



# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

XI ZR 439/18

vom

30. Juli 2019

in dem Rechtsstreit

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 30. Juli 2019 durch den Vizepräsidenten Prof. Dr. Ellenberger, die Richter Dr. Grüneberg und Dr. Matthias sowie die Richterinnen Dr. Menges und Dr. Derstadt

beschlossen:

Auf die Nichtzulassungsbeschwerde der Beklagten wird der Beschluss des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Koblenz vom 28. Juni 2018 aufgehoben.

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

Der Gegenstandswert für das Beschwerdeverfahren beträgt 111.611,94 €.

#### Gründe:

##### I.

- 1 Der Kläger wendet sich gegen die Zwangsvollstreckung der beklagten Bank aus einer vollstreckbaren notariellen Urkunde in sein persönliches Vermögen.
- 2 Der Kläger und seine Ehefrau (künftig: Darlehensnehmer) entschlossen sich im Jahr 1995 zum kreditfinanzierten Erwerb einer Eigentumswohnung in W. . Mit der Abwicklung des Erwerbs beauftragten sie die

Steuerberatungsgesellschaft mbH (künftig: Geschäftsbesorgerin), die nicht über eine Erlaubnis nach dem Rechtsberatungsgesetz verfügte. Hierfür schloss der Kläger am 18. Dezember 1995 mit der Geschäftsbesorgerin einen Geschäftsbesorgungsvertrag und bevollmächtigte sie unwiderruflich zur Vornahme aller Rechtsgeschäfte im Zusammenhang mit dem Erwerb und der Finanzierung der Wohnung. Seine Ehefrau genehmigte diesen Vertrag nebst Vollmacht.

3 Am 18. Dezember 1995 beantragte die Geschäftsbesorgerin für die Darlehensnehmer zur Finanzierung des Kaufpreises in Höhe von 176.098 DM sowie der Erwerbsnebenkosten bei der Beklagten die Gewährung von zwei Darlehen in Höhe von 176.097 DM und von 42.197 DM, was dem Gesamtaufwand in Höhe von 218.294 DM entsprach. Der vorformulierte Vertragsantrag enthielt auch eine Verpflichtung der Darlehensnehmer zur Bestellung einer Grundschuld an der Wohnung mit persönlicher Haftungsübernahme und Zwangsvollstreckungsunterwerfung in Höhe des Gesamtaufwandes zu Gunsten der Beklagten.

4 Die Beklagte teilte der Geschäftsbesorgerin mit Fax vom 23. Dezember 1995 in Fettdruck eine "Entscheidung: 2" mit, die in der Mitteilung als "Status 2: Finanzierung i.O. mit Auflagen" definiert war und mit der die Beklagte einen Grundbuchauszug sowie eine Versicherungspolice anforderte.

5 Am 28. Dezember 1995 schloss die Geschäftsbesorgerin im Namen der Darlehensnehmer einen notariellen Kaufvertrag über die Wohnung. Am selben Tag ließ sie im Namen der Darlehensnehmer zugunsten der Beklagten eine Buchgrundschuld in Höhe von 218.294 DM an der Wohnung eintragen und erklärte namens der Darlehensnehmer gegenüber der Beklagten die persönliche Haftungsübernahme mit Zwangsvollstreckungsunterwerfung in Höhe des Grundschuldbetrages nebst Zinsen.

- 6 Mit Schreiben vom 28. Dezember 1995 teilte die Beklagte den Darlehensnehmern mit, dass sie "vereinbarungsgemäß das mit Wirkung vom 27.12.1995 zugesagte Darlehen" auszahlen werde. Am selben Tag wurden von dem Darlehen über 176.097 DM ein Teilbetrag in Höhe von 17.609,70 DM und von dem Darlehen über 42.197 DM ein Teilbetrag in Höhe von 4.219,70 DM als Disagio gebucht sowie ein Teilbetrag von 29.060,70 DM einem Baukonto und ein Betrag von 24.841 DM einem Konto der Darlehensnehmer gutgeschrieben. Die Beklagte berechnete ab Dezember 1995 Zinsen, refinanzierte ihr Kreditrisiko und meldete dem Finanzamt den Vertragsschluss für das Jahr 1995.
- 7 Mit Schreiben vom 10. Januar 1996 erbat die Geschäftsbesorgerin von der Beklagten eine auflagenfreie Finanzierungszusage. Die Beklagte forderte die Geschäftsbesorgerin daraufhin mit einem in Fettdruck als "Entscheidung: 1" bezeichneten Fax vom 11. Januar 1996 zur Vorlage der Originalpolice auf. In dem Fax wurde der "Status 1" als "Finanzierung i.O. ohne Auflagen" erläutert. Unter der Rubrik "Fragen / fehlende Unterlagen" war vermerkt: "11.01.96 \*PS\* Finanzierung i.O. Originalpolice bitte noch nachreichen".
- 8 Am 12. Januar 1996 ging der Beklagten eine unter dem 2. Januar 1996 ausgestellte notarielle Ausfertigung der Vollmachtsurkunde vom 18. Dezember 1995 zu. Der Geschäftsbesorgerin war bewusst, dass die Beklagte aufgrund einer internen Anweisung auf der Übermittlung der Vollmachtsausfertigung bestand; die Geschäftsbesorgerin bestand ihrerseits auf der Vorlage des für die Beklagte unterschriebenen Darlehensvertrages.
- 9 Mit Schreiben vom 2. Februar 1996 übersandte die Beklagte dem Kläger eine von ihr gegengezeichnete und mit ihrem Stempelaufdruck vom 31. Januar 1996 versehene Darlehensvertragsurkunde. In einem auf den 27. Dezember 1995 datierten Begleitschreiben hieß es, die Beklagte freue sich, den Darle-

