

Dokumentnummer: 4u93_04
letzte Aktualisierung: 07.12.2005

OLG Frankfurt, 07.12.2005 - 4 U 93/04

BeurkG § 54a Abs. 6; BNotO §§ 19, 23

„Sicherstellung“ der Eintragung des Finanzierungsgrundpfandrechtes setzt Voreintragung des Käufers voraus; Auflassungsvormerkung genügt noch nicht

Tatbestand:

Die Klägerin verlangt von dem Beklagten Schadensersatz in Höhe von 1.400.000 € mit der Begründung, der Beklagte habe als Notar Treuhandaufgaben, die ihm von der Rechtsvorgängerin der Klägerin (im folgenden einheitlich: Klägerin) im Zusammenhang mit einem Grundstücksgeschäft erteilt worden seien, verletzt. Wegen des Sach- und Streitstandes in erster Instanz wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils verwiesen.

Das Landgericht hat der Klage in vollem Umfang stattgegeben. Es hat dies im wesentlichen damit begründet, dass ein den kaufvertraglichen Verwahrbestimmungen vorgehender Treuhandauftrag der Klägerin an den Beklagten erfolgt sei, weil der schriftliche Treuhandauftrag dem Beklagten am selben Tag wie der schriftliche Kontoauszug über den Geldeingang von 2.800.000 DM zugegangen sei. Die Auszahlungsvoraussetzungen dieser Treuhandaufgabe seien deshalb nicht erfüllt gewesen, weil der Eintragung der Grundsuld über 200.000 DM an dem Grundstück in O4-O5 die noch fehlende Voreintragung des Grundschuldbestellers und die Zahlung der Grundbuchkosten entgegengestanden habe.

Hiergegen richtet sich die Berufung des Beklagten, mit der dieser weiterhin die Abweisung der Klage erstrebt. Der Beklagte rügt, das Landgericht habe seinen Vortrag, der Käufer A habe nach dem Darlehensvertrag die Auszahlung des Darlehens ohne weitere Bedingungen verlangen können, übergangen.

Er vertritt die Auffassung, dass die Hinterlegung der von der Klägerin auf das Notaranderkonto überwiesenen 2.800.000 DM entgegen dem Landgericht schon am 14.6.2000 durch die Mitteilung des Bankmitarbeiters C an ihn wirksam erfolgt sei.

Denn es komme darauf an, wann die Daten der Gutschrift zur vorbehaltlosen Zahlung zur Verfügung gestellt werden. Dies sei auch in mündlicher Form möglich.

Der Beklagte meint ferner, dass die Eintragung der Grundsuld über 200.000 DM am 05.07.2000 im Sinne der Treuhandaufgabe sichergestellt gewesen sei. Die von ihm eingeholte Auskunft des zuständigen Notars N1, wonach der Eintragung des Käufers A als Eigentümer keine Hindernisse entgegenstünden, sei ausreichend gewesen, zumal nach dem Landesrecht für Baden-Württemberg das Grundbuch von dem Notar geführt werde. Auch ein Insolvenzrisiko habe nicht bestanden, weil eine Auflassungsvormerkung eingetragen gewesen sei.

Ein Schadensersatzanspruch der Klägerin sei zudem verjährt. Eine Hemmung sei entgegen der Auffassung des Landgerichts nicht gegeben, weil Verhandlungen im Sinne

des § 203 BGB mangels Meinungsaustausch nicht stattgefunden hätten.

Die Klägerin verteidigt das angefochtene Urteil. Sie vertritt die Auffassung, dass der Beklagte auch nach dem Inhalt des ihm mitgeteilten Kontoauszuges nicht von einer treuhandlosen Überweisung habe ausgehen dürfen. Die Treuhandaufgabe hinsichtlich der Grundsuld über 200.000 DM sei auch deshalb nicht erfüllt gewesen, weil der Beklagte selbst zur Grundbucheinsicht verpflichtet gewesen sei. Jedenfalls sei die zweite Treuhandaufgabe, wonach die ...kasse O2 die vorrangige Anerkennung der Abtretung des Mieteingangskontos bestätigen solle, nicht erfüllt gewesen.

