

11

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IX ZR 127/83

URTEIL

Verkündet am
12. Juli 1984
Pohl
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Notar Frank U [REDACTED],
B [REDACTED] Straße [REDACTED], B [REDACTED],

Beklagter und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

g e g e n

Joachim G [REDACTED],
I [REDACTED]straße [REDACTED], H [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. Juli 1984 durch den Vorsitzenden Richter Merz und die Richter Henkel, Gärtner, Winter und Dr. Graßhof

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 9. Zivilsenats des Kammergerichts vom 29. April 1983 aufgehoben.

Der Kläger wird verurteilt, dem Beklagten

66 243,00 DM nebst 4 % Zinsen

auf 51 635,41 DM seit dem 29. August 1983,
auf 4 377,59 DM seit dem 2. September 1983 und
auf 10 230,00 DM seit dem 18. Oktober 1983
zu erstatten.

Der Rechtsstreit wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung über die Berufungen der Parteien und über die Kosten der Revisionsinstanz an den 12. Zivilsenat des Kammergerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

- 3 -

Tatbestand

Der Kläger verlangt von dem beklagten Notar wegen behaupteter Amtspflichtverletzung Schadensersatz.

Als Eigentümer des in B- W- , B- Straße /G- Straße gelegenem Grundstück war im Grundbuche Otto S- eingetragen. Er verstarb im März 1977 und wurde von seiner Ehefrau beerbt. Sie verstarb im Oktober 1977 und wurde beerbt von der in den Vereinigten Staaten von Amerika wohnhaften gemeinsamen Tochter, Frau Ilse E-. Diese beabsichtigte, das Grundstück zu verkaufen. Der Kläger war daran interessiert, das Grundstück zu erwerben, und beauftragte zunächst den Architekten Enno B-, die wirtschaftliche Verwertbarkeit zu prüfen. Danach begann er Verhandlungen über einen Erwerb des Grundstücks, zunächst mit der in B- weilenden Frau E- und, nachdem diese in die Vereinigten Staaten von Amerika zurückgereist war, mit ihrem Ehemann, dem Fabrikanten Herbert E-, dem sie in öffentlich beglaubigter Form Generalvollmacht erteilt hatte. Am 8. Februar 1978 fanden zwischen dem Kläger, der von dem Architekten B- begleitet wurde, und Herrn E- weitere Verhandlungen statt. Deren Ergebnis sollte unter Hinzuziehung eines Notars schriftlich festgelegt werden. Der Architekt B- rief nachmittags den Beklagten, der seine Kanzlei bereits geschlossen und verlassen hatte, an und bat ihn, zurückzukehren und die Verhandlungspartner zu empfangen. Damit war der Beklagte einverstanden. Nach längeren Erörterungen, deren Inhalt zwischen den Parteien streitig

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)

[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)

ist, unterzeichneten der Kläger und Herr E[REDACTED] dort eine "Vereinbarung" überschriebene Urkunde, die der Kläger auf einer Schreibmaschine der Kanzlei geschrieben hatte, und der Beklagte beglaubigte die Unterschriften der Erklärenden. Die Urkunde hat auszugsweise folgenden Wortlaut:

"I

Herr Joachim G[REDACTED] bietet Frau Ilse E[REDACTED] an, das in ihrem Eigentum stehende Grundstück in B[REDACTED], B[REDACTED] Straße [REDACTED] / G[REDACTED] Str. [REDACTED], zum Preise von 1.400.000,-- DM (in Worten: Einemillionvierhunderttausend Deutsche Mark) zu kaufen.

Das Grundstück ist unbelastet zu liefern. Er hält sich an dieses Angebot bis zum 30. Juni 1978 gebunden.

Für den Fall, daß er das Grundstück bei Annahme des Angebotes innerhalb des genannten Zeitraumes nicht in notarieller Form ankauft, verpflichtet er sich zur Zahlung einer Vertragsstrafe von 50.000,-- DM (Fünzigtausend Deutsche Mark). Der Betrag von 50.000,-- DM stellt den Schadensmindestbetrag dar, der in diesem Fall zu ersetzen ist. Das Geltendmachen eines höheren Schadens ist nicht ausgeschlossen.

