
Datum: 15.11.2012
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 5. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 5 U 4/12
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2012:1115.5U4.12.00

Vorinstanz: Landgericht Paderborn, 4 O 458/10
Nachinstanz: Bundesgerichtshof, XI ZR 485/12

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das am 07.12.2011 verkündete Urteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts Paderborn wird zurückgewiesen.

Das angefochtene Urteil ist ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.

Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Beklagte.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Beklagte kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils zu vollstreckenden Betrages abwenden, wenn nicht die Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leisteten.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

A.

Die Kläger wehren sich mit der vorliegenden Klage gegen die Zwangsvollstreckung der Beklagten aus der vollstreckbaren Ausfertigung der Urkunde des Notars Dr. G aus I vom

1

2

3

24.10.1997, UR-Nr. #####/#####(Anlage K1). In dieser Urkunde bestellten die W GmbH als eingetragene Eigentümerin und die Kläger als künftige Eigentümer und Darlehensnehmer an dem Grundbesitz Flurstück X (Haus #), Flur X, Gemarkung G1, eingetragen im Grundbuch von G1, Blatt #####, eine Gesamtgrundschuld in Höhe von 565.994,- DM für die Rechtsvorgängerin der Beklagten, die X-Bank, L2. Die Grundschuld sollte sofort fällig sein; ein Brief wurde nicht erteilt. Unter Ziffer II der Urkunde unterwarf sich die W GmbH als Eigentümerin der sofortigen Zwangsvollstreckung in das Grundstück in der Weise, dass die Zwangsvollstreckung gegen den jeweiligen Eigentümer des Pfandobjekts zulässig ist. Unter Ziffer IV der Urkunde übernahmen die Kläger die persönliche Haftung und unterwarfen sich wegen des Grundschuldkapitals zzgl. Zinsen der sofortigen Zwangsvollstreckung in ihr gesamtes Vermögen. Sowohl die W GmbH als auch die Kläger waren persönlich an dem Beurkundungsvorgang nicht beteiligt. Sie wurden nach dem Urkundeninhalt wie folgt vertreten:

a) die W GmbH von Frau C aufgrund in Ausfertigung vorgelegter Vollmacht vom 18.08.1994 und 4

b) die Kläger von der Fa. Q & Partner AG aufgrund in Ausfertigung vorliegender Vollmacht vom 13.12.1996, UK-Nr. #####/## E des Notars Dr. F aus M, diese wiederum vertreten von Frau T (aufgrund in Ausfertigung vorgelegter Vollmacht vom 28.04.1995). 5

Mit notarieller Urkunde des vorgenannten Notars vom 30.01.1998, UK-Nr. #####/## (Anlage K1) erfolgte eine Änderung/Berichtigung der Grundschuldbestellungsurkunde vom 24.10.1997 dahingehend, dass es in dieser im Urkundseingang zu der Vollmacht der Fa. Q & Partner AG wie folgt heißen muss: "...diese wiederum handelnd aufgrund in Ausfertigung vorgelegte Vollmacht vom 23.12.1996, UK-Nr. #####/#####, des Notars Dr. F aus M". Als handelnde Person der Beurkundung trat Frau T2, handelnd für die Kläger aufgrund Vollmacht im Kaufvertrag vom 24.10.1997, UK-Nr. #####/#####, auf. In der Vorbemerkung dieser Änderungs-/Berichtigungsurkunde heißt es unter Ziffer I., die Vollmachten, aufgrund derer die Bevollmächtigten, die Q und Partner Aktiengesellschaft mit Sitz in G2, für die Erwerber gehandelt hat, seien hinsichtlich der Urkundsnummern und der Daten falsch bezeichnet worden. 6

Die Grundschuldbestellungsurkunde vom 24.10.1997 ging in vollstreckbarer Ausfertigung am 29.10.1997 bei der Beklagten ein. Wann, ob und in welcher Form die Änderungsurkunde vom 30.01.1998 bei der Beklagten eingegangen ist, hat die Beklagte nicht vorgetragen. 7

Hintergrund der Grundschuldbestellung ist folgender: 8

Die Fa. Q & Partner AG (nachf: Fa. Q) plante ein Projekt zur Errichtung von 25 Reihenhäusern im sog. "NATO-Modell" in G1 und C2 im Bauherrenmodell (vgl. Prospekt Anlage K6). Ein Vertriebsmitarbeiter der Fa. Q, ein Herr u von der Fa. X2, einem Untervertrieb der Fa. Q, suchte die Kläger jedenfalls am 09.12.1996 auf und stellte diesen das Projekt vor. Wie es zu diesem Gespräch kam, haben die Parteien nicht mitgeteilt; der Inhalt des Gesprächs ist streitig. Jedenfalls unterzeichnete der Kläger zu 2) im Anschluss an dieses Gespräch ein als "Geschäftsbesorgungsvertrag" überzeichnetes Schriftstück (Anlage K12). Wegen des Inhalts wird auf die zur Akte gereichte Kopie des Schriftstücks Bezug genommen. Bereits zuvor muss es zu einem Kontakt zwischen den Klägern und der Fa. Q gekommen sein. Denn unter dem 04.12.1996 wurde ein Berechnungsmodell für die Kläger erstellt (Anlage K 11). Das vorgenannte, als Geschäftsbesorgungsvertrag bezeichnete Schriftstück, wurde der Beklagten in Kopie nebst einer Einkommens- und Vermögensauskunft der Kläger vom 08.12.1996, eines Einkommensbescheides des Klägers 9

zu 2) sowie eines Steuerbescheides der Kläger am 13.12.1996 eingereicht (Bl. 66 GA, Anlagen B 1, 2 und 3). Die Beklagte hatte in diesem Zeitraum zahlreiche vergleichbare NATO-Finanzierungen ausgereicht. Ob stets unter Beteiligung der Fa. Q wurde durch die Parteien nicht mitgeteilt.

Im Folgenden entwickelten sich die Vertragsbeziehungen wie folgt:

10

Mit notarieller Urkunde vom 17.12.1996 (UK-Nr. #####/#####des Notars Dr. G) (Anlage B14) unterbreitete die Fa. Q den Klägern ein Angebot auf Abschluss eines Geschäftsbesorgungsvertrages. Inhalt des Geschäftsbesorgungsvertrages ist u.a. der Erwerb des Baugrundstücks, die Beschaffung der Finanzierungen, die Errichtung des Reihenhauses nebst Abschluss eines entsprechenden Generalunternehmervertrages mit der Fa. Q sowie dessen spätere Vermietung und Verwaltung durch die Fa. Q für die Kläger. Ferner sieht er unter Ziffer III. die Erteilung einer Vollmacht für die Fa. Q zur Vornahme aller Rechtsgeschäfte, Rechtshandlungen und Maßnahmen, die zur Erfüllung des im Geschäftsbesorgungsvertrag erteilten Auftrages erforderlich sind, vor. Unter anderem ist eine Bevollmächtigung der Geschäftsbesorgerin dahingehend vorgesehen, namens und für Rechnung der Kläger den Kauf- und Werkvertrag, Darlehensverträge, Mittelverwendungsverträge, Mietverträge pp. sowie alle erforderlichen Sicherungsverträge (incl. Bestellung von Grundpfandrechten mit persönlicher und dinglicher Zwangsvollstreckungsunterwerfung) abzuschließen. Die Vollmacht sollte bis zur Zweckerreichung gültig und nur aus einem in der Person der Bevollmächtigten liegenden wichtigen Grund widerruflich sein.

11

Unter Ziffer I.4. des Vertrages wurde ausgeführt, dass der Vertrag und die Vollmacht bereits mit Beurkundung der Annahmeerklärung wirksam werden sollten ohne dass es eines Zugangs der Erklärung bedarf. Die Anlage 8 der Urkunde enthält einen Entwurf eines "Vertrag über Mittelverwendung" für dessen Abschluss – wie bereits erwähnt – auch eine Vollmacht erteilt werden sollte. Dieser sollte demnach geschlossen werden zwischen der Firma J GmbH (nachf. Fa. J) und den Bauherren vertreten durch die Fa. Q. Vereinbart werden sollte darin, dass die Fa. J die Mittelverwendung für den mit dem Vorhaben zusammenhängenden Zahlungsverkehr übernimmt. Vorgesehen ist, dass die Fa. J für die Bauherren ein Treuhandkonto errichtet, das die Bezeichnung der Bauherrn trägt und über das nur Zahlungen der Bauherren gemäß den Bestimmungen dieses Vertrages abgewickelt werden dürfen. Dabei sollte die Fa. J im Namen und für Rechnung der Bauherren unter Befreiung von der Bestimmung des § 181 BGB tätig werden. Der Vertrag sieht eine Vollmachtserteilung der Bauherren für die Fa. J zur Abgabe aller Erklärungen im Rechtsverkehr und zur Vornahme aller Rechtshandlungen, die zur Erfüllung des Vertrages über die Mittelverwendung erforderlich sind.

12

Wegen der Einzelheiten der in der notariellen Urkunde enthaltenen Vereinbarungen wird auf die zur Akte gereichte Kopie der vorbezeichneten Urkunde Bezug genommen (Anlage B14). Die Anlage 5 der notariellen Urkunde enthält den Blanko-Entwurf eines Kaufvertrages, Anlage 6 den Blanko-Entwurf eines Generalunternehmervertrages und Anlage 9 den Blanko-Entwurf eines Verwaltervertrages.

13

Die Kläger nahmen dieses Angebot mit notarieller Urkunde des Notars Dr. F vom 23.12.1996, UK-Nr. #####/#####E an und erteilten auch die Vollmacht (Anlage B12).

