



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

XI ZR 19/05

Verkündet am:  
17. Oktober 2006  
Weber  
Justizamtsinspektorin  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

---

BGB §§ 164, 675, 705, 780; ZPO §§ 727, 736, 794 Abs. 1 Nr. 5;  
RBerG Art. 1 § 1

- a) Ein Vertrag, durch den ein Immobilienfonds in der Form einer GbR die Führung seiner Geschäfte umfassend auf einen Geschäftsbesorger überträgt, der nicht Gesellschafter der GbR ist, sowie die ihm erteilte umfassende Vollmacht fallen grundsätzlich nicht in den Anwendungsbereich des Art. 1 § 1 RBerG (Bestätigung des Senatsurteils vom 18. Juli 2006, WM 2006, 1673).
- b) Der von Gesellschaftern einer kreditnehmenden GbR dem Geschäftsbesorger der GbR außerhalb des Gesellschaftsvertrages erteilte Auftrag mit Vollmacht, sie nicht nur bei der Abgabe vollstreckbarer Schuldversprechen gegenüber der kreditgebenden Bank zu vertreten, verstößt gegen Art. 1 § 1 RBerG.
- c) Sind Gesellschafter einer kreditnehmenden GbR aufgrund des Darlehensvertrages und Gesellschaftsvertrages zur Abgabe vollstreckbarer Schuldversprechen in Höhe ihrer kapitalmäßigen Gesellschaftsbeteiligung verpflichtet, so ist auch ein Drittgeschäftsführer der GbR zur Abgabe der vollstreckbaren Schuldversprechen für die Gesellschafter berechtigt (Bestätigung der Senatsurteile vom 2. Dezember

2003, WM 2004, 372, vom 15. Februar 2005, WM 2005, 1698 und vom 25. Oktober 2005, WM 2006, 177).

- d) Die Zwangsvollstreckung in das Vermögen einer GbR erfordert nicht einen Titel gegen die Gesellschaft als solche. Ausreichend ist auch ein Titel gegen alle Gesellschafter als Gesamtschuldner, nicht dagegen ein solcher gegen alle Gesellschafter als Teilschuldner der Verbindlichkeit der GbR.
- e) Ein Vollstreckungstitel gegen den Gesellschafter einer GbR kann, was dessen persönliche Haftung angeht, nach Übernahme seines Gesellschaftsanteils, nicht auf den neuen Gesellschafter umgeschrieben werden.

BGH, Urteil vom 17. Oktober 2006 - XI ZR 19/05 - KG Berlin  
LG Berlin

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 18. Juli 2006 durch den Vorsitzenden Richter Nobbe, die Richter Dr. Müller, Dr. Joeres, die Richterin Mayen und den Richter Prof. Dr. Schmitt

für Recht erkannt:

Die Revisionen der Klägerin zu 1) und des Klägers zu 113) gegen das Urteil des 16. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 16. Dezember 2004 werden zurückgewiesen.

Auf die Rechtsmittel der übrigen noch am Verfahren beteiligten Revisionskläger werden das vorgenannte Urteil aufgehoben und das Urteil der 21. Zivilkammer des Landgerichts Berlin vom 13. Januar 2004 abgeändert, soweit zum Nachteil dieser Revisionskläger erkannt worden ist. Die Zwangsvollstreckung aus der ersten vollstreckbaren Ausfertigung der Urkunde des Notars W. in B. vom 5. August 1992 zur UR-Nr. ... wird in Bezug auf diese Revisionskläger für unzulässig erklärt.

Von den Gerichtskosten tragen die Klägerin zu 1) 65%, der Kläger zu 113) 2,8% und die Beklagte 32,2%. Die Klägerin zu 1) und der Kläger zu 113) tragen ihre außergerichtlichen Kosten selbst. Von den außergerichtlichen Kosten der Beklagten trägt die Klä-

gerin zu 1) 65% und der Kläger zu 113) 2,8%. Die Beklagte trägt die außergerichtlichen Kosten der übrigen noch am Verfahren beteiligten Revisionskläger sowie 32,2% ihrer eigenen außergerichtlichen Kosten.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Kläger wenden sich gegen die Zwangsvollstreckung der beklagten Bank aus einer vollstreckbaren notariellen Urkunde. Dem liegt folgender Sachverhalt zugrunde:
  
- 2 Die Klägerin zu 1) ist eine im Jahre 1991 in der Rechtsform einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts von den Herren K. und R. sowie der Ä. GmbH und der Re. Steuerberatungsgesellschaft mbH gegründete Immobilienfondsgesellschaft (im Folgenden: GbR). Die anderen Kläger sind ihr beigetretene Gesellschafter. Zweck der Gesellschaft ist die Errichtung, Nutzung und Bewirtschaftung eines Wohn- und Geschäftshauses in B. . Das Objekt sollte zum Teil mit Einlagen noch zuwerbender Gesellschafter, im Übrigen mit Bankkrediten finanziert werden. Der Gesellschaftsvertrag sieht vor, dass die beitretenden Gesellschafter Gläubigern der Gesellschaft mit ihren Privatvermögen quotal entsprechend ihrer kapitalmäßigen Beteiligung an der Gesellschaft, in der Höhe jedoch unbegrenzt haften. Insoweit sind alle Gesellschafter verpflichtet, ent-

sprechende Schuldverpflichtungen zu übernehmen und deswegen persönliche Schuldanerkenntnisse abzugeben.

