



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XI ZR 198/11

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

in dem Rechtsstreit

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 17. Juli 2012 durch den Vorsitzenden Richter Wiechers, die Richter Dr. Joeres, Dr. Ellenberger und Dr. Matthias sowie die Richterin Dr. Menges

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des 23. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 23. März 2011 wird zurückgewiesen.

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 23. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 23. März 2011 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als darin zum Nachteil der Beklagten erkannt worden ist.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Parteien streiten über wechselseitige Ansprüche im Zusammenhang mit einem Darlehensvertrag zum Erwerb eines Studentenappartements.
- 2 Der damals 30 Jahre alte Kläger wurde im Jahr 1991 von einem Anlagevermittler geworben, eine Eigentumswohnung in einer noch zu errichtenden

Appartementanlage in M. zu kaufen. Hierfür unterzeichnete er am 4. Dezember 1991 einen Vermittlungsauftrag. Das Auftragsformular des Vermittlers und das von diesem verwendete Berechnungsbeispiel weisen eine an den Vermittler zu zahlende Bearbeitungsgebühr in Höhe von 3% des kalkulierten Gesamtaufwandes zuzüglich Umsatzsteuer aus. In den auf der Rückseite des Vermittlungsauftrags abgedruckten Allgemeinen Geschäftsbedingungen heißt es unter "IV. Vergütung, Provision" unter anderem:

"Der Vermittler hat in der Regel einen Vergütungsanspruch gegenüber den vorgenannten Prospektanbietern, Beteiligungs- oder Vertriebsgesellschaften auf der Grundlage der mit diesen abgeschlossenen Verträgen."

- 3 Der dem Kläger übergebene Verkaufsprospekt enthält den Hinweis, dass zu den "im kalkulierten Gesamtaufwand" enthaltenen Kosten u.a. "Marketing und Vertriebskosten" gehören. In der nachfolgenden Kalkulation des Gesamtaufwandes wird angegeben, dass vom Gesamtaufwand 12% auf den Grundstückskaufpreis sowie 62,17% auf "Bau- u. Baunebenkosten inkl. Objektaufbereitung u. Marketing" entfallen. In die Bau- und Baunebenkosten waren Vertriebsprovisionen in Höhe von 18,4% brutto des Gesamtaufwands eingepreist. Außerdem enthält der Prospekt folgenden Hinweis:

"Provisionen an eingeschaltete Vermittler sind von verschiedenen Vertragspartnern einschließlich des Generalübernehmers sowie des Grundstücksverkäufers - nicht jedoch vom Steuerberater und vom Treuhänder - aufgrund von zwischen diesen und Vermittlern abgeschlossenen Verträgen zu bezahlen. Diese sind in den jeweiligen Aufwendungen kalkuliert und vom Investor nicht zusätzlich zu entrichten."

- 4 Zwecks Durchführung des Immobilienerwerbs bot der Kläger mit notarieller Urkunde vom 4. Dezember 1991 einer Steuerberatungsgesellschaft (nachfolgend: Treuhänderin), die nicht über eine Erlaubnis nach dem Rechtsberatungsgesetz verfügte, den Abschluss eines umfassenden Treuhandvertrages an und erteilte ihr eine ebensolche Vollmacht. Die Treuhänderin nahm das Ange-

bot an. Zur Finanzierung des Gesamtaufwands von 128.280 DM trug die Treuhänderin am 20. Dezember 1991 namens des Klägers einer Rechtsvorgängerin der Beklagten (im Folgenden: Beklagte) den Abschluss eines Zwischenkreditvertrages an, der von der Beklagten unter dem 27. Dezember 1991 gegengezeichnet wurde. Am selben Tage eröffnete die Treuhänderin bei der Beklagten für den Kläger ein Abwicklungskonto. Ob der Beklagten bereits an diesem Tag die mit Schreiben der Anlagevermittlerin vom 23. Dezember 1991 übersandte Ausfertigung der Vollmachtsurkunde vorlag, ist zwischen den Parteien streitig.

5 Am 31. März 1992 schloss die Treuhänderin namens des Klägers einen notariellen "Kaufvertrag, Gesellschaftsvertrag, Generalübernehmer-Vertrag" über das 20,47 m² große Appartement zu einem Grundstückskaufpreis 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 gesichert waren. Zur Umschuldung dieser Verbindlichkeiten schloss der Kläger persönlich mit der Beklagten im Jahre 1997 einen weiteren Darlehensvertrag.

