

Verkündet
am 23. Mai 1960
Scheibl,
Justizsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Friedrich G. G. [REDACTED], H. [REDACTED],
O. [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägers, Berufungsklägers
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Rechtsanwalt und Notar Wilhelm B. [REDACTED],
H. [REDACTED]-A. [REDACTED], M. [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten
und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 23. Mai 1960 unter Mitwirkung
der Bundesrichter Dr. Weber, Dr. Kreft, Dr. Arndt, Dr. Beyer
und Gähtgens

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des
9. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts
zu Hamburg vom 25. Februar 1959 wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens hat der
Kläger zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Im Dezember 1956 beurkundete der Beklagte als Notar einen Vertrag, mit dem der Klempnermeister J. [REDACTED] in H. [REDACTED] dem Kläger, für den dessen Sohn Wolfgang F. G. [REDACTED] "als Vertreter ohne Vertretungsmacht" die entsprechenden Erklärungen abgab, ein Hausgrundstück zum Preis von 130 000 DM verkaufte. Über die Berichtigung des Kaufpreises enthielt der Vertrag u.a. folgende Bestimmung (§ 2):

"1.) Der Käufer übernimmt als Selbstschuldner anstelle des Verkäufers folgende auf dem Grundstück lastende Hypotheken nebst den im Grundbuch eingetragenen Zinsen:

- a) Vereinigte Lebensversicherung für Handel, Handwerk und Gewerbe DM 70 000,-
- b) Hypothekengewinnabgabe eingetragen für die Bundesrepublik Deutschland -Lastenausgleichfond- mit dem Betrage von " 14 400,-
- c) Fa. T. [REDACTED] B. [REDACTED] AG Sicherheits- hypothek bis zur Höhe von " 5 500,-

Hinsichtlich des überschießenden Betrages von 1 500 DM verpflichtet sich Herr J. [REDACTED], Löschungsbewilligung der T. [REDACTED] B. [REDACTED] AG beizubringen.

Die Hypotheken werden in Höhe ihrer tatsächlichen Valutierung übernommen. Differenzbeträge zwischen dem Nennbetrag und der tatsächlichen Valutierung stehen dem Verkäufer zu. Sie werden im Anschluß an die in § 2, Absatz 3.) bezifferte Barauszahlung in den gleichen Raten, wie diese getilgt."

Als Verrechnungstag wurde der 1. Januar 1957 festgelegt (§ 5). Auf Einsichtnahme des Beklagten in das Grundbuch verzichteten die Vertragschließenden (§ 11). Der Kläger genehmigte den Vertrag durch notariell beurkundete Erklärung vom 27. Dezember 1956. Bei der Abrechnung mit dem Verkäufer ergaben sich Differenzen in der Frage, in welcher

Höhe die Hypothekengewinnabgabe auf den Kaufpreis zu verrechnen sei. Der Kläger vertrat die Auffassung, die Hypothekengewinnabgabe sei per 31. Dezember 1956 auf 19 918,78 DM (später berichtigt auf 19 908,91 DM) festgestellt worden und deshalb in dieser Höhe auf den Kaufpreis anzurechnen. Der Verkäufer J. [REDACTED] stellte sich dem gegenüber auf den Standpunkt, daß die Hypothekengewinnabgabe nicht, wie der Kläger wolle, mit dem sich bei langfristiger Tilgung nach Maßgabe des Lastenausgleichsgesetzes ergebenden Gesamtbetrage, sondern lediglich mit dem Betrage mit dem die Hypothekengewinnabgabe per 31. Dezember 1956 hätte abgelöst werden können, nämlich mit 14 845,81 DM, anzurechnen sei. Wegen der Zahlung des Differenzbetrages kam es zu einem Rechtsstreit zwischen dem Kläger und dem Verkäufer J. [REDACTED] (5 O 144/57 LG Hamburg). Nachdem in diesem Prozeß der jetzige Beklagte als Zeuge bekundet hatte, der Betrag von 14 400 DM in § 2 des Vertrages habe den Ablösungsbetrag bei sofortiger Zahlung bedeutet, und nur dieser Betrag habe dem Käufer angerechnet werden sollen, erkannte der jetzige Kläger die Klageforderung des Verkäufers J. [REDACTED] an, und es erging gegen ihn ein entsprechendes Anerkenntnisurteil.

