



Oberlandesgericht München

Zivilsenate Augsburg

Aktenzeichen: 27 U 509/03
zu 9 O 2905/02 LG Augsburg

Verkündet am 20. Mai 2009
Die Urkundsbeamtin:

Maier
Justizangestellte

EB Dr. R. Füllmich
Anwaltskanzlei
27. Mai 2009
~~10.06.09 Teilzeit be.~~
~~29.06.09 Nichtzul. beschw.~~
27.07.09 Nichtzul. b.b.

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

In dem Rechtsstreit

[Redacted name]

- Klägerin und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. Reiner Fuellmich, Senderstraße
37, 37077 Göttingen

gegen

Bayer. Hypo- u. Vereinsbank AG, vertreten durch den Vorstand Eckbert
Eisele, Dr. Peter Hoch u.a., Bayerstraße 16, 80335 München

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Sernetz und Kollegen, Karlsplatz 11,
80335 München

wegen Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung

erlässt der 27. Zivilsenat des Oberlandesgerichts München, Zivilsenate in Augsburg, durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Meizer und die Richter am Oberlandesgericht Merkle und Dr. Lichtenstern-Skopalik aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 06. Mai 2009 folgendes

ENDURTEIL:

I. Auf die Berufung der Klägerin wird das Endurteil des Landgerichts Augsburg vom 06.06.2003 in Ziffer I. dahingehend abgeändert, dass die Zwangsvollstreckung aus der vollstreckbaren Ausfertigung der Urkunde des Notars Dr. Zimmermann, Köln, UR-Nr. Z 4639/1993 vom 22.12.1993, für unzulässig erklärt wird, soweit sie in das persönliche Vermögen der Klägerin betrieben wird.

II. Die Beklagte trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

Von den Kosten des Rechtsstreits in erster Instanz tragen die Klägerin 1/3, die Beklagte 2/3.

III. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Beklagte kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin zuvor Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Gründe:

I.

Die Parteien streiten um die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung aus einer Grundschuldbestellungsurkunde, soweit sie in das persönliche Vermögen der Klägerin erfolgt.

Im Übrigen wird auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil Bezug genommen (§ 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO).

Das Landgericht hat die Klage mit der Begründung abgewiesen, der Geschäftsbesorgungsvertrag gemäß Angebot vom 06.12.1993 (Anl. K 4) sei zwar wegen Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz nichtig. Dies führe aber nicht zur Nichtigkeit der im Antrag auf Abschluss des Geschäftsbesorgungsvertrages erteilten Vollmacht im Außenverhältnis. Die Übernahme der persönlichen Haftung in Nr.4 der Grundschuldbestellungsurkunde vom 22.12.1993 (Anl. K 12) sei wirksam erfolgt. Auch stünden der Klägerin keine Schadensersatzansprüche wegen Verletzung einer vorvertraglichen Aufklärungspflicht zu. Einen Widerruf der Vollmacht nach dem HaustürWG habe sie nicht erklärt; außerdem sei ihre Willenserklärung von einem Notar beurkundet worden.

Gegen dieses Urteil hat die Klägerin Berufung eingelegt mit dem Antrag, die Zwangsvollstreckung für unzulässig zu erklären, soweit sie in ihr persönliches Vermögen betrieben werde. Die der Fa. Steuplan erteilte Vollmacht sei unwirksam und der Beklagten könne kein schützenswertes

Vertrauen in die Wirksamkeit der Vollmacht zugebilligt werden, insbesondere weil ihr eine Ausfertigung der Vollmacht bei Abschluss des Darlehensvertrages am 27./28.12.1993 nicht vorgelegen habe. Eine Zwangsvollstreckung könne die Beklagte auch deswegen nicht betreiben, weil sie trotz vorhandener Kenntnis sie nicht darüber aufgeklärt habe, dass Innenprovisionen von insgesamt 21,85 % vorhanden seien (die Klägerin habe Kenntnis nur von einer Provisionshöhe von 3,45 % gehabt), die prospektierte Miete nicht erzielbar sei und der Wert des Kaufobjekts weit unter dem Kaufpreis von insgesamt DM 206.800,00 gelegen habe. Hätte die Beklagte, die mit der Treuhänderin der Klägerin, der Fa. Steuplan, zusammengewirkt habe – die Fa. Steuplan sei ein „Profikreditvermittler“ der Beklagten gewesen – über diese Umstände aufgeklärt, hätte sie sich nicht zu diesem Geschäft entschlossen. Aus diesem Grunde sei sie auch unter Schadensersatzgesichtspunkten nicht zur Rückzahlung des Darlehens verpflichtet.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Landgerichts Augsburg vom 06.06.2003 aufzuheben und die Zwangsvollstreckung aus der vollstreckbaren Ausfertigung der Urkunde des Notars Dr. Zimmermann, Köln, URNr. Z 4639/1993 vom 22.12.1993, für unzulässig zu erklären, soweit sie in das persönliche Vermögen der Klägerin betrieben wird.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte vertritt die Auffassung, der Darlehensvertrag sei wirksam abgeschlossen worden, da bei seinem Abschluss eine Ausfertigung der Vollmacht vorgelegen habe. Die Grundsätze der Anscheins- und

