

BGHZ: nein

a) Zur Frage der Berücksichtigung neuen unstreitigen Sachvortrags in der Revisionsinstanz.

BGH, Urt. v. 5. Februar 1974 - VI ZR 71/72 - OLG Hamm
LG Paderborn

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VI ZR 71/72

URTEIL

Verkündet am
5. Februar 1974
K r i e g l ,
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Heinz-Jürgen O [REDACTED],
[REDACTED] P [REDACTED], N [REDACTED] Straße [REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED]

g e g e n

die Witwe Johanna H [REDACTED] geb. T [REDACTED],
[REDACTED] P [REDACTED], R [REDACTED]

Beklagte und Revisionsbeklagte,

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

- 2 -

Der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 8. Januar 1974 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Weber und die Richter Sonnabend, Dunz, Dr. Steffen und Dr. Kullmann

für R e c h t erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des 11. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 17. Dezember 1971 wird zurückgewiesen.

Die Kosten der Revision fallen dem Kläger zur Last.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Kläger ist nach Verkündung des Berufungsurteils verstorben; sein Enkel führt als Erbe den Rechtsstreit fort. Im folgenden wird der Erblasser noch als Kläger bezeichnet.

Der Kläger übertrug durch einen am 9. Februar 1956 von dem beklagten Notar - dem während des Revisionsrechtes zuges verstorbenen Ehemann der jetzigen Beklagten (im folgenden weiterhin Beklagter genannt) - beurkundeten Vertrag (Nr. [REDACTED]/1956 der Urkundenrolle) das ihm gehörende Hausgrundstück in P [REDACTED], N [REDACTED] Straße [REDACTED] auf



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



seinen Sohn Hans O [REDACTED] (den Vater des jetzigen Klägers). Durch einen am darauf folgenden Tag ebenfalls von dem Beklagten beurkundeten Vertrag (Nr. 6/1956 der Urkundenrolle) schied der Kläger aus der zusammen mit seinem Sohn in der Rechtsform der oHG betriebenen "F [REDACTED] Backofen- und Maschinenfabrik Karl O [REDACTED]" aus und übertrug seinen Geschäftsanteil zu gleichen Teilen auf seinen Sohn und dessen Sohn (den jetzigen Kläger), der neu in das Unternehmen eintrat. Beide Erwerber verpflichteten sich in dem Vertrag, "persönlich sowie für die Gesellschaft" dem Kläger u.a. eine lebenslängliche Unterhaltsrente von monatlich 600 DM zu zahlen und ihm ein lebenslängliches Wohnrecht an den von ihm innegehaltenen Räumen in dem Hause N [REDACTED] Straße [REDACTED] zu gewähren. Wohnrecht und Rentenrecht sollten "grundbuchlich abgesichert werden". Zu diesem Zwecke bewilligte der Sohn des Klägers in diesem Vertrag "als Eigentümer des... in P [REDACTED], N [REDACTED] Straße [REDACTED] belegenen Grundbesitzes" die Eintragung der beiden Rechte im Grundbuch. Gleichzeitig stellte der Kläger den Eintragungsantrag.

Der Beklagte reichte nach Vorlage der erforderlichen Genehmigungen Ende August 1957 den Vertrag vom 9. Februar 1956 beim Grundbuchamt ein, nicht aber den Vertrag vom 10. Februar 1956. Am 11. November 1957 wurde der Sohn des Klägers im Grundbuch als Eigentümer des Hausgrundstückes eingetragen. Zur Eintragung des Wohnrechts und der Reallast ist es nicht mehr gekommen.

Über das Vermögen der P [REDACTED] Backofen- und Maschinenfabrik Karl O [REDACTED] sowie über das Vermögen des Sohnes des Klägers wurde Ende des Jahres 1970 das

Konkursverfahren eröffnet. Das Hausgrundstück N-
Straße fiel mit in die Konkursmasse. Das Grundstück ist unterdessen verkauft worden; der Erwerber verlangt vom Kläger Zahlung einer Miete. Der Sohn des Klägers ist ebenso wie sein Enkel vermögenslos.

