
Datum: 10.02.2010
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 11. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 11 U 5/09
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2010:0210.11U5.09.00

Vorinstanz: Landgericht Münster, 16 O 151/07
Normen: § 19 BNotO
Leitsätze:
Zur Frage, wann eine schädigende Handlung des Geschädigten nicht von der Amtspflichtverletzung herausgefordert worden ist

Tenor:
Die Berufung der Klägerin gegen das am 10. November 2008 verkündete Urteil der 16. Zivilkammer des Landgerichts Münster wird zurückgewiesen.
Die Klägerin trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.
Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Gründe: 1
I. 2
Die Klägerin nimmt den Beklagten aus seiner früheren notariellen Amtstätigkeit auf Schadensersatz in Anspruch, weil er bei der Beurkundung eines Testaments ihres verstorbenen Ehemannes die Bindungswirkung einer vorausgegangenen Verfügung von Todes wegen übersehen habe und dadurch die zu ihren Gunsten erfolgte Anordnung eines Nießbrauchsvermöchtnisses unwirksam gewesen sei. 3

Der verstorbene Ehemann der Klägerin, Herr U X, war in erster Ehe verheiratet mit Frau N2 X. Aus dieser früheren Ehe sind drei Kinder hervorgegangen.	4
Frau N2 X und Herr X hatten am 10.10.1982 ein handschriftliches Testament mit folgendem Inhalt unterzeichnet:	5
<i>Wir die Eheleute U X und N2 X setzen uns gegenseitig zu Voll-Erben ein. Dies gilt für unseren gesamten Besitz einschließlich der Wohnungseinrichtungen etc. Für den Fall des Ablebens, das heißt nach dem Tode des zuletzt Verstorbenen verfügen wir, daß unsere Kinder ... unser Erbe antreten sollen. (...)</i>	6
Frau N2 X verstarb am 12.10.1982. Einen Monat nach dem Tode seiner Ehefrau wurde Herr X vom Amtsgericht - Vormundschaftsgericht - Gronau angeschrieben und um Vorlage eines Vermögensverzeichnisses gebeten bezüglich der von den Kindern nach dem Tode ihrer Mutter angetretenen Erbschaft.	7
Herr X erwiderte dem Amtsgericht Gronau mit Schreiben vom 09.12.1982:	8
<i>... darf ich Ihnen mitteilen, daß meine Frau und ich ein Testament ausgefertigt haben, in dem jeder den anderen Partner zum Vollerben ernennt. Daraus geht meines Erachtens hervor, daß den Kindern im Augenblick nur ihr bisher persönliches Eigentum zusteht und es mir in meinem später zu erstellenden Testament obliegt, meine drei Kinder gleichmäßig zu bedenken.</i>	9
Am 19.01.1991 heiratete Herr X die Klägerin. Sie begannen mit der Planung eines neuen gemeinsamen Hauses an der H-Straße 31 in H.	10
Weil das Widerstände bei seinen leiblichen Kindern hervorrief, sah sich Herr X zehn Jahre nach dem Tode seiner ersten Ehefrau veranlasst, das gemeinschaftliche Testament vom 10.10.1982 am 22.09.1992 bei dem Amtsgericht Gronau eröffnen zu lassen und gleichzeitig für sich einen Erbschein zu beantragen. Die leiblichen Kinder von Herrn X erhoben in dem beim Amtsgericht Gronau anhängig gewordenen Verfahren 5 VI 121/92 Einwände gegen die Erbscheinserteilung, weil es sich in Wahrheit nicht um ein gemeinschaftliches Testament gehandelt habe und ihre Mutter aufgrund einer hohen Schmerzmitteldosierung nicht mehr testierfähig gewesen sei. Diese Einwände wurden später zurückgestellt und der Erbschein antragsgemäß für Herrn X erteilt.	11
Im Jahre 1993 bat Herr X den Beklagten um Einsichtnahme in die beim Amtsgericht Gronau unter 5 VI 121/92 anhängige Nachlassangelegenheit. Nachdem eine Notariatsangestellte des Beklagten die Verfahrensakte eingesehen hatte, teilte der Beklagte Herrn X mit, dass die Angelegenheit sich einvernehmlich erledigt habe.	12
Am 17.03.1997 suchte Herr X den Beklagten auf, um ein notarielles Testament zu errichten. Der Beklagte beurkundete daraufhin zu seiner UR-Nr. ###/97 Folgendes:	13
<i>Der Erschienene erklärte vorab:</i>	14
<i>Aus meiner ersten Ehe mit meiner verstorbenen Ehefrau sind als Kinder hervorgegangen:</i>	15
a) S C, geb. X	16
b) N3 X	17
	18

