

6. 1. Zur Auslegung des § 128 Abs. 3 Satz 2, Abs. 4 ZBG.
2. Über die Tragweite des § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB.
3. Unter welchen Voraussetzungen haftet der Notar für eine von seinem Bürovorsteher erteilte falsche Rechtsauskunft?
4. Darf der Notar für den Fall seiner Abwesenheit anordnen, daß sein Bürovorsteher mit den auf der Amtsstube zur Vornahme eines notariischen Aktes erscheinenden Personen verhandelt und den Akt so vorbereitet, daß er von einem anderen Notar vollzogen werden kann?

ZBG. §§ 44, 49, 52, 128, 130. BGB. § 839.

V. Zivilsenat. Ur. v. 30. Oktober 1939 i. S. Sch. (Bekl.) w.
D. (Kl.). V 54/39.

I. Landgericht Wien.

II. Oberlandesgericht daselbst.

In dem Verfahren, betreffend die Zwangsversteigerung des Grundstücks der Eheleute Peter und Maria B. in K., wurde dem Josef A. d. J. der Zuschlag erteilt. Da dieser in dem Verteilungstermin das Bargebot nicht berichtigte, wurde der Teilungsplan dadurch ausgeführt, daß die Forderung gegen den Erstehrer auf die Berechtigten übertragen wurde, und zwar in nachstehender Rangfolge: an die Stadtgemeinde K.: 828,51 RM. nebst 4 v. H. Zinsen seit dem 9. Mai 1932, an die Stadtparkasse in K.: 13832,95 RM. nebst 4 v. H. Zinsen seit dem 9. Mai 1932 und an die Eheleute Peter B. in B.: 501,95 RM. nebst 4 v. H. Zinsen seit dem 9. Mai 1932. Bereits am 23. Mai 1932 beantragte die Stadtparkasse K. wegen der ihr übertragenen Forderung von 13832,95 RM. die Wiederversteigerung des Grundstücks, die am 25. Mai 1932 angeordnet wurde. Erst im Laufe dieses Verfahrens, nämlich am 28. Mai 1935, wurden auf Ersuchen des Versteigerungsgerichts der Erstehrer A. als Eigentümer und gemäß § 128 Abs. 1 ZBG. für die Stadtgemeinde K., für die Stadtparkasse K. und für die Eheleute B. Sicherungshypotheken für die mangels Zahlung des Bargebotes eingetragenen Forderungen in der angegebenen Rangfolge unter Beachtung der Vorschrift des § 130 Abs. 1 Satz 2 ZBG. im Grundbuch eingetragen. Am 8. Oktober 1935 wurde weiter eingetragen, daß die erste Hypothek durch Zahlung eines Teilbetrages und Verzicht der Gläubigerin auf den Restbetrag Eigentümergrundschuld geworden und an die Mutter des Eigentümers, die Ehefrau Josef A., Apollonia geb. M., abgetreten sei.

Diese Grundschuld bot der Eigentümer A. im Auftrage seiner Mutter dem Kläger zum Erwerb an. Dieser ging hierauf auf Veranlassung des A. zur Amtsstube des Beklagten, wo er nur dessen Bürovorsteher Sch. antraf, da der Beklagte wegen Krankheit abwesend war. Dem Bürovorsteher erklärte er den Sachverhalt; er beauftragte ihn, festzustellen, ob die Grundschuld tatsächlich erstrangig sei und ob er auch bei einer Zwangsversteigerung damit rechnen könne, daß die Grundschuld an erster Stelle zur Hebung komme, da er die Sache nur machen wolle, wenn sie für ihn gefahrlos sei. Sch. gab nach der

