

Nachschlagewerk: ja

BGHZ : ja

GG Art. 34; BGB § 839 Ca, Cb, Fe; § 307 Abs. 1 Satz 2,
§ 134

1. a) Die Verpflichtungserklärung einer Gemeinde, innerhalb bestimmter Frist einen Bebauungsplan aufzustellen, ist nichtig.
 - b) Der Beamte, der eine solche Verpflichtungserklärung abgibt, hat dem Empfänger der Erklärung gegenüber die Amtspflicht, die Zulässigkeit der Verpflichtungserklärung sorgfältig zu prüfen.
 - c) Der in § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB enthaltene Rechtsge-
danke findet auf die Amtshaftung (§ 839 BGB) keine
Anwendung.
2. Zur Zulässigkeit einer privatrechtlichen Vereinbarung, mit der eine Gemeinde als Verkäuferin von Bauerwartungsland die künftige Nutzbarkeit der Grundstücke als Bauland gewährleistet.

BGH, Urt. v. 22. November 1979 - III ZR 186/77 -OLG Frankfurt/Mai
LG Frankfurt/Mai

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

III ZR 186/77

URTEIL

Verkündet am

22. November 1979
Schorm,
Justizamtsinspektor

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma S [REDACTED] - Erich Sch [REDACTED] - Wohnungs- und Aufbau KG, B [REDACTED]straße [REDACTED], N [REDACTED], vertreten durch ihre persönlich haftende Gesellschafterin, die Firma S [REDACTED] Bauträgersgesellschaft für Wohnungs- und Gewerbebau GmbH & Co KG, diese vertreten durch ihre Geschäftsführerin, die Firma S [REDACTED] Verwaltungsgesellschaft mbH, diese vertreten durch ihren Geschäftsführer Erich Sch [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die Stadt B [REDACTED] v.d.H., vertreten durch den Magistrat, M [REDACTED] Platz [REDACTED], H [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat
auf die mündliche Verhandlung vom 4. Oktober 1979
durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Nüßgens
und die Richter Dr. Krohn, Lohmann, Kröner und
Boujong

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird
das Urteil des 1. Zivilsenats des
Oberlandesgerichts Frankfurt am Main
vom 10. November 1977 im Kostenpunkt
und insoweit aufgehoben, als zum Nach-
teil der Klägerin erkannt ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache
zur anderweiten Verhandlung und Ent-
scheidung, auch über die Kosten des
Revisionsrechtszuges, an das Berufungs-
gericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin begehrt von der Beklagten Erstattung
sämtlicher Kosten, die ihr infolge der Nichtdurchführung
eines Grundstückskaufvertrages entstanden sind.

Die Klägerin ist (seit Januar 1972) Rechtsnach-
folgerin der Firma S██████████ Bauträgersgesellschaft
für Wohnungs- und Gewerbebau mbH & Co KG in N██████████,



die Beklagte ist Rechtsnachfolgerin der Gemeinde O[REDACTED]-E[REDACTED].

Im April 1971 begaben sich acht Mitglieder des Gemeindevorstandes sowie des Bauausschusses der Gemeinde O[REDACTED]-E[REDACTED], unter ihnen der ehemalige Bürgermeister dieser Gemeinde, zu der Firma S[REDACTED]-[REDACTED] nach N[REDACTED], um sich dort ein persönliches Bild von dem Unternehmen und seiner Leistungsfähigkeit zu machen. Während dieses Besuches kam es zwischen den Mitgliedern des Gemeindevorstandes und den Vertretern der Firma S[REDACTED] zu einem Gespräch über einen evtl. Erwerb von Gemeindegrundstücken im "Leimenkaut-Gebiet" (südwestlich der Stadtbahnlinie), für das damals weder ein Flächennutzungsplan noch ein Bebauungsplan bestand.

In der Folge teilte die Firma S[REDACTED] mit, daß sie von dem Kauf der Grundstücke Abstand nehmen wolle. Weitere Verhandlungen führten jedoch am 1. Juli 1971 zum Abschluß eines notariellen Vertrages über die vorgenannten Gemeindegrundstücke (UR-Rolle Nr. [REDACTED]/1971 des Notars Dr. J[REDACTED], F[REDACTED]). Der Kaufpreis betrug 2.660.000,-- DM. In § 11 des Vertrages wurde vereinbart:

- "2) Die Gemeinde erstellt in Abstimmung mit der Käuferin bis spätestens Ende 1973 den Bebauungsplan für die grün-umrandete Fläche.

Es ist vereinbart, daß dieser Bebauungsplan eine Nutzung von 1,0 bis maximal 1,1 erreichen soll;

- 3) in dem Bebauungsplan ist vorgesehen, daß je Wohneinheit ein Garagenstellplatz und ein halber Stellplatz erstellt werden.

- 4) Die Gemeinde erklärt weiterhin, daß auf der grünumrandeten Fläche keinerlei öffentliche Bedarfsflächen ausgewiesen werden.

Unberührt hiervon bleiben die erforderlichen Flächen für Straßenbauland.

- 5) ..."

Mit Schreiben vom 2. Juli 1971 bestätigte die Firma Südheimbau das anlässlich der Vertragsunterzeichnung am Vortage bei dem Notar geführte Gespräch, wie folgt:

- "1. Flächennutzungsplan: Nach Ihren eigenen Ausführungen soll innerhalb der nächsten Wochen der Flächennutzungsplan, in welchem die Erwerbsfläche als Wohnsiedlungsgebiet ausgewiesen wird, erstellt werden. Dadurch sind Sie in der Lage, die für die Befreiung von der Grunderwerbsteuer notwendige Bescheinigung nach § 19 Abs. 1 abzugeben.
2. Bebauungsplan: Gemäß § 11 Abs. 2 des Kaufvertrages ist vereinbart, daß die Gemeinde bis spätestens Ende 1973 den Bebauungsplan für die Erwerbsfläche in Abstimmung mit uns erstellt. Sie haben dazu ausgeführt, daß Sie bereits im Oktober 1971 mit der Aufstellung des Bebauungsplanes beginnen werden und uns rechtzeitig davon unterrichten."

Zu diesem Zeitpunkt lag der Entwurf eines Flächennutzungsplanes für das gesamte Gemeindegebiet vor, der auf einem im Frühjahr 1971 gefaßten Gemeindebeschuß beruhte und in dem das "Leimenkaut-Gebiet" als Baugebiet ausgewiesen war.

