
Datum: 06.09.2002
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 11. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 11 U 39/01
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2002:0906.11U39.01.00

Vorinstanz: Landgericht Essen, 12 O 490/99

Tenor:

Unter Zurückweisung der Anschlussberufung des Klägers wird auf die Berufung der Beklagten das am 21. November 2000 verkündete Urteil der 12. Zivilkammer des Landgerichts Essen teilweise abgeändert.

Die Klage wird insgesamt abgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Kläger darf die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagten vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leisten.

Gründe:

A.

Der Kläger nimmt die Beklagten als Notar bzw. Notarvertreter auf Schadensersatz im Zusammenhang mit der Beurkundung und dem Vollzug eines Kaufvertrages über einen Miteigentumsanteil an einem in X belegenen Grundstück verbunden mit Teileigentum an

1

2

3

Räumen im Dach- und Spitzboden in Anspruch. Das Landgericht hat die Beklagten unter Abweisung der weitergehenden Klage als Gesamtschuldner zur Zahlung von 206.618,58 DM nebst Zinsen Zug um Zug gegen Übereignung des vom Kläger erworbenen Grundbesitzes verurteilt. Wegen der Einzelheiten des erstinstanzlichen Vortrags der Parteien und der Begründung der landgerichtlichen Entscheidung wird auf Tatbestand und Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils Bezug genommen.

Mit ihrer Berufung verfolgen die Beklagten ihren Klageabweisungsantrag weiter. Sie meinen, die Klage sei bereits deshalb abzuweisen, weil der Kläger Eigentümer des Teileigentums geworden sei, dessen Wert – wegen der Baumaßnahmen – den Betrag der Klageforderung erreiche, so dass es am Schaden fehle. 4

Im übrigen vertiefen die Beklagten ihr erstinstanzlichen Vorbringen wie folgt: 5

Eine Belehrung über das Zustimmungserfordernis und den Unterschied zwischen Wohnungs- und Teileigentum sei erfolgt; für das Gegenteil sei der Kläger auch im Streitfall entgegen der Auffassung des Landgerichts beweispflichtig, weil eine Beweislastumkehr nicht in Betracht komme. Der Kläger hätte auch bei einer "weitergehenden Belehrung" weder vom Erwerb noch von der Durchführung der Umbauarbeiten Abstand genommen. Die Eheleute Y2 hätten sich nämlich anlässlich eines persönlichen Gesprächs mit dem Kläger im Februar/März 1996 mit dem Dachgeschossausbau einverstanden erklärt und seien zudem hierzu nach Treu und Glauben auch verpflichtet. Dass die Verkäuferin Zamhöfer zahlungsunfähig sei, bestreiten die Beklagten ebenso vorsorglich wie die Höhe der vom Kläger ersetzt verlangten Aufwendungen für Finanzierung, Grundbesitzabgaben, Gerichtskosten, Maklercourtage und Architektenhonorar. Die Notarkosten könne der Kläger nicht ersetzt verlangen; der Zinsanspruch werde der Höhe nach bestritten. Schließlich, so meinen die Beklagten, müsse sich der Kläger ein Mitverschulden von mindestens 2/3 anrechnen lassen, denn – so behaupten die Beklagten hilfsweise – er habe in Kenntnis der Zustimmungsverweigerung der Eheleute Y2 die Darlehens- und Architektenverträge abgeschlossen und mit Baumaßnahmen begonnen. 6

Die Beklagten beantragen, 7

unter teilweiser Abänderung des angefochtenen Urteils die Klage abzuweisen, und zwar auch hinsichtlich des mit der Anschlußberufung des Klägers erweiterten Gegenstands. 8

Der Kläger beantragt, 9

die Berufung zurückzuweisen und - im Wege der unselbständigen Anschlussberufung - festzustellen, dass die Beklagten zum Ersatz sämtlicher auf der unzureichenden Belehrung beruhender Schäden verpflichtet sind. 10

