

BUNDESGERICHTSHOF

21

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IX ZR 126/88

Verkündet am:
21. September 1989
Schnurr
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Deutsche Kreditbank für Baufinanzierung AG,
vertreten durch den Vorstand Herbert B. [REDACTED],
Dr. Erwin G. [REDACTED] und Klaus H. [REDACTED],
Kaiser-W. [REDACTED]-Ring [REDACTED] - [REDACTED], K. [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

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

g e g e n

Land Baden-Württemberg,
vertreten durch die Staatsanwaltschaft bei dem
Oberlandesgericht K. [REDACTED],
Ho. [REDACTED]straße [REDACTED], K. [REDACTED],

Beklagter und Revisionsbeklagter,

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

WII

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 21. September 1989 durch den Vorsitzenden Richter Merz und die Richter Fuchs, Gärtner, Dr. Schmitz und Dr. Kreft

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 12. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 5. Mai 1988 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin, eine Bank, nimmt das beklagte Land wegen Amtspflichtverletzung eines badischen Notars in Anspruch.

Am 21. April 1981 schloß die Klägerin mit den Brüdern Thomas und Helmut W. einen Darlehensvertrag (Bankvorausdarlehen) zum Zweck der Mitfinanzierung des Kaufs

- 3 -

einer Eigentumswohnung in Gr[REDACTED]-Wy[REDACTED]. Als "Darlehensbetrag" ist eine Summe von 205.000 DM genannt. Der "Auszahl.- Kurs" ist mit 92 angegeben. An Bereitstellungszinsen sollten ab 21. April 1981 0,25 % monatlich anfallen. Die Bearbeitungsgebühr sollte 1 1/2 %, die Wertermittlungsgebühr 410 DM betragen. Der "Zinssatz bis Laufzeitbeginn" ist "b.a.w." mit 9,75 % p.a., der "Darlehenszinssatz ab Laufzeitbeginn" ist mit 8,75 % p.a. angegeben. Unter "Konditionenfestschreibung u. Rückzahlungssperrfrist" ist vermerkt: "bis 20.4.1983". Unter "Sicherstellung des Darlehens" heißt es:

- "1. Jederzeit zahlungsfällige und sofort vollstreckbare Briefgrundschuld in Höhe von DM 205.000,-- nebst 20 % bzw. 21 % p.a. Zinsen nach dem Recht in Abt. II, Lfd.Nr. 1 und vor den Rechten in Abt. II Lfd.Nr. 2 + 3 und an absolut 1. Rangstelle in Abt. III im Wohnungs- bzw. Teileigentumsgrundbuch für o.a. Objekt.
2. ..."

In der Rubrik "Weitere Vereinbarungen" ist bestimmt:

- "1. Der Zinssatz wird nach Ablauf von einem Jahr ab Angebotsdatum um 1,75 % auf 7 % p.a. reduziert.
2. Das Disagio gilt als Entgelt für die Zinsfestschreibung, ist mit Zustandekommen des Darlehensvertrages fällig und wird bei Darlehensrückzahlung vor Ablauf der Bindungsfrist nicht anteilig erstattet."

Mit als "Treuhandauftrag" bezeichnetem Schreiben vom 16. Juni 1981 an den Notar S[REDACTED] in L[REDACTED] teilte die Klägerin mit:



21

"im Auftrag und für Rechnung unseres Kunden haben wir auf Ihr Notarander-/Konto, Nr.: 485.50 bei Volksbank L[REDACTED] eG telegrafisch DM 184.278,70 ... zu treuen Händen überwiesen.

Über diesen Betrag dürfen Sie nur verfügen, wenn Sie die Erfüllung der folgenden Auflagen gewährleisten:

1. Eintragung von Herrn Thomas W[REDACTED] als Eigentümer der Eigentumswohnung im entsprechenden Grundbuch.
2. Eintragung einer jederzeit fälligen und sofort vollstreckbaren Briefgrundschuld in Abt. III des entsprechenden Wohnungs-Grundbuches in Höhe von DM 205.000,-- gemäß unserem Vordruck.

...

Die Grundschuld muß den ersten Rang in Abt. III, den Rang unmittelbar nach dem Recht/den Rechten in Abt. II Nr. 1 ohne gleichrangige Rechte erhalten.

3. Löschung der im Wohnungs-Grundbuch von Gr[REDACTED]-Wy[REDACTED] Blatt/Heft ... eingetragenen Grundschulden z.G. der Fa. C[REDACTED]-Ge[REDACTED] AG, Ba[REDACTED], über insgesamt DM 87.200,--

...