14

Die notarielle Annahmeerklärung vom 23.12.1996 ging mit einem Übersendungsschreiben der Fa. Q vom 03.01.1997 (Anlage B13) in beglaubigter Ablichtung am 07.01.1997 bei der Beklagten ein (Anlagen B13, B14). Die notarielle Angebotserklärung vom 17.12.1996 ging in

15

beglaubigter Ablichtung nebst Begleitschreiben der Fa. Q vom 13.01.1997 am 14.01.1997 bei der Beklagten ein (Anlage B15).	
Zuvor, nämlich am 27.12.1996 bot die Beklagte den Klägern den Abschluss eines Darlehensvertrages an, den die Kläger – vertreten durch die Fa. Q – am 30.12.1996 angenommen haben (Anlagen K3, B4). Gegenstand des Darlehens war eine Finanzierung über	16
a) 509.395,- DM zu Konto-Nr. ##### und	17
b) über weitere 67.234,- DM zu Konto-Nr. #####.	18
für den Kauf eines Einfamilienhauses (Haus Nr. 4) im Rahmen eines NATO-Modells im I-Weg in G1. Als Sicherstellung sieht der Darlehensvertrag die Bestellung einer sofort vollstreckbaren Grundschuld an dem vorgenannten Objekt mit Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung in das persönliche Vermögen vor. Das erstgenannte Darlehen (a) war zum 30.05.1997 in einer Summe zu tilgen, das zweitgenannte Darlehen (b) bis zum 01.07.1998. Der unterzeichnete Darlehensvertrag ging mit Begleitschreiben der Fa. Q vom 30.12.1996 und weiteren Unterlagen am 02.01.1997 bei der Beklagten ein (Anlage B5).	19
Die Auszahlung des Darlehens gestaltete sich wie folgt (vgl. Bl. 179 ff GA und Bl. 228 ff GA):	20
a) Konto-Nr. ##### (dieses diente der Zwischenfinanzierung):	21
am 30.12.1996: 64.865,- DM,	22
am 30.12.1996: 115.000,- DM,	23
am 14.11.1997: 15.500,- DM,	24
am 01.12.1997: 1.000,- DM.	25
Insgesamt wurden damit 196.365,- DM ausgezahlt.	26
Die Auszahlung i.H.v. 64.865,- DM erfolgte an die Fa. W GmbH; beglichen wurden damit die Grundstückeerwerbskosten.	27
Die Zahlung i.H.v. 115.000,- DM erfolgte an die Fa. Q und diente der Zahlung der 1. Rate auf den Pauschalpreis des Generalunternehmervertrages.	28
Die anderen beiden Zahlungen über insgesamt 16.500,- DM erfolgten auf das Nebenverwendungskonto der Fa. J GmbH in ihrer Eigenschaft als Mittelverwendungskontrolleurin (Bl. 228, 190, 191 GA). Die Auszahlungen erfolgten auf Anweisung der Fa. Q auf das Konto bei der Beklagte Kto.Nr. ##### an die "J GmbH f. X3".	29
b) Konto-Nr. ##### (dieses diente der Zwischenfinanzierung des Eigenkapitals der Kläger über 67.234,- DM):	30
am 30.12.1996: 672,34 DM (einbehaltenes Disagio,)	31
am 30.12.1996: 49.000,- DM (kein Beleg),	32
am 03.03.1997: 1.320,- DM (kein Beleg),	33

am 01.04.1997:	750,- DM (Beleg Bl. 195 GA),	34
am 10.06.1997:	800,- DM (kein Beleg),	35
am 01.07.1997:	800,- DM (Beleg Bl. 196 GA),	36
am 01.08.1997:	1.450,- DM (Beleg Bl. 197 GA mit anderen Daten),	37
am 30.08.1997:	700,- DM (Beleg Bl. 198 GA mit anderen Daten),	38
am 30.09.1997:	700,- DM (Beleg Bl. 199 GA),	39
am 14.11.1997:	11.041,66 DM (Beleg Bl. 200 GA mit anderen Daten).	40
Ausgezahlt wurden somit 67.234,- DM. Auch diese Zahlungen erfolgten sämtlich auf das vorgenannte Mittelverwendungskonto der Fa. J. Wiederum erfolgten die Auszahlungen jeweils auf Anweisung der Fa. Q.		41
Am 31.12.1996 schlossen die Kläger, vertreten durch die Fa. Q, und die Fa. Q, diese also handelnd auf beiden Seiten, einen Generalunternehmervertrag über die schlüsselfertige Erstellung eines Reiheneigenheims nebst Garage und Außenanlage (Anlage B40); dieser sah einen Pauschalfestpreis von 386.897,95 DM (brutto) vor.		42
Mit Schreiben vom 16.05.1997 wandte sich der Kläger zu 2) an die Beklagte und bat um Übersendung von Kontoauszügen (Anlage B6), um Kenntnis über Kontenbewegungen zu erhalten. Mit Schreiben vom 01.07.1997 übersandte die Beklagte den Klägern eine Zinsbestätigung (Anlage B7). Am 19.03.1997 unterzeichneten beide Kläger eine Erklärung, beinhaltend Regelungen zur Besicherung des Grundstücks, und reichten diese bei der Beklagten ein (Anlage B8).		43
Am 26./29.08.1997 schlossen die Kläger, vertreten durch die Fa. Q, und die Beklagte einen Änderungsvertrag im Hinblick auf die Verzinsung des Darlehens Konto-Nr. ##### (Zwischenfinanzierung) mit Wirkung ab dem 01.06.1997 (Anlage B9).		44
Mit notariellem Kaufvertrag der Notarassessorin Ursula Geßner als amtlich bestellte Vertreterin des Notars Dr. L vom 24.10.1997, UK-Nr. #####(Anlage K5) veräußerte die W GmbH das Flurstück Nr. 1341, Flur X (Haus 4) an die Kläger zu einem Kaufpreis von 64.865,- DM. Die Kläger wurden dabei nach dem Vertragstext vertreten durch die Fa. Q handelnd aufgrund in Ausfertigung vorgelegter Vollmacht des Notars Dr. F vom 23.04.1997, UR-Nr. 350/1997. Um was für eine Vollmacht es sich bei dieser handelt, haben die Parteien nicht mitgeteilt. Dem Senat liegt lediglich die bereits erwähnte Beurkundung des Notars Dr. F vom 23.12.1996 (UR-Nr. #####) vor. Zwischen den Parteien ist auch unstreitig, dass es nur diese eine Bevollmächtigung der Fa. Q durch die Kläger gibt.		45
Der Kaufvertrag wurde mit notarieller Urkunde vom 19.05.1998, UK-Nr. #####(Anlage K5) nochmals abgeändert; handelnde Person war diesmal T2, die für die Kläger und die veräußernde GmbH auftrat, handelnd aufgrund der im Kaufvertrag enthaltenen Vollmacht vom 24.10.1997.		46
Am 05./09.12.1997 schlossen die Parteien – die Kläger wiederum vertreten durch die Fa. Q – einen weiteren Darlehensvertrag zur Konto-Nr. ##### . (Anlagen K4, B10). Mit diesem Endfinanzierungs-Darlehen wurde die unter der Konto-Nr. ##### (a) bereitgestellte Zwischenfinanzierung abgelöst. Das unter der Konto-Nr. ##### (b) geführte Darlehen		47

wurde bereits am 26.05.1998 vollständig durch die Kläger zurückgeführt.

Die Auszahlung der Endfinanzierungs-Valuta erfolgte wie folgt:	48
am 29.12.1997: 56.599,40 DM (einbehaltenes Disagio),	49
am 29.12.1997: 196.365,- DM (Ablösung des Zwischen-Darlehens),	50
am 30.12.1997 165.000,- DM,	51
am 22.01.1998 39.000,- DM,	52
am 03.03.1998 2.900,- DM,	53
am 30.03.1998 2.900,- DM,	54
am 30.03.1998 103.229,60 DM.	55
Insgesamt wurden somit 565.994,- DM ausgezahlt.	56
Sämtliche Zahlungen ab dem 30.12.1997 erfolgten wieder auf das Mittelverwendungskonto der Fa. J auf Anweisung der Fa. Q (Belege Bl. 202 ff GA).	57
Wann es zum unstreitigen Abschluss des Mittelverwendungsvertrages der Kläger, vertreten durch die Fa. Q, mit der Fa. J gekommen ist, haben die Parteien nicht mitgeteilt.	58
Das Endfinanzierungs-Darlehen wurde durch die Kläger bis zum 31.10.2010 ordnungsgemäß bedient. Unter dem 09.11.2010 wurden die Lastschriften jedoch seit dem 31.07.2010 zurückgegeben, so dass per 30.11.2010 ein Rückstand in Höhe von insgesamt -7.267,51 € bei einem Restkapital von 236.712,70 €. (Bl. 69 GA) entstand (= 243.980,21 €).	59
Mit Vertrag vom 22.06./07.07.2006 (Anlage B 11) hatten die Kläger (persönlich) und die Beklagte die Zinskonditionen für das Darlehen betreffend die Endfinanzierung neu vereinbart da die ursprüngliche Festzinsperiode zum 31.12.2007 endete.	60
Die Kläger wurden am 13.01.2000 im Grundbuch von G1, Blatt #####1 als Eigentümer zu je ½ des Objekts (Flur X, Flurstück X) eingetragen. Die ursprüngliche Grundschuld über 565.994,- DM für die X-Bank wurde unter Bezugnahme auf die Bewilligung vom 24.10.1997 nebst Angabe der Vollstreckbarkeit nach § 800 ZPO am 08.01.1998 eingetragen. Am 22.04.2010 wurde das Recht umgestellt auf 289.388,14 € und vermerkt, dass Gläubigerin im Wege der Gesamtrechtsfolge nunmehr die X-Bank ist (vgl. Grundbuchblatt #####1, Grundbuch von G1, AG Paderborn).	61
Die Kläger haben die Ansicht vertreten, die seitens der Beklagten betriebene Zwangsvollstreckung sei aus folgenden Gründen unzulässig:	62
1.	63
Der Vermittler u bzw. die Fa. Q seien Darlehensvermittler der Beklagten. Der Vermittler u habe ihnen gegenüber zugesichert, es sei nur eine Maklerprovision von 3,45 % (incl. MwSt) zu zahlen. Tatsächlich seien jedoch weitere 18,4 % Vermittlungsprovision im Prospekt und dem Geschäftsbesorgungsvertrag versteckt worden. In der im Geschäftsbesorgungsvertrag aufgezeigten Berechnung (Anlage B14 dort S.74) seien in den Grundstückskosten von 64.865,- DM und den Baukosten von 336.433,- DM weitere Provisionen enthalten. Dies habe	64

die Beklagte auch gewusst und mitfinanziert. Dieses Wissen, so die Ansicht der Kläger, werde zudem vermutet, da die Beklagte und die Fa. Q in ständiger Geschäftsbeziehung zueinander gestanden hätten. Später haben die Kläger behauptet, die versteckte Innenprovisionen betrüge 15 % (Bl. 210, 213 GA).