c) Q A, geb. X

Ich bin in zweiter Ehe verheiratet mit Frau I X ..., wir leben im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft. Aus dieser Ehe sind keine Kinder hervorgegangen. Aus der ersten Ehe meiner Ehefrau stammen jedoch die Kinder:

a) L, geb. Q2 20

b) I2, geb. Q2 21

Dieses vorausgeschickt, bat der Erschienene um die Beurkundung eines Testaments. An de22 unbeschränkten Geschäfts- und Testierfähigkeit des Erschienenen bestanden keine Zweifel, auf die Hinzuziehung von Zeugen wurde verzichtet. Der Erschienene erklärte sodann seinen letzten Willen wie folgt:

§ 1 23

Zu meinen Erben bestimme ich meinen Sohn N3 X und meine Tochter Q A zu je 1/2 Anteil, 24 ersatzweise jeweils deren Kinder...

§ 2 25

Meine Ehefrau I X erhält als Vermächtnis das Nießbrauchsrecht mit gesetzlichem Inhalt an 26 meinem im Grundbuch des Amtsgerichts Gronau von F Blatt ##### verzeichneten 2-Familien-Haus ... H-Straße ..., das unverzüglich nach meinem Tode im Grundbuch einzutragen ist und zu dessen Löschung die Vorlage der Sterbeurkunde genügen soll.

Ich bevollmächtige hiermit meine Ehefrau unwiderruflich mit Wirkung für meine Erben und 27 befreit von den Beschränkungen des § 181 BGB, nach meinem Tode alle Erklärungen gegenüber dem Grundbuchamt und jedermann abzugeben und entgegenzunehmen, die zur Eintragung des vorstehend vermachten Nießbrauchsrechts im Grundbuch erforderlich sind.

§ 3 28

Meine Tochter Frau S X erhält von meinen Erben ihren gesetzlichen Pflichtteil. 29

§ 4 30

Sollte sich in meinem Nachlaß Schmuck meiner Ehefrau befinden, so erhalten diesen 31 Schmuck deren Töchter Frau L geb. Q2 und I2 geb. Q2 als Vermächtnis zu gleichen Teilen.

§ 5 32

Etwaige frühere Verfügungen von Todes wegen hebe ich hiermit auf. 33

Herr X verstarb am 21.12.2002. Das mit der Erteilung des Erbscheins befasste Amtsgericht 34 Gronau ging davon aus, dass die letztwilligen Verfügungen in dem notariellen Testament vom 17.03.1997 wegen Verstoßes gegen das gemeinschaftliche Testament vom 10.10.1982 insgesamt unwirksam seien und stellte am 24.04.2003 entsprechend der im gemeinschaftlichen Testament vom 10.10.1982 vorgesehenen Erbfolge einen gemeinschaftlichen Erbschein für die drei leiblichen Kinder des Herrn X aus.

Die Klägerin nahm die Erben ihres verstorbenen Ehemannes in dem vor dem Landgericht 35 Münster - 4 O 417/03 - geführten Rechtsstreit auf Zustimmung zur grundbuchlichen

Eintragung des ihr vermachten Nießbrauchs in Anspruch.

Der damalige Prozessbevollmächtigte der Klägerin führte zur Klagebegründung aus, dass das am 17.03.1997 verfügte Nießbrauchsvermächtnis zwar wegen der Verbindlichkeit des gemeinschaftlichen Testaments vom 10.10.1982 unwirksam sei (§ 2271 Abs. 2 S. 1 BGB). Es müsse aber eine geltungserhaltende Umdeutung in eine lebzeitige Zuwendung des Vermächtnisses vorgenommen werden, die aufschiebend befristet im Todeszeitpunkt von Herrn X wirksam geworden sei. 36

Die damaligen Beklagten hielten dem entgegen, dass eine lebzeitige Zuwendung von Herrn X nicht gewünscht gewesen sei und außerdem einen Bereicherungsanspruch aus § 2287 Abs. 1 BGB ausgelöst hätte. Sie verlangten widerklagend stufenweise Auskunft über den Nachlass und sodann dessen Herausgabe. Die Klägerin hielt dem Pflichtteils- und Zugewinnausgleichsansprüche entgegen. 37

