

14 U 71/08

8 O 1357/04 Landgericht Kassel

Zur Geschäftsstelle gelangt
am: 29.6.2009
Heine

Verkündet laut Protokoll am
26. Mai 2009
Heine, JA'e
als Urkundsbeamtin der
Geschäftsstelle.



OBERLANDESGERICHT FRANKFURT AM MAIN
14. Zivilsenat in Kassel

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

In dem Rechtsstreit

Bayerische Hypo- und Vereinsbank AG, vertreten durch den Vorstand, Kardinal-
Faulhaber-Straße 14, 80333 München,

Beklagte, Widerklägerin, Berufungsklägerin und Berufungsbeklagte

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte Sernetz, Schäfer und Koll., Karlsplatz 11, 80335 München,

gegen

[REDACTED]

Kläger, Widerbeklagten, Berufungsbeklagten und Berufungskläger,

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte Dr. Fuellmich & Associates, Senderstraße 37, 37077 Göttingen,

hat der 14. Zivilsenat in Kassel des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main aufgrund der
mündlichen Verhandlung vom 26. Mai 2009 durch den Vorsitzenden Richter am Ober-
landesgericht Nordmeier, die Richterin am Oberlandesgericht Bethe und die Richterin
am Oberlandesgericht Haase

für Recht erkannt:

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts Kassel vom 10.04.2008 wird zurückgewiesen.

Auf die Berufung des Klägers wird das vorgenannte Urteil teilweise abgeändert.

Die Beklagte wird verurteilt,

1. dem Kläger die Ansprüche aus dem R + V-Lebensversicherungsvertrag Nr. 40209647-0 rückabzutreten,
2. an den Kläger 10.947,84 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 03.03.2006 zu zahlen.

Die weitergehende Berufung des Klägers wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits im ersten Rechtszug hat die Beklagte zu tragen.

Von den Kosten des 2. Rechtszugs haben die Beklagte 53 %, der Kläger 47 % zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Den Parteien wird nachgelassen, die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils jeweils vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht der jeweilige Vollstreckungsgegner vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

I.

Der Kläger hat sich gegen die Zwangsvollstreckung aus einer notariellen Urkunde gewandt, die beklagte Bank begehrt im Wege der Hilfswiderklage die Rückzahlung eines Darlehens. Dem liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Kläger und seine Ehefrau wurden am 23. Dezember 1995 von einem Vermittler geworben, im Rahmen eines steuersparenden Bauträger- und Treuhandmodells eine Eigentumswohnung in einer noch nicht fertiggestellten Wohnanlage in Köln, Münchner Straße, zu erwerben. Der Vermittler war für eine Gesellschaft tätig, die damals in großem Umfang Anlageobjekte vertrieb, deren Finanzierung über die Rechtsvorgängerin der Beklagten (im folgenden: Beklagte) abgewickelt wurde. Die Wohnanlage war von einer Bauträgergesellschaft geplant und errichtet worden mit dem Ziel, die 203 Wohneinheiten

an Anleger zu veräußern. Die Finanzierung des Bauvorhabens hatte die Beklagte übernommen, die dann über ihre Filiale Kempten auch den Erwerb der einzelnen Wohneinheiten finanzierte.