9. Vorlage weiterer Unterlagen:

n) beglaubigte Teilungserklärung und Verwaltervertrag mit Gemeinschaftsordnung (Veräußerung der Eigentumswohnung durch Zwangsversteigerung muß ohne Zustimmung Dritter möglich sein).

o) Mietvertrag über DM 850,-- p.M.

...

Diesen Treuhandauftrag, für den wir keine Kosten übernehmen, befristen wir bis zum 16.9.1981.

..."

Ebenfalls mit Schreiben vom 16. Juni 1981 teilte die Klägerin den Käufern und Darlehensnehmern die Auszahlung des Kredits als Treuhandauftrag mit und erläuterte die Differenz zwischen Darlehens- und Auszahlungsbetrag. In der "Auszahlungsabrechnung" sind als abzusetzende Beträge aufgeführt:

Disagio-Abzug Wert 6.5.	16.400,-- DM
Bearbeitungs-Gebühr Wert 16.6.	3.075,-- DM
Wertermittlungs-Gebühr Wert 16.6.	410,-- DM
Treuhandgebühr Wert 16.6.	150,-- DM
Bereits angefallene Zinsen/Gebühren	661,30 DM
Einbehalt	25,-- DM.

Der "Auszahlungs-Netto-Betrag" ist demzufolge mit
(205.000 - 20.721,30 =) 184.278,70 DM angegeben.

Der Notar nahm den Treuhandauftrag an. Er zahlte den auf das Treuhandkonto überwiesenen Betrag am 30. Juni 1981 an die Darlehensnehmer aus, obwohl die Auflagen des Treuhandauftrages nicht vollständig erfüllt waren. Mit Schreiben vom 7. August 1981 bat die Klägerin den Notar, den ihm überwiesenen Betrag zuzüglich angefallener Guthabenzinsen innerhalb von acht Tagen an sie zurückzuüberweisen. Mit Schreiben vom 4. September 1981 teilte die Klägerin den Darlehensnehmern mit:

"gemäß unseren Bedingungen für Bankvorausdarlehen in der Fassung 2/89 sind die Zinsen innerhalb von 14 Tagen nach Erhalt der Abrechnung an uns zu zahlen.

Da das Konto trotz Mahnung nicht ausgeglichen ist, kündigen wir Ihnen hiermit den mit Ihnen geschlossenen Darlehensvertrag mit sofortiger Wirkung.

Unsere Forderung per 4.9. beträgt DM 214.374,94 und setzt sich wie folgt zusammen:

...

Wir bitten Sie, den o.a. Forderungsbetrag bis zum 18.9.1981 auf Ihr o.g. Darlehenskonto zu überweisen."

Aus der von der Klägerin eingeleiteten Zwangsversteigerung des Pfandobjektes erhielt sie am 16. August 1984 einen Betrag von 132.162,97 DM. Von Seiten der Darlehensnehmer flossen ihr weitere Beträge zu.

Die Klägerin hat das beklagte Land auf Zahlung der Differenz zwischen Treuhandvaluta und Versteigerungserlös in Höhe von (184.278,70 - 132.162,97 =) 52.115,73 DM nebst 4 % Zinsen ab Klagezustellung (8. November 1985) in Anspruch genommen. Mit Schriftsatz vom 18. August 1986 hat sie den Antrag dahin eingeschränkt, daß die Klagesumme nebst Zinsen Zug um Zug gegen Abtretung der Darlehensansprüche der Klägerin gegen die Käufer zu zahlen sei. Das Landgericht hat der Klage stattgegeben, das Berufungsgericht hat sie abgewiesen. Mit ihrer Revision erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe

Die Revision führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an die Vorinstanz.

I.