In dem vorangegangenen Rechtsstreit wurde am 11.03.2004 ein Teilvergleich abgeschlossen, wonach die Klägerin den Erben 30.000,-- EUR auszahlen sollte, dafür aber zwei PKW behalten durfte. Durch verfahrensbeendigenden Vergleich vom 02.12.2004 einigten die damaligen Prozessparteien sich zusammengefasst darauf, dass die Klägerin gegen Zahlung von 150.000,00 EUR das Eigentum an dem Grundstück H-Straße 31 in H übertragen bekam. Die Klägerin verpflichtete sich ferner, die Kosten des Rechtsstreits zu tragen. Zur Finanzierung des vereinbarten Kaufpreises nahm die Klägerin ein Bankdarlehen auf, für dessen Absicherung eine Grundschuld bestellt wurde. 38

Die Klägerin verfolgt im hiesigen Rechtsstreit den bereits im Vorprozess angekündigten Regressanspruch gegen den Beklagten. Dazu hat die Klägerin erstinstanzlich folgende Schadenspositionen geltend gemacht: 39

- Kosten des vor dem Landgericht geführten Rechtsstreits 4 O 417/03 16.322,06 EUR 40

- Kosten der Grundstücksübertragung und der Grundschuldbestellung 2.166,69 EUR 41

- Kosten der Finanzierung des Kaufpreises 8.429,94 EUR 42

26.918,69 EUR 43

Die Klägerin hat dem Beklagten einen fahrlässigen Verstoß gegen seine Amtspflichten in dem Sinne vorgeworfen, dass ihm bei Beurkundung der letztwilligen Verfügung am 17.03.1997 das vorangegangene Testament vom 10.10.1982 wegen seiner Vorbefassung im Jahre 1993 hätte bekannt sein müssen. Zumindest hätte der Beklagte ihren verstorbenen Ehemann nach dem Inhalt vorangegangener Testamente fragen müssen, denn nur so gebe die Regelung in § 5 des Testaments über die Aufhebung früherer Verfügungen einen Sinn. Wenn der Beklagte ihren Ehemann auf die Bindungswirkung des vorangegangenen gemeinschaftlichen Testaments hingewiesen hätte, dann wäre ihr - der Klägerin - der Nießbrauch schenkungshalber zugewandt worden. Eine solche Schenkung wäre auch keinem Bereicherungsanspruch aus § 2287 Abs. 1 BGB ausgesetzt gewesen, denn ihr Ehemann habe ein eigenes Interesse an der Zuwendung gehabt, weil diese einen Ausgleich darstellen sollte für im Alter eventuell nötige Pflege und Fürsorge. 44

Die Klägerin hat beantragt, 45

1. den Beklagten zu verurteilen, an sie 26.918,69 EUR zu zahlen nebst 5% Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 22.06.2006 und 46

