



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IX ZR 324/01

Verkündet am:
23. Oktober 2003
Preuß,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

ZPO § 56 Abs. 1; BGB § 709 Abs. 1, § 714

Die gesamtvertretungsberechtigten Gesellschafter einer rechts- und parteifähigen Gesellschaft bürgerlichen Rechts können im Prozeß nur einheitliche Anträge stellen.

BNotO § 19 Abs. 1 Satz 1, § 24 Abs. 1 Satz 1

Ein Kläger, der ausschließlich notarielle Pflichtverletzungen bei dem als selbständiges Betreuungsgeschäft übernommenen Urkundsvollzug geltend macht, unterstellt damit nicht zugleich Pflichtverletzungen bei der Beurkundung der Entscheidung des Gerichts.

BNotO § 19 Abs. 1 Satz 3; BGB § 852 a.F.

Vereinbaren die Kaufvertragsparteien, daß der Käufer die auf den Nettokaufpreis zu zahlende Mehrwertsteuer auch durch Abtretung eines Steuererstattungsanspruchs begleichen kann und der mit dem Vollzug beauftragte Notar erst "nach vollständiger Bezahlung des Kaufpreises" die Eigentumsumschreibung beantragen darf, ist der Antrag frühestens nach Vorliegen einer wirksamen Abtretung zu stellen. Durch eine verfrüht beantragte Umschreibung ist der Verkäufer spätestens dann geschädigt, wenn die Finanzbehörden zu erkennen geben, sie würden auf die Abtretung nicht in voller Höhe zahlen, sowie gegen den Verkäufer einen Haftungsbescheid wegen der danach noch offen stehenden Umsatzsteuer erlassen und wenn die Vollstreckung gegen den wegen des Differenzbetrages verurteilten Käufer aufgrund seiner Zahlungsunfähigkeit scheitert.

BGH, Urteil vom 23. Oktober 2003 - IX ZR 324/01 - OLG Schleswig
LG Flensburg

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 25. September 2003 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Kreft und die Richter Dr. Fischer, Dr. Ganter, Nešković und Vill

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird - unter Zurückweisung des Rechtsmittels im übrigen - das Urteil des 11. Zivilsenats des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts in Schleswig vom 22. November 2001 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als der Beklagte auf Antrag des Gesellschafters M. S. verurteilt worden ist, an die Klägerin weitere 20.334,56 DM, und auf Antrag des Gesellschafters S. S. , weitere 3 % Zinsen auf 752.748,60 DM seit dem 5. Juli 1996, 7 % Zinsen auf 46.004,97 DM seit dem 5. Juli 1996 und 7 % Zinsen auf weitere 19.116,24 DM seit dem 15. Februar 2000 zu zahlen.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revisionsinstanz - an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Am 7. Dezember 1992 beurkundete der verklagte Notar einen Vertrag, mit welchem eine aus den Brüdern M. und S. S. , bestehende Gesellschaft bürgerlichen Rechts (im folgenden: Klägerin) ein Grundstück an R. verkaufte. Der Kaufpreis war mit 13.913.076 DM vereinbart und umfaßte einen ausgewiesenen Mehrwertsteuerbetrag von 1.413.076 DM für den gewerblichen Teil des Kaufobjekts. Im Hinblick auf die Zahlungspflicht des Käufers und die Umschreibung des Eigentums enthielt der Vertrag unter anderem folgende Bestimmungen:

§ 3 Nr. 3: "Die Vertragsteile beauftragen und ermächtigen den amtierenden Notar unter Verzicht auf ihr eigenes Antragsrecht, die heutige Urkunde dem Grundbuchamt zur Eigentumsumschreibung erst dann vorzulegen, wenn der Gesamtkaufpreis in Haupt- und Nebensache bezahlt ist."

§ 5 Nr. 2: "... Die Zahlung der ausgewiesenen MWSt kann auch durch Abtretung des Vorsteuererstattungsanspruches durch den Käufer an den Verkäufer erfolgen."

§ 11: "Die Vertragsteile beauftragen den Notar, den Vollzug dieser Urkunde in jeder Hinsicht zu betreiben und zu überwachen, alle erforderlichen Genehmigungen und Zeugnisse einzuholen und in Empfang zu nehmen und die Eigentumsumschreibung erst zu beantragen, wenn die Zahlung des Kaufpreises nachgewiesen ist oder Verkäufer schon vorher zustimmt ..."

Am 30. Dezember 1992 ging der Nettokaufpreis von 12.500.000 DM auf dem Anderkonto des Beklagten ein. Am 11. Januar 1993 unterzeichnete der Käufer die Abtretungsanzeige auf einem amtlichen Vordruck der Finanzbehörden. Um die Unterschriften der Gesellschafter der Klägerin bemühte sich der Beklagte zunächst nicht. Er verwahrte die Abtretungsanzeige bei seinen Unterlagen.

Am 19. Januar 1993 beantragte der Beklagte die Eigentumsumschreibung und zugleich die Eintragung dinglicher Belastungen zur Kaufpreisfinanzierung. Am selben Tag kehrte er den auf seinem Anderkonto verwahrten Nettokaufpreis an die Klägerin aus.

