



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XI ZR 79/04

Verkündet am:
27. September 2005
Weber,
Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 27. September 2005 durch den Vorsitzenden Richter Nobbe, den Richter Dr. Joeres, die Richterin Mayen sowie die Richter Dr. Ellenberger und Prof. Dr. Schmitt

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Kläger wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Thüringer Oberlandesgerichts in Jena vom 17. Februar 2004 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Kläger wenden sich gegen die Zwangsvollstreckung der beklagten Bank aus einer vollstreckbaren notariellen Urkunde, soweit sie hieraus persönlich in Anspruch genommen werden. Dem liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Die Kläger, ein damals 36 Jahre alter Kfz-Schlosser und seine Ehefrau, eine 37 Jahre alte Industriuehrmacherin, wurden im Jahre 1991 von einem Vermittler geworben, zwecks Steuerersparnis eine Eigen-

tumswohnung in einer Studentenappartementsanlage in M. zu erwerben. Zur Durchführung des Erwerbs erteilten sie der H.

Steuerberatungsgesellschaft mbH (im Folgenden: Geschäftsbesorgerin) mit notarieller Urkunde vom 17. Dezember 1991 im Rahmen eines Treuhandvertrages eine umfassende Vollmacht. Die Geschäftsbesorgerin, die über eine Erlaubnis nach dem Rechtsberatungsgesetz nicht verfügte, sollte unter anderem den Kaufvertrag und die Darlehensverträge abschließen sowie zur Bestellung der dinglichen und persönlichen Sicherheiten befugt sein. Der kalkulierte Gesamtaufwand für das Kaufobjekt war mit 136.241 DM ausgewiesen.

Am 27. November 1992/26. Januar 1993 schloss die Geschäftsbesorgerin für die Kläger mit der Beklagten zur Finanzierung des Kaufpreises und der Erwerbsnebenkosten einen Darlehensvertrag über insgesamt 136.240 DM ab, in dem sich die Kläger unter anderem verpflichteten, als Sicherheit eine Grundschuld über 137.000 DM mit dinglicher und persönlicher Zwangsvollstreckungsunterwerfung zu stellen. Am 30. Dezember 1992 schloss die Geschäftsbesorgerin für die Kläger den notariellen Kauf- und Werklieferungsvertrag, übernahm für sie zugunsten der Rechtsvorgängerin der Beklagten (im Folgenden: Beklagte) aus einer Grundschuld einen Teilbetrag von 137.000 DM sowie die persönliche Haftung und unterwarf sie der sofortigen Zwangsvollstreckung in ihr gesamtes Vermögen. Der Darlehensbetrag wurde abzüglich des vereinbarten Disagios auf Anweisung der Geschäftsbesorgerin überwiesen und zur Finanzierung des Erwerbs verwendet.

Nach Ablauf der fünfjährigen Zinsbindungsfrist vereinbarten die Kläger am 29. Juni/6. Juli 1998 persönlich mit der Beklagten einen neuen

Zinssatz sowie eine geringfügig höhere Tilgung. In der als "Darlehensvertrag" bezeichneten Vereinbarung ist unter der Rubrik "Zu stellende Sicherheiten" eine Grundschuld mit persönlicher Haftungsübernahme und Zwangsvollstreckungsunterwerfung über 137.000 DM aufgeführt. Die Kläger haben ihre Zahlungsverpflichtungen aus dem Darlehensverhältnis bis einschließlich Oktober 2000 erfüllt. Nachdem sie ihre Zinsleistungen eingestellt hatten, kündigte die Beklagte die Kredite aus wichtigem Grund und beabsichtigt wegen des noch offenen Darlehensbetrages von 64.075,06 € die Zwangsvollstreckung.

Hiergegen wenden sich die Kläger mit der Vollstreckungsgegenklage. Sie machen ferner geltend, die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung 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 eine etwaige Unwirksamkeit der Vollstreckungsunterwerfung nicht berufen, da sie sich wirksam verpflichtet hätten, ihr einen solchen Titel zu verschaffen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Kläger ist ohne Erfolg geblieben. Mit der - vom Senat zugelassenen - Revision verfolgen die Kläger ihr Begehren weiter.

Entscheidungsgründe:

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

I.

