

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

VVG §§ 76, 77; BNotO § 67 Abs. 2 Nr. 3

1. Die von den Notarkammern gemäß § 67 Abs. 2 Nr. 3 BNotO abzuschließende Vertrauensschadenversicherung ist eine Versicherung für fremde Rechnung i.S. von §§ 74ff. VVG.

2. Zwischen dem durch einen ungetreuen Notar Geschädigten als Versicherten und der Notarkammer als Versicherungsnehmerin der Vertrauensschadenversicherung besteht ein Treuhandverhältnis. Dieses verpflichtet die Notarkammer zur Einziehung und Auskehrung der Entschädigung.

3. Zur Frage, wer Geschädigter ist und wodurch der Schaden eintritt, wenn einem Notar der Darlehensbetrag auf sein Treuhandkonto ausgezahlt wird, er diesen aber veruntreut, so daß die Sicherungsgrundschuld nicht mehr - wie vereinbart - an erster Rangstelle eingetragen werden kann.

BGH, Urt. v. 12. Dezember 1990 - IV ZR 213/89 - OLG Celle

LG Lüneburg

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IV ZR 213/89

URTEIL

Verkündet am:
12. Dezember 1990
Keller
Justizsekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Notarkammer für den Oberlandesgerichtsbezirk Celle,
vertreten durch ihren Präsidenten, Bahnhofstraße 6, Celle,

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die V [REDACTED] D [REDACTED] L [REDACTED] AG, vertreten
durch den Vorstand, An der A [REDACTED], H [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED]
und [REDACTED] -

WIV

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat durch den Vorsitzenden Richter Bundschuh und die Richter Rottmüller, Dr. Schmidt-Kessel, Dr. Zopfs und Dr. Ritter auf die mündliche Verhandlung vom 12. Dezember 1990

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 16. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 11. Juli 1989 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin verlangt von der Beklagten Schadensersatz wegen eines nach ihrer Auffassung fehlerhaft ausgezahlten Versicherungsbetrages.

Ende 1981 wollten die Miteigentümer eines Grundstücks die darauf ruhenden Belastungen umschulden. Dafür bewilligte die klagende Lebensversicherung 250.000 DM als Darlehen. Zur Sicherheit wurde ihr eine Grundschuld in gleicher Höhe bestellt, die den ersten Rang erhalten sollte. Der Notar, der die Grundschuldbestellung beurkundet hatte, sollte auch die



Umschuldung abwickeln. Auf sein Notaranderkonto überwies dafür die Klägerin treuhänderisch 177.168,67 DM aus dem Darlehen. Der Notar veruntreute den größten Teil dieses Betrages. Deshalb konnten vorgehende erhebliche Belastungen nicht gelöscht und die Grundsschuld der Klägerin nur nachrangig eingetragen werden. Der Notar ist am 17. April 1983 verstorben. Es wurde ein Notarverweser eingesetzt. Dieser stellte fest, daß sich auf dem Notaranderkonto nur noch 12.178,51 DM befanden.

Die Beklagte ist die für den Notar zuständige Notarkammer. Bei ihr haben die Klägerin und die Darlehensnehmer jeweils den aus der Veruntreuung entstandenen Schaden angemeldet. Der von der Beklagten eingeschaltete Vertrauensschadensversicherer hat den Schaden anerkannt. Im Hinblick auf den Restbestand des Anderkontos in Höhe von 12.178,51 DM und Zahlungen des Notars in einer Gesamthöhe von 73.886,48 DM, die sich zugunsten der Darlehensnehmer ausgewirkt haben, errechnete der Vertrauensschadensversicherer den erstattungsfähigen Schaden auf 91.103,52 DM. Diese Summe zahlte er an die Beklagte aus. Trotz entgegenstehender Bitte der Klägerin überwies die Beklagte die Summe an die Darlehensnehmer. In dem Prozeßkostenhilfeverfahren für die damals von den Darlehensnehmern gegen die jetzige Klägerin beabsichtigte Klage (12 O 429/83 LG Hannover) hatte nämlich das Oberlandesgericht die Auffassung vertreten, die Klägerin habe mit der Zahlung an den Notar ihre Darlehenszusage erfüllt. Dies gelte jedenfalls von dem Zeitpunkt an, in welchem der Notar auch mit Rücksicht auf das Treuhandverhältnis über den Betrag zugunsten der Darlehensnehmer hätte verfügen dürfen.