Er behauptet, das von ihm erworbene Eigentum sei wirtschaftlich wertlos, nachdem eine Wohnungsnutzung wegen der verweigerten Zustimmung nicht in Betracht komme. Der Beklagte zu 2) habe über dieses Zustimmungserfordernis nicht belehrt. Zu Recht habe das Landgericht eine Beweislastumkehr angenommen, denn zahlreiche Umstände sprächen für die unterbliebene Belehrung, was näher ausgeführt wird. Zur Kausalität trägt der Kläger vor, er hätte bei entsprechender Belehrung den Vertrag erst nach Erteilung der Zustimmung der übrigen Wohnungseigentümerin unterschrieben. Die Bauarbeiten habe er bis Anfang 1997 vorgenommen, dann seien sie im Hinblick auf die erforderliche Baugenehmigung eingestellt und später – nach deren Erteilung - nicht wieder aufgenommen worden, nachdem die Miteigentümer die Zustimmung verweigert hätten. Wäre ihm dies früher bekannt geworden, 11

so hätte er von den Bauarbeiten Abstand genommen. Seine Darstellung zum Schaden ergänzt der Kläger dahin, dass das Architektenhonorar noch nicht gezahlt sei. Alternativ will er den für die Finanzierungsaufwendungen in Ansatz gebrachten Betrag der Schadensberechnung auf einen Mietausfallschaden in Höhe von 52.000 DM (1.300 DM für 40 Monate ab 1/98) stützen. Einen Schadensersatzanspruch gegen den Makler wegen unzureichender Aufklärung hinsichtlich des vermittelten Objekts habe er nicht, denn das Exposé enthalte einen wirksamen Haftungsausschluss.

Wegen der Einzelheiten des Vortrags der Parteien wird auf die gewechselten Schriftsätze verwiesen. Sie waren Gegenstand der mündlichen Verhandlung. 12

B. 13

Die zulässige Berufung hat in der Sache Erfolg; dagegen ist die Anschlussberufung des Klägers unbegründet. 14

Die Klage – auch soweit sie im Rahmen der Anschlussberufung erweitert worden ist - ist derzeit unbegründet, denn dem Kläger steht gegenwärtig gegen die Beklagten aus §§ 19 Abs. 1, 39, 46 BNotO kein Schadensersatzanspruch wegen notarieller Amtspflichtverletzungen zu. Der Kläger hat das Bestehen einer anderweitigen Ersatzmöglichkeit gegenüber dem Makler Y3 nicht ausgeschlossen, § 19 Abs. 1 Satz 2 BNotO. 15

I. 16

Der Senat lässt, anders als das Landgericht im angefochtenen Urteil, offen, ob dem Beklagten zu 2) im Zusammenhang mit der Beurkundung des Kaufvertrages eine Amtspflichtverletzung vorgeworfen werden kann. 17

1. 18

Der Senat folgt dem Landgericht darin, dass es im Rahmen der Rechtsbelehrungspflicht aus § 17 BeurkG Pflicht des Beklagten zu 2) als Notarvertreter war, die Urkundsbeteiligten darauf hinzuweisen, dass zu dem vorgesehenen Ausbau des Dachgeschosses als Wohnraum die Zustimmung der anderen Miteigentümer nach § 22 WEG erforderlich war. Insoweit nimmt der Senat zur Vermeidung von Wiederholungen auf das angefochtene Urteil Bezug. 19

2. 20

Nicht feststellen lässt sich dagegen aus Sicht des Senats, dass der Beklagte zu 2) gegen diese Pflicht tatsächlich verstoßen hat. 21

Das Landgericht ist im angefochtenen Urteil nach der von ihm durchgeführten Beweisaufnahme davon ausgegangen, dass sich sichere Feststellungen zum Inhalt der im Rahmen des Beurkundungstermins den Beteiligten erteilten notariellen Hinweise nicht treffen lassen. Dem folgt der Senat. Fehlerhaft hat das Landgericht jedoch die Beklagten für eine ordnungsgemäße Belehrung im Streitfall als beweisbelastet angesehen und deshalb eine unterbliebene Belehrung festgestellt. 22

Wer einen zur umfassenden Belehrung Verpflichteten, z. B. einen Rechtsanwalt oder Notar, auf Schadensersatz in Anspruch nimmt, weil dieser seine Pflichten nicht gehörig erfüllt habe, trägt für dieses Unterlassen die Beweislast, wenn ihm damit auch der Beweis einer negativen Tatsache aufgebürdet wird (BGH NJW 1987, 1322; BGH NJW-RR 1987, 869, jeweils m. w. 23

