

44. Zum Begriff der anderweitigen Ersatzmöglichkeit im Sinne des § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB.

V. Zivilsenat. Urt. v. 10. Oktober 1938 i. S. S. (N.) w. Deutsches Reich (Bek.). V 73/38.

- I. Landgericht München I.
- II. Oberlandesgericht daselbst.

Am 31. Mai 1932 verkaufte der Kläger laut Urkunde des Notariats München XII sein Anwesen Haus Nr. 36 in Gr. und Haus Nr. 56 in M. mit den darin befindlichen Elektrizitätswerken für 115 000 RM. an die Witwe Emma U. in M. und ihre Tochter Elisabeth B. in G. Bei der Beurkundung trat die Witwe U. für sich und als Vertreterin ihrer nicht anwesenden Tochter Elisabeth B. auf. Es erwies sich, daß die Witwe U. sehr schwerhörig, wenn nicht völlig taub war. Der Notar zog deshalb zwei Zeugen hinzu, darunter den Studenten Viktor B., einen Bruder des Ehemanns der Elisabeth B. Das Schwägerchaftsverhältnis zwischen diesem Zeugen und der Elisabeth B. blieb dem Notar verborgen. Er stellte das Verhältnis erst fest, als das um die Eintragung der beurkundeten Rechtsänderung ersuchte Amtsgericht in L. zurückfragte, ob der Zeuge nicht mit der Elisabeth B. verwandt sei. Das Amtsgericht lehnte darauf die Eintragung der Rechtsänderung wegen Formungültigkeit der Beurkundung des Rechtsgeschäfts ab.

Der Notar teilte dies am 10. Oktober 1933 den Vertragsparteien mit dem Bemerkten mit, daß die Beurkundung neu vorgenommen werden müsse. Er empfahl ihnen, damit nicht lange zu warten. Die Käufer waren grundsätzlich zur Vornahme der Neubeurkundung auf der Grundlage einer Einigung mit dem Kläger bereit, die bereits im Juni 1933 stattgefunden hatte und bei der jenen von diesem einige Erleichterungen der am 31. Mai 1932 übernommenen Vertragspflichten zugestanden worden waren. Die Vertragsparteien kamen aber aus einer Veranlassung, über deren zeitliche Entstehung sie streiten, dahin überein, die Neubeurkundung bis zum April 1934 aufzuschieben. Diese unterblieb dann überhaupt, weil die Käufer nach dem Auftreten neuer Mängel in der Einrichtung der Elektrizitätswerke zu der Ansicht gelangten, daß die Beschaffenheit, insbesondere die Rentabilität der Werke, nicht den Zusicherungen des Verkäufers entsprächen.

Es kam zu einem Rechtsstreit zwischen den Vertragsparteien, in dem die Käufer auf Rückzahlung des angezahlten Kaufpreisteiles klagten, der Verkäufer im Wege der Widerklage die Räumung der Grundstücke und ihre Herausgabe, sowie Abrechnung und Feststellung seines weiteren Schadens begehrte. Der Rechtsstreit endete mit einem Vergleich, in dem sich die Streitteile, ausgehend von der Nichtigkeit des Kaufvertrags vom 31. Mai 1932, auf die Rückgewähr der gegenseitigen Leistungen einigten.

Der Kläger hat aus Anlaß der formnichtigen Vertragsbeurkundung Notariatsgebühren, Staatsstempel und Grunderwerbsteuern bezahlt. Ferner hat er infolge des Nichtzustandekommens des Kaufvertrags Lasten behalten, die im andern Falle von den Vertragsgegnern zu tragen gewesen wären. Es sind ihm auch gewisse Vorteile entgangen, die ihm im Falle des wirksamen Zustandekommens des Kaufvertrags erwachsen wären. Weiterhin hat er, nachdem sich die Kaufverhandlungen mit den ursprünglichen Vertragsgegnern zerstritten hatten, die in Frage kommenden Grundstücke mit Einrichtungen zum Teil anderweit veräußert und dabei angeblich einen geringeren als den in dem Vertrage vom 31. Mai 1932 vereinbarten Preis erzielt. Er glaubt auch, bei einer Weiterveräußerung des restlichen Grundbesitzes ungünstiger abzuschließen. Daher macht er mit der gegenwärtigen Klage das Deutsche Reich für allen ihm aus der Nichtigkeit der Vertragsbeurkundung vom 31. Mai 1932 entstandenen und noch

