

# TE OGH 2000/6/21 1Ob278/99k

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 21.06.2000

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Schlosser als Vorsitzenden sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Schiemer, Dr. Gerstenecker, Dr. Rohrer und Dr. Zechner als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Mag. Stefan H\*\*\*\*\*, vertreten durch DDr. Edith Oberlaber, Rechtsanwältin in Salzburg, wider die beklagte Partei Dr. Erich K\*\*\*\*\*, vertreten durch Univ. Prof. Dr. Friedrich Harrer und Dr. Iris Harrer-Hörzinger, Rechtsanwälte in Salzburg, wegen 278.634,80 S sA infolge außerordentlicher Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Linz vom 6. Juli 1999, GZ 6 R 60/99g-21, womit infolge Berufung der beklagten Partei das Urteil des Landesgerichts Salzburg vom 28. Dezember 1998, GZ 12 Cg 42/98v-17, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision wird Folge gegeben.

Die Entscheidungen der Vorinstanzen werden dahin abgeändert, dass das Klagebegehren, die beklagte Partei sei schuldig, der klagenden Partei binnen 14 Tagen den Betrag von 278.634,80 S sA zu bezahlen, abgewiesen wird.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit 76.359 S (darin 11.690,75 S USt und 6.214,50 S Barauslagen) bestimmten Verfahrenskosten erster Instanz, die mit 28.597 S (darin 2.999,50 S USt und 10.600 S Barauslagen) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens und die mit 26.210 S (darin 2.160 S USt und 13.250 S Barauslagen) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Der beklagte Notar errichtete am 25. August 1995 einen - grundbücherlich durchgeföhrten - Kaufvertrag über eine Liegenschaft samt einem Anteil an einem von der Verkäuferin (Gesellschaft mbH) darauf auf eigene Rechnung durch Professionisten zu errichtenden Doppelwohnhaus. Kaufvertragsparteien waren der nun klagende Käufer und die vor Fertigstellung des Hauses im Konkurs geratene Verkäuferin. Vom Kaufpreis von 4,45 Mio S hatte der Kläger den Rest von 2,05 Mio S treuhändig auf ein Anderkonto des Beklagten zu erlegen, der diesen Betrag unter den im Kaufvertrag näher genannten Bedingungen an die Verkäuferin ausfolgen sollte. Die hier relevanten Punkte des Kaufvertrags lauten:

"III. KAUFPREIS

...

(2) FÄLLIGKEIT

b) Die Bezahlung des gesamten Restbetrages von 2,05 Mio S ... hat jeweils binnen 7 ... Tagen nach erfolgter Baufortschrittsmeldung gemäß Beilage B und Bestätigung der Verkäuferin, dass die Baukosten für den jeweiligen

Bauabschnitt vollständig bezahlt sind, direkt an die Verkäuferin bzw an die von ihr namhaft gemachte Zahlstelle zu erfolgen.

Als Sicherstellung für den Restkaufpreis verpflichtet sich der Käufer, binnen 14 Tagen nach Vertragsunterfertigung beim Urkundenverfasser eine Bankgarantie ..., lautend auf ... (Beklagten), über den gesamten Restkaufpreis mit einer Mindestlaufzeit von einem Jahr zu hinterlegen. Die Verkäuferin hat den Käufer vom jeweiligen Baufortschritt durch eingeschriebenen Brief unter Anschluss einer entsprechenden Bestätigung durch Baumeister ... an die in diesem Vertrag angegebene Adresse zu verständigen. Den Baufortschritt selbst hat der Treuhänder nicht zu überprüfen.

Für die Abdeckung des Risikos einer Bauunterbrechung ist eine entsprechende Versicherung auf Kosten der Verkäuferin abzuschließen.

Zur Sicherstellung der Finanzierung der einzelnen Bauabschnitte verpflichtet sich die Verkäuferin, binnen 14 Tagen nach Vertragsunterfertigung beim Urkundenverfasser eine Bankgarantie ..., lautend auf ... (Beklagten) über 410.000 S ... mit einer Mindestlaufzeit von einem Jahr zu hinterlegen, welche vom Käufer in Anspruch genommen werden kann, sofern am Bau beteiligte Professionisten mit Forderungen für bereits vollendete Bauabschnitte direkt an den Käufer herantreten, weil diese von der Verkäuferin nicht fristgerecht bezahlt wurden.

## V. TREUHANDSCHAFT

...

(2)

Der Treuhänder erhält von den Vertragsparteien nachfolgenden unwiderruflichen Auftrag

...

b) den bei ihm vom Käufer treuhändig erlegten Kaufpreis samt Zinsen abzüglich Bankspesen an die laut Vertrag empfangsberechtigten Personen weiterzuleiten, sobald dem Treuhänder die vom Geldgeber geforderten Bedingungen und die für die ordnungsgemäße grundbürgerliche Durchführung dieses Vertrages erforderlichen Sicherheiten, Urkunden und Genehmigungen vorliegen oder deren Beschaffenheit vom Treuhänder garantiert werden kann."

