

Verkündet am 7. November 1962
[REDACTED], Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter der Geschäfts-
stelle

2191 015

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

des Landwirts Emil P [REDACTED] früher in F [REDACTED] Nr. [REDACTED]
Kreis W [REDACTED], jetzt in Bad B [REDACTED], G [REDACTED]
Straße [REDACTED],

Klägers, Berufungsklägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

1. Frau Hannah Maria P [REDACTED] geb. Gr [REDACTED] in
F [REDACTED] Nr. [REDACTED],

2. den Rechtsanwalt und Notar Franz H [REDACTED]
in Br [REDACTED], K [REDACTED]

Beklagten, Berufungsbeklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 7. November 1962 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Dr. Tasche sowie der Bundesrichter
Dr. Augustin, Schuster, Dr. Freitag und Dr. Mattern
für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 2. Zivil-
senats des Oberlandesgerichts Braunschweig vom
5. Mai 1960 wird auf Kosten des Klägers zurück-
gewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger pachtete mit privatschriftlichem Vertrag vom 4. Juli 1957 den Hof seiner geschiedenen Ehefrau, der Beklagten zu 1, für die Zeit bis zum 31. Dezember 1974.

Seine Rechte aus dem Pachtvertrag trat der Kläger mit notariellem Vertrag vom 26. September 1958 für die Zeit bis zum 30. September 1974 an den Landwirt We [REDACTED] ab. Dieser Vertrag sollte unwirksam werden, falls die Beklagte zu 1 nicht bis spätestens 10. Oktober 1958 ihre Zustimmung erklärt hatte.

Der Kläger hat alsbald nach Abschluß des Vertrags den Hof an We [REDACTED] übergeben und von diesem 150 000 DM erhalten.

Die Beklagte zu 1 hat das Pachtverhältnis mit Wegehaupt aus wichtigem Grund gekündigt. Die darauf erhobene Räumungsklage hat sie jedoch (nach der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht in dieser Sache) wieder zurückgenommen.

Der Kläger und die Beklagte zu 1 verhandelten am Abend des 9. Oktober 1958 über die Zustimmung der Beklagten zu 1 zu der Pachtabgabe vom 26. September 1958, ohne daß eine Einigung in allen Punkten erzielt werden konnte.

Unter dem Datum des 10. Oktober 1958 um 23.30 Uhr beurkundete der Beklagte zu 2 eine Verhandlung zwischen dem Kläger und der Beklagten zu 1, in der diese die Zustimmung zu der Pachtabgabe erteilte und in die Veräußerung des Inventars an den neuen Pächter We [REDACTED] einwilligte. Die Urkunde hat u.a. folgenden weiteren Inhalt: Der Kläger verzichtete auf die ihm früher bewilligten Wohn- und Altenteilsrechte. Er

verpflichtete sich, eine auf seinem Grundbesitz eingetragene Hypothek zur Löschung zu bringen und bewilligte die Eintragung einer Hypothek von 80 000 DM für die minderjährige Tochter des Klägers und der Beklagten zu 1 auf diesen Grundbesitz. Die Beklagte zu 1 erklärte sich damit einverstanden, daß auch ein ihr genehmer Dritter an die Stelle des Pächters We [REDACTED] trete, falls die Verpachtung an diesen nicht durchgeführt werde.

Der von dem Beklagten zu 2 beurkundete Zustimmungsvertrag ist erst nach Ablauf des in ihm angegebenen Tages unterzeichnet worden.

Der Kläger sieht darin die Beurkundung einer unrichtigen Zeitangabe, die nach seiner Ansicht die Nichtigkeit des Zustimmungsvertrages zur Folge hat. Die Beklagte zu 1 sei auch, so behauptet er, erst am 11. Oktober 1958 gegen 0,30 Uhr im Büro des Beklagten zu 2 eingetroffen, so daß die Verhandlung über die Zustimmung der Beklagten zu 1 erst nach diesem Zeitpunkt begonnen habe; die Unterzeichnung der Urkunde sei erst gegen 2 Uhr erfolgt.

Der Kläger hat gegen beide Beklagte beantragt, festzustellen, daß die Vereinbarungen in der notariellen Urkunde vom 10. Oktober 1958 nichtig sind.