3 Die Geschäftsführung der Gesellschaft wurde den Gründungsgesellschaftern K. und Ä. GmbH übertragen, die Teile ihrer Aufgaben Dritten übertragen und zur Durchführung ihrer Aufgaben einen Geschäftsbesorger beauftragen konnten, der nach ihren Weisungen tätig werden sollte. Die unterschriftsreife Ausarbeitung aller zur Realisierung des Gesellschaftszwecks erforderlichen Verträge war Aufgabe des Gründungsgesellschafters K., der dafür eine besondere Vergütung erhielt.

4 Zusammen mit dem Gesellschaftsvertrag schloss die GbR mit der I. GmbH (im Folgenden: Geschäftsbesorgerin), vertreten durch ihren Geschäftsführer, den Gründungsgesellschafter K., einen Geschäftsbesorgungsvertrag, in dem sie ihr umfassend die Aufgaben der Geschäftsführung, allerdings nicht die Erarbeitung der von der GbR abzuschließenden Verträge, übertrug. Die Geschäftsbesorgerin war an die Weisungen der geschäftsführenden Gesellschafter gebunden. Die Gründungsgesellschafter erteilten der Geschäftsbesorgerin, die keine Erlaubnis nach dem Rechtsberatungsgesetz besitzt, Vollmacht, sie in allen die GbR betreffenden Angelegenheiten zu vertreten.

5 Die GbR, vertreten durch die Geschäftsbesorgerin, diese vertreten durch ihren Geschäftsführer K., sowie K. persönlich unterzeichneten am 26. Juni 1991 zwei Realkreditverträge mit der Rechtsvorgängerin der Beklagten (im Folgenden: Beklagte) über 21.360.000 DM und 15.000.000 DM und am 5. November 1991 einen weiteren Realkreditver-

trag über 408.000 DM jeweils zur Finanzierung ihres Bauvorhabens, die in der Folgezeit valuiert wurden. Während die Haftung der anderen Gründungsgesellschafter gegenständlich auf das Grundstück der GbR beschränkt wurde, erklärte sich K. jeweils bereit, über die Darlehensbeträge zuzüglich Zinsen ein persönliches vollstreckbares Schuldversprechen abzugeben. Eine Haftungsbeschränkung der der GbR beitretenden Gesellschafter sowie ein persönliches vollstreckbares Schuldversprechen dieser Gesellschafter sehen die Darlehensverträge nicht vor. Als Sicherheit bestellte der Geschäftsführer K. der Geschäftsbesorgerin am Grundstück der GbR eine vollstreckbare Grundschuld über 36.768.000 DM und unterwarf sich unter Übernahme der persönlichen Haftung der Zwangsvollstreckung in sein gesamtes Vermögen.

6 In der Folgezeit traten die Kläger, vor allem besser verdienende Geschäftsleute und Akademiker, der GbR unter Übernahme von Gesellschaftsanteilen in unterschiedlicher Höhe bei. Nach dem Inhalt der notariell beurkundeten Beitrittserklärungen waren ihnen der Inhalt des Gesellschaftsvertrages und des Geschäftsbesorgungsvertrages bekannt. Sie erkannten den Gesellschaftsvertrag als verbindlich an und erteilten den geschäftsführenden Gesellschaftern der GbR sowie der Geschäftsbesorgerin wie schon im Emissionsprospekt vorgesehen eine umfassende Vollmacht, die diese unter anderem dazu berechtigte, sie entsprechend den gesellschaftsvertraglichen Haftungsregelungen gegenüber Darlehensgebern zu verpflichten und insoweit auch der sofortigen Zwangsvollstreckung in ihr persönliches Vermögen zu unterwerfen.

7 Am 5. August 1992 erklärte K. , geschäftsführender Gesellschafter der GbR, im eigenen Namen als Gesellschafter der GbR sowie als

Geschäftsführer der Geschäftsbesorgerin unter Vorlage der Vollmachten der Kläger im Original oder in Ausfertigung sowie des Gesellschaftsvertrages im Original in notarieller Urkunde die Übernahme der persönlichen Haftung gegenüber der Beklagten in Höhe der aus der anliegenden Gesellschafterliste ersichtlichen Teilbeträge der Grundschuldsumme über 36.768.000 DM sowie die Unterwerfung der Kläger unter die Zwangsvollstreckung in ihr gesamtes Vermögen.

8 In der Folgezeit geriet die GbR mit der Rückzahlung der Darlehen in Rückstand, weil die Mieteinnahmen hinter den Erwartungen zurückblieben. Die Beklagte drohte deshalb mit einer fristlosen Kündigung der Kreditverträge und einer Verwertung der gestellten Sicherheiten.

9 Die Kläger machen vor allem geltend, die von der Geschäftsbesorgerin namens der Fondsgesellschafter abgegebenen notariellen Vollstreckungsunterwerfungserklärungen seien nichtig, da die ihr erteilten Vollmachten gegen das Rechtsberatungsgesetz verstießen. Aus denselben Gründen sei auch eine Darlehensverbindlichkeit der GbR nicht wirksam begründet worden, so dass einer Zwangsvollstreckung aus der notariellen Urkunde vom 5. August 1992 die Einrede der ungerechtfertigten Bereicherung entgegenstehe.

