BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IX ZR 76/99

Verkündet am:
13. Februar 2003
Preuß
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

BNotO § 19

Zur Verpflichtung des Urkundsnotars, eine von den Vertragsparteien gewollte Abhängigkeit eines Vertrages von einem anderen in der Urkunde zum Ausdruck zu bringen.

BGH, Urteil vom 13. Februar 2003 - IX ZR 76/99 - OLG München
LG München II

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat durch die Richter Kirchhof, Dr. Ganter, Raebel, Kayser und Nešković auf die mündliche Verhandlung vom 13. Februar 2003

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 22. Dezember 1998 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin nimmt den verklagten Notar aus abgetretenem Recht des J. D. (im folgenden: D. jun. oder Zedent) wegen Amtspflichtverletzung auf Schadensersatz in Anspruch.

Der Beklagte beurkundete am 24. März 1993 unter UR-Nr. 545/93 und 546/93 drei Verträge. In einer ersten Urkunde verkaufte J. W. das Grundstück T. straße 10 in P. zu 800/1000 an die J. D. GmbH (im folgenden: GmbH) - deren Geschäftsführer D.

jun. war - (Vertrag 1) und zu 200/1000 an die Eheleute S. (Vertrag 2). Gemäß den Anteilen von 200/1000 (entsprechend der Größe der Erdgeschoßwohnung) und 800/1000 (entsprechend der Größe der Flächen in den Obergeschossen) beabsichtigten die Erwerber die Aufteilung in Wohnungseigentum und die Zuweisung des Sondereigentums an einen jeden von ihnen. Der Gesamtkaufpreis betrugt 1.825.000 DM. Davon entfielen 1.500.000 DM auf den Anteil der GmbH und 325.000 DM auf den der Eheleute S. . In einer anschließend - in Abwesenheit W. s - gefertigten zweiten Urkunde verkauften die Eheleute S. das unweit des ersten Kaufobjekts gelegene, mit einer Grundschuld belastete Grundstück T. straße 36 lastenfrei zum Preis von 325.000 DM an D. jun. (Vertrag 3).

Da die Verkäufer S. die auf dem Kaufobjekt T. straße 36 ruhende Last nicht ablösten, erhob D. jun. beim Landgericht Passau Klage auf Erteilung einer Löschungsbewilligung. Mit Urteil vom 29. Juni 1994 wies das Landgericht die Klage ab. Es hielt den geltend gemachten Anspruch für unbegründet, weil der Vertrag 3 gemäß § 117 Abs. 1 BGB nichtig sei. Es sei nicht alles beurkundet, was die Parteien als Gegenleistung vereinbart hätten. Der beurkundete Kaufpreis von 325.000 DM stelle nicht den tatsächlichen Wert des Anwesens dar. Vielmehr sei als weitere geldwerte Gegenleistung vereinbart worden, daß die Eheleute S. den Miteigentumsanteil an dem Grundstück T. straße 10 zu einem ebenfalls sehr günstigen Preis erwerben könnten. Es habe damit eine Verknüpfung zwischen den jeweils sehr günstigen Kaufpreisen des Anwesens T. straße 36 und des Miteigentumsanteils an dem Grundstück T. straße 10 bestanden, die aber nicht beurkundet worden sei. Dies führe zur Nichtigkeit des Vertrages 3. In der Berufungsverhandlung einigte sich D. jun. mit dem Ehepaar S. vergleichs-

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

weise über die Rückabwicklung des Vertrages 3. Außerdem verpflichtete sich das Ehepaar S. , den Miteigentumsanteil an dem Grundstück T. straße 10 an D. jun. zu übertragen. Dieser verpflichtete sich im Gegenzug, an das Ehepaar S. den entsprechenden Kaufpreisanteil zu bezahlen. Dieser Vergleich wurde anschließend vollzogen.

Mit ihrer Klage verlangt die Klägerin von dem Beklagten im Wege des Schadensersatzes Erstattung der Kosten des Vorprozesses mitsamt den Kosten für den Vollzug des Vergleichs sowie der nutzlos aufgewendeten Kosten für einen Umbau des Anwesens T. straße 36, insgesamt 338.840,86 DM nebst Zinsen. Die Klägerin macht geltend, nach dem Willen der Eheleute S. , der GmbH und von D. jun. habe eine Verknüpfung zwischen dem Erwerb des Erdgeschosses des Anwesens T. straße 10 und dem Erwerb der T. straße 36 bestanden. Die Eheleute S. hätten das zuletzt genannte Objekt nur dann an den Zedenten veräußern wollen, wenn sie sich an dem Erwerb des Objekts T. straße 10 hätten beteiligen können. Zum Ausgleich habe umgekehrt die GmbH von dem - eigentlich gewünschten - alleinigen Erwerb des Objekts T. straße 10 zugunsten einer Beteiligung der Eheleute S. nur dann Abstand nehmen wollen, wenn diese durch Veräußerung des Objekts T. straße 36 an den Zedenten eine "Gegenleistung" erbrachten. Dieser "Verknüpfungswille" sei dem Beklagten nicht verborgen geblieben. Er hätte somit dafür Sorge tragen müssen, daß dieser Wille in den Vertragsurkunden zum Ausdruck komme, um eine Nichtigkeit des Vertrages über das Grundstück T. straße 36 zu verhindern. Das Landgericht hat der Klage dem Grunde nach stattgegeben. Auf die Berufung des Beklagten hin hat das Oberlandesgericht D. jun. und dessen Vater, der die Vorgespräche mit dem Beklagten geführt hat, als

Zeugen vernommen und den Beklagten angehört. Danach hat es die Klage abgewiesen. Mit ihrer Revision begehrt die Klägerin die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

Das Rechtsmittel hat Erfolg.

