



# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

XI ZR 149/07

Verkündet am:  
27. Mai 2008  
Herrwerth,  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

---

RBerG Art. 1 § 1 Abs. 1;  
BGB §§ 171 f.

Schließt ein Vertreter, dessen Vollmacht nach Art. 1 § 1 Abs. 1 Satz 1 RBerG in Verbindung mit § 134 BGB nichtig ist, einen Darlehensvertrag, setzt seine Vertretungsbefugnis gemäß §§ 171 f. BGB voraus, dass die Vollmachtsurkunde spätestens bei Abschluss des Vertrages, nicht erst bei Auszahlung des Darlehens vorliegt.

BGH, Urteil vom 27. Mai 2008 - XI ZR 149/07 - OLG München  
LG München I

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 27. Mai 2008 durch den Vorsitzenden Richter Dr. h.c. Nobbe, die Richter Dr. Müller, Dr. Joeres, die Richterin Mayen und den Richter Dr. Grüneberg

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Kläger wird das Urteil des 19. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 15. Februar 2007 aufgehoben.

Auf die Berufung der Beklagten wird das Endurteil der 22. Zivilkammer des Landgerichts München I vom 20. April 2006 abgeändert.

Die Beklagte wird verurteilt, an die Kläger als Gesamtgläubiger 23.321,85 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 2. August 2005 zu zahlen.

Es wird festgestellt, dass der Beklagten aus dem Darlehensvertrag 1... keine Ansprüche gegen die Kläger zustehen.

Die weitergehende Klage und die Widerklage werden abgewiesen.

Im Übrigen werden die Rechtsmittel der Parteien und die Anschlussberufung der Kläger zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits tragen zu 65% die Kläger und zu 35% die Beklagte.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Kläger begehren die Rückabwicklung eines Darlehensvertrages, den sie mit der beklagten Bank zur Finanzierung einer Immobilienfondsbeteiligung geschlossen haben. Die Beklagte fordert mit der Widerklage die Rückzahlung des restlichen Darlehens.
  
- 2 Die Kläger, ein damals 42 Jahre alter Arzt und seine damals 36 Jahre alte, ebenfalls als Ärztin tätige Ehefrau, wurden 1992 von einem Vermittler - angeblich in ihrer Wohnung - geworben, sich zum Zweck der Vermögensbildung und Steuerersparnis an dem geschlossenen Immobilienfonds GbR G. zu beteiligen. Sie unterschrieben einen undatierten Zeichnungsschein, in dem sie sich verpflichteten, eine Beteiligung in Höhe von 235.000 DM zu übernehmen, und der A. Steuerberatungs GmbH (im Folgenden: Geschäftsbesorgerin) den Abschluss eines Treuhand- und Geschäftsbesorgungsvertrages anboten. Am 29. September 1992 erteilten sie der Geschäftsbesorgerin, die über eine Erlaubnis nach dem Rechtsberatungsgesetz nicht verfügte, eine umfassende notariell beglaubigte Vollmacht.
  
- 3 Die Geschäftsbesorgerin nahm das Angebot an und schloss namens der Kläger mit der Beklagten einen auf den 6. Oktober 1992 datierten Vertrag über Darlehen in Höhe von 103.024 DM und 66.701 DM. Das Disagio betrug jeweils 10%. Die Darlehen hatten Laufzeiten von 13 Jahren und sollten bei Fälligkeit mit Hilfe von Lebensversicherungen über 60.393 DM und 41.501 DM getilgt werden. Als Sicherheiten dienten ein Teil der auf dem Fondsgrundstück lastenden Grundschuld sowie die Abtretung der Rechte aus den Lebensversicherungen. Die Nettokreditbe-

träge über 91.691,60 DM und 59.363,90 DM wurden auf die vom 23. Oktober 1992 datierende Anweisung der Geschäftsbesorgerin von der Beklagten im November 1992 mit Wertstellung zum 30. Oktober 1992 auf einem Konto der Fondsgesellschaft valuiert.

4 Am 2. Juni 1997 und am 22. Juni 2002 erklärten sich die Kläger persönlich mit der Weiterführung der Darlehen zu geänderten Konditionen einverstanden.