Der Feststellungsklage, daß die Beklagte verpflichtet sei, der Klägerin den aus der Auszahlung der Versicherungsleistung an die Darlehensnehmer entstehenden Schaden zu ersetzen, hat das Landgericht stattgegeben. Die Berufung der Beklagten wurde zurückgewiesen. Mit ihrer Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

Auf die Revision müssen das angefochtene Urteil aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden. Zwar bestanden für die Beklagte Rechtspflichten (I), denen sie mit der Auszahlung schuldhaft zuwidergehandelt hat. Jedoch hat das Berufungsgericht bei seiner Annahme, daß der Klägerin ein Schaden entstanden ist, den Sachverhalt nicht ausgeschöpft (II).

I.

Ohne Erfolg greift die Revision die Ausführungen zur Pflichtverletzung an.

1. Im Berufungsurteil heißt es, der Versicherungsvertrag zwischen der Beklagten und dem Vertrauensschadensversicherer räume als Versicherung für fremde Rechnung dem Versicherten - hier der Klägerin - nicht einen unmittelbaren Anspruch gegen den Versicherer und ebensowenig einen Anspruch gegen den Versicherungsnehmer - hier die Beklagte - ein. Jedoch ergebe sich die Schadensersatzpflicht aus einem ver-

tragsähnlichen Verhältnis privatrechtlicher Natur zwischen den Parteien. Dies bestehe darin, daß die Beklagte als Versicherungsnehmer eine Einziehungs- und Auskehrungspflicht zugunsten des Versicherten treffe. Über diese Pflichten aus dem von der beklagten Notarkammer gemäß § 678 BNotO zu haltenden Versicherungsschutz hinaus habe der durch die Vertrauensschaden-Versicherung geschützte Personenkreis zur Notarkammer keine weiteren Rechtsbeziehungen.

2. Die Revision meint, es handele sich um eine öffentlichrechtliche Streitigkeit. Diese Auffassung hat der Senat für Notarsachen des Oberlandesgerichts Köln (Beschluß, ergangen auf die mündliche Verhandlung vom 16. August 1990 - 2 VA Not 5/90) in einer ähnlich gelagerten Sache vertreten. Dabei hat er sich dem in jener Sache ergangenen Verweisungs-urteil des Verwaltungsgerichts Arnsberg (1 K 1689/89) angeschlossen. Der Anspruch auf Geltendmachung von Ersatzansprüchen durch die Notarkammer gegenüber dem Vertrauensschadensversicherer stehe in untrennbarem Zusammenhang mit der als öffentlichrechtliche Aufgabe anzusehenden Versicherungspflicht.

Ob dieser Auffassung zu folgen ist, ob also das Verhältnis zwischen dem durch eine Untreuehandlung eines Notars Geschädigten und der Notarkammer auch dem öffentlichen Recht zugeordnet werden kann, braucht hier nicht entschieden zu werden. Daraus etwa sich ergebende Pflichten der Beklagten können die privatrechtlichen Beziehungen der Parteien nicht beeinträchtigen.