I.

Das Berufungsgericht hat ausgeführt, eine Verletzung von Amtspflichten durch den Beklagten sei nicht feststellbar. Es habe keine rechtliche Einheit zwischen den drei Verträgen bestanden. Eine solche scheitere bereits daran, daß der Verkäufer des Objekts T. straße 10, W. , von der Veräußerung des Objekts T. straße 36 keine Kenntnis gehabt habe. Hinsichtlich ihrer Behauptung, daß der Beklagte Anlaß zu der Annahme gehabt habe, die Beteiligten wollten eine rechtliche Einheit, sei die Klägerin beweisfällig geblieben. Nach der Darstellung des Beklagten sei lediglich gewollt gewesen, daß die Verträge am selben Tage abgeschlossen werden, weil es sich um sehr günstige Kaufgelegenheiten gehandelt habe. Hingegen hätten die Verträge nicht miteinander verbunden werden sollen, weil W. von dem dritten Vertrag nichts habe erfahren dürfen. Das Risiko, daß die Eheleute S. nach Abschluß der beiden die T. straße 10 betreffenden Verträge zum Abschluß des dritten nicht mehr bereit sein würden, hätten der Zedent und sein Vater gekannt und in Kauf genommen. Dieser Vortrag sei plausibel und in sich

geschlossen. Demgegenüber werde der Beweiswert der Aussagen der Zeugen Vater und Sohn D. wesentlich dadurch gemindert, daß D. junior im Vorprozeß ganz anders vorgetragen, nämlich den Willen zur Herstellung einer rechtlichen Einheit geleugnet habe.

II.

Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Überprüfung nicht stand. Nach dem derzeitigen Sach- und Streitstand kann nicht ausgeschlossen werden, daß der Beklagte unter Verstoß gegen seine Amtspflichten (§ 19 i.V.m. § 14 Abs. 2 BNotO) den Vertrag 3 formunwirksam (§ 125 BGB) beurkundet hat.

1. Das im Vorprozeß ergangene Urteil des Landgerichts Passau, das zuungunsten des Zedenten von der Formnichtigkeit des Vertrags 3 ausgegangen ist, wirkt allerdings nicht gegen den Beklagten. Die in jenem Verfahren von dem Zedenten ausgesprochene Streitverkündung entfaltet keine Interventionswirkung (§ 68 ZPO), weil das Urteil des Landgerichts Passau nicht in Rechtskraft erwachsen ist. Die Frage, ob der Vertrag 3 formunwirksam war, ist deshalb im vorliegenden Verfahren neu zu prüfen.

2. Die Ansicht des Berufungsgerichts, der Vertrag 3 sei formwirksam zustande gekommen, weil eine rechtliche Einheit insbesondere mit dem Vertrag 2 nicht gewollt gewesen sei, wird von der Revision mit Erfolg angegriffen.

Ob die Parteien mehrere Verträge miteinander verknüpfen wollen, ist zwar eine Frage der tatrichterlichen Würdigung (BGHZ 76, 43, 49; 78, 346,

349; BGH, Urt. v. 9. Juli 1992 - IX ZR 209/91, NJW 1992, 3237, 3238). Im vorliegenden Fall ist die Beurteilung durch das Berufungsgericht jedoch nicht bindend, weil dieses - wie die Revision mit Recht geltend macht - versäumt hat, wesentlichen Tatsachenstoff, der eine rechtliche Verknüpfung belegen könnte, in die Abwägung miteinzubeziehen.

Das Berufungsgericht hat nicht berücksichtigt, daß der Beklagte eingeräumt hat, die Eheleute S. hätten eine Abhängigkeit des Vertrages 3 vom Vertrag 2 gewollt. In der Klageerwiderung hat er vorgetragen, aus der von Frau S. an ihn gerichteten Frage, was wohl passiert wäre, wenn sie den dritten Vertrag nicht unterschrieben hätte, sei für ihn ersichtlich gewesen,

> "daß die Eheleute S. die Veräußerung des Anwesens T. straße 36 von dem Erwerb des Miteigentumsanteils an dem Anwesen T. straße 10 abhängig gemacht hatten".

Im Schriftsatz des Beklagten vom 20. Februar 1997 heißt es:

> "Richtig mag sein, daß aus der Sicht der Beteiligten S. der Abschluß des ersten Vertrages die Voraussetzung für den Abschluß des zweiten Vertrages gebildet hat" (hier ist mit dem "ersten" Vertrag der zweite und mit dem "zweiten" der dritte gemeint).

Im Schriftsatz vom 22. Januar 1998 hat der Beklagte vorgetragen:

> "Es mag durchaus sein, daß die Ehegatten S. das Objekt T. straße 36 nicht zum Preis von DM 325.000 an den Zedenten veräußert hätten, wenn sie nicht zuvor das Erdgeschoß T. straße 10 zum gleichen Preis erhalten hätten."

