

**letzte Aktualisierung:** 11.4.2024

OLG Hamburg, Urt. v. 11.1.2024 – 15 U 28/23

**BGB §§ 14, 495, 556 Abs. 1, 1149**

**Herausgabebeanspruch bzgl. Wohnungseigentumseinheiten nach einem widerrufenen Kaufvertrag; Verbraucherdarlehensvertrag; verbotene Verfallabrede**

1. Es liegt keine gemäß §§ 1149, 1192 BGB verbotene Verfallabrede vor, wenn der Darlehensgläubiger, zu dessen Absicherung ein Verkaufsangebot in Bezug auf die mit dem Darlehen finanzierte Immobilie abgegeben wird, nicht mit dem Grundpfandgläubiger, der das Darlehen refinanziert, identisch ist (Anschluss an BGH, Urteil vom 25.10.2002, V ZR 253/01). Das gilt auch im Falle einer personalen Verflechtung dergestalt, dass die Abgabe des Kaufangebots gegenüber dem Darlehensgläubiger einerseits und die Bestellung des Grundpfandrechts zugunsten der das Darlehen refinanzierenden GmbH andererseits erfolgt, deren Prokurist bzw. Geschäftsführer der Darlehensgläubiger ist. Eine solche Gestaltung stellt auch keine rechtsmissbräuchliche Umgehung der §§ 1149, 1192 BGB dar.
2. Beruft sich der Darlehensnehmer (hier: mit Blick auf ein Verbraucherwiderrufsrecht) darauf, dass der Darlehensgeber Unternehmer im Sinne von § 14 BGB sei, ist er dafür darlegungs- und beweisbelastet. Wenn der Darlehensgeber eine natürliche Person und der objektive Zweck des Darlehens kein unternehmerischer ist, ist grundsätzlich von der Verbrauchereigenschaft des Darlehensgebers auszugehen. Etwas anderes kommt nur in Betracht, wenn der Darlehensnehmer darlegt und ggf. beweist, dass die ihm bei Vertragsschluss erkennbaren Umstände eindeutig und zweifelsfrei darauf hinweisen, dass die natürliche Person das Darlehen in Verfolgung ihrer gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit gewährt hat. Bei verbleibenden Zweifeln ist zu Gunsten der Verbrauchereigenschaft des Darlehensgebers zu entscheiden (vgl. BGH, Urt. v. 7. April 2021 – VIII ZR 49/19, NJW 2021, 2281 sowie BGH, Urt. v. 30. September 2009 – VIII ZR 7/09, NJW 2009, 3780).
3. Bei Beantwortung der Frage, ob die im Rahmen eines zweiseitigen notariellen Vertrags erteilte Durchführungsvollmacht zugunsten eines Notariatsmitarbeiters einseitig widerrufen werden kann (hier verneint), ist zu berücksichtigen, dass die Durchführungsvollmacht auch im Interesse der anderen Vertragspartei erteilt worden ist. Das der Vollmachtserteilung zugrunde liegende Kausalverhältnis ist nicht nur der dem Notariatsmitarbeiter erteilte Auftrag, sondern in erster Linie der zweiseitige notarielle Vertrag.
4. Der Besitz an einem vermieteten Objekt ist kein Recht und keine Pflicht im Sinne von § 566 Abs. 1 BGB, so dass er nicht ipso iure vom alten auf den neuen Eigentümer übergeht.
5. Mitbesitzer sind zur Herausgabe gemäß § 985 BGB nicht als Gesamtschuldner verpflichtet, denn jeder Mitbesitzer kann nur seinen Besitzanteil herausgeben und nicht auch den der anderen.
6. Soweit der Gegenstand einer Zwischenfeststellungswiderklage im Sinne von § 45 Abs. 1 Satz 1 und Satz 3 GKG wirtschaftlich über den Gegenstand der Klage hinausreicht, führt dies zur Addition der Streitwerte.

## Gründe

### I.

Die Klägerin und Berufungsbeklagte (im Folgenden: Klägerin) begehrt von der erinstanzlichen Beklagten zu 1), Berufungsklägerin und in der Berufung alleinigen Beklagten (im Folgenden: Beklagte) die Räumung und Herausgabe dreier Wohnungseigentumseinheiten, belegen in der ...straße 27 in 22... Hamburg (Grundbuch des Amtsgerichts Hamburg ... Blätter ... in der Gemarkung ..., im Folgenden: die Townhäuser). Die beiden weiteren Beklagten erster Instanz sind im Berufungsverfahren nicht beteiligt, denn sie haben ihre Verurteilung durch das landgerichtliche Urteil nicht angegriffen.

Diesem Hauptsacheverfahren ging ein Eilverfahren umgekehrten Rubrums vor derselben Kammer des Landgerichts und dem erkennenden Senat voraus (Az. 313 O 88/22 bzw. 15 U 40/22). Dort stritten die Parteien zuletzt darüber, ob zu Gunsten der hiesigen Beklagten und dortigen Antragstellerin ein Widerspruch gegen die Eigentümerstellung der hiesigen Klägerin in die drei Grundbücher der Townhäuser einzutragen sei. Nachdem das Landgericht den Verfügungsantrag durch Urteil vom 09.03.2022 zurückgewiesen hatte, wies der Senat die dagegen eingelegte Berufung nach einem entsprechenden Hinweisbeschluss vom 30.05.2022 mit Beschluss vom 07.07.2022 gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurück.

Außerdem führte die hiesige Beklagte zwei aus ihrer Sicht erfolglos gebliebene Notarbeschwerdeverfahren vor der Zivilkammer 21 des Landgerichts Hamburg. Mit dem zweiten dieser Verfahren (Az. 321 T 10/21) wollte sie die Auflassung der Townhäuser vor dem Notar Dr. R. an die Klägerin verhindern. Die Akte ist vom Senat beigezogen und zum Gegenstand der mündlichen Berufungsverhandlung gemacht worden.

Wegen der tatsächlichen Feststellungen des Landgerichts, der dort gestellten Anträge sowie wegen der Einbeziehung der Verfahren 313 O 88/22 und 321 T 5/21 wird zunächst gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO auf das angegriffene Urteil Bezug genommen.

Ergänzend ist festzustellen, dass die Beklagte ihrerseits im Mai 2018 als Käuferin einen Kaufvertrag betreffend die drei Townhäuser geschlossen hatte (der Vertrag ist bis zur mündlichen Verhandlung vor dem Senat nicht vorgelegt worden). Die Auflassung an die Beklagte erfolgte am 31.05.2018 (s. Anlage B11); die Auflassungsvormerkungen zugunsten der Beklagten in allen drei Grundbüchern wurden hingegen erst am 27.09.2019 eingetragen (s. dazu wie zum Grundbuchinhalt aller drei Townhäuser insgesamt Anlage K4). Am 07.01.2020 wurde die Beklagte als Eigentümerin in allen drei Grundbüchern eingetragen. Am 18.08.2020 wurde in allen drei Grundbüchern eine bedingte Auflassungsvormerkung zugunsten der Klägerin eingetragen.

Ebenfalls im Mai 2018 hatte die Beklagte als Verkäuferin mit der A. GmbH & Co. KG einen Kaufvertrag betreffend das Grundstück Am E. platz 16 in H-O geschlossen (auch dieser Vertrag ist hier nicht vorgelegt worden, s. dazu aber Anlage B3 und die Vorbemerkung in Anlage B4). Hinter der A. GmbH & Co. KG standen wirtschaftlich die Verkäufer der Townhäuser bzw. von diesen beherrschte Gesellschaften. Aus diesem Kaufvertrag standen der Beklagten unter bestimmten Bedingungen Kaufpreisnachbesserungsansprüche zu. Außerdem war sie nach dem Vertrag berechtigt, einen weiteren Käufer für das Objekt zu benennen, an den die A. GmbH & Co. KG sodann das Objekt weiterverkaufen hätte müssen (vgl. Anlage B3 S. 4, dort Ziff. 4.). Von diesem weiteren Käufer wäre ein Mindestkaufpreis in Höhe von € 1,6 Mio. an die A.

GmbH & Co. KG zu zahlen gewesen, und ein darüber hinausgehender Kaufpreis wäre der Beklagten verblieben (vgl. Anlage B3, dort S. 4, Ziff. 4.). Es war vor diesem Hintergrund unstrittig zunächst beabsichtigt, dass die M. ... GmbH (im Folgenden: M GmbH), deren Prokuristin die Klägerin damals war und deren Geschäftsführerin sie inzwischen ist, das Objekt Am E. platz 16 von der A. GmbH & Co. KG für 1,6 Mio. € kauft und die M. GmbH und die Beklagte in derselben notariellen Urkunde eine Regelung treffen, wonach die M. GmbH an die Beklagte eine Zahlung für die „Entwicklungsleistung“ bzgl. dieses Grundstücks i.H.v. 1,1 Mio. € erbringt (s. den als Anlage B4 eingereichten Vertragsentwurf Teile A und B). Der Vertrag sollte zeitgleich mit dem hier in Streit stehenden Darlehensvertrag (Anlage K2) am 18.11.2019 beurkundet werden. Dazu kam es jedoch nicht, weil die M. GmbH wenige Stunden vor der verabredeten Beurkundung die Bedingungen für die Zahlung an die Beklagte für das Objekt Am E. platz 16 in zwei weiteren Vertragsentwürfen erheblich verschlechterte (s. Anlagen B37 und B38). Letztlich sollte statt eines sofortigen Zahlbetrags in Höhe von 1,1 Mio. € nur eine hälftige Gewinnbeteiligung der Beklagten ab einem Erlös von 2,7 Mio. € bei einem erneuten Weiterverkauf des bis zur Baugenehmigung entwickelten Objektes gezahlt werden. Die Beklagte trägt unwidersprochen vor, dass es für sie darauf angekommen sei, beide Verträge so wie geplant zu schließen, weil nur so ihr Gesamtkonzept zur (Um-) Finanzierung für beide Immobilien habe aufgehen können. Angesichts der kurzfristig verschlechterten Bedingungen habe sie den Vertrag betreffend das Objekt Am E. platz 16 nicht schließen können. Den Darlehensvertrag gemäß Anlage K2 habe sie aber dennoch am 18.11.2019 schließen müssen, da sie zwingend auf die Zwischenfinanzierung der Townhäuser angewiesen gewesen sei. Die Klägerin habe am Tage der Beurkundung die Bedingungen zu Lasten der Beklagten verändert, um die Beklagte für das Scheitern des Erwerbes des Objekts Am E. platz 16 verantwortlich machen zu können.

Mit anwaltlichem Schreiben vom 09.09.2020 an den Notar Dr. R. (Anlage B16) erklärte die Beklagte den Widerruf der den Büroangestellten des Notars in der Urkunde gemäß Anlage K2 erteilten Vollmachten. Dort hatten sowohl die Beklagte als auch die Klägerin Durchführungsvollmachten unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB zugunsten der Notariatsangestellten Frau D., Frau L., Frau S. und Frau R. erteilt (Anlage K2 S. 8 f. unter IV. sowie S. 14 f. unter II.).

In der Auflassung betreffend die drei Townhäuser am 20.01.2022 vor dem Notar Dr. R. (Anlage B27) wurde die Beklagte ebenso wie die Klägerin durch die Notariatsangestellte Frau D. vertreten, woraufhin die Klägerin am 17.03.2022 als Eigentümerin in allen drei Grundbüchern eingetragen wurde.

Das Landgericht hat der Herausgabeklage aus § 985 BGB und aus § 433 Abs. 1 BGB stattgegeben. Wegen der Begründung wird auf das angegriffene Urteil Bezug genommen.

Dagegen wendet sich die Beklagte mit ihrer Berufung. Sie macht Rechtsfehler und fehlerhafte Tatsachenfeststellung geltend. Das Landgericht habe verkannt, dass die Klägerin nicht wirksam Eigentümerin der drei Townhäuser geworden sei, und auch, dass die Beklagte nicht Besitzerin aller Townhäuser sei. Zudem habe es auf falscher Tatsachengrundlage entschieden, da es die Präklusionsvorschrift des § 296 ZPO falsch angewandt habe. Die Beklagte verweist dazu umfassend auf ihren Vortrag in erster Instanz und im vorangegangenen Eilverfahren. Im Wesentlichen macht sie geltend:

Die Beklagte habe den Darlehensvertrag mit der Klägerin (Anlage K2) wirksam widerrufen. Ihr habe gemäß §§ 495, 355 BGB ein Widerrufsrecht zugestanden, weil es sich um einen

Verbraucherdarlehensvertrag handele. Dazu verweist die Beklagte auf ihre Ausführungen im Eilverfahren und auf ihre hier in erster Instanz eingereichten Schriftsätze.

Sowohl der Kaufvertrag als auch die Auflösung vom 22.01.2022 seien unwirksam bzw. nichtig wegen Verstoßes gegen § 925 Abs. 2, § 1192, § 1149 BGB. Das Landgericht habe das rechtliche Gehör der Beklagten verletzt. Sie habe hier über die bereits im Eilverfahren vorgebrachten Aspekte hinaus geltend gemacht, dass sie bei Abschluss des Darlehensvertrags am 18.11.2019 bereits Inhaberin eines Anwartschaftsrechts an den Townhäusern gewesen und deswegen in den Schutzbereich des § 1149 BGB einbezogen gewesen sei. Sie habe sich intensiv mit den Ausführungen des Senatsbeschlusses vom 07.07.2022 auseinandersetzt und ergänzend zur inneren Verknüpfung zwischen Darlehensgläubiger und Grundschuldgläubiger vorgetragen. Auf diese zusätzlichen Argumente sei das Landgericht jedoch nicht eingegangen, sondern habe nur auf die bereits im einstweiligen Verfügungsverfahren ausgetauschten Argumente abgestellt. Hätte sich das Landgericht mit diesen Argumenten auseinandersetzt, dann hätte es den vom Bundesgerichtshof bei Auseinanderfallen von Grundschuldgläubiger und Darlehensgeber für eine Anwendung der §§ 1192, 1149 BGB vorausgesetzten rechtlich erheblichen inneren Zusammenhang angenommen. Das Landgericht habe zudem die §§ 1192, 1149 BGB materiell-rechtlich nicht richtig angewendet. Auch auf den ergänzenden Vortrag der Beklagten zur wirtschaftlichen Verflechtung zwischen der Darlehensgeberin und der Grundschuldgläubigerin sei das Landgericht nicht ergänzend eingegangen, weil es die rechtliche Anknüpfung dieses Vortrages verkannt habe. Die Beklagte meine nach wie vor, die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu §§ 1192, 1149 BGB sei dahingehend zu verstehen, dass es nicht auf das Auseinanderfallen von Darlehensgläubiger und Grundschuldgläubiger ankomme, wenn es zwischen beiden, respektive den jeweiligen Verträgen einen inneren Zusammenhang gibt. Dies müsse kein rechtlicher Zusammenhang sein; es reiche auch ein wirtschaftlicher oder persönlicher Zusammenhang. Er müsse nur eine gewisse rechtliche Erheblichkeit erreichen, was hier der Fall sei.

