

f

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGB § 278

Schaltet ein Vertragspartner zur Erfüllung einer ihm obliegenden Verpflichtung einen Notar ein, so kann dieser sein "Erfüllungsgehilfe" im Sinne des § 278 BGB sein.

BGH, Urt. v. 8. Februar 1974 - V ZR 21/72 - OLG Hamburg
LG Hamburg

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

V ZR 21/72

URTEIL

Verkündet am

8. Februar 1974
H i r t h ,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Bernhard E [REDACTED] in H [REDACTED],
R [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten,

- Prozeßbevollmächtigter zweiter Instanz: Rechtsanwalt
[REDACTED] in [REDACTED] -

Streithelfer:

1. Notar Dr. Günther G [REDACTED],
 2. Notar Dr. Henning B [REDACTED],
- beide in H [REDACTED], G [REDACTED] B [REDACTED]straße [REDACTED],

Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

1. den Ingenieur Werner S [REDACTED] ,
 2. die Ehefrau Ursula S [REDACTED] geb. G [REDACTED] ,
- beide in H [REDACTED], W [REDACTED]allee [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 16. November 1973 durch den Vorsitzenden Richter Hill und die Richter Dr. Rothe, Dr. Mattern, Dr. Grell und von der Mühlen

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 5. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts zu Hamburg vom 5. Januar 1972 wird auf Kosten der Streithelfer zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Beklagte, dem die Eheleute E. ein unbebautes Grundstück in A. zum Kauf angeboten hatten - das Angebot war von dem H. Notar Dr. G. beurkundet worden -, verkaufte davon am 2. Mai 1969 eine Teilfläche mit einem von ihm darauf zu errichtenden Fertighaus für 114 800 DM an die klagenden Eheleute. Laut § 7 des von dem Notar Dr. B., dem Sozios des Dr. G., beurkundeten Kaufvertrages durfte der Beklagte, wenn ihm die Vertragserfüllung aus einem von ihm nicht zu vertretenden Grunde unmöglich wurde, vom Vertrag zurücktreten, und alsdann sollten die Kläger verpflichtet sein, an ihn 10 % der Kaufsumme "als Schadensersatz zu bezahlen". Die Kläger zahlten 1 000 DM



auf den Kaufpreis an. Für die beabsichtigte Grundstücks-
teilung beantragte der Beklagte bei dem zuständigen
Kreisbauamt die Genehmigung nach dem Bundesbaugesetz.
Die Eheleute E. [REDACTED] erneuerten im Juli 1969 ihr Kauf-
angebot - diesmal zu Protokoll des Notars Dr. B. [REDACTED] -
und befristeten es bis zum 31. August 1969 mit der Maß-
gabe, daß die Annahme zu Protokoll eines Notars erklärt
sein müsse, aber bis zu dem genannten Tage nicht zu
ihrer, der Anbietenden, Kenntnis gelangt zu sein brauche;
gleichzeitig bewilligten sie für den Fall der Annahme die
Eintragung einer Auflassungsvormerkung zugunsten des
Beklagten.

Anfang August 1969 versagte das Kreisbauamt die
Teilungsgenehmigung. Nachdem der Beklagte hiergegen
Widerspruch eingelegt hatte, erklärte er am 30. August 1969
vor dem Notar Dr. B. [REDACTED] die Annahme des Kaufangebots.
Die Eheleute E. [REDACTED], die weder durch Dr. B. [REDACTED] noch
durch den Beklagten von der Annahmeerklärung Kenntnis
erhielten, verkauften am 15. September 1969 zu Protokoll
des Notars Dr. G. [REDACTED] ihr Grundstück an den Architekten
Ba. [REDACTED], für den alsbald eine Auflassungsvormerkung ein-
getragen wurde. Der Widerspruch des Beklagten gegen den
Versagungsbescheid wurde nicht weiterverfolgt; die Ge-
nehmigungsbehörde betrachtete die Angelegenheit als er-
ledigt.