3. Das Berufungsgericht geht nämlich zutreffend davon aus, daß der Versicherungsvertrag zwischen der Beklagten und dem Versicherer als Versicherung für fremde Rechnung im Sinne von §§ 74ff. VVG aufzufassen ist.

a) Seit der Einfügung von Nr. 3 in § 67 Abs. 2 BNotO durch Art. 1 Nr. 10 des Änderungsgesetzes vom 7. August 1981 (BGBl. I, 803) ist die früher freiwillig übernommene Vertrauensschadensversicherung (vgl. BGHZ 52, 283) gesetzliche Pflichtaufgabe der Notarkammer (zur Geschichte vgl. weiter Arndt, BNotO 2. Aufl. Anm. II zu § 67; Zimmermann, DNotZ 1982, 90ff.). Diese gesetzliche Pflichtaufgabe dient der standespolitischen Funktion, Ansehen und Ehre des Notarstandes zu wahren. Damit ist der Gesetzeszweck entgegen der Ansicht der Revision aber nicht erschöpft. Der Bundesgerichtshof hat schon 1969 (BGHZ 52, 283, 286) und erneut 1982 nach dem Inkrafttreten des Änderungsgesetzes anerkannt (BGHZ 85, 173, 177), daß gerade die Schadloshaltung des Opfers bei vorsätzlicher Pflichtverletzung des Notars diese Wahrung des Ansehens ausmacht. Das Änderungsgesetz, das nach seiner Begründung in Kenntnis der Entscheidung aus dem Jahre 1969 ergangen ist (BT-Drucks. 8/2782 S. 9), wollte vor allem die Schadloshaltung sicherstellen (so ausdrücklich BT-Drucks. 9/24). Wie wichtig dieser Gesetzeszweck ist, zeigt der in der späteren Entscheidung des Bundesgerichtshofes näher behandelte und gebilligte Vertrauensschadensfond, der über die Vertrauensschadensversicherung hinaus eingerichtet worden ist. Das Änderungsgesetz hat den Notaren die gesetzliche Verpflichtung auferlegt, eine Haftpflichtversicherung abzuschließen (§ 19a BNotO). Davon ist sogar die Bestellung als Notar abhängig (§ 6a BNotO). Das spricht entscheidend dafür,

daß die Schadloshaltung des Geschädigten vom Gesetz vorrangig als Zweck der Vertrauensschadenversicherung angesehen wird.

b) Dem entsprechen die Bedingungen des von der Beklagten vorgelegten Versicherungsvertrages.

Darin wird die Beklagte ausdrücklich als Versicherungsnehmer bezeichnet. Nach § 1 I liegt ein Versicherungsfall vor, wenn eine Vertrauensperson - das sind nach § 2 die im Kammerbezirk bestellten Notare, Notarvertreter und -verweser, sowie deren Angestellte und Lehrlinge - in Ausübung ihrer Berufstätigkeit einem Dritten durch vorsätzliche Handlungen einen Vermögensschaden zufügt, zu dessen Ersatz sie nach den gesetzlichen Bestimmungen über unerlaubte Handlungen verpflichtet ist. Gemäß § 1 IV kann zwar nur der Versicherungsnehmer Versicherungsleistungen beanspruchen. Nach § 1 V hat er sie aber an den oder die geschädigten Dritten auszukehren. Die beklagte Notarkammer muß demgemäß als Versicherungsnehmer ein fremdes Interesse, nämlich das Interesse auf Schadloshaltung des vom Notar Geschädigten versichern, dem die Haftpflichtversicherung des Notars wegen dessen vorsätzlicher Handlung nicht im Wege der Freistellung des Notars Ersatz leistet. Der Geschädigte und kein anderer soll in den Genuß der Versicherungsleistung kommen; er, nicht etwa der Notar, ist Versicherter. Allerdings kann er die Rechte aus dem Versicherungsvertrag nicht geltend machen. Schließlich hat nach § 7 die Notarkammer dafür Sorge zu tragen, daß die Entschädigung nur gegen Abtretung aller Ersatz- und/oder Erfüllungsansprüche und deren Übertragung auf den Versicherer an den Geschädigten ausgezahlt wird.

