

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BeurkG § 17, BNotO §§ 14, 19

Der Notar kann den Willen der Beteiligten nur dann richtig erfassen und in die passende rechtliche Form kleiden, wenn er den Tatsachenkern des zu beurkundenden Geschäfts aufklärt. Es gehört nicht zu seiner Amtspflicht, den Beteiligten einen rechtlichen Hinweis darauf zu geben, wie sie die bessere Berechtigung eines Dritten beseitigen können.

BGH, Urt. v. 6. November 1986 - IX ZR 125/85 - OLG Düsseldorf
LG Duisburg

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IX ZR 125/85

in dem Rechtsstreit

Verkündet am:
6. November 1986
Thiesies
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Notar Hubert G [REDACTED], M [REDACTED]straße [REDACTED], D [REDACTED],

Beklagter und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

Steuerberater Franz Josef W [REDACTED],
Wi [REDACTED]straße [REDACTED] - [REDACTED], E [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagter,

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

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 6. November 1986 durch den Vorsitzenden Richter Merz und die Richter Zorn, Henkel, Gärtner und Winter

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 18. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 4. Juli 1985 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Kläger nimmt den beklagten Notar auf Schadensersatz mit der Behauptung in Anspruch, eine von diesem ausgearbeitete und beurkundete Sicherungsübereignung antiken Inventars sei fehlgeschlagen.

Am 9. August 1982 gründeten der Kläger, Ursula B. [REDACTED] und Erwin A.O. R. [REDACTED], sämtlich Steuerberater, die (so-



dann am 5. Januar 1983 in das Handelsregister eingetragene) "B [REDACTED] & Partner GmbH St [REDACTED] gesellschaft mit dem Sitz in D [REDACTED]" (künftig: GmbH); zur Geschäftsführerin wurde Ursula B [REDACTED] bestellt. Ebenfalls am 9. August 1982 kaufte die GmbH vom Steuerbevollmächtigten Werner B [REDACTED], dem Ehemann von Ursula B [REDACTED], dessen in seinem Anwesen D [REDACTED], P [REDACTED]straße [REDACTED] betriebene Steuerberatungspraxis einschließlich Inventar (Mobiliar, Geräte, Fachliteratur sowie Kleinmaterial und Materialvorräte). Vom Gesamtkaufpreis von 1,65 Mio. DM entfielen auf die Übernahme des Mandantenstammes entsprechend dem zugrundegelegten Jahresumsatz 1,5 Mio. DM; insoweit sieht der "Praxisübernahmevertrag" vor, daß der Verkäufer, sollte dieser Umsatz innerhalb von 24 Monaten infolge des Ausscheidens von Mandanten absinken, zur Erstattung des sich daraus ergebenden Differenzbetrages verpflichtet ist. Nicht mitverkauft wurde das in der Praxis verwendete, nunmehr vom Streit der Parteien betroffene, antike Inventar. Hierzu und zur Miete der Praxisräume heißt es im Vertrag:

"§ 9 Mietverhältnis

Der Verkäufer erklärt, daß die Käuferin die bisher der Praxis dienenden Räume ... anmieten kann ...

Die Miete für das Antikinventar beträgt DM 250 zuzüglich Mehrwertsteuer. Das Mietverhältnis wird durch besondere Vereinbarung geregelt".

In der Folgezeit kam es zwischen den Beteiligten zu Meinungsverschiedenheiten. Werner B [REDACTED] ließ durch Anwaltschreiben vom 30. August 1982 mitteilen, er habe sich ent-

schlossen, vom Verkauf seiner Praxis Abstand zu nehmen. Der Kläger und R [REDACTED] erstritten daraufhin gegen ihn am 30. November 1982 vor dem Landgericht Duisburg ein Vorbehaltsurteil über die Rückzahlung als Kaufpreis geleisteter 1,04 Mio. DM. Anfang Dezember 1982 verständigten sich schließlich die Beteiligten. In einer "Heilungsvereinbarung" vom 3. Dezember 1982 stellten sie fest, daß die abgeschlossenen Verträge voll wirksam geworden seien, jedoch in Abänderung des Beginns der Übernahme, der nunmehr der 1. November 1982 sei, und daß der bisher fehlende Mietvertrag über die Praxisräume ebenfalls abgeschlossen worden sei; zugleich verzichteten der Kläger und R [REDACTED] auf ihre Rechte aus dem Vorbehaltsurteil.

