

TE OGH 2002/3/21 20b49/02y

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 21.03.2002

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Niederreiter als Vorsitzenden sowie durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Schinko, Dr. Tittel, Dr. Baumann und Hon. Prof. Dr. Danzl als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Parteien 1. Alois T***** und 2. Maria T*****, vertreten durch Dr. Helmut Paul, Rechtsanwalt in Krems, wider die beklagte Partei Dr. Helfried S*****, vertreten durch Dr. Manfred Steininger, Rechtsanwalt in Wien, wegen EUR 14.603,61 sA, infolge Revision der klagenden Parteien gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Wien als Berufungsgericht vom 31. August 2001, GZ 11 R 125/01k-21, womit infolge Berufung der klagenden Parteien das Urteil des Landesgerichtes für Zivilrechtssachen Wien vom 19. April 2001, GZ 57 Cg 101/00t-17, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung folgenden Beschluss

gefasst:

Spruch

Der Revision wird Folge gegeben.

Die Entscheidung des Berufungsgerichtes wird aufgehoben und diesem eine neuerliche Entscheidung aufgetragen.

Die Kosten der Rechtsmittelverfahren sind weitere Verfahrenskosten.

Text

Begründung:

Die Kläger begehren vom Beklagten die Zahlung von S 200.950 sA mit der Begründung, am 4. 8. 1995 mit Otto P***** einen Kaufvertrag über das Grundstück Nr 765/1 GB ***** K***** abgeschlossen zu haben. Dieses Grundstück hätte aufgrund des Teilungsplanes von DI Herbert E***** durch Teilung des der EZ 47 inneliegenden Grundstückes Nr 765 geschaffen werden und ein Ausmaß von 850 m² haben sollen. Das Grundstück hätte lastenfrei sein sollen. Mit der Errichtung des Kaufvertrages sei das Notariat des Beklagten beauftragt worden, mit den Arbeiten sei der Substitut des Beklagten, Dr. Wolfgang T*****, befasst gewesen. Zu ihm seien die Vertragsparteien dadurch gekommen, dass dieser damals in K***** als Notar und Vertragserrichter bekannt gewesen sei. Dr. T***** habe gewusst, dass wesentlicher Vertragsinhalt die auf dem Grundstück befindliche Scheune sei, er habe von dieser auch Kenntnis gehabt. Als die Kläger im Juni 1999 auf dem von ihnen erworbenen Grundstück ein Gebäude errichten hätten wollen, hätten sie erfahren, dass der Kaufvertrag nach wie vor nicht grundbücherlich durchgeführt worden sei und gegen den noch im Grundbuch eingetragenen Eigentümer Otto P***** von der V*****bank ***** AG, zu deren Gunsten ein Höchstbetragspfandrecht einverleibt sei, Exekution durch Zwangsversteigerung geführt werde.

Der Substitut Dr. T***** habe es unterlassen, in das Grundbuch Einsicht zu nehmen und die Kläger darüber aufzuklären, dass ein vorrangiges Pfandrecht zugunsten der V*****bank ***** AG im Lastenblatt der EZ 47 einverleibt

und eine lastenfreie Übertragung des Eigentumsrechtes an die Kläger nicht möglich sei. Der Kaufpreis sei von den Klägern einige Tage nach Vertragserrichtung direkt an Otto P***** bezahlt worden. Selbst wenn die Zahlung einen Tag vor Unterfertigung des Kaufvertrages überwiesen worden sei, dann hätte bei entsprechender Aufklärung durch Dr. T***** dahingehend, dass sich dies zum Nachteil der Kläger auswirken könne, der Kaufpreis von der Bank noch zurückgefordert bzw die Überweisung gestoppt werden können. Dr. T***** habe keinerlei Sicherheitsmaßnahmen (Rangordnung; Vormerkung des Eigentumsrechtes) ergriffen. Dadurch, dass er seiner Aufklärungspflicht nicht nachgekommen sei bzw nicht in das Grundbuch Einsicht genommen habe, sei den Klägern ein Schaden in der Höhe des Klagsbetrages entstanden; dieser setze sich zusammen aus dem Kaufpreis von S 170.000, pauschalen Unkosten von S 5.000, Grunderwerbssteuer von S 5.950 und Investitionen von S 20.000.