Das Berufungsgericht bejaht eine schuldhafte Amtspflichtverletzung des Notars, weil er entgegen seiner Pflicht aus dem Treuhandvertrag den ihm zu treuen Händen überwiesenen Betrag ausgezahlt habe, bevor der für die Klägerin eingetragenen Grundschild die Rangstelle nach dem in Abt. II lfd. Nr. 1 eingetragenen Recht eingeräumt worden sei, die Teilungserklärung vorgelegen habe und ihm die Entlassung der Darlehensnehmer aus ihrer Verpflichtung zur Vorlage eines Mietvertrages über einen monatlichen Mietzins von 850 DM mitgeteilt worden sei. Ein solcher Mietvertrag sei auch später nicht beigebracht worden. Mit einem geringeren Mietzins habe die Klägerin sich nicht ohne weiteres zufrieden geben müssen. Der geltend gemachte Schadensersatzanspruch falle in den Schutzbereich der Treuhandabrede. Bei Klageerhebung habe keine anderweite Ersatzmöglichkeit bestanden. Auf Ansprüche gegen die Darlehensnehmer brauche die Klägerin sich nicht verweisen zu lassen, weil diese zu alsbaldigen Ersatzleistungen nicht in der Lage seien. Ein Ersatzanspruch sei schließlich nicht verjährt. Die Kenntnis, daß ihr Schaden durch eine anderweite Ersatzmöglichkeit ganz oder teilweise abgedeckt werde, habe die Klägerin frühestens mit dem im Zwangsversteigerungsverfahren ergangenen Zuschlagsbeschluß vom 28. Juni 1984 erlangt, so daß die Verjährung durch die Klageerhebung unterbrochen sei. Gleichwohl hat das Berufungsgericht einen Ersatzanspruch der Klägerin verneint, weil sie sich die von dem Darlehensnehmer Thomas

W [REDACTED] vor und nach Kündigung des Darlehensvertrages geleisteten und im Wege der Zwangsvollstreckung beigetriebenen Beträge anrechnen lassen müsse. Nach den eigenen Aufstellungen der Klägerin betrage die Summe bis einschließlich 5. Mai 1987 42.473,08 DM. Da die Klägerin trotz Hinweis eine Aufstellung über Zahlungseingänge nach dem 5. Mai 1987 nicht vorgelegt habe, sei davon auszugehen, daß der Restbetrag von 9.638,65 (genauer: 9.642,65) DM inzwischen gezahlt oder beigetrieben worden sei.

II.

1. Im Bezirk des Oberlandesgerichts Karlsruhe gilt die Bundesnotarordnung nach ihrem § 115 Satz 1 nicht. Doch sind die Notare, die hier als Träger eines unabhängigen öffentlichen Amtes im Landesdienst stehen, ebenfalls für die Beurkundung von Rechtsvorgängen und für die anderen den Notaren in der Bundesnotarordnung auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege übertragenen Aufgaben zuständig (§ 3 Abs. 1 [baden-württembergisches] Landesgesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit [LFGG] vom 12. Februar 1975 [GBl. S. 116]). Die eine Staatshaftung ausschließende Vorschrift des § 19 Abs. 1 Satz 4 BNotO ist nicht anwendbar. Gemäß § 20 Abs. 1 Baden-Württembergisches Ausführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Ba.Wü. AGBGB) vom 26. November 1974 (GBl. S. 498) finden die für Amtspflichtverletzungen von Beamten geltenden Vorschriften Anwendung, wenn ein Notar oder

Notarvertreter - sofern er nicht Gläubiger von Gebühren ist (§ 20 Abs. 2) - vorsätzlich oder fahrlässig die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht verletzt. Diese Norm, die durch das Gesetz zur Änderung des Baden-Württembergischen Ausführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch vom 8. Dezember 1981 (GBl. S. 591) aufgehoben und durch eine Neufassung des § 18 Ba.Wü. AGBGB ersetzt wurde, ist im Streitfall einschlägig, weil die dem Notar vorgeworfene Amtspflichtverletzung sich vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes am 1. Januar 1982 ereignete (vgl. Richter/Hammel, Baden-württembergisches Landesgesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit und andere Vorschriften des Landesrechts 2. Aufl. S. 109; Haug, Die Amtshaftung des Notars Rdn. 380). Es sind mithin die allgemeinen Vorschriften des § 839 BGB in Verbindung mit Art. 34 GG heranzuziehen (vgl. BGB-RGRK, 12. Aufl. § 839 Rdn. 388 f).

Gegen das Berufungsurteil ist danach aus Rechtsgründen nichts zu erinnern, soweit es eine das beklagte Land grundsätzlich zum Ersatz des geltend gemachten Schadens verpflichtende schuldhafte Amtspflichtverletzung des Notars als erwiesen ansieht (vgl. BGH, Urt. v. 19. März 1987 - IX ZR 166/86, ZIP 1987, 772) und das Bestehen einer anderweiten Ersatzmöglichkeit sowie eine Verjährung des Klageanspruchs verneint. Die Revision greift das Urteil insoweit als ihr günstig nicht an.

2. Mit Erfolg wendet sich die Revision indessen gegen die Annahme des Berufungsgerichts, auf die Klageforderung seien die von Seiten der Darlehensnehmer gezahlten und beigetriebenen Beträge in vollem Umfang anzurechnen.