Zudem hat sich das Berufungsgericht in seinen Entscheidungsgründen mit dem im folgenden wiedergegebenen Teil des unstreitigen Tatbestandes des Berufungsurteils nur unvollständig befaßt (in der Diktion des Berufungsgerichts sind die Verträge 1 und 2 insgesamt der "Vertrag 1" und der Vertrag 3 der "Vertrag 2"):

> "Die Einzelheiten der Verträge vom 24.03.1993 waren zwischen dem Beklagten und dem Bauingenieur Dipl.-Ing. Jo. D. , dem Vater des J. D. , im Vorfeld abgesprochen worden. Dabei war der Beklagte von Jo. D. gefragt worden, wie man sicherstellen könne, daß das Ehepaar S. beide Verträge unterschreibe, nämlich den als ersten Vertrag vorgesehenen Kaufvertrag hinsichtlich des Anwesens T. straße 10 und dann noch den anschließend zu beurkundenden Vertrag über das Objekt T. straße 36. Der Beklagte hatte darauf erklärt, daß er seine Unterschrift unter beide Verträge erst setze, wenn auch der zweite Vertrag von den Parteien unterschrieben sei. Dementsprechend war der Beklagte auch verfahren."

Außer acht gelassen hat das Berufungsgericht ferner den Vortrag des Beklagten in der Berufungsbegründung, die Erdgeschoßwohnung des Anwesens T. straße 10 und das Anwesen T. straße 36 seien jeweils 800.000 DM wert gewesen. Die (unterstellte) Differenz zwischen dem wahren Wert und dem angegebenen Preis der Kaufobjekte wirkte sich im Verhältnis zwischen den Vertragsparteien nur dann nicht aus, wenn beide Geschäfte durchgeführt - die Erdgeschoßwohnung des Anwesens T. straße 10 und das Anwesen T. straße 36 somit im wirtschaftlichen Ergebnis getauscht - wurden. Wurde nur ein Geschäft durchgeführt, kam das Mißverhältnis zwischen Preis und Wert voll zum Tragen.

Das Berufungsgericht ist schließlich auch nicht auf den Inhalt des Vergleichs eingegangen, mit welchem der Vorprozeß beendet wurde. Nachdem sich die Übertragung des lastenfreien Eigentums an dem Grundstück T. straße 36 nicht durchsetzen ließ, haben der Zedent und die Eheleute S. nicht nur den Vertrag 3 rückabgewickelt, sondern auch den Vertrag 2 im wirtschaftlichen Ergebnis aufgehoben.

3. Nach dem Vortrag der Klägerin kommt in Betracht, daß jedenfalls der Vertrag 3 nach dem Willen beider Vertragsparteien in seiner Wirksamkeit von dem Vertrag 2 abhing. Gegebenenfalls hätte diese Verknüpfungsabrede mitbeurkundet werden müssen, weil es sich um einen wesentlichen Bestandteil der vertraglichen Übereinkunft handelte (vgl. BGH, Urt. v. 26. November 1999 - V ZR 251/98, NJW 2000, 951; v. 7. April 2000 - V ZR 83/99, NJW 2000, 2017; Staudinger/Wufka, BGB Neubearbeitung 2001 § 313 Rn. 174; Korte, Handbuch der Beurkundung von Grundstücksgeschäften 1990 Rn. 3/65; Reithmann, in: Reithmann/Albrecht, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung 8. Aufl. Rn. 84 f). Tatsächlich ist sie nicht beurkundet worden. Mangels Grundbuchvollzugs ist eine Heilung dieses etwaigen Formmangels nicht erfolgt. Diese Möglichkeit einer einseitigen Verknüpfung der Verträge hat das Berufungsgericht nicht bedacht.

Entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung deutet der Vortrag der Klägerin nicht lediglich auf einen wirtschaftlichen, sondern auf einen rechtlichen Zusammenhang hin. Ein wirtschaftlicher Zusammenhang liegt vor, wenn das eine Geschäft für das andere bloßer Anlaß war oder dieses erst ermöglicht hat (BGH, Urt. v. 26. November 1999 - V ZR 251/98, aaO S. 952; v. 13. Juni 2002 - VII ZR 321/00, NJW 2002, 2559, 2560). Soll demgegenüber das eine

Geschäft nicht ohne das andere durchgeführt werden, ist der Zusammenhang ein rechtlicher.