4. Danach bedarf es nicht der vom Berufungsgericht gewählten Konstruktion eines vertragsähnlichen Verhältnisses.

Für das Innenverhältnis zwischen Versicherungsnehmer und Versichertem gelten vielmehr die aus den §§ 76 und 77 VVG zu entnehmenden Grundsätze. Früher wurde angenommen, daß als solches Innenverhältnis mangels eines anderen schuldrechtlichen Vertrages jedenfalls Geschäftsführung ohne Auftrag gelten müsse (vgl. Bruck/Möller/Sieg, VVG 8. Aufl. Bd. II § 77 Anm. 23 und § 80 Anm. 35). Spätestens seit dem grundlegenden Urteil vom 7. Mai 1975 (BGHZ 64, 260, dazu Anmerkung Pfretzschner, LM VVG § 76 Nr. 1; vgl. aber schon Senatsurteil vom 4.4.1973 - IV ZR 130/71 - VersR 1973, 634) ist jedoch anerkannt, daß § 76 VVG dem Versicherungsnehmer das Verfügungsrecht über die Rechte des Versicherten aus dem Versicherungsvertrage nur zu treuen Händen überläßt (Prölss/Martin, 24. Aufl. § 76 Anm. 1 und § 77 Anm. 1 A; Bruck/Möller/Johannsen, VVG 8. Aufl. Bd. IV Anm. H 17). Diese vom Gesetz eingeräumte Treuhänderstellung wird durch ein etwa zwischen dem Versicherungsnehmer und dem Versicherten begründetes Privatrechtsverhältnis allenfalls modifiziert. Ein solches, insbesondere ein Auftragsverhältnis haben die Parteien hier aber nicht vereinbart. Mit ihrem Schreiben vom 13. Juli 1984, in dem sie die Anmeldung des Schadens der Klägerin gegenüber bestätigte, hat die Beklagte sich erkennbar nicht zur Geschäftsbesorgung rechtlich verpflichtet. Sie hat der Klägerin nicht, wie es ein Auftrag voraussetzen würde, irgendeine Weisungsbefugnis zugestanden. Das räumt auch die Klägerin mit ihrer Revisionserwiderung ein.

Demgemäß besteht zwischen den Parteien jedenfalls dann ein gesetzliches Treuhandverhältnis (BGHZ 64, 260, 264), wenn die Klägerin Geschädigte ist.

Dieses Treuhandverhältnis verpflichtet die Notarkammer - anders als im Fall der Insassenunfallversicherung - gegenüber dem Geschädigten, den ihr nicht zustehenden Entschädigungsbetrag einzuziehen und an den Geschädigten auszukehren. Denn ihr obliegt es nach § 67 Abs. 2 Nr. 3 BNotO als gesetzliche Pflichtaufgabe, das Interesse der Geschädigten auf Schadloshaltung zu versichern.

5. Auch gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, daß die Beklagte (wenn die Klägerin Geschädigte war) ihre Pflicht zur Auskehrung schuldhaft verletzt hat, kann die Revision keine durchgreifenden Bedenken vorbringen. Dabei kann offenbleiben, ob es - wie das Berufungsgericht meint - Sache der Beklagten war, über die Person des Auszahlungsberechtigten allein zu entscheiden. Auch wenn nach dem Versicherungsvertrag der Versicherer insoweit die Entscheidungsbefugnis hätte - was zweifelhaft ist - wäre die angefochtene Entscheidung nicht zu beanstanden. Das Schreiben des Versicherers an die Beklagte vom 17. Januar 1985, mit welchem die Entschädigung berechnet und ihre Überweisung angekündigt wurde, legt das Berufungsgericht nämlich tatrichterlich dahin aus, daß der Versicherer hinsichtlich der Person des Auszahlungsberechtigten keine Entscheidung getroffen hat. Vielmehr habe er sich nicht darüber ausgesprochen, wen er als Geschädigten ansah, nachdem er von den Auffassungen im Prozeßkostenhilfeverfahren zwischen den Darlehensnehmern und der Klägerin Kenntnis genommen hatte. Diese Auslegung ist

rechtsfehlerfrei. Somit mußte die Beklagte sich vom Verschulden entlasten, was ihr nicht gelungen ist (vgl. auch unten II 1).