Mit Schreiben vom 5. Juli 1993 forderte das für die Klägerin zuständige Finanzamt Schleswig von den Gesellschaftern die Zahlung der Mehrwertsteuer in Höhe von 1.413.076 DM nebst Säumniszuschlag. Zugleich wies es darauf hin, daß es die - ihm wie auch dem für den Käufer zuständigen Finanzamt Dieburg noch nicht einmal nachgewiesene - Abtretung nicht berücksichtigen könne. Das Finanzamt Dieburg rechne mit eigenen älteren Ansprüchen gegenüber dem Käufer auf. Am 7. Juli 1993 übersandte der Beklagte die nur von dem Käufer unterzeichnete Abtretungsanzeige an das Finanzamt Dieburg. Gegenüber dem Finanzamt Schleswig bestätigte der Beklagte mit Schreiben vom 9. Juli 1993, daß er wegen der Aufrechnungsproblematik mit dem Finanzamt Dieburg in Kontakt stehe. Dieses wolle erst den Eingang der Abtretungsanzeige abwarten und sodann über die Abtretung entscheiden. Er bitte deshalb um Stundung der Steuerforderung. Dieses Gesuch wies das Finanzamt Schleswig mit Schreiben vom 15. Juli 1993 unter Hinweis darauf zurück, daß der Käufer gegenüber dem Finanzamt Dieburg geäußert habe, er wolle wegen diverser Mängel des Kaufgrundstücks die Abtretung "nicht aufrecht ... erhalten". Nach-

dem das Finanzamt Dieburg die fehlenden Unterschriften der Gesellschafter der Klägerin unter der Abtretungsanzeige moniert hatte, holte der Beklagte diese am 16. Juli 1993 ein. Am selben Tage sandte er die vervollständigte Abtretungserklärung wieder an das Finanzamt Dieburg, wo sie am 19. Juli 1993 einging.

Am 20. Juli 1993 wurde der Käufer als Eigentümer im Grundbuch eingetragen.

Nachdem das Finanzamt Dieburg angekündigt hatte, es werde auf die Abtretung nur einen Teilbetrag zahlen, erließ das Finanzamt Schleswig am 3. September 1993 gegen die Gesellschafter der Klägerin Haftungsbescheide wegen der restlichen Umsatzsteuer. Mit einer deswegen gegen den Käufer erhobenen Zahlungsklage obsiegten die Gesellschafter; das zweitinstanzliche Urteil des Oberlandesgerichts Frankfurt wurde am 27. November 1999 rechtskräftig. Bereits im Juli 1994 war jedoch eine Vollstreckung aus dem - seinerzeit noch vorläufig vollstreckbaren - Zahlungstitel erfolglos geblieben. Der Käufer ist zahlungsunfähig und hat die eidesstattliche Versicherung abgegeben.

Die Gesellschafter der Klägerin haben - als Streitgenossen klagend - den Beklagten wegen notarieller Amtspflichtverletzung auf Ersatz des Schadens in Anspruch genommen, den sie dadurch erlitten haben, daß der Käufer ihnen die Mehrwertsteuer auf den Kaufpreis für das verkaufte Grundstück nicht vollständig bezahlt hat, gleichwohl aber das Eigentum auf ihn übergegangen ist. Insofern haben sie in erster Instanz unter Berücksichtigung einbehaltener Mieten einen Mindererlös von 683.510,10 DM geltend gemacht. Daneben haben sie 134.359,71 DM als Ersatz der durch die Rechtsverfolgung gegen den Käufer entstandenen Prozeß- und Vollstreckungskosten sowie der an das Finanzamt

gezahlten Zinsen und Säumniszuschläge, insgesamt also 817.869,81 DM verlangt. Das Landgericht hat den Beklagten unter Klageabweisung im übrigen zur Zahlung von 752.748,60 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 5. Juli 1996 verurteilt. Dagegen haben alle Beteiligten Berufung eingelegt. Der Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Der "Kläger" M. S. hat beantragt, den Beklagten zur Zahlung von weiteren 85.455,77 DM an die Gesellschaft zu verurteilen; der "Kläger" S. S. hat lediglich auf eine um 65.121,21 DM höhere Verurteilung des Beklagten angetragen, also 20.334,56 DM weniger als sein Bruder beantragt. Dafür hat er die Verurteilung zur Zahlung zusätzlicher Zinsen verlangt. Auf die Berufung der Kläger hat das Oberlandesgericht den Beklagten antragsgemäß - mit geringfügigen Abstrichen hinsichtlich der von S. S. verlangten Zinsen - voll verurteilt; die Berufung des Beklagten hat es zurückgewiesen. Mit seiner Revision begehrt dieser weiterhin die Klageabweisung.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht hat ausgeführt, entgegen der Ansicht des Landgerichts lasse sich der geltend gemachte Schaden nicht in vollem Umfang auf die - allerdings zu bejahenden - Fehler des Beklagten beim Urkundsvollzug zurückführen. Insofern hatte der Beklagte nur in Höhe eines Betrages von 315.365 DM - den das Finanzamt mehr bezahlt hätte, wenn die Abtretungsurkunde dort noch im Januar 1993 eingereicht worden wäre - und für die auf diesem "Mindererlös" beruhenden Folgeschäden. Indes hätten die "Kläger" die Klage in der Berufungsverhandlung ergänzend auf die Verletzung einer Beleh-

