



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

XI ZR 468/07

Verkündet am:  
11. November 2008  
Herrwerth,  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

---

BGB § 167, HGB §§ 128, 130, ZPO § 97 Abs. 2

- a) Ein Treugeber, der nicht selbst Gesellschafter einer Personengesellschaft wird, sondern für den ein Gesellschafter den Geschäftsanteil treuhänderisch hält, haftet für Gesellschaftsschulden nicht analog §§ 128, 130 HGB persönlich.
- b) Zur Auslegung der in einem formularmäßigen Zeichnungsschein enthaltenen Vollmacht.
- c) § 97 Abs. 2 ZPO findet bei Erfolg einer im zweiten Rechtszug erhobenen sachdienlichen Widerklage, die keine Auswirkung auf den Ausgang des Klageverfahrens hat und die auf dieselben Gesichtspunkte gestützt wird, die zur Abweisung der Klage geführt haben, keine Anwendung.

BGH, Urteil vom 11. November 2008 - XI ZR 468/07 - OLG Karlsruhe  
LG Mannheim

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 11. November 2008 durch den Vorsitzenden Richter Dr. h.c. Nobbe, den Richter Dr. Joeres, die Richterin Mayen und die Richter Dr. Ellenberger und Dr. Matthias

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des 17. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 4. September 2007 wird zurückgewiesen.

Auf die Anschlussrevision des Beklagten wird das vorgenannte Urteil im Kostenpunkt aufgehoben, soweit dort über die Kosten des Berufungsverfahrens entschieden worden ist. Insoweit wird das Urteil abgeändert und die Kosten des Berufungsverfahrens werden insgesamt der Klägerin auferlegt.

Die Kosten des Revisionsverfahrens hat ebenfalls die Klägerin zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die klagende Bank und der Beklagte streiten im Zusammenhang mit dessen Beteiligung an einem Immobilienfonds über Verpflichtungen aus Darlehensverträgen.
  
- 2 Der Beklagte, ein damals 37 Jahre alter Kaufmann, wurde 1992 von einer Vertriebsgesellschaft geworben, sich zur Steuerersparnis über die J. -Treuhand Steuerberatungsgesellschaft mbH (im Folgenden: Treuhänderin) an dem in Form einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts betriebenen "... fonds ..." (im Folgenden: GbR) zu beteiligen. Gegenstand der GbR, zu deren Gründungsgesellschaftern u.a. die Treuhänderin gehörte, war die Errichtung und Vermietung des Büro- und Geschäftshauses "E. " in D. .
  
- 3 Der Beklagte unterzeichnete am 24. August 1992 einen mit "Auftrag und Vollmacht" überschriebenen formularmäßigen Zeichnungsschein, mit dem er die Treuhänderin, die keine Erlaubnis nach dem Rechtsberatungsgesetz besaß, beauftragte, für ihn den wirtschaftlichen Beitritt zu der GbR mit einer Einlage von 200.000 DM, zu erbringen aus 20% Eigenkapital und 80% Fremdkapital, zu bewirken. Er bot ihr den Abschluss eines dem Fondsprospekt beigefügten Treuhandvertrages an, bevollmächtigte sie, die erforderlichen Zwischen- und Endfinanzierungskredite aufzunehmen und verpflichtete sich, eine dem Treuhandvertrag beigefügte umfassende Vollmacht beglaubigen zu lassen. Ausweislich des Zeichnungsscheins wünschte er die Tilgung über eine Kapitallebensversicherung und alle Leistungen wie prospektiert. Nach dem Inhalt des Treuhandvertrages sollte der Treuhänder seine Gesellschaftsbeteiligung

für die Treugeber im Außenverhältnis als einheitlichen Gesellschaftsanteil halten und nach außen im eigenen Namen auftreten, im Innenverhältnis aber ausschließlich im Auftrage und für Rechnung des Treugebers handeln. Der Beteiligungs-Gesellschaftsvertrag sah in § 1 Ziff. 7 vor, dass die Treugeber im Innenverhältnis als Gesellschafter behandelt werden sollten. Gemäß Nr. 2. 5. a) des Treuhandvertrages i.V. mit § 4 b) ee) des Beteiligungs-Gesellschaftsvertrages wurde der Treuhänder beauftragt und bevollmächtigt, zur Sicherung der Darlehensforderungen der Bank die Rechte und Ansprüche aus bestehenden Lebensversicherungen des Gesellschafters, soweit diese zur Tilgung verwendet wurden, in vollem Umfange an die finanzierende Bank abzutreten.

4 Die Treuhänderin nahm das Angebot des Beklagten an und teilte ihm am 2. September 1992 mit, er sei nun "wirtschaftlich Gesellschafter" des Fonds, seine Beteiligung an der Fondsgesellschaft werde treuhänderisch gehalten. Am 16. September 1992 ließ der Beklagte eine entsprechende umfassende Vollmacht notariell beglaubigen.

