

**Darlehensvertrag, Zwangsvollstreckung, Unwirksamkeit, Vollstreckungsunterwerfung, Treu und Glauben, Vertretung ohne Vertretungsmacht, Treuhänder, Rechtsberatungsgesetz**

BGB § 242 Cd, BGB § 134, RBerG Art.1 § 1

**Ein Darlehensnehmer, der sich im Darlehensvertrag wirksam verpflichtet hat, sich der Zwangsvollstreckung in sein gesamtes Vermögen zu unterwerfen, darf aus der Nichterfüllung dieser Verpflichtung keine Vorteile ziehen (§ 242 BGB).**

**Ist die Unterwerfungserklärung nicht durch ihn selbst, sondern durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht abgegeben worden, kann er sich daher gegenüber der kreditgebenden Bank auf die Unwirksamkeit der Erklärung nicht berufen (hier: Abgabe der Unterwerfungserklärung durch Treuhänderin aufgrund einer wegen Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz gemäß § 134 BGB nichtigen Vollmacht).**

BGH, Urteil vom 22.10. 2003, IV ZR 33/03 (OLG Naumburg)

**Problemstellung:**

Gegenstand des Rechtsstreites war eine Zwangsvollstreckung aus einer notariellen Urkunde. Die Klägerin erwarb im Jahre 1992 im Rahmen eines Anlagemodells ein Studentenappartement und finanzierte den Kaufpreis von ca.155.000 DM über zwei Darlehensverträge. In den Darlehensverträgen verpflichtete sie sich mit jeweils gleichlautenden Klauseln, die Forderung durch eine vollstreckbare Grundschuld gegen den jeweiligen Eigentümer zu sichern, und sich der sofortigen Zwangsvollstreckung in ihr gesamtes Vermögen zu unterwerfen.

Die Klägerin wurde beim Abschluss des Kaufvertrages, der Darlehensverträge und der persönlichen Haftungsübernahme anlässlich der Grundschuldbestellung durch eine GmbH vertreten, mit der sie einen notariellen Geschäftsbesorgungsvertrag geschlossen hatte. Dieser enthielt eine Vollmacht, die sich auf alle Rechtsgeschäfte, die für den Erwerb bzw. die Errichtung des Kaufgegenstandes, dessen Finanzierung und Vermietung erforderlich oder zweckmäßig waren erstreckte.

Nachdem die Beklagte nach Abschluss der dinglichen Zwangsvollstreckung aus der Unterwerfungsurkunde die persönliche Zwangsvollstreckung betrieb, erhob die Klägerin dagegen Klage. Sie machte Einwände gegen die Wirksamkeit des Vollstreckungstitels und materiell-rechtliche Einwendungen gegen den titulierten Anspruch geltend. Das LG wies ihre Klage ab, das OLG gab ihrer Berufung statt. Die Revision der Beklagten erstrebte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils. Der BGH hob das Urteil des OLG auf und wies es zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurück.

**Zusammenfassung der Entscheidungsgründe:**

Der BGH befasst sich zunächst mit der Wirksamkeit des Geschäftsbesorgungsvertrages, der darin erteilten Vollmacht und der in Vertretung abgeschlossenen Rechtsgeschäfte aus Sicht des RBerG. In Übereinstimmung mit der bisher ergangenen Rechtsprechung verschiedener Senate des BGH (vgl. BGH ZIP 2003, 943; BGH NJW-RR 2003, 1203 und BGH WM 2001, 2260) stellt das Gericht fest, dass im vorliegenden Falle der Geschäftsbesorgungsvertrag wegen des damit verbundenen Beratungsbedarfs der erforderlichen Rechtskenntnisse einer Erlaubnis nach Art.1 § 1 Abs.1 S.1 RberG bedurfte. Da die GmbH darüber nicht verfügte, war der Vertrag nach § 134 BGB nichtig, ebenso wie die zu der Geschäftsbesorgung erteilte Vollmacht. Die Nichtigkeit der Vollmacht leitet das Gericht – wie schon die o.g. Vorentscheidungen – aus der Zielstellung des RBerG ab, den Schutz des rechtssuchenden

Publikums konsequent zu realisieren. Dem würde die Wirksamkeit der Vollmacht trotz Nichtigkeit des Geschäftsbesorgungsvertrages widersprechen.