Das Berufungsgericht hat die Zwangsvollstreckung der Beklagten aus der notariellen Urkunde vom 30. Dezember 1992 als zulässig angesehen und dazu im Wesentlichen ausgeführt:

Den Klägern stünden keine materiell-rechtlichen Einwendungen gegen den titulierten Anspruch - das abstrakte Schuldanerkenntnis in Form der persönlichen Schuldübernahme - zu. Zwar seien Treuhandvertrag und in ihm enthaltene Vollmacht wegen Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz nichtig. Das Berufen der Kläger auf die Unwirksamkeit der Vollmacht sei jedoch treuwidrig, da sie sich in dem von ihnen selbst unterzeichneten Darlehensvertrag vom 29. Juni/6. Juli 1998 verpflichtet hätten, ein abstraktes Schuldanerkenntnis als Grundlage für eine Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung abzugeben. Die Kläger könnten sich gegenüber der Beklagten außerdem nicht auf die Unwirksamkeit der Vollmacht hinsichtlich des Abschlusses des Darlehensvertrages berufen. Insoweit könne dahingestellt bleiben, ob eine Wirksamkeit des von der Treuhänderin 1992/93 geschlossenen Darlehensvertrages nicht bereits aus Rechtsscheingesichtspunkten angenommen werden müsse, weil die Beklagte behaupte, ihr habe im Zeitpunkt des Vertragsschlusses eine Ausfertigung der Vollmacht vorgele-

gen. Jedenfalls hätten die Kläger den vollmachtlosen Darlehensvertrag vom 27. November 1992/26. Januar 1993 durch die Vertragsunterzeichnung im Jahre 1998 ausdrücklich genehmigt. Darüber hinaus seien sie aus diesem Grund auch nach Treu und Glauben daran gehindert, sich auf die fehlende Vollmacht zu berufen.

Auch soweit die Kläger mit ihrem Hilfsantrag im Wege einer prozessualen Gestaltungsklage die Unwirksamkeit des Titels, der notariellen Unterwerfungserklärung, geltend machten, sei es ihnen aufgrund des von ihnen im Jahre 1998 persönlich unterzeichneten Darlehensvertrages und der auch dort übernommenen Verpflichtung zur Zwangsvollstreckungsunterwerfung verwehrt, sich auf die Unwirksamkeit der zuvor ohne Vollmacht abgegebenen Erklärungen zu berufen.

II.

Diese Beurteilung hält revisionsrechtlicher Überprüfung nicht stand.

1. Dies gilt zunächst, soweit das Berufungsgericht die Vollstreckungsgegenklage der Kläger für unbegründet erachtet hat. Rechtsgrund des im notariellen Kaufvertrag vom 30. Dezember 1992 von der Geschäftsbesorgerin für die Kläger abgegebenen abstrakten Schuldanerkenntnisses war der Darlehensvertrag von 1992/1993. Rechtsfehlerhaft hat das Berufungsgericht materiell-rechtliche Einwendungen der Kläger gegen einen Anspruch daraus verneint.

a) Zutreffend ist allerdings die Ansicht des Berufungsgerichts, dass die Kläger bei Abschluss des Darlehensvertrages durch die Geschäftsbesorgerin nicht wirksam vertreten worden sind und somit ein Darlehensvertrag mit der Beklagten nicht zustande gekommen ist. Nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bedarf derjenige, der ausschließlich oder hauptsächlich die rechtliche Abwicklung eines Grundstückserwerbs im Rahmen eines Steuersparmodells für den Erwerber besorgt, der Erlaubnis nach Art. 1 § 1 RBerG. Ein - wie hier - ohne diese Erlaubnis abgeschlossener Geschäftsbesorgungsvertrag mit derartig umfassenden Befugnissen ist nichtig. Die Nichtigkeit erfasst nach dem Schutzgedanken des Art. 1 § 1 RBerG in Verbindung mit § 134 BGB auch die der Geschäftsbesorgerin erteilte umfassende Abschlussvollmacht (st.Rspr.; BGHZ 153, 214, 220 f.; Senatsurteile vom 15. März 2005 - XI ZR 135/04, WM 2005, 828, 830 und vom 21. Juni 2005 - XI ZR 88/04, WM 2005, 1520, 1521, jeweils m.w.Nachw. sowie BGH, Urteile vom 8. Oktober 2004 - V ZR 18/04, WM 2004, 2349, 2352 und vom 17. Juni 2005 - V ZR 220/04, WM 2005, 1598 f.).

