



# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

XI ZR 194/02

Verkündet am:  
23. März 2004  
Weber,  
Justizhauptsekretärin  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ:                nein

---

BGB §§ 276 Cc a.F., 607 a.F.

Anders als ein Anlagevermittler, der dem Anlageinteressenten vertraglich Aufklärung über alle für die Anlageentscheidung bedeutsamen Umstände schuldet, ist eine kreditgebende Bank grundsätzlich nicht verpflichtet, den Anleger und Darlehensnehmer ungefragt über eine im finanzierten Kaufpreis einer Eigentumswohnung enthaltene Innenprovision von mehr als 15% für den Vertrieb zu informieren.

BGH, Urteil vom 23. März 2004 - XI ZR 194/02 - OLG München  
LG München I

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 23. März 2004 durch den Vorsitzenden Richter Nobbe und die Richter Dr. Bungeroth, Dr. Müller, Dr. Wassermann und Dr. Appl

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 21. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 26. April 2002 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit von Darlehensverträgen zur Finanzierung einer Eigentumswohnung, über damit zusammenhängende Schadensersatzansprüche und um einen Anspruch des Klägers auf Rückzahlung erbrachter Zins- und Tilgungsleistungen. Dem liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Kläger, ein damals 44 Jahre alter kaufmännischer Angestellter, wurde im Dezember 1992 von einem Anlagevermittler geworben,

zwecks Steuerersparnis ohne Eigenkapital eine noch zu errichtende Eigentumswohnung in M. zu erwerben. Am 17. Dezember 1992 unterbreitete er der C. GmbH (im folgenden: Geschäftsbesorgerin) ein notariell beurkundetes Angebot auf Abschluß eines Geschäftsbesorgungsvertrages zum Erwerb einer Eigentumswohnung aus dem Bauträgermodell "H.-Park M.". Zugleich erteilte er ihr eine umfassende Vollmacht, ihn bei der Vorbereitung, Durchführung und gegebenenfalls Rückabwicklung des Erwerbs zu vertreten. Unter anderem sollte die Geschäftsbesorgerin den Kauf- und Werklieferungsvertrag, Darlehensverträge und alle für die Bestellung von Sicherheiten erforderlichen Verträge abschließen. Der kalkulierte Gesamtaufwand für das Kaufobjekt war mit 334.383 DM angegeben.

Die Geschäftsbesorgerin nahm das Angebot an und schloß am 30. Dezember 1992 im Namen des Klägers den notariell beurkundeten Kauf- und Werklieferungsvertrag über die Eigentumswohnung nebst Kfz-Stellplatz zu einem Gesamtkaufpreis von 247.537 DM. Noch am selben Tage schloß sie für den Kläger mit der Rechtsvorgängerin der beklagten Bank (im folgenden: Beklagte) zur Zwischenfinanzierung einen Realkreditvertrag über 334.383 DM. Das Darlehen wurde auf ein von der Geschäftsbesorgerin für den Kläger bei der Beklagten eingerichtetes Konto ausgezahlt und zur Finanzierung des Erwerbs verwendet. Zur Ablösung der Zwischenfinanzierung schloß die Geschäftsbesorgerin für den Kläger am 1./4. Juli 1994 mit der Beklagten einen Darlehensvertrag über zwei Annuitätendarlehen in Höhe von 84.030 DM und 250.353 DM. Auf alle Darlehen hat der Kläger insgesamt 146.710,20 DM an laufenden Zahlungen erbracht.

Mit der Klage begehrt der Kläger in erster Linie die Feststellung, daß der am 1./4. Juli 1994 geschlossene Darlehensvertrag weder für die Vergangenheit noch für die Zukunft Zahlungspflichten für ihn begründe, sowie die Rückzahlung der an die Beklagte gezahlten Zins- und Tilgungsleistungen von 146.710,20 DM zuzüglich Zinsen. Er macht geltend, der Geschäftsbesorgungsvertrag, die Vollmacht und die Darlehensverträge seien wegen Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz nichtig. Außerdem hafte die Beklagte wegen Falschberatung und unterlassener Aufklärung auf Schadensersatz. Mit diesen Ansprüche sowie solchen aus ungerechtfertigter Bereicherung hat der Kläger die Aufrechnung erklärt.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Klägers ist erfolglos geblieben. Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt er seine Klageanträge weiter.

#### Entscheidungsgründe:

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

#### I.

Das Berufungsgericht, dessen Urteil in OLGR München 2002, 342 veröffentlicht ist, hat im wesentlichen ausgeführt:

1. Die vom Kläger geschlossenen Darlehensverträge seien auch dann wirksam, wenn der zwischen dem Kläger und der Geschäftsbesorgerin geschlossene Geschäftsbesorgungsvertrag wegen Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz nichtig sei. Die Kreditverträge verstießen ihrerseits nicht gegen Art. 1 § 1 RBerG. Diese Vorschrift enthalte zwar ein gesetzliches Verbot im Sinne des § 134 BGB mit der Folge, daß Geschäftsbesorgungsverträge, die eine unzulässige Rechtsbesorgung zum Gegenstand hätten, nichtig seien. Die Nichtigkeit des Geschäftsbesorgungsvertrages erfasse jedoch nicht die Darlehensverträge. Die Tätigkeit der Beklagten sei auch nicht als Beteiligung an einer unerlaubten Rechtsbesorgung anzusehen. Die Beklagte besorge nicht geschäftsmäßig fremde Rechtsangelegenheiten, sondern gewähre dem Erwerber einer Eigentumswohnung lediglich die erforderlichen Darlehen. Die vom Bundesgerichtshof in sogenannten Unfallhilfefällen entwickelten Grundsätze ließen sich auf den vorliegenden Fall wegen der unterschiedlichen Interessenlage nicht anwenden. In dem Fall des Unfallhelferringes hätten die Bestimmungen des Kreditvertrages die Entlastung des Unfallgeschädigten von der gesamten Regelung des Schadens bezweckt. Eine entsprechende vertragliche Gestaltung enthielten die zwischen den Parteien geschlossenen Darlehensverträge nicht.