2. festzustellen, dass der Beklagte verpflichtet ist, ihr sämtliche Schäden zu ersetzen, die ihr zukünftig aufgrund der Amtspflichtverletzung des Beklagten vom 17.03.1997 entstehen, soweit nicht diese Ansprüche auf Dritte übergehen.	47
Der Beklagte hat beantragt,	48
die Klage abzuweisen.	49
Er hat die Ansicht vertreten, dass ihm keine Amtspflichtverletzung anzulasten sei. Soweit Herr X ihn einige Jahre vor der Testamentsbeurkundung um die Einsichtnahme in die Nachlassangelegenheit gebeten habe, sei ihm daraus im Beurkundungszeitpunkt das Ehegattentestament nicht mehr bekannt gewesen. Die fehlende Erinnerung sei aber wegen des langen Zeitablaufs nicht pflichtwidrig. Ob er Herrn X bei der Beurkundung konkret nach einem früheren Testament gefragt habe, sei ihm ebenfalls nicht mehr erinnerlich. Er frage bei Testamentsbeurkundungen jedoch grundsätzlich nach etwaigen Bindungen durch vorangegangene Verfügungen von Todes wegen.	50
Des weiteren fehle es an der Ursächlichkeit einer etwaigen Amtspflichtverletzung für den behaupteten Schaden. Die Bestellung eines Nießbrauchs unter Lebenden aufschiebend bedingt auf den Tod des Erblassers sei nicht möglich gewesen, weil ein solches Schenkungsversprechen nach §§ 2301 Abs. 1, 2271 Abs. 2 S. 1 BGB unwirksam gewesen wäre. Soweit die Klägerin die Möglichkeit einer unbedingten Zuwendung des Nießbrauchs zu Lebzeiten des Herrn X anführe, hätte dafür dessen gem. § 2287 BGB erforderliches lebzeitiges Eigeninteresse gefehlt. Herr X habe sich hinsichtlich des Nießbrauchs auch keineswegs lebzeitig binden wollen, sondern statt dessen ein widerrufliches Testament gewünscht, das er zudem gegenüber seinen Angehörigen geheim gehalten habe.	51
Im Übrigen stünden die geltend gemachten Schadenspositionen auch in keinem adäquaten Zusammenhang zu einer etwaigen Pflichtverletzung, zumal der Gegenstand des Vorprozesses sich durch die Widerklage ohnehin nicht nur auf den Nießbrauch bezogen habe. Außerdem hat der Beklagte die Verjährungseinrede erhoben.	52
Nach persönlicher Anhörung des Beklagten in der Kammersitzung vom 10.11.2008 wurde die Klage durch Urteil vom gleichen Tage mit folgender Begründung abgewiesen: Dem Beklagten sei kein Verstoß gegen § 14 BNotO in dem Sinne anzulasten, dass er die Beurkundung eines unwirksamen Rechtsgeschäftes vorgenommen habe. Es könne nicht festgestellt werden, dass der Beklagte anlässlich der Beurkundung im Jahre 1997 noch Kenntnis gehabt habe von dem früheren Testament. Auch ein Verstoß gegen die Verpflichtung zur Sachverhaltsaufklärung (§ 17 BeurkG) könne nicht angenommen werden. Der Beklagte habe glaubhaft dargestellt, dass er bei Testamentsbeurkundungen sich gewöhnlich danach erkundigt habe, in welchem Umfeld das Testament errichtet werden solle. Dass er von einer solchen Vorgehensweise im konkreten Fall abgewichen sei, lasse sich nicht feststellen, zumal die Klägerin weder konkrete Anhaltspunkte für eine Pflichtverletzung vortrage noch einen entsprechenden Beweis antrete.	53
Dagegen richtet sich die form- und fristgerechte Berufung der Klägerin mit folgender Begründung: Das Landgericht habe zu Unrecht keine Amtspflichtverletzung des Beklagten angenommen. Unabhängig von etwaigen Vorkenntnissen des Beklagten über das gemeinschaftliche Testament vom 10.10.1982 aufgrund seiner Befassung im Jahre 1993 hätte der Beklagte die allgemeine Frage an Herrn X richten müssen, ob bereits zu einem früheren Zeitpunkt ein Testament aufgesetzt worden sei. Eine solche Frage habe der Beklagte aber nicht gestellt. Auch wenn grundsätzlich der Anspruchsteller die	54

Pflichtverletzung zu beweisen habe, trage umgekehrt der beklagte Notar die Darlegungslast für den Inhalt einer vermeintlich vorgenommenen Belehrung. Dazu müsse er den Gang der Besprechung im Einzelnen schildern und darlegen, welche Belehrungen und Ratschläge er erteilt habe. Soweit der Beklagte - nach seinen eigenen Angaben im Kammertermin - lediglich abstrakt die Frage in den Raum gestellt habe, ob entgegen stehende testamentarische Bindungen bestünden, sei das nicht ausreichend gewesen, um ein mögliches Missverständnis des Beklagten über den Inhalt seiner letztwilligen Verfügung vom 10.10.1982 auszuschließen.	
Hätte Herr X nach entsprechender Erkundigung des Beklagten diesem das frühere gemeinschaftliche Testament vorgelegt, dann wäre wegen der daraus ersichtlichen Bindungswirkung von dem Nießbrauchsvermächtnis abgesehen worden.	55
Das hätte zur Folge gehabt, dass auch der Rechtsstreit vor dem Landgericht Münster 4 O 417/03 - nicht geführt worden und der Klägerin die Belastung mit folgenden Kosten erspart geblieben wäre:	56
• mit Beschluss des Landgerichts Münster vom 04.02.2005	57
zu Lasten der Klägerin festgesetzte Kosten 6.675,38 EUR	58
• nebst Zinsen für die Zeit vom 06.01.-10.06.2005 176,70 EUR	59
• mit Rechnung des damaligen Prozessbevollmächtigten	60
vom 22.04.2005 geltend gemachte Gebühren 7.740,68 EUR	61
• Gerichtskosten laut Rechnung der Oberjustizkasse Hamm	62
vom 13.01.2005 <u>1.906,00 EUR</u>	63
16.498,66 EUR	64
Auf diesen Betrag lässt die Klägerin sich einen Mitverschuldensanteil anrechnen und geht von einem durch den Beklagten zu ersetzenden Schadensbetrag von 12.686,76 EUR aus, wobei sie im Übrigen die Klageabweisung durch das Landgericht hinnimmt.	65
Die Klägerin beantragt,	66
das Urteil des Landgerichts Münster vom 10.11.2008 teilweise abzuändern und den Beklagten zu verurteilen, an sie 12.686,76 EUR nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.	67
Der Beklagte beantragt,	68
die Berufung zurückzuweisen.	69
Er wiederholt und vertieft sein erstinstanzliches Vorbringen. Eine Pflichtverletzung sei ihm nicht anzulasten. Die nur noch verfolgten Prozesskosten würden auch nicht auf einer etwaigen Pflichtverletzung beruhen. Denn mit dem Vorprozess sei keine anderweitige Ersatzmöglichkeit im Sinne des § 19 Abs. 1 S. 2 BNotO verfolgt worden und außerdem sei das Anspruchsbegehren von vornherein aussichtslos gewesen, da sämtliche Ansprüche der Klägerin an § 2271 BGB scheitern mussten.	70