In der Folgezeit weigerte sich der Beklagte, den
Klägern die angezahlten 1 000 DM zurückzuerstatten.
Er erklärte den Rücktritt vom Kaufvertrag der Parteien
und forderte unter Hinweis auf § 7 dieses Vertrages von

den Klägern als Schadensersatz 10 % des Kaufpreises abzüglich der geleisteten Anzahlung. Dem hielten die Kläger entgegen, der Beklagte habe die Nichterfüllung zu vertreten und müsse ihnen daher seinerseits ihren beträchtlichen Schaden ersetzen. Mit der vorliegenden Klage begehren sie seine Verurteilung zur Zahlung von 1 000 DM nebst Zinsen und die Feststellung, daß ihm kein Schadensersatzanspruch in Höhe von 10 480 DM zustehe. Der Beklagte hat Klageabweisung beantragt und Widerklage erhoben auf Feststellung, daß den Klägern wegen Nichtdurchführung des Vertrages vom 2. Mai 1969 keine Schadensersatzansprüche gegen ihn zustünden.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Die Berufung des Beklagten ist vom Oberlandesgericht zurückgewiesen worden. Hierauf sind die Notare Dr. G. [REDACTED] und Dr. B. [REDACTED], denen der Beklagte den Streit verkündet hatte, ihm als Streithelfer beigetreten und haben in dieser Eigenschaft die im Berufungsurteil zugelassene Revision eingelegt. Mit ihr verfolgen sie den Klageabweisungsantrag und das Feststellungsbegehren aus der Widerklage weiter. Die Kläger beantragen Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe

1. Die Streithelfer waren, da in ihrer Person die Voraussetzungen des § 66 ZPO erfüllt sind, zum Beitritt auf seiten des Beklagten berechtigt. Die Zulässigkeit ihrer Revision ergibt sich aus § 67 ZPO.

2. Das Berufungsgericht geht davon aus, daß der Kaufvertrag der Parteien einer "Bodenverkehrsgenehmigung" (gemeint ist die Teilungsgenehmigung nach § 19 BBauG) bedurft habe und daher zunächst schwebend unwirksam gewesen sei. Weil der Widerspruch gegen den Versagungsbescheid des Kreisbauamts dann nicht weiterverfolgt wurde, sei der Vertrag endgültig unwirksam geworden. Der Beklagte sei aber bereits während der schwebenden Unwirksamkeit vertraglich verpflichtet gewesen, sich das Eigentum an der von ihm weiterverkauften Grundfläche zu verschaffen. Diese Verpflichtung habe er dadurch verletzt, daß er den Eigentümern Eggers keine Mitteilung von der Annahme ihres Verkaufsangebots gemacht und nicht dafür gesorgt habe, daß die ihm bewilligte Auflassungsvormerkung sogleich in das Grundbuch eingetragen wurde. Die hierin liegende positive Forderungsverletzung habe der Beklagte auch zu vertreten. Zwar lasse sich ein eigenes Verschulden bei ihm nicht mit Sicherheit feststellen, er müsse indessen auf jeden Fall für das Verschulden des Notars Dr. B. als seines Erfüllungsgehilfen gemäß § 278 BGB einstehen; Dr. B. habe, obgleich er mit der Abwicklung des Vertrages zwischen dem Beklagten und den Eheleuten Eggers beauftragt gewesen sei (§ 12 daselbst), weder alsbald die Eheleute

7

E [REDACTED] von der Annahme ihres Verkaufsangebots benachrichtigt noch für die Eintragung der Auflassungsvormerkung gesorgt. Dieses Versäumnis habe dazu geführt, daß dem Beklagten die Erfüllung seiner Eigentumsverschaffungspflicht (§ 433 Abs. 1 Satz 1 BGB) nachträglich unmöglich und infolgedessen der Kaufvertrag der Parteien endgültig unwirksam geworden sei. Hinsichtlich des Verschuldens hätte der Beklagte sich entlasten müssen, jedoch habe er insoweit nichts Konkretes dargelegt. Demnach sei er den Klägern zum Schadensersatz verpflichtet, so daß sich die Klage als begründet und die Widerklage als unbegründet erweise. Der von den Klägern mit dem Zahlungsantrag verlangte Betrag stelle ihren Mindestschaden dar.

Hiergegen wendet sich die Revision im Ergebnis ohne Erfolg.

3. Welche Ansprüche die Parteien gegeneinander haben, hängt zunächst davon ab, ob der von ihnen am 2. Mai 1969 geschlossene Vertrag behördlicher Genehmigung bedurfte und deswegen schwebend unwirksam war. Das Berufungsgericht hat dies bejaht. Darin kann ihm nicht gefolgt werden.

