

BGer 4C.40/2004 vom 25. Juni 2004

Bundesgericht, 2004-06-25, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4C.40_2004

FR: TF 4C.40/2004 du 25 juin 2004

IT: TF 4C.40/2004 del 25 giugno 2004

Erwägungen

E. 1.1

Nicht bestritten ist vorliegend der Schluss der Vorinstanz, wonach der Beklagte als Notar eine nichtamtliche, privatrechtliche Verrichtung vorgenommen hat, die dem Bundesprivatrecht unterstellt ist (vgl. BGE 126 III 370).

Der Beklagte kritisiert jedoch die rechtliche Qualifikation des Vertrags als Auftrag (Art. 394 OR). Seine diesbezüglichen Vorbringen sind, soweit sie den festgestellten übereinstimmenden Parteiwillen in Frage stellen, im Berufungsverfahren (Art. 63 Abs. 2 OG) nicht zu hören. Seine Rügen betreffend die Vertragsauslegung nach dem Vertrauensprinzip gehen an der Sache vorbei, nachdem das Bundesgericht in seinem Urteil zur staatsrechtlichen Beschwerde festgehalten hat, die Vorinstanz habe willkürfrei einen übereinstimmenden Parteiwillen in Bezug auf die Funktion des Beklagten beim Pfandaustausch und auf das Zustandekommen eines Vertrags festgestellt.

E. 1.2

Der Auftrag ist die vertragliche Übernahme der Geschäftsbesorgung oder Dienstleistung durch den Beauftragten im Interesse und nach dem Willen des Auftraggebers (statt vieler Oser/Schönenberger, Zürcher Kommentar, N. 3 ff. zu Art. 394 OR). Inhalt kann jede beliebige persönliche Handlung sein. Voraussetzung für das Vorliegen eines Auftrages ist stets, dass es sich um ein Tätigwerden in fremdem Interesse, um die Besorgung fremder Geschäfte handelt. Eine Vergütung für die geleisteten Dienste in Gestalt von Lohn oder Honorar hat der Auftraggeber nur zu entrichten, wenn dies von den Vertragsparteien verabredet oder üblich ist (Art. 394 Abs. 3 OR ; Oser/ Schönenberger, a.a.O., N. 16 f. zu Art. 394 OR ; Guhl/Schnyder, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., Zürich 2000, N. 5 S. 547). Ein Auftrag kann stillschweigend akzeptiert werden (Oser/Schönenberger, a.a.O., N. 28 zu Art. 394 OR ; Fellmann, Berner Kommentar, N. 60 ff. zu Art. 395 OR) oder konkludent zustande kommen (Fellmann, a.a.O., N. 32 zu Art. 395 OR ; Weber, Basler Kommentar, 3. Aufl., Basel 2003, N. 5 zu Art. 395 OR). Der Vertragsschluss bedarf keiner besonderen Form (Oser/Schönenberger, a.a.O., N. 28 zu Art. 394 OR ; Fellmann, a.a.O., N. 23 zu Art. 395 OR ; Weber, a.a.O., N. 9 zu Art. 395 OR).

E. 1.3

Da vorliegend keine Entschädigung zwischen den Parteien vereinbart wurde, stellt sich die Frage nach dem Bestehen einer unverbindlichen Gefälligkeit, welche eine Vertragsbindung nicht entstehen lässt und zu keiner Vertragshaftung des Leistenden bei Nicht- oder Schlechterfüllung führt (BGE 129 III 181 E. 3.2; 116 II 695 E. 2b/bb S. 697 mit Hinweisen). Ob ein Vertrag oder eine Gefälligkeit vorliegt, entscheidet sich nach den Umständen des Einzelfalles, insbesondere der Art der Leistung, ihrem Grund und Zweck, ihrer rechtlichen und wirtschaftlichen Bedeutung, den Umständen, unter denen sie erbracht

wird, und der bestehenden Interessenlage der Parteien. Für einen Bindungswillen spricht ein eigenes, rechtliches oder wirtschaftliches Interesse des Leistenden an der gewährten Hilfe oder ein erkennbares Interesse des Begünstigten, fachmännisch beraten oder unterstützt zu werden (BGE 129 III 181 E. 3.2; 116 II 695 E. 2b/bb S. 697 f.).