Entsprechend dem Anlagekonzept, das für die Vorbereitung einschließlich der Finanzierung und die Durchführung des Erwerbs sowie die anschließende Vermietung die Vertretung der Erwerber durch einen Abwicklungsbeauftragten vorsah, unterbreiteten der Kläger und seine Ehefrau der KT Steuerberatungsgesellschaft mbH mit Sitz in Köln (im folgenden Geschäftsbesorgerin) am 27.12.1995 ein notarielles Angebot auf Abschluss eines Geschäftsbesorgungsvertrages zum Erwerb der Eigentumswohnung. Zugleich erteilten sie der Geschäftsbesorgerin, die über eine Erlaubnis nach dem Rechtsberatungsgesetz nicht verfügte, eine umfassende Vollmacht, sie bei der Vorbereitung, Durchführung und gegebenenfalls Rückabwicklung des Erwerbs zu vertreten. Unter anderem sollte die Geschäftsbesorgerin den Kaufvertrag und die Darlehensverträge abschließen. Zudem war sie zur Bestellung der dinglichen und persönlichen Sicherheiten befugt. Der kalkulierte Gesamtaufwand für das Kaufobjekt war mit 166.556,00 DM ausgewiesen. Wegen der Einzelheiten wird auf die Urkunde vom 27.12.1995, Anlage K 3 zur Klageschrift (Band I Blatt 46 ff. d.A.) Bezug genommen. Die Geschäftsbesorgerin nahm das Angebot am 28.12.1995 an und schloss am 27.12.1995 im Namen des Klägers und seiner Ehefrau einen Darlehensvertrag mit der Beklagten über einen Nettokredit von 129.507,00 DM. Der Kläger und seine Ehefrau traten der Beklagten jeweils die Ansprüche aus einem Lebensversicherungsvertrag ab, bei dessen Fälligkeit das Darlehen abgelöst werden sollte, und zahlten darauf nur die laufenden Zinsen, in den Jahren 2002, 2003 und 2004 je 4.105,55 € (Band VI Blatt 169 ff. d.A.). Der Beklagten lag bei Abschluss des Darlehensvertrages eine Ausfertigung der die Geschäftsbesorgerin als Vertreterin des Klägers und seiner Ehefrau ausweisenden notariellen Vollmachtsurkunde nicht vor.

Die Geschäftsbesorgerin erwarb sodann namens des Klägers und seiner Ehefrau mit notariellem Kauf- und Werklieferungsvertrag vom 29.12.1995 (Band I Blatt 31 ff.d.A.) die Eigentumswohnung C2 mit einer Wohnfläche von 25,48 qm mit Tiefgaragenstellplatz für einen Kaufpreis von 129.447 DM von der Bauträgerin. Sie übernahm namens der Vertretenen aus der zugunsten der Beklagten eingetragenen Grundschuld von 40.661.000 DM einen Teilbetrag in Höhe von 166.556 DM sowie die persönliche Haftung für einen Betrag in dieser Höhe nebst 16% Jahreszinsen und unterwarf sie wegen der Zahlungsverpflichtung der sofortigen Zwangsvollstreckung in ihr gesamtes Vermögen. Die Darlehensvaluta, insgesamt 66.215,87 €, wurde von der Beklagten entsprechend dem Baufortschritt auf Anweisung der Geschäftsbesorgerin teilweise auf ein von der Geschäfts-

besorgerin für den Kläger bei der Beklagten eingerichtetes Konto, teilweise an die Geschäftsbesorgerin und teilweise direkt an die Verkäuferin ausbezahlt (Überweisungsanweisungen Band II Blatt 65 ff. d.A.).

Der Kläger hat behauptet, die Beklagte habe mit dem Vertrieb und der Geschäftsbesorgerin, die die Immobilienanlage mit Wissen der Beklagten selbst initiiert und konzipiert habe, institutionalisiert und kollusiv in der Absicht, die Darlehensnehmer arglistig zu täuschen, zusammengewirkt, deshalb den evidenten Missbrauch der Vollmacht durch die Geschäftsbesorgerin, die als auf der anderen Seite des Geschäfts Stehende die Interessen des Klägers nicht treuhänderisch wahrnehmen können, gekannt und für sich ausgenutzt und könne sich deshalb nicht darauf berufen, auf die wegen Verstoßes des Geschäftsbesorgungsvertrages gegen das Rechtsberatungsgesetz nichtige Vollmacht vertraut zu haben