Der Beklagte bestritt und wendete ua seine mangelnde Passivlegitimation ein. Mit der Errichtung des Kaufvertrages sei ausschließlich sein Dauersubstitut Dr. T***** befasst gewesen. Dieser habe auch pflichtgemäß gehandelt. Kaufgegenstand sei das erst durch Teilung entstehende neue Grundstück Nr 765/1 gewesen, es hätte für die Eintragung des Eigentums der Kläger eines genehmigten Teilungsplanes bedurft. Die Vertragsparteien hätten erst erklärt, dass dieser kurz nach der Vertragserrichtung in grundbuchsfähiger Form vorliegen werde, doch hätten Dr. T***** bzw der Beklagte diesen bis heute trotz mehrmaliger Urgenz weder von den Klägern noch von DI E***** erhalten. Dr. T***** habe vor Vertragserrichtung den Klägern empfohlen, den Kaufpreis erst nach grundbücherlicher Einverleibung ihres Eigentumsrechtes auszuzahlen bzw ihn zumindest so lange zurückzuhalten, bis alle notwendigen Unterlagen für die Erstellung eines erfolgreichen Grundbuchsgesuches vorliegen würden. Vor allem habe er den Klägern abgeraten, den Kaufpreis schon kurz nach der Vertragserrichtung auszubezahlen. Dessen ungeachtet hätten die Parteien unter Punkt III des Kaufvertrages vereinbart, dass die Bezahlung des Kaufpreises von S 170.000 über gesonderte Vereinbarung erfolge und sei der Kaufpreis bereits vor Vertragserrichtung bezahlt worden. Der Beklagte bestritt und wendete ua seine mangelnde Passivlegitimation ein. Mit der Errichtung des Kaufvertrages sei ausschließlich sein Dauersubstitut Dr. T***** befasst gewesen. Dieser habe auch pflichtgemäß gehandelt. Kaufgegenstand sei das erst durch Teilung entstehende neue Grundstück Nr 765/1 gewesen, es hätte für die Eintragung des Eigentums der Kläger eines genehmigten Teilungsplanes bedurft. Die Vertragsparteien hätten erst erklärt, dass dieser kurz nach der Vertragserrichtung in grundbuchsfähiger Form vorliegen werde, doch hätten Dr. T***** bzw der Beklagte diesen bis heute trotz mehrmaliger Urgenz weder von den Klägern noch von DI E***** erhalten. Dr. T***** habe vor Vertragserrichtung den Klägern empfohlen, den Kaufpreis erst nach grundbücherlicher Einverleibung ihres Eigentumsrechtes auszuzahlen bzw ihn zumindest so lange zurückzuhalten, bis alle notwendigen Unterlagen für die Erstellung eines erfolgreichen Grundbuchsgesuches vorliegen würden. Vor allem habe er den Klägern abgeraten, den Kaufpreis schon kurz nach der Vertragserrichtung auszubezahlen. Dessen ungeachtet hätten die Parteien unter Punkt römisch III des Kaufvertrages vereinbart, dass die Bezahlung des Kaufpreises von S 170.000 über gesonderte Vereinbarung erfolge und sei der Kaufpreis bereits vor Vertragserrichtung bezahlt worden.

Die Kläger hätten selbst grob fahrlässig ihre Mitwirkungspflicht an einem erfolgreichen Grundbuchsgesuch verletzt, weil sie den Teilungsplan trotz mehrfacher Urgenz nicht an Dr. T***** übermittelt hätten. Dieser habe den Vertragsparteien mehrere Lösungsmöglichkeiten vorgeschlagen um wenigstens des größten Teil des klägerischen Eigentums im Grundbuch einverleiben zu können. Diese Vorschläge seien aber wegen des alleinigen Widerstands der Kläger nicht realisiert worden.

Dr. T***** habe vor Vertragserrichtung durch Einsicht in das Grundbuch den Lastenstand festgestellt; hinsichtlich der zu C-LNr 3, 5 und 8 einverleibten Pfandrechte seien bereits Löschungserklärungen vorgelegen. Hinsichtlich des unter C-LNr 9 eingetragenen Pfandrechtes für die V*****bank ***** AG sei die Freilassung von der Bank verbindlich mündlich zugesagt worden. Dr. T***** habe über eine Rangordnung bis 2. 3. 1996 verfügt. Die Einverleibung des Eigentumsrechtes der Kläger sei bis 16. 3. 1998 möglich gewesen, hätten die Kläger, wie vereinbart, den Teilungsplan beigebracht.

Den Klägern sei kein Schaden entstanden, da sie "außerbücherliche" Eigentümer seien und seit der Übergabe im Jahr 1995 das Grundstück uneingeschränkt benutzen könnten. Im derzeit anhängigen Versteigerungsverfahren sei die betreibende V*****bank ***** AG bereit, auf die Versteigerung des an die Kläger verkauften Grundstückes zu verzichten. Die Klagsforderung werde auch deshalb bestritten, weil die Kläger nicht vom Vertrag zurückgetreten seien; in eventu sei sie verjährt, weil den Klägern seit Anfang 1996 bekannt gewesen sei, dass sie die Scheune nicht benutzen könnten.

Die Kläger erwiderten darauf, mit dem Teilungsplan des Geometers DI E***** nichts zu tun gehabt zu haben; dieser habe sich bereits in den Händen Dr. T***** befunden, als sie zu diesem gekommen seien. Es sei bei den Gesprächen mit Dr. T***** nie erörtert worden, dass der Teilungsplan nicht grundbuchsfähig sei. Völlig unrichtig sei, dass Dr. T***** ihnen empfohlen hätte, den Kaufpreis erst nach grundbücherlicher Einverleibung auszubezahlen oder zurückzuhalten. Dr. T***** habe im Namen des Beklagten gehandelt, diesen treffe jedenfalls der Vorwurf der nicht ausreichenden Aufsicht und Überwachung seines Mitarbeiters und Substituten Dr. T*****. Der Anspruch sei nicht verjährt, weil sie der Vertragserrichter namens des Beklagten wiederholt in der Meinung gelassen habe, eine Durchführung des Vertrages sei möglich.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab, wobei im Wesentlichen folgende Feststellungen getroffen wurden:

Im Notariat des Beklagten wurde am 4. 8. 1995 zwischen Otto P***** als Verkäufer und den Klägern als Käufer über das durch den Teilungsplan Gz 1422/95 des DI E***** entstehende neue Grundstück 765/1, inne liegend der Liegenschaft EZ 47, Grundbuch ***** K***** abgeschlossen. Es wurde vereinbart, dass das Vertragsobjekt mit Ausnahme bestimmter Reallasten bzw Dienstbarkeiten lastenfrei übergeben werden sollte.