entstehenden Schaden mit der Behauptung verantwortlich, daß der amtierende Notar durch die Beiziehung eines untauglichen Zeugen fahrlässig die ihm dem Kläger gegenüber obliegende Amtspflicht verletzt habe.

Der Kläger ist in den beiden früheren Rechtsgängen mit der Klage unterlegen, mit der er einen Teilbetrag des Schadens in Höhe von 10000 RM. und die Feststellung begehrte, daß das Reich ihm allen weiteren Schaden zu ersetzen habe, der ihm aus der Nichtigkeit der Notariatsurkunde vom 31. Mai 1932 erwachsen sei und noch erwachse. Seine Revision blieb erfolglos.

Gründe:

Das Berufungsgericht stützt seine den Ersatzanspruch des Klägers ablehnende Entscheidung auf die Bestimmung des § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB., nach der ein Beamter, der die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht fahrlässig verletzt, nur dann in Anspruch genommen werden kann, wenn der Verletzte nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag. Es ist der Ansicht, diese Bestimmung greife hier deshalb ein, weil der Kläger die Verschiebung der Neu beurkundung und damit das Scheitern des ganzen Vertragswerkes dadurch verschuldet habe, daß er an seine Vertragsgegner im November 1933, d. h. zu einer Zeit, in der sie noch bereit gewesen wären, den formnichtigen Vertrag durch Nachholung der formgültigen Beurkundung wirksam werden zu lassen, das Ersuchen gestellt habe, einen Teil der nach dem Gesetz von ihm geschuldeten Umsatzsteuer zu übernehmen. Das Berufungsgericht verkennet nicht, daß es sich bei der Versäumung dieser Möglichkeit, von den Vertragsgegnern selbst einen vollen Ersatz des ihm durch das angebliche Versehen des Notars entstandenen Schadens zu erlangen, um die Versäumung einer nur tatsächlichen Möglichkeit gehandelt hat. Es ist aber der Ansicht, daß im Sinne der Vorschrift des § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB. die schuldhafteste Versäumung einer nur tatsächlichen Möglichkeit zur Erlangung eines Schadenersatzes der Versäumung einer rechtlichen Möglichkeit gleichzustellen sei und daher ebenso wie diese die Entstehung eines Ersatzanspruchs an den Beamten oder den Staat hindere.

Die Revision hält diese Ansicht ohne hinreichenden Grund für rechtsirrig. Sie meint, im Rahmen des § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB.

könne nur die schuldhafte Nichtverwirklichung eines irgendwie in Betracht kommenden Anspruchs in Frage kommen; handle es sich lediglich um die schuldhafte Nichtbenutzung einer nur tatsächlichen Möglichkeit der Erlangung eines Schadensersatzes von dritter Seite, also um eine Möglichkeit, deren Verwirklichung der Geschädigte rechtlich nicht zu erzwingen vermöge, dann könne nur § 254 BGB. in Betracht kommen. Eine Prüfung des Maßes der beiderseitigen Schadensverursachung auf der Grundlage dieser Vorschrift habe aber das Berufungsgericht nicht vorgenommen, seine Entscheidung sei daher nicht haltbar.