6 Der Kläger erbrachte auf den Endfinanzierungsvertrag Zins- und Tilgungsleistungen sowie ein Disagio in Höhe von insgesamt 18.905,71 €, bevor er im November 2006 seine Zahlungen einstellte. Die Beklagte kündigte daraufhin mit Schreiben vom 28. Februar 2007 den Darlehensvertrag und ließ die Eigentumswohnung zwangsversteigern.

7 Mit der Klage begehrt der Kläger die Erstattung seiner Zins- und Tilgungszahlungen sowie des Disagios nebst Zinsen. Außerdem begehrt er die

Feststellung, dass er der Beklagten aus dem Zwischenfinanzierungskredit und dem Endfinanzierungsdarlehen zu keinem Zeitpunkt verpflichtet war und dass ihm die Beklagte alle durch die Inanspruchnahme aus den Darlehen und die Verwertung von Sicherheiten entstandenen oder noch entstehenden Schäden zu ersetzen hat. Er ist der Ansicht, dass der Zwischenfinanzierungskreditvertrag nicht wirksam zustande gekommen sei und seine Zahlungen bzw. die Erlösauskehr daher ohne Rechtsgrund erfolgt seien. Ihm stünden deshalb bereicherungsrechtliche Ansprüche aus der Zwischenfinanzierung zu, mit denen er gegen die Forderung der Beklagten aus der Endfinanzierung die Aufrechnung erklärt hat. Daneben stehe ihm ein Schadensersatzanspruch zu, weil er über die Höhe der im Preis des Apartments enthaltenen Innenprovision sowie die Höhe des nachhaltig erzielbaren Mietzinses arglistig getäuscht worden sei.

- 8 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das Berufungsgericht festgestellt, dass der Kläger der Beklagten aus dem Zwischenfinanzierungskredit über 128.280 DM und aus dem Endfinanzierungsvertrag über 19.242 DM zu keinem Zeitpunkt sowie aus dem Endfinanzierungsdarlehen über 109.038 DM zum 30. September 1992 nur in Höhe von 12.392,71 DM verpflichtet war. Die weitergehende Berufung des Klägers hat das Berufungsgericht zurückgewiesen. Mit ihrer - vom Berufungsgericht zugelassenen - Revision erstrebt die Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils, während der Kläger mit seiner - gleichfalls vom Berufungsgericht zugelassenen - Revision sein Klagebegehren in vollem Umfang weiterverfolgt.

Entscheidungsgründe:

9 Die Revision des Klägers ist unbegründet und daher zurückzuweisen. Die Revision der Beklagten hingegen ist begründet; sie führt zur teilweisen Aufhebung des angefochtenen Urteils und insoweit zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

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

11 Dem Kläger stehe der geltend gemachte Bereicherungsanspruch auf Rückzahlung der von ihm erbrachten Zins- und Tilgungsleistungen sowie des Disagios nicht zu. Der Zwischenfinanzierungsvertrag sei nach Rechtsscheingespunkten als wirksam zustande gekommen anzusehen. Die Vollmacht der Treuhänderin sei zwar wegen Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz nichtig. Der Kläger habe jedoch den ihm als Bereicherungsgläubiger obliegenden Nachweis nicht erbringen können, dass der Beklagten bei der Unterzeichnung des Zwischenfinanzierungsvertrages am 27. Dezember 1991 keine Ausfertigung der Vollmachtsurkunde vorgelegen habe, da sich nicht mehr feststellen lasse, wann die mit Schreiben vom 23. Dezember 1991 übermittelte Ausfertigung der Treuhandvollmacht bei der Beklagten eingegangen sei.

12 Der negative Feststellungsantrag des Klägers hingegen sei wegen der insoweit gegenteiligen Beweislastverteilung teilweise begründet. Soweit der Zwischenfinanzierungsauftrag als unwirksam anzusehen und der Kläger der Beklagten deshalb aus diesem Vertrag nicht verpflichtet gewesen sei, habe er

wirksam mit bereicherungsrechtlichen Ansprüchen gegen die Forderung der Beklagten aus der Endfinanzierung aufgerechnet.