Aufgrund der Nichtigkeit des Kaufvertrags seien auch die auf dessen Grundlage erteilten Vollmachten zugunsten des Notars bzw. seiner Angestellten nichtig. Jedenfalls aber habe die Beklagte diese Vollmachten durch ihr Schreiben vom 09.09.2020 (Anlage B16, S. 4) widerrufen, so dass sie bei der Auflösung am 20.01.2022 nicht wirksam durch die Notariatsangestellte D. habe vertreten werden können.

Zudem habe das Landgericht den Beklagtvortrag aus ihren Schriftsätzen vom 17.11.2022 (dort S. 12 ff.) und vom 18.01.2023 übergangen. Die Beklagte könne sich jedenfalls deswegen auf § 1149 BGB berufen, weil ihr im Zeitpunkt des Vertragsschlusses am 18.11.2019 bereits ein Anwartschaftsrecht an den Townhäusern zugestanden habe.

Überdies habe die Beklagte nach dem im Eilverfahren ergangenen Zurückweisungsbeschluss des Senats vom 07.07.2022 in diesem Verfahren weitere Umstände dafür vorgetragen, dass die Klägerin die §§ 1192, 1149 BGB bewusst umgangen habe und deswegen rechtsmissbräuchlich handele. Diesen weiteren Vortrag der Beklagten habe das Landgericht nicht übergehen dürfen. Wenn es die vorgetragenen Umstände in seine Entscheidung einbezogen hätte, hätte es entweder zur direkten Anwendung §§ 1192, 1149 BGB oder jedenfalls zu einem Rechtsmissbrauch gemäß § 242 BGB gelangen müssen. Für die Beklagte sei vor Abschluss des Darlehensvertrags zweierlei entscheidend gewesen: Zum einen habe sie ein Darlehen zur Finanzierung des Kaufpreises der Townhäuser benötigt. Dieser sei bisher über ein anderes Privatdarlehen finanziert gewesen, jedoch nicht in der erforderlichen Höhe. Zum anderen habe das Privatdarlehen zur Finanzierung des Kaufpreises nur als Zwischenfinanzierung dienen

sollen, da die Beklagte eine Bankfinanzierung des gesamten Kaufpreises angestrebt habe. Dafür habe sie das Kapital aus dem Verkauf des Objektes Am E. platz 16 an die M. GmbH benötigt. Für die Beklagte hätten die ursprünglichen „Vereinbarungen“ aus den Vorgesprächen mit der Klägerin eine Lösung für beide Punkte dargestellt: Über den „Kaufpreis“ [gemeint ist offensichtlich: das von der M. GmbH an die Beklagte zu zahlende „Entwicklungsentgelt“] für das Objekt Am E. platz 16 hätte sie über ausreichend Eigenkapital für eine Bankfinanzierung der Townhäuser verfügt, und durch die Zwischenfinanzierung seitens der Klägerin hätte die Beklagte kurzfristig die Zahlung des Kaufpreises für die Townhäuser sicherstellen können. Die Klägerin habe stets gewusst, dass die Beklagte zur Ablösung des nur als Zwischenfinanzierung gedachten Darlehens der Klägerin auf die Kombination aus beiden Verträgen (Darlehensvertrag und Verkauf Am E. platz 16) angewiesen gewesen sei. Erst am Tag der vorgesehenen Beurkundung beider Verträge (18.11.2019) kurz vor der Beurkundung habe die Klägerin [genauer: die M. GmbH] die Konditionen dermaßen verschlechtert, dass der Verkauf des Objektes Am E. platz 16 für die Beklagte den Zweck, Eigenkapital für eine Bankfinanzierung zu erhalten, nicht mehr habe erfüllen können.

Darüber hinaus habe der Darlehensvertrag vorgesehen, dass der Klägerin eine Belastungsvollmacht bis zur Höhe von 3,1 Mio. € zzgl. Zinsen eingeräumt wird, und zwar ohne Begrenzung dahingehend, dass dieses Grundpfandrecht nur zugunsten der M. GmbH bestellt werden durfte (Teil A, § 4 des Darlehensvertrags). Die Klägerin hätte also auch für sich selbst eine Grundschuld bestellen können. Hieran werde deutlich, dass ein Auseinanderfallen zwischen Grundpfandgläubigerin und Darlehensgläubigerin im Darlehensvertrag nicht angelegt gewesen sei.

Gleichzeitig habe sich die Klägerin im Darlehensvertrag die Verfallsklausel einräumen lassen, obwohl die Beklagte gegenüber der Klägerin im Vorfeld den Wunsch der Klägerin nach einem Kauf der Objekte mehrfach abgelehnt hatte. Es gebe keinen erkennbaren Grund dafür, dass bereits im Darlehensvertrag die Refinanzierung durch die M. GmbH angesprochen und zudem dort ausdrücklich aufgenommen wurde, dass die Klägerin keine Pfandrechte an den Wohnungseigentumseinheiten erhält.

Die Zusammenschau all dieser Indizien erlaube den Rückschluss, dass die Klägerin mit der Vertragsgestaltung und dem künstlichen Auseinanderfallen zwischen Darlehensgeber und Grundschuldgläubiger bewusst die §§ 1149, 1192 BGB habe umgehen wollen, da ihr eigentliches Ziel stets gewesen sei, die Townhäuser zu erwerben. Da die Beklagte unstreitig freiwillig nicht bereit war, ihr diese zu verkaufen, habe sich die Klägerin die Verfallsklausel einräumen lassen und dann bewusst den für den Erhalt einer Bankfinanzierung wesentlichen Verkauf des Objekts Am E. platz 16 im letzten Moment platzen lassen.

Die Annahme des Landgerichts, die drei erstinstanzlichen Beklagten seien Besitzer der streitgegenständlichen Wohnungseigentumseinheiten, sei rechtsfehlerhaft und beruhe auf einer falschen Tatsachengrundlage. Die Entscheidung verletze den Anspruch der Beklagten auf rechtliches Gehör und materiell-rechtlich die §§ 868, 566 BGB. Zwar sei es grundsätzlich zutreffend, dass nach § 985 BGB nicht nur der unmittelbare, sondern auch der mittelbare Besitz herausverlangt werden kann. Das Landgericht habe aber die Konsequenzen des von ihm (zu Unrecht) angenommenen Eigentumswechsels verkannt. Wenn die Auflösung vom 20.01.2022 wirksam gewesen und die Klägerin mit Eintragung am 17.03.2022 Eigentümerin geworden wäre, wäre sie gemäß § 566 Abs. 1 BGB in bestehende Mietverhältnisse eingetreten. Das umfasse auch den Übergang des mittelbaren Besitzes des bisherigen Vermieters (der Beklagten) auf den Erwerber (die Klägerin). Von seinem Rechtsstandpunkt aus hätte das Landgericht daher

berücksichtigen müssen, dass die Beklagte nicht mehr mittelbare Besitzerin des vermieteten Objektes ist.

Die Annahme, die drei erstinstanzlichen Beklagten seien Mitbesitzer, sei falsch. Entsprechenden Vortrag habe die Klägerin nicht gehalten, so dass er auch nicht gemäß § 138 Abs. 3 ZPO unstreitig sein könne. Die Klägerin habe die Verurteilung zur Herausgabe als Gesamtschuldner beantragt und nicht als Mitbesitzer. Ihr Vortrag zum Besitz sei unschlüssig; es ergebe sich nicht, ob die Beklagten Mitbesitzer aller Wohnungseigentumseinheiten seien oder jeder den Besitz an einer einzelnen habe. Die erstinstanzlichen Ausführungen der Beklagten dazu im nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 15.02.2023 seien nicht verspätet, da es sich um Rechtsausführungen handele. Da es an schlüssigem Klägervortrag gefehlt habe, hätte dieser Vortrag ohnehin weiter aufgeklärt werden müssen, so dass der Vortrag aus dem genannten Schriftsatz hätte berücksichtigt werden müssen.

Die Besitzsituation habe sich nach der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht wie folgt verändert: Die Klägerin habe sich an die Mieter des Wohnungseigentums Nr. H02 (Haus 2) gewandt, welche nach einiger Korrespondenz die Schlüssel an die Klägerin herausgegeben hätten. Die Klägerin habe sodann neue Schlosser einbauen lassen. Demnach sei die Klägerin inzwischen einzige Besitzerin des Hauses 2. Die Klägerin habe sich auch an die Mieter des Wohnungseigentums Nr. H03 (Haus 3) gewandt. Daraufhin hätten diese Mieter den Mietvertrag und den unmittelbaren Besitz durch Einwurf des Schlüssels in den Briefkasten der Beklagten und Auszug aus dem Objekt übertragen. Daher sei nunmehr die Beklagte unstreitig unmittelbare Besitzerin des Hauses 3.

Die Beklagte hat den Antrag gestellt,

die Klage gegen die Beklagte zu 1. insgesamt abzuweisen.

Zudem hat sie mit der Berufungsbegründung vom 15.05.2023 Zwischenfeststellungswiderklage erhoben mit folgenden zuletzt gestellten Anträgen:

1. Es wird festgestellt, dass der in der Urkunde des Hamburgischen Notars Dr. R. Nr. .../2019 vom 18.11.2019 als Anlage 1 in der Form des verbindlichen Angebots enthaltene Kaufvertrag nicht zu einem wirksamen Vertragsschluss geführt hat.

2. Es wird festgestellt, dass die Beklagte Eigentümerin der folgenden Wohnungseigentumseinheiten ist:

a. Wohnungseigentum Nr. H01, belegen ...

b. Wohnungseigentum Nr. H02, belegen ...

c. Wohnungseigentum Nr. H03, belegen ... .

Die Klägerin hat beantragt,

die Berufung und die Zwischenfeststellungswiderklage zurückzuweisen.

Sie verteidigt das landgerichtliche Urteil zunächst unter Wiederholung ihres erstinstanzlichen Vortrags bzw. Verweis darauf und Wiederholung der Erwägungen des Landgerichts. Darüber hinaus macht sie insbesondere Folgendes geltend:

Selbst wenn ein innerer Zusammenhang zwischen dem Gläubiger der Darlehensforderung und dem Gläubiger einer Grundschuld zur Anwendbarkeit der §§ 1192, 1149 BGB führen würde, sei mindestens vorauszusetzen, dass der Darlehensgläubiger auf den Grundschuldgläubiger einen beherrschenden Einfluss ausübt. Nur dann könne davon ausgegangen werden, dass der Darlehensgläubiger bevorzugt auf das besicherte Grundstück zugreifen kann, so dass es nach dem Sinn und Zweck der Vorschriften nur in diesem Fall gerechtfertigt sei, den Darlehensgläubiger mit dem Grundschuldgläubiger gleichzusetzen. Das sei hier jedoch nicht der Fall, da die Klägerin unstreitig nicht an der M. GmbH beteiligt, sondern lediglich (inzwischen) deren Geschäftsführerin ist.

Ein Rechtsmissbrauch durch die Klägerin scheide bereits deswegen aus, weil die Parteien vor Abschluss des Darlehensvertrages vom Notar umfassend aufgeklärt worden seien, insbesondere auch darüber, dass Verfallsabreden bei Grundpfandrechten unwirksam seien. Der Vortrag der Beklagten zu einer Umgehung der §§ 1192, 1149 BGB durch die Klägerin sei auch unschlüssig. Es sei unerheblich, welche Motive die Beklagte mit dem Verkauf des Objektes Am E. platz 16 verfolgt habe und was genau ihre Beweggründe gewesen seien, um den Darlehensvertrag mit der Klägerin abzuschließen. Es spielt auch keine Rolle, dass es hypothetisch denkbar wäre, dass die Grundschuld zugunsten der Klägerin hätte bestellt werden können.

Der Vortrag der Beklagten dazu, dass die drei erstinstanzlichen Beklagten nicht als Besitzer aller drei Townhäuser anzusehen seien, sei durch das Landgericht zu Recht gemäß § 296 Abs. 1 ZPO als verspätet zurückgewiesen worden. Daher komme es auf die tatsächlichen Besitzverhältnisse nicht an. Der zweitinstanzliche Vortrag dazu bleibe unerheblich.

Die Voraussetzungen für die ausnahmsweise Zulässigkeit der Widerklage im Berufungsverfahren lägen nicht vor. Die Klägerin willige nicht in die Widerklage ein, und sie sei auch nicht sachdienlich. Zudem sei die Widerklage mangels Vortrags der Beklagten unbegründet bzw. unschlüssig.

Wegen der weiteren Einzelheiten des zweitinstanzlichen Sach- und Streitstands wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung verwiesen.

Die Klägerin hat mit nachgelassenem Schriftsatz vom 14.12.2023, die Beklagte mit nicht nachgelassenem Schriftsatz vom 19.12.2023 weiter vorgetragen.

## II.

Die Berufung der Beklagten hat teilweise Erfolg. Das betrifft die von der Klägerin nach wie vor begehrte Herausgabe auch des Hauses 2, obwohl sie inzwischen unstreitig dessen unmittelbare Besitzerin geworden ist. Im Übrigen bleibt der Berufung der Erfolg versagt, denn insoweit hat das Landgericht der Klage zu Recht und mit zutreffender Begründung stattgegeben, und das Berufungsvorbringen dazu rechtfertigt keine andere Entscheidung. Die in zweiter Instanz von der Beklagten erhobene Zwischenfeststellungswiderklage ist zwar zulässig, aber unbegründet.

A.

Die Berufung ist zulässig. Sie ist statthaft, frist- und formgerecht eingereicht und begründet worden, und die Begründung genügt den Anforderungen gemäß § 520 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 und Nr. 3 ZPO. Die Berufungsbegründung greift zumindest implizit auch die alternative und selbstständig tragende Begründung des Landgerichts an, wonach der Anspruch neben § 985 BGB auch aus § 433 Abs. 1 BGB i.V.m. dem Kaufvertrag folgt. Denn sie macht geltend, dass der Kaufvertrag unwirksam sei. Den Berufungsantrag legt der Senat im wohlverstandenen Interesse der Beklagten und in Anbetracht von § 520 Abs. 3 Nr. 1 ZPO dahingehend aus, dass er auf Abänderung des angegriffenen Urteils (in Gestalt der Klagabweisung) gerichtet ist.

B.

Die mit der Berufungsbegründungsschrift erhobene Zwischenfeststellungswiderklage ist zulässig.

Gemäß § 533 ZPO ist die Erhebung der Widerklage im Berufungsverfahren nur zulässig, wenn (1) der Gegner einwilligt oder das Gericht sie für sachdienlich hält und wenn sie (2) auf Tatsachen gestützt werden kann, die das Berufungsgericht seiner Verhandlung und Entscheidung ohnehin nach § 529 ZPO zugrunde zu legen hat. Daneben müssen eine zulässige Berufung und die allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen für die Widerklage vorliegen (Rimmelspacher in: Münchener Kommentar zur ZPO, 6. Auflage 2020, § 533 Rn. 37). Da die Beklagte eine Zwischenfeststellungswiderklage erhebt, müssen außerdem die Voraussetzungen von § 256 Abs. 2 ZPO gegeben sein die Norm gilt auch im Berufungsverfahren (BGH NJW-RR 2008, 262 Rn. 10). All diese Voraussetzungen sind gegeben.