5 Nachdem die Kläger von 2000 bis 2005 Zinsen in Höhe von insgesamt 27.726,35 € gezahlt hatten, erklärten sie am 4. Januar 2005 den Widerruf und den Rücktritt vom Darlehensvertrag. Die Beklagte kündigte die Darlehen wegen Zinsrückständen am 24. Juni 2005. Die Darlehen sind durch Auszahlung der Ablaufleistungen der Lebensversicherungen in Höhe von 72.828,95 € zum 1. August 2005 getilgt.

6 Die Kläger nehmen die Beklagte auf Rückzahlung der Zins- und Tilgungsleistungen in Höhe von 100.555,30 € nebst Zinsen und auf Erstattung vorgerichtlicher Rechtsverfolgungskosten in Höhe von 1.160,23 € Zug-um-Zug gegen Übertragung des Gesellschaftsanteils, diese wiederum Zug-um-Zug gegen Freistellung von allen Verpflichtungen der Kläger im Zusammenhang mit der Fondsbeteiligung und gegen Erstattung der an den Fonds geleisteten Nachschüsse in Höhe von 38.754,08 € sowie auf Feststellung, dass der Beklagten aus dem Darlehensvertrag kein Anspruch gegen die Kläger zustehe und dass die Beklagte mit der Annahme des Gesellschaftsanteils in Verzug sei, in Anspruch. Hilfsweise begehren sie die unbedingte Verurteilung der Beklag-

ten. Die Beklagte begehrt widerklagend die Zahlung der Darlehensrestforderung in Höhe von 17.417,18 € nebst Zinsen.

7            Das Landgericht hat die Beklagte zur Zahlung von 100.555,30 € nebst Zinsen Zug-um-Zug gegen Übertragung des Gesellschaftsanteils, diese wiederum Zug-um-Zug gegen Zahlung von 38.754,08 € verurteilt und festgestellt, dass der Beklagten aus dem Darlehensvertrag kein Anspruch gegen die Kläger mehr zusteht. Die Klage im Übrigen und die Widerklage hat es abgewiesen. Das Berufungsgericht hat die Klage abgewiesen, die Kläger zur Zahlung von 17.417,18 € nebst Zinsen verurteilt und die Anschlussberufung, mit der die Kläger ihre abgewiesenen erstinstanzlichen Anträge weiterverfolgt haben, zurückgewiesen. Mit der - vom Berufungsgericht zugelassenen - Revision verfolgen die Kläger ihr Klagebegehren weiter.

#### Entscheidungsgründe:

##### I.

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

9            Die Klage sei abzuweisen, weil die Kläger sich nicht auf die Nichtigkeit der Vollmacht der Geschäftsbesorgerin berufen könnten. Aufgrund des Ergebnisses der Beweisaufnahme stehe fest, dass der Beklagten die Ausfertigung der notariellen Vollmacht zwar nicht bei Abschluss des Darlehensvertrages am 6. Oktober 1992, wohl aber vor der Auszahlung des Darlehens am 30. Oktober 1992 vorgelegen habe. Dies sei nach dem

Zweck der Rechtsscheinhaftung und den Gesamtumständen des Falles der maßgebliche Anknüpfungzeitpunkt bei der Anwendung der §§ 171, 172 BGB. Der Wortlaut des § 172 Abs. 1 BGB möge zwar dafür sprechen, dass die Urkunde entsprechend der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (NJW 2005, 664 = WM 2005, 127) spätestens bei Abschluss des Darlehensvertrages vorliegen müsse. Andererseits komme es aber für den Schutz einer vorleistungspflichtigen Partei kraft Rechtsscheins erst auf den Zeitpunkt an, in dem sie etwas aus der Hand geben müsse. Auch zum Schutz des Vertretenen müsse der maßgebliche Zeitpunkt nicht auf den Vertragsschluss festgelegt werden, weil die Haftung aus Rechtsschein für ihn mit der Hingabe der verkörperten Vollmacht beginne. Außerdem sei die Einbettung der Vollmacht in ein Gesamtkonzept zu bedenken. Die Kläger hätten sich schon im Zeichnungsschein zur Erteilung der Vollmacht verpflichtet. Die Abwicklung sei zwischen den Parteien und der Geschäftsbesorgerin abgesprochen gewesen. Ferner sei dem Wortlaut des § 179 BGB zu entnehmen, dass eine Vollmachtsurkunde nachgereicht werden könne, ohne dass dies ein Fall der Genehmigung sei. Eine Trennung zwischen Kausal- und Erfüllungsgeschäft hätte im Übrigen zur Folge, dass der Darlehensvertrag unwirksam wäre, die Kläger aber gleichwohl die Auszahlung gegen sich gelten lassen müssten und damit Kondiktionsschuldner wären. Jedenfalls seien die Darlehensauszahlung und -entgegennahme nach Vollmachtvorlage als Bestätigung gemäß § 141 BGB anzusehen.