- 13 Die Beklagte habe den - im Rahmen der negativen Feststellungsklage - ihr obliegenden Nachweis nicht erbracht, dass ihr beim Abschluss des Zwischenfinanzierungsvertrages eine Ausfertigung der Treuhandvollmacht vorgelegen habe. Dies sei zwar bei der Unterzeichnung des Endfinanzierungsvertrages der Fall gewesen. Entscheidend sei jedoch, dass zuvor die Einrichtung des Treuhandkontos durch die Treuhänderin nicht wirksam erfolgt und deren Auszahlungsanweisungen dem Kläger nicht zuzurechnen seien. Dieser habe somit durch die Auszahlung der Zwischenfinanzierungsvaluta nichts erlangt, so dass der Beklagten aufgrund der Aufrechnung des Klägers mit Bereicherungsansprüchen aus dem Zwischenfinanzierungsvertrag Zins- oder Rückzahlungsansprüche aus dem Endfinanzierungsvertrag nur teilweise zustünden und die diesbezüglichen Zins- und Tilgungsleistungen des Klägers teilweise ohne Rechtsgrund erfolgt seien.
- 14 Der Zwischenfinanzierungsvertrag sei auch nicht erst mit Zugang beim Kläger wirksam geworden. Da der Vertragsinhalt bereits in früheren Verhandlungen mit einem Strukturvertrieb ohne Beteiligung des Klägers festgelegt worden sei, sei davon auszugehen, dass der Vertrag mit Angebotsannahme durch Unterschriftsleistung der Beklagten habe wirksam werden sollen, während der Kläger auf den Zugang der Annahmeerklärung verzichtet habe, der nach der Verkehrssitte bei Verträgen dieser Art ohnehin nicht ausschlaggebend sei.
- 15 Schadensersatzansprüche stünden dem Kläger nicht zu, da die Beklagte keine Aufklärungspflichten verletzt habe. Insbesondere sei das Appartement nicht sittenwidrig übersteuert gewesen. Der Kläger sei auch nicht durch Dritte arglistig über die Höhe der zu zahlenden Innenprovision getäuscht worden.

Durch die Prospektangabe, wonach 62,17% des Gesamtaufwandes für "Bau- u. Baunebenkosten inkl. Objektaufbereitung u. Marketing" zu zahlen seien, sowie durch die weiteren Hinweise im Prospekt, im Vermittlungsauftrag und in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Vermittlers sei einem verständigen Leser verdeutlicht worden, dass die für den Vertrieb der Appartements anfallenden Kosten in den Kaufpreis eingerechnet seien. Die vom Kunden direkt an den Vermittler zu zahlende Außenprovision von 3% zuzüglich Mehrwertsteuer enthalte keine Aussage über etwaige Innenprovisionen. Soweit sich der Kläger schließlich auf eine arglistige Täuschung über die erzielbare Miete berufen habe, habe er über Jahre hinweg die Garantiemiete in Höhe von 16,50 DM/m² erhalten. Auch sei er im Prospekt darauf hingewiesen worden, dass der erzielbare Mietzins nach Ablauf des fünfjährigen Garantiezeitraumes höher, aber auch niedriger liegen könne.

II.

A. Revision des Klägers

16 Die Revision des Klägers hat keinen Erfolg. Sie wendet sich allein dagegen, dass das Berufungsgericht einen Schadensersatzanspruch des Klägers aus einem vorvertraglichen Aufklärungsver schulden der Beklagten wegen einer arglistigen Täuschung des Klägers über die Vertriebsprovision sowie die erzielbare Miete verneint hat. Damit vermag sie nicht durchzudringen.

17 1. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist eine nicht beratende, sondern lediglich kreditgebende Bank bei steuersparenden Bauherren-, Bauträger- und Erwerbmodellen zur Risiko aufklärung über das finanzierte Anlagegeschäft nur unter ganz besonderen Voraussetzungen ver-

pflichtet. Das ist etwa der Fall, wenn die Bank in Bezug auf spezielle Risiken des zu finanzierenden Vorhabens gegenüber dem Darlehensnehmer einen konkreten Wissensvorsprung hat und dies auch erkennen kann (st. Rspr. zuletzt Senatsurteil vom 5. Juni 2012 - XI ZR 175/11, WM 2012, 1389 Rn. 21 mwN). Ein solcher aufklärungspflichtiger Wissensvorsprung liegt etwa vor, wenn die Bank positive Kenntnis davon hat, dass der Kreditnehmer von seinem Geschäftspartner oder durch den Fondsprospekt über das finanzierte Geschäft gemäß § 123 BGB arglistig getäuscht wurde (vgl. nur Senatsurteil vom 5. Juni 2012 - XI ZR 175/11, WM 2012, 1389 Rn. 23 mwN).