Am selben Tage, dem 3. Dezember 1982, - ob vor oder nach dem Abschluß der "Heilungsvereinbarung" ist zwischen den Parteien streitig - erschienen der Kläger sowie Ursula und Werner Baaten beim Beklagten und beauftragten ihn, eine Sicherungsübereignung zu beurkunden. In der vom Beklagten aufgenommenen Urkunde heißt es hierzu u. a. (Urk.Nr. [REDACTED]/1982):

"Herr B [REDACTED] hat seine Steuerberatungspraxis durch Vertrag vom 9.8.1982 der ... GmbH ... übertragen. Zur Sicherung der Ansprüche, die der Erwerberin der Praxis aus dem Vertrage aus irgend einem Grunde bereits entstanden sind oder noch entstehen werden, bestellt Herr B [REDACTED] die nachbezeichneten Sicherheiten Herrn We [REDACTED] (Kläger) als Treuhänder der vorbezeichneten Gesellschaft:

...

2. Herr Baaten übereignet Herrn We [REDACTED] (Kläger) als Treuhänder

a) die ihm gehörenden und in der Liste A (4 Blatt) aufgeführten Gegenstände, die sich bereits im Besitz der Gesellschaft befinden,

...".

Die Gegenstände der Liste A betreffen ausschließlich das antike Inventar der Steuerberatungspraxis.

Am 21. Januar 1983 erwirkten die S [REDACTED] sparkasse D [REDACTED] und die D [REDACTED] V [REDACTED] bank dingliche Arrestbefehle in das Vermögen des Werner B [REDACTED], der am 18. Januar 1983 wegen des Verdachtes strafbarer Handlungen in Untersuchungshaft genommen worden war und jedenfalls seitdem zahlungsunfähig ist. Noch am selben Tage pfändeten beide Gläubigerinnen u.a. das antike Inventar in den Büroräumen des Hauses P [REDACTED] - straße 6. Am 10. März 1983 wurde der Konkurs über das Vermögen des Werner B [REDACTED] eröffnet.

Mitte April 1983 erhob der Kläger unter Berufung auf sein Sicherungseigentum vor dem Landgericht Duisburg Drittwiderspruchsklagen gegen die S [REDACTED] sparkasse D [REDACTED] und die D [REDACTED] V [REDACTED] bank und verkündete mit Schriftsätzen vom 25. Mai 1983 dem Beklagten den Streit. Der Beklagte trat nicht bei, teilte aber zu den Verfahren mit:

"Bei der Beurkundung des Vertrages bin ich von dem mir von den Beteiligten vorgetragenen Sachverhalt, also

bezüglich der unter Ziff. 2. a) bezeichneten und in der Liste A aufgeführten Sachen davon ausgegangen, daß diese "sich bereits im Besitz der (vom Treuhänder vertretenen und "in Gründung befindlichen") Gesellschaft befinden". Daraus habe ich die Rechtsfolgerung gezogen, daß zu dem von den Vertragsparteien gewollten Eigentumsübergang die Einigung darüber gemäß § 929 Satz 2 BGB genügte, und die entsprechende Fassung unter Ziff. 2 a) gewählt ...".

Beide Klagen wurden durch rechtskräftige Urteile des Landgerichts Duisburg jeweils vom 8. November 1983 mit der Begründung abgewiesen, der Kläger habe kein Eigentum erlangt, weil der Besitz am antiken Inventar der GmbH aufgrund des Mietvertrages, nicht aber ihm zu Zwecken der Übereignung verschafft worden sei.

Bereits am 31. Januar 1983 hatte das Amtsgericht Duisburg auf Antrag der S██████sparkasse D██████ als Gläubigerin von Briefgrundschulden über insgesamt 400.000 DM die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung des Grundstücks Pfarrstraße 4 angeordnet. Die Gläubigerin hatte im Verfahren ausdrücklich auf die "wertvollen Antiquitäten" hingewiesen und deren Zubehörhaftung geltend gemacht. Der Konkursverwalter hatte zwar die Zubehöreigenschaft zunächst angezweifelt, am 30. Mai 1983 aber das Grundstück samt dem antiken Praxisinventar freigegeben. Am 18. Juni 1984 wurde das Grundstück versteigert, und zwar einschließlich des antiken Inventars, das vom Ersteher nach und nach veräußert wurde und wird. Bis zum Zuschlag bestand der Mietvertrag über dieses Inventar fort und wurde von der GmbH Miete bezahlt.