Die Unwirksamkeit des Geschäftsbesorgungsvertrages führe nicht nach § 139 BGB zur Unwirksamkeit der - abstrakten - Vollmacht. Im Geschäftsbesorgungsvertrag hätten die Vertragsparteien ausdrücklich die salvatorische Klausel vereinbart, daß die Vollmacht unabhängig von Inhalt und Bestand des Geschäftsbesorgungsvertrages sei. Eine Nichtigkeit der Vollmacht ergebe sich auch nicht aus einem unmittelbaren Verstoß gegen Art. 1 § 1 RBerG i.V. mit § 134 BGB. Das Verbot, fremde

Rechtsangelegenheiten ohne Erlaubnis zu besorgen, erfasse zwar den Geschäftsbesorgungsvertrag, nicht aber die Vollmachtserteilung als einseitige, empfangsbedürftige, vom Grundgeschäft abstrakte Willenserklärung. Selbst wenn die Vollmacht unwirksam wäre, sei der Darlehensvertrag vom 1./4. Juli 1994 nicht unwirksam. Vor Abschluß dieses Darlehensvertrages habe sich die Geschäftsbesorgerin gegenüber der Beklagten durch Vorlage einer Ausfertigung der notariellen Vollmachtsurkunde legitimiert, so daß zu Gunsten der Beklagten die Vorschrift des § 172 BGB eingreife. Die Beklagte habe die Unwirksamkeit der Vollmacht im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses weder gekannt noch kennen müssen.

2. Der Kläger habe gegen die Beklagte auch keine Schadensersatzansprüche. Ansprüche aus Verschulden bei Vertragsabschluß bestünden nicht, da die Beklagte gegenüber dem Kläger keine eigenen Aufklärungspflichten verletzt habe. Insbesondere habe die Beklagte den Kläger nicht über die im Kaufpreis enthaltene versteckte Innenprovision aufklären müssen. Zwischen den Parteien sei auch kein konkludenter Beratungsvertrag zustande gekommen. Bei dem von dem Vertriebsmitarbeiter verwendeten persönlichen Berechnungsbeispiel habe es sich nicht um eine Finanzierungsberatung, sondern um eine Rentabilitätsberechnung im Rahmen der Anlagevermittlung gehandelt. Die Beklagte hafte dem Kläger auch nicht nach § 278 BGB für ein eventuelles Verschulden der Vertriebsfirma oder deren Mitarbeiter. Nach dem Grundsatz der rollenbedingten Zuordnung lägen Aufklärungspflichten eines Verhandlungsgehilfen, die in den Bereich der Anlagevermittlung fielen, außerhalb des Pflichtenkreises der Beklagten als finanzierender Bank. Aus dem Vortrag des Klägers ergebe sich auch kein Schadensersatzanspruch aufgrund

einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung oder einer unerlaubten Handlung.

II.

Diese Ausführungen halten rechtlicher Überprüfung in einem entscheidenden Punkt nicht stand.

Der von der Geschäftsbesorgerin für den Kläger geschlossene Darlehensvertrag vom 1./4. Juli 1994 ist allerdings wirksam (1.). Die Zahlungspflichten des Klägers aus diesem Vertrag sind auch nicht durch die von ihm erklärte Aufrechnung mit Schadensersatzansprüchen erloschen (2.), wohl aber nach dem in der Revisionsinstanz zugrunde zu legenden Sachverhalt zumindest teilweise aufgrund der - vom Berufungsgericht nicht berücksichtigten - Aufrechnung mit Ansprüchen aus ungerechtfertigter Bereicherung (3.). Auch der vom Kläger geltend gemachte Zahlungsanspruch kommt danach in Betracht (4.).

1. Entgegen der Ansicht der Revision ist der Darlehensvertrag vom 1./4. Juli 1994 wirksam. Die Beklagte durfte auf den Bestand der von der Geschäftsbesorgerin vorgelegten Vollmacht des Klägers vertrauen.

a) Die der Geschäftsbesorgerin durch notariell beurkundete Erklärung vom 17. Dezember 1992 erteilte Vollmacht ist entgegen der Auffassung der Revision auch ohne die Pflichtangaben nach § 4 Abs. 1 Satz 4 Nr. 1 VerbrKrG in der bis zum 31. Juli 2001 geltenden Fassung formwirksam. Nach der Rechtsprechung des Senats muß die Vollmacht zum Ab-

