BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IX ZR 422/99

Verkündet am:
9. Januar 2003
Preuß
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

BNotO § 14

Muß der Urkundsnotar erkennen, daß das Vorkaufsrecht eines Dritten, der mit Rücksicht auf dieses Recht zu der Verhandlung über die Veräußerung eines Grundstücks hinzugezogen wurde, entgegen der Annahme sämtlicher Beteiligten nicht wirksam ist, hat er den vermeintlich Vorkaufsberechtigten über die Unwirksamkeit des Rechts zu belehren.

BGH, Urteil vom 9. Januar 2003 - IX ZR 422/99 - OLG Oldenburg
LG Osnabrück

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 19. Dezember 2002 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Kreft und die Richter Dr. Ganter, Raebel, Kayser und Nešković

für Recht erkannt:

Auf die Rechtsmittel des Klägers werden die Urteile des 13. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Oldenburg vom 5. November 1999, ergänzt durch Beschluß vom 27. Dezember 1999, und der 3. Zivilkammer des Landgerichts Osnabrück vom 7. April 1998 aufgehoben.

Es wird festgestellt, daß der Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger den Schaden zu ersetzen, der diesem dadurch entstanden ist, daß er im Vorfeld des Vertragsschlusses vom 21. Dezember 1993 (UR.-Nr. 429/93) zwischen den Testamentsvollstreckern für den Nachlaß von A. Z. und dem Landwirt H. nicht über die Unwirksamkeit des zu seinen Gunsten bestellten Vorkaufsrechts belehrt wurde.

Der Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger schloß am 4. Februar 1992 mit zwei für eine Erbengemeinschaft handelnden Testamentsvollstreckern privatschriftlich einen Pachtvertrag über landwirtschaftliche Grundstücke und eine Zusatzvereinbarung. Der Pachtvertrag wurde auf die Dauer von zwölf Jahren geschlossen, sollte jedoch vorzeitig enden, falls die Grundstücke veräußert wurden. Für diesen Fall wurde dem Kläger in der Zusatzvereinbarung ein dingliches Vorkaufsrecht eingeräumt. Bis zur Eintragung im Grundbuch - zu der es nicht gekommen ist - sollte es als schuldrechtliches behandelt werden.

Schon nach kurzer Zeit wollten die Testamentsvollstrecker die Grundstücke veräußern. An einer Vorbesprechung am 7. Dezember 1993 im Büro des verklagten Notars nahm neben den späteren Kaufvertragsparteien auch der Vater des Klägers als dessen Vertreter teil. Dieser war von seiten der Testamentsvollstrecker im Hinblick auf das vermeintliche Vorkaufsrecht des Klägers eingeladen worden. Bei der Besprechung, die noch nicht zu einer Einigung führte, wurde auch über das Vorkaufsrecht gesprochen. Alle Beteiligten gingen von dessen wirksamem Bestehen aus.

Am 21. Dezember 1993 beurkundete der Beklagte den Kaufvertrag. Zwei Tage später zeigten die Testamentsvollstrecker dem Kläger den Vertragsabschluß an. Dieser erklärte im Januar 1994, daß er das Vorkaufsrecht ausübe. Die Testamentsvollstrecker, die erst jetzt bemerkten, daß die Zusatzvereinbarung vom 4. Februar 1992 formunwirksam war, wiesen dies zurück.

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

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Der Kläger begehrt mit seiner Klage die Feststellung, daß der Beklagte ihm wegen Amtspflichtverletzung nach § 19 BNotO zum Schadensersatz verpflichtet sei. Er hat vorgetragen, sowohl der Pachtvertrag als auch die Zusatzvereinbarung seien dem Beklagten durch Schreiben der Testamentsvollstrekker vom 24. November 1993 zur Prüfung übersandt worden und hätten bei der Vorbesprechung am 7. Dezember 1993 vorgelegen. Der Beklagte hätte den Vertreter des Klägers darauf hinweisen müssen, daß das Vorkaufsrecht wegen der fehlenden Beurkundung nicht wirksam vereinbart sei. Gegebenenfalls hätten die Testamentsvollstrecker die wirksame Bestellung des Vorkaufsrechts unverzüglich nachgeholt und er hätte dieses nach dem Verkauf der Grundstükke ausüben können. Landgericht und Oberlandesgericht haben die Klage abgewiesen. Mit seiner Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter.

Entscheidungsgründe:

Das Rechtsmittel führt zur Aufhebung der in den Vorinstanzen ergangenen Urteile und zum Erfolg der Klage.

