

Verkündet laut Protokoll
am 3. November 1955
Fieser, Justizangestellter
als Urkundsbeamter der Geschäfts-
stelle

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

In dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Otto W [REDACTED] in Wi [REDACTED], S [REDACTED]-
straße [REDACTED],

Klägers, Berufungsklägers, Anschluß-
berufungsbeklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Rechtsanwalt und Notar Dr. Rudolf H [REDACTED] in Wi [REDACTED]-
[REDACTED], M [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten, Anschluß-
berufungskläger und Revisionsbeklagten.

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof.Dr. [REDACTED] -

hat der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 3. November 1955 unter Mitwir-
kung des Senatspräsidenten Prof.Dr. Geiger sowie der Bun-
desrichter Rietschel, Dr. Weber, Dr. Kreft und Dr. Hußla

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des
3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Frankfurt
(Main) vom 23. Oktober 1953 im Kostenpunkt und inso-
weit aufgehoben, als es über den Zahlungsanspruch
des Klägers entschieden hat.

In diesem Umfange wird die Sache zur anderweiten
Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten
des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zu-
rückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte beurkundete als Notar am 22. Juli 1948 einen Vertrag, wonach der Kläger, der Fabrikant Adolf G. und dessen Ehefrau, - Adolf G. namens seiner minderjährigen Kinder Dieter und Brigitte - eine GmbH unter der Firma "Gummiwerk Wi. GmbH" errichteten. Die Hälfte des Stammkapitals von 20.000,- DM übernahm der Kläger mit der Verpflichtung, darauf 1200 DM sofort, 3000 DM am 15. August 1948, weitere 3000 DM am 1. Oktober 1948 und den Rest mit 2800 DM am 15. November 1948 als Geldeinlage zu leisten. Die Stammeinlagen der übrigen Gesellschafter waren als Sacheinlagen einzubringen. Als Geschäftsführer wurden der Kläger und Adolf G., jeder für sich allein zur Vertretung der Gesellschaft berechtigt, bestellt. Schon vor Vertragsschluß hatte der Kläger an Adolf G. zur Anrechnung auf seine Einlage 300 DM gezahlt. Unmittelbar nach Vertragsschluß zahlte er an ihn den Rest der sofort fälligen Teileinlage mit 900 DM und am 2. August 1948 4500 DM im Vorgriff auf die am 15. August und 1. Oktober 1948 fälligen Stammeinlagenanteile, damit der Betrieb anlaufen konnte.

Bald nach der Beurkundung des Vertrages entstand zwischen Adolf G. und dem Kläger Streit um die Frage der vorteilhaftesten Form des Gesellschafterverhältnisses. Während der Kläger an der beurkundeten GmbH festhielt, wünschte G. die Umformung in eine offene Handelsgesellschaft oder in eine Kommanditgesellschaft, vornehmlich aus steuerlichen Gründen. In einer Besprechung am 17. August 1948 kam es zum Bruch. G. erklärte, daß er die Gesellschaft als aufgelöst betrachte.

Der Kläger berief darauf zum 3. September 1948 eine Gesellschafterversammlung, die der Beklagte dahin beurkundete, daß der Kläger, nachdem die anderen Gesellschafter eine Teilnahme abgelehnt hätten, sie allein abgehalten und den Beschluß gefaßt habe, Adolf G. als Ge-

schäftsführer abzueroufen, da er sich grundlos geweigert habe, die GmbH zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Unter demselben Datum entwarf und beglaubigte der Beklagte als Notar die Anmeldung der Gesellschaft zum Handelsregister durch den Kläger.

Am 11. September 1948 beantragte der Beklagte, den Gesellschaftsvertrag vormundschaftsgerichtlich zu genehmigen. Die Genehmigung wurde nicht erteilt, weil die Eheleute G. [REDACTED] inzwischen der Eintragung der GmbH ins Handelsregister widersprochen und Adolf G. [REDACTED] erklärt hatte, daß er die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung des Vertrages nicht beantrage. Die Gesellschaft ist in das Handelsregister nicht eingetragen worden.

Am 18. September 1948 erwirkte der Kläger durch den Rechtsanwalt Ho. [REDACTED] in Wi. [REDACTED] eine einstweilige Verfügung gegen Adolf G. [REDACTED], wonach für die Gesellschaft ein Sequester bestellt wurde. Die einstweilige Verfügung wurde aufgehoben, nachdem der Kläger binnen der gesetzten Frist Klage zur Hauptsache nicht erhoben und die behauptete vergleichsweise Erledigung des Rechtsstreits nicht nachgewiesen hatte.

Der Kläger hat die von ihm an Adolf G. [REDACTED] als Stammeinlage gezahlten Gelder durch ratenweise Rückzahlungen G. [REDACTED] zurückerhalten: die letzte Rate wurde im Jahre 1951 bezahlt.