b) Nach dem in der Revision zugrunde zu legenden Sachverhalt kann die umfassende Vollmacht der Geschäftsbesorgerin auch nicht aus Rechtsscheing Gesichtspunkten gemäß § 172 Abs. 1 BGB gegenüber der Beklagten als wirksam behandelt werden. Wie auch das Berufungsgericht nicht verkennt, sind § 171 und § 172 BGB auch dann anwendbar, wenn die umfassende Bevollmächtigung der Geschäftsbesorgerin unmittelbar gegen Art. 1 § 1 RBerG verstößt und gemäß § 134 BGB nichtig ist (st.Rspr. des Senates, vgl. zuletzt Senatsurteil vom 21. Juni 2005 - XI ZR 88/04, WM 2005, 1520, 1522 sowie BGH, Urteile vom 8. Oktober 2004 - V ZR 18/04, WM 2004, 2349, 2352 und vom 17. Juni 2005 - V ZR

220/04, WM 2005, 1598, 1599). An dieser mittlerweile gefestigten 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. Zivilsenates vom 14. Juni 2004 (II ZR 393/02, WM 2004, 1529, 1531 und II ZR 407/02, WM 2004, 1536, 1538) fest (vgl. auch Senatsurteil vom 15. März 2005 - XI ZR 135/04, WM 2005, 828, 831; ebenso BGH, Urteil vom 17. Juni 2005 - V ZR 78/04, WM 2005, 1764, 1766).

Danach wäre der am 27. November 1992/26. Januar 1993 geschlossene Darlehensvertrag wirksam zustande gekommen, wenn der Beklagten spätestens bei Abschluss entweder das Original oder eine Ausfertigung der notariellen Vollmachtsurkunde vom 17. Dezember 1991 vorlag (zu dieser Voraussetzung BGHZ 102, 60, 63; Senatsurteile vom 9. November 2004 - XI ZR 315/03, WM 2005, 72, 75 und vom 15. März 2005 - XI ZR 135/04, WM 2005, 828, 832 m.w.Nachw.). Jedoch hat das Berufungsgericht - nach seiner Auffassung konsequent - insoweit keine Feststellungen getroffen. In der Revisionsinstanz kann die der Geschäftsbesorgerin erteilte Vollmacht danach nicht gemäß § 172 Abs. 1 BGB gegenüber der Beklagten als wirksam behandelt werden.

c) Damit können die Kläger der Beklagten darüber hinaus entgegenhalten, dass sie die Darlehen nicht empfangen haben. Ein Darlehen gilt zwar auch dann als empfangen, wenn der Kreditgeber es vereinbarungsgemäß an einen Dritten ausgezahlt hat (Senat BGHZ 152, 331, 336 f.; Urteil vom 15. März 2005 - XI ZR 135/04, WM 2005, 828, 833). Im

vorliegenden Fall ist jedoch die der Geschäftsbesorgerin durch die Kläger erteilte Vollmacht der Beklagten gegenüber nach dem in der Revision zugrunde zu legenden Sachverhalt als unwirksam zu behandeln. Die Darlehensvaluta ist deshalb durch die Beklagte aufgrund einer unwirksamen Anweisung der Geschäftsbesorgerin auf ein von dieser eingerichtetes Erwerbersonderkonto und damit nicht an die Kläger, sondern letztlich an andere Beteiligte ausgezahlt worden (vgl. dazu Senatsurteile vom 20. April 2004 - XI ZR 171/03, WM 2004, 1230, 1233, vom 11. Januar 2005 - XI ZR 272/03, WM 2005, 327, 329 und vom 15. März 2005 - XI ZR 135/04, WM 2005, 828, 833).

d) Der durch die vollmachtlose Vertreterin abgeschlossene Darlehensvertrag ist entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht durch die persönliche Unterzeichnung der Vereinbarung vom 29. Juni/6. Juli 1998 von den Klägern genehmigt (§§ 177 Abs. 1, 184 Abs. 1 BGB) und damit nachträglich wirksam geworden.