Die Klägerin hat zunächst lediglich beantragt, die Berufung zurückzuweisen. Im zweiten Verhandlungstermin am 20.4.2005 hat sie ihren Antrag hinsichtlich der von ihr Zug um Zug gegen Zahlung des Beklagten abzutretenden Forderungen und Sicherheiten teilweise abgeändert und nunmehr beantragt, unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Limburg vom 22.03.2004 den Beklagten zu verurteilen, an die Klägerin EUR 1.400.000 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.08.2000 zu zahlen, Zug um Zug gegen Abtretung eines Teilbetrages der Darlehensforderung gegen den Darlehensnehmer A gemäß dem Darlehensvertrag vom 26.04.2000 in Höhe von EUR 1.400.000 zuzüglich anteiliger Darlehenszinsen, sowie Zug um Zug gegen Übertragung eines nachrangigen Teilbetrags - der zur Sicherung der o.g. Darlehensforderung bestellten Grundsuld über 2.800.000 DM, UR-Nr. .../200 des Beklagten vom ...4.2000, eingetragen im Grundbuch von O1 Bl. ... Abt. III lfd. Nr. ..., nebst eines in der Grundschuldbestellungsurkunde enthaltenen Schuldversprechens oder eines entsprechenden Erlöses aus der Verwertung dieser Sicherheit, und

- eventueller Ansprüche gegen die ...kasse O2 aufgrund der Verpfändung des Kontos des Herrn A bei der ...kasse O2 mit der Konto Nr. ..., und zwar im Range nach einem erstrangigen Teilbetrag, der zur Abdeckung

- der über die Klageforderung hinausgehenden weiteren Darlehensforderung gegen den Darlehensnehmer in Höhe von EUR 16.278,51 Euro nebst Zinsen von 6,4 % p.a. seit dem 13.6.2000

- der Differenz zwischen der mit diesem Antrag verfolgten Verzugszinsen zu den vertraglich geschuldeten Zinsen von 6,4 % p.a. auf den eingeklagten Betrag seit dem 1.3.2003 und

- des Zinsverschlechterungsschadens infolge Kündigung des Darlehens in Höhe von EUR 155.276,00 sowie

- der bereits abgerechneten Verwertungskosten in Höhe von EUR 21.218,28 sowie

etwaiger weiterer in Rechnung gestellter Kosten der Verwertung der Sicherheiten erforderlich ist.

Der Senat hat aufgrund des Beweisbeschlusses vom 12.1.2005 Beweis erhoben durch Vernehmung des Zeugen Z1.

Nachdem der Senat im Termin am 12.10.2005 darauf hingewiesen hat, dass die vom Beklagten eingeschaltete ...bank O6 Empfangsvertreterin oder –botin des Beklagten bei der Entgegennahme des von der Klägerin an ihn überwiesenen Geldbetrages sein könnte, tragen die Parteien ergänzend wie folgt vor:

Die Klägerin behauptet, der ...bank O6 sei der vollständige von ihr in dem vorgelegten Überweisungsträger (Anlage K 5) als Verwendungszweck angegebene Text auf elektronischem Weg übermittelt worden. Wegen der vorgetragenen technischen Einzelheiten wird auf S. 3 bis des Schriftsatzes vom 14.11.2005 verwiesen.

Der Beklagte behauptet, bei der ...bank sei lediglich der aus dem von ihr erstellten Kontoauszug ersichtliche Buchungstext eingegangen. Diese habe keinerlei Kürzungen des ihr übermittelten Textes vorgenommen. Der zeitliche Ablauf habe sich so gestaltet, dass zwar am 14.6.2000 der von der Klägerin überwiesene Betrag von 2,8 Mio. auf dem Konto des Beklagten eingegangen sei. Dem Mitarbeiter C aber, der den Beklagten fernmündlich über den Zahlungseingang unterrichtet habe, sei nur der Zahlungseingang ohne jeden Verwendungszweck auf dem Bildschirm angezeigt worden. Erst frühestens am folgenden Tag, dem 15.6.2000, habe die ...bank O6 einen Umsatzbelegzettel erhalten, auf dem auch ein Verwendungszweck aufgeführt gewesen sei. Dessen Text sei in den am 16.6.2000 erstellten Kontoauszug übernommen worden.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige, insbesondere form- und fristgerecht eingelegte und begründete Berufung des Beklagten bleibt in der Sache ganz überwiegend ohne Erfolg. Sie ist lediglich insoweit geringfügig von Erfolg als die Klägerin weitergehend als von ihr in ihrem Antrag berücksichtigt im Wege der Vorteilsausgleichung Schadensersatz nur Zug um Zug gegen Übertragung von Sicherheiten beanspruchen kann.