Die Berufung ist zulässig (s.o. unter A.). Nach § 256 Abs. 2 ZPO kann der Beklagte bis zum Schluss derjenigen mündlichen Verhandlung, auf die das Urteil ergeht, durch Erhebung einer Widerklage beantragen, dass ein im Laufe des Prozesses streitig gewordenes Rechtsverhältnis, von dessen Bestehen oder Nichtbestehen die Entscheidung des Rechtsstreits ganz oder zum Teil abhängt, festgestellt werde. Dazu muss die Klage, im Rahmen derer zwischen den Parteien das Rechtsverhältnis streitig ist, in einer Tatsacheninstanz anhängig sein (Greger in: Zöller, ZPO, 35. Auflage 2024, § 256 Rn. 36 m.w.N.). Das ist der Fall, denn auch das Berufungsverfahren ist eine (wenn auch eingeschränkte) Tatsacheninstanz. In diesem Rahmen sind zwischen den Parteien mit der Wirksamkeit des Kaufvertrags und der Eigentümerstellung an den Townhäusern Rechtsverhältnisse i.S.v. § 256 Abs. 2 ZPO streitig. Diese sind auch vorgreiflich für den Ausgang des Klageverfahrens. Das ist anzunehmen, wenn das fragliche Rechtsverhältnis für den in der Hauptentscheidung enthaltenen Subsumtionsschluss ein notwendiges Element ist. Demnach ist die Vorgreiflichkeit des Widerklagantrags zu 2. ohne weiteres anzunehmen. Er ist auf Feststellung der Eigentümerstellung der Beklagten gerichtet und verneint damit die Eigentümerstellung der Klägerin, die für den mit der Klage geltend gemachten Herausgabeanspruch gemäß § 985 BGB nötig ist. Auch hinsichtlich des Widerklagantrags zu 1. ist von einer Vorgreiflichkeit auszugehen. Dieser betrifft die Wirksamkeit des Kaufvertrags gemäß Anlage K2, die zwar für den sachenrechtlichen Herausgabeanspruch gemäß § 985 BGB aufgrund des Abstraktionsprinzips unerheblich ist. Allerdings kann der Herausgabeanspruch auch auf § 433 Abs. 1 BGB gestützt werden, wie es das Landgericht alternativ getan hat. Das reicht aus. Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung kommt es nicht darauf an, ob das Gericht seine Entscheidung notwendig auch auf diesen Grund stützen muss; vielmehr ist es bei mehreren Begründungsmöglichkeiten für die Hauptentscheidung ausreichend, dass das Rechtsverhältnis für einen der möglichen Begründungswege ein

notwendiges Glied ist (BGH NJW-RR 2010, 640 Rn. 19; Becker-Eberhard in: Münchener Kommentar zur ZPO, 6. Auflage 2020, § 256 Rn. 85 m.w.N.; a.A. Foerste in: Musielak/Voit, ZPO, 20. Auflage 2023, § 256 Rn. 25). Denn die Zulässigkeit der Zwischenfeststellungswiderklage soll nicht von der für die Parteien nicht vorhersehbaren Begründung abhängen, die das Gericht in seiner Hauptentscheidung wählt (vgl. BGH NJW-RR 2008, 262 Rn. 11). Schließlich muss die Zwischenfeststellungswiderklage eine über den Streitgegenstand der Klage hinausgehende Bedeutung haben bzw. darf das Urteil über die Hauptklage die Rechtsbeziehungen der Parteien nicht bereits erschöpfend regeln (Greger in: Zöller, ZPO, 35. Auflage 2024, § 256 Rn. 40 m.w.N.). Auch das ist für beide inzidenter ohnehin zu klärenden Rechtsverhältnisse der Fall. So ist die Wirksamkeit des Kaufvertrags (Widerklagantrag zu 1.) entscheidend für die Frage, ob die Beklagte der Klägerin noch die Rückzahlung des Darlehens schuldet, da die Kaufpreiszahlung durch Verrechnung mit der Darlehensrückzahlungsforderung erfolgt (s. Anlage K2 S. 11 unter § 2). Der Widerklagantrag zu 2. (Eigentümerstellung) kann sowohl mit Blick auf etwaige gegenseitige Nutzungsentschädigungsansprüche gemäß § 987 BGB als auch für wechselseitige bereicherungsrechtliche Ansprüche wegen Zahlung des Wohngelds noch Bedeutung haben.

Ferner liegen auch die Voraussetzungen des § 533 ZPO vor. Die Klägerin hat der Widerklage ausdrücklich widersprochen. Sie ist allerdings sachdienlich im Sinne von § 533 Nr. 1 Alt. 2 ZPO. Die den Anforderungen des § 256 Abs. 2 ZPO genügende Zwischenfeststellungsklage kann aufgrund der notwendigen Vorgreiflichkeit als ein vertypter Fall der Sachdienlichkeit angesehen werden (vgl. Rimmelspacher in: Münchener Kommentar zur ZPO, 6. Auflage 2020, § 533 Rn. 38). Entgegen der Ansicht der Klägerin ist auch nicht bereits rechtskräftig über die in Rede stehenden Fragen entschieden, denn die bisherige Entscheidung ist nur im Eilverfahren ergangen und betraf im Übrigen auch nur die Frage, ob ein Widerspruch in die Grundbücher einzutragen ist. Die der Entscheidung über die Widerklage zugrunde zu legende Tatsachengrundlage ist identisch mit derjenigen der Klage.

Die Widerklaganträge sind hinreichend bestimmt i.S.v. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO, allemal nachdem die Beklagte in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat den Widerklagantrag zu 1. redaktionell etwas verändert und damit klarer gefasst hat. Diese reine Klarstellung war keine Klageänderung.

Schließlich sind auch die besonderen Zulässigkeitsvoraussetzungen der Widerklage gegeben, insbesondere ist sie konnex i.S.v. § 33 Abs. 1 ZPO.

C.

Die Berufung hat in Bezug auf das Haus 2 bzw. den Klagantrag und Tenor zu 1.b) Erfolg (dazu unter 1.), so dass die Klage (nur) gegen die erstinstanzliche Beklagte zu 1) insofern abzuweisen ist. Im Übrigen bleibt die Berufung erfolglos (dazu unter 2.), so dass das angegriffene Urteil insoweit Bestand hat.

1.

Unstreitig ist die Klägerin inzwischen unmittelbare Besitzerin des Hauses 2 geworden, so dass ihrem Klagantrag zu 1.b) der Erfolg versagt bleiben muss. Die Beklagte hat mit der Berufsbegründung (dort S. 12 f.) vorgetragen, dass die Klägerin mittlerweile infolge der Schlüsselübergabe und eines Austauschs der Schlösser einzige Besitzerin des Hauses 2 geworden sei. Dem ist die Klägerin weder mit der Berufungserwiderung noch im weiteren Verlauf des

Berufungsverfahrens entgegengetreten, so dass der Vortrag unstreitig geblieben ist. Nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung ist neuer Vortrag in der Berufungsinstanz, der unstreitig bleibt, stets zu berücksichtigen; insofern greift keine Präklusion nach § 531 Abs. 2 ZPO (s. nur BGH (GSZ) NJW 2008, 3434 Rn. 10 m.w.N.). Darauf hat der Senat in der mündlichen Verhandlung abgestellt und mitgeteilt, dass der Berufung betreffend das Haus 2 aus diesem Grund Erfolgsaussicht beizumessen sein dürfte (S. 2 des Protokolls vom 16.11.2023). Der Klägervertreter hat auf Nachfrage des Senats mitgeteilt, dazu keine Erklärungen abgeben zu können (S. 4 des Protokolls). Er hat somit den alleinigen unmittelbaren Besitz der Klägerin nicht bestritten. Er hat den Rechtsstreit aber auch nicht insoweit für erledigt erklärt, so dass der Klagantrag zu 1.b) nach wie vor im ursprünglichen Umfang rechtshängig ist. Der mit diesem Antrag geltend gemachten Herausgabeanspruch ist aber mangels fortbestehenden Rechtsschutzbedürfnisses der Klägerin unzulässig und zudem unbegründet. Da die Klägerin inzwischen die einzige und unmittelbare Besitzerin des Hauses 2 ist, kann sie kein Interesse mehr an einer Verurteilung zur Herausgabe dieses Hauses seitens der Beklagten haben. Zudem ist der Beklagten die Erfüllung des mit der Klage geltend gemachten Anspruchs auf Herausgabe auch dieser Wohnungseigentumseinheit unmöglich i.S.v. § 275 Abs. 1 BGB. Entsprechendes gilt für die Räumung. Es ist weder von der Klägerin vorgetragen noch ersichtlich, dass das von ihr bereits in Besitz genommene Townhaus noch zu räumen sei.

## 2.

Hinsichtlich der Häuser 1 und 3 ist die Berufung zurückzuweisen, denn die Klage ist insoweit zulässig und begründet. Der Klägerin steht der geltend gemachte Anspruch gemäß § 985 BGB zu, wie das Landgericht zutreffend entschieden hat. Nach der Vorschrift ist der Besitzer dem Eigentümer zur Herausgabe einer Sache verpflichtet, wenn er gegenüber dem Eigentümer über kein Recht zum Besitz verfügt; bei Grundstücken umfasst die Herausgabepflicht die Pflicht zur Räumung (vgl. BGH NJW 1984, 2878). Diese Tatbestandsvoraussetzungen liegen vor.

### a.

Die Klägerin ist Eigentümerin der beiden Townhäuser.

Zunächst wurde unstreitig die Beklagte durch Grundbucheintragungen am 07.01.2020 (s. Anlage K4) Eigentümerin der Townhäuser, nachdem zuvor ebenfalls unstreitig die Auflassung zwischen den Verkäufern bzw. vorherigen Eigentümern und ihr erfolgt war.

Das Eigentum ist sodann jedoch gemäß § 873 Abs. 1, § 925 Abs. 1 BGB durch Einigung (Auflassung) zwischen der Beklagten und der Klägerin sowie durch Eintragung der Klägerin als Eigentümerin in die Grundbücher von der Beklagten an die Klägerin übergegangen. Die Grundbucheintragungen zugunsten der Klägerin erfolgten unstreitig am 17.03.2022 (s. Anlage K4). Ebenso unstreitig war bereits am 20.01.2022 die Auflassung vor dem Notar Dr. R. beurkundet worden (Anlage B27). Ein Verstoß gegen § 925 Abs. 2 BGB ist nicht ersichtlich. Die Beklagte war bei der Auflassung nicht anwesend, sondern wurde – ebenso wie die Klägerin – von der Notariatsangestellten Petra D. vertreten. Die Beklagte hatte zwar zuvor am 09.09.2020 den Widerruf der Bevollmächtigung erklärt und genehmigte das Handeln der Frau D. auch nicht im Sinne von § 177 Abs. 1 BGB nachträglich. Die Stellvertretung war jedoch wirksam und bindet die Beklagte gemäß § 164 Abs. 1 S. 1 BGB. Danach wirkt eine Willenserklärung, die jemand innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht im Namen des Vertretenen abgibt, unmittelbar für und gegen den Vertretenen.

Frau D. handelte bei der Auflassung mit Vertretungsmacht der Beklagten. Die Beklagte hatte sie in der Urkunde gemäß Anlage K2 (Teil C IV., Anlage K2 S. 8 f.) ausdrücklich dazu bevollmächtigt, zur Durchführung des bei Annahme des Verkaufsangebots gemäß Teil B zustande kommenden Kaufvertrages alle Erklärungen einschließlich der Auflassung abzugeben. Diese in „Teil C. Schlussbestimmungen“ der Urkunde enthaltene Bevollmächtigung bezieht sich demnach auch und gerade auf den Kaufvertrag. Daneben findet sich eine weitere, weitgehend inhaltsgleiche Bevollmächtigung unter Ziffer II. des Kaufvertrags gemäß Anlage 1 zur notariellen Urkunde gemäß Anlage K2 (dort S. 14 f.). Die Bevollmächtigung war nicht richtig (dazu unter aa.), und die Beklagte hat den Vertrag einschließlich der Bevollmächtigung auch nicht wirksam widerrufen (dazu unter bb.). Die Klägerin handelt nicht rechtsmissbräuchlich (dazu unter cc.), und der isolierte Widerruf der Bevollmächtigung war ebenfalls nicht wirksam (dazu unter dd.).

aa.

Die Beklagte hat die Bevollmächtigung wirksam erklärt. Entgegen ihrer Ansicht ist die Vollmacht nicht deswegen richtig, weil der Vertrag gemäß Anlage K2 gegen §§ 1149, 1192 BGB verstößt und dies gemäß § 134 BGB zur Richtigkeit führt.

Dies folgt schon daraus, dass die Vollmacht ausdrücklich „unabhängig von der Wirksamkeit dieses Vertrages erteilt“ worden ist (s. Teil C. IV. letzter Absatz, Anlage K2 S. 9; ebenso in Ziffer II. letzter Absatz des Kaufvertrags, Anlage K2 S. 15).

Es liegt aber auch kein Verstoß gegen §§ 1149, 1192 BGB vor. Der Senat hat bereits in seinen Beschlüssen vom 30.05. und vom 07.07.2022 im Verfahren 15 U 40/22 ausgeführt, dass und warum ein Verstoß gegen §§ 1149, 1192 BGB nicht vorliegt. Daran hält er auch bei nochmaliger Prüfung und auch in Anbetracht des weiteren dazu gehaltenen Vortrags der Beklagten fest. Das gilt unabhängig von den Fragen, ob § 1149 BGB auch bereits den Inhaber eines Anwartschaftsrechts schützt und ob die Beklagte hier ein solches innehatte.

Nach §§ 1149, 1192 BGB kann der Grundstückseigentümer, solange nicht die durch die Grundschuld gesicherte Forderung ihm gegenüber fällig geworden ist, dem Gläubiger nicht das Recht einräumen, zum Zweck der Befriedigung die Übertragung des Eigentums an dem Grundstück zu verlangen. Danach liegt eine unzulässige Verfallvereinbarung dann vor, wenn das Recht dem Gläubiger vor Fälligkeit seiner Forderung eingeräumt wird und ihm gerade unter der Bedingung zustehen soll, dass er trotz Fälligkeit seiner Forderung nicht ordnungsgemäß befriedigt wird; ferner muss die Eigentumsverschaffung zum Zweck der Befriedigung des Gläubigers erfolgen und der Zwang zur Sachverwertung durch die vereinbarte Sachübertragung ersetzt werden (BGH, Urteil vom 25.10.2002, V ZR 253/01, juris Rn. 8 unter Verweis auf BGH NJW 1995, 2635 m.w.N.). Der Bundesgerichtshof hat aber bereits für eine der hiesigen sehr weitgehend vergleichbare Konstellation entschieden, dass § 1149 BGB weder direkt noch analog Anwendung findet, wenn der Darlehensgläubiger und der Grundschuldgläubiger nicht personenidentisch sind (BGH, Urteil vom 25.10.2002, V ZR 253/01 - juris), und dort ausgeführt (Rn. 8 ff.; Fettdruck nur hier):

„Eine solche Fallkonstellation liegt hier nicht vor. Der Kläger ist nicht Grundschuldgläubiger, sondern nur Gläubiger der Darlehensforderung. Bei der Zwangsvollstreckung könnte er nicht bevorzugt auf das Grundstück der Beklagten zugreifen, weil er daran kein Pfandrecht besitzt. **Die vereinbarte Eigentumsübertragung stellt deswegen keine Umgehung einer zwingend notwendigen Sachverwertung dar.**

Die entsprechende Anwendung des § 1149 BGB ist entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht möglich, weil der vorliegende Sachverhalt trotz ggf. ähnlicher Interessenlage auf der Seite der Beklagten nicht mit dem im Gesetz geregelten vergleichbar ist (vgl. BGHZ 105, 140, 143).