10 Das Landgericht hat das Begehren, die Zwangsvollstreckung aus der vollstreckbaren Urkunde für unzulässig zu erklären und die Urkunde herauszugeben, abgewiesen. Die dagegen gerichtete Berufung der Kläger ist ohne Erfolg geblieben. Mit der - vom Berufungsgericht - zugelassenen Revision verfolgen sie ihren Klageantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

11 Die Revisionen der Kläger sind mit Ausnahme der GbR (Klägerin zu 1) und des Klägers zu 113) begründet.

I.

12 Der XI. Zivilsenat ist, anders als mehrere Kläger meinen, nach dem Geschäftsverteilungsplan des Bundesgerichtshofs (A I, XI. Zivilsenat, Nr. 3) für die Entscheidung dieses Rechtsstreits zuständig. Die Parteien streiten über die Wirksamkeit vollstreckbarer Schuldanerkenntnisse, denen darlehensvertragliche Beziehungen zugrunde liegen. Eine Zuständigkeit des II. Zivilsenats (A VI Nr. 2a) ist nicht gegeben, weil für die Entscheidung, insbesondere über die Anwendbarkeit des Rechtsberatungsgesetzes, nicht überwiegend gesellschaftsrechtliche Fragen in Betracht kommen. Die Erteilung umfassender Vollmachten an Nichtgesellschafter einer GbR ist nach ständiger Rechtsprechung des II. Zivilsenats zulässig (BGH, Urteil vom 20. September 1993 - II ZR 204/92, WM 1994, 237, 239 m.w.Nachw.). Ob der Schwerpunkt der Tätigkeit eines Geschäftsbesorgers auf rechtlichem oder auf wirtschaftlichem Gebiet liegt und welche rechtliche Konsequenzen daraus zu ziehen sind, ist nicht überwiegend eine gesellschaftsrechtliche Frage, sondern durch Auslegung des Rechtsberatungsgesetzes zu beantworten. Anders als ein Teil der Kläger meint, spielen Fragen eines kreditfinanzierten Beitritts zu einer Immobilienfondsgesellschaft im vorliegenden Fall, in dem die Beklag-

te nicht Beitritte zu einem Immobilienfonds finanziert, sondern Darlehen zur Finanzierung des Fondsobjekts ausgereicht hat, keinerlei Rolle. Die von einem Teil der Kläger angesprochene Haftung von Gesellschaftern für Altschulden der GbR entsprechend § 130 HGB ist spätestens durch das Urteil des II. Zivilsenats vom 12. Dezember 2005 (II ZR 283/03, WM 2006, 187, 188) geklärt, so dass eine Abgabe der Sache an den II. Zivilsenat nicht zweckmäßig erscheint (Geschäftsverteilungsplan A VI Nr. 2a).

## II.

13 Das Berufungsgericht hat - soweit für das Revisionsverfahren bedeutsam - im Wesentlichen ausgeführt:

14 Die sich gegen die Wirksamkeit der notariellen Urkunde vom 5. August 1992 und damit gegen den Titel wendende prozessuale Gestaltungsklage der Kläger analog § 767 ZPO sei nicht begründet. Allerdings seien die Fondsgesellschafter bei Abgabe der persönlichen Schuldanerkenntnisse und Vollstreckungsunterwerfungen von der Geschäftsbesorgerin nicht wirksam vertreten worden, weil der zwischen ihr und der GbR geschlossene Geschäftsbesorgungsvertrag nach seinem Inhalt alle zur Verwirklichung des Gesellschaftszwecks erforderlichen Tätigkeiten trotz ihres ins Gewicht fallenden rechtsberatenden Charakters umfasse und daher wie auch die weit reichende Vollmacht wegen Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz nichtig sei. Die Kläger könnten sich aber nach dem Grundsatz von Treu und Glauben nicht mit Erfolg auf die Nichtigkeit der Vollstreckungsunterwerfungen berufen, da

die Gesellschafter aufgrund der in den Darlehensverträgen getroffenen Vereinbarungen zur Abgabe entsprechender Erklärungen verpflichtet seien. Die Beklagte habe bei Abschluss der Kreditverträge gemäß § 172 Abs. 1 i.V. mit § 171 Abs. 1 1. Alt. BGB a.F. auf die Wirksamkeit der umfassenden Vollmacht der Geschäftsbesorgerin vertrauen dürfen. Die Ausfertigung der notariellen Vollmachtsurkunde sei auch bei einer gegen das Rechtsberatungsgesetz verstoßenden Abschlussvollmacht eine ausreichende Rechtsscheingrundlage im Sinne dieser Vorschriften, wenn die Urkunde dem Vertragsgegner, wovon hier nach den Gesamtumständen auszugehen sei, spätestens bei Abschluss der Darlehensverträge vorgelegen habe. Jedenfalls ergebe sich eine entsprechende Verpflichtung der Fondsgesellschafter aus der notariellen Urkunde vom 5. August 1992.