5 Nach Fertigstellung des Fondsobjekts schloss die Treuhänderin namens der GbR am 15./20. Dezember 1993 mit der Rechtsvorgängerin der Klägerin (im Folgenden: Klägerin) sechs Darlehensverträge zu unterschiedlichen Konditionen über insgesamt 50.840.900 DM. Als Sicherheit dienten u.a. eine Grundschuld über 51.045.000 DM auf dem Fondsgrundstück sowie abgetretene Ansprüche aus Kapitallebensversicherungen der Gesellschafter. Die Treuhänderin trat am 20. Dezember 1993 in Vertretung des Beklagten dessen Ansprüche aus einer Kapitallebensversicherung bis zur Höhe von 118.800 DM ab. Der Beklagte leistete zwischen dem 1. September 2000 und dem 31. Dezember 2005 insgesamt

15.004,80 € Zinsen an die Klägerin, die die Zinszahlungen aufgrund der ihr erteilten Einzugsermächtigung direkt vom Konto des Beklagten abbuchen ließ. Danach stellte der Beklagte seine Zahlungen ein.

- 6 Die Klage der Klägerin auf rückständige Zinsraten von insgesamt 5.779,50 € zuzüglich Zinsen ist in den Vorinstanzen erfolglos geblieben. Der mit Anschlussberufung des Beklagten erhobenen Widerklage auf Rückzahlung gezahlter Zinsen in Höhe von 15.004,80 € nebst Zinsen sowie auf Feststellung, dass der Beklagte aus den Darlehensverträgen nicht zur Zahlung verpflichtet und dass die Abtretung seiner Ansprüche aus der Kapitallebensversicherung unwirksam sei, hat das Berufungsgericht bis auf einen Betrag von 636,46 € stattgegeben, hat dem Beklagten jedoch die Kosten des Berufungsrechtszugs hinsichtlich seiner Widerklage nach § 97 Abs. 2 ZPO auferlegt. Mit der - vom Berufungsgericht zugelassenen - Revision verfolgt die Klägerin ihr Klagebegehren weiter und erstrebt die Abweisung der Widerklage, soweit diese Erfolg gehabt hat. Mit seiner Anschlussrevision wendet sich der Beklagte dagegen, dass das Berufungsgericht ihm die Kosten des Berufungsrechtszugs zu 5/6 auferlegt hat und beantragt, die Kosten der Berufungsinstanz insgesamt der Klägerin aufzuerlegen.

Entscheidungsgründe:

- 7 Die Revision der Klägerin ist unbegründet, die Anschlussrevision des Beklagten ist begründet.

I.

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

9                    Der Klägerin stehe gegen den Beklagten kein Anspruch aus den Darlehensverträgen vom 15./20. Dezember 1993 zu, weil nicht der Beklagte, sondern die GbR Darlehensnehmer sei. Eine Haftung des Beklagten ergebe sich auch nicht aus § 128 HGB analog, da er nicht Gesellschafter der GbR im Rechtssinne geworden sei, sondern nur deren wirtschaftlicher Gesellschafter. Im Außenverhältnis habe allein die Treuhänderin berechtigt und verpflichtet sein sollen, über die sich der Beklagte wirtschaftlich an der GbR beteiligt habe. Bei einer nur wirtschaftlichen Beteiligung über einen Treuhänder komme eine gesellschaftsrechtliche Haftung der Treugeber nicht in Betracht. Die Interessen aller seien hierbei gewahrt, weil der Treugeber in einem solchen Fall den Treuhänder nach Maßgabe des Treuhandvertrages im Innenverhältnis von seinen Haftungsverpflichtungen freizustellen habe. Der Konstruktion einer selbständigen Außenhaftung des mittelbaren Gesellschafters bedürfe es daher nicht.

10                    Da der Beklagte mithin nicht aus den Darlehensverträgen verpflichtet sei, sei seine diesbezügliche negative Feststellungswiderklage begründet. Auch verlange er zu Recht die Rückzahlung der an die Klägerin bezahlten Zinsen, soweit dieser Anspruch noch nicht verjährt sei, da es an einem Rechtsgrund für die an die Klägerin erbrachten Zinszahlungen fehle. Die Abtretung der Rechte aus der Lebensversicherung sei nicht wirksam gewesen, da die Treuhänderin insoweit

ohne Vollmacht gehandelt habe. Die in dem Treuhandvertrag enthaltene umfassende Vollmacht sei wegen Verstoßes gegen Art. 1 § 1 RBerG unwirksam und der Zeichnungsschein habe keine Vollmacht zur Abtretung der Ansprüche aus der Lebensversicherung enthalten. Das diesbezügliche Rückgewährverlangen des Beklagten sei auch nicht treuwidrig, weil die Klägerin von ihm die Stellung dieser Sicherheit nicht habe verlangen können, da er weder Darlehensnehmer noch aus dem Gesichtspunkt der gesellschaftsrechtlichen Haftung gemäß § 128 HGB analog zur Stellung der Sicherheit verpflichtet gewesen sei.