II

Frau E[REDACTED] verpflichtet sich für den Fall, daß ihr ein Dritter ein Kaufangebot unterbreitet, Herrn G[REDACTED] die Möglichkeit zu eröffnen, das vorbezeichnete Grundstück zu den gleichen Bedingungen zu erwerben, unter denen der Dritte es zu erwerben beabsichtigt.

Frau E[REDACTED] hält sich an diese Verpflichtung bis zum 30. 6. 1979 gebunden.

Herr G [REDACTED] ist berechtigt, innerhalb von 14 Tagen nach Empfang des Drittangebotes zu erklären, daß er das Grundstück zu den Bedingungen des Drittangebots erwerben möchte.

In diesem Fall verpflichtet sich Frau E [REDACTED] zum Abschluß eines Kaufvertrages über das vorbezeichnete Grundstück zu den betreffenden Bedingungen des Drittangebotes.

Für den Fall, daß Frau E [REDACTED] dieser Verpflichtung zuwiderhandelt, schuldet sie Herrn G [REDACTED] eine Vertragsstrafe von 50.000,-- DM (Fünfzigtausend Deutsche Mark). Das Geltendmachen eines höheren Schadens ist nicht ausgeschlossen.

III

Sollte eine der Bestimmungen dieses Vertrages unwirksam sein, ist nicht der gesamte Vertrag unwirksam. Es gilt vielmehr das, was die Parteien in Kenntnis der Unwirksamkeit zur Erreichung des Vertragszweckes vereinbart hätten.

Die Notarkosten für die Beglaubigung dieses Vertrages trägt Herr Giese.

E [REDACTED], den 8. Februar 1978

gez. Joachim G [REDACTED]

gez. Herbert E [REDACTED]"

Nach dem Vortrage des Beklagten waren die Ziffern I und II der Vereinbarung von dem Kläger gefaßt, die Ziffer III auf seinen, des Beklagten, Rat in die Vereinbarung aufgenommen worden. Zur Begleichung der dem Beklagten für seine Tätigkeit zustehenden Gebühren händigte der Kläger ihm einen Scheck über 865 DM und einen Scheck über 265 DM aus, die er für die "i [REDACTED]-b [REDACTED] Gesellschaft für B [REDACTED] mbH & Co" in H [REDACTED] ausgestellt hatte.

Mit Schreiben vom 9. Februar 1978 bestätigte der Beklagte dieser den Erhalt des Schecks über 865 DM "zum Ausgleich des vereinbarten Beratungshonorars" und den Erhalt des Schecks über 265 DM "über die Beglaubigungsgebühren". Am selben Tage unterrichtete ihn Herr E. fernmündlich, er werde sich an die Vereinbarung, soweit er darin erklärt habe, seine Frau sei bis zum 30. Juni 1979 gebunden, nicht halten. Dem Kläger ließ er durch Schreiben eines von ihm bevollmächtigten Rechtsanwalts vom 10. Februar 1978 mitteilen, daß die am 8. Februar 1978 getroffene Vereinbarung wegen Formmangels unwirksam sei, er ihm aber gleichwohl Gelegenheit gebe, bis Montag, dem 13. Februar 1978, 13.00 Uhr, einen geeigneten Käufer zu benennen, der ein notarielles Angebot abgegeben haben müsse, oder selbst den Vertrag abzuschließen. Am 16. Februar 1978 verkündete Herr E. namens seiner Ehefrau, der am 14. Februar 1978 ein sie als Alleinerbin ihrer Mutter ausweisender Erbschein erteilt worden war, das Grundstück an einen Dritten zu einem Kaufpreis von 1 300 000 DM.

Der Kläger macht geltend, der Beklagte habe die Beteiligten dahingehend belehrt, daß die Vereinbarung zu ihrer Wirksamkeit der notariellen Beurkundung nicht bedürfe, und sie dadurch veranlaßt, von dieser abzusehen. Deshalb stehe ihm der in Ziffer II der Vereinbarung vorgesehene Anspruch auf Vertragsstrafe von 50 000 DM gegen Frau E. nicht zu. Für diesen Schaden sei der Beklagte ihm ersatzpflichtig.