Einsicht in das Grundbuch die Erklärung ab, der Kläger könne die Grundschuld ruhig erwerben, er sei gesichert, für die Stadtparkasse K. ständen 13800 RM. an zweiter Stelle, so daß er auch in einem Zwangsversteigerungsverfahren sicherlich ausgezahlt würde; die Sache sei völlig unbedenklich. Hierauf wurde in dem Büro des Beklagten die Abtretungserklärung entworfen. Mit dieser begab sich der Kläger zu dem Notar Dr. B., der die Beglaubigung vornahm und die Urkunde bei dem Grundbuchamte mit dem Antrag auf Eintragung der Abtretung im Grundbuch einreichte. Bei der Wiederversteigerung des belasteten Grundstücks fiel die dem Kläger abgetretene Grundschuld aus, da der Versteigerungsrichter davon ausging, daß sie gemäß § 128 Abs. 3 Satz 2 ZVG. der Hypothek der betreibenden Gläubigerin im Range nachstehe. Die von dem Kläger gegen den Zuschlagsbeschluß eingelegte sofortige Beschwerde wurde zurückgewiesen. Die weitere Beschwerde wurde als unzulässig verworfen.

Nunmehr nimmt der Kläger den Beklagten auf Schadensersatz in Höhe von 904,32 RM. nebst Zinsen in Anspruch mit der Begründung, der Schaden sei durch den falschen Rat des Bürovorstehers des Beklagten, für den dieser einstehen müsse, entstanden. Der Beklagte hat bestritten, daß der von seinem Bürovorsteher erteilte Rat unrichtig gewesen sei. Weiter hat er ein Verschulden seines Bürovorstehers in Abrede gestellt und ausgeführt, daß er für das Verhalten seines Bürovorstehers überhaupt nicht aufzukommen habe. Schließlich hat er geltend gemacht, daß der Kläger von der Frau A. Ersatz seines Schadens erlangen könne.

Das Landgericht hat dem Klageantrage stattgegeben. Auf die vom Beklagten eingelegte Berufung hat das Oberlandesgericht den Beklagten nur zur Zahlung von 734,38 RM. nebst Prozeßzinsen verurteilt, im übrigen die Klage abgewiesen. Die Revision des Beklagten hatte keinen Erfolg.

Gründe:

Die von der Revision zur Nachprüfung gestellte Frage, ob die vom Bürovorsteher des Beklagten dem Kläger gegebene Auskunft unrichtig war, ist mit dem Berufungsgericht zu bejahen. Die Vorschrift des § 128 Abs. 3 Satz 2 ZVG. soll verhüten, daß der Ersteher aus der Tatsache, daß er den Barerlös im Verteilungstermin nicht gezahlt hat, einen ungerechtfertigten Vorteil zieht. Soweit er nämlich