schluß eines Kreditvertrages diese Angaben nicht enthalten (BGHZ 147, 262, 266 ff.; bestätigt durch Urteile vom 10. Juli 2001 - XI ZR 198/00, WM 2001, 1663, 1664 f., vom 18. September 2001 - XI ZR 321/00, WM 2001, 2113, 2114, vom 3. Juni 2003 - XI ZR 289/02, WM 2003, 1710 f., vom 14. Oktober 2003 - XI ZR 134/02, WM 2003, 2328, 2330 und vom 2. Dezember 2003 - XI ZR 53/02, WM 2004, 417, 420). An dieser Rechtsprechung ist festzuhalten. Entgegen der Auffassung der Revision rechtfertigt der Umstand, daß der Gesetzgeber die Aufnahme der Mindestangaben in die Vollmacht nunmehr in § 492 Abs. 4 Satz 1 BGB abweichend geregelt hat, kein anderes Ergebnis. Zum einen gilt diese Vorschrift nur für nach dem 1. Januar 2002 erteilte Vollmachten (BT-Drucks. 14/7052 S. 201) und ist damit nicht geeignet, das Verständnis der bis dahin geltenden anders lautenden Rechtsvorschriften zu bestimmen. Zum anderen ist die Aufnahme der Pflichtangaben in eine - wie hier - notariell beurkundete Vollmacht nach dem eindeutigen Wortlaut des § 492 Abs. 4 Satz 2 BGB nicht erforderlich, so daß sich die Rechtslage insoweit nicht verändert hat. Aus der erst durch Art. 25 Abs. 4 des OLG-Vertretungsänderungsgesetzes vom 23. Juli 2002 (BGBl. I S. 2850) eingefügten Sollvorschrift des § 17 Abs. 2 a Satz 2 Nr. 1 BeurkG, die sich nur an den beurkundenden Notar richtet, vermag die Revision für ihren Standpunkt bereits deshalb nichts herzuleiten, weil die notariell beurkundete Vollmacht vom 17. Dezember 1992 nicht von einem Vertreter des Klägers, sondern von diesem selbst erteilt worden ist.

Die von der Revision angeregte Vorlage der Sache an den Europäischen Gerichtshof ist schon deshalb nicht veranlaßt, weil die Richtlinie des Rates vom 22. Dezember 1986 - 87/102/EWG Abl. Nr. L 42/48 vom 12. Februar 1987 in der Fassung der Änderungsrichtlinien des Ra-



tes vom 22. Februar 1990 - 90/88/EWG Abl. Nr. L 61/14 vom 10. März 1990 und des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Februar 1998 - 98/7/EG, Abl. Nr. L 101/17 vom 1. April 1998 (Verbraucherkreditrichtlinie) keine Vorgaben und Regelungen über Form und Inhalt einer Vollmacht zum Abschluß eines Verbraucherkreditvertrages enthält (Senatsurteile vom 10. Juli 2001 - XI ZR 198/00, WM 2001, 1663, 1665 und vom 3. Juni 2003 - XI ZR 289/02, WM 2003, 1710, 1711).

b) Die der Geschäftsbesorgerin erteilte Vollmacht ist zwar wegen Verstoßes des Geschäftsbesorgungsvertrages gegen Art. 1 § 1 RBerG unwirksam, das Vertrauen der Beklagten in die Wirksamkeit der der Geschäftsbesorgerin erteilten Vollmacht wird jedoch hinsichtlich des Darlehensvertrages vom 1./4. Juli 1994 nach § 172 BGB geschützt.

aa) Nach der neueren ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes bedarf derjenige, der ausschließlich oder hauptsächlich die rechtliche Abwicklung eines Grundstückserwerbs im Rahmen eines Bau-träger- oder Bauherrenmodells für den Erwerber besorgt, der Erlaubnis nach Art. 1 § 1 RBerG. Ein - wie hier unstreitig - ohne diese Erlaubnis abgeschlossener umfassender Geschäftsbesorgungsvertrag ist, wie auch die Revisionserwiderung nicht in Zweifel zieht, nichtig (st.Rspr., vgl. BGHZ 145, 265, 269 ff.; zuletzt Senatsurteile vom 18. November 2003 - XI ZR 332/02, WM 2004, 27, 30, vom 2. Dezember 2003 - XI ZR 53/02, WM 2004, 417, 421 und XI ZR 421/02, ZIP 2004, 303, 305, vom 2. März 2004 - XI ZR 267/02, Umdruck S. 6 und vom 16. März 2004 - XI ZR 60/03, Umdruck S. 6 jeweils m.w.Nachw.).

bb) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts erfaßt die Nichtigkeit des Geschäftsbesorgungsvertrages auch die der Geschäftsbesorgerin erteilte umfassende Abschlußvollmacht, ohne daß es darauf ankommt, ob sie und das Grundgeschäft nach dem erkennbaren Willen der Vertragsparteien zu einem einheitlichen Rechtsgeschäft gemäß § 139 BGB verbunden sind. Nach Auffassung des III. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs (Urteil vom 11. Oktober 2001 - III ZR 182/00, WM 2001, 2260, 2261 f.) führt der Verstoß des Geschäftsbesorgungsvertrages gegen Art. 1 § 1 RBerG i.V. mit § 134 BGB unmittelbar und ohne weiteres auch zur Nichtigkeit der umfassenden Vollmacht, weil nur so das Ziel des Gesetzgebers, den Rechtsuchenden möglichst umfassend vor unsachgemäßer Rechtsbesorgung sowie deren häufig nachteiligen rechtlichen und wirtschaftlichen Folgen zu schützen, erreicht werden kann. Dem hat sich der erkennende Senat - nach Erlaß des Berufungsurteils - in seinen Urteilen vom 18. März 2003 (XI ZR 188/02, WM 2003, 918, 920) und vom 25. März 2003 (XI ZR 227/02, WM 2003, 1064, 1065) angeschlossen (siehe zuletzt Senatsurteile vom 2. Dezember 2003 - XI ZR 53/02, WM 2004, 417, 421, XI ZR 421/02, ZIP 2004, 303, 305, XI ZR 428/02 und XI ZR 429/02, jeweils Umdruck S. 11 m.w.Nachw., vom 2. März 2004 - XI ZR 267/02, Umdruck S. 8 und vom 16. März 2004 - XI ZR 60/03, Umdruck S. 6).

cc) Zu Recht ist das Berufungsgericht allerdings zu dem Ergebnis gelangt, daß die der Geschäftsbesorgerin erteilte Vollmacht gegenüber der Beklagten nach §§ 172, 173 BGB als gültig zu behandeln sei.

