

54. 1. Genügt zur Protokollierung einer Aussage die Feststellung, daß sich die Beweisperson zum Inhalt einer nicht unterschriebenen Aufzeichnung über eine nicht protokollierte frühere Aussage bekennt?

2. Kann in der Rechtsmittelinstanz nachgeprüft werden, ob der Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme beobachtet worden ist?

3. Zur Prüfungs- und Belehrungspflicht des Notars.

RPD. § 160 Abs. 2 Nr. 3, § 355 Abs. 2, §§ 375, 512, 548. BGB. § 839.

III. Zivilsenat. Urte. v. 12. November 1935 i. S. I. (Befl.) w. Witwe S. (Kl.). III 51/35.

I. Landgericht Leipzig.

II. Oberlandesgericht Dresden.

Am 9. März 1931 gewährte die Klägerin dem Bäckermeister N. ein bares Darlehen von 4000 RM., zahlte es aber erst aus, nachdem ihr N. laut Urkunde vom selben Tage nicht nur die Eintragung einer Buchhypothek auf seinem Bäckereigrundstück bewilligt, sondern auch zur Sicherheit das Bäckereinventar übereignet sowie seinen Lebensversicherungsanspruch gegen eine Versicherungsgesellschaft abgetreten hatte und nachdem ferner seine Kinder Gertrud und Walter N. gleichzeitig selbstschuldnerische Bürgschaft übernommen hatten. Die Urkunde wurde vom verklagten Notar entworfen und beglaubigt. Schon am 12. April 1932 wurde das Pfandgrundstück zwangsweise versteigert. Die Hypothek der Klägerin fiel aus. N. leistete den Offenbarungseid. Das Bäckereinventar wurde von den vorgehenden Hypothekengläubigern mit Erfolg in Anspruch genommen. Der Lebensversicherungsanspruch erwies sich als unwerthbar. Die Bürgschaftserklärung des Sohnes N. stellte sich als unwirksam heraus, weil er bei ihrer Abgabe erst 19 Jahre alt gewesen war. Die Tochter N. ist vermögenslos.

Die Klägerin, die mit dem Darlehnsbetrag ihr ganzes Vermögen hingegeben hat, will in dem Bewußtsein, in dem hoch vorbelasteten Grundstücke keine unbedingte Sicherheit zu finden, weitere Sicherheiten verlangt und den Beklagten bei Abfassung der Urkunde ausdrücklich gebeten haben, ja alles recht genau zu nehmen. Sie macht ihm zum Vorwurf, sie über die Mängel der weiteren Sicherheiten nicht belehrt zu haben. Mit der Klage fordert sie Erstattung der Darlehnssumme nebst gewissen Zinsen.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Beklagten mit der Maßgabe zurück-

gewiesen, daß der Urteilsbetrag nur gegen Abtretung der Ansprüche zu zahlen sei, die der Klägerin gegen N., gegen dessen Tochter aus der Bürgschaft und gegen die Versicherungsgesellschaft aus der Abtretung des Versicherungsanspruchs des N. zustehen. Die Revision des Beklagten führte zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung an die Vorinstanz.

Aus den Gründen:

I. Die Revision erhebt in erster Reihe Rügen, die sich gegen das Verfahren bei der Vernehmung der Klägerin richten, auf Grund von deren Aussage das Berufungsgericht die für seine Entscheidung maßgeblichen tatsächlichen Feststellungen im wesentlichen getroffen hat.

Zunächst findet sie die Vorschrift des § 160 Abs. 2 Nr. 3 ZPO. dadurch verletzt, daß die uneidliche Aussage der Klägerin vom 26. September 1934 nicht in einem nach Vorlesung oder Vorlegung zur Durchsicht genehmigten Protokoll niedergelegt worden sei. Dabei übersieht sie jedoch, daß die Klägerin vom Berufungsgericht, also vom Prozeßgericht vernommen worden ist. Dessen später in derselben Besetzung wie bei der Vernehmung der Klägerin gefälltes Endurteil unterliegt nicht der Berufung, so daß die Aussage der Klägerin nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 161 ZPO. nicht in einer Niederschrift festgelegt zu werden brauchte. Ferner hat das Berufungsgericht überhaupt nicht die uneidliche Aussage der Klägerin verwertet, sondern nur deren spätere eidliche, welche sie nicht vor dem Prozeßgericht, sondern am 17. November 1934 vor einem um ihre Vereidigung ersuchten auswärtigen Amtsgericht gemacht hat. Dem vom Vorsitzenden des Berufungsgerichts unterzeichneten Beweisbeschuß, der die Vereidigung der Klägerin anordnete, war als Anlage eine offensichtlich vom Richterstatter verfaßte, nicht unterzeichnete ausführliche Wiedergabe der von der Klägerin bei ihrer uneidlichen Vernehmung vor dem Berufungsgericht am 26. September 1934 gemachten Angaben beigelegt. Das vom ersuchten Richter und vom beteiligten Urkundsbeamten unterschriebene Protokoll über den Vereidigungstermin stellt zunächst fest, daß jene Anlage der Klägerin vorgelesen worden ist, gibt sodann deren Erklärung dazu wieder, wodurch sie sich zum Inhalt der vorgelesenen Anlage mit einer Reihe von niedergeschriebenen Berichtigungen und Ergänzungen bekennt, und ist nach seinem Schlußvermerk vor der Vereidigung der Klägerin

