

52. 1. Hat die Streitverkündung des minderjährigen, durch seinen Vater vertretenen Klägers Bedeutung für einen späteren Rechtsstreit, den der Vater im eigenen Namen gegen den Streitverkündeten führt?

2. Ist für den Minderjährigen die Bestellung eines Pflegers und dessen Einwilligung erforderlich, wenn die Eltern dem minderjährigen Kinde das Eigentum an ihren beweglichen Sachen übertragen, sich aber den Nießbrauch vorbehalten?

3. Zur Belehrungspflicht des Notars.

RGB. §§ 107, 839. BPD. §§ 68, 74 Abs. 3.

III. Zivilsenat. Ur. v. 10. September 1935 i. S. W. (Bekl.) v. M. (M.). III 42/35.

I. Landgericht Wuppertal.

II. Oberlandesgericht Düsseldorf.

Der Beklagte hat als Notar am 11. März 1931 einen Vertrag beurkundet, worin der Kläger und seine Ehefrau ihrer miterblichen, am 25. Februar 1922 geborenen Tochter Waltraut ihre gesamte, näher aufgeführte Wohnungseinrichtung schenkweise übertragen, sich aber für sich und den Längstlebenden von ihnen an den übertragenen Sachen ein lebenslangliches, mit dem Tode des Längstlebenden endigendes unentgeltliches Nießbrauchsrecht vorbehalten und die Zahlung der Feuer- und Einbruchs-Diebstahlversicherungsbeiträge übernahmen. Die Tochter hat die Schenkung in dem Vertrag angenommen. Am 16. Juni 1933 ließ E., ein Gläubiger des Klägers, gegen ihn einige dieser Sachen, nämlich eine Schreibmaschine, einen Schreibmaschinentisch, einen einfachen Tisch und ein Koffer-Grammophon, pfänden. Die Tochter des Klägers, durch diesen gesetzlich vertreten, widersprach der Pfändung, wurde aber mit ihrer Widerspruchsklage vom Amtsgericht durch Urteil vom 25. Juli 1933 abgewiesen. Ihre Berufung wurde vom Landgericht durch das rechtskräftige Urteil vom 20. Oktober 1933 zurückgewiesen. Im zweiten Rechtszug hatte die damalige Klägerin dem jetzt verklagten Notar den Streit verkündet, der ihr jedoch nicht beigetreten war. Die Abweisung jener Klage wurde vom Landgericht folgendermaßen begründet: Die Bestellung eines Nießbrauchs an der eigenen

Sache sei rechtlich nicht denkbar; der Vertrag vom 11. März 1931 müsse daher dahin verstanden werden, daß die Eheleute M. die aufgeführten Sachen ohne Nießbrauch ihrer Tochter hätten übertragen und diese dann ihnen den Nießbrauch habe bestellen wollen. Diese Bestellung, bei der die Tochter durch ihren Vater als ihren gesetzlichen Vertreter tätig gewesen sei, sei nach § 181 BGB. nichtig. Ohne Bestellung des Nießbrauchs würden die Eltern der Tochter das Eigentum an den Sachen nicht übertragen haben; daher sei nach § 139 BGB. auch die Eigentumsübertragung nichtig.

Der Kläger verlangt vom Beklagten die Erstattung der von ihm für die Führung des früheren Prozesses nutzlos aufgewendeten Kosten. Er macht geltend, der Beklagte habe ihn bei Abschluß des Vertrags darüber belehren müssen, daß die Mitwirkung eines Pflegers erforderlich sei. Durch Unterlassung der Belehrung habe der Beklagte fahrlässig seine Amtspflicht verletzt.

Das Landgericht hat den Beklagten zur Zahlung von 77,72 RM. Prozeßkosten nebst Zinsen verurteilt; das Oberlandesgericht hat seine Berufung zurückgewiesen. Auf seine Revision wurde das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache in die Vorinstanz zurückverwiesen.