seine Verpflichtungen zur Barzahlung erfüllt hätte, wäre der gezahlte Betrag den Beteiligten nach dem Range ihres Rechtes geteilt worden, mit der Folge, daß das durch Zahlung getilgte Recht erloschen und die nachfolgenden Rechte aufgerückt wären. Um nun dieselbe Folge auch für den Fall herbeizuführen, daß der Ersteher erst nach Eintragung der Sicherungshypothek gemäß § 128 Abs. 1 ZPO. zahlt, war ursprünglich vorgesehen, daß die Sicherungshypothek erlöschen sollte, wenn sie sich mit dem Eigentum an dem Grundstück in derselben Person vereinige. Soweit geht das Gesetz aber nicht. Es erreicht denselben Zweck durch die Vorschrift, daß die Hypothek, wenn sie sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt, nicht zum Nachteil eines Rechts, das bestehen geblieben ist, oder einer nach § 128 Abs. 1, 2 eingetragenen Sicherungshypothek geltend gemacht werden kann (vgl. die Entstehungsgeschichte der Vorschrift bei Jaedel-Gütke ZPO. Bem. 8 zu §§ 128, 129). Die Vorschrift bedeutet, daß die Eigentümergrundschuld im Range hinter die im § 128 Abs. 2 Satz 3 genannten Rechte zurücktritt (vgl. Jaedel-Gütke a. a. O.; Reinhard-Müller ZPO. Bem. VI 1 zu § 128; Morintenberg-Wenz ZPO. Bem. 8 zu § 128). Es handelt sich um eine Bestimmung, wie sie für ähnliche Fälle in den §§ 1164, 1176, 1182 BGB. getroffen ist. Auch in diesen Fällen tritt eine Rangverschiebung zu Gunsten der Rechte ein, zu deren Nachteil das andere Recht nicht geltend gemacht werden kann (vgl. Pfand-Strecker BGB. Bem. 4 zu § 1164, Bem. 3a zu § 1176, Bem. 3b zu § 1182). Hatte hiernach aber die Sicherungshypothek der Städtischen Sparkasse, aus der die Wiederversteigerung des Grundstücks betrieben wurde, den Vortang vor der Grundschuld des Klägers, so kam diese nicht in das geringste Gebot (§ 44 ZPO.). Aus der Bestimmung des § 128 Abs. 4 ZPO. kann zu Gunsten der Grundschuld des Klägers nichts hergeleitet werden. Die Vorschrift will verhindern, daß eine gemäß § 128 ZPO. eingetragene Sicherungshypothek bei der Wiederversteigerung des Grundstücks bestehen bleibt. Das wäre aber nur der Fall, wenn die Sicherungshypothek in das geringste Gebot fiel (§ 44 ZPO.). Für diesen Fall bestimmt § 128 Abs. 4 in Abweichung von § 49 Abs. 1 ZPO., daß der zu ihrer Deckung erforderliche Betrag, auch soweit es sich um das Kapital handelt, bar zu berichtigen ist, daß also die Hypothek vollständig in das Bargebot kommt und insolgedessen gemäß § 52 Abs. 1 ZPO. trotz der Aufnahme in das geringste Gebot

erlischt. Wenn das Recht nicht in das geringste Gebot fällt, trifft § 128 Abs. 4 ZPO. nicht zu. In diesem Falle hat das Recht nur insoweit nach seinem Rang einen Anspruch auf Zuteilung, als der Barerlös reicht (vgl. Jaedel-Gütke a. a. O. Bem. 9 zu §§ 128, 129; Reinhard-Müller a. a. O. Bem. VII; Korintenberg-Wenz a. a. O. Bem. 9). Die vom Beklagten anscheinend vertretene Meinung, der Abs. 4 des § 128 ZPO. sichere der gemäß Abs. 1 das. eingetragenen Sicherungshypothek bei einer Wiederversteigerung des Grundstücks auf alle Fälle eine Berücksichtigung durch Barzahlung zu, würde mit dem oben erörterten Zwecke der Vorschrift des § 128 Abs. 3 Satz 2 ZPO. in offenem Widerspruch stehen. Da im gegebenen Falle die Grundschuld des Klägers nicht in das geringste Gebot fiel und im übrigen der Barerlös zu ihrer Deckung nicht ausreichte, ist sie mit Recht im Verteilungsverfahren unberücksichtigt geblieben.