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den vorgetragenen Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie die tatsächlichen Feststellungen des Landgerichts in seinem angefochtenen Urteil Bezug genommen.

II.	72
Die zulässige Berufung ist nicht begründet.	73
Die Klägerin kann von dem Beklagten nicht gem. § 19 Abs. 1 S. 1 BNotO - der einzig in Betracht kommenden Anspruchsgrundlage - den Ersatz der Kosten verlangen, die ihr durch den vor dem Landgericht Münster geführten Rechtsstreit 4 O 317/03 entstanden sind.	74
1. Die Klägerin geht allerdings im Ansatz zu Recht davon aus, dass dem Beklagten eine Verletzung seiner aus § 17 Abs. 1 S. 1 BeurkG folgenden Pflicht anzulasten ist, zur Vermeidung einer wirkungslosen Beurkundung zuvor den zugrunde zu legenden Sachverhalt zu klären.	75
Sofern ein Notar - wie hier der Beklagte von Herrn X - aufgesucht wird zur Beurkundung eines Testaments, gehört es zu den grundlegenden Pflichten des Notars, eine etwaige Einschränkung der Testierfreiheit durch vorangegangene letztwillige Verfügungen zu überprüfen (Ganter/Hertel/Wöstmann, Handbuch der Notarhaftung, 2. Aufl. 2009, Rnrrn. 848 u. 884; Armbrüster/Preuß/Renner, Kommentar zum BeurkG, 5. Aufl. 2009, § 17 Rnr. 128 und § 28 Rnr. 7; Knippenkötter/Schlüter, Die Haftung des Notars, 2004, Rnr. 268).	76
Dass hier tatsächlich eine solche Beschränkung der Testierfähigkeit wegen der Bindungswirkung des gemeinschaftlichen Testaments vom 10.10.1982 anzunehmen war (§ 2271 Abs. 2 S. 1 BGB), brauchte dem Beklagten anlässlich der Beurkundung vom 17.03.1997 nicht aus eigener Erinnerung bewusst zu sein. Auch wenn der Beklagte sich im Jahre 1993 durch seine Notariatsangestellte informiert hatte über das seinerzeit vor dem Amtsgericht Gronau geführte Erbscheinserteilungsverfahren, lag diese ohnehin nur beiläufige Vorbefassung im Beurkundungszeitraum zu lange zurück, um dem Beklagten die das Ehegattentestament betreffende Erinnerungslücke vorwerfen zu können. Denn nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes braucht sich ein Notar selbst an eigene - jedenfalls routinemäßige - Beurkundungen nicht zu erinnern, die lediglich sechs Monate zurückliegen (BGH NJW 1989, S. 586 unter II. 1.).	77
Mangels eigener positiver Kenntnis von einem früheren Testament musste der Beklagte sich zur Wahrnehmung seiner Pflicht zur Sachverhaltsklärung danach bei Herrn X erkundigen.	78
In diesem Zusammenhang war es nicht ausreichend, sich allgemein nach dem "Umfeld" zu erkundigen, in dem das Testament errichtet werden sollte. Auch die bloß abstrakte (Rechts-) Frage, ob entgegenstehende "Bindungen" bestünden, waren nicht geeignet, etwaige Missverständnisse bei juristischen Laien wie Herrn X auszuschließen.	79
Gerade weil bei Herrn X offenbar der Irrtum vorherrschte, er sei durch das gemeinschaftliche Testament vom 10.10.1982 nicht gebunden, sondern im Gegenteil verpflichtet, es durch eine nachträgliche Verfügung von Todes wegen zu Ende zu führen - dieses Verständnis legt jedenfalls sein an das Vormundschaftsgericht gerichtetes Schreiben vom 09.12.1982 nahe -, hätte der Beklagte zur ordnungsgemäßen Sachverhaltsaufklärung die auch für einen Laien verständliche pauschal gehaltene Frage stellen müssen, ob Herr X schon einmal irgendein Testament errichtet habe.	80