Nachw.). Nur dann, wenn es sich um Belehrungen handelt, die nach den gesetzlichen Vorschriften einer Dokumentationspflicht unterliegen (§ 17 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 3, §§ 18 – 21 BeurkG), hat bei Fehlen eines entsprechenden Belehrungsvermerkes im Streitfall der Notar zu beweisen, dass er ordnungsgemäß belehrt hat (BGH DNotZ 1974, 296; BGH DNotZ 1990, 441, 442). Um eine solche Pflicht handelt es sich im Streitfall jedoch nicht. Deshalb lässt sich weder aus dem Fehlen eines Belehrungsvermerkes noch aus möglichen früheren Äußerungen der Beklagten im Rahmen vorgerichtlicher Korrespondenz eine Vermutung unterbliebener Belehrung, ein Anscheinsbeweis hierfür oder eine Umkehrung der Beweislast ableiten. Für die weiteren Überlegungen kann der Senat daher, da die beantragte Parteivernehmung des Beklagten zu 2) noch nicht durchgeführt werden konnte, zugunsten des Klägers nur unterstellen, dass die gebotene Belehrung nicht erfolgt ist.	
3.	24
Eine unterlassene Belehrung begründete gegenüber dem Beklagten zu 2) den Vorwurf fahrlässigen Verhaltens.	25
Dass ihn auch als Notarvertreter eine rechtliche Pflicht zur Belehrung traf, hätte der Beklagte – ungeachtet möglicher eigener Unerfahrenheit im notariellen Pflichtenkreis erkennen können und müssen. Maßstab sind insoweit nämlich nicht die persönlichen Kenntnisse und Fähigkeiten des Beklagten zu 2); auch als Notarvertreter muss er sich daran messen lassen, wie sich ein erfahrener, pflichtbewusster und gewissenhafter Durchschnittsnotar verhalten hätte.	26
Allerdings haben die Parteien, wie sich aus der Vertragsurkunde ergibt, nach Belehrung über sich daraus ergebende Gefahren auf eine Grundbucheinsicht verzichtet. Dass kein Wohnungseigentum sondern Teileigentum eingetragen war, konnte der Beklagte zu 2) daher nicht ohne weiteres – wie nach einer Grundbucheinsicht - erkennen. Er schuldete jedoch wie jeder Notar den Beteiligten, in seiner Amtsführung stets den sichersten Weg zu gehen. Wenn die Beteiligten deshalb schon auf eine Grundbucheinsicht verzichteten, andererseits aber dem Geschäft die vom Beklagten zu 1) zuvor beurkundete (weitere) Teilungserklärung zugrunde lag, so oblag es dem Beklagten zu 2), die hierzu entstandenen Notariatsakten darauf zu kontrollieren, ob sich daraus Hindernisse für das nunmehr zu beurkundende Geschäft ergeben. Er hätte dann anhand der Eintragungsmittelungen des Grundbuchamtes festgestellt, dass bisher kein Wohnungseigentum sondern nur Teileigentum eingetragen war; die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Ausbau und eine Wohnnutzung möglich sein würden, also näherer Klärung bedurfte und die Beteiligten hierauf hinzuweisen waren.	27
II.	28
Der Senat kann weiter offen lassen, ob dem Kläger durch die – unterstellte – Amtspflichtverletzung des Beklagten zu 2) ein Schaden entstanden ist.	29
Besteht die Pflichtverletzung, wie hier anzunehmen, in einem Unterlassen, so muss untersucht werden, wie sich die Dinge bei pflichtgemäßem Verhalten des Notars entwickelt hätten. Es muss also hinzugedacht werden, dass der Notar die gebotene Belehrung erteilt hätte. Der Kläger hat hierzu in seiner persönlichen Anhörung vor dem Senat verdeutlicht, er hätte den Kaufvertrag bei einem Hinweis des Notars auf die Notwendigkeit der Zustimmung der übrigen Miteigentümer erst abgeschlossen, wenn diese Zustimmung erteilt worden wäre. Für diese von den Beklagten substantiiert bestrittene Behauptung streitet nicht bereits die Vermutung beratungsgerechten Verhaltens, denn diese greift nur ein, wenn lediglich eine	30

einzigste verständige Entschlussmöglichkeit in Betracht kommt (vgl. BGH NJW 1992, 3237, 3241). Der Beklagte zu 2) hatte keine besondere Vertragsgestaltung vorzuschlagen, sondern nur auf die mögliche Genehmigungsbedürftigkeit hinzuweisen. Danach hätte der Kläger, wie er jetzt behauptet, (zunächst) ganz vom Vertrag Abstand nehmen können. Denkbar war aber auch die Aufnahme einer Verpflichtung der Verkäuferin, die Zustimmung binnen bestimmter Frist vor Kaufpreiszahlung beizubringen, und eines besonderen Rücktrittsrechts, falls dies nicht geschah. Schließlich hätte der Kläger auch auf die behauptete mündliche Zusage der Eheleute Y, wie sie die Verkäuferseite hätte behaupten können, vertrauen können.