Im weiteren wendet sich der BGH der Zulässigkeit der Vollstreckung aus der Unterwerfungsurkunde zu. Die Unterwerfungsurkunde ist danach eine einseitige Erklärung, prozessualer Natur, die dem § 78 ZPO und nicht § 134 BGB unterliegt. Dennoch muss sich der Verstoß gegen Art.1 § 1 Abs.1 S.1 RBERG i.V.m. § 134 BGB auch auf die prozessuale Vollmacht auswirken, weil andernfalls wiederum der Zweck des gesetzlichen Verbotes nicht zu erreichen ist. Das hat nach Meinung des BGH zur Folge, dass auch alle Prozesshandlungen, die von einer nicht nach dem RBERG berechtigten Person vorgenommen werden unwirksam sind. Gleichermaßen sind nach Auffassung des Gerichts – und insoweit ebenfalls übereinstimmend mit der Annahme des Berufungsgerichts – die Grundsätze der Rechtsscheinhaftung nach § 172 BGB auf die für die Treuhänderin erteilte prozessuale Vollmacht nicht anwendbar. Auch eine Duldungsvollmacht hat nicht vorgelegen, da dafür der Genehmigende die Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts kennen oder mit ihr rechnen und sein Verhalten den Willen zum Ausdruck bringen muss, das Geschäft dennoch wirksam werden zu lassen.

Bis zu diesem Punkt folgt die Begründung der Linie, die durch mittlerweile zahlreiche obergerichtliche Entscheidungen (vgl. Fritsche/Fritsche, NJ 2003, S. 231 und S.288 m.w.N) und auch das durch die Revision angegriffene Urteil des OLG Naumburg (NJ 2003, 373 m. Anm. Fritsche/Fritsche) vorgezeichnet wurde.

Dass der BGH dennoch die Entscheidung des OLG aufhebt und zurückverweist, leitet er aus einer – nach seiner Ansicht jedenfalls möglichen – Wirkung des § 242 BGB gegen die Berufung der Klägerin auf die Unwirksamkeit der Vollstreckungsunterwerfung ab. Dazu bedarf es der weiteren tatrichterlichen Aufklärung, ob beim Abschluss der Darlehensverträge die Vollmachtsurkunde in notarieller Ausfertigung vorgelegt wurde. In diesem Fall kommt der Darlehensvertrag wirksam zustande, da für die materiell-rechtlichen Erklärungen der Parteien – im Gegensatz zur Abgabe der Vollstreckungsunterwerfung – die Rechtsscheinhaftung aus § 172 BGB eingreift. Der Abschluss der Darlehensverträge wird nach Ansicht des BGH nicht von der Wirkung von Art.1 § 1 Abs.1 S.1 RBERG i.V.m. § 134 BGB ergriffen, da er nicht der verbotenen Rechtsbesorgung sondern dem zulässigen Zweck des Erwerbs einer Eigentumswohnung diene. Sind somit die Darlehensverträge wirksam zustande gekommen, kann sich die Klägerin nach Treu und Glauben nicht auf die Unwirksamkeit der persönlichen Vollstreckungsunterwerfung berufen. Die gleiche Schlussfolgerung zieht der BGH für das von der GmbH in Vertretung der Klägerin abgegebene Schuldversprechen nach § 780 BGB. Auch hier ist die Klägerin nach Treu und Glauben daran gehindert, sich auf die Unwirksamkeit dieses Schuldversprechens zu berufen.

### **Kommentar:**

Die bisherige Rechtsprechung des BGH (vgl. zuletzt NJW 2003, 1594) hat bereits die Unterscheidung zwischen mehreren Ebenen der innerhalb solcher Anlagengeschäfte bestehenden Rechtsgeschäfte herausgearbeitet. Diese betreffen:

- das Verhältnis zwischen Geschäftsbesorgungsvertrag und Vollmacht – bei Verstoß gegen das RBERG sind beide Geschäfte unwirksam.
- Das Verhältnis zwischen Vollmacht und Darlehensvertrag – hier kann über § 172 BGB auch eine unwirksame Vollmacht zu einem wirksamen Darlehensvertrag führen, wenn bewiesen wird, dass die Vollmachtsurkunde im Original oder notarieller Ausfertigung beim Abschluss des Darlehensvertrages vorgelegt wurde. Nichts anderes kann für das abstrakte Schuldversprechen gelten, das nach § 780 BGB ein Vertrag ist.
- Das Verhältnis von Vollmacht und Vollstreckungsunterwerfung – hier führt eine unwirksame Vollmacht wegen des prozessualen Charakters der Erklärung und der dazu erteilten Vollmacht zur Unwirksamkeit der Vollstreckungsunterwerfung.