vorgelesen und von ihr genehmigt worden. Damit war für das Prozeßgericht die Gewähr der Richtigkeit der beschworenen Aussage und die Möglichkeit ihrer Beurteilung gegeben und ist der gesetzlichen Vorschrift des § 160 Abs. 2 Nr. 3 ZPO. über die protokollarische Feststellung von Aussagen im vollen Umfange genügt.

Auch mit ihrer weiteren Verfahrensrüge einer Verletzung der §§ 375, 451 ZPO. kann die Revision nicht durchdringen. Diese Rüge betrifft die Nichtbefolgung des Grundsatzes der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme und wird damit begründet, daß die eidliche Vernehmung der Klägerin vor dem ersuchten Richter stattgefunden habe, obwohl sie ebensogut wie die vorangegangene uneidliche vor dem Prozeßgericht habe erfolgen können. Sie stellt in Abrede, daß einer der Ausnahmefälle gegeben sei, in denen eine Abweichung vom Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme in § 375 ZPO. gesetzlich nachgelassen sei, und weist auf die hohe Bedeutung hin, die dem Grundsatz im heutigen Verfahren zukomme.

Schon vor dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Änderung des Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vom 27. Oktober 1933 (RGBl. I S. 780) war der Grundsatz in den §§ 375, 402 ZPO. gesetzlich dadurch zum Ausdruck gekommen, daß die Aufnahme des Zeugen- und Sachverständigenbeweises nur in den in § 375 aufgeführten Ausnahmefällen einem Mitglied des Prozeßgerichts oder einem anderen Gericht übertragen werden konnte. Bei der Anwendung des Gesetzes war er jedoch in weitem Umfange ausgeschaltet worden. Den Weg hierzu hatte mit einer sehr weitgehenden Auslegung die frühere Nr. 2 des § 375 geboten, welche die Übertragung der Beweisaufnahme auf einen beauftragten oder einen ersuchten Richter schon dann gestattete, wenn die Beweisaufnahme vor dem Prozeßgericht erheblichen Schwierigkeiten unterliegen würde. Das Gesetz vom 27. Oktober 1933 hat den Grundsatz jedoch in verstärktem Maße wieder zur Geltung gebracht. Es hat ihn durch § 451 ZPO. auf die neu eingeführte Parteivernehmung ausgedehnt und, ohne sachliche Änderung, schon durch veränderte Fassung der Eingangsworte des § 375 besonders eingeschränkt, wonach die Beweisaufnahme in bestimmten Ausnahmefällen vom Prozeßgericht nicht, wie die alte Fassung lautete, übertragen werden kann, sondern, wie es jetzt heißt, nur übertragen werden darf. Vor allem hat das Gesetz aber den vorher zur Ausschaltung dieses Grundsatzes vielfach benutzten Aus-

nahmefall der früheren Nr. 2 des § 375 beseitigt und nur die übrigen Ausnahmefälle mit einer zum Teil noch eingeschränkten Fassung unter den jetzigen Nr. 1 bis 3 aufrechterhalten.