Zwar verkennt der Senat nicht, dass der Kläger bei sachgerechtem Verhalten eher versucht hätte, im Sinne der beiden ersten Verhaltensmöglichkeiten seine Kaufpreiszahlung zu sichern. Ob dies allerdings angesichts des abweichenden Vortrags der Beklagten ohne Beweiserhebung – der Kläger tritt hierfür keinen Beweis an - als überwiegend wahrscheinlich (§ 287 ZPO) angesehen und damit der Entscheidung zugrunde gelegt werden kann, erscheint dem Senat nicht zweifelsfrei. 31

III. 32

Dies wie auch die Frage, ob dem Kläger überhaupt beim Vergleich seiner tatsächlichen Vermögenslage mit derjenigen, die sich ohne die – unterstellte – Amtspflichtverletzung ergeben hätte, ein Schaden entstanden ist, was die Beklagten mit umfangreichen Ausführungen bestreiten, braucht der Senat letztlich nicht zu entscheiden, denn der Kläger hat eine anderweitige Ersatzmöglichkeit im Sinne von § 19 Abs. 1 Satz 2 BNotO nicht ausgeschlossen. Als eine Solche kommen alle Möglichkeiten der Schadloshaltung tatsächlicher und rechtlicher Art in Betracht, sofern sie sich aus demselben Tatsachenkreis wie der Amtshaftungsanspruch ergeben und dem Ausgleich desselben Schadens dienen wie dieser. 33

Eine solche Ersatzmöglichkeit, deren Bestehen der Kläger nicht ausgeschlossen hat, kommt hier unter dem Gesichtspunkt einer Positiven Forderungsverletzung des Maklervertrages gegen den vom Kläger beauftragten Makler Y3 in Betracht. 34

1. 35

Unstreitig hat der Kläger den Makler Y3, handelnd unter der Firma C mit dem Nachweis und der Vermittlung des von ihm gekauften Objekts beauftragt und hierfür den vereinbarten Maklerlohn bezahlt. Im Rahmen eines solchen Maklervertrages ist der Makler verpflichtet, den Auftraggeber über alle ihm bekannten tatsächlichen und rechtlichen Umstände aufzuklären, die sich auf den Geschäftsabschluss beziehen und für den Willensentschluss des Auftraggebers bedeutsam sein können (BGH NJW 1981, 2685). Bei den hier in Frage kommenden Aufklärungspflichten gilt allerdings grundsätzlich, dass den Makler grundsätzlich keine Erkundigungs- und Nachprüfungspflicht trifft (BGHZ 36, 323, 328) und der Makler seinem Auftraggeber grundsätzlich keine Ermittlungen schuldet (OLG Düsseldorf OLGR 1993, 349). **Enthält ein Angebot den ausdrücklichen Hinweis, dass es auf den Mitteilungen des Verkäufers beruht, so soll es sich nur um die Weitergabe von Verkäuferangaben handeln, was im Regelfall die Haftung des Maklers entfallen lassen soll (vgl dazu Schwerdtner Rn. 317).** 36

Zu der hier entscheidenden Frage, ob eine Genehmigung der Miteigentümer vorlag oder entbehrlich war, haben die Verkäufer – davon geht der Senat zugunsten des Klägers aus - keine Angaben gemacht; auch das Exposé enthält hierzu ausdrücklich nichts. Allerdings wusste der Makler, dass eine noch auszubauende Eigentumswohnung verkauft werden 37

sollte. Durch das Exposé wird ein solcher Ausbau als möglich und letztlich unumgänglich hingestellt, denn ohne Ausbau kam die angebotene Nutzung zu Wohnzwecken überhaupt nicht in Betracht. Angesichts dieser überragenden Bedeutung des Ausbaus zur Wohnung für jeden Käufer war der Makler nach Auffassung des Senats verpflichtet, seinen Auftraggeber zumindest darauf hinzuweisen, dass die rechtliche und tatsächliche Möglichkeit des Ausbaus der Räume von ihm nicht geprüft war, eine solche vorherige Prüfung im Hinblick auf die wirtschaftliche Verwertbarkeit der Räume aber jedem Kaufinteressenten dringend empfohlen werden musste. Dies ist unstreitig unterblieben und kann eine Haftung des Makler aus pFV wegen fahrlässig unzureichender Erfüllung der ihn treffenden Hinweispflichten begründen.

