die Klage abgewiesen hat, ändert daran nichts.

- 21 (2) Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht das neue Vorbringen der Beklagten auch nicht nach § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 ZPO berücksichtigt. Danach sind neue Angriffs- und Verteidigungsmittel zuzulassen, wenn ihre Geltendmachung in erster Instanz nicht aus Nachlässigkeit der Partei unterblieben ist (vgl. BGH, Urteil vom 19. März 2004 - V ZR 104/03, BGHZ 158, 295, 303). Maßgebend ist, ob das (neue) Vorbringen bei der gebotenen Sorgfalt bereits in erster Instanz hätte erfolgen können. Bei dieser Prüfung dürfen die Anforderungen zwar nicht überspannt werden, jedoch ist auch auf den Zweck der Bestimmung des § 531 Abs. 2 ZPO Bedacht zu nehmen, dass der entscheidungsrelevante Sach- und Streitstoff bereits in erster Instanz vollständig unterbreitet werden soll (vgl. BGH, Beschluss vom 24. November 2009 - VII ZR 31/09, NJW 2010, 376 Rn. 9 mwN). Nach dieser Maßgabe beruhte das neue Vorbringen der Beklagten auf Nachlässigkeit, weil sie - wie oben dargelegt - bereits in erster Instanz zum Zeitpunkt der Unterzeichnung des Darlehensvertrages hätte vorbringen müssen.
- 22 bb) Rechtsfehlerhaft ist dagegen die Annahme des Berufungsgerichts, dass der Zwischenfinanzierungsvertrag bereits mit der Unterzeichnung durch einen Mitarbeiter der Beklagten am 6. Dezember 1991 abgeschlossen worden ist.
- 23 (1) Ein Vertrag kommt durch zwei übereinstimmende Willenserklärungen, Antrag und Annahme, zustande. Eine Willenserklärung, die einem anderen gegenüber abzugeben ist, wird, wenn sie - wie hier - in dessen Abwesenheit abgegeben wird, in dem Zeitpunkt wirksam, in welchem sie ihm zugeht (§ 130 Abs. 1 Satz 1 BGB). Das Berufungsgericht hat indes zu der Frage, wann die Vertragsannahme durch die Beklagte dem Kläger oder der Treuhänderin zugegangen ist, keine Feststellungen getroffen; sie lässt sich auch nicht aus den von ihm in Bezug genommenen tatbestandlichen Feststellungen des Landgerichts

beantworten. Dies gilt insbesondere für die Frage, ob das Schreiben der Beklagten vom 18. Dezember 1991, mit dem der unterschriebene Vertrag übersandt wurde, dem Kläger - wie er behauptet - zeitnah zu diesem Datum oder - wie die Beklagte vorgebracht hat - erst nach dem 30. Dezember 1991 zugegangen ist.

24 (2) Auf der Grundlage der Feststellungen des Berufungsgerichts kann das Zustandekommen des Zwischenfinanzierungsvertrages auch nicht - was das Berufungsgericht möglicherweise auch ohne ausdrückliche Erwähnung dieser Vorschrift angenommen hat - unter Anwendung des § 151 BGB bejaht werden. Danach braucht die Annahme eines Vertragsantrags dem Antragenden gegenüber nicht erklärt zu werden, wenn eine solche Erklärung nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist oder der Antragende auf sie verzichtet hat. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann eine derartige Verkehrssitte im Allgemeinen bei unentgeltlichen Zuwendungen und bei für den Antragsempfänger lediglich vorteilhaften Rechtsgeschäften angenommen werden (vgl. BGH, Urteil vom 14. Oktober 2003 - XI ZR 101/02, WM 2003, 2327, 2328 mwN). Diese Voraussetzungen sind hier nicht gegeben.

25 c) Unabhängig von den vorstehenden Ausführungen ist auch die weitere Annahme des Berufungsgerichts rechtlich unhaltbar, der Kläger habe durch die Zahlung der Darlehensvaluta aus der Zwischenfinanzierung auch dann nichts erlangt, wenn die Beklagte die notarielle Vollmachtsausfertigung zeitlich vor oder nach Ausführung der von der Treuhänderin namens des Klägers erteilten Zahlungsanweisungen erhalten hat. Dies steht mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht in Einklang.