11            Dem Beklagten seien jedoch trotz überwiegenden Obsiegens die Kosten hinsichtlich seiner Widerklage insgesamt aufzuerlegen, weil über seinen Widerklageantrag mit Rücksicht darauf, dass sich der Beklagte vor dem Landgericht prozessordnungswidrig nicht habe anwaltlich vertreten lassen, erst in der Berufungsinstanz habe befunden werden können.

## II.

12            1. Revision der Klägerin

13            Die Revision der Klägerin hat keinen Erfolg.

14            a) Die Ausführungen, mit denen das Berufungsgericht eine Verpflichtung des Beklagten zur Zahlung von Darlehenszinsen verneint hat, halten rechtlicher Prüfung stand.

- 15           aa) Zu Recht und mit zutreffender Begründung hat das Berufungsgericht den formularmäßigen Darlehensverträgen entnommen, dass sie von der Klägerin allein mit der GbR, nicht aber mit den einzelnen Anlegern abgeschlossen worden waren. Dies hat der erkennende Senat bereits mit Beschluss vom 17. April 2007 (XI ZR 9/06, zitiert nach juris, Tz. 4 ff.), der dieselbe GbR betraf und dem die gleichen Vertragsformulare zugrunde lagen, entschieden und im Einzelnen begründet. Hiergegen wendet sich die Revision zu Recht nicht.
- 16           bb) Sie beruft sich jedoch unter Hinweis auf das auch vom Berufungsgericht zitierte Urteil des Oberlandesgerichts Schleswig (WM 2007, 1516) darauf, entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts sei eine persönliche Haftung des Beklagten für die Darlehensverbindlichkeit der GbR zu bejahen, weil er nach dem Inhalt des Beteiligungs-Gesellschaftsvertrages im Innenverhältnis als Gesellschafter mit allen Rechten und Pflichten habe behandelt werden sollen. Hiermit lässt sich eine persönliche Haftung des Beklagten aber nicht begründen.
- 17           (1) Nach inzwischen gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ist eine Fonds-GbR rechtsfähig mit der Folge, dass sich die persönliche Haftung ihrer Gesellschafter für die Gesellschaftsverbindlichkeiten aus den für die OHG und KG analog geltenden Vorschriften der §§ 128 ff. HGB ergibt (BGHZ 146, 341, 358; zuvor schon BGHZ 142, 315, 321; siehe auch Senatsurteil vom 26. Juni 2007 - XI ZR 287/05, WM 2007, 1648, 1650, Tz. 23).

18           (2) Mit der Frage, ob auch ein Treugeber, der selbst nicht Gesellschafter der Personengesellschaft wird, sondern für den ein Gesellschafter den Geschäftsanteil treuhänderisch hält, nach denselben Grundsätzen für die Gesellschaftsschulden persönlich einstehen muss, war der Bundesgerichtshof noch nicht befasst. In der gesellschaftsrechtlichen Literatur wird sie von der herrschenden Ansicht verneint (Baumbach/Hopt, HGB 33. Aufl. § 105 Rdn. 34; MünchKomm HGB/K. Schmidt, vor § 230 Rdn. 60; ders., Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., S. 1830, 1831; Weipert ZHR 157 (1993), 513, 515; Tebben ZGR 2001, 586, 612, 613; Wiesner, Festschrift Ulmer, 2003, S. 673, 677 ff.; Armbrüster, Die treuhänderische Beteiligung an Personengesellschaften, 2001, S. 420 ff. m.w.Nachw.; im Ergebnis auch Henssler AcP 196 (1996) 37, 81 ff.; Fleck EWiR 1991, 801 f.). Dagegen vertritt ein anderer Teil des Schrifttums die Auffassung, dass sich ein Treugeber, der erkennbar gesellschafts- und organisationsrechtlich in die Personengesellschaft eingebunden ist, konsequenterweise auch haftungsrechtlich wie ein "echter" Gesellschafter behandeln lassen muss (Staub/Ulmer, Großkomm. HGB 4. Aufl. § 105 Rdn. 102 und § 106 Rdn. 17, für die OHG bzw. KG; Schiemann, Festschrift Zöllner, 1998, Bd. I, S. 503, 511; wohl auch Kübler, Gesellschaftsrecht, S. 290; ähnlich Zacher DStR 1996, 1813, 1817 f., der allerdings nur eine unmittelbare Einlagenhaftung des Treugebers für möglich hält; vgl. auch Medicus EWiR 2008, 277, 278).

19           (3) Der erkennende Senat schließt sich der herrschenden Meinung an.