Die Parteien streiten nunmehr darüber, ob die Sicherungsübereignung des antiken Inventars mißlungen und welcher Schaden hieraus dem Kläger entstanden ist.

Im ersten Rechtszuge verlangte der Kläger vom Beklagten Ersatz der durch die Drittwiderspruchsklagen angefallenen Kosten in Höhe von 14.219,04 DM und begehrte Feststellung, daß der Beklagte verpflichtet sei, ihm jeden weiteren infolge der Unwirksamkeit der Sicherungsübereignung entstehenden Schaden zu ersetzen. Das Landgericht gab der Klage mit Ausnahme eines Teils des Zinsbegehrens statt. Der vom Beklagten eingelegten Berufung schloß sich der Kläger an, indem er die Feststellungs- in eine Leistungsklage änderte und aus eigenem, hilfsweise ihm von der GmbH abgetretenem Recht Zahlung weiterer 128.000 DM (zuzüglich Prozeßzinsen) verlangte; er trug vor, der Kaufpreis für die Praxis sei überhöht gewesen, weshalb ein, angesichts der Vermögenslosigkeit des Verkäufers allerdings wertloser, Rückzahlungsanspruch von über 850.000 DM bestehe, für den der Beklagte in Höhe der nun geltend gemachten Forderung, die dem Wert des antiken Inventars entspreche, eintreten müsse. Während das Rechtsmittel des Beklagten erfolglos blieb, erklärte das Oberlandesgericht den mit der Anschlußberufung erhobenen Anspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt und verwies insoweit die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurück.

Mit seiner Revision erstrebt der Beklagte die (vollständige) Klageabweisung und die Zurückweisung der Anschlußberufung, hilfsweise die Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht.

Entscheidungsgründe

Die Revision des Beklagten führt zur Aufhebung des angegriffenen Urteils und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht.

I.

Ohne Erfolg bekämpft allerdings die Revision die Auffassung des Berufungsrichters, der Beklagte habe bei der Beurkundung der Sicherungsübereignung seine Amtspflicht verletzt (§ 19 Abs. 1 Satz 1 BNotO).

1. Das Berufungsgericht geht davon aus, es sei Inhalt und Zweck des Sicherungsübereignungsvertrages gewesen, dem Kläger, nicht etwa der GmbH, Sicherungseigentum am antiken Inventar zu verschaffen. Dagegen wendet sich die Revision nicht mehr. Diese Sicherungsübereignung sei jedoch, so meint das Berufungsgericht weiter, fehlgeschlagen.

a) Es läßt offen, ob das bereits aufgrund einer Interventionswirkung der die Drittwiderspruchsklagen abweisenden Urteile des Landgerichts Duisburg vom 8. November 1983 feststehe. Das ist, worauf die Revision zutreffend hinweist, nicht der Fall. Der Kläger hatte nämlich in den Vorprozessen im Zeitpunkt der Streitverkündung an den Beklagten bereits vorgetragen, daß der GmbH die Praxisräume und das antike

Inventar schon vor Abschluß des Sicherungsübereignungsvertrages zum Zwecke der Vermietung übergeben worden waren. Hierzu hätte sich der Beklagte, wäre er als Streithelfer des Klägers den Verfahren beigetreten, nicht in Widerspruch setzen (vgl. § 67 ZPO), also nicht behaupten dürfen, die Besitzverschaffung sei mit dem Ziel der Übereignung an den Kläger erfolgt und erst anschließend sei der Mietvertrag vollzogen worden. Eine Interventionswirkung scheidet mithin aus, §§ 74 Abs. 2 und 3, 68 Halbsatz 2 ZPO (BGH, Urt. v. 8. Oktober 1981 - VII ZR 341/80, NJW 1982, 281).

b) Das Berufungsgericht stellt aber selbst fest, daß der Besitz am antiken Inventar der GmbH bei Übergabe der Praxis am 1. oder 3. Dezember 1982 überlassen worden sei, weil der Mietvertrag über dieses Inventar, der tatsächlich bis zum Zuschlag in der Zwangsversteigerung fortbestanden habe, entweder schon zustande gekommen gewesen sei oder noch hätte abgeschlossen werden sollen. Es folgert daraus, daß der Veräußerer Baaten wegen des mit der GmbH begründeten Besitzmittlungsverhältnisses seinen mittelbaren Besitz als Vermieter nicht aufgegeben habe und deshalb eine Übereignung nach § 929 Satz 2 BGB gescheitert sei.

