

III ZR 174/59

Verkündet

am 9. Januar 1961

■, Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

2142 040

I m N a m e n d e s V ö l k e s

In dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Josef K ■ in W ■ am Inn,
Klägers, Berufungsklägers und Revisionsklägers,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt ■ -

gegen

den Notar Dr. Eduard K ■ in M ■ am Inn,
Beklagten, Berufungsbeklagten und Revisionsbeklagten,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. ■ -

hat der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 15. Dezember 1960 unter Mitwirkung
der Bundesrichter Dr. Weber, Dr. Kreft, Dr. Arndt, Dr. Hußla
und ■ Keßler

für Recht erkannt;

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil
des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München
vom 13. Mai 1959, zugestellt an Verkündungs Statt
am 20./21. Mai 1959, aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung
und Entscheidung, auch über die Kosten der Revi-
sion, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Eheleute Mo in M schuldeten dem Kläger aus Darlehen 4.000 DM. Die Forderung sollte am Grundbesitz der Ehefrau, die Miteigentümerin eines Wohnhauses und eines Lichtspieltheaters zu je 3/16 war, gesichert werden. Am 28. Januar 1954 bestellte der Ehemann Mo als Bevollmächtigter seiner Ehefrau zu Urkunde des beklagten Notars am Wohnhause eine Grundsuld von 4.000 DM nebst 10 % Zinsen und unterwarf sich und seine Ehefrau der Zwangsvollstreckung wegen der Forderung. Mit Schreiben vom selben Tage bat der Kläger den Beklagten um Mitteilung über die Eintragung der Grundsuld und die Gesamtbelastung des Anwesens. Weiter schrieb er: "Selbstverständlich müßte die Grundsuld auf das ganze Anwesen (Wohnhaus mit Kino) eingetragen werden". Trotz mehreren Aufforderungen des Beklagten erschien Mo nicht auf dem Notariat. Das schrieb der Beklagte dem Kläger auf dessen Anfrage am 26. Februar 1954 mit dem Zufügen, daß er jetzt die Urkunde vom 28. Januar 1954 dem Grundbuchamt zur Eintragung am Hausgrundstück vorlegen werde. Dies geschah am 1. März 1954. Am 5. März 1954 bestellte Mo die Grundsuld auch am Kinogrundstück. Inzwischen war am 13. Februar 1954 beim Grundbuchamt ein Antrag auf Eintragung von Vollstreckungshypotheken in Höhe von insgesamt 21.137,17 DM - der im Berufungsurteil genannte Betrag von 11.137,17 DM umfaßt die Belastung des Kinogrundstücks nicht - für die Eheleute S eingelaufen. Diese Hypotheken wurden auf allen Grundstücksanteilen der Frau Mo mit Rang vor der Grundsuld eingetragen. Die Grundstücksanteile wurden am 3. August 1955 zwangsweise versteigert und nach Gesamtausgebot dem Kläger zugeschlagen. Die Grundsuld fiel aus. Auf die Hypotheken der Eheleute S entfielen über 12.000 DM.

Für seinen Schaden von 4.000 DM und 259,56 DM Kosten des Zwangsversteigerungsverfahrens nebst Zinsen nimmt der Kläger den Beklagten aus Amtspflichtverletzung in Anspruch mit der Behauptung, daß der Ausfall vermieden worden wäre, wenn der Beklagte pflichtgemäß die Urkunde vor dem 13. Februar 1954 dem Grundbuchamt eingereicht hätte. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Klägers ist erfolglos geblieben. Mit der Revision verfolgt er seinen Klageantrag weiter. Der Beklagte bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