Mit der Errichtung des Kaufvertrages war ausschließlich der Dauersubstitut des Beklagten Dr. T***** befasst. Dieser war mit Bescheid des Präsidenten des Landesgerichtes für ZRS Wien vom 27. 12. 1993 ab 1. 1. 1994 bis auf Widerruf gemäß §§ 120, 121 NO zum Dauersubstituten für den Beklagten bestellt worden. Als solcher war er bis zu seiner eigenen Ernennung zum Notar im Jahr 1997 tätig. Grund für die Bestellung als Dauersubstitut war kein konkreter Verhinderungsfall, sondern der Arbeitsanfall in der Kanzlei des Beklagten. Mit der Errichtung des Kaufvertrages war ausschließlich der Dauersubstitut des Beklagten Dr. T***** befasst. Dieser war mit Bescheid des Präsidenten des Landesgerichtes für ZRS Wien vom 27. 12. 1993 ab 1. 1. 1994 bis auf Widerruf gemäß Paragraphen 120,, 121 NO zum Dauersubstituten für den Beklagten bestellt worden. Als solcher war er bis zu seiner eigenen Ernennung zum Notar im Jahr 1997 tätig. Grund für die Bestellung als Dauersubstitut war kein konkreter Verhinderungsfall, sondern der Arbeitsanfall in der Kanzlei des Beklagten.

Dr. T***** , der bis zu seiner eigenen Ernennung zum Notar beim Beklagten angestellt war, wurden bestimmte Aufgaben zur selbständigen Besorgung übertragen. Gemeinsam besprochen wurden nur Problemfälle. Da der gegenständliche Kaufvertrag von Dr. T***** nicht als Problem angesehen wurde, war der Beklagte persönlich mit dessen Errichtung nicht befasst, sondern führte Dr. T***** sämtliche damit in Zusammenhang stehende Tätigkeiten selbständig aus. Nach seiner Ernennung zum Notar wurde der Akt von Dr. T***** in seiner eigenen Kanzlei weitergeführt, wobei sich Dr. T***** vor allem um eine grundbücherliche Durchführung des gegenständlichen Kaufvertrages bemühte.

Otto P***** war bzw ist grundbücherlicher Eigentümer der Liegenschaft EZ 47 Grundbuch ***** K***** , zu welcher ursprünglich die Grundstücke Nr 765 und 51 gehörten. Da der Erstkläger eine Scheune zum Einstellen für seinen Anhänger und Traktor suchte, kam es zu Verkaufsverhandlungen zwischen ihm und Otto P*****; man kam letztlich überein, dass nicht nur das Scheunengrundstück, sondern auch das angrenzende Grundstück von den Klägern um einen Kaufpreis von S 170.000 erworben werden sollte. Der Erstbeklagte (richtig wohl: Erstkläger) besichtigte das zu erwerbende Grundstück in der Natur. Die Vertragsparteien wussten, dass eine Teilung des Grundstückes erforderlich sein werde; den Klägern war auch bekannt, dass ein Teil des Grundstückes von Otto P***** bereits an Michael K***** verkauft worden war. Es war ihnen weiters bekannt, dass sich Otto P***** in Zahlungsschwierigkeiten befand und der Verkauf der Liegenschaft erfolgte, um die Schulden abzudecken. Eine Einigung über die wesentlichen Vertragspunkte fand bereits Anfang Juni 1995 statt; bereits damals kam man überein, dass der Kaufpreis bei Vertragsunterzeichnung oder gleich anschließend bezahlt werden sollte.

Die Vertragsteile vereinbarten, sich wegen der Errichtung des Kaufvertrages an Notar Dr. T***** zu wenden, der damals in K***** wohnhaft und dort allgemein als Notar und Vertragserrichter bekannt war. Otto P***** beauftragte DI E***** am 24. 6. 1995 mit der Erstellung eines Teilungsplanes. Um eine Umwidmung des Grundstückes in Bauland hatte er schon zuvor bei der Gemeinde angesucht. Otto P***** nahm auch mit Dr. T***** Kontakt auf und teilte ihm mit, dass ein Teil seines Grundstückes 765 von den Klägern erworben werden sollte, er fragte ihn, ob er bereit sei, den Kaufvertrag zu errichten. Bei einem Gespräch zwischen Dr. T***** , den Klägern und Otto P***** in einem Gasthaus wurden die Details des zu errichtenden Kaufvertrages besprochen, insbesondere auch, welchen Teil des Grundstückes die Kläger nach den Vermessungen des DI E***** erwerben sollten. Dies wurde anhand einer von Otto P*****

mitgebrachten Planskizze erörtert. Nicht festgestellt werden konnte, ob es sich bei diesem Plan um den von DI E***** erstellten Teilungsplan vom 25. 7. 1995 oder um einen von Otto P***** von der Gemeinde beigeschafften Grundstücksplan handelte.

Gegenüber Dr. T***** wurde niemals erörtert, dass sich auf dem von den Klägern zu erwerbenden Grundstück eine Scheune befinde; dies war Dr. T***** auch nicht bekannt.

Eine schriftliche Vollmacht wurde nicht erteilt, doch waren die Parteien des Kaufvertrages damit einverstanden, dass die Errichtung des Kaufvertrages im Notariat des Beklagten durch dessen Substituten erfolge.