Die Beilage B zum Kaufvertrag enthält den von den Kaufvertragsparteien vereinbarten Zahlungsplan, der nach Bauabschnitten gegliedert, zehn Teilzahlungen des Klägers 205.000 S (bei Vertragsunterzeichnung, bei Fertigstellung der Fundamentplatte, der Kellerdecke etc) vorsieht. Die Kaufvertragsparteien trafen keine detaillierten Vereinbarungen, welche Arbeiten von welchem Bauabschnitt erfasst sind. In den Vertrag aufgenommen wurden die Regelungen über den Abschluss einer Bauunterbrechungsversicherung und die Beibringung der Bankgarantie über 410.000 S durch die Verkäuferin über Wunsch des Klägers, der sich dagegen absichern wollte, dass die Verkäuferin trotz seiner (zehn) Teilzahlungen nicht die den Bauabschnitten entsprechenden Leistungen erbringt. Die Formulierungen im Vertrag über die von der Verkäuferin zu erbringende Bankgarantie stammen vom Substituten des Beklagten. Die von den Kaufvertragsparteien beim Beklagten zu hinterlegenden Bankgarantien waren vertraglich nicht miteinander verknüpft. Nach dem Willen der Kaufvertragsparteien sollte die Bankgarantie der Verkäuferin den Kläger dagegen absichern, dass die zu einem Bauabschnitt gehörigen Arbeiten durch die Verkäuferin nicht erbracht werden und daher dann vom Kläger selbst beauftragt und bezahlt werden müssen.

Der Vater des Geschäftsführers der Verkäuferin bestätigte dem Kläger die Fertigstellung der ersten vier Bauabschnitte, worauf dieser die darauf entfallenden Teilzahlungen leistete. Bestätigungen über die vollständige Befriedigung der Professionisten verlangte und erhielt der Kläger nicht. Die Beibringung solcher Bestätigungen wäre für die Verkäuferin im zeitlichen Zusammenhang unmöglich gewesen, weil die Professionisten teilweise noch gar nicht ihre Rechnungen an die Verkäuferin gelegt hatten. Bis 4. Oktober 1995 hinterlegten keine der beiden Kaufvertragsparteien die ihr aufgegebene Bankgarantie beim Beklagten, der darum auch den Kläger nicht anging. An diesem Tag telefonierte der Substitut des Beklagten mit dem Kläger und dem Geschäftsführer der Verkäuferin. Er teilte dem Kläger auf dessen Anfrage mit, er müsse die Bankgarantie so formulieren, wie dies der Kaufvertrag vorsehe. Das teilte der Substitut des Beklagten dem Geschäftsführer der Verkäuferin mit, der zusagte, sich an seine Hausbank zu wenden. Die Bankgarantien wurden dennoch nicht hinterlegt; es gab auch bis Mai 1996 keine weiteren Kontakte zwischen den Streitteilern. Am 17. Mai 1996 rief der Kläger im Notariat des Beklagten an, teilte seine Bedenken gegen den Baufortschritt mit und erkundigte sich, ob die Verkäuferin ihre Bankgarantie bereits hinterlegt hätte. Nachdem dies - nach Akteneinsicht - verneint worden war, bat der Kläger um Urgenz. Dem entsprachen der Beklagte bzw seine

Mitarbeiter noch am selben Tag durch ein Telefax sowohl an die Verkäuferin als auch deren Hausbank. Nach Erhalt des Telefax sagte der Vater des Geschäftsführers der Verkäuferin dem Substituten des Beklagten telefonisch zu, sich am darauffolgenden Montag mit der Hausbank in dieser Angelegenheit in Verbindung zu setzen.

Erst am 31. Mai 1996 stellte eine Bank die vom Kläger zu hinterlegende Bankgarantie über den Kaufpreisrest bis zu einem Höchstbetrag von 1,23 Mio S mit einer Laufzeit bis 31. August 1996 aus, hinterlegte sie allerdings nicht beim Beklagten, sondern in der Kanzlei näher genannter Rechtsanwälte. Der Beklagte wurde davon am 7. Juni 1996 verständigt. Ein von diesem als Folge eines Gesprächs zwischen den Vertragsparteien am 11. Juni 1996 vorbereiteter Entwurf eines Nachtrags zum Kaufvertrag wurde nicht mehr unterzeichnet, weil über das Vermögen der Verkäuferin der Konkurs eröffnet worden war. Es stellte sich heraus, dass diverse, den Bauabschnitten, für die der Kläger bereits Teilzahlungen erbracht hatte, zuzuordnende Arbeiten nicht erbracht worden waren, sodass der Kläger diese Arbeiten nun selbst in Auftrag geben und hiefür den Klagebetrag zahlen musste. Am Haus war aber bereits mit Arbeiten weiterer - vom Kläger noch nicht bezahlter - Bauabschnitte begonnen worden; diese Leistungen repräsentieren einen Wert von 43.092 S. Der Masseverwalter im Konkurs über das Vermögen der Verkäuferin trat insoweit nicht an den Kläger heran.