I.

Das Berufungsgericht hat ausgeführt, der Beklagte habe gegenüber dem Kläger keine Belehrungs- und Beratungspflicht verletzt. Entgegen der Ansicht des Landgerichts sei der Kläger zwar als "mittelbar Beteiligter" anzusehen. Indes sei der Beklagte nicht gehalten gewesen, von sich aus zu überprüfen, ob das Vorkaufsrecht wirksam begründet worden sei. Dieses sei für die Beurkun-

dung ohne Relevanz gewesen und von niemandem angezweifelt worden; auch habe der Vertreter des Klägers bei der Vorbesprechung noch kein Kaufinteresse erkennen lassen. Eine Belehrungspflicht wäre nur dann anzunehmen, wenn der Vertreter des Klägers den Beklagten direkt nach der Wirksamkeit des Vorkaufsrechts befragt hätte. Die dahingehende Behauptung des Klägers sei jedoch nicht bewiesen.

II.

Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Überprüfung in wesentlichen Punkten nicht stand.

1. Allerdings hat das Berufungsgericht im Ausgangspunkt zutreffend angenommen, daß dem Beklagten Amtspflichten auch gegenüber dem Kläger oblegen haben, weil dieser an dem Amtsgeschäft mittelbar beteiligt und in dessen Schutzbereich einbezogen war.

a) Notarielle Belehrungs-, Hinweis- und Warnpflichten dienen auch dem Schutz mittelbar Beteiligter, wenn andernfalls der Zweck, um dessentwillen diese Pflichten bestehen, nicht oder nur unvollkommen erfüllt würde (vgl. BGH, Urt. v. 28. September 1959 - III ZR 92/58, DNotZ 1960, 157; v. 26. Juni 1997 - IX ZR 163/96, WM 1997, 1901, 1902).

Bei einem Beurkundungsgeschäft ist mittelbar Beteiligter, wer - ohne daß von ihm abgegebene Erklärungen beurkundet werden sollen - im eigenen Interesse bei der Beurkundung anwesend ist, etwa weil er aus dem beurkun-

deten Rechtsgeschäft verpflichtet werden oder Rechte erwerben soll, oder sich aus Anlaß der Beurkundung an den Notar gewandt und ihm eigene Belange anvertraut hat (BGHZ 58, 343, 353; BGH, Urt. v. 21. Januar 1988 - IX ZR 252/86, WM 1988, 545, 547; v. 19. Dezember 1991 - IX ZR 8/91, WM 1992, 527, 530).

b) Der Kläger war an der Beurkundung des Kaufvertrages zwischen den Testamentvollstreckern und dem Käufer mittelbar beteiligt, weil seine rechtlichen Interessen dadurch in mehrfacher Weise berührt wurden und er deshalb - vertreten durch seinen Vater - an der Vorbesprechung vom 7. Dezember 1993 teilgenommen hat. Zum einen war er als Pächter des Kaufgegenstands betroffen, weil das Pachtverhältnis endete, falls der Kaufvertrag zustande kam. Zum anderen war der Kläger als (vermeintlich) Vorkaufsberechtigter an dem Inhalt der Kaufvertragsverhandlungen und deren Ergebnis interessiert, weil er sich danach entscheiden mußte, ob er von dem "Vorkaufsrecht" Gebrauch machte. Zudem waren - aus der Sicht des "Vorkaufsberechtigten" - die Rechte und Pflichten des Käufers auch für ihn maßgeblich, falls er sich zur Ausübung seines "Rechts" entschloß. Gerade im Hinblick auf seine (vermeintliche) Vorkaufsberechtigung war der Kläger zu dem Gespräch am 7. Dezember 1993 hinzugebeten worden. Das hat das Berufungsgericht beanstandungsfrei festgestellt.

Umgekehrt waren - worauf es hier freilich nicht entscheidend ankommt - auch die rechtlichen Interessen der Kaufvertragsparteien durch das "Vorkaufsrecht" berührt. Der Kaufinteressent hat sich möglicherweise von der Überlegung leiten lassen, er müsse ein so hohes Angebot abgeben, daß der "Vorkaufsberechtigte" von der Ausübung seines "Rechts" abgeschreckt werde. Je-

denfalls mußten sowohl die Verkäufer als auch der Kaufinteressent davon ausgehen, daß der Kaufvertrag nicht in der von ihnen beabsichtigten Weise würde durchgeführt werden können, wenn der Kläger von seinem "Vorkaufsrecht" Gebrauch machte. Die Beteiligung des Klägers an dem Vorgespräch lag deshalb auch im Interesse der Kaufvertragsparteien, weil sie so u.U. frühzeitig erkennen konnten, ob der Kläger wohl sein "Vorkaufsrecht" ausübte.