Gegen den Beklagten zu 2 hat der Kläger hilfsweise beantragt,

ihn zur Zahlung von 1 023,36 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 15. August 1959 an den Kläger zu verurteilen

und

festzustellen, daß er den aus der Nichtigkeit des Vertrags vom 10. Oktober 1958 dem Kläger etwa entstehenden Schaden zu ersetzen hat.

Die Beklagten haben Klageabweisung beantragt.

Sie haben vorgetragen: Die Beklagte zu 1 sei schon am 10. Oktober 1958 gegen 23,30 Uhr im Büro des Beklagten zu 2 erschienen. Sie habe der Pachtabgabe an We [REDACTED] sofort zugestimmt. Nach 24 Uhr seien nur noch die restliche Niederschrift der Urkunde und deren Unterzeichnung erfolgt.

Die Klage blieb in den Vorinstanzen ohne Erfolg.

Mit seiner Revision verfolgt der Kläger seine Klageanträge weiter. Die Beklagten beantragen Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

I. Klage gegen die Beklagte zu 1

1. Das Berufungsgericht bejaht das Feststellungsinteresse im Sinne des § 256 ZPO mit der Begründung, der Kläger könnte möglicherweise hinsichtlich einzelner von ihm auf Grund des Zustimmungsvertrags bereits bewirkter Leistungen die Leistungsklage erheben, die Leistungsklage würde aber nicht das ganze zwischen den Parteien durch den Zustimmungsvertrag geregelte Rechtsverhältnis umfassen, weil u.a. bezüglich der Zulässigkeit der Veräußerung des Inventars und der Zustimmung zu der Pachtabgabe eine Leistungsklage nicht erhoben werden könnte. Dies ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. In den Revisionserwiderungen werden hiergegen auch keine Bedenken erhoben.

2. In der Sache selbst stellt das Berufungsgericht auf Grund der Beweisaufnahme fest, daß die Beklagte zu 1 noch am 10. Oktober 1958 vor 24 Uhr in dem Büro des Beklagten zu 2 erschienen ist, daß der Kläger und die Beklagte zu 1 in diesem Zeitpunkt über die zwischen ihnen zu treffenden Regelungen im wesentlichen einig waren und daß nach 24 Uhr, also schon am

11. Oktober 1958, nur noch einzelne Nebenpunkte ausgehandelt wurden. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, daß bei dieser Sachlage die Angabe des abgelaufenen Tages in der notariellen Urkunde genügt habe, weil die Verhandlung noch an diesem Tage begonnen und ohne Unterbrechung bis zur Unterzeichnung der Urkunde am folgenden Tag fortgeführt worden sei. Es beruft sich dabei auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Kammergerichts, nach der die Gültigkeit eines privatschriftlichen Testaments, an dem der Erblasser über Mitternacht hinaus geschrieben hat, nicht dadurch in Frage gestellt wird, daß er den eben abgelaufenen Tag als den der Errichtung angibt (RGZ 136, 125; KG OLG 44, 98), und auf die im Schrifttum vertretene Ansicht, daß dieser Grundsatz auch bei der Errichtung öffentlicher Urkunden im Sinne der §§ 167 ff FGG anwendbar ist (Güthe/Triebel, GBO 6. Aufl. § 29 Anm. 64; Keidel FGG 7. Aufl. § 176 Anm. 2 a; Keidel DNotZ 1952, 570, 573; Janssen FGG 1959 § 176 Anm. 3 a; Obereck, Das Notariatsrecht 8. bis 10. Aufl. S. 211/212).

Der Senat hat in seinem Urteil vom 3. Dezember 1958 - V ZR 28/57 (BGHZ 29, 6, 9) - offen gelassen, welche Zeit die notarielle Urkunde angeben muß, wenn eine einheitliche über zwei Tage fortlaufende Verhandlung gegeben ist. Die Frage bedarf auch hier keiner Entscheidung, weil auf jeden Fall die Hilfsbegründung des Berufungsgerichts der materiell-rechtlichen Nachprüfung und den Angriffen der Revision standhält.