15            Einer Inanspruchnahme aus den Schuldanerkenntnissen könnten die Kläger auch nicht die Einrede der ungerechtfertigten Bereicherung (§ 821 BGB) entgegenhalten. Da K. die Kreditverträge nicht nur als Geschäftsführer der Geschäftsbesorgerin namens der GbR, sondern entsprechend der für unternehmensbezogene Geschäfte geltenden Auslegungsregel zugleich auch als geschäftsführender Gesellschafter unterzeichnet habe, sei eine Gesellschaftsschuld wirksam begründet worden. Nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes müsse ein BGB-Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft persönlich und mit seinem Privatvermögen einstehen, und zwar gemäß § 130 HGB (analog) auch soweit die Schuld bereits bei seinem Eintritt in die GbR bestanden habe. Dass der Bundesgerichtshof einen Vertrauensschutz zugunsten des vor Änderung seiner Rechtsprechung in eine Fondsgesellschaft eingetretenen Gesellschafters bejaht habe, ändere nichts, weil die Kreditaufnahme im Emissionsprospekt und im Gesellschaftsvertrag

ausdrücklich vorgesehen und der Gesellschaftszweck andernfalls nicht zu erreichen gewesen sei. Im Übrigen würden die Fondsgesellschafter aufgrund der gesellschaftsvertraglichen und prospektierten Haftungsbeschränkungen im Ergebnis nicht schlechter gestellt als nach der früheren Rechtslage.

- 16 Die Darlehensverträge und die persönlichen Schuldanerkenntnisse der Kläger seien schließlich auch weder nach dem Verbraucherkreditgesetz nichtig noch nach dem Haustürwiderrufsgesetz wirksam widerrufen worden.

### III.

- 17 Diese Ausführungen halten rechtlicher Überprüfung in wesentlichen Punkten nicht stand. Die Ansicht des Berufungsgerichts, die Berufung der klagenden Fondsgesellschafter sowie der GbR auf die für nichtig erachteten persönlichen Schuldanerkenntnisse und Vollstreckungsunterwerfungserklärungen stelle eine unzulässige Rechtsausübung dar, lässt sich mit der gegebenen Begründung nicht halten.

- 18 1. Allerdings entspricht es gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, dass sich ein Darlehensnehmer, der nach dem Inhalt des Darlehensvertrages oder sonst schuldrechtlich verpflichtet ist, ein selbständiges Schuldversprechen mit einer Vollstreckungsunterwerfung als die Grundschuld verstärkende Sicherheit abzugeben, gemäß § 242 BGB treuwidrig verhält, wenn er versucht, aus der bisherigen Nichterfüllung seiner Verpflichtungen Vorteile zu ziehen (Senatsurteil vom

28. März 2006 - XI ZR 239/04, WM 2006, 853, 855 m.w.Nachw.). Aus diesem Grundsatz, der in gleicher Weise auch für Gesellschafter einer kreditnehmenden Fondsgesellschaft gilt (Senatsurteile vom 2. Dezember 2003 - XI ZR 421/02, WM 2004, 372, 375 f., vom 15. Februar 2005 - XI ZR 396/03, WM 2005, 1698, 1700 f. und vom 25. Oktober 2005 - XI ZR 402/03, WM 2006, 177, 179), vermag die Beklagte aber schon deshalb für sich nichts herzuleiten, weil die im Jahre 1991 mit der GbR geschlossenen Realkreditverträge - wie auch die Revisionserwiderung einräumt - keine derartigen die Kläger als Gesellschafter treffenden Verpflichtungen enthalten. Ebenso ist aus der notariellen Urkunde vom 5. August 1992 keine entsprechende Verpflichtung der Fondsanleger herzuleiten. Abstrakte Schuldanerkenntnisse und Vollstreckungsunterwerfungen tragen als Personalsicherheit ihren Rechtsgrund in sich selbst (Senatsurteil vom 15. März 2005 - XI ZR 135/04, WM 2005, 828, 831).

19            2. Überdies lässt sich eine Wirksamkeit der Realkreditverträge mit der Begründung des Berufungsgerichts nicht bejahen. Bei Abschluss der Verträge wurde die GbR allein von der Geschäftsbesorgerin vertreten. Dass der Gründungsgesellschafter K. die Vertragsurkunden jeweils nicht nur als Geschäftsführer der Geschäftsbesorgerin, sondern ein weiteres Mal ohne Zusatz unterschrieben hat, bedeutet nicht, dass er zugleich auch als geschäftsführender Gründungsgesellschafter im Namen der GbR aufgetreten ist. Ein solcher Wille lässt sich entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts auch nicht mit Hilfe der für so genannte unternehmensbezogene Geschäfte entwickelten Auslegungsregeln (vgl. dazu etwa MünchKommBGB/Schramm, 4. Aufl. § 164 Rdn. 23 m.w.Nachw.) feststellen. Vielmehr bezieht sich die zweite Unterschrift - worauf die Revisionen der Kläger zutreffend hinweisen - bei lebensna-

her Betrachtung ausschließlich auf die jeweils im eigenen Namen gegenüber der Beklagten abgegebenen persönlichen Verpflichtungserklärungen, insbesondere die zur Abgabe eines vollstreckbaren persönlichen Schuldversprechens.