Der Klägerin steht gegen den Beklagten aus § 19 Abs. 1 BNotO ein Schadensersatzanspruch auf Zahlung von 1.400.000 € zu, weil der Beklagte den von der Klägerin auf das Notaranderkonto eingezahlten Betrag von 2.800.000 DM bei Widerruf des Treuhandvertrages durch die Klägerin am 11.07.2000 bis auf 30.000,- DM bereits ausgezahlt hatte, obwohl zu diesem Zeitpunkt die Auszahlungsvoraussetzungen des ihm von der Klägerin erteilten Treuhandauftrages noch nicht vorlagen.

Die Klägerin hat dem Beklagten wirksam einen Treuhandauftrag im Sinne von § 23 Abs. 1 BNotO mit dem Inhalt, wie er sich aus dem Schreiben der Klägerin vom 13.6.2000 ergibt, erteilt. Dieser schriftliche Treuhandauftrag ist dem Beklagten am 15.6.2000 zugegangen und von ihm durch Ausführung einer darin erteilten Weisung, nämlich der Beurkundung einer Grundschild zugunsten der Klägerin über 200.000,- DM, angenommen worden.

Der wirksamen Annahme dieses schriftlichen Treuhandauftrages steht nicht entgegen, dass die Zahlung des Darlehensbetrages von 2,8 Mio. DM bereits am Tag zuvor, dem 14.6.2000, auf dem für dieses Geschäft eingerichteten Notaranderkonto eingegangen und der Beklagte - nach seiner Darstellung - über den Zahlungseingang von dem Mitarbeiter der ...bank telefonisch unterrichtet wurde. Zwar führt die Überweisung eines Geldbetrages durch eine Bank auf ein für die Abwicklung eines Grundstückskaufs geführtes notarielles Anderkonto nur dann zu einem Treuhandauftrag, wenn die Verwahransweisungen dem Notar von der Bank spätestens mit der Überweisung erteilt werden oder die Bank sich solche wenigstens erkennbar vorbehält. Andernfalls stellt nämlich die Zahlung auf das Anderkonto aus dem objektiv zu beurteilenden Empfängerhorizont eine Zahlung zugunsten des Käufers dar, welche – bei entsprechender Vereinbarung im Kaufvertrag – zur Erfüllung des Kaufpreises dient. Durch eine nachträgliche Verwahransweisung kann diese Leistung nicht mehr geändert werden (BGH NJW 2002, 1346, 1348).

Dem Beklagten ist hier jedoch entweder mit dem Eingang der Zahlung am 14.6.2000 der Eingang des Treuhandauftrages von der Klägerin angekündigt worden oder es ist die Leistung auf das Anderkonto der Kaufvertragsparteien erst am 15.6.2000, also zugleich mit Eingang des Treuhandauftrages, im Rechtssinne bewirkt worden:

Trifft nämlich die Behauptung der Klägerin zu, der ...bank O6 sei der vollständige von ihr in den Überweisungsträger eingegebene Verwendungszweck einschließlich der Passage „...“ zugleich mit dem Zahlungseingang am 14.6.2000 auf elektronischem Weg übermittelt worden, so ist diese rechtsgeschäftsähnliche Erklärung dem Beklagten zum gleichen Zeitpunkt zugegangen wie der Eingang der Zahlung.

Die ...bank O6 ist der Klägerin vom Beklagten als Zahlstelle benannt worden. Sie ist damit vom Beklagten für die die Überweisung begleitende Mitteilung über die Zweckbestimmung der Zahlung als Empfangsbotin eingeschaltet worden. Die einem Boten zugegangene Erklärung geht dem Adressaten der Erklärung zu dem Zeitpunkt zu, zu dem nach dem regelmäßigen Verlauf der Dinge die Weiterleitung an den Adressaten zu erwarten ist. Dies wäre im vorliegenden Fall an sich erst frühestens am 16.6.2000, dem Tag der Erstellung des Kontoauszuges der Fall gewesen. Aber auch dann, wenn