1) Die Revision rügt mit Grund, daß das Urteil des Berufungsgerichts im schriftlichen Verfahren ergangen ist, obwohl der Kläger das hierzu nach § 128 Abs. 2 ZPO erforderliche Einverständnis nicht erklärt hatte. Denn auf die Anfrage des Gerichts vom 15. April 1959 hatte der Kläger nicht geantwortet. Sein Schweigen konnte nicht als Zustimmung gedeutet werden; das Abweichen von dem beherrschenden Verfahrensgrundsatz, daß die Verhandlung mündlich ist (§ 128 Abs. 1 ZPO), kann nur durch eine zweifelsfreie Erklärung der Parteien gerechtfertigt werden, die in einem Schweigen mindestens dann nicht gesehen werden kann, wenn nicht besondere Umstände hierzu Anlaß geben. Die Nichtbeantwortung der gerichtlichen Anfrage kann nicht als solcher Umstand gewertet werden (Stein-Jonas ZPO 17. Aufl. § 128 Anm. IX 1; NJW 1955/995). Zwar hatte sich der Prozeßbevollmächtigte des Klägers in der mündlichen Verhandlung vor dem Einzelrichter vom 25. November 1958 mit schriftlicher Entscheidung einverstanden erklärt. Diese Erklärung war jedoch durch den Beweisbeschluß vom 11. Dezember 1958 verbraucht worden. Der Verfahrensverstoß schafft zwar keinen absoluten



Revisionsgrund, insbesondere liegt kein Fall der fehlenden Vertretung (§ 551 Ziff. 5 ZPO) vor, wie Baumbach-Lauterbach ZPO 25. Aufl. § 128 Anm. 6 D und Zöllner ZPO 8. Aufl. aaO Anm. 2 im Gegensatz zu Stein-Jonas, aaO Anm. VI und Wieczorek ZPO § 128 Anm. J II f 2 annehmen. Verletzt kann vielmehr der Anspruch auf rechtliches Gehör sein mit der Folge, daß der Mangel nur dann beachtlich ist, wenn das Urteil auf ihm beruhen kann (§ 549 Abs. 1 ZPO). Der Bundesgerichtshof hat keinen absoluten Revisionsgrund in zwei Fällen - BGHZ 17, 118 und 18, 61 - angenommen, in denen es an einer wirksamen Erklärung i.S. des § 128 Abs. 2 ZPO gefehlt hatte; im ersten Fall war wegen unmittelbar vorangegangener mündlicher Verhandlung die schriftliche Entscheidung unzulässig, im anderen war die Erklärung der Parteien auf die Entscheidung des Einzelrichters beschränkt und deckte deshalb nicht das Urteil des oberlandesgerichtlichen Senates. Von diesen Entscheidungen abzugehen besteht kein Anlaß. Es ist deshalb auch im vorliegenden Fall, in dem lediglich das Einverständnis einer Partei fehlt, ein absoluter Revisionsgrund nicht anzunehmen. Doch kann das Urteil auf dem Verstoße beruhen. Das Berufungsgericht hätte nach dem Eingang der gemäß Beweisbeschluß vom 11. Dezember 1958 eingeholten Gutachten eine mündliche Verhandlung anberaumen müssen, bevor es die Frage, ob ein etwaiger Schaden des Klägers durch einen bei Ersteigerung der Grundstücksanteile erzielten Vorteil ausgeglichen sei, entscheiden und die Klage unter Bejahung dieser Frage abweisen durfte.

Die Revision bringt unter Angabe von Einzelheiten vor, der Kläger hätte seinen diesbezüglichen Vortrag zu wesentlichen Punkten ergänzen können und wollen. Das Revisionsgericht kann die Möglichkeit, daß ein derartiger Vortrag zu einem anderen Ergebnis des Berufungsverfahrens geführt

hätte, nicht ausschließen und insbesondere die Zulässigkeit neuen Vorbringens nicht von vornherein verneinen. Mit der Begründung, daß ein Schaden jedenfalls ausgeglichen sei, kann das angefochtene Urteil demnach nicht gehalten werden. Beim gegenwärtigen Sachstand läßt sich die Klagabweisung aber auch nicht mit anderer Begründung halten und zwar auch nicht teilweise, wie sich aus Folgendem ergibt:

