

51

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VI ZR 90/68

URTEIL

Verkündet am

18. November 1969

Kriegl

Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Notars Hans-Joachim G [REDACTED], [REDACTED] ([REDACTED]),

Beklagten, Berufungsklägers,
Berufungsbeklagten und
Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

die Firma K [REDACTED] & A [REDACTED] OHG, S [REDACTED] fabrik,
vertreten durch ihren alleinvertretungsberechtigten
Gesellschafter, den Kaufmann Albert K [REDACTED], [REDACTED]
[REDACTED]

Klägerin, Berufungsbeklagte,
Berufungsklägerin und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

Der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 21. Oktober 1969 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Engels sowie der Bundesrichter Dr. Bode, Professor Dr. Nüßgens, Sonnabend und Dunz

für R e c h t erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Koblenz vom 6. März 1968 wird zurückgewiesen.

Die Kosten der Revision werden dem Beklagten auferlegt.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Am 21. April 1960 beurkundete der Beklagte ein Angebot, das die Klägerin, handelnd durch ihren alleinvertretungsberechtigten Gesellschafter Albert K. dem Kaufmann Ehrhard H. zum Abschluß eines Kaufvertrages über die der Klägerin gehörenden im Grundbuch von P. Band 117 Blatt 3966 eingetragenen Grundstücke machte. Der Kaufpreis sollte 240.000 DM betragen, wovon der Betrag von 60.000 DM sofort nach Annahme des Kaufangebots fällig sein, der Restkaufpreis mit 7 % verzinst und in Raten entrichtet werden sollte. In der notariellen Urkunde heißt

es u.a.:

"Der Restkaufpreis in Höhe von DM 180.000 sowie die Zinsen sind im Grundbuch durch Eintragung einer Sicherungshypothek zu sichern."

Der Käufer sollte unwiderruflich bevollmächtigt sein, unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB alle Erklärungen abzugeben und entgegenzunehmen, die für die Auflassung und Umschreibung der verkauften Grundstücke erforderlich sein würden. Bevor der Beklagte die Urkunde errichtete, besprach er deren Inhalt mit K., dem Kaufinteressenten H. und dem Rechtsanwalt P., die zu dritt zu dem Beklagten gekommen waren. Besprechungsgrundlage war ein Vertragsentwurf, den Rechtsanwalt P. gefertigt hatte, durch dessen Vermittlung die Klägerin in die Kaufverhandlungen mit H. eingetreten war. P. erhielt später von der Klägerin eine Provision in Höhe von 2 v.H. des Kaufpreises.

Die Klägerin hatte vor dem 21. April 1960 ihren ständigen Rechtsberater, den Rechtsanwalt und Notar Dr. W. (F.) eingeschaltet, der einen besonderen Entwurf erstellte. Es ist streitig, ob dieser Entwurf dem Beklagten und P. bekannt und bei der Besprechung am 21. April 1960 erörtert worden war.

Am 26. März 1961 beurkundete der Notar Dr. S. in K. die von H. erklärte Annahme des bis 31. März 1961 befristeten Kaufangebots; zugleich nahm H. auf Grund der ihm erteilten Vollmacht die Auflassung an sich vor; er wurde am 25. Juli 1961 als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen, wovon das Grundbuchamt



einige Tage später der Klägerin und dem Notar Dr. S. [REDACTED] Mitteilung machte. Eine dingliche Sicherung der Restkaufpreis-Förderung der Klägerin in Höhe von 180.000 DM nebst 7 % Zinsen unterblieb, weil H. [REDACTED] einen entsprechenden Antrag nicht gestellt hatte. Bereits am 12. Juli 1961 hatte H. [REDACTED] eine Eigentümergrundschuld über 60.000 DM bestellt, die gleichzeitig mit der Eigentumsänderung im Grundbuch eingetragen wurde. In der Zeit vom 19. September bis 23. Oktober 1961 belastete H. [REDACTED] die Grundstücke mit weiteren Eigentümergrundschulden von insgesamt 250.000 DM, die er an eine Bank abtrat. Der von H. [REDACTED] am 26. Oktober 1961 gestellte Antrag auf Eröffnung des Vergleichsverfahrens wurde am 14. November 1961 zurückgewiesen; zugleich wurde das Anschlußkonkursverfahren eröffnet.

