

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: . nein

BNotO §§ 19 Abs. 1, 23, 24

Zur haftungsausfüllenden Kausalität der Amtspflichtverletzung eines Notars, der weisungswidrig eine Hinterlegungssumme auszahlt.

BGH, Urt. v. 11. Juli 1996 - IX ZR 116/95 - KG Berlin

LG Berlin

BUNDESGERICHTSHOF
IM NAMEN DES VOLKES

IX ZR 116/95

URTEIL

Verkündet am:
11. Juli 1996
Giovagnoli
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

- 2 -

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat
auf die mündliche Verhandlung vom 11. Juli 1996
durch den Vorsitzenden Richter Brandes und die Richter
Dr. Kreft, Dr. Fischer, Dr. Zugehör und Dr. Ganter

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird
das Urteil des 9. Zivilsenats des
Kammergerichts vom 31. Januar 1995
aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Ver-
handlung und Entscheidung, auch über
die Kosten des Revisionsverfahrens,
an das Berufungsgericht zurückverwie-
sen.

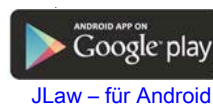
Von Rechts wegen

Tatbestand

Die klagende Bank verlangt vom beklagten Notar Scha-
densersatz, weil er unter Verstoß gegen Auflagen eines
Treuhandauftrags hinterlegtes Geld ausgezahlt habe.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos (mobile App)
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile



Der Beklagte beurkundete am 7. Februar 1990 ein - bis Ende des Jahres 1991 befristetes - Angebot von drei Interessenten (im folgenden: Käufer), ein Warenhausgrundstück für 20 Mio. DM zu kaufen (Urkundenrolle Nr. 68). Danach hing die Auflassung davon ab, daß der Kaufpreis gezahlt war; zur Sicherung der Kaufpreisforderung hatten die Käufer eine Bankbürgschaft zu stellen. Gleichzeitig bestellten die Grundeigentümer (fortan: Verkäufer) den Käufern ein Nießbrauchs- und Vorkaufsrecht (Urkundenrolle Nr. 69 des Beklagten).

Am 8. März 1990 sagte die Klägerin den Käufern einen "Aval-Kredit" von 20 Mio. DM "zur Finanzierung des Grundstückserwerbs" zu; als Sicherheit sollte eine Grundschuld in Höhe dieses Betrages im Rang vor allen anderen Rechten an dem Grundstück - mit Ausnahme eines Durchgangsrechts - eingetragen werden. Der Beklagte beurkundete am 16. März 1990 ein geändertes Kaufangebot, in dem einer Grundschuld von 20 Mio. DM der Vorrang vor dem Nießbrauchsrecht eingeräumt wurde (Urkundenrolle Nr. 145). Am 19. März 1990 übernahm die Klägerin - unter Bezugnahme auf das ursprüngliche und das geänderte Kaufangebot - eine Bürgschaft von 20 Mio. DM "zur Sicherung der Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises"; in der Urkunde heißt es u.a.:

"Die Bürgschaft ist wirksam bei Kaufpreisfälligkeit gemäß Anlage I des in der Präambel dieser Bürgschaft genannten notariellen Kaufangebotes sowie gemäß UR-Nr. 145.

....

Die Bürgschaft erlischt mit Rückgabe dieser Bürgschaftsurkunde an uns, spätestens jedoch, wenn wir hieraus nicht bis zum 28. Februar 1992 unter Vorlage der Original-Bürgschaftsurkunde in Anspruch genommen sind."

Die Klägerin übersandte die Bürgschaftsurkunde mit Schreiben von demselben Tage - unter Bezugnahme auf das ursprüngliche Kaufangebot - dem Beklagten; danach durfte dieser die Urkunde gemäß bestimmten "Auflagen", u.a. nach Bestellung einer Grundsuld über 20 Mio. DM für die Klägerin, an die Verkäufer weitergeben.