Das Landgericht vernahm den Architekten B[REDACTED] als Zeugen und verurteilte den Beklagten zur Zahlung von 26 479,45 DM nebst Zinsen. Die weitergehende Klage wies es ab, weil für den Kläger in Höhe von 20 039,55 DM gegen die frühere Eigentümerin ein Ersatzanspruch aus dem Gesichtspunkt des Verschuldens beim Vertragsschluß gegeben sein könne und er im Falle einer Beurkundung der Vereinbarung weitere Gebühren in Höhe von 3 481,00 DM an den Beklagten hätte zahlen müssen. Gegen dieses Urteil legte der Beklagte Berufung ein mit dem Ziel der Abweisung der Klage, soweit das Landgericht ihr stattgegeben hatte, der Kläger Anschlußberufung, um die Verurteilung des Beklagten zur Zahlung weiterer 20 039,55 DM zu erreichen.

Das Berufungsgericht ordnete Beweiserhebung an über die Behauptung des Klägers:

"Der Fabrikant Herbert E[REDACTED] hätte am 8. Februar 1978 bei richtiger Beratung durch den Beklagten und Aufklärung über den rechtlichen Charakter eines Vorkaufsrechts des Klägers den Willen zur Beurkundung einer dahingehenden Verpflichtung seiner Ehefrau Ilse E[REDACTED] zur Übertragung des Grundstückseigentums auf den Kläger gehabt."

durch Vernehmung des Fabrikanten Herbert E[REDACTED] und des Architekten Enno B[REDACTED] als Zeugen. Der Zeuge E[REDACTED] sollte im Wege der Rechtshilfe durch die dafür zuständige Behörde vernommen werden. Der Beklagte widersprach dieser

Beweisaufnahme, weil sie einen Ausforschungsbeweis darstelle und die Fassung der Beweisfrage zu unbestimmt sei. Er wies darauf hin, daß er Wert darauf lege, von dem Termin der Vernehmung des Zeugen E[REDACTED] benachrichtigt zu werden. Er werde diesen Termin entweder selbst wahrnehmen oder durch einen Rechtsvertreter wahrnehmen lassen. Herr E[REDACTED] wurde durch das Generalkonsulat der Bundesrepublik Deutschland in Los Angeles am 6. Oktober 1982 als Zeuge vernommen. Nach dem Protokoll über seine Vernehmung, das feststellt, daß die Parteien von diesem Termin nicht unterrichtet worden waren, sagte er zur Sache wie folgt aus:

"Nach Vorhalt des Parteivorbringens des Klägers und der Beweisfrage: Ich wollte damals das Grundstück an den Kläger verkaufen und ging davon aus, daß der am 08.02.1978 geschlossene Vertrag formgültig war. Um ehrlich zu sein: Ich habe damals gar nicht richtig verstanden, daß es sich bei dem Vertrag nur um einen Vorvertrag handelte; ich meinte, damit sei das Grundstück an G[REDACTED] verkauft. Ich war froh, daß die Sache an diesem Tage erledigt war; ich hatte nicht die Absicht, noch nach einem weiteren Käufer zu suchen, der mehr zahlen würde. Meine Frau und ich wollten das geerbte Grundstück so schnell wie möglich los werden. Ich wäre auch bereit gewesen, die höheren Gebühren für die notwendige Form des Vertrages zu bezahlen.

Wenn ich gemerkt hätte, daß der geschlossene Vertrag ungültig war, hätte ich darauf bestanden, daß er noch am selben Tage in gültiger Form abgeschlossen worden wäre, und zwar als endgültiger Verkauf.

Auf erneuten Vorhalt der Klägerbehauptung auf Seite 5 des Rechtshilfeersuchens vom 30.06.1980: Um ehrlich zu sein: Ich habe gar nicht richtig verstanden, worum es bei diesen Verhandlungen über einen Vorvertrag ging. Ich wollte auf jeden Fall das Grundstück möglichst noch an diesem Tage endgültig an G[REDACTED] verkaufen.

Ich erfuhr erst am nächsten Tage im Büro meines Anwalts Dr. H[REDACTED], daß der Vertrag ungültig war.