Auf den der Klägerin zustehenden Kaufpreis zahlte H. [REDACTED] insgesamt 82.500 DM; die Restforderung von 157.500 DM sowie 7.413 DM rückständige Zinsen sind zur Konkurstabelle festgestellt worden.

Die Klägerin nimmt den Beklagten und den Notar Dr. S. [REDACTED] auf Schadensersatz aus Amtspflichtverletzung in Anspruch und hat im Hinblick darauf, daß nicht feststehe, in welchem Umfang sie Befriedigung aus der Konkursmasse erhalten wird, die Feststellung beantragt, daß die Notare als Gesamtschuldner für den Schaden haften, der ihr durch den Ausfall im Konkursverfahren entsteht.

Die Klägerin ist der Ansicht, daß eine schuldrechtliche Verpflichtung des Käufers H. [REDACTED] zur Zahlung des Restkaufgeldes und der Zinsen nicht genügt habe. Die Notare hätten vielmehr die Bewilligung der Sicherungshypothek

durch den Käufer veranlassen und beurkunden müssen, so daß diesem eine vorrangige Belastung der Grundstücke nicht möglich gewesen wäre. Sie könne von Rechtsanwalt P., der nur als Makler, nicht jedoch als ihr Berater tätig geworden sei, keinen Schadensersatz erlangen; gegen den Rechtsanwalt Dr. W. bestünden ebenfalls keine Ansprüche.

Die beklagten Notare haben Klagsabweisung beantragt. Sie sind der Auffassung der Klägerin entgeggetreten, haben sie auf Ansprüche gegen die Rechtsanwälte P. und Dr. W. verwiesen und ein mitwirkendes Verschulden der Klägerin eingewendet.

Das Landgericht hat Teilurteil gegen den Beklagten erlassen und festgestellt, daß dieser zu 4/5 für den Schaden haftet, welcher der Klägerin insoweit entsteht, als sie mit ihrer Restkaufpreisforderung in Höhe von 157.500 DM nebst 7 % Zinsen seit dem 26. März 1964 im Konkursverfahren H. ausfällt; im übrigen hat das Landgericht die Klage gegen den Beklagten abgewiesen. Hinsichtlich des beklagten Notars Dr. S. ist bislang eine Entscheidung nicht ergangen.

Die Berufung der Klägerin ist erfolglos geblieben; auf die Berufung des Beklagten hat das Oberlandesgericht die Klage zunächst in vollem Umfang abgewiesen.

Auf die Revision der Klägerin hat der erkennende Senat das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen, das durch das nunmehr angefochtene

Urteil die Berufung beider Parteien gegen das landgerichtliche Teilurteil zurückgewiesen hat.

Mit der hiergegen eingelegten Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, erstrebt der Beklagte Klagabweisung in vollem Umfang.

Entscheidungsgründe:

I.

In Übereinstimmung mit dem in diesem Rechtsstreit ergangenen Urteil des erkennenden Senats vom 7. Januar 1966 - VI ZR 174/64 - (VersR 1966, 361) hat das Berufungsgericht nunmehr ein zum Schadensersatz aus § 839 BGB verpflichtendes, auf Fahrlässigkeit beruhendes Verschulden des Beklagten bejaht. Dies zieht die Revision nicht in Zweifel.

II.

Der Streit der Parteien geht jetzt nur noch darum, ob der Schadensersatzanspruch der Klägerin gegen den Beklagten deswegen ausgeschlossen ist, weil der Klägerin ein Ersatzanspruch gegen den Rechtsanwalt F. zusteht (§ 839 Abs. 1 Satz 2 BGB), und ob das von dem Berufungsgericht in Übereinstimmung mit dem Landgericht mit einer Quote von 1/5 bewertete Mitverschulden der Klägerin, gegen das sich diese nicht mehr wehrt, zu gering angenommen worden ist oder nicht.