rungspflicht gestützt, und der Beklagte habe sich sachlich darauf eingelassen. Mit dieser Begründung habe die Klage in der Hauptsache vollen Erfolg. Der Beklagte habe es bei der Beurkundung amtspflichtwidrig versäumt, die "Kläger" auf die Nachteile hinzuweisen, die ihnen aus der Regelung der Zahlungsmodalitäten in § 5 Nr. 2 des Kaufvertrages entstehen konnten. Im ursprünglichen Entwurf sei insgesamt Barzahlung vorgesehen gewesen. Indem die "Kläger" dem Käufer die Möglichkeit eingeräumt hätten, einen Teil des Kaufpreises - nämlich die auf den Nettokaufpreis zu entrichtende Umsatzsteuer - durch Abtretung eines Steuererstattungsanspruchs zu begleichen, hätten sie sich der Gefahr ausgesetzt, das Eigentum an dem Kaufgrundstück zu verlieren, ohne den vollen Kaufpreis zu erlangen. Der Beklagte hätte die "Kläger" auf die Risiken einer ungesicherten Vorleistung hinweisen und ihnen Sicherungsmöglichkeiten aufzeigen müssen. Die "Kläger" hätten diese Risiken nicht gekannt und seien deshalb belehrungsbedürftig gewesen. Durch die Verletzung der Belehrungspflicht habe der Beklagte schuldhaft den geltend gemachten Schaden verursacht. Der Anspruch auf Schadensersatz sei nicht verjährt, weil die "Kläger" keinesfalls vor Juli 1993 die den Lauf der dreijährigen Verjährungsfrist in Gang setzende Kenntnis vom Eintritt des Schadens gehabt hätten, die Klage aber bereits seit März 1996 anhängig sei.

II.

Zunächst ist das Rubrum dahin zu berichtigen, daß die Gesellschaft bürgerlichen Rechts Klägerin ist. Seit dem Urteil vom 29. Januar 2001 (II ZR 331/00, BGHZ 146, 341) bejaht der Bundesgerichtshof die Rechts- und Parteifähigkeit einer (Außen-) Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Dann kann - soweit Gesamthandsforderungen geltend zu machen sind - nur die Gesellschaft Kläge-

rin sein. In anhängigen Verfahren, in denen die Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts eine Gesamthandsforderung entsprechend der früheren Rechtsprechung als notwendige Streitgenossen eingeklagt haben, ist nach der Änderung der Rechtsprechung kein Parteiwechsel dahin erforderlich, daß Klägerin nunmehr die Gesellschaft ist. Vielmehr ist eine Berichtigung des Rubrums der richtige Weg (BGH, Urteil vom 15. Januar 2003 - XII ZR 300/99, NJW 2003, 1043). Diese kann auch noch in der Revisionsinstanz erfolgen.

Die aus M. und S. S. bestehende Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist eine Außengesellschaft, weil sie - durch die Veräußerung des im Gesamthandseigentum der beiden Gesellschafter stehenden Grundstücks - im Rechtsverkehr aufgetreten ist. Auch werden im Streitfall Gesamthandsforderungen geltend gemacht. Die Klageansprüche betreffen Schäden im gesamthänderisch gebundenen Vermögen. Die beiden Gesellschafter haben auch durchweg die Verurteilung des Beklagten zur Zahlung an sie "in Gesellschaft bürgerlichen Rechts" beantragt.

III.

Soweit das Berufungsgericht Anträgen der Gesellschafter (vermeintlichen Kläger) stattgegeben hat, die voneinander abweichen, kann das Berufungsurteil keinen Bestand haben. Diese besonderen Anträge waren möglicherweise unwirksam, weil die Antragsteller insofern nicht zur Vertretung der Klägerin befugt waren. Dies ist noch in der Revisionsinstanz von Amts wegen zu berücksichtigen (§ 56 Abs. 1 ZPO).

Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts handelt im Prozeß durch ihre gesetzlichen Vertreter. Dies sind gemäß § 709 Abs. 1, § 714 BGB alle Gesellschafter, wenn nicht der Gesellschaftsvertrag etwas anderes vorsieht. Insoweit hat die Klägerseite nichts vorgetragen und das Berufungsgericht nichts festgestellt. Zumindest für die Revisionsinstanz ist deshalb davon auszugehen, daß die Klägerin durch ihre Gesellschafter insgesamt vertreten wird. Gegebenenfalls durften die beiden Gesellschafter im vorliegenden Fall nicht teilweise voneinander abweichende Anträge stellen.

Zur Prüfung der Vertretungsverhältnisse ist die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Es ist nicht auszuschließen, daß sich die Gesellschafter - sollten sie nur gemeinsam vertretungsberechtigt sein - bei zutreffender Belehrung zu einheitlichen Anträgen entschlossen hätten. Dazu muß ihnen gegebenenfalls noch Gelegenheit gegeben werden.

IV.

Hinsichtlich der einheitlichen Anträge der Klägerseite ist das Berufungsurteil zwar ebenfalls in mehreren Punkten rechtsfehlerhaft; im Ergebnis hat die Revision des Beklagten insoweit dennoch keinen Erfolg (§ 563 ZPO a.F.).