Am 21. März 1990 erkannten die Käufer an, der Klägerin ein Darlehen von 20 Mio. DM zu schulden. Das Nießbrauchs- und Vorkaufsrecht der Käufer wurde am 19. Juli 1990 im Grundbuch eingetragen. Die Verkäufer nahmen am 20. August 1991 das ursprüngliche Kaufangebot vom 7. Februar 1990 an und bestellten am 27. August 1991 der Klägerin eine Grundsuld über 20 Mio DM; diese wurde am 19. September 1991 eingetragen. Eine Auflassungsvormerkung zugunsten der Käufer wurde am 20. September 1991 eingetragen.

Am 11. Oktober 1991 forderten die Verkäufer den Beklagten auf, an sie den Kaufpreis zu überweisen, den die Klägerin auf einem - bei ihr geführten - Anderkonto des Beklagten hinterlegen sollte. Daraufhin gab dieser der Klägerin an demselben Tage eine entsprechende Anweisung. Mit dem - am 15. Oktober 1991 eingegangenen - Schreiben vom 11. Oktober 1991 erteilte die Klägerin unter Bezugnahme auf das ursprüngliche Kaufangebot dem Beklagten einen - bis zum 21. Dezember 1991 befristeten - "Treuhandauftrag" bezüglich

der 20 Mio. DM, die die Klägerin "zur Erfüllung der Zahlungsverpflichtung" dem Anderkonto des Beklagten am 14. Oktober 1991 gutschrieb. In diesem Schreiben der Klägerin heißt es u.a.:

"Über diesen Betrag dürfen Sie verfügen, wenn Sie uns gegenüber sicherstellen, daß die zu unseren Gunsten bereits eingetragene Grundschuld von DM 20.000.000 die erste Rangstelle erhält. Die Ihnen vorliegende Bürgschaftsurkunde muß uns zurückgegeben werden. Darüber hinaus müssen alle zur Eigentumsumschreibung benötigten Unterlagen - bis auf die steuerliche Unbedenklichkeitsbescheinigung - vorliegen. Uns muß ferner ein von allen drei Erwerbern unterschriebener Zahlungsauftrag eingereicht werden (sobald dieser Auftrag vorliegt, werden wir Sie von der Erledigung dieser Auflage informieren)."

Am 15. Oktober 1991 ging beim Beklagten ein Schreiben der Verkäufer vom 14. Oktober 1991 ein, mit dem diese die Bürgschaftsurkunde übersandten "mit der Auflage, über die Bürgschaft nur gegen Zahlung des Kaufpreises ... zu verfügen". Der Beklagte schrieb der Klägerin am 15. Oktober 1991 u.a. folgendes:

"In Erfüllung der Treuhandaufgabe überreiche ich anliegend die Bürgschaftsurkunde Nr. 1 im Original.

Alle zur Eigentumsumschreibung benötigten Unterlagen mit Ausnahme der steuerlichen Unbedenklichkeitsbescheinigung liegen vor.

Die von Ihnen gewünschte Zahlungsanweisung mit Unterschrift der drei Herren wird von diesen direkt vorgelegt.

Die Grundschuld ist eingetragen und ich habe mit gleicher Post beim Grundbuchamt die Löschung der Vorlasten beantragt.

Wunschgemäß bestätige ich die Annahme des Treuhandauftrages und überreiche anbei Ablichtung der Angebotsannahme vom 20.08.1991 zum dortigen Verbleib."

Ich verweise auf mein Schreiben vom 11.10.1991, Fotokopie anbei, und bitte nach Maßgabe dieses Schreibens sofort die Überweisung vorzunehmen."

Am 16. Oktober 1991 wurden 20 Mio. DM vom Anderkonto des Beklagten an die Verkäufer überwiesen. Die Auflassung wurde am 12. März 1992 erklärt.

Im Juli 1993 wurde auf Antrag der Klägerin die Zwangsversteigerung des Grundstücks angeordnet, das einen Verkehrswert von 13,4 Mio. DM hat; als dessen Eigentümer sind noch die Verkäufer im Grundbuch eingetragen. Über das Vermögen der Käufer wurde im September 1993 das Konkursverfahren eröffnet.