Dr. T***** stellte anhand von Grundbuchsauszügen fest, dass beim gegenständlichen Grundstück bereits eine Rangordnung für die beabsichtigte Veräußerung bis 2. 3. 1996 angemerkt war und auf der Liegenschaft zu C-LNr 3, 5 und 8 Pfandrechte für die Sparkasse G***** eingetragen waren sowie unter C-LNr 9 zugunsten der V*****bank ***** AG ein Höchstbetragspfandrecht für S 1,950.000. Hinsichtlich der Pfandrechte der Sparkasse G***** lagen bereits Löschungserklärungen vor. Hinsichtlich des Höchstbetragspfandrechtes der V*****bank ***** AG wurde Dr. T***** von der Bank mitgeteilt, dass sie damit einverstanden sei, ein Teilgrundstück in einer Größe von 850 m² aus dem Grundstück Nr 765 aus der Haftung ohne Gegenleistung freizulassen. Trotz des in der Folge von der genannten Bank im Range des Pfandrechtes C-LNr 9 im Jahre 1999 ob der genannten Liegenschaft eingeleiteten Versteigerungsverfahrens war diese weiterhin bereit, das Grundstück im Falle der Teilung aus der Haftung zu entlassen. Über Ersuchen von Dr. T***** wurde diesem am 2. 9. 1999 von der V*****bank ***** AG auch eine entsprechende schriftliche Freilassungserklärung übermittelt.

Der erwähnte Rangordnungsbeschluss wurde in der Folge an Dr. T***** übermittelt. DI E***** übersandte ihm einen vorläufigen Teilungsplan sowie einen Teilungsausweis. Aus letzterem ergibt sich, dass zur Schaffung des von den Klägern erworbenen Grundstücks Nr 765/1 eine Teilfläche im Ausmaß von 111 m² von dem an Michael K***** verkauften Grundstück Nr 51, das damals grundbücherlich noch zur EZ 47 gehörte, abgeschrieben werden sollte.

Am 4. 8. 1995 kam es daraufhin zur Unterfertigung des von Dr. T***** verfassten Kaufvertrages. Im Hinblick darauf, dass gegenüber Dr. T***** auf die Scheune als Vertragsgegenstand nicht hingewiesen worden war, wurde das Kaufobjekt unter Punkt II Abs 1 des Kaufvertrages nur als das näher bezeichnete Grundstück "mit allem rechtlichen und faktischen Zubehör" beschrieben. Über ausdrücklichen Wunsch der Parteien wurden im Kaufvertrag die Zahlungsmodalitäten für den Kaufpreis nicht aufgenommen, sondern angeführt "die Bezahlung des Kaufpreises von S 170.000 erfolgt über gesonderte Vereinbarung zwischen den Vertragsparteien". Am 4. 8. 1995 kam es daraufhin zur Unterfertigung des von Dr. T***** verfassten Kaufvertrages. Im Hinblick darauf, dass gegenüber Dr. T***** auf die Scheune als Vertragsgegenstand nicht hingewiesen worden war, wurde das Kaufobjekt unter Punkt römisch II Absatz eins, des Kaufvertrages nur als das näher bezeichnete Grundstück "mit allem rechtlichen und faktischen Zubehör" beschrieben. Über ausdrücklichen Wunsch der Parteien wurden im Kaufvertrag die Zahlungsmodalitäten für den Kaufpreis nicht aufgenommen, sondern angeführt "die Bezahlung des Kaufpreises von S 170.000 erfolgt über gesonderte Vereinbarung zwischen den Vertragsparteien".

Zum Zeitpunkt der Unterfertigung des Kaufvertrages lagen mit Ausnahme eines grundbuchsfähigen Teilungsplanes sämtliche Urkunden und Erklärungen für die grundbücherliche Durchführung, die ebenfalls durch Dr. T***** erfolgen sollte, vor. Den Klägern war bekannt, dass der Teilungsplan zur Verbücherung noch erforderlich war. Die Vertragsteile gingen, ebenso wie Dr. T*****, bei Unterfertigung des Vertrages davon aus, dass ein verbücherbarer Teilungsplan in drei bis vier Wochen vorliegen werde. Zum damaligen Zeitpunkt war noch niemandem bekannt, dass es in der Folge zu Grenzstreitigkeiten mit dem Erwerber des Grundstücks Nr 51 kommen werde; die Zustimmung der Baubehörde zur Teilung der Liegenschaft lag bereits vor.

Die grundbücherliche Durchführung scheiterte in der Folge am Fehlen eines grundbuchsfähigen Teilungsplanes. Ein solcher konnte Dr. T***** nicht übermittelt werden, weil sich im Zuge der Einreichung um die Genehmigung des von DI E***** verfassten Teilungsplanes beim Vermessungsamt herausstellte, dass der Erwerber der Baufläche 51, Herr K*****, die Zustimmung zur Einbeziehung des Teilgrundstückes 1 in das Grundstück 765/1 der Kläger verweigerte. Seine Zustimmung war erforderlich, weil er inzwischen grundbücherlicher Eigentümer geworden war. Diesbezüglich kam es 1996 zu einem Gerichtsverfahren.

Ob und in welcher Form Dr. T***** den Klägern davon abriet, den Kaufpreis vor grundbücherlicher Eintragung ihres Eigentums direkt an Otto P***** zu bezahlen, konnte nicht festgestellt werden.

Die Kläger waren nicht anwaltlich vertreten.

In rechtlicher Hinsicht führte das Erstgericht aus, der Substitut eines Notars sei nicht dessen Erfüllungsgehilfe, weil er von der Aufsicht des Notars unabhängig tätig werde. Der Substitut habe den Auftrag, seine Tätigkeit in eigener Verantwortung auszuführen. Dass die Kläger über die Eigenschaft Dris T***** als Substitut des Beklagten keine Kenntnis gehabt hätten, sei auszuschließen. Der Beklagte hafte für ein Verschulden des Substituten nur bei culpa in eligendo. Ein solches sei weder behauptet noch erwiesen worden.