hensnehmern die vereinbarten Darlehen "mit Wirkung vom 27.12.1995 zur Verfügung stellen zu können". Die Darlehen wurden im Jahr 1996 in mehreren Teilbeträgen ausgezahlt.

10 Mit seiner Klage hat der Kläger zuletzt die Feststellung der Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung aus der vollstreckbaren Ausfertigung der Grundschuldbestellungsurkunde verlangt. Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Die Berufung der Beklagten ist ohne Erfolg geblieben. Das Berufungsgesicht hat seine Entscheidung nach § 522 Abs. 2 ZPO, soweit für das Beschwerdeverfahren von Bedeutung, wie folgt begründet:

11 Die Zwangsvollstreckung aus der notariellen Urkunde sei für unzulässig zu erklären, weil die notarielle Unterwerfungserklärung vom 18. Dezember 1995 mangels Vertretungsmacht unwirksam sei. Die der Geschäftsbesorgerin erteilte Vollmacht sei nach § 134 BGB i.V.m. Art. 1 § 1 RBerG nichtig. Der Kläger habe das vollmachtlose Handeln nicht genehmigt. Einer Genehmigung durch den Abschluss einer Änderungsvereinbarung im Jahre 2005 oder weiterer Darlehensverträge im Jahre 2010 stehe entgegen, dass dem Kläger die Unwirksamkeit des Geschäfts nicht bekannt gewesen sei und er damit auch nicht habe rechnen müssen. Mit der Klageerhebung habe der Kläger eine Genehmigung verweigert.

12 Dem Kläger sei es nicht nach § 242 BGB verwehrt, sich auf die Unwirksamkeit der Unterwerfungserklärung zu berufen, da er sich nicht wirksam verpflichtet habe, sich der Zwangsvollstreckung in sein gesamtes Vermögen zu unterwerfen. Auch der Darlehensvertrag mit der Beklagten sei mangels einer Vertretungsmacht der Geschäftsbesorgerin unwirksam. Aus Rechtsscheingehenssichtspunkten (§§ 171 Abs. 1, 172 BGB) folge ebenfalls keine Vertretungsbe-

fugnis, da der Darlehensvertrag bereits vor dem 12. Januar 1996 zustande gekommen sei.

- 13 Die Beklagte habe mit dem Fax vom 11. Januar 1996 die Annahme erklärt. Der Wortlaut der dort mit "Entscheidung" eingeleiteten Erklärungen einer "Finanzierung i.O. ohne Auflagen" sowie einer "Finanzierung i.O. Originalpolice bitte noch nachreichen" sei nach dem objektiven Empfängerhorizont angesichts der Teilvalutierung der Darlehen nicht als Vorabmitteilung zu Informationszwecken, sondern als vorbehaltlose Annahme zu verstehen. Die Geschäftsbesorgerin habe das Schreiben so verstehen müssen, dass sie nunmehr auch ohne Übermittlung der unterschriebenen Vertragsurkunde über die restliche Darlehensvaluta werde verfügen können. Dies zeige auch ein Vergleich mit dem Fax der Beklagten vom 23. Dezember 1995, in dem die Finanzierung noch von der Einreichung von Unterlagen abhängig gemacht worden sei. Die Kenntnis der Geschäftsbesorgerin davon, dass die Beklagte auf einer Übersendung von Vollmachtsausfertigungen vor Vertragsschluss bestanden habe, schließe im Einzelfall eine frühere Annahme nicht aus. Die Mitarbeiter der Beklagten hätten keine Vorstellung davon gehabt, wann ein Darlehensvertrag zustande gekommen sei. Ferner spreche die Einhaltung des Schriftformerfordernisses des § 4 Abs. 1 Satz 1 VerbrKrG aF für einen Annahmewillen. Die von der Beklagten benannten Zeugen für ihre Behauptung, es sei das übereinstimmende Verständnis der Beteiligten gewesen, dass die Fax-Mitteilungen der Beklagten nur deren Bereitschaft zum Vertragsschluss kundgetan hätten, seien mangels hinreichenden Vortrages nicht zu vernehmen. Die nachfolgende Übermittlung der auch von der Beklagten unterschriebenen Darlehensvertragsurkunde am 2. Februar 1996, zu deren Zugang nichts vorgetragen sei, habe lediglich die nach § 4 Abs. 3 VerbrKrG aF erforderliche Aushändigung der Vertragsurkunde an den Kläger dargestellt.