(1) Nach mittlerweile gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sind die § 171 und § 172 BGB sowie die allgemeinen Grund-

sätze über die Duldungs- und Anscheinsvollmacht auch dann anwendbar, wenn die umfassende Bevollmächtigung des Geschäftsbesorgers - wie hier - unmittelbar gegen Art. 1 § 1 RBerG verstößt und gemäß § 134 BGB nichtig ist (Senatsurteile vom 25. März 2003 - XI ZR 227/02, WM 2003, 1064, 1065 f., vom 3. Juni 2003 - XI ZR 289/02, WM 2003, 1710, 1711, vom 16. September 2003 - XI ZR 74/02, BKR 2003, 942, 945, vom 14. Oktober 2003 - XI ZR 134/02, WM 2003, 2328, 2333, vom 2. Dezember 2003 - XI ZR 53/02, WM 2004, 417, 421 und vom 16. März 2004 - XI ZR 60/03, Umdruck S. 7; BGH, Urteil vom 22. Oktober 2003 - IV ZR 33/03, WM 2003, 2375, 2379). Entgegen der Auffassung der Revision ist der Beklagten eine Berufung auf den Gutgläubensschutz nach § 171 Abs. 1, § 172 Abs. 1 BGB auch nicht versagt, weil sie - wie der Kläger behauptet hat - an der gesetzwidrigen Tätigkeit der Geschäftsbesorgerin mitgewirkt hat. Nach § 172 Abs. 2, § 173 BGB wird der gute Glaube an den gemäß §§ 171, 172 BGB gesetzten Rechtsschein geschützt, wenn der Vertragspartner den Mangel der Vertretungsmacht bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts nicht kennt oder kennen muß. Dabei kommt es, was die Revision verkennt, nach dem eindeutigen Wortlaut des Gesetzes nicht auf die Kenntnis oder das Kennenmüssen der den Mangel der Vertretungsmacht begründenden Umstände an, sondern auf die Kenntnis oder das Kennenmüssen des Mangels der Vertretungsmacht selbst (Senatsurteile vom 3. Juni 2003 - XI ZR 289/02, WM 2003, 1710, 1712, vom 2. Dezember 2003 - XI ZR 53/02, WM 2004, 417, 421 und vom 16. März 2004 - XI ZR 60/03, Umdruck S. 8 f.).

Daran fehlt es hier. Entgegen der Ansicht der Revision konnten alle Beteiligten den Verstoß des Geschäftsbesorgungsvertrages und der Vollmacht gegen das Rechtsberatungsgesetz damals nicht erkennen.

Den vor dem Jahr 2000 ergangenen Entscheidungen des Bundesgerichtshofes ließ sich nichts entnehmen, was für einen Verstoß eines umfassenden Geschäftsbesorgungsvertrages und der mit ihm verbundenen Vollmacht des Geschäftsbesorgers gegen Art. 1 § 1 RBerG i.V. mit § 134 BGB gesprochen hätte (vgl. Senatsurteile vom 18. September 2001 - XI ZR 321/00, WM 2001, 2113, 2115, vom 14. Mai 2002 - XI ZR 155/01, WM 2002, 1273, 1275, vom 29. April 2003 - XI ZR 201/02, ZIP 2003, 1692, 1696, vom 3. Juni 2003 - XI ZR 289/02, WM 2003, 1710, 1712, vom 2. Dezember 2003 - XI ZR 53/02, WM 2004, 417, 421 und vom 16. März 2004 - XI ZR 60/03, Umdruck S. 9, vgl. auch zum fehlenden Verschulden eines Notars: BGHZ 145, 265, 275 ff.). Auch aus dem von der Revision zitierten Urteil des Bundesgerichtshofs vom 1. Februar 1962 (BGHZ 36, 321 ff.) ergibt sich nichts anderes. Dort hat der Bundesgerichtshof die Tätigkeit eines Steuerberaters zur Herbeiführung eines außergerichtlichen Sanierungsvergleichs als erlaubnispflichtige Rechtsbesorgung angesehen. Damit ist die Tätigkeit der Geschäftsbesorgerin beim kreditfinanzierten Erwerb einer Eigentumswohnung und dem Abschluß der dazu erforderlichen Verträge nicht vergleichbar.

Auch der Hinweis der Revision, alle Umstände, die den Verstoß gegen das Rechtsberatungsgesetz begründen, gingen aus dem vorgelegten Geschäftsbesorgungsvertrag mit Vollmacht hervor, trifft nicht zu. Dieser Urkunde ist nicht zu entnehmen, daß die Geschäftsbesorgerin über keine Rechtsberatungserlaubnis verfügte (vgl. Senatsurteile vom 3. Juni 2003 - XI ZR 289/02, WM 2003, 1710, 1712 und vom 16. März 2004 - XI ZR 60/03, Umdruck S. 10).

(2) § 172 Abs. 1 BGB setzt allerdings voraus, daß der Beklagten spätestens bei Abschluß des Darlehensvertrages vom 1./4. Juli 1994 eine Ausfertigung der die Geschäftsbesorgerin als Vertreterin des Klägers ausweisenden notariellen Vollmachtsurkunde vorlag (vgl. BGHZ 102, 60, 63; siehe zuletzt die Nachweise in den Senatsurteilen vom 2. Dezember 2003 - XI ZR 53/02, WM 2004, 417, 421 und vom 16. März 2004 - XI ZR 60/03, Umdruck S. 10 f.). Das ist der Fall. Das Berufungsgericht hat es in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise als bewiesen angesehen, daß eine Ausfertigung der Vollmachtsurkunde vom 17. Dezember 1992 der Beklagten mit Schreiben vom 6. Januar 1993 übersandt worden ist. Bei Abschluß des Darlehensvertrages vom 1./4. Juli 1994 war die Geschäftsbesorgerin deshalb durch § 172 Abs. 1 BGB legitimiert.