In der Folgezeit wurde dieser Flächennutzungsplan öffentlich ausgelegt.

Inzwischen hatte am 9. Juli 1971 die Verbandsversammlung der regionalen Planungsgemeinschaft Untermain (RPU) einen regionalen Raumordnungsplan für B[REDACTED] v.d.H., D[REDACTED] und O[REDACTED]-E[REDACTED] verabschiedet. Als die Gemeinde am 15. September 1971 den Entwurf ihres Flächennutzungsplanes der RPU zur Stellungnahme zuleitete, wies diese auf verschiedene Bedenken gegen den Plan hin und gab Anregungen hierzu. Insbesondere führte sie aus:

"Nach dem von der Verbandsversammlung am 9. Juli 1971 verabschiedeten regionalen Raumordnungsplan - sachlicher und räumlicher Teilplan I - werden B[REDACTED], D[REDACTED] und O[REDACTED]-E[REDACTED] verpflichtet, einen gemeinsamen Flächennutzungsplan aufzustellen. Dieser Flächennutzungsplan kann daher nur als Vorentwurf dieses gemeinsamen Flächennutzungsplanes angesehen werden."

Sie wies weiter darauf hin, daß das im Süden ausgewiesene Gewerbegebiet südlich der Stadtbahn im regionalen Grünzug liege; die Ausweisung könne also in dieser Form nicht vorgenommen werden.

Mit Grenzänderungsvertrag vom 11. November 1971 beschlossen die Beklagte und die Gemeinde O[REDACTED]-E[REDACTED], die Zusammenlegung im Wege der Eingliederung zum 1. Januar 1972 vorzunehmen.

In diesem Vertrag heißt es u.a.:

"§ 11 II

Die Stadt B[REDACTED] v.d.H. wird das im Plan (Anlage 2) zum Grenzänderungsvertrag dargestellte und bereits im Flächennutzungsplan ausgewiesene Gelände südwestlich der

- 6 -

Stadtbahnlinie entsprechend der allgemeinen Entwicklung zügig aufschließen und zur Bebauung freigeben."

Am 10. Januar 1972 fand bei der Beklagten eine Besprechung statt, bei der es um die Einbeziehung des Flächennutzungsplanes der Gemeinde O- E in den Gesamtflächennutzungsplan der Beklagten sowie um dessen nochmalige öffentliche Auslegung ging. An der Besprechung nahmen Vertreter der Firma S teil. Bereits am 6. Dezember 1971 hatte die Firma S einen Bebauungsvorschlag für das in Frage stehende Gebiet vorgelegt. Weitere Bebauungsvorschläge reichte sie im Februar und April 1972 ein.

Am 16. Februar 1972 beschloß die Stadtverordnetenversammlung der Beklagten, den Flächennutzungsplan für den Stadtteil O- E erneut öffentlich auszulegen. Dies geschah sodann in der Zeit vom 7. April bis 8. Mai 1972. Der Flächennutzungsplan wurde von der Stadtverordnetenversammlung am 22. Juni 1972 beschlossen.

Mit Schreiben vom 21. Juni 1972 an die Beklagte wiederholte die RPU ihre bereits erhobenen Bedenken und Anregungen und wies nochmals darauf hin, daß ein gemeinsamer Flächennutzungsplan aufzustellen sei.

Der Magistrat der Beklagten beschloß im Sommer 1972, durch das Ing.-Büro N eine Kostenschätzung für die Neuverlegung eines Hauptsammlers innerhalb des Plangebietes zwischen B- Weg und K- Weg erstellen zu lassen.

Mit Schreiben vom 11. September 1972 teilte der Magistrat der Beklagten der Klägerin folgendes mit:

"Nach Auffassung des Magistrats sind alle Abreden des Vertrages vom 1. Juli 1971 ungültig, in denen sich die frühere Gemeinde O- E ihrer Planungshoheit begeben hat. Dies ist insbesondere in den in § 11 Abs. 2, 3, 4, 5, Satz 1 und Abs. 7 getroffenen Abreden der Fall.

Der Magistrat ist jedoch ohne Aufgabe seines Rechtsstandpunkts bereit, im Sinne der mit Ihnen geführten Gespräche eine Erreichung des Vertragszieles anzustreben. Die Stadt wird sich daher bemühen, bis Ende des Jahres einen Bebauungsplanentwurf für das gesamte, im Flächennutzungsplan von O- E als allgemeines Wohngebiet ausgewiesene Gelände südlich der U-Bahnlinie einen Bebauungsplanentwurf auszuarbeiten. Aufgrund dieses Entwurfes werden dann aller Voraussicht nach Teilbebauungspläne, beginnend mit dem von Ihnen erworbenen Gelände, aufgestellt werden. Wir werden Sie an der Ausarbeitung des Bebauungsplanentwurfes beteiligen, müssen Sie jedoch noch einmal darauf hinweisen, daß die Stadt B sich alle endgültigen Entscheidungen, welche die Bauleitplanung für dieses Gebiet betreffen, vorbehält."

Im Sinne dieses Schreibens unternahm die Beklagte Anstrengungen zur fristgerechten Vertragserfüllung. Sie versuchte, die Zustimmung der RPU zu erlangen, um sodann den Flächennutzungsplan bei dem Regierungspräsidenten in Darmstadt zur Genehmigung vorzulegen. Im Dezember 1972 teilte die RPU der Beklagten mit:

"Gemäß dem Ergebnis der o.a. Besprechung stellen wir unsere Bedenken gegen den Flächennutzungsplan für den Stadtteil

O--E zurück, wenn vorläufig die südlich der U-Bahn gelegenen zusätzlichen Bauflächen herausgenommen werden und nach einer detaillierten Untersuchung einem gesonderten Verfahren unterworfen werden."

Die Klägerin forderte die Beklagte am 13. Februar 1972 auf, den mit ihr geschlossenen Vertrag zu erfüllen, und bat, eine Entscheidung der Stadtverordnetenversammlung herbeizuführen. Die Beklagte bat daraufhin die RPU um eine Stellungnahme betreffend der Aufstellung eines Bebauungsplanes südlich der Bahnlinie. Mit Schreiben vom 20. März 1973 teilte die RPU der Beklagten u.a. folgendes mit:

"Der deshalb erneut ins Verfahren gebrachte Flächennutzungsplanentwurf für den Stadtteil O--E stößt jedoch, wie bereits ... dargelegt, auf regionalplanerische Bedenken.