10            Der Zahlungsanspruch der Klägerin sei auch nicht gemäß § 3 HWiG begründet. Die Geschäftsbesorgerin habe den Darlehensvertrag nicht in einer Haustürsituation geschlossen. Die Kläger hätten auch nicht

behauptet, die notariell beglaubigte Vollmacht in ihrer Wohnung unterzeichnet zu haben.

11           Schadensersatzansprüche, etwa wegen einer arglistigen Täuschung des Vermittlers, seien nicht substantiiert dargetan.

12           Die Widerklage sei begründet. Die Beklagte habe den Darlehensvertrag wirksam gekündigt. Die Höhe der Darlehensrestschuld sei unstrittig.

13           Die Anschlussberufung der Kläger sei unbegründet, weil ihnen kein Anspruch gegen die Beklagte zustehe.

## II.

14           Diese Ausführungen halten rechtlicher Überprüfung im entscheidenden Punkt nicht stand.

15           1. Einen Schadensersatzanspruch wegen Aufklärungsverschuldens hat das Berufungsgericht allerdings rechtsfehlerfrei verneint. Die Revision macht ohne Erfolg geltend, der Vermittler habe die Kläger über die Fondsbeteiligung arglistig getäuscht. Substantiiertes Vorbringen der Kläger zu unrichtigen Angaben des Vermittlers fehlt. Sie werfen dem Vermittler lediglich allgemein vor, sie nicht ausreichend bzw. vollständig über alle Risiken der Fondsbeteiligung aufgeklärt zu haben. Dass der Vermittler insoweit vorsätzlich gehandelt hätte, wird nicht einmal ansatzweise dargelegt, geschweige denn unter Beweis gestellt.

- 16            2. Die Begründung, mit der das Berufungsgericht einen Anspruch gemäß § 3 HWiG verneint hat, ist rechtlich ebenfalls nicht zu beanstanden. Da der Darlehensvertrag durch die Geschäftsbesorgerin als Vertreterin der Klägerin abgeschlossen wurde, kommt es darauf an, ob diese sich in einer Haustürsituation befand (Senat BGHZ 144, 223, 227 f.; 161, 15, 32). Dies war unstreitig nicht der Fall.
- 17            3. Rechtsfehlerhaft ist hingegen die Auffassung des Berufungsgerichts, den Klägern stehe kein Anspruch gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB zu, weil der Darlehensvertrag vom 6. Oktober 1992 wirksam zustande gekommen sei.
- 18            a) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts reicht es, was den Darlehensvertrag angeht, für die Vertretungsbefugnis der Geschäftsbesorgerin gemäß § 171 Abs. 1, § 172 BGB nicht aus, dass der Beklagten die notariell beglaubigte Vollmacht der Geschäftsbesorgerin vor der Auszahlung der Darlehen vorlag. Die Vollmacht muss spätestens bei Abschluss des Darlehensvertrages vorliegen (st.Rspr., vgl. Senat BGHZ 161, 15, 29 und Urteile vom 20. April 2004 - XI ZR 164/03, WM 2004, 1227, 1228, vom 20. April 2004 - XI ZR 171/03, WM 2004, 1230, 1232, vom 9. November 2004 - XI ZR 315/03, WM 2005, 72, 75 und vom 4. Dezember 2007 - XI ZR 227/06, WM 2008, 244, 245 Tz. 16, für BGHZ vorgesehen; jeweils m.w.Nachw.). Das Senatsurteil vom 27. September 2005 - XI ZR 116/04, Umdruck S. 11, besagt entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung nichts anderes, weil es nicht die Wirksamkeit des Darlehensvertrags, sondern die Wirksamkeit der Auszahlungsanweisung betrifft.