20           Allerdings ist seit langem anerkannt, dass dem Treugeber im Gesellschaftsvertrag der Personengesellschaft unmittelbare Rechte und

Ansprüche zugebilligt werden können (vgl. BGHZ 10, 44, 49; BGH, Urteil vom 23. Juni 2003 - II ZR 46/02, WM 2003, 1614). Der Treugeber kann auf diese Art und Weise die Stellung eines "Quasi-Gesellschafters" erhalten mit unmittelbarem Stimmrecht, mit Teilnahmerecht an der Gesellschafterversammlung und mit Einsichts-, Informations- und Kontrollrechten. Eine solche Gestaltung der Treugeberstellung, wie sie vor allem bei Publikumsgesellschaften der vorliegenden Art verwendet wird, führt zu einer Einbeziehung des Anlegers in den Gesellschaftsverband und geht dadurch über die übliche schuldrechtliche Beziehung zum Treuhänder deutlich hinaus (Staub/Ulmer aaO § 105 Rdn. 106; MünchKommBGB/Ulmer, 4. Aufl. § 705 Rdn. 93).

21 Für die Statuierung einer persönlichen Außenhaftung des so genannten "qualifizierten Treugebers" entsprechend den Regeln der §§ 128, 130 HGB fehlt jedoch die notwendige gesetzliche Grundlage. Zwar mag sich seine Rechtsposition innerhalb der Gesellschaft im Ergebnis nicht wesentlich von der eines "echten" Gesellschafters unterscheiden. Durch die weitreichenden Macht- und Kontrollbefugnisse wird er aber nicht zum Vollgesellschafter, sondern lediglich in das Innenverhältnis unter den Gesellschaftern einbezogen. Die persönliche Haftung des Personengesellschafters für die Gesellschaftsschulden beruht indes auf dem Außenverhältnis. Die gesetzliche Haftungsverfassung der §§ 128, 130 HGB setzt daher zwingend eine "wirkliche" Gesellschafterstellung voraus (Baumbach/Hopt aaO; Tebben aaO S. 612; Weipert aaO S. 515; Fleck aaO S. 801).

22 Für eine doppelt analoge Anwendung der §§ 128, 130 HGB auf einen Treugeber-Gesellschafter fehlt es schon an einer ausfüllungsbe-

dürftigen Regelungslücke, da der Treuhänder-Gesellschafter Gesellschaftsgläubigern nach § 128 HGB analog haftet. Überdies gibt es keinen überzeugenden Grund, Gesellschaftsgläubigern wie der Klägerin das Privileg einzuräumen, nicht nur den Treuhänder-Gesellschafter, sondern daneben auch noch den Treugeber-Gesellschafter unmittelbar persönlich in Anspruch nehmen zu können. Eine völlige haftungsrechtliche Gleichstellung des Treugebers mit einem "wirklichen" Gesellschafter kann nicht etwa auf eine Korrelation zwischen Einwirkungsmacht und Haftung oder zwischen wirtschaftlichem Interesse an der Gesellschaftsbeteiligung und Haftung gestützt werden (dazu eingehend Armbrüster aaO S. 199 ff. und S. 209 ff. m.w.Nachw.). Nicht einmal die absolute Beherrschung einer Personengesellschaft durch einen ihrer Gesellschafter stellt für sich genommen einen Haftungsgrund dar (BGHZ 45, 204, 206).

23            Wie die Revisionserwiderung zu Recht geltend macht, führt der Umstand, dass die vorliegende Treuhand "offen" ausgestaltet ist, zu keiner anderen rechtlichen Beurteilung. Mit einem Scheingesellschafter, der nach allgemeinen Rechtsscheinsgesichtspunkten für die Gesellschaftsschulden persönlich einstehen muss, ist der Treugeber-Gesellschafter nicht zu vergleichen (aA Schiemann aaO S. 511). Dadurch, dass er nach außen erkennbar in den Gesellschaftsverband eingebunden ist, geriert er sich aus der Sicht eines rational handelnden Gesellschaftsgläubigers nicht wie ein "echter" Gesellschafter. Auch der Beklagte hat das nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht getan.

24            Zudem besteht - worauf das Berufungsgericht zu Recht hingewiesen hat - für eine Erstreckung der strengen Haftungsregeln der §§ 128, 130 HGB auf den Treugeber-Gesellschafter im Wege

höchstrichterlicher Rechtsfortbildung kein Bedürfnis. Denn abgesehen davon, dass es insoweit normalerweise keine schutzwürdigen Erwartungen auf Seiten der Gesellschaftsgläubiger gibt, können sie mittelbar auf das Vermögen des Treugebers zurückgreifen, indem sie den für die Gesellschaftsschuld persönlich haftenden Treuhänder in Anspruch nehmen und aus einem Titel gegebenenfalls in dessen Anspruch aus §§ 675, 670 BGB gegen den Treugeber vollstrecken (Tebben aaO S. 612, 613). Überdies ist es dem Gesellschaftsgläubiger aufgrund der schuldrechtlichen Verpflichtungsfreiheit unbenommen, mit dem Treugeber-Gesellschafter etwa eine der "wirtschaftlichen" Beteiligung entsprechende Mithaftungsübernahme zu vereinbaren.