2. 65

Die zur Darlehensvermittlung verwendete Vollmacht sei wegen Verstoßes gegen das RechtsberatungsG nichtig, § 134 BGB. Dies habe zur Folge, dass sämtliche Darlehnsverträge infolge der nicht ordnungsgemäßen Vertretung der Kläger bei deren Abschluss durch die Fa. Q unwirksam seien. 66

3. 67

Die Fa. Q sei als Treuhänderin aufgetreten, habe aber nur in ihrem und im Interesse der Beklagten gehandelt. Dies habe die Beklagte auch gewusst. 68

4. 69

Sie seien über die Werthaltigkeit der Immobilie getäuscht worden. Der Vermittler u habe zugesichert, diese sei bankgeprüft und ihren Kaufpreis voll und ganz wert. Daher finanziere die Beklagte diese auch zu 100% und könne bereits nach 5 Jahren mit Gewinn verkauft werden. Tatsächlich sei die Immobilie jedoch bereits im Verkaufszeitpunkt höchstens die Hälfte wert gewesen. Dies belege eine Anfang 2009 erstellte Kaufpreiseinschätzung der Fa. Y, die die Immobilie auf 130.000,- € geschätzt habe. 70

Weiter haben die Kläger behauptet, die Beklagte und die Fa. Q hätten institutionell zusammengewirkt, da sie in ständiger Geschäftsbeziehungen zueinander gestanden hätten; alle Häuser seien aufgrund einer vor Vertriebsbeginn getroffenen Vertriebs- und Finanzierungsvermittlungsvereinbarung vermittelt worden. 71

Den Klägern stünden infolge des Vorliegens einer verdeckten Innenprovision, der Täuschung über die Treuhänderprovision sowie der Werthaltigkeit der Immobilie Schadenersatzansprüche zu. 72

Ferner haben die Kläger – hilfsweise – die Aufrechnung mit Bereicherungsansprüchen erklärt. Diese bestünden in Höhe von 565.994,- DM nebst Zinsen seit 1997 da die Beklagte die auf das Zwischenfinanzierungskonto umgebuchte Endfinanzierungsvaluta ohne Rechtsgrund erhalten habe. 73

Die Kläger haben beantragt zu erkennen: 74

Die Zwangsvollstreckung aus der vollstreckbaren Ausfertigung der Urkunde des Notars Dr. G, Y2 in #####2 I vom 24.10.1997, UR-Nr. #####/#####, geändert am 30.01.1998 zur UR-Nr. 203 für 1998 wird für unzulässig erklärt. 75

Die Beklagte hat beantragt, 76

die Klage abzuweisen. 77

Hilfsweise haben sie – für den Fall, dass die Klage Erfolg hat – Widerklage erhoben und beantragt, 78

79

die Kläger als Gesamtschuldner zu verurteilen, an sie 243.980,21 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Kläger haben beantragt, 80

die Hilfswiderklage abzuweisen. 81

Die Beklagte hat die Ansicht vertreten, ein Verstoß gegen das Rechtsberatungsgesetz liege nicht vor. Dies folge bereits daraus, dass es vorliegend lediglich um die Umsetzung eines bereits vorgegebenen Beteiligungsgeschäfts gegangen sei und es rechtlichen Gestaltungsspielraum, der eine Beratung auf rechtlichem Gebiet hätte erforderlich machen können, nicht gab. Der Schwerpunkt habe auf wirtschaftlichem Gebiet gelegen. Gemessen an den verfassungsrechtlichen Vorgaben sei ein Verstoß gegen das RBerG zu verneinen. Jedenfalls aber könne die Beklagte sich auf Rechtsscheingesichtspunkte berufen. 82

Die Beklagte hat bestritten ein pflichtwidriges Verhalten an den Tag gelegt zu haben. Der Vortrag der Kläger sowohl zu den Innenprovisionen als auch zu der Werthaltigkeit der Immobilie sei unsubstantiiert und werde bestritten. Sie hat behauptet, sie habe in jedem Einzelfall einer Finanzierungsanfrage diese individuell geprüft; Absprachen habe es keine gegeben. 83

Zur Hilfswiderklage hat sie vorgetragen, dass, sollten die Darlehensverträge unwirksam sein, der Beklagten Bereicherungsansprüche gegen die Kläger zustehen würden. Denn im Zeitpunkt der Auszahlung der Valuta betreffend das Endfinanzierungsdarlehen hätten die Voraussetzungen der §§ 171, 172 BGB jedenfalls vorgelegen. Soweit in der Grundschuldbestellungsurkunde auf eine nach Datum und Urkundennummer anders bezeichnete Vollmacht Bezug genommen werde, handele es sich um ein unerhebliches offensichtliches Schreibversehen, da unstreitig nur eine einzige notarielle Vollmacht erteilt worden sei. 84

Die Beklagte hat – in erster Instanz unbestritten – behauptet, bei Abschluss des Mittelverwendungsvertrages, welcher unstreitig durch die Kläger vertreten durch die Fa. Q und die Fa. J geschlossen wurde, habe der Fa. J die von den Klägern erteilte Vollmacht aus der Urkunde des Notars Dr. F vom 23.12.1996 (UR.Nr. #####) und die Bezugsurkunde des Notars Dr. G vom 17.12.1996 (UR.Nr. #####/#####) jeweils in Ausfertigung vorgelegen. Sie hat unter Bezugnahme auf diesen Umstand die Ansicht vertreten, dass der Mittelverwendungsvertrag nach §§ 171, 172 BGB wirksam sei und somit die Zahlungen der Beklagten an die Fa. J auf das von dieser errichtete Treuhandkonto den Klägern zurechenbar seien. 85

Ferner hat die Beklagte gegen angebliche Bereicherungsansprüche der Kläger wegen der in der Vergangenheit erbrachten Leistungen die Aufrechnung erklärt. 86

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Es hat sowohl die Unterwerfungserklärung der Kläger als auch die Darlehensverträge mangels wirksamer Vertretung der Kläger durch die Treuhänderin wegen Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz für unwirksam angesehen. Im Hinblick auf die Widerklage hat es ausgeführt, Bereicherungsansprüche der Beklagten gegen die Kläger seien nicht gegeben. Wegen der Begründung wird auf die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils Bezug genommen. 87

Die Beklagte rügt mit der Berufung, eine Verletzung des § 139 ZPO durch das Landgericht. Dieses habe nicht darauf hingewiesen, dass es entscheidungserheblich sein könne, wann der Beklagten die Berichtigungsurkunde des Notars Dr. L vom 30.01.1998 zugegangen sei. Diesbezüglich trägt die Beklagte nunmehr vor, ihr sei mit Schreiben des Notars vom 03.11.1997 eine Notarbestätigung gleichen Datums noch vor Abschluss des Endfinanzierungsvertrages zugegangen (Bl. 312 ff GA). Aus dieser habe sie den Schluss ziehen dürfen, dass die Errichtung des angegriffenen Titels formell in Ordnung gewesen sei. Dies auch im Hinblick darauf, dass die Grundsuld bereits am 08.01.1998, also vor der Berichtigung, im Grundbuch eingetragen worden sei (Bl. 315 ff GA). Die Falschbezeichnung der Annahmeerkunde der Kläger im Hinblick auf die Vollmacht der Fa. Q in der Grundschuldbestellungsurkunde sei unschädlich.	
Im Übrigen beruft sie sich auf ihren erstinstanzlichen Vortrag und vertieft diesen. Insbesondere habe das Landgericht ihrer Ansicht nach zu Unrecht einen Verstoß gegen das RBerG angenommen.	89
Darüber hinaus sei der Endfinanzierungsvertrag jedenfalls unter Zugrundelegung der Rechtsscheingrundsätze wirksam bzw. durch eine Genehmigung der Kläger wirksam geworden.	90
Insbesondere stünden der Beklagten die mit der Hilfswiderklage geltend gemachten Ansprüche aus Bereicherungsrecht zu. Da der Mittelverwendungsvertrag aufgrund der der Fa. J bei Abschluss des Vertrages vorliegenden Ausfertigung der notariellen Vollmacht wirksam sei, müssten die Kläger sich so behandeln lassen, als wären die Zahlungen, die an die Fa. J erfolgt seien, bei ihnen selbst eingegangen. Denn in diesem Falle hätten die Kläger die an die Fa. J ausgezahlte Darlehensvaluta durch einen wirksam bevollmächtigten Vertreter so empfangen, als sei unmittelbar auf ein Konto der Kläger gezahlt worden.	91
Sie beantragt wie folgt zu erkennen:	92
Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Landgerichts Paderborn vom 07.12.2011 (4 O 458/10) im Kostenpunkt aufgehoben und im Übrigen abgeändert wie folgt:	93
1. die Klage wird abgewiesen.	94
2. Hilfsweise:	95
Auf die Widerklage werden die Kläger verurteilt, an sie 243.980,21 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 21.01.2011 zu zahlen.	96
Die Kläger beantragen,	97
die Berufung zurückzuweisen.	98
Die Kläger verteidigen das angefochtene Urteil unter Wiederholung bzw. unter Bezugnahme auf ihren erstinstanzlichen Sachvortrag.	99
Erstmals bestreiten sie den Vortrag der Beklagten, der Fa. J habe bei Abschluss des Mittelverwendungsvertrages eine Ausfertigung der notariellen Vollmachtsurkunde vorgelegen und behaupten, eine solche habe lediglich der Fa. Q vorgelegen. Ihrer Ansicht nach sei dieser Vortrag bzw. das damit einhergehende Bestreiten jedenfalls infolge eines unterbliebenen Hinweises des Landgerichts im Hinblick auf eine rechtliche Relevanz dieses Vortrags, nicht verspätet. Darüber hinaus sei dies letztlich jedoch ihrer Ansicht nach auch	100

unerheblich, da auch eine – bestrittene – Vollmachtsvorlage bei der Fa. J keinen Vertrauensschutz der Beklagten, auf den allein es ankomme, begründen könne.