Die (mittelbare) Beteiligung des - von seinem Vater vertretenen - Klägers war für den Beklagten offensichtlich. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts wurde bei der Vorbesprechung vom 7. Dezember 1993 auch über das Vorkaufsrecht des Klägers gesprochen. An diesem Gespräch hat der Vater des Klägers aktiv teilgenommen.

2. Nicht gefolgt werden kann indes der Ansicht des Berufungsgerichts, der Beklagte habe sich um die Wirksamkeit des Vorkaufsrechts nicht kümmern und den Kläger nicht über dessen Unwirksamkeit belehren müssen.

a) Die Rüge der Revision, in den Vorinstanzen sei verkannt worden, daß der Beklagte dem Kläger gegenüber betreuungspflichtig gemäß § 24 Abs. 1 BNotO gewesen sei, greift allerdings nicht durch. Eine während der Vorbesprechung vom 7. Dezember 1993 erfolgte Beratung der Beteiligten war kein selbständiges Betreuungsgeschäft im Sinne von § 24 BNotO. Es handelte sich vielmehr um eine unselbständige Betreuung im Rahmen der Beurkundung (zur Abgrenzung vgl. BGH, Urt. v. 14. Mai 1992 - IX ZR 262/91, WM 1992, 1533, 1534; v. 5. November 1992 - IX ZR 260/91, WM 1993, 260, 261).

b) Zwischen den Parteien steht außer Streit, daß der Beklagte durch sein Gesamtverhalten den Eindruck erweckt hat, das Vorkaufsrecht sei wirksam. Falls der Beklagte dadurch die Pflicht zur Vermeidung eines falschen Anscheins (vgl. hierzu BGHZ 134, 100, 107; BGH, Urt. v. 4. Juni 1992 - IX ZR 58/91, WM 1992, 1497, 1500) verletzt haben sollte, wäre das für den eingetretenen Schaden nicht kausal geworden. Denn an der Wirksamkeit des Vorkaufsrechts haben die Beteiligten nach der Einschaltung des Beklagten so wenig gezweifelt wie zuvor.

c) Ob der Beklagte eine Rechtsbelehrungspflicht (§ 17 BeurkG), die in Ausnahmefällen auch gegenüber bloß mittelbar Beteiligten zu erfüllen ist (BGH, Urt. v. 30. Juni 1981 - VI ZR 197/79, NJW 1981, 2705), verletzt hat, erscheint zweifelhaft.

aa) Eine vom Notar gegebene Auskunft muß richtig sein. Der Beklagte hätte deshalb eine Rechtsbelehrungspflicht verletzt, wenn er auf entsprechendes Befragen seitens des Vaters des Klägers geantwortet hätte, das Vorkaufsrecht sei wirksam. Die dahingehende Behauptung des Klägers hat das Berufungsgericht jedoch nicht für erwiesen erachtet, und dagegen wendet sich die Revision nicht.

bb) Fraglich ist, ob eine Rechtsbelehrungspflicht dem Beklagten gebot, den Vertreter des Klägers auf Bedenken gegen die Wirksamkeit des Vorkaufsrechts aufmerksam zu machen. Bei der Beurkundung eines Grundstückskaufvertrages muß der Notar die Vertragsparteien zwar auf das Bestehen eines rechtsgeschäftlichen Vorkaufsrechts hinweisen, wenn er davon Kenntnis erlangt (Albrecht, in: Reithmann/Albrecht, Handbuch der notariellen Vertragsge-

staltung 8. Aufl. Rn. 615; Keidel/Winkler, BeurkG 14. Aufl. § 17 Rn. 85; vgl. ferner zur Hinweispflicht bei gesetzlichen Vorkaufsrechten an Grundstücken § 20 BeurkG, beim Vorkaufsrecht des Miterben BGH, Urt. v. 2. Juli 1968 - VI ZR 168/66, BB 1968, 1016). Ob das rechtsgeschäftliche Vorkaufsrecht wirksam bestellt worden ist, muß er aber ohne besonderen Auftrag nicht prüfen.