Der Kläger begehrte vom Beklagten 278.634,80 S sA und brachte dazu vor: Die Verkäuferin habe die vom Kläger bereits bezahlten Arbeiten der ersten vier Bauabschnitte durch Professionisten nicht (mehr ganz) ausführen lassen, er habe deshalb diese fehlenden, von ihm aber bereits an die Verkäuferin bezahlten Arbeiten durch Dritte fertigstellen lassen und auch diese Leistungen abgelten müssen; daraus ergebe sich sein Schaden. Die Voraussetzungen für die Inanspruchnahme der Bankgarantie seien damit gegeben gewesen, der Kläger habe sie auch in Anspruch nehmen wollen. Er habe durch die Bankgarantie der Verkäuferin gegen deren in der Folge auch tatsächlich eingetretene Zahlungsunfähigkeit wirtschaftlich abgesichert werden sollen. In sorgfältiger Wahrung der wirtschaftlichen Interessen des Klägers hätte der Beklagte die unterlassene Hinterlegung der Bankgarantie, für die eine Frist von 14 Tagen ab Kaufvertragsunterfertigung vereinbart gewesen sei, unverzüglich nach Fristablauf bekanntgeben müssen. Tatsächlich habe der Beklagte erst am 17. Mai 1996 die Hinterlegung der Bankgarantie durch die Verkäuferin betrieben. Wille der Kaufvertragsparteien sei ferner auch die Sicherstellung des Klägers durch die Bankgarantie der Verkäuferin für den Fall gewesen, dass die einem Bauabschnitt zugehörigen Arbeiten durch die Verkäuferin nicht erbracht werden und deshalb vom Kläger beauftragt und bezahlt werden müssen. Die Formulierung im Kaufvertrag entspreche diesem Parteiwillen nicht. Die Beibringung der Bestätigung laut Punkt III. (2) b) des Kaufvertrags über die Bezahlung der jeweiligen Professionistenrechnungen im Bauabschnitt sei unmöglich gewesen, weil solche Rechnungen nie rechtzeitig gelegt würden. Es handle sich vielmehr um einen Mangel des Kaufvertrags, für den der Beklagte einzustehen habe. Ein Mitverschulden des Klägers liege nicht vor, weil die Verkäuferin jede Art von Bestätigung ausgestellt hätte, wie sich aus den unrichtigen Baufortschrittsmeldungen zeige. Der Kläger begehrte vom Beklagten 278.634,80 S sA und brachte dazu vor: Die Verkäuferin habe die vom Kläger bereits bezahlten Arbeiten der ersten vier Bauabschnitte durch Professionisten nicht (mehr ganz) ausführen lassen, er habe deshalb diese fehlenden, von ihm aber bereits an die Verkäuferin bezahlten Arbeiten durch Dritte fertigstellen lassen und auch diese Leistungen abgelten müssen; daraus ergebe sich sein Schaden. Die Voraussetzungen für die Inanspruchnahme der Bankgarantie seien damit gegeben gewesen, der Kläger habe sie auch in Anspruch nehmen wollen. Er habe durch die Bankgarantie der Verkäuferin gegen deren in der Folge auch tatsächlich eingetretene Zahlungsunfähigkeit wirtschaftlich abgesichert werden sollen. In sorgfältiger Wahrung der wirtschaftlichen Interessen des Klägers hätte der Beklagte die unterlassene Hinterlegung der Bankgarantie, für die eine Frist von 14 Tagen ab Kaufvertragsunterfertigung vereinbart gewesen sei, unverzüglich nach Fristablauf bekanntgeben müssen. Tatsächlich habe der Beklagte erst am 17. Mai 1996 die Hinterlegung der Bankgarantie durch die Verkäuferin betrieben. Wille der Kaufvertragsparteien sei ferner auch die Sicherstellung des Klägers durch die Bankgarantie der Verkäuferin für den Fall gewesen, dass die einem Bauabschnitt zugehörigen Arbeiten durch die Verkäuferin nicht erbracht werden und deshalb vom Kläger beauftragt und bezahlt werden müssen. Die Formulierung im Kaufvertrag entspreche diesem Parteiwillen nicht. Die Beibringung der Bestätigung laut Punkt römisch III. (2) b) des Kaufvertrags über die Bezahlung der jeweiligen Professionistenrechnungen im Bauabschnitt sei unmöglich gewesen, weil solche Rechnungen nie rechtzeitig gelegt würden. Es handle sich vielmehr um einen Mangel des Kaufvertrags, für den der Beklagte einzustehen habe. Ein Mitverschulden des Klägers liege nicht vor, weil die Verkäuferin jede Art von Bestätigung ausgestellt hätte, wie sich aus den unrichtigen Baufortschrittsmeldungen zeige.