B. 101

Die zulässige Berufung ist weder mit ihrem Haupt- noch mit ihrem Hilfsantrag (Widerklage) begründet. 102

I. 103

1. 104

Der Klageantrag, der darauf gerichtet ist, die Zwangsvollstreckung aus der notariellen Urkunde vom 24.10.1997 (in der Form der Änderungsurkunde vom 30.01.1998) für unzulässig zu erklären, ist zulässig. Soweit die Kläger materiell-rechtliche Einwendungen gegen den titulierten Anspruch geltend machen, ist die Vollstreckungsgegenklage (§ 767 ZPO) statthaft. Soweit die Kläger darüber hinaus die Rechtsauffassung vertreten, die Unterwerfungserklärung sei nichtig, kann der Einwand im Rahmen einer prozessualen Gestaltungsklage analog § 767 ZPO erhoben werden. Beide Klagen können miteinander verbunden werden (vgl. BGH, Urteil v. 30.03.2010, Az. XI ZR 200/09). 105

2. 106

a) 107

Die Klage ist begründet, denn die Kläger sind nicht verpflichtet, die Zwangsvollstreckung aus der Grundschuld nach §§ 1192, 1147 BGB zu dulden, da die Unterwerfungserklärung der Kläger in ihr gesamtes Vermögen in der notariellen Urkunde vom 24.10.1997 (Ziffer IV) unwirksam ist. 108

aa) 109

Die Kläger waren bei Abgabe dieser Erklärung durch die Geschäftsbesorgerin, die Fa. Q, nicht wirksam vertreten. Denn der Treuhandvertrag und in Folge dessen auch die darin der Fa. Q erteilte Vollmacht vom 17./23.12.1996 sind wegen Verstoßes gegen Art. 1 § 1 RBerG a.F. nach § 134 BGB nichtig. Nach Art 1 § 1 Abs. 1 S. 1 RBerG a.F. darf die Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten geschäftsmäßig nur von Personen betrieben werden, denen dazu die Erlaubnis erteilt ist. Vorliegend besaß die Fa. Q unstreitig eine solche nicht. Von der Erlaubnispflicht werden Tätigkeiten erfasst, die darauf gerichtet und geeignet sind, konkrete fremde Rechte zu verwirklichen oder konkrete fremde Rechtsverhältnisse zu gestalten. Konkrete fremde Rechtsverhältnisse werden insbesondere durch den Abschluss von Verträgen gestaltet, die von einem Geschäftsbesorger im Namen eines Dritten abgeschlossen werden. Ob der Geschäftsbesorger dabei einen inhaltlichen Gestaltungsspielraum hat oder ob er allgemein verwendete Vertragsformulare benutzt, ist unerheblich (BGH, Urteil v. 28.09.2000, Az. IX ZR 279/99, in NJW 2001, 70). 110

Allerdings muss zwischen den Zielen des – insgesamt verfassungskonformen –Rechtsberatungsgesetzes und der durch Art. 12 GG geschützten Berufsfreiheit dessen, der ohne Erlaubnis nach Art. 1 § 1 Abs. 1 S. 1 RBerG rechtsbesorgend tätig werden will, abgewogen werden (BGH, Urteil v. 28.09.2000, Az. IX ZR 279/99, in NJW 2001, 70). Dabei ist bei der Abgrenzung erlaubnisfreier Geschäftsbesorgung von erlaubnispflichtiger Rechtsbesorgung auf den Schwerpunkt der Tätigkeit abzustellen, weil eine Besorgung fremder Geschäfte außer mit wirtschaftlichen Belangen vielfach auch mit rechtlichen 111

Vorgängen verknüpft ist. Maßgeblich ist, ob die Tätigkeit überwiegend auf wirtschaftlichem Gebiet liegt und die Wahrnehmung wirtschaftlicher Belange bezweckt, oder ob die rechtliche Seite der Angelegenheit im Vordergrund steht und es wesentlich um die Klärung rechtlicher Verhältnisse geht. Von einer erlaubnispflichtigen Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten ist deshalb auszugehen, wenn die Tätigkeit des Treuhänders den Abschluss eines ganzen Bündels von Verträgen für den Treugeber mit mannigfaltigen rechtlichem Beratungsbedarf zum Gegenstand hat und nicht nur auf die Wahrnehmung wirtschaftlicher Belange beschränkt ist (BGH, Urteil v. 11.10.2011, Az. XI ZR 415/10, in NJW-RR 2012, 35).

Die durch den streitgegenständlichen Geschäftsbesorgungsvertrag übernommene Tätigkeit erfasste eine geschäftsmäßige Besorgung in Sinne der vorzitierten Norm. Denn diese war in der Hauptsache rechtsbesorgender Art. Es ist zwischenzeitlich gefestigte Rechtsprechung des BGH, dass derjenige, der ausschließlich oder hauptsächlich die rechtliche Abwicklung eines Grundstückserwerbs im Rahmen eines Steuersparmodells besorgt, der Erlaubnis nach Art. 1 § 1 Abs. 1 S. 1 RBerG a.F. bedarf. Ein ohne diese Erlaubnis abgeschlossener Treuhandvertrag, der umfassende rechtliche Befugnisse und Pflichten des Treuhänders/Auftragnehmers zum Abschluss aller mit dem Erwerb und der Finanzierung des Erwerbs zusammenhängenden Verträge enthält, ist daher nichtig, wobei die Nichtigkeit nach dem Schutzgedanken des Art 1 § 1 Abs. 1 S. 1 RBerG a.F. i.V.m. § 134 BGB auch eine dem Treuhänder erteilte umfassende Vollmacht erfasst (vgl. zuletzt BGH, Urteil v. 11.10.2011, Az. XI ZR 415/10, in NJW-RR 2012, 35). Der entgegenstehenden Auffassung der Beklagten kann auch mit Blick auf das Gebot der verfassungskonformen Auslegung und Anwendung des Rechtsberatungsgesetzes nicht gefolgt werden. Die im Geschäftsbesorgungsvertrag enthaltene Vollmacht wurde zur "Abgabe aller Erklärungen im Rechtsverkehr und zur Vornahme aller Rechtshandlungen – gegenüber Privaten und Amtsträgern -, die zur Erfüllung des im Geschäftsbesorgungsvertrages erteilten Auftrages erforderlich sind", erteilt. Dies beinhaltete insbesondere den Abschluss des Kaufvertrages nebst der Abgabe sämtlicher damit zusammenhängender Erklärungen, den Abschluss der Darlehensverträge nebst der Gestellung von Sicherheiten durch Bestellung von Grundpfandrechten mit persönlicher und dinglicher Zwangsvollstreckungsunterwerfung, die Eröffnung eines Kontos bei der finanzierende Bank und Abruf der Darlehensvaluta auf das von der J GmbH für den Auftraggeber geführte Treuhandkonto, den Abschluss des Werkvertrages zur Errichtung des Reihenhauses, den Abschlusses eines Vertrages über Mittelverwendung, den Abschluss eines Vertrages über Steuerberatung nebst Honorarvereinbarung, den Abschluss von Mietverträgen, den Abschluss eines Verwaltervertrages, die Vertretung des Auftraggebers gegenüber Behörden, insbesondere Finanzbehörden sowie finanzierenden Banken.

Dies geht über die bloße Wahrnehmung wirtschaftlicher Belange und über einfache Hilfstätigkeiten hinaus, selbst wenn die von der Fa. Q abzuschließenden Verträge im Rahmen der Projektierung schon als Muster vorgelegen haben, wie die Beklagte vorgetragen und zum Teil durch die Mustertexte, die als Anlage zum Geschäftsbesorgungsvertrag genommen wurden, belegt ist (vgl. dazu OLG Karlsruhe, Urteil v. 22.07.2003, Az. 8 U 33/03 m.w.N.).

Diese Nichtigkeit des Geschäftsbesorgungsvertrages und der darin enthaltenen Vollmacht erstreckt sich auch auf die zur Abgabe der Vollstreckungsunterwerfungserklärung erteilte Prozessvollmacht (BGH, Urteil v. 02.03.2004, Az. XI ZR 267/02, in BGHReport 2004, 954).

bb)

Diese unwirksame Prozessvollmacht kann nicht aus Rechtsscheingesichtspunkten in analoger Anwendung der §§ 172 ff BGB als gültig behandelt werden. Denn die auf die materiell-rechtliche Vollmacht zugeschnittenen Vorschriften der §§ 172 ff BGB finden bei

Nichtigkeit des Treuhandvertrages wegen Verstoßes gegen Art. 1 § 1 Abs. 1 S. 1 RBerG keine Anwendung. Die Zivilprozessordnung enthält vielmehr in §§ 80, 88 und 89 abschließende Spezialregelungen, die eine Rechtsscheinhaftung des Vollmachtgebers nicht vorsehen (vgl. BGH, Urteil v. 26.03.2003, Az. IV ZR 222/02).

cc) 117

Zwar kann eine nicht wirksam erteilte Vollmacht auch aus allgemeinen Rechtsscheingesichtspunkten heraus als wirksam zu behandeln sein. Da ist der Fall, wenn das Vertrauen des Dritten auf den Bestand der Vollmacht an andere Umstände als an die Vollmachtsurkunde anknüpft und nach den Grundsätzen über die Duldungsvollmacht schutzwürdig erscheint. Ob dies auch im prozessualen Bereich Anwendung findet, ist umstritten (vgl. BGH, Urteil v. 02.03.2004, Az. XI ZR 267/02, in BGHReport 2004, 954 und Urteil v. 20.03.2007, Az. XI ZR 362/06). 118

