

# **BGer 4P.28/2004 vom 25. Juni 2004**

Bundesgericht, 2004-06-25, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4P.28\\_2004](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4P.28_2004)

FR: TF 4P.28/2004 du 25 juin 2004

IT: TF 4P.28/2004 del 25 giugno 2004

## **Regeste**

Zivilprozess

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Erhebt eine Partei gleichzeitig staatsrechtliche Beschwerde und Berufung, so ist in der Regel zuerst über die staatsrechtliche Beschwerde zu befinden, und der Entscheid über die Berufung wird ausgesetzt ( Art. 57 Abs. 5 OG ). Vorliegend besteht kein Anlass, anders zu verfahren.

### **E. 1.2**

Willkür liegt nicht schon dann vor, wenn eine andere als die vom kantonalen Gericht gewählte Lösung ebenfalls vertretbar oder gar vorzuziehen wäre. Willkürlich ist ein Entscheid vielmehr erst, wenn er offensichtlich unhaltbar ist, insbesondere mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft ( BGE 129 I 8 E. 2.1 S. 9). Gemäss Art. 90 Abs. 1 lit. b OG ist in der Beschwerdeschrift im Einzelnen darzustellen, inwiefern das angefochtene Urteil willkürlich sein soll. Im Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde prüft das Bundesgericht nur klar und detailliert erhobene Rügen ( BGE 129 I 185 E. 1.6 S. 189, mit Hinweisen). Namentlich genügt es nicht, einzelne Beweise anzuführen, die anders als im angefochtenen Entscheid gewichtet werden sollen, und dem Bundesgericht in appellatorischer Kritik die eigene Auffassung zu unterbreiten, als ob diesem freie Prüfung aller Tat- und Rechtsfragen zukäme ( BGE 129 I 185 E. 1.6 S. 189).

### **E. 2.1**

Dem angefochtenen Entscheid ist zu entnehmen, dass der Beschwerdeführer in der Vereinbarung zwischen dem Kreditnehmer und der Beschwerdegegnerin als Drehscheibe zum Austausch der Pfandsicherheiten zuvorkommend intervenierte. Er habe die Beschwerdegegnerin bereits am 6. April 1993, d.h. bevor sie an ihn gelangte, aufgefordert, ihm den ursprünglichen Schuldbrief zediert zuzustellen. Damit habe er der Beschwerdegegnerin seine Dienste bei der Abwicklung des Pfandaustauschs offeriert. Die Beschwerdegegnerin habe diese Offerte grundsätzlich angenommen, in ihrem Schreiben vom 23. April 1993 jedoch präzisiert, unter welchen Bedingungen der Pfandaustausch zu erfolgen habe, und ausdrückliche Anweisungen erteilt. Somit sei dieses Schreiben als neue Realofferte zu betrachten, die der Beschwerdeführer wenn nicht stillschweigend, so spätestens mit seinem Schreiben vom 10. Mai 1993 konkludent angenommen habe. Damit sei "der Vertragstatbestand ( Art. 1 Abs. 1 OR ) erfüllt". Übereinstimmender Wille der Parteien sei gemäss den Schreiben vom 23. April 2003 (recte: 1993) und vom 10. Mai 1993,

dass der Beschwerdeführer den ursprünglichen Namensschuldbrief an eine weitere Bank übertrage unter der ausdrücklichen Bedingung, dass der Beschwerdegegnerin zwei neue Namensschuldbriefe oder eine entsprechende Interimsbescheinigung zugestellt werden.