Mein früherer Anwalt J. [REDACTED] schrieb darauf dem Kläger einen Brief und räumte ihm eine Dreitagesfrist ein, um den Kauf gültig zu machen. Als ich nach drei Tagen nichts hörte, verkaufte ich das Grundstück für 1,3 Mio DM an einen Dritten."

Ausweislich des Protokolls über die mündliche Verhandlung vor dem Berufungsgericht nach Durchführung der Beweisaufnahme am 15. Februar 1983 verhandelten die Parteien zur Sache und beantragte der Beklagte,

"hilfsweise den Zeugen E. [REDACTED] gegenbeweislich zum Beweisthema nochmals zu hören, weil er zu dem Termin zur Beweisaufnahme vor dem Deutschen Konsulat in Los Angeles trotz eines schriftlichen Antrages nicht geladen worden ist, und ihn zu diesem Termin zu laden. Für diesen Fall behält er sich vor, den Zeugen B. [REDACTED] zum gleichen Beweisthema nochmals vernehmen zu lassen."

Der zu diesem Termin als Zeuge geladene Architekt B. [REDACTED] wurde unvernommen entlassen. Das Berufungsgericht verurteilte aufgrund dieser mündlichen Verhandlung am 29. April 1983 den Beklagten, an den Kläger 46 519,00 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 14. Juli 1978 zu zahlen, und wies die weitergehende Klage ab. Das Berufungsurteil enthält in den Entscheidungsgründen den Satz: " Der Beklagte hat nach der ihm bekannten Durchführung der Vernehmung des Zeugen E. [REDACTED] rügelos zur Sache verhandelt (§ 295 Abs. 1 ZPO)." Der Beklagte beantragte insoweit Berichtigung des Tatbestands und trug zur Begründung dieses Antrags vor:

"Der Beklagte hat den Senat vor Antragstellung im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 15.2.83 ausdrücklich darauf hingewiesen, daß er entgegen seiner im Schriftsatz vom 16.5.80 auf Seite 6

geäußerten Bitte von dem Termin zur Vernehmung des Zeugen E[REDACTED] benachrichtigt zu werden, von diesem Termin nicht benachrichtigt worden ist. Er bat den Herrn Vorsitzenden seine diesbezügliche Rüge in das Protokoll aufzunehmen. Darauf erklärten sowohl der Vorsitzende als auch der Berichterstatter, Dr. S[REDACTED], daß ihnen diese Tatsache bekannt sei und daß sie die Rüge zur Kenntnis nehmen und bei der Entscheidung berücksichtigen würden. Eine förmliche Aufnahme der Rüge in das Terminsprotokoll lehnte der Herr Vorsitzende im Hinblick auf diese Versicherung ab.

Der Beklagte hat die betreffende Rüge dann vorsorglich in seinem zu Protokoll erklärten Hilfsbeweis Antrag incedenter wiederholt."

Das Berufungsgericht lehnte die Berichtigung des Tatbestandes mit folgender Begründung ab:

"Der Tatbestand ist in dem Urteil zutreffend wiedergegeben. Das Protokoll vom 15. Februar 1983 gibt den Terminsablauf richtig wieder. Auf das Protokoll ist in dem Tatbestand des Urteils Bezug genommen. Ob der in dem Terminsprotokoll enthaltene hilfsweise gestellte Beweis Antrag die auf Seite 12 des Urteils enthaltene Äußerung des Gerichts, die der Beklagte beanstandet hat, rechtfertigt, hat der Senat nicht zu entscheiden. Daß der Beklagte neben dem hilfsweise gestellten Beweis Antrag in der mündlichen Verhandlung am 15. Februar 1983 die Nichtladung zu der Vernehmung des Zeugen E[REDACTED] im verfahrensrechtlichen Sinn beanstandet hat, kann nach der Erinnerung der Richter nicht festgestellt werden. Nach der Erinnerung der im Schriftsatz des Beklagten vom 19. Mai 1983, Seite 2 angesprochenen Richter ist über die Nichtladung des Beklagten zu der Vernehmung des Zeugen E[REDACTED] in der mündlichen Verhandlung am 15. Februar 1983 gesprochen worden. Der bericht erstattende Richter Dr. S[REDACTED] erinnert sich, daß diese von Seiten des Gerichts insoweit eingeleiteten Erörterungen zu dem im Protokoll aufgenommenen Hilfsbeweis Antrag des Beklagten geführt haben."