1. Entgegen der Meinung des Berufungsgerichts kann die Verurteilung des Beklagten nicht auf eine Belehrungspflichtverletzung bei der Niederlegung des Vertragswillens der Parteien gestützt werden.

a) Nicht durchgreifend ist allerdings die Revisionsrüge, das Berufungsgericht habe insofern über einen Streitgegenstand entschieden, der nicht rechtshängig gewesen sei (§ 308 ZPO).

aa) Zwar waren die Vorgänge bei der Urkundsverhandlung zunächst nicht Gegenstand des Streits. Für den Streitgegenstand in einem Notarhaftungsprozeß ist maßgeblich, welche Pflichtverletzung dem Notar zur Last gelegt wird (vgl. BGH, Urteil vom 21. März 2000 - IX ZR 183/98, NJW 2000, 2678, 2679). Diese bildet den "Klagegrund", der neben dem Klageantrag den Streitgegenstand prägt (vgl. BGHZ 117, 1, 5; 132, 240, 243). Zum Klagegrund gehören alle vorgetragene(n) Tatsachen, die bei einer natürlichen Betrachtungsweise zu dem zur Entscheidung gestellten Tatsachenkomplex, dem Lebenssachverhalt, zu rechnen sind (BGHZ 117, 1, 5; BGH, Urteil vom 11. Juli 1996 - III ZR 133/95, NJW 1996, 3151, 3152; vom 20. März 2000 - II ZR 250/99, NJW 2000, 1958). Ferner ist erforderlich, daß der Klageantrag auf diesen Lebenssachverhalt gestützt wird (BGH, Urteil vom 30. September 1993 - IX ZR 211/92, WM 1993, 2129, 2132 f). Im vorliegenden Fall gehörten etwaige Fehlleistungen des Notars bei der Urkundsverhandlung, solange sie nicht vorgetragen wurden, und der Urkundsvollzug nicht zu einem einheitlichen Lebenssachverhalt. Etwas anderes gilt zwar insoweit, als auch die Einreichung der Urkunde gemäß § 53 BeurkG zur "Beurkundungstätigkeit" im Sinne des § 10a Abs. 2 BNotO zu rechnen ist (BGH, Urteil vom 18. November 1999 - IX ZR 402/97, NJW 2000, 664, 665 m.w.N.). Im Streitfall erschöpfte sich die Vollzugstätigkeit jedoch nicht in einer derartigen unselbständigen Betreuungsmaßnahme; vielmehr stellte sie sich als selbständiges Betreuungsgeschäft im Sinne des § 24 BNotO dar (vgl. BGH, Urteil vom 3. Februar 1976 - VI ZR 86/74, NJW 1976, 847 f; vom 13. Januar 1984 - V ZR 205/82, NJW 1984, 1748, 1749). Nach den rechtsfehlerfreien Feststellungen des Tatrichters hatte es der Beklagte eigens übernom-

men, "den Vollzug des Vertrages in jeder Hinsicht zu betreiben und zu überwachen", insbesondere die Abtretungsvereinbarung in der nach § 46 AO vorgeschriebenen Form sich zu verschaffen und an das zuständige Finanzamt weiterzuleiten sowie den Umschreibungsantrag erst nach Vollzugsreife zu stellen. Ein Kläger, der nur zu Pflichtverletzungen bei einem derartigen selbständigen Betreuungsgeschäft vorträgt, bezieht damit nicht auch die Vorgänge bei der vorausgegangenen Beurkundung in den Streitgegenstand mit ein, selbst wenn ein und derselbe Notar mit beiden Vorgängen befaßt war.

Daß mit der Klageschrift der notarielle Kaufvertrag vorgelegt worden war, der in § 9 auflistete, welche besonderen Belehrungen der Beklagte "insbesondere" erteilt hatte, rechtfertigt - entgegen der Ansicht der Revision - nicht den Schluß, dort nicht genannte Belehrungen seien unterblieben. Denn ein Vermerk über die stattgefundenen Belehrungen war nicht gesetzlich vorgeschrieben. Selbst wenn die Vorlage der Kaufvertragsurkunde als Vortrag einer Belehrungspflichtverletzung ausreichend gewesen wäre, hätte - wie bereits dargelegt -, um diese dann auch zum Streitgegenstand zu machen, daran noch ein Rechtsfolgebegehren geknüpft werden müssen. Daran fehlt es ebenfalls. Zunächst hatte M. S. eine Feststellungsklage erhoben mit dem Ziel, den Schaden zu ersetzen, der "aus der fehlerhaften Abwicklung und Durchführung des notariellen Kaufvertrages vom 7. Dezember 1992 ... bereits entstanden ist oder in Zukunft noch entstehen wird". Später hatte sich S. S.

der Klage "ohne jegliche Änderung des Klageinhalts" angeschlossen. An dem "Klageinhalt" änderte sich auch nichts nach Umstellung auf eine Zahlungsklage. Damit war der Streitgegenstand auf den Urkundenvollzug beschränkt.

bb) Indes ist der Anspruch aus einer Belehrungspflichtverletzung rechtshängig geworden, als er in der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsge-

richt geltend gemacht wurde (§ 261 Abs. 2 Alt. 1 ZPO). Zwar enthält das Verhandlungsprotokoll hierzu nichts. Jedoch liefert insofern der Tatbestand des Berufungsurteils den erforderlichen (vgl. § 165 ZPO) Beweis (§ 314 Satz 1 ZPO). Dort heißt es, die "Kläger" hätten in der Verhandlung "Sachvortrag ... zu Belehrungspflichten bezogen auf Risiken einer Abtretung" gehalten. In den Entscheidungsgründen ist weiter ausgeführt, die "Kläger" hätten in der Berufungsverhandlung die Inanspruchnahme des Beklagten zusätzlich darauf gestützt, daß er seinen Belehrungspflichten in der Urkundsverhandlung nicht genügt habe. Dabei handelt es sich ebenfalls um eine tatbestandliche Feststellung. Wie sich wiederum aus dem Berufungsurteil ergibt, hat sich der Beklagte in der mündlichen Verhandlung auch auf das neue Vorbringen eingelassen.