20 Der Rechtsfehler des Berufungsgerichts ist auch nicht deshalb unschädlich, weil es die für nichtig erachtete umfassende Vollmacht der Geschäftsbesorgerin nach den Regeln des § 172 Abs. 1 BGB gegenüber der kreditgebenden Beklagten als wirksam angesehen hat. Die Vorschrift setzt voraus, dass der Beklagten spätestens bei Abschluss der Darlehensverträge eine Ausfertigung der die Geschäftsbesorgerin als Vertreterin der GbR ausweisenden notariellen Vollmachtsurkunde vorlag (st.Rspr., siehe z.B. BGHZ 102, 60, 63; Senat BGHZ 161, 15, 29 und Senatsurteil vom 28. März 2006 - XI ZR 239/04, aaO S. 855 m.w.Nachw.). Dazu hat das Berufungsgericht aber, wie die Revisionskläger zu Recht rügen, keine Feststellungen getroffen, sondern bloße Vermutungen angestellt.

#### IV.

21 Das angefochtene Berufungsurteil stellt sich nur, soweit es die Klägerin zu 1) (GbR) und den Kläger zu 113) betrifft, aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO). Die übrigen Kläger wenden sich zu Recht im Wege der prozessualen Gestaltungsklage analog § 767 ZPO gegen die Zwangsvollstreckung der Beklagten aus der notariellen Urkunde vom 5. August 1992, weil die Geschäftsbesorgerin von den Gesellschaftern nicht wirksam bevollmächtigt worden ist, für sie abstrakte

Schuldanerkenntnisse mit den streitigen Vollstreckungsunterwerfungserklärungen abzugeben.

22           1. Die GbR ist - anders als das Berufungsgericht ohne nähere Begründung angenommen hat - nach ihrem eigenen Vorbringen nicht klagebefugt. Gemäß § 736 ZPO bedarf es zur Zwangsvollstreckung in das Vermögen einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts eines Urteils gegen alle Gesellschafter; ausreichend ist aber auch ein anderer Vollstreckungstitel (siehe etwa Stein-Jonas/Münzberg, ZPO 22. Aufl. § 736 Rdn. 1). Dabei genügt es, wenn sich der Titel gegen alle Gesellschafter richtet, die nach der neuen Rechtsprechung des II. Zivilsenats des Bundesgerichtshofes (BGHZ 146, 341, 358; zuvor schon BGHZ 142, 315, 321) für die Schulden der rechts- und parteifähigen GbR gemäß §§ 128 ff. HGB (analog) akzessorisch, untereinander gesamtschuldnerisch und grundsätzlich unbeschränkt persönlich auch mit ihrem Privatvermögen haften. Ein Titel gegen die Gesellschaft als solche ist nicht erforderlich, es genügt vielmehr ein Titel gegen alle Gesellschafter als Gesamtschuldner (BGHZ 146, 341, 356; OLG Schleswig WM 2006, 583, 584).

23           Diese Voraussetzungen sind hier, worauf die Revisionserwiderung zu Recht hinweist, nicht erfüllt. Die geworbenen Gesellschafter haben in der notariellen Urkunde vom 5. August 1992 zur Sicherung der Darlehensrückzahlungsforderung der Beklagten lediglich Schuldanerkenntnisse über bestimmte Teilbeträge, die sich nach ihrer kapitalmäßigen Beteiligung an der Gesellschaft richteten, abgegeben und sich nur insoweit der sofortigen Zwangsvollstreckung in ihr gesamtes Privatvermögen unterworfen. Es liegt daher kein gegen alle geworbenen Gesellschafter als

Gesamtschuldner gerichteter Titel vor. Vielmehr könnte die Beklagte gegen die einzelnen Gesellschafter - die Wirksamkeit der Vollstreckungstitel vorausgesetzt - nur wegen titulierter Teilforderungen vollstrecken, die zusammen der darlehensvertraglichen Gesellschaftsschuld entsprechen. Dass sie beabsichtigt, aus den Vollstreckungstiteln auch in das Gesellschaftsvermögen zu vollstrecken, ist nicht ersichtlich.

24           Ob das Klagebegehren der GbR im Wege der Auslegung oder Umdeutung als Drittwiderspruchsklage im Sinne des § 771 ZPO angesehen werden könnte, bedarf hier keiner Entscheidung. Für eine zulässige Drittwiderspruchsklage fehlt jedenfalls ein Eingriff der Beklagten in das Gesellschaftsvermögen (zu dieser Voraussetzung vgl. etwa Zöller/Herget, ZPO 25. Aufl. § 771 Rdn. 5 f. m.w.Nachw.).

25           2. Das Berufungsurteil ist auch in Bezug auf den Kläger zu 113) im Ergebnis richtig.

26           a) Die von ihm erhobene prozessuale Gestaltungsklage entsprechend § 767 ZPO ist mangels Rechtsschutzinteresses unzulässig. Er gehört nicht zum Kreis der Gesellschafter, die 1991/1992 in die neu gegründete Gesellschaft eingetreten sind, sondern hat erst mit notariellem Vertrag vom 10. März 1994 den Geschäftsanteil eines anderen Gesellschafters erworben. Nach den eigenen Angaben des Klägers zu 113) fehlt deshalb ein auf seinen Namen lautendes notarielles Schuldanerkenntnis mit einer Vollstreckungsunterwerfung. Dafür, dass die Beklagte dennoch in sein Privatvermögen vollstrecken will, ist nichts vorgetragen. Eine Titelumschreibung nach § 727 ZPO könnte die Beklagte wegen des Gesellschafterwechsels nicht vornehmen, weil eine solche bezüglich der

Haftung des Klägers zu 113) mit seinem persönlichen Vermögen ausgeschlossen ist (Zöller/Stöber, ZPO 25. Aufl. § 736 Rdn. 5; HK-ZPO/Kindl, § 736 Rdn. 5).