- 18 2. a) Auf eine im Kaufpreis enthaltene und an den Vertrieb gezahlte "versteckte Innenprovision" muss das den Immobilienerwerb finanzierende Kreditinstitut, mit dem - wie hier - kein Anlageberatungsvertrag geschlossen wurde, den Darlehensnehmer von sich aus nicht hinweisen (st. Rspr., zuletzt Senatsurteil vom 5. Juni 2012 - XI ZR 175/11, WM 2012, 1389 Rn. 22 mwN). Dies gilt schon deshalb, weil die Veräußerung einer Immobilie zu einem übersteuerten Kaufpreis nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs selbst für den Verkäufer nicht ohne weiteres einen zur Aufklärung verpflichtenden Umstand darstellt. Der Käufer hat nämlich grundsätzlich keinen Anspruch auf einen Erwerb des Objekts zu dessen Verkehrswert. Es bleibt vielmehr den Vertragsparteien bis an die Grenzen der Sittenwidrigkeit und des Wuchers überlassen, welchen Kaufpreis sie vereinbaren. Das gilt umso mehr, als jeder Verkaufspreis über dem reinen Verkehrswert liegende Gewinnanteile und Vertriebskosten enthalten kann und grundsätzlich keine Verpflichtung des Verkäufers, und schon gar nicht der finanzierenden Bank, besteht, dem Käufer ungefragt eine nähere Aufschlüsselung des Kaufpreises der Immobilie zu geben und den darin enthaltenen Provisionsanteil offen zu legen. Etwas anderes gilt erst dann, wenn es zu einer so wesentlichen Verschiebung der Relation zwischen Kaufpreis und Verkehrswert kommt, dass die Bank von einer sittenwidrigen Übervorteilung des

Käufers durch den Verkäufer ausgehen muss (st. Rspr., zuletzt Senatsurteil vom 5. Juni 2012 - XI ZR 175/11, WM 2012, 1389 Rn. 22 mwN). Letzteres hat das Berufungsgericht hier nicht festgestellt. Dagegen erhebt die Revision keine Einwendungen und bestehen auch sonst keine Bedenken.

19 b) Entgegen der Auffassung der Revision hat das Berufungsgericht auch zu Recht eine arglistige Täuschung des Klägers über den Anfall einer Vertriebsprovision durch die Angaben im Verkaufsprospekt sowie im Vermittlungsauftrag verneint. Der Kläger wurde durch diese Angaben auf den Anfall einer Vertriebsprovision deutlich hingewiesen und ihm lediglich deren Höhe nicht offenbart. Darin liegt jedoch - unabhängig vom Bestehen etwaiger, hier nicht streitgegenständlicher Ansprüche gegen Prospektverantwortliche - keine arglistige Täuschung des Klägers gemäß § 123 BGB (vgl. auch Senatsurteil vom 5. Juni 2012 - XI ZR 175/11, WM 2012, 1389 Rn. 24).

20 aa) In dem Verkaufsprospekt, den der Senat selbst auslegen kann (Senatsurteil vom 5. Juni 2012 - XI ZR 175/11, WM 2012, 1389 Rn. 25 mwN), heißt es im Prospektabschnitt "Kalkulierter Gesamtaufwand" zunächst, dass dieser Aufwand "die nachstehend genannten Kosten" beinhalte, zu denen u.a. "Marketing- und Vertriebskosten" gehören. In der nachfolgenden Kalkulation wird darauf hingewiesen, dass 62,17% des Gesamtaufwandes für "Bau- u. Baunebenkosten inkl. Objektaufbereitung u. Marketing" anfallen. Darüber hinaus wurde der Kläger im Prospektteil "Vertragliche Grundlagen" ausdrücklich darauf hingewiesen, dass "Provisionen an eingeschaltete Vermittler ... von den verschiedenen Vertragspartnern einschließlich des Generalübernehmers sowie des Grundstücksverkäufers ... aufgrund der zwischen diesen und Vermittlern abgeschlossenen Verträge zu bezahlen" sind.