**Das Verbot der Verfallabrede kann nicht losgelöst von der Hingabe eines dinglichen Sicherungsrechts als Schutznorm für jeden Eigentümer gegenüber seinen Gläubigern verstanden und ausgeweitet werden;** es würde dann nämlich auf Fälle angewendet, die dem im Gesetz entschiedenen gerade nicht rechtsähnlich sind, weil sie sich in einem maßgeblichen Punkt nicht gleichen. Das hat der Senat bereits in seinem in BGHZ 130, 101 ff. veröffentlichten Urteil ausgesprochen. Davon abzuweichen, besteht trotz der in der Literatur geäußerten Kritik (MünchKomm-BGB/Eickmann, 3. Aufl., § 1149 Rdn. 12; Schulz, JR 1996, 245, 246; Tiedtke, ZIP 1995, 57 ff.) kein Anlaß. Sie verkennt nämlich, daß der in § 1149 BGB auch zum Ausdruck kommende Schutz des Schuldners vor der Gefahr, sein Grundstückseigentum aus Unerfahrenheit oder aus einer Notlage heraus lediglich gegen die Tilgung von Schulden, die unter Umständen erheblich geringer sein können als der Wert des Grundstücks, zu verlieren (vgl. Tiedtke aaO, 59), nicht der maßgebliche Gesetzeszweck ist. Dieser Schutz wird dem Grundstückseigentümer nämlich bereits über § 138 BGB und, falls die Verfallabrede als eine wirksame Vertragsstrafenvereinbarung anzusehen ist, über § 343 BGB gewährt. **Das Verbot der Verfallabrede ist vielmehr ein sachenrechtliches Instrument zur Regelung der Art der Realisierung eines Pfandrechts** (vgl. Senat aaO, 106).

Der von dem Berufungsgericht hervorgehobene Umstand, daß hier die Kreditbeschaffung und die Kreditsicherung in zwei Geschäfte aufgespalten sind, rechtfertigt keine andere Betrachtungsweise. Der Kläger steht einem durch Grundpfandrechte gesicherten Gläubiger nicht gleich, obwohl er zur Aufbringung des der Beklagten zur Verfügung gestellten Darlehensbetrags seinerseits ein Darlehen aufgenommen hat und zugunsten seines Kreditgebers eine Grundschrift an dem verfallsbedrohten Grundstück bestellt wurde. **Die Pflicht der Beklagten zur Eigentumsübertragung stellt sich deswegen nicht als ein im Vorgriff vereinbarter Verfall unter Umgehung der gesetzlich angeordneten Verwertung (§§ 1147, 1192 BGB) dar.** Es ist nicht ersichtlich, daß ein rechtlich erheblicher innerer Zusammenhang zwischen der Verpfändung des Grundstücks und der Verfallabrede besteht. Sie berührt die Verwertung des Grundstücks durch die Grundschriftgläubigerin in keiner Weise, sondern beinhaltet die Vereinbarung über die Ersetzung der Rückzahlungsverpflichtung durch eine andere als die nach § 607 Abs. 1 BGB a.F. geschuldete Leistung (§ 364 Abs. 1 BGB). **Der Eigentumsübertragungsanspruch des Klägers entsteht somit unabhängig von dem Schicksal der für die R.bank eingetragenen Grundschrift. Damit haftet das Grundstück nicht in gleicher Weise als Sicherheit für die Zahlungsverpflichtung der Beklagten wie im Fall der direkten Kreditbeschaffung bei der Grundschriftgläubigerin.“**

Dem schließt sich der Senat an. Der Zweck der Norm liegt demnach – entgegen einigen Stimmen in der Literatur – nicht maßgeblich darin, den Schuldner vor der Gefahr zu schützen, sein Grundstückseigentum lediglich gegen die Tilgung von Schulden, die unter Umständen erheblich geringer sein können als der Wert des Grundstücks, zu verlieren. Sondern es geht darum, dass die Sicherung durch ein Grundpfandrecht letztlich nur anhand der gesetzlichen Regeln durchgesetzt und nicht der gesetzlich angeordnete Zwang zur Sachverwertung durch die vereinbarte Sachübertragung ersetzt wird. § 1149 BGB enthält also nur eine grundpfandrechtsimmanente Beschränkung und keine allgemeine sachenrechtliche Strukturaussage zur Rechtsordnung (Volmer in: beck-online.GK BGB, 01.11.2023, § 1149

Rn. 26). Dieser Schutzzweck ist durch das Verkaufsangebot gegenüber dem Darlehensgläubiger, der nicht auch Grundpfandgläubiger ist (hier die Klägerin), nicht berührt.

Entgegen dem Verständnis der Beklagten gilt auch nichts anderes, wenn ein „rechtlich erheblicher innerer Zusammenhang“ zwischen der Verpfändung des Grundstücks und der Verfallabrede besteht. Die Beklagte meint, nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs spielt die formale Trennung zwischen Darlehens- und Grundpfandrechtsgläubiger nur dann eine Rolle, wenn die beiden keine gleichgerichteten Interessen verfolgen. Wenn es hingegen einen rechtlich erheblichen inneren Zusammenhang gibt, finde § 1149 BGB Anwendung. Diese Prämissen ist jedoch nicht zutreffend. Die Beklagte missversteht die von ihr als für sich günstig in Anspruch genommene Entscheidung des Bundesgerichtshofs und will aus einem Element der dortigen Begründungskette eine These im Sinne eines Obersatzes machen, um daraus einen Umkehrschluss zu ziehen. Das überzeugt nicht. Im Gegenteil ist der oben zitierten Entscheidung deutlich zu entnehmen, dass in Fällen wie diesen (Auseinanderfallen der Gläubigerstellung aus dem Darlehen und der Gläubigerstellung bzgl. des Grundpfandrechts) kein rechtlich erheblicher innerer Zusammenhang besteht, so dass auch keine analoge Anwendung des § 1149 BGB angezeigt ist. Der aus Sicht der Beklagten maßgebliche Satz „Es ist nicht ersichtlich, daß ein rechtlich erheblicher innerer Zusammenhang zwischen der Verpfändung des Grundstücks und der Verfallabrede besteht.“ stellt keine These dar, die den von der Beklagten gezogenen Umkehrschluss erlauben würde. Vielmehr handelt es sich lediglich um ein Element in der Begründungskette, die das vom Bundesgerichtshof gefundene Ergebnis (keine – analoge – Anwendung des § 1149 BGB) stützt. Das ergibt sich daraus, dass der darauffolgende Satz den vorangehenden, von der Beklagten für sich in Anspruch genommenen dahingehend begründet, dass die Verfallabrede die Verwertung des Grundstücks durch die Grundschuldgläubigerin in keiner Weise berührt. Zudem bezieht sich der Bundesgerichtshof auf seine vorangegangene Entscheidung (BGH NJW 1995, 2635, 2636) und hält trotz der in der Literatur daran geäußerten Kritik ausdrücklich an dieser fest, wo es nach sehr ausführlicher Erörterung des Gesetzeszwecks von § 1149 BGB in aller Deutlichkeit heißt: „Das Verbot der Verfallabrede ist deshalb auf entsprechende Vereinbarungen mit pfandrechtlich nicht gesicherten Gläubigern unanwendbar.“ Der vom Bundesgerichtshof zum Ausdruck gebrachte entscheidende Gesichtspunkt liegt hier ebenso wie dort: Das Grundstück haftet nicht in gleicher Weise wie im Falle eines Kredits beim Grundpfandgläubiger, weil es keinen rechtlichen Zusammenhang zwischen dem schuldrechtlich eingeräumten Eigentumsübertragungsanspruch und der Grundschuld gibt. Die Pflicht der Beklagten zur Eigentumsübertragung stellt sich daher nicht als ein im Vorgriff vereinbarter Verfall unter Umgehung der gesetzlich angeordneten Verwertung des Grundpfandrechts gemäß §§ 1147, 1192 BGB dar.

Aber selbst wenn man der Rechtsansicht der Beklagten beitreten würde, würde dies am Ergebnis nichts ändern. Sie stützt sich auf die persönliche Verflechtung der Klägerin mit der M. GmbH als Grundpfandgläubigerin. Dieser personale Zusammenhang ist aber nicht gleichbedeutend mit einem rechtlich erheblichen inneren Zusammenhang zwischen der Verpfändung des Grundstücks und der Verfallabrede. Im Übrigen setzt die Beklagte (vermeintlich) gleichgerichtete Interessen von Darlehens- und Grundpfandgläubigerin mit einem rechtlich erheblichen inneren Zusammenhang gleich. Es bestanden und bestehen aber jedenfalls keine vollständig deckungsgleichen Interessen der Klägerin und der M. GmbH. Zum einen standen sich die beiden mit Blick auf das refinanzierende Darlehen als Schuldnerin und Gläubigerin gegenüber. Zum anderen könnte sich die Klägerin sowohl als Prokuristin als auch als Geschäftsführerin der M. GmbH dieser gegenüber schadensersatzpflichtig machen, wenn sie zugunsten ihrer privaten Interessen gegen die Interessen der Gesellschaft handelt. Der Senat verkennt nicht, dass die Klägerin als Prokuristin bzw. als Geschäftsführerin erheblichen Einfluss

auf das Handeln der M. GmbH hatte bzw. hat. Allerdings geht damit zumindest kein beherrschender Einfluss im gesellschaftsrechtlichen Sinne einher. Weder als Prokuristin noch als Geschäftsführerin hat die Klägerin Einfluss auf die Willensbildung der Gesellschaft in der Gesellschafterversammlung. Sie ist unstreitig nicht einmal Minderheits- geschweige denn Mehrheits- oder gar Alleingesellschafterin. Vielmehr sind die beiden Brüder der Klägerin mit jeweils 3% an der M. GmbH beteiligt, und die restlichen Gesellschaftsanteile liegen bei der J. Holding AG. Der Umstand, dass die Klägerin Aufsichtsratsmitglied der J. Holding AG ist, führt zu keinem gegenteiligen Ergebnis. Als Aufsichtsratsmitglied ist sie nicht in der Geschäftsführung der J. Holding AG tätig, sondern sie überwacht und berät lediglich den die Geschäfte führenden Vorstand (§ 111 AktG). Auch in dieser Rolle kann sie daher keinen Einfluss auf die gesellschaftsrechtliche Willensbildung in der M. GmbH nehmen.

Es ist auch unerheblich, ob im Darlehensvertrag ein Auseinanderfallen zwischen Grundpfandgläubigerin und Darlehensgläubigerin angelegt war oder nicht bzw. ob die Klägerin die zu ihren Gunsten bestehende Belastungsvollmacht auch für eine Grundschuld zu ihren eigenen Gunsten an Stelle der M. GmbH hätte nutzen können. Das ist schlicht nicht geschehen. Aufgrund dieser nur hypothetischen Möglichkeit kann kein Verstoß gegen § 1149 BGB angenommen werden. Abgesehen davon ist zwar der in der Urkunde kursiv gesetzte Wortlaut der von der Beklagten gegenüber der Klägerin erteilten Vollmacht (§ 4 Abs. 2 des Darlehensvertrags, Anlage K2, S. 5 oben) nicht ausdrücklich auf eine Grundpfandrechtsbestellung nur zugunsten der M. GmbH beschränkt. Diese Beschränkung ergibt sich jedoch aus dem unmittelbar vorangehenden § 4 Abs. 1 des Darlehensvertrags (Anlage K2, S. 4 unten) und aus dem zweiten Absatz der Vorbemerkung zu beiden Verträgen (Anlage K2, S. 2 unten). Danach sollte der M. GmbH eine Sicherungsgrundschuld bestellt werden, wohingegen die Klägerin ausdrücklich „keine Sicherheiten durch Einräumung von Pfandrechten an dem (...) Kaufgegenstand“ erhalten sollte.

bb.

Der Widerruf des Darlehensvertrags hat nicht zur Unwirksamkeit der Bevollmächtigung von Frau D. geführt.

Auch hier gilt, dass die Vollmacht ausdrücklich „unabhängig von der Wirksamkeit dieses Vertrages erteilt“ worden ist (s. Teil C. IV. letzter Absatz, Anlage K2 S. 9 sowie Ziffer II. letzter Absatz des Kaufvertrags, Anlage K2 S. 15).

Abgesehen davon hat die Beklagte den Darlehensvertrag nicht wirksam widerrufen, weil ihr kein Widerrufsrecht zustand. Ihr am 01.12.2020 erklärter Widerruf ging demnach ins Leere. Daher kann dahinstehen, ob der Widerruf des Darlehensvertrags trotz der im Vertrag enthaltenen salvatorischen Klauseln (s. dazu Teil A § 8 (4) sowie Teil C I. (3) in Anlage K2) überhaupt die weiteren Teile der Urkunde gemäß Anlage K2 berührt hätte.

Die Beklagte meint, ihr habe gemäß § 495 Abs. 1, § 491 Abs. 3 Nr. 2, § 355 BGB ein Widerrufsrecht zugestanden, welches sie wirksam ausgeübt und den Vertrag damit beseitigt habe. Damit sei auch das Verkaufsangebot und demnach auch die Grundlage für den Eigentumsübergang auf die Klägerin entfallen. Dies soll offenbar auch die Bevollmächtigung von Frau D. erfassen.

Dem ist nicht zu folgen, denn es liegt kein Verbraucherdarlehensvertrag im Sinne von § 491 BGB vor. Voraussetzung dafür ist gemäß § 491 Abs. 2 S. 1 BGB, dass es sich bei der Klägerin

als Darlehensgeberin um eine Unternehmerin im Sinne von § 14 BGB und bei der Beklagten als Darlehensnehmerin um eine Verbraucherin im Sinne von § 13 BGB handelt. Das ist nicht der Fall, wobei dahinstehen kann, ob die Beklagte als Verbraucherin gehandelt hat. Denn jedenfalls hat die Klägerin nicht als Unternehmerin gehandelt.

Die Beklagte ist nach allgemeinen Grundsätzen für die ihr günstige Unternehmereigenschaft der Klägerin darlegungs- und beweisbelastet. Ihr Vortrag reicht jedoch nicht aus, um für die Klägerin die Voraussetzungen des § 14 BGB zu bejahen, weil sie als natürliche Person gehandelt hat und für die Beklagte nicht eindeutig und zweifelsfrei zu erkennen war, dass sie als Unternehmerin handelt.