Gegen die wenigstens einseitige rechtliche Verknüpfung des Vertrages 3 mit dem Vertrag 2 spricht nicht, daß D. jun. an dem zuletzt genannten nicht beteiligt war und daß, wenn man den Vertrag 1 hinzunimmt, an den jeweiligen Beurkundungen für die "Vertragspartei D. " verschiedene Personen im Rechtssinne beteiligt waren, nämlich hinsichtlich des Vertrags 1 die GmbH und hinsichtlich des Vertrags 3 D. jun. Eine rechtliche Einheit zwischen mehreren Verträgen setzt nicht voraus, daß an einem jeden von ihnen dieselben Parteien beteiligt sind (BGHZ 76, 43, 49). Im übrigen haben sowohl die Klägerin als auch der Beklagte des vorliegenden Verfahrens und ebenso im Vorprozeß die Eheleute S. keinen Unterschied zwischen der GmbH, D. sen. und D. jun. gemacht. Klägerin und Beklagter haben stets von den "Herren D. " gesprochen. Wer die Geschäftsanteile an der GmbH hält, ist zwar nicht dargelegt worden. Im Vorprozeß haben die Eheleute S. jedoch - soweit ersichtlich: unwidersprochen - vorgetragen, D. sen. betreibe die GmbH. Damit war offensichtlich gemeint, daß D. jun. als Geschäftsführer nur vorgeschoben sei. Möglicherweise sollte auch zum Ausdruck gebracht werden, daß die GmbH wirtschaftlich D. sen. gehöre. Daß dieser sowohl für die GmbH als auch für D. jun. sprechen konnte, ergibt sich aus dessen im Vorprozeß gehaltenen Vortrag, auf den die Klägerin im vorliegenden Verfahren Bezug genommen hat. Danach ist D. sen. mit den Eheleuten S. am 18. März 1993 übereingekommen, das "Doppelgeschäft" in der Form zu tätigen, daß das Grundstück T. straße 10 "gemeinsam"

erworben und das Grundstück T. straße 36 von S. an D. jun. veräußert wird. Der Beklagte hat dem nicht widersprochen.

Kein Hindernis für die Annahme einer rechtlichen Einheit ist endlich der Umstand, daß Fallgestaltungen denkbar sind, in denen der Vertrag 3 ohne den Vertrag 2 von Bestand hätte sein können. Hätte beispielsweise der Verkäufer W. wegen Nichterfüllung der Verträge 1 und 2 gemäß § 463 BGB a.F. den sogenannten großen Schadensersatz leisten müssen, wäre es nach der Interessenlage wohl nicht geboten gewesen, den Vertrag 3 aufzuheben; denn die Eheleute S. wären dann für das (teilweise) Ausbleiben der "Gegenleistung" durch W. entschädigt worden. Ähnlich mag es sich verhalten, wenn der Vertrag 2 infolge eines von S. zu vertretenden Umstands - etwa aufgrund Nichtzahlung des Kaufpreises an W. - gescheitert wäre. Diese Fallgestaltungen sind indes mit der vorliegenden nicht vergleichbar.

Falls sich auf dieser Grundlage der Verknüpfungswille feststellen läßt, ist die an das Vorliegen getrennter Urkunden anknüpfende Vermutung (vgl. BGHZ 76, 43, 49; 104, 18, 22; BGH, Urt. v. 10. Oktober 1986 - V ZR 247/85, NJW 1987, 1069), daß die Parteien zwischen den verschiedenen Geschäfte keinen rechtlichen Zusammenhang wollten, widerlegt (Staudinger/Wufka, § 313 BGB Rn. 176).

4. Die Klägerin hat weiterhin vorgetragen, es habe "zwischen den Vertragsschließenden J. D. GmbH, den Herren D. und den Ehegatten S. eine ... Vereinbarung dahingehend bestand(en)", daß der Zedent das Anwesen T. straße 36 von S. erwirbt und im Gegenzug diesen das Erdgeschoß des Objekts T. straße 10 verschafft.

Das könnte dahin verstanden werden, daß die Beteiligten die Verknüpfungsabrede im Rahmen eines Vorvertrages niedergelegt haben. Das Berufungsgericht hat sich damit ebenfalls nicht befaßt. Gegebenenfalls war dieser Vorvertrag allerdings - jedenfalls insofern, als er die Verpflichtung zum Abschluß des Vertrags 3 mit der darin enthaltenen Verkaufsverpflichtung begründete - gemäß § 125 BGB in Verbindung mit § 313 Satz 1 BGB a.F. formnichtig (vgl. BGH, Urt. v. 1. Juli 1970 - IV ZR 1178/68, NJW 1970, 1915, 1916; v. 15. Oktober 1992 - VII ZR 251/91, NJW-RR 1993, 522). Die Formnichtigkeit des Vorvertrages wird in entsprechender Anwendung des § 313 Satz 2 BGB a.F. mit dem formgültigen Abschluß des Hauptvertrages geheilt (vgl. RGZ 169, 185, 189 ff; BGHZ 82, 398, 403 ff). Zum formgültigen Abschluß des Hauptvertrages könnte gerade auch die Beurkundung der Abhängigkeit des einen Vertrages von dem anderen gehört haben. Geht man davon aus, daß diese Abhängigkeit weiterhin gewollt war und einen maßgeblichen Bestandteil der in dem Hauptvertrag zum Ausdruck kommenden Willensübereinkunft darstellte, wurde der Hauptvertrag nicht formgültig beurkundet. Dann fehlt die rechtliche Grundlage für eine Erstreckung der Heilungswirkung auch auf die nicht beurkundeten Teile des Vorvertrags (vgl. hierzu RGZ 169, 185, 190; BGHZ 82, 398, 404; BGH, Urt. v. 15. Oktober 1992 - VII ZR 251/91, aaO). Dafür spricht, daß gegen eine rechtliche Bindung Bedenken bestehen könnten, wenn eine für die Beteiligten so wichtige Abrede an keiner Stelle - weder in einem etwaigen Vorvertrag noch in dem Hauptvertrag - formwirksam beurkundet worden ist. Andererseits erscheint es nicht von vornherein als ausgeschlossen, daß die Beteiligten den rechtlichen Verknüpfungswillen ausschließlich in einem Vorvertrag zum Ausdruck bringen wollten. Dann wird man für die Heilung aber verlangen müssen, daß ihnen die rechtliche Tragweite der solcherart aufeinander bezogenen (Vor- und Haupt-)Verträge deutlich gemacht worden ist. Dazu fehlen Feststellungen.