1. Das Berufungsgericht ist der Ansicht, daß der Klägerin gegen den Rechtsanwalt P. ein Schadensersatzanspruch nicht zustehe. Es hat festgestellt, daß P. lediglich als Makler, nicht als Rechtsberater für die Klägerin tätig war und daß er im Rahmen seiner Maklertätigkeit von der Klägerin auch nicht den Auftrag erhalten hatte, einen endgültigen Vertragsentwurf auszuarbeiten. Das Berufungsgericht ist auf Grund der Beweisaufnahme zu dem Ergebnis gelangt, daß sich die Tätigkeit des Rechtsanwalts P. in der Vermittlung des Grundstückskaufgeschäfts erschöpfte und er darüber hinaus keine beratende Funktion ausübte. Das Berufungsgericht meint, für die Maklerrolle des Rechtsanwalts P. spreche weiterhin, daß die Klägerin ihm lediglich 2 v.H. des Kaufpreises als Maklerprovision gezahlt, darüber hinaus jedoch keine Zuwendungen gemacht hat. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hatte P. kurz vor Beginn der für die Klägerin entfalteten Tätigkeit die zweite juristische Staatsprüfung abgelegt; er war dann vorübergehend als Rechtsanwalt in Trier zugelassen, obwohl er nicht als solcher, sondern als Direktions-Assistent bei einem Apparatebau-Unternehmen in Bingen tätig war. Das Berufungsgericht hat auch festgestellt, daß die Klägerin spätestens seit 22. März 1960 die Rechtsanwalts-Eigenschaft P.s kannte. Dennoch meint das Berufungsgericht, daß die Klägerin P. nicht als Rechtsberater, sondern wegen seiner besonderen Kenntnisse der örtlichen Verhältnisse in P. als Makler hinzugezogen habe, wobei es die Klägerin vielleicht als einen gewissen Vorzug angesehen habe, daß P. auch juristische Kenntnisse besaß und mit dem Beklagten befreundet war. Das Berufungsgericht hat festgestellt, daß P. zwar einen Vertragsentwurf gefertigt und zu den Verhandlungen bei dem Beklagten

mitgebracht hat, ohne hierzu von der Klägerin einen Auftrag erhalten zu haben, daß vielmehr P. mit diesem Entwurf aus eigener Initiative den Vertragsparteien einmal zeigen wollte, wie ein solcher Vertrag auszusehen habe.

2. Die von der Revision gegen diese Feststellung und Würdigung geäußerten Bedenken greifen nicht durch.

a) Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme ist das Berufungsgericht zu der Feststellung gelangt, daß P. nicht als Rechtsberater für die Klägerin tätig war und daß er von der Klägerin nicht den Auftrag erhalten hatte, einen endgültigen Vertragsentwurf auszuarbeiten.

Zwar fällt einem Rechtsanwalt nach Vorbildung und Beruf in erster Linie die Aufgabe zu, rechtlichen Beistand zu gewähren. Grundsätzlich ist davon auszugehen, daß er zu diesem Zweck, also in seiner Eigenschaft als Rechtsanwalt, hinzugezogen wird. Von diesem Grundsatz gibt es jedoch Ausnahmen. Es ist allerdings nicht entscheidend, ob die Hauptaufgabe des Rechtsanwalts auf dem Gebiet der Rechtsberatung oder auf einem anderen liegt. Wenn jedoch die rechtliche Betreuung ganz unwesentlich ist und überhaupt keine in Betracht kommende Rolle spielt, so tritt die Rechtsanwaltstätigkeit gegenüber der Maklertätigkeit so weit zurück, daß sie rechtlich unerheblich wird (BGH-Urteil vom 14. Juni 1962 - VII ZR 258/60 - JZ 1963, 97, 98 = BB 1962, 1057, 1058). Die Feststellungen des Berufungsgerichts rechtfertigen die Annahme, daß ein solcher Ausnahmefall hier gegeben ist. Abgesehen davon, daß das Berufungsgericht keine Feststellungen über das Zustandekommen eines