19

Das Erfordernis der Vorlage spätestens bei Abschluss des Darlehensvertrages ergibt sich aus Wortlaut und Regelungszweck der §§ 171 f. BGB. Die Vorlage der Vollmachtsurkunde steht gemäß § 172 Abs. 1 BGB der besonderen Mitteilung einer Bevollmächtigung durch den Vollmachtgeber gleich. Erst wenn die Kundgabe der Bevollmächtigung durch diese Mitteilung erfolgt ist, ist der Bevollmächtigte gemäß § 171 Abs. 1 BGB zur Vertretung befugt. Der Adressat der Kundgabe kann sich auf die Rechtsscheinhaftung gemäß § 171 BGB nur berufen, wenn ihm bei Abschluss des Vertretergeschäfts die Mitteilung schon kundgemacht war (RGZ 104, 358, 360; MünchKomm/Schramm, BGB 5. Aufl. § 171 Rdn. 12; Bamberger/Roth/Habermeier, BGB, § 171 Rdn. 5; Palandt/Heinrichs, BGB 67. Aufl. § 171 Rdn. 2). § 171 BGB greift hingegen nicht ein, wenn die Mitteilung erst nach Abschluss des Vertretergeschäfts erfolgt (Soergel/Leptien, BGB 13. Aufl. § 171 Rdn. 2; Bamberger/Roth/Habermeier, BGB § 171 Rdn. 5). Das Vertrauen des Rechtsverkehrs, zu dessen Schutz § 171 Abs. 1 BGB eine Rechtsscheinvollmacht begründet (Staudinger/Schilken, BGB Neubearb. 2004, § 171 Rdn. 2 m.w.Nachw.), kann sich erst auf die Mitteilung bzw. die Vorlage der Vollmachtsurkunde gründen. Da sich dieses Vertrauen auf die Vertretungsbefugnis bezieht, kommt es auf den Zeitpunkt an, in dem von der Vertretungsmacht Gebrauch gemacht wird, d.h. den des Vertretergeschäfts, nicht aber, wie das Berufungsgericht meint, auf den Zeitpunkt, in dem der Vertragspartner durch eine vermögenswirksame Disposition etwas aus der Hand gibt. Aus § 179 Abs. 1 BGB ergibt sich entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nichts anderes. Dass die dort geregelte Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht nur besteht, sofern der Vertreter nicht seine Vertretungsmacht nachweist, erlaubt keinen

Rückschluss auf die Voraussetzungen der Vertretungsbefugnis gemäß §§ 171 f. BGB, insbesondere nicht auf den maßgeblichen Zeitpunkt der Vorlage der Vollmachtsurkunde.

20            b) Die Darlehensauszahlung und -entgegennahme stellen entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht etwa eine Bestätigung des Darlehensvertrages im Sinne des § 141 Abs. 1 BGB dar. Eine Bestätigung setzt einen Bestätigungswillen und damit das Bewusstsein der Unwirksamkeit des früheren Geschäfts voraus. Ob bereits aufgekommene Zweifel an der Wirksamkeit ausreichen, bedarf keiner Entscheidung. Das Berufungsgericht hat weder ein Bewusstsein der Parteien von der Unwirksamkeit des Darlehensvertrages noch diesbezügliche Zweifel festgestellt.

### III.

21            Das Berufungsurteil stellt sich aber aus anderen Gründen teilweise als richtig dar (§§ 561 ZPO).

22            1. Der Darlehensvertrag kommt allerdings als Rechtsgrund der Zins- und Tilgungsleistungen nicht in Betracht.

23            a) Er ist nicht etwa deshalb wirksam, weil die Geschäftsbesorgerin ihn aufgrund einer wirksam erteilten Vollmacht für die Kläger abgeschlossen hat.

24            aa) Die notariell beglaubigte Vollmacht vom 29. September 1992 ist entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung unwirksam.