Für die Teilung des damals noch den Eheleuten Eggers gehörenden Grundstücks war allerdings eine Genehmigung gemäß § 19 Abs. 1 und 3 BBauG erforderlich, weil es innerhalb eines im Zusammenhang bebauten Ortsteils liegt und ein Bebauungsplan bisher nur in Vorbereitung war. Unter "Teilung" im Sinne dieser Bestimmungen

ist indessen nicht ein rein schuldrechtliches Verpflichtungsgeschäft, um das es im vorliegenden Fall allein geht, zu verstehen. Das hat der erkennende Senat, insbesondere unter Hinweis auf die Materialien zum Bundesbaugesetz, in seinem Urteil vom 20. Juni 1962 (BGHZ 37, 233) sowie auch in der Folgezeit noch wiederholt ausgesprochen (vgl. zuletzt Urteil vom 10. März 1972, V ZR 87/70, WM 1972, 656, 657). Er hält daran auch nach erneuter Prüfung fest.

Bedurfte also der Kaufvertrag vom 2. Mai 1969 keiner Genehmigung nach dem Bundesbaugesetz, so war er entgegen der Meinung des Berufungsgerichts nicht schwebend unwirksam.

Sein Wirksamwerden wurde auch nicht dadurch verhindert, daß ihn die Parteien laut § 8 abgeschlossen haben "unter Vorbehalt der erforderlichen behördlichen Genehmigungen sowie der Erteilung der Baugenehmigung für das hier verkaufte Eigenheim". Denn nach der rechtlich nicht zu beanstandenden Auslegung im Berufungsurteil (S. 14) bedeutete diese Vertragsbestimmung lediglich einen Hinweis auf die Erforderlichkeit jener Genehmigungen. Wenn das Oberlandesgericht - worauf seine beiläufige Bemerkung an anderer Urteilsstelle (S. 15) hindeuten könnte - hinsichtlich der in § 8 des Kaufvertrags besonders hervorgehobenen Baugenehmigung etwas anderes angenommen haben sollte, stünde dies der erwähnten Vertragsauslegung jedenfalls insoweit, als die Genehmigung nach dem Bundesbaugesetz in Betracht kommt, nicht entgegen.

Da sonach der Vertrag der Parteien von Anfang an rechtswirksam war, kommt es auf die Folgerungen, die das Berufungsgericht aus der vermeintlichen schwebenden Unwirksamkeit gezogen hat, nicht an. Damit erübrigt sich eine Stellungnahme zu den hierauf bezüglichen Revisionsrügen; insbesondere braucht nicht geprüft zu werden, was der Beklagte im einzelnen hätte tun müssen, um eine behördliche Genehmigung herbeizuführen. Seine Pflicht, den Klägern das Eigentum an der verkauften Grundstücks-Teilfläche zu übertragen, ergab sich vielmehr unmittelbar aus § 433 Abs. 1 BGB.

4. Die Teilfläche stand, als der Beklagte sie an die Kläger verkaufte, nicht in seinem Eigentum. Er mußte sie sich infolgedessen erst seinerseits von den damaligen Eigentümern E. verschaffen. Daß auch dies zu seinen vertraglichen Pflichten gehörte, hat der Berufungsrichter rechtsirrtumsfrei bejaht; er entnimmt eine solche Verschaffungspflicht aus der Vertragsbestimmung in § 1, wo es u.a. hieß: "Das Grundstück erwirbt der Verkäufer auf Grund des notariellen Angebots des jetzigen Eigentümers ...". Dieser Erwerb ist dem Beklagten aber dadurch verwehrt, daß die Eheleute E. ihr Gesamtgrundstück, zu dem die verkaufte Teilfläche gehört, anderweitig an den Architekten Ba. verkauft haben und letzterer sich unstreitig weigert, auf die zu seinen Gunsten eingetragene Auflassungsvormerkung zu verzichten. Da sonach der Beklagte seine Pflicht zur Weiterübertragung des Eigentums nicht mehr erfüllen kann, halten die Kläger sich für berechtigt, die auf den Kaufpreis angezahlten 1 000 DM zurückzufor-

dern und außerdem den Beklagten - was dieser mit der Widerklage in Abrede stellt - auf Schadensersatz in Anspruch zu nehmen.