Da für die nördlich der ... Bahn gelegenen Flächen im wesentlichen vorläufige Bestandsfixierungen dargestellt werden und wir im Bereich der "Hessengärten" nach § 2 (5) BBauG beteiligt werden, haben wir die Bedenken gegen diesen Teil des Flächennutzungsplanes zurückgestellt.

Nach der kommunalen Neugliederung und gemäß festgestelltem regionalen Raumordnungsplan ist Bad Homburg verpflichtet, einen Gesamt-Flächennutzungsplan aufzustellen."

Mit Schreiben vom 8. Oktober 1973 forderte die Klägerin die Beklagte wiederum auf, den Vertrag zu erfüllen. Auf eine Besprechung vom 8. Mai 1974 hin setzte der erstinstanzliche Prozeßbevollmächtigte der Klägerin der Beklagten eine Frist bis zum 31. August 1974, zu der die Beklagte einen Bebauungsplan erstellt

haben sollte. Außerdem kündigte er an, daß die Klägerin für den Fall, daß die Beklagte ihrer Leistungspflicht nicht nachkomme, Schadensersatz verlangen und die Annahme der Leistung ablehnen werde. In ihrer Antwort vom 28. August 1974 lehnte es die Beklagte ab, sich auf eine bestimmte Frist festzulegen. Die Klägerin lehnte daraufhin am 20. September 1974 "aufgrund einer Nichterfüllung des Vertrages vom 1. Juli 1971 durch die Stadt H[REDACTED]" die Annahme der Leistung ab und forderte Schadensersatz.

Am 6. März 1975 schlossen die Klägerin und die Beklagte einen Vertrag über die teilweise Aufhebung des am 1. Juli 1971 geschlossenen Kaufvertrages. Die Beklagte verpflichtete sich dabei zur Rückzahlung des Kaufpreises gegen Rückübertragung der Grundstücke. Jede Vertragspartei behielt sich vor, die ihr nach ihrer Auffassung aufgrund des Vertrages vom 1. Juli 1971 zustehenden Rechte - die durch die Teileinigung nicht erlöschen sollten - geltend zu machen.

Die Beklagte zahlte daraufhin am 13. März 1975 DM 2.883.144,44 an die Klägerin. Davon entfielen DM 2.660.000,-- auf den Kaufpreis und der Restbetrag auf Zinsen (4 % vom 28.8.1972 - 3.10.1974 und 13 % vom 4.10.1974 - 13.3.1975). Weitere Zahlungen lehnte die Beklagte ab.

In der Zwischenzeit war für das Gebiet der Beklagten ein Flächennutzungsplan erstellt worden, in dem das Leimenkaut-Gebiet als Wohngebiet ausgewiesen wurde.

Die Klägerin begehrt Ersatz des gesamten Schadens, der ihr durch die Nichterfüllung des Vertrages vom 1. Juli 1971 entstanden ist.

Sie hat die Auffassung vertreten, die in § 11 des Vertrages eingegangenen Verpflichtungen der Beklagten seien wirksam und ihr, der Klägerin, stehe ein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung zu. Hilfsweise stützt sie ihr Begehren auf Verschulden bei Vertragsschluß und auf Amtshaftung.

Die Klägerin hat beantragt,
die Beklagte zu verurteilen, an sie

1. DM 1.335.259,23 nebst 14 % Zinsen aus
DM 1.304.225,93 vom 4.10. - 14.10.1974,

13,75 % Zinsen aus DM 1.304.225,93 vom
15.10. - 30.11.1974,

13,25 % Zinsen aus DM 1.310.225,93 vom
1.12. - 30.1.1975,

12,75 % Zinsen aus DM 1.310.225,93 vom
1.2.1974 - 28.2.1975,

12 % Zinsen aus DM 1.310.225,93 vom
1.3. - 21.5.1975,

12 % Zinsen aus DM 1.319.719,93 vom
22.5. - 14.6.1975 und

12 % Zinsen aus DM 1.335.259,23 seit
15.6.1975,

Zug um Zug gegen lastenfreie Übertragung
folgender Grundstücke auf die Beklagte:

Grundbuch des Amtsgerichts Ba [REDACTED] v.d.H.
für O [REDACTED]-E [REDACTED], Band 3, Blatt 03

Flurstück 1463, Ackerland, Hinterm Hain
2.889 qm groß,

Flurstück 1445, Ackerland, Hinterm Hain
3.631 qm groß,

Flurstück 1444, Ackerland, Hinterm Hain
1.511 qm groß,

Flurstück 1443, Ackerland, Hinterm Hain
1.833 qm groß,

2. DM 699.829,98,

3. DM 344.120,02

zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat die Auffassung vertreten, ein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung bestehe nicht, da der Kaufvertrag wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot nichtig sei. Ihre Rechtsvorgängerin habe sich durch die in § 11 getroffenen Vereinbarungen ihrer Planungshoheit begeben. Selbst wenn man aber zu dem Ergebnis komme, daß der Vertrag rechtsgültig sei, sei eine Haftung deshalb zu verneinen, weil sie - die Beklagte - dafür, daß der Flächennutzungsplan nicht habe aufgestellt werden können, nicht verantwortlich sei.

Ein Schadensersatzanspruch aus §§ 307, 309 BGB stehe der Klägerin deswegen nicht zu, weil die Firma S. hätte wissen müssen, daß die Gemeinde O. Es. sich ihrer Planungshoheit nicht hätte begeben dürfen. Ein Anspruch aus Amtspflichtverletzung bestehe ebenfalls nicht, weil der Vertrag vom 1. Juli 1971 privatrechtlichen Charakter gehabt habe. Im übr-

gen sei ein Anspruch aus Amtspflichtverletzung neben einem solchen aus §§ 307, 309 BGB nicht möglich.

Das Landgericht hat die Beklagte verurteilt, an die Klägerin 279.117,80 DM zu zahlen, und im übrigen die Klage abgewiesen. Im Berufungsrechtszug hat die Klägerin ihr Begehren eingeschränkt. Das Oberlandesgericht hat der Klägerin auf ihre Berufung weitere 17.662,25 DM zuerkannt und das weitergehende Rechtsmittel zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die Revision der Klägerin, mit der sie ihren im 2. Rechtszug gestellten Antrag weiterverfolgt.

Entscheidungsgründe

I.