b) Soweit der Klageanspruch in der Berufungsverhandlung zusätzlich auf Fehler des Beklagten bei der Urkundsverhandlung gestützt worden ist, kann sich der Beklagte jedoch auf Verjährung berufen.

aa) Der Ansicht der Revisionserwiderungen, die Verjährungseinrede sei nicht erhoben, kann nicht gefolgt werden. Da die Geltendmachung der Verjährung ein tatsächlicher Vorgang ist, wäre es allerdings in der Revisionsinstanz dafür grundsätzlich zu spät gewesen (vgl. BGHZ 1, 234, 239; MünchKommBGB/Grothe, 4. Aufl. § 222 Rn. 3). Indes ist die Einrede bereits vor Schluß der letzten mündlichen Verhandlung in den Tatsacheninstanzen erhoben worden. Ausdrücklich geltend gemacht hat der Beklagte die Verjährung zwar nur in bezug auf den Anspruch, der aus dem angeblich fehlerhaften Vollzug hergeleitet worden ist. Indem sich der Beklagte später auch auf den Anspruch wegen des Belehrungsfehlers eingelassen und insoweit ebenfalls Klageabweisung beantragt hat, ist das Verteidigungsvorbringen gegenüber der ursprünglichen Klage

jedoch konkludent auch auf den neu geltend gemachten Anspruch bezogen worden.

bb) Zu dem Zeitpunkt, als die Kläger die neuen Tatsachen in den Prozeß eingeführt haben (23. Oktober 2001), war die dreijährige Verjährungsfrist gemäß § 19 Abs. 1 Satz 3 BNotO in Verbindung mit § 839 BGB, § 852 BGB a.F. bereits abgelaufen. Nach § 852 BGB a.F. beginnt die Verjährungsfrist mit der Kenntnis des Geschädigten von dem Schaden und der Person des Ersatzpflichtigen. Dies setzt voraus, daß ein Schaden entstanden ist. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist dies der Fall, wenn sich die Vermögenslage des Betroffenen verschlechtert hat, mögen auch Umfang und Endgültigkeit der Beeinträchtigung noch ungewiß sein (vgl. BGH, Urteil vom 17. Februar 2000 - IX ZR 436/98, WM 2000, 1345, 1347; vom 20. Juni 2000 - IX ZR 434/98, WM 2000, 1600, 1604; vom 6. Juli 2000 - IX ZR 88/98, WM 2000, 1808, 1811).

Der Gesellschafter S. S. hat in der Revisionsinstanz die Ansicht vertreten, der Schaden bestehe im Verlust des Grundstücks. Abgesehen davon, daß dieser dann bereits am 20. Juli 1993 und die Verjährung entsprechend früher eingetreten wäre, ist diese Ansicht insofern richtigzustellen, als der notarielle Kaufvertrag gerade darauf gerichtet war, das Eigentum an dem Grundstück auf den Käufer zu übertragen. Der Verlust des Eigentums kann sich deshalb nicht als Schaden im Rechtssinne darstellen. Dieser besteht vielmehr darin, daß die Klägerin das Eigentum verloren hat, ohne die volle Gegenleistung zu erhalten. In diesem Zusammenhang machen die Revisionserwiderungen geltend, erst seit November 1999 stehe fest, daß ein Schaden entstanden sei. Vor diesem Zeitpunkt seien Schadensersatzansprüche, mit denen der Käufer gegen den im Vorprozeß geltend gemachten Restkaufpreisanspruch der

Klägerin aufgerechnet habe, noch nicht rechtskräftig abgewiesen gewesen. Dieser Ansicht folgt der Senat nicht. Die Vermögenslage der Klägerin hat sich spätestens zu dem Zeitpunkt verschlechtert, als die Finanzbehörden zu erkennen gaben, sie würden auf die Abtretung nicht in voller Höhe zahlen, sowie gegen die Gesellschafter der Klägerin Haftungsbescheide wegen der danach noch offen stehenden Umsatzsteuer erließen, und die Vollstreckung gegen den wegen des Differenzbetrages verurteilten Käufer wegen dessen Zahlungsunfähigkeit scheiterte. Nach dem unstreitigen Sachverhalt waren diese Voraussetzungen sämtlich im Juli 1994 gegeben und der Klägerin damals auch bereits bekannt. Daß der Käufer Gegenansprüche geltend machte, mit denen er gegen den Restkaufpreisanspruch aufrechnete, ist insoweit unerheblich. Ob etwas anderes gelten würde, wenn umgekehrt auch die Klägerin gegen diese Schadensersatzansprüche des Käufers hätten aufrechnen und sich dadurch befriedigen können, braucht der Senat nicht zu entscheiden. Abgesehen davon, daß eine Aufrechnungslage mangels Gegenanspruchs des Käufers ohnehin nicht bestand, wäre eine Aufrechnungsmöglichkeit der Klägerin zumindest mit Rücksicht auf die Bestimmung des § 393 BGB zweifelhaft und nur mit Schwierigkeiten durchzusetzen gewesen. Der Käufer hatte nämlich behauptet, die Klägerin habe ihm Mängel der Kaufsache arglistig verschwiegen, weshalb ein vertraglicher Gewährleistungsausschluß nicht greife. Er hatte den Gesellschaftern der Klägerin mithin deliktisches Handeln (§ 263 StGB) vorgeworfen (zur Anwendbarkeit des § 393 BGB bei einem Zusammentreffen von vertraglichen mit deliktischen Ansprüchen vgl. BGH, Urteil vom 24. November 1998 - VI ZR 388/97, NJW 1999, 714 m.w.N.). Deswegen hatten sich die Vermögensverhältnisse der Klägerin spätestens im Juli 1994 - unabhängig von dem Ausgang ihres Rechtsstreits mit dem Käufer - verschlechtert, und dies war den Gesellschaftern der Klägerin auch damals bereits bekannt. Demgemäß war die Verjährung im Juli 1997 vollendet.