26 Nach dieser Rechtsprechung haftet im Falle der Unwirksamkeit des Darlehensvertrages der Darlehensnehmer aus ungerechtfertigter Bereicherung auf

Rückzahlung der Darlehensvaluta, wenn er diese erhalten hat. Ein Darlehen gilt als empfangen, wenn der Darlehensgeber es an den Darlehensnehmer oder auf dessen Weisung an einen Dritten ausgezahlt hat. Wird die Weisung namens des Darlehensnehmers von einem Geschäftsbesorger oder Treuhänder erteilt, ist zu unterscheiden. Sofern die dem Geschäftsbesorger erteilte Vollmacht wirksam oder nach Rechtsscheingrundsätzen gemäß §§ 171, 172 BGB dem Darlehensgeber gegenüber als gültig zu behandeln ist, hat der Darlehensnehmer die Darlehenssumme empfangen, weil die Darlehensvaluta in diesem Fall auf seine Weisung ausgezahlt worden ist. War die Abschlussvollmacht unwirksam, scheidet ein Anspruch des Darlehensgebers gegen den Darlehensnehmer aus ungerechtfertigter Bereicherung von vornherein aus. Die Darlehenssumme ist in diesem Fall aufgrund der - unwirksamen - Anweisungen des Geschäftsbesorgers nicht an den Darlehensnehmer, sondern an andere Beteiligte ausgezahlt worden. Nur diese Zuwendungsempfänger kann der Darlehensgeber auf Rückerstattung der Darlehensvaluta in Anspruch nehmen (vgl. Senatsurteile vom 20. April 2004 - XI ZR 171/03, WM 2004, 1230, 1233, vom 15. März 2005 - XI ZR 135/04, WM 2005, 828, 832 f. und vom 27. Mai 2008 - XI ZR 149/07, WM 2008, 1266 Rn. 35, jeweils mwN). Für die Zurechenbarkeit der Zahlungsanweisungen des Geschäftsbesorgers kommt es somit entscheidend auf die Vorlage der Vollmachtsurkunde im Zeitpunkt der Ausführung der Zahlungsanweisungen an, während hierfür der Zeitpunkt der Erteilung der Zahlungsanweisungen oder der Zeitpunkt der Einrichtung des Kreditkontos unerheblich sind (vgl. Senatsurteil vom 27. Mai 2008 - XI ZR 149/07, WM 2008, 1266 Rn. 37).

27 Nach diesen Maßgaben ist somit hier - entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts - entscheidend, ob der Beklagten bei Ausführung der (einzelnen) Auszahlungsanweisungen eine Ausfertigung der notariellen Vollmachtsurkunde vorlag. Soweit dies - was die Beklagte für sämtliche Anweisungen behauptet und vom Kläger zu widerlegen ist (vgl. Senatsurteil vom 23. September

2008 - XI ZR 262/07, WM 2008, 2155 Rn. 21) - der Fall war, durfte sie insoweit die Darlehensvaluta des Endfinanzierungsvertrages mit dem Rückzahlungsanspruch aus der Zwischenfinanzierung verrechnen. Das Berufungsgericht hat hierzu keine Feststellungen getroffen, so dass im Revisionsverfahren zugunsten der Beklagten von ihrem Vortrag auszugehen ist.

28 d) Einer revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand hält auch die Annahme des Berufungsgerichts, es sei von der vollen Valutierung der Zwischenfinanzierung auszugehen. Die Revision wendet sich mit Erfolg dagegen, dass das Berufungsgericht das entgegenstehende Vorbringen der Beklagten nicht berücksichtigt hat, weil dieses erst nach Schluss der mündlichen Verhandlung erfolgt sei und eine Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung nach § 156 ZPO nicht in Betracht komme.