Der Darlehensvertrag vom 1./4. Juli 1994 ist entgegen der Ansicht der Revision auch nicht deshalb nichtig, weil er sich als Beteiligung an der unerlaubten Rechtsbesorgung der Geschäftsbesorgerin darstellt. Anders als in den von der Revision angeführten Unfallhilfefällen, in denen der Kreditvertrag Mittel zum Zweck einer verbotenen Abwicklung eines Unfallschadens durch einen sogenannten "Unfallhelfer" ohne Beteiligung des Unfallopfers war, ist der Darlehensvertrag zur Finanzierung des Erwerbs einer Eigentumswohnung nicht wirtschaftliches Teilstück zur Erreichung eines verbotenen Gesamtzwecks. Gesamtzweck der Zusammenarbeit zwischen der Geschäftsbesorgerin und der Beklagten ist der Erwerb einer Eigentumswohnung zu Steuersparzwecken. Selbst wenn es im Rahmen dieses Erwerbs auch darum gegangen sein sollte, dem Kläger eigene Vertragsverhandlungen und -abschlüsse zu ersparen, diente der Darlehensvertrag nicht der verbotenen Rechtsbesorgung. Daß die Beklagte nach dem Vorbringen des Klägers frühzeitig in das streitgegen-

ständige Bauobjekt einbezogen war, ändert nichts. Die Einbeziehung hat allenfalls zur Folge, daß die Beklagte in anderer Weise als durch Abschluß des streitigen Darlehensvertrages an der Rechtsbesorgung mitgewirkt oder zu ihr beigetragen hat. Das ist jedoch nicht ausreichend. Denn die Reichweite des Schutzzwecks des gegen den Rechtsbesorger gerichteten Verbots wird durch die Beteiligung eines anderen an der Rechtsbesorgung nicht vergrößert. Als Ansatzpunkt für die Nichtigkeit des Darlehensvertrages kommt daher nur das Verhalten der Beklagten selbst als Partnerin des von der Geschäftsbesorgerin geschlossenen Darlehensvertrages in Betracht (vgl. Senatsurteile vom 3. Juni 2003 - XI ZR 289/02, WM 2003, 1710, 1712 und vom 16. März 2004 - XI ZR 60/03, Umdruck S. 13 f.). Dementsprechend hat der Bundesgerichtshof in den sogenannten Unfallhilfefällen entscheidend auf das Verhalten der Bank als Partnerin des Darlehensvertrages und das von ihr abgeschlossene Kreditgeschäft abgestellt (BGHZ 61, 317, 321 f.; BGH, Urteile vom 9. Oktober 1975 - III ZR 31/73, WM 1976, 100, 102, vom 21. Oktober 1976 - III ZR 75/75, WM 1977, 140, 142 und vom 29. Juni 1978 - III ZR 174/76, WM 1978, 1062, 1063).

2. Zahlungspflichten des Klägers aus dem Darlehensvertrag vom 1./4. Juli 1994 sind auch nicht durch die von ihm erklärte Aufrechnung mit Schadensersatzansprüchen ganz oder teilweise erloschen. Schadensersatzansprüche stehen dem Kläger gegen die Beklagte nicht zu.

a) Solche Ansprüche ergeben sich insbesondere nicht aus der Verletzung eines zwischen den Parteien geschlossenen Finanzierungsberatungsvertrages. Die Beklagte, die mit dem Kläger keinen persönlichen Kontakt hatte, hat einen solchen Vertrag mit dem Kläger nicht ab-

geschlossen. Auch durch die Beratung des Klägers durch den Vermittler S. ist ein Finanzierungsberatungsvertrag mit der Beklagten nicht zustande gekommen. Der Kläger hat nicht vorgetragen und das Berufungsgericht hat nicht festgestellt, daß der Finanzierungsvermittler, der nicht bei der Beklagten angestellt, sondern nach den eigenen Angaben des Klägers freier Mitarbeiter einer Vertriebsgesellschaft war, von der Beklagten bevollmächtigt war, einen solchen Vertrag für sie abzuschließen.

b) Zu Recht hat das Berufungsgericht auch Schadensersatzansprüche des Klägers gegen die Beklagte wegen Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten verneint.

aa) Eine kreditgebende Bank ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bei steuersparenden Bauherren-, Bauträger- und Erwerbermodellen zur Risikoaufklärung über das finanzierte Geschäft nur unter ganz besonderen Voraussetzungen verpflichtet. Sie darf regelmäßig davon ausgehen, daß die Kunden entweder selbst über die notwendigen Kenntnisse und Erfahrungen verfügen oder sich jedenfalls der Hilfe von Fachleuten bedient haben. Nur ausnahmsweise können sich Aufklärungs- und Hinweispflichten aus den besonderen Umständen des Einzelfalls ergeben. Dies kann der Fall sein, wenn die Bank im Zusammenhang mit der Planung, der Durchführung oder dem Vertrieb des Projekts über ihre Rolle als Kreditgeberin hinausgeht, wenn sie einen zu den allgemeinen wirtschaftlichen Risiken hinzutretenden besonderen Gefährdungstatbestand für den Kunden schafft oder dessen Entstehung begünstigt, wenn sie sich im Zusammenhang mit der Kreditgewährung sowohl an den Bauträger als auch an die einzelnen Erwerber in schwer-

wiegende Interessenkonflikte verwickelt oder wenn sie in bezug auf spezielle Risiken des Vorhabens einen konkreten Wissensvorsprung vor dem Darlehensnehmer hat und dies auch erkennen kann (st.Rspr.; vgl. zuletzt Senaturteile vom 2. Dezember 2003 - XI ZR 53/02, WM 2004, 417, 418 und vom 20. Januar 2004 - XI ZR 460/02, WM 2004, 521, 523, jeweils m.w.Nachw.).