Die Klägerin hat zunächst vom Beklagten Zahlung von 20 Mio. DM Zug um Zug gegen Abtretung ihrer Grundschuld und ihrer Darlehensforderung gegen die Käufer verlangt. Diesen Klageanspruch hat das Landgericht abgewiesen. Im Berufungsverfahren hatte die Klägerin diesen Klageantrag zunächst weiterverfolgt und hilfsweise begehrt, die Schadensersatzpflicht des Beklagten wegen Verletzung des Treuhandauftrags vom Oktober 1991 festzustellen; in der Berufungsverhandlung hat die Klägerin nur noch den Feststellungsantrag gestellt. Diesem hat das Berufungsgericht stattgegeben. Mit seiner Revision beantragt der Beklagte, das Urteil des Landgerichts wiederherzustellen.

Entscheidungsgründe

Die Revision führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung der Sache (§§ 564, 565 Abs. 1 ZPO).

I.

Auf den zulässigen Feststellungsantrag (vgl. BGH, Urt. v. 7. Juni 1988 - IX ZR 278/87, WM 1988, 1352, 1354; v. 14. Dezember 1995 - IX ZR 242/94, WM 1996, 548, 549) hat das Berufungsgericht zu Recht angenommen, der beklagte Notar habe eine Amtspflicht im Sinne des § 19 Abs. 1 BNotO schuldhaft verletzt. Insoweit wird das angefochtene Urteil von der Revision nicht beanstandet.

Der "Treuhandauftrag" der Klägerin erstreckte sich - gemäß der zutreffenden Ansicht des Berufungsgerichts - auf eine typische Amtstätigkeit eines Notars im Rahmen der Betreuung der Beteiligten auf dem Gebiete vorsorgender Rechtspflege (§§ 23, 24 BNotO). Der Notar wird insoweit ausschließlich hoheitlich tätig; eine schuldhafte Verletzung der Amtspflicht, den Auftrag sorgfältig zu erledigen, begründet einen Anspruch aus Amtshaftung (BGH, Urt. v. 17. Februar 1994 - IX ZR 158/93, WM 1994, 647).

1. Der Beklagte hat seine Amtspflicht, die ihm gegenüber der Klägerin als Auftraggeberin oblag, verletzt, indem er entgegen ihren bindenden Weisungen vor Auszahlungsreife über den hinterlegten Betrag verfügt hat (vgl. BGH, Urt. v. 17. Februar 1994 - IX ZR 158/93, aaO m.w.N.).

Nach den unbeanstandeten tatrichterlichen Feststellungen hatte der Beklagte, als aufgrund seiner Anweisungen vom 11. und 15. Oktober 1991 die Hinterlegungssumme am 16. Oktober 1991 an die Verkäufer überwiesen wurde, weisungswidrig nicht sichergestellt, daß die Grundschild der Klägerin den Rang vor dem Nießbrauchs- und Vorkaufsrecht der Käufer erhielt. Außerdem verstieß die Auszahlung des Hinterlegungsbetrages gegen eine weitere Weisung der Klägerin, weil damals die Auflassung (§ 925 BGB) noch nicht erklärt worden war. An der Weisungswidrigkeit ändert - entgegen der Ansicht des Beklagten - nichts, daß nach dem Grundstückskaufvertrag der Kaufpreis vor der Auflassung fällig war (Teil C §§ 2, 3 mit Anlage I des Vertragsangebots). Der Beklagte, der auch in einem Treuhandverhältnis zu den Parteien des Kaufvertrages - zur Vertragsabwicklung - stand, war nicht berechtigt, die voneinander abweichenden Weisungen der Verkäufer und der Klägerin - zu deren Lasten - eigenmächtig in Einklang zu bringen (vgl. BGH, Urt. v. 17. Februar 1994 - IX ZR 158/93, aaO; Rinsche, Die Haftung des Rechtsanwalts und des Notars 5. Aufl. RdNr. II 123 ff; Haug DNotZ 1982, 592, 599 f; Reithmann, Vorsorgende Rechtspflege durch Notare und Gerichte 1989 S. 221, 224, 226). Vielmehr hätte der Beklagte, bevor er den Treuhandauftrag der Klägerin annahm, versuchen müssen, die Weisungen der verschiedenen Auftraggeber einander anzupassen; mißlang dies, so hätte er den