3. In dieser Hilfsbegründung führt das Berufungsgericht aus: Selbst wenn die Beurkundung durch den Beklagten zu 2 als nichtig anzusehen wäre, so würde daraus noch nicht die Unwirksamkeit der in der Verhandlung getroffenen Vereinbarungen folgen. Die notarielle Form sei für die Vereinbarungen gesetzlich nicht vorgeschrieben. Der

der notariellen Form könnte daher auf die Gültigkeit des zwischen ihnen geschlossenen Vertrags nur dann Einfluß haben, wenn die Parteien die notarielle Form als Bedingung für den Rechtsbestand des Vertrags vereinbart hätten. An einer derartigen Vereinbarung fehle es nach dem Vortrag des Klägers. Dieser habe auf Befragen in der mündlichen Verhandlung selbst angegeben, daß er keine Behauptungen in dieser Richtung aufstellen könne und daß er selbst nicht wisse, warum der Vertrag notariell beurkundet worden sei. Auch wenn der Kläger sich den Vortrag der Beklagten zu eigen machen wollte, daß nämlich nach ihrer Ansicht die Beurkundung zur Schaffung klarer Verhältnisse vorgenommen worden sei, so würde sich daraus eine Vereinbarung über die Notwendigkeit der gesetzlichen Voraussetzungen der Beurkundung noch nicht ergeben. Klare Verhältnisse hätten die Parteien auch durch einen schriftlichen Vertrag erzielen können, bei dessen Ausarbeitung sie sich der Hilfe ihrer Anwälte bedient hätten. Der Zustimmungsvertrag würde daher bei Nichtigkeit der Beurkundung als privatschriftlicher Vertrag wirksam bleiben.

Die Revision meint demgegenüber zunächst, der Kläger und die Beklagte zu 1 hätten dadurch, daß sie den Beklagten zu 2 aufgesucht und mit der Beurkundung des Zustimmungsvertrags beauftragt hätten, durch schlüssiges Handeln die notarielle Beurkundung des Vertrags vereinbart, so daß der Mangel dieser Form nach § 125 Satz 2 BGB die Nichtigkeit des Vertrags zur Folge gehabt habe. Damit werden jedoch von der Revision die Ausführungen des Berufungsgerichts verkannt. Dieses verneint nämlich die Nichtigkeit des Zustimmungsvertrags nicht wegen Fehlens einer Vereinbarung der notariellen Form, die es nach dem Zusammenhang seiner Urteilsgründe sogar stillschweigend voraussetzt, sondern deshalb, weil es auf Grund tatrichterlicher Würdigung des Vortrags der Parteien zu dem Ergebnis kommt, daß diese die notarielle

Form nicht als Bedingung für die Rechtswirksamkeit des Vertrags vereinbart haben. In einem solchen Fall hat aber, wie das Berufungsgericht mit Recht ausführt, der Mangel der vereinbarten Form nach § 125 Satz 2 BGB nicht die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts zur Folge (RG HansRGZ 1929 B, 168; Keidel FGG 7. Aufl. § 168 Anm. 3 a; vgl. auch BGB RGRK 11. Aufl. § 125 Anm. 28 und 32; Siebert/Hefermehl BGB 9. Aufl. § 125 Anm. 12).

Die Revision meint sodann unter Bezugnahme auf §§ 873 ff BGB, insbesondere auf § 875 Abs. 2 BGB, daß ein Teil der in dem Zustimmungsvertrag enthaltenen Vereinbarungen, nämlich der Verzicht auf die Wohn- und Altenteilsrechte (III 1) und die Bewilligung der Hypothek für die Tochter (III 4) der notariellen Form bedurft hätten, sodaß wegen Nichteinhaltung dieser Form nach § 139 BGB der ganze Vertrag nichtig sei. Auch damit kann die Revision keinen Erfolg haben. Was die Hypothek für die Tochter anbetrifft, so bedurfte die Einigung über ihre Entstehung nach § 873 Abs. 1 BGB keiner Form (Palandt, BGB 21. Aufl. § 873 Anm. 1 b). Die Vorschrift des § 873 Abs. 2 BGB schreibt ebenfalls keine Form vor. Sie erschöpft sich in der Unwiderruflichkeit der Einigung vor erfolgter Eintragung. Die Einigung ist deshalb nicht nach § 125 BGB nichtig, wenn sie in keiner der Formen des § 873 Abs. 2 BGB vollzogen ist (BGB RGRK aaO § 873 Anm. 104). Entsprechendes gilt für den Verzicht des Klägers auf die Wohn- und Altenteilsrechte. Deren Aufgabe war nach § 875 Abs. 1 BGB ebenfalls formlos wirksam (Palandt aaO § 875 Anm. 5), und auch hier hatte die Vorschrift des § 875 Abs. 2 BGB nur die Unwiderruflichkeit der Aufgäbeerklärung vor erfolgter Löschung im Grundbuch zum Gegenstand (BGB RGRK aaO § 875 Anm. 31).