Die dagegen von der Revision erhobenen Angriffe sind nicht begründet.

aa) Der Tatrichter hat aufgrund der Beweisaufnahme die Überzeugung gewonnen, daß die Übergabe des antiken Inventars von vorneherein im Hinblick auf den von allen Beteiligten gewollten und auch verwirklichten Mietvertrag erfolgt war. Die Revision versucht demgegenüber erfolglos, an die Stelle

dieses nach der Lebenswirklichkeit naheliegenden Sachverhaltsverständnisses ihre eigene Wertung zu setzen, wonach der Veräußerer sich zum Zwecke der Sicherungsübereignung zunächst seines Besitzes völlig entledigt habe, und erst danach anlässlich des Abschlusses des Mietvertrages wieder mittelbarer Besitzer geworden sein solle.

Sie meint auch zu Unrecht, die GmbH habe jedenfalls anlässlich des Sicherungsübereignungsvertrages ihren Besitzmittlungswillen geändert, also nur noch den Kläger als mittelbaren Besitzer anerkennen wollen. Das ist in den Tatsacheninstanzen weder vorgetragen worden, noch stellt es der Berufungsrichter fest.

bb) Behält der Veräußerer jedoch seinen mittelbaren Besitz, ist eine Übereignung nach § 929 Satz 2 BGB, so wie sie hier vom Beklagten gewollt war und beurkundet wurde, nicht möglich. Ein Eigentumsübergang nach dieser Vorschrift setzt vielmehr voraus, daß der Veräußerer keinerlei Besitzbeziehung zur Sache mehr hat oder behält (vgl. MünchKomm/Quack, BGB, § 929 Rdnr. 160; Soergel/Mühl, BGB, 11. Aufl., § 929 Rdnr. 16; BGB-RGRK/Pikart, 12. Aufl., § 929 Rdnrn. 44, 62; Palandt/Bassenge, BGB, 45. Aufl., § 929 Anm. 3 a, 4). Das war hier nicht der Fall. Deshalb ist der Eigentumserwerb des Klägers gescheitert. Die Frage, ob und wie er selbst wenigstens mittelbarer Besitzer geworden ist, muß nicht mehr entschieden werden.

2. Zu Recht nimmt das Berufungsgericht auch an, das Verfehlen des mit dem beurkundeten Rechtsgeschäft bezweckten Erfolges beruhe auf einer Pflichtverletzung des Beklagten.

a) Es stellt zwar zu Gunsten des Beklagten fest, er habe bei der Beurkundung der Sicherungsübereignung nicht gewußt, daß das antike Inventar der GmbH zum Zwecke der Durchführung eines Mietvertrages übergeben worden war. Auch seien ihm die Verträge über den Praxisübergang und die Vermietung nicht ausgehändigt worden. Dem Beklagten sei aber bekannt gewesen, daß die Steuerberatungspraxis an die GmbH übertragen worden war. Er habe gewußt, daß das antike Inventar zwar Büroinventar, aber dennoch nicht mit der Praxis übereignet worden sei, sondern weiterhin dem Veräußerer gehört habe, sich aber bereits im "Besitz" der GmbH befinden sollte. Nachfragen zu diesem ihm von den Beteiligten unterbreiteten Sachverhalt habe er nicht gestellt.

b) Es ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, daß es der Berufungsrichter dem Beklagten als Pflichtverletzung anlastet, bei diesem Kenntnisstand die Beurkundung vorgenommen zu haben.

aa) Gemäß § 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG soll der Notar den Willen der Beteiligten erforschen, den Sachverhalt klären, die Beteiligten über die rechtliche Tragweite des Geschäfts belehren und ihre Erklärungen klar und unzweideutig in der Niederschrift wiedergeben. Die Vorschrift soll gewährleisten, daß der Notar eine rechtswirksame Urkunde über den wahren Willen der Beteiligten errichtet (Senatsurt. v. 3. Juli 1986 - IX ZR 51/85, ZIP 1986, 1328, 1331 = WM 1986, 1283).