Mit der Revision erstrebt der Beklagte weiterhin die Abweisung der Klage im vollen Umfange. Ferner beantragt er die Verurteilung des Klägers, ihm die Beträge von insgesamt 66 243,00 DM, die er zur Abwendung der Vollstreckung des Berufungsurteils an ihn gezahlt habe, nebst Zinsen zu erstatten. Der Kläger beantragt, die Revision und den Erstattungsantrag zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

Die Revision ist begründet.

I.

Nach § 19 Abs. 1 Satz 1 BNotO hat der Notar, wenn er vorsätzlich oder fahrlässig die ihm einem anderen gegenüber obliegende Amtspflicht verletzt, diesem den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen. Das Berufungsgericht bejaht den von dem Kläger auf diese Vorschrift gestützten Klageanspruch:

Die Beteiligten der Vereinbarung vom 8. Februar 1978 hätten diese mit ihrem formulierten Inhalt und rechtswirksam abschließen wollen. Das stehe aufgrund des Ergebnisses der Beweisaufnahme fest. Die über die Vereinbarung aufgenommene Urkunde habe die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit für sich. Schon deren Inhalt, insbesondere die Bestimmung in Ziffer III über ihre Wirksamkeit, spreche für den Willen der Beteiligten, sie rechtswirksam zu treffen. Hiernach, insbesondere auch nach den glaubhaften Angaben des

Architekten B■■■■ bei seiner Vernehmung als Zeuge im ersten Rechtszuge, unterliege dies bei dem Kläger keinem Zweifel. Es stehe aber auch für den Willen des in Vollmacht für seine Ehefrau handelnden Zeugen Herbert E■■■■ fest. Dieser habe glaubhaft bekundet, daß er das Grundstück für sie habe verkaufen und zu diesem Zweck mit dem Kläger die Vereinbarung vom 8. Februar 1978 mit bindender Wirkung habe abschließen wollen. Dies sei seinen Angaben bei der Vernehmung am 6. Oktober 1982 eindeutig zu entnehmen, das entgegenstehende Vorbringen des Beklagten widerlegt. Für seine erneute Vernehmung bestehe kein Anlaß. Soweit der Beklagte eine solche unter Hinweis auf den Umstand beantrage, daß der Termin zur Vernehmung des Zeugen E■■■■ ihm nicht mitgeteilt worden sei, sei dem nicht nachzugehen. Er habe nach der ihm bekannten Vernehmung des Zeugen rügelos zur Sache verhandelt. Diesem aufgrund der Vernehmung des Zeugen E■■■■ gewonnenen Ergebnis ständen die Bekundungen des Architekten B■■■■ bei seiner Vernehmung als Zeuge im ersten Rechtszuge nicht entgegen. Zwar sei allein seiner Aussage noch nicht ganz zweifelsfrei zu entnehmen gewesen, daß auch Herr E■■■■ die Vereinbarung vom 8. Februar 1978 ihrem formulierten Inhalt nach entgegen dem Vortrag des Beklagten ernsthaft gewollt und sie bindend und rechtswirksam habe abschließen wollen. Denn er habe zu wesentlichen Umständen eher einen Eindruck bekundet, ohne tatsächliche Äußerungen abzugeben, aus denen er seinen Eindruck gewonnen habe. Aber auch seine Aussage **laufe darauf hinaus, daß die Vertragsbeteiligten** und so auch E■■■■ die Vereinbarung vom 8. Februar 1978

ernsthaft gewollt und gemeint hätten, sie wirksam abzuschließen.