- 25 Nach feststehender Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bedarf derjenige, der ausschließlich oder hauptsächlich die rechtliche Abwicklung eines kreditfinanzierten Fondsbeitritts im Rahmen eines Steuersparmodells für den Erwerber besorgt, der Erlaubnis nach Art. 1 § 1 RBerG. Ein ohne diese Erlaubnis abgeschlossener Geschäftsbesorgungsvertrag und eine umfassende Vollmacht zum Abschluss aller mit dem Erwerb oder der Finanzierung des Fondsanteils zusammenhängenden Verträge sind nichtig (st.Rspr.; vgl. BGHZ 145, 265, 269 ff.; 159, 294, 299; 167, 223, 227; Senatsurteile vom 25. April 2006 - XI ZR 219/04, WM 2006, 1060, 1061, vom 17. Oktober 2006 - XI ZR 185/05, WM 2007, 110, 112 Tz. 21 und vom 5. Dezember 2006 - XI ZR 341/05, WM 2007, 440, 441 Tz. 14, m.w.Nachw.).
- 26 Entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung hat die Vollmacht vom 29. September 1992 einen solchen umfassenden Charakter. Sie erstreckt sich auf die Erklärung des Beitritts zum Immobilienfonds, auf alle notariellen und grundbuchamtlichen Erklärungen, z.B. die Begründung von Grundpfandrechten, die Übernahme der persönlichen Haftung, die persönliche Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung in das gesamte Vermögen und die Abgabe von Sicherungszweckerklärungen, auf Rechtsgeschäfte im Zusammenhang mit der Instandsetzung und Bewirtschaftung des Gebäudes, auf alle Verträge zur Finanzierungsbeschaffung und -betreuung, auf die Abtretung von Ansprüchen gegen den Lebensversicherer und auf alle sonstigen erforderlichen oder zweckmäßigen Vereinbarungen.
- 27 Die Revisionserwiderung macht ohne Erfolg geltend, ein Teil der erfassten Verträge habe von der GbR abgeschlossen werden sollen, insoweit habe die Vollmacht entsprechend der bis zum Urteil des Bundes-

gerichtshofs vom 27. September 1999 (BGHZ 142, 315 ff.) herrschenden Rechtsauffassung die persönliche Haftung der Kläger als Gesellschafter begründen sollen. Dies ändert nichts daran, dass die Kläger die Geschäftsbesorgerin umfassend bevollmächtigt haben, diese Rechtsgeschäfte in ihrem Namen vorzunehmen und sie persönlich zu verpflichten. Im Übrigen hätte die Vollmacht auch ohne diesen Teil umfassenden Charakter, weil sie sich auf den Fondsbeitritt, die Darlehensverträge, die Übernahme der persönlichen Haftung, die persönliche Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung, die Abgabe von Sicherungszweckerklärungen, die Abtretung der Ansprüche aus den Lebensversicherungen und auf sonstige erforderliche und zweckmäßige Vereinbarungen erstreckt.

28           bb) Entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung ist dem von den Klägern unterschriebenen Zeichnungsschein keine Vollmacht zum Abschluss des Darlehensvertrages zu entnehmen.

29           Der Zeichnungsschein enthält keine ausdrückliche Vollmacht, sondern nur die Verpflichtung, dem Treuhänder eine umfassende Vollmacht zu erteilen. Er verweist zwar auch auf das Angebot zum Abschluss eines Treuhand- und Geschäftsbesorgungsvertrages, der in § 2 Nrn. 1 und 2 eine Vollmacht enthält. Diese ist aber ebenso wie die notariell beglaubigte Vollmacht vom 29. September 1992 unwirksam, weil sie umfassend alle Rechtshandlungen und Rechtsgeschäfte im Zusammenhang mit dem Fondsbeitritt, der Finanzierung, der dinglichen Absicherung, der Beratung und Betreuung der Gesellschaft, dem Erwerb, der Instandsetzung und der Vermietung des Grundbesitzes und alle sonstigen zur Erreichung des Vertragszweckes notwendigen, nützlichen oder dienlichen Erklärungen betrifft.

30 Dass der Zeichnungsschein auch den Gesellschaftsvertrag in Bezug nimmt, rechtfertigt keine andere Beurteilung. Der Gesellschaftsvertrag enthält, anders als die Revisionserwiderung meint, keine Vollmacht zum Abschluss des Darlehensvertrages. Nach § 2 Nr. 5 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrages wird das finanzierte Eigenkapital zwar aus der persönlichen Finanzierung der Gesellschafter nach Bedarf auf Anforderung der Geschäftsbesorgerin aufgenommen und als Einlage der Gesellschaft zur Verfügung gestellt. Dieser Klausel ist aber keine Bevollmächtigung der Geschäftsbesorgerin zu entnehmen, die Gesellschafter bei Abschluss der Darlehensverträge rechtsgeschäftlich zu vertreten.

31 b) Die Geschäftsbesorgerin war bei Abschluss des Darlehensvertrags auch nicht gemäß § 171 Abs. 1, § 172 BGB zur Vertretung der Kläger befugt. Die nach Beweisaufnahme getroffene Feststellung des Berufungsgerichts, die notariell beglaubigte Vollmacht habe der Beklagten bei Abschluss des Darlehensvertrags nicht vorgelegen, ist rechtlich nicht zu beanstanden. Die hiergegen gerichteten Verfahrensgegenrügen der Revisionserwiderung hat der Senat geprüft, aber nicht für durchgreifend erachtet (§ 564 Satz 1 ZPO).