Der Beklagte wendete, soweit hier relevant, ein, dem Kläger sei durch die unterbliebene Beschaffung der Bankgarantie durch die Verkäuferin kein Schaden entstanden, habe er doch bis zur Konkurseröffnung über das Vermögen der Verkäuferin an diese nur so viel gezahlt, wie dem Baufortschritt entsprochen habe. Nach der Konkurseröffnung habe der Kläger den Bau auf eigene Rechnung fertiggestellt, also selbst die entsprechenden Professionisten beauftragt und entlohnt. Für die dafür erforderlichen Zahlungen hätte er die Bankgarantie der Verkäuferin nicht in Anspruch nehmen können und dürfen, weil die Entlohnung der von ihm beauftragten Professionisten allein ihm obliegen sei, zumal er für diese Arbeiten an die Verkäuferin kein Entgelt geleistet habe. Die Inanspruchnahme der Bankgarantie wäre nur dann in Betracht gekommen, wenn der Kläger an die Verkäuferin Zahlungen geleistet hätte, welchen der tatsächliche Baufortschritt (noch) nicht entsprochen habe, und wenn die Verkäuferin in der Folge nicht mehr in der Lage gewesen wäre, die ihr vom Kläger bereits bezahlten Arbeiten durch Professionisten ausführen zu lassen, sodass der Kläger genötigt gewesen wäre, die Arbeiten selbst in Auftrag zu geben und zu bezahlen. Beide Kaufvertragsparteien hätten ihre Bankgarantie nicht hinterlegt; dem Kläger sei dies spätestens am 17. Mai 1996 bekannt gewesen. In der Folge habe sich der Beklagte bemüht, dass beide Kaufvertragsparteien ihre Bankgarantien beibringen. Da die Bankgarantie nicht im Notariat des Beklagten hinterlegt worden sei, habe auch der Kläger seiner Verpflichtung laut Punkt III. (2) des Kaufvertrags nicht entsprochen. Deshalb sei auch die Verkäuferin berechtigt gewesen, ihre Bankgarantie zurückzuhalten. Im Kaufvertrag sei ein bestimmtes Verhalten des Beklagten von der Beibringung der Bankgarantie der Verkäuferin nicht abhängig gemacht worden, sodass dieser dem Kläger gegenüber auch nicht verpflichtet gewesen sei, ihm die unterlassene Hinterlegung der Bankgarantie der Verkäuferin anzuseigen. Der Kläger habe sich durch seine Unterlassungen seinen Schaden selbst zugefügt. Die Fertigstellung habe weniger gekostet, als die offenen Bauabschnittsraten (1,23 Mio S) betrügen. Hilfsweise werde ein erhebliches Mitverschulden des Klägers geltend gemacht. Der Beklagte wendete, soweit hier relevant, ein, dem Kläger sei durch die unterbliebene Beschaffung der Bankgarantie durch die Verkäuferin kein Schaden entstanden, habe er doch bis zur Konkurseröffnung über das Vermögen der Verkäuferin an diese nur so viel gezahlt, wie dem Baufortschritt entsprochen habe. Nach der Konkurseröffnung habe der Kläger den Bau auf eigene Rechnung fertiggestellt, also selbst die entsprechenden Professionisten beauftragt und entlohnt. Für die dafür erforderlichen Zahlungen hätte er die Bankgarantie der Verkäuferin nicht in Anspruch nehmen können und dürfen, weil die Entlohnung der von ihm beauftragten Professionisten allein ihm obliegen sei, zumal er für diese Arbeiten an die Verkäuferin kein Entgelt geleistet habe. Die Inanspruchnahme der Bankgarantie wäre nur dann in Betracht gekommen, wenn der Kläger an die Verkäuferin Zahlungen geleistet hätte, welchen der tatsächliche Baufortschritt (noch) nicht entsprochen habe, und wenn die Verkäuferin in der Folge nicht mehr in der Lage gewesen wäre, die ihr vom Kläger bereits bezahlten Arbeiten durch Professionisten ausführen zu lassen, sodass der Kläger genötigt gewesen wäre, die Arbeiten selbst in Auftrag zu geben und zu bezahlen. Beide Kaufvertragsparteien hätten ihre Bankgarantien beibringen. Da die Bankgarantie nicht im Notariat des Beklagten hinterlegt worden sei, habe auch der Kläger seiner Verpflichtung laut Punkt römisch III. (2) des Kaufvertrags nicht entsprochen. Deshalb sei auch die Verkäuferin berechtigt gewesen, ihre Bankgarantie zurückzuhalten. Im Kaufvertrag sei ein bestimmtes Verhalten des Beklagten von der Beibringung der Bankgarantie der Verkäuferin nicht abhängig gemacht worden, sodass dieser dem Kläger gegenüber auch nicht verpflichtet gewesen sei, ihm die unterlassene Hinterlegung der Bankgarantie der Verkäuferin anzuseigen. Der Kläger habe sich durch seine Unterlassungen seinen Schaden selbst zugefügt. Die Fertigstellung habe weniger gekostet, als die offenen Bauabschnittsraten (1,23 Mio S) betrügen. Hilfsweise werde ein erhebliches Mitverschulden des Klägers geltend gemacht.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren statt. Der Beklagte habe für das Verschulden seines Substituten nach § 1313a ABGB einzustehen. Durch die vom Vertragsverfasser (Substituten) entworfene Formulierung des letzten Abschnitts in Punkt III. (2) b) des Kaufvertrags wäre der Kläger niemals in dem von ihm gewünschten Umfang abgesichert gewesen, sei doch der Vertragspunkt so unglücklich formuliert, dass der darin vorgesehene Fall - Professionisten treten wegen nicht rechtzeitiger Berichtigung ihrer Forderungen direkt an den Käufer heran - nie eintreten könnte, weil der Kläger diesfalls nicht Auftraggeber sei. Der Beklagte habe daher dem Wunsch des Klägers nicht entsprochen, ihn dagegen abzusichern, dass die Verkäuferin Arbeiten eines bestimmten Bauabschnitts nicht durchführe und der Kläger diese Arbeiten deshalb selbst in Auftrag geben und bezahlen müsse. Damit sei aber die Bankgarantie völlig wertlos gewesen, hätte sie doch nicht abgerufen werden können, selbst wenn sie fristgerecht beigebracht worden wäre, weil die Vertragsformulierung den Fall des Konkurses der Verkäuferin und der für den