Auftrag der Klägerin ablehnen müssen (vgl. Seybold/Schip-
pel/Reithmann, BNotO 6. Aufl. § 23 Rdnr. 34; Rinsche, aaO
Rdnrn. II 128 ff; Haug aaO; derselbe, Die Amtshaftung des
Notars 1989 Rdnr. 696 - S. 197 -; Brambring DNotZ 1990,
615, 626; Kawohl, Notaranderkonto 1995 Rdnr. 134 - S. 77 -;
vgl. auch BGH, Urt. v. 25. März 1981 - V ZR 168/81, NJW
1983, 1605, 1607).

2. Nach der unbeanstandeten Feststellung des Beru-
fungsgerichts hat der Beklagte seine Amtspflicht fahrlässig
verletzt (§ 276 BGB). Bei Beobachtung der erforderlichen
Sorgfalt hätte er die Pflichtwidrigkeit seines Verhaltens
erkennen und die sich daraus ergebenden Nachteile für die
Klägerin vermeiden können und müssen.

II.

Mit Erfolg rügt die Revision jedoch, das Berufungsge-
richt habe für die weitere sachliche Begründetheit des Kla-
gebegehrens nicht rechtsfehlerfrei festgestellt, daß die
Entstehung eines Schadens aus der schuldhaften Amtspflicht-
verletzung des Beklagten wahrscheinlich ist (vgl. BGH, Urt.
v. 25. November 1977 - I ZR 30/76, NJW 1978, 544; v.
18. Februar 1993 - IX ZR 48/92, NJW-RR 1993, 706).

Dazu hat das Berufungsgericht ausgeführt: Bei pflicht-
gemäßem Verhalten des Beklagten wäre die Hinterlegungssumme
nicht ausgezahlt worden. Den sich daraus ergebenden Schaden
der Klägerin habe der Beklagte zu ersetzen. Welcher Schaden

entstanden sei, ergebe sich aus einem Vergleich der tatsächlichen Vermögenslage mit derjenigen, die sich bei pflichtgemäßem Handeln des Beklagten entwickelt hätte. Danach bestehe der ersatzfähige Schaden der Klägerin darin, daß sie durch die Amtspflichtverletzung des Beklagten die Dispositionsbefugnis über die auf dem Notaranderkonto hinterlegten Treuhandgelder verloren habe, weil sie diese nach Ablauf des Treuhandauftrages nicht mehr zurückerhalten habe. Bereits zu diesem Zeitpunkt habe sich ihr Rückforderungsanspruch in einen Schadensersatzanspruch gegen den Beklagten umgewandelt. Die Klägerin müsse sich die Vermögensvorteile anrechnen lassen, die sie aus der Verwertung ihrer Grundschuld erhalten werde. Dieser Betrag stehe noch nicht fest, so daß offen sei, ob dadurch ihr Schaden ausgeglichen werde. Der Bürgschaftsvertrag zwischen der Klägerin und den Verkäufern sei wirksam zustande gekommen, weil sich die Beteiligten entschlossen hätten, das Vertragswerk ohne das Nachtragsangebot vom 16. März 1990 durchzuführen. Aus der Bürgschaft sei die Klägerin nicht mehr zur Zahlung verpflichtet, weil der Beklagte ihr die Bürgschaftsurkunde mit Schreiben vom 15. Oktober 1991 zurückgereicht habe und die Bürgschaftsforderung damit erloschen sei. Der Treuhandauftrag der Klägerin von Oktober 1991 habe die im Rahmen der Abwicklung des Kaufvertrages zunächst zur Verfügung gestellte Bürgschaft abgelöst; die Bürgschaftsverpflichtung sei infolge der Sicherstellung der Verkäufer durch die Hinterlegung von 20 Mio. DM entfallen. Im Einklang damit seien die Beteiligten auch verfahren.