Der Kläger wirft dem Beklagten vor, er habe den Gesellschaftsvertrag mit G. [REDACTED] unwirksam beurkundet. Grebning sei für den Vertragsschluß von der gesetzlichen Vertretung seiner Kinder ausgeschlossen gewesen. Es hätte für jedes Kind ein Pfleger bestellt werden müssen. Der Beklagte habe ihn, den Kläger, auch nicht über das Erfordernis der vormundschaftlichen Genehmigung belehrt, vor allem nicht darüber, daß dem Vertrag insofern eine all-



seits bindende Wirkung gefehlt habe, als es in der Hand des Vertreters der Kinder G. [REDACTED] gelegen habe, die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nachzusuchen oder nicht, dem Kläger die erteilte Genehmigung mitzuteilen und so dem Vertrag überhaupt erst Wirksamkeit zu verleihen oder nicht. Hätte er ihn hierauf aufmerksam gemacht, so hätte er, der Kläger, von dem Vertragsabschluß Abstand genommen und sein Geld anderweit untergebracht. Bei der damaligen Geldknappheit nach der Währungsumstellung würde er sich mit den ihm zur Verfügung stehenden 10.000 DM jährlich einen Gewinn von 25 % des Kapitals und eine tätige Beteiligung an einem Geschäft mit einem Monatsgehalt von 4 - 500 DM habe sichern können. Auch die Kosten wären gespart worden, die er für die Beurkundung des Vertrages, der Gesellschafterversammlung und der Anmeldung zum Handelsregister mit zusammen 173,30 DM unnütz aufgewendet habe. Der Beklagte müsse ferner für die Kosten des Verfahrens der einstweiligen Verfügung mit insgesamt 563,95 DM einstehen, weil er ihm den unrichtigen Rat erteilt habe, die einstweilige Verfügung zu beantragen und zu diesem Zwecke die Dienste des Rechtsanwalts Ho. [REDACTED] in Anspruch zu nehmen.

Von diesem Schaden macht der Kläger einen Teilbetrag geltend. Er hat beantragt, den Beklagten zu verurteilen, an ihn 5000 DM zu zahlen und festzustellen, daß der Beklagte verpflichtet sei, allen über den Betrag von 5000 DM hinausgehenden weiteren Schaden zu ersetzen.

Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Er bestreitet, den Gesellschaftsvertrag fehlerhaft beurkundet zu haben und behauptet, die Vertragsschließenden über das Erfordernis der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung vorschriftsmäßig belehrt zu haben. Er habe lediglich übersehen, einen Vermerk darüber in die Verhandlungsniederschrift aufzunehmen.

Er bestreitet weiter die Ursächlichkeit der angeblichen Fehler der Beurkundung für den behaupteten Schaden und führt diesen darauf zurück, daß die Gesellschafter den Vertrag wegen der ungünstigen Besteuerungslage der GmbH wieder aufgehoben hätten. Der Kläger habe auch deswegen etwaige Vermögensnachteile selbst zu vertreten, weil er die Gelder trotz eindringlicher Warnung schon vor der Eintragung der GmbH in das Handelsregister, übrigens auch weit vor den Fälligkeitsterminen und nicht als Stammeinlage in die Gesellschaft eingezahlt, sondern dem Geschäftsführer G. [REDACTED] persönlich zur sofortigen Verfügung übergeben, dann aber, anstatt sie sofort wieder einzutreiben, sich auf langfristige Ratenzahlungen eingelassen habe. Auf jeden Fall hafte er, der Beklagte, erst in zweiter Linie. Der Kläger müsse sich zunächst an G. [REDACTED] halten, der vertragswidrig den Antrag auf Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nicht gestellt habe und daher wegen Verschuldens bei Vertragsschluß hafte.

Überhaupt sei dem Kläger durch die Auflösung der GmbH kein Gewinn entgangen. Der Betrieb, den Adolf G. [REDACTED] jetzt als Einzelfirma führe, gehe schlecht und schließe kaum mit Gewinn ab. Eine anderweitige Beteiligung hätte schon daran scheitern müssen, daß der Kläger kein gelernter Kaufmann sei. Für die Kosten des Verfahrens der einstweiligen Verfügung habe er nicht einzustehen. Er habe den Kläger in dieser Angelegenheit nicht beraten, sondern - da er als beurkundender Notar an der Übernahme einer anwaltlichen Vertretung in der Sache behindert gewesen sei - an Rechtsanwalt Ho. [REDACTED] verwiesen.

Schließlich wendet der Beklagte ein, daß etwaige Schadensersatzforderungen des Klägers als verspätet geltend gemacht verwirkt seien.