Kläger eingetretenen Notwendigkeit, Arbeiten - die Inhalt der von ihm bereits bezahlten Bauabschnittsraten gewesen sein sollten - selbst in Auftrag zu geben, nicht umfasst habe. Der Kläger habe bewiesen, dass der Beklagte eine dem Parteiwillen entsprechende Formulierung nicht zustande gebracht und dass damit die Bankgarantie die gewollte Sicherungsfunktion nicht gehabt habe, wodurch der Kläger geschädigt worden sei. Der Beklagte hätte eine dem Parteiwillen entsprechende Formulierung wählen oder - wenn dies unmöglich gewesen wäre - den Kläger entsprechend aufklären müssen. Jedenfalls liege ein Verschulden des Beklagten auch in der unterlassenen Verständigung des Klägers von der fehlenden Hinterlegung der Bankgarantie durch die Verkäuferin. Zwar statuiere der Vertrag keine explizite Pflicht des beklagten Notars zur Verständigung der Kaufvertragsparteien von der unterbliebenen Hinterlegung der Bankgarantie, der Beklagte habe aber als Vertragsverfasser davon Kenntnis gehabt, dass der Kläger zur Absicherung gegen doppelte Inanspruchnahme bei wirtschaftlichen Schwierigkeiten der Verkäuferin ein elementares rechtliches und wirtschaftliches Interesse an der Beibringung der Bankgarantie - innerhalb bestimmter Frist - gehabt habe. Da die Hinterlegung beim Notar vereinbart und durch den Vertragsverfasser auch vorgesehen gewesen sei, hätte nur er die Einhaltung dieser Frist überwachen können. Durch die Vereinbarung, dass die Urkunden beim Notar zu hinterlegen seien, sei auch ein besonderer Vertrauenstatbestand für die Parteien dahin geschaffen worden, dass diese bei nicht ordnungsgemäßer Hinterlegung und somit bei Gefährdung ihrer Interessen durch den Beklagten informiert würden. In dieser Unterlassung des Beklagten liege gleichfalls ein seine Haftung auslösendes Verhalten. Das Erstgericht gab dem Klagebegehren statt. Der Beklagte habe für das Verschulden seines Substituten nach Paragraph 1313 a, ABGB einzustehen. Durch die vom Vertragsverfasser (Substituten) entworfene Formulierung des letzten Abschnitts in Punkt römisch III. (2) b) des Kaufvertrags wäre der Kläger niemals in dem von ihm gewünschten Umfang abgesichert gewesen, sei doch der Vertragspunkt so unglücklich formuliert, dass der darin vorgesehene Fall - Professionisten treten wegen nicht rechtzeitiger Berichtigung ihrer Forderungen direkt an den Käufer heran - nie eintreten könnte, weil der Kläger diesfalls nicht Auftraggeber sei. Der Beklagte habe daher dem Wunsch des Klägers nicht entsprochen, ihn dagegen abzusichern, dass die Verkäuferin Arbeiten eines bestimmten Bauabschnitts nicht durchführe und der Kläger diese Arbeiten deshalb selbst in Auftrag geben und bezahlen müsse. Damit sei aber die Bankgarantie völlig wertlos gewesen, hätte sie doch nicht abgerufen werden können, selbst wenn sie fristgerecht beigebracht worden wäre, weil die Vertragsformulierung den Fall des Konkurses der Verkäuferin und der für den Kläger eingetretenen Notwendigkeit, Arbeiten - die Inhalt der von ihm bereits bezahlten Bauabschnittsraten gewesen sein sollten - selbst in Auftrag zu geben, nicht umfasst habe. Der Kläger habe bewiesen, dass der Beklagte eine dem Parteiwillen entsprechende Formulierung nicht zustande gebracht und dass damit die Bankgarantie die gewollte Sicherungsfunktion nicht gehabt habe, wodurch der Kläger geschädigt worden sei. Der Beklagte hätte eine dem Parteiwillen entsprechende Formulierung wählen oder - wenn dies unmöglich gewesen wäre - den Kläger entsprechend aufklären müssen. Jedenfalls liege ein Verschulden des Beklagten auch in der unterlassenen Verständigung des Klägers von der fehlenden Hinterlegung der Bankgarantie durch die Verkäuferin. Zwar statuiere der Vertrag keine explizite Pflicht des beklagten Notars zur Verständigung der Kaufvertragsparteien von der unterbliebenen Hinterlegung der Bankgarantie, der Beklagte habe aber als Vertragsverfasser davon Kenntnis gehabt, dass der Kläger zur Absicherung gegen doppelte Inanspruchnahme bei wirtschaftlichen Schwierigkeiten der Verkäuferin ein elementares rechtliches und wirtschaftliches Interesse an der Beibringung der Bankgarantie - innerhalb bestimmter Frist - gehabt habe. Da die Hinterlegung beim Notar vereinbart und durch den Vertragsverfasser auch vorgesehen gewesen sei, hätte nur er die Einhaltung dieser Frist überwachen können. Durch die Vereinbarung, dass die Urkunden beim Notar zu hinterlegen seien, sei auch ein besonderer Vertrauenstatbestand für die Parteien dahin geschaffen worden, dass diese bei nicht ordnungsgemäßer Hinterlegung und somit bei Gefährdung ihrer Interessen durch den Beklagten informiert würden. In dieser Unterlassung des Beklagten liege gleichfalls ein seine Haftung auslösendes Verhalten.

Die dem Kläger durch das schuldhafte Vorgehen des Vertragsverfassers entstandenen Schäden lägen in jenen Leistungen, "für die der Kläger Zusatzaufträge" an Dritte habe "vergeben" müssen, "obwohl er an die" Verkäuferin "die entsprechenden Bauabschnittsraten" schon vorher "bezahlt" gehabt habe. Die Erbringung von Leistungen über die ersten vier Bauabschnitte hinaus könne "im Verhältnis zum Vertragserrichter" keine Rolle spielen und ändere auch nichts an den vom Kläger zusätzlich zu tragenden Kosten. Für die Verkäuferin sei festgestanden, dass sie keine Bestätigung beibringen könne. Damit habe es aber der Vertragsverfasser auch bei diesem Vertragspunkt unterlassen, den Sachverhalt ausreichend zu klären, weil andernfalls schon vor Vertragsabschluss die Unmöglichkeit der Einhaltung dieser Bestimmung hervorgekommen wäre. Daraus ergebe sich aber, "dass der Schaden aus der mangelnden

"Vertretung" des Klägers entstanden sei. Würde man ein Mitverschulden des Klägers bejahen, "weil er nicht für die Einhaltung der entsprechenden Vertragsbestimmung gesorgt" habe, würde dieses "in Abwägung gegenüber dem des Vertragsverfassers so sehr in den Hintergrund treten, dass es außer Acht gelassen werden" könne.