### **E. 2.2**

Der Beschwerdeführer wirft dem Kantonsgericht eine willkürliche Feststellung des Parteiwillens vor. Er rügt im Wesentlichen, dieses habe sich ausschliesslich auf die beiden Schreiben vom 23. April 1993 und vom 10. Mai 1993 abgestützt. Es habe die Begleitumstände ausser Acht gelassen oder diese zumindest in willkürlicher Weise berücksichtigt. Aus diesen könne namentlich nicht geschlossen werden, dass der Beschwerdeführer als Drehscheibe zum Pfandaustausch zu dienen hatte und ihn Zug um Zug hätte durchführen müssen. Die Beschwerdegegnerin habe gewusst, dass der Verkauf des mit dem ursprünglichen Schuldbrief belasteten Grundstücks am 1. April 1993, d.h. lange vor Aushändigung dieses Schuldbriefes am 23. April 1993 an den Beschwerdeführer, stattfinden sollte. Sie habe ebenfalls gewusst, dass angesichts der Veräusserung des Grundstücks die Aushändigung rasch vollzogen werden musste und dass er nicht im Besitze der beiden Ersatztitel war. Dies gelte umso mehr, als der Kreditnehmer die Beschwerdegegnerin ersucht habe, den Schuldbrief "raschmöglichst" dem Beschwerdeführer zuzustellen, und ihr mitgeteilt habe, der Schuldbrief befände sich bei einer Bank. Angesichts dieser Umstände würden die am 14. Dezember 1994 und 3. April 1995 an den Beschwerdeführer adressierten Mahnbrieife der Beschwerdegegnerin jede Bedeutung verlieren. Das Kantonsgericht habe willkürlich ausser Acht gelassen, dass die Beschwerdegegnerin 18 Monate gewartet und in der Zwischenzeit ausschliesslich vom Kreditnehmer die Pfandbestellung der Ersatztitel verlangt habe. Zudem habe die neue Zessionarin einen Rechtsanspruch auf Herausgabe des Schuldbriefes gehabt. Die im Schreiben des Kreditnehmers vom 1. April 1993 vorgesehene "verzugslose" Aushändigung der Ersatztitel bedeute keineswegs "Zug um Zug". Das Kantonsgericht habe nicht beachtet, dass nur der Kreditnehmer über die Ersatztitel habe verfügen können.

### **E. 2.3**

Das Kantonsgericht hat sich zur Festlegung des Parteiwillens in Bezug auf das Zustandekommen einer vertraglichen Beziehung nicht allein auf die beiden vom Beschwerdeführer zitierten Schreiben gestützt, sondern zunächst auf frühere Korrespondenzen namentlich vom 1., 6. und 7. April 1993 verwiesen. Im Schreiben des Kreditnehmers vom 1. April 1993 wurde die Abwicklung des Pfandaustauschs vorgeschlagen. Am 6. April 1993 wandte sich der Beschwerdeführer an die Beschwerdegegnerin und gab ihr Instruktionen betreffend die Übertragung des Schuldbriefes. Am 7. April 1993 änderte er diese Instruktionen. Das Kantonsgericht hat damit Umstände berücksichtigt, die geeignet sind, den Parteiwillen in Bezug auf das Zustandekommen einer vertraglichen Beziehung zu belegen. In der Folge hat es diesen Willen anhand des relevanten Schreibens der Beschwerdegegnerin vom 23. April 1993 und der Antwort des Beschwerdeführers vom 10. Mai 1993 dahingehend präzisiert, dass die Übertragung des ursprünglichen Namensschuldbriefes durch den Beschwerdeführer nur unter der Bedingung erfolgen sollte, dass die beiden Ersatztitel der Beschwerdegegnerin zugestellt werden. Inwiefern diese Ermittlung des tatsächlichen Parteiwillens willkürlich sein soll, ist nicht ersichtlich, nachdem die dazu massgebenden Äusserungen der Parteien im Jahre 1993 vom Kantonsgericht berücksichtigt wurden.

#### **E. 2.4**

Das Verhalten der Parteien nach Vertragsschluss kann im Rahmen der subjektiven Auslegung einer Vertragsvereinbarung ein Indiz für deren übereinstimmenden Willen bilden (vgl. Urteil 4C.211/2001 vom 1. November 2001, E. 2a). Das Kantonsgericht liess in diesem Zusammenhang die Frage offen, ob der Beschwerdeführer tatsächlich davon ausging, dass die Beschwerdegegnerin an die ursprünglich gestellte Bedingung bezüglich des Pfandaustauschs nicht mehr gebunden sei, nachdem ihr Begleitbrief vom 12. Mai 1993 nicht mehr gleich lautete wie derjenige vom 23. April 1993. Es erwog, dass der Beschwerdeführer aufgrund der gesamten Umstände, insbesondere des kurz zuvor an ihn gerichteten Schreibens, und als ein redlich und vernünftig handelnder Notar in guten Treuen davon ausgehen musste, dass die Beschwerdegegnerin an ihrer Bedingung festhielt, auch wenn sie diese in ihrem Schreiben vom 12. Mai 1993 nicht ausdrücklich wiederholte. Vorliegend besteht das nachträgliche Verhalten darin, dass die Beschwerdegegnerin im zweiten Begleitschreiben vom 12. Mai 1993 die Bedingung nicht ausdrücklich wiederholt hat, der Beschwerdeführer habe den Schuldbrief erst herauszugeben, wenn die Beschwerdegegnerin im Besitz der Ersatzschuldbriefe sei. Nach dem angefochtenen Entscheid hat der Beschwerdeführer jedoch grundsätzlich die Übernahme des Auftrags offeriert, als "Drehscheibe" für den Pfandaustausch zu fungieren. Somit bildete die Bedingung, dass er den ihm zu getreuen Händen zugestellten Schuldbrief nur herausgebe, wenn die Beschwerdegegnerin im Besitz der beiden Ersatzschuldbriefe sei, von Anfang an Gegenstand des Auftrages. Die im Begleitschreiben der Beschwerdegegnerin vom 12. Mai 1993 enthaltene neue Weisung bezüglich der Person des Zessionars änderte an diesem Inhalt des Auftrags nichts. Das Kantonsgericht ist insofern nicht in Willkür verfallen, wenn es die nicht ausdrückliche Wiederholung der - für die Drehscheibenfunktion wesentlichen - Bedingung, den Schuldbrief nicht herauszugeben, bevor die Beschwerdegegnerin die Ersatzbriefe erhielt, nicht als Indiz für einen abweichenden Parteiwillen qualifizierte.