II.

Fehlerhaft sind aber die Ausführungen, mit denen der Tatrichter die Schadensentstehung bejaht hat.

1. Die Ansicht des Berufungsgerichts, daß der Versicherer bislang lediglich den Schaden ausgeglichen hat, der in dem veruntreuten Darlehen liegt, daß dagegen der für die Klägerin durch Nichterreicherung der ersten Rangstelle eingetretene Schaden bislang nicht reguliert, aber noch regulierungsfähig ist, wird von den getroffenen Feststellungen nicht getragen.

a) Nach § 1 III des Versicherungsvertrages wird die Höhe der Versicherungsleistung durch den Umfang der Schadensersatzverpflichtung des Notars bestimmt. Der Notar hätte den oder die Geschädigten so stellen müssen, als habe er nicht veruntreut. Er mußte also den Treuhandauftrag (dazu BGH Urteil vom 8.2.1990 - IX ZR 63/89 - VersR 1990, 529 = WM 1990, 940 unter I) ausführen, es sei denn, die Klägerin und die Darlehensnehmer wollten das nicht mehr, etwa weil die vorgesehene Umschuldung nicht mehr durchgeführt werden sollte. Dafür bietet der festgestellte Sachverhalt aber nicht genügend Anhaltspunkte. Vielmehr sind die Darlehensnehmer unstreitig jedenfalls zunächst ihren Darlehensrückzahlungsverpflichtungen nachgekommen.

Ohne Veruntreuung hätte die Klägerin den auf das Treuhandkonto des Notars überwiesenen Betrag von 177.168,67 DM als Darlehen ausgereicht, so daß die Darlehensnehmer ihren Zins- und Tilgungspflichten nachkommen mußten. Ferner hätte die Klägerin als Sicherung des Darlehens eine erstrangige Grundsuld erlangt, aus der sie ihre Forderung hätte befriedigen können, wenn die Darlehensnehmer ihren Pflichten nicht nachkamen. Voraussetzung dafür war die Ablösung der vorrangigen Belastungen mit dem überwiesenen Betrag durch den Notar. Demgemäß hätte der Notar diese Voraussetzung schaffen müssen. Der Entschädigungsbetrag mußte bei Fortbestehen der Umschuldungsabsicht also dazu verwendet werden, daß nun der unstreitig eingesetzte Notarverweser mit ihm und dem Restbetrag auf dem Notaranderkonto die vorrangigen Belastungen ablöste, soweit sie noch bestanden und nicht etwa schon durch die Zahlungen des Notars in der Gesamthöhe von 73.886,48 DM erledigt waren, die sich zugunsten der Darlehensnehmer ausgewirkt haben.

b) Die Beklagte hatte als Treuhänderin die Aufgabe, den Entschädigungsbetrag einzuziehen und auszukehren. Dafür mußte sie den oder die Geschädigten ermitteln. Als solche hatten sich bei ihr sowohl die Klägerin als auch die Darlehensnehmer gemeldet.

Hätte die Beklagte die vorstehend unter a) dargelegten Überlegungen angestellt, dann wäre ihr deutlich geworden, daß es vorrangig auf die Frage ankam, ob weiterhin umgeschuldet werden sollte. Das hätte sie in Erfahrung bringen müssen. Bei Fortbestehen der Umschuldungsabsicht durfte sie den Entschädigungsbetrag weder an die Klägerin noch an die