Soweit das Berufungsgericht der Auffassung ist, der Wirksamkeit des Zustimmungsvertrags als privatschriftlicher Vertrag

stehe nicht entgegen, daß dieser auch Erklärungen gegenüber dem Grundbuchamt enthalte und diese der öffentlichen Beglaubigung nach § 29 GBO bedurft hätten, werden von der Revision keine Angriffe erhoben. Die dahingehenden Ausführungen des Berufungsgerichts enthalten auch keinen Rechtsirrtum. Das Berufungsgericht weist mit Recht darauf hin, daß § 29 GBO keine Formvorschrift für rechtsgeschäftliche Erklärungen enthält, sondern nur eine Ordnungsvorschrift darstellt (Güthe/Triebel aaO § 29 Anm. 2; Meikel/Imhof/Riedel, GBO 5. Aufl. § 29 Anm. 2; Staudinger, BGB 11. Aufl. § 873 Anm. 58) und daß, falls inzwischen die Eintragung im Grundbuch erfolgt sein sollte, deshalb diese voll wirksam sei und für den Fall, daß die Eintragung im Grundbuch noch ausstehen und das Grundbuchamt diese wegen Nichtbeachtung des § 29 GBO ablehnen sollte, der Kläger auf Grund des Zustimmungsvertrages verpflichtet wäre, die öffentliche Beglaubigung nachzuholen.

4. Das Berufungsgericht legt den Feststellungsantrag des Klägers dahin aus, daß dieser hilfsweise die Unwirksamkeit des Zustimmungsvertrags festgestellt haben möchte. Unwirksam könnte, so führt das Berufungsgericht aus, der Zustimmungsvertrag deswegen sein, weil der Eintritt des Pächters überhaupt in den Pachtvertrag des Klägers und der Beklagten zu 1 durch eine Pachtzession mit Zustimmung der Verpächterin überhaupt nicht erreicht werden könnte oder weil die Zustimmung der Beklagten zu 1 erst nach Ablauf der für ihre Erteilung maßgebenden Frist erklärt worden sei. Das Berufungsgericht meint hiermit offensichtlich nicht die Unwirksamkeit des Zustimmungsvertrags im Sinne seiner Nichtigkeit, die es mit einer Haupt- und einer Hilfsbegründung gerade verneint hat, sondern das Ausbleiben der mit dem Zustimmungsvertrag bezweckten Wirkung auf den Pachtabgabevertrag zwischen dem Kläger und We [REDACTED]

Es kann dahingestellt bleiben, ob eine solche Auslegung des Feststellungsantrags des Klägers möglich ist. Denn das Berufungsgericht hätte aus den von ihm aufgeführten Gründen den Feststellungsantrag auch dann ohne Rechtsirrtum abgewiesen, wenn er den dargelegten weiteren Inhalt hätte.

Dem Berufungsgericht ist darin beizutreten, daß der Eintritt eines Dritten in ein Pachtverhältnis nicht nur durch den Abschluß einer dreiseitigen Vereinbarung zwischen dem Verpächter, dem Pächter und dem Dritten, sondern mit Rücksicht auf den das Bürgerliche Gesetzbuch beherrschenden Grundsatz der Vertragsfreiheit auch dadurch erfolgen kann, daß sich der Pächter mit dem Dritten dahin einigt, daß dieser von einem gewissen Zeitpunkt an alle Rechte und Pflichten des Pächters übernimmt, und der Verpächter dieser Vereinbarung zustimmt. Auch auf diese Weise kommt wegen der Mitwirkung des Verpächters bei der Begründung der Vertragsbeziehungen zwischen dem Pächter und dem Dritten ein Pachtverhältnis zwischen diesem und dem Verpächter, und zwar in der Regel zu denselben Bedingungen, zustande, wobei nur die hier bedeutungslose und deshalb nicht zu entscheidende Frage auftaucht, wie ein solcher Eintritt in einen Pachtvertrag rechtlich zu beurteilen ist, ob als Abschluß eines neuen Vertrags unter Aufhebung des alten oder als Fortsetzung des alten Vertrags durch den Dritten (vgl. LM § 535 BGB Nr. 21 a für den Eintritt eines neuen Mieters in ein laufendes Mietverhältnis und Tasche, RdRN 1942, 217, 219/220).