2) Den Ausführungen des Berufungsgerichts darüber, daß der Beklagte seine Amtspflicht als Notar fahrlässig verletzt hat, und daß zwischen dieser Amtspflichtverletzung und der Eintragung der Grundschuld für den Kläger im Rang nach den Sicherungshypotheken der Eheleute S. ein adäquater Ursachenzusammenhang besteht, ist freilich beizupflichten. Auch die Ausführungen zu § 839 Abs. 3 BGB sind nicht zu beanstanden. Dem Berufungsgericht kann jedoch, wie die Revision zutreffend geltend macht, insoweit nicht gefolgt werden, als es dem Kläger ein Mitverschulden von einem Viertel anrechnet. Es sieht solches Mitverschulden darin, daß der Kläger sich nicht selbst bemüht hat, den Ehemann Mo. zur Erstreckung der Grundschuld auf das Lichtspieltheater zu bewegen, sondern dies dem Beklagten allein überlassen hat. Es hat indes nichts darüber ausgeführt, aus welchen Gründen es dem Kläger unter den gegebenen Umständen obgelegen habe, neben dem Beklagten tätig zu werden. Wie unstreitig ist, hatte der Kläger schon am 28. Januar 1954 nach dem Stand der Sache angefragt und seinem Wunsche Ausdruck gegeben, daß das ganze Anwesen (Wohnhaus mit Kino) mit der Grundschuld belastet werde. Wie ebenfalls außer Streit ist, hat der Beklagte den Schuldner Mo. daraufhin einbestellt, um die hiezu notwendigen Erklärungen entgegenzunehmen, den Kläger vom Ausbleiben Mo. aber erst auf Anfrage hin mit Schreiben vom 26. Februar 1954 verständigt. Wohl ist es grundsätzlich

Sache der Beteiligten und nicht des Notars, andere Beteiligte zur Abgabe von Willenserklärungen zu veranlassen. Doch ist es möglich und in der Praxis häufig, daß es der Notar auf Wunsch von Beteiligten übernimmt, die Abgabe von Willenserklärungen von sich aus herbeizuführen. Tut er das, dann kann den Beteiligten nicht ohne besonderen Grund ein Vorwurf deshalb gemacht werden, weil sie sich darauf verlassen, daß der Notar die Angelegenheit nach Wunsch erledigt, und nicht neben ihm noch selbst tätig werden. Da der Beklagte den Kläger auf dessen Schreiben vom 28. Januar 1954 nicht aufgefordert hat, sich selbst an Mo. zu wenden, und ihn auch vom Nichterscheinen Mo. nicht alsbald unterrichtet hat, bestand für den auswärts wohnenden Kläger kein Anlaß, sich selbst an Mo. zu wenden. Aus einer Unterlassung kann der Vorwurf schuldhafter Mitverursachung eines Schadens nur dann hergeleitet werden, wenn für den Geschädigten nach Lage der Sache ein Handeln geboten war, um sich selbst vor Schaden zu bewahren, und wenn die Untätigkeit für die Entstehung des Schadens ursächlich geworden ist. Ein Mitverschulden des Klägers in der vom Berufungsgericht angenommenen Richtung ist mangels Erfüllung dieser Voraussetzungen zu verneinen, ohne daß auf die weitere, vom Berufungsgericht nicht behandelte Frage eingegangen werden müßte, ob Schritte des Klägers bei Mo. rechtzeitig, d.h. vor dem 13. Februar 1954, Erfolg gehabt hätten. Auf schuldhafte Mitverursachung durch den Kläger kann die Klagabweisung also auch nicht teilweise gestützt werden.

3) Auch die Ausführungen des Berufungsgerichts über einen "Vorteilsausgleich" begegnen Bedenken. Es hat ausgeführt, der Kläger müsse sich einen Vorteil von mindestens 1.195,- DM auf seinen Schaden deshalb anrechnen lassen, weil er die Grundstücksanteile der Frau Mo. im Werte von 146.300 DM

um 134.800 DM erworben und damit einen seinen Schaden übersteigenden Mehrwert erhalten habe, der durch das schadensstiftende Ereignis verursacht worden sei. Ein ausgleichspflichtiger Vorteil könne jedoch dann nicht in Betracht, wenn der Kläger die Grundstücksanteile der Frau Mo. auch dann eingesteigert hätte, wenn seine Grundschild mit Vorrang vor den S.'schen Sicherungshypotheken eingetragen gewesen wäre. Denn die Grundschild wäre, wie unter den Parteien unstreitig ist, schon dann zum Zuge gekommen, wenn sie auch nur am Hausgrundstück der Hypothek der Eheleute S. im Range vorgegangen wäre. Die Aufwendungen, die der Kläger für den Erwerb der Grundstücksanteile machen mußte, wären dann um den Betrag der Grundschild und der Nebenforderungen niedriger geblieben als sie es in Wirklichkeit waren. Wenn der Kläger aber nur deshalb in der Zwangsversteigerung geboten hat, um sich vor Schaden zu bewahren, also nur deshalb, weil seine Grundschild hinter der Schmid'schen Hypothek eingetragen war, dann kann ein adäquater ursächlicher Zusammenhang zwischen dem schuldhaft amts-pflichtwidrigen Verhalten des Beklagten und der Abgabe von Geboten durch den Kläger gegeben sein.