Duldungsvollmacht seien anzuwenden. An einer unerlaubten Rechtsbesorgung sei sie nicht beteiligt gewesen und sie habe sich auf die Rolle der Kreditgeberin beschränkt. Erstmals am 10.12.1993 habe sich die Fa. Steuplan an sie mit einem Finanzierungsantrag für die Klägerin gewandt. Die von der Klägerin behaupteten Kenntnisse habe sie nicht gehabt. Ebenso wenig habe sie wie von der Klägerin vorgetragen mit der Fa. Steuplan zusammengewirkt.

Ergänzend wird auf die von den Parteien im Berufungsverfahren gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

Der Senat hat Beweis erhoben durch die uneidliche Vernehmung des Zeugen Christian Lotter. Wegen des Inhalts seiner Aussage wird auf die Niederschrift vom 06.05.2009 (Bl. 363/371 d.A.) Bezug genommen.

II.

Die Berufung erweist sich als begründet.

Der Darlehensvertrag vom 27.12./28.12.1993 ist nicht wirksam zustande gekommen mit der Folge, dass die in Ziffer 10.3. der Vertragsbedingungen vorgesehene Verpflichtung der Klägerin, sich der sofortigen Zwangsvollstreckung in ihr gesamtes Vermögen zu unterwerfen – was an sich rechtlich möglich ist, vgl. BGH WM 2003, 64, 66; 2005, 828 – hier nicht wirksam vereinbart ist. Dies bedeutet, dass die Beklagte aus der durch die Fa. Steuplan als Vertreterin der Klägerin erklärten Vollstreckungsunterwerfung vom 22.12.1993 (Anl. K 12) Rechte nicht herleiten kann, es der Klägerin somit nicht über § 242 BGB verwehrt ist, sich auf die Unwirksamkeit des Vollstreckungstitels zu berufen (vgl. BGH NJW 2006, 2118 f.).

Diese Einwendungen der Klägerin gegen die Wirksamkeit des Vollstreckungstitels vom 22.12.1993 (Anl. K 12) selbst sind als prozessuale Gestaltungsklage analog §§ 767, 794 Abs.1 Nr.5, 795 ZPO (vgl. BGH, WM 2005, 828) zu behandeln.

- a) Zwar konnte die Vollmacht, die die Klägerin der Fa. Steuplan als Geschäftsbesorgerin erteilt hat, nach dem Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften nicht wirksam widerrufen werden. Zum einen lag zwischen dem Besuch des Vermittlers im Oktober 1993 und dem Angebot auf Abschluss eines Geschäftsbesorgungsvertrages mit der dort unter Ziffer II. erteilten Vollmacht vom 06.12.1993 (Anl. K 4) ein Zeitraum, der eine Beeinflussung unter einer Haustürsituation sehr unwahrscheinlich macht. Zum anderen kommt es für das Vorliegen einer Haustürsituation auf die Situation des Vertreters bei Vertragsschluss an (s. BGH, NJW 2006, 2118/2119, Rdnr. 18).

Gesichtspunkte dafür, dass in seiner Person eine Haustürsituation vorgelegen hätte, sind jedoch bei weitem nicht erkennbar. Bei dieser Sachlage kann unerörtert bleiben, dass die Vollmacht darüber hinaus notariell beurkundet worden ist (vgl. § 1 Abs. 2 Nr. 3 HaustürWG).

- b) Die mit dem Angebot auf Abschluss eines Geschäftsbesorgungsvertrages erteilte Vollmacht unter Ziffer II. der Anlage K 4 ist aber wegen Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz unwirksam.

Nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (s. BGH a.a.O., S. 2119 Rdnr. 21) bedarf derjenige, der ausschließlich oder hauptsächlich die rechtliche Abwicklung eines Grundstückserwerbs im Rahmen eines Steuersparmodells für den Erwerber besorgt, der Erlaubnis nach Art. 1 § 1 Abs. 1 S. 1 des damals geltenden RBerG. Ein - wie hier - ohne diese Erlaubnis abgeschlossener Geschäftsbesorgungsvertrag, der so umfassende Befugnisse enthält,

wie sie sich aus Anlage K 4 ergeben, ist nichtig. Die Nichtigkeit erfasst neben der umfassenden Abschlussvollmacht auch die zur Abgabe der Vollstreckungsunterwerfungserklärung erteilte Prozessvollmacht, deren Nichtigkeit mit Hilfe der §§ 171, 172 BGB nicht überwunden werden kann (vgl. BGH NJW 2006, 2118), was auch dann gilt, wenn - wie hier - die Vollmacht in einer eigenen Ziffer geregelt ist und "unabhängig vom Inhalt und Bestand des Geschäftsbesorgungsvertrages unbeschränkt gilt....".(vgl. BGH, MDR 2009, 518; WM 2004, 1221, 1225).

- c) Ungeachtet dessen, dass die umfassende Bevollmächtigung des Geschäftsbesorgers gegen Art. 1 § 1 RBerG verstößt und nach § 134 BGB nichtig ist, sind anders als auf die Prozessvollmacht die §§ 171, 172 BGB auf die Vollmacht zum Abschluss des Darlehensvertrages anwendbar (s. BGH, NJW 2006, 2118, 2119). Dies setzt jedoch voraus, dass der finanzierenden Bank spätestens bei Abschluss des Darlehensvertrages vom 27.12.1993 (Anl. K 26) eine Ausfertigung der die Geschäftsbesorgerin als Vertreterin der Klägerin ausweisenden notariellen Vollmachtsurkunde vorlag.

Davon ist der Senat nicht überzeugt:

1. Der Senat geht davon aus, dass die Vollmacht unter Ziffer II. der Urkunde vom 06.12.1993 keine Bedingungen enthielt (hierzu OLG Stuttgart, WM 2007, 1121), die die Beklagte zu Zweifeln hätte veranlassen müssen. Dass die Vollmacht "in Ausführung des Geschäftsbesorgungsvertrages" erteilt wurde, setzt zwar die Annahme des Angebots auf Abschluss dieses Vertrages voraus. Mit Anlage B 53 (nach Bl. 360/361 d.A.) ist jedoch die Annahme vom 17.12.1993 von der Beklagten vorgelegt worden.
2. Mag damit auch das Zustandekommen des Geschäftsbesorgungsvertrages nachgewiesen sein, so ist doch der Beweis dafür nicht erbracht, dass bei Abschluss des

Darlehensvertrages am 27./28.12.1993 eine Ausfertigung der mit notarieller Urkunde vom 06.12.1993 (Anl. K 4) erteilten Vollmacht bei der Beklagten vorlag, wobei letztlich dahingestellt bleiben kann, ob nun die 1. oder die 4. Ausfertigung bei der Beklagten vorgelegen haben mag und wie es zur Vorlage der Anlage B 2 mit dem Aufdruck "1.Ausfertigung" gekommen sein mag. Aus der von der Beklagten vorgelegten, der Fa. Steuplan erteilten Ausfertigung der Annahme vom 17.12.1993 (Anl. B 53) lässt sich dazu nichts entnehmen, zumal die Ausfertigung der Annahme des Geschäftsbesorgungsvertrages erst am 02.02.1994 erteilt wurde.