Die zweite Instanz bestätigte das Ersturteil, erachtete die ordentliche Revision als nicht zulässig und ließ sich, soweit hier bedeutsam, von folgenden rechtlichen Erwägungen leiten:

Die von der Verkäuferin beizubringende Bankgarantie sei eine dreipersonale Garantie gewesen, der Kläger (bzw stellvertretend für ihn der Beklagte) wäre Begünstigter, die Bank Garant und die Verkäuferin Garantieauftraggeber gewesen. Werde die Bankgarantie vom Begünstigten für ein Ereignis in Anspruch genommen, für das sie nicht übernommen wurde, so liege eine rechtsmissbräuchliche Inanspruchnahme vor. Das bedeute hier, dass nach dem Vertragspunkt III. (2) b) eine Bankgarantie beizubringen gewesen wäre, die der Kläger (bzw der Beklagte für ihn) in Anspruch hätte nehmen können, sofern am Bau beteiligte Professionisten mit Forderungen für bereits vollendete Bauabschnitte direkt an ihn herantreten, weil diese von der Verkäuferin nicht (fristgerecht) bezahlt worden seien. Hätte der Kläger bzw der Beklagte für ihn die für diesen Sicherungszweck ausgestellte Garantie mit der Erklärung abgerufen, dass die Verkäuferin Arbeiten eines bestimmten Bauabschnitts nicht erbracht habe und diese nun vom Kläger in Auftrag gegeben und bezahlt werden müssten, so hätte diese Erklärung mit dem in der Garantiekunde genannten Sicherungszweck nicht übereingestimmt; die missbräuchliche Inanspruchnahme der Bankgarantie wäre evident und der Garant aufgrund der formalen Garantiestrenge von seiner Zahlungspflicht befreit gewesen. Der Kläger hätte dem Garanten auch nicht erwidern können, der Sicherungszweck sei ein anderer als der in der Bankgarantie angeführte, weil Einwendungen aus dem Valutaverhältnis, wozu im weitesten Sinn auch die Festlegung des Sicherungszwecks zähle, unzulässig seien. Daher wäre der Kläger, hätte die Verkäuferin eine Bankgarantie iSd Punkts III. (2) b) beigebracht, nicht dagegen abgesichert gewesen, dass die Verkäuferin die einem Bauabschnitt zugehörigen Arbeiten nicht erbringe und der Kläger diese Arbeiten deshalb selbst in Auftrag geben und bezahlen müsse. Die von der Verkäuferin beizubringende Bankgarantie sei eine dreipersonale Garantie gewesen, der Kläger (bzw stellvertretend für ihn der Beklagte) wäre Begünstigter, die Bank Garant und die Verkäuferin Garantieauftraggeber gewesen. Werde die Bankgarantie vom Begünstigten für ein Ereignis in Anspruch genommen, für das sie nicht übernommen wurde, so liege eine rechtsmissbräuchliche Inanspruchnahme vor. Das bedeute hier, dass nach dem Vertragspunkt römisch III. (2) b) eine Bankgarantie beizubringen gewesen wäre, die der Kläger (bzw der Beklagte für ihn) in Anspruch hätte nehmen können, sofern am Bau beteiligte Professionisten mit Forderungen für bereits vollendete Bauabschnitte direkt an ihn herantreten, weil diese von der Verkäuferin nicht (fristgerecht) bezahlt worden seien. Hätte der Kläger bzw der Beklagte für ihn die für diesen Sicherungszweck ausgestellte Garantie mit der Erklärung abgerufen, dass die Verkäuferin Arbeiten eines bestimmten Bauabschnitts nicht erbracht habe und diese nun vom Kläger in Auftrag gegeben und bezahlt werden müssten, so hätte diese Erklärung mit dem in der Garantiekunde genannten Sicherungszweck nicht übereingestimmt; die missbräuchliche Inanspruchnahme der Bankgarantie wäre evident und der Garant aufgrund der formalen Garantiestrenge von seiner Zahlungspflicht befreit gewesen. Der Kläger hätte dem Garanten auch nicht erwidern können, der Sicherungszweck sei ein anderer als der in der Bankgarantie angeführte, weil Einwendungen aus dem Valutaverhältnis, wozu im weitesten Sinn auch die Festlegung des Sicherungszwecks zähle, unzulässig seien. Daher wäre der Kläger, hätte die Verkäuferin eine Bankgarantie iSd Punkts römisch III. (2) b) beigebracht, nicht dagegen abgesichert gewesen, dass die Verkäuferin die einem Bauabschnitt zugehörigen Arbeiten nicht erbringe und der Kläger diese Arbeiten deshalb selbst in Auftrag geben und bezahlen müsse.

Ein (Mit-)Verschulden des Klägers liege aus im Einzelnen genannten Gründen nicht vor. Der Beklagte hätte den Kläger vom Nichterlag der Bankgarantie verständigen müssen. Aus der ausdrücklichen Bestimmung im Kaufvertrag, dass der beklagte Treuhänder den Baufortschritt nicht zu überprüfen habe, sowie daraus, dass für Bankgarantie ein derartiger Passus im Kaufvertrag nicht aufscheine, ergebe sich schon mit Hilfe Umkehrschlusses, aber auch nach Treu und Glauben, dass der Beklagte, den die Bankgarantie zu begünstigen gehabt hätte und der allein die Rechtzeitigkeit der Vorlage hätte prüfen können, den Kläger davon hätte verständigen müssen, dass die Verkäuferin die Bankgarantie nicht hinterlegt habe.

Der Kläger müsse sich bei der Ermittlung seines Schadens den Vorteil, den er infolge der teilweise schon durchgeföhrten, von ihm aber nicht bezahlten Arbeiten, für welche auch der Masseverwalter mit keiner Forderung an ihn herangetreten sei, nicht anrechnen lassen. Denn die Vorteilsanrechnung sei nicht von Amts wegen wahrzunehmen, eine entsprechende Einwendung habe aber der Beklagte in erster Instanz nicht erhoben. Im Übrigen sei ein allfälliger

Vermögensvorteil des Klägers (dass der Masseverwalter nicht mehr an den Kläger herantrete werde, sei nicht behauptet worden, allerdings deuteten die Argumente in der Berufungsbeantwortung darauf hin, dass der Masseverwalter auf die Geltendmachung eines allfälligen Anspruchs verzichtet habe) nicht durch das schädigende Ereignis herbeigeführt worden, sodass er, selbst wenn der Beklagte eine entsprechende Einwendung erhoben hätte, bei der Schadensberechnung nicht zu berücksichtigen wäre.