Unternehmer ist nach der Legaldefinition des § 14 Abs. 1 BGB eine natürliche oder juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit handelt. Demgegenüber ist nach § 13 BGB Verbraucher jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu Zwecken abschließt, die überwiegend weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbstständigen beruflichen Tätigkeit zugeordnet werden können.

Sowohl die gewerbliche als auch die selbstständige berufliche Tätigkeit setzen – jedenfalls – ein selbstständiges und planmäßiges, auf gewisse Dauer angelegtes Anbieten entgeltlicher Leistungen am Markt voraus, wobei eine Gewinnerzielungsabsicht nicht erforderlich ist (st. Rspr., s. nur BGH NJW 2018, 150 Rn. 30). Für die Abgrenzung zwischen Verbraucher- und Unternehmerhandeln ist grundsätzlich die objektiv zu bestimmende Zweckrichtung des Rechtsgeschäfts entscheidend. Dabei kommt es maßgeblich auf die jeweiligen Umstände des Einzelfalls, insbesondere das Verhalten der Parteien bei Vertragsschluss an (BGH, a.a.O. Rn. 31; s. auch BGH, Urteil vom 07.04.2021, VIII ZR 49/19 – juris Ls. 2). Es kann auch der erstmalige oder einmalige Abschluss eines entsprechenden Rechtsgeschäfts nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalls auf ein (zukünftiges) unternehmerisches Handeln ausgerichtet sein; dafür braucht es aber Anhaltspunkte (BGH NJW 2018, 150 Rn. 34).

Die grundsätzliche Ausübung einer unternehmerischen Tätigkeit i.S.d. § 14 BGB allein reicht jedoch nicht aus, um den Anwendungsbereich des § 491 Abs. 2 und 3 BGB zu eröffnen. Wie sich aus § 14 Abs. 1 BGB ergibt, ist eine Partei nur dann Unternehmer im Sinne des BGB, wenn sie das konkrete Rechtsgeschäft, bezüglich dessen die Anwendbarkeit von Verbraucherschutzvorschriften infrage steht, in Ausübung ihrer gewerblichen oder der ständigen beruflichen Tätigkeit vorgenommen hat (so ausdrücklich für den Darlehensvertrag gemäß § 491 BGB Weber in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Auflage 2023, § 491 Rn. 7). Dabei geht es im vorliegenden Fall keinesfalls allein um den kaufrechtlichen Teil des Vertrags gemäß Anlage K2, sondern wenn nicht ausschließlich, so jedenfalls primär um den darlehensvertraglichen Teil. Zum einen ist dies der „unbedingt“ geschlossene Vertrag, wohingegen der Erwerb der Immobilien dem nachgelagert bzw. lediglich zur Absicherung des primär vereinbarten Darlehens und nur unter bestimmten Bedingungen möglich sein sollte. Zum anderen macht die Beklagte ein Widerrufsrecht gerade deswegen geltend, weil es sich um einen Verbraucherdarlehensvertrag im Sinne von § 491 BGB handele.

Vor allem ist zu berücksichtigen, dass nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs das rechtsgeschäftliche Handeln einer natürlichen Person – wie hier der Klägerin – mit Rücksicht auf den Wortlaut des § 13 BGB grundsätzlich als Verbraucherhandeln anzusehen ist. Eine Zuordnung entgegen dem mit dem rechtsgeschäftlichen Handeln objektiv verfolgten Zweck kommt nur in Betracht, wenn die dem Vertragspartner bei Vertragsschluss erkennbaren

Umstände eindeutig und zweifelsfrei darauf hinweisen, dass die natürliche Person in Verfolgung ihrer gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit handelt (BGH NJW 2021, 2281 Rn. 84 m.w.N.). Verbleibende Zweifel, welcher Sphäre das konkrete Handeln zuzuordnen ist, sind zu Gunsten der Verbrauchereigenschaft zu entscheiden (BGH NJW 2009, 3780 Rn. 10). Demnach bedürfte es besonderer Umstände, die die Darlehensvergabe der Klägerin als Handlung einer Unternehmerin i.S.v. § 14 Abs. 1 BGB erscheinen lassen.

Hier kann nicht aus dem objektiv verfolgten Zweck des Rechtsgeschäfts auf ein unternehmerisches Handeln der Klägerin geschlossen werden. Die Begebung verzinslicher Darlehen für die vom Darlehensnehmer beabsichtigte Finanzierung von Immobilien ist sowohl im unternehmerischen als auch im privaten Bereich üblich, so dass sich daraus nichts in die eine oder die andere Richtung ableiten lässt.

Demnach ist hier im Grundsatz von einem Verbraucherhandeln der Klägerin auszugehen, und die Beklagte müsste Umstände darlegen, die eindeutig und zweifelsfrei darauf hinweisen, dass die Klägerin in Verfolgung ihrer gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit handelte. Das ist der Beklagten nicht gelungen, wie das Landgericht zutreffend angenommen hat. Abgesehen davon ist bei verbleibenden Zweifeln, welcher Sphäre das konkrete Handeln zuzuordnen ist, zugunsten der Verbrauchereigenschaft zu entscheiden.

Der Senat verkennt nicht, dass gewisse einzelne Umstände, insbesondere die Nutzung der Infrastruktur der M. GmbH durch die Klägerin, auf ein unternehmerisches Handeln hindeuten mögen. Indes erscheint dies schon nicht zwingend, und zudem deuten andere Umstände auf ein privates Handeln der Klägerin hin. In einer Gesamtschau ergibt sich daher nicht, dass ihr Handeln aus der Sicht der Beklagten im Zeitpunkt des Vertragsschlusses eindeutig und zweifelsfrei unternehmerisch war.

Aus der Nutzung der betrieblichen Infrastruktur der M. GmbH (wie etwa Verwendung einer L.-Adresse im privaten Briefkopf, Nutzung der betrieblichen E-Mail-Adresse, Frankierung privater Post mit der Frankiermaschine der L.-Gruppe) im Vorfeld des hiesigen Vertragsschlusses kann nicht eindeutig und zweifelsfrei darauf geschlossen werden, dass die Klägerin das Darlehen an die Beklagte als Unternehmerin begeben hat. Vielmehr ist es ebenso gut möglich, dass die Klägerin – wie viele andere auch – nicht hinreichend scharf zwischen Privatem und Beruflichem trennt. Das gilt entsprechend auch für die Besichtigung der Townhäuser durch den Angestellten der M. GmbH, Herrn P. Abgesehen davon hatte die M. GmbH, für die ein Grundpfandrecht an den zu finanzierten Townhäusern bestellt werden sollte (s. Vorbemerkung des Darlehensvertrages sowie Teil A § 4, S. 2 und 4 f. der Anlage K2), ein eigenes wirtschaftliches Interesse an der Werthaltigkeit der Immobilien. Schon deswegen ließ die Einbindung eines Angestellten der M. GmbH aus Sicht der Beklagten nicht zwangsläufig auf ein Unternehmerhandeln der Klägerin schließen.

Die Tätigkeit der Klägerin als Prokuristin bzw. Geschäftsführerin der M. GmbH ist für sich gesehen keine unternehmerische – vielmehr steht die Klägerin in einem Dienst- bzw. Anstellungsverhältnis zur M. GmbH und handelt innerhalb dessen für diese. Ein Handeln der M. GmbH steht hier nicht in Rede. Daher ist irrelevant, dass die Immobilie Am E. platz 16 von der – durch die Klägerin vertretenen – M. GmbH erworben werden sollte. Es ist auch unerheblich, dass sich die Klägerin auch in Bezug auf den beabsichtigten, dann aber nicht realisierten Erwerb der Immobilie Am E. platz 16 der betrieblichen Infrastruktur der M. GmbH und des Mitarbeiters P. bediente. Denn hier sollte die M. GmbH Käuferin sein; die Klägerin selbst sollte an dem beabsichtigten Erwerbsgeschäft hingegen gar nicht beteiligt sein. Demnach

konnte die Klägerin in Bezug auf den beabsichtigten Kauf des Objekts Am E. platz 16 selbst nicht unternehmerisch handeln, sondern nur als vertretendes Organ für die – ihrerseits unternehmerisch handelnde – M. GmbH.

Dass und inwiefern die Klägerin neben ihrer Tätigkeit für die M. GmbH eigenständig unternehmerisch tätig ist, ist weder konkret dargelegt noch ersichtlich. Soweit die Beklagte vermutet, dass die Klägerin noch weitere Immobilien verwaltet, reicht dieser Vortrag schon deswegen nicht aus, weil es sich um eine bloße Vermutung handelt. Abgesehen davon geht es hier in erster Linie um die Begebung eines Darlehens und nicht um den Erwerb bzw. die Verwaltung von Immobilien. Unbeschadet dessen spricht es zwar nicht zwingend gegen die Unternehmereigenschaft der Klägerin, dass der Beklagten keine weiteren Immobilien bekannt sind, die die Klägerin verwaltet. Darauf kommt es aber nicht an, weil die Beklagte das unternehmerische Handeln der Klägerin positiv darlegen muss, ohne dass der Klägerin dazu eine sekundäre Darlegungslast obliege.

Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist die – hier auf Seiten der Klägerin in Rede stehende – Verwaltung eigenen Vermögens grundsätzlich keine gewerbliche Tätigkeit. Dazu gehört generell auch der Erwerb oder die Verwaltung einer Immobilie. Die Aufnahme von Fremdmitteln kann insbesondere beim Immobilienerwerb der ordnungsgemäßen Verwaltung zugeordnet werden und lässt daher nicht zwangsläufig auf ein Gewerbe schließen. Das ausschlaggebende Kriterium für die Abgrenzung der privaten von einer berufsmäßigen Vermögensverwaltung ist vielmehr der Umfang der mit ihr verbundenen Geschäfte. Erfordern diese einen planmäßigen Geschäftsbetrieb, wie etwa die Unterhaltung eines Büros oder einer Organisation, so liegt eine gewerbliche Betätigung vor (BGH BKR 2020, 473 Rn. 12). Die Höhe der verwalteten Werte oder des Kreditbetrags ist nicht maßgeblich. Handelt es sich um die Vermietung oder Verpachtung von Immobilien, so ist dementsprechend nicht deren Größe entscheidend, sondern Umfang, Komplexität und Anzahl der damit verbundenen Vorgänge. Ob der mit der Vermögensverwaltung verbundene organisatorische und zeitliche Aufwand danach insgesamt das Bild eines planmäßigen Geschäftsbetriebs vermittelt, bleibt eine im Einzelfall zu beurteilende Frage (BGH BKR 2020, 473 Rn. 13).

Die Beklagte hat nicht dargelegt, dass die Klägerin Darlehens- oder Immobiliengeschäfte in einem Umfang betreibt, welcher die Unterhaltung eines Büros oder einer Organisation erfordert, so dass ihre Tätigkeit außerhalb des Rahmens der Verwaltung eigenen Vermögens läge. Außerdem hätte die Beklagte auch darlegen müssen, dass ihr solche Umstände vor oder bei Vertragsschluss bekannt gewesen seien; daran fehlt es ebenfalls.

Die einmalige Begebung eines Darlehens über 3,1 Mio. € lässt nicht ohne weiteres auf ein unternehmerisches Handeln schließen. Wie ausgeführt ist die Höhe des Geldbetrags nicht ausschlaggebend, sondern es kommt darauf an, ob Umfang, Komplexität und Anzahl der Geschäfte das Bild eines planmäßigen Geschäftsbetriebs vermitteln. Davon kann bei einer einmaligen Darlehensvergabe keine Rede sein. Selbst wenn man neben dem primären Darlehensvertrag auch den diesen absichernden Kaufvertrag in die Betrachtung einbezieht, ändert sich nichts. Angesichts der in Rede stehenden lediglich drei Wohnungseigentumseinheiten kann ebenfalls nicht von der Notwendigkeit eines planmäßigen Geschäftsbetriebs ausgegangen werden, allemal nicht „eindeutig und zweifelsfrei“. Im Übrigen könnte auch eine bereits bestehende Verwaltung mehrerer Immobilien nicht zwingend ein unternehmerisches Handeln der Klägerin gerade auch in Bezug auf den hier in Rede stehenden Darlehensvertrag begründen. Denn die Verwaltung von Immobilien einerseits und die Begebung von Darlehen andererseits haben im Grundsatz miteinander nichts zu tun; die

Unternehmereigenschaft muss aber gerade für das konkret in Rede stehende Geschäft – hier das Darlehen – bestehen. Dass die Klägerin in einem Umfang Darlehen vergibt, der das Bild eines planmäßigen Geschäftsbetriebs vermittelt bzw. einen entsprechend hohen Organisationsgrad erfordert, hat die Beklagte nicht vorgetragen. Soweit sich die Beklagte darauf beruft, dass die Klägerin nach eigenem Vortrag regelmäßig Anlage- und Investitionsentscheidungen treffe und sich dabei der Hilfe des Immobilienfachmanns Herrn P. bediene, ändert dies nichts. Zum einen geht es dabei nicht um die Vergabe von Darlehen, zum anderen kann es sich auch insoweit um private Vermögensverwaltung handeln, denn dem steht die Inanspruchnahme von Beratung nicht entgegen. Auch insofern fehlt im Übrigen Vortrag dazu, dass der Beklagten diese Umstände vor oder bei Vertragsschluss bekannt gewesen seien.

Explizit gegen ein unternehmerisches Handeln der Klägerin spricht hingegen der Inhalt des notariell beurkundeten Vertrags. Die Parteien haben in der Vertragsurkunde (Anlage K2, dort S. 3 unter A. und S. 8 unter C. I. (4)) erklärt, sie seien sich nach notarieller Belehrung darüber einig, dass es sich um ein Darlehen unter Privaten handele und nicht um einen Verbraucherdarlehensvertrag. Zwar steht die Eigenschaft als Verbraucher und Unternehmer gemäß §§ 512, 495 BGB nicht zur Disposition der Parteien, auch nicht bei Beteiligung eines Notars (Alexander in: BeckOGK, Stand 01.11.2023, § 13 BGB Rn. 119, 121). Dennoch ist es für den Eindruck, den die Beklagte vor und bei Vertragsschluss vom Handeln der Klägerin gewinnen konnte und musste und auf den es hier entscheidend ankommt, von Bedeutung, dass die Parteien sich ausdrücklich und nach notarieller Belehrung dazu als Privatparteien gegenübergetreten sind. Damit liegt ein den oben dargelegten Grundsatz, dass eine natürliche Person grundsätzlich als Verbraucher handelt, erheblich verstärkendes Indiz vor. Das mag zwar für sich gesehen nicht ausreichen können, um einen Verbraucherdarlehensvertrag zu verneinen. Aber so lautet die Fragestellung auch nicht, vielmehr muss eindeutig und zweifelsfrei ein unternehmerisches Handeln der Klägerin vorliegen. Dieser Umstand spricht jedoch nicht für, sondern (indiziell) gegen ein unternehmerisches Handeln der Klägerin.