Daß den Bürovorsteher des Beklagten ein Verschulden trifft, hat das Oberlandesgericht ebenfalls zutreffend bejaht. Das Verschulden besteht schon darin, daß der Bürovorsteher sich die Beantwortung einer Frage zugetraut hat, ohne daß ihm die hierfür erforderlichen Rechtskenntnisse zur Seite standen. Außerdem hat er nicht beachtet, daß es sich, wie die Grundbucheintragung klar ergab, bei der an den Kläger abgetretenen ursprünglichen Sicherungshypothek um eine solche gemäß § 128 ZPO. handelte, deren Rang durch die Vorschrift des Abs. 3 Satz 2 das. beeinflusst wurde. Im übrigen kommt es für die Frage, ob der Beklagte für den dem Kläger entstandenen Schaden aufkommen muß, nicht darauf an, ob den Bürovorsteher ein Verschulden trifft. Denn soweit die Erfüllung einer Amtspflicht des Notars in Betracht kommt, haftet dieser nicht für das Versehen eines Angestellten, da er seine Amtspflichten in eigener Person zu erfüllen hat, eine Vertretung im Sinne des § 278 oder des § 831 BGB. daher nicht Platz greifen kann. Die Frage ist deshalb so zu stellen, ob bei dem Versehen, das dem Gehilfen unterlaufen ist, den Notar selbst der Vorwurf einer Verletzung seiner Amtspflicht trifft (vgl. Grunau in DNotZ. 1937 S. 466; Vollmer-Schwarz RNotD. Bem. 1 zu § 21; Seybold-Hornig-Vemmens RNotD. Bem. XI 1 zu § 21; RG. in JW. 1910 S. 1004 Nr. 14, 1936 S. 2535 Nr. 7; in WarnRspr. 1918 Nr. 226, 1930 Nr. 157, 1936 Nr. 121). Im gegebenen Falle hat der Kläger das Büro des Beklagten aufgesucht, um die Urkunde über eine Grundschuldabtretung entwerfen und die Urkunde beglaubigen

zu lassen. Im Zusammenhange hiermit hat er eine Rechtsauskunft über den Rang der Grundschuld und über ihr etwaiges Schicksal im Zwangsversteigerungsverfahren erbeten. Bei dieser Auskunft, die in unmittelbarem Zusammenhange mit dem Entwurf der Urkunde und der Beglaubigung stand, handelte es sich um eine in den Kreis der Amtstätigkeit des Notars fallende Angelegenheit (vgl. RG. in JW. 1917 S. 358 Nr. 7, 1919 S. 995 Nr. 4, 1936 S. 2535 Nr. 7). Allerdings ist der Beklagte, da er verreist war, überhaupt nicht tätig geworden; die Beglaubigung hat vielmehr ein anderer Notar vorgenommen. Trotzdem kann nur eine Haftung des Beklagten gemäß § 839 BGB. in Frage kommen; für eine vertragliche Haftung fehlt es an jeder Grundlage. Das Oberlandesgericht erblickt das Verschulden des Beklagten darin, daß er es geduldet habe, daß der Bürovorsteher Rechtsrat erteilt und dabei selbständig beurteilt habe, ob es sich um eine geringfügige oder um eine schwierige Rechtsfrage handele. Ferner erblickt es ein Verschulden des Beklagten in der Art, wie er in Fällen vorübergehender Verhinderung die Erledigung seiner Amtsgeschäfte geregelt habe.

Das Reichsgericht hat mehrfach ausgesprochen, daß die Angestellten des Notars nicht berufen sind, Rechtsauskünfte zu erteilen; die Rechtssuchenden seien auch nicht berechtigt, sich auf die Richtigkeit einer solchen Auskunft zu verlassen (vgl. RG. in JW. 1910 S. 1004 Nr. 14, in WarnRspr. 1918 Nr. 226). Dieser Standpunkt kann aber nicht zur Abweisung der Klage führen. Der Notar ist kraft seines Amtes auch verpflichtet, die Einrichtung seines Büros und den Verkehr in ihm so zu gestalten, daß die Rechtssuchenden vor Schaden bewahrt werden. Eine Gefahr droht diesen aber immer, wenn eine Angelegenheit, deren Erledigung das Gesetz aus guten Gründen dem rechtskundigen Notar persönlich übertragen hat, von den Angestellten besorgt wird. Hierzu gehört vornehmlich die Erteilung von Rechtsauskünften. Es ist daher mit der Amtspflicht des Notars nicht vereinbar, wenn er duldet, daß von seinen Angestellten Rechtsrat erteilt wird; für einen aus solcher Duldung entstandenen Schaden ist er gemäß § 839 BGB. haftbar (vgl. Vollmer-Schwarz a. a. D.; Seibold-Hornig-Lemmens a. a. D.). Ob die Schadenersatzpflicht gemäß § 254 BGB. ganz oder teilweise entfällt, weil der Geschädigte schuldhaft sich auf den Rat des Angestellten verlassen hat, statt sich an den Notar selbst zu wenden, ist eine andere Frage, die hier