Da von dem schriftlich niedergelegten Inhalt der Vereinbarung als dem von den Vertragsschließenden ernsthaft und bindend gewollten auszugehen sei, unterliege es keinem Zweifel, daß sie zu ihrer Wirksamkeit, auch bezüglich des Vertragsstrafenversprechens, um das es hier gehe, nach § 313 BGB der notariellen Beurkundung bedurft hätte. Da sie der durch Gesetz vorgeschriebenen Form ermangele, sei sie insgesamt unwirksam. Das habe zur Folge, daß dem Kläger - anders als bei dem Sachverlauf im Falle der Wirksamkeit der Vereinbarung - kein Anspruch auf Vertragsstrafe gegen die frühere Eigentümerin zustehe. Hierfür habe der Beklagte nach § 19 Abs. 1 BNotO einzustehen, weil er unter schuldhafter Verletzung der ihm nach § 24 Abs. 1 BNotO obliegenden Pflicht die Beteiligten nicht dahin beraten habe, daß die von ihnen gewollte Vereinbarung der notariellen Beurkundung bedürfe. Hätte er diese Notwendigkeit erkannt, würde er trotz der fortgeschrittenen Stunde und der Abwesenheit seines Kanzleipersonals die Beurkundung vorgenommen haben.

Der dem Kläger geschuldete Schadensersatz belaufe sich auf die vereinbarte Vertragsstrafe, die angesichts der Höhe des vorgesehenen Kaufpreises nicht unangemessen hoch sei, abzüglich des im Falle der Beurkundung von ihm zu zahlen gewesenem Mehrbetrages der Gebühren des Beklagten. Da dessen Amtspflichtverletzung in einer unrichtigen Beratung der Beteiligten liege, komme es nach § 19 Abs. 1 Satz 2, 2. Hs. BNotO nicht darauf an, ob er

auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermöge. Außerdem habe es sich bei dem im vorgesehenen Falle zu zahlenden Betrage von 50 000 DM nicht um einen pauschalierten Schadensersatz, sondern um eine Vertragsstrafe im Sinne von §§ 339 ff BGB gehandelt, mit der ein Druckmittel gegenüber dem anderen Vertragspartner habe geschaffen werden sollen. Der Kläger verlange mithin Schadensersatz dafür, daß er keinen Anspruch auf Vertragsstrafe gegen Frau Erpel erlangt habe. Eine Kongruenz mit einem etwaigen Schadensersatzanspruch gegen sie wegen Verschuldens bei Vertragsschluß bestehe mithin nicht. Der Kläger sei zur Geltendmachung des Klageanspruchs aktiv legitimiert, auch wenn er bei der Vereinbarung am 8. Februar 1978 nicht für sich, sondern für die "i-b Gesellschaft für B mbH & Co" verhandelt habe. Denn nach der Vereinbarung habe er selbst den Anspruch auf die Vertragsstrafe haben sollen.

II.

Das Berufungsurteil kann keinen Bestand haben.

1. Bei der von dem Kläger und Herrn Erpel unterzeichneten Vereinbarung vom 8. Februar 1978 handelt es sich um eine Privaturkunde, die vollen Beweis dafür begründet, daß die in ihr enthaltenen Erklärungen von den Ausstellern abgegeben sind (§ 416 ZPO). Nach dem Wortlaut ihrer Erklärungen hat der Kläger sich verpflichtet, das Grundstück der Frau E zum Preise von 1 400 000 DM lastenfrei zu erwerben, falls sie dieses Angebot bis zum 30. Juni 1978 annahm (Ziffer I), und hat Herr E als ihr Vertreter erklärt, sie verpflichte sich bis zum 30. Juni 1979, das Eigentum an ihrem Grundstück dem Kläger zu denselben Bedingungen zu übertragen,

zu denen ein Dritter es zu erwerben beabsichtige (Ziffer II). Nach § 313 Satz 1 BGB bedarf ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen oder zu erwerben, der notariellen Beurkundung. Das gilt auch für Verträge, mit denen über die Vereinbarung eines empfindlichen Nachteils ein indirekter Zwang zum Abschluß eines Grundstückskaufvertrages ausgeübt werden soll (vgl. BGH Urteil vom 1. Juli 1970 - IV ZR 1178/68 = LM BGB § 313 Nr. 43; Urteil vom 3. November 1978 - V ZR 30/77 = LM BGB § 313 Nr. 78, jeweils m.w.N.). Das Berufungsgericht ist deshalb zu Recht der Ansicht, daß die Vereinbarung vom 8. Februar 1978, einschließlich des von dem jeweiligen Schuldner dem jeweiligen Gläubiger gegebenen Versprechens, im Falle, daß er seine Verbindlichkeit nicht erfülle, eine Vertragsstrafe von 50 000 DM zu zahlen, der notariellen Beurkundung bedurft hätte und in Ermangelung dieser durch Gesetz vorgeschriebenen Form nichtig war (§ 125 Satz 1 BGB). Das bezweifelt die Revision nicht.