Zur Sicherung einer schnellen und wirklich vollsnahen Rechtsprechung, wie sie das Gesetz vom 27. Oktober 1933 erstrebt, ist der Grundsatz wie kein anderer geeignet. Daher entspricht ohne Zweifel allein seine strenge und gewissenhafte Durchführung dem Geiste des heutigen Verfahrens. Damit wird es verständlich, wenn, worauf die Revision hinweist, im Schrifttum (so z. B. Baumbach ZPO. 10. Aufl. § 375 Anm. 1) Stimmen laut geworden sind, die eine Verletzung des Grundsatzes heute für einen so schweren Rechtsverstoß halten, daß sie, obwohl nach § 355 Abs. 2 ZPO. nicht mit der Beschwerde anfechtbar, doch mit der Berufung und der Revision müsse gerügt werden können. Das Erläuterungsbuch zur ZPO. von Stein-Jonas 15. Aufl., auf das sich die Revision noch beruft, scheint allerdings in der Bem. III zum § 355 nicht so weit zu gehen, sondern sich lediglich dagegen zu wehren, daß die Vorschrift des § 355 Abs. 2 ZPO. zum Freibrief für eine im Gesetz nicht vorgesehene Form der Beweisaufnahme gemacht wird, und scheint deshalb nur für unzulässig und mit Berufung und Revision für anfechtbar zu halten, daß der beauftragte Richter an Gerichtsstelle, d. h. an der Gerichtsstätte des Prozeßgerichts, eine Beweisaufnahme vornimmt (vgl. auch das die §§ 58, 64 ArbGG. betreffende Urteil des Reichsarbeitsgerichts vom 22. November 1935 RA 249/30, abgedr. in der früheren BenschSamml. Bd. 11 S. 372). Ob dem zugestimmt werden kann, braucht für den vorliegenden Fall nicht erörtert zu werden, wo die von dem ersuchten Richter außerhalb der Gerichtsstätte und des Sitzes des Prozeßgerichts vorgenommene Beweisaufnahme ohne Zweifel in einer an sich zulässigen Form stattgefunden hat, und nur in Frage steht, ob einer der für die Anwendung dieser Form in § 375 Nr. 1 bis 3 ZPO. zugelassenen Ausnahmefälle vorliegt. Eine Nachprüfung dieser Frage bleibt jedenfalls dem Revisionsgericht, ebenso wie dem Berufungsgericht, nach wie vor verschlossen.

Nach § 355 Abs. 2 findet eine Anfechtung des Beschlusses nicht statt, durch den die eine oder andere Art der Beweisaufnahme, d. h. entweder die Beweisaufnahme vor dem Prozeßgericht oder die durch ein Mitglied des Prozeßgerichts oder ein anderes Gericht, also

die durch den beauftragten oder den ersuchten Richter, angeordnet wird, und nach § 548 ZPO. unterliegen der Beurteilung des Revisionsgerichts, ebenso wie nach § 512 der des Berufungsgerichts, dem Endurteil vorausgegangene Entscheidungen nur, sofern sie nicht nach den Vorschriften des Gesetzes unanfechtbar sind. Vielleicht hätte es nahegelegen, dem durch Handhabung der Ausnahmebestimmungen des früheren § 375 praktisch fast ausgeschaltet gewesenen, jetzt aber zum Kernpunkt des neuen Verfahrens gemachten Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme durch Aufhebung der Vorschrift des § 355 Abs. 2 ZPO. auch den verfahrensrechtlichen Schutz der Berufung und der Revision zu sichern. Der Gesetzgeber hat jedoch die klare Vorschrift des § 355 nicht beseitigt und im Vertrauen auf eine nunmehr strenge Befolgung des Grundsatzes wohl auch nicht beseitigen wollen, sondern mag ihre Aufrechterhaltung im Sinne einer weiterhin ebenfalls wünschenswerten Vereinfachung des Berufungs- und des Revisionsverfahrens für angebracht gehalten haben.

II. Was die sachlich-rechtliche Beurteilung des Rechtsstreits anbetrifft, so hat das Berufungsgericht die Verletzung einer dem Beklagten als Notar gegenüber der Klägerin obliegenden Amtspflicht, für deren nachteilige Folgen er der Klägerin nach § 839 BGB. einzustehen hat, in dreifacher Hinsicht angenommen.

Erstens stellt es auf Grund der beschworenen Aussage der Klägerin fest, der Beklagte habe sie nicht darauf hingewiesen, daß das Wärdereinventar als Zubehör des Grundstücks den der Klägerin vorgehenden Grundstücksgläubigern haftete und infolgedessen als weiteres Sicherungsmittel neben dem Grundstück für die Klägerin keinen Wert hatte (§§ 1120, 1121, 1192 BGB.). Als weitere Amtspflichtverletzung legt es dem Beklagten zur Last, daß er die Minderjährigkeit des Bürgen Walter N. übersehen hat, dessen Bürgschaftserklärung mangels vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung der etwa in der Mitunterzeichnung der Bürgschaftsurkunde gelegenen Zustimmung seines Vaters als seines gesetzlichen Vertreters unwirksam geblieben ist. Drittens stellt es fest, daß der der Klägerin sicherheits halber abgetretene Anspruch auf eine Versicherungssumme von 10000 RM. auf einem wenige Monate vor der Darlehenshingabe, nämlich am 24. November 1930, eingegangenen Lebensversicherungsvertrage des Darlehensschuldners beruht und erst im Todesfalle des Versicherten oder am 1. Dezember 1955 fällig wird, deshalb vorläufig

noch keinen Rückkaufswert besitzt und wertlos ist. Es macht dem Beklagten zum Vorwurf, daß er nach Aussage der Klägerin die Güte dieser Sicherheit überhaupt nicht geprüft und insbesondere sich, wie er selbst nicht bestritten hat, den Versicherungsschein nicht vom Schuldner hat vorlegen lassen.