Andererseits entfiel für diejenigen Bestimmungen des Kaufvertrages, die das Bestehen des Pachtvertrages voraussetzten (insbesondere II § 3 Abs. 2, § 4 Abs. 2), die Grundlage, wenn die das Vorkaufsrecht enthaltende Zusatzvereinbarung nichtig war. Denn diese Nichtigkeit erfaßte auch den Pachtvertrag (so bereits das von dem Beklagten vorgelegte Urteil des LG Schwerin vom 6. März 1997 - 4 O 153/94).

Letztlich muß der Senat die eingangs formulierte Frage nicht entscheiden.

d) Der Beklagte war jedenfalls aufgrund der analog § 14 Abs. 1 Satz 2 BNotO, § 17 Abs. 1 Satz 2 BeurkG bestehenden erweiterten ("betreuenden") Belehrungspflicht zu einem warnenden Hinweis verpflichtet. Diese Pflicht hat er schuldhaft verletzt.

aa) Der Notar als Träger der vorsorgenden Rechtspflege darf es nicht untätig geschehen lassen, daß ein Beteiligter in die Gefahr eines folgenschweren Schadens gerät, der durch eine mit wenigen Worten zu gebende Belehrung zu vermeiden ist (BGH, Urt. v. 29. November 1953 - III ZR 270/52, DNotZ 1954, 330, 331). Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes er-

wachsen demgemäß für den Notar Schutzpflichten, wenn er aufgrund besonderer Umstände des Falles - namentlich wegen der rechtlichen Anlage oder der Art der Durchführung des konkreten Geschäfts - Anlaß zu der Besorgnis haben muß, einem Beteiligten entstehe ein Schaden, weil er sich wegen mangelnder Kenntnis der Rechtslage oder von Sachumständen, welche das beurkundete Rechtsgeschäft als für seine Vermögensinteressen bedeutsam erscheinen lassen, einer Gefährdung dieser Interessen nicht bewußt ist (BGHZ 58, 343, 348; BGH, Urt. v. 29. September 1981 - VI ZR 2/80, WM 1981, 1309, 1310; v. 10. November 1988 - IX ZR 31/88, WM 1988, 1853, 1854; v. 24. Juni 1993 - IX ZR 216/92, NJW 1993, 2744, 2749 f).

bb) Im vorliegenden Fall hatte der Beklagte Anlaß zu der Besorgnis, daß dem Kläger ein schwerer Schaden drohte, ohne daß er sich der Gefahr bewußt war.

Es ist als unstreitig davon auszugehen, daß der Beklagte die über das Vorkaufsrecht getroffene Zusatzvereinbarung kannte und zugleich wußte, daß sie lediglich privatschriftlich getroffen worden war. Bereits auf Seite 6 der Klageschrift hat der Kläger vorgetragen, dem Beklagten seien "der Pachtvertrag und die Zusatzvereinbarung ... bekannt" gewesen; auf Seite 8 hat er behauptet, die Zusatzvereinbarung sei "dem Beklagten als Notar vorgelegt worden". Dazu hat der Beklagte (Seite 2 seines Schriftsatzes vom 12. Mai 1997) lediglich erklärt, es sei nicht richtig, daß ihm zu Beginn der Besprechung die Vertragsunterlagen, namentlich der Pachtvertrag und die Zusatzvereinbarung, übergeben worden seien; vielmehr habe es sich so verhalten, daß ihm "ein Teil (!) der Vertragsunterlagen wenige Tage vor dem Besprechungstermin per Telefax übermittelt worden" sei. Um welche Unterlagen es sich handelte, hat der Be-

klagte offengelassen. Daraufhin hat der Kläger in der Berufungsbegründung (auf Seite 4) seinen Vortrag unter Beweisantritt wie folgt präzisiert:

> "Dem Beklagten war sowohl der Landpachtvertrag ... sowie die Zusatzvereinbarung ... vom gleichen Tage bekannt. Sowohl der Landpachtvertrag als auch die Zusatzvereinbarung wurden dem Beklagten durch die Testamentsvollstrecker mit Schreiben vom 24.11.1993 zur Prüfung übersandt."