32 c) Der Darlehensvertrag ist auch nicht durch die Vereinbarungen zur Konditionenanpassung, die die Kläger persönlich am 2. Juni 1997 und am 22. Juni 2002 unterschrieben haben, gemäß § 177 Abs. 1, § 184 Abs. 1 BGB wirksam geworden.

33 Die Anpassungsvereinbarungen enthalten entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung keine ausdrückliche Genehmigung. Sie dienen nicht dem Zweck, dem im Jahre 1992 geschlossenen Darlehensvertrag rückwirkend zur Wirksamkeit zu verhelfen und bringen an keiner Stelle

auch nur sinngemäß zum Ausdruck, dass dieser Vertrag genehmigt werden solle. Die von der Revisionserwiderung angeführte, in der Änderungsvereinbarung vom 22. Juni 2002 getroffene Bestimmung, dass die übrigen Bedingungen des alten Darlehensvertrages unverändert fortgelten, reicht hierfür nicht aus. Sie ist vielmehr Ausdruck der Vorstellung der Parteien, dass der Darlehensvertrag schon bisher gegolten hatte, zu einer Genehmigung also keine Veranlassung bestand.

34 Auch eine konkludente Genehmigung liegt nicht vor. Eine solche setzt voraus, dass der Genehmigende die Unwirksamkeit kennt oder zumindest mit ihr rechnet (Senat, Urteile vom 27. September 2005 - XI ZR 79/04, BKR 2005, 501, 503 und vom 27. Februar 2007 - XI ZR 56/06, WM 2007, 731, 732 Tz. 17). Dies ist vom Berufungsgericht nicht festgestellt und von den Parteien nicht vorgetragen worden.

35 2. Die Zahlungen der Kläger sind aber in Höhe der Nettokreditbeträge von insgesamt 77.233,45 € mit Rechtsgrund erfolgt. In Höhe dieses Betrages stand der Beklagten aufgrund der Auszahlung der Darlehen auf ein Konto der Fondsgesellschaft ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB gegen die Kläger zu. Die Kläger haben die Darlehensvaluta durch diese aufgrund der Anweisung der Geschäftsbesorgerin vom 23. Oktober 1992 erfolgte Auszahlung erlangt. Die Anweisung ist ihnen zuzurechnen, weil der Beklagten nach den rechtsfehlerfreien Feststellungen des Berufungsgerichts bei Ausführung der Anweisung eine Ausfertigung der notariell beglaubigten Vollmacht, die die Kläger der Geschäftsbesorgerin erteilt hatten, vorlag (vgl. Senat, Urteil vom 18. Dezember 2007 - XI ZR 324/06, WM 2008, 967, 971 Tz. 41).

- 36 a) Die Vertretungsbefugnis der Geschäftsbesorgerin ergibt sich insoweit, ungeachtet der Unwirksamkeit der Vollmacht, aus der entsprechenden Anwendung der §§ 171 bis 173 BGB. Diese Vorschriften sind Anwendungsfälle des allgemeinen Rechtsgrundsatzes, dass derjenige, der durch besonderen Kundgebungsakt einem gutgläubigen Dritten gegenüber wissentlich den Rechtsschein einer Vollmacht setzt, im Verhältnis zu dem Dritten an diese Kundgabe gebunden ist (BGHZ 102, 60, 64). Die §§ 171 bis 173 BGB dienen dem Vertrauensschutz zugunsten Dritter, die vom Fehlen der Vertretungsmacht des ihnen gegenüber handelnden Bevollmächtigten keine Kenntnis hatten oder haben mussten (Staudinger/Schilken, BGB Neubearb. 2004 § 171 Rdn. 1 f.).
- 37 Gemessen hieran kommt es für die Zurechenbarkeit der Zahlungsanweisung der Geschäftsbesorgerin entscheidend auf die Vorlage der Vollmachtsurkunde im Zeitpunkt der Ausführung der Zahlungsanweisung durch Überweisung auf das Konto der Fondsgesellschaft und nicht auf den Zeitpunkt der Erteilung der Zahlungsanweisung an. Für die Schutzwürdigkeit der Beklagten macht es keinen Unterschied, ob ihr die Vollmachtsurkunde bereits bei Erteilung der Zahlungsanweisung oder erst bei deren Ausführung vorlag. Da sie ihr Vertrauen auf den von den Klägern wissentlich gesetzten Rechtsschein einer Vollmacht erst durch die Ausführung der Zahlungsanweisung der Geschäftsbesorgerin betätigt hat, reicht es für die entsprechende Anwendung der §§ 171 bis 173 BGB aus, dass ihr die Vollmachtsurkunde in diesem Zeitpunkt vorlag.
- 38 b) Dass der Beklagten die Vollmachtsurkunde vor der Auszahlung der Darlehensvaluta an die Fondsgesellschaft vorlag, hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei festgestellt. Die hiergegen gerichteten Ver-