Dieser Ansicht kann nicht beigespflichtet werden. Ihre Berechtigung läßt sich — entgegen der Meinung der Revision — weder aus dem Wortlaut noch aus dem Sinn des § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB. herleiten. Das Reichsgericht hat wiederholt ausgesprochen, daß, sobald eine unerlaubte Handlung begangen worden ist, auch schon vor Eintritt des Schadens Rechtsbeziehungen zwischen dem Schädiger und dem Bedrohten geknüpft sind, die in dem im Entstehen begriffenen Schuldverhältnis gewisse Sorgfaltspflichten des durch Schaden Bedrohten gegen den Schädiger begründen können. Die Abwendung eines aus bereits begangener unerlaubter Handlung drohenden Schadens ist vom Reichsgericht als eine im Rahmen des § 254 BGB. zu beachtende Verpflichtung des Bedrohten gegenüber dem Schädiger bezeichnet worden, deren Umfang sich aus § 276 BGB. bestimmt (RGZ. Bd. 141 S. 356). Die gleiche Verpflichtung besteht aber auch, soweit die Anwendung des § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB. in Frage kommt. Hiernach erfüllt der Geschädigte im Sinne des § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB. die ihm obliegende Pflicht der Schadensabwendung oder Schadensminderung nicht, wenn er es verabsäumt, auch eine sich ihm bietende Möglichkeit der Schadensbeseitigung zu benutzen, auf deren Verwirklichung er an sich keinen rechtlichen Anspruch hat. Voraussetzung ist dabei allerdings, daß die Ausnutzung einer solchen Möglichkeit nach den besonderen Umständen des Falles sich gerade für den Geschädigten als zumutbar erweist. Fälle, in denen dem Geschädigten die Ausnutzung einer rein tatsächlichen Möglichkeit der Schadensbeseitigung nach dem gesunden Volksempfinden nicht angemessen werden kann, sind denkbar. Dann mangelt es eben auf seiten des Geschädigten an einem schuldhaften Verhalten. Fehlen aber besondere Umstände, die die Ausnutzung

der nicht auf einem Rechtsanspruch beruhenden Möglichkeit der Schadensbeseitigung als unzumutbar erscheinen lassen könnten, dann fehlt jeder innere Grund, die Versäumung einer solchen Möglichkeit im Rahmen des § 839 Abs. 1 Satz 2 anders als die Versäumung der Geltendmachung eines auf Vertrag oder Gesetz beruhenden, also rechtlich erzwingbaren Ersatzanspruchs zu beurteilen.

Die Revision kann sich zur Stütze ihrer abweichenden Ansicht auch nicht auf das Schrifttum und auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts berufen. Im Schrifttum findet sich, soweit ersichtlich, nirgends die Auffassung ausdrücklich vertreten, daß im Rahmen des § 839 Abs. 1 Satz 2 nur die Nichtverwirklichung rechtlich erzwingbarer Ansprüche in Frage komme. Die Rechtsprechung aber zeigt die unverkennbare Neigung, den Kreis der nach § 839 Abs. 1 Satz 2 in Betracht kommenden anderweitigen Ersatzmöglichkeiten weit zu ziehen. In RGZ. Bd. 152 S. 20 wird unter Hinweis auf einige inhaltlich gleichlautende Entscheidungen (RGZ. Bd. 138 S. 209 und Bd. 145 S. 56) der Gedanke zum Ausdruck gebracht, daß § 839 Abs. 1 Satz 2 keine Gleichartigkeit des Rechtsgrundes für die Haftung des Beamten und für den etwaigen Ersatzanspruch gegen den Dritten erfordere. In der RG.-Entscheidung SeuffArch. Bd. 88 S. 214 Nr. 108 = HRN. 1934 S. 1111 Nr. 1112 wird ausgeführt, nicht nur Ansprüche aus unerlaubter Handlung und nicht einmal nur Schadensersatzansprüche gegen einen Dritten ließen, falls sie begründet und durchsetzbar seien, die Haftung des nur für fahrlässige Amtspflichtverletzung verantwortlichen Beamten zurücktreten; auch die Möglichkeit, die eingetretene Vermögensänderung auf sonstige Weise, wie etwa durch die Geltendmachung eines Bereicherungsanspruchs, auszugleichen, müsse erschöpft sein, bevor gegen den Beamten ein Schadensersatzanspruch erhoben werden könne. Ähnliches ist in der RG.-Entscheidung Gruch. Beitr. Bd. 48 S. 929 für die Möglichkeit einer Anfechtung und in dem Urteil des OBG. München Bay. J. f. Rechtspf. 1919 S. 293 für die Möglichkeit einer Aufrechnung gesagt. In der RG.-Entscheidung DNotZ. 1934 S. 674 findet sich die Ansicht vertreten, daß der aus § 839 BGB. in Anspruch Genommene der Schadensersatzklage auch die Möglichkeit von Vollstreckungsmaßnahmen gegen Dritte oder von Vergleichsverhandlungen entgegenhalten könne. Der Revision ist zuzugeben, daß diese Entscheidungen sich durchweg nur mit rechtlichen Möglichkeiten eines