Vor Vertriebsbeginn seien zwischen der Geschäftsbesorgerin und der Beklagten die Bedingungen der Enderwerberfinanzierung ausgehandelt worden und die Geschäftsbesorgerin habe mit der Beklagten vereinbart, dass ausschließlich diese den Erwerb jedes Käufers zu den ausgehandelten Bedingungen finanzieren dürfe. Sie habe mit Wissen und Einverständnis der Beklagten sinn- und wertlose Provisionen und Gebühren auf die Bauträgerabgabepreise aufkalkuliert und mit Hilfe der unwiderruflichen Vollmacht an die Beklagte, den Vertrieb und die Funktionsträger verteilt. Deshalb sei die vom Kläger erworbene Wohnung mehr als doppelt überteuert gewesen. Etwa zur Hälfte, nämlich in Höhe von 73.413,39 DM, habe es sich um Zahlungen auf Gebühren und Provisionen gehandelt. Der ausgewiesene Kaufpreis habe eine versteckte Innenprovision von 18,4 % = 30.646,30 DM = 32,9 % des um die Provisionen und Gebühren bereinigten Kaufpreises enthalten. Dem Kläger und seiner Ehefrau sei nur eine Außenprovision von 3 % offengelegt worden. Dadurch sei ihnen ein Schaden in Höhe von 34.310,53 DM entstanden. Die garantierte Miete sei doppelt so hoch wie die am Markt erzielbare. Nach dem Mietspiegel seien in Köln 1996 qm-Preise zwischen 10 und 17 DM in mittlerer Wohnlage mit mittlerer Ausstattung zu erzielen gewesen. Die realistische Kaltmiete für das absolut einfach ausgestattete Objekt von 25,48 qm habe nur 305,76 DM (12 DM/qm) betragen. Der Wert solcher Wohnungen habe damals dem 14- bis 17 fachen des Jahresnettomietetrages entsprochen, so dass die Wohnung allenfalls 62.375,04 DM wert gewesen sei. Das alles habe die Beklagte gewusst.

Die Beklagte habe das Darlehen nicht an den Kläger ausbezahlt. Es sei weder ihm persönlich zugeflossen noch auf seine Weisung an einen Dritten ausbezahlt worden.

Er habe von August 2001 bis März 2004 10.947,84 € Zinsen auf das Darlehen geleistet.

Der Kläger hat beantragt,

1. die Zwangsvollstreckung aus der Urkunde des Notars Dr. Etzbach aus Köln, UR-Nr. E 3142 für 1995 vom 29. Dezember 1995 (Kauf- und Werklieferungsvertrag) für unzulässig zu erklären,
2. festzustellen, dass der Darlehensvertrag der Parteien vom 27./29. Dezember 1995 unwirksam ist,
3. die Beklagte zu verurteilen, den zur Sicherung des Darlehensvertrages abgetretenen Lebensversicherungsvertrag an den Kläger zurückabzutreten,
4. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 10.947,84 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen,

hilfsweise für den Fall der Verurteilung, den Kläger zu verurteilen, an sie 66.215,87 € nebst 6,2 % Zinsen aus 14.827,46 € seit dem 28.3.1996, 6,2 % Zinsen aus 18.531,77 € seit dem 05.02.1997, 6,2 % Zinsen aus 3.323,40 € seit dem 24.02.1997, 6,2 % Zinsen aus 18.551,77 € seit dem 17.03.12997, 6,2 % Zinsen aus 6.949,48 € seit dem 30.07.1997 sowie 6,2 % Zinsen aus 4.051,99 € seit dem 22.09.1997 zu zahlen.

Sie hat behauptet, mit (in ihren Akten nicht mehr auffindbarem) Schreiben vom 8.1.1996 habe die Geschäftsbesorgerin die Ausfertigung der von den Klägern erteilten Vollmacht nachgereicht. Alle Auszahlungen seien nach diesem Zeitpunkt auf Anweisung der Geschäftsbesorgerin erfolgt.

Die Wohnung sei zu marktgerechten Preisen veräußert worden.

Sie habe sich ausschließlich auf die Rolle als finanzierende Bank beschränkt und sei in die Konzeption und den Vertrieb der Kapitalanlage nicht eingebunden gewesen. Sie habe lediglich ihre grundsätzliche Bereitschaft erklärt, nach jeweiliger Bonitätsprüfung Endwerber nach Maßgabe der bei Abschluss der einzelnen Darlehensverträge herrschenden Marktverhältnisse zu finanzieren.

Das Landgericht hat Beweis zu der Frage erhoben, ob der Beklagten bei der Anweisung zur Auszahlung der Darlehensvaluta eine Ausfertigung der Vollmachtsurkunde vorgelegen hat. Es hat den Klageanträgen zu 1. und 2. stattgegeben, den Klageantrag zu 3. als unzulässig und den Klageantrag zu 4. und die Hilfswiderklage als unbegründet abgewiesen.