29 Mit Recht rügt die Revision, das Berufungsgericht habe seiner richterlichen Hinweispflicht nicht genügt. Nach § 139 ZPO hat das Gericht darauf hinzuwirken, dass die Parteien sich über alle erheblichen Tatsachen vollständig erklären und sachdienliche Anträge stellen, insbesondere auch ungenügende Angaben der geltend gemachten Tatsachen ergänzen und die Beweismittel bezeichnen. Sofern das Gericht solche Hinweise erst in der mündlichen Verhandlung erteilt, muss es den Parteien in den Fällen, in denen eine fundierte Stellungnahme in der mündlichen Verhandlung nicht erfolgen kann, eine angemessene Frist einräumen. Will das Gericht von seiner in einer gerichtlichen Verfügung oder in der mündlichen Verhandlung geäußerten Auffassung später abweichen, muss es den Parteien erneut Gelegenheit geben, dazu Stellung zu nehmen (vgl. BGH, Urteil vom 25. Juni 2002 - X ZR 83/00, WM 2003, 541, 545 und Beschluss vom 16. April 2008 - XII ZB 192/06, NJW 2008, 2036 Rn. 10 mwN).

30

Dem wird das Verfahren des Berufungsgerichts nicht gerecht. In der mündlichen Verhandlung vom 25. August 2010 hat es die Parteien darauf hingewiesen, dass derzeit nicht klar sei, in welcher Höhe die Zwischenfinanzierung in Anspruch genommen worden sei. Da der Kläger einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung geltend gemacht hat, obliegt ihm die Darlegung und der Nachweis sämtlicher anspruchsbegründender Tatsachen (vgl. BGH, Urteil vom 23. September 2008 - XI ZR 262/07, WM 2008, 2155 Rn. 21). Dazu gehört vorliegend auch der Umstand, dass der Rückzahlungsanspruch aus der Zwischenfinanzierung der Darlehensvaluta des (wirksamen) Endfinanzierungsvertrages in voller Höhe entsprach und somit die diesbezügliche Verrechnung der Beklagten zur Gänze ins Leere ging, so dass die Zins- und Tilgungsleistungen des Klägers auf den Endfinanzierungsvertrag ohne Rechtsgrund erfolgt sind. Soweit der Kläger zum Nachweis dieser Tatsache mit Schriftsatz vom 3. November 2010 den Kontoabschluss vom 30. Dezember 1992 vorgelegt und hierzu näher vorgetragen hat, hätte das Berufungsgericht der Beklagten nochmals Gelegenheit zur Stellungnahme geben müssen, weil es diesen - in seiner inhaltlichen Aussagekraft für die hier maßgebliche Frage ohnehin wenig bedeutsamen - Kontoabschluss zum Nachteil der Beklagten herangezogen hat. Dies gilt insbesondere auch in Anbetracht des Umstandes, dass die Beklagte bereits zuvor unter Beweisantritt bestritten hatte, dass der Zwischenkredit in voller Höhe valutiert gewesen sei. Jedenfalls hätte für das Berufungsgericht aufgrund des Schriftsatzes der Beklagten vom 23. November 2010, in dem sie unter Angabe der einzelnen Buchungsdaten eine Valutierung des Zwischenfinanzierungsvertrages in Höhe von lediglich 111.474,95 DM behauptet hat, Anlass bestanden, die mündliche Verhandlung nach § 156 Abs. 2 Nr. 1 ZPO wiederzueröffnen, wenn es - wie im Berufungsurteil erfolgt - von seinem in der mündlichen Verhandlung erteilten Hinweis abrücken wollte.

31 e) Nicht zu beanstanden ist dagegen die Annahme des Berufungsgerichts, der Bereicherungsanspruch sei nicht verjährt (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 23. September 2008 - XI ZR 262/07, WM 2008, 2155 Rn. 13 ff.). Dies wird von der Revision auch nicht angegriffen.