dem Beklagten der Zahlungseingang durch die telefonische Mitteilung des Mitarbeiters C schon am 14.6.2000 mitgeteilt worden ist, ergibt sich im Ergebnis nichts anderes. Zwar ist mit diesem Anruf dem Beklagten die vorbehaltlose Gutschrift durch die Bank mitgeteilt worden (vgl. BGHZ 103.143 = NJW 1988, 1320). Wird jedoch von einem Boten die an ihn gegangene Nachricht entgegen dem gewöhnlichen Verlauf tatsächlich früher weitergegeben, so gilt für den Zeitpunkt des Zugangs der Erklärung der der tatsächlichen Weiterleitung (Larenz/Wolf, BGB AT, § 26 Rz. 29; Palandt/Heinrichs, BGB, 64. Aufl., § 130 Rz. 5). Sollte der Mitarbeiter C dem Beklagten allein den Zahlungseingang, nicht aber den vollständigen bei der ...bank eingegangenen Verwendungszweck weitergegeben haben, so lag darin eine unrichtige Weitergabe. Denn die Zahlung selbst bildet mit dem Zahlungszweck eine sachliche Einheit. Übermittelt aber ein Empfangsbote die Erklärung unrichtig oder unvollständig weiter, so geht dies zu Lasten des Empfängers. Die Erklärung geht ihm mit dem Inhalt zu, mit dem der Bote sie erhalten hat (Palandt/Heinrichs, a.a.O., § 120 Rz. 2 und § 130 Rz. 9 m.w.N.).

Sollte demgegenüber die Behauptung des Beklagten zutreffen, wonach bei der ...bank am 14.6.2000 überhaupt noch keine Mitteilung über einen Verwendungszweck eingegangen war, der Mitarbeiter C folglich allein den Zahlungseingang mitgeteilt hat und erst am folgenden Tag ein Umsatzbelegzettel mit dem (gekürzten) Verwendungszweck eingegangen ist, so lag in der Überweisung, trotz der telefonischen Mitteilung des Zahlungseingangs am 14.6.2000, noch keine Leistung der Klägerin auf das allein den kaufvertraglichen Verwahrbestimmungen unterliegende Anderkonto. Solange nämlich mit einer Zahlung durch eine Bank auf ein Notaranderkonto überhaupt kein Verwendungszweck verbunden ist, darf der Notar nicht ohne weiteres annehmen, sie sei ohne jeden Vorbehalt geleistet. Da es selbst im privatgeschäftlichen Verkehr weithin üblich ist, eine Leistung im bargeldlosen Zahlungsverkehr mit der Angabe eines Verwendungszweckes zu verbinden, muss der Notar im Falle eines solchen Zahlungseinganges die Weiterleitung der Angaben des Überweisenden im Überweisungsträger abwarten. Dies gilt insbesondere bei der Überweisung eines Geldbetrages durch eine Bank auf ein für die Abwicklung eines Grundstückskaufs geführtes notarielles Konto, weil es hier nicht fernliegend ist, dass diese Zahlung mit einem Verwahrungsantrag an den Notar verbunden wird. Der Beklagte durfte von einer bedingungslosen Zahlung deshalb erst ausgehen, als ihm der, nach seiner Darstellung gekürzte, Verwendungszweck mitgeteilt wurde. Dies war spätestens bei Eingang des Kontoauszuges am 20.6.2000 und frühestens bei Erstellung des Kontoauszuges am 15.6.2000 der Fall. Am 15.6.2000 jedoch ging dem Beklagten zugleich der schriftliche Treuhandauftrag der Klägerin vom 13.6.2000 zu.

Der Beklagte hat die ihm gegenüber der Klägerin aus dem Treuhandauftrag obliegenden Amtspflichten dadurch verletzt, dass er bis zu dem mit Schreiben vom

11.7.2000 erfolgten Widerruf des Treuhandauftrages bereits Auszahlungen in Höhe von 2,76 Mio. DM vorgenommen hat, obwohl die Bedingungen dafür nach dem schriftlichen Treuhandauftrag vom 13.6.2000 noch nicht vorlagen.

Es fehlte zum Zeitpunkt der vom Beklagten vorgenommenen Auszahlungen zum einen an der in Nr. II des Treuhandauftrages vorbehaltenen Bedingung, dass die Eintragung einer Grundschuld in Höhe von 200.000,- DM an einer Eigentumswohnung des Käufers eingetragen im Wohnungsgrundbuch von O4-O5 sichergestellt ist, da der Käufer noch nicht als Eigentümer dieser Wohnung eingetragen worden war. Eine Eintragung im Grundbuch ist grundsätzlich nur dann als sichergestellt anzusehen, wenn für die Eintragung des Rechts oder der Rechtsänderung nur noch das pflichtgemäße Handeln des Notars und des zuständigen Grundbuchbeamten erforderlich ist (BGH DNotZ 2001, 218 = MDR 2003, 987 = NJW-RR 2003, 1434; vgl. auch Hertel, in: Eylmann/Vaasen, BNotO und BurKG, 2. Aufl., § 54a BurKG Rz. 75 ff.). Aus Nr. II. 4. des Treuhandauftrages ergab sich für den Beklagten darüber hinaus, dass sonstige Eintragungen, die das Grundpfandrecht beeinträchtigten, nicht vorliegen durften. Hierunter fällt auch die Voreintragung eines anderen als des Grundschuldbestellers als Eigentümer. Aus beidem ergab sich für den Beklagten, dass er die Eintragung der Grundschuld in O4-O5 solange noch nicht als sichergestellt ansehen durfte, solange aus dem Grundbuch ersichtliche Hindernisse für die Entstehung der Grundschuld zugunsten der Klägerin bestanden (vgl. auch Hertel, a.a.O., Rz. 79). Ein solches Hindernis bestand in der noch fehlenden Eintragung des Käufers A als Eigentümer. Denn eine Eintragung der Grundschuld konnte nach §§ 19, 39 Abs. 1 GBO erst erfolgen, wenn der die Grundschuld bewilligende A als von der Grundschuld betroffener Eigentümer eingetragen war.