Das von den klagenden Parteien angerufene Berufungsgericht bestätigte diese Entscheidung und sprach aus, die ordentliche Revision sei zulässig.

Die vom Kläger bekämpften Feststellungen, wonach niemals zur Sprache gekommen sei, dass sich auf dem von den Klägern zu erwerbenden Grundstücken eine Scheune befinde und dies Dr. T***** nicht bekannt gewesen sei, sowie die Feststellung, dass zum Zeitpunkt der Unterfertigung des Kaufvertrages mit Ausnahme eines grundbuchsfähigen Teilungsplanes sämtliche Urkunden und Erklärungen für die grundbücherliche Prüfung des Kaufvertrages vorgelegen seien, übernahm das Berufungsgericht als für die Entscheidung irrelevant nicht. Desgleichen wurde die in der Berufungsbeantwortung bekämpfte Feststellung, es könne nicht festgestellt werden, wann und in welcher Form Dr. T***** den Klägern davon abgeraten habe, den Kaufpreis vor grundbücherlicher Eintragung ihres Eigentumsrechts direkt an den Verkäufer zu bezahlen, als rechtlich unbeachtlich nicht übernommen.

Zur Rechtsfrage führte das Berufungsgericht aus, es sei eine Abgrenzung zwischen Substitution und Erfüllungsgehilfeneigenschaft notwendig: Für ein Verschulden des Erfüllungsgehilfen hafte der Geschäftsherr wie für sein eigenes gemäß § 1313a ABGB. Für den Substituten hafte er hingegen im Falle erlaubter und zulässiger Substitution nur für Auswahlverschulden. Der Substitut habe den Auftrag in eigener Verantwortung, wenn auch nach den vom ersten Beauftragten mitgegebenen Weisungen, auszuführen. Die Übertragung eines Geschäfts zu eigener selbstverantwortlicher Besorgung sei mit dem Begriff eines Erfüllungsgehilfen nicht vereinbar. Ein solcher sei immer Gehilfe des Machthabers, er sei von diesem abhängig und stehe unter dessen Aufsicht. Die Rechtsstellung des Beizogenen sei dabei nicht maßgeblich. Sei das dem anderen Aufgetragene bei sinnvoller Gesamtbetrachtung als Geschäftsbesorgung zu werten, so liege grundsätzlich ohne Rücksicht auf die berufliche Stellung des Beizogenen Substitution vor. Zur Rechtsfrage führte das Berufungsgericht aus, es sei eine Abgrenzung zwischen Substitution und Erfüllungsgehilfeneigenschaft notwendig: Für ein Verschulden des Erfüllungsgehilfen hafte der Geschäftsherr wie für sein eigenes gemäß Paragraph 1313 a, ABGB. Für den Substituten hafte er hingegen im Falle erlaubter und zulässiger Substitution nur für Auswahlverschulden. Der Substitut habe den Auftrag in eigener Verantwortung, wenn auch nach den vom ersten Beauftragten mitgegebenen Weisungen, auszuführen. Die Übertragung eines Geschäfts zu eigener selbstverantwortlicher Besorgung sei mit dem Begriff eines Erfüllungsgehilfen nicht vereinbar. Ein solcher sei immer Gehilfe des Machthabers, er sei von diesem abhängig und stehe unter dessen Aufsicht. Die Rechtsstellung des Beizogenen sei dabei nicht maßgeblich. Sei das dem anderen Aufgetragene bei sinnvoller Gesamtbetrachtung als Geschäftsbesorgung zu werten, so liege grundsätzlich ohne Rücksicht auf die berufliche Stellung des Beizogenen Substitution vor.

Im vorliegenden Fall sei der Dauersubstitut des Beklagten Dr. T***** nicht dessen Erfüllungsgehilfe gewesen. Es seien ihm bestimmte Aufgaben - so auch der gegenständliche Kaufvertrag - zur selbständigen Besorgung übertragen worden, weshalb der Beklagte auch persönlich mit der Errichtung des Kaufvertrages nie befasst gewesen sei. Schließlich hätten sich auch die Vertragsteile wegen der Errichtung des Kaufvertrages direkt an Dr. T***** gewendet. In diesem Sinne entspreche es der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes (6 Ob 119/97m mwN), dass der gemäß § 119 oder § 120 NO bestellte Substitut eines Notars nicht dessen Erfüllungsgehilfe sei, weil er von seiner Aufsicht unabhängig sei. Dass Dr. T***** Angestellter des Beklagten gewesen sei, könne daran nichts ändern, ausnahmsweise sei auch die Substitution eines Arbeitnehmers des Geschäftsbesorgers durch diesen möglich. Die Institution des Dauersubstituten ermögliche die Bestellung eines ständig zur Substitution bereiten Notars oder Notariatskandidaten, ohne dass die jeweiligen Vertretungsfälle schon festzustehen bräuchten, es mache die jedesmalige Bestellung bei den erfahrungsgemäß jährlichen Substitutionsanlässen entbehrlich. Der Sinn für die Möglichkeit der Bestellung von Substituten liege darin, den Notar in dessen Verhinderungsfall bzw wie im vorliegenden Fall wegen des hohen Arbeitsanfalles zu vertreten, was nur dann sinnvoll sei, wenn es sich dabei um eine umfassende Möglichkeit für den Substituten handle, die Geschäftsbesorgung anstelle des Notars wahrzunehmen, ohne in jedem konkreten Geschäftsbesorgungsfall Weisungen einholen zu müssen. § 121 Abs 2 NO sehe die Möglichkeit der Anstellung des zum