Neu an der Entscheidung ist m.E. die Verknüpfung zwischen dem Darlehensvertrag, der (abstrakten) Schuldübernahme nach § 780 BGB und der prozessualen Vollstreckungsunterwerfung über § 242 BGB. Letztlich eröffnet der BGH damit die Möglichkeit, sich auf einen wirksamen schuldrechtlichen Anspruch zu berufen und damit einen unwirksamen Vollstreckungstitel zu überbrücken. Das stellt gegenüber den beteiligten Banken ein Entgegenkommen dar, das nicht unproblematisch ist. Die strenge Unterscheidung zwischen Anspruch und Titel hat Gründe, die im Verständnis der Rechtssicherheit bei so weitgehenden Eingriffen wie es die Vollstreckung in das gesamte persönliche Eigentum ist liegen. Einerseits kommt der Titel unabhängig von dem schuldrechtlichen Anspruch wirksam zustande (BGH NJW 1985, 2423), ihm kann dann nur mit der Vollstreckungsgegenklage begegnet werden. Andererseits bedeutet dies m.E. auch, dass die vollstreckungsrechtlichen Wirkungen eben nur bei prozessual wirksam zustande gekommenen Erklärung eintreten. Die Berufung des Vollstreckungsschuldners auf die Unwirksamkeit der Vollstreckungsunterwerfung kann daher nur dort nach Treu und Glauben gehindert sein, wo keine schwerwiegenden Gründe die Unwirksamkeit hervorgerufen haben (so z.B. bei Nichtigkeit wegen Formmangels, aber Heilungsmöglichkeit nach § 313 S.2 BGB a.F., BGH NJW 1985, 2432).

Ist ein Darlehensvertrag über § 172 BGB geschlossen worden, steht es schließlich der Bank jederzeit frei, sich den Vollstreckungstitel im Klagewege zu verschaffen. Diese Lösung ist zumutbar und rechtlich korrekt. Schließlich kann die Bank – wie das OLG Celle zutreffend feststellt – im Hinblick auf ihre Rechtskundigkeit und die Tatsache, dass Geschäftsbesorgungsvertrag und Vollmacht in einer Urkunde enthalten sind – eine Prüfungspflicht betr. die Wirksamkeit der ihr vorgelegten Erklärungen treffen, deren Verletzung ihr die Berufung auf § 172 BGB nach Treu und Glauben entziehen könnte (OLG Celle 4. Zivilsenat, Urteil vom 19. Dezember 2002, Az. 4 U 105/02, Juris Nr. KORE401322003). Auch eine weitere Argumentation spricht gegen die vom BGH gewählte Lösung: sie stellt die wegen Verstoßes gegen das RBerG unwirksame Vollstreckungsmöglichkeit der Bank wieder her, wodurch im Grunde die Zielstellung des RBerG unterlaufen wird. Das OLG Celle nimmt diesen Gedanken zum Anlass, einen Anspruch der Bank auf erneute Abgabe einer Vollstreckungsunterwerfung auch bei wirksamen Darlehensvertrag zu verneinen. Gerade wegen der überragenden Schutzfunktion des RBerG sei der Schuldner nicht durch den dolo-agit Einwand gehindert, sich auf die Unwirksamkeit der Unterwerfungserklärung zu berufen (s.a. OLG Nürnberg, OLGR Nürnberg 2003, 224 = Juris Nr. KORE416202003).

Hinweis: Eine nahezu inhaltsgleiche Entscheidung hat der IV Zivilsenat des BGH am 22. 10. 2003 unter Az. IV ZR 398/02 (OLG Thüringen) getroffen. Hier hatte der Kläger den Darlehensvertrag mit der Bank selbst geschlossen während der Treuhänder die Vollstreckungsunterwerfung erklärte. Der BGH hat daher dem Kläger in einer Selbstentscheidung die Berufung auf die Unwirksamkeit der Vollstreckungsunterwerfung wegen der Wirksamkeit des Darlehensvertrages verwehrt.

Prof. Dr. Ingo Fritsche, Fachhochschule für Rechtspflege NRW  
Erstveröffentlichung: NJ 2004, S. 123 ff.