Im Ausgangspunkt zutreffend nimmt das Berufungsgericht an, die Klägerin sei so zu stellen, wie wenn eine Auszahlung des dem Notar überwiesenen Betrages an die Darlehensnehmer nicht erfolgt wäre. Zur Beantwortung der Frage, welcher Schaden durch eine Amtspflichtverletzung herbeigeführt wurde, ist zu prüfen, welchen Verlauf die Dinge bei pflichtgemäßem Verhalten genommen hätten und wie die Vermögenslage des Betroffenen sein würde, wenn der Notar die Pflichtverletzung nicht begangen, sondern pflichtgemäß gehandelt hätte (vgl. BGH, Urt. v. 16. Juni 1988 - IX ZR 69/87, WM 1988, 1454; Urt. v. 21. März 1989 - IX ZR 155/88, WM 1989, 822). Bei pflichtgemäßem Handeln des Notars wäre der auf das Treuhandkonto überwiesene Betrag nicht ausgezahlt worden.

Durchgreifende Bedenken bestehen indessen gegen die Meinung des Berufungsgerichts, ohne eine Auszahlung des Darlehensbetrages hätte die Klägerin Leistungen aus dem Darlehensvertrag nicht erhalten und beitreiben können. Träfe die Meinung des Berufungsgerichts zu, wäre freilich eine Anrechnung dieser Leistungen auf die Klageforderung geboten.

Das Berufungsgericht hat seine Auffassung, ohne die amtspflichtwidrige Auszahlung des Darlehensbetrages durch den Notar hätte die Klägerin Leistungen aus dem Darlehensvertrag nicht erhalten und nicht die Möglichkeit gehabt, Beträge beizutreiben, nicht näher begründet. Der Revision ist zuzugeben, daß jedenfalls die undifferenzierte Wertung der Zahlungen der Darlehensnehmer als Schadensminderungsposten dem Sachverhalt nicht gerecht wird.

Es spricht viel für die Annahme des Berufungsgerichts, durch die Überweisung des Darlehensbetrages auf ein Treuhandkonto des Notars sei eine Rückzahlungspflicht der Darlehensnehmer nicht begründet worden. Ein Darlehensempfang im Sinn des § 607 BGB liegt nur vor, wenn der Darlehensgegenstand endgültig aus dem Vermögen des Darlehensgebers ausgeschieden und dem Vermögen des Darlehensnehmers in der vereinbarten Form zugeführt worden ist. Dies kann auch zutreffen, wenn die Darlehensvaluta auf Weisung und im Interesse des Darlehensnehmers an einen Dritten - auch einen Notar - gezahlt wird, sofern dieser den Betrag mindestens überwiegend im Interesse des Darlehensnehmers erhalten hat. Ist der Dritte jedoch in erster Linie im Interesse der Bank tätig geworden, etwa weil er ihr vor Auszahlung der Darlehenssumme Sicherheit verschaffen soll, so erhält der Dritte den Betrag als Beauftragter der Bank (vgl. BGH, Urt. v. 5. Mai 1986 - III ZR 240/84, WM 1986, 933 m.w.N.; auch Urt. v. 19. März 1987 aaO). Im Streitfall war der Notar von der Klägerin als Treuhänder beauftragt. Er durfte den Betrag an die Darlehensnehmer erst auskehren, wenn bestimmte, dem Sicherungsinteresse der Klägerin dienende Auflagen erfüllt waren. Die Darlehensnehmer konnten über das Treuhandkonto nicht verfügen. Dies legt die Annahme nahe, daß in der Überweisung des Darlehensbetrages auf das Treuhandkonto des Notars eine Auszahlung an die Darlehensnehmer nicht zu sehen ist (vgl. BGH aaO; auch Urt. v. 8. November 1984 - III ZR 132/83, WM 1984, 10; Urt. v. 21. Februar 1985 - III ZR 207/83, WM 1985, 686). Indessen kann ein Darlehensnehmer mit einer Bank auch vereinbaren, sich so behandeln zu

lassen, als sei er mit der Bereitstellung des Geldes auf einem Notarkonto rechtlich bereits Darlehensschuldner (BGH, Urt. v. 5. Mai 1986 aaO). Dazu hat das Berufungsgericht Feststellungen nicht getroffen. Träfe dies zu, so wäre eine Rückzahlungsverpflichtung der Darlehensnehmer bereits vor der Auszahlung der Darlehensvaluta an sie entstanden, also nicht erst durch die amtspflichtwidrige Handlung begründet worden. Dies hätte zur Konsequenz, daß auch die übrigen vertraglichen Leistungspflichten der Darlehensnehmer grundsätzlich unabhängig von der Auszahlung des Darlehens an sie begründet wurden. In diesem Fall brauchte sich die Klägerin Zahlungen von Darlehensnehmerseite nicht auf die Schadenersatzforderung anrechnen zu lassen. Etwas anderes würde nur für Zahlungen auf den von dem Notar ausgekehrten Darlehensbetrag selbst gelten, weil dadurch der Schaden der Klägerin vermindert würde (vgl. BGH, Urt. v. 19. März 1987 aaO).