Das vorliegende Vertragsverhältnis ist als Auftrag zu qualifizieren (vgl. BGE 88 II 162 E. 3b). Die Vorinstanz hat für das Bundesgericht verbindlich festgestellt, die Aufgabe des Beklagten habe darin bestanden, im Interesse der Klägerin den ursprünglichen Namensschuldbrief zurückzubehalten, bis er sich vergewissert hatte, dass die Klägerin im Besitz der beiden Ersatztitel oder einer Interimbescheinigung war. Zu dieser Pflicht sei gegebenenfalls noch dazu gekommen, den ursprünglichen Namensschuldbrief an die Zessionarin weiterzugeben. Es lag somit ein erkennbares Interesse der begünstigten Klägerin an einer fachmännischen Unterstützung durch den Beklagten als Notar vor.

E. 2.1

Der Beklagte macht geltend, es fehle der adäquate Kausalzusammenhang zwischen seinem Verhalten und dem Schaden. Nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung habe die Klägerin nicht damit rechnen können, dass er den von ihr ausdrücklich zu Gunsten einer weiteren Bank zedierten Schuldbrief von Fr. 129'000.-- bei einem 18-monatigen Schweigen ihrerseits bei sich behalten würde.

E. 2.2

Das Urteil zur staatsrechtlichen Beschwerde hat die Feststellung der natürlichen Kausalität durch die Vorinstanz als willkürfrei betrachtet. Eine natürlich kausale Handlung ist rechtlich nur dann relevant, wenn sie zusätzlich auch die Kriterien der adäquaten Kausalität erfüllt. Um adäquat kausal zu sein, muss die schädigende Handlung nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet sein, den entstandenen Schaden herbeizuführen (vgl. BGE 129 II 312 E. 3.3 mit Hinweisen).

Die Vorinstanz erwog im Zusammenhang mit der adäquaten Kausalität, die Weisung, welche die Übergabe des Schuldbriefs von der Entgegennahme der Ersatzschuldbriefe abhängig machte, habe gerade den Zweck gehabt, den Pfandaustausch Zug um Zug vorzunehmen und dadurch allfälligen Sicherungslücken bei der Geschäftsabwicklung zu begegnen. Aus diesem Grund sei eine Drittperson gewählt und mit der entsprechenden Bedingung angewiesen worden. Indem sich der beklagte Notar über diese Weisung hinweggesetzt habe, habe er denjenigen Schaden bewirkt, den die Klägerin durch die entsprechende Weisung gerade habe verhindern wollen.

Das Verhalten des Beklagten war somit nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung durchaus geeignet, den entstandenen Schaden herbeizuführen. Unerheblich ist demzufolge der Einwand des Beklagten, die Klägerin habe während 18 Monaten geschwiegen. Die Unerheblichkeit dieses Umstands ergibt sich im Übrigen auch aus dem Auftragsgegenstand.

E. 2.3

Ob der Kausalzusammenhang unterbrochen wurde, betrifft dessen Adäquanz und ist deshalb eine Rechtsfrage, die im Berufungsverfahren überprüft werden kann (BGE 116 II 519 E. 4a S. 524). Da das Zuwarten der Klägerin während 18 Monaten unerheblich ist, kann es entgegen der Meinung des Beklagten auch nicht den adäquaten Kausalzusammenhang unterbrechen. Erste Voraussetzung einer solchen Unterbrechung ist, dass der angeblich

unterbrechende Umstand selbst in einem ursächlichen Zusammenhang zum eingetretenen Schaden steht. Gemäss dem Urteil zur staatsrechtlichen Beschwerde ist aber die Verneinung eines solchen natürlichen Kausalzusammenhangs - als in der Berufung nicht überprüfbarer Tatfrage (BGE 113 II 52 E. 2 S. 56) - zwischen dem betreffenden Umstand (Zuwarten während 18 Monaten) und dem Schaden nicht willkürlich. Daher kann auch von einem Selbstverschulden der Klägerin (Art. 44 OR in Verbindung mit Art. 99 Abs. 3 OR) nicht die Rede sein. Als Reduktionsgrund könnte höchstens die Unentgeltlichkeit des Auftrags in Frage kommen (vgl. Art. 99 Abs. 2 OR ; Weber, a.a.O., N. 17 zu Art. 394 OR und N. 31 zu Art. 398 OR), was nachstehend geprüft wird (E. 4.2).