(1) Derartige Umstände hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei nicht festgestellt. Insbesondere stellt die angebliche Kenntnis der Beklagten davon, daß die projektierte Miete am Markt nicht nachhaltig erzielbar sein werde, entgegen der Ansicht der Revision keinen zur Aufklärung verpflichtenden konkreten Wissensvorsprung dar. Der Kläger war im Verkaufsprospekt, worauf das Berufungsgericht zu Recht abgestellt hat, ausdrücklich darauf hingewiesen worden, daß die erzielbare Miete nach Ablauf der Mietgarantie die garantierte Miete unterschreiten könne.

(2) Die Beklagte war auch nicht wegen einer im Kaufpreis angeblich enthaltenen und an den Vertrieb gezahlten "versteckten Innenprovision" in Höhe von 18,4% des Kaufpreises aufklärungspflichtig. Bei steuersparenden Bauherren- und Erwerbermodellen ist das finanzierende Kreditinstitut grundsätzlich nicht verpflichtet, den Darlehensnehmer von sich aus über eine im finanzierten Kaufpreis "versteckte Innenprovision" aufzuklären. Anders als einen Anlagevermittler, der dem Anlageinteressenten zu wahrheitsgemäßer, richtiger und vollständiger Information über alle für die Anlageentscheidung bedeutsamen Umstände vertraglich verpflichtet ist und der den Anlageinteressenten deshalb jedenfalls über eine im Anlageprospekt nicht ausgewiesene, an den Vermittler gezahlte Innenprovision von 15% und mehr unterrichten muß (BGH, Urteil vom



12. Februar 2004 - III ZR 359/02, Umdruck S. 10, 16 f.), trifft eine Bank, die eine kreditfinanzierte Anlage nicht empfiehlt, sondern sich auf ihre Rolle als Kreditgeberin beschränkt, eine solche Pflicht nicht. Aus dem Darlehensvertrag folgt eine solche Nebenpflicht auch unter Berücksichtigung des § 242 BGB eindeutig nicht. Auch aufgrund eines vorvertraglichen Schuldverhältnisses ist ein Kreditinstitut gegenüber dem Anleger nicht verpflichtet, sich über eine Anlage, die ein Interessent von ihm finanziert haben möchte, Gedanken zu machen oder ihn ungefragt über bei ihr vorhandene Bedenken gegen die Werthaltigkeit und/oder Rentabilität der Anlage zu informieren. Wollte man dies anders sehen, würde das Kreditverwendungsrisiko, das der Anleger zu tragen hat, auf die Bank verlagert, auch wenn der Anleger sie nicht um ihre Einschätzung gebeten hat. Ein Anleger, der eine Anlage mit Hilfe eines Kredits finanziert, etwa weil dies aus steuerlichen Gründen günstig erscheint, würde damit ohne nachvollziehbaren Grund besser stehen als ein Anleger, der dafür Eigenkapital einsetzt. Eine Aufklärungspflicht über die Unangemessenheit des Kaufpreises einer Eigentumswohnung, die anerkanntermaßen nicht einmal den Verkäufer der Immobilie trifft (BGH, Urteil vom 14. März 2003 - V ZR 308/02, WM 2003, 1686, 1688; Senatsurteile vom 2. Dezember 2003 - XI ZR 53/02, WM 2004, 417, 419 und vom 20. Januar 2004 - XI ZR 460/02, WM 2004, 521, 524; s. auch BGH, Urteil vom 12. Februar 2004 - III ZR 359/02, Umdruck S. 15), kann deshalb nur ausnahmsweise in Betracht kommen, wenn die Innenprovision zu einer so wesentlichen Verschiebung des Verhältnisses zwischen Kaufpreis und Verkehrswert der Kapitalanlage beiträgt, daß das Kreditinstitut von einer sittenwidrigen Übervorteilung des Käufers durch den Verkäufer ausgehen mußte (st.Rspr., vgl. zuletzt Senatsurteil vom 2. Dezember 2003 - XI ZR

53/02, WM 2004, 417, 418 f. und vom 20. Januar 2004 - XI ZR 460/02, WM 2004, 521, 524, jeweils m.w.Nachw.).

Nicht jedes, auch nicht jedes auffällige Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung führt jedoch zur Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäfts. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann von einem besonders groben Mißverhältnis, das eine Vermutung für die subjektiven Voraussetzungen der Sittenwidrigkeit begründet, vielmehr erst ausgegangen werden, wenn der Wert der Leistung knapp doppelt so hoch ist wie der Wert der Gegenleistung (st.Rspr., vgl. zuletzt Senatsurteil vom 2. Dezember 2003 - XI ZR 53/02, WM 2004, 417, 418 und vom 20. Januar 2004 - XI ZR 460/02, WM 2004, 521, 524, jeweils m.w.Nachw.). Nach dem eigenen Vorbringen des Klägers haben die gezahlten Provisionen den Gesamtaufwand jedoch lediglich in Höhe von 39,3% verteuert.