- 21 bb) Anders als die Revision meint, hat das Berufungsgericht auch eine arglistige Täuschung des Klägers über die Höhe der angefallenen Vertriebsprovision durch die Angaben in dem formularmäßigen Vermittlungsauftrag und in dessen Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die wegen ihrer offensichtlichen Verwendung über den Einzelfall hinaus vom Senat selbst ausgelegt werden können (st. Rspr., vgl. nur BGH, Urteil vom 5. Juli 2005 - X ZR 60/04, NJW 2005, 2919, 2921 mwN), rechtsfehlerfrei verneint.
- 22 Der Vermittlungsauftrag weist lediglich die vom Kläger an den Vermittler direkt zu zahlende Außenprovision aus, enthält jedoch keine unzutreffenden und abschließenden Erklärungen über Anfall und Höhe sonstiger Vertriebsprovisionen. Dies ergibt sich aus dem Hinweis auf der Vorderseite des Vermittlungsauftrages, wonach "der jeweilige Vermittler ... berechtigt (ist), vom Auftraggeber eine Bearbeitungsgebühr von 3% des kalkulierten Gesamtaufwandes zuzüglich Umsatzsteuer in jeweiliger Höhe auf eigene Rechnung zu vereinnahmen". Dementsprechend wird der Kläger sowohl im Prospekt als auch in dem vom Vermittler verwendeten persönlichen Berechnungsbeispiel ausdrücklich darauf hingewiesen, dass diese vom Vermittler auf eigene Rechnung erhobene Bearbeitungsgebühr "nicht im kalkulierten Gesamtaufwand enthalten" ist.
- 23 Darüber hinaus wird in den auf der Rückseite des Vermittlungsauftrages abgedruckten Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Abschnitt "IV. Vergütung, Provision" ausdrücklich klargestellt, dass der Vermittler "in der Regel" noch weitere Vergütungsansprüche gegen sonstige Beteiligte hat.
- 24 c) Schließlich ist auch die Feststellung des Berufungsgerichts, die gesprächsweise Erwähnung der Maklerprovision durch den Vermittler beinhalte keine Aussage über etwaige intern kalkulierte Provisionen, entgegen der Rechtsansicht der Revision, revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

- 25 aa) Ob der Kläger durch unrichtige Angaben des Vermittlers arglistig getäuscht worden ist, ist eine Frage der Würdigung des konkreten Einzelfalls durch den Tatrichter, die in der Revisionsinstanz grundsätzlich nur beschränkter Nachprüfung unterliegt (Senatsurteil vom 21. September 2010 - XI ZR 232/09, WM 2010, 2069 Rn. 18 aE mwN). Zu prüfen ist insoweit, ob die tatrichterliche Würdigung vertretbar ist, nicht auf verfahrenswidriger Tatsachenfeststellung beruht und ob der Streitstoff umfassend, widerspruchsfrei und ohne Verstoß gegen Denk- oder Erfahrungssätze gewürdigt worden ist (vgl. Senatsurteile vom 26. Oktober 2004 - XI ZR 211/03, WM 2005, 27 und vom 29. Juni 2010 - XI ZR 104/08, BGHZ 186, 96 Rn. 25, jeweils mwN).
- 26 bb) Dieser Überprüfung halten die nicht mit einem Berichtigungsantrag angegriffenen tatbestandlichen Feststellungen des Berufungsgerichts stand, nach denen der Kläger im Berufungsverfahren lediglich vorgetragen hat, der Vermittler habe im Gespräch die Maklerprovision in Höhe von 3% zuzüglich Mehrwertsteuer erwähnt und sich im Übrigen auf die Prospektangaben bezogen. Rechtsfehlerfrei ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass diese Erwähnung einer vom Anleger zusätzlich zum Gesamtaufwand direkt an den Vermittler zu zahlenden Provision keinen Rückschluss auf eine in die Bau- und Baunebenkosten als Teil des Gesamtaufwandes eingepreiste Innenprovision zulässt.
- 27 cc) Die gegenteilige Auffassung der Revision übersieht im Übrigen den Unterschied zwischen einer vom Anleger direkt an Dritte zu zahlenden Vergütung einerseits und den vom Verkäufer aus dem Kaufpreis finanzierten Vertriebskosten andererseits. Bei den der Höhe nach im Prospekt als Bestandteile des Gesamtaufwandes ausgewiesenen Provisionen handelt es sich um Außenprovisionen, die die Treuhänderin konzeptionsgemäß und aufgrund ausdrücklicher Vollmacht im Namen und auf Rechnung des Anlegers direkt an Dritte für