Ein Notar kann aber den Willen der Beteiligten nur dann richtig erfassen und in die passende rechtliche Form kleiden, wenn er den zugrundeliegenden Sachverhalt kennt. Er

muß deshalb den Tatsachenkern des Geschäfts aufklären. Dabei ist er zwar auf die Angaben der Beteiligten angewiesen. Er muß sie aber belehren, warum es auf bestimmte Tatsachen ankommen kann, und muß sie entsprechend befragen. Der Notar darf zwar regelmäßig die tatsächlichen Angaben der Beteiligten ohne eigene Nachprüfung als richtig zugrundelegen. Er muß aber bedenken, daß Beteiligte entscheidende Gesichtspunkte, auf die es für das Rechtsgeschäft ankommen kann, möglicherweise nicht erkennen oder rechtliche Begriffe, die auch unter Laien gebräuchlich sind, und die sie ihm als Tatsachen vortragen, möglicherweise falsch verstehen (vgl. dazu BGH, Urt. v. 7. November 1957 - III ZR 131/56, LM BGB § 839 Ff. Nr. 7; Haug, DNotZ 1972, 388, 404; BGB RGRK/Kreft aaO § 839 Rdnr. 416; Rinsche, Die Haftung des Rechtsanwalts und des Notars, 2. Aufl., II 18; Reithmann/Röll/Geßelle, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, 5. Aufl., Rdnrn. 199, 200, 201).

bb) So lag der Fall hier. Die Beteiligten, u.a. der Kläger, hatten den Beklagten beauftragt, eine Sicherungsübereignung zu beurkunden. Sie trugen ihm vor, die GmbH sei bereits Besitzerin des zu übereignenden Inventars. Es ist ungewöhnlich, daß sich der Sicherungsgeber im Falle einer Sicherungsübereignung des Besitzes völlig entäußert und das Sicherungsgut nicht selbst weiterhin nutzt, so daß die Sicherungsübereignung in der Form des § 929 BGB vorgenommen werden kann. Diese Abweichung von dem Normalfall mußte dem beklagten Notar Anlaß zur Prüfung geben, ob die Beteiligten den Rechtsbegriff des Besitzes voll erfaßt hatten, oder sie nicht nur - wie Laien häufig - darunter den

unmittelbaren Besitz verstanden. Er hätte sie darüber belehren müssen, daß der Veräußerer im Falle einer Übereignung nach § 929 BGB jeglichen, auch den mittelbaren, Besitz aufgeben muß. Der Notar hätte demzufolge die Beteiligten nach dem Anlaß des Besitzerwerbes der GmbH befragen müssen. Diese Belehrungs- und Aufklärungspflicht hat auch bestanden, obwohl die Beteiligten als Steuerberater rechtlich nicht unerfahren waren. Denn es handelt sich bei den Anforderungen, die § 929 BGB an die Aufgabe des Besitzes stellt, und bei der Unterscheidung zwischen mittelbarem und unmittelbarem Besitz sowie den verschiedenen Übereignungstatbeständen der §§ 929 bis 931 BGB um sachenrechtliche Regelungen, deren Kenntnis von Steuerberatern nicht ohne weiteres zu erwarten ist.

II.

Die Amtspflichtverletzung des Beklagten ist aber für die Entstehung eines Schadens nur dann ursächlich geworden, wenn bei wirksamer Sicherungsübereignung Befriedigung aus dem antiken Inventar hätte erlangt werden können.

1. Das Berufungsgericht stellt fest, daß die Praxis jedenfalls in Höhe von 128.000 DM, was nach den Behauptungen des Klägers dem Wert des antiken Inventars entspreche, überzahlt worden ist. Eine Möglichkeit, die Forderung gegen den Verkäufer der Praxis, Werner B. [REDACTED], durchzusetzen, besteht angesichts dessen Vermögenslosigkeit nicht.

Dagegen erhebt die Revision keine Einwände.