Die außerordentliche Revision des Beklagten ist zulässig und berechtigt.

### **Rechtliche Beurteilung**

a) Der beklagte Notar wird vom Kläger als Käufer einer Liegenschaft samt einem darauf von der Verkäuferin zu errichtenden Haus wegen einer vom Substituten des Beklagten gewählten Formulierung im Kaufvertrag in Anspruch genommen, die nicht dem erklärten Geschäftszweck (Absicherung des Klägers dagegen, dass Arbeiten eines Bauabschnitts durch die Verkäuferin nicht erbracht werden und der Kläger diese Arbeiten deshalb selbst Dritten in Auftrag geben und bezahlen müsse) entsprochen habe. Die Formulierung: Zur Sicherstellung der Finanzierung der einzelnen Bauabschnitte verpflichtet sich die Verkäuferin, binnen 14 Tagen nach Vertragsunterfertigung beim Urkundenverfasser eine Bankgarantie ..., lautend auf ... (Beklagter) über 410.000 S ... mit einer Mindestlaufzeit von einem Jahr zu hinterlegen, welche vom Käufer in Anspruch genommen werden kann, sofern am Bau beteiligte Professionisten mit Forderungen für bereits vollendete Bauabschnitte direkt an den Käufer herantreten, weil diese von der Verkäuferin nicht fristgerecht bezahlt wurden. betraf eine von der Verkäuferin beizubringende Bankgarantie. Tatsächlich hinterlegte die Verkäuferin die Bankgarantie nie, sodass eine selbst dem Willen des Klägers nicht entsprechende Formulierung im Kaufvertrag auf keinen Fall für die eingetretenen Schäden (entgeltliche Beauftragung von Professionisten für Leistungen, die der Kläger - in der irrgen Auffassung, diese wären bereits von der Verkäuferin durchgeführt worden - bereits an die Verkäuferin bezahlt hatte) schadensursächlich gewesen sein konnte: Aus einer vom Vertragspartner vorenthaltenen Bankgarantie hätte der Kläger für seine ihm gegen die Verkäuferin erwachsenden Forderungen keinesfalls Befriedigung erlangen können, wie immer deren Verpflichtungen in der sich darauf beziehenden Vertragsbestimmung formuliert worden wäre; es fehlt auch jeder Anhaltspunkt dafür, dass die Verkäuferin - wäre ihre Verpflichtung anders formuliert worden - die Bankgarantie vorgelegt hätte, namentlich wenn sie sie noch mehr oder überhaupt erst belastet hätte. Die Ausführungen der Vorinstanzen dazu können demnach auf sich beruhen. Das wirtschaftliche Risiko der Auswahl eines Vertragspartners mit unzureichender Bonität trifft regelmäßig den Vertragspartner und nicht den Vertragserrichter.

b) Dass dem Beklagten die unterbliebene Vorlage der vertraglich zugesicherten Bankgarantie durch einen der Vertragsteile (hier: Verkäuferin) nicht zur Last fällt, wird nicht bestritten. Damit ist auch die Frage, ob die beiderseitigen Verpflichtungen zur Beibringung von Bankgarantien - auch der Kläger legte die ihm aufgegebene Bankgarantie nicht fristgerecht vor - im Synallagma standen, für den Streitausgang nicht maßgeblich.

Aber auch, soweit der Kläger dem Beklagten vorwirft, er habe ihm nicht (rechtzeitig) davon informiert, dass die Verkäuferin ihrer vertraglichen Verpflichtung zur Hinterlegung der Bankgarantie nicht nachgekommen sei, scheitert der Schadenersatzanspruch am Kausalitätserfordernis:

Die Verletzung von Treuhandpflichten macht den Treuhänder gegenüber seinen Auftraggebern nach den allgemeinen Grundsätzen des ABGB ex contractu schadenersatzpflichtig (ecolex 1991, 682; ÖBA 2000, 157 ua). Auch dann ist der Schadenersatzkläger mit dem Beweis für die Behauptung belastet, dass der Schaden bei einem bestimmten und möglichen pflichtmäßigen Handeln des Beklagten nicht eingetreten wäre (6 Ob 226/97x = AnwBI 1998, 392; ÖBA 2000, 157 ua; RIS-Justiz RS0022700). Kommt - wie hier - eine Schädigung durch Unterlassung in Betracht, so ist zu fragen, ob der Schaden auch bei pflichtgemäßem Verhalten eingetreten wäre. Wäre bei solchem der Schaden nicht eingetreten, so ist die Unterlassung ursächlich (6 Ob 2100/96 = SZ 70/179; ÖBA 2000, 157 mwN). Es oblag daher dem Kläger, die anspruchsbegründenden Elemente einschließlich des rechtswidrigen Verhaltens des Beklagten und dessen Kausalität für seinen Schaden in schlüssiger Weise zu behaupten und unter Beweis zu stellen. Die Beweispflicht des Geschädigten für das Vorliegen des Kausalzusammenhangs gilt auch in Fällen des § 1298 ABGB; die Beweislastumkehr dieser Bestimmung betrifft nur den Verschuldensbereich (ÖBA 2000, 157 mwN). Vom Grundsatz, dass die Beweislastumkehr auf die Verschuldensfrage eingeschränkt sei, der Beweis der Kausalität jedoch weiterhin dem Gläubiger obliege, ist der Oberste Gerichtshof zwar bei ärztlichen Behandlungsfehlern insofern abgewichen (SZ 63/90 ua), als wegen der in diesen Fällen besonderen Beweisschwierigkeiten des Patienten, die Kausalität nachzuweisen, nur