Was die Rechtzeitigkeit der Zustimmung der Beklagten zu 1 anbetrifft, so geht das Berufungsgericht mit Recht davon aus, daß der Zustimmungsvertrag nach § 154 Abs. 1 BGB nicht mehr am 10. Oktober 1958 wirksam geworden ist, weil erst nach Mitternacht dieses Tages eine Verständigung über alle Einzelheiten des Vertrags erzielt wurde. Das Berufungs-

gericht sieht jedoch in der Berufung des Klägers auf diese Fristüberschreitung einen Verstoß gegen Treu und Glauben, weil die Fristüberschreitung nur sehr geringfügig sei, weil die Parteien des Pachtabgabevertrags keinen besonderen Anlaß gehabt hätten, gerade auf den 10. Oktober 1958 als Fristablauf abzustellen, sondern mit der Fristsetzung nur hätten verhindern wollen, auf die Zustimmung der Beklagten zu 1 auf unbegrenzte Zeit warten zu müssen, weil auch der Pächter We [REDACTED] aus der ihm bekannten Fristüberschreitung keine Rechtsfolgen gezogen habe und am Pachtvertrag festhalten wolle und weil schließlich der Kläger, was er sich in besonderem Maße entgegenhalten lassen müsse, die Vorteile der Pachtabgabe erhalten habe, indem ihm die Zahlung von 150 000 DM durch den Pächter We [REDACTED] zugeflossen sei. Diese Begründung rechtfertigt die Anwendung des § 242 BGB.

II. Klage gegen den Beklagten zu 2

Den Hauptantrag hat das Berufungsgericht wegen fehlenden Feststellungsinteresses abgewiesen, weil der Kläger wegen der Rückzahlung der von ihm gezahlten Beurkundungskosten Leistungsklage und wegen seiner etwaigen Schadensersatzansprüche, falls er seinen Schaden noch nicht in vollem Umfang habe überschauen können, insoweit Feststellungsklage hätte erheben können, was er mit seinem Hilfsantrag tatsächlich auch getan habe. Den Hilfsantrag hat das Berufungsgericht mit der Begründung abgewiesen, es liege keine unrichtige Sachbehandlung durch den Beklagten zu 2 im Sinne des § 16 KostO, der nach § 143 KostO auch für Notare gelte, vor, weil nach einheitlicher Ansicht im Schrifttum die unvollständige Datierung der Urkunde keinen Einfluß auf die Rechtswirksamkeit der Verhandlung gehabt habe und dem Beklagten zu 2 aus diesem Grunde auch nicht der Vorwurf einer vorsätzlichen oder fahr-

lässigen Amtspflichtverletzung im Sinne des § 839 BGB gemacht werden könne.

Die Revision rügt demgegenüber lediglich, aus der Nichtigkeit der notariellen Beurkundung (wegen falscher Datierung) ergäben sich die mit der Klage begehrten Folgerungen auch gegenüber dem Beklagten zu 2.

Damit kann die Revision keinen Erfolg haben. Sie übersieht nämlich, daß der Hauptantrag gegen den Beklagten zu 2 nicht aus sachlichen Gründen, sondern wegen fehlenden Feststellungsinteresses abgewiesen wurde. Insoweit werden jedoch von der Revision keine Angriffe erhoben. Die Verneinung des Feststellungsinteresses ist auch aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Die Abweisung des Hilfsantrags enthält ebenfalls keinen Rechtsirrtum.

III.

Die Revision des Klägers war daher mit der Kostenfolge des § 97 ZPO zurückzuweisen.

Dr. Tasche

Dr. Augustin

Schuster

Dr. Freitag

Dr. Mattern