27            b) Entgegen der Ansicht der Revision des Klägers zu 113) erweist sich die Entscheidung des Berufungsgerichts auch nicht deshalb als unzutreffend, weil es über seinen Hilfsantrag, festzustellen, dass eine persönliche Haftung aus den Darlehensverträgen vom 26. Juni 1991 und 10. Juli 1994 nicht besteht, nicht entschieden habe. Vielmehr hat das Berufungsgericht im Ergebnis zu Recht eine Haftung der klagenden Gesellschaft für die Darlehensverbindlichkeiten der GbR entsprechend § 130 HGB bejaht.

28            aa) Die zwischen der GbR und der Beklagten im Jahre 1991 geschlossenen Darlehensverträge sind wirksam.

29            (1) Die GbR wurde bei Abschluss der Darlehensverträge wirksam durch die Geschäftsbesorgerin vertreten. Wie der erkennende Senat bereits in seiner Entscheidung vom 18. Juli 2006 (XI ZR 143/05, WM 2006, 1673, 1674 f.) zu einem weitgehend wortgleichen Gesellschafts- und Geschäftsbesorgungsvertrag in Fortführung seiner bisherigen Rechtsprechung (Senatsurteile vom 2. Dezember 2003 - XI ZR 421/02, WM 2004, 372, 375, vom 15. Februar 2005 - XI ZR 396/03, WM 2005, 1698, 1700 f. und vom 25. Oktober 2005 - XI ZR 402/03, WM 2006, 117, 179; zustimmend Schimansky WM 2005, 2209, 2211; Lehleiter/Hoppe WM 2005, 2213, 2214; Goette DStR 2006, 337; Altmeppen ZIP 2006, 1, 5 ff.; Jungmann WuB VIII D. Art. 1 § 1 RBerG 8.05; ders. EWiR 2006, 201, 202; Aigner EWiR 2005, 417, 418; a.A. Ulmer ZIP 2005, 1341, 1343 f.; siehe

auch Habersack BB 2005, 1695, 1697) ausführlich begründet hat, fällt die Übertragung von Geschäftsführungsaufgaben durch den schuldrechtlichen Vertrag und die Erteilung umfassender Vollmachten an einen Nichtgesellschafter nicht in den Anwendungsbereich des Rechtsberatungsgesetzes. Ein solcher Vertrag ist seinem Inhalt nach, was das Berufungsgericht und Ulmer aaO verkennen, im Schwerpunkt nicht auf die Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten, sondern auf die Wahrung wirtschaftlicher Interessen der GbR und ihrer Gesellschafter gerichtet (Senatsurteil vom 18. Juli 2006 aaO S. 1675; siehe auch Schimansky aaO S. 2211). Nach dem Geschäftsbesorgungsvertrag gehörte die Ausarbeitung der von der GbR abzuschließenden Verträge nicht zu den Aufgaben der Geschäftsbesorgerin, sondern war ausdrücklich von dem geschäftsführenden Gesellschafter K. zu leisten, der dafür eine besondere Vergütung erhielt. Auf die Frage, ob die Geschäftsbesorgerin mit der ihr anvertrauten unternehmerischen Leitung der GbR eigene oder fremde Angelegenheiten besorgt hat (vgl. hierzu einerseits Lehleiter/Hoppe aaO S. 2214 f.; andererseits Ulmer aaO S. 1343 f.; Habersack aaO S. 1697), kommt es daher nicht entscheidend an.

30           (2) Die Kreditverträge sind entgegen der Ansicht eines Teils der Revisionskläger auch nicht gemäß § 4 Abs. 1, § 6 Abs. 1 VerbrKrG unwirksam. Verbraucher im Sinne dieser Vorschriften kann zwar grundsätzlich auch eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts sein (Senat BGHZ 149, 80, 83 ff.). Die Darlehensverträge fallen hier aber nicht in den Anwendungsbereich des Verbraucherkreditgesetzes, weil die Kredite nach dem Willen der Vertragsparteien für die gewerbliche Tätigkeit der GbR im Sinne der § 1 Abs. 1, § 3 Abs. 1 Nr. 2 VerbrKrG bestimmt waren (Senatsurteil vom 18. Juli 2006 aaO S. 1676).

31           bb) Der Kläger zu 113) haftet der Beklagten analog § 130 Abs. 1 HGB für die Verbindlichkeiten der GbR aus den Darlehensverträgen quotal entsprechend seiner kapitalmäßigen Beteiligung an der GbR persönlich mit seinem Privatvermögen.

32           (1) Nach der Entscheidung des II. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 12. Dezember 2005 (II ZR 283/03, WM 2006, 187, 188) muss ein Neugesellschafter für bereits begründete Verbindlichkeiten der GbR entsprechend § 130 HGB grundsätzlich in vollem Umfang persönlich und mit seinem Privatvermögen einstehen, wenn er sie bei seinem Eintritt in die Gesellschaft kennt oder wenn er deren Vorhandensein bei auch nur geringer Aufmerksamkeit hätte erkennen können.