aa) Eine Genehmigung scheidet allerdings nicht schon daran, dass die Vereinbarung von 1998 - wie die Revisionserwiderung meint - einen neuen, selbständigen Darlehensvertrag darstellt, der an die Stelle des Vertrages von 1992 getreten ist und eine eigenständige schuldrechtliche Verpflichtung der Kläger begründete. Aufgrund des Vertrages von 1998 ist den Klägern weder ein neues Kapitalnutzungsrecht eingeräumt noch eine Darlehensvaluta ausgezahlt oder in Novation der Darlehensschuld vom 27. November 1992/26. Januar 1993 zur Verfügung gestellt worden. Vielmehr handelte es sich aus Sicht beider Parteien lediglich um eine Vereinbarung, durch die das am 27. November 1992/26. Januar 1993 begründete Darlehensvertragsverhältnis nach Ablauf der Zinsbindungs-

frist mit angepassten Konditionen fortgeführt wurde. Denn im Jahre 1998 war erst ein kurzer Zeitraum des 1992/1993 mit einer Laufzeit von 28 bzw. 27 Jahren geschlossenen Darlehensvertrages verstrichen. Der Ablauf der Zinsfestschreibungsfrist von fünf Jahren beendete nach dem Willen der Parteien das Darlehensvertragsverhältnis nicht, sondern es ging lediglich darum, die Bedingungen für die weitere Laufzeit festzulegen. Dem entsprechend wurden in der Vereinbarung vom 29. Juni/6. Juli 1998 alle wesentlichen Konditionen des ursprünglichen Darlehensvertrages fortgeschrieben und nur die Zins- und Ratenhöhe angepasst. Außerdem blieben Filialkontonummer und Unterkontonummern für die jeweiligen Darlehen unverändert. Schließlich hat die Beklagte in ihrem Schreiben vom 6. Juli 1998, mit dem sie den von ihr unterschriebenen Darlehensvertrag an die Kläger zurücksandte, ausdrücklich bestätigt, dass sie die ursprünglichen Darlehen weiterführe.

bb) Rechtsfehlerhaft ist aber die Ansicht des Berufungsgerichts, die Kläger hätten den vollmachtlosen Darlehensvertrag von 1992/1993 durch die Unterzeichnung der Vereinbarung im Jahre 1998 gemäß § 184 Abs. 1 BGB ausdrücklich genehmigt. Die vom Berufungsgericht vorgenommene Auslegung des Formularvertrages, in den die neuen Darlehenskonditionen eingefügt worden sind, ist mit dem Wortlaut und dem Sinn und Zweck des Vertrages unvereinbar. In der Vereinbarung von 1998 ist an keiner Stelle auch nur sinngemäß davon die Rede, der Darlehensvertrag von 1992/1993 werde genehmigt. Dies aber wäre für eine ausdrückliche Genehmigung, bei der sich die Frage ihrer Deutung nicht stellt (BGHZ 47, 341, 352), erforderlich. Die im Jahre 1998 geschlossene Vereinbarung hatte auch nicht den Sinn, dem alten Darlehensvertrag rückwirkend zur Wirksamkeit zu verhelfen, sondern sollte die Darlehens-

konditionen, wie bereits dargelegt, für die künftige Laufzeit des Vertrages den veränderten Verhältnissen anpassen. Dabei gingen die Parteien ohne weiteres davon aus, die Darlehensvaluta sei bereits aufgrund des Vertrages von 1992/1993 wirksam an die Kläger ausgezahlt worden.

cc) Auch eine konkludente Genehmigung des Darlehensvertrages von 1992/1993 durch die Vereinbarung von 1998 liegt - wie das Berufungsgericht zutreffend erkannt hat - nicht vor.

(1) Eine solche Genehmigung kann in einer rechtsgeschäftlichen Willenserklärung enthalten sein, aber auch in schlüssigem Verhalten ohne Erklärungsbewusstsein liegen. Voraussetzung ist in jedem Falle, dass aus der maßgeblichen Sicht des Erklärungsempfängers der Genehmigende die Unwirksamkeit kennt oder zumindest mit ihr rechnet und dass in seiner Erklärung oder seinem Verhalten der Ausdruck des Willens zu sehen ist, das bisher als unverbindlich angesehene Geschäft verbindlich zu machen. Fehlt ein Erklärungsbewusstsein des Betroffenen, so muss hinzukommen, dass er bei pflichtgemäßer Sorgfalt gemäß § 276 BGB hätte erkennen und vermeiden können, dass seine Äußerung nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte als Willenserklärung aufgefasst werden durfte, und der Empfänger sie auch tatsächlich so verstanden hat (Senatsurteile vom 22. Oktober 1996 - XI ZR 249/95, WM 1996, 2230, 2232, vom 14. Mai 2002 - XI ZR 155/01, WM 2002, 1273, 1275, vom 29. April 2003 - XI ZR 201/02, WM 2004, 21, 24 und vom 16. September 2003 - XI ZR 74/02, BKR 2003, 942, 944).