fahrensrügen der Revision hat der Senat geprüft, aber nicht für durchgreifend erachtet (§ 564 Satz 1 ZPO).

39            3. Die über die Nettokreditbeträge hinausgehenden Zahlungen der Kläger in Höhe von insgesamt 23.321,85 € sind hingegen ohne Rechtsgrund erfolgt.

#### IV.

40            Das angefochtene Urteil war daher aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Da weitere Feststellungen nicht zu treffen sind, hatte der Senat in der Sache selbst zu entscheiden (§ 563 Abs. 3 ZPO).

41            Die Beklagte war gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB zur Rückzahlung der über die Nettokreditbeträge hinausgehenden Leistungen der Kläger in Höhe von 23.321,85 € zu verurteilen. In Höhe der Nettokreditbeträge von insgesamt 77.233,45 € war die Klage hingegen abzuweisen. Dasselbe gilt für die Klage auf Erstattung der Kosten in Höhe von 1.160,23 €, die durch die vorgerichtliche Einschaltung eines Rechtsanwaltes angefallen sind. Ein Anspruch gemäß § 280 Abs. 1 und 2, § 286 Abs. 1 Satz 1 BGB besteht nicht, weil die Kläger die Beklagte nicht in Verzug gesetzt haben. Das Schreiben ihrer Prozessbevollmächtigten vom 26. August 2005 bezeichnet die geltend gemachten Ansprüche nicht hinreichend bestimmt. Die Beklagte hat die Erfüllung der Ansprüche auch nicht ernsthaft und endgültig verweigert. Die Beendigung der Vergleichsgespräche reicht dafür nicht aus.

42            Unbegründet ist auch der unter Berufung auf die frühere Rechtsprechung des II. Zivilsenats (BGHZ 159, 294, 309 ff.) gestellte Antrag,

die Beklagte Zug-um-Zug gegen Übertragung des Fondsanteils, diese wiederum Zug-um-Zug gegen Freistellung von allen Verpflichtungen der Kläger im Zusammenhang mit der Fondsbeteiligung und gegen Erstattung von Nachschüssen in Höhe von 38.754,08 €, die die Kläger aus Eigenmitteln geleistet haben, zu verurteilen. Der erkennende Senat hat diese Rechtsprechung, an der der II. Zivilsenat nicht festgehalten hat, aufgegeben (BGHZ 167, 223, 236 f. Tz. 37 ff.). Die Beklagte ist gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB nicht verpflichtet, die Kläger von Verpflichtungen im Zusammenhang mit dem Fondsbeitritt freizustellen und ihre Nachschüsse zu ersetzen. Auf den Hilfsantrag war deshalb nur die unbedingte Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von 23.321,85 € nebst Zinsen auszusprechen. Ebenso war der Antrag, den Verzug der Beklagten mit der Annahme der Fondsbeteiligung festzustellen, abzuweisen.

- 43           Zulässig und begründet ist hingegen die Klage auf Feststellung, dass der Beklagten aus dem Darlehensvertrag kein Anspruch gegen die Kläger mehr zusteht. Das Feststellungsinteresse ist nicht durch die Widerklage entfallen, weil diese nur einen Teil der Ansprüche aus dem Darlehensvertrag erfasst.

44 Die Widerklage war abzuweisen, weil der Darlehensvertrag unwirksam ist. Die Darlehensvaluta, die die Kläger aufgrund der ihnen zuzurechnenden Anweisung der Geschäftsbesorgerin erlangt haben, haben sie bereits zurückgezahlt.

Nobbe

Müller

Joeres

Mayen

Grüneberg

Vorinstanzen:

LG München I, Entscheidung vom 20.04.2006 - 22 O 23953/05 -

OLG München, Entscheidung vom 15.02.2007 - 19 U 3387/06 -