Das Berufungsgericht mißt dem Vertrag der Parteien vom 1. Juli 1971 trotz der in § 11 getroffenen Vereinbarungen privatrechtliche Bedeutung zu. Es stellt hierbei auf den Gesamtcharakter des Vertrages ab, den es dem bürgerlichen Kaufrecht zuordnet. Diese (von den Parteien nicht angegriffene) Beurteilung läßt einen Rechtsfehler nicht erkennen.

Der Vertrag regelt mit Ausnahme seines § 11 einen Grundstückskauf. Er hält die für dieses private Rechtsgeschäft vorgeschriebene Form ein (§ 313 BGB). Wie das Berufungsgericht nicht verkennt, beziehen sich allerdings die in § 11 getroffenen Absprachen auf öffentlich-rechtliche Sachverhalte aus dem Bereich des Bauplanungs-, des Umlegungs- und des Erschließungskosten-

rechts. Die Frage, ob gemischt öffentlich-rechtlich/privatrechtliche Verträge anerkannt werden können (zustimmend Senatsurteil BGHZ 56, 365, 373; ablehnend BVerwGE 42, 331, 333; Erichsen/Martens, Allg. VerwR 3. Aufl. § 25 II S. 232), braucht vorliegend nicht weiter erörtert zu werden. Denn hier liegt der Schwerpunkt der Vereinbarung, auf den abzustellen ist (BGH aaO; BVerwGE 22, 138, 140), auf kaufrechtlichem Gebiet. Die von der Verkäuferin eingegangene Verpflichtung, einen Bebauungsplan bestimmten Inhalts binnen eines bestimmten Zeitraums aufzustellen, mindestens aber einen solchen in Übereinstimmung mit der Klägerin zu fördern, betrifft zwar einen Gegenstand des öffentlichen Planungsrechts. Diese von den Parteien gewollte Betätigung der Planungshoheit diene indessen dem Ziel, die in dem Vertrag vorausgesetzte (auch in der Höhe des Kaufpreises sich ausdrückende) bauliche Nutzung der verkauften Grundstücke zu ermöglichen. Die darauf zielende Vereinbarung fügt sich daher - als Mittel der Verwirklichung des Kaufvertrages - in den Gesamtcharakter des privatrechtlichen Vertrages ein. Anderes würde nur gelten, wenn § 11 des Vertrages dahin verstanden werden müßte, daß darin die Gemeinde einen durchsetzbaren "Anspruch" auf die Durchführung einer bestimmten Bauleitplanung innerhalb bestimmter Frist hätte eröffnen wollen. Eine solche Auslegung folgt indessen noch nicht daraus, daß die Parteien nach der Feststellung des Berufungsgerichts eine "Bindung der Gemeinde erreichen wollten, nicht nur eine unverbindliche Absichtserklärung". Unbeschadet der Frage, ob ein "Anspruch" des beschriebenen Inhalts überhaupt gerichtlich durchsetzbar wäre (vgl. Westbomke, Der Anspruch auf Erlaß von Rechtsverordnungen und Satzungen, S. 132 m.weit.Nachw.; Stettner, Die

Bindung der Gemeinde durch den Folgekostenvertrag, AöR 102 [1977] S. 544 f, 566 f, 572; Birk, Normsetzungsbefugnis und öffentlich-rechtlicher Vertrag, NJW 1977, 1797, 1800; Hess. VGH ESVGH 22, 224), ist nicht ersichtlich, welches Interesse hier die Klägerin an der Durchsetzung gerade eines solchen Anspruchs gehabt haben könnte. Ihr kam es in erster Linie auf den Erfolg der zugesicherten Planungstätigkeit an. Da dieses Ergebnis der Bauleitplanung zugleich die verbindlich in Aussicht gestellte (künftige) Eigenschaft der Kaufsache begründete und ein darüber hinausgehendes (selbständiges) Interesse der Klägerin an einer bestimmten Bauleitplanung nicht erkennbar ist, fügt sich die Zusage der Gemeinde als ein vom privaten Kaufvertrag nicht ablösbarer Teil in die umfassende privatrechtliche Vereinbarung ein. Hierin unterscheidet sich der vorliegende Sachverhalt von den Fällen, in denen die öffentlich-rechtliche Verpflichtung dem Gesamtvertrag sein Gepräge gibt (vgl. BVerwGE 42, 331: Folgekostenvertrag; BGHZ 56, 365: Anbauvertrag; BVerwG NJW 1976, 2360: Vergleich über Grundstücks-tausch zur Beilegung eines Streits über Straßenbeitrag; vgl. aber auch OVG Lüneburg DVBl 1978, 178). Auch die weiteren Vereinbarungen in § 11 des Vertrages über das Unterbleiben einer Umlegung (Abs. 6) und die Erschließung sind als Bestimmungen anzusehen, die den kaufrechtlichen Charakter des Gesamtvertrages nicht in Frage stellen.

II.

1. Das Berufungsgericht legt § 11 Abs. 2 des Vertrages dahin aus, die Gemeinde habe nicht nur eine unverbindliche Absichtserklärung abgegeben, sondern sich verpflichtet, einen Bebauungsplan zu erlassen, mindestens jedoch, die Aufstellung eines solchen Bebauungsplans in Übereinstimmung mit der Firma Südheimbau zu fördern. Eine Vereinbarung dieses Inhalts, so führt das Berufungsgericht weiter aus, sei wegen Verstoßes gegen § 2 Abs. 9 BBauG unwirksam. Dies führe zur Unwirksamkeit des gesamten Vertrages, denn ohne die in § 11 gegebene Zusage hätte die Rechtsvorgängerin der Klägerin den Vertrag nicht geschlossen.

Die hiergegen von der Revision erhobenen sachlichen Rügen haben im Ergebnis Erfolg.