Dauersubstituten bestellten Notariatskandidaten nicht nur ausdrücklich vor, sondern setze diese sogar voraus, damit der Dauersubstitut den Notar in Amtsgeschäften auch dann vertreten könne, wenn keine Substitutionsfall nach § 119 Abs 1 NO vorliege. Im vorliegenden Fall sei der Dauersubstitut des Beklagten Dr. T***** nicht dessen Erfüllungsgehilfe gewesen. Es seien ihm bestimmte Aufgaben - so auch der gegenständliche Kaufvertrag - zur selbständigen Besorgung übertragen worden, weshalb der Beklagte auch persönlich mit der Errichtung des Kaufvertrages nie befasst gewesen sei. Schließlich hätten sich auch die Vertragsteile wegen der Errichtung des Kaufvertrages direkt an Dr. T***** gewendet. In diesem Sinne entspreche es der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes (6 Ob 119/97m mwN), dass der gemäß Paragraph 119, oder Paragraph 120, NO bestellte Substitut eines Notars nicht dessen Erfüllungsgehilfe sei, weil er von seiner Aufsicht unabhängig sei. Dass Dr. T***** Angestellter des Beklagten gewesen sei, könne daran nichts ändern, ausnahmsweise sei auch die Substitution eines Arbeitnehmers des Geschäftsbesorgers durch diesen möglich. Die Institution des Dauersubstituten ermögliche die Bestellung eines ständig zur Substitution bereiten Notars oder Notariatskandidaten, ohne dass die jeweiligen Vertretungsfälle schon festzustehen bräuchten, es mache die jedesmalige Bestellung bei den erfahrungsgemäß jährlichen Substitutionsanlässen entbehrlich. Der Sinn für die Möglichkeit der Bestellung von Substituten liege darin, den Notar in dessen Verhinderungsfall bzw wie im vorliegenden Fall wegen des hohen Arbeitsanfalles zu vertreten, was nur dann sinnvoll sei, wenn es sich dabei um eine umfassende Möglichkeit für den Substituten handle, die Geschäftsbesorgung anstelle des Notars wahrzunehmen, ohne in jedem konkreten Geschäftsbesorgungsfall Weisungen einholen zu müssen. Paragraph 121, Absatz 2, NO sehe die Möglichkeit der Anstellung des zum Dauersubstituten bestellten Notariatskandidaten nicht nur ausdrücklich vor, sondern setze diese sogar voraus, damit der Dauersubstitut den Notar in Amtsgeschäften auch dann vertreten könne, wenn keine Substitutionsfall nach Paragraph 119, Absatz eins, NO vorliege.

Daraus folge, dass den Beklagten für ein allfälliges Verschulden Dris T***** keine Haftung treffe. Auf ein Auswahlverschulden des Beklagten hätten sich die klagenden Parteien nicht berufen, sie hätten auch nicht näher aufgezeigt, worin ein "Überwachungsverschulden" des Beklagten konkret liegen könne.

Die ordentliche Revision erachtete das Berufungsgericht für zulässig, weil die Frage, ob der zum Dauersubstituten bestellte Notariatskandidat bei selbstverantwortlicher Geschäftsbesorgung als Substitut anzusehen sei oder aber, ob seine Rechtsstellung als Arbeitnehmer des Notars ihn jedenfalls zum Erfüllungsgehilfen mache, noch nicht Gegenstand einer höchstgerichtlichen Entscheidung gewesen sei. Der Lösung dieser Frage komme aber eine über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung zu.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Revision der Kläger mit dem Antrag, die angefochtene Entscheidung dahin abzuändern, dass dem Klagebegehren stattgegeben werde.

Die beklagten Parteien haben Revisionsbeantwortung erstattet und beantragt, das Rechtsmittel der Kläger zurückzuweisen, in eventuo, ihm nicht Folge zu geben.

Die Revision ist zulässig und im Sinne ihres im Abänderungsantrag enthaltenen Aufhebungsantrags auch berechtigt.

Die Kläger machen in ihrem Rechtsmittel geltend, es müsse ein Unterschied gemacht werden, ob der Substituent und der Dauersubstitut in einem partnerschaftlichen Verhältnis stünden und daher jeder seine eigenen Geschäfte eigenverantwortlich ausführe oder ob die Geschäftsbesorgung durch einen Arbeitnehmer im Rahmen eines Angestelltenverhältnisses vorgenommen werde. Aus dem Arbeitsrecht resultierten für das Angestelltenverhältnis Rechte und Pflichten, aufgrund derer man jedenfalls nicht von eigenverantwortlicher Geschäftsbesorgung sprechen könne. Die Tatsache, dass ein Dienstnehmer vielleicht trotz seiner Stellung als solcher auch eigenverantwortlich einzelne Geschäfte besorgen könne, könne nicht Grund genug sein, die Haftung des Dienstgebers völlig entfallen zu lassen. Der Dienstnehmer trete nicht an die Stelle des Dienstgebers, sondern übernehme die Geschäftsbesorgung für diesen und in dessen Namen.