Zur Begründung hat es ausgeführt, der Geschäftsbesorgungsvertrag und die Bevollmächtigung seien wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot nichtig. Infolgedessen habe die Geschäftsbesorgerin den Kauf- und Werklieferungsvertrag nicht für den

Kläger und seine Ehefrau abschließen können und die in diesem Vertrag erklärte Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung sei unwirksam. Da auch der Darlehensvertrag unwirksam sei, weil der Beklagten bei dessen Abschluss die Ausfertigung der Vollmacht nicht vorgelegen und sie deshalb auch auf die Wirksamkeit der Vollmacht nicht habe vertrauen können, ergebe sich auch daraus keine Verpflichtung des Klägers, sich der sofortigen Zwangsvollstreckung zu unterwerfen.

Mit dem Antrag zu 3. sei die Klage unzulässig, weil er nicht ausreichend bestimmt sei. Der Antrag zu 2. sei unbegründet, weil der Kläger trotz eines entsprechenden Hinweises die von der Beklagten bestrittenen Zinszahlungen nicht näher dargelegt und unter Beweis gestellt habe.

Die Widerklage sei unbegründet, weil die Beklagte den ihr obliegenden Beweis, dass eine Ausfertigung der Vollmachtsurkunde ihr bei Auszahlung der Darlehensvaluta vorgelegen habe, nicht geführt habe. Aus den Unterlagen heraus könne der Zugang nicht festgestellt werden. Weder die in den Händen der Beklagten befindliche Ausfertigung der Urkunde noch das Übersendungsschreiben trügen einen Eingangsstempel. Die Zeugin Rudolph sei unsicher gewesen. Der Zeuge Rütjes habe zwar erklärt, er wisse, dass das Schreiben vom 8.1.1996 das Haus der KT Steuerberatungsgesellschaft mbH verlassen habe. Das sei aber eine unzulässige Schlussfolgerung, weil er nicht gewusst habe, wer es in den Postausgang gegeben habe. Dann könne er auch nicht ausschließen, dass das Schreiben nicht vor der ersten Auszahlung in den Postausgang gelangt sei. Soweit er darauf verwiesen habe, dass die Beklagte in der Regel rückgefragt habe, wenn ein solches Schreiben nicht eingegangen sei, folge daraus nicht, dass sie das uneingeschränkt immer getan habe.

Gegen das Urteil haben beide Parteien Berufung eingelegt.

Die Beklagte wendet sich (nur) gegen die Abweisung der Widerklage. Sie hält die Beweisforderungen des Landgerichts für überzogen. Hier lasse sich aus konkreten Gesichtspunkten kein Zweifel ableiten. Jedenfalls dürfe nicht verlangt werden, dass mögliche Zweifel mit Sicherheit ausgeschlossen seien. Alle konkreten Umstände sprächen für einen regelmäßigen Ablauf. Die Beklagte habe die Zahlungen angewiesen, die Ausfertigung der Vollmacht sei ihr zugegangen und in den Akten der Geschäftsbesorgerin befinde sich die Kopie des Übersendungsschreibens vom 8.1.1996. Ob dieses Übersendungsschreiben das Haus der KT Steuerberatungsgesellschaft mbH am 8. oder 9.01.1996 verlassen habe, könne dahinstehen, weil die Postlaufzeit jedenfalls keine drei Monate betrage und der Zugang der Urkunde feststehe, weil sie in deren Besitz sei.

Es widerspreche auch jeder Lebenserfahrung, dass die Urkunde bei Verfügung der Auszahlungen nicht vorgelegen habe. Nach der Aussage der Zeugin Rudolph sei es die übliche Praxis aufgrund einer internen Weisung gewesen, nur bei vorliegender Vollmacht auszuzahlen. Da das Original des Übersendungsschreibens nicht mehr auffindbar sei, habe die Zeugin keine Gedächtnisstütze gehabt. Sie habe nur allgemein Fehler nicht ausschließen können. Auch von dem Zeugen Rütjes könne nicht verlangt werden, dass er einen atypischen Geschehensverlauf ausschließe. Aus konkreten Gesichtspunkten sei auch hier kein Zweifel ableitbar.