Der Kläger hat den Beklagten wegen Amtspflichtverletzung auf Schadensersatz in Anspruch genommen. Landgericht und Oberlandesgericht haben die Klage abgewiesen.

Mit der Revision verfolgt der Enkel des Klägers als testamentarischer Alleinerbe das Schadensersatzbegehren seines Großvaters weiter.

Entscheidungsgründe

Das Berufungsgericht vertritt die Auffassung, der Beklagte habe zwar als Notar seine Amtspflicht, die ihm dem Kläger gegenüber obgelegen hätte, schuldhaft verletzt. Er habe ihm dadurch auch einen Schaden zugefügt; sein Sohn und sein Enkel, seine beiden Schuldner, seien vermögenslos und daher außerstande, die vertraglichen Verpflichtungen zu erfüllen. Gleichwohl sei er nicht zum Schadensersatz verpflichtet, weil es der Kläger seinerseits schuldhaft unterlassen habe, seinen Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden (§ 21 der im Streitfall noch anzuwendenden Reichsnotarordnung - RNotO - i. Verb. mit § 839 Abs. 3 BGB).

Der Revision muß der Erfolg versagt bleiben.

I.

1. Dem erkennenden Senat ist allerdings die Prüfung der Frage verwehrt, ob dem Schadensersatzbegehren des jetzigen Klägers schon der Einwand der Arglist entgegensteht, weil er, wie dies die Revisionserwiderung geltend macht, als einer der früheren Schuldner von Unterhaltsrente und Wohnrecht dem Beklagten das wieder zurückgewähren müsse, was er infolge der Erbfolge von ihm als Schadensersatz erhalte (vgl. BGHZ 38, 122, 126; 47, 226, 269). Der Beurteilung des Revisionsgerichts unterliegt gemäß § 561 ZPO grundsätzlich nur das im Berufungsurteil oder im Sitzungsprotokoll des Berufungsgerichts ausgewiesene Parteivorbringen. Im Schrifttum wird zwar die Meinung vertreten, aus Gründen der Prozeßwirtschaftlichkeit müßten darüber hinaus im Revisionsverfahren auch neue, nach der letzten mündlichen Verhandlung der Berufungsinstanz eingetretene Tatsachen immer zugelassen werden, wenn sie nicht beweisbedürftig, etwa gar unstreitig sind (so Mattern JZ 1963, 649, 653; Schumann Anm. in AP ZPO § 554 a Nr. 8; Rosenberg/Schwab, Zivilprozeßrecht 10. Aufl., § 146 II 3 h; Stein/Jonas/Grunsky, ZPO, 10. Aufl., § 561 Anm. II 2 g). Dies ist vom Reichsgericht und dem Bundesgerichtshof zunächst, - ausnahmsweise - in Patentverletzungsstreitigkeiten für die etwaige neue Tatsache der Patentvernichtung anerkannt worden, weil dies wegen der besonderen Natur des Patents einer noch im Revisionsverfahren zu beachtenden Gesetzesänderung gleichkomme (RGZ 148, 400, 401; BGH Urt. v. 8. Oktober 1957 - I ZR 164/56 = LM ZPO § 148 Nr. 5 m.w.Nachw.). Darüber hinaus hat der Bundesgerichtshof neues tatsächliches Vorbringen beachtet, das einen der in § 580 Nr. 1 - 7 a ZPO angeführten Wiedereinsetzungsgründe enthält, in Ausnahme-

fällen sogar solches, das den Tatbestand des § 580 Nr.7 b ZPO erfüllt (BGHZ 3, 65; 5, 240; 18, 49). Der IV. Zivilsenat hat schließlich in einem Scheidungsrechtsstreit die für die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte wesentliche Tatsache berücksichtigt, daß der klagende Ehegatte nach der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht die deutsche Staatsangehörigkeit erworben und dies durch Vorlage der Einbürgerungsurkunde nachgewiesen hat (BGHZ 53, 128).