Diese Grundsätze greifen jedoch nur ein, wenn vor oder spätestens bei Vertragsschluss Umstände vorliegen, die das Vertrauen des Verhandlungspartners auf den Bestand der Vollmacht rechtfertigen. Denn eine Duldungsvollmacht ist nur gegeben, wenn der Vertretene es – in der Regel über einen längeren Zeitraum – wissentlich geschehen lässt, dass ein anderer für ihn ohne Bevollmächtigung als Vertreter auftritt und der Verhandlungspartner dieses Dulden dahin versteht und nach Treu und Glauben auch verstehen darf, dass der als Vertreter Handelnde bevollmächtigt ist. Die Erteilung einer Prozessvollmacht im Wege der Duldung kommt darüber hinaus nur in Betracht, wenn eine Partei bewusst duldet, dass jemand für sie als Prozessbevollmächtigter auftritt, setzt also grundsätzlich das Dulden prozessualen Handelns voraus (BGH aaO). 119

Dies kann vorliegend nicht angenommen werden. Es ist nicht ersichtlich, dass die Fa. Q bereits zuvor eine prozessuale Handlung für die Kläger vorgenommen und diese eine solche geduldet hätten. 120

dd) 121

Es ist auch nicht ersichtlich, dass eine Genehmigung der von der Treuhänderin als vollmachtloser Vertreterin abgegebenen Vollstreckungsunterwerfungserklärung durch die Kläger gemäß § 89 Abs. 2 ZPO erfolgt ist. Eine ausdrückliche Genehmigung ist unstreitig nicht erteilt worden. 122

Eine konkludente Genehmigung setzt voraus, dass die Kläger die Unwirksamkeit der Vollstreckungsunterwerfung kannten oder zumindest mit ihr hätten rechnen müssen und in ihrem Verhalten der Ausdruck des Willens zu sehen ist, das bisher als unverbindlich angesehene Geschäft verbindlich zu machen. Ein Erklärungsbewusstsein des Betroffenen ist dazu nicht unbedingt erforderlich; vielmehr reicht es aus, dass er bei pflichtgemäßer Sorgfalt gemäß § 276 BGB hätte erkennen können und vermeiden können, dass seine Äußerung nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte als Willenserklärung aufgefasst werden durfte, und der Empfänger sie auch tatsächlich so verstanden hat (BGH, Urteil v. 29.04.2003, Az. XI ZR 201/02, in WM 2004, 21). 123

Ein Anlass, die Unwirksamkeit des Treuhandvertrages und der Vollmacht wegen Verstoßes gegen das RBerG in Betracht zu ziehen, bestand grundsätzlich erst seit der Veröffentlichung des BGH-Urteils vom 28.09.2000, IX ZR 297/99. Zuvor konnten alle Beteiligten den Verstoß und die Folgen nicht erkennen (vgl. BGH Urteil v. 23.03.2004, Az. XI ZR 194/02, in NJW 2004, 2378 und Urteil v. 27.09.2005, Az. XI ZR 116/04). 124

Mithin könnte eine konkludente Genehmigung nur in Handlungen der Kläger nach dem Jahr 2000 gesehen werden. In Betracht kommen hier die langjährigen Zahlungen der Kläger auf das Darlehen sowie ihre übrigen, in Ansehung des Darlehens getätigten persönlichen Handlungen, also in erster Linie die Vereinbarung neuer Konditionen für das Endfinanzierungsdarlehen am 22.06./07.07.2006 (vgl. BGH, Urteil v. 02.03.2004 in BGHReport 2004, 954). 125

Dass eine Genehmigung aufgrund einer Vereinbarung eines neuen Zinssatzes in Betracht zu ziehen ist, wenn nach Ablauf der Zinsbindungsfrist ein neuer Zinssatz vereinbart wird, wird vertreten (vgl. KG Berlin, Urteil vom 06.01.2009, 17 U 26/08). 126

Durch eine solche Neuvereinbarung der Zinskonditionen kann jedoch keine (konkludente) Genehmigung der Prozesserkklärung i.S.d. § 89 Abs. 2 ZPO erfolgen. Denn die Handlung, aus welcher eine konkludente Genehmigung entnommen werden könnte, müsste ebenfalls aus dem prozessualen Bereich heraus erfolgen. Handlungen aus dem vertraglichen Bereich wie in der vorliegenden Konstellation, haben eine solch weitreichende Wirkung nicht (vgl. BGH, Urteil v. 26.03.2003, AZ IV ZR 222/02). 127

b) 128

Den Klägern ist es auch nach dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) nicht verwehrt, sich gegenüber der Beklagten auf die Nichtigkeit der notariellen Vollstreckungsunterwerfung zu berufen. Muss ein Darlehensnehmer nach dem Inhalt des Darlehensvertrages ein selbständiges Schuldversprechen i.S.v. § 780 BGB in Höhe des Grundschuldbetrages abgeben und sich insoweit der Zwangsvollstreckung in sein gesamtes Vermögen unterwerfen, also eine die Grundschuld verstärkende Sicherheit abgeben, ist es ihm verwehrt, sich auf die Nichtigkeit der Vollstreckungsunterwerfung zu berufen, wenn er an den Kreditvertrag gebunden und zur Rückzahlung der Darlehensvaluta verpflichtet ist (BGH, Urteil v. 27.09.2005, Az. XI ZR 79/04, in BKR 2005, 501). 129

Dass die streitgegenständlichen Darlehensverträge eine entsprechende Verpflichtung zur Abgabe eines derartigen selbständigen Schuldversprechens mit einer Vollstreckungsunterwerfungserklärung beinhalten, ist unstreitig und ergibt sich aus den zur Gerichtsakte gereichten Kopien der Darlehensverträge (dort unter "Sicherstellung", Anlage B 4 und B 10). 130

Die Kläger sind jedoch weder an die Kreditverträge gebunden (siehe nachfolgende Ausführungen), noch zur Rückzahlung der Valuta verpflichtet (siehe Ausführungen zur Widerklage unter "II"). 131

aa) 132

Sowohl der Darlehensvertrag vom 27./30.12.1996 (Zwischenfinanzierung) als auch der zeitlich später abgeschlossenen Endfinanzierungsvertrag vom 05./09.12.1997 sind nichtig. Denn beide Darlehensverträge wurden wiederum nicht durch die Kläger persönlich sondern durch die Geschäftsbesorgerin, die Fa. Q, geschlossen. Diese konnte die Kläger jedoch infolge der wegen Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetzes nichtigen Vollmacht nicht wirksam vertreten. Wie bereits zur Prozessvollmacht ausgeführt, erfasst die Nichtigkeit des Geschäftsbesorgungsvertrages auch die der Geschäftsbesorgerin erteilte umfassende Abschlussvollmacht (vgl. BGH, Urteil v. 23.03.2004, Az. XI ZR 194/02, in NJW 2004, 2378). 133

bb) 134

Die – rechtsgeschäftliche – Vollmacht ist auch nicht als gültig zu behandeln. Das Vertrauen der Beklagten in die Wirksamkeit der erteilten Vollmacht war nicht nach	135
§§ 172 ff BGB geschützt. Der Vertrauensschutz aus §§ 172 ff BGB gilt über den Wortlaut der Vorschrift hinaus auch bei einer von Anfang an nichtigen Vollmacht; eine Nachforschungs- oder Überprüfungspflicht der Bank besteht insoweit nicht. Auch der Verbotszweck des Art. 1 § 1 RBerG hindert die Anwendung der Rechtsscheingrundsätze nicht (BGH, Urteil v. 09.11.2004, Az. XI ZR 315/03, in NJW 2005, 668). Der den Vertretenen bindende Rechtsschein einer wirksamen Bevollmächtigung entsteht mit Vorlage der Urkunde. Nur wenn diese dem Dritten präsentiert wird, ist sein Vertrauen in den Bestand der Vertretungsmacht, wie sie sich aus der Urkunde ergibt, geschützt. Anknüpfungspunkt für die Entstehung des Vertrauenstatbestandes ist also die Vorlage der Vollmachtsurkunde. Diese Urkunde ist dem Dritten im Sinne der § 172 Abs. 1 BGB vorgelegt, wenn sie seiner sinnlichen Wahrnehmung unmittelbar zugänglich gemacht wird. Das ist grundsätzlich nur der Fall, wenn der Vertreter dem Dritten die Urkunde zeigt. Zumindest muss der Dritte in die Lage versetzt werden, sich unmittelbare Kenntnis von der Urkunde zu verschaffen, mag er dann auch von einer tatsächlichen Einsichtnahme absehen. Eine bloße Bezugnahme oder Verweisung auf eine Vollmachtsurkunde, die beim Abschluss des Rechtsgeschäfts nicht vorgelegt werden kann, steht der Vorlegung nicht gleich.	136
Daraus folgt: § 172 Abs. 1 BGB setzt voraus, dass dem Dritten die den Rechtsschein erzeugende Urkunde im Zeitpunkt des Vertragsschlusses selbst, also in Urschrift oder – bei notariell beurkundeter Vollmacht – in einer Ausfertigung (§ 47 BeurkG) vorliegt; Abschriften genügen regelmäßig nicht (BGH, Urteil v. 15.10.1987, Az. III ZR 235/86, in NJW 1988, 697; BGH, Urteil v. 23.03.2004, Az. XI ZR 194/02, in NJW 2004, 2378).	137
Unstreitig war dies vorliegend nicht der Fall. Bei Abschluss des Darlehensvertrages vom 27./30.12.1996 lag der Beklagten auch nach eigenem Vortrag keine Unterlagen, die auf eine Bevollmächtigung der Fa. Q hätten schließen lassen können, vor. Darauf, dass sich eine wirksame Bevollmächtigung bereits aus dem “Geschäftsbesorgungsvertrag” vom 09.12.1996 ergab, hat sich die Beklagte – zu Recht – schon nicht berufen.	138
Bei Abschluss des Endfinanzierungsdarlehens am 05./09.12.1997 hat zwar die seitens der Kläger abgegebene Annahmeerklärung des Geschäftsbesorgungsvertrages der Beklagten und die entsprechende Angebotserklärung der Fa. Q vorgelegen; die Beklagte hat jedoch zugestanden, dass ihr diese jeweils lediglich in beglaubigter Ablichtung zugeleitet wurden.	139
Für die Anwendung des § 172 Abs. 1 BGB reicht es jedoch auch aus, dass die entsprechende Vollmacht dem Notar bei der notariellen Beurkundung der Grundschuldbestellung vorgelegen, dieser das Vorliegen der Vollmacht ausdrücklich in seine Verhandlungsniederschrift aufgenommen und deren Ausfertigung zusammen mit einer Abschrift der Vollmacht dem Geschäftsgegner zugestellt hat (BGH, Urteil v. 28.03.2006, Az. XI ZR 239/04, in NJW 2006, 2118).	140
Auch dieser Umstand ist vorliegend jedoch nicht gegeben. Zwar lag der Beklagten bei Abschluss des Endfinanzierungsdarlehensvertrages vom 05./09.12.1997 eine Ausfertigung der notariellen Urkunde vom 24.10.1997 vor (Zugang 29.10.1997) vor. Diese nimmt jedoch auf eine falsche, tatsächlich nicht existente Vollmachtsurkunde Bezug. Dadurch kann ein Rechtsschein nicht gesetzt werden. Denn der für die Rechtsscheinhaftung maßgebende Anknüpfungspunkt besteht in der beurkundeten Erklärung des Notars, dass ihm die Vollmacht bei der Beurkundung in Ausfertigung vorgelegen habe. Denn darin liegt die Beurkundung sonstiger Tatsachen und Vorgänge im Sinne des § 36 BeurkG, die auf die	141