Weiter macht die Beklagte geltend, der Gesetzgeber habe die Verbraucherschutzvorschriften geschaffen, um das typisierte wirtschaftliche Ungleichgewicht beim Darlehensvertrag auszugleichen, und daher seien die Verbraucherschutzregeln bei Vorliegen eines wirtschaftlichen Ungleichgewichts zwischen den Parteien eines Darlehensvertrags anzuwenden. Dabei verkennt sie die Reichweite der verbraucherschützenden Regelungen. Diese setzen neben dem einem Darlehensverhältnis in aller Regel immanenten wirtschaftlichen Ungleichgewicht ein weiteres, „persönliches“ Ungleichgewicht dahingehend voraus, dass eine Seite als Verbraucher und die andere als Unternehmer tätig wird.

Soweit die Beklagte meint, das unternehmerische Handeln der Klägerin ergebe sich daraus, dass diese keine externen Berater eingeschaltet habe, ist dem nicht zu folgen. Der Senat hat dazu in seinem Beschluss vom 07.07.2022 im vorangegangenen Verfahren 15 U 40/22 auf Seite S. 7 Folgendes ausgeführt, und daran hält er fest:

„Sowohl private als auch unternehmerische Investitionsentscheidungen werden mit und auch ohne externe Berater getroffen. Das gilt für Darlehens- ebenso wie für Grundstücksgeschäfte. Es gibt insofern keine Typizität, die auf das eine oder das andere schließen ließe. Soweit die Antragstellerin [d.h. die hiesige Beklagte] geltend macht, dass „der privat tätige Immobilienkäufer sich in der Regel externer Berater bediene“, ist schon diese Prämisse zweifelhaft und durch nichts belegt. Es kommt aber auch nicht auf einen Regelfall an, sondern auf die Umstände des hier vorliegenden Einzelfalls. Insofern bleibt schon unklar, ob die Antragstellerin überhaupt wusste, dass sich die Antragsgegnerin [d.h. die hiesige Klägerin] keiner

externen Berater bediente. Wenn die Antragstellerin das nicht wusste, können daraus von vornherein keine Schlüsse für die hier in Rede stehende Frage gezogen werden. Im Übrigen ließe auch ein solches Wissen angesichts der offensichtlichen Geschäftserfahrung der Antragsgegnerin nicht darauf schließen, dass sie unternehmerisch handelt. Die Antragstellerin geht fehl wenn sie meint, dass weitreichende Erfahrungen in der Vertragsgestaltung bei Immobilienprojekten zwingend auf unternehmerisches Handeln im Einzelfall schließen lassen könnten, zumal es hier primär um ein Darlehen und nicht um ein Immobilienprojekt ging. Solches Wissen kann aber in jedem Fall – unabhängig davon, ob es nur im privaten oder nur bzw. auch im geschäftlichen Rahmen erworben wurde – auch dann ohne weiteres zum Tragen kommen, wenn jemand als Privatperson handelt.“

Soweit die Beklagte meint, die inhaltliche Vertragsgestaltung in Form der Verknüpfung des Darlehens mit einer Verfallklausel sei im privaten Bereich untypisch, so dass von einem Unternehmerhandeln auszugehen sei, greift auch das nicht durch. Es erscheint schon fraglich, ob vom Inhalt des Vertrags zwingend auf die Eigenschaft einer Vertragspartei als Unternehmer oder Verbraucher geschlossen werden kann, denn die Vereinbarung ist das Ergebnis einer Einigung beider Seiten. Es ist auch weder dargelegt noch ersichtlich, dass solche Klauseln in Verträgen unter Privaten nicht verwendet werden. Es kann nicht festgestellt werden, dass eine solche Gestaltung unter Verbrauchern absolut untypisch ist, denn die Beklagte hat dies in keiner Weise belegt. Daher kann nicht angenommen werden, dass die hier gewählte Vertragsgestaltung so untypisch sei, dass von einem unternehmerischen Handeln der Klägerin ausgegangen werden müsse. Angesichts der Vielgestaltigkeit der Lebens- und Rechtsverhältnisse fehlt es an einer Typizität, auf die sich die Beklagte hier stützen will. Auch Rechtsgeschäfte unter Privaten können von hoher tatsächlicher und rechtlicher Komplexität sein, und auch in ihnen können bzw. müssen „untypische“ Klauseln verwendet werden, wenn „untypische“ Sachverhalte und / oder Rechtsfolgen geregelt werden sollen. Soweit die Beklagte mit dem „typischen“ Immobilienkaufvertrag eines Verbrauchers zur privaten Nutzung“ argumentiert hat, geht das an der Sache vorbei. Denn hier geht es gerade nicht um einen solchen typischen, auf den unbedingten Immobilienerwerb gerichteten Vertrag. Vielmehr liegt eine komplexe Kombination aus einer primären, nämlich unbedingten Darlehensgewährung und einem sekundären, nämlich aufschiebend bedingten, die Darlehensvergabe absichernden Verkaufsangebot vor.

Schließlich ergibt sich nichts anderes aus dem Umstand, dass die Klägerin sich ihrerseits über die M. GmbH refinanziert hat. Die Refinanzierung eines ausgegebenen Darlehens führt für sich genommen nicht dazu, dass von einem unternehmerischen Handeln ausgegangen werden muss, solange die Kreditvergabe in ihrem Umfang einen planmäßigen Geschäftsbetrieb nicht erfordert. Dafür ist aber wie gesagt nichts vorgetragen oder ersichtlich. Daher ist auch unerheblich, ob die Klägerin an einer etwaigen Zinsdifferenz verdient hat. Die Beklagte meint, es liege ein Zinsarbitragegeschäft vor, weil die Klägerin sich Geld zu einem (günstigeren) Zinssatz von der M. GmbH geliehen habe, um dieses an die Beklagte zu einem höheren Zinssatz weiter zu verleihen. Dies sei in der Größenordnung von 3,1 Mio. € kein typisches Geschäft der privaten Vermögensverwaltung. Auch hier verkennt die Beklagte den Maßstab: Es geht nicht darum, ob ein typisches Geschäft der privaten Vermögensverwaltung vorliegt, sondern ob die Klägerin eindeutig und zweifelsfrei als Unternehmerin handelte. Das ist nicht der Fall, denn auch Privatpersonen können ein privat gewährtes Darlehen zu günstigeren Konditionen refinanzieren und den damit einhergehenden Gewinn einstreichen. Die Höhe des Kreditbetrages ist ebenso wenig maßgeblich wie die Höhe des (Zins-) Gewinns; das ausschlaggebende Kriterium für die Abgrenzung der privaten von einer berufsmäßig betriebenen Vermögensverwaltung ist, ob der Umfang der mit ihr verbundenen Geschäfte einen planmäßigen Geschäftsbetrieb erfordert (BGH BKR 2020, 471 Rn. 12 f.).

Soweit sich die Beklagte auf Umstände beruft, die zeitlich erst nach dem Vertragsschluss liegen, haben diese keine Bedeutung. Denn wie bereits ausgeführt kommt es nur auf die für die Beklagte erkennbaren Umstände bei bzw. bis zum Vertragsschluss an.

Jedenfalls nach der oben dargestellten Zweifelsregelung ist die Klägerin nach all dem als Verbraucherin anzusehen.

cc.

Es liegt kein rechtsmissbräuchliches Handeln der Klägerin vor. Daher kann offenbleiben, ob dies überhaupt gemäß § 242 BGB zur Unwirksamkeit des Vertrags bzw. der Bevollmächtigung von Frau D. führen oder auf welche andere Weise die Beklagte dies dem sachenrechtlichen Herausgabeanspruch der Klägerin entgegenhalten könnte.

Die Beklagte macht geltend, die Klägerin habe §§ 1149, 1192 BGB bewusst umgangen, so dass der Vertrag gemäß §§ 242, 134 BGB nichtig sei, bzw. dass sich die Klägerin gemäß § 242 BGB nicht auf den Vertrag berufen könne. Die Umgehung liege in der bewusst gewählten Konstruktion eines Auseinanderfallens zwischen Darlehensgeberin und Grundschuldgläubigerin, für die die Klägerin keinen nachvollziehbaren Grund nennen könne. Ihr sei es stets und ausschließlich um den Erwerb der Townhäuser gegangen, wozu sie den Missbrauch der rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten in Bezug auf § 1149 BGB langfristig, zielgerichtet und planvoll vorbereitet habe.

Damit dringt die Beklagte nicht durch, denn es liegt keine Umgehung vor. Wie oben bereits ausgeführt, ist § 1149 BGB nach eindeutiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auf eine Konstellation wie die hiesige nicht anwendbar. In einer solchen Gestaltung liegt daher keine Umgehung bzw. kein Missbrauch, sondern schlicht die Ausnutzung des zulässigen, durch höchstrichterliche Rechtsprechung abgesicherten rechtlichen Gestaltungsspielraums. Daran würde es nichts ändern, wenn es der Klägerin tatsächlich von Anfang an allein um den Erwerb der Townhäuser gegangen wäre. Der Beklagten war unstreitig bekannt, dass die Klägerin an deren Erwerb sehr interessiert war. Daher liegt kein Erschleichen eines Rechts vor. Das Ausnutzen rechtlicher Gestaltungsmacht kann schon generell nur in Ausnahmefällen den Vorwurf des Rechtsmissbrauchs rechtfertigen (Kähler in: beck-online.GK BGB, 01.07.2023, § 242 Rn. 982 ff.), umso mehr gilt dies bei einem notariell beurkundeten Vertrag (Kähler a.a.O. Rn. 1011 ff.). Für einen solchen Ausnahmefall bestehen hier keine Anhaltspunkte, insbesondere nicht für ein Zusammenwirken der Klägerin mit dem Notar bzw. einen Missbrauch des Vertrauens der Beklagten in den Notar, zumal der Notar auf die Problematik der Verfallabreden gemäß § 1149 BGB ausdrücklich hingewiesen hat (Anlage K2 S. 9 unter V.).

Die Klägerin ist auch nicht deswegen gemäß § 242 BGB an der Durchsetzung ihres Anspruchs gehindert, weil sie bzw. die von ihr vertretene M. GmbH in Bezug auf den parallel zum Vertrag gemäß Anlage K2 zu beurkundenden Kaufvertrag betreffend das Objekt Am E. platz 16 neue, für die Beklagte erheblich verschlechterte Konditionen forderte. Es ist zwar unstreitig, dass es der Beklagten auf den parallelen Abschluss beider Verträge und insbesondere auf den aus dem Kaufvertrag zum Objekt Am E. platz 16 an sie beabsichtigten sofortigen Zufluss von 1,1 Mio. € für ihre Finanzierung ankam, und dass die Klägerin das auch wusste. Ebenso ist unstreitig, dass die seitens der M. GmbH unmittelbar vor der beabsichtigten Beurkundung geänderten Bedingungen des Vertrags für das Objekt Am E. platz 16 so schlecht waren, dass sich die Beklagte darauf nicht mehr sinnvoll einlassen konnte. Darin liegt aber kein sittenwidriges

Handeln der Klägerin, und zwar unabhängig davon, dass die Klägerin persönlich gar nicht Partei des Kaufvertrags betreffend das Objekt Am E. platz 16 werden sollte. Insbesondere lässt sich das Geschehen nicht unter die Fallgruppe des unredlichen Erwerbs der eigenen Rechtsstellung (s. dazu z.B. Sutschet in: BeckOK BGB, 01.11.2023, § 242 Rn. 58 f.) fassen. Danach ist die Ausübung eines Rechts in der Regel missbräuchlich, wenn der Berechtigte es durch ein gesetz-, sitten- oder vertragswidriges Verhalten erworben hat. Diese Schwelle ist nicht überschritten. Das bloße Ausnutzen einer Notsituation eines anderen führt nicht ohne weiteres dazu, ein Vorgehen als sittenwidrig anzusehen. Abgesehen davon hat die Beklagte für eine Notsituation auch bei weitem nicht hinreichend vorgetragen. Sie behauptet nur pauschal, auf die Zwischenfinanzierung angewiesen gewesen zu sein; konkreter Vortrag zu ihrer damaligen Einkommens- und Vermögenssituation fehlt jedoch ebenso wie Vortrag zu den Konsequenzen, die ihr bei Nichtabschluss des Darlehensvertrags gedroht hätten. Unabhängig davon ist die Grenze zur Sittenwidrigkeit auch angesichts der konkret im Darlehensvertrag getroffenen Vereinbarungen nicht überschritten. Das der Beklagten gewährte Darlehen war endfällig, so dass ihr nach der Valutierung zwei Jahre Zeit zur Verfügung standen, bevor sie die Darlehenssumme an die Klägerin zurückzahlen musste. Während der zweijährigen Laufzeit hatte sie nur Zinsen zu zahlen. In dieser langen Zeitspanne hätte sie eine anderweitige erneute (Zwischen-) Finanzierung aufstellen und / oder den Weiterverkauf des Objekts Am E. platz 16 an einen anderen Käufer vermitteln können, um den die Summe von 1,6 Mio. € übersteigenden Mehrerlös einzustreichen. Dass und ggf. warum dies nicht möglich gewesen sei, ist weder vorgetragen noch ersichtlich. Demnach lag eine Notsituation nicht vor, allemal nicht mehr nach Abschluss des Darlehensvertrags und Ausreichung des Darlehens.

dd.

Die Vertretungsmacht von Frau D. ist auch nicht durch den mit Schreiben vom 09.09.2020 (Anlage B16) für die Beklagte erklärten Widerruf der Vollmacht entfallen, denn die Beklagte konnte die Bevollmächtigung nicht einseitig widerrufen.

aaa.

Die Beklagte ist nicht aus prozessualen Gründen gehindert, diesen Aspekt einzuwenden. Zwar hat sie den Widerruf der Vollmacht in diesem Verfahren erst in der Berufungsbegründung (dort S. 5 unten, Bl. 18 eA) geltend gemacht. In der ersten Instanz hat sie dazu nicht vorgetragen, und dementsprechend finden sich auch im angegriffenen Urteil keine Ausführungen dazu. Im vorangegangenen Eilverfahren 15 U 40/22 hat die Beklagte ausdrücklich selbst angenommen, dass die Durchführungsvollmachten für die Notariatsmitarbeiter nicht widerruflich seien (s. dazu die Antragsschrift S. 20: „... nicht mehr widerruflichen Bevollmächtigung des Notariats“ und S. 21: „in Form der unwiderruflichen Bevollmächtigung des Notars“). Dennoch greift hier keine Präklusion gemäß § 531 Abs. 2 ZPO. Die Beklagte hatte das Schreiben vom 09.09.2020 in erster Instanz bereits vorgelegt (s. den Schriftsatz vom 17.11.2022 S. 7 f., Bl. 34 f. LG eA), und die Existenz und der Inhalt des Schreibens sind ebenso unstreitig wie sein Zugang beim Notar. Die Frage, ob die Vollmacht widerruflich war oder nicht, ist keine Tatsachen-, sondern eine Auslegungs- und damit eine Rechtsfrage.

bbb.