- 25 (4) Haftet der Beklagte nach alledem weder als Darlehensnehmer unmittelbar aus dem Darlehensvertrag noch in analoger Anwendung der §§ 128, 130 HGB als mittelbarer Gesellschafter der GbR, so ist die auf Zahlung von Zins- und Tilgungsleistungen gerichtete Klage unbegründet und die negative Feststellungswiderklage des Beklagten, dass er aus den Darlehensverträgen nicht zur Zahlung verpflichtet ist, begründet.
- 26 b) Das Berufungsurteil ist aus Rechtsgründen auch nicht zu beanstanden, soweit das Berufungsgericht der auf Rückzahlung geleisteter Zinsraten gerichteten Widerklage des Beklagten aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB stattgegeben und einen Bereicherungsanspruch des Beklagten bejaht hat.
- 27 aa) Aus mehreren Gründen erfolglos bleibt der hiergegen gerichtete Einwand der Revision, es fehle an einer Leistungsbeziehung zwischen dem Beklagten und der Klägerin, da der Beklagte seine Zahlungen auf

ein Konto der Treuhänderin zur sukzessiven Ablösung des Darlehens, das die Fondsgesellschaft bei der Klägerin zur Vorfinanzierung der Einlageschuld des Beklagten aufgenommen habe, erbracht habe, mit der Folge, dass die Zahlungen nicht an die Klägerin, sondern an die GbR geleistet worden seien.

28

(1) Hiermit setzt sich die Revision über die bindenden Feststellungen des Berufungsgerichts hinweg und steht zudem in Widerspruch zu dem eigenen früheren Vorbringen der Klägerin. Das Berufungsgericht hat im unstreitigen Teil des Tatbestandes festgestellt, der Beklagte habe mittels Einzugsermächtigung an die Klägerin gezahlt. Ferner hat es festgestellt, die Klägerin habe die Zinszahlungen aufgrund der erteilten Einzugsermächtigung direkt vom Konto des Beklagten eingezogen. Diese Feststellung ist nach § 559 Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit §§ 314, 525 ZPO für den Senat bindend. Der Versuch der Revision, sie unter Hinweis auf den Inhalt der Schriftsätze in Frage zu stellen, kann aus mehreren Gründen keinen Erfolg haben. Zum Einen ist grundsätzlich bei einem Widerspruch zwischen dem Inhalt der in Bezug genommenen Schriftsätze und dem im Tatbestand wiedergegebenen Parteivorbringen letzteres maßgeblich (BGHZ 140, 335, 339; 144, 370, 377 f., jeweils m.w.Nachw.). Zum Anderen geht - worauf die Revisionserwiderung zutreffend hinweist - aus dem von der Klägerin in Bezug genommenen Vorbringen nicht hervor, dass die Zinsraten über ein Konto der Treuhänderin an die Klägerin geflossen wären. Danach wurde nur der Eigenkapitalanteil auf ein Konto der Treuhänderin bei der Klägerin einbezahlt, während die Zinsraten aufgrund einer der Klägerin erteilten Einzugsermächtigung von dieser unmittelbar vom Konto des Beklagten eingezogen wurden.

29 (2) Ungeachtet dessen kann die Revision eine zwischen den Parteien dieses Rechtsstreits bestehende Leistungsbeziehung auch deshalb nicht mit Erfolg in Abrede stellen, weil der Beklagte nach den tatrichterlichen Feststellungen des Berufungsgerichts mit seinen Zinszahlungen an die Klägerin auf seine vermeintlich bestehende Darlehensschuld Leistungen erbracht hat. Die Zahlungen stellten sich daher aus der maßgeblichen Sicht der Klägerin als Empfängerin (vgl. BGHZ 137, 89, 95 m.w.Nachw.) nicht als Zahlungen dar, die der Beklagte auf seine Einlagenschuld gegenüber der Fondsgesellschaft erbrachte. Gegen diese tatrichterliche Feststellung ist aus Rechtsgründen nichts zu erinnern. Die Revisionserwiderung weist zu Recht darauf hin, dass sich die Klägerin selbst in den Vorinstanzen darauf berufen hat, der Beklagte sei Darlehensnehmer geworden und habe im Hinblick hierauf Zinszahlungen an sie erbracht.

30 bb) Anders als die Revision meint, ist der Anspruch des Beklagten auf Rückzahlung der Zinsen auch nicht mit der von der Klägerin ausgezahlten Darlehensvaluta zu saldieren. Wie dargelegt, hat der Beklagte nach den Feststellungen des Berufungsgerichts seine Zinszahlungen unmittelbar an die Klägerin auf seine vermeintlich bestehende Darlehensschuld erbracht. Darlehensschuldnerin ist jedoch in Wahrheit die Fondsgesellschaft, für deren Darlehensschuld der Beklagte - wie oben ausgeführt - als mittelbarer Gesellschafter nicht persönlich haftet. Der Klägerin steht daher kein Anspruch gegen den Beklagten zu, den sie gegenüber seinem Rückzahlungsanspruch zur Verrechnung stellen könnte. Dass die Treuhänderin oder die Fondsgesellschaft Rechte an die Klägerin abgetreten haben, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Soweit