2. 38

Dass ein wirksamer Haftungsausschluss vereinbart worden ist, trägt der Kläger nicht schlüssig vor. Der Hinweis auf die Freizeichnungsklausel im Exposé erfasst den vorliegenden Fall nicht, weil es nicht um die Richtigkeit, sondern um die – erkennbare – Unvollständigkeit der Angaben geht. Zudem verstößt die Klausel, wenn man sie weitergehend auslegen wollte und wenn sie überhaupt wirksam Vertragsinhalt geworden sein sollte, was der Senat nach dem Klägervortrag nicht feststellen kann, gegen § 11 Nr. 7 AGBG, weil sie jegliche Haftung ausschließt, und ist deshalb unwirksam. 39

3. 40

Dass vom Makler wirtschaftlich kein Ersatz zu erlangen ist, behauptet der Kläger nicht. 41

Die Inanspruchnahme des Maklers ist auch sonst nicht unzumutbar. 42

Insoweit hat der Senat bedacht, dass es für die Frage, ob es dem Geschädigten zumutbar ist gegen mehrere andere Ersatzpflichtige gleichzeitig oder nacheinander vorzugehen, auf die Umstände des Einzelfalles ankommt. Dabei soll der Subsidiaritätseinwand dann versagen, wenn bereits ein Ersatzpflichtiger erfolglos in Anspruch genommen worden ist und sich erst im Amtshaftungsprozess zeigt, dass auch noch gegen einen weiteren Dritten Ersatzansprüche in Betracht kommen (BGHZ 120, 124, 131). Im Streitfall hat der Kläger zunächst nur kaufrechtliche Gewährleistungsansprüche gegen die Verkäuferin gerichtlich geltend gemacht. Jedoch war von Anfang an bekannt, dass der Kläger daneben Schadensersatzansprüche wegen mangelhafter Aufklärung und Beratung haben könnte. Entsprechende Aufklärungspflichten trafen nicht nur die Beklagten, sondern auch den Makler. Dies hätten die rechtlichen Berater der Klägers, deren Hilfe er sich im Rahmen seiner Klage gegen die Verkäuferin bediente, unschwer erkennen können. Der Kläger hätte deshalb, den Makler und die Verkäuferin gleichzeitig in Anspruch nehmen können. Ein zusätzliches Prozesskostenrisiko bestand dabei gegenüber den Beklagten nicht, denn die Kosten der Prozessführung gegen einen anderweitig Ersatzpflichtigen gehören zu den adäquat durch die Amtspflichtverletzung verursachten Schäden, die der Notar im Haftungsfall zu ersetzen hat. Bei dieser Sachlage wird der Kläger durch die Verweisung auf mögliche Ansprüche gegen den Makler nicht unzumutbar beeinträchtigt, denn er hatte bei sachgerechter Beratung durch seine erstinstanzlichen Bevollmächtigten die Möglichkeit, den Makler sofort – ggfls gemeinsam mit der Verkäuferin – in Anspruch zu nehmen. Zudem kann nicht unberücksichtigt bleiben, dass, wollte man die Verweisung als unzumutbar ansehen und die Beklagten zur Zahlung Zug um Zug gegen Abtretung möglicher Ansprüche des Klägers verpflichten, das Risiko zwischenzeitlich eingetretener Insolvenz des Dritten, das bei einer endgültig versäumten anderweitigen Ersatzmöglichkeit der Anspruchsteller zu tragen hat, entgegen diesem Grundsatz dem Notar auferlegt würde. 43

4.

Die vom Kläger beantragte Aussetzung des Verfahrens zum Zwecke der Inanspruchnahme des Maklers kommt nicht in Betracht, weil ein solches Verfahren nicht vorgreiflich im Sinne von § 148 ZPO wäre, denn im vorliegenden Verfahren ist die Klage bereits dann als zur Zeit unbegründet abzuweisen, wenn der Anspruchsteller das Bestehen einer anderweitigen Ersatzmöglichkeit nicht ausgeschlossen hat.. 45

C. 46

Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 91 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO. Gründe für die Zulassung der Revision, 543 Abs. 2 ZPO, bestehen nicht. 47

D., 48

Der Streitwertbeschluss des Senats vom 18. Juli 2001 wird für endgültig erklärt. 49