Diese Erwägungen halten einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

1. Zu Recht rügt die Revision die Ausführungen des Berufungsgerichts, die darauf hinauslaufen, daß der ersatzfähige Schaden infolge der weisungswidrigen Auszahlung der Hinterlegungssumme 20 Mio. DM betragen soll.

Zur Beantwortung der Frage, welchen Schaden die Amtspflichtverletzung des Notars zur Folge hatte, hat der Tatrichter gemäß § 287 ZPO festzustellen, welchen Verlauf die Dinge bei pflichtgemäßem Verhalten des Notars genommen hätten, und wie dann die Vermögenslage des Betroffenen wäre; diesen haftungsausfüllenden Ursachenzusammenhang zwischen der Amtspflichtverletzung und dem geltend gemachten Schaden hat der Geschädigte darzulegen und zu beweisen (BGH, Urt. v. 27. Mai 1993 - IX ZR 66/92, WM 1993, 1513, 1516; vgl. BGHZ 123, 311; 126, 217).

a) Davon ist das Berufungsgericht im Ansatz zutreffend ausgegangen. Es hat rechtsfehlerfrei festgestellt, daß bei pflichtgerechtem Verhalten des Beklagten die Klägerin nicht gemäß der Anweisung des Beklagten vom 11./15. Oktober 1991 die - von ihr auf dem Notaranderkonto des Beklagten ohne Erfüllungswirkung hinterlegten (vgl. BGH, Urt. v. 17. Februar 1994 - IX ZR 158/93, aaO 648) - 20 Mio. DM an die Verkäufer überwiesen und nach dem Ende des bis zum 21. Dezember 1991 befristeten Treuhandauftrags ihren Hinterlegungsbetrag - möglicherweise Zug um Zug gegen Löschung ihrer Grundschild - zurückerhalten hätte. Infolge des weisungswidrigen Verhaltens des Beklagten ist dies nicht der Fall; diese Schadensfolge wird vom Schutzbereich der Amtspflichten umfaßt, die für den Beklagten mit dem angenommenen Treuhandauftrag nach dessen Sinn und Zweck gemäß den

Weisungen der Klägerin verbunden waren (vgl. BGH, Urt. v. 8. Februar 1990 - IX ZR 63/89, DNotZ 1990, 661, 663 ff = WM 1990, 940).

b) Das Berufungsgericht hat jedoch den hypothetischen Schadensverlauf nicht weiterverfolgt im Hinblick darauf, daß sich die Klägerin gemäß der tatrichterlichen Feststellung gegenüber den Verkäufern für die Zahlung des Kaufpreises durch die Käufer verbürgt hatte.

aa) Im Tatbestand seines Urteils hat das Berufungsgericht als unstreitig festgestellt, daß die Parteien des Kaufvertrages im Einverständnis mit der Klägerin "in der Folgezeit" von der Annahme des geänderten Kaufangebots vom 16. März 1990 abgesehen haben; in den Entscheidungsgründen wurde festgestellt, daß in der Berufungsinstantz unstreitig geworden ist, daß sich die Beteiligten entschlossen hatten, das Vertragswerk ohne dieses Nachtragsangebot durchzuführen. Da eine Tatbestandsberichtigung nach § 320 ZPO fehlt, bindet die tatsächliche Feststellung des Berufungsgerichts entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung das Revisionsgericht (§§ 314, 561 ZPO) und beweist auch, daß in diesem Punkte in der mündlichen Verhandlung anders vorgetragen wurde als in früheren Schriftsätzen (vgl. BGH, Urt. v. 19. Juni 1990 - XI ZR 280/89, BGHR ZPO § 314 - Feststellungen 1). Im vorliegenden Falle kann dahinstehen, ob die Beweiskraft des § 314 ZPO durch eine tatrichterliche Bezugnahme auf den Inhalt der Schriftsätze entkräftet werden kann und gegebenenfalls das Berufungsurteil schon deswegen aufzuheben wäre. Das Berufungsgericht hat auf den vorgetra-

genen Inhalt der Schriftsätze nur "wegen der weiteren Einzelheiten" - also lediglich bezüglich des nicht ausdrücklich festgestellten Sachverhalts - verwiesen.