5. Gegebenenfalls hätte der Beklagte die Formunwirksamkeit möglicherweise vermeiden können.

Aus mehreren, vom Berufungsgericht nicht gewürdigten Umständen könnte sich ergeben, daß der Beklagte einen Willen der Vertragsparteien zu wenigstens einseitiger Verknüpfung des Vertrages 3 mit dem Vertrag 2 rechtzeitig, nämlich vor Abschluß der Beurkundung, erkannt hat.

Das Berufungsgericht hat die Einlassung des Beklagten nicht vollständig gewürdigt, er habe dem Zeugen D. sen. vor der Beurkundung bedeutet, "daß es das Normale wäre, beide Verkäufe in einer Urkunde zu beurkunden". Diese Unterlassung wird von der Revision mit Recht beanstandet. Das Berufungsgericht hätte prüfen müssen, ob es für den verklagten Notar dann, wenn er nicht von einem Verknüpfungswillen der Beteiligten ausgegangen wäre, "normal" gewesen wäre, zwei Verkäufe (T. straße 10 und 36), die zwischen teilweise unterschiedlichen Vertragspartnern zustande kamen, in einer Urkunde zu beurkunden.

Ferner hat sich das Berufungsgericht nicht mit dem Vortrag des Beklagten befaßt, daß er die Abhängigkeit des Vertrages 3 vom Vertrag 2 (spätestens) in dem Moment erkannt habe, als die Ehefrau S. an ihn die Frage gerichtet habe, was denn passiere (bzw. passiert wäre), wenn sie den dritten Vertrag nicht unterschreibe (bzw. unterschrieben hätte). Zwar ist zwischen den Parteien streitig, ob der Vertrag 3 zu dem Zeitpunkt, als die Frage aufgeworfen wurde, von den Beteiligten bereits unterschrieben war. Unstreitig hatte jedoch

der Beklagte als Notar noch nicht unterschrieben. Solange seine Unterschrift ausstand, war die Beurkundung noch nicht beendet.

Entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung hätte der Beklagte die Abhängigkeit des Vertrages 3 von dem Vertrag 2 ohne Einschaltung des nur an den Verträgen 1 und 2, nicht am Vertrag 3, beteiligten Verkäufers W. wirksam zum Ausdruck bringen können. Es hätte genügt, in den beurkundeten Text des Vertrages 3 eine Verknüpfungsabrede aufzunehmen. Das hätte beispielsweise durch Aufnahme einer Bedingung oder eines Rücktrittsvorbehalts geschehen können (vgl. Korte, aaO Rn. 3/27).

An einer Pflichtverletzung würde es nichts ändern, daß D. sen. sich angeblich des Risikos bewußt war, bei getrennter Beurkundung könnte nur der Vertrag 2 unterschrieben werden, der Vertrag 3 aber nicht, und der Beklagte erklärt hatte, "das Normale wäre, beide Verträge in einer Urkunde zu beurkunden". Falls bei der "Vertragspartei D. " anfänglich eine gewisse Risikobereitschaft bestanden haben sollte, kann sich diese ausschließlich darauf bezogen haben, daß die Eheleute S. einseitig ihren Vorteil wahrnehmen, also nur das Geschäft über die T. straße 10 und nicht auch das über die T. straße 36 abschließen könnten. An ein Scheitern des Geschäfts über die T. straße 36 wegen Formmangels hat möglicherweise niemand gedacht. Im übrigen könnte die "Vertragspartei D. " durch den Vorschlag des Beklagten, "das machen wir in einem Termin und ich unterschreibe dann den ersten Vertrag erst, wenn der zweite unterschrieben ist" (so der Beklagte bei seiner Anhörung vor dem Berufungsgericht), in eine trügerische Sicherheit gewiegt worden sein.

III.

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

1. Falls die Beurkundung des Vertrages 3 formnichtig war, hat der Beklagte sein fehlendes Verschulden nicht dargetan (zur Darlegungslast vgl. BGHZ 145, 265, 275).

2. Es ist derzeit nicht auszuschließen, daß eine in der Beurkundung eines - wie für das Revisionsverfahren zu unterstellen ist - formnichtigen Vertrages zu sehende schuldhafte Pflichtverletzung für den Schaden der Kläger ursächlich war.

a) Wenn der Beklagte die Formnichtigkeit vermieden hätte, wäre der Vertrag nicht aus anderen Gründen nichtig gewesen.

aa) Entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung waren die Verträge vom 24. März 1993 keine Scheingeschäfte (§ 117 BGB). Auf die Frage, ob hypothetische Reserveursachen im Notarhaftungsrecht beachtlich werden können (vgl. hierzu BGH, Urt. v. 14. März 1985 - IX ZR 26/84, WM 1985, 666, 670; v. 11. Juli 1996 - IX ZR 116/95, WM 1996, 2074, 2077 f; v. 13. April 2000 - IX ZR 432/98, WM 2000, 1355, 1356), kommt es im vorliegenden Fall deshalb nicht an.