Ein derartiger Anspruch - der zugleich einen der Kaufpreisanzahlung gleichkommenden Geldbetrag als Mindestschaden einschließen würde (RGZ 134, 83, 90; Palandt/Heinrichs, BGB 33. Aufl. § 325 Anm. 5 a) - könnte den Klägern allein deshalb erwachsen sein, weil ihnen der Beklagte ein fremdes Grundstück verkauft hat und nicht zu beschaffen vermag, ohne daß es nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. das angeführte Urteil vom 10. März 1972 mit Nachweisen) auf die Verschuldensfrage ankäme. Wenn der Berufungsrichter gleichwohl diese Frage als entscheidungserheblich ansah, ist das möglicherweise darauf zurückzuführen, daß er der Regelung in § 7 des Kaufvertrags entnommen hat, die Parteien hätten die Schadensersatzpflicht des Beklagten von einem Vertretenmüssen im Sinne des § 276 BGB abhängig machen wollen. Für die Revisionsinstanz ist deshalb von einer entsprechenden Auslegung jener Vertragsbestimmung auszugehen.

Auch unter dieser Voraussetzung erweist sich indessen das angefochtene Urteil als rechtlich bedenkenfrei. Der Architekt Ba[REDACTED] hat seine die Vertragserfüllung des Beklagten vereitelnde Rechtsposition dadurch erlangt, daß die Eheleute E[REDACTED] nicht alsbald von der rechtzeitigen Annahme ihres Verkaufsangebots unterrichtet wurden und daß nichts unternommen wurde, um die zugunsten des Beklagten bewilligte Auflassungsvormerkung im Grund-

7

buch eintragen zu lassen. Diese Maßnahmen hätte der Beklagte ergreifen müssen, weil unter den gegebenen Umständen die Möglichkeit nahe lag, die Eheleute E. [REDACTED] würden nach Ablauf der Annahmefrist anderweitig über das Grundstück verfügen. Seiner vertraglichen Pflicht, eine derartige Entwicklung zu verhindern, ist der Beklagte nicht schon dadurch nachgekommen, daß er - ebenso wie die Kläger - in § 11 des Kaufvertrages der Parteien den beurkundenden Notar mit der Vertragsabwicklung beauftragte. Denn durch § 11 wurde er nach der rechtsirrtumsfreien tatrichterlichen Vertragsauslegung (BU S. 17 oben) nicht der Verantwortung für solche Erfüllungshandlungen enthoben, die er ohne weiteres persönlich hätte erbringen können.

Ein eigenes Verschulden des Beklagten ist vom Tatrichter nicht festgestellt worden. Darauf kommt es jedoch nicht an. Denn der Beklagte hat sich zur Erfüllung seiner Pflicht den Klägern gegenüber, sich das Grundstückseigentum von den Eheleuten E. [REDACTED] zu beschaffen, des Notars Dr. B. [REDACTED] bedient, indem er ihn in § 12 des - durch die Annahmeerklärung vom 30. August 1969 zustandekommenen - Kaufvertrags E. [REDACTED]-Beklagter mit der "Abwicklung dieses Vertrages" beauftragte. Dr. B. [REDACTED] seinerseits hat - die dahingehende Feststellung und Würdigung des Oberlandesgerichts läßt keinen Rechtsfehler erkennen und wird auch von der Revision nicht angegriffen - schuldhaft den Klägern dadurch Schaden zugefügt, daß er weder alsbald die Eheleute E. [REDACTED] von dem Zustandekommen des genannten Kaufvertrages benachrichtigte, noch für die rechtzeitige Eintragung der

Auflassungsvormerkung sorgte. Für B. Verschulden haftet der Beklagte nach § 278 BGB. Hiervon ist das angefochtene Urteil mit Recht ausgegangen, und sein Standpunkt wird durch das, was die Revision dagegen ins Feld führt, nicht erschüttert.

Richtig ist, daß der Notar - gleichgültig, ob er als Urkundsperson oder in sonstiger Weise, d.h. unabhängig von einer Beurkundung, rechtsbetreuend tätig wird - stets in Ausübung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes handelt. Das folgt aus den §§ 1, 20 bis 25 BNotO. Es gibt keine Unterscheidung zwischen Amtstätigkeit und sonstiger reiner "Rechtskundigen-Tätigkeit", zu der sich ein Notar etwa auf Grund bürgerlich-rechtlichen Vertrages verpflichten könnte; vielmehr kann die Ausübung notariischer Tätigkeit nicht Gegenstand einer vertraglichen Vereinbarung mit dem Notar sein. Wenn also im vorliegenden Fall Dr. B. vom Beklagten mit der Abwicklung des Vertrages zwischen ihm und den Eheleuten E. beauftragt wurde, stellte dies nur den Anlaß für die Ausführung einer notariischen Amtshandlung dar (vgl. BGH Urteil vom 20. Oktober 1958, III ZR 96/57, S. 14; BGH DNotZ 1958, 101, 103; BGH VersR 1960, 231, 233; 1960, 732, 733; 1969, 425, 427; Seybold/Hornig, BNotO 4. Aufl. § 1 Anm. 5, § 14 Anm. 11 und § 24 Anm. 1; Daimer, Die Prüfungs- und Belehrungspflicht des Notars 2. Aufl. § 31 Nr. 13; Friedrichs, Büro 1964, 158).