(2) Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor. Nichts spricht dafür, dass die Kläger bei Abschluss der Vereinbarung im Jahre 1998 die

Unwirksamkeit des Darlehensvertrages von 1992/1993 gekannt oder zumindest damit gerechnet hätten. Vor dem Jahre 2000 gab es in der höchstrichterlichen Rechtsprechung keine Anhaltspunkte dafür, dass umfassende Geschäftsbesorgungsverträge mit entsprechenden Vollmachten zum kreditfinanzierten Erwerb von Eigentumswohnungen wegen Verstoßes gegen Art. 1 § 1 RBerG i.V. mit § 134 BGB nichtig sein könnten. Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat deshalb sogar bei einem Notar, der im Dezember 1993 ein Angebot zum Abschluss eines solchen Geschäftsbesorgungsvertrages beurkundet hat, angenommen, er habe die Nichtigkeit nicht erkennen müssen (BGHZ 145, 265, 275). Dass die Kläger die Vereinbarung von 1998 nach eigenem Bekunden in dem Bewusstsein unterzeichnet haben, mit hoher Wahrscheinlichkeit beim Erwerb der Eigentumswohnung übervorteilt worden zu sein, lässt nicht darauf schließen, sie hätten mit der Unwirksamkeit von Vollmacht und Darlehensvertrag gerechnet. Die Bedenken der Kläger bezogen sich auf den Kaufvertrag über die Eigentumswohnung, nicht auf den Darlehensvertrag.

Auch in den vorbehaltlosen Zahlungen der vereinbarten Zins- und Tilgungsraten durch die Kläger in den Jahren 1993 bis Oktober 2000 liegt keine konkludente Genehmigung des Darlehensvertrages von 1992/1993. Da auch die Beklagte jedenfalls damals von der Wirksamkeit dieses Vertrages ausgehen musste und ausgegangen ist, konnte sie in dem vertragsgemäßen Verhalten der Kläger keine Erklärung sehen, den bisher schwebend unwirksamen Darlehensvertrag verbindlich zu machen.

e) Zu Unrecht macht die Revision geltend, dass die Kläger der Beklagten darüber hinaus auch Schadensersatzansprüche aus Verschulden bei Vertragsschluss gegen die Verkäuferin der Eigentumswohnung im Wege des Einwendungsdurchgriffs nach § 9 Abs. 3 VerbrKrG entsprechend den vom II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs aufgestellten Grundsätzen entgegenhalten können. Die vom II. Zivilsenat in Fällen strukturvertriebener Beteiligungen an einem Immobilienfonds ergangene Rechtsprechung beruht auf der Annahme, dass Darlehensvertrag und Anteilserwerb aufgrund der Eingliederung der kreditgebenden Bank in die Vertriebsorganisation regelmäßig ein verbundenes Geschäft im Sinne des § 9 VerbrKrG darstellen (siehe dazu BGH, Urteil vom 21. März 2005 - II ZR 411/02, WM 2005, 843, 844 m.w.Nachw.). Diese Voraussetzung ist aber nach langjähriger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (siehe z.B. Senat, Urteile vom 9. November 2004 - XI ZR 315/03, WM 2005, 72, 73 m.w.Nachw. und vom 21. Juni 2005 - XI ZR 88/04, WM 2005, 1520, 1523) bei einem finanzierten Grundstücksgeschäft wie dem vorliegenden im Anwendungsbereich des § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG ausnahmslos nicht gegeben. Eine Vorlage an den Großen Senat für Zivilsachen nach § 132 Abs. 2 oder 4 GVG kommt entgegen der Ansicht der Revision nicht in Betracht. Der Senat weicht nicht von tragenden Gründen einer Entscheidung des II. Zivilsenates ab.

f) Dem Berufungsgericht kann weiterhin nicht gefolgt werden, soweit es meint, dass es den Klägern nach dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) verwehrt sei, sich auf die Unwirksamkeit des Darlehensvertrages von 1992/1993 zu berufen.