2. Der Klägerin steht jedoch ein Schadensersatzanspruch in voller Höhe wegen Amtspflichtverletzungen des Beklagten beim Urkundenvollzug zu.

a) Diesen Anspruch zuzusprechen, ist der Senat nicht deswegen gehindert, weil das Berufungsgericht angenommen hat, wegen Amtspflichtverletzungen beim Urkundenvollzug hafte der Beklagte nur in Höhe des "Mindererlöses" (des Betrages von 315.365 DM, den das Finanzamt bei rechtzeitiger Einreichung der Abtretungsurkunde mehr bezahlt hätte) und der darauf beruhenden Folgeschäden, und die Kläger keine Anschlußrevision eingelegt haben. Der Anspruch der Kläger auf Schadensersatz ist, auch soweit er aus Fehlern beim Urkundsvollzug hergeleitet wird, in voller Höhe in die Revisionsinstanz erwachsen.

Das Berufungsgericht hat die beiden alternativen Klagegründe in ein Rangverhältnis gestellt. Im Ergebnis hat es den Klagegrund "Beurkundungsfehler" wie einen Hauptantrag und den Klagegrund "Vollzugsfehler" wie einen Hilfsantrag behandelt. Denn es hat der Klage auf der Grundlage einer Pflichtverletzung bei der Urkundsverhandlung voll stattgegeben. Wenn es darin den Hilfsantrag gesehen hätte, wäre der Hauptantrag abzuweisen gewesen. Wie das Berufungsgericht den Rang der beiden Klagegründe verstanden hat, zeigt sich auch an der Reihenfolge der Urteilsgründe. Zunächst wurde die Pflichtverletzung bei der Beurkundung behandelt. Erst danach ist das Berufungsgericht auf die Pflichtverletzung beim Urkundenvollzug eingegangen, und zwar nur noch deshalb, „weil der Schwerpunkt der schriftsätzlichen Erörterungen der Parteien und auch des landgerichtlichen Urteils“ darauf gelegen habe. Das Berufungsgericht hat diesen Teil seiner Erörterungen mithin als obiter dictum angesehen.

Im übrigen kann bei alternativer Klagehäufung ein Rangverhältnis auch noch in der Revisionsinstanz festgelegt werden. In der mündlichen Verhandlung hat der Senat zu erkennen gegeben, daß im vorliegenden Fall die Annahme naheliege, das Berufungsgericht habe von sich aus das vorstehend beschriebene Rangverhältnis hergestellt. Dem ist die Klägersseite nicht entgegengetreten.

Wird einem Hauptantrag stattgegeben, fällt der Hilfsantrag allein durch die Rechtsmitteleinlegung seitens des Beklagten in der höheren Instanz an; eines Anschlußrechtsmittels hinsichtlich des Hilfsantrags bedarf es nicht (BGHZ 25, 79, 85; 41, 38, 39 f.; BGH, Urteil vom 24. Januar 1990 - VIII ZR 296/88, NJW-RR 1990, 518, 519). Entsprechendes muß gelten, wenn der Kläger sein Klagebegehren - wie hier - auf mehrere Gründe stützt und das Berufungsgericht einen für gegeben erachtet (BGH, Urteil vom 24. September 1991 - XI ZR 245/90, NJW 1992, 117). Dabei ist gleichgültig, ob es sich zu dem zweiten Klagegrund nicht geäußert oder zu erkennen gegeben hat, daß es diesem keine (volle) Erfolgsaussicht beimißt.

b) Der Anspruch aus einer Amtspflichtverletzung beim Urkundenvollzug ist auch nicht verjährt. Die im Juli 1994 in Gang gesetzte Verjährungsfrist wurde durch die Einreichung der Klage am 12. März 1996 unterbrochen.

c) Der Beklagte hat nicht nur - wie das Berufungsgericht gemeint hat - bei der Beschaffung und Weiterleitung der vollständig zu unterschreibenden Abtretungsurkunde, sondern - wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat - auch und hauptsächlich insofern pflichtwidrig gehandelt, als er am 19. Januar 1993 trotz fehlender Vollzugsreife den Umschreibungsantrag gestellt hat. Ge-