Darlehensnehmer auszahlen, mußte ihn vielmehr dem Notarverweser auf das Notaranderkonto überweisen. Erklärten hingegen die Darlehensnehmer und die Klägerin, daß die beabsichtigte Umschuldung nicht durchgeführt werden sollte, daß jedenfalls nicht der Notarverweser das Geld erhalten sollte, dann kam es zur Ermittlung der Person des Geschädigten darauf an, ob die Darlehenszusage mit der Überweisung auf das Treuhandkonto in Höhe des überwiesenen Teilbetrages schon erfüllt war oder nicht. Wurden übereinstimmende Erklärungen der Klägerin und der Darlehensnehmer zum Weiterbestehen der Umschuldungsabsicht nicht abgegeben, oder war es der Beklagten nicht möglich, die Frage nach der Erfüllung der Darlehenszusage zuverlässig zu beurteilen, dann mußte die Beklagte auf andere Weise dafür sorgen, daß der Entschädigungsbetrag bedingungsgemäß zur Schadloshaltung verwendet wurde. Sie konnte ihn z.B. hinterlegen.

c) Ähnliche Auffassungen zur Abwicklung der Entschädigungszahlung hat die Klägerin schon in der Klageschrift S. 10 und erneut in der Berufungserwiderung S. 5/6 vertreten. Dabei hat sie ausdrücklich behauptet, der Entschädigungsbetrag von 91.103,52 DM habe ausgereicht, alle vorrangigen Grundpfandrechte abzulösen. Sie hat demgemäß entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts von Anfang an in ihr Klagebegehren auch den Schaden einbezogen, der ihr etwa dadurch entstanden ist, daß sie zur Sicherung des Darlehens nicht die erste Rangstelle erreicht hat. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts meinte offenbar auch der Vertrauensschuldensversicherer nach dem Gesamtinhalt seines Schreibens vom 17. Januar 1985 an die Beklagte, der darin errechnete Entschädigungsbetrag erfasse den gesamten erstattungsfähigen

Schaden. Der Versicherer errechnete den zur Schadensbeseitigung erforderlichen Betrag dadurch, daß er feststellte, welcher Betrag dem Notaranderkonto von dem ungetreuen Notar entzogen worden war, welche Summe durch dessen Zahlungen wieder zur Verfügung gestellt wurde, und ferner welcher Betrag demzufolge noch zur Wiederauffüllung des Treuhandkontos erforderlich war.

2. Gleichwohl kann angesichts dieser Sach- und Rechtslage ohne weitere Feststellungen nicht abschließend entschieden werden, ob der Klägerin durch die Auszahlung des Entschädigungsbetrages an die Darlehensnehmer ein Schaden entstanden ist.

a) Unstreitig ist auf dem Grundstück der Darlehensnehmer eine Grundschuld über 250.000 DM zugunsten der Klägerin, wenn auch nur nachrangig, eingetragen. Es ist nicht auszuschließen, daß wegen dieser Sicherung der Eintritt eines Schadens zu Lasten der Klägerin nicht mehr in Frage kommen kann.

Allerdings führt das Berufungsgericht aus, in der Berufungsverhandlung sei unstreitig geworden, daß die Darlehensnehmer ihre zunächst aufgenommenen Zahlungen auf das Darlehen an die Klägerin eingestellt haben, so daß eine Ausfallgefahr für die Klägerin auf der Hand liege. Offen ist aber, welche Beträge die Klägerin insgesamt im Zusammenhang mit der Überweisung der Summe von 177.168,67 DM auf das Treuhandkonto bislang zurückerhalten hat. Nach der Berechnung des Vertrauensschadensversicherers im Schreiben vom 17. Januar 1985 hat der ungetreue Notar bereits am 25. November

1982 13.792,64 DM und noch einmal am 17. Januar 1983 4.955,94 DM an die Klägerin überwiesen. Unstreitig haben die Darlehensnehmer Zahlungen an die Klägerin geleistet. Deren Höhe ist unbekannt. Ungeklärt ist weiter, welche Grundpfandrechte mit welchen Beträgen der für die Klägerin eingetragenen Grundschuld noch vorgehen. Das Schreiben vom 17. Januar 1985 deutet darauf hin, daß Gläubiger vorrangiger Rechte vom ungetreuen Notar Zahlungen erhalten haben. Nicht ausgeschlossen erscheint, daß weiter solche Gläubiger von den Darlehensnehmern etwa aus dem Entschädigungsbetrag befriedigt worden sind.