Die Beklagte beantragt,

das angefochtene Urteil abzuändern und nach ihrem im ersten Rechtszug zur Hilfswiderklage gestellten Antrag zu erkennen.

Der Kläger beantragt,

1. die Berufung der Beklagten zurückzuweisen und
2. die Beklagte zu verurteilen,
 - a. ihm die Ansprüche aus dem R+V Lebensversicherungsvertrag Nr. 40209647-0 über ursprünglich 20.000 DM und aus dem R+V Lebensversicherungsvertrag Nr. 43153224-7 über ursprünglich 57.409 DM rückabzutreten,
 - b. an ihn 10.947,84 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung des Klägers zurückzuweisen.

Der Kläger legt jetzt die Versicherungsscheine der der Beklagten abgetretenen Lebensversicherungsverträge (Band VI Blatt 162 ff. d.A.) und drei Bescheinigungen der Beklagten über in den Jahren 2002, 2003 und 2004 geleistete Zinszahlungen von je 4.105,44 € vor (Band VI Blatt 169 ff. d.A.).

Im übrigen verteidigt er das angefochtene Urteil. Ob der Beklagten überhaupt vor Prozessbeginn eine Ausfertigung der Vollmacht vorgelegen habe, lasse sich nicht feststellen: Trotz der behaupteten Weisung seien in zahlreichen Fällen Darlehensverträge geschlossen, Konten eröffnet und Auszahlungen vorgenommen worden, ohne dass der Beklagten eine Ausfertigung der Vollmacht vorgelegen habe. Ein „übliches Vorgehen“ gebe es also nicht. Da die Beklagte angeblich keine Zweifel an der Wirksamkeit der Vollmachten gehabt habe, sei es auch nicht plausibel, dass sie strikt auf deren Vorlage geachtet haben wolle.

Er vertritt weiterhin die Ansicht, dass die Beklagte keinen Vertrauensschutz in Anspruch nehmen könne und wiederholt seinen erstinstanzlichen Vortrag zum kollusiven Zusammenwirken der Beklagten mit der Geschäftsbesorgerin als der eigentlichen Initiatorin. Der Beklagten sei aus den jeweils vor Vertriebsbeginn stattfindenden Gesprächen mit

der Geschäftsbesorgerin im einzelnen bekannt gewesen, welche Provisionen und Gebühren auf den eigentlichen Kaufpreis aufkalkuliert worden seien, nämlich Bauzeitinsen von 4,5 % des Kaufpreises und Disagio, „Funktionsträgergebühren“ von insgesamt 21.748 €, die offengelegte Maklerprovision von 3 % und die versteckte Innenprovision in Höhe von 18,4 %. Der Beklagten sei auch bekannt gewesen, dass die zur schnellen Vermarktung vorgegebene Mietrendite von 4 % am Markt nicht erzielbar, sondern subventioniert gewesen sei. Der eigentliche Zweck dieser Kapitalanlagepakete sei das Generieren von Provisionen und Gebühren für die Beklagte und ihren Vertrieb gewesen

Wegen der weiteren Einzelheiten des jeweiligen Parteivorbringens wird auf die Schriftsätze der Beklagten vom 18.06.2008 (Band VI Blatt 94 ff. d.A.), vom 31.08.2008 (Band VI Blatt 200 ff. d.A.), vom 30.03.2009 (Band VI Blatt 907 ff. d.A.) und vom 19.05.2009 (Band VII Blatt 86 ff. d.A.) sowie auf die Schriftsätze des Klägers vom 25.07.2008 (Band VI Blatt 143 ff. d.A.), vom 12.05.2009 (Band VII Blatt 1 ff. d.A. und 45 ff.d.A.) und vom 19.05.2009 (Band VII Blatt 84 f. d.A.) mit den dazu überreichten Anlagen Bezug genommen.

II.