unwirksame Vollmacht zurückzuführen ist und auf deren Richtigkeit die Beklagte vertrauen durfte. Beruht das Vertrauen der Beklagten in den Bestand der Vollmacht auf der notariellen Beurkundung, erstreckt sich deren Richtigkeitsgewähr nicht nur auf das beurkundete Rechtsgeschäft, sondern auch auf weitere, von der Vollmacht erfasste Geschäfte (vgl. BGH, Urteil v. 28.03.2006, Az. XI ZR 239/04, in NJW 2006, 2118).

Wie es zu der Falsch-Beurkundung gekommen ist, ist fraglich, letztlich aber unerheblich. 142
Denn jedenfalls hat der Notar nur das Vorliegen einer falschen, nicht existenten Vollmacht beurkundet. Dass der Notar bei der Übersendung dieser Grundschuldbestellungsurkunde an die Beklagte die (richtige) Vollmacht mitübersandt hat, lässt das Übersendungsschreiben des Notars vom 24.10.1997 (Anlage B17) nicht erkennen und wurde von der Beklagten auch nicht vorgetragen. Da die der Beklagten in Abschrift vorliegende Vollmacht mit der in der Urkunde erwähnten nicht übereinstimmte, kann sich daran im Ergebnis kein Rechtsschein knüpfen. Dies auch nicht, wenn – aus der Rückschau betrachtet – tatsächlich seitens der Kläger nur eine einzige notarielle Vollmacht an die Fa. Q erteilt wurde. Auch aus der noch vor Abschluss des Darlehensvertrages bei der Beklagten eingegangenen Notarbestätigung lässt sich ein solcher Rechtsschein nicht knüpfen. Diese enthält keinerlei Bezug zu einer Vollmacht.

cc) 143

Eine Wirksamkeit ergibt sich auch nicht über eine konkludente oder ausdrückliche 144
Genehmigung i.S.v. §§ 182, 184 BGB. Dass eine ausdrückliche Genehmigung der Kläger vorliegt, hat auch die Beklagte schon nicht behauptet. Die Vereinbarung zur Konditionenanpassung (Anlage B 11), die die Kläger persönlich am 07.07.2006 unterzeichnet haben, enthält keine ausdrückliche Genehmigung. Sie diente nicht dem Zweck, den im Jahr 1997 abgeschlossenen Darlehensvertrag, auf den sie sich bezog, rückwirkend zur Wirksamkeit zu verhelfen und bringt an keiner Stelle auch nur sinngemäß zum Ausdruck, dass dieser Vertrag genehmigt werden sollte. Die Parteien durften zu diesem Zeitpunkt – anderes ist auch nicht vorgetragen – vielmehr beide davon ausgegangen sein, dass der Darlehensvertrag gültig war, zu einer Genehmigung also gar keine Veranlassung bestand. Die im Vertragstext enthaltene Klausel, dass die sonstigen Bestimmungen des bestehenden Darlehensvertrages unverändert fort gelten, bringen dies auch zum Ausdruck. Eine Genehmigung ist damit nicht erfolgt.

Aber auch eine konkludente Genehmigung ist nach Aktenlage nicht gegeben. Eine solche 145
Genehmigung kann in einer rechtsgeschäftlichen Willenserklärung enthalten sein, aber auch in schlüssigem Verhalten ohne Erklärungsbewusstsein liegen. Voraussetzung ist in jedem Falle, aus der maßgeblichen Sicht des Erklärungsempfängers, dass der Genehmigende die Unwirksamkeit kennt oder zumindest mit ihr rechnet und dass in seiner Erklärung oder seinem Verhalten der Wille zum Ausdruck kommt, das bisher als unverbindlich angesehene Rechtsgeschäft verbindlich zu machen. Fehlt ein Erklärungsbewusstsein des Betroffenen, so muss hinzukommen, dass er bei pflichtgemäßer Sorgfalt gemäß § 276 BGB hätte erkennen und vermeiden können, dass seine Äußerung nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte als Willenserklärung aufgefasst werden durfte, und der Empfänger sie auch tatsächlich so verstanden hat (BGH, Urteil v. 27.09.2005, Az. XI ZR 79/04, in BKR 2005, 501).

Dies kann, wie bereits ausgeführt, für Handlungen der Parteien, die vor der im Jahr 2000 146
ergangenen Entscheidung des BGH lagen, schon nicht angenommen werden.

In dem Zeitraum nach 2000 haben die Kläger, wie bereits erwähnt, am 07.07.2006 persönlich 147
eine Konditionenneuvereinbarung für das Endfinanzierungsdarlehen geschlossen. Dass die Kläger im Zeitpunkt dieser Handlung/Erklärung positive Kenntnis von der Rechtsprechung

seit dem Jahr 2000 hatten oder mit der Unwirksamkeit des Darlehensvertrages rechneten, kann nicht angenommen werden und ist auch nicht behauptet worden. Dass diese Unkenntnis vorwerfbar ist, also auf grober Fahrlässigkeit beruht, ist nicht anzunehmen, denn Rechtsrat mussten die Kläger vor Unterzeichnung der Vereinbarung, bei der es im Kern um eine einfache wirtschaftliche Frage, nämlich die Angemessenheit der künftigen Zinskonditionen ging, ersichtlich nicht in Anspruch nehmen. Zudem haben die Vertragsparteien die Darlehensverträge als wirksam vorausgesetzt und nicht in Zweifel gezogen, so dass bereits fraglich sein dürfte, ob die Beklagte in der Erklärung der Kläger, die ausdrücklich nur auf die Änderung der Zinskonditionen nach Ablauf der Festzinsperiode überhaupt ein Vertrauen im Hinblick auf einen entsprechenden Erklärungswillen der Kläger bilden durfte und gebildet hat. Denn, da auch die Beklagte jedenfalls damals von der Wirksamkeit des Vertrages ausgehen musste und wohl auch – bis heute – ausgegangen ist, konnte sie in dem vertragsgemäßen Verhalten der Kläger keine Erklärung sehen, den bisher schwebend unwirksamen Darlehensvertrag verbindlich zu machen. Selbst wenn man jedoch annehmen würde, dass den Klägern vorwerfbar nicht bekannt war, dass der Geschäftsbesorgungsvertrag einen Umfang hatte, der eine Erlaubnis nach dem RBerG bedurft hätte, ist den Umständen nicht zu entnehmen, dass sie auch wussten bzw. vorwerfbar nicht wussten, dass die Fa. Q über eine solche nicht verfügte. Darüber hinaus konnten und mussten die Kläger auch nicht wissen, dass der Beklagten bei Abschluss des Darlehensvertrages nicht, wie für eine Vertretungsbefugnis nach § 171 f BGB erforderlich, eine Ausfertigung der notariellen Vollmachtsurkunde vorgelegen hatte.

Zwar hat das Kammergericht Berlin in seiner Entscheidung vom 06.01.2009 (Az. 17 U 26/08) 148 ausgeführt, dass eine Genehmigung aufgrund der Vereinbarung eines neuen Zinssatzes in Betracht zu ziehen ist. In dem dort zugrunde liegenden Sachverhalt war den Darlehensnehmern jedoch aufgrund vorheriger Rechtsstreitigkeiten die Unwirksamkeit des Darlehensvertrages bekannt. Eine vergleichbare Situation liegt hier nicht vor; Anhaltspunkte für eine konkludente Genehmigung sind nicht gegeben.