b) Darüber hinaus rügt die Revision mit Recht, daß bislang nicht geprüft worden ist, ob die Klägerin mit den Darlehensnehmern vereinbart hat, bereits die Auszahlung der Darlehensvaluta an den Notar zu treuhänderischer Verwaltung solle als Darlehenshingabe angesehen werden und die Verzinsungspflicht auslösen.

Das Berufungsurteil will den dem Notar überwiesenen Geldbetrag deshalb der Klägerin zuordnen, weil im Zeitpunkt der Veruntreuung nicht alle Treuhandauflagen an den Notar erfüllt waren: Die Grundschuld der Klägerin konnte mangels Löschung bislang eingetragener Rechte nicht die erste Stelle besetzen und einer der Darlehensnehmer war noch nicht als Miteigentümer eingetragen.

Allerdings ist nach der Rechtsprechung ein Darlehen dann noch nicht gewährt, wenn der Kreditgeber die Valuta zu Sicherungszwecken auf das Notaranderkonto überweist und dieser nur unter bestimmten, aber noch nicht eingetretenen Be-

dingungen über das Geld verfügen soll (BGH Urteile vom 8.11.1984 und 21.2.1985 - III ZR 132 und 207/83 - WM 1985, 10 unter 6 und 1985, 686 unter II 2b und vom 19.3.1987 - IX ZR 166/86 - WM 1987, 589 unter II). Das gilt jedoch nur in der Regel (BGH Urteil vom 5.5.1986 - III ZR 240/84 - WM 1986, 933 = NJW 1986, 2947). Die Parteien des Darlehensvertrages können etwas anderes vereinbaren (BGH Urteil vom 8.2.1990 - IX ZR 63/89 - WM 1990, 940 = VersR 1990, 529 unter II 2b aa). Maßgeblich sind deshalb stets die Vereinbarungen der Beteiligten, die auch stillschweigend getroffen werden können, so daß die ausdrücklich niedergelegten Abreden der Auslegung bedürfen (BGH Urteil vom 1.6.1989 - III ZR 219/87 - WM 1989, 1011 unter II 7a).

Die Revision hat auf verschiedene Anhaltspunkte im Sachverhalt hingewiesen, die für eine von der Regel abweichende Vereinbarung sprechen können (Ermächtigungserklärung vom 11.11.1981, Wortlaut des Anerkenntnisses vom 19.11.1981, Erwähnung eines Auftrages der Darlehensnehmer im Treuhandauftrag der Klägerin an den Notar, Auffassung der Klägerin zu den von den Darlehensnehmern bislang erbrachten Abzahlungen, Hinweis der Klägerin auf das Prozeßkostenhilfeverfahren im Anmeldungsschreiben vom 28.3.1984). Daß der Tatrichter diese Anhaltspunkte bei seiner Entscheidung bedacht hat, ist dem angefochtenen Urteil nicht zu entnehmen. Darin wird vielmehr nur auf den Treuhandauftrag vom 3. Dezember 1981 eingegangen.

3. Schließlich hat das Berufungsgericht nach der Zurückverweisung auch Gelegenheit, die von der Revision aufgeworfene Frage zu prüfen, ob die Klägerin selbst mit dem Hinweis auf die Maßgeblichkeit des Prozeßkostenhilfeverfahrens in ihrem Anmeldungsschreiben die Entstehung eines etwaigen Schadens anrechenbar verursacht hat (§ 254 BGB).

Bundschuh

Rottmüller

Dr. Schmidt-Kessel

Dr. Zopfs

Dr. Ritter