Danach ist revisionsrechtlich davon auszugehen, daß die Verkäufer und die Klägerin als Parteien des Bürgschaftsvertrages die Vertragsurkunde vom 19. März 1990, in der die Bürgenhaftung an die Kaufpreisfälligkeit - kumulativ oder alternativ - gemäß dem Ursprungs- "sowie" dem Nachtragsangebot geknüpft worden war, nachträglich dahin klargestellt haben, daß das erste Angebot maßgeblich sein sollte. Dementsprechend haben sich die Treuhandaufträge, die die Klägerin dem Beklagten bezüglich der Bürgschaftsurkunde am 19. März 1990 und am 11. Oktober 1991 hinsichtlich der Hinterlegung erteilt hat, nur auf das ursprüngliche Angebot vom 7. Februar 1990 bezogen; in dem letztgenannten Auftrag hat die Klägerin den Beklagten "um eine Abschrift der notariellen Angebotsannahme zu dem im Betreff genannten Kaufvertragsangebot" gebeten. Dieses erste Angebot, das den Verkäufern zugeleitet wurde und diesen eine Annahmefrist bis zum 31. Dezember 1991 eingeräumt hat, wurde rechtzeitig angenommen (§§ 130, 145, 148 BGB).

bb) Gegen eine Inanspruchnahme aus der Bürgschaft hat die Klägerin lediglich unsubstantiiert vorgebracht, "sie hätte bei den bestehenden Unklarheiten zunächst von einer Valutierung abgesehen". Das ist keine schlüssige Darlegung eines Schadens von 20 Mio DM infolge der Amtspflichtverletzung des Beklagten. Nach seinem Vorbringen, das mangels anderer tatsächlicher Feststellungen im Revisionsverfahren als richtig zu unterstellen ist, wäre die Klägerin als Bür-

gin von den Verkäufern rechtzeitig - bis zum 28. Februar 1992 - in Anspruch genommen worden und hätte an diese 20 Mio DM gezahlt; in diesem Falle wäre der Klägerin insoweit kein erstattungsfähiger Schaden entstanden, weil sie dann auch bei pflichtgemäßem Verhalten des Beklagten dieses Geld nicht hätte.

Dies hat das Berufungsgericht außer acht gelassen. Die von ihm in diesem Zusammenhang angewandten Grundsätze der Ausgleichung der - vom Schädiger zu beweisenden - anrechenbaren Vorteile aus dem Schadensereignis, die sich auch aus der Vermeidung eines anderweitigen Verlustes ergeben können (vgl. dazu BGHZ 91, 206, 209 f; BGH, Urt. v. 15. Dezember 1988 - III ZR 110/87, NJW 1989, 2117; v. 23. Juni 1992 - XI ZR 247/91, NJW-RR 1992, 1397), betreffen die Schadensberechnung, die gegenüber dem - vom Geschädigten zu beweisenden - Ursachenzusammenhang zwischen Pflichtverletzung und behauptetem Schaden nachrangig ist. Dessen weitere Feststellung hat das Berufungsgericht mit unzutreffenden rechtlichen Erwägungen für entbehrlich gehalten. Seiner Ansicht, die Klägerin habe mit ihrem Treuhandauftrag an den Beklagten vom 11. Oktober 1991 die im Rahmen der Abwicklung des Kaufvertrages zur Verfügung gestellte Bürgschaft abgelöst, fehlt die tatsächliche Grundlage. Die Klägerin hat den Käufern Kredit zur Finanzierung des Kaufpreises zur Verfügung gestellt; gegenüber den Verkäufern hat sich die Klägerin dafür verbürgt, daß die Käufer den Kaufpreis von 20 Mio. DM zahlten. Nach der Bürgschaftsurkunde erlosch zwar die Bürgschaft mit Rückgabe der Urkunde; da diese aber auf das Kaufangebot vom 7. Februar 1990 Bezug nahm, bedeutete dies mit Rücksicht auf dessen Teil E - Absätze 4, 5 - ,

daß eine Aufhebung des Bürgschaftsvertrages - unter Rückgabe der Urkunde - die vollständige Zahlung des Kaufpreises oder das endgültige Scheitern des Vertragschlusses voraussetzte (vgl. dazu BGH, Urt. v. 29. Oktober 1979