E. 3

Unbegründet ist ebenfalls der Einwand des Beklagten, das lange Zuwarten der Klägerin mit der an ihn gerichteten Mahnung sei rechtsmissbräuchlich. Rechtsmissbrauch fällt dem Gläubiger, der mit der Geltendmachung eines Anspruchs lange zuwartet, nur zur Last, wenn weitere Umstände hinzutreten, die das Zuwarten als Verstoss gegen Treu und Glauben erscheinen lassen (vgl. im Zusammenhang mit der Verjährungsfrist BGE 127 III 357 E. 4c/bb; 116 II 428 E. 2, je mit Hinweis). Dass die Klägerin den Kreditnehmer mehrfach mahnen musste, bis dieser ihr die neue Pfandbestellung zukommen liess, lässt ihr Zuwarten gegenüber dem Beklagten nicht als Verstoss gegen Treu und Glauben erscheinen, da die Mahnungen des Kreditnehmers bereits im Jahre 1993 erfolgten und nicht erstellt ist, zu welchem Zeitpunkt der Beklagte den ursprünglichen Schuldbrief aushändigte. Aus den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz ergibt sich, dass die Klägerin vor dem Jahr 1995 ohnehin keinen Grund hatte, gegen den Kreditnehmer vorzugehen, da dessen finanziellen Probleme erst später auftraten.

E. 4.1

Im Berufungsverfahren kann als Rechtsfrage geprüft werden, ob die Vorinstanz den Rechtsbegriff des Schadens verkannt oder gegen Rechtsgrundsätze der Schadensberechnung oder -bemessung verstossen hat, während das Bundesgericht an Feststellungen über Bestand und Ausmass des Schadens als Tatfragen gebunden ist (BGE 122 III 219 E. 3b S. 222).

Der Beklagte macht geltend, für die Schadensberechnung müsse der heutige Vermögensstand der Klägerin verglichen werden mit demjenigen, den sie hätte, wenn sie in den Besitz der beiden Ersatztitel gekommen wäre. Diese Titel hätten sich als ungedeckt erwiesen und seien somit wertlos.

Die Vorinstanz ist zu Recht davon ausgegangen, die Klägerin sei so zu stellen, wie wenn der Auftrag gehörig erfüllt, also der Vertrag nicht verletzt worden wäre (positives Vertragsinteresse; dazu Fellmann, a.a.O., N. 212 zu Art. 398 OR ; Weber, a.a.O., N. 30 zu Art. 398 OR). Im Zeitpunkt der Errichtung des Namensschuldbriefes sei die Liegenschaft mit lediglich Fr. 535'000.-- im 1. Rang belehnt gewesen, und die gesamten Anlagekosten für diese Liegenschaft hätten Fr. 847'000.-- betragen. Mit dem Schuldbrief über Fr. 129'000.-- im zweiten Rang sei der gewährte Kredit von Fr. 129'000.-- genügend gesichert gewesen. Der Beklagte habe durch die weisungswidrige Aushändigung des Schuldbriefes diese Sicherheit zerstört. Somit habe für den bis Ende 1999 aufgelaufenen Negativsaldo von insgesamt Fr. 134'394.55 auf den drei Bankverbindungen des Kreditnehmers (Fr. 106'425.--, Fr. 22'500.50 und Fr. 5'469.05) keine Sicherheit mehr bestanden. Die Klägerin habe durch die hoffnungslose Überschuldung des Kreditnehmers einen Schaden in dieser

Höhe erlitten.

Hätte der Beklagte den ursprünglichen Namensschuldbrief nicht weisungswidrig - ohne die Herausgabe der Ersatzsicherheit erwirkt zu haben - ausgehändigt, hätte die Klägerin keinen Ausfall gehabt. Der verursachte Schaden beläuft sich daher auf den gesamten Ausfall von Fr. 134'394.55.

E. 4.2

Der Sorgfaltsmassstab (vgl. Art. 398 Abs. 1 OR in Verbindung mit Art. 321e Abs. 2 OR) richtet sich nach den Fähigkeiten, Fachkenntnissen und Eigenschaften des Beauftragten (BGE 127 III 357 E. 1c). Der Beklagte hat als Notar, mithin als ausgewiesener Fachmann, seine Sorgfaltspflicht klar verletzt (vgl. BGE 115 II 62 E. 3a; Oser/ Schönenberger, a.a.O., N. 1 zu Art. 398 OR ; Guhl/Schnyder, a.a.O., N. 12 S. 549). Von einer Haftungsreduktion wegen Unentgeltlichkeit des Auftrags (vgl. Art. 99 Abs. 2 OR ; E. 2.3 hievore) ist somit vorliegend abzusehen; mit anderen Worten wird die Unentgeltlichkeit durch die Professionalität aufgewogen.

E. 5

Die Berufung ist abzuweisen. Die Gerichtsgebühr ist dem Beklagten aufzuerlegen (Art. 156 Abs. 1 OG). Er hat der Klägerin überdies eine Parteientschädigung auszurichten (Art. 159 Abs. 2 OG).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.