Nach § 168 S. 2 BGB ist eine Vollmacht grundsätzlich frei widerrufbar, sofern sich nicht aus dem zu Grunde liegenden Rechtsverhältnis ein anderes ergibt. Letzteres ist hier aber der Fall: Die Bevollmächtigungen sind Teil der vertraglichen Vereinbarungen zwischen den streitenden

Parteien, und ein einseitiges Widerrufsrecht der Beklagten ist aufgrund entsprechender vertraglicher Vereinbarung mit der Klägerin ausgeschlossen.

(1)

Es handelt sich nicht um eine sogenannte isolierte Vollmacht, die stets frei widerruflich wäre (BGH NJW-RR 1991, 439, 441 unter 2.a)). Dazu müsste es an einem der Vollmacht zugrunde liegenden Kausalverhältnis fehlen. Der Erteilung einer Durchführungsvollmacht an die Angestellten eines Notars liegt hingegen regelmäßig ein Auftrag im Sinne von § 662 BGB zugrunde (KG, Beschluss vom 17.09.2019, 1 W 163-164/19 – juris Rn. 26 mit Verweis auf BGH DNotZ 2003, 836). Dass dies hier anders gewesen wäre, die Notariatsangestellten also allein aus Gefälligkeit für die Parteien hätten tätig werden sollen, ist nicht erkennbar. Abgesehen davon hat die Erteilung der Durchführungsvollmacht auch und vor allem eine Grundlage in der vertraglichen Einigung der streitenden Parteien gemäß Anlage K2, denn sie dient deren Durchführung (dazu noch näher sogleich).

(2)

Die in der Urkunde gemäß Anlage K2 enthaltene Durchführungsbevollmächtigung ist nicht ausdrücklich als unwiderruflich bezeichnet worden. Es ist aber davon auszugehen, dass sie aufgrund der vertraglichen Gestaltung insgesamt sowie ihrem Sinn und Zweck nach jedenfalls für die Beklagte nicht einseitig widerruflich sein sollte, so dass ihr Vollmachtwiderruf ins Leere ging.

Zwar spricht eine Vermutung für die Vollständigkeit und Richtigkeit der notariellen Urkunde gemäß Anlage K2. Allerdings ist die Frage der (Un-) Widerruflichkeit der Bevollmächtigung weder in Teil C. IV. noch in Ziffer II. der Anlage 1 ausdrücklich geregelt. Nach den dortigen Erklärungen bleibt offen, ob die Vollmacht (einseitig) widerruflich sein soll oder nicht. Die Annahme der Unwiderruflichkeit erfolgt also nicht gegen den Wortlaut des Vertrags, sondern allenfalls ohne eine entsprechende ausdrückliche Formulierung. Der Ausschluss der Widerruflichkeit kann aber auch konkludent erfolgen (Schubert in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Auflage 2021, § 168 Rn. 28 m.w.N.).

Aus dem Zusammenspiel der getroffenen Regelungen ergibt sich, dass die Bevollmächtigung für die Beklagte nicht einseitig widerrufbar war. Die Beklagte hat der Klägerin in Teil B I. Abs. 1 der Urkunde (Anlage K2, S. 6 unten) das bis zum 31.03.2022 ausdrücklich unwiderrufliche Angebot auf Abschluss des Kaufvertrags gemäß Anlage 1 zur Urkunde gemacht. Teil dieses Angebots war in dessen Ziffer II. auch die dort (erneut) erklärte Vollmachterteilung u.a. gegenüber der Notariatsmitarbeiterin D. zur Durchführung des Kaufvertrags. Da das Angebot insgesamt gegenüber der Klägerin unwiderruflich war, gilt dies auch für jeden seiner Teile und damit auch für die dort erklärte Durchführungsvollmacht.

Unabhängig davon sprechen auch die weiteren Regelungen des Vertrags, der Sinn und Zweck der Bevollmächtigung und die Interessenlage der Parteien dafür, eine nicht einseitig durch die Beklagte widerrufliche Bevollmächtigung anzunehmen (in diese Richtung auch bereits das LG Hamburg im Notarbeschwerdeverfahren 321 T 10/21, Beschluss vom 20.01.2022, Anlage B25, dort S. 5).

Dabei übersieht der Senat nicht, dass der beurkundende Notar zunächst von der freien Widerruflichkeit der Bevollmächtigung ausgegangen ist (s. dazu seine E-Mail vom 10.09.2020,

19:07 Uhr, S. 2 der Anlage B33), bevor er im Notarbeschwerdeverfahren einen anderen Rechtsstandpunkt einnahm. Der Senat hält diesen Rechtsstandpunkt, den die Beklagte im Eilverfahren sogar selbst eingenommen hatte, indes für überzeugend. Der Sinn der Bevollmächtigung lag darin, die Durchführung des mit Annahmeerklärung der Klägerin zustande kommenden Kaufvertrags (Auflassung, Grundbuchenanträge etc.) zu vereinfachen, indem die dafür notwendigen Erklärungen vor dem Notar bzw. dem Grundbuchamt abgegeben werden können, ohne dass die Parteien erneut persönlich handeln müssen. Das ist von dem Interesse getragen, bereits jetzt abschließende Regelungen zu treffen, die nur noch formal durchzuführen sind durch Abgabe von Erklärungen, welche bereits in der Vereinbarung gemäß Anlage K2 antizipiert sind. Es sollte demnach im beiderseitigen Interesse alles so weit wie möglich geregelt werden. Neben dem Aspekt, den Vollzugsaufwand möglichst gering zu halten, sollte damit auch das mit der weiteren Durchführung des Kaufvertrags verbundene Konfliktpotential möglichst gering gehalten werden. Dieser Aspekt war nicht zu vernachlässigen, weil die Annahme des Verkaufsangebots durch die Klägerin gemäß Teil B. I. Abs. 3 des Vertrags (Anlage K2 S. 7) nur dann möglich sein sollte, wenn die Beklagte mit ihrer Rückzahlungsverpflichtung in Verzug gerät oder das Darlehen gekündigt wird. Das Zustandekommen und die Durchführung des Kaufvertrags waren also absehbar mit der (potenziell) konfliktträchtigen Situation verknüpft, dass die Beklagte ihre Verpflichtungen aus dem Darlehensvertrag, insbesondere ihre Zahlungspflichten, nicht erfüllt. Angesichts dessen war es im für die Beklagte erkennbaren Interesse der Klägerin, die Durchführung des als Sicherheit dienenden Kaufvertrags auf Grundlage des bei Abschluss der Vereinbarung übereinstimmenden Willens mithilfe der bevollmächtigten Notariatsangestellten sicherzustellen und nicht die Beklagte ggf. auf Erklärung der Auflassung, Beantragung der Grundbuchsbeschreibung etc. gerichtlich in Anspruch nehmen zu müssen. Dem stünde eine freie einseitige Widerruflichkeit der Vollmacht unauflöslich entgegen. Für diese Sichtweise spricht auch, dass die Parteien die Bevollmächtigung ausdrücklich unabhängig von der Wirksamkeit des Vertrags erklärt haben. Demnach sollte im Falle eines Streits über die Wirksamkeit des Vertrags nicht auch ein Streit über die Wirksamkeit der Bevollmächtigung entstehen, sondern die Vertragsdurchführung weiterhin einfach und schnell erfolgen können. Auch daraus wird deutlich, dass die Parteien für die bloße weitere Durchführung des Vertrags größtmögliche Sicherheit und Verlässlichkeit angestrebt haben.

Diesem Auslegungsergebnis steht nicht entgegen, dass die Vollmacht allein oder jedenfalls im überwiegenden Interesse der Beklagten als Vollmachtgeberin erteilt worden sei (vgl. dazu BGH NJW-RR 1991, 439, 441), denn das ist nicht der Fall. Die der Notariatsangestellten D. erteilte Vollmacht diente der Durchführung der zwischen den Parteien getroffenen kaufvertraglichen Vereinbarungen einschließlich des Vollzugs gegenüber dem Grundbuchamt. Hieran haben die Beteiligten der Urkunde im Grundsatz ein gleichwertiges Interesse.

Entgegen den Ausführungen der Beklagten in ihrem nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 19.12.2023 kommt es für die Frage der Widerruflichkeit der Vollmacht nicht auf das Interesse der Notariatsangestellten D. bzw. das zu ihr bestehende Rechtsverhältnis an. Die Beklagte meint, die Frage, ob eine Vollmacht widerruflich oder unwiderruflich ist, richte sich nach dem ihrer Erteilung zugrunde liegenden Rechtsgeschäft zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigtem, nicht aber nach dem Rechtsgeschäft zwischen den Urkundsbeteiligten. Demnach sei hier das Auftragsverhältnis zwischen der Beklagten und der Notariatsmitarbeiterin entscheidend. Dem ist nicht zu folgen. Wie die Beklagte selbst erkennt, hat die für die Vertragsdurchführung bevollmächtigte Notariatsmitarbeiterin ersichtlich kein eigenes Interesse am Vollzug der zwischen den streitenden Parteien getroffenen Vereinbarungen bzw. am Gebrauch ihrer Durchführungsvollmacht. Zutreffend geht die Beklagte allerdings davon aus,

dass das einer Vollmacht zugrunde liegende Rechtsverhältnis darüber bestimmt, ob und inwieweit die Vollmacht widerruflich ist (BGH, Urteil vom 13.05.1971, VII ZR 310/69 – juris Rn. 10). Liegt die Ausführung des Auftrags und damit die Erteilung der Vollmacht auch im Interesse des Beauftragten oder eines Dritten, beurteilt sich die Unwiderruflichkeit nach dem Inhalt des der Bevollmächtigung zugrunde liegenden Kausalverhältnisses (KG, Beschluss vom 17.09.2019, 1 W 163-164/19 – juris Rn. 27 mit Verweis u.a. auf BGH BeckRS 1971, 31125121; s. auch Schubert in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Auflage 2021, § 168 Rn. 21 m.w.N.). Ferner hat der Bundesgerichtshof ausgeführt, dass die auf einer Kausalvereinbarung beruhende Vollmacht nur dann wirksam als unwiderrufliche vereinbart werden kann, wenn mindestens gleichwertige Interessen des Bevollmächtigten an dem auszuführenden Geschäft bestehen (BGH NJW-RR 1991, 439, 441 unter 2.a) m.w.N.). Ein Auftrag kann gemäß § 671 Abs. 1 BGB jederzeit widerrufen werden. Deshalb ist das Widerrufsrecht jedenfalls dann unverzichtbar, wenn der Auftrag nur den Interessen des Auftraggebers dient (BGH, a.a.O.).

Das ist hier aber nicht der Fall. Der Auftrag dient zwar nicht den Interessen der Notariatsmitarbeiterin D. als Beauftragter und Bevollmächtigter, aber auch nicht nur den Interessen der Beklagten als Auftrag- und Vollmachtgeberin, sondern zugleich auch denen der Klägerin als Vertragspartnerin der Beklagten und weitere Auftraggeberin, die eine gleichlautende Vollmacht erteilt hat. Das der Vollmachtseteilung zugrunde liegende Kausalverhältnis ist also nicht nur der der Notariatsmitarbeiterin erteilte Auftrag, sondern auch und vor allem der zwischen den streitenden Parteien in der Urkunde gemäß Anlage K2 zustande gekommene Vertrag. Die genannten und von der Beklagten herangezogenen Entscheidungen des Bundesgerichtshofs sind zu Abschluss- bzw. Verhandlungsvollmachten in einem Zweiverhältnis ergangen, die (jedenfalls auch) im Interesse des jeweils Bevollmächtigten erteilt wurden. Von dieser Konstellation unterscheidet sich die für einen zweiseitigen notariellen Vertrag erteilte Durchführungsvollmacht an einen Notariatsmitarbeiter in maßgeblicher Weise, weil sie nicht im Interesse des Bevollmächtigten, dafür aber auch im Interesse des weiteren Urkundsbeteiligten in einem Dreierverhältnis erteilt wird. Die vom Bundesgerichtshof aufgestellten Grundsätze können und müssen daher für diese Konstellation dergestalt angewendet werden, dass nicht auf den Bevollmächtigten, sondern auf den Dritten, also den weiteren Urkundsbeteiligten, abzustellen ist, dessen Interesse die Vollmachtseteilung ebenfalls dient. Eine Rechtfertigung für die Beschränkung des Widerrufsrechts muss sich nicht zwingend aus dem Rechtsverhältnis zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigtem, sondern kann sich auch aus dem Rechtsverhältnis zwischen Vollmachtgeber und Drittem ergeben (vgl. Schubert in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Auflage 2021, § 168 Rn. 21 m.w.N., Rn. 25). Das Interesse des Dritten muss dann dem des Vollmachtgebers zumindest gleichwertig sein und darf sich nicht auf ein reines Provisionsinteresse beschränken (Schubert, a.a.O. Rn. 25 m.w.N.). Das ist hier der Fall: Im Grundsatz sind die Interessen beider Urkundsbeteiligter an der Durchführung des Geschäfts gleichrangig. Dementsprechend hat auch bereits das Kammergericht bei der Frage nach der Unwiderruflichkeit einer Durchführungsvollmacht gegenüber einem Notariatsmitarbeiter darauf abgestellt, dass diese Vollmacht der Durchführung der zwischen den Urkundsbeteiligten getroffenen Vereinbarungen dient, woran diese ein gleichwertiges Interesse haben (KG, Beschluss vom 17.09.2019, 1 W 163-164/19 – juris Rn. 28). Das folgt nicht zuletzt daraus, dass die Parteien den Notar über § 53 BeurkG hinaus ausdrücklich mit dem Vollzug der Urkunde beauftragt hatten (s. dazu Teil C III., Anlage K2 S. 8). Ein solcher gemeinsamer Vollzugsauftrag kann grundsätzlich nicht einseitig von einem der Urkundsbeteiligten widerrufen werden (BGH DNotZ 2000, 365, 368; KG, Beschluss vom 17.09.2019, 1 W 163-164/19 – juris Rn. 28). Dasselbe gilt dann auch in Bezug auf die zum Zwecke ebendieses Vollzugs den Notariatsmitarbeitern erteilten Durchführungsvollmachten. Hier gilt dies umso mehr, als das Interesse der Klägerin an der Durchführung des Kaufvertrags

aufgrund seines die Darlehensrückzahlung absichernden Charakters das Interesse der Beklagten sogar überwiegt. Der Bundesgerichtshof sieht bei Abschluss- und Verhandlungsvollmachten in Zweierkonstellationen in dem besonderen Interesse des Bevollmächtigten an seiner Bevollmächtigung ein „starkes Beweisanzeichen“ für die Unwiderruflichkeit der Vollmacht (BGH NJW-RR 1991, 439, 442). Entsprechendes gilt für die einem Notariatsmitarbeiter erteilte Durchführungsvollmacht mit Blick auf das besondere Interesse des anderen Urkundsbeteiligten, hier also der Klägerin.

ccc.