#### **E. 2.5**

Das Kantonsgericht durfte ebenfalls, ohne in Willkür zu verfallen, davon ausgehen, dass die 1994 und 1995 erfolgten, vom Beschwerdeführer als verspätet erachteten Mahnschreiben der Beschwerdegegnerin bzw. deren Schweigen während 18 Monaten nicht etwa auf eine Änderung des übereinstimmenden Parteiwillens in Bezug auf den Pfandtitelaustausch deuteten, da sich nichts Derartiges aus dem bereits erfolgten Liegenschaftsverkauf, aus dem Erfordernis der raschen Zustellung des ursprünglichen Schuldbriefes an den Beschwerdeführer oder aus sonstigen Umständen ergibt. Hinzu kommt, dass das Datum, an dem der Beschwerdeführer den Schuldbrief aushändigte, nicht feststeht, es somit nicht ausgeschlossen ist, dass die Aushändigung noch vor den Mahnschreiben stattgefunden hat, sodass das Zuwarten der Beschwerdegegnerin ohnehin nicht erheblich wäre.

#### **E. 2.6**

Auch aus der Tatsache, dass sich die Beschwerdegegnerin noch im Jahre 1993 - wie vom Beschwerdeführer selbst hervorgehoben - ausschliesslich an den Kreditnehmer wandte, um die Pfandbestellung der Ersatztitel zu verlangen, musste das Kantonsgericht angesichts des festgestellten übereinstimmenden Parteiwillens nicht schliessen, der Beschwerdeführer sei, in Anbetracht der behaupteten Verfügungsmacht des Kreditnehmers oder des Rechtsanspruchs der Zessionarin, von seiner Pflicht, den Pfandaustausch zu vollziehen, entbunden. Eine allfällige Pflicht zur Herausgabe des Pfandtitels an die Zessionarin war mit Blick auf die in der Parteivereinbarung enthaltene Bedingung ohnehin zweitrangig, da die

Beschwerdegegnerin vom Beschwerdeführer gerade erwartete, dass er den ursprünglichen Namensschuldbrief auf keinen Fall aus der Hand gab, bevor sie nicht die Ersatzsicherheit erhielt.

### **E. 2.7**

Zusammenfassend kann dem Kantonsgericht keine Willkür vorgeworfen werden, wenn es zum Schluss kommt, der Beschwerdeführer habe als "Drehscheibe" zum Austausch der Pfandtitel gedient und diesen "Zug um Zug", d.h. beim Eintritt der Bedingung, durchführen sollen.