Daraufhin erfolgte von seiten des Beklagten keine Stellungnahme mehr. Somit ist für die rechtliche Beurteilung zugrundezulegen, daß die Zusatzvereinbarung dem Beklagten rechtzeitig "zur Prüfung" übersandt wurde. Dann ist ferner davon auszugehen, daß er sie sich angesehen hat. Denn der Beklagte hat nicht behauptet, den "Prüfauftrag" nicht ernst genommen zu haben. Hat er sich aber die Zusatzvereinbarung angesehen, mußte er auf den ersten Blick erkennen, daß sie privatschriftlich abgefaßt war. Da er nicht annehmen konnte, daß es neben der privatschriftlichen Zusatzvereinbarung noch eine weitere notariell beurkundete gab, mußten ihn seine Erkenntnisse zwingend zu dem Schluß veranlassen, daß die Zusatzvereinbarung - und somit auch das Vorkaufsrecht (die Verpflichtung zur Bestellung eines dinglichen Vorkaufrechts) - mangels Einhaltung der in § 313 Satz 1 BGB a.F. vorgeschriebenen Form unwirksam war (vgl. BGH, Urt. v. 7. November 1990 - XII ZR 11/89, NJW-RR 1991, 205, 206; Albrecht, in: Reithmann/Albrecht, aaO Rn. 612; Palandt/Heinrichs, BGB 61. Aufl. § 313 Rn. 11 und 62. Aufl. § 311b Rn. 11).

Unter diesen Umständen mußte sich dem Beklagten aufdrängen, daß die Interessen des Klägers in schwerwiegender Weise gefährdet waren, ohne daß dieser mit der Gefahr rechnete. Zwar hatte der Kläger vor der Beurkundung ein Vorkaufsrecht so wenig wie danach. Der Beklagte war nicht ver-

pflichtet, dem Kläger ein solches Recht zu verschaffen. Er mußte ihn nur vor unerkannten Gefahren für seine Vermögensinteressen warnen, falls diese Gefahren aus besonderen Umständen des notariellen Geschäfts erwuchsen. Diese Voraussetzungen waren im Streitfall gegeben. Der Kläger hatte, solange der Kaufvertrag mit dem Dritten noch nicht beurkundet war, Aussicht auf die wirksame Bestellung des Vorkaufsrechts. Dadurch hätte er die Rechtsstellung erhalten, die er nach der irrtümlichen Annahme aller Beteiligten bisher schon innehatte. Die Verwirklichung dieser Aussicht hing nur davon ab, daß die Unwirksamkeit der bisherigen Bestellung erkannt wurde. Gegebenenfalls hätten die Testamentsvollstrecker umgehend das Vorkaufsrecht erneut - nunmehr formwirksam - bestellt. Denn der Kläger wäre ihnen als Vorkaufsberechtigter willkommen gewesen; sie hätten sogar lieber an ihn verkauft als an den Dritten. Für den Kläger verschlechterte sich die Lage entscheidend, als der Kaufvertrag mit dem Dritten beurkundet wurde. Denn nunmehr konnte der Formmangel des Vorkaufsrechts nicht mehr mit Wirkung gegenüber dem Käufer "geheilt" werden. Diese Gefahr erwuchs auch aus besonderen Umständen des Beurkundungsgeschäfts. Das Schicksal des beurkundeten Kaufvertrages hing vom Bestehen des Vorkaufsrechts sowie gegebenenfalls davon ab, ob der Vorkaufsberechtigte von seinem Recht Gebrauch machte. Wenn der Notar den Eindruck hätte gewinnen müssen, die Kaufvertragsparteien hielten das Vorkaufsrecht zu Unrecht für unwirksam, hätte sich seine Besorgnis, daß ihnen aus der Nichtbeachtung des Vorkaufsrechts ein Schaden drohte, fraglos aus besonderen Umständen des Geschäfts ergeben. Wenn umgekehrt das Vorkaufsrecht allseits für wirksam gehalten wurde, obwohl es in Wahrheit unwirksam war, muß Entsprechendes für die Gefährdung des vermeintlich Vorkaufsberechtigten gelten. Es liegt nahe, daß dieser im Vertrauen darauf, er könne nach einem anderweitigen Verkauf durch Ausübung seines Rechts problemlos den Käufer verdrän-

gen, davon absah, sich rechtzeitig vor dem Verkauf über sein Kaufinteresse schlüssig zu werden und dieses anzuzeigen, um es gar nicht erst zu dem Verkauf an den anderen Interessenten kommen zu lassen. Daß die verkauften Grundstücke nach dem Verkauf für den vermeintlich Vorkaufsberechtigten verloren waren, stellt einen besonderen Umstand des konkreten Geschäfts dar.

Das Berufungsgericht hat in diesem Zusammenhang gemeint, da das Vorkaufsrecht von keinem der Anwesenden angezweifelt worden sei, habe der Beklagte nicht darauf eingehen müssen. Das Gegenteil ist richtig. Da unverkennbar alle davon ausgingen, das Vorkaufsrecht sei wirksam bestellt, mußte er diesem Irrtum entgegenwirken.

Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ist unerheblich, ob der Vater des Klägers seinerzeit für seinen Sohn bereits ein Kaufinteresse bekundete oder nicht. Nach seinem damaligen Kenntnisstand konnte sich der Kläger mit seiner Entschließung noch Zeit lassen, und daß er - sein damaliges Desinteresse unterstellt - seine Haltung bis zum Ende der Überlegungsfrist beibehalten werde, war ungewiß.

Der Beklagte durfte von dem warnenden Hinweis auf die Formunwirksamkeit des Vorkaufsrechts nicht deshalb absehen, weil unsicher war, wie die Beteiligten darauf reagieren würden und ob der Hinweis insbesondere für den in erster Linie zu schützenden Kläger hilfreich sein würde. Es mag ungewöhnlich sein, daß ein zunächst formunwirksam bestelltes Vorkaufsrecht zu einem Zeitpunkt, in dem bereits Verkaufsverhandlungen mit einem Dritten schweben, formgerecht neu bestellt wird. Ausgeschlossen war es nicht.

Mit der Frage, ob der Beklagte durch eine Warnung seiner Verpflichtung zur notariellen Neutralität zuwidergehandelt hätte, hat sich das Berufungsgericht - von seinem Standpunkt aus folgerichtig - nicht befaßt. Diese Frage ist zu verneinen. Kann die Pflicht, einen Beteiligten vor nicht bedachten Gefahren zu warnen, mit den Verpflichtungen zur Unabhängigkeit und Verschwiegenheit kollidieren, muß der Notar abwägen. Er muß sich um so mehr für die Warnung entscheiden, je größer die Gefahr und je geringer das Interesse der anderen Beteiligten ist, daß die Warnung unterbleibt (BGH, Urt. v. 14. Mai 1992 - IX ZR 262/91, WM 1992, 1533, 1536). Im Streitfall war die Gefahr für den Kläger schwerwiegend. Demgegenüber war das Interesse der Kaufvertragsparteien, daß die Unwirksamkeit des Vorkaufsrechts nicht zur Sprache kommen möge, geringer. Zwar hat die Revisionserwiderung den Vortrag des Beklagten aufgegriffen, insbesondere zwischen dem Kläger und dem Käufer habe ein Interessengegensatz bestanden. Das ist jedoch nicht erkennbar. Die Mitteilung, daß das von dem Kläger in Anspruch genommene Vorkaufsrecht nicht bestehe, wäre dem Käufer sogar zustatten gekommen, weil er - jedenfalls zunächst - nicht mehr hätte befürchten müssen, letztlich durch den Kläger verdrängt zu werden. Interessen der Verkäuferseite waren kaum berührt. Dort hätte man sich nunmehr ohne Rücksicht auf ein Vorkaufsrecht für einen beliebigen Kaufinteressenten entscheiden können.

cc) Der Beklagte ist seiner Warnpflicht nicht nachgekommen. Er hat - worauf die Revision mit Recht hinweist - im Gegenteil durch sein Gesamtverhalten den Eindruck erweckt, das Vorkaufsrecht sei wirksam.

dd) Der Beklagte hat keine Umstände dargelegt, bei deren Vorliegen die Amtspflichtverletzung als nicht schuldhaft begangen anzusehen wäre (zur Darlegungs- und Beweislast vgl. BGHZ 145, 265, 275).

III.

Das Berufungsurteil ist auch nicht aus anderen Gründen richtig (§ 563 ZPO a.F.).

1. Der Kläger hat mit Wahrscheinlichkeit einen Schaden erlitten. Der Einwand des Beklagten, ein Schaden des Klägers sei unter keinen Umständen denkbar, etwaige Ansprüche seien in Ziffer II § 3 des Kaufvertrages abgedeckt, greift nicht durch. Jene Bestimmung verhält sich lediglich über den Ersatz von Aufwendungen, die der Kläger auf die Pachtgrundstücke getätigt hat. Dieser erhebt darüber hinaus Anspruch auf Ersatz der verlorenen landwirtschaftlichen Flächen.

2. Es fehlt auch nicht an der Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden. Die Testamentsvollstrecker hätten, falls der Beklagte am 7. Dezember 1993 auf die Unwirksamkeit des Vorkaufsrechts aufmerksam gemacht hätte, dieses umgehend formwirksam bestellt. Der Beklagte hat zwar gemeint, der Käufer hätte den Testamentsvollstreckern die formwirksame Nachholung der Vorkaufsrechtsbestellung vor Abschluß des Kaufvertrages untersagen können; eine Rechtsgrundlage ist dafür jedoch nicht ersichtlich.