sie sich nunmehr darauf beruft, sie habe als Dritte auf die Einlageschuld des Beklagten geleistet (§ 267 Abs. 1 BGB), steht dies in Widerspruch zu ihrem eigenen Vorbringen, die Valuta aufgrund der vermeintlich mit dem Beklagten geschlossenen Darlehensverträge an die Fonds-GbR ausgezahlt zu haben. Als Leistung eines Dritten - hier des Beklagten - könnte diese Zahlung nur angesehen werden, wenn die Klägerin bei objektiver Betrachtung aus der Sicht der GbR als der Zuwendungsempfängerin mit Fremdtilgungswillen gehandelt hätte (vgl. Senat, BGHZ 152, 307, 313 und Urteil vom 8. April 2003 - XI ZR 423/01, BGHR BGB § 267 Abs. 1 Fremdtilgungswille 2 m.w.Nachw.). Dies hat das Berufungsgericht aber nicht festgestellt, ohne dass ihm insoweit ein Rechtsfehler unterlaufen wäre. Schon aus diesem Grund bleibt auch der von der Revision in der mündlichen Verhandlung angesprochene Anspruch aus einer Geschäftsführung ohne Auftrag ohne Erfolg.

31 cc) Der Bereicherungsanspruch des Beklagten ist entgegen der Auffassung der Revision auch nicht um etwa erzielte Steuervorteile zu kürzen. Die von dem Beklagten aufgrund der Fondsbeteiligung mutmaßlich erlangten Steuervorteile mindern den Rückzahlungsanspruch nicht. Anders als die Rückabwicklung eines nach § 1 HWiG widerrufenen Darlehensvertrages, der mit einem finanzierten Fondsanteilserwerb ein verbundenes Geschäft bildet (vgl. hierzu Senat, BGHZ 172, 147, 153 ff., Tz. 23 ff.), bei der der Darlehensnehmer die Rückzahlung seiner auf den Darlehensvertrag erbrachten Leistungen Zug-um-Zug gegen Abtretung des Fondsanteils verlangen kann, führt das Nichtzustandekommen der Darlehensverträge zwischen dem Beklagten und der Klägerin nicht zu einer Rückabwicklung der Fondsbeteiligung. Daher sind ihm die aus

dieser Kapitalanlage resultierenden Vorteile, d.h. die Fondsausschüttungen und Steuervorteile, zu belassen (vgl. Senatsurteile vom 23. September 2008 - XI ZR 262/07, Tz. 33 und XI ZR 263/07, Tz. 29).

32 c) Entgegen der Auffassung der Revision erweist sich das Berufungsurteil auch als rechtsfehlerfrei, soweit das Berufungsgericht die Abtretung der Rechte aus der Lebensversicherung für unwirksam erachtet hat, weil der Beklagte hierbei von der Treuhänderin mangels Vollmacht nicht wirksam vertreten worden sei.

33 aa) Zu Recht hat das Berufungsgericht - von der Revision nicht angegriffen - ausgeführt, dass die in dem Treuhandvertrag enthaltene umfassende Vollmacht wegen Verstoßes gegen Art. 1 § 1 RBerG i.V. mit § 134 BGB nichtig ist. Nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes bedarf derjenige, der ausschließlich oder hauptsächlich die rechtliche Abwicklung eines Grundstückserwerbs oder Fondsbeitritts im Rahmen eines Steuersparmodells besorgt, der Erlaubnis nach Art. 1 § 1 RBerG. Ein - wie hier - ohne diese Erlaubnis abgeschlossener Treuhand- bzw. Geschäftsbesorgungsvertrag, der so umfassende rechtliche Befugnisse und Pflichten des Auftragnehmers enthält, ist daher nichtig, wobei die Nichtigkeit nach dem Schutzgedanken des Art. 1 § 1 RBerG i.V. mit § 134 BGB auch die dem Treuhänder/Geschäftsbesorger erteilte umfassende Vollmacht erfasst (st.Rspr., BGHZ 145, 265, 269 ff.; 159, 294, 299; 167, 223, 227, Tz. 12; Senatsurteile vom 5. Dezember 2006 - XI ZR 341/05, WM 2007, 440, 441, Tz. 14, vom 27. Februar 2007 - XI ZR 56/06, WM 2007, 731, 732, Tz. 15, vom 4. Dezember 2007 - XI ZR 227/06, WM 2008, 244, 245, Tz. 15, für BGHZ 174, 334 vorgesehen, und

vom 26. Februar 2008 - XI ZR 74/06, WM 2008, 683, 686, Tz. 26 m.w.Nachw.).