Damit ist jedoch für die hier zur Beantwortung stehende Frage, ob ein Notar Erfüllungsgehilfe im Sinne des § 278 BGB sein kann, nichts gewonnen. Die

Einordnung sämtlicher ihm obliegender Aufgaben unter seine Amtstätigkeit hat Bedeutung in Fällen einer Inanspruchnahme des Notars selbst für etwaige Fehlleistungen; er haftet dann nicht nach bürgerlich-rechtlichen Vorschriften, sondern allein nach § 19 BNotO. Demgemäß geht es bei den von der Revision in diesem Zusammenhang (S. 3 der Begründungsschrift) angeführten Rechtsprechungs- und Schrifttumsstellen jeweils darum, inwieweit jemand, der im Rahmen öffentlich-rechtlicher Beziehungen auf Schadensersatz in Anspruch genommen wird, nach § 278 BGB auch für schuldhaftes Verhalten seiner Hilfspersonen einzustehen hat. Hier dagegen handelt es sich um die Anwendbarkeit dieser Vorschrift dann, wenn der aus einem privatrechtlichen Schuldverhältnis Verpflichtete sich bei der Vertragserfüllung eines Dritten bedient, der seinerseits in Ausübung amtlicher Befugnisse tätig wird. Das Problem, ob in Fällen solcher Art ein Verschulden des Amtsträgers über § 278 BGB dem betreffenden Vertragspartner zuzurechnen ist, hat bisher, soweit ersichtlich, die Rechtsprechung nur selten beschäftigt.

Das Reichsgericht hat in RGZ 104, 283 den Gerichtsvollzieher, der mit der Vollziehung einer einstweiligen Verfügung beauftragt war, nicht als Erfüllungsgehilfen des Auftraggebers angesehen, weil (S. 285 aaO) bei Vollstreckungsmaßnahmen kein bürgerlich-rechtliches Vertragsverhältnis bestehe, vielmehr der Gerichtsvollzieher als Beamter handle; wer durch dessen Amtspflichtverletzung Schaden erleide, müsse ihn selbst aus § 839 BGB (oder gegebenenfalls den Staat) auf Schadensersatz in

Anspruch nehmen (diese Auffassung ist im Schrifttum weitgehend gebilligt worden; vgl. - jeweils zu § 278 BGB - RGRK 11. Aufl. Anm. 17 vorletzter Absatz; Soergel/Schmidt 10. Aufl. Anm. 22; Erman/Battes 5. Aufl. Anm. 39; Palandt/Heinrichs 33. Aufl. Anm. 3 b; anders wohl Planck/Siber 4. Aufl. Anm. 1 a am Ende). In einem Urteil des Oberlandesgerichts Düsseldorf aus dem Jahre 1941 wurde der Standpunkt vertreten, auch der beurkundende Notar sei nicht Erfüllungsgehilfe der Vertragspartei hinsichtlich einer ihr einem Dritten gegenüber obliegenden Verpflichtung, da er allen Beteiligten gegenüber in Ausübung der ihm anvertrauten obrigkeitlichen Gewalt handle (HRR 1942 Nr. 139; ebenso Daimler aaO 2. Aufl. § 31 Nr. 18, während in der 3. Aufl. eine entsprechende Bemerkung fehlt). Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs schließlich hat in dem - nicht veröffentlichten - Urteil vom 20. Oktober 1958, III ZR 26/57, gleichfalls die Anwendbarkeit des § 278 BGB auf einen Notar verneint mit der Begründung (S. 13 f aaO), dieser werde sowohl bei der Beurkundung als auch bei der Abwicklung eines von ihm beurkundeten Rechtsgeschäfts in seiner Eigenschaft als Amtsperson tätig und nicht als Gehilfe einer Partei.