2. Nicht zu beanstanden ist allerdings die Auffassung des Berufungsgerichts, daß vertragliche Zusagen einer Gemeinde, einen inhaltlich näher bestimmten Bebauungsplan innerhalb bestimmter Zeit aufzustellen oder doch zumindest die Aufstellung in Übereinstimmung mit dem Vertragspartner zu fördern, der Wirksamkeit entbehren (vgl. Senatsurteile vom 8. Januar 1976 - III ZR 5/74 = WM 1976, 453 und vom 8. Juni 1978 - III ZR 48/76 = BGHZ 71, 386; BVerwGE 42, 331, 333; BVerwG DVBl 1977, 529; OVG Lüneburg DVBl 1978, 178; BayObLG BayVB1. 1976, 378; Meyer/Borgs VerwVerfG § 54 Rdn. 39; einschränkend Stettner AöR 102 [1977] 544 f, 561 f, 570; Dolde NJW 1979, 890, 891; Schlichter/Stich/Tittel BBauG 2. Aufl. § 2 Rdn. 10; VGH Baden-Württ. BWVPr 1978, 223; Birk NJW 1977, 1797, 1800). Da jedenfalls die Rechtsvorgängerin der Klägerin den Kaufvertrag ohne die in § 11 Abs. 2 des

Vertrages gemachte Zusage nicht abgeschlossen hätte, würde hier gem. § 139 BGB die Nichtigkeit des gesamten Vertrages anzunehmen und ein Anspruch aus § 326 BGB auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung ausgeschlossen sein.

3. Bei dieser Rechtslage ist es nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht eine Haftung der Beklagten für Verschulden beim Vertragsschluß (culpa in contrahendo) unter Hinweis auf §§ 307 Abs. 1 Satz 2, 309 BGB abgelehnt hat. Der auch für die Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß grundsätzlich anwendbare § 254 BGB ist durch § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB, der einen der gesetzlich geregelten Fälle der Haftung aus diesem Rechtsgrund darstellt, verdrängt (BGB-RGRK 12. Aufl. § 307 Rdn. 1 und 3; RGZ 105, 412; 110, 55). Die Feststellung des Berufungsgerichts, die Rechtsvorgängerin der Klägerin hätte als große Bauträgersgesellschaft die Unwirksamkeit des notariellen Vertrages zumindest erkennen können, wird von der Revision nicht angegriffen. Auf den von der Revision angestellten Vergleich der Erkenntnismöglichkeiten der Klägerin einerseits und der später an die Stelle der Gemeinde Ober-Eschbach getretenen Beklagten andererseits kommt es bei dieser Rechtslage nicht an.

Ob das von der Beklagten nach Vertragsschluß gezeigte Verhalten, wie es namentlich in § 11 Abs. 2 des Eingliederungsvertrages zum Ausdruck kommt, das die Revision als eine Bestätigung des Selbstbindungswillens der Beklagten wertet, eine selbständige Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß hätte begründen können,

braucht nicht entschieden zu werden. Die Beklagte eröffnete jedenfalls keine neue Haftungsgrundlage, wenn sie - wie geschehen - ihre Auffassung von der Unwirksamkeit des Vertrages zum Ausdruck brachte, zugleich aber bekräftigte, daß sie nach wie vor darum bemüht sei, das Vertragsziel zu erreichen (vgl. Schreiben der Beklagten vom 11. September 1972). Die Rüge der Revision, die Beklagte habe nicht dargetan, zur Verwirklichung des Vertragsziels einen "mit Nachdruck betriebenen Versuch" unternommen zu haben, ist nicht begründet. Der von den Parteien für die Aufstellung des Bebauungsplans vereinbarte Zeitpunkt konnte von der Beklagten ohne ihr Verschulden nicht eingehalten werden, weil nach der regionalen Raumplanung zunächst ein gemeinsamer Flächennutzungsplan für B., D. und O.-E. aufgestellt werden mußte, aus dem dann der Bebauungsplan für das hier betroffene Gebiet zu entwickeln war (§ 8 Abs. 2 Satz 1 BBauG). Die Aufstellung eines vorzeitigen Bebauungsplans kam rechtlich nicht in Betracht, weil die städtebauliche Entwicklung des Gemeindegebiets von O.-E. vor dem Inkrafttreten des Flächennutzungsplans, der den Zielen der Raumordnung und Landesplanung anzupassen war (§ 1 Abs. 4 BBauG), ungeklärt war (§ 8 Abs. 4 BBauG). Es ist nicht ersichtlich, wie die Beklagte dieses Hindernis in der vertraglich festgelegten Zeit hätte beseitigen können.

Eine Haftung der Beklagten für Verschulden beim Vertragsschluß läßt sich auch nicht daraus herleiten, daß sie das Planungshindernis - hier: die Forderung der RPU nach einem gemeinsamen Flächennutzungsplan der genannten drei Gemeinden - der Rechtsvorgängerin der Klägerin verschwiegen und dadurch bei dieser das Vertrauen

in einen reibungslosen Ablauf der Bauleitplanung hervorgerufen hätte. Die Rechtsvorgängerin der Beklagten wäre zwar kraft des durch die Vertragsverhandlungen begründeten Schuldverhältnisses verpflichtet gewesen, dem Vertragspartner einen für dessen Entschließung so wesentlichen Punkt zu offenbaren, wenn sie dieses Hindernis beim Vertragsschluß bereits gekannt hätte (vgl. Senatsurteil vom 8. Juni 1978 aaO). Das Hindernis für die gemeindliche Bauleitplanung ist indessen erst am 9. Juli 1971 durch Verabschiedung des regionalen Raumordnungsplans erwachsen. In der Folgezeit ist der Klägerin diese Entwicklung nicht verborgen geblieben, wie sich u.a. aus ihrer Teilnahme an einer Besprechung bei der Beklagten am 10. Januar 1972 über die Einbeziehung des Flächennutzungsplans der Gemeinde O- in den Gesamtflächennutzungsplan ergibt. Ein Ersatz für die von der Klägerin nach diesem Zeitpunkt aufgewendeten Kosten (Erwerb der beiden Privatgrundstücke am 7. März und 3. Mai 1972 und die damit zusammenhängenden Maklergebühren) kann daher entgegen der Auffassung der Revision nicht wegen unterlassenen Hinweises auf das eingetretene Hindernis gefordert werden.