34           bb) Entgegen der Auffassung der Revision ist auch nichts dagegen zu erinnern, dass das Berufungsgericht dem formularmäßigen Zeichnungsschein eine Vollmacht zur Abtretung der Rechte aus der Lebensversicherung nicht hat entnehmen können. Eine ausdrückliche Vollmacht zur sicherungshalben Abtretung der Rechte aus der Lebensversicherung enthält der Zeichnungsschein nicht. Nach seinem Wortlaut berechtigt die darin erteilte Vollmacht nur zur Aufnahme der Zwischen- und Endfinanzierungskredite, zu Konteneröffnungen sowie zu Verfügungen über Eigen- und Fremdmittel, nicht aber zur Bestellung von Sicherheiten. Soweit der Beklagte auf dem Formular angekreuzt hat, die Tilgung über eine Kapitallebensversicherung zu wünschen, macht auch die Revision nicht geltend, dies beinhalte eine Vollmacht zur sicherungshalben Abtretung der Rechte aus einer Kapitallebensversicherung. Sie meint jedoch, eine solche Vollmacht ergebe sich bei ergänzender Berücksichtigung der Regelungen des Prospekts, nach welchen in Fällen der Tilgung über eine Kapitallebensversicherung eine Abtretung der Lebensversicherung zu Sicherungswecken vorgesehen sei. Diese müssten zur Auslegung des Zeichnungsscheins mit herangezogen werden, da der Beklagte ausweislich des Zeichnungsscheins alle Leistungen wie prospektiert gewünscht habe.

35           Zu einer solchen erweiternden Auslegung der in dem Zeichnungsschein enthaltenen Vollmacht über ihren Wortlaut hinaus hat sich das Berufungsgericht aber zu Recht nicht veranlasst gesehen. Der Umstand, dass der erkennende Senat in vergleichbaren Fällen, in denen die um-

fassende Treuhändervollmacht wegen Verstoßes gegen Art. 1 § 1 RBerG unwirksam war, angenommen hat, der formularmäßige Zeichnungsschein könne bereits eine Singularvollmacht zum Abschluss der Finanzierungsdarlehen enthalten, die nicht gegen das Rechtsberatungsgesetz verstößt, beruhte erklärtermaßen darauf, dass die Vollmacht in dem Zeichnungsschein nicht den Abschluss eines ganzen Bündels von Verträgen mit mannigfaltigem rechtlichen Beratungsbedarf zum Gegenstand hatte, sondern sich vielmehr auf die Erklärung des Beitritts zur Fondsgesellschaft und auf die Aufnahme der Finanzierungsdarlehen beschränkte (vgl. etwa BGHZ 167, 223, 228, Tz. 15 und Senatsurteil vom 10. Oktober 2006 - XI ZR 265/05, WM 2007, 108, 110, Tz. 20). Diesem Gesichtspunkt wäre bei einer Auslegung der in den Zeichnungsscheinen enthaltenen begrenzten Vollmachten über ihren Wortlaut hinaus auf weitere im Zusammenhang mit dem Beitritt zur Fondsgesellschaft und der Aufnahme der Finanzierungsdarlehen stehende Handlungen des Treuhänders nicht Rechnung getragen.

36 Auch der Sinn der im Zeichnungsschein enthaltenen Finanzierungsvollmacht, der Treuhänderin bereits vor Abschluss des Treuhandvertrags die Möglichkeit zu geben, den Fondsbeitritt zu erklären und Finanzierungsverträge zu schließen, um Steuervorteile noch rechtzeitig sichern zu können, erfordert eine erweiternde Auslegung nicht. Da die Treuhänderin den Darlehensvertrag in Vollmacht des Treugebers abschließen und diesen darin wirksam zur Stellung der üblicherweise geforderten Sicherheiten verpflichten kann, steht der Darlehensgeberin im Falle eines wirksamen Darlehensvertrags ein Anspruch auf Stellung der Sicherheit durch den Darlehensnehmer zu. Ist die Sicherheit - sei es auch aufgrund unwirksamer Vollmacht - von der Treuhänderin gemäß

den Verpflichtungen des Darlehensvertrags gestellt worden, so ist es dem Darlehensnehmer nach § 242 BGB verwehrt, diese Sicherheit zurückzufordern, da er zu ihrer Stellung verpflichtet ist. Im Streitfall scheidet letzteres - wie das Berufungsgericht zutreffend gesehen hat - allerdings aus, da der Beklagte, wie oben dargelegt, nicht Darlehensnehmer geworden und damit auch insgesamt nicht aus dem Darlehensvertrag verpflichtet ist. Vielmehr ist, da er für die Darlehensschuld der GbR nicht persönlich haftet, der mit der Klägerin getroffenen Tilgungs- und Besicherungsvereinbarung die Grundlage entzogen mit der Folge, dass die Rechte aus der Kapitallebensversicherung entsprechend zurückzuübertragen sind.