### **E. 3.1**

Der Beschwerdeführer hat vor dem Kantonsgericht eingewendet, der Schaden wäre selbst dann eingetreten, wenn er den fraglichen Schuldbrief erst nach Entgegennahme der beiden Ersatzschuldbriefe weitergegeben hätte, da Letztere vom Pfandobjekt gemäss dem Verwertungsergebnis ohnehin nicht hinreichend gedeckt gewesen seien. Der angefochtene Entscheid hält dazu fest, es könne nicht mehr gesagt werden, ob es bei weisungskonformem Verhalten des Beschwerdeführers überhaupt zu einem Pfandaustausch gekommen wäre. Es lasse sich nicht mehr feststellen, ob der Kreditnehmer überhaupt die beiden Ersatzschuldbriefe abgeliefert hätte, wenn der Beschwerdeführer ihm die Herausgabe des ursprünglichen Schuldbriefes verweigert hätte. Der Kreditnehmer sei offensichtlich nach Frühjahr 1995 infolge des gestellten Verwertungsbegehrens dazu nicht mehr in der Lage gewesen. Weil die beiden Eigentumswohnungen anlässlich der Verwertung nicht einmal die im ersten Rang gesicherten Forderungen vollständig decken konnten, sei auch nicht erstellt, dass der gleiche Ausfall auch eingetreten wäre, wenn der Pfandaustausch wie vorgesehen Zug um Zug abgewickelt worden wäre. Es sei mit der Beschwerdegegnerin davon auszugehen, dass sie, wäre sie im Besitz der Schuldbriefe gewesen, auf den Zeitpunkt der Verwertung hätte Einfluss nehmen und so dem Wertzerfall der Eigentumswohnungen rechtzeitig hätte begegnen können. Ohne Grundpfandgläubigerstellung und insbesondere ohne entsprechende Sicherheiten sei ihr dies nicht möglich gewesen. Der Beschwerdeführer rügt im Wesentlichen, diese Feststellungen seien willkürlich. Die vom Kantonsgericht aufgestellten Hypothesen haben keinen normativen Charakter und können daher im Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde kritisiert werden (Peter Münch, Berufung und zivilrechtliche Nichtigkeitsbeschwerde, in Prozessieren vor Bundesgericht, 2. Aufl., Basel 1998, N. 4.45; vgl. auch BGE 115 II 440 E. 5a und 5b). Da gemäss Art. 868 Abs. 1 und Art. 869 Abs. 1 ZGB eine Schuldbriefforderung nur in Verbindung mit dem Besitz des Pfandtitels veräussert, verpfändet oder überhaupt geltend gemacht werden kann (vgl. Urteil 4C.354/1994 vom 31. Mai 1995 E. 2b), ist der Schluss des Kantonsgerichts, wonach ohne Grundpfandgläubigerstellung und entsprechende Sicherheiten die Beschwerdegegnerin auf den Zeitpunkt der Verwertung nicht habe Einfluss nehmen können, nicht willkürlich, gerade weil die Marktpreise erheblichen Schwankungen unterliegen und vielfach spekulative und subjektive Preiskomponenten enthalten (vgl. Urteil 5P.328/2002 vom 23. Dezember 2002, E. 3.2), die eine rasche Anpassung und damit vom Besitzer des Pfandtitels ein rasches Handeln zu einem günstigen Zeitpunkt erfordern. Somit ist das Kantonsgericht auch insoweit seiner Begründungspflicht nachgekommen, und die in diesem Zusammenhang erhobene Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs stösst ins Leere. Die weiteren Vorbringen des Beschwerdeführers, unter anderem betreffend das vermutliche Verhalten der Zessionarin der Ersatztitel oder den Willen des Kreditnehmers, sind nicht erheblich und erschöpfen sich im Übrigen in appellatorischer Kritik an den Feststellungen

des Kantonsgerichts.

### **E. 3.2**

Der Schaden wurde nach den - nicht willkürlichen - Feststellungen der Vorinstanz durch die Herausgabe des Schuldbriefs - gerade nicht durch den Nichtbesitz der Ersatzbriefe - verursacht. Das Kantonsgericht hat nicht als erstellt erachtet, dass die beiden Ersatzschuldbriefe jemals vom Beschwerdeführer entgegengenommen und weitergeleitet worden wären. Hätte dieser seine Pflicht erfüllt und den ursprünglichen Schuldbrief nicht weisungswidrig weggegeben, wäre er noch immer im Besitz des ihm zu getreuen Händen übergebenen Schuldbriefs und wäre der Schaden nicht eingetreten. Das Kantonsgericht konnte somit willkürfrei davon ausgehen, es bestehe ein natürlicher Kausalzusammenhang zwischen dem Verhalten des Beschwerdeführers und dem der Beschwerdegegnerin entstandenen Schaden.

### **E. 4**

Die staatsrechtliche Beschwerde ist abzuweisen, soweit auf sie eingetreten werden kann. Die Gerichtskosten sind dem unterliegenden Beschwerdeführer aufzuerlegen, welcher der Beschwerdegegnerin eine Parteienschädigung auszurichten hat (Art. 156 Abs. 1 und 159 Abs. 2 OG).

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