Ein Scheingeschäft liegt vor, wenn die Parteien einverständlich nur den äußeren Schein eines Rechtsgeschäfts hervorrufen, die mit dem Geschäft verbundenen Rechtsfolgen aber nicht eintreten lassen wollen (BGHZ 36, 84, 88; 67, 334, 339). Ob ein Rechtsgeschäft nur zum Schein abgeschlossen wurde, ist überwiegend Tatfrage und als solche der Nachprüfung in der Revisionsinstanz weitgehend entzogen (BGH, Urt. v. 31. Januar 1991 - III ZR 150/88, NJW 1991, 3095, 3098). Das Revisionsgericht kann jedoch selbst feststellen, ob ein Scheingeschäft gegeben ist, wenn der Tatrichter diese Frage nicht geprüft hat, obwohl die tatsächlichen Grundlagen geklärt sind. So verhält es sich im vorliegenden Fall. Das Berufungsgericht ist auf den Einwand des Beklagten, daß bewußt zu niedrige Kaufpreise angegeben worden seien, ausdrücklich nicht eingegangen. Zum Tatsächlichen gibt es nichts mehr aufzuklären.

Der Beklagte hat vorgetragen - und darauf nimmt die Revisionserwiderung Bezug -, D. jun. und sen. sowie die Eheleute S. hätten ihn, den Beklagten, als Werkzeug einer Steuerstraftat benutzt. Die Eheleute S. hätten nach einem "Verlustgeschäft" gesucht, um hohe steuerliche Gewinne aus früheren Grundstücksgeschäften zu neutralisieren. Das Verlustgeschäft habe durch Veräußerung des im Jahre 1991 zu einem Preis von 870.000 DM erworbenen Anwesens T. straße 36 zum Preis von nunmehr 325.000 DM bewerkstelligt werden sollen. Durch den gleichzeitigen Erwerb des 200/1000 Anteils an dem Grundstück T. straße 10 zum Preis von ebenfalls nur 325.000 DM habe der technische Verlust bei der Veräußerung des Objekts T. straße 36 kompensiert werden sollen. Der Kaufpreis für das Anwesen T. straße 36 hätte ebenso wie der für den 200/1000 Anteil der Eheleute S. an dem Anwesen T. straße 10 mit mindestens 800.000 DM beziffert werden müssen.

Dieser Vortrag ist für ein Scheingeschäft unschlüssig. Die Verträge 1 und 2 waren schon deshalb keine Scheingeschäfte, weil zumindest der Verkäufer W. die Verträge so, wie sie beurkundet wurden, ernsthaft gewollt hat. Von einem Mißverhältnis zwischen dem Gesamtkaufpreis und dem wirklichen Wert des Grundstücks wußte er nichts. Von dieser Erkenntnis sollte er nach dem Willen der Käufer sogar tunlichst ferngehalten werden. Die als Käufer auftretenden GmbH und S. wollten die Verträge 1 und 2 ebenfalls so, wie sie beurkundet wurden, und nicht anders. Nach dem Vortrag des Beklagten hatten die Eheleute S. der GmbH die für äußerst günstig eingeschätzte Gelegenheit zum Erwerb des Objekts T. straße 10 verschafft. Festgestellt ist, daß sie am Erwerb beteiligt werden wollten. Das Interesse der Käufer bestand gerade wegen des äußerst günstigen Kaufpreises. Daß sie sich zum Erwerb auch dann entschlossen hätten, wenn W. für den 200/1000-Anteil 800.000 DM verlangt hätte - und für den restlichen 800/1000-Anteil eine entsprechend höhere Summe -, ist sehr zweifelhaft und von dem Beklagten auch nicht behauptet worden.

Als Scheingeschäft kann aber auch der Vertrag 3 nicht angesehen werden. Der Umstand, daß in diesem Vertrag ebenfalls ein Preis angegeben war, der möglicherweise dem wirklichen Wert des Kaufobjekts nicht entsprach, läßt nicht darauf schließen, daß die Beteiligten einen Verkauf zu diesem Preis nicht ernsthaft gewollt haben. Das, was die Vertragsparteien gewollt haben, ließ sich im Gegenteil nur bei einer Einigung auf diesen Preis durchführen. Unstreitig hielten die Vertragsparteien das von den Eheleuten S. zu veräußernde Grundstück T. straße 36 für gleichwertig dem von ihnen zu erwerbenden Miteigentumsanteil an dem Objekt T. straße 10. Das wird selbst von

dem Beklagten nicht angezweifelt, will doch auch er für beide Objekte denselben - allerdings höheren - Preis einsetzen. Der Preis für den Miteigentumsanteil an dem Objekt T. straße 10 war aber durch den - wie bereits ausgeführt - ernsthaft gewollten Vertrag 2 vorgegeben.