Rechtsanwaltsvertrages zwischen der Klägerin und P. hat treffen können, sprechen die festgestellten Umstände dagegen, daß P. eine Rechtsanwalts-tätigkeit für die Klägerin entfaltet und daß diese in P. einen für sie tätigen Rechtsanwalt gesehen hat, wenn ihr auch die Tatsache der Zulassung P.'s als Rechtsanwalt bekannt war. Die Klägerin hat nach den von dem Berufungsgericht getroffenen Feststellungen den Rechtsrat des ständig für sie tätigen Rechtsanwalts Dr. W. eingeholt und dadurch zu erkennen gegeben, daß P. gerade nicht in die Rechtsberatung eingeschaltet, sondern auf seine Makler-tätigkeit beschränkt bleiben sollte, für die er im übrigen auch den üblichen Maklerlohn, nicht jedoch Gebühren nach der Bundes-Rechtsanwaltsgebührenordnung erhalten hat. Das Berufungsgericht hat weiterhin festgestellt, der Beklagte habe in seinem an Rechtsanwalt Dr. W. gerichteten Schreiben vom 29. November 1961 ausdrücklich erklärt, daß P. als Makler tätig gewesen sei. Die von dem Berufungsgericht getroffene Feststellung, daß P. einen Vertragsentwurf erstellt hat, spricht nicht zwingend für die Annahme einer Rechtsanwalts-tätigkeit, zumal dieser Entwurf von dem Beklagten später weitgehend abgeändert worden ist. Der Umstand, daß P. zwar in Frier als Rechtsanwalt zugelassen war, dort aber keine Anwaltstätigkeit ausübte, sondern als Direktions-Assistent in Diensten eines Unternehmens in Bingen stand, spricht gegen den Willen P.'s, als Anwalt tätig zu werden.

b) Zutreffend hat also das Berufungsgericht die Tätigkeit P.'s als die eines Maklers angesehen. Es hat nicht verkannt, daß es Fälle geben kann, in denen der Makler verpflichtet ist, auf die Vertragsgestaltung Einfluß zu nehmen.

Es kommt also darauf an, ob eine solche Verpflichtung für P. ausnahmsweise bestanden, ob er sie verletzt hat und deswegen der Klägerin aus dem Maklervertrag auf Schadensersatz wegen positiver Vertragsverletzung haftet. Allerdings braucht die im Rahmen von § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB beweispflichtige Klägerin insoweit nur solche gegenüber P. bestehenden Ersatzmöglichkeiten zu widerlegen, für die sich ein Anhaltspunkt ergibt (BGHZ 28, 297, 301; 31, 148, 151; Seybold/Hornig Bundesnotarordnung, 4. Aufl., § 19 Rdn. 36); an solchen Anhaltspunkten fehlt es auf Grund der von dem Berufungsgericht festgestellten und zwischen den Parteien auch weitgehend unstreitigen Tatsachen.

Das Berufungsgericht hat festgestellt, daß P. seitens der Klägerin keinen Auftrag erhalten hatte, einen Vertragsentwurf zu erstellen, daß er vielmehr aus eigener Initiative den Vertragsparteien einmal zeigen wollte, wie ein solcher Vertrag etwa auszusehen habe. In dem von P. angefertigten Vertragsentwurf heißt es:

"Für den Restkaufpreis wird eine Restkaufgeldhypothek von DM 180.000 zu 7 % Zinsen eingetragen."

Der Beklagte hat diese Formulierung, die möglicherweise von dem Grundbuchamt als ausreichende Erklärung des Käufers gemäß § 19 GBO angesehen worden, zumindest aber Anlaß zu einer Aufforderung zur Klarstellung gewesen wäre, nicht übernommen, sondern in das von ihm beurkundete Vertragsangebot der Klägerin die insoweit eindeutig als lediglich obligatorische Verpflichtung erkennbare Sicherungsabrede aufgenommen.

Es würde eine Überspannung der - ausnahmsweise - an einen Makler zu stellenden Anforderungen für seine Mitwirkung bei der Vertragsgestaltung bedeuten, wenn er noch auf die von dem beurkundenden Notar gewählte Formulierung des Vertragstextes Einfluß nehmen müßte. Das muß auch dann gelten, wenn - wie hier - der Makler rechtskundig ist und, wie das Berufungsgericht festgestellt hat, zu einem früheren Zeitpunkt einmal als Notarvertreter tätig war. Der von P. erstellte Entwurf brachte zum Ausdruck, welchen Inhalt das Vertragsangebot haben, insbesondere daß der Restkaufpreis dinglich gesichert werden sollte. Aus diesem Entwurf konnte der Beklagte eindeutig erkennen, worauf es der Klägerin ankam. Mit der Übermittlung dieser für das Vertragsangebot wesentlichen Gesichtspunkte war die Maklertätigkeit P., soweit sie sich auf die Vertragsgestaltung bezog, beendet. Die Erstellung eines für die Beurkundung geeigneten Vertragsentwurfs war dann Aufgabe des Beklagten. Daran würde sich auch nichts ändern, wenn Piro einen von dem Beklagten erstellten Entwurf, der bereits die unzureichende Sicherungsabrede, wie sie später beurkundet worden ist, enthielt, der Klägerin überbracht hat. Abgesehen davon, daß P. insoweit nur als Bote oder Beauftragter des Beklagten anzusehen, nicht jedoch für die Klägerin tätig geworden wäre, hat die Klägerin dieser etwaigen nachträglichen Tätigkeit P. keine Bedeutung beigemessen, wie sich aus der Inanspruchnahme des Rechtsanwalts Dr. W. ergibt. Die Klägerin könnte also in einem gegen P. gerichteten Schadensersatzprozeß mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nicht den Beweis dafür erbringen, daß P. die sich aus dem Maklervertrag hinsichtlich der Vertragsgestaltung ergebenden Pflichten verletzt und sich gegenüber der Klägerin schadensersatzpflichtig gemacht hat. Es fehlt also an einem