Rechtliche Beurteilung

Hiezu wurde erwogen:

Wie das Berufungsgericht zutreffend dargelegt hat, liegt das wesentliche Unterscheidungsmerkmal eines Substituten von einem Erfüllungsgehilfen darin, dass der Substitut den Auftrag im Gegensatz zum Erfüllungsgehilfen in eigener Verantwortung, wenn auch nach den ihm vom ersten Beauftragten mitgegebenen Weisungen auszuführen hat; er

unterstützt den Beauftragten nicht nur bei seiner Tätigkeit, sondern handelt selbständig, d.h. er unterscheidet selbst über die zur Durchführung erforderlichen Maßnahmen und tritt daher bei der Ausführung an die Stelle des ersten Beauftragten (RIS-Justiz RS0104481; SZ 69/115). Ausnahmsweise ist auch die Substituierung eines Arbeitnehmers des Geschäftsbesorgers durch diesen möglich, wenngleich dies nicht ohne gravierende Hinweise im Einzelfall anzunehmen ist (Strasser in Rummel³, ABGB, § 1010 Rz 4). Der Substitut eines Notars ist daher nach ständiger Rechtsprechung kein Erfüllungsgehilfe (RIS-Justiz RS0019417; RdW 1997, 526). Wie das Berufungsgericht zutreffend dargelegt hat, liegt das wesentliche Unterscheidungsmerkmal eines Substituten von einem Erfüllungsgehilfen darin, dass der Substitut den Auftrag im Gegensatz zum Erfüllungsgehilfen in eigener Verantwortung, wenn auch nach den ihm vom ersten Beauftragten mitgegebenen Weisungen auszuführen hat; er unterstützt den Beauftragten nicht nur bei seiner Tätigkeit, sondern handelt selbständig, d.h. er unterscheidet selbst über die zur Durchführung erforderlichen Maßnahmen und tritt daher bei der Ausführung an die Stelle des ersten Beauftragten (RIS-Justiz RS0104481; SZ 69/115). Ausnahmsweise ist auch die Substituierung eines Arbeitnehmers des Geschäftsbesorgers durch diesen möglich, wenngleich dies nicht ohne gravierende Hinweise im Einzelfall anzunehmen ist (Strasser in Rummel³, ABGB, Paragraph 1010, Rz 4). Der Substitut eines Notars ist daher nach ständiger Rechtsprechung kein Erfüllungsgehilfe (RIS-Justiz RS0019417; RdW 1997, 526).

Allerdings darf die Dauersubstitution im Sinne des § 120 NO nicht dazu führen, dass der Grundsatz der persönlichen Amtsausübung beeinträchtigt oder die Arbeitskraft des Notars verdoppelt wird. Der Dauersubstitut darf nur dann amtieren, wenn er den Notar substituiert (Kostner, ErgBd zur NO, 64; 7 Ob 1648/93). Die Dauersubstitution soll nur der Fortführung der Amtsstelle in Fällen vorübergehender Verhinderung des Amtsträgers dienen, nicht aber es dem Notar ermöglichen, etwa nur halbtags anwesend zu sein oder eine sonstige Einschränkung seiner Tätigkeit wegen dauernder Minderung der persönlichen Arbeitsleistung damit auszugleichen (Wagner/Knechtel, NO5, § 120 Rz 4). Zwar ist der nach § 121 Abs 1 NO zum Dauersubstituten bestellte Notariatskandidat dann, wenn er bei dem zu substituierenden Notar angestellt oder dessen Partner ist, dazu berechtigt, den Notar in Amtsgeschäften auch dann zu vertreten, wenn kein Substitutionsfall nach § 119 Abs 1 NO vorliegt. Der Notar darf jedoch den Dauersubstituten in diesem Fall zur Vornahme von Amtsgeschäften nur dann heranziehen, wenn er wegen anderer Geschäfte oder aus einem anderen triftigen Grund im Einzelfall verhindert ist, die Amtshandlung selbst vorzunehmen. Paralleltätigkeit des Dauersubstituten ist daher nur zulässig, wenn der amtierende Notar zur Vornahme eines bestimmten Amtsgeschäftes wegen anderer (Amts-)Geschäfte oder wegen eines anderen triftigen Grundes verhindert ist, die Amtshandlung selbst vorzunehmen und deshalb hierfür den Dauersubstituten heranzieht. Es bedarf des jedesmaligen Auftrages des Notars an seinen zum Dauersubstituten bestellten Notariatskandidaten, ein bestimmtes Amtsgeschäft durchzuführen. Erhält der Kandidat den Auftrag, so ist er bei der Durchführung weisungsungebunden und kann sich auf Weisungen des Notars nicht berufen (Wagner/Knechtel, aaO, § 121 Rz 4). Im vorliegenden Fall liegt aber weder ein Substitutionsfall nach § 119 Abs 1 NO vor, noch hat der Beklagte an Dr. T***** einen Auftrag im Sinne des § 121 Abs 2 NO erteilt. Liegt aber kein Substitutionsfall nach § 119 Abs 1 NO vor und wurde dem Dauersubstituten auch kein Auftrag im Sinne des § 121 Abs 2 NO erteilt, kommen dem Dauersubstituten aus dem Titel seiner Bestellung überhaupt keine Befugnisse zu; zur Vornahme einzelner Amtshandlungen neben dem Notar ist er nicht berechtigt (7 Ob 1648/93). Daraus folgt, dass die Tätigkeit Dris T*****, da der Beklagte nicht verhindert war und auch keinen Auftrag erteilt hat, haftungsrechtlich nicht anders zu beurteilen ist, als eine solche Tätigkeit von nicht zu Notarssubstituten bestellten Notariatskandidaten. Für diese aber haftet der Notar seinem Auftraggeber gemäß § 1313a ABGB (SZ 59/106; 7 Ob 1648/93). Allerdings darf die Dauersubstitution im Sinne des Paragraph 120, NO nicht dazu führen, dass der Grundsatz der persönlichen Amtsausübung beeinträchtigt oder die Arbeitskraft des Notars verdoppelt wird. Der Dauersubstitut darf nur dann amtieren, wenn er den Notar substituiert (Kostner, ErgBd zur NO, 64; 7 Ob 1648/93). Die Dauersubstitution soll nur der Fortführung der Amtsstelle in Fällen vorübergehender Verhinderung des Amtsträgers dienen, nicht aber es dem Notar ermöglichen, etwa nur halbtags anwesend zu sein oder eine sonstige Einschränkung seiner Tätigkeit wegen dauernder Minderung der persönlichen Arbeitsleistung damit auszugleichen (Wagner/Knechtel, NO5, Paragraph 120, Rz 4). Zwar ist der nach Paragraph 121, Absatz eins, NO zum Dauersubstituten bestellte Notariatskandidat dann, wenn er bei dem zu substituierenden Notar angestellt oder dessen Partner ist, dazu berechtigt, den Notar in Amtsgeschäften auch dann zu vertreten, wenn kein Substitutionsfall nach Paragraph 119, Absatz eins, NO vorliegt. Der Notar darf jedoch den Dauersubstituten in diesem Fall zur Vornahme von Amtsgeschäften nur dann heranziehen, wenn er wegen anderer Geschäfte oder aus einem anderen triftigen Grund im Einzelfall verhindert ist, die Amtshandlung selbst vorzunehmen. Paralleltätigkeit des Dauersubstituten ist daher nur