Mit Grund rügt die Revision, daß das Berufungsgericht den Unterschiedsbetrag zwischen dem Schätzwert der Grundstücksanteile und den Erwerbskosten des Klägers als Vorteil angesehen hat, ohne die besonderen Umstände des Falles genügend zu berücksichtigen. Der Erwerb eines Grundstücks in der Zwangsversteigerung unter dem Schätzwert stellt nicht in jedem Falle einen Vorteil dar, durch den ein durch den Ausfall des Grundpfandrechts entstandener Schaden ausgeglichen würde. Das kann zwar der Fall sein, wenn der Besitz des Grundstücks im Interesse des Erwerbers liegt, wenn es gewinnbringend genutzt wird oder wenn es, z.B. weil es

sich um ein kleines Objekt handelt (vgl. RG in JW 1937, 1547), leicht wieder abgestoßen werden kann. Anders kann der Fall dagegen liegen, wenn der Erwerber aus dem zur Rettung seines Pfandrechts eingesteigerten Grundstück keine oder nur geringe Nutzungen ziehen kann oder wenn das Grundstück hohe Aufwendungen für Reparaturen, Zinsen und sonstige Lasten erfordert. Hat der Erwerber von vorneherein die Absicht, das Grundstück in Kürze wieder abzustößen, oder zwingen ihn die Umstände dazu, dann wird u.U. nicht vom Schätzwert, sondern von dem zur Zeit des Verkaufs erzielbaren Erlös auszugehen sein, der besonders bei größeren und wenig gefragten Objekten den Schätzwert oft nicht erreichen wird. Im vorliegenden Fall begegnet es auch deshalb Bedenken, vom Schätzwert der Grundstücke auszugehen, weil der Kläger in der Versteigerung nicht die gesamten Grundstücke erworben hat, sondern nur Miteigentumsanteile an ihnen. Denn Miteigentum Dritter an Grundstücken kann die Verkaufsmöglichkeit und den erzielbaren Preis erheblich vermindern. Zu berücksichtigen kann es auch sein, wenn das Grundstück dem Erwerber in der Zeit bis zum Weiterverkauf besondere Lasten verursacht. Ob dem Kläger ein Wert zugeflossen ist, der unter den gegebenen Umständen einen Ausgleich für den geltend gemachten Schaden darstellt, und in welcher Höhe, läßt sich beim gegenwärtigen Sachstand nicht übersehen, so daß die Klagabweisung auch nicht mit der Begründung zu halten ist, der geltend gemachte Schaden sei bereits ausgeglichen.

4) Die Klagabweisung kann beim gegenwärtigen Sachstand auch nicht aus § 839 Abs. 1 Satz 2 gerechtfertigt werden. Das Berufungsgericht hat angenommen, daß der Kläger es schuldhaft versäumt habe, sich anderweit Ersatz für den Schaden in Höhe von 2.000 DM zu verschaffen, und daß er insoweit den Beklagten gemäß § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht in Anspruch nehmen könne.

a) Die Revision meint demgegenüber, der Beklagte habe gegen Pflichten der in § 26 RNotO genannten Art verstoßen; deshalb sei nach § 21 Abs. 1 Satz 3 RNotO die Anwendung des § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB ausgeschlossen. Dieser Angriff geht fehl. Das Berufungsgericht hat eine Amtspflichtverletzung des Beklagten darin erblickt, daß er die Urkunde dem Grundbuchamt nicht unverzüglich eingereicht und den rechtsunkundigen Kläger nicht mit dem Ziel einer klaren Weisung über die Gefahren einer verzögerten Vorlage aufgeklärt habe. Diese Verstöße betreffen nicht selbständige Geschäfte der in § 26 RNotO genannten Art, sondern Aufgaben, die sich aus der Urkundstätigkeit des Beklagten als unmittelbarer Ausfluß seiner Amtspflicht ergaben (Seybold-Hornig-Lemmens RNotO 3. Aufl. § 21 Anm. XVIII 7 b β , BGB RGRK 11. Aufl. Vorbem. vor § 611 Anm. 71).