Die Eintragung der Grundschuld kann entgegen der Ansicht des Beklagten auch nicht deshalb als sichergestellt angesehen werden, weil der Eigentumsumschreibung auf den Käufer A, zu dessen Gunsten seit 1998 eine Auflassungsvormerkung eingetragen war, zum damaligen Zeitpunkt keine aus dem Grundbuch ersichtlichen Hindernisse entgegenstanden und der Beklagte sich darüber am 29.6.2000 telefonisch bei dem für den Kaufvertrag über das Grundstück in O4-O5 zuständigen Notar N1 erkundigt hatte. Durch die Vormerkung und den Eintragungsantrag war der Eigentumserwerb nur für den Erwerber A, nicht aber für die Klägerin sichergestellt. Der Käufer A und sein Verkäufer der Eigentumswohnung blieben nämlich berechtigt, den Eintragungsantrag zurückzunehmen. Selbst wenn Käufer und Verkäufer den Eintragungsantrag gemeinsam stellen, kann er von ihnen gemeinschaftlich in der Form des § 31 GBO zurückgenommen werden und zwar auch dann, wenn der Antrag vom Notar eingereicht worden ist (Haegel/Stöber, Grundbuchrecht, 13. Aufl., Rz. 93; Bauer/v. Oefele, GbO, § 31 Rz. 15.22). Eine solche gemeinschaftliche Rücknahme des Eintragungsantrages ist auch nicht eine lediglich fernliegende rechtliche Möglichkeit, sondern kommt immer

dann in Betracht, wenn es zu Störungen bei der Erfüllung kommt und der Kaufvertrag rückgängig gemacht wird. Die Eintragung der Grundschild hing deshalb von einem von der Klägerin nicht zu beeinflussenden Verhalten Dritter und damit nicht allein vom pflichtgemäßen Verhalten des Notars und des Grundbuchamts ab.

Der Beklagte hat darüber hinaus, mit seinen vor dem 11.7.2000 vorgenommenen Auszahlungen vom Notaranderkonto auch gegen Ziff. III. des Treuhandauftrages verstoßen. Nach dieser Verwehrung, welche von der Klägerin mit Schreiben vom 20.6.2000 hinsichtlich der Kontonummer und des Verpfänders abgeändert worden war, hatte der Beklagte Sorge zu tragen, dass das Mieteingangskonto der B mbH ... Nr. ... bei der ...kasse O2 gemäß „der im Original beigefügten Verpfändungserklärung und Verpfändungsanzeige“ an die Klägerin verpfändet wurde und ihr „die entsprechende Bestätigung der...kasse vorgelegt wird“. Nach dem Inhalt des von der Klägerin im Prozess vorgelegten Formulars „Anzeige der Verpfändung von Guthaben“ beschränkt sich die Bestätigung nicht auf den Erhalt der Verpfändungsanzeige, sondern verlangt von der ...kasse in der Art eines Rangrücktritts dem Pfandrecht der Klägerin Vorrang vor ihrem eigenen AGB-Pfandrecht und etwaigen Aufrechnungs- und Zurückbehaltungsrechten einzuräumen. Es kann dahin gestellt bleiben, ob dem Beklagten mit dem Treuhandauftrag und dem Schreiben vom 20.6.2000 auch dieses Formular von der Klägerin übersandt wurde.