2. Eine Befriedigung aus dem Sicherungsgut hätte vorausgesetzt, daß es nicht der Haftung der älteren, auf dem Grundstück P[REDACTED]straße [REDACTED] lastenden Grundpfandrechte unterlegen wäre, die seinen Wert überstiegen.

a) Der Berufungsrichter läßt es dahinstehen, ob für das antike Inventar die Voraussetzungen des § 97 Abs. 1 BGB gegeben waren. Er unterstellt die Zubehöreigenschaft, meint aber, sie sei im November 1982 durch die Vermietung des Praxisinventars aufgehoben worden; denn das moderne Inventar sei an den Erwerber der Praxis veräußert, das antike an ihn aber nur vermietet worden. Nur gemietetes Inventar diene aber nicht mehr dauernd der Hauptsache. Außerdem zeige die Sicherungsübereignung, daß das daraus fließende Befriedigungsrecht die rechtliche Möglichkeit der Entfernung des Inventars begründe. Es sei damit nicht mehr auf Dauer dazu bestimmt gewesen, der Hauptsache zu dienen. Jedenfalls aber habe die Zubehöreigenschaft zu dem Zeitpunkt geendet, zu dem die Mieterin (GmbH) das Inventar nicht mehr genutzt habe.

b) Die Revision greift die Unterstellung, das antike Inventar sei Zubehör gewesen, als ihr günstig nicht an. Davon ist mithin auch im Revisionsverfahren auszugehen. Sie beanstandet aber mit Recht die Erwägungen, mit denen das Berufungsgericht die Beendigung einer Zubehöreigenschaft begründet.

War das antike Mobiliar nach den Bestimmungen des Eigentümers B [REDACTED] dauernd Inventar der Steuerberatungspraxis geworden, so änderte die Praxisübernahme daran nichts. Die gemeinsame Vermietung der Praxisräume und des antiken Inventars bestätigte vielmehr, daß das Inventar weiterhin der Nutzung des Hauses als Steuerberatungspraxis zu dienen hatte. Nicht der Mieter, sondern der Vermieter (Grundstückseigentümer) hat diese Unterwerfung begründet. Demzufolge konnte sie der Mieter auch nicht durch die bloße Aufgabe der Nutzung beseitigen. Dieser Verzicht konnte naturgemäß lediglich für die Mietzeit, also nur vorübergehend von Bedeutung sein, mithin das rechtliche Schicksal des Inventars als Zubehör nicht beeinflussen.

Auch die Sicherungsübereignung führte nicht zur Entwidmung. Ebenso wenig wie der Erwerb von Inventar unter Eigentumsvorbehalt das Entstehen einer Zubehöreigenschaft hindert (vgl. BGHZ 35, 85, 87; Urt. v. 17. September 1979 - VIII ZR 339/78, LM BGB § 1120 Nr. 3 = NJW 1979, 2514), vermag die Sicherungsübereignung von Zubehör dessen Unterwerfung unter die Hauptsache zu beenden.

3. Der Berufungsrichter sieht im übrigen für den Fall einer Zubehörhaftung eine Amtspflichtverletzung des Beklagten darin, daß dieser nicht vorsorglich zu Enthaltungsmaßnahmen geraten habe.

Dem kann nicht zugestimmt werden. Es kann offen bleiben, ob der Beklagte bei der Beurkundung der Sicherungsübereignung hätte bedenken und darauf hinweisen müssen, daß das antike Inventar Zubehör sein, sich also im Haftungsverband von Grundpfandrechten befinden könnte. Auch kann dahinstehen, ob die Beteiligten den hier allein in Betracht kommenden Rat, das Inventar im Sinne des § 1121 BGB vom Grundstück zu entfernen, befolgt hätten. Denn das wäre bei der damaligen finanziellen Situation des Sicherungsgebers Baaten den Grundpfandgläubigern gegenüber rechtswidrig gewesen; Baaten hätte sich daher ihnen gegenüber nach §§ 1135, 823 BGB schadensersatzpflichtig gemacht (vgl. BGHZ 60, 267, 273). § 14 Abs. 2 BNotO zeigt aber, daß es nicht Amtspflicht des Notars sein kann, den Beteiligten einen rechtlichen Hinweis darauf zu geben, wie sie die bessere Berechtigung eines Dritten beseitigen können.

III.

Das Berufungsgericht bejaht die Verpflichtung des Beklagten, dem Kläger die Kosten der von ihm zur Verteidigung seines vermeintlichen Sicherungseigentums gegen zwei Arrestpfandgläubigerinnen geführten, erfolglosen Drittwiderspruchsklagen zu ersetzen. Auch das hält einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

Die Verfahrenskosten sind als Schaden durch die Amtspflichtverletzung des Beklagten nur insoweit verursacht worden, als sie der Kläger bei einem rechtswirksamen Erwerb

des Sicherungseigentums nicht zu tragen gehabt hätte. Es kommt also darauf an, ob der Kläger in diesem Fall die Prozesse gewonnen hätte.