4. Die Auffassung des Berufungsgerichts, § 11 Abs. 2 des Kaufvertrages betreffe einen dem öffentlichen Recht unterfallenden Sachverhalt und sei dahin aufzufassen, daß die Gemeinde eine sie in der Ausübung ihrer Planungshoheit bindende Erklärung abgegeben habe, beruht jedoch auf einer unzureichenden Prüfung der in Betracht kommenden Vertragsinhalte und ist deshalb revisionsrechtlich nicht haltbar.

a) Die Feststellung, daß nicht nur eine unverbindliche Absichtserklärung der Gemeinde vorliege, zwingt nicht zu der Annahme, die erfolgte Zusage sei im Sinne der Begründung eines "Anspruchs" unmittelbar auf ein bestimmtes Verhalten der Gemeinde im Bereich ihrer Planungshoheit gerichtet gewesen. Bei der Auslegung dieser "Zusage" muß hier vor allem beachtet werden, daß sich die Parteien als Käufer und Verkäufer auf dem Boden der Gleichordnung gegenübertraten, also nicht einer der Fälle vorliegt, in denen die Gemeinde im Zusammenhang mit einem zu erlassenden Verwaltungsakt oder einem abzuschließenden öffentlich-rechtlichen Vertrag Erklärungen planungsrechtlichen Inhalts abgibt. Weiter muß berücksichtigt werden, daß das Interesse der Klägerin bzw. ihrer Rechtsvorgängerin letztlich nicht auf den Hoheitsakt "Bebauungsplan" gerichtet war, sondern darauf, daß in einem bestimmten künftigen Zeitpunkt die Kaufsache die Eigenschaft eines für die Wohnbebauung geeigneten Grundstücks haben werde. Dieses Interesse kann auch durch Vereinbarung auf dem Boden des Privatrechts befriedigt werden, nämlich durch Ausgleich der Vermögensnachteile, die bei einem Ausbleiben des vorgestellten Planungsablaufs bei dem Käufer eintreten. Das Risiko der künftigen Bebaubarkeit verkauften Bauerwartungslandes wird zwar in der Regel vom Käufer zu tragen sein (BGH Urt. vom 1. Juni 1979 - V ZR 80/77 = WM 1979, 916). Hiergegen kann er sich jedoch durch besondere Vertragsgestaltung schützen, indem er versucht, das Verwendungsrisiko auf den Verkäufer zu überwälzen. Solche Absprachen liegen vor allem dann nahe, wenn Verkäufer und Träger der Planungshoheit ein und dieselbe Person sind, weil dann die vorausgesetzte Verwendbarkeit der Kaufsache nicht (allein) vom Willen eines Dritten abhängt.

b) Entschließt sich - wie hier - der Käufer zum Kauf nur dann, wenn der Verkäufer die künftige Verwendungs-fähigkeit der Kaufsache verbindlich zusagt, so kann die Risikoüberwälzung grundsätzlich auch in der Weise erfolgen, daß die Gemeinde als Verkäuferin das Risiko des Ausbleibens der beiderseits zugrunde gelegten Planverwirklichung vertraglich übernimmt. Hierfür kommen inhaltlich verschiedene Möglichkeiten in Betracht. In der weitestgehenden Form kann eine solche Risikoübernahme darauf gerichtet sein, dem anderen Teil bei Nichteintritt des Erfolges vollen oder teilweisen Schadensersatz zu leisten, ohne daß es auf ein Verschulden des Versprechenden ankommt. Die Vereinbarung kann vertraglich aber auch beschränkt sein und nur die Zubilligung eines Rücktrittsrechts oder eines Anspruchs auf Ersatz von Aufwendungen für den Fall des Ausbleibens des verbindlich in Aussicht gestellten Erfolges beinhalten (vgl. RGZ 165, 41, 51, 52 für eine Gewährübernahme; Larenz, Schuldrecht Band II Bes. Teil 11. Aufl. § 53 II S. 271). In Fällen der vorliegenden Art ist auch daran zu denken, daß die Gemeinde als Verkäuferin das Risiko nur für die Teile der Planaufstellung übernehmen will, die in ihren eigenen Verantwortungsbereich als Träger der Planungshoheit fallen. Es läßt sich jedoch hierfür keine allgemeine Regel aufstellen und daher auch nicht ausschließen, daß im Einzelfall Gemeinden auch für das Risiko aufkommen wollen, daß der Bebauungsplan, wie ihn die Gemeinde aufstellen will, an Umständen scheitert, die außerhalb der Einflußnahme der Gemeinde stehen, etwa deshalb, weil die Gemeinde diese Schwierigkeiten als behebbar ansieht und das in dieser Beurteilung enthaltene Risiko objektiv zu gering einschätzt. Die Auslegung einer Vereinbarung solchen

Inhalts hat sich am Vertragszweck auszurichten, insbesondere an der beiderseitigen Interessenlage (vgl. RG aaO). Nach dem bisherigen insoweit erheblichen Vorbringen läßt es sich nicht ausschließen, daß nach dem Sinngehalt der Vereinbarung die Rechtsvorgängerin der Beklagten das Risiko eines Scheiterns ihrer Bebauungsplanung in der dafür vorgesehenen Zeitspanne übernehmen sollte, um dafür einen entsprechend hohen Preis für die verkauften Grundstücke zu erlösen. Eine abschließende Beurteilung ist jedoch dem erkennenden Senat hierzu nicht möglich.

c) Die vertragliche Übernahme eines derartigen Risikos durch eine Gemeinde ist nicht deshalb unzulässig, weil dadurch - mittelbar - ein vom Gesetz nicht gestatteter Einfluß auf die Ausübung der Planungshoheit ausgeübt würde. Zwar setzt die in § 1 Abs. 7 BBauG vorgeschriebene Abwägung der durch die Bauleitplanung berührten öffentlichen Interessen einen Abwägungsvorgang voraus, der grundsätzlich ungebunden und umfassend sein soll. Ein dem Planungsverfahren vorgegebener, mehr oder weniger festgelegter und in dieser Festlegung von einem Begünstigten erzwingbarer Planinhalt würde sich daher nahezu notwendig als eine zu mißbilligende - und deshalb zur Nichtigkeit des Bebauungsplans führende - Verkürzung der gebotenen Abwägung darstellen (Senatsurteile BGHZ 66, 322, 326; 67, 320, 326; BVerwGE 45, 309, 315). Eine solche Auswirkung hat indessen eine privatrechtliche Vereinbarung, die für den Fall des Ausbleibens des Bebauungsplans oder der Verwirklichung eines von den früheren Vorstellungen der Vertragsparteien abweichenden Planinhalts die Gemeinde mit Schadensersatz oder Aufwendungsersatz belastet, grundsätzlich nicht.