Aber auch wenn durch die Überweisung der Darlehensvaluta auf das Notarkonto eine Rückzahlungsverpflichtung der Darlehensnehmer nicht begründet wurde, bestanden aufgrund des Vertrages vom 21. April 1981 Pflichten der Darlehensnehmer.

So sollten ab 21. April 1981 Bereitstellungszinsen in Höhe von 0,25 % monatlich anfallen (vgl. dazu BGH, Urt. v. 16. März 1978 - III ZR 112/76, WM 1978, 422; Urt. v. 12. Dezember 1985 - III ZR 184/84, WM 1986, 156; Urt. v. 6. März 1986 - III ZR 234/84, WM 1986, 577), ferner eine Bearbeitungsgebühr von 1 1/2 % (vgl. dazu BGH, Urt. v. 21. Februar 1985 aaO; Urt. v. 6. März 1986 aaO; Urt. v. 1. Juni 1989 - III ZR 219/87, ZIP 1989, 903) sowie eine Wertermittlungsgebühr von 410 DM (vgl. BGH, Urt. v. 1. Juni 1989

aaO). Darüber hinaus war ein Zinssatz von - bis auf weiteres - 9,75 % "bis Laufzeitbeginn" und von 8,75 % "ab Laufzeitbeginn" vereinbart. Auch dazu fehlt jede Stellungnahme durch das Berufungsgericht. In der Regel beginnt die Verpflichtung zur Zinszahlung mit dem Darlehensempfang. Abweichende Vereinbarungen sind indessen - auch stillschweigend - möglich, insbesondere dann, wenn die Darlehensvaluta - ohne daß darin bereits ein Empfang durch die Darlehensnehmer liegt - auf das Treuhandkonto eines Notars überwiesen wird (vgl. BGH, Urt. v. 8. November 1984 aaO; Urt. v. 1. Juni 1989 aaO; MünchKomm/H. P. Westermann, BGB, 2. Aufl. § 607 Rdnr. 40; auch § 608 Rdnr. 9). Ein Disagio kann je nach den getroffenen Abreden als laufzeitunabhängige Leistung des Darlehensnehmers oder als Zins zu werten sein (vgl. BGHZ 81, 124; zweifelnd neuerdings BGH, Urt. v. 1. Juni 1989 aaO). Es kann - wiederum je nach Parteivereinbarung - dem Darlehensgeber ab Empfang der Darlehensvaluta durch den Darlehensnehmer oder schon früher ganz oder anteilig zustehen (BGH wie vor). Dazu hat das Berufungsgericht ebenfalls keine Feststellungen getroffen. Das gleiche gilt für die den Darlehensnehmern in Rechnung gestellte Treuhandgebühr von 150 DM (vgl. BGH, Urt. v. 1. Juni 1989 aaO) und den "Einbehalt" von 25 DM.

III.

Das Berufungsurteil kann mithin keinen Bestand haben. Die Sache ist an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, um ihm Gelegenheit zu geben, im einzelnen aufzuklären, welche

Zahlungsverpflichtungen der Darlehensnehmer unabhängig von der pflichtwidrigen Auszahlung der Darlehensvaluta durch den Notar begründet wurden und welche Verbindlichkeiten ihren Grund erst in dieser Auszahlung haben. Sollten Verbindlichkeiten der Darlehensnehmer sowohl unabhängig von der Auszahlung als auch durch sie begründet worden sein, wird das Berufungsgericht unter Beachtung von §§ 366 f BGB (vgl. BGH, Urt. v. 26. März 1968 - VI ZR 142/66, WM 1968, 578, 580) festzustellen haben, welche Forderungen durch die Leistungen von Darlehensnehmerseite getilgt wurden, um auf diese Weise zu ermitteln, inwieweit diesen Leistungen eine schadensmindernde Wirkung zukommt.

Merz

Fuchs

Gärtner

Schmitz

Kreft