#### Gründe:

Die Widerspruchsklage der Tochter des jetzigen Klägers gegen C. ist vom Landgericht abgewiesen worden, weil der vom jetzigen Beklagten als Notar beurkundete Vertrag nichtig gewesen sei; die Tochter habe nämlich nicht für ihre Eltern ein Nießbrauchsrecht bestellen können. In dem jetzigen Rechtsstreit geht das Berufungsgericht davon aus, daß der Beklagte an diese Auffassung wegen der damals an ihn erfolgten Streitverkündung gebunden sei. Es meint, in dieser Beziehung könne es keinen Unterschied bedeuten, daß im jetzigen Rechtsstreit der Kläger einen eigenen Schadensersatzanspruch verfolge, während er jenen Prozeß nur als gesetzlicher Vertreter seiner Tochter geführt habe. Diese Ansicht ist unrichtig. Im Verhältnis zwischen den jetzigen Prozeßparteien ist das frühere Urteil ohne Bedeutung. Denn in jenem Prozeß stand dem Beklagten C. nicht der Kläger, sondern dessen Tochter als Partei gegenüber. Die Tochter ist dort unterlegen, und nur ihr gegenüber würde der Beklagte wegen der Streitverkündung nach §§ 68, 74 Abs. 3 ZPO. mit allen Ausführungen tatsächlicher und rechtlicher Art ausgeschlossen sein,

die im Vorprozeß geltend gemacht worden sind oder hätten geltend gemacht werden können (vgl. RRG. Bd. 84 S. 293). Dem Kläger gegenüber kann er einwenden, jene Entscheidung beruhe auf einer rechtsirrigen Auffassung.

In der Tat ist die sachliche Streitfrage, die allein Gegenstand des Vorprozesses war, zu Gunsten des Beklagten zu entscheiden. Es handelt sich insoweit darum, ob der am 11. März 1931 von dem Beklagten als Notar beurkundete Vertrag, durch den der Kläger und seine Ehefrau die im einzelnen aufgeführten Gegenstände ihrer minderjährigen Tochter unter Vorbehalt des Nießbrauchs schenkten, von dieser mit ihnen selbständig abgeschlossen werden konnte oder ob für sie wegen der Nießbrauchsbestellung ein Pfleger hätte bestellt werden müssen. Die Gerichte im Vorprozeß und die Vorderrichter im jetzigen Prozesse haben letzteres angenommen. Sie trennen die schenkweise Übertragung des Eigentums auf die Tochter von der Nießbrauchsbestellung und meinen, diese sei erst nach der Vollziehung des Eigentumsüberganges möglich gewesen. Diese Auffassung ist zwar von dem Oberlandesgericht Colmar in der Entscheidung vom 23. Januar 1911 (RRG. Bd. 22 S. 160) bei der schenkweisen Übertragung eines Grundstücks an die minderjährige Tochter unter Vorbehalt des Nießbrauchs gleichfalls vertreten worden. Dasselbe Oberlandesgericht hat jedoch in einer späteren Entscheidung vom 5. September 1911 (RRG. Bd. 24 S. 29) diese Ansicht aufgegeben und ausgesprochen, daß in solchem Falle der Vater selbständig handeln können und es der Einwilligung eines gesetzlichen Vertreters für die Minderjährige (§§ 106, 107) nicht bedürftig habe. Ob dem beizupflichten ist, kann hier dahingestellt bleiben. Jedenfalls kann die gegenteilige Auffassung nicht als zutreffend angesehen werden, wenn es sich um bewegliche Gegenstände handelt und — wie dies hier zutrifft — die Eigentumsübertragung und die Nießbrauchsbestellung nicht nur äußerlich in einem Vertrage zusammengefaßt, sondern beide darüber hinaus auch sachlich untrennbar miteinander verknüpft worden sind. Die Eigentumsübertragung an die Tochter des Klägers wurde bewirkt durch Einigung und — statt der Übergabe — durch Begründung eines Besizmittlerverhältnisses (§§ 930, 868 BGB.) in Gestalt des Nießbrauchs. Die Nießbrauchsbestellung erforderte hier nur die Einigung der Beteiligten, weil der Kläger und seine Ehefrau, die Erwerber des Nießbrauchs,

bereits im Besitz der mit dem Nießbrauch zu belastenden Sachen waren (§ 1032 Satz 2, § 929 Satz 2 BGB.). Die Einigung zwischen der Minderjährigen und ihren Eltern über die Nießbrauchsbestellung hatte also doppelte Bedeutung: einmal für die Nießbrauchsbestellung, sodann aber auch für die Eigentumsübertragung. Mit den beiden in derselben Urkunde niedergelegten Einigungen trat mithin sofort ein zweifacher Erfolg ein: Erwerb des Eigentums durch die Tochter, Erwerb des Nießbrauchs durch die Eltern. Die in der Nießbrauchsbestellung liegende Verfügung der Tochter über die von ihr gleichzeitig damit zu Eigentum erworbenen Sachen wurde, zum mindesten nach § 185 Abs. 2 BGB., in demselben Augenblick wirksam, in dem sie — zugleich mit dem Eigentumserwerb — erfolgte.