(3) Zu Unrecht ist die Revision unter Hinweis auf das Senatsurteil vom 17. Dezember 1991 (XI ZR 8/91, WM 1992, 216) weiter der Auffassung, die Beklagte habe den Kläger unter dem Gesichtspunkt des konkreten Wissensvorsprungs auf Zweifel an der Vertrauenswürdigkeit seiner wesentlichen Geschäftspartner hinweisen müssen. Der Hinweis geht fehl. In dem entschiedenen Fall bestand - anders als hier - aufgrund der fehlenden Bonität des Initiators und Bauträgers und der von ihm zu verantwortenden Täuschung der Anlageinteressenten über wertbildende Faktoren der Anlage die erhöhte Gefahr des Scheiterns des Bauherrenmodells.

bb) Die Beklagte muß sich - wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat - auch nicht ein Fehlverhalten des Anlagevermittlers durch unrichtige Erklärungen im Zusammenhang mit dem Erwerb der Eigentumswohnung gemäß § 278 BGB zurechnen lassen. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs wird der im Rahmen von Bauherren-, Bauträger- oder Erwerbmodellen auftretende Vermittler als Erfüllungsgehilfe im Pflichtenkreis der in den Vertrieb nicht eingeschalteten Bank nur insoweit tätig, als sein Verhalten den Bereich der Anbahnung des Kreditvertrages betrifft (zuletzt Senatsurteile vom 12. November 2002, BGHZ 152, 331, 333, vom 18. März 2003 - XI ZR 188/02, WM 2003, 918, 922, vom 29. April 2003 - XI ZR 201/02, ZIP 2003, 1692, 1693 f., vom 3. Juni 2003 - XI ZR 289/02, WM 2003, 1710, 1713, vom 14. Oktober 2003 - XI ZR 134/02, WM 2003, 2328, 2333 und vom 2. Dezember 2003 - XI ZR 53/02, WM 2004, 417, 419). Möglicherweise falsche Erklärungen zum Wert des Objekts und zur monatlichen Belastung des Klägers betreffen nicht den Darlehensvertrag, sondern die Rentabilität des Anlagegeschäfts und liegen damit außerhalb des Pflichtenkreises der Bank (Senatsurteile vom 18. März 2003 - XI ZR 188/02, WM 2003, 918, 922, vom 3. Juni 2003 - XI ZR 289/02, WM 2003, 1710, 1713, vom 14. Oktober 2003 - XI ZR 134/02, WM 2003, 2328, 2333, vom 2. Dezember 2003 - XI ZR 53/02, WM 2004, 417, 419 f. und vom 27. Januar 2004 - XI ZR 37/03, Umdruck S. 10 f.).

Es ist auch nicht erkennbar, daß die in dem Berechnungsbeispiel enthaltenen Angaben über das Darlehen unrichtig gewesen wären. So ist es zur Ermittlung der monatlichen Unterdeckung nicht falsch, an die Nominalverzinsung anzuknüpfen, da sich hiernach die Höhe der vom Kläger monatlich zu zahlenden Zinsen bemißt. Die im Dezember 1992 mit "z.Zt.

6,20%" angegebene Nominalverzinsung bezog sich ersichtlich auf die endgültige Finanzierung. Der Darlehensvertrag vom 1./4. Juli 1994 weist für das mit einem Damnum versehene Annuitätendarlehen eine Nominalverzinsung von 6,6% jährlich aus und weicht damit nur unerheblich von der in dem Berechnungsbeispiel enthaltenen Prognose ab. Diese war zudem dem Risiko von Zinsänderungen ausgesetzt, die während des Zeitraums der Zwischenfinanzierung eintreten konnten. Daß das - ohne Disagio auszahlende - Zwischenfinanzierungsdarlehen mit nominal 12,75% jährlich zu verzinsen war, ist in diesem Zusammenhang ohne Belang, da sich das persönliche Berechnungsbeispiel ausdrücklich auf das "1. Vermietungsjahr" und damit erkennbar auf die nach Fertigstellung der Anlage vorzunehmende endgültige Finanzierung der Wohnung bezog.

3. Zahlungsansprüche der Beklagten aus dem Darlehensvertrag vom 1./4. Juli 1994 sind aber nach dem in der Revisionsinstanz zugrunde zu legenden Sachverhalt aufgrund der vom Kläger bereits in der Klageschrift erklärten Aufrechnung mit Ansprüchen aus ungerechtfertigter Bereicherung zumindest teilweise erloschen. Diese Aufrechnungserklärung hat das Berufungsgericht - von seinem Standpunkt aus konsequent - nicht berücksichtigt. Dem Kläger steht ein Anspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB zu, da die von ihm auf den Darlehensvertrag vom 30. Dezember 1992 erbrachten Zahlungen ohne Rechtsgrund erfolgt sind.

a) Aus diesem Zwischenfinanzierungsvertrag hat die Beklagte keine Ansprüche gegen den Kläger erlangt. Der Darlehensvertrag vom 30. Dezember 1992 ist nicht wirksam für den Kläger abgeschlossen wor-

den. Die dabei für den Kläger tätig gewordene Geschäftsbesorgerin besaß keine Vertretungsmacht, da die ihr am 17. Dezember 1992 erteilte umfassende Vollmacht wegen Verstoßes des zwischen ihr und dem Kläger geschlossenen Geschäftsbesorgungsvertrages gegen Art. 1 § 1 RBerG unwirksam war (siehe oben 1 b bb). Die Vollmacht ist hinsichtlich des am 30. Dezember 1992 abgeschlossenen Vertrages über die Zwischenfinanzierung auch nicht nach § 172 BGB als wirksam zu behandeln. Die Anwendung des § 172 Abs. 1 BGB setzt voraus, daß der Beklagten spätestens bei Abschluß des Darlehensvertrages vom 30. Dezember 1992 eine Ausfertigung der die Geschäftsbesorgerin als Vertreterin des Klägers ausweisenden notariellen Vollmachtsurkunde vorlag (siehe oben 1 b cc). Das war nicht der Fall. Nach dem eigenen Vorbringen der Beklagten ist ihr die notarielle Ausfertigung der Vollmachtsurkunde erst mit Schreiben vom 6. Januar 1993 übersandt worden, lag bei Vertragsabschluß also noch nicht vor.