Der mit Schreiben vom 09.09.2020 (Anlage B16) erklärte Widerruf der Vollmacht war auch nicht als Widerruf aus wichtigem Grund wirksam. Auch eine unwiderruflich erteilte Vollmacht kann aus wichtigem Grund widerrufen werden (Schubert in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Auflage 2021, § 168 Rn. 30 m.w.N.; KG, Beschluss vom 19.09.2019, 1 W 163-164/19 – juris Rn. 29). Ein wichtiger Grund liegt jedoch nicht vor. Entsprechenden Tatsachenvortrag hat die Beklagte bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung vor dem Senat nicht gehalten. Die bloße Einreichung des Schreibens vom 09.09.2020 (Anlage B16) sowie der diesem Schreiben vorausgegangenen Kommunikation (Anlagen B12-B15) ersetzt keinen Tatsachenvortrag, zumal der Widerruf der Vollmacht in dem Schreiben vom 09.09.2020 auch nicht (ausdrücklich) auf einen wichtigen Grund gestützt ist. Der Tatsachenvortrag der Beklagten dazu in dem nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 19.12.2023 kann gemäß § 525 S. 1, § 296a S. 1 ZPO nicht berücksichtigt werden. Unbeschadet dessen hat das Landgericht Hamburg in dem Notarbeschwerdeverfahren zum Aktenzeichen 321 T 10/21 mit Beschluss vom 20.01.2022 (Anlage B25) entschieden, dass die von der Beklagten als wichtiger Grund geltend gemachte angebliche Befangenheit des Notars nicht gegeben war. Der Senat schließt sich dieser Bewertung nach eigener Prüfung an und verweist zur Vermeidung von Wiederholungen auf den genannten Beschluss (dort S. 4 ff. unter 2., insbesondere S. 6-7 unter b)).

ee.

Da die streitenden Parteien die Bevollmächtigung der Frau D. unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB erklärt hatten, schadet es nicht, dass Frau D. in der Auflösung sowohl die Klägerin als auch die Beklagte vertrat.

b.

Die Beklagte ist Besitzerin der Townhäuser 1 und 3.

Sie meint, das Landgericht habe sie zu Unrecht als Besitzerin angesehen. Die Berufungsangriffe der Beklagten gehen allerdings in Bezug auf das Haus 3 schon deswegen von vornherein ins Leere, weil sie mit der Berufungsbegründung (dort S. 13, Bl. 26 eA) ausdrücklich zugesteht, nunmehr unmittelbare Besitzerin dieses Townhauses zu sein. Das ist von der Klägerin nicht bestritten worden und daher zu berücksichtigen, weil § 531 Abs. 2 ZPO für unstreitiges Vorbringen nicht gilt (s. dazu bereits unter C.1.). Angesichts des unmittelbaren Besitzes der Beklagten kommt es nicht darauf an, ob die Klägerin infolge ihres Eigentumserwerbs gemäß § 566 Abs. 1 BGB als Vermieterin an Stelle der Beklagten in ein Mietverhältnis eingetreten und ob damit auch der mittelbare Vermieterbesitz übergegangen ist.

Die Beklagte ist auch Besitzerin des Hauses 1. Für das dortige Wohnzimmer, die Küche, das Bad im 1. Obergeschoss und den Abstellraum im Erdgeschoss folgt dies schon daraus, dass die

Beklagte diesen Teil des Hauses 1 nach ihrem eigenen Vortrag weiterhin selbst bewohnt. Auch hinsichtlich der angeblich mit dem erstinstanzlichen Beklagten zu 2) gemeinsam genutzten Bereiche ist die Beklagte unmittelbare (Mit-) Besitzerin. Die Beklagte ist aber auch Besitzerin der Bereiche des Hauses 1, die sie angeblich an den erstinstanzlichen Beklagten zu 2) zu dessen alleiniger Nutzung vermietet hat, so dass dieser Vortrag als wahr unterstellt werden kann. Als Vermieterin einzelner Bereiche des Hauses ist sie jedenfalls deren mittelbare Besitzerin. Das Landgericht hat zutreffend darauf abgestellt, dass auch der mittelbare Besitzer die Herausgabe nach § 985 BGB schuldet und dazu verurteilt werden kann (Baldus in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Auflage 2023, § 985 Rn. 32 ff. m.w.N.), was auch die Berufung ausdrücklich einräumt. Daher kann offenbleiben, ob das Landgericht das erstmals in der dortigen mündlichen Verhandlung geäußerte Bestreiten des von der Klägerin in der Klageschrift (dort S. 4 und 7) schlüssig vorgetragenen Besitzes der Beklagten zu Recht nicht zugelassen, ihren Antrag auf Schriftsatznachlass zu Recht zurückgewiesen und das vertiefende Bestreiten in dem nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 15.02.2023 zu Recht unbeachtet gelassen hat.

Dieser Bewertung steht nicht entgegen, dass die Klägerin inzwischen Eigentümerin geworden ist. Die Beklagte meint, die Klägerin sei aufgrund dessen gemäß § 566 Abs. 1 BGB in bereits bestehende Mietverhältnisse eingetreten. Davon sei auch der Übergang des mittelbaren Besitzes von der Beklagten als bisheriger Vermieterin auf die Klägerin als Erwerberin umfasst, so dass die Beklagte nicht mehr mittelbare Besitzerin des vermieteten Objektes sei. Diese Argumentation kann für die von ihr selbst bewohnten Bereiche schon deswegen nicht greifen, weil insofern gar kein Mietverhältnis vorlag. Sie greift aber auch für die angeblich an den erstinstanzlichen Beklagten zu 2) vermieteten Bereiche des Hauses nicht. Es ist zwar zutreffend, dass der Eigentümerwechsel zugunsten der Klägerin gemäß § 566 Abs. 1 BGB dazu führt, dass die Klägerin an Stelle der Beklagten als Vermieterin „in die sich aus dem Mietverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten eintritt“. Aber der Besitz als „tatsächliche Gewalt über die Sache“ (§ 854 Abs. 1 BGB), also die tatsächliche Sachherrschaft, ist davon nicht erfasst. Er ist kein Recht und keine Pflicht im Sinne von § 566 Abs. 1 BGB, sondern etwas Tatsächliches und kann daher nicht gemäß § 566 Abs. 1 BGB vom alten auf den neuen Eigentümer übergehen.

Soweit die Berufung rügt (Berufungsbegründung S. 23 ff.), die erstinstanzlichen Beklagten zu 2) und zu 3) seien entgegen der Bewertung des Landgerichts keine (Mit-) Besitzer, ist dies irrelevant, da nur die erstinstanzliche Beklagte zu 1) Berufung eingelegt hat.

Das landgerichtliche Urteil verstößt auch nicht zu Lasten der Beklagten zu 1) gegen § 308 Abs. 1 ZPO, weil es die Beklagte(n) einzeln und nicht – wie beantragt – als Gesamtschuldner(in) zur Heraushabe verurteilt hat. Das Landgericht hat den Klagantrag zutreffend aufgrund des eindeutigen Klagbegehrens und im wohlverstandenen Interesse der Klägerin entsprechend ausgelegt. Der auf gesamtschuldnerische Verurteilung von Mitbesitzern gerichtete Antrag ist nach zutreffender Ansicht nicht zweckmäßig, weil Mitbesitzer nicht gesamtschuldnerisch auf Herausgabe haften, sondern jeder Mitbesitzer jeweils nur seinen Besitzanteil herausgeben kann und nicht auch den der anderen (Baldus in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Auflage 2023, § 985 Rn. 36 m.w.N.; Spohnheimer in: beck-online.GK BGB, 01.11.2023, § 985 Rn. 64 und 69 m.w.N.). Im Übrigen ist die Beklagte (inzwischen bzw. wieder) unstreitig Besitzerin beider Townhäuser.

c.

Die Beklagte hat kein Recht zum Besitz im Sinne von § 986 Abs. 1 BGB. Gegen die zutreffenden Ausführungen des Landgerichts bringt die Berufung nichts vor, so dass der Senat darauf verweist und von weiteren eigenen Ausführungen absieht.

3.

Wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, ergibt sich der geltend gemachte Anspruch inhaltsgleich auch aus § 433 Abs. 1 BGB in Verbindung mit dem gemäß Anlage 1 zur notariellen Urkunde Anlage K2 zustande gekommenen Kaufvertrag. Der Kaufvertrag ist wirksam; dazu kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden. Der Anspruch besteht unbedingt, denn die an sich Zug um Zug zu erbringende Kaufpreiszahlung erfolgt gemäß § 2 des Kaufvertrags „durch bereits jetzt vereinbarte Aufrechnung gegen die Darlehensrückzahlungsforderung“.

D.

Die Zwischenfeststellungswiderklage ist nicht begründet.

1.

Laut dem Widerklagantrag zu 1. soll festgestellt werden, dass der Kaufvertrag über die Townhäuser gemäß Anlage 1 zu der als Anlage K2 eingereichten notariellen Urkunde nicht wirksam zustande gekommen ist. Dieser Kaufvertrag ist jedoch wirksam zustande gekommen. Dem steht weder ein Verstoß gegen §§ 1149, 1192 BGB noch ein Widerruf des Darlehensvertrags noch § 242 BGB entgegen. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird auf die obigen Ausführungen verwiesen. Zu ergänzen ist hier lediglich, dass an der Wirksamkeit der am 15.11.2021 erklärten und notariell beurkundeten Kaufannahmeerklärung der Klägerin keine Zweifel bestehen.

2.

Da das Eigentum an den drei Townhäusern von der Beklagten auf die Klägerin übergegangen ist, ist auch der auf Feststellung der Eigentümerstellung der Beklagten gerichtete Widerklagantrag zu 2. unbegründet. Auch insofern wird zur Begründung auf die Ausführungen unter C. verwiesen.

E.

1.

Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 91 Abs. 1, § 92 Abs. 1 S. 1, § 97 Abs. 1 ZPO. In Bezug auf das Haus 2 trägt die Klägerin wegen ihres Unterliegens gemäß § 91 Abs. 1 ZPO die Kosten beider Instanzen. Weder hat sie die teilweise Erledigung des Rechtsstreits erklärt, um diese Kostenlast abzuwenden, noch liegt ein Fall des § 97 Abs. 2 ZPO vor, denn nach dem unstreitig gebliebenen Beklagtenvortrag haben sich die Besitzverhältnisse erst nach der mündlichen Verhandlung des Landgerichts geändert.

Die tenorierten Quotelungen und die Streitwertfestsetzung beruhen auf den folgenden Erwägungen:

Da mit der Klage gegen die Beklagte ein Herausgabeanspruch aus Eigentum bzw. Kaufvertrag geltend gemacht wird, ist für die Streitwertfestsetzung gemäß § 6 S. 1 Alt. 1 ZPO der Wert der

drei Townhäuser maßgeblich. Auszugehen ist dabei von dem im November 2019 zwischen den Parteien im hier streitgegenständlichen Kaufvertrag vereinbarten Kaufpreis i.H.v. 3,1 Mio. €. Es ist allerdings anzunehmen und zwischen den Parteien wohl auch unstreitig, dass sich dieser Wert in den gut drei Jahren bis zu dem für den Berufungsstreitwert gemäß § 40 GKG maßgeblichen Zeitpunkt des Eingangs der Berufungsschrift am 24.03.2023 zumindest leicht erhöht hat. Deswegen sind 5% auf diesen Betrag aufzuschlagen, so dass sich der Berufungsstreitwert der Klage auf 3.255.000 € beläuft. Zu diesem Wert ist gemäß § 45 Abs. 1 S. 1 GKG der Wert der Zwischenfeststellungswiderklage zu addieren. Diese muss, um zulässig zu sein, über den Streitgegenstand der Klage hinausreichen (s. dazu bereits unter B.). Das ist hier insbesondere mit Blick auf die wechselseitig denkbaren Nutzungsentschädigungsansprüche sowie Bereicherungsansprüche mit Blick auf gezahltes Wohngeld der Fall. Diese Ansprüche sind – anders als der mögliche Darlehensrückzahlungsanspruch – nicht im Sinne von § 45 Abs. 1 S. 3 GKG wirtschaftlich mit den Klageansprüchen identisch, so dass der Widerklage insoweit ein eigener Wert zukommen muss. Die Klägerin hat den Jahresnutzwert der drei Townhäuser mit 98.748,72 € beziffert (s. S. 6 der Klageschrift). Diesen Wert zieht der Senat schätzweise für die Nutzungsentschädigung heran. Hinzu kommen Wohngeldansprüche, so dass der Senat 100.000 € p.a. für alle drei Townhäuser und – in Anlehnung an § 9 S. 1 ZPO – einen Zeitraum von dreieinhalb Jahren zugrunde legt. Von dem sich daraus ergebenden Betrag i.H.v. 350.000 € ist ein Feststellungsabschlag von 20% zu nehmen, so dass sich ein Streitwert der Zwischenfeststellungsklage i.H.v. 280.000 € ergibt. Daraus ergibt sich der Berufungsstreitwert i.H.v. insgesamt 3.535.000 €, wobei die Klägerin i.H.v. 1.085.000 € (3.255.000 € / 3) und damit zu ca. 31 % unterliegt.

Die erstinstanzliche Streitwertfestsetzung bleibt unberührt; insofern war jedoch für die Kostenentscheidung das teilweise Unterliegen der Klägerin gegenüber der Beklagten hinsichtlich des einen der drei Townhäuser mit 1/3 zu berücksichtigen. In Bezug auf die erstinstanzlichen Beklagten zu 2) und 3) bleibt es bei der vom Landgericht ausgeurteilten Kostenquote, weil das landgerichtliche Urteil insoweit rechtskräftig geworden ist.

2.

Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf § 708 Nr. 10, § 711 ZPO. Aus diesem Urteil ist nur der Kostenausspruch zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 1) vollstreckbar. Soweit die Berufung zurückgewiesen wurde, greift § 708 Nr. 10 S. 2 i.V.m. § 711 ZPO.

F.

Weder der der Klägerin nachgelassene Schriftsatz vom 14.12.2023 noch der nicht nachgelassene Schriftsatz der Beklagten vom 19.12.2023 geben Anlass zur Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung. Der Senat stützt seine Entscheidung nicht auf tatsächliches Vorbringen, welches (erstmals) in diesen Schriftsätzen enthalten ist.

G.

Ein Grund für die Zulassung der Revision gemäß § 543 Abs. 2 ZPO besteht nicht. Der Senat weicht in Bezug auf die für die Unwiderruflichkeit der Vollmacht maßgeblichen Aspekte nicht von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs oder eines anderen Oberlandesgerichts ab. Der Bundesgerichtshof hat, soweit ersichtlich, zur einseitigen Unwiderruflichkeit der einem Notariatsmitarbeiter erteilten Durchführungsvollmacht bislang nicht entschieden, und eine

Abweichung zu der mehrfach zitierten Entscheidung des Kammergerichts besteht gerade nicht. Der Senat weicht auch nicht von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Darlegungs- und Beweislastverteilung für das Vorliegen eines Verbrauchergeschäfts ab, sondern wendet diese im Gegenteil auf den vorliegenden Einzelfall an. Entsprechendes gilt mit Blick auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Nichtanwendbarkeit von § 1149 BGB beim Auseinanderfallen von Darlehens- und Grundpfandgläubiger.