aa) Allerdings scheidet der Einwand der Treuwidrigkeit entgegen der Ansicht der Revision nicht schon daran, dass die Kläger nach der Rechtsprechung des II. Zivilsenates des Bundesgerichtshofs im Jahre 1998 die Kreditsumme ohnehin nicht hätten zurückzahlen müssen, da sie der Beklagten gemäß § 9 Abs. 3 VerbrKrG Schadensersatzansprüche gegen die Verkäufer der Eigentumswohnung hätten entgegenhalten können. Dies ist, wie unter 1. d) dargelegt, nicht der Fall.

bb) Rechtsfehlerhaft hat das Berufungsgericht jedoch angenommen, dass den Klägern der Einwand der Unwirksamkeit des Darlehensvertrages von 1992/1993 nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) verwehrt sei, weil sie durch die Unterzeichnung der Vereinbarung von 1998 zum Ausdruck gebracht hätten, dass sie an den Rechtsfolgen des vollmachtlos geschlossenen Darlehensvertrages festhalten wollen.

(1) Wie dargelegt war weder den Klägern noch der Beklagten bei Abschluss der Vereinbarung im Jahre 1998 die schwebende Unwirksamkeit des Darlehensvertrages von 1992/1993 bewusst. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts kann das Verhalten der Kläger deshalb nicht dahingehend interpretiert werden, dass sie sich an den Rechtsfolgen des schwebend unwirksamen Darlehensvertrages festhalten lassen wollten. Die Unterzeichnung der Vereinbarung im Jahre 1998 durch die Kläger erfolgte vielmehr, um der Verpflichtung zur sofortigen Rückzahlung des Darlehens von 1992/1993 zu entgehen, zu der sie, wie dargelegt, ohne Vorlage einer Ausfertigung der notariellen Vollmacht der Geschäftsbesorgerin bei Abschluss des Darlehensvertrages nicht verpflichtet waren. Von einem treuwidrigen widersprüchlichen Verhalten der Kläger kann danach keine Rede sein. Wollte man dies anders sehen, würde das Feh-

len einer konkludenten Genehmigung mit Hilfe von Treu und Glauben überspielt und, ohne dass besondere Umstände vorlägen, die Kläger einseitig belastet, obwohl beide Parteien in gleicher Weise über die Wirksamkeit des Darlehensvertrages von 1992/1993 irrten und Art. 1 § 1 RBerG gerade die Kläger schützen will.

(2) Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem von der Revisi-
onserwiderung zitierten Urteil des Senates vom 29. April 2003 (XI ZR
201/02, WM 2004, 21, 24). Dieser Entscheidung lag ein Sachverhalt
zugrunde, bei dem wenige Tage nach Unterzeichnung eines Zwischenfi-
nanzierungskreditvertrages durch die Geschäftsbesorgerin auf Wunsch
der Bank dieser vom Darlehensnehmer noch persönlich unterschrieben
wurde. Darin wurde unter anderem festgelegt, dass die endgültigen Kon-
ditionen zwischen den Parteien zu einem späteren Zeitpunkt vereinbart
werden sollten. Der endgültige Kreditvertrag wurde dann nur von der Ge-
schäftsbesorgerin aufgrund der - unwirksamen - Vollmacht unterzeichnet.
Anders als im vorliegenden Fall lag also bereits zu Beginn der Ge-
schäftsbeziehung ein wirksamer, weil von dem Darlehensnehmer persön-
lich unterzeichneter, Zwischenkreditvertrag vor. Aus der maßgebenden
Sicht der beklagten Bank konnte es deshalb nicht zweifelhaft sein, dass
der Darlehensnehmer damit zugleich die rechtliche Grundlage für die ins
Auge gefasste endgültige Kreditgewährung schaffen wollte. Angesichts
dessen stellte sich die fehlende Bereitschaft, sich an den endgültigen
Kreditkonditionen festhalten zu lassen, anders als hier unter dem Ge-
sichtspunkt widersprüchlichen Verhaltens als ein Verstoß gegen den
Grundsatz von Treu und Glauben dar.