1. Berufung der Beklagten:

Die fristgerecht nach Zustellung des Urteils (21.04.2008) am 08.05.2008 eingelegte und am 19.06.2008 begründete Berufung ist zulässig (§§ 511, 513, 517, 519, 520 ZPO).

Sie hat jedoch in der Sache keinen Erfolg.

Die Beklagte hat gegen den Kläger keinen Anspruch auf Rückzahlung des Darlehens aus § 607 BGB a.F.. Der Darlehensvertrag ist nichtig, weil der Beklagten bei Vertragsschluss weder das Original noch eine Ausfertigung der notariellen Vollmachtsurkunde vorlagen. Darüber besteht zwischen den Parteien auch kein Streit.

Der Beklagten steht auch kein Anspruch gegen den Kläger aus ungerechtfertigter Bereicherung gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB aufgrund der Auszahlung des Darlehens zu, weil der Kläger die Darlehensvaluta durch die aufgrund der Anweisungen der Geschäftsbesorgerin am 28.03.1996, 05.02.1997, 24.02.1997, 17.03.1997, 30.07.1997 und 22.09.1997 erfolgten Auszahlungen nicht erlangt hat. Die von der Geschäftsbesorgerin vorgenommenen Verfügungen über die Darlehensvaluta muss der Kläger sich nicht zurechnen lassen. Die Anweisung ist ihm vorliegend nicht aufgrund eines von ihm wesentlich gesetzten Rechtsscheins einer Vollmacht in entsprechender Anwendung der §§ 171 bis 173 BGB zuzurechnen, weil die Beklagte nicht bewiesen hat, dass ihr bei Ausführung

der Zahlungsanweisung durch Überweisung auf die von der Geschäftsbesorgerin angegebenen Konten eine Ausfertigung der notariell beglaubigten Vollmacht, die der Kläger der Geschäftsbesorgerin erteilt hatte, vorlag (BGH, Urteil vom 27.05.2008, XI ZR 149/07). Als Gläubigerin des Bereicherungsanspruches trägt die Beklagte die Beweislast dafür, dass der Kläger um das ausgezahlte Kapital bereichert ist, wozu hier gehört, dass das Geld dem Kläger zugeflossen ist, was wiederum voraussetzt, dass die tatsächlichen Voraussetzungen einer Rechtsscheinvollmacht bei den Auszahlungen vorgelegen haben.

Dass der Beklagten die Vollmachtsurkunde vor der Auszahlung der Darlehensvaluta vorlag, ist jedoch nicht mit der für eine Überzeugungsbildung erforderlichen Sicherheit festzustellen. Bei der Beweiswürdigung muss der Richter davon überzeugt sein, dass auf der Grundlage eines Beweisergebnisses eine Tatsache mit derart hoher Wahrscheinlichkeit festzustellen ist, dass Zweifeln Schweigen geboten ist, ohne sie - in Anbetracht der allgemeinen Grenzen menschlicher Erkenntnisfähigkeit - völlig auszuschließen (BGHZ 53, 245, 256; BGHZ 61, 165, 169; BGH NJW 2000, 953, 954). Dabei muss der Richter nach seiner Überzeugung und unter Beachtung der Denk-, Natur- und Erfahrungsgesetze den gesamten Prozessstoff bewerten. Nach diesen Grundsätzen hat die Beklagte den Beweis, dass ihr zu den relevanten Zeitpunkten eine Ausfertigung der Vollmacht vorgelegen hat, nicht geführt. Auf die Aussage der Zeugin Rudolph, die erklärt hat, sie halte es für ausgeschlossen, dass die Auszahlung erfolgt sei, ohne dass der Geschäftsbesorgungsvertrag mit Vollmacht vorgelegen habe, weil es eine entsprechende Anweisung vom Leiter gegeben habe, so dass in der Regel nicht ausgezahlt worden sei, wenn der Geschäftsbesorgungsvertrag nicht vorgelegen habe, kann eine Überzeugung nicht gestützt werden. Die Zeugin hatte keine konkrete Erinnerung mehr an den hier streitigen Fall. Das kann angesichts der Dauer der seitdem vergangenen Zeit und im Hinblick auf die Tatsache, dass es sich für die Beklagte um ein Massengeschäft handelte, allerdings auch nicht verlangt werden. Es dürfen insoweit keine unbilligen oder übertriebenen Anforderungen gestellt werden (BGH NJW 1985, 1399 m.w.N.). Andererseits ist der Schluss von einer allgemeinen Handhabung auf einen konkreten Einzelfall nicht generell geboten, denn die Handlungsanweisung beinhaltet noch nicht die Garantie, dass sie auch im konkreten Fall eingehalten wurde. Zudem bestehen auch Zweifel an einer solchen Handlungsanweisung, denn zwei Zeugen der Beklagten (von der Filiale Würzburg) haben vor dem Landgericht Berlin (Band V Blatt 18 ff. d.A.) ausgesagt, es habe keine spezielle Weisung gegeben, dass bei Auszahlung die notarielle Vollmachtsausfertigung vorliegen musste, bzw. eine weitere Anweisung, dass Vollmachtsausfertigungen noch vor Darlehensauszahlung hätten vorliegen müssen, sei nicht bekannt. Demgegenüber