mäß § 3 Nr. 3 des notariellen Kaufvertrages war er beauftragt und ermächtigt, die Urkunde dem Grundbuchamt zur Eigentumsumschreibung erst nach vollständiger Bezahlung des Kaufpreises ("in Haupt- und Nebensache") vorzulegen. Zwar konnte gemäß § 5 Nr. 2 die Zahlung der ausgewiesenen Mehrwertsteuer auch im Wege der Abtretung des Vorsteuererstattungsanspruchs durch den Käufer an den Verkäufer erfolgen. Eine wirksame Abtretung lag jedoch am 19. Januar 1993 noch nicht vor. Gemäß § 46 Abs. 2 AO wird eine Abtretung von Steuererstattungsansprüchen erst wirksam, wenn sie der Gläubiger in der nach Absatz 3 vorgeschriebenen Form der zuständigen Behörde nach Entstehung des Anspruchs anzeigt; nach dem in Bezug genommenen Absatz 3 ist die Abtretung der zuständigen Finanzbehörde unter Abgabe des Abtretenden, des Abtretungsempfängers sowie der Art und Höhe des abgetretenen Anspruchs und des Abtretungsgrundes auf einem amtlich vorgeschriebenen Vordruck anzuzeigen; außerdem ist die Anzeige vom Abtretenden und vom Abtretungsempfänger zu unterschreiben. Diese Voraussetzungen waren nach den von der Revision nicht in Zweifel gezogenen Feststellungen erst am 19. Juli 1993 gegeben.

Selbst an diesem Tage durfte der Beklagte den Umschreibungsantrag nicht stellen. Denn nunmehr mußte er die neue Lage, die sich bis zu diesem Zeitpunkt ergeben hatte, bedenken. Nach den von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts hatte der Beklagte schon vor dem 19. Juli 1993 konkrete Anhaltspunkte dafür, daß der Kaufvertrag nicht wie beabsichtigt würde abgewickelt werden können. Das Finanzamt Schleswig hatte bereits Anfang Juli 1993 von den Gesellschaftern der Klägerin den Mehrwertsteuerbetrag in Höhe von 1.413.076 DM eingefordert. Es stand auch bereits im Raum, daß das Finanzamt Dieburg den Steuererstattungsanspruch des Käufers teilweise mit eigenen Forderungen gegen diesen verrechnen würde.

Dies alles war dem Beklagten bekannt, wie sich daraus ergibt, daß er namens der Gesellschafter der Klägerin unter dem 9. Juli 1993 beim Finanzamt Schleswig eine Stundung beantragte und hierbei auch die Verrechnungsproblematik darlegte. Dieser Antrag wurde bereits am 15. Juli 1993 abgelehnt. Unter diesen Umständen durfte der Beklagte bis auf weiteres keinen Umschreibungsantrag stellen. Denn er durfte auch im Rahmen des Urkundsvollzuges nicht dazu beitragen, daß die Klägerin ihr Eigentum an dem Grundstück verlor, ohne die volle Gegenleistung zu erlangen. Die Abtretung war nicht als Leistung an Erfüllung statt, sondern als eine solche erfüllungshalber zu verstehen. Davon geht - in Übereinstimmung mit dem Berufungsgericht - auch die Revision aus. Nach dem eigenen Vorbringen des Beklagten war es "Mitte Juli 1993 noch völlig offen ... , was das Finanzamt Dieburg auf die Abtretung zahlen" würde.

Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts hat die Amtspflichtverletzung, die in der verfrühten Stellung des Umschreibungsantrags liegt, einen "eigenen Unwertgehalt". Das Berufungsgericht hat dies deshalb verneint, weil bei Stellung des Umschreibungsantrags die Umschreibungsreife bereits vorgelegen hätte, wenn der Beklagte die Abtretungserklärung mit der erforderlichen und ihm möglichen sowie zumutbaren Beschleunigung beim Finanzamt vorgelegt hätte. Daß die Stellung des Umschreibungsantrags am 19. Januar 1993 nicht amtspflichtwidrig gewesen wäre, wenn der Beklagte bis dahin die Umschreibungsvoraussetzungen geschaffen hätte, ist selbstverständlich. Daraus kann aber nicht umgekehrt gefolgert werden, daß die Stellung des Umschreibungsantrags amtspflichtgemäß gewesen sei, weil der Beklagte hinsichtlich der Handhabung der Abtretung amtspflichtwidrig gehandelt habe.

d) Die verfrühte Umschreibung ist für den Schaden der Klägerin kausal geworden. Was geschehen wäre, wenn der Beklagte unter Mitteilung des

Grundes an die Vertragsparteien von der Stellung des Umschreibungsantrags abgesehen hätte, hat das Berufungsgericht - wegen seines abweichenden Lösungsansatzes - zwar nicht abschließend festgestellt. Indes ist insoweit auf die Feststellungen des Landgerichts zurückzugreifen, die der Beklagte mit seiner Berufung nicht angefochten hat. Soweit das Berufungsgericht weitergehend Zinsen zugesprochen hat, wird dies von seinen Feststellungen getragen.

Zu der Frage, ob der Käufer, der den Netto-Kaufpreis von 12,5 Mio. DM voll fremdfinanziert hat, bereit und in der Lage war, "anderweitige Sicherheiten" zu bieten, ist festgestellt, daß der Käufer - wegen der von ihm erhobenen Mängelrügen - zunächst nicht gewillt war, "die Abtretung aufrechtzuerhalten", und jedenfalls später, nach seiner rechtskräftigen Verurteilung, nicht mehr zahlungsfähig war. Festgestellt ist weiter, daß die Klägerin noch andere Interessenten an der Hand hatte, die denselben Preis gezahlt hätten. Die Schadensberechnung des Landgerichts beruhte ersichtlich auf der Annahme, daß die Klägerin, falls sie nicht den vollen Kaufpreis von dem Käufer bekam, den Kauf rückabgewickelt und das Objekt an einen der anderen Interessenten verkauft hätte. Dagegen hat weder der Beklagte mit seiner Berufung etwas vorgebracht noch hat sich die Revision, die auf die Frage einer Amtspflichtverletzung beim Vollzug durchaus eingegangen ist, damit befaßt.

e) Nicht durchgreifend ist die Rüge der Revision, die Ersatzpflicht des Beklagten sei ausgeschlossen (§ 19 Abs. 1 Satz 3 BNotO i.V.m. § 839 Abs. 3 BGB), weil die Klägerin es fahrlässig unterlassen habe, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden. Sie sei gehalten gewesen, sich bei dem Beklagten im Wege einer Gegenvorstellung nach der Abtretungserklärung zu erkundigen.