zusätzliche Dienstleistungen (z.B. Mietgarantie, Steuerberatung und Finanzierungsvermittlung) zahlen sollte. Hierauf wird im Prospekt auch hingewiesen. Die Position "Bau- u. Baunebenkosten inkl. Objektaufbereitung u. Marketing" gibt demgegenüber den an die Bauträgerin fließenden Werklohn an. Dieser Betrag ist nicht aufgeschlüsselt, so dass weder die Planungs- und Herstellungskosten noch die auf die Objektaufbereitung und das Marketing entfallenden Anteile angegeben werden. Der Kalkulation des Gesamtaufwandes im Prospekt kann deshalb lediglich entnommen werden, welche sonstigen Entgelte (Außenprovisionen) vom Anleger neben dem Grundstückskaufpreis sowie dem Werklohn zu bezahlen sind.

28 3. Gleichfalls rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht angenommen, dass der Kläger im Hinblick auf die Angaben im Verkaufsprospekt und im Berechnungsbeispiel zu den erzielbaren Mieterträgen durch den Vertrieb nicht arglistig getäuscht worden ist.

29 Dabei ist insbesondere die Feststellung des Berufungsgerichts, der Kläger habe über Jahre hinweg die Garantiemiete erhalten, revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Die diesbezüglichen Rügen der Revision hat der Senat geprüft, jedoch nicht für durchgreifend erachtet. Von einer Begründung wird insoweit abgesehen (§ 564 ZPO). Die monatliche Garantiemiete betrug ausweislich der Prospektangaben 16,50 DM/m². Dazu ist - worauf die Revisionserwiderung zu Recht hinweist - ein Betrag in Höhe von 40 DM für den Tiefgaragenstellplatz hinzuzurechnen. Angesichts der Apartmentgröße von 20,47 m² ergibt sich daraus eine monatliche Gesamtmieteinnahme des Klägers von 377,75 DM sowie eine Jahresmieteinnahme in Höhe von 4.533 DM. Dies entspricht exakt der Angabe des Vermittlers im Berechnungsbeispiel. Da das Berechnungsbeispiel zudem ausdrücklich für das "1. Vermietungsjahr" erstellt wurde, durfte der Vermittler seiner Berechnung auch die Garantiemiete zugrunde legen. Im Übrigen

hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei darauf abgestellt, dass im Prospekt ausdrücklich darauf hingewiesen wird, dass die erzielbare Miete nach Ablauf des Garantiemietzeitraumes höher, aber auch niedriger liegen kann. Von einer Täuschung des Klägers kann deshalb keine Rede sein.

B. Revision der Beklagten

30 Die Revision der Beklagten hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils, soweit das Berufungsgericht darin festgestellt hat, dass der Kläger der Beklagten aus dem Zwischenfinanzierungsvertrag über 128.260 DM sowie aus dem Endfinanzierungsvertrag über 19.242 DM zu keinem Zeitpunkt und aus dem Endfinanzierungsvertrag über 109.038 DM zum 30. September 1992 nur in Höhe von 12.392,71 DM verpflichtet war. Auf der Grundlage seiner tatbestandlichen Feststellungen hätte das Berufungsgericht dem Feststellungsantrag des Klägers nicht teilweise stattgeben dürfen.

31 1. Richtig ist allerdings der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, wonach dann, wenn ein von einem Treuhänder abgeschlossener Zwischenfinanzierungsvertrag wegen Verstoßes der Vollmacht gegen das Rechtsberatungsgesetz nichtig ist und die Nichtigkeit auch nicht nach Rechtscheingrundsätzen 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 im Sinne von § 607 BGB aF "empfangen". Die

Bank hat folglich gegen den Darlehensnehmer weder einen Bereicherungsanspruch bezüglich des Zwischenkredits noch einen vertraglichen Rückzahlungsanspruch aus dem Endfinanzierungsvertrag. Demgegenüber kann der Darlehensnehmer die von ihm auf den Endfinanzierungsvertrag erbrachten Zins- und Tilgungsleistungen im Wege der Leistungskondition bei der Bank zurückfordern (Senatsurteil vom 17. Januar 2012 - XI ZR 457/10, WM 2012, 312 Rn. 15 mwN). Die vom Berufungsgericht aufgeworfene Frage einer Aufrechnung stellt sich insoweit von vornherein nicht.