Der von einer Vereinbarung dieser Art möglicherweise ausgehende "indirekte Zwang" zu einer den Wünschen des Vertragspartners entsprechenden Bauleitplanung kann den Wirkungen einer öffentlich-rechtlichen Zusage bestimmter Planungsakte nicht gleichgesetzt werden, weil er der Einhaltung der zu beachtenden Bindungen rechtlich nicht im Wege steht. Die Unzulässigkeit solcher Risikoübernahmen läßt sich, wie der erkennende Senat bereits zu Ersatzansprüchen aus Verschulden beim Vertragsschluß ausgesprochen hat (Senatsurteil vom 8. Juni 1978 aaO), namentlich nicht durch die Überlegung rechtfertigen, daß der gegebenenfalls sich einstellende indirekte Zwang "unerwünscht" sei (so BayObLG BayVerwBl. 1976, 378, 379). Im Gegenteil besteht im Interesse des redlichen Grundstücksverkehrs und der Förderung der für die bauliche Entwicklung der Gemeinden notwendigen Privatinitiative der Grundeigentümer ein anzuerkennendes Bedürfnis dafür, der Freiheit der Gemeinde im Bereich der Bauleitplanung einen finanziellen Ausgleich für das enttäuschte Vertrauen ihres Partners zur Seite zu stellen (vgl. Dolde, NJW 1979, 890, 891). Das gilt auch und besonders dann, wenn die Gemeinde zugleich als Verkäuferin des durch die Planung berührten Grundbesitzes auftritt und - wie hier - einen Kaufpreis fordert, der nur durch die Aussicht auf eine in Kürze zu verwirklichende bauliche Nutzung gerechtfertigt erscheint. Als Trägerin der Planungshoheit, die die Bauleitpläne in eigener Verantwortung aufstellt (§ 2 Abs. 1 BBauG), muß die Gemeinde - auch die kleine - grundsätzlich auch als befähigt angesehen werden, die für die Abschätzung des mit der Gewährleistung eines künftigen Planungsergebnisses verbundenen Risikos erforderlichen Umstände hinreichend zu würdigen. Gemeinden ohne Rechtsamt können, wor-

auf das Berufungsgericht zutreffend hinweist, die zuständige Rechtsberatungsstelle im Aufsichtsbereich anrufen und derartige Verträge auf ihre Zulässigkeit und das mit ihrem Abschluß etwa eingegangene vermögensrechtliche Wagnis prüfen lassen.

d) Der Wortlaut des § 11 Abs. 2 des Vertrages ist nicht so eindeutig, daß er es ausschliesse, diese Bestimmung und die in den weiteren Absätzen 3 und 4 niedergelegten Vereinbarungen als bürgerlich-rechtliche Gewährleistung in dem vorstehend erörterten Sinne zu verstehen. Das Berufungsgericht hat diese Möglichkeit der rechtlichen Einordnung der Vereinbarung nicht erwogen, so daß sein Auslegungsergebnis nicht gebilligt werden kann.

e) Falls auch die erneute tatrichterliche Prüfung ergeben sollte, daß die Parteien in § 11 des Vertrages unmittelbar eine öffentlich-rechtliche Bindung der Gemeinde zum Erlaß oder zur Förderung eines näher bestimmten und von der Klägerin beeinflussten Bebauungsplans gewollt haben, ist die Möglichkeit einer Umdeutung (§ 140 BGB), die auch für öffentlich-rechtliche Verträge zulässig ist (vgl. § 59 Abs. 1, § 62 Satz 2 VwVfG; BVerwGE 12, 9; Knack, VwVfG § 62 Rdn. 3; Eyer-
mann/Fröhler VwGO 7. Aufl. Anh. § 42 Rdn. 17 m. weit. Nachw.) in Betracht zu ziehen. Sie muß entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht nur dahin führen, § 11 des Vertrages als "Bedingung" oder "Geschäftsgrundlage" zu sehen. Die Umdeutung der nichtigen in eine wirksame Vereinbarung setzt u.a. voraus, daß die Vereinbarung, in die umgedeutet wird, die gleiche oder doch mindestens gleichartige materiell-rechtliche Trag-

weite hat (Eyermann/Fröhler aaO; Redeker/von Oertzen VwGO 6. Aufl. § 108 Rdn. 38). Bei dieser Prüfung ist hier nicht isoliert auf § 11 des Vertrages, sondern auf den Gesamtvertrag abzustellen, der sich, wie oben unter I. ausgeführt, als Kaufvertrag mit öffentlich-rechtlicher Zusatzvereinbarung darstellt. Wenn es sich ergeben sollte, daß die Klägerin - mangels Durchsetzbarkeit des aus § 11 des Vertrages ableitbaren "Anspruchs" - letztlich nur gegen die mit einem abweichenden Bebauungsplanverlauf verbundenen Vermögensnachteile gesichert werden sollte, würde eine Umdeutung des § 11 Abs. 2 bis 4 in eine Übernahme des Planungsrisikos durch die Gemeinde den Gesamtcharakter des Vertrages nicht entscheidend verändern. Bei dieser Rechtslage käme es darauf an, ob die Parteien, wenn sie die Nichtigkeit des abgeschlossenen Vertrages gekannt hätten, an dessen Stelle einen Kauf mit Übernahme des Planungsrisikos vereinbart hätten (vgl. Palandt/Heinrichs, BGB 37. Aufl. § 140 Anm.1; Eyermann/Fröhler aaO). Das könnte nach Sachlage nur für die Rechtsvorgängerin der Beklagten zweifelhaft sein. Insoweit würde es wesentlich darauf ankommen, welches Interesse gerade die Gemeinde am Zustandekommen des Kaufvertrages hatte, welchen "Preis" sie hierfür zu zahlen gewillt war und wie sie aus der damaligen Sicht das Wagnis beurteilen durfte, aus einer Übernahme dieses Risikos auf Schadens- oder Aufwendungsersatz in Anspruch genommen zu werden. Diese Fragen sind zum Teil zwischen den Parteien streitig und insgesamt nicht geklärt, so daß dem erkennenden Senat eine abschließende Stellungnahme nicht möglich ist.

5. Die Auffassung des Berufungsgerichts, § 11 Abs. 2 des Vertrages enthalte eine öffentlich-rechtliche Klausel, die unwirksam sei und zur Nichtigkeit des Gesamtvertrages führe, kann daher nach den bisherigen tatrichterlichen Feststellungen nicht gebilligt werden. Die Sache bedarf insoweit erneuter Prüfung.

III.