3. Aber auch die weiteren vorgelegten Schriftstücke vom 10.12.1993 (Anl. B 6) und vom 13.12.1993 (Anl. B 3), mit denen die Fa. Steuplan der Beklagten Unterlagen vorlegte, lassen Zweifel daran, ob dabei der Beklagten tatsächlich die Ausfertigung der Vollmacht übersandt wurde. Die Anlage B 6 betrifft den Zeichnungsschein, Selbstauskunft, Steuerbescheide für 1992, Gehaltsnachweise, Abbuchungsauftrag, die Abtretung der Lebensversicherung und eine Rubrik "Finanzierungsübersicht/Notarbestätigung/Zusatzinformation". Als Anlage B 26 liegt eine Notarbestätigung vor, aus der sich ergibt, dass für die Klägerin mit einem Gesamtaufwand von DM 186.100,00 die notarielle Beurkundung mit Vollmacht durchgeführt worden sei. Abgesehen davon, dass diese Bestätigung kein Datum trägt, könnte sie auch mangels näherer Einzelheiten nicht genügen, um ein schützenswertes Vertrauen bei der Beklagten zu begründen.

Die Anlage B 3 nennt schließlich nur "1 Ausfertigung auf Abschluss eines Geschäftsbesorgungsvertrages", was schon Fragen offen lässt, was hier tatsächlich vorgelegt wurde. Die als Anlage B 2 vorgelegte Ausfertigung ("1. Ausfertigung") trägt ebensowenig wie die Anlage B 3 einen Eingangsstempel. Der im Termin vom 06.05.2009 vor dem Senat vernommene Zeuge Christian Lotter, der bis 30.09.2005 bei der

Beklagten beschäftigt war, hat dies nachvollziehbar damit erklären können, dass es bei der Niederlassung in Bayreuth "Usus" gewesen sei, nur auf dem obersten Schriftstück, das mit mehreren Schreiben der Fa. Steuplan an einem Tag einging, einen Eingangsstempel anzubringen. Ob also tatsächlich mit Schreiben vom 13.12.1993 bzw. jedenfalls vor dem 27./28.12.1993 eine notarielle Ausfertigung der die Vollmacht enthaltenden Urkunde bei der Beklagten einging, ist damit offen. Dem Senat erscheint es nicht ausgeschlossen, dass gerade zum Jahresende mit bekanntermaßen hohem Geschäftsaufkommen auch in Notariaten keine Ausfertigung, sondern nur die Bestätigung Anl. B 26 ausgestellt wurde. Der Zeuge konnte auch nicht ausschließen, dass Ausfertigungen wie Anl. K 4 auch später nachgefordert wurden und es solche Notarbestätigungen wie Anl. B 26 gegeben haben mag.

Der Zeuge, von dessen Glaubwürdigkeit der Senat überzeugt ist, konnte glaubhaft auf keine konkreten Erinnerungen bzgl. der Vorgänge aus dem Jahr 1993 infolge der verstrichenen Zeit zurückgreifen, sondern nur das wiedergeben, was er den ihm vorgelegten Schriftstücken entnehmen konnte bzw. darstellen, wie gewisse Vorgänge bei der Niederlassung der Beklagten „allgemein“ gehandhabt wurden. Der Zeuge hat überzeugend ausgesagt, er könne aus der konkreten Erinnerung heraus nicht mehr sagen, ob dem Schreiben Anl. B 3 die Ausfertigung Anl. B 2 beilag; allgemein könne er jedoch sagen, dass bei Fehlen einer Ausfertigung eine Anforderung erfolgte. In der ihm zur Verfügung gestellten Akte konnte er eine solche Anforderung nicht feststellen. Der Zeuge konnte vielmehr seine Schreiben an die Fa. Steuplan vom 16.12.1993 und vom 21.12.1993 (Bl.382/382 d.A.) zeigen und meinte, eine Ausfertigung wäre, sofern sie noch nicht vorgelegen hätte, „eher“ mit einem der Schreiben angefordert worden, fügte aber hinzu, es habe auch Sammelanforderungen gegenüber der Fa. Steuplan gegeben und es sei mit Sicherheit auch so gewesen, dass man wegen fehlender Unterlagen im Einzelfall telefoniert habe. Schriftliche Anforderungen seien gemacht worden, um festzuhalten,

was fehlte, und um gerade im Jahresendgeschäft beiden Seiten denselben Wissensstand zu vermitteln.

Die Aussage des Zeugen zeigt, dass es zahlreiche Ausnahmen bzgl. der Anforderung von Unterlagen gab, dass nicht alles schriftlich angefordert worden sein muss und dass auf das Festhalten des Eingangsdatums jedes einzelnen Schriftstücks jedenfalls in der vorliegend tätigen Niederlassung in Bayreuth kein Wert gelegt wurde. Dass bei der geschilderten Handhabung nach Verteilung der eingegangenen Post nicht mehr festgestellt werden kann, welches Schriftstück wann eingegangen und in welche Abteilung der Niederlassung der Beklagten gelangt ist, steht außer Zweifel und wird auch vom Zeugen nicht in Abrede gestellt.