Wurde in den angeführten Entscheidungen maßgeblich auf die öffentlich-rechtliche Natur der von dem jeweiligen Dritten entfalteten Tätigkeit abgestellt und hierin ein Hinderungsgrund für seine Einstufung als Erfüllungsgehilfe erblickt, so hat andererseits der VI. Zivilsenat in BGHZ 24, 325 (dazu Anm. Hauß in LM BGB § 254 Ea Nr. 5) keine Bedenken getragen, den

§ 278 BGB auf ein städtisches Jugendamt anzuwenden, das im Rahmen einer Landverschickung gesundheitsgefährdeter Kinder öffentliche Amtstätigkeit ausübte. In die gleiche Richtung gehen die Ausführungen von Staudinger/Werner (BGB 10./11. Aufl. § 278 Anm. 45): die Bundespost sei trotz ihres "hoheitlichen" Charakters Erfüllungsgehilfe eines Schuldners, der sich ihrer zur Überweisung von Geld im Postscheckverkehr oder zur Beförderung brieflich abzugebender Erklärungen bedient.

Der erkennende Senat schließt sich der letzteren Ansicht an. Er vermag dem Umstand, daß Notar B., als er den Klägern schuldhaft Schaden zufügte, in seiner Eigenschaft als Amtsperson gehandelt hat, keine entscheidungserhebliche Bedeutung beizumessen. Wenn nach § 278 BGB der Schuldner, der bei Erbringen seiner Leistung sich der Hilfe eines Dritten bedient, für dessen Verschulden einzustehen hat, liegt der Grund dafür in der Erweiterung, die der Geschäftskreis des Schuldners und damit sein eigener Risikobereich durch die Einschaltung einer solchen Hilfsperson erfährt; nicht ausschlaggebend ist, ob er bei der Auswahl, Anleitung, Unterweisung oder Beaufsichtigung des Dritten die erforderliche Sorgfalt außer acht läßt, sondern er muß das Risiko eines fehlerhaften Verhaltens seines Gehilfen deshalb tragen, weil dieser objektiv eine Aufgabe übernimmt, die im Verhältnis zum Gläubiger ihm, dem Schuldner, selbst obliegt (Larenz, Schuldrecht 10. Aufl. 1. Band § 20 VIII, S. 219; Esser, Schuldrecht 4. Aufl. 1. Band § 39 II 2 b, S. 257; Soergel/Schmidt, BGB 10. Aufl. § 278 Anm. 1). Ebensowenig spielt es eine

Rolle, inwieweit der Schuldner in der Lage bleibt, auf das Verhalten seines Gehilfen Einfluß zu nehmen (BGHZ 24, 325, 329). Für die Frage, ob jemand Erfüllungsgehilfe ist, kommt es daher auf die zwischen ihm und dem Schuldner bestehenden Rechtsbeziehungen nicht an (vgl. BGHZ 13, 111, 113; 50, 32, 35; LM BGB § 278 Nr. 14, 17 und 39; VersR 1969, 1108, 1109; ferner - jeweils zu § 278 BGB - Soergel/Schmidt aaO Anm. 2 - 4, Staudinger/Werner aaO Anm. 23, Erman/Battes aaO Anm. 20, Palandt/Heinrichs aaO Anm. 3 am Anfang; ebenso Larenz aaO; Esser aaO § 39 II 2 c und d, S. 257). Maßgebend ist vielmehr, ob der Betreffende nach den tatsächlichen Vorgängen mit dem Willen des Schuldners bei der Erfüllung der diesem obliegenden Verbindlichkeit als seine "Hilfsperson" tätig wird. Gibt also allein ein vom Willen des Schuldners getragenes rein tatsächliches Moment - Einschaltung eines Dritten in die Erfüllung der Verbindlichkeit - den Ausschlag, ohne daß die Rechtsnatur der Beziehungen zwischen dem Schuldner und dem Dritten, seien sie vertraglicher oder sonstiger Art, irgendeine Rolle spielt, so steht der Gehilfeneigenschaft des Notars Dr. B. im vorliegenden Fall nichts entgegen. Damit erweist sich zugleich die Folgerung des Berufungsgerichts, wonach der Beklagte gemäß § 278 BGB auch für ein etwaiges Verschulden von Angestellten des Dr. B. haftet und sich insoweit ebenfalls hätte entlasten müssen, als rechtsirrtumsfrei.