b) Ebenfalls ohne Erfolg bleibt der weitere Angriff der Revision, der Kläger habe nicht anderweit Ersatz suchen können, bevor der Schaden durch den Ausfall der Grundschild im Zwangsversteigerungsverfahren auch der Höhe nach festgestanden habe. Mit der Entstehung eines Schadens hat der Kläger nach seinem eigenen Vortrag alsbald gerechnet, nachdem ihm der Vorrang der S██████'schen Hypotheken bekannt geworden war. Der höchstmögliche Betrag des Schadens war ihm bekannt. Er besaß einen Vollstreckungstitel gegen beide Eheleute Mo██████. Es ist nicht ersichtlich, daß er gehindert gewesen wäre, aus diesem Titel unverzüglich, d.h. noch im Jahre 1954, seine Befriedigung zu suchen, zumal die Urkunde ausdrücklich bestimmt, daß die Vollstreckung in das sonstige Vermögen der Schuldner nicht die Verwertung der Grundschild voraussetzt. Er war also - jedenfalls nach den bisherigen Feststellungen - in der Lage und damit gehalten, anderweite Vollstreckungsmöglichkeiten auszunutzen.

c) Die Revision bemängelt aber mit Recht die Art, in der das Berufungsgericht den Betrag, den der Kläger durch Zwangsvollstreckung hätte beitreiben können, nach § 287 Abs. 2 ZPO geschätzt hat. Es kann dahinstehen, ob die besonderen Voraussetzungen dieser Bestimmung gegeben sind. Denn aus der Zulässigkeit einer Schätzung der Höhe eines eingetretenen Schadens nach § 287 Abs. 1 ZPO folgt notwendig auch die Zulässigkeit einer Schätzung der Höhe eines vom Verletzten zu vertretenden Schadensanteils, sei es quotenmäßig, wie dies insbesondere in den Fällen des § 254 BGB geschieht (Stein-Jonas aaO § 287 Anm. 2 c a, Baumbach-Lauterbach aaO Anm. § 287 2 A), sei es betragsmäßig wie im vorliegenden Fall. Das Berufungsgericht war deshalb schon nach § 287 Abs. 1 ZPO zur Schätzung berechtigt. Die Schätzung verlangt aber die Würdigung aller Umstände, sie soll so nahe wie möglich an die Wirklichkeit heranführen (Wieczorek, aaO, § 287 Anm. D IV b; Zöllner, aaO Anm. I a) und das Gericht muß alle tatsächlichen Grundlagen seiner Schätzung anführen (BGHZ 6, 62). Hier ist unerörtert geblieben, in welcher Höhe Vollstreckungshandlungen anderer Gläubiger gegen die Eheleute Mo in der Zeit ab April 1954 zum Erfolg geführt haben. Die bloße summarische, nicht auf Aktenunterlagen gestützte Angabe des Gerichtsvollziehers erscheint nicht ausreichend, um schon jetzt sagen zu können, der Kläger habe für seinen Schaden in Höhe von 2.000 DM auf andere Weise Ersatz verlangen können.

5) Aus dem Vorstehenden ergibt sich, daß das angefochtene Urteil im Hinblick auf den eingangs behandelten Verfahrensverstoß aufgehoben werden muß, weil es beim gegenwärtigen Sachstand auch mit anderer Begründung nicht gehalten werden kann. Zugleich ergibt sich aus dem aufgezeichneten Mangel hinreichender tatsächlicher Feststellungen die Unmöglichkeit, der Klage ganz oder teilweise stattzugeben. Die Sache

ist vielmehr zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, dem auch die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens zu überlassen ist.

Dr. Weber

Dr. Kreft

Dr. Arndt

Dr. Hußla

Keßler