Anhaltspunkt dafür, daß die Klägerin von P. "Ersatz zu erlangen vermag" (§ 839 Abs. 1 Satz 2 BGB). Schon aus diesem Grund kann sich der Beklagte nicht auf diese Vorschrift und seine nur subsidiäre Haftung berufen.

Der vorliegende Fall liegt anders als der dem Urteil des RG vom 14. Juni 1935 - III 322/34 - (WarnRspr 1935, Nr. 129) zugrundeliegende Sachverhalt. Nach dem diesem Urteil zugrundeliegenden Feststellungen war ein Architekt, der für einen Bauherrn ein Darlehen vermittelt hatte, in der notariellen Verhandlung als Vertrauensmann der mit ihm verwandten Darlehnsgeberin aufgetreten, die ihn beauftragt hatte, für sie das Wort zu führen. Abgesehen davon, daß P. nicht der Vertrauensmann der Klägerin, sondern als Makler für diese und den Käufer tätig geworden war, hatte er nach den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen in der Verhandlung vom 21. April 1960 nicht das Wort geführt; der Beklagte besprach vielmehr den Vertragsinhalt mit allen Beteiligten, darunter auch dem Gesellschafter der Klägerin. Im übrigen hatte P. in seinem dem Beklagten zugänglich gemachten Vertragsentwurf ausreichend auf das Sicherungsbedürfnis der Klägerin hingewiesen, woran es in dem vom RG entschiedenen Fall gerade fehlte.

3. Die Ausführungen des Berufungsgerichts zu der Frage des mitwirkenden Verschuldens der Klägerin begegnen entgegen der Ansicht der Revision keinen Bedenken.

Zu Unrecht rügt die Revision, das Berufungsgericht habe auf Grund der Aussage des als Zeugen vernommenen Bürovorstehers Sp. nicht festgestellt, daß die Klägerin bei dem Beurkundungsvorgang seitens des Beklagten darauf hingewiesen worden war, der Käufer müsse bei der Beurkundung der Annahmeerklärung eine Sicherungshypothek bewilligen. Das Berufungsgericht hat die Aussage des Zeugen Sp. gewürdigt und ist zu dem Ergebnis gelangt, daß es hinsichtlich der Frage der Sicherung des Restkaufpreises zwischen den Beteiligten keine Diskussion gegeben hat. Die Revision wendet sich also in unzulässiger Weise gegen die dem Tatrichter vorbehaltene Beweiswürdigung.

Die weitere Verfahrensrüge, das Berufungsgericht habe über die von dem Beklagten unter Beweis gestellte Behauptung, P. sei auch bei der Beurkundung der Annahmeerklärung und der Auflassung vor dem Notar Dr. S. zugegen gewesen, keinen Beweis erhoben, erachtet der Senat für nicht durchgreifend.

Auch die von dem Berufungsgericht vorgenommene Abwägung der beiderseitigen Verursachung läßt einen Rechtsfehler nicht erkennen. Diese Abwägung ist Aufgabe des Tatrichters und kann von dem Revisionsgericht nur dahingehend nachgeprüft werden, ob alle für die Abwägung bedeutsamen Umstände berücksichtigt worden sind; das ist hier der Fall.

Nach alledem erweist sich die Revision als ungegründet, so daß sie mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen war.

Engels

Dr. Bode

Nußgens

Sonnabend

Dunz