14 Die Revision hat das Berufungsgericht nicht zugelassen. Dagegen richtet sich die Nichtzulassungsbeschwerde der Beklagten.

II.

15 Die Revision ist nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Fall 2 ZPO zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung zuzulassen, weil der angegriffene Beschluss den Anspruch der Beklagten auf rechtliches Gehör aus Art. 103 Abs. 1 GG verletzt (vgl. Senatsbeschlüsse vom 11. Mai 2004 - XI ZB 39/03, BGHZ 159, 135, 139 f., vom 20. Oktober 2015 - XI ZR 532/14, WM 2015, 2279 Rn. 9 und vom 15. März 2016 - XI ZR 208/15, juris Rn. 8). Aus demselben Grund ist der angefochtene Beschluss gemäß § 544 Abs. 7 ZPO aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

16 1. Die Nichtzulassungsbeschwerde beanstandet mit Erfolg, dass das Berufungsgericht auf der Grundlage seiner Feststellungen eine Wirksamkeit der gemäß § 134 BGB i.V.m. Art. 1 § 1 RBerG nichtigen Vollmacht nach Rechtscheingrundsätzen gemäß §§ 171, 172 BGB mit der Begründung verneint hat, dass die von den Darlehensnehmern erteilte notarielle Vollmacht bei Abschluss des Darlehensvertrages nicht - wie erforderlich (st. Rspr., vgl. nur Senatsurteil vom 17. Januar 2012 - XI ZR 457/10, WM 2012, 312 Rn. 17 mwN) - im Original oder in notarieller Ausfertigung vorgelegen habe.

17 Damit hat das Berufungsgericht den Anspruch der Beklagten auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) in entscheidungserheblicher Weise verletzt.

18 a) Art. 103 Abs. 1 GG verpflichtet das Gericht, den Vortrag der Parteien zur Kenntnis zu nehmen und bei seiner Entscheidung in Erwägung zu ziehen.

Ein Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG setzt eine gewisse Evidenz der Gehörsverletzung voraus. Die Nichtberücksichtigung eines erheblichen Beweisangebots verstößt gegen Art. 103 Abs. 1 GG, wenn sie im Prozessrecht keine Stütze mehr findet (BVerfG, WM 2009, 671, 672; BGH, Beschlüsse vom 11. Mai 2010 - VIII ZR 212/07, NJW-RR 2010, 1217 Rn. 10, vom 16. November 2010 - VIII ZR 228/08, juris Rn. 14, vom 21. Februar 2017 - VIII ZR 1/16, WuM 2017, 194 Rn. 10 und vom 25. April 2017 - VIII ZR 217/16, juris Rn. 24). Dies gilt auch dann, wenn die Nichtberücksichtigung eines Beweisangebots darauf beruht, dass das Gericht verfahrensfehlerhaft überspannte Anforderungen an den Vortrag einer Partei gestellt hat (BGH, Beschlüsse vom 21. Februar 2017 - VIII ZR 1/16, aaO und vom 25. April 2017 - VIII ZR 217/16, aaO). Eine solche, nur scheinbar das Parteivorbringen würdigende Verfahrensweise stellt sich als Weigerung des Tatrichters dar, in der nach Art. 103 Abs. 1 GG gebotenen Weise den Parteivortrag zur Kenntnis zu nehmen und sich mit ihm inhaltlich auseinanderzusetzen (BGH, Beschlüsse vom 22. Juni 2009 - II ZR 143/08, ZIP 2009, 1467 Rn. 2 und vom 25. April 2017 - VIII ZR 217/16, aaO). Ein Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG liegt auch vor, wenn die Nichtberücksichtigung eines Beweisangebots auf einer vorweggenommenen tatrichterlichen Beweiswürdigung beruht, also der Beweis nicht erhoben wird, weil das Gericht dem unter Beweis gestellten Vorbringen wegen seiner bereits gewonnenen Überzeugung kein Gewicht mehr beimisst (BGH, Beschlüsse vom 19. Januar 2012 - V ZR 141/11, WuM 2012, 164 Rn. 8 mwN und vom 27. September 2017 - XII ZR 54/16, NJW-RR 2018, 74 Rn. 7).