Auch in der vorbehaltlosen Zahlung der vereinbarten Zins- und Tilgungsleistungen durch die 149 Kläger bis Oktober 2010 liegt keine konkludente Genehmigung der Darlehensverträge. Insoweit kann auf die vorstehenden Ausführungen Bezug genommen werden. Die Kläger haben sich lediglich nach ihrer Ansicht vertragstreu verhalten und die ihnen vermeintlich obliegende Zahlungspflicht erfüllt. Eine andere Erklärung kann diesem Verhalten nicht entnommen werden.

dd) 150

Auch Anhaltspunkte dafür, dass im Zeitpunkt des Abschlusses des Darlehensvertrages 151 Umstände vorlagen, die allgemeine Rechtsscheingesichtspunkte (Duldungs- / Anscheinsvollmacht) begründen würden, liegen nicht vor.

ee) 152

Den Klägern ist es auch nicht nach § 242 BGB verwehrt, sich auf die Nichtigkeit des 153 endgültigen Darlehensvertrages infolge fehlender Vollmacht zu berufen. Sowohl die Neuvereinbarung der Zinskonditionen, als auch die Zahlung der Tilgungsleistungen bis Oktober 2010 lassen den Schluss, die Kläger handelten treuwidrig, nicht zu. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Urteil vom 29.07.2008, NJW 2008, 3357 und Urteile vom 28.04.2009, Az.: XI ZR 228/08 und XI ZR 227/08) darf der Schutzzweck des RBerG grundsätzlich nicht durch eine Anwendung des allgemeinen Grundsatzes von Treu und Glauben außer Kraft gesetzt werden. Der Bundesgerichtshof hat es in den vorgenannten

Entscheidungen unter anderem abgelehnt, in der Mitwirkung des nicht wirksam vertretenen Kreditnehmers an einer Prolongation oder Ablösung bzw. Erfüllung des nichtigen Darlehensvertrages ein widersprüchliches und damit treuwidriges Verhalten zu sehen. Denn der Anleger kann nach § 242 BGB nicht einseitig belastet werden, obwohl er und der Darlehensgeber in gleicher Weise über die Wirksamkeit des Darlehensvertrages irrten und Art. 1 § 1 RBerG gerade den Anleger schützen will.

Infolge der unwirksamen Darlehensverträge ist es den Klägern mithin nicht nach Treu und Glauben verwehrt, sich auf die Unwirksamkeit der Unterwerfungserklärung zu berufen. 154

3. 155

Zwar ist, wie das Landgericht in dem angefochtenen Urteil zu Recht ausführt, die Vollstreckungsunterwerfung in das Grundstück (Ziffer II der notariellen Urkunde) wirksam, da diese von der W GmbH als der damalige Eigentümerin abgegeben wurde. Dies Unterwerfungserklärung der damaligen Eigentümerin und Grundschuldbestellerin hinsichtlich der dinglichen Haftung lässt die Vollstreckung gegen den jeweiligen Eigentümer zu. Da die Geschäftsbesorgerin insoweit für die Kläger keine Erklärung abgegeben hat, die wegen nichtiger Vollmacht unwirksam sein könnte, sind die Kläger als Rechtsnachfolger der Zwangsvollstreckung gemäß § 800 Abs. 1 S. 1 ZPO unterworfen. 156

Da die streitgegenständliche Grundschuld der Sicherung der seitens der Kläger mit der Beklagten geschlossenen Darlehensverträge diene und diese – wie ausgeführt – nichtig sind, können die Kläger diesen Umstand als materielle Einwendung der Zwangsvollstreckung aus der Urkunde gemäß § 767 ZPO entgegenhalten. Insoweit wird auf die Ausführungen unter II 2 b in dem angefochtenen Urteil Bezug genommen. 157

4. 158

Da die Klage mithin aus den vorstehenden Gründen begründet ist, kann eine Entscheidung darüber, ob den Klägern aufgrund der weiteren von diesen behaupteten Umständen Schadenersatzansprüche bzw. Bereicherungsansprüche gegen die Beklagte zustehen, mit denen die Kläger vorliegend die Aufrechnung erklären könnten, dahinstehen. 159

II. 160

Die zulässige (Hilfs-)Widerklage ist nicht begründet. Der Beklagten steht weder im Zusammenhang mit der Bereitstellung/Auszahlung der Darlehensvaluta aus dem Zwischenfinanzierungsdarlehen noch mit einer solchen aus dem Endfinanzierungsdarlehen ein Anspruch auf Rückzahlung aus ungerechtfertigter Bereicherung, § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1 BGB, gegen die Kläger zu. 161

1. 162

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs haftet im Falle der Unwirksamkeit des Darlehensvertrages der Darlehensnehmer aus ungerechtfertigter Bereicherung auf Rückzahlung der Darlehensvaluta, wenn er diese erhalten hat. Ein Darlehen gilt als empfangen, wenn der Darlehensgeber es an den Darlehensnehmer oder auf dessen Weisung an einen Dritten ausgezahlt hat. Wird die Weisung namens des Darlehensnehmers von einem Geschäftsbesorger oder Treuhänder erteilt, ist zu unterscheiden. Sofern die dem Geschäftsbesorger erteilte Vollmacht wirksam oder nach Rechtsscheingrundsätzen gemäß §§ 171, 172 BGB dem Darlehensgeber gegenüber als gültig zu behandeln ist, hat der 163

Darlehensnehmer die Darlehenssumme empfangen, weil die Darlehensvaluta in diesem Fall auf seine Weisung ausgezahlt worden ist. War die Abschlussvollmacht unwirksam, scheidet ein Anspruch des Darlehensgebers gegen den Darlehensnehmer aus ungerechtfertigter Bereicherung von vornherein aus. Die Darlehenssumme ist in diesem Fall aufgrund der – unwirk-

samen – Anweisung des Geschäftsbesorgers nicht an den Darlehensnehmer, sondern an andere Beteiligte ausgezahlt worden. Nur diese Zuwendungsempfänger kann der Darlehensgeber auf Rückerstattung der Darlehensvaluta in Anspruch nehmen. Für die Zurechenbarkeit der Zahlungsanweisungen des Geschäftsbesorgers kommt es somit entscheidend auf die Vorlage der Vollmachtsurkunde im Zeitpunkt der Ausführung der Zahlungsanweisungen an, während hierfür der Zeitpunkt der Erteilung der Zahlungsanweisungen oder der Zeitpunkt der Einrichtung des Kreditkontos unerheblich sind (vgl. BGH, Urteil v. 17.01.2012, XI ZR 457/10, NJW-RR 2012, 622, m.w.N.).

2. 165

Unstreitig sind hier sämtliche Anweisungen durch die Fa. Q erfolgt. Wie bereits ausgeführt, handelte diese aufgrund unwirksamer Vollmacht. Mithin ist entscheidend, ob der Beklagten bei Ausführung der verschiedenen Auszahlungsanweisungen eine Ausfertigung der notariellen Vollmachtsurkunde vorlag (vgl. BGH, Urteil v. 27.05.2008, Az. XI ZR 149/07, NJW 2008, 3355). Die letzte Auszahlung erfolgte am 30.03.1998. Zu diesem Zeitpunkt lagen der Beklagten jedoch – wie bereits ausgeführt – die entsprechenden Unterlagen noch nicht vor. Die notarielle Urkunde, mit welcher die Grundsschuldbestellungsurkunde berichtigt wurde, stammt zwar vom 30.01.1998, wurde also 2 Monate vor der letzten Auszahlung erstellt. Wann (und ob) diese der Beklagten zugegangen ist, hat diese – auch in der Berufungsinstanz – nicht vorgetragen. Die Relevanz dieses Umstandes war der Beklagten spätestens mit Erlass des angefochtenen Urteils bekannt. Dies zeigen auch ihre zu diesem Umstand getätigten Ausführungen in der Berufungsbegründung. Letztlich erklärt sich die Beklagte jedoch auch in der Berufungsinstanz nicht zu dem Zeitpunkt des Eingangs dieser Urkunde, sondern stellt stattdessen auf die Übersendung der Notarbestätigung vom 03.11.1997 und die Eintragung der Grundsschuld im Grundbuch am 08.01.1998 ab. Diese Vorgänge sind jedoch ohne maßgebliche rechtliche Relevanz. Denn ein Rechtsschein für das Vorliegen einer wirksamen Vollmacht kann dadurch nicht erzeugt werden.

3. 167

Den nachfolgenden Ausführungen ist zunächst voranzustellen, dass die Kläger persönlich unstreitig keine der seitens der Beklagten aufgrund der unwirksamen Anweisung getätigten Auszahlungen erhalten haben.

a) 169

Die Beklagte hat sich in erster Linie darauf berufen, dass sich die Kläger die an die Fa. J gezahlten Beträge als “Empfangen” zu zurechnen hätten.

Dieser Rechtsauffassung vermag sich der Senat nicht anzuschließen; die Kläger haben auch die an die Fa. J gezahlten Beträge nicht i.S.v. § 607 BGB a.F. empfangen mit der Folge, dass sie insoweit bereichert und zur Rückzahlung verpflichtet wären, § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1 BGB. Dabei kann dahinstehen, ob der Mittelverwendungsvertrag, von dem die Beklagte schon nicht mitgeteilt hat, wann dieser überhaupt geschlossen worden sein soll, vor Auszahlung der ersten Beträge an die Fa. J wirksam geworden ist oder nicht. Denn selbst wenn dieser

Vertrag wirksam war und die Fa. J aufgrund dessen und aufgrund der ihr vorliegenden Unterlagen davon ausgehend durfte, dass sie als Treuhänderin der Kläger berechtigt war, sowohl das an sie durch die Beklagte überwiesene Geld anzunehmen, als auch dieses entsprechend der Bestimmungen weiterzuleiten, verbleibt es bei der genannten Rechtsfolge. Daher kann dahinstehen, ob das erstmalige Bestreiten der Kläger des seitens der Beklagten bereits erstinstanzlich behaupteten Umstands, der Fa. J hätten Ausfertigungen der entscheidenden Vollmachten bei Abschluss des Mittelverwendungsvertrages vorgelegen, nach § 531 ZPO zuzulassen ist oder nicht.

Bei Zugrundelegung des Vortrags der Beklagten wäre somit davon auszugehen, dass zwar 172 ein unwirksames Deckungsverhältnis und eine unwirksame Anweisung vorlagen, das Valutaverhältnis hingegen wirksam war. Auch die vorliegende Konstellation entspricht einem "Anweisungsfall" i.S.v. § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1 BGB.