Die Beweislast dafür, dass der Beklagte diese gebotene Aufklärung bzw. die daran anschließende Belehrung über die Rechtsfolgen des Ehegattentestaments nicht vorgenommen hat, liegt grundsätzlich bei der Klägerin als Anspruchstellerin. Sie kann den entsprechenden (Negativ-) Beweis aber nicht führen, weil die entsprechende Beurkundung nur im Beisein ihres verstorbenen Ehemannes und des Beklagten stattfand. In einer solchen typischerweise mit Beweisschwierigkeiten verbundenen Situation hält die Rechtsprechung dem Anspruchsteller die Erleichterung zugute, dass der Notar die behauptete Pflichtverletzung substantiiert bestreiten muss (BGH NJW 2006, S. 3065 (3067)). Das läuft darauf hinaus, dass der Notar im Einzelnen darlegen muss, welchen Verlauf die Verhandlung genommen und welche Hinweise und Belehrungen er erteilt hat (Ganter/Hertel/Wöstmann a.a.O. Rnr. 342).

Ob der Beklagte bei der Beurkundung am 17.03.1997 die auch nach seinem Verständnis erforderliche Frage nach einem früheren Testament gestellt hat, wusste er verständlicherweise nicht mehr. Der Senat geht aber aus mehreren Gründen davon aus, dass eine solche Frage vom Beklagten nicht gestellt worden sein kann: 82

Der Beklagte räumte selbst ein, dass bei einer Information über ein früheres Testament bei ihm sofort "ein rotes Licht" angegangen wäre. Angesichts der auch von ihm erkannten Bedeutung eines solchen Testaments wäre zu erwarten gewesen, dass der Beklagte sich darüber in seinen Notizen einen Vermerk gemacht hätte. Ein solcher Vermerk fehlt jedoch, während der Beklagte sich andererseits durchaus Notizen gemacht hat über die familiären Hintergründe und die zweite Eheschließung, die wiederum ein früheres Ehegattentestament nicht als fernliegend erscheinen ließ. Auch die vom Beklagten selbst gewählte Formulierung in § 5 des Testaments, wonach "etwaige" frühere Verfügungen von Todes wegen aufgehoben würden, ergibt nur dann einen sprachlichen Sinn, wenn nach solchen Verfügungen gerade nicht konkret gefragt wurde. Im Übrigen ist es auch schwer vorstellbar, dass Herr X bei einer Frage nach einem früheren Testament die am Sterbebett seiner ersten Ehefrau aufgesetzte gemeinschaftliche Verfügung vergessen hätte, zumal sie im Jahre 1993 Anlass für die mit seinen Kindern geführte Nachlassstreitigkeit vor dem Amtsgericht Gronau gegeben hatte. 83

2. Auch wenn die Klägerin an der Beurkundung vom 17.03.1997 nicht formell beteiligt war und sie davon noch nicht einmal Kenntnis hatte, ist sie gleichwohl als außenstehende Dritte in den Schutzbereich der verletzten Aufklärungspflicht einbezogen, denn der Zweck der Beurkundungstätigkeit bezog sich hier neben einer Regelung der Erbfolge auch darauf, zu Gunsten der Klägerin eine wirksame Vermächtnisanordnung vorzunehmen. Wenn gerade diese vom Testierenden gewollte Vermächtnisanordnung wegen Fehlern bei der Beurkundung nicht wirksam wird, zählt der dadurch benachteiligte potentielle Vermächtnisnehmer zu dem geschützten Personenkreis des § 19 Abs. 1 S. 1 BNotO (Arndt/Lerch/Sandkühler, Kommentar zur BNotO, 6. Aufl. 2008, § 19 Rnr. 95 bei Fn. 208). 84