- 19                    b) Nach diesen Maßstäben ist Art. 103 Abs. 1 GG hier verletzt, denn das Berufungsgericht hat die Anforderungen an die prozessuale Darlegungslast der Beklagten verfehlt, indem es deren erheblichem Beweisangebot zum gemeinsamen Verständnis der Beklagten und der Geschäftsbesorgerin über das Zustandekommen des Darlehensvertrags nicht nachgegangen ist, weil die Beklag-



te nicht schlüssig dargelegt habe, aufgrund welcher Umstände die von der Beklagten angebotenen Zeugen von inneren Tatsachen Kenntnis erlangt hätten und welche Zeugen die Bedeutung der Faxmitteilung vom 11. Januar 1996 konkret besprochen hätten.

20           aa) Im Ergebnis rechtsfehlerfrei ist das Berufungsgericht allerdings davon ausgegangen, dass ein von der Beklagten zu beweisendes gemeinsames Verständnis der am Vertragsschluss Beteiligten, eine Annahmeerklärung liege mangels eines Annahmewillens nicht vor, einem Vertragsschluss entgegenstehen würde. Ein übereinstimmender Wille der an dem Abschluss eines Vertrages beteiligten Parteien geht einem Vertragswortlaut oder einer anderweitigen Auslegung vor (BGH, Urteile vom 27. Oktober 1972 - V ZR 20/71, WM 1972, 1422, 1424 und vom 5. Oktober 1988 - IVb ZR 91/87, NJW 1989, 526, 527). Auch die Frage, ob ein bestimmtes willentliches Verhalten eine Willenserklärung darstellt, ist mittels einer Auslegung nach §§ 133, 157 BGB zu beantworten (BGH, Urteil vom 22. Juni 1956 - I ZR 198/54, BGHZ 21, 102, 106 f.).

21           bb) Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts bedurfte es im Hinblick auf das gemeinsame Verständnis der Beklagten und der Geschäftsbesorgerin über das Zustandekommen des Darlehensvertrags aber keines Vortrages dazu, aus welchem Grund die von der Beklagten benannten Zeugen Kenntnis von einem inneren Vorbehalt der Beklagten und einer hierauf bezogenen Kenntnis der Geschäftsbesorgerin gehabt haben sollen. Aufgrund welcher Umstände ein Zeuge Kenntnis von inneren Tatsachen erlangt hat, ist nur darzulegen, wenn dieser Zeuge über innere Vorgänge bei einer anderen Person vernommen werden soll, die seiner direkten Wahrnehmung naturgemäß entzogen sind. Denn in diesem Falle kann der Zeuge allenfalls Angaben zu äußeren Umständen machen, die einen Rückschluss auf den zu beweisenden inneren Vorgang zulassen (Senatsurteil vom 8. Mai 2012 - XI ZR 262/10, BGHZ 193, 159 Rn. 44).

- 22                So liegt der Fall hier aber nicht. Die fünf von der Beklagten benannten Zeugen - der Leiter der Baufinanzierungsgruppe der Beklagten in A.                , die Sachbearbeiterin, die die Telefaxmitteilungen ausgefüllt und versendet hat, sowie drei für die Geschäftsbesorgerin handelnde Personen - sind zu jeweils ihre eigene Person betreffenden inneren Vorgängen, nämlich zum Fehlen eines Rechtsbindungswillens der Beklagten bzw. zur Kenntnis vom Fehlen eines solchen Willens der Geschäftsbesorgerin, benannt worden.
- 23                cc) Der Nichtberücksichtigung dieses erheblichen Beweisangebots der Beklagten liegt eine vorweggenommene Beweiswürdigung zugrunde. Ob vorliegend ein Wille der für die Beklagte handelnden Personen zum Abschluss eines Darlehensvertrags bestand und inwiefern diese über den Zeitpunkt des Vertragsschlusses nachgedacht haben, kann nicht anhand der durch die Beklagte in anderen Rechtsstreitigkeiten vorgetragenen Rechtsansichten festgestellt werden.
- 24                2. Der angefochtene Beschluss beruht auf dem Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG. Denn es kann nicht ausgeschlossen werden, dass das Gericht bei Berücksichtigung des übergangenen Vorbringens anders entschieden hätte (vgl. BVerfGE 7, 95, 99; 62, 392, 396; 65, 305, 308), weil es nach Vernehmung

der Zeugen zu dem Ergebnis gelangt wäre, dass der Vertragsschluss nicht bereits am 11. Januar 1996 und damit nicht vor dem Zugang der Vollmachtsausfertigung bei der Beklagten am 12. Januar 1996 erfolgt ist.

Ellenberger

Grüneberg

Matthias

Menges

Derstadt

Vorinstanzen:

LG Mainz, Entscheidung vom 09.05.2017 - 6 O 143/14 -

OLG Koblenz, Entscheidung vom 28.06.2018 - 8 U 578/17 -