Nachdem nämlich die ...kasse O2 mit Schreiben vom 26.6.2000, eingegangen beim Beklagten am 29.6.2000, erklärte, sie könne „mit Blick auf die Höhe des Kontokorrent-Guthaben(s)“... „Ihre Verpfändungsanzeige nicht bestätigen“, durfte der Beklagte nicht annehmen, die Auszahlungsbedingung nach Nr. III des Treuhandauftrages sei erfüllt. Die Treuhandaufgabe verlangte nach ihrem Wortlaut, den ein Notar genau zu beachten hat, dass die Bestätigung „uns“, das heißt der Klägerin, vorgelegt wurde, und damit mehr als die Gewissheit, dass die Schuldnerin die Verpfändungsanzeige im Sinne von § 1280 BGB erhalten hatte. Wenn dem Beklagten nur eine Verpfändungserklärung der Verpfänderin, nicht aber das Formular der Verpfändungsanzeige und der dazu gehörigen Bestätigung von der Klägerin übersandt wurde und ihm deshalb unklar war, welche Bestätigungen die Klägerin von der ...kasse O2 erwartete, so hätte er bei der Klägerin vor einer Auszahlung nachfragen müssen, wie der Treuhandauftrag in diesem Punkt zu verstehen war. Ein Notar muss um Klarstellung ersuchen, wenn ein Treuhandauftrag inhaltlich nicht eindeutig ist (Hertel, in: Zuehör/Ganter/Hertel, a.a.O., Rz. 1748). Jedenfalls hätte der Beklagte spätestens nach der Erhalt des Schreibens der ...kasse O2 vom 26.6.2000 dieses der Klägerin weiterleiten und deren Stellungnahme dazu abwarten müssen und nicht vom Vorliegen der Auszahlungsvoraussetzungen nach Nr. III des Treuhandauftrages ausgehen dürfen.

Infolge der Pflichtverletzung durch die verfrühte Auszahlung der unter Treuhandaufgaben

stehenden Überweisung ist der Klägerin ein Schaden in Höhe von 2,76 Mio DM entstanden, den sie mit der Klage in etwas geringerem Umfang von 1.400.000,- € (= 2.738.182,- DM) ersetzt verlangt. Hätte der Beklagte die Treuhandauflagen beachtet, so wäre bei Widerruf des Treuhandauftrages durch die Klägerin auf dem Anderkonto neben dem an die Klägerin zurückgezählten Betrag von 30.000,- DM noch 2,76 Mio DM vorhanden gewesen. Damit ist ein entsprechender Schaden der Klägerin eingetreten, der nicht dadurch beseitigt wird, dass die Klägerin die verlangten Sicherheiten später tatsächlich erhalten hat, denn deren erfolgreiche Verwirklichung bleibt immer mit einem Risiko behaftet (vgl. BGH NJW 1987, 3201, 3202 und NJW 2001, 2714, 2715). Der Beklagte weist zwar zutreffend darauf hin, dass ein kausaler Schaden der Klägerin nicht gegeben wäre, wenn sie nach Rückerhalt von 2,79 Mio DM von dem Anderkonto aus dem Darlehensvertrag weiterhin verpflichtet gewesen wäre, diesen Betrag an den Käufer A auszusahlen. Das war aber nicht der Fall. Der Darlehensnehmer A konnte aus dem ursprünglichen Darlehensvertrag vom 10.4.2000 die Auszahlung des Darlehens zwar schon gegen Stellung der Grundschuld über 2,8 Mio DM auf den zu erwerbenden 39 Wohnungen verlangen. Die Klägerin hat jedoch eine von dem Käufer A unterschriebene und vom Beklagten nicht bestrittene Erklärung vorgelegt, wonach „die Darlehensauszahlung“ auch von den weiteren, mit dem Treuhandauftrag zusätzlich verlangten Sicherheiten abhängig gemacht wird. Darin liegt eine Änderung des ursprünglichen Darlehensvertrages.