- VIII ZR 293/78, WM 1980, 193, 194; OLG Hamburg WM 1986, 62, 63; Reinicke/Tiedtke, Bürgschaftsrecht 1995 RdNr. 228 - S. 100 -). Außerdem hatte die Inanspruchnahme der Klägerin als Bürgin "unter Vorlage der Original-Bürgschaftsurkunde" zu erfolgen. Nichts anderes besagt der Treuhandauftrag der Klägerin an den Beklagten. In ihrem Schreiben vom 11. Oktober 1991 verwies die Klägerin ebenfalls auf das Kaufangebot vom 7. Februar 1990 und teilte mit, daß sie 20 Mio. DM auf das Notaranderkonto "zur Erfüllung der Zahlungsverpflichtung" überwiesen habe; das bezog sich auf die Kaufpreisschuld der Käufer, wie sich auch daraus ergibt, daß deren Zahlungsauftrag zur Treuhandauflage gemacht wurde. Danach konnte die Rückforderung der Bürgschaftsurkunde - in diesem Schreiben - verständigerweise nur bedeuten, daß diese Zug um Zug gegen Befriedigung der Verkäufer zurückzugeben war. Dementsprechend war die Anweisung des Beklagten an die Klägerin vom 15. Oktober 1991 - unter Bezugnahme auf sein Schreiben vom 11. Oktober 1991 -, von seinem Anderkonto bei der Klägerin 20 Mio. DM an die Verkäufer zu überweisen, in Verbindung mit der gleichzeitigen Rückgabe der Bürgschaftsurkunde zu verstehen. Danach ist - entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts - die Bürgschaftsforderung erst erloschen, als die Verkäufer den Kaufpreis erhielten, nicht aber bereits vorher mit der Folge, daß die Klägerin gar nicht mehr an die Verkäufer nach Rückgabe der Bürgschaftsurkunde hätte zahlen müssen. In diesem Sinne haben auch die Verkäufer - gemäß ihrem Schreiben an den Beklagten

vom 14. Oktober 1991 - und die Klägerin - im Schreiben an den Beklagten vom 29. Januar 1993 - die Rückgabe dieser Urkunde verstanden.

Wäre also bei pflichtgetreuem Verhalten des Beklagten die Auszahlung an die Verkäufer unterblieben, so wäre die Klägerin - gemäß der Bürgschaftsurkunde - bis zum 28. Februar 1992 der Bürgschaftsforderung der Verkäufer in Höhe von 20 Mio. DM ausgesetzt gewesen. Nach der - im Revisionsverfahren zugrunde zu legenden - Behauptung des Beklagten hätten die Verkäufer rechtzeitig und mit Erfolg die Klägerin aus der Bürgschaft in Anspruch genommen; dann stünde die Klägerin insoweit nicht besser als heute.

2. Die Revision beanstandet weiterhin zu Recht, daß das Berufungsgericht die Wahrscheinlichkeit eines Schadens aus der fahrlässigen Amtspflichtverletzung des Beklagten auch insoweit nicht rechtsfehlerfrei festgestellt hat, als nach dem Zusammenhang des Berufungsurteils ein Nachteil der Klägerin daraus hergeleitet wird, daß ihre Grundschild im Rang nach dem Nießbrauchs- und Vorkaufsrecht der Käufer eingetragen wurde (§ 879 Abs. 1 BGB). Eine dadurch verursachte Vermögenseinbuße wäre allerdings, sollte sie auf der Pflichtverletzung des Beklagten beruhen, entgegen der Ansicht der Revision eine adäquate Schadensfolge und fiel bei wertender Betrachtung nach Zweck und Tragweite der verletzten Amtspflicht in deren Schutzbereich (vgl. BGH, Urt. v. 8. Februar 1990 - IX ZR 63/89, aaO; v. 27. Mai 1993 - IX ZR 66/92, aaO 1517; v. 20. Oktober 1994 - IX ZR 116/93, NJW 1995, 449, 451).