Einer Anrufung des Großen Senats für Zivilsachen nach § 136 Abs. 1 ZPO bedarf es nicht. Wenn der III. Zivilsenat in dem angeführten Urteil vom 20. Okto-

ber 1958 die Anwendbarkeit des § 278 BGB auf einen Notar verneinte - woran er, wie er auf Anfrage mitgeteilt hat, für Sachverhalte der seinerzeit von ihm beurteilten Art festhält -, so ist dabei zu berücksichtigen, daß der frühere Fall sich von dem jetzt zur Entscheidung stehenden in wesentlichen Punkten unterscheidet. Dort ging es um einen Schadensersatzanspruch aus § 839 BGB gegen eine Stadt, weil sie die behördliche Genehmigung zu einem zwischen dem damaligen Kläger und einem Dritten abgeschlossenen Grundstückskaufvertrag verspätet erteilt hatte, und die Stadt berief sich zu ihrer Verteidigung auf mitwirkendes Verschulden des Notars, der von den Vertragspartnern mit der Genehmigungseinholung beauftragt worden war (§§ 254, 278 BGB). Unter den Prozeßparteien selbst bestand keine Verpflichtung, zu deren Erfüllung der Notar als Gehilfe zugezogen wurde; auf diese Besonderheit weist der III. Zivilsenat in seiner erwähnten Mitteilung auch ausdrücklich hin. Während es also damals im Verhältnis der Stadt einerseits und der Kaufvertragspartner andererseits an schuldrechtlichen oder schuldrechtsähnlichen (vgl. Palandt/Heinrichs aaO § 254 Anm. 5 a cc) Beziehungen, wie sie der § 278 BGB voraussetzt, völlig fehlte, sind die Parteien des gegenwärtigen Rechtsstreits miteinander durch den vorausgegangenen Vertragsabschluß verbunden, der für jede von ihnen Rechte und Pflichten begründet hat. Bei dem Urteil vom 20. Oktober 1958 und der jetzigen Entscheidung handelt es sich infolgedessen nicht um dieselbe Rechtsfrage.

5. Da hiernach der Beklagte für das schuldhafte Verhalten des Notars Dr. B. einzustehen hat und deshalb den Klägern für die Nichterfüllung des Kaufvertrages vom 2. Mai 1969 Schadensersatz leisten muß, ist die auf gegenteilige Feststellung gerichtete Widerklage unbegründet. Daraus folgt zugleich die Begründetheit der Klage, soweit mit ihr Zahlung von 1 000 DM nebst Zinsen begehrt wird. Als begründet erweist sich schließlich auch das Feststellungsbegehren der Kläger; denn sie sind mangels der Voraussetzungen, wie sie § 7 des Vertrages aufstellt (Unmöglichkeit der Erfüllung aus einem vom Beklagten "nicht zu vertretenden Grunde"), nicht zum Schadensersatz verpflichtet.

†

- 18 -

6. Das angefochtene Urteil läßt auch keinen sonstigen Rechtsfehler zum Nachteil des Beklagten erkennen. Daher ist die Revision seiner Streithelfer mit der Kostenfolge aus §§ 97 Abs. 1, 101 Abs. 1 Halbsatz 2 ZPO zurückzuweisen.

Hill

Rothe

Mattern

Dr. Grell

von der Mühlen

BUNDESGERICHTSHOF

V ZR 21/72

BESCHLUSS

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Bernhard E [REDACTED] in H [REDACTED],
R [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten,

- Prozeßbevollmächtigter zweiter Instanz: Rechtsanwalt
[REDACTED] in [REDACTED] -

Streithelfer:

1. Notar Dr. Günther G [REDACTED],
 2. Notar Dr. Henning B [REDACTED],
- beide in H [REDACTED], G [REDACTED] B [REDACTED]straße [REDACTED],

Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

1. den Ingenieur Werner S [REDACTED],
 2. die Ehefrau Ursula S [REDACTED] geb. G [REDACTED],
- beide in H [REDACTED], W [REDACTED]allee [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat
am 5. März 1974 durch den Vorsitzenden Richter Hill
und die Richter Dr. Rothe, Dr. Mattern, Dr. Grell
und von der Mühlen

beschlossen:

Das Urteil vom 8. Februar 1974 wird
gemäß § 319 ZPO dahin berichtigt, daß es
auf Seite 16, vorletzte Zeile (im Urteils-
abdruck auf Seite 15, vorletzte Zeile)
statt § 136 Abs. 1 ZPO heißen muß:
§ 136 Abs. 1 GVG.

Hill

Rothe