Das Landgericht hat auch im Ergebnis zu Recht angenommen, dass der Anspruch der Klägerin nicht verjährt ist. Dabei kann es dahin gestellt bleiben, ob die Zustellung des am 10.7.2003 eingereichten Mahnantrages am 29.8.2003 noch demnächst im Sinne von § 167 ZPO erfolgt ist. Denn auch zu diesem Zeitpunkt war die dreijährige Verjährungsfrist nach § 852 BGB a.F. noch nicht abgelaufen. Eine Kenntnis der Klägerin vom Haftungsgrund und ihrem Schaden ist frühestens am 17.7.2000 anzunehmen, als sie durch die Grundbuchmitteilung erfuhr, dass für die Grundschuld über 200.000,- DM ein Eintragungshindernis bestand und deshalb die Voraussetzungen von Nr. II des Treuhandauftrages nicht gegeben waren. Die damit beginnende dreijährige Verjährungsfrist ist jedoch um mindestens zwei Monate nach § 852 Abs. 2 BGB gehemmt worden und deshalb erst Anfang September 2003 abgelaufen. Das Landgericht hat mit Recht in dem Antwortschreiben des Beklagten vom 11.1.2001, in dem dieser erklärte hat, es bleibe die Stellungnahme seiner Haftpflichtversicherung abzuwarten, eine Eröffnung von Verhandlungen zwischen den Parteien gesehen. Zwar mag eine dadurch bewirkte Hemmung der Verjährung nicht bis zur endgültigen ablehnenden Stellungnahme der Versicherung nach einundeinhalb Jahren im Mai 2002 fortgedauert haben. Lässt ein Gläubiger jedoch Verhandlungen „einschlafen“, so endet die Hemmung der Verjährungsfrist in dem Zeitpunkt, in dem der andere nach Treu und Glauben den nächsten Schritt erwarten durfte (BGH NJW 1986, 1337, 1338). Dies wäre hier wegen der schwierigen Sach- und Rechtslage frühestens zwei Monate nach dem

11.1.2001 der Fall gewesen.

Die Klägerin kann die Rückzahlung nur Zug um Zug gegen Abtretung des Darlehensrückzahlungsanspruchs gegen den Käufer A sowie gegen Abtretung der von ihr erlangten Sicherheiten beanspruchen, soweit sie letztere nicht zur Durchsetzung weiterer Ansprüche gegen den Darlehensnehmer A aus dem Darlehensverhältnis benötigt. Soweit die Klägerin dem nicht schon in ihrem Antrag Rechnung getragen hat, erfolgt mit dem Ausspruch im Tenor eine Teilabweisung der Klage.

Erlangt der Geschädigte aufgrund der schädigenden Handlung einen Anspruch gegen einen Dritten, so ist dieser Vorteil von den Schadenspositionen, mit denen er sachlich in Zusammenhang steht abzuziehen. Besteht der Vorteil in einem Anspruch gegen einen Dritten und ist die Werthaltigkeit des Anspruchs gegen den Dritten unsicher, so ist der Anspruch Zug um Zug gegen Erfüllung der Schadensersatzforderung abzutreten, was auch von Amts wegen auszusprechen ist. Da mit der Auszahlung des Betrages von 2,7 Mio. DM vom Notaranderkonto durch den Beklagten zugleich der Darlehensrückzahlungsanspruch der Klägerin gegen A entstanden ist, ist die Klägerin aus dem Gesichtspunkt der Vorteilsausgleichung zunächst verpflichtet, diesen Anspruch an den Beklagten soweit abzutreten, als er verurteilt wird, diesen Schaden zu erstatten (BGH NJW 1987, 3201, 3202, vgl. auch KG KG-Report 2000, 291, 292).

Diese Obliegenheit zur Abtretung erstreckt sich auch auf die von der Klägerin erlangten Sicherheiten, soweit diese den Darlehensrückzahlungsanspruch der Klägerin sichern. Nach Nr. 19 der Darlehensbedingungen dienen die von dem Darlehensnehmer gestellten Sicherheiten allerdings zur Sicherung aller Ansprüche aus dem Darlehensverhältnis und nicht nur allein der des Darlehensrückzahlungsanspruches von 2,7 Mio DM. Hätte der Beklagte nach dem Widerruf des Treuhandvertrages die Darlehensvaluta pflichtgemäß an die Klägerin zurückgezahlt, so wäre es zwar nicht zur Entstehung des Darlehensrückzahlungsanspruches gekommen.

Der Klägerin hätten jedoch auch dann Schadensersatzansprüche aus dem wegen unzutreffenden Angaben des Darlehensnehmers A kündbaren Darlehensverhältnis zugestanden. Für diese Ansprüche hätte sie nach Nr. 19 der Darlehensbedingungen auch die bereits erlangten Sicherheiten verwerten können. Die Klägerin ist deshalb nicht im Sinne der Vorteilsausgleichung bereichert, wenn sie die Sicherheiten auch nach der Schadensersatzleistung des Beklagten behält, soweit sie sie zur Abdeckung solcher weiterer Schadensansprüche gegen den Darlehensnehmer benötigt.