Der Kaufpreisanteil hätte deshalb nicht höher angegeben werden können, ohne den Verkäufer W. hinsichtlich der Angemessenheit des Gesamtkaufpreises mißtrauisch zu machen und somit das Scheitern dieses Vertrages zu riskieren. Da die "Vertragspartei D. " und die Eheleute S. im praktischen Ergebnis lediglich den Miteigentumsanteil an der T. straße 10 (Erdgeschoß) gegen das Eigentum an der T. straße 36 tauschen wollten, mußten sie die Preisvorgaben aus dem Vertrag 2 übernehmen. Davon abgesehen war für sie die Festlegung der Höhe des Preises nicht wichtig. Es kam nur darauf an, daß die Preise übereinstimmten.

bb) Ebensowenig ist der Vertrag 3 nach § 134 BGB deshalb nichtig, weil angeblich die Verkäufer S. damit eine Steuerhinterziehung angestrebt haben.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes sind Verträge, mit denen eine Steuerhinterziehung verbunden ist, nicht ohne weiteres nichtig, wenn nicht die Steuerhinterziehung der Hauptzweck des Vertrages ist (BGHZ 14, 25, 30 f; vgl. ferner OLG Frankfurt DNotZ 1978, 748). Ob mit dem Vertrag 3 eine Steuerhinterziehung verbunden war, kann offenbleiben. Jedenfalls kann nicht davon ausgegangen werden, daß diese der Hauptzweck des Vertrages war. Nach den Feststellungen wollten die Eheleute S. an dem günstigen - und, so die Behauptung des Beklagten, von ihnen vermittelten - Kauf des

Grundstücks T. straße 10 beteiligt werden. Die GmbH wollte sie nur beteiligen, wenn sie das Grundstück T. straße 36 ebenso günstig an ihren Geschäftsführer, D. jun., veräußerten. Neben diesen Geschäftszwecken mag bei den Eheleuten S. auch der Gedanke einer "Steuerersparnis" ein Motiv gewesen sein. Dafür, daß es der Hauptzweck war, fehlen hinreichende Anhaltspunkte. Der Beklagte hat insbesondere nicht dargetan, daß nicht die Gelegenheit zum Abschluß des besonders lukrativen Geschäfts über das Objekt T. straße 10, sondern die Suche nach einem "Verlustgeschäft" den Auslöser für das weitere Geschehen bildete. Dagegen spricht die vom Berufungsgericht festgestellte Sorge der Vertragspartei D. , die Eheleute S. könnten nur den Vertrag über das Grundstück T. straße 10 abschließen, denjenigen über das Grundstück T. straße 36 aber nicht. Daß diese Sorge keinen ernsthaften Hintergrund gehabt habe, weil die Eheleute S. in Wirklichkeit besonders an dem "Verlustgeschäft" über die T. straße 36 interessiert gewesen seien, hat der Beklagte auch nie behauptet. Er hat vielmehr diese Sorge bei der Beurkundung durchaus ernst genommen und versucht, ihr durch die von ihm gewählte Art der "Sammelbeurkundung" Rechnung zu tragen.

b) Es ist derzeit nicht auszuschließen, daß die Beteiligten - falls der Beklagte pflichtgemäß auf ein Erfordernis aufmerksam gemacht hätte, wenigstens die Abhängigkeit des Vertrages 3 vom Vertrag 2 in urkundlicher Form zum Ausdruck zu bringen - sich dementsprechend verhalten hätten.

aa) Die Eheleute S. hätten sich diesem Ansinnen schwerlich verschlossen. Die Behauptung des Beklagten, die Eheleute S. hätten vermeiden wollen, daß der "Tauschcharakter" der Geschäfte enthüllt wird, weil dies

die (angeblich) von ihnen verfolgten steuerlichen Zwecke gefährdet hätte, ist unerheblich. Die Beurkundung einer die einseitige Abhängigkeit des Vertrags 3 vom Vertrag 2 klarstellenden Verknüpfungsabrede hätte den "Tauschcharakter" nicht enthüllt.

bb) Allerdings liegt es nicht fern, daß ein Vorschlag des Beklagten, die Abhängigkeit des Vertrages 3 vom Vertrag 2 in urkundlicher Form zum Ausdruck zu bringen, die "Vertragspartei D. " bewogen hätte, nun auch umgekehrt darauf zu bestehen, daß in gleicher Weise wegen der von ihnen gewünschten Abhängigkeit des Vertrages 2 vom Vertrag 3 verfahren wird. Nach dem Klägervortrag sollte diese umgekehrte Abhängigkeit in der Form bestehen, daß die GmbH das Objekt T. straße 10 nicht ganz erwarb, das Erdgeschoß vielmehr den Eheleuten S. überließ, falls diese das Anwesen T.
straße 36 an ihren Geschäftsführer veräußerte. Wenn eine Beurkundung dieser umgekehrten Abhängigkeit nicht möglich gewesen wäre, erschiene es fraglich - und insofern läge die Darlegungs- und Beweislast bei der Klägerin -, ob die "Vertragspartei D. " mit der einseitigen Abhängigkeit des Vertrages 3 vom Vertrag 2 einverstanden gewesen wäre.