2. Nach seinem Vortrage hatte der Beklagte die Urkunde über diese Vereinbarung, bei der er die Unterschriften der Beteiligten beglaubigte, nicht entworfen. Deshalb hätte er ohne weitergehenden Auftrag der Beteiligten die Urkunde nur darauf zu prüfen brauchen, ob Gründe bestanden, seine Amtstätigkeit zu versagen (§ 40 Abs. 2 BeurkG, vgl. Arndt, Bundesnotarordnung, 2. Aufl., 1982, Anhang zu § 19 BNotO - § 40 BeurkG, Anm. II, 3.2). Ob der Beklagte auch dann die Beteiligten auf das Erfordernis der notariellen Beurkundung hätte hinweisen müssen, bedarf keiner Entscheidung. Denn sie haben ihm einen weitergehenden Auftrag erteilt.

Nach § 24 Abs. 1 Satz 1 BNotO gehört zu dem Amt des Notars auch die sonstige Betreuung der Beteiligten auf dem Gebiete vorsorgender Rechtspflege, insbesondere die Anfertigung von Urkundenentwürfen und die Beratung der Beteiligten. Der Kläger und Herr E. haben den Beklagten um seine Beratung bei der von ihnen vorgesehenen Vereinbarung gebeten, er hat den von dem Kläger gefertigten Entwurf begutachtet, auf die Einfügung der Ziffer III hingewirkt und für seine Tätigkeit eine Beratungsgebühr (vgl. § 147 Abs. 1 KostO) berechnet. Deshalb war es seine Amtspflicht, die Beteiligten darüber zu belehren, daß die Vereinbarung zu ihrer Wirksamkeit der notariellen Beurkundung bedurft hätte.

Davon geht das Berufungsgericht, wie auch die Revision nicht bezweifelt, zutreffend aus.

3. Das Berufungsgericht hält die Behauptung des Beklagten, er habe eine dahingehende Belehrung vorgenommen, und die Beteiligten hätten eine Beurkundung des Vertrages nicht gewollt, durch das Ergebnis der Beweisaufnahme für widerlegt. Seine Überzeugung hat es aufgrund der Bekundung des im Wege der Rechtshilfe als Zeugen vernommenen Beteiligten Herbert E. gewonnen, von dessen Vernehmung der Beklagte entgegen seinem ausdrücklichen Antrage nicht unterrichtet worden war.

a) Die Revision rügt mit Recht als Verletzung von § 357 Abs. 1 ZPO, daß das Verfahren des Berufungsgerichts das Recht des Beklagten auf Anwesenheit bei der Vernehmung des Zeugen E. verletzt hat. Nach § 357 Abs. 1 ZPO ist den Parteien gestattet, der Beweisaufnahme beizuwohnen. Sie sind berechtigt, dem Zeugen diejenigen Fragen vorlegen zu lassen, die sie zur Aufklärung der Sache oder der Verhältnisse des Zeugen für

dienlich erachten (§ 397 Abs. 1 ZPO), der Vorsitzende kann den Parteien gestatten und hat ihren Anwälten auf Verlangen zu gestatten, an den Zeugen unmittelbar Fragen zu richten (§ 397 Abs. 2 ZPO). Der Zeuge E. hat bekundet, er habe gemeint, daß durch die Vereinbarung vom 8. Februar 1978 das Grundstück seiner Ehefrau formgültig an den Kläger verkauft worden sei, also etwas anderes, als dieser selbst behauptet hatte oder sich aus dem Wortlaut der Vereinbarung ergab. Es liegt auf der Hand, daß der Zeuge, hätte der Beklagte ihm bei der Vernehmung Fragen vorlegen lassen oder selbst stellen können, möglicherweise etwas anderes bekundet haben würde oder daß seine Aussage so ausgefallen wäre, daß das Berufungsgericht den Sachvortrag des Beklagten dann durch sie nicht als widerlegt angesehen hätte. Mithin kann sein Urteil auf dem von dem Beklagten gerügten Mangel des Verfahrens beruhen.