Es kann offen bleiben, ob der im Schrifttum vertretenen Meinung allgemein gefolgt werden kann, also auch hinsichtlich der Berücksichtigung von neuen Tatsachen, die geeignet sind, die materielle Rechtslage zu beeinflussen. Selbst wenn das Revisionsgericht insoweit grundsätzlich einen nicht beweisbedürftigen neuen Parteivortrag zwecks rascher und endgültiger Streitbereinigung berücksichtigen dürfte, muß ihm das aber dann verwehrt sein, wenn einer solchen Verfahrensweise schützenswerte Interessen einer Partei entgegenstehen (so auch Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann ZPO, 31. Aufl., § 561 Anm. 3 E). Eine solche Lage ist aber im Streitfall gegeben. Der Revisionsführer hat nämlich in der mündlichen Verhandlung geltend gemacht, der jetzige Kläger sei, wenn die Klage schon aufgrund der Erbfolge abgewiesen werde, in seiner Rechtsverfolgung benachteiligt, weil er dann nicht mehr den (in den Tatsacheninstanzen seither unerheblichen und deshalb nicht vorgetragenen) Umstand unter Beweis stellen dürfe, daß er bereits im Jahre 1964 anlässlich seines Ausscheidens aus der P. Backofen- und

Maschinenfabrik von dem früheren Kläger aus seiner Haftung für die Unterhaltsrente und das Wohnrecht entlassen worden sei. Wäre das richtig, dann könnte der Beklagte gegen den jetzigen Kläger keinen Rückgriffsanspruch über § 255 BGB erlangen.

2. Soweit sich die Revision darauf beruft, der Beklagte habe bereits dadurch eine Amtspflichtverletzung begangen, daß er es unterlassen habe, den Kläger darüber aufzuklären, welche Risiken mit der Nichteintragung der Altenteilsrechte verbunden sind, ist der Senat ebenfalls gehindert, darüber sachlich zu entscheiden. Der Kläger hat sich in den Vorinstanzen bisher nicht darauf berufen, daß der Beklagte diese Aufklärungspflicht verletzt habe. Er hat lediglich die Behauptung des Beklagten bestritten, in Besprechungen nach Abschluß der Verträge seien die Beteiligten von ihm über die sich aus der verzögerten Einreichung ergebende Rechtslage belehrt worden. Dieser neue Sachvortrag darf aber vom Revisionsgericht nicht beurteilt werden.

II.

1. Für die Entscheidung über die Revision kann es dahingestellt bleiben, ob der Beklagte schuldhaft und zwar - wie das Berufungsgericht meint - sogar grob fahrlässig seine Amtspflicht dadurch verletzt hat, daß er die Urkunde Nr. 6/1956 bei Eintritt der Vollzugsreife nicht dem Grundbuchamt eingereicht hat. Denn selbst wenn dies zu bejahen wäre, würde die Schadensersatzpflicht nicht eintreten, weil es der Verletzte, der Kläger, fahrlässig unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines

Rechtsmittels abzuwenden. Dies folgt, wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt, aus der hier entsprechend anzuwendenden Vorschrift des § 839 Abs. 3 BGB (§ 21 Abs. 2 RNotO).