Nach dem derzeitigen Sach- und Streitstand ist nicht auszuschließen, daß es möglich gewesen wäre, die wechselseitige Abhängigkeit der Verträge 2 und 3 zu beurkunden. Im Zeitpunkt der Beurkundungen neigte die Rechtsprechung eindeutig in die Richtung, daß es bei wechselseitiger Abhängigkeit von in verschiedenen Urkunden niedergelegten Verträgen genügt, den rechtlichen Zusammenhang in einer Urkunde - also nicht in sämtlichen - zum Ausdruck zu bringen (RG JW 1925, 2602 f; KG NJW-RR 1991, 688; ebenso BGHZ 104, 18,

23 "jedenfalls dann", wenn der eine Vertrag lediglich eine Ergänzung des ersten darstellt; zum heutigen Meinungsbild vgl. einerseits Soergel/Wolf, BGB 12. Aufl. § 313 Rn. 70; MünchKomm-BGB/Kanzleiter, 4. Aufl. § 311b Rn. 55 a.E.; Palandt/Heinrichs, BGB 62. Aufl. § 311b Rn. 32; Reithmann, in Reithmann/Albrecht, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung 8. Aufl. Rn. 85; andererseits OLG Hamm DNotI-Report 1996, 164; Staudinger/Wufka, § 313 BGB Rn. 185; Korte, aaO Rn. 3, 207). Unter Zugrundelegung dieser Auffassung hätte es für die wechselseitige Abhängigkeit genügt, wenn der Beklagte eine entsprechende Klausel allein in den Vertrag 3 aufgenommen hätte. Das wäre möglich gewesen, ohne W. zu informieren.

In Anbetracht dessen, daß damals eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs ausstand - und auch heute noch aussteht -, hätte der Beklagte es aber für erforderlich halten dürfen und möglicherweise, weil er den "sichersten Weg" zu gehen hatte, sogar müssen, auch in dem Vertrag 2 dessen im Vorstehenden beschriebene Abhängigkeit vom Vertrag 3 zum Ausdruck zu bringen. Dann war es unumgänglich, W. von der Existenz des Vertrages 3 zu informieren. Indes hat die Klägerin unter Beweisantritt vorgetragen, die "Vertragspartei D. " hätte eine Bekanntgabe des Vertrages 3 an W. in Kauf genommen, wenn der Beklagte darauf hingewiesen hätte, daß dies zur reibungslosen Abwicklung der Geschäfte erforderlich sei.

Da die GmbH gewillt war, das Objekt T. straße 10 mit denselben Konditionen ganz zu kaufen, also bezüglich des Anteils von 200/1000 anstelle der Eheleute S. in den Vertrag einzutreten, falls diese das Objekt T. straße 36 nicht an D. jun. überließen, hätte eine Vertragsgestaltung, mit der diese Abhängigkeit zum Ausdruck gekommen wäre, die Inter-

essen W. kaum berührt. Es war auch nicht zwingend geboten, den Vertrag 3 mit seinem vollen Inhalt W. bekannt zu geben. Es kann deshalb gegenwärtig nicht ausgeschlossen werden, daß W. bei einer derartigen Vertragsgestaltung mitgewirkt hätte.

3. Der Beklagte kann sich nicht auf die Subsidiarität seiner Haftung (§ 19 Abs. 1 Satz 2 BNotO) berufen. Zwar greift die Ausnahme des § 19 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2 BNotO nicht ein, denn die Pflichtverletzung ist bei einem Beurkundungsgeschäft - und nicht, wie die Klägerin gemeint hat, im Rahmen eines selbständigen Betreuungsgeschäfts - begangen worden. Indes hatte der Zedent eine anderweitige Ersatzmöglichkeit allenfalls in Gestalt seines Vertragspartners, der Eheleute S. . Dadurch, daß er die gerichtliche Auseinandersetzung mit den Eheleuten S. in der Berufungsinstanz vergleichsweise beendete, hat der Zedent nicht, wie der Beklagte geltend macht, eine anderweitige Ersatzmöglichkeit schuldhaft versäumt. Wegen der Unwirksamkeit des notariell beurkundeten Vertrages hatte der Zedent gegen die Eheleute S. keinen Anspruch. Seine Berufung war somit aussichtslos; jedenfalls hat der Beklagte nicht dargetan, daß ein Urteil für den Zedenten günstiger gewesen wäre als der letztlich abgeschlossene Vergleich.

IV.

Das Berufungsurteil ist somit aufzuheben (§ 564 Abs. 1 ZPO a.F.). Die Sache ist an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, weil sie noch nicht zur Endentscheidung reif ist (§ 565 Abs. 1 Satz 1 ZPO a.F.).

Das Berufungsgericht wird insbesondere festzustellen haben, ob die Beteiligten zwischen den Verträgen einen Zusammenhang herstellen wollten und welcher Art dieser sein sollte. Falls es nunmehr zu der Annahme gelangen sollte, daß eine rechtliche Einheit gewollt war, wird es prüfen müssen, ob eine einseitige oder wechselseitige Abhängigkeit gewollt war, ob darüber ein Vorvertrag geschlossen wurde und welchen Inhalt dieser hatte. Sodann wird zu untersuchen sein, welche Möglichkeiten dem Beklagten zu Gebote gestanden hätten, um den Willen der Beteiligten in eine tragfähige rechtliche Gestaltung umzusetzen, und wie die Beteiligten, wenn er sie entsprechend belehrt hätte, darauf reagiert hätten.

Kirchhof Ganter Raebel

Kayser Nešković