Schadensausgleichs befassen. Daraus ist aber nicht auf eine grundsätzliche Ablehnung der Berücksichtigung tatsächlicher Ausgleichsmöglichkeiten im Rahmen des § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB. zu schließen. Die letzterwähnte Entscheidung ist sogar ein deutlicher Beweis dafür, daß die Rechtsprechung des Reichsgerichts dazu neigt, in den Kreis der im Rahmen des § 839 Abs. 1 Satz 2 zu berücksichtigenden anderweitigen Ausgleichsmöglichkeiten auch die — in der Praxis wohl seltener vorkommenden — tatsächlichen Ausgleichsmöglichkeiten einzubeziehen. Es ist in der Tat kein Grund ersichtlich, weshalb für den Geschädigten in dem Falle des § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB. die Verpflichtung, eine rein tatsächliche Ausgleichsmöglichkeit auszunutzen, die ihm unter Umständen eine vollkommenere Wiedergutmachung des eingetretenen Schadens zu gewähren vermag, als dies die Wahrnehmung irgendeiner rechtlichen Ausgleichsmöglichkeit zu tun vermöchte, nicht in gleicher Weise bestehen sollte, wie die Verpflichtung, durch Verfolgung eines etwa bestehenden Anspruchs für Ersatz des entstandenen Schadens Sorge zu tragen. Im vorliegenden Falle hatte der Kläger auf die Neubeurkundung des nichtigen Vertrags, dessen vom Notar verschuldetes Nichtzustandekommen seine Vermögenslage verschlechtert hatte, keinen klagbaren Anspruch. Die vom Berufungsgericht ausdrücklich festgestellte Bereitwilligkeit der alten Vertragsgegner, dem Vertrage durch formgültige Neubeurkundung die fehlende Wirksamkeit zu verleihen, schuf lediglich eine tatsächliche Möglichkeit, den entstandenen Schaden wieder zu beseitigen. Aber sie stellte eine umfassende Möglichkeit der Schadensbeseitigung dar. Sie zwang den Kläger, abgesehen von den Zugeständnissen, die er bereits vor Kenntnis der Formnichtigkeit im Juni 1933 seinen Vertragsgegnern freiwillig gemacht hatte, zu keinerlei Opfern. Ihre Ausnutzung war geeignet, ihm den vollkommensten Schadenersatz, nämlich den Ersatz in Natur, zu gewähren. Angesichts dieser Tatsache wäre es schlechterdings unverständlich, dem Beklagten den Einwand aus § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB. zu verjagen, daß es der Klage an der erforderlichen Begründung fehle.