a) Das Berufungsgericht geht rechtsfehlerfrei davon aus, daß der Begriff "Rechtsmittel" i.S. dieser Bestimmung nicht im engen technischen Sinn zu verstehen, sondern weit zu fassen ist und alle Rechtsbehelfe betrifft, die sich gegen die schädigende Amtshandlung oder Unterlassung richten, und die nach gesetzlicher Ordnung ihre Beseitigung oder Berichtigung ermöglichen. Dazu gehören insbesondere auch Gegenvorstellungen, Erinnerungen, Beschwerden und Dienstaufsichtsbeschwerden (so ständige Rechtsprechung des Reichsgerichts vgl. RGZ 131, 12, 13 f; 138, 114, 116; 163, 121, 125 und des Bundesgerichtshofes vgl. BGHZ 28, 104, 106; Urt. v. 21. Februar 1957 - III ZR 209/55 = LM BGB § 839 (H) Nr. 3 = VersR 1957, 318; v. 31. März 1960 - III ZR 41/59 = LM BGB § 839 H Nr. 5 = NJW 1960, 1718; v. 21. März 1963 - III ZR 8/62 = WM 1963, 841; Soergel/Glaser BGB 10. Aufl., § 839 Rdn 231 ff m.w.Nachw.).

b) Entgegen der Meinung der Revision ist solch weite Auslegung auch gegenüber Amtspflichtverletzungen eines Notars zulässig und geboten. Im Schrifttum werden durchweg keinerlei Zweifel daran geäußert, daß diese Grundsätze auch bei der Haftung von Notaren Anwendung finden (vgl. Grunau, DNotZ 1937, 540; Seybold/Hornig RNotO 1937, § 21 IX 2 - S. 142; Seybold/Hornig BNotO 4. Aufl., § 19 Rdn. 45 ff; Weber DNotZ 1964, 393, 399). Soergel/Glaser (aaO Rdn. 233) halten die gegenteilige Auffassung des OLG Schleswig (SchlHAnz 1955, 200) für bedenklich. Der Bundesgerichtshof brauchte zu dieser Frage bisher nicht abschließend Stellung zu nehmen

(vgl. Urt. v. 31. März 1960 - III ZR 41/59 aaO). Im vorliegenden Fall ist lediglich zu entscheiden, ob eine Erinnerung des Notars an die Erledigung der beiden Eintragungsanträge ein "Rechtsmittel" i.S. des § 839 Abs. 3 BGB ist. Das ist zu bejahen. Insoweit hält es der Senat für nicht vertretbar, den Begriff "Rechtsmittel" im Sinne des § 839 Abs. 3 BGB dann enger auszulegen, wenn eine Amtspflichtverletzung eines Notars in Frage steht. Die Beteiligten sind dadurch entgegen der Auffassung der Revision nicht überfordert und nicht gezwungen, regelmäßig einen Rechtskundigen zuzuziehen (vgl. RGZ 166, 249, 256). Die Ersatzpflicht des Notars entsteht nach dem Gesetz nur dann nicht, wenn es der Verletzte zumindest fahrlässig unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden. Der Vorwurf der Fahrlässigkeit kann aber nur erhoben werden, wenn der Geschädigte die nach den gegebenen Umständen sowie die nach seinem Bildungsstand und seiner Geschäftsgewandtheit gebotene Sorgfalt nicht beachtet hat (vgl. RG HRR 1934, Nr. 381; JW 1935, 772; DNotZ 1936, 546, 547 = JW 1936, 1891, 1892; Soergel/Glaser aaO Rdn 232). Er ist daher keineswegs verpflichtet, den Notar daraufhin zu beaufsichtigen, ob dieser allen seinen Amtspflichten nachkommt. Jedoch muß sich jeder an einem Notariatsgeschäft Beteiligte nach seinen Kräften dafür interessieren, ob die Eintragungen entsprechend den in der Urkunde gestellten Anträgen unverzüglich vorgenommen werden. Es kann deshalb von ihm verlangt werden, sich bei dem Notar nach einiger Zeit zu erkundigen, ob die Eintragung erfolgt ist und ihn gegebenenfalls an die Erledigung zu erinnern, ihn unter Umständen sogar dazu aufzufordern.