Hiernach bleibt aber keine Möglichkeit, die beiden Rechtsvorgänge zu trennen. Man kann nicht sagen, die Tochter des Klägers habe an ihr gehörigen Sachen erst nachträglich ihren Eltern den Nießbrauch eingeräumt; vielmehr hat sie überhaupt nur Sachen erworben, die mit einem Nießbrauch belastet waren. Obgleich dieser Nießbrauch erst im Augenblick der Eigentumsübertragung entstanden ist, hat die Minderjährige doch nie unbelastete Sachen in der Hand gehabt. Durch den Erwerb von Sachen durch Schenkung erlangt der Minderjährige auch dann lediglich einen rechtlichen Vorteil, wenn diese Sachen mit einem Nießbrauch belastet sind. Dies muß hier um so mehr gelten, als die Eltern nach dem geschlossenen Vertrag ausdrücklich die Weiterzahlung der Beiträge für die Feuer- und Einbruch-Diebstahlversicherung übernommen hatten. Sonach liegt der in § 107 BGB. vorgesehene Fall vor, in welchem die Willenserklärung des beschränkt Geschäftsfähigen keiner Einwilligung des gesetzlichen Vertreters bedarf. Daß zwischen Nießbraucher und Eigentümer durch die Bestellung des Nießbrauchs begründete gesetzliche Schuldverhältnis (vgl. Pand. BGB. 5. Aufl. Bd. 3 S. 772, Vorbem. 3 zum Nießbrauch) nötigt zu keiner anderen Beurteilung. Verpflichtungen dritten Personen gegenüber hat die Tochter des Klägers durch den Vertrag vom 11. März 1931 nicht übernommen.

War danach der Zeitpunkt des Beklagten sachlich richtig, so fragt sich gleichwohl, ob er nicht die Möglichkeit hätte voraussehen müssen, daß die Gerichte anderer Ansicht sein würden, und ob er nicht deshalb die Beteiligten über die nicht unzweifelhafte Gültigkeit ihres Vertrags hätte belehren, ihnen hätte raten müssen, sich

auf alle Fälle um eine Pflegerbestellung zu bemühen. Nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts liegt dem Notar die Amtspflicht ob, den wahren Willen der Vertragsparteien zu erforschen und sie über die Bedeutung der zu beurkundenden Erklärung und das für den Zweck taugliche Rechtsgeschäft aufzuklären (RGZ. Bd. 85 S. 337, Bd. 95 S. 214 und S. 299, Bd. 100 S. 284). Der Umfang der Belehrungspflicht ist freilich von den jeweiligen Umständen des Einzelfalls abhängig (RGZ. Bd. 142 S. 424). Selbst wenn ein Notar nicht Gewißheit, sondern nur Zweifel über die rechtliche Zulässigkeit und Wirksamkeit dessen hat, was er beurkunden soll, gebietet ihm seine Amtspflicht, solche Bedenken den Vertragsschließenden zu unterbreiten (RGZ. Bd. 110 S. 360, Bd. 130 S. 1 [5]). Der um Rat angegangene Rechtsanwalt hat von mehreren in Betracht kommenden Maßnahmen diejenige anzuraten, welche die sicherere und gefahrlosere ist, und handelt schuldhaft, wenn er eine andere wählt, obwohl er sie bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt als die gefährlichere erkennen muß; mindestens muß er aber seinen Auftraggeber über entstehende Bedenken belehren (Urt. des erkennenden Senats vom 15. März 1921 III 392/20 in Warn-Rspr. 1921 Nr. 103). Das Gleiche muß aber auch von einem Notar gelten. Zu der sachlichen Streitfrage lagen die bereits erwähnten einander widersprechenden Entscheidungen des Oberlandesgerichts Colmar vor, zu denen Planck BGB. 4. Aufl. Bd. 1 S. 244 § 107 Anm. I 3a Abs. 2 bemerkt, die ältere Entscheidung verdiene den Vorzug. Es handelte sich also um eine im Schrifttum und in der Rechtsprechung verschieden beurteilte Rechtsfrage. Hiernach bedarf die Frage des Verschuldens des Beklagten hinsichtlich der ihm obliegenden Belehrungspflicht einer erneuten Prüfung, die in dieser Richtung bisher nicht erfolgt ist.

Dagegen kommt es nicht darauf an, ob jener Vertrag nach dem Anfechtungsgesetz anfechtbar gewesen wäre. Denn die Klage der Tochter des Klägers gegen C. ist lediglich daran gescheitert, daß der beurkundete Vertrag für nichtig gehalten worden ist, weil er ohne Zuziehung eines Pflegers abgeschlossen worden war.