3. Die objektiv pflichtwidrig unterlassene Aufklärung der etwaigen Beschränkung der Testierfreiheit ist dem Beklagten subjektiv als fahrlässiges Fehlverhalten vorzuwerfen, zumal er keine Umstände entsprechend § 280 Abs. 1 S. 2 BGB vorgetragen hat, die einem Vertretenmüssen entgegenstehen. 85

4. Die Amtspflichtverletzung des Beklagten war dem Grunde nach auch ursächlich für die im vorausgegangenen Rechtsstreit vor dem Landgericht Münster - 4 O 417/03 - zu Lasten der Klägerin festgesetzten Kosten und für die Gebührenforderung ihres damaligen Prozessbevollmächtigten. 86

Der auf der Amtspflichtverletzung beruhende natürliche Kausalverlauf ist danach zu bestimmen, welchen Verlauf die Dinge bei pflichtgemäßem Verhalten genommen hätten und wie die Vermögenslage des Betroffenen sich darstellen würde, wenn der Notar die Pflichtverletzung nicht begangen hätte (BGH NJW-RR 2009, S. 199 (200); BGH NJW-RR 2003, S. 1498 (1499)). Sofern einem Notar - wie hier - die pflichtwidrige Unterlassung der Sachverhaltsaufklärung vorzuwerfen ist, muss untersucht werden, wie die Dinge beim Hinzudenken gerader dieser unterlassenen Handlungen verlaufen wären (BGH NJW-RR 1988, S. 1367 (1368)).

Wenn der Beklagte sich nach einem früheren Testament erkundigt hätte, ist mit der wegen des herabgesetzten Beweismaßes des § 287 ZPO nur erforderlichen überwiegenden Wahrscheinlichkeit (BGH NJW-RR 1996, S. 781) davon auszugehen, dass Herr X dem Beklagten das Ehegattentestament vom 10.10.1982 vorgelegt und der Beklagte sodann auf dessen Bindungswirkung im Sinne des § 2271 Abs. 2 S. 1 BGB hingewiesen hätte. Bei einer zu unterstellenden beratungskonformen Reaktion Herrn X hätte dieser von der Anordnung eines Vermächnisses abgesehen. Es mag dahinstehen, ob Herr X statt dessen nach Alternativen gesucht und sein Grundstück bereits zu Lebzeiten mit einem Nießbrauch belastet hätte. Denn jedenfalls wäre es mangels Vermächtnisanordnung nicht zu der Konstellation gekommen, dass die Klägerin einen - vermeintlichen - Vermächtnisanspruch gem. § 2174 BGB gegenüber den Erben ihres verstorbenen Ehemannes hätte einklagen müssen.

88

5. Trotz des an sich zu bejahenden natürlichen Ursachenzusammenhangs sind die in dem vorangegangenen Rechtsstreit vor dem Landgericht Münster - 4 O 417/03 - angefallenen Kosten und Gebühren nicht vom Beklagten zu ersetzen, weil diese Schadenspositionen nicht vom Schutzzweck der verletzten Amtspflicht umfasst sind.

89

Die Haftung nach § 19 Abs. 1 S. 1 BNotO erstreckt sich nur auf solche Folgen, die bei wertender Betrachtung in einem adäquaten Zusammenhang zum Schutzzweck der verletzten Amtspflicht stehen. Ein solcher Zurechnungszusammenhang besteht nur, soweit die im Allgemeinen und nicht nur unter besonders eigenartigen, ganz unwahrscheinlichen und nach dem regelmäßigen Verlauf der Dinge außer Betracht zu lassenden Umstände zur Herbeiführung eines Erfolges geeignet sind. An dieser Voraussetzung fehlt es, wenn der Geschädigte seinerseits eine Handlung vornimmt, die nicht durch das haftungsbegründende Ereignis herausgefordert, sondern eine ungewöhnliche Reaktion darauf darstellt (BGH NJW 1990, S. 2882 (2883); BGH NJW-RR 2003, S. 563 (565)). Gerade im Hinblick auf die Ersatzfähigkeit von in einem Vorprozess aufgewendeter Verfahrenskosten ist im Einzelnen zu prüfen, ob die Durchführung dieses Rechtsstreits durch die notarieller Amtspflichtverletzung "herausgefordert" wurde oder eine ungewöhnliche Reaktion auf sie darstellt (BGH NJW 2004, S. 69 (70)).