37                    2. Anschlussrevision des Beklagten

38                    Die Anschlussrevision des Beklagten ist begründet. Das Berufungsgericht hat zu Unrecht die Kosten des Berufungsverfahrens, soweit sie die Widerklage betreffen, dem im Wesentlichen obsiegenden Beklagten auferlegt. Zwar trifft es zu, dass nach § 97 Abs. 2 ZPO einer obsiegenden Partei die Kosten des Rechtsmittelverfahrens aufzuerlegen sind, wenn sie aufgrund eines neuen Vorbringens obsiegt, das sie in einem früheren Rechtszug geltend zu machen imstande war. Richtig ist auch, dass neues Vorbringen in diesem Sinn nicht nur tatsächliches neues Vorbringen und neue Angriffs- und Verteidigungsmittel sind. Vielmehr können auch neue Klageanträge, etwa ein neuer Hilfsantrag (BGH, Urteil vom 5. Februar 1993 -V ZR 62/91, JZ 1993, 1112, 1114, insoweit in BGHZ 121, 248 ff. nicht abgedruckt) oder eine Klageänderung (OLG Karlsruhe JurBüro 1993, 619), neues Vorbringen in diesem Sinn sein.

- 39            Ob auch eine erst im Rechtsmittelzug zulässigerweise erhobene Widerklage zur Anwendung des § 97 Abs. 2 ZPO führen kann, erscheint zweifelhaft, da eine Anwendung des § 97 Abs. 2 ZPO in einem solchen Fall dem Sinn und Zweck des § 533 ZPO zuwiderliefe. Danach ist eine Widerklage aus prozessökonomischen Gründen auch im Rechtsmittelzug zuzulassen, wenn sie sachdienlich erscheint und auf Tatsachen gestützt wird, die das Rechtsmittelgericht nach § 529 ZPO seiner Entscheidung ohnehin zugrundelegen hätte. Ob gleichwohl eine Anwendung des § 97 Abs. 2 ZPO gerechtfertigt ist, mit der mangelnde Sorgfalt in der Prozessführung sanktioniert werden soll (vgl. BGH, Urteil vom 2. März 2005 - VIII ZR 174/04, WM 2005, 948, 950; Musielak/Wolst aaO § 97 Rdn. 1; MünchKommZPO/Giebel, 3. Aufl. § 97 Rdn. 16; Stein/Jonas/Bork, ZPO 22. Aufl. § 97 Rdn. 10), ist fraglich, kann aber dahinstehen.
- 40            Jedenfalls in einer Fallkonstellation wie der vorliegenden ist es nicht gerechtfertigt, § 97 Abs. 2 ZPO anzuwenden. Voraussetzung dafür ist, dass es gerade das neue Vorbringen ist, das den Ausgang des Prozesses bestimmt. Wenn feststeht, dass das neue Vorbringen keine Auswirkung auf das Obsiegen und Unterliegen der Parteien des Rechtsstreits hat, scheidet eine Anwendung des § 97 Abs. 2 ZPO aus (vgl. BGH, Urteil vom 2. März 2005 aaO).
- 41            So ist es hier, da es hinsichtlich der Klage ohne Rücksicht auf die im zweiten Rechtszug erhobene Widerklage bei dem Ergebnis des ersten Rechtszugs bleibt und der Beklagte seine Widerklage auf dieselben Gesichtspunkte gestützt hat, die im ersten Rechtszug bereits zur Abweisung der Klage geführt haben. Mit der Widerklage macht der Beklagte geltend,

nicht Partei des Darlehensvertrages geworden zu sein, und obsiegt mit diesem Vorbringen aus denselben Gründen, aus denen zuvor die Klage abgewiesen worden war. Wie die Anschlussrevision zu Recht geltend macht, hätte sich - sofern der Beklagte seine Widerklage bereits in erster Instanz erhoben hätte - gegenüber der im Berufungsrechtzug erhobenen Widerklage im Ergebnis kein Unterschied ergeben; die Widerklage wäre dann lediglich nicht auf die Anschlussberufung des Beklagten Gegenstand des Berufungsverfahrens geworden, sondern auf die Berufung der auch insoweit unterlegenen Klägerin hin.

42 Die vom Berufungsgericht für richtig gehaltene Kostenentscheidung führt überdies zu dem widersinnigen Ergebnis, dass der Beklagte, um der Belastung mit den Kosten der aus prozessökonomischen Gründen sinnvollen, sachdienlichen Widerklage zu entgehen, von der Widerklage absehen und insoweit einen neuen Prozess anstrengen müsste, in dem er in einem Fall wie dem vorliegenden ohne Weiteres obsiegen würde und keine Kosten zu tragen hätte.

### III.

43 Die Revision der Klägerin war danach zurückzuweisen und auf die Anschlussrevision des Beklagten die Kostenentscheidung betreffend das Berufungsverfahren, die der Senat selbst treffen konnte, abzuändern.

Die Kostenentscheidung beruht insoweit auf §§ 97 Abs. 1, 92 Abs. 2 ZPO, da die Zuvielforderung des Beklagten geringfügig ist und keine höheren Kosten veranlasst hat.

Nobbe

Joeres

Mayen

Ellenberger

Matthias

Vorinstanzen:

LG Mannheim, Entscheidung vom 25.01.2006 - 5 O 79/05 -

OLG Karlsruhe, Entscheidung vom 04.09.2007 - 17 U 34/06 -