Diese Auslegung verstößt nicht, wie die Revision meint, gegen den in Art. 20 Abs. 1 GG enthaltenen Sozialstaatsgedanken. Es ist keineswegs unsozial, wenn die Personen, die einen notariellen Vertrag geschlossen haben, gehalten sind, ihr bestes zu tun, um einen Schaden abzuwenden, der durch ein normales menschliches Versagen eines Notars entstehen kann (vgl. auch Weber aaO S. 399). Die Auslegung widerspricht entgegen der Ansicht der Revision auch nicht Art. 14 GG. Dem Betroffenen wird, wenn er die Einlegung des Rechtsmittels unterläßt, nicht ein bereits entstandener Anspruch entzogen. Der Schadensersatzanspruch kommt unter diesen Voraussetzungen von vorneherein nicht zur Entstehung.

c) Auch die Ausführungen des Berufungsgerichts über das Verschulden des Klägers hinsichtlich des Nichtgebrauchs eines Rechtsmittels sind aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

Das Berufungsgericht prüft zutreffend, ob sich dem Kläger der Gebrauch eines Rechtsmittels, d.h. einer Erinnerung des Notars, hätte aufdrängen müssen. Der unterlassene Gebrauch eines Rechtsmittels ist schon dann fahrlässig, wenn die Annahme einer Amtspflichtverletzung dringlich nahe gelegen hat (BGHZ 28, 104, 106 m.w.Nachw.; BGH Urt. v. 21. März 1963 - aaO -; Soergel/ Glaser aaO Rdn 232; Staudinger/Schäfer, BGB 10./11. Aufl., § 839 Rdn 455 und 458; Weber aaO S. 395). Ob dies im konkreten Fall zu bejahen ist, ist eine Frage, die im wesentlichen der Tatrichter zu entscheiden hat. Dessen Entscheidung kann in der Revisionsinstanz nur daraufhin nachgeprüft werden, ob sie auf grund-

sätzlich falschen oder offenbar unsachlichen Erwägungen beruht und ob wesentliche Tatsachen unberücksichtigt geblieben sind. Das ist nicht der Fall. Wenn das Berufungsgericht aufgrund seiner Feststellungen über den Gesundheitszustand und die Erfahrungen des Klägers im Grundbuchverkehr zu der Überzeugung gelangt ist, ihm hätte sich, wenn er bis Frühjahr 1962 weder vom Grundbuchamt noch von dem Beklagten eine Nachricht über die Eintragung seiner Altenreilsrechte erhalten hatte, der Gebrauch eines "Rechtsmittels", nämlich eine Rückfrage beim Notar, aufdrängen müssen, dann ist dagegen revisionsrechtlich nichts zu erinnern, zumal er vom Vollzug der Urkunde Nr. 4/1956 vom Grundbuchamt unterrichtet worden war, sich daher Gedanken machen mußte, warum er hinsichtlich der Urkunde Nr. 36/1956 keine Eintragungsnachricht erhielt. Die gegen die Feststellungen des Berufungsgerichts vorgebrachten Verfahrensrügen greifen nicht durch. Der Senat sieht gemäß Art. 1 Nr. 4 des Gesetzes zur Entlastung des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen davon ab, dies näher zu begründen.

2. Der Beklagte ist auch nicht verpflichtet, dem Kläger wegen Verletzung von Anwaltpflichten Schadensersatz zu leisten. Eine solche Haftung aus anwaltlicher Tätigkeit, auf die die Einschränkung des § 839 Abs. 3 BGB nicht anwendbar wäre, scheidet hier schon deshalb aus, weil die Pflicht zur Einreichung der Urkunde beim Grundbuchamt zur eigentlichen Ur-

kundstätigkeit und damit zum Aufgabenbereich des Beklagten als Notar gehört (BGH Urt. v. 9. Januar 1961 - III ZR 174/59 = DNotZ 1961, 331).

Dr. Weber

Richter Sonnabend
ist erkrankt
Dr. Weber

Dunz

Dr. Steffen

Dr. Kullmann