soll es in der Filiale Kempten eine entsprechende Anweisung vom Leiter gegeben haben. Eine unterschiedliche Handhabung in den verschiedenen Filialen wäre aber ungewöhnlich, weil die Vorgaben von der Rechtsabteilung der Beklagten in München kamen. Da die Rechtsprechung des BGH zum Rechtsberatungsgesetz im Jahr 1996 noch nicht existierte, war auch das Problembewusstsein für die Bedeutung des Vorliegens der Vollmacht noch nicht vorhanden und es ist durchaus denkbar, dass sich die Beklagte damals noch auf die auch hier ihr vorliegende Notarbestätigung, dass die Vollmacht erteilt sei, verlassen hat. Selbst wenn man aber davon ausgeht, dass es jedenfalls in der Filiale Kempten eine entsprechende Handlungsanweisung gegeben hat, genügt die Bezeugung einer allgemeinen Übung zum Nachweis der Vollmacht vorliegend nicht, weil Anhaltspunkte dafür gegeben sind, dass im konkreten Einzelfall die Vollmacht vorlage entgegen sonstiger Übung unterlassen wurde. Denn der Darlehensvertrag wurde im „Jahresendgeschäft“ abgeschlossen und bei der Annahme des Angebots auf das Vorliegen der Vollmacht verzichtet. Im weiteren Verlauf kann dann – möglicherweise versehentlich – die Vollmacht aus dem Blick geraten sein. Damit würde sich auch erklären, warum von der Beklagten keine Rückfrage bei der KT Steuerberatungsgesellschaft mbH kam. Es liegt hier auch kein „Hausbrief/Notiz“ (Checkliste) wie Band V Blatt 12 ff. d.A. („Prüfungsprotokoll der Rechtsabteilung“) über die Vollmachtsprüfung vor. Die Beklagte hat zwar das Original der notariellen Ausfertigung der Vollmacht im Termin vor dem Landgericht vorgelegt (Kopie Band II Blatt 54 Anlage B9) und nach der Aussage des Zeugen Rütjes befinden sich in den Akten der Geschäftsbesorgerin ein Schreiben vom 08.01.1996 (Band V hinter Blatt 214 d.A.) und eine Kopie der Vollmachtsausfertigung. Dazu hat der Zeuge erklärt, herausgeschickte Unterlagen seien zuvor kopiert worden. Diese zusätzlichen Indizien reichen aber zum Nachweis des Zugangs des die Bevollmächtigung enthaltenden Geschäftsbesorgungsvertrages zu einem bestimmten Zeitpunkt nicht aus, denn die Beklagte kann nicht aus ihren Akten belegen, wann die in ihrem Besitz befindliche 4. Ausfertigung der Vollmacht bei ihr eingegangen ist, weil das Übersendungsschreiben, das mit einem Eingangsvermerk versehen worden sein müsste, nicht mehr auffindbar ist und die notarielle Urkunde selbst keinen Eingangsvermerk trägt. Auch hier findet sich also eine Abweichung von der generellen Handhabung, denn es entspricht nicht der Übung, dass ein eingegangenes Schreiben nicht zu den Akten gelangt oder dort verbleibt, gerade wenn der Zeitpunkt des Zugangs von Bedeutung ist. Die Unvollständigkeit der Unterlagen der Beklagten lässt es deshalb nicht zu, von der Tatsache des Zugangs der Urkunde allein auf deren Vorliegen bei der Beklagten zu einem bestimmten Zeitpunkt zu schließen. Wenn man der Aussage des Zeugen Rütjes folgt, kann man zwar davon ausgehen, dass das Schreiben vom 08.01.1996 an die Be-