1. Beide Klagen waren auch dann zulässig, wenn man, wovon für die Revisioninstanz auszugehen ist, annimmt, daß das gepfändete Inventar Zubehör war, also im Haftungsverband von Grundpfandrechten stand. Es ist zwar streitig, ob eine gemäß § 865 Abs. 2 ZPO unzulässige Pfändung eine wirksame, jedoch anfechtbare Verstrickung begründet (Stein/Jonas/Münzberg, ZPO, 19. Aufl., § 865 Anm. V, Wieczorek/Schütze, ZPO, 2. Aufl., § 865 Anm. B II; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, ZPO, 44. Aufl., § 865 Anm. 4) oder unheilbar nichtig ist (RGZ 135, 197, 206; Zeller, ZVG, 11. Aufl., § 20 Anm. 3 (12); Zöllner/Stöber, ZPO, 14. Aufl., § 865 Rdnr. 11; widersprüchlich Thomas/Putzo, ZPO, 14. Aufl., § 865 Anm. 2 a, d). Selbst wenn man aber letzteres annimmt, kann der Klage aus § 771 ZPO das Rechtsschutzinteresse nicht abgesprochen werden, weil der Dritte die Möglichkeit haben muß, den Schein eines Vollstreckungszugriffs auf sein Eigentum zu zerstören.

2. Den Klagen stand auch nicht entgegen, daß bereits vor ihrer Rechtshängigkeit (14. April 1983) der Konkurs über das Vermögen des Sicherungsgebers eröffnet worden war (10. März 1983). Denn der Sicherungsnehmer wäre auch gegenüber dem Konkursverwalter berechtigt gewesen, die Herausgabe des Sicherungsgutes zum Zwecke der abgesonderten Befriedigung auf Grund seines dinglichen Rechtes zu verlangen (§ 127 Abs. 2 KO; vgl. BGH, Urt. v. 23. November 1977 - VIII ZR 7/76, NJW 1978, 632, 633).

3. In dem Rechtsstreit gegen die Stadtparkasse Duisburg hatte diese nicht nur fehlendes Sicherungseigentum des Klägers geltend gemacht, sondern auch die Einwendung der unzulässigen Rechtsausübung erhoben, weil die gepfändeten Gegenstände ihrer Grundschuldhaftung unterlägen und beschlagnahmt seien. Auf diesen Einwand ist das Berufungsgericht, von seinem Standpunkt aus zu Recht, nicht eingegangen. Nach der oben (unter II 2, 3) dargestellten Rechtslage und den in der Revisionsinstanz zu unterstellenden Voraussetzungen des § 97 Abs. 1 BGB hatte jedoch die Stadtparkasse Duisburg ein vorrangiges Befriedigungsrecht. Zwar konnte auch sie dieses Recht wegen § 865 Abs. 2 ZPO nicht im Wege der Mobiliarpfändung durchsetzen. Es mußte ihr aber in einem Fall, in dem sie - wie hier - bereits die Beschlagnahme im Wege der Zwangsversteigerung erwirkt hatte, gestattet sein, ihre bessere Berechtigung auch einzuwenden, wenn der Dritte sich gegen die von ihr zusätzlich durchgeführte Pfändung wandte. Diese war im Übrigen ersichtlich nur erwirkt worden, um bei einer Verneinung der Zubehörereigenschaft des antiken Inventars Rechte zu haben.

Der Kläger hätte demnach seine Klage aus § 771 ZPO auch verloren, wenn er wirklich Sicherungseigentümer geworden wäre. Dann hat aber der Beklagte die aus dem Verlust dieses Rechtsstreits entstandenen Kosten nicht durch seine Amtspflichtverletzung verursacht.