b) Ein Rechtsgrund für die Überweisung der Darlehensvaluta aus dem Vertrag vom 1./4. Juli 1994 zur Tilgung des Zwischenkredits kann auch nicht in einem Bereicherungsanspruch der Beklagten gefunden werden. Der Beklagten steht im Zusammenhang mit der Bereitstellung der Darlehensvaluta aus dem Zwischenfinanzierungsvertrag nach dem in der Revisionsinstanz zugrunde zu legenden Sachverhalt ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung gegen den Kläger nicht zu.

aa) Der Kläger hat die Darlehensvaluta aus der Zwischenfinanzierung nicht erhalten. Sie ist auf ein Konto überwiesen worden, das die Geschäftsbesorgerin im Jahre 1992 für den Kläger eröffnet hat. Dies ist ohne eine wirksame Vollmacht und auch ohne eine Legitimation nach

§ 172 BGB erfolgt, so daß der Kläger nicht wirksam Inhaber des Kontos geworden ist. Daß der Kläger die vollmachtlose Kontoeröffnung durch die Geschäftsbesorgerin konkludent genehmigt hätte, ist nicht ersichtlich. Eine Genehmigung durch schlüssiges Verhalten setzt voraus, daß der Genehmigende die Unwirksamkeit kennt oder zumindest mit ihr rechnet und daß in seinem Verhalten der Ausdruck des Willens zu sehen ist, das bisher als unverbindlich angesehene Geschäft verbindlich zu machen (st.Rspr., zuletzt Senatsurteile vom 29. April 2003 - XI ZR 201/02, ZIP 2003, 1692, 1696, vom 16. September 2003 - XI ZR 74/02, BKR 2003, 942, 944 f. und vom 2. Dezember 2003 - XI ZR 421/02, WM 2004, 372, 375, XI ZR 428/02 und XI ZR 429/02, jeweils Umdruck S. 14). Dazu ist nichts vorgetragen.

bb) Der Kläger hat die Darlehensvaluta aus dem Zwischenfinanzierungsvertrag auch nicht deshalb empfangen, weil er oder ein wirksam bevollmächtigter Vertreter hierüber verfügt hätten. Nach dem insoweit für das Revisionsverfahren zugrunde zu legenden Vorbringen des Klägers hat nicht er, sondern die Geschäftsbesorgerin über die bereitgestellten Gelder verfügt, und zwar noch im Jahre 1992. Eine solche Verfügung einer ohne wirksame Vollmacht handelnden und auch nicht durch § 172 BGB legitimierten Vertreterin hat sich der Kläger nicht zurechnen zu lassen (vgl. BGHZ 147, 145, 149 f.).

c) Die Beklagte hat danach den zur Ablösung des Zwischenfinanzierungsdarlehens aufgewendeten - mit dem Darlehensvertrag vom 1./4. Juli 1994 finanzierten - Geldbetrag und auch die zuvor auf das Zwischenfinanzierungsdarlehen erbrachten laufenden Leistungen ohne Rechtsgrund erlangt. Die vom Kläger mit diesem Bereicherungsanspruch

erklärte Aufrechnung hat die Zins- und Rückzahlungsansprüche der Beklagten aus dem Darlehen vom 1./4. Juli 1994 jeweils in dem Zeitpunkt zum Erlöschen gebracht, in dem sich die Ansprüche aufrechenbar gegenüberstanden (§ 389 BGB). Daß die mit Vertrag vom 1./4. Juli 1994 vereinbarten Darlehen bis zum Ende der Festschreibungszeit am 31. Juli 2001 nicht vorzeitig getilgt werden konnten und damit nicht erfüllbar waren, steht dem nicht entgegen, sondern hat lediglich zur Folge, daß bis dahin nur die monatlich fällig werdenden Zins- und Tilgungsraten von 567,20 DM und 2.065,41 DM erfüllbar waren, während die restliche Darlehensforderung der Beklagten dem Bereicherungsanspruch des Klägers erst am 1. August 2001 aufrechenbar gegenüberstand.

4. Auch der vom Kläger geltend gemachte Zahlungsanspruch über 146.710,20 DM zuzüglich Zinsen kommt danach in Betracht.

### III.

Das angefochtene Urteil war danach aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Die Sache ist nicht zur Endentscheidung reif. Das Berufungsgericht hat zur Aufrechnungsforderung und zum Zahlungsanspruch des Klägers keine Feststellungen getroffen. Die Sache war daher zur weiteren Sachaufklärung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Die Zurückverweisung bietet der Beklagten Gelegenheit, ihr in der Revisionserwiderung enthaltenes neues Vorbringen zur Valutierung des Zwischenfinanzierungsdarlehens, das bisher nicht berücksichtigt werden konnte (§ 559 Abs. 1 Satz 1 ZPO), in den Rechtsstreit einzuführen, und gibt dem Kläger die Möglichkeit, insbesondere

seine auf den Zwischenfinanzierungsvertrag erbrachten Leistungen zu präzisieren.

Nobbe

Bungeroth

Müller

Wassermann

Appl