90

Ein solcher Zurechnungszusammenhang zwischen der wirkungslosen Beurkundung des Nießbrauchsvermächnisses fehlt ohnehin, soweit in dem vor dem Landgericht Münster geführten Rechtsstreit - 4 O 417/03 - widerklagend Auskunft über den Bestand des Nachlasses und die Herausgabe von Nachlassgegenständen geltend gemacht wurde.

91

Aber nicht nur die damit zusammenhängenden Kosten und Gebühren stehen in keinem adäquaten Zusammenhang zu der auf den Nießbrauch bezogenen Amtspflicht des Beklagten. Vielmehr war die gesamte auf die grundbuchliche Eintragung des Nießbrauchs gerichtete Prozessführung als von vornherein aussichtslos und damit als nicht durch den Beklagten "herausgefordert" anzusehen, wobei sich in diesem Zusammenhang derjenige, der vermeintlich gegen die Folgen der Amtspflichtverletzung des Notars ankämpft, die -

92

vorauszusetzenden - Kenntnisse des Prozessbevollmächtigten zurechnen lassen muss (BGH NJW 2004, S. 69 (70)).

Der vorangegangene Rechtsstreit wurde auf der Grundlage geführt, dass das zugunsten der Klägerin angeordnete Nießbrauchsvermächtnis an dem nach der zweiten Eheschließung im Jahre 1991 erworbenen und sodann gemeinsam bewohnten Grundstück H-Straße 32 von der aus § 2271 Abs. 2 S. 1 BGB folgenden Bindungswirkung der wechselbezüglichen Verfügung in dem mit der ersten Ehefrau errichteten Testament vom 10.10.1982 erfasst sei. Nach den zur Klagebegründung angeführten Erwägungen in dem Vorprozess sollte diese Rechtsfolge umgangen werden durch eine auf § 140 BGB beruhende Umdeutung der unwirksamen Vermächtnisanordnung in eine lebzeitige Schenkung. 93

Diese Vorgehensweise versprach von vornherein keine Aussicht auf Erfolg: Ungeachtet der Frage, wie die Klägerin angesichts der von Herrn X praktizierten Verheimlichung seines Testaments einen Schenkungswillen beweisen wollte, wäre jedenfalls ein einseitiges auf den Todesfall von Herrn X bezogenes notarielles Schenkungsversprechen (§ 518 Abs. 1 BGB) wegen § 2301 Abs. 1 BGB wie eine Verfügung von Todes wegen zu behandeln gewesen, d.h. hier wiederum als - unwirksame - Vermächtnisanordnung (Palandt/Edenhofer, BGB, 69. Aufl. 2010, § 2301 Rnr. 7). 94

Offenbar deshalb wurde im Vorprozess unter Berufung auf BGH NJW 1978, S. 424ff allein darauf abgestellt, dass eine bereits lebzeitig vollzogene Schenkung im Sinne des § 2301 Abs. 2 BGB vorgelegen habe, die wegen § 2286 BGB nicht von der Bindungswirkung des gemeinschaftlichen Testaments erfasst gewesen wäre. Zu einem solchen Ergebnis konnte der Bundesgerichtshof in der im Vorprozess angeführten Entscheidung aber nur deshalb kommen, weil dort die potentiell beeinträchtigende Verfügung von Todes wegen im Rahmen eines Erbvertrages getroffen worden war, der aufgrund seiner Gegenseitigkeit in einen Schenkungsvertrag umgedeutet werden konnte. Eine solche Umdeutungsmöglichkeit kam hier aber von vornherein nicht in Betracht, weil die von Herrn X einseitig abgegebene Erklärung vom 17.03.1997 mangels Beteiligung und Kenntnis der Beklagten nicht den Erfordernissen eines Vertrages entsprach. 95

Bei dieser Sachlage lässt sich die Führung des Vorprozesses auch weder mit der Schwierigkeit von erbrechtlichen Fragen im allgemeinen noch mit der von der Berufung angeführten Problematik der Wechselbezüglichkeit von Verfügungen in Ehegattentestamenten im besonderen rechtfertigen. 96

III. 97

Die prozessualen Nebenentscheidungen ergeben sich aus §§ 97 Abs. 1, 708 Nr. 10 ZPO. 98