33           So liegt der Fall auch hier. Damit, dass die werbende GbR die zur Finanzierung des Immobilienfonds erforderlichen und prospektierten Kredite bereits ganz oder teilweise aufgenommen hatte, musste ein Gesellschafter bei seinem Beitritt zur Gesellschaft unbedingt rechnen (vgl. Senatsurteil vom 18. Juli 2006 aaO S. 1676). Dies gilt in besonderem Maße für den Kläger zu 113), der erst nach Abschluss der Projektfinanzierung durch Anteilserwerb in die Gesellschaft eingetreten ist. Gründe des Vertrauensschutzes stehen daher seiner Inanspruchnahme nicht entgegen.

34           (2) Entgegen der Auffassung der Revision des Klägers zu 113) ist § 4 VerbrKrG, auch unter Berücksichtigung des § 18 Satz 2 VerbrKrG, nicht anwendbar. Einer unmittelbaren Anwendung steht entgegen, dass die persönliche Haftung für die Gesellschaftsschulden nicht durch ver-

tragliche Übernahme, sondern kraft Gesetzes begründet worden ist. Eine entsprechende Anwendung kommt angesichts des Regelungszwecks des § 4 VerbrKrG nicht in Betracht. Da die Darlehensverträge von der gewerblich handelnden GbR, nicht aber von den lediglich akzessorisch haftenden Anlagegesellschaftern geschlossen worden sind, mussten diesen die für einen Konditionenvergleich erforderlichen Informationen nicht erteilt werden (Senatsurteil vom 18. Juli 2006 aaO S. 1677).

35 Eine Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften ist insoweit nicht veranlasst. Nach Art. 2 Abs. 1 lit. a der Richtlinie 87/102/EWG des Rates zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Verbraucherkredit vom 22. Dezember 1986 (ABl. L 42/48) findet die Richtlinie auf Kreditverträge, die - wie hier - hauptsächlich zum Erwerb von Eigentumsrechten an Grundstücken und zur Errichtung eines Gebäudes dienen, keine Anwendung (Senatsurteil vom 18. Juli 2006 aaO S. 1677).

36 (3) Anders als die Revision des Klägers zu 113) meint, sind die Regeln über das verbundene Geschäft im Sinne des § 9 VerbrKrG auf die akzessorische Gesellschafterhaftung für die Darlehensschuld der GbR gemäß § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG nicht anwendbar. Die an die GbR ausgereichten Darlehen wurden von der Sicherung durch ein Grundpfandrecht abhängig gemacht und zu für grundpfandrechtlich abgesicherte Kredite üblichen Bedingungen gewährt (vgl. Senatsurteil vom 25. April 2006 - XI ZR 219/04, WM 2006, 1060, 1066 m.w.Nachw. und mit dem Hinweis, dass der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes an seiner abweichenden Auffassung nicht festhält). Davon abgesehen hat der Kläger zu 113) nicht zwei Verträge mit unterschiedlichen Vertragspart-

nern geschlossen, sondern ist lediglich in die GbR eingetreten (Senatsurteil vom 18. Juli 2006 aaO S. 1677).

37            3. Dagegen ist die Klage der übrigen Kläger begründet, da sie bei Abgabe der Vollstreckungsunterwerfungserklärungen von der Geschäftsbesorgerin nicht wirksam vertreten worden sind.

38            a) Eine Befugnis der Geschäftsbesorgerin, die geworbenen Gesellschafter zur Sicherung der Darlehensrückzahlungsforderungen in Höhe der auf die Beteiligungsquote beschränkten Haftung der sofortigen Zwangsvollstreckung in ihr Privatvermögen zu unterwerfen, ist aus dem zwischen ihr und der GbR wirksam geschlossenen Geschäftsbesorgungsvertrag nebst Vollmachtserteilung nicht herzuleiten. Zwar sollte die Geschäftsbesorgerin danach - wie ein Gesellschaftsorgan - für die Gesellschaft und ihre Gesellschafter insbesondere in der Gründungsphase umfassend tätig werden. Richtig ist auch, dass es zu den ureigenen Rechten und Pflichten der Geschäftsleitung gehört, die im Gesellschaftsvertrag vereinbarte Haftungsbeschränkung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern in vollem Umfang zur Geltung zu bringen. Im vorliegenden Streitfall ist die Begrenzung der akzessorischen Gesellschafterhaftung auf die kapitalmäßige Beteiligung aber im Gesellschaftsvertrag nicht an die Abgabe eines Schuldanerkenntnisses mit einer Vollstreckungsunterwerfung geknüpft. Der Gesellschaftsvertrag sieht vielmehr nur die Abgabe der Gesellschaftsbeteiligung entsprechender Schuldanerkenntnisse, nicht aber Vollstreckungsunterwerfungserklärungen der Gesellschafter vor.