Die von der Revision geltend gemachte Rechtsfolge kann nur eintreten, wenn der Betroffene schuldhaft ein Rechtsmittel unterläßt, das sich gegen das amtspflichtwidrige Verhalten als solches richtet mit dem Ziel, dieses zu ändern (vgl. BGH, Urteil vom 23. Februar 1978 - III ZR 97/76, NJW 1978, 1522, 1523). Die maßgebliche Amtspflichtverletzung war im vorliegenden Fall - wie unter c ausgeführt - die Stellung des Umschreibungsantrags ohne Vorliegen der Umschreibungsreife. Daß die Klägerin den Beklagten nicht angehalten hat, den Antrag sogleich zurückzunehmen, wäre nur dann als schuldhaft anzusehen, wenn ihre geschäftsführenden Gesellschafter bei Anwendung der nach ihrem Bildungsstand und ihrer Geschäftsgewandtheit gebotenen Sorgfalt hätten erkennen können und müssen, daß die Umschreibungsreife noch nicht gegeben war (zum Verschuldensmaßstab vgl. BGH, Urteil vom 17. Januar 2002 - IX ZR 434/00, WM 2002, 1068, 1070 m.w.N.). Dazu hat der - darlegungspflichtige - Beklagte in den Tatsacheninstanzen nicht genügend vorgetragen.

f) Auch ein Mitverschulden (§ 254 BGB) kann der Klägerin nicht entgegengehalten werden.

aa) Die Revision lastet ihr an, daß sie ihre eigene Umsatzsteuervoranmeldung für Dezember 1992 nicht bis zum 10. Januar 1993 eingereicht habe. Damit knüpft die Revision an den Inhalt der dem Finanzamt Dieburg zugeleiteten Abtretungsanzeige an. Danach sollte der abgetretene Betrag durch Verrechnung mit Steuerschulden des Abtretungsempfängers, also der Klägerin, beim Finanzamt Schleswig für den Zeitraum Dezember 1992 "ausgezahlt" werden. Die zeitnahe Einreichung der Umsatzsteuervoranmeldung für Dezember 1992 hätte, so die Revision, dazu geführt, daß die Abtretungserklärung vom Finanzamt Schleswig noch im Januar 1993 angefordert worden wäre. Damit soll zum Ausdruck gebracht werden, daß das Finanzamt Dieburg auf die Abtretung

mehr gezahlt hätte, wenn der Vorgang früher abgewickelt worden wäre. Insofern greift jedoch das Argument des Berufungsgerichts durch, die Verpflichtung der Klägerin zur rechtzeitigen Einreichung ihrer Steuererklärungen diene nicht dem Zweck, den Notar vor den haftpflichtrechtlichen Folgen seines amtspflichtwidrigen Handelns zu schützen. Ob es sich anders verhielte, wenn die Gesellschafter der Klägerin sich des Risikos der Abtretungslösung bewußt gewesen wären, kann dahinstehen. Denn sie hatten dieses Problembewußtsein nicht. Dann beruhte das der Klägerin entgegengehaltene vermeintliche Mitverschulden auf einem von dem Beklagten geschaffenen Vertrauenstatbestand.

bb) Soweit schließlich die Revision der Klägerin vorwirft, sie habe eine Umsatzsteuerkorrektur gemäß § 17 UStG, wodurch sich die Steuerschuld um 211.961,40 DM verringert hätte, versäumt, und soweit die Revision rügt, mit diesem bereits in den Tatsacheninstanzen vorgebrachten Argument habe sich das Berufungsgericht nicht befaßt, hat sie ebenfalls keinen Erfolg.

Der von der Revision geltend gemachte absolute Revisionsgrund des § 551 Nr. 7 ZPO a.F. liegt nicht vor. Das Berufungsurteil enthält zu diesem Beklagtenvorbringen Ausführungen.

Im übrigen hat die Klägerin gegenüber dem Finanzamt den Sachverhalt vorgetragen und zumindest konkludent um Steuerermäßigung gebeten. Das Finanzamt hat die Angelegenheit unter dem Gesichtspunkt geprüft, ob der Klägerin gemäß § 20 UStG die "Ist-Besteuerung" nach vereinnahmten statt nach vereinbarten Entgelten bewilligt werden könne. Ob die steuerrechtliche Problematik damit ausgeschöpft oder ob nicht auch eine Prüfung nach § 17 Abs. 2 UStG veranlaßt war, kann dahinstehen. Jedenfalls kann der Beklagte der Klägerin nicht den Vorwurf schuldhafter Versäumnisse machen, zumal der Gesell-

schafter S. S. den Beklagten auch insoweit als seinen steuerlichen Berater eingeschaltet und dieser mit dem Finanzamt - erfolglos - korrespondiert hatte.

Kreft

Fischer

Ganter

Nešković

Vill