32

2. Entgegen der Auffassung der Revision hat das Berufungsgericht auch 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 dargelegt, 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 (Senatsurteil vom 17. Januar 2012 - XI ZR 457/10, WM 2012, 312 Rn. 32).

- 33 3. Rechtsfehlerfrei und in Übereinstimmung mit der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hat das Berufungsgericht - von der Revision nicht angegriffen - schließlich angenommen, dass die der Treuhänderin erteilte umfassende Vollmacht wegen Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz nichtig ist (vgl. nur Senatsurteil vom 17. Januar 2012 - XI ZR 457/10, WM 2012, 312 Rn. 16 mwN).
- 34 4. Dagegen beanstandet die Revision mit Erfolg, dass das Berufungsgericht auf der Grundlage seiner tatbestandlichen Feststellungen eine Wirksamkeit der nichtigen Vollmacht nach Rechtscheingrundsätzen 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 Senatsurteil vom 17. Januar 2012 - XI ZR 457/10, WM 2012, 312 Rn. 17 mwN) - im Original oder in notarieller Ausfertigung vorgelegen habe. Diese Begründung entbehrt - wie die Revision zu Recht rügt - einer tragfähigen Grundlage im Tatsächlichen.
- 35 a) Zu Recht ist das Berufungsgericht allerdings - entgegen der Auffassung der Revision - davon ausgegangen, dass die Beklagte für die Voraussetzungen der Ansprüche, deren Bestehen der Kläger mit seiner negativen Feststellungsklage bestreitet, darlegungs- und beweispflichtig ist. Dabei ist von dem allgemeinen Grundsatz auszugehen, dass jede Partei diejenigen Tatsachen darlegen und beweisen muss, aus denen sie ihren Anspruch herleitet. Den Anspruchsteller trifft daher die Beweislast für alle rechtsbegründenden Tatsachen, wobei es gleichgültig ist, in welcher Parteirolle er sich dabei befindet. Bei der negativen Feststellungsklage muss der Feststellungskläger deshalb lediglich beweisen, dass sich der Beklagte eines Anspruchs aufgrund eines bestimmten Lebenssachverhalts berühmt. Demgegenüber obliegt dem Anspruchsteller in der Rolle des Feststellungsbeklagten der Beweis derjenigen Tatsachen, aus

denen er seinen Anspruch herleitet, denn auch bei der leugnenden Feststellungsklage ist - wenn auch mit umgekehrten Parteirollen - Streitgegenstand der materielle Anspruch, um dessen Nichtbestehen gestritten wird. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ist deshalb die Umkehr der Parteirollen bei der negativen Feststellungsklage auf die Darlegungs- und Beweislastverteilung ohne Einfluss (BGH, Urteil vom 2. März 1993 - VI ZR 74/92, NJW 1993, 1716, 1717 und Senatsurteil vom 3. April 2001 - XI ZR 120/00, BGHZ 147, 203, 208, jeweils mwN).

36 Anspruchstellerin im Sinne dieser Grundsätze ist vorliegend die Beklagte als Darlehensgeberin sowohl des Zwischenfinanzierungs- als auch des Endfinanzierungskredits. Anspruchsbegründende Tatsachen für die Rückgewähr- und Verzinsungsansprüche, derer sich die Beklagte berührt, sind jeweils der Vertragsschluss und die Darlehenshingabe an den Kläger. Die Beklagte als Anspruchstellerin der vom Kläger negierten Ansprüche sowohl aus dem Zwischen- als auch aus dem Endfinanzierungsvertrag trägt folglich auch im Rahmen der negativen Feststellungsklage die Beweislast dafür, dass diese Verträge zustande gekommen sind und dass der Kläger die Darlehensvaluta jeweils im Sinne von § 607 Abs. 1 BGB aF empfangen hat.

37 b) Rechtsfehlerhaft ist dagegen die Annahme des Berufungsgerichts, dass der Zwischenfinanzierungsvertrag bereits mit der Unterzeichnung durch die Mitarbeiter der Beklagten am 27. Dezember 1991 abgeschlossen worden ist.