jedoch ausscheidet, weil der Beklagte eine Einwendung aus § 254 BGB. nicht erhoben hat. Im gegebenen Falle wird die Feststellung des Oberlandesgerichts, daß der Beklagte die Erteilung von Rechtsauskünften durch seinen Bürovorsteher geduldet habe, mit verfahrensrechtlichen Angriffen bekämpft. Soweit die Revision geltend macht, die Aussage des Bürovorstehers sei im Tatbestande des Berufungsurteils unrichtig wiedergegeben, kann sie nicht gehört werden, weil der Tatbestand nicht berichtigt ist. Weiter bemängelt die Revision, daß das Berufungsgericht den Widerspruch zwischen den beiden ersten Sätzen der Aussage des als Zeugen vernommenen Bürovorstehers nicht aufgeklärt habe. Diese Sätze beziehen sich jedoch lediglich darauf, ob der Beklagte dem Zeugen den Auftrag erteilt habe, Rechtsauskünfte zu erteilen. Das Oberlandesgericht hat aber seine Entscheidung nicht darauf gegründet, daß der Beklagte einen solchen Auftrag erteilt habe, sondern darauf, daß er die Erteilung von Rechtsauskünften durch den Bürovorsteher geduldet habe. Diese Feststellung hat es auf Grund der übrigen Aussage des Zeugen getroffen, namentlich auf Grund der von dem Zeugen bekundeten Tatsache, daß der Kläger in neunundneunzig von hundert Fällen bei der Vornahme von notariischen Akten nicht mit dem Beklagten selbst, sondern mit dem Bürovorsteher verhandelt habe. Wenn das Berufungsgericht hieraus auf eine von dem Beklagten geduldete Übung geschlossen hat, so handelt es sich hierbei um eine der Revision nicht zugängliche Beweis- und Tatsachenwürdigung. Mit Recht hat das Oberlandesgericht auch das Verfahren beanstandet, das in Fällen der Abwesenheit des Beklagten geübt wurde. Von den in Art. 97 und Art. 99 PrZGO. ihm eingeräumten Befugnissen brauchte der Beklagte allerdings keinen Gebrauch zu machen. Es braucht auch nicht erörtert zu werden, ob der Beklagte den Verpflichtungen nachgekommen ist, welche dem Notar für den Fall seiner Abwesenheit durch Verfügung des Preussischen Justizministers auferlegt waren (vgl. Schlegelberger ZGO. 3. Aufl. Bem. 3 zu Art. 91 PrZGO.). Denn hierauf ist der dem Kläger entstandene Schaden nicht zurückzuführen. Unzulässig war es aber, daß der Bürovorsteher mit einem zur Vornahme eines notariischen Aktes Erschienenen verhandelte, den Akt vorbereitete und den Erschienenen hiermit zu einem anderen Notar schickte. Denn die Verhandlung und die Vorbereitung des Aktes sind bereits Teile der Tätigkeit, die allein der Notar als Amtsperson

vorzunehmen hat. Ob der Beklagte in dieser Beziehung von einem Verschulden deshalb freizusprechen ist, weil es sich um eine an seinem Amtsitze herrschende allgemeine Übung gehandelt hat, kann dahinstehen. Die Haftung des Beklagten ergibt sich schon aus der von dem Berufungsgericht festgestellten Duldung der Raterteilung durch den Bürovorsteher, die zweifellos ein Verschulden darstellt.