zulässig, wenn der amtierende Notar zur Vornahme eines bestimmten Amtsgeschäftes wegen anderer (Amts-)Geschäfte oder wegen eines anderen triftigen Grundes verhindert ist, die Amtshandlung selbst vorzunehmen und deshalb hiefür den Dauersubstituten heranzieht. Es bedarf des jedesmaligen Auftrages des Notars an seinen zum Dauersubstituten bestellten Notariatskandidaten, ein bestimmtes Amtsgeschäft durchzuführen. Erhält der Kandidat den Auftrag, so ist er bei der Durchführung weisungsungebunden und kann sich auf Weisungen des Notars nicht berufen (Wagner/Knechtel, aaO, Paragraph 121, Rz 4). Im vorliegenden Fall liegt aber weder ein Substitutionsfall nach Paragraph 119, Absatz eins, NO vor, noch hat der Beklagte an Dr. T***** einen Auftrag im Sinne des Paragraph 121, Absatz 2, NO erteilt. Liegt aber kein Substitutionsfall nach Paragraph 119, Absatz eins, NO vor und wurde dem Dauersubstituten auch kein Auftrag im Sinne des Paragraph 121, Absatz 2, NO erteilt, kommen dem Dauersubstituten aus dem Titel seiner Bestellung überhaupt keine Befugnisse zu; zur Vornahme einzelner Amtshandlungen neben dem Notar ist er nicht berechtigt (7 Ob 1648/93). Daraus folgt, dass die Tätigkeit Dris T*****, da der Beklagte nicht verhindert war und auch keinen Auftrag erteilt hat, haftungsrechtlich nicht anders zu beurteilen ist, als eine solche Tätigkeit von nicht zu Notarssubstituten bestellten Notariatskandidaten. Für diese aber haftet der Notar seinem Auftraggeber gemäß Paragraph 1313 a, ABGB (SZ 59/106; 7 Ob 1648/93).

Die von den Vorinstanzen für die Klagsabweisung herangezogenen Gründe sind daher nicht zutreffend. Die Feststellung über die Warnung durch Dr. T***** ist daher von Relevanz, weshalb die Entscheidung des Berufungsgerichtes aufzuheben ist. Sollte festgestellt werden, dass er nicht gewarnt hat bzw sollte dem Beklagten der ihm obliegende Beweis (vgl ZVR 2000/56) seine Warnpflicht erfüllt zu haben, nicht gelingen, wären weitere Feststellungen nötig über den Zeitpunkt der Zahlung des Kaufpreises und die allfällige Möglichkeit, die Überweisung zu widerrufen. Schließlich wäre zu erörtern, inwieweit den Klägern überhaupt ein Schaden entstanden ist (Auflösung des Kaufvertrages, Unmöglichkeit oder Aussichtslosigkeit den Kaufpreis zurückzuverlangen). Die von den Vorinstanzen für die Klagsabweisung herangezogenen Gründe sind daher nicht zutreffend. Die Feststellung über die Warnung durch Dr. T***** ist daher von Relevanz, weshalb die Entscheidung des Berufungsgerichtes aufzuheben ist. Sollte festgestellt werden, dass er nicht gewarnt hat bzw sollte dem Beklagten der ihm obliegende Beweis vergleiche ZVR 2000/56) seine Warnpflicht erfüllt zu haben, nicht gelingen, wären weitere Feststellungen nötig über den Zeitpunkt der Zahlung des Kaufpreises und die allfällige Möglichkeit, die Überweisung zu widerrufen. Schließlich wäre zu erörtern, inwieweit den Klägern überhaupt ein Schaden entstanden ist (Auflösung des Kaufvertrages, Unmöglichkeit oder Aussichtslosigkeit den Kaufpreis zurückzuverlangen).

Der Kostenvorbehalt gründet sich auf § 52 ZPO. Der Kostenvorbehalt gründet sich auf Paragraph 52, ZPO.

Textnummer

E65041

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2002:00200B00049.02Y.0321.000

Im RIS seit

20.04.2002

Zuletzt aktualisiert am

20.04.2011

Quelle: Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2025 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at