Grundsätzlich unterhält in den Fällen der Leistung kraft Anweisung der Anweisende stets 173 zwei Rechtsbeziehungen. Dem Anweisenden geht es letztlich darum, den Leistungsweg zu verkürzen. Dies wäre unproblematisch in den Fällen gegeben, in denen die Kläger, vertreten durch die Fa. Q, der Beklagten die Anweisung erteilt hätte, an die nachfolgenden Unternehmer zu zahlen. Vorliegend sollte jedoch – quasi über einen Zwischenschritt – zunächst an eine (weitere) Treuhänderin der Kläger, die Fa. J, gezahlt werden, die dann erst die Weiterleitung der Beträge an die Unternehmer veranlassen sollte. Mithin stehen, und dies ist Ausgangspunkt der Argumentation der Beklagten, die Kläger auch auf der Empfängerseite, vertreten durch die Fa. J, so dass, so die Beklagte, die Kläger die Gelder empfangen haben.

Diese Argumentation verfängt nicht. Bei Leistungen, die einem Treuhänder ohne rechtlichen 174 Grund zugewendet werden, ist in der Regel der Treuhänder und nicht der Treugeber unmittelbar bereichert (BGH, Urteil v. 27.04.1961, VII ZR 4/60, BGH NJW 1961, 1461). Inhaberin des Kontos, auf welches die Bank die Beträge gezahlt hat, war die Fa. J, also die Treuhänderin. Das ist unstreitig. Nach dem Mittelverwendungsvertrag hatten die Kläger auch keinerlei Verfügungsmöglichkeiten über das Konto. Gläubigerin der sich aus dem Guthaben des Kontos ergebenden Forderung gegen die Bank und allein Verfügungsberechtigte war damit die Fa. J. Der Umstand, dass die Treuhänderin bei der Vornahme der Zahlungen inhaltlich an den Mittelverwendungsvertrag gebunden war, spricht nicht gegen ihre Kontoinhaberschaft. Denn dass die Treuhänderin die Interessen der Treugeber, für deren Rechnung sie handelt, zu beachten und daher das vorgesehene Konzept umzusetzen hatte, ist einem Treuhandvertrag immanent.

Zwar hindert die Zwischenschaltung eines Boten oder eines offenen Stellvertreters nicht, 175 dass sich die Vermögensverschiebung unmittelbar im Verhältnis zu der dahinter liegenden Person (hier die Kläger) vollzieht. Die nach § 812 BGB erforderliche Unmittelbarkeit ist bei der Zwischenschaltung eines Treuhänders jedoch nicht mehr gegeben. Der Treuhänder schiebt sich als selbständige Zwischenperson zwischen den, der auf dieses Konto eine Zahlung leistet, und den, in dessen Interesse der Treuhänder das Konto führt. Die Vermögensverschiebung vollzieht sich in solchem Fall daher nicht unmittelbar zwischen dem Einzahler und dem Treugeber, sondern zwischen dem Dritten und dem Treuhänder. Erst durch eine weitere selbständige Vermögensverschiebung gelangt der Gegenwert der Einzahlung unter Umständen vom Treuhänder an den Treugeber. Der Bereicherungsanspruch des Einzahlers bei rechtsgrundloser Zahlung entsteht daher gegen den Treuhänder und nicht gegen den Treugeber (vgl. BGH Urteil v. 27.04.1961, s.o.). Dabei ist auch unerheblich, ob der Treuhänder einen entsprechenden Anspruch gegen den Treugeber hat (LG Köln, Urteil v. 16.09.1982, Az. 21 O 113/82). So auch Schwab im

Münchener Kommentar, 5. Auflage, § 812 Rdn. 153: Wenn jemand eine Überweisung an einen Treuhänder in Auftrag gibt in der Erwartung, der Treuhänder werden den Betrag an einen Dritten weiterleiten, ist der Treuhänder selbständiger Leistungsempfänger.

Diese Konstellation ist auch vorliegend gegeben, die Fa. J ist Treuhänderin und nicht lediglich 176
bloße Vertreterin der Kläger. Auch dieser Umstand war zwischen den Parteien nicht streitig.

Für die Fa. J greift auch kein Gutgläubensschutz der Art, dass eine Kondiktion im Verhältnis 177
der beklagten Bank gegen die Fa. J entfallen und ausnahmsweise eine solche im Verhältnis
der beklagten Bank gegen die Kläger eingreifen ließe.

Der Bundesgerichtshof ist in obiter dicta wiederholt davon ausgegangen, dass der 178
Bereicherungsausgleich auch bei einer von Anfang an fehlenden Anweisung ausnahmsweise
im Deckungsverhältnis zwischen Kontoinhaber und Bank zu erfolgen hat, wenn der
Zuwendungsempfänger das Fehlen einer Anweisung nicht kannte und sich die Zahlung aus
seiner Sicht gem. §§ 133,157 BGB (analog) als eine Leistung des Überweisenden i.S. des §
812 Abs. 1 S. 1 BGB darstellte. Der Bundesgerichtshof hat jedoch mit Urteil vom
20.03.2001(Az. XI ZR 157/00 in NJW 2001, 1855) entschieden, dass es der allgemeinen
Erkenntnis der Rechtsscheinlehre entspreche, dass der gutgläubige Vertragsgegner bei
fehlender Zurechenbarkeit des Rechtsscheins nicht geschützt werden kann. Der so genannte
Empfängerhorizont des Zahlungsempfängers vermag deshalb die fehlende Tilgungs- und
Zweckbestimmung des Kontoinhabers nicht zu ersetzen. Zudem werde der
Zuwendungsempfänger durch die Regeln des § 818 Abs. 3 BGB geschützt.

Mithin ist, wenn von einer fehlenden Zurechenbarkeit die Rede ist, stets auf die Anweisung 179
aus Sicht des Darlehensgebers (also hier der beklagten Bank) und nicht aus der Sicht der
Empfängerin abzustellen. Entscheidend für die Frage, gegen wen sich ein
Kondiktionsanspruch richtet, ist allein das Fehlen oder aber das Vorliegen einer
Zweckbestimmung. Da dies vorliegend fehlt, ist ein Kondiktionsanspruch der Beklagten
gegen die Kläger nicht gegeben.

Diese Auffassung vertritt auch Schwab im Münchener Kommentar, 5. Auflage, § 812 Rdn. 84, 180
der ausführt, dass der BGH mit der vorgenannten Entscheidung klar zum Ausdruck gebracht
habe, dass der Anweisende, der die Güterbewegung nicht zurechenbar veranlasst, unter
keinen Umständen in den Bereicherungsausgleich einbezogen werden darf. Zwar führt er
unter Rdn. 96 weiter aus, dass er, anders als der BGH, die Fälle, in denen ein Verstoß gegen
das Rechtsberatungsgesetz vorliegt, anders behandelt sehen möchte. Der BGH behandle,
so wird ausgeführt, diese Fälle so, als wenn eine Anweisung gänzlich gefehlt habe.
Tatsächlich habe jedoch – so seine Auffassung – der Anleger die Auszahlung des Darlehens
an den Dritten sehr wohl veranlasst. Damit habe er zumindest zurechenbar den Rechtsschein
einer Tilgungsbestimmung gesetzt. Daher sei es vorzugswürdiger, die Anleger so zu
behandeln wie bei einer widerrufenen Anweisung, also so, als sei das Darlehen zunächst wie
bei einer wirksamen Anweisung an ihn geflossen.

Der Senat schließt sich der Auffassung des Bundesgerichtshofs an. Denn im Ergebnis, dies 181
ist nach Auffassung des Senats den Entscheidungen des Bundesgerichtshofs zu der
Gesamproblematik zu entnehmen, sollen die Anleger unter dem Gesichtspunkt des
Rechtsberatungsgesetzes vor einer Pflicht zur Rückzahlung des Darlehens bewahrt werden.
Denn der Schutz des Anlegers, den Art. 1 § 1 RBerG bezweckt und auf die Wirksamkeit der
Vollmacht durchschlägt, würde unterlaufen, ließe man bereicherungsrechtliche Ansprüche
der Beklagten auf Rückzahlung des Darlehens zu.

b)

Darauf, dass die Kläger die Beträge aus dem Zwischenfinanzierungsdarlehen, die nicht an die Fa. J, sondern an die Fa. W (64.865,- DM am 30.12.1996) und die Fa. Q (115.000,- DM am 30.12.1996) gezahlt wurden, i.S.v. § 812 erlangt haben, hat sich die Beklagte in der Berufungsinstanz nicht mehr ausdrücklich berufen. Da auch insoweit eine unwirksame Anweisung durch die Fa. Q vorgelegen hat und die Beträge nicht den Klägern persönlich zugeflossen sind, kann auf die vorstehenden Ausführungen Bezug genommen werden. Denn hier wurde die Valuta unproblematisch an "Dritte" ausgezahlt. Auch die Auszahlung an die Fa. Q erfolgte nicht in ihrer Eigenschaft als Treuhänderin/Vertreterin der Kläger sondern an diese zwecks Erfüllung der Verbindlichkeiten der Kläger aus dem Generalunternehmervertrag. 183

c)

184

Auch um die Zahlung i.H.v. 196.365,- DM aus dem Endfinanzierungsdarlehen, welche der Ablösung des Zwischen-Darlehens diente, sind die Kläger nicht bereichert. Denn wenn die Darlehensvaluta des Zwischenfinanzierungsdarlehens nicht an den Darlehensnehmer bzw. nicht auf eine wirksame Weisung an einen Dritten ausgezahlt worden ist, ist eine Verrechnung der Darlehensvaluta des Endfinanzierungsanspruchs mit dem Rückzahlungsanspruch aus der Zwischenfinanzierung ins Leere gegangen. Der Darlehensnehmer hat dann weder die eine noch die andere Valuta "empfangen" im Sinne des § 607 BGB a.F.. Die Bank hat dann gegen den Darlehensnehmer weder einen Bereicherungsanspruch bezüglich des Zwischenkredits noch – mangels Auszahlung der Darlehensvaluta – einen vertraglichen Rückzahlungsanspruch aus dem Endfinanzierungsvertrag (vgl. BGH, Urteil v. 17.01.2012, Az. XI ZR 457/10, NJW-RR 2012, 622). 185

C.

186

Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf den §§ 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO. Der Senat hat die Revision nicht zugelassen, da die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat und die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung nicht eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordern. 187