Nunmehr verlangt der Kläger von dem Beklagten Zahlung von 5 063,10 DM (= Differenz zwischen 19 908,91 und 14 845,81 DM) sowie Erstattung angeblich bisher bezahlter Kosten des Vorprozesses in Höhe von 1 200 DM. Er hat dementsprechend beantragt, den Beklagten zur Zahlung von 6 263,10 DM nebst Zinsen zu verurteilen, hilfsweise den Beklagten zu verurteilen, an den Kläger 1 200 DM mit Zinsen zu zahlen und ihn von seinen Zahlungsverpflichtungen gegenüber der Bundesrepublik Deutschland - Lastenausgleichsfonds - bis zur Höhe von 5 063,10 DM freizuhalten. Zur Begründung hat der Kläger u.a. vorgetragen: Bei Abschluß des Kaufvertrages sei seinem Sohn zwar bekannt gewesen, daß die "tatsächliche Valutierung" der Hypothekengewinnabgabe etwa 19 000 DM betrage. Der von ihm vorbereitete Vertragsentwurf habe diese Summe auch ausgewiesen.



Während der Verhandlungen vor dem Beklagten habe der Verkäufer J. [REDACTED] jedoch erklärt, daß die Gewinnabgabe per 31. Dezember 1956 nur etwa 14 400 DM ausmache. Daraufhin habe man den Entwurf entsprechend abgeändert. Sein Sohn habe angenommen, daß der vom Verkäufer J. [REDACTED] genannte Betrag im Hinblick auf im letzten Vierteljahr geleistete Zahlungen zutreffend sei. In den Verhandlungen vor und bei Beurkundung des Vertrages sei nicht davon gesprochen worden, daß die Gewinnabgabe bei Sofortablösung nur 14 400 DM, bei einer Zahlung bis 1973 etwa 19 000 DM betrage. Sein Vertreter habe sich deshalb auch nicht damit einverstanden erklärt, daß auf den Kaufpreis ein Betrag von 14 400 DM als Hypothekengewinnabgabe angerechnet werden solle. Bei der Durchsicht des Kaufvertrages habe er angenommen, daß eine Übernahme der Hypothekengewinnabgabe in Höhe ihrer wirklichen "Valutierung" von 19 908,91 DM per 31. Dezember 1956 vereinbart worden sei. Da er nach den Aussagen des Beklagten im Vorprozeß jedoch annehmen müsse, daß tatsächlich etwas anderes vereinbart worden sei, müsse er davon ausgehen, daß der Beklagte etwas anderes als das tatsächlich Vereinbarte beurkundet und damit seine Pflicht als Notar verletzt habe. Er würde das Grundstück, das nur einen Verkaufswert von etwa 105 000 DM gehabt habe, nicht gekauft haben, wenn er gewußt hätte, daß der Kaufpreis nicht 130 000 DM, sondern in Wahrheit 135 063,91 DM betragen habe.

Demgegenüber hat der Beklagte, der um Abweisung der Klage gebeten hat, im wesentlichen geltend gemacht: Alle Angaben über die Höhe der Hypothekengewinnabgabe habe der Sohn des Klägers gemacht, und dieser habe auch die Zahlen von 14 400 DM und 19 908,91 DM genannt. Der Verkäufer J. [REDACTED] und der Sohn des Klägers hätten sich nach längerer und gerichtlichster Auseinandersetzung im hier strittigen Punkt dahin geeinigt, daß nur der bei sofortiger Ablösung zu entrichtende Betrag auf den Kaufpreis angerechnet werden solle. Der Sohn des Klägers sei nicht mit der Forderung des Verkäufers einverstanden gewesen, die 14 400 DM so-

fort auszuzahlen, um eine sofortige Ablösung der Hypothekengewinnabgabe durchzuführen. Wolfgang G. habe vielmehr die Stundung und erleichterte Tilgung der Gewinnabgabe bis 1973 in Anspruch nehmen wollen. Angesichts dieser Erklärungen der Beteiligten habe er nichts anderes als das Gewollte beurkundet. Im übrigen seien Schadensersatzansprüche gegen ihn auch schon deswegen nicht begründet, weil der Kläger auf andere Weise Ersatz hätte erlangen können.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, und das Oberlandesgericht hat nach Beweisaufnahme die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit seiner Revision verfolgt der Kläger seine Klageanträge weiter. Der Beklagte bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

1.) Der Vorwurf des Klägers gegen den Beklagten geht dahin, daß er für das von den Verhandlungspartnern Gewollte nicht eine klare und unzweideutige Formulierung gewählt und in den Vertrag aufgenommen habe. Das Berufungsgericht ist deshalb mit Recht davon ausgegangen, daß es sich bei der angeblichen Pflichtverletzung des Beklagten um eine solche im Rahmen seiner Beurkundungstätigkeit (§ 30 der Dienstordnung für Notare) und nicht um eine Pflichtverletzung im Rahmen einer sonstigen Betreuung auf dem Gebiete vorsorgender Rechtspflege gemäß § 26 RNotO handele, bei der sich der Beklagte auf seine nur subsidiäre Haftung gemäß § 839 Abs.1 Satz 2 BGB nicht berufen könnte (§ 21 Abs.1 Satz 3 RNotO).

2.) Das Berufungsgericht legt die hier interessierende Vertragsbestimmung angesichts des bei der Beurkundung des Vertrages zum Ausdruck gebrachten übereinstimmenden Willens des Verkäufers J. und des für den Kläger handelnden Sohnes dahin aus, daß auf den Kaufpreis lediglich der Ablösungsbetrag der Hypothekengewinnabgabe zum 31.De-

zember 1956 anzurechnen sei. Diese Auslegung läßt einen in der Revisionsinstanz beachtlichen Rechtsfehler nicht erkennen, und es werden gegen sie auch von der Revision Bedenken nicht erhoben.

3.) Das Berufungsgericht unterstellt bei seinen Erwägungen, daß der Beklagte sich durch die Art seiner Beurkundung der Abrede über die Hypothekengewinnabgabe einer Amtspflichtverletzung schuldig gemacht habe. Das Vorliegen einer Amtspflichtverletzung kann jedoch bereits auf Grund des eigenen Sachvortrages des Klägers in Zweifel gezogen werden, da es jedenfalls fraglich erscheinen muß, ob nicht in dem Wortlaut des Vertrages, daß "die Hypotheken" - womit unstreitig auch die mit 14 400 DM bewertete Hypothekengewinnabgabe gemeint war - "in Höhe ihrer tatsächlichen Valutierung übernommen" würden, hinreichend deutlich zum Ausdruck gebracht ist, daß auf den Kaufpreis nicht die an dem auf den 1. Januar 1957 festgelegten "Verrechnungstag" sich ergebende Summe der - bis zum Jahre 1973 zu erbringenden - Abgabeschulden, sondern lediglich der Betrag anzurechnen war, mit dem die Hypothekengewinnabgabe am 1. Januar 1957 hätte abgelöst werden können. Zumindest muß zweifelhaft erscheinen, ob den Beklagten, wenn man schon eine objektive Pflichtverletzung annehmen will, insoweit ein Verschulden trifft. Diesen Fragen braucht jedoch - ebenso wie der vom Berufungsgericht weiter erörterten Frage, ob dem Kläger aus der angeblichen Pflichtverletzung des Beklagten überhaupt ein Schaden entstanden ist - nicht weiter nachgegangen zu werden. Denn die Abweisung der Klage ist selbst dann, wenn man mit dem Berufungsgericht eine schuldhafte Amtspflichtverletzung des Beklagten unterstellt, aus den vom Berufungsgericht dafür angegebenen Gründen, daß nämlich der Kläger vorhanden gewesene Ersatzmöglichkeiten schuldhaft nicht ausgenutzt habe (§ 839 Abs. 1 Satz 2 BGB), gerechtfertigt.

a) Richtig ist zunächst der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, daß bei einem aus § 839 BGB hergeleiteten

Schadensersatzanspruch die Unmöglichkeit, anderweit Ersatz zu erlangen, eine zur Klagebegründung gehörende Anspruchsvoraussetzung bildet, deren Vorliegen der Geschädigte darzulegen und zu beweisen hat. Dabei muß sich der Nachweis auch darauf erstrecken, daß eine früher vorhanden gewesene Ersatzmöglichkeit nicht schuldhaft versäumt worden ist (BGB-RGRK 11. Aufl. § 839 Anm. 95). Ferner ist es richtig, daß der Kreis der anderweiten Ersatzmöglichkeiten weit zu ziehen ist und auch Möglichkeiten der Schadloshaltung rein tatsächlicher Art, soweit ihre Ausnutzung dem Geschädigten zuzumuten ist, den Schadensersatzanspruch aus § 839 BGB ausschließen (aaO Anm. 93). Das Berufungsgericht hat deshalb auch zu Recht die Möglichkeit des Geschädigten, sich durch Anfechtung von Willenserklärungen schadlos halten zu können, zu den anderweiten Ersatzmöglichkeiten im Sinne des § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB gerechnet (so bereits RG in Gruch Beitr. 1904, 929, 933).

b) Zutreffend hat das Berufungsgericht ferner angenommen, daß der Vertrag mit dem festgestellten Inhalt (Anrechnung lediglich des Ablösungsbetrages der Hypothekengewinnabgabe auf den Kaufpreis) durch die Genehmigung seitens des Klägers gemäß §§ 177, 184 BGB rückwirkend wirksam geworden sei und der Vertrag selbst wegen Willensmängel nicht habe angefochten werden können. Denn nach den vom Berufungsgericht getroffenen und von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen war der bei den Vertragsverhandlungen als Vertreter ohne Vertretungsmacht handelnde Sohn des Klägers mit der Regelung, daß von dem Kaufpreis lediglich der Ablösungsbetrag der Hypothekengewinnabgabe gekürzt werden sollte, einverstanden und war es ihm klar, daß die Übernahme und Anrechnung der Hypothekengewinnabgabe regelnde Vertragsbestimmung in diesem Sinne verstanden werden mußte. Bei dem Vertreter des Klägers, auf den es für die Frage der Anfechtbarkeit des Vertrages wegen Willensmangels auch dann ankommt, wenn er ohne Vertretungsmacht gehandelt hat (BGB-RGRK § 177 Anm.

mit weiteren Nachweisen), lag mithin ein Irrtum über den Inhalt seiner Erklärungen nicht vor. Der Kaufvertrag selbst unterlag deshalb einer Anfechtung wegen Irrtums nicht.

c) Jedoch konnte, wie das Berufungsgericht ebenfalls zutreffend angenommen hat, die Genehmigung des Vertrages durch den Kläger angefochten werden. Seine Erklärung enthielt objektiv die Genehmigung des von seinem Sohn als Vertreter ohne Vertretungsmacht abgeschlossenen Vertrages mit dem oben erörterten Inhalt. Wenn der Kläger jedoch der Auffassung war, daß die in Rede stehende Vertragsbestimmung dahin zu verstehen sei, daß er die Hypothekengewinnabgabe mit der "tatsächlichen Valutierung" im Sinne der gesamten Summe der bei einer normalen Tilgung noch zu erbringenden Zahlungen auf den Kaufpreis anrechnen könne, dann hatte er von der rechtlichen Wirkung und Tragweite seiner Erklärung eine unrichtige Vorstellung und befand sich mithin in einem ihn gemäß §§ 119, 121 BGB zur Anfechtung berechtigenden Irrtum über den Inhalt seiner Erklärung. Daß die Anfechtung nicht wegen der inzwischen erfolgten Eintragung des Eigentümerwechsels im Grundbuch ausgeschlossen war, hat das Berufungsgericht richtig dargelegt. Gegen die - von der Revision nicht angegriffene - Feststellung des Berufungsgerichts, daß der Kläger spätestens nach Durchführung der Beweisaufnahme im Vorprozeß von dem wirklichen Vertragsinhalt und damit auch von dem Anfechtungsgrund (Irrtum über den Inhalt der Genehmigungserklärung) Kenntnis erlangt hat, und die daraus vom Berufungsgericht gezogene Folgerung, daß es im Blick auf die Bestimmung des § 839 Abs.1 Satz 2 BGB Sache des Klägers gewesen sei, nunmehr unverzüglich von der Anfechtungsmöglichkeit Gebrauch zu machen, ist revisionsrechtlich ebenfalls nichts zu erinnern.

Die Revision rügt in diesem Zusammenhang, das Berufungsgericht habe die Prüfung unterlassen, ob eine solche Anfechtung für den Kläger zumutbar gewesen sei; denn diese dürfe dem Anfechtenden keinen neuerlichen mindestens gleich hohen Schaden verursachen. Aus der Aussage des Sohnes des

Klägers habe sich ergeben, daß der Verkäufer J. [REDACTED] ihn gebeten gehabt habe, ihm bei der Sanierung seiner Grundstücke zu helfen. Das Berufungsgericht hätte dies berücksichtigen und weiter bei Beachtung des § 286 ZPO aus den Angaben des Klägers bei seiner persönlichen Anhörung am 24. November 1958 annehmen müssen, daß "J. [REDACTED] im Druck war und verkaufen mußte". Bei Berücksichtigung dessen hätte das Berufungsgericht zu dem Ergebnis kommen müssen, daß dem Kläger eine Anfechtung nicht zuzumuten gewesen sei, da im Falle einer Anfechtung die auf Grund des Vertrages vom 11. Dezember 1956 geleisteten Anzahlungen für ihn verloren gewesen seien.

Nun ist es richtig, daß der Geschädigte nicht auf die Möglichkeit einer anderweiten Ersatzerlangung verwiesen werden kann, deren Durchführung ihm einen erneuten, mindestens gleich hohen Schaden verursachen würde (BGB-RGRK § 839 Anm. 94). Jedoch ist hier nicht dargetan, daß ein solcher Fall gegeben sei. Selbst wenn man unterstellt, daß der Grundbesitz des J. [REDACTED] sanierungsbedürftig, J. [REDACTED] selbst "im Druck" gewesen sei und das hier in Rede stehende Grundstück habe verkaufen müssen, so brauchte das Berufungsgericht daraus doch nicht den Schluß zu ziehen, daß der Kläger im Falle einer Anfechtung seiner Genehmigungserklärung seine inzwischen gezahlten Beträge von J. [REDACTED] nicht hätte zurückerhalten können, so daß offen bleiben kann, ob dem Kläger nicht ein Zurückbehaltungsrecht an dem Grundstück bis zur Rückzahlung der von ihm gezahlten Beträge zugestanden hätte. Die Revision macht zwar weiter im Rahmen einer Rüge aus § 139 ZPO geltend: Wenn der Berufsrichter seiner Aufklärungspflicht nachgekommen wäre, würde der Kläger sich auf das Zeugnis des Verkäufers J. [REDACTED] zum Beweis dafür berufen haben, daß dieser zu einer Rückzahlung der auf den Kaufpreis gezahlten Beträge nicht in der Lage gewesen wäre, wenn er, Kläger, die Genehmigungserklärung angefochten haben würde. Jedoch greift auch diese Rüge nicht durch. Die Bestimmung des § 139 ZPO soll die Parteien keineswegs davon entlasten, von sich aus alles zur Begründung

ihrer Klage Erforderliche vorzutragen und unter Beweis zu stellen. Ein Verstoß gegen diese Bestimmung könnte deshalb nur dann vorliegen, wenn das Berufungsgericht hätte erkennen müssen, daß der Kläger lediglich aus Versehen oder wegen falscher Beurteilung der Rechtslage es unterlassen habe, nähere Behauptungen in der hier interessierenden Richtung aufzustellen. Davon aber kann keine Rede sein. Die Frage der Anfechtung der Willenserklärung des Klägers als anderweite Ersatzmöglichkeit ist im Laufe des Rechtsstreits von den Parteien ausdrücklich erörtert worden (S.6 der Berufungsbegründung, S.5 der Berufungsbeantwortung, S.2 des Schriftsatzes des Klägers vom 23. April 1958), und es wäre Sache des durch einen Rechtsanwalt vertretenen Klägers selbst gewesen, von sich aus die angebliche Vermögenslosigkeit des Verkäufers J. [REDACTED] und die Unmöglichkeit, von ihm im Falle einer Anfechtung die inzwischen gezahlten Geldbeträge zurückzuerhalten, geltend zu machen und unter Beweis zu stellen.

Die Revision des Klägers erweist sich nach alledem als unbegründet und muß zurückgewiesen werden.

Die Kosten der erfolglos gebliebenen Revision hat der Kläger nach der Vorschrift des § 97 ZPO zu tragen.

Dr. Weber

Kreft

Dr. Arndt

Dr. Beyer

Gähtgens