Daß der dem Kläger erteilte falsche Rechtsrat für den eingetretenen Schaden ursächlich war, kann einem begründeten Zweifel nicht begegnen. Die Frage ist allerdings nicht mit dem Oberlandesgericht dahin zu stellen, ob der Beklagte, wenn ihm der Fall unterbreitet worden wäre, die Rechtslage richtig erkannt und beurteilt hätte. Denn der Beklagte konnte wegen seiner Abwesenheit gar nicht mit der Sache befaßt werden. Vielmehr kommt es darauf an, ob ein anderer Notar dem Kläger den richtigen Rat erteilt hätte, wenn er darum angegangen worden wäre. Diese Frage ist zu bejahen, da davon auszugehen ist, daß die Beamten ihre Dienstgeschäfte ordnungsgemäß erledigen, und da es sich um eine keineswegs besonders schwierige Frage gehandelt hat, die in den maßgebenden Erläuterungsbüchern einheitlich beantwortet wird.

Schließlich rügt die Revision noch Verletzung des § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB., jedoch zu Unrecht. An sich hat allerdings der Verletzte bei nur fahrlässiger Amtspflichtverletzung den Nachweis zu führen, daß er anderweit keinen Ersatz für seinen Schaden erlangen kann. Allein damit darf ihm nichts Unmögliches zugemutet werden. Ergibt die Sachlage, daß der, welcher anderweit als Ersatzpflichtiger in Betracht kommt, kein greifbares Vermögen besitzt, so ist es Sache des Beklagten, darzutun, daß dennoch Vollstreckungsmöglichkeiten bestehen. Dabei ist aber zu berücksichtigen, daß, wie das Oberlandesgericht zutreffend ausführt, der Verletzte auf künftige, unsichere Vollstreckungsmöglichkeiten nicht verwiesen werden darf. Denn er hat Anspruch auf alsbaldigen Ersatz seines Schadens. Hier hat der Beklagte selbst gegen Frau A. eine Zwangsvollstreckung betrieben, indem er die ihr an dem Grundstück R.straße 72 zustehende Eigentümergrundschuld von 4000 RM. zum Teil gepfändet hat. Es ist daher davon auszugehen, daß Frau A. sich nicht in günstiger Vermögenslage befindet. Für die Vollstreckung hat denn auch der Beklagte lediglich auf diese Eigentümergrundschuld und auf einen Auflassungsanspruch der Frau A., der auf einem Kaufvertrage beruht

und durch eine Vormerkung gesichert ist, verwiesen. Dem Oberlandesgericht ist aber nicht entgegenzutreten, wenn es annimmt, daß dem Kläger nicht zuzumuten sei, hierauf zurückzugreifen. Die Vollstreckung in den Auflassungsanspruch könnte dem Kläger nur helfen, wenn er auch die Verpflichtungen der Frau A. aus dem Kaufvertrag erfüllen würde. Daß ihm dies nicht zuzumuten ist, bedarf keiner weiteren Ausführung. Bei der Eigentümergrundschuld ist zu Gunsten der nachfolgenden, dem Kläger zustehenden Hypothek eine Löschungsvormerkung eingetragen. Wie die Revision selbst ausführt, ist es fraglich, ob die Löschungsvormerkung sich auch auf den Fall bezieht, daß der Gegenwert der Hypothek nicht bezahlt ist. Diese Frage müßte in einem Rechtsstreit zwischen der Frau A. und dem Kläger ausgetragen werden, weil eine Entscheidung in dem Rechtsstreit der jetzigen Parteien keine Rechtskraft gegenüber Frau A. begründen würde. Auf einen so unsicheren Rechtsstreit braucht sich der Kläger nicht einzulassen. Dazu kommt, daß die Befriedigung aus einer Hypothek bei der gegenwärtigen Lage der Gesetzgebung besonderen Schwierigkeiten begegnet (vgl. RGZ. Bd. 161 S. 109 [121]). Wenn die Revision meint, der Kläger dürfe sich dem Beklagten gegenüber nicht auf die Löschungsvormerkung berufen, so irrt sie. Der Kläger ist nicht genötigt, zu Gunsten des Beklagten auf ein ihm zustehendes Recht zu verzichten.