3. Ebensowenig steht die Subsidiarität der Notarhaftung (§ 19 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 1 BNotO) dem Erfolg der Klage entgegen.

a) Entgegen der Ansicht der Revision folgt dies allerdings nicht aus § 19 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2 BNotO. Denn der Beklagte hat keine Pflicht im Zusammenhang mit einem Betreuungsgeschäft nach den §§ 23, 24 BNotO verletzt (siehe oben II 2 a).

b) Der Kläger hat jedoch keine anderweitige Ersatzmöglichkeit und hat eine solche auch früher nicht besessen.

aa) Schadensansprüche gegen die Testamentsvollstrecker standen ihm nicht zu.

(1) Allerdings wurde die von dem Kläger entworfene Zusatzvereinbarung von einem der Testamentsvollstrecker überarbeitet. Dabei hätte auffallen müssen, daß eine privatschriftliche Vereinbarung nicht genügte. Das Versehen auf Seiten des Testamentsvollstreckers begründet aber keine Schadensersatzansprüche des Klägers aus Verschulden bei Vertragsschluß. In der Regel gehören bei Grundstücksgeschäften die Beachtung der gesetzlichen Beurkundungsform (§ 313 Satz 1 BGB a.F.) und die bei Nichtbeachtung daraus folgende Nichtigkeit (§ 125 BGB) zum Risikobereich beider Vertragsteile (BGHZ 116, 251, 257). Eine Verpflichtung zum Ersatz des Vertrauensschadens könnte indirekt einen Zwang zur Erfüllung des Grundstücksgeschäfts ausüben und läuft schon deshalb dem Zweck des § 313 Satz 1 BGB a.F. zuwider (BGHZ 116, 251, 258). Die Wirksamkeit des Vertrages sicherzustellen, ist zuvörderst ein Gebot des eigenen Interesses, aber keine Rechtspflicht gegenüber dem ande-

ren Teil. Allerdings hat die ältere Rechtsprechung vereinzelt bei verschuldetem Formfehler einer Vertragspartei dem anderen Teil wegen vorvertraglicher Pflichtverletzung einen Schadensersatzanspruch zugebilligt (vgl. BGH, Urt. v. 29. Januar 1965 - V ZR 53/64, NJW 1965, 812, 814; v. 19. April 1967 - VIII ZR 8/65, WM 1967, 798, 799). Dabei lagen aber besondere Umstände vor, aufgrund deren eine Partei der anderen Betreuung oder zumindest Aufklärung schuldete (vgl. auch OLG Hamm NJW-RR 1994, 243, 245; OLG Frankfurt NJW-RR 1997, 170, 172; Palandt/Heinrichs, § 276 BGB Rn. 77). Dem Urteil vom 29. Januar 1965 lag zugrunde, daß ein gemeinnütziges Wohnungsbauunternehmen Eheleute, die sich als Bewerber für ein Kaufeigenheim vertrauensvoll an es gewandt hatten, zum Abschluß einer nach §§ 313, 125 BGB nichtigen Vereinbarung veranlaßte, indem es ihnen ein von ihm selbst entworfenes Schriftstück zur Unterzeichnung vorlegte, von dem die Eheleute glaubten, damit sei alles Erforderliche geschehen und sie würden, soweit sie die ihrerseits geschuldeten Leistungen erbrachten, ordnungsgemäß als Eigentümer im Grundbuch eingetragen. Im Falle des Urteils vom 19. April 1967 hatte der eine Teil dem anderen den bevorstehenden Vertragsschluß als gesichert hingestellt. Damit ist der vorliegende Fall nicht vergleichbar.

(2) An dem Vorstehenden ändert auch nichts der Umstand, daß der Testamentsvollstrecker, der die Zusatzvereinbarung überarbeitet hat, Rechtsanwalt ist. Er ist in dieser Eigenschaft nicht für den Kläger, sondern ausschließlich im eigenen Interesse oder im Interesse des von ihm repräsentierten Nachlasses tätig geworden (vgl. BGH, Urt. v. 17. Mai 1990 - IX ZR 86/89, WM 1990, 1554, 1556).

bb) Der in den Vorinstanzen geäußerten Meinung des Beklagten, der Kläger hätte sein Vorkaufsrecht gegenüber den Verkäufern durchsetzen können, weil diese nach Treu und Glauben daran gehindert gewesen seien, sich auf die Formunwirksamkeit der Zusatzvereinbarung zu berufen, ist nicht zu folgen.