Die Revision rügt, daß das Berufungsgericht damit die Prüfungs- und Belehrungspflicht des Notars überspannt und in unzulässiger Weise auf das wirtschaftliche Gebiet ausgedehnt habe. Die Rüge ist unbegründet, soweit die Sicherungsübereignung des Wädereiinventars und die Bürgschaftserklärung des minderjährigen Walter N. in Frage kommen. Der Notar ist allerdings nicht ohne weiteres auch der wirtschaftliche Berater der seine Amtstätigkeit in Anspruch nehmenden Personen. Doch hat er bei der ihm aufgetragenen Abfassung der dann von ihm unterschriftlich beglaubigten Willenserklärungen nicht nur den rechtsgeschäftlichen Willen der Beteiligten genau zu erforschen und klar zum Ausdruck zu bringen, sondern auch dafür Sorge zu tragen, daß der von den Beteiligten erstrebte rechtliche Erfolg mit der Urkunde erreicht wird. Die unverkennbare Absicht der Klägerin ging nun dahin, neben der Sicherung durch eine auf dem Wädereigrundstück des Darlehensempfängers einzutragende Buchhypothek für ihr Darlehen eine besondere weitere rechtliche Sicherheit auch in dem Wädereiinventar und in der selbstschuldnerischen Bürgschaft des Sohnes ihres Schuldners zu erhalten. Dieser Rechtserfolg war bei der Sicherungsübereignung des Inventars dadurch gefährdet, daß dieses den der Klägerin vorgehenden Grundstücksgläubigern gesetzlich mit verhaftet war, und bei der Bürgschaftserklärung infolge der beschränkten Geschäftsfähigkeit des minderjährigen Sohnes überhaupt nicht erreichbar. Der Beklagte mußte die Rechtslage bei gebotener Sorgfalt erkennen und die Klägerin darüber belehren. Von dieser Verpflichtung wäre er auch nicht befreit gewesen, wenn die Klägerin, was er unter Beweis gestellt hatte, vorher schon durch andere Personen, darunter auch Rechtskundige, beraten gewesen sein sollte. Selbst dann wäre das nicht der Fall gewesen, wenn er, wie er nicht einmal behauptet, von solcher vorausgegangenen anderweitigen Beratung der Klägerin Kenntnis gehabt hätte... (Im folgenden wird eine in diesem Zusammenhang von der Revision erhobene Rüge aus § 286 BPO. für begründet erklärt.)

Weiter ist der Revision darin beizupflichten, daß das Berufungsgericht zu Unrecht ohne weiteres eine dritte schuldhaftige Amtspflichtverletzung des Beklagten darin gesehen hat, daß er es unterließ, den wirtschaftlichen Wert des der Klägerin sicherungshalber abgetretenen Versicherungsanspruchs zu prüfen und sie darüber zu belehren. Der Notar ist regelmäßig gar nicht in der Lage, die wirtschaftliche Auswirkung der von ihm in rechtlich einwandfreier Form abgefaßten rechtsgeschäftlichen Erklärungen der Beteiligten zu beurteilen, und daher im allgemeinen nicht verpflichtet, die Erklärungen auch nach ihrer wirtschaftlichen Seite hin zu prüfen und zu erörtern. Eine Verpflichtung hierzu erwächst ihm nicht schon aus der allgemeinen Bitte eines Beteiligten, die Sache ja recht genau zu nehmen, sondern nur dann, wenn die besonderen Umstände des Einzelfalls die Vermutung nahe legen, daß der Beteiligte aus der Erklärung Schaden erleiden wird, und wenn sie andererseits nicht mit Sicherheit ergeben, daß er die Gefahr erkennt. Die sicherungsweise erfolgende Abtretung eines Versicherungsanspruchs des Darlehensschuldners spricht aber für sich allein für eine wirtschaftliche Gefährdung des Darlehens ebenfowenig wie die ungünstige Vermögenslage des versicherten Darlehensschuldners, die dem Beklagten nicht einmal bekannt gewesen zu sein braucht. Weitere Umstände, die es ihm zur Pflicht gemacht haben könnten, den wirtschaftlichen Wert des abzutretenden Versicherungsanspruchs vorher zu prüfen und zu diesem Zwecke die Vorlegung des Versicherungsscheins zu verlangen, sind nicht festgestellt worden . . .