2. Da somit davon auszugehen ist, dass der Darlehensvertrag von 1992/1993 unwirksam ist, hält das Berufungsurteil rechtlicher Überprüfung auch insoweit nicht stand, als das Berufungsgericht die gegen die Wirksamkeit des Vollstreckungstitels gerichtete prozessuale Gestaltungsklage der Kläger analog § 767 ZPO für unbegründet erachtet hat.

a) Da sich die Nichtigkeit der umfassenden Abschlussvollmacht gemäß Art. 1 § 1 RBerG i.V. mit § 134 BGB auch auf die der Geschäftsbesorgerin erteilte Prozessvollmacht erstreckt, deren Nichtigkeit mit Hilfe der §§ 171, 172 BGB nicht überwunden werden kann (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 15. März 2005 - XI ZR 135/04, WM 2005, 828, 830 und vom 21. Juni 2005 - XI ZR 88/04, WM 2005, 1520, 1521, jeweils m.w.Nachw.), sind die Kläger bei Abgabe der Vollstreckungsunterwerfungserklärung in der notariellen Urkunde vom 30. Dezember 1992 von der Geschäftsbesorgerin nicht wirksam vertreten worden. Damit ist ein wirksamer Vollstreckungstitel nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO nicht entstanden.

b) Dem Berufungsgericht kann nicht darin gefolgt werden, soweit es meint, dass es den Klägern wegen der Unterzeichnung der Vereinbarung von 1998 nach dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) verwehrt sei, sich gegenüber der Beklagten auf die Nichtigkeit der Vollstreckungsunterwerfung zu berufen.

aa) Zutreffend hat das Berufungsgericht allerdings entgegen der Revision die im Darlehensvertrag von 1992/1993 enthaltene Sicherstellungsklausel "Fällige Grundschuld mit dinglicher und persönlicher

Zwangsvollstreckungsunterwerfung über DM 137.000" sowie die entsprechende Formulierung in der Vereinbarung von 1998 als Verpflichtung der Kläger gedeutet, ein Schuldanerkennnis im Sinne von § 780 BGB in Höhe des Grundschuldbetrages abzugeben und sich insoweit der Zwangsvollstreckung in ihr gesamtes Vermögen zu unterwerfen. Diese Auslegung wird durch den Wortlaut der Vertragsklauseln ohne weiteres gedeckt und entspricht der bei derartigen Bankgeschäften schon seit Jahrzehnten üblichen, von der höchstrichterlichen Rechtsprechung gebilligten Praxis (siehe z.B. BGHZ 99, 274, 282; Senatsurteile BGHZ 114, 9, 13; vom 5. April 2005 - XI ZR 167/04, WM 2005, 1076, 1078 und vom 21. Juni 2005 - XI ZR 88/04, WM 2005, 1520, 1521 m.w.Nachw.).

bb) Muss der Darlehensnehmer nach dem Inhalt des Darlehensvertrages ein derartiges selbständiges Schuldversprechen mit einer Vollstreckungsunterwerfungserklärung als die Grundschuld verstärkende Sicherheit abgeben, ist es ihm jedoch nur dann nach dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) verwehrt, sich auf die Nichtigkeit der Vollstreckungsunterwerfung zu berufen, wenn er an den Kreditvertrag gebunden und zur Rückzahlung der Darlehensvaluta verpflichtet ist (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 15. März 2005 - XI ZR 135/04, WM 2005, 828, 830 und vom 21. Juni 2005 - XI ZR 88/04, WM 2005, 1520, 1521 f., jeweils m.w.Nachw.). Dass dies nach dem in der Revision zugrunde zu legenden Sachverhalt hinsichtlich des Darlehensvertrages von 1992/1993 auch unter Berücksichtigung der persönlichen Unterzeichnung der Vereinbarung durch die Kläger am 29. Juni 1998 nicht der Fall ist und ein Darlehensrückzahlungsanspruch schon

mangels wirksamer Auszahlung der Darlehensvaluta an die Kläger nicht besteht, wurde bereits dargelegt (oben 1). Fehlt danach eine wirksame Verpflichtung für die Abgabe der Vollstreckungsunterwerfungserklärung, kann den Klägern nicht der Vorwurf widersprüchlichen Verhaltens gemacht werden, wenn sie sich auf die Nichtigkeit der Vollstreckungsunterwerfung selbst berufen.

III.

Damit das Berufungsgericht die notwendige Beweisaufnahme zur Vorlage einer Ausfertigung der notariellen Vollmachtsurkunde beim Abschluss des Darlehensvertrages vom 27. November 1992/26. Januar 1993 vornehmen kann, war das angefochtene Urteil aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO) und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

Nobbe

Joeres

Mayen

Ellenberger

Schmitt