4. In dem Rechtsstreit gegen die Duisburger Volksbank hatte diese Hilfswiderklage erhoben, mit der sie im Hinblick auf eine titulierte Forderung die Anfechtung aus § 3 Abs. 1 Nr. 1 AnfG geltend gemacht und beantragt hatte, den Kläger

mit den sich daraus ergebenden kostenrechtlichen Folgen zu verurteilen, die Zwangsvollstreckung in das gepfändete Inventar zu dulden. Im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in jenem Verfahren (18. Oktober 1983) konnte diese Anfechtung trotz des Konkursverfahrens nicht an § 13 AnfG scheitern, weil der Konkursverwalter schon Ende Mai 1983 das Grundstück P[REDACTED]straße ● und das im Praxisgebäude befindliche Inventar aus der Konkursmasse freigegeben hatte (§ 13 Abs. 5 AnfG).

Die Voraussetzungen der Anfechtung wären demnach vom Berufungsrichter im Rahmen der Frage nach der Kausalität der Pflichtverletzung des Beklagten zu prüfen gewesen. Das ist nicht geschehen. Die Zurückverweisung gibt Gelegenheit, das nachzuholen.

IV.

Nach alledem kann das Berufungsurteil keinen Bestand haben. Für die neue Verhandlung und Entscheidung wird auf folgendes hingewiesen:

1. Der Berufungsrichter wird beantworten müssen, ob das antike Inventar Zubehör im Sinne des § 97 Abs. 1 BGB war. Er wird insbesondere zu prüfen haben, ob u.a. wertvolle Eß-tische und Kirchenbänke nach der Verkehrsauffassung als Zubehör einer Steuerberatungspraxis anzusehen sind, auch wenn sie dort als Büromöbel genutzt werden, und gegebenenfalls, ob eine auf Dauer angelegte Unterordnung dieser wertvollen

Antiquitäten unter die Hauptsache vorlag, also eine Verbindung zwischen Gebäude und Inventar für einen nicht von vorneherein feststehenden Zeitraum und nicht etwa nur zur Befriedigung der Bedürfnisse des derzeitigen Eigentümers (BGHZ 62, 49, 52 m. Anm. Mattern, LM § 97 Nr. 7). Hierbei handelt es sich im wesentlichen um Tatfragen (BGHZ 62, 49, 53), die der Senat nicht selbst entscheiden kann.

2. Sollte der Tatrichter die Zubehöreigenschaft verneinen, wird zu untersuchen sein, ob ein wirksamer Sicherungsübereignungsvertrag nicht mit Erfolg hätte angefochten werden können. Eine der Gläubigerinnen hatte das im Vorprozeß, wie schon ausgeführt, geltend gemacht. Aber auch der Beklagte hatte sich auf die Anfechtbarkeit und den Anfechtungswillen des Konkursverwalters berufen und zu den Anfechtungsvoraussetzungen vorgetragen. Darauf, daß der Konkursverwalter das Rechtsgeschäft tatsächlich nicht angefochten hat, kommt es entgegen der Meinung des Berufungsgerichts nicht an. Denn der Konkursverwalter hat von einer, im übrigen im Zwangsversteigerungsverfahren von ihm zunächst schon angekündigten, Anfechtung nur deshalb abgesehen, weil er sich schließlich die Auffassung zu eigen machte, das antike Inventar sei Grundstückszubehör und hafte der Grundpfandgläubigerin.

3. Schließlich wird auch zu beachten sein:

Die Erhebung der Klagen aus § 771 ZPO war nicht nach § 19 Abs. 1 Satz 3 BNotO, § 839 Abs. 3 BGB erforderlich. Der Schaden des Klägers konnte allenfalls durch Geltendmachung der Rechte aus § 37 Nr. 5 ZVG in dem Zwangsversteigerungs-

verfahren abgewendet werden. Denn die Arrestpfändungen konnten während der Dauer des Konkursverfahrens ohnehin nicht zu einem Vollstreckungspfandrecht führen, weil keine Titel über die Hauptforderung vorhanden waren. Bei dieser Situation, die eine Eile bei der Klageerhebung nicht erforderte, hätten die Anwälte des Klägers Anlaß gehabt, an seinem Eigentum zu zweifeln. Denn sie kannten die Fortdauer des mittelbaren Besitzes des Sicherungsgebers, wie ihr Vortrag in den Drittwiderspruchsklagen belegt. Das könnte für die Kosten der beiden Vorprozesse eine anderweite Ersatzmöglichkeit (§ 19 Abs. 1 Satz 2 BNotO) eröffnet haben.

Merz

Zorn

Henkel

Gärtner

Winter