dem zur Haftung herangezogenen Arzt die Mittel und Sachkunde zum Nachweis zur Verfügung stünden, sodass von einer "prima-facie Kausalität" auszugehen sei; an dieser Auffassung ist zwar festzuhalten, doch kann die Verletzung von Aufklärungspflichten durch den Notar mit einer solchen Sachlage nicht verglichen werden: Hier ist dem Geschädigten der Nachweis der Kausalität des Verhaltens des Schädigers für den eingetretenen Schaden durchaus zuzumuten (SZ 70/179 mwN; AnwBl 1998, 392; ÖBA 2000, 157 ua; RIS-Justiz RS0106890). Es fehlt indes jedes schlüssige Vorbringen, weshalb die dem Beklagten vorgeworfene Unterlassung für den behaupteten Schaden (entgeltliche Inauftraggabe von bereits an die Verkäuferin bezahlte Professionistenleistungen) kausal gewesen sein sollte. Die Verletzung von Treuhandpflichten macht den Treuhänder gegenüber seinen Auftraggebern nach den allgemeinen Grundsätzen des ABGB ex contractu schadenersatzpflichtig (ecolex 1991, 682; ÖBA 2000, 157 ua). Auch dann ist der Schadenersatzkläger mit dem Beweis für die Behauptung belastet, dass der Schaden bei einem bestimmten und möglichen pflichtmäßigen Handeln des Beklagten nicht eingetreten wäre (6 Ob 226/97x = AnwBl 1998, 392; ÖBA 2000, 157 ua; RIS-Justiz RS0022700). Kommt - wie hier - eine Schädigung durch Unterlassung in Betracht, so ist zu fragen, ob der Schaden auch bei pflichtgemäßem Verhalten eingetreten wäre. Wäre bei solchem der Schaden nicht eingetreten, so ist die Unterlassung ursächlich (6 Ob 2100/96 = SZ 70/179; ÖBA 2000, 157 mwN). Es oblag daher dem Kläger, die anspruchsgrundlegenden Elemente einschließlich des rechtswidrigen Verhaltens des Beklagten und dessen Kausalität für seinen Schaden in schlüssiger Weise zu behaupten und unter Beweis zu stellen. Die Beweispflicht des Geschädigten für das Vorliegen des Kausalzusammenhangs gilt auch in Fällen des Paragraph 1298, ABGB; die Beweislastumkehr dieser Bestimmung betrifft nur den Verschuldensbereich (ÖBA 2000, 157 mwN). Vom Grundsatz, dass die Beweislastumkehr auf die Verschuldensfrage eingeschränkt sei, der Beweis der Kausalität jedoch weiterhin dem Gläubiger obliege, ist der Oberste Gerichtshof zwar bei ärztlichen Behandlungsfehlern insofern abgewichen (SZ 63/90 ua), als wegen der in diesen Fällen besonderen Beweisschwierigkeiten des Patienten, die Kausalität nachzuweisen, nur dem zur Haftung herangezogenen Arzt die Mittel und Sachkunde zum Nachweis zur Verfügung stünden, sodass von einer "prima facie Kausalität" auszugehen sei; an dieser Auffassung ist zwar festzuhalten, doch kann die Verletzung von Aufklärungspflichten durch den Notar mit einer solchen Sachlage nicht verglichen werden: Hier ist dem Geschädigten der Nachweis der Kausalität des Verhaltens des Schädigers für den eingetretenen Schaden durchaus zuzumuten (SZ 70/179 mwN; AnwBl 1998, 392; ÖBA 2000, 157 ua; RIS-Justiz RS0106890). Es fehlt indes jedes schlüssige Vorbringen, weshalb die dem Beklagten vorgeworfene Unterlassung für den behaupteten Schaden (entgeltliche Inauftraggabe von bereits an die Verkäuferin bezahlte Professionistenleistungen) kausal gewesen sein sollte.

c) Fragen eines Mitverschuldens des Klägers und der Schadensberechnung (Einbeziehung der dem Kläger zugute gekommenen Arbeiten im Wert von 43.092 S) einschließlich der in diesem Zusammenhang im Rechtsmittel behaupteten Aktenwidrigkeit der zweiten Instanz stellen sich nicht mehr.

Der Revision ist Folge zu geben, die Urteile der Vorinstanzen sind im klageabweisenden Sinn abzuändern.

Die Kostenentscheidung fußt auf den §§ 41 und 50 ZPO. Bei den Barauslagen im erstinstanzlichen Verfahren war zu berücksichtigen, dass von dem vom Beklagten erlegten Kostenvorschuss ein Betrag von 3.785,50 S an seinen Rechtsfreund rücküberwiesen wurden (ON 13). Für das Berufungsverfahren beträgt der Einheitssatz - statt wie verzeichnet 200 % - nur 150 %, weil keine Berufungsverhandlung stattfand. Die Kostenentscheidung fußt auf den Paragraphen 41 und 50 ZPO. Bei den Barauslagen im erstinstanzlichen Verfahren war zu berücksichtigen, dass von dem vom Beklagten erlegten Kostenvorschuss ein Betrag von 3.785,50 S an seinen Rechtsfreund rücküberwiesen wurden (ON 13). Für das Berufungsverfahren beträgt der Einheitssatz - statt wie verzeichnet 200 % - nur 150 %, weil keine Berufungsverhandlung stattfand.

#### **Textnummer**

E58300

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2000:0010OB00278.99K.0621.000

#### **Im RIS seit**

21.07.2000

#### **Zuletzt aktualisiert am**

31.05.2012

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.  
[www.jusline.at](http://www.jusline.at)