b) Entgegen der mit tatbestandlicher Wirkung in den Entscheidungsgründen des Berufungsurteils enthaltenen Feststellung hat der Beklagte sich nicht in Kenntnis dieses Mangels rügelos auf die nächste mündliche Verhandlung eingelassen und dadurch sein Recht, die Verletzung der Vorschrift des § 357 Abs. 1 ZPO zu rügen, nach § 295 Abs. 1 ZPO verloren. Das Protokoll über die mündliche Verhandlung vom 15. Februar 1983 vor dem Berufungsgericht, dessen Beweiskraft der des Tatbestandes vorgeht (§§ 314 Abs. 1 Satz 2, 165 ZPO), ergibt, daß der Beklagte gerügt hat, daß er von dem Termin zur Vernehmung des Zeugen E. nicht unterrichtet worden war. Das ergibt sich im übrigen auch aus der Begründung des den Tatbestandberichtigungsantrag des Beklagten zurückweisenden Beschlusses des Berufungsgerichts. Danach ist in der mündlichen Verhandlung über die Nichtladung des Beklagten zu dem Termin zur Vernehmung

des Zeugen E[REDACTED] gesprochen worden und haben diese Erörterungen nach der Erinnerung des berichterstattenden Richters zu dem im Protokoll aufgenommenen Hilfsbeweis Antrag des Beklagten geführt.

Da der Beklagte mithin sein Rügerecht in der Berufungsinstanz nicht verloren hat, kann er den Verfahrensfehler in der Revisionsinstanz rügen (§ 558 ZPO).

III.

1. Nach dem bisherigen Streitstande läßt sich weder bejahen, noch ausschließen, daß die von dem Kläger behauptete Amtspflichtsverletzung des Beklagten zu dem geltend gemachten Schaden geführt hat. Die Aufhebung des Urteils und die Zurückverweisung gibt dem Berufungsrichter Gelegenheit, die erforderlichen Feststellungen nachzuholen. Das Revisionsgericht hat nach § 565 Abs. 1 Satz 2 ZPO von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, die Sache an einen anderen Senat des Berufungsgerichts zurückzuverweisen.

2. Bei der neuen Verhandlung und Entscheidung wird der Berufungsrichter bei der Beurteilung einer Zeugenaussage des Fabrikanten E[REDACTED] neben dem Sachvortrag der Parteien und dem Wortlaut der Vereinbarung vom 8. Februar 1978 auch die Aussage des Architekten B[REDACTED] zu berücksichtigen haben, daß ein notarieller Kaufvertrag deshalb nicht geschlossen worden sei, weil Herr E[REDACTED] zunächst ein Negativzeugnis des Nachlaßgerichts wegen eines Testaments habe einholen sollen und weil ein Erbschein noch nicht erteilt gewesen sei. Weiter wird er zu beachten haben, daß nach der Aussage dieses Zeugen der Beklagte

Veranlassung sah, Herrn E. nach seinen Kenntnissen der deutschen Sprache zu befragen, und daß dieser nach seiner bisherigen Aussage die Vereinbarung vom 8. Februar 1978 bereits als Vertrag über den Verkauf des Grundstücks angesehen hat. Schließlich könnte von Bedeutung sein, daß der Kläger nach dem Vortrag des Beklagten in dessen Kanzlei den vorbereiteten Entwurf eines Kaufvertrages mitgebracht und ihm übergeben haben soll, zu dessen Beurkundung es nicht gekommen ist.

IV.

Der Antrag des Beklagten, den Kläger zu verurteilen, ihm die zur Abwendung der Vollstreckung des Berufungsurteils gezahlten Beträge nebst 4 % Zinsen seit der Zeit der jeweiligen Zahlung zu erstatten, ist nach der Aufhebung dieses Urteils gemäß § 717 Abs. 3 ZPO begründet.

Merz Henkel Gärtner Winter Graßhof