klagte abgesandt worden ist. Jedenfalls muss aber die Möglichkeit, dass das Schreiben nicht zeitnah versandt, sondern im Geschäftsgang hängengeblieben und erst zu einem unbekanntem Zeitpunkt abgesandt worden ist, ernsthaft in Betracht gezogen werden, so dass auch der Senat den der Beklagten obliegenden Beweis nicht als geführt ansieht. Damit steht der Beklagten kein Bereicherungsanspruch gegen den Kläger zu.

2. Berufung des Klägers:

Die fristgerecht nach Zustellung des Urteils (21.04.2008) am 21.05.2008 eingelegte und nach entsprechender Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist am 23.07.2008 begründete Berufung ist zulässig (§§ 511, 513, 517, 519, 520 ZPO).

Sie hat in der Sache auch teilweise Erfolg.

Die Klage ist allerdings mit dem in zweiter Instanz erhobenen Anspruch auf Rückabtretung der von der Ehefrau des Klägers abgeschlossenen Lebensversicherung unzulässig. Insoweit macht der Kläger ein fremdes Recht geltend. Auch wenn aus seinem Vortrag, er mache diesen Anspruch im Wege der Prozessstandschaft geltend, die Behauptung einer entsprechenden Ermächtigung durch die Inhaberin des Rechts entnommen wird, fehlt es an einem für die gewillkürte Prozessstandschaft erforderlichen schutzwürdigen Eigeninteresse des Klägers an der Geltendmachung des fremden Rechts im eigenen Namen.

Im übrigen ist die Klage zulässig. Der Kläger hat den Anspruch auf Rückabtretung der von ihm an die Beklagte zur Sicherheit abgetretenen Lebensversicherung im 2. Rechtszug hinreichend individualisiert. Da die dem Anspruch zugrundeliegenden nunmehr neu vorgetragenen Tatsachen unstreitig sind, sind sie zu berücksichtigen, weil § 531 Abs. 2 ZPO auf solche Tatsachen, die erstmals im Berufungsrechtszug vorgetragen und unstreitig werden, nicht anwendbar ist (BGH, Urteil vom 18.11.2004, IX ZR 229/03).

Der Anspruch gegen die Beklagte auf Rückabtretung dieser Lebensversicherung ist aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB begründet. Die Beklagte hat keinen Anspruch auf diese Sicherheit, weil der Darlehensvertrag unwirksam ist und ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung ihr gegen den Kläger ebenfalls nicht zusteht.

Der Anspruch auf Rückzahlung an die Beklagte gezahlter Zinsen ist ebenfalls aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB begründet. Der Kläger hat im 2. Rechtszug den Anspruch schlüssig dargelegt und auch insoweit hat die Beklagte seinen Vortrag nicht bestritten. Er hat auch klargestellt, dass er mit dem Betrag von 10.947,84 € die für die Kalenderjahre 2001 und 2002 und für die Monate

Januar bis August 2003 gezahlten Zinsen geltend macht. Diesen Betrag hat die Beklagte seit Rechtshängigkeit mit dem gesetzlichen Zinssatz zu verzinsen.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92 Abs. 1, 97 Abs. II ZPO. Der Kläger hat die Kosten seiner Berufung auch zu tragen, soweit sie erfolgreich war, weil er aufgrund neuen Vorbringens obsiegt, das er im ersten Rechtszug hätte gelten machen können.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Zulassung der Revision ist nicht veranlasst. Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung. Auch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordern eine Entscheidung des Revisionsgerichts nicht (§ 543 Abs. 2 ZPO).

Nordmeier

Bethe

Haase