38 aa) Ein Vertrag kommt durch zwei übereinstimmende Willenserklärungen (Antrag und Annahme) zustande, wobei eine Willenserklärung, die einem anderen gegenüber - wie hier - in dessen Abwesenheit abgegeben wird, erst in dem

Zeitpunkt wirksam wird, in welchem sie ihm zugeht (§ 130 Abs. 1 Satz 1 BGB; vgl. Senatsurteil vom 17. Januar 2012 - XI ZR 457/10, WM 2012, 312 Rn. 23),

39 bb) Vorliegend hat das Berufungsgericht auf der Grundlage der von ihm in Bezug genommenen tatbestandlichen Feststellungen des Landgerichts festgestellt, dass das Schreiben der Beklagten vom 27. Dezember 1991 zusammen mit einer Abschrift des unterschriebenen Vertrages dem Kläger erst im März 1992 übersandt wurde, ihm die Vertragsannahme durch die Beklagte mithin erst zu diesem Zeitpunkt zugegangen ist. Mangels gegenteiliger Feststellungen des Berufungsgerichts ist in der Revisionsinstanz zugunsten der Beklagten davon auszugehen, dass ihr die Ausfertigung der Treuhandvollmacht zu diesem Zeitpunkt vorlag.

40 cc) Auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts kann das Zustandekommen des Zwischenfinanzierungsvertrages zu einem früheren Zeitpunkt auch nicht - was das Berufungsgericht 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. Senatsurteil vom 17. Januar 2012 - XI ZR 457/10, WM 2012, 312 Rn. 24 mwN). Diese Voraussetzungen sind hier nicht gegeben.

41 5. Unabhängig von den vorstehenden Ausführungen hat das Berufungsgericht verkannt, dass der Kläger durch die Zahlung der Darlehensvaluta aus der Zwischenfinanzierung auch dann etwas erlangt hat, wenn die Beklagte die

notarielle Vollmachtsausfertigung vor Ausführung der von der Treuhänderin namens des Klägers erteilten Zahlungsanweisungen erhalten hat.

42 Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs 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 Treuhänder auf der Grundlage einer unwirksamen Vollmacht erteilt, ist zu unterscheiden. Sofern die dem Treuhänder erteilte Vollmacht wirksam oder nach Rechtscheingrundsätzen 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 Treuhänders nicht an den Darlehensnehmer, sondern an andere Beteiligte ausgezahlt worden. Nur diese Zuwendungsempfänger kann der Darlehensgeber auf Rückerstattung der Darlehensvaluta in Anspruch nehmen. Für die Zurechenbarkeit der Zahlungsanweisungen des Treuhänders 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 17. Januar 2012 - XI ZR 457/10, WM 2012, 312 Rn. 26 mwN).

43 Nach diesen Maßgaben ist somit hier - entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts - entscheidend, ob der Beklagten bei Ausführung der (einzel-

nen) Auszahlungsanweisungen eine Ausfertigung der notariellen Vollmachtsurkunde vorlag. Soweit dies - was die Beklagte für sämtliche Anweisungen behauptet - der Fall war, durfte sie insoweit die Darlehensvaluta des Endfinanzierungsvertrages mit dem Rückzahlungsanspruch aus der Zwischenfinanzierung verrechnen. Das Berufungsgericht hat auch hierzu keine Feststellungen getroffen, so dass im Revisionsverfahren zugunsten der Beklagten von ihrem Vortrag auszugehen ist.

III.

44 Nach alledem ist die Revision des Klägers zurückzuweisen. Dagegen ist das angefochtene Urteil auf die Revision der Beklagten aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO), soweit das Berufungsgericht festgestellt hat, dass der Kläger der

Beklagten aus dem Zwischenfinanzierungsvertrag und einem der Endfinanzierungsverträge zu keinem Zeitpunkt und aus dem anderen Endfinanzierungsvertrag teilweise verpflichtet war. Da die Sache insoweit nicht zur Endentscheidung reif ist, ist sie zur weiteren Sachaufklärung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Wiechers

Joeres

Ellenberger

Matthias

Menges

Vorinstanzen:

LG Frankfurt/Main, Entscheidung vom 09.01.2008 - 2-2 O 203/07 -

OLG Frankfurt/Main, Entscheidung vom 23.03.2011 - 23 U 93/08 -