Gesetzliche Formvorschriften dürfen im Interesse der Rechtssicherheit nicht aus bloßen Billigkeitserwägungen außer acht gelassen werden. Ausnahmen sind nur zulässig, wenn es nach den gesamten Umständen mit Treu und Glauben unvereinbar wäre, das Rechtsgeschäft am Formmangel scheitern zu lassen. Das Ergebnis muß für die betroffene Partei nicht bloß hart, sondern schlechthin untragbar sein (ständige Rechtsprechung, vgl. BGHZ 138, 339, 348). Ob ein schlechthin untragbares Ergebnis vorliegen kann, wenn dem Betroffenen wegen des Formmangels ein Schadensersatzanspruch gegen einen Notar zusteht, erscheint zweifelhaft. Insofern besteht ein Spannungsverhältnis zwischen der Rechtssicherheit, die ein Außerachtlassen des Formmangels nur als *ultima ratio* gestattet, und der Subsidiarität der Notarhaftung, wonach der Notar für einen Schaden nur einstehen muß, wenn dem Geschädigten keine zumutbare andere Ersatzmöglichkeit zusteht. Letztlich braucht der Senat zu dieser Frage nicht abschließend Stellung zu nehmen. Denn der vorliegende Fall ist in keine der von der Rechtsprechung als Ausnahmen anerkannten Fallgruppen einzuordnen. Weder haben die Testamentsvollstrecker den Kläger arglistig von der Wahrung der Form abgehalten noch fällt ihnen eine andere schwerwiegende Treuepflichtverletzung zur Last. In diesem Zusammenhang darf nicht unberücksichtigt bleiben, daß die Testamentsvollstrecker sich zunächst selbst nicht über den Formzwang im klaren waren und sich durch das Beharren auf dem Formerfordernis nur vor den Folgen eines Doppelverkaufs

schützen wollten. Schließlich kann auch nicht davon ausgegangen werden, daß bei Unwirksamkeit des Vorkaufsrechts die Existenz des Klägers gefährdet ist.

cc) Endlich hat der Kläger es auch nicht schuldhaft versäumt, sein Vorkaufsrecht gegenüber dem Käufer durchzusetzen. Er hat in einem gegen diesen geführten Vorprozeß vor dem Amts- und Landgericht Schwerin versucht, dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben Geltung zu verschaffen. Das Landgericht hat in seinem Schlußurteil vom 6. März 1997 die Berufung des Käufers auf die Formnichtigkeit als nicht rechtsmißbräuchlich bezeichnet.

IV.

Das angefochtene Urteil ist somit aufzuheben (§ 564 Abs. 1 ZPO a.F.). Der Senat kann, weil die Sache keiner weiteren Aufklärung bedarf, selbst entscheiden (§ 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO a.F.).

Der Feststellungsantrag ist insgesamt begründet. Zwar hat der Kläger in der Revisionsinstanz den Antrag aus der Berufungsinstanz aufrechterhalten festzustellen,

> daß der Beklagte verpflichtet ist, Schadensersatz aus der fehlerhaften Beratung im Zusammenhang mit dem Kaufvertrag ... zu leisten, insbesondere aus der fehlerhaften Auskunft des Beklagten über das Bestehen und die Ausübung eines dem Kläger ... zustehenden Vorkaufsrechts.

Der durch das Wort "insbesondere" eingeleitete Satzteil bezieht sich auf die Behauptung des Klägers, der Beklagte habe auf gezielte Anfrage eine unrichtige Auskunft erteilt. Diese Behauptung, die nach Ansicht des Berufungsgerichts durch die Beweisaufnahme nicht erhärtet werden konnte, hat der Kläger in der Revisionsbegründung nicht mehr aufgegriffen. Die Anpassung des Antrags ist offensichtlich aus Versehen unterblieben. Deswegen war die Klage aber nicht teilweise abzuweisen. Der Senat legt den Antrag in der Weise aus, daß der mit dem Wort "insbesondere" eingeleitete Teil lediglich eine der dem Beklagten zur Last gelegten Pflichtverletzungen umschreiben und hervorheben sollte. Dadurch, daß diese entfiel, wurde der Erfolg der Klage nicht geschmälert.

Kreft Ganter Raebel

Kayser Nešković