Der Vortrag der Beklagten im Schriftsatz vom 01.10.2003, S. 7 ff. (Bl. 232 ff.), es habe die Anweisung gegeben, bei Abschluss eines Darlehensvertrages mit Vertretern den Darlehensvertrag erst zu unterzeichnen, wenn eine Ausfertigung der Vollmacht vorgelegen habe, mag richtig sein, die Anweisung wurde jedoch, wie die Aussage des Zeugen deutlich macht, immer wieder nicht eingehalten. Deshalb bleiben bei vernünftiger Betrachtung und Würdigung aller Umstände (§ 286 ZPO) berechnete Zweifel, ob bei Abschluss des Darlehensvertrages die Ausfertigung der Vollmacht tatsächlich vorlag.

4. Diese Zweifel gehen zu Lasten der Beklagten, da sie hierfür die Beweislast trägt.

Der Bundesgerichtshof hat in seiner Entscheidung vom 23.09.2008, XI ZR 253/07, ausgeführt, dass bei einer Leistungskondition die Umstände, die die Unwirksamkeit einer Vollmacht begründen, und das Fehlen der Voraussetzungen einer Rechtsscheinvollmacht gemäß

§§ 171 f. BGB anspruchsbegründende Tatsachen, nicht rechtshindernde Einwendungen seien und, soweit er in seinem Urteil vom 20.04.2004 (XI ZR 164/03, WM 2004, 1227, 1228) eine andere Auffassung vertreten habe, er daran nicht festhalte (Rdnr. 39 des Urteils vom 23.09.2008). Ein solcher Fall ist jedoch hier nicht gegeben.

Denn es geht hier nicht um die Frage einer Leistungskondition, bei der der Gläubiger eines Bereicherungsanspruchs die volle Darlegungs- und Beweislast für die tatsächlichen Voraussetzungen des Mangels des rechtlichen Grundes zu tragen hat. Die Klägerin fordert nicht als Bereicherungsgläubigerin eine erbrachte Leistung zurück, sondern wendet sich gegen die Vollstreckung, die die Beklagte im Hinblick auf einen zustande gekommenen Darlehensvertrag betreibt. Der eine vertragliche Leistung fordernde Gläubiger muss aber die Wirksamkeit des Vertrages darlegen und beweisen (s. BGH Entscheidung vom 23.09.2008, XI ZR 253/07, Rdnr.36).

Da sich die Beklagte somit nicht auf das Zustandekommen des Darlehensvertrages berufen kann, fehlt es für die Vollstreckung aus der Grundschuldbestellungsurkunde des Notars Dr.Zimmermann, Köln, vom 22.12.1993, UR-Nr. Z 4639/1993, an einem wirksamen Schuldgrund. In analoger Anwendung von § 767 ZPO ist deshalb antragsgemäß die Zwangsvollstreckung aus dieser Urkunde für unzulässig zu erklären, soweit sie in das persönliche Vermögen der Klägerin betrieben wird.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 ZPO. Die Klageanträge in 1.Instanz gingen über den in der Berufungsinstanz gestellten Antrag hinaus, die dort ausgesprochene Klageabweisung wurde somit nicht in vollem Umfang angegriffen. Die Klägerin hat deshalb von den Kosten des Rechtsstreits in 1.Instanz einen Teil zu tragen, den der Senat mit 1/3 bemisst.

Vorläufige Vollstreckbarkeit: §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Voraussetzungen zur Zulassung der Revision liegen nicht vor. Die Sache hat keine grundsätzliche Bedeutung, sie dient auch nicht der Fortbildung des Rechts oder der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung (§ 543 Abs.2 ZPO).

Melzer
Vorsitzender Richter
am Oberlandesgericht

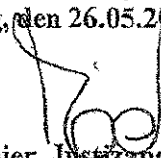
Merkle
Richterin
am Oberlandesgericht

Dr. Lichtenstern-Skopalik
Richterin
am Oberlandesgericht

Ma.



Für den Gleichlaut der Ausfertigung mit der Ur-
schrift, Oberlandesgericht München, Senate in
Augsburg, den 26.05.2009


Maier, Justizangestellte
Die Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle