

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

V e r s ä u m n i s -

VIII ZR 58/73

URTEIL

Verkündet am

2. Oktober 1974

Scheibl,
Amtsinspektor

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Assessors Jörg S. [REDACTED] in F. [REDACTED],
R. [REDACTED] weg [REDACTED] - [REDACTED], A. [REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. Dr. [REDACTED]
und Prof. Dr. [REDACTED] -

g e g e n

den früheren Rechtsanwalt Karl S. [REDACTED] in R. [REDACTED],
W. [REDACTED] straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigte II. Instanz: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED], Dr. [REDACTED],
Dr. [REDACTED], Dr. [REDACTED] und [REDACTED],
in C. [REDACTED], T. [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 2. Oktober 1974 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Haidinger und die Richter Claßen, Dr. Hiddemann, Hoffmann und Merz

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 10. Januar 1973 aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Kläger und sein Bruder sind die Erbeserben des am 31. Juli 1968 verstorbenen Rechtsanwalts und Notars Dr. Sch[REDACTED]. Der Beklagte war seit 24. Mai 1966 dessen Anwaltssozius. Dr. Sch[REDACTED] und der Beklagte schlossen am 13. Juli 1967 einen Vertrag, in dem es u.a. heißt:

"Herr Dr. Sch[REDACTED] verkauft und überträgt seine Anwalts- und Notariatspraxis mit Wirkung vom 1. 7. 1967 an Herrn Rechtsanwalt Karl S[REDACTED] in R[REDACTED] zu folgenden Bedingungen:

- 3 -

§ 1

Mit Abschluß dieses Vertrages wird der zwischen den Partnern abgeschlossene Sozietätsvertrag aufgehoben.

§ 5

Als Entgelt für die ab 1. 7. 1967 zu übertragende Praxis wird folgendes vereinbart:

- a) Herr S. [REDACTED] zahlt mit Wirkung vom 1. 7. 1967 ein Jahr lang 500,-- DM monatlich und vom 1. 7. 1968 an 9 Jahre einen monatlichen Betrag von 300,-- DM an Herrn Dr. Sch. [REDACTED] oder Erben.

Die Zahlungen sind jeweils in den ersten drei Tagen eines jeden Monats im voraus fällig.

Ändert sich in der zuvor erwähnten Zeit der Lebenshaltungsindex für eine 4-köpfige Familie, bei der der Haushaltungsvorstand allein verdient, um mehr als 10 v. Hundert, so ist die vereinbarte Rente entsprechend zu ändern.

Zu dieser Vereinbarung ist die Zustimmung der Landeszentralbank einzuholen.

Die Zahlung der Rente hat zur Voraussetzung, daß Herr S. [REDACTED] Notarvertreter des Herrn Dr. Sch. [REDACTED] ist oder selbst zum Notar bestellt wird. Solange diese Voraussetzungen nicht vorliegen, ruhen die laufenden Zahlungen.

§ 6

Herr S. [REDACTED] bemüht sich um die Zulassung als Notar. Bis dahin bleibt er Notarvertreter des Herrn Dr. Sch. [REDACTED]."

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



Vor Abschluß dieses Vertrags hatte der Beklagte sich über seine Aussichten, zum Notar bestellt zu werden, erkundigt und Dr. Sch[REDACTED] am 22. Mai 1967 wie folgt berichtet:

"Mir wurde geraten, bis einschließlich September dieses Jahres nochmals eine Vertreterverlängerung zu beantragen. Diesem Verlängerungsantrag würde stattgegeben. Sodann sollte ich seit Mitte August die Zulassung ab 1. Oktober als Notar beantragen. Es beständen berechnigte Aussichten, daß diesem Antrage stattgegeben würde, mit Rücksicht auf meine Tätigkeit in Stadt-hagen und Ihre wirtschaftliche Situation. Ich schlage daher vor, entsprechend zu verfahren."

Bei Vertragsschluß war der Beklagte Notarvertreter des Dr. Sch[REDACTED], der im September 1966 einen zweiten Schlaganfall erlitten hatte. In der Folgezeit wurde der Beklagte bis Frühjahr 1968 zum Notarvertreter bestellt. Danach vertrat er Dr. Sch[REDACTED] drei Monate in Notariatsangelegenheiten, ohne zum Notarvertreter bestellt zu sein. Ein am 20. Juni 1968 gestellter Antrag des Dr. Sch[REDACTED], den Beklagten erneut zu seinem Notarvertreter zu bestellen, wurde abgelehnt, weil hinsichtlich der persönlichen Eignung des Beklagten Bedenken entstanden waren. Einen Antrag, ihn zum Notar zu bestellen, stellte der Beklagte nicht.

Dieser zahlte die im Vertrag vom 13. Juli 1967 vereinbarten Beträge bis November 1969. Zur Zahlung des Betrages für Januar 1970 wurde er verurteilt. Die Zulassung des Beklagten zur Rechtsanwaltschaft wurde während des Prozesses zurückgenommen, weil er in Vermögensverfall geraten war.

Der Kläger begehrt die Verurteilung des Beklagten zur Zahlung des Betrages von 300 DM nebst Zinsen für Dezember 1969. Der Beklagte hat Widerklage erhoben und beantragt festzustellen, daß er nicht verpflichtet ist, weiterhin 300 DM monatlich zu zahlen. Das Landgericht gab der Klage statt und wies die Widerklage ab. Das Berufungsgericht wies die Klage ab und gab der Widerklage statt.

Mit der Revision erstrebt der Kläger die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht geht im Anschluß an BGHZ 43, 46 zu Recht davon aus, daß der Vertrag vom 13. Juli 1967 wirksam ist.

1. Es hat insbesondere zutreffend angenommen, daß nicht das Amt des Notars, sondern der in dem Vertrauen der Klienten des Dr. Sch[REDACTED] liegende Vermögenswert der Praxis übertragen worden war.

2. Das Berufungsgericht hat auch der Ansicht sein können, daß der Preis für die Praxis nicht unangemessen war. Der für die Unangemessenheit des Preises beweispflichtige Beklagte hat den Umsatz der Anwaltspraxis nicht vorgetragen, obwohl ihm das möglich gewesen wäre, weil er seit 24. Mai 1966 Anwaltssozius des Dr. Sch[REDACTED]

war und die Praxis wohl schon seit Herbst 1966, spätestens jedoch seit 13. Juli 1967 allein geführt hatte. Das Berufungsgericht hat daher mangels substantiierten Vortrages des Beklagten annehmen dürfen, daß der Preis für die eingeführte, allerdings zeitweilig zurückgegangene Praxis des Dr. Sch[REDACTED] nicht unangemessen war, zumal der Kaufpreis nicht in einer Summe, sondern in über 10 Jahre verteilten Raten zu zahlen war.

II. Das Berufungsgericht hat ohne Rechtsverstoß angenommen, daß die in § 5 a des Vertrages vereinbarte Voraussetzung für die streitigen Zahlungen nicht erfüllt ist, weil der Beklagte nicht zum Notar bestellt wurde. In dieser Bestimmung hat es zutreffend eine Bedingung für die Aufnahme der Zahlungen bzw. die Weiterzahlung der vereinbarten Beträge gesehen. Dagegen ist seine Annahme, daß der Beklagte den Ausfall der Bedingung nicht treuwidrig herbeigeführt habe, nicht frei von Rechtsirrtum.

1. Zu monatlichen Zahlungen ab Dezember 1969, um die es in diesem Rechtsstreit geht, ist der Beklagte nur verpflichtet, wenn er seine Bestellung zum Notar treuwidrig vereitelt hätte. Denn mit dem Tod von Dr. Sch[REDACTED] am 31. Juli 1968 wäre auch eine Bestellung des Beklagten zu dessen Notarvertreter erloschen (Seybold/Hornig, Bundesnotarordnung 4. Aufl. § 44 Rdn. 9). Eine Bestellung zum Notariatsverweser wäre gemäß § 56 BNotO lediglich auf ein Jahr, also nicht bis Dezember 1969, möglich gewesen.

2. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts kann auf ein treuwidriges Verhalten des Beklagten im Sinne des § 162 BGB zurückzuführen sein, daß dieser nicht zum Notar bestellt wurde, so daß ein Anspruch auf Vertragserfüllung möglicherweise begründet ist.

a) Es ist bereits fraglich, ob der Beklagte nicht verpflichtet war, sich im August 1967 um seine Zulassung als Notar zu bemühen, wie er auf den Rat der Notarkammer in seinem Schreiben vom 22. Mai 1967 Dr. Sch[REDACTED] vorgeschlagen hatte. Daß er, wie das Berufungsgericht meint, damals einen Antrag auf Bestellung zum Notar nicht gestellt habe, weil er die Angelegenheit im Hinblick auf seine Bestellung zum Notarvertreter nicht als eilig angesehen habe, hat der Beklagte nicht behauptet. Es wäre auch zweifelhaft, ob ihn das entschuldigen würde. Es bedarf daher der Prüfung, aus welchen Gründen der Beklagte im August 1967 einen Antrag auf Bestellung zum Notar nicht stellte und gegebenenfalls, ob diesem Antrag damals entsprochen worden wäre.

b) Dem Berufungsgericht ist darin beizupflichten, daß der Beklagte sich nicht treuwidrig verhielt, wenn er nach dem 22. Juli 1968 sich nicht um das Amt des Notars bewarb, weil er wegen seiner Verfehlungen im Jahre 1968 die Ablehnung eines Antrags auf Bestellung zum Notar erwarten mußte. Diese Verfehlungen sind jedoch entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts als treuwidriges Verhalten gegenüber Dr. Sch[REDACTED] anzusehen.

Das Berufungsgericht hat nicht verkannt, daß für eine Anwendung des § 162 BGB eine Absicht, die Bedingung zu vereiteln, nicht erforderlich ist, daß es vielmehr genügt, wenn der Beklagte den Eintritt der Bedingung in Widerspruch zu Treu und Glauben vorsätzlich oder fahrlässig vereitelt hatte (BGH Urt. vom 11. Juli 1959 - VIII ZR 149/58 = LM BGB § 162 Nr. 3).

Irrigerweise hat es indessen gemeint, die Verfehlungen des Beklagten könnten deshalb nicht als treuwidriges Verhalten gewertet werden, weil der Beklagte den übernommenen Aufgaben nicht gewachsen gewesen sei. Das Berufungsgericht hat als Verfehlung des Beklagten festgestellt, daß dieser ohne Bestellung zum Notar Notariatsgeschäfte vorgenommen hatte, und zugunsten des Klägers unterstellt, daß der Beklagte als Notarvertreter fälschlich die Übereinstimmung einer Abschrift mit der Urschrift der Urkunde beglaubigt hatte. Diese Verfehlungen lassen sich nicht damit entschuldigen, daß der Beklagte den übernommenen Aufgaben nicht gewachsen gewesen sei. Als Rechtsanwalt wußte der Beklagte oder mußte jedenfalls wissen, daß er Notariatsgeschäfte nicht vornehmen durfte, wenn er nicht zum Notarvertreter bestellt war, und daß er die Übereinstimmung von Abschrift und Urschrift nicht beglaubigen durfte, wenn sie nicht übereinstimmten. Ob der Beklagte vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt hatte, kann dahingestellt bleiben, weil ein fahrlässiges Handeln genügt. Wenn der Beklagte durch fahrlässig begangene Verfehlungen seine Bestellung zum Notar vereitelte, so handelte er gegenüber Dr. Sch[REDACTED] treuwidrig, weil er sich nicht so verhielt, wie es

Dr. Sch[REDACTED] aufgrund des mit dem Beklagten geschlossenen Vertrages billigerweise erwarten durfte. Da dem Beklagten mithin ein treuwidriges Verhalten zur Last fällt, kommt es nicht darauf an, ob der Vortrag des Klägers, der Beklagte habe sich weitere Verfehlungen zuschulden kommen lassen, ausreichend substantiiert ist. Zudem wird es dem Kläger möglich sein, seinen Vortrag zu vervollständigen.

c) Da die Ursächlichkeit eines treuwidrigen Verhaltens des Beklagten dafür, daß er nicht zum Notar bestellt wurde, nicht fingiert werden kann (BGH Urt. vom 8. Januar 1958 - VII ZR 126/57 = LM BGB § 162 Nr. 2), muß geprüft werden, ob der Beklagte zum Notar bestellt worden wäre, wenn er die Verfehlungen nicht begangen hätte. Dazu hatte dieser vorgetragen, er wäre ohnehin nicht zum Notar bestellt worden, weil er die vorgeschriebene Wartezeit nicht erfüllt habe und weil zwei ältere Rechtsanwälte den Vorrang bei der Bestellung zum Notar gehabt hätten. Diesem Vorbringen wird das Berufungsgericht nachgehen müssen.

III. Das Berufungsgericht ist zu Recht der Auffassung, daß der Beklagte möglicherweise aus positiver Vertragsverletzung haftet.

1. Wie bereits dargelegt wurde, ist zweifelhaft, ob der Beklagte den Antrag auf Zulassung als Notar nicht bereits im August 1967 stellen mußte.

a) Daß dieser nicht verpflichtet gewesen sei, seine Zulassung als Notar zu betreiben, ist mit § 6 des Vertrages vom 13. Juli 1967 nicht zu vereinbaren und steht in Widerspruch zu der in anderem Zusammenhang getroffenen Feststellung des Berufungsgerichts, daß der Beklagte verpflichtet war, sich um seine Zulassung als Notar zu bemühen.

b) Unzutreffend ist auch, daß das Unterbleiben eines derartigen Antrags eine Schadensersatzpflicht nicht begründen könne, weil Dr. Sch[REDACTED] bzw. der Kläger und sein Bruder bis November 1969 die ihnen zustehenden Leistungen erhalten hatten. Wäre der Beklagte nämlich damals zum Notar bestellt worden, so wäre er auch zur Zahlung der streitigen Beträge verpflichtet. Selbst wenn in der Folgezeit wegen Verfehlungen des Beklagten die Zulassung als Notar zurückgenommen worden wäre, so wäre er gemäß § 162 BGB zur Weiterzahlung verpflichtet. Das Berufungsgericht wird daher auch in diesem Zusammenhang zu prüfen haben, aus welchen Gründen der Beklagte im August 1967 seine Zulassung als Notar nicht beantragt hat und gegebenenfalls, ob dem Antrag entsprochen worden wäre.

2. In jedem Fall ließ sich der Beklagte eine positive Vertragsverletzung zuschulden kommen, indem er Verfehlungen beging, die seine Aussicht zum Notar bestellt zu werden, beeinträchtigten, und damit gegen die Pflicht verstieß, alles zu unterlassen, was den Vertragszweck gefährden konnte (vgl. Palandt/Heinrichs, BGB 33. Aufl. § 276 Anm. 7 c aa und § 242 Anm. 4 b aa m.w.Nachw.).

3. Infolge dieser positiven Vertragsverletzung wäre indessen dem Kläger und seinem Bruder nur dann ein Schaden entstanden, wenn der Beklagte andernfalls zum Notar bestellt worden wäre, was daher auch in diesem Zusammenhang zu prüfen sein wird.

4. Daß den verstorbenen Dr. Sch[REDACTED] ein überwiegendes Mitverschulden an der Entstehung des Schadens treffe, so daß der Kläger und sein Bruder nichts mehr zu beanspruchen hätten, ist rechtsirrig.

a) Ein Verschulden des Dr. Sch[REDACTED] hat das Berufungsgericht vor allem darin gesehen, daß er einen nicht ausreichend erfahrenen und zum selbständigen Betreiben einer Anwalts- und Notariatspraxis nicht geeigneten Rechtsanwalt in seine Praxis aufgenommen habe.

Wie die Revision mit Recht geltend macht, ist das mit der in anderem Zusammenhang getroffenen Feststellung des Berufungsgerichts, daß unter den gegebenen Umständen nur der Beklagte als Käufer der Praxis in Betracht kam, schwerlich zu vereinbaren. Überdies tragen die tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts dessen Schlußfolgerung nicht. Denn es kann nicht ohne weiteres angenommen werden, daß ein Volljurist nach Ablegung des zweiten Examens auch dann, wenn er über keine großen praktischen Erfahrungen verfügen sollte, nicht in der Lage ist, eine kleine Anwaltspraxis oder Anwalts- und Notarpraxis selbständig zu führen. Daß Dr. Sch[REDACTED] die Praxis dem Beklagten überließ, kann daher ihm nicht zum Verschulden gereichen.

b) In zweiter Linie hat das Berufungsgericht Dr. Sch[REDACTED] zur Last gelegt, daß er nicht für die Verlängerung der Bestellung des Beklagten als Notarvertreter gesorgt und verhindert habe, daß der Beklagte ohne Bestellung zum Notarvertreter in Notariatsangelegenheiten tätig wurde.

Dr. Sch[REDACTED] kann indessen, selbst wenn man annehmen wollte, er habe sich trotz seiner Krankheit um die Bestellung des Beklagten zum Notarvertreter kümmern müssen, nicht angelastet werden, daß der Beklagte als Notar tätig wurde, ohne zum Notarvertreter bestellt zu sein, und als Notarvertreter fälschlich die Übereinstimmung einer Abschrift mit der Urschrift einer Urkunde beglaubigte. Denn es war Sache des Beklagten, sich zu vergewissern, daß er zum Notarvertreter bestellt war, bevor er als solcher tätig wurde. Daß Dr. Sch[REDACTED] die falsche Beglaubigung der Abschrift einer Urkunde durch den Beklagten zum Verschulden gereiche, hat auch das Berufungsgericht nicht angenommen.

c) Dr. Sch[REDACTED] trifft mithin kein Mitverschulden.

Es ist daher unerheblich, welcher Maßstab an die von ihm zu fordernde Sorgfalt anzulegen ist und ob bei den Anforderungen an die von ihm zu beachtende Sorgfaltspflicht seine Krankheit nicht zu berücksichtigen ist, wie das Berufungsgericht gemeint hat.

Es kann auch dahingestellt bleiben, ob hier § 708 BGB rechtsähnlich angewandt werden kann, was fraglich ist (vgl. Fischer in RGR-Komm. z. BGB, 11. Aufl. § 708 Anm. 4).

Denn eine Anwendung des § 708 BGB scheidet gemäß § 277 BGB schon deswegen aus, weil dem Beklagten grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt. Ob einfache oder grobe Fahrlässigkeit vorliegt, ist zwar im wesentlichen eine Frage tatrichterlicher Würdigung. Nachgeprüft werden kann aber in der Revisionsinstanz, ob das Berufungsgericht den Begriff der groben Fahrlässigkeit verkannt hat und ob es sich des Unterschieds der Begriffe der einfachen und der groben Fahrlässigkeit bewußt war (BGHZ 10, 14, 16). Hier hat das Berufungsgericht nicht geprüft, ob dem Beklagten einfache oder grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt. Es muß indessen als grobe Fahrlässigkeit gewertet werden, wenn ein Rechtsanwalt als Notar tätig wird, ohne zum Notar oder Notarvertreter bestellt zu sein. Da in einem derartigen Fall seine Beurkundungen nicht wirksam sind, muß er sich über seine Bestellung zum Notar oder Notarvertreter vergewissern, bevor er Beurkundungen vornimmt. Unterläßt er das, so verletzt er die von ihm zu fordernde Sorgfalt in ungewöhnlich großem Maße und beachtet nicht, was jeder Rechtsanwalt beachten muß. Daß der Beklagte überdies fälschlich die Übereinstimmung einer Abschrift mit der Urschrift beglaubigt hatte, was gleichfalls nur unter grober Verletzung der einem Notarvertreter obliegenden Sorgfaltspflicht geschehen konnte, hat das Berufungsgericht zwar zugunsten des Klägers unterstellt, aber in diesem Zusammenhang nicht berücksichtigt.

IV. Der Beklagte ist daher möglicherweise verpflichtet, die im Vertrag vom 13. Juli 1967 vereinbarten Beträge zu zahlen oder Schadensersatz unter dem Gesichtspunkt der positiven Vertragsverletzung zu leisten, solange

er als Rechtsanwalt zugelassen war. Mit dem Wegfall seiner Zulassung als Rechtsanwalt wäre indessen gemäß § 47 Nr. 3 BNotO auch sein Amt als Notar erloschen, wenn er zum Notar bestellt worden wäre. Über den Zeitpunkt des Wegfalls seiner Zulassung als Rechtsanwalt hinaus könnte er daher nur dann zu den vereinbarten Zahlungen oder zu Schadensersatz verpflichtet sein, wenn der Umstand, daß er in Vermögensverfall geriet, ebenfalls als treuwidriges Verhalten zu werten wäre oder ihm zum Verschulden gereichte. Es ist daher gegebenenfalls eine Prüfung erforderlich, worauf der Vermögensverfall des Beklagten zurückzuführen ist.

V. Das Urteil des Berufungsgerichts kann mithin keinen Bestand haben. Da es weiterer Feststellungen bedarf, war das Urteil aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Ihm war auch die Entscheidung über die Kosten der Revision zu übertragen,

weil sie von der Entscheidung in der Sache abhängt. Da der Beklagte in der mündlichen Verhandlung nicht vertreten war, war durch Versäumnisurteil zu entscheiden. Der Ausspruch der vorläufigen Vollstreckbarkeit ergibt sich aus § 708 Nr. 3 ZPO.

Dr. Haidinger

Claßen

Dr. Hiddemann

Hoffmann

Merz