- 39            b) Der von den geworbenen Gesellschaftern der Geschäftsbesorgerin und dem geschäftsführenden Gründungsgesellschafter K. außerhalb des Gesellschaftsvertrags erteilte Auftrag mitsamt Vollmacht, sie bei Abgabe der Vollstreckungsunterwerfungserklärungen gegenüber der kreditgebenden Bank, aber auch bei anderen Geschäften zu vertreten, verstößt gegen das Rechtsberatungsgesetz und ist damit nichtig.
- 40            aa) Nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes bedarf ein Geschäftsbesorger, der ausschließlich oder hauptsächlich die rechtliche Abwicklung eines Grundstückserwerbs oder Fondsbeitritts im Rahmen eines Steuersparmodells für den Erwerber besorgt, der Erlaubnis nach Art. 1 § 1 RBerG. Ein ohne diese Erlaubnis abgeschlossener Geschäftsbesorgungsvertrag, der so umfassende Befugnisse und Pflichten des Auftragnehmers enthält, ist grundsätzlich nichtig. Die Nichtigkeit erfasst nach dem Schutzgedanken des Art. 1 § 1 RBerG auch die dem Geschäftsbesorger erteilte umfassende Abschlussvollmacht (st.Rspr., siehe etwa BGHZ 145, 265, 269 ff.; 153, 214, 220 f.; 159, 294, 299 f.; Senatsurteile vom 9. November 2004 - XI ZR 315/03, WM 2005, 72, 73, vom 11. Januar 2005 - XI ZR 272/03, ZIP 2005, 521, 522, vom 15. Februar 2005 - XI ZR 396/03, WM 2005, 1698, 1700, vom 28. März 2006 - XI ZR 239/04, WM 2006, 853, 854, vom 25. April 2006 - XI ZR 219/04, WM 2006, 1060, 1061 und vom 11. Juli 2006 - XI ZR 12/05, Umbruck S. 6).
- 41            bb) Nach diesen Maßstäben ist der umfangreiche Geschäftsbesorgungsvertrag nebst Vollmachtserteilung, der den beitretenden Gesellschaftern von den Gründungsgesellschaftern und/oder Fondsinitalatoren vorgegeben war, wegen Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz

nichtig. Insbesondere die davon unter anderem umfasste Unterwerfung der Gesellschafter unter die sofortige Zwangsvollstreckung in ihr Privatvermögen und die damit verbundene Schaffung eines Vollstreckungstitels im Sinne des § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO stellt eine rechtsbesorgende Tätigkeit dar. Dass die Gesellschafter für die Darlehensschuld der GbR gemäß §§ 128, 130 HGB (analog) akzessorisch persönlich und mit ihrem Privatvermögen haften, ändert an der rechtlichen Beurteilung nichts. Eine Verpflichtung der Gesellschafter zur Abgabe von Vollstreckungsunterwerfungserklärungen ergibt sich daraus nicht (Senatsurteil vom 25. Oktober 2005 - XI ZR 402/03, WM 2006, 177, 179). Da die Geschäftsbesorgerin keine Erlaubnis nach dem Rechtsberatungsgesetz besaß, konnte sie die Gesellschafter demnach bei Abgabe der Vollstreckungsunterwerfungserklärungen gegenüber der Beklagten nicht wirksam vertreten.

42 cc) Aus den Entscheidungen des erkennenden Senats vom 2. Dezember 2003 (XI ZR 421/02, WM 2004, 372, 375), vom 15. Februar 2005 (XI ZR 396/03, WM 2005, 1698, 1700 f.) und vom 25. Oktober 2005 (XI ZR 402/03, WM 2006, 177, 179) ergibt sich entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung nichts anderes. Zwar hat der Senat danach die von den Gesellschaftern dem geschäftsführenden Gesellschafter oder Geschäftsbesorger erteilte Vollmacht insoweit für wirksam erachtet, als sich die von ihnen vertretenen Gesellschafter im Darlehensvertrag der kreditnehmenden GbR gegenüber der Bank zur Abgabe vollstreckbarer Schuldanerkenntnisse in Höhe der kapitalmäßigen Beteiligungen verpflichtet hatten. Dabei ist aber zu beachten, dass die Abgabe derartiger Erklärungen der Gesellschafter in den dortigen Gesellschaftsverträgen der GbR anders als hier ausdrücklich vorgesehen war. Dies verpflichtet

und berechtigt jeden, der die werbende Gesellschaft nach außen vertritt, die Gesellschafter im Umfang der gesellschaftsvertraglichen Regelungen gegenüber den Gesellschaftsgläubigern zu verpflichten, auch wenn diese Regelungen die Abgabe vollstreckbarer Schuldanerkenntnisse vorsehen. Die Vollmacht dazu ist dem Gesellschaftsvertrag, sei es für den Geschäftsbesorger auch erst in Verbindung mit dem umfassenden Geschäftsbesorgungsvertrag, immanent (Jungmann EWiR 2006, 201, 202).

V.

43 Das Berufungsurteil war daher, soweit es nicht die Klägerin zu 1) und den Kläger zu 113) betrifft, aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Da weitere Feststellungen zur Frage der Wirksamkeit der Vollmacht der Geschäftsbesorgerin zur Abgabe der Vollstreckungsunterwerfungen namens der übrigen Kläger nicht zu treffen sind, konnte der Senat gemäß § 563 Abs. 3 ZPO in der Sache selbst entscheiden und der Klage der Kläger zu

5)-7), zu 12) und 13), zu 15)-19), zu 21), zu 23) und 24), zu 26) und 27), zu 29)-32), zu 36)-42), zu 45)-48), zu 50)-52), zu 56)-59), zu 62)-66), zu 70)-72), zu 75) und 76), zu 81), zu 85), zu 88)-90), zu 94)-98), zu 102)-112) und zu 114)-119) stattgeben.

Nobbe

Müller

Joeres

Mayen

Schmitt

Vorinstanzen:

LG Berlin, Entscheidung vom 13.01.2004 - 21 O 476/03 -

KG Berlin, Entscheidung vom 16.12.2004 - 16 U 31/04 -