32 2. Aus den vorstehenden Gründen durfte das Berufungsgericht mit der von ihm gegebenen Begründung auch dem Feststellungsantrag nicht stattgeben. Entgegen der Auffassung der Revision hat allerdings das Berufungsgericht ein Feststellungsinteresse des Klägers zu Recht bejaht. Dem steht insbesondere nicht entgegen, dass der Zwischenkredit - wie die Revision meint - "längst erfüllt" bzw. durch die Endfinanzierung abgelöst worden ist. Wie oben im Einzelnen dargelegt worden ist, hat die Nichtigkeit des Zwischenfinanzierungsvertrages auch Auswirkungen auf die wechselseitigen Ansprüche aus dem - wirksamen - Endfinanzierungsvertrag und kann insbesondere einen Anspruch des Darlehensnehmers aus Leistungskondition auf Rückzahlung der von ihm auf den Endfinanzierungsvertrag erbrachten Zins- und Tilgungsleistungen begründen. Aufgrund dessen hat der Kläger ein rechtliches Interesse an der begehrten Feststellung. Die Beklagte hat die Nichtigkeit des Zwischenfinanzierungsvertrages nicht zugestanden. Allein mit der Zahlungsklage auf Rückzahlung der Zins- und Tilgungsleistungen kann zwischen den Parteien die Unwirksamkeit des Zwischenkredits auch nicht rechtskräftig festgestellt werden, weil es sich insoweit lediglich um ein Element der Begründung handelt, das nicht in Rechtskraft erwächst. Die Beklagte wäre daher nicht gehindert, die Rückzahlung der ausgezahlten Darlehensvaluta vom Kläger in einem weiteren Rechtsstreit geltend zu machen, in dessen Rahmen es erneut auf die Wirksamkeit des Zwischenfinanzierungsvertrages und die Zurechenbarkeit der Auszahlungsanweisungen ankäme.

33 3. Das Berufungsurteil kann schließlich auch deshalb keinen Bestand haben, weil dem Berufungsgericht bei seiner im schriftlichen Verfahren ergangenen Entscheidung ein Verfahrensfehler unterlaufen ist. Die Revision beanstandet zu Recht die Überschreitung der in § 128 Abs. 2 Satz 3 ZPO bestimmten Frist von drei Monaten. Das angefochtene Urteil hätte spätestens am 25. November 2010 verkündet werden müssen. Die Dreimonatsfrist, die der Absicherung des Beschleunigungseffekts im schriftlichen Verfahren dient, steht nicht zur freien Disposition der Parteien und des Gerichts (vgl. BGH, Urteil vom 28. April 1992 - XI ZR 165/91, WM 1992, 1310, 1311). Auf den Grund für die Überschreitung der Frist kommt es daher - entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung - nicht an.

34 Da dieser Fehler keinen absoluten Revisionsgrund im Sinne von § 547 ZPO darstellt, begründet er die Revision allerdings nur dann, wenn die angefochtene Entscheidung auf ihm beruhen kann (vgl. BGH, Urteil vom 28. April 1992 - XI ZR 165/91, WM 1992, 1310, 1311 mwN). Dies ist hier aber der Fall. Das Berufungsgericht hat das Vorbringen der Beklagten in ihrem Schriftsatz vom 23. November 2010 unberücksichtigt gelassen, weil es eine Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung abgelehnt hat. Wegen des Verstreichens der Dreimonatsfrist des § 128 Abs. 2 Satz 3 ZPO hätte das Berufungsgericht nochmals mündlich verhandeln oder erneut die Zustimmung der Parteien zur Entscheidung im schriftlichen Verfahren einholen müssen. Es hätte dann das Vorbringen der Beklagten nicht mit der von ihm gegebenen Begründung unberücksichtigt lassen dürfen, so dass nicht auszuschließen ist, dass das Berufungsgericht zu einer anderen Entscheidung gelangt wäre.

III.

35 Das angefochtene Urteil ist daher aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Da die Sache nicht zur Endentscheidung reif ist, ist sie zur weiteren Sachaufklärung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

Wiechers

Mayen

Grüneberg

Maihold

Pamp

Vorinstanzen:

LG Frankfurt/Main, Entscheidung vom 30.04.2009 - 2-13 O 30/08 -

OLG Frankfurt/Main, Entscheidung vom 01.12.2010 - 23 U 119/09 -