Das Berufungsgericht hat nicht festgestellt, daß die Klägerin die Erfüllung ihrer Bürgschaftsschuld von der Einräumung des Vorrangs für ihre Grundschild abhängig machen durfte. Nach der Bürgschaftsurkunde vom 19. März 1990 war dies nicht der Fall, nachdem die Beteiligten - gemäß der bindenden tatrichterlichen Feststellung - vereinbart hatten, die Bürgschaft nicht an einen Vertragsschluß gemäß dem geänderten Kaufangebot vom 16. März 1990 zu knüpfen, in dem die Käufer einer Grundschild bis zur Höhe von 20 Mio. DM den Vorrang vor ihrem Nießbrauchsrecht bewilligt hatten. Dementsprechend hat die Klägerin in ihrem Schreiben an den Beklagten vom 19. März 1990 die Weitergabe der Bürgschaft an die Verkäufer von der Bestellung der Grundschild abhängig gemacht, ohne deren Rang festzulegen.

In diesem Zusammenhang wird zu prüfen sein, ob die Erklärungen der Verkäufer in der Grundschildbestellungsurkunde vom 27. August 1991 bedeutsam sind für die Frage, ob die Klägerin die Erfüllung ihrer Bürgschaftsschuld von der Einräumung des Vorrangs für ihre Grundschild hätte abhängig machen dürfen. Insoweit müssen die Parteien noch Gelegenheit erhalten, ihren Vortrag zu ergänzen (§ 139 ZPO). Nach den tatrichterlichen Feststellungen ist es nicht ausgeschlossen, daß die Klägerin sich damit einverstanden erklärt hat, die Erfüllung ihrer Vertragspflichten nicht an die Einräumung des Vorrangs für ihre Grundschild zu knüpfen.

3. Danach muß noch aufgeklärt werden, wie der hypothetische Geschehensverlauf bei pflichtgemäßem Verhalten des Beklagten gewesen wäre.

Hätte die Klägerin ohne dessen Amtspflichtverletzung die Bürgschaftsforderung der Verkäufer erfüllen müssen, ohne dies von der Einräumung des Vorrangs für ihre Grundschuld abhängig machen zu dürfen, so hat die Klägerin bisher keinen Vermögensnachteil dargelegt, der auf das pflichtwidrige Vorgehen des Beklagten zurückzuführen wäre. Dies gilt auch dann, wenn die Klägerin gemäß ihrer Behauptung 1 Mio. DM an den Verwalter im Konkurse über das Vermögen der Käufer gezahlt hat, um ihrer Grundschuld den Vorrang gegenüber dem Nießbrauchsrecht zu verschaffen und die Löschung des Vorkaufsrechts zu erhalten.

Mit seiner Behauptung, die Klägerin wäre von den Verkäufern rechtzeitig und mit Erfolg aus der Bürgschaft in Anspruch genommen worden, macht der Beklagte in der Sache den Einwand einer "Reserveursache" geltend (vgl. dazu BGHZ 104, 355, 358 ff, BGH, Urt. v. 13. Oktober 1966 - II ZR 173/64, NJW 1967, 551 f). Dieser Einwand ist - mögen hypothetische Ereignisse, die zu einem späteren Zeitpunkt aus anderem Anlaß eingetreten wären, auch grundsätzlich außer Betracht zu bleiben haben (vgl. BGHZ 125, 56, 61 f m.w.N.) - im Streifall deshalb beachtlich, weil die Klägerin der Bürgschaftsforderung bereits bei Eintritt des schädigenden Ereignisses ausgesetzt war und aus ihr nach der Behauptung des Beklagten ohne dieses Ereignis alsbald in Anspruch genommen worden wäre (vgl. in diesem Zusammenhang BGHZ 10, 6, 9 ff). Die Beweislast für diese Behauptung

liegt beim Beklagten (vgl. BGHZ 78, 209, 214; BGH, Urt. v. 29. September 1982 - IVa ZR 309/80, NJW 1983, 1053).

Brandes

Kreft

Fischer

Zugehör

Ganter