Die Revision verweist zur Rechtfertigung ihrer rechtsgrundsätzlichen Bedenken auf die prozessualen Schwierigkeiten, die sich für den Geschädigten ergeben könnten, wenn er zur Begründung seiner Schadenersatzklage aus § 839 BGB. genötigt wäre, den Nachweis zu erbringen, daß er auch keine tatsächliche Möglichkeit verjäumt habe,

auf andere Weise Ersatz zu erlangen. Mit solchen Schwierigkeiten ist nicht ernstlich zu rechnen. Der Kläger kann sich, wie die Revisionsbeantwortung unter Bezugnahme auf die RG.-Entscheidung MotZ. 1935 S. 745 mit Recht ausführt, in der Regel zunächst darauf beschränken, die Ersatzmöglichkeiten zu widerlegen, für die sich aus dem Sachverhalt ein Anhaltspunkt ergibt. Sache des Beklagten ist es alsdann, dem Kläger die Verfümmung anderer Ersatzmöglichkeiten nachzuweisen. Im vorliegenden Falle drängte sich die Frage, ob der Kläger nicht imstande gewesen wäre, durch Vermeidung grundloser Neuforderungen die durch das Entgegenkommen der alten Vertragsgegner geschaffene Möglichkeit eines formgültigen Neubeschlusses des Vertrages seine Belange auf das vollkommenste zu wahren, aus der gegebenen Sachlage derart unabweisbar auf, daß eine Stellungnahme zu ihr schon in der Klageschrift als eine Selbstverständlichkeit erscheinen mußte.

Die Entscheidung des Berufungsgerichts ist hiernach in ihrem rechtlichen Ausgangspunkt nicht zu beanstanden. Das Berufungsgericht stellt den Satz auf, die für Schadensfälle jeder Art dem Verletzten in § 254 Abs. 2 BGB. auferlegte Pflicht, den drohenden Schaden durch eigene Tätigkeit abzuwenden, sei für den Sonderfall des § 839 Abs. 1 Satz 2 zum Tatbestandsmerkmal des Schadenersatzanspruches gegen den Staat erhoben; für eine Abwägung des beiderseitigen Verschuldens (§ 254 BGB.) sei im Falle des Eingreifens dieser Vorschrift ebensowenig Raum wie im Falle des § 839 Abs. 3 BGB. Mit diesem Satze ist der Beurteilung des Streitfalls der richtige Weg gemiesen. Die Anwendung des § 839 Abs. 1 Satz 2 hat stets einen bereits entstandenen Schaden zur Voraussetzung. Diese Voraussetzung war hier gegeben. Der Schaden, die Verschlechterung der Vermögenslage des Klägers, war durch das behauptete Amtsversehen unmittelbar herbeigeführt. Es war insolgedessen nur die Frage zu entscheiden, ob der Kläger die ihm nach der Vorschrift des § 839 Abs. 1 Satz 2 obliegende Verpflichtung erfüllt habe, alles zu tun, um von dritter, d. h. von irgendeiner anderen Seite als von der des schuldigen Beamten, Ersatz zu erlangen. Für eine Prüfung der Frage, ob der Schaden vorwiegend von dem Notar oder von dem Kläger verursacht worden sei, wäre nur dann Raum gewesen, wenn für die Entstehung des Schadens noch eine andere Ursache als das angebliche Versehen des Notarbeamten in Betracht gekommen

wäre. Das war aber nach dem Sachvortrage beider Parteien nicht der Fall.

Das Berufungsgericht gelangt auf Grund des § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB. zur Abweisung der Klage, indem es mit eingehender tatsächlicher Begründung darlegt, daß der Kläger es schuldhaft verabsäumt habe, die noch geraume Zeit nach der Feststellung der Formnichtigkeit der ersten Vertragsbeurkundung vorhandene Bereitwilligkeit der alten Vertragsgegner zur Neubeurkundung des Vertrages auszunutzen. Diese Darlegung ist, weil auf dem Gebiet der reinen Tatsachenwürdigung liegend, einer Nachprüfung durch das Revisionsgericht nicht zugänglich.