Die Klägerin hat zunächst neben der von ihr angebotenen Abtretung der Grundschuld über 2,8 Mio. DM auf den Eigentumswohnungen und etwaigen Rechten aus der Verpfändung des Kontos bei der ...kasse O2 auch die ihr zur Sicherheit abgetretenen

Mietzinsansprüche aus der Vermietung der Wohnungen an den Beklagten abzutreten.

Hinsichtlich des Umfangs der Abtretung kann die Klägerin zum einen denjenigen Teil der Sicherheiten behalten, den sie zur Abdeckung des mit der Klage nicht geltend gemachten Teils ihres Schadens aus der Entstehung des Darlehensrückzahlungsanspruchs benötigt, nämlich 16.278,50 € (2,77 Mio. DM = 1.416.278,50 Euro abzüglich 1,4 Mio. Euro). Sie kann darüber hinaus die Sicherheiten für die Differenz zwischen dem vom Beklagten auf den Betrag der Darlehensvaluta zu zahlenden Zins (5 Prozentpunkte über dem Basiszinssatz) und dem Darlehenszins von 6,4 % Zinsen, den der Darlehensnehmer A ihr als entgangenen Gewinn zu ersetzen hat, verwerten. Der Verzinsungsanspruch bedurfte jedoch, damit der Zahlungsauspruch im Sinne der §§ 756, 765 ZPO vollstreckbar ist, einer zeitlichen Eingrenzung bis zum Zeitpunkt der Abtretung. Demgegenüber können von der Abtretung nicht, wie in erster Instanz ausgesprochen, die „entstandenen und noch entstehenden Verwertungskosten“ ausgenommen werden. Eine solche Begrenzung des Umfangs der Abtretung würde, weil ihr die ziffernmäßige Bestimmtheit fehlt, zu einem nicht vollstreckbaren Leistungsurteil führen.

Soweit die Beklagte im Verlauf des Berufungsverfahrens ihren Klageantrag dahin geändert hat, dass sie von den abzutretenden Sicherheiten auch einen Zinsverschlechterungsschaden von 155.276,- Euro und nun bezifferte Verwertungskosten von 21.218,28 Euro ausnimmt, war die damit verbundene Anschlussberufung als unzulässig zu verwerfen. Eine solche Einschränkung der Zug um Zug abzutretenden Gegenansprüche stellt zugleich eine Erweiterung der Klage dar. Die Erweiterung der Klage durch einen Kläger, der in erster Instanz in vollem Umfang obsiegt hat, ist in der Berufungsinstanz nur unter den Voraussetzungen einer Anschlussberufung zulässig. Nach § 524 Abs. 2 S. 2 ZPO in der zum Zeitpunkt der Zustellung der Berufungsbegründung des Beklagten an die Klägerin am 16.7.2004 geltenden Fassung kann eine Anschlussberufung nur bis zum Ablauf von einem Monat nach Zustellung der Berufungsbegründungsfrist eingelegt werden. Diese Frist war bei Erweiterung des Klageantrages durch die Klägerin im Schriftsatz vom 20.4.2005 abgelaufen. Eine teleologische Reduktion des Anwendungsbereichs der Vorschrift des § 524 Abs. 2 S. 2 ZPO in der Weise, dass der in erster Instanz voll obsiegende Kläger auch nach Ablauf der Frist seine Klage erweitern kann, ist nicht gerechtfertigt. Der Gesetzgeber hat trotz Kenntnis dieses Falles mit dem am 1.9.2004 in Kraft getretenen 1. Justizmodernisierungsgesetz in § 524 Abs. 2 ZPO eine Ausnahme bewusst nur für künftig fällig werdende widerkehrende Leistungen vorgesehen.

Soweit der Urteilstenor im übrigen hinsichtlich der Zug um Zug-Einschränkung vom Klageantrag abweicht, dient dies allein der Klarstellung und ist nicht mit einer Teilabweisung verbunden.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO und § 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO.

Die Teilabweisung der Klage im Hinblick auf die Zug um Zug abzutretenden Ansprüche sind im Verhältnis zur Klageforderung geringfügig.

Eine Zulassung der Revision war nicht geboten, weil die Rechtssache weder grundsätzliche Bedeutung hat noch die Einheitlichkeit der Rechtssprechung oder die Fortbildung des Rechts eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert (§ 543 Abs. 2 ZPO). Insbesondere entspricht die Beurteilung der wirksamen Erteilung der Treuhandanweisungen den vom Bundesgerichtshof in dem Urteil NJW 2002, 1346 aufgestellten Maßstäben.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf den §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.