Das Berufungsgericht hat auch eine Haftung wegen Amtspflichtverletzung (§ 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG) abgelehnt, einmal, weil die Gemeinde im privatrechtlichen Bereich tätig geworden und es nicht ihre Amtspflicht gewesen sei, für die Wirksamkeit aller Vertragsbestimmungen Sorge zu tragen, zum andern, weil ein schutzwürdiges Vertrauen in die Aufstellung eines inhaltlich den Vorstellungen der Klägerin entsprechenden Bebauungsplans nicht erweckt worden sei. Auch hiergegen wendet sich die Revision mit Erfolg.

1. Wenn die Parteien in § 11 Abs. 2 bis 4 des Vertrages eine Bindung der Rechtsvorgängerin der Beklagten in ihrem hoheitlichen (Bauleitplanungs-)Bereich begründen wollten, was das Berufungsgericht annimmt, handelt es sich jedenfalls insoweit nicht um eine dem privatrechtlichen, vertraglichen Bereich zuzuordnende Willenserklärung der Gemeinde, sondern um eine Zusage über die Art und Weise der ihr als Trägerin der Planungshoheit obliegenden Bauleitplanung. Bei dieser Zusage hatte die Gemeinde die ihr dem anderen Teil gegenüber obliegende Amtspflicht zu beachten, sich bei der Ausübung ihrer Hoheitstätigkeit innerhalb von Ge-

setz und Recht zu halten (Staudinger/Schäfer, BGB 10./11. Aufl. § 839 Rdz. 257; Soergel/Siebert/Glaser, BGB 10. Aufl. § 839 Bem. 178; Bender, Staatshaftungsrecht 2. Aufl. Rdz. 516). Dies bedeutete hier, keine Zusage abzugeben, die geeignet war, das vom Gesetz grundsätzlich als frei von unmittelbaren Zwängen gewollte Aufstellungsverfahren der rechtlichen Einwirkung eines Dritten auszusetzen (vgl. oben II. 1). In die Schutzwirkung einer solchen Amtspflicht ist grundsätzlich auch der Empfänger der Zusage einzubeziehen, der in der Regel darauf vertrauen kann, daß eine öffentliche Körperschaft, die eine als bindend gewollte Zusage innerhalb ihrer Zuständigkeit abgibt, die Zulässigkeit einer derartigen Verpflichtungserklärung sorgfältig geprüft hat.

2. Die Auffassung des Berufungsgerichts, eine etwaige Amtspflichtverletzung sei für den Schaden der Klägerin nicht ursächlich, weil die Klägerin nicht habe darauf vertrauen können, einen ihren Vorstellungen inhaltlich entsprechenden Bebauungsplan zu erhalten, findet in § 11 Abs. 2 bis 4 des Vertrages keine ausreichende Stütze. Darin ist - neben Einzelheiten der Festsetzung der Nutzung - vor allem darauf hingewiesen, daß der Bebauungsplan "in Abstimmung" mit der Klägerin zu erstellen sei. Das Berufungsgericht legt dies an anderer Stelle dahin aus, daß die Aufstellung "in Übereinstimmung" mit der Klägerin habe erfolgen sollen.

3. Eine Amtshaftung wird grundsätzlich auch dadurch nicht ausgeschlossen, daß die Klägerin die Unwirksamkeit einer als bindend gewollten Zusage hätte erkennen können. Dieser Sachverhalt rechtfertigt nicht die An-

wendung des in § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB enthaltenen Rechtsgedankens. Diese Bestimmung ist eine Sonderbestimmung über Haftung für Verschulden beim Vertragschluß (RGZ 105, 412). Der damit verbundene Ausschluß des § 254 BGB einseitig zu Lasten des Bürgers erscheint für die Amtshaftung nicht angemessen, weil die Amtspflicht, im Hoheitsbereich keine das Gesetz verletzenden Zusagen zu machen, sich nicht erst - wie entsprechende Pflichten im Bereich der culpa in contrahendo - aus geführten Vertragsverhandlungen ergibt, sondern in die allgemeine Verantwortung des Beamten fällt. Ein genereller Ausschluß des § 254 BGB zu Lasten des Bürgers würde daher der behördlichen Verantwortung für ein im Einklang mit dem Gesetz stehendes Verhalten nicht gerecht.

4. Das Berufungsgericht hat nicht festgestellt, daß die Rechtsvorgängerin der Klägerin die Nichtigkeit des Vertrages positiv kannte. Eine mitwirkende Fahrlässigkeit der Klägerin in Bezug auf die Nichtigkeit führt hier nach allgemeinen Grundsätzen jedenfalls nicht zum völligen Wegfall einer Haftung. Immerhin ist zu berücksichtigen, daß der Vertrag durch einen Notar beurkundet wurde, der - was mangels entgegenstehender Feststellung anzunehmen ist - die Wirksamkeit des Vertrages nicht in Zweifel zog.

5. Bei diesem Sachverhalt stellt sich hier auch die Frage, ob etwaige Ersatzansprüche gegen den Notar als Möglichkeit anderweiten Ersatzes im Sinne von § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB in Betracht kommen. Der Notar ist gemäß § 17 Abs. 1 BeurkG verpflichtet, die Beteiligten über die rechtliche Tragweite des Geschäfts zu belehren und gemäß § 17 Abs. 2 gehalten, Zweifel an der Wirksamkeit des Ge-

schäfts in der Niederschrift zu vermerken. Eine Haftung des Notars kann hier allerdings zweifelhaft sein, weil die Auslegung des § 11 Abs. 2 des Vertrages durch das Berufungsgericht, wie ausgeführt, nicht zwingend ist und zum Teil aus Umständen hergeleitet wird, die der beurkundende Notar nicht zu kennen brauchte. Unter diesen Umständen könnte die Verweisung auf eine Inanspruchnahme des Notars jedenfalls als nicht zumutbar angesehen werden. Eine abschließende Beurteilung dieser Frage ist dem Senat nicht möglich, weil es hierfür wesentlich auf den Verlauf des Beurkundungsvorgangs ankommt, über den bisher nichts vorgetragen ist.

IV.

Soweit die Klage abgewiesen wurde, ist daher die Sache zur anderweiten Prüfung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Auf die weiteren Rügen

der Revision zur ungerechtfertigten Bereicherung kommt es bei dieser Rechtslage nicht an. Da offen ist, ob die dabei angeschnittenen Rechtsfragen im Ergebnis entscheidungserheblich sein werden, sieht der Senat insoweit von einer Stellungnahme ab.

Nußgens

Krohn

Lohmann

Kröner

Boujong