Das Landgericht hat den Beklagten zur Zahlung von 173,30 DM verurteilt und im übrigen die Klage abgewie-

sen. Der Beklagte habe übersehen, daß für die Kinder Grebing je ein Pfleger hätte bestellt werden müssen, und er habe den Kläger hinsichtlich des Verfahrens bei der Erteilung der erforderlichen vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung nicht ausreichend belehrt. Würde der Beklagte seiner Amtspflicht entsprechend verfahren sein, so würde der Kläger den Vertrag wegen der Umständlichkeit der Pflegerbestellung und des Genehmigungsverfahrens beim Vormundschaftsgericht, das nach Darstellung des Beklagten damals überlastet gewesen sei, nach der Lebenserfahrung garnicht abgeschlossen haben. Denn es sei ihm augenscheinlich darum zu tun gewesen, sein Geld alsbald gewinnbringend anzulegen. Der Beklagte müsse deshalb die unnütz aufgewendeten Kosten des Vertrages, der Gesellschafterversammlung und des Antrages auf Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister mit zusammen 173,30 DM aus Amtshaftung ersetzen. Im übrigen sei die Klage unbegründet. Wenn dem Kläger Gewinn entgangen sei, so habe er sich das allein zuzuschreiben (§ 254 BGB). Denn er habe erhebliche Zahlungen an Grebing vor Fälligkeit geleistet und nicht in die Gesellschaft eingezahlt, sondern Grebing zur sofortigen Verwendung für die Aufnahme des Betriebes übergeben, ohne sich ein Mitverfügungsrecht vorzubehalten. Die Kosten der einstweiligen Verfügung habe der Beklagte nicht zu tragen. Insoweit habe die Verantwortung bei Rechtsanwalt Ho[] gelegen.

Im Berufungsverfahren hat der Kläger seinen Klagantrag, soweit ihm nicht stattgegeben worden war, also in Höhe von 4.826,70 DM, als Zahlungsantrag weiterverfolgt, im übrigen als Feststellungsantrag. Der Beklagte hat sich der Berufung des Klägers angeschlossen mit dem Antrag, die Klage in vollem Umfange abzuweisen. Das Berufungsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen und der Anschlußberufung des Beklagten stattge-

bend die Klage gänzlich abgewiesen.

Der Kläger verfolgt im Revisionsverfahren nur seinen Zahlungsanspruch weiter. Soweit sich die Revision auch gegen die Abweisung seines Feststellungsanspruches richtete, hat der Kläger sein Rechtsmittel zurückgezogen. Der Beklagte bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

1) Das Berufungsgericht nimmt wegen des Tatbestandes auf den "gesamten vorgetragenen Inhalt" des landgerichtlichen Urteils Bezug (U S 2). Nach diesem Urteil hat der Kläger seinen Schadensersatzanspruch damit begründet, daß er bei richtiger Belehrung durch den Beklagten den GmbH-Vertrag überhaupt nicht geschlossen haben würde, so daß er die verfügbaren 10.000,- DM in anderer Weise vorteilhaft hätte anlegen können. Diese Klagbegründung hat der Kläger auch im Berufungsverfahren aufrechterhalten (Berufungsbegründung S 4) und in erster Linie zur Entscheidung des Gerichts gestellt (Schriftsatz vom 11. Dezember 1952 S 1). Welche Begründung er seiner Klage in zweiter Linie gegeben hat, ist im Tatbestand des angefochtenen Urteils nicht wiedergegeben. Aus der Neufassung des Feststellungsantrags im Berufungsverfahren ergibt sich aber, daß der Kläger der in erster Linie gegebenen Begründung der Klage - er würde bei sachgemäßer Beratung über alles das, was zum Wirksamwerden des Vertrags erforderlich sei, diesen gar nicht geschlossen haben - eine Hilfsbegründung für den Fall beigelegt hat, daß das Berufungsgericht sich - im

Gegensatz zum Landgericht - auf den Standpunkt stellen sollte, es würde auch bei sachgemäßer Belehrung zu dem beurkundeten Vertrag gekommen sein. Für diesen Fall macht der Kläger geltend, daß der Vertrag vom Beklagten mangelhaft beurkundet und dadurch nicht rechtswirksam geworden sei, und daß er die entstandenen Kosten umsonst aufgewendet habe und ihm überdies der Gewinn entgangen sei, den er beim Zustandekommen der GmbH erzielt haben würde. Daß dies der Inhalt der Hilfsbegründung ist, ergibt sich einmal aus der Fassung des Berufungsantrags, hilfsweise festzustellen, daß der Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger allen über den Zahlungsantrag hinausgehenden Schaden zu ersetzen, der "durch pflichtwidrige Beurkundung des Vertrags" entstanden ist oder entstehen wird. Daß der Kläger dabei den Gewinn aus der Gummiwarenfabrikation im Auge gehabt hat, ergibt sich daraus, daß er im Schriftsatz vom 27. Februar 1953 einen Angestellten dieses Betriebs dafür als Zeugen benannt hat, daß die Fabrikation gute Gewinnaussichten geboten habe. Die Begründung des Berufungsgerichts, ein Schadensersatzanspruch entfalle schon deshalb, weil mit der Möglichkeit zu rechnen sei, daß der beurkundete Vertrag von den Vertragschließenden einverständlich wieder aufgehoben worden ist, zeigt, daß es die Hilfsbegründung des Klägers nicht nur auf den Feststellungsantrag, sondern auch auf den Zahlungsanspruch bezogen hat. Denn die Abweisung des Zahlungsanspruches mit dieser Begründung hat nur Sinn, wenn der Kläger auch diesen Anspruch - hilfsweise - für den Fall geltend gemacht hatte, daß von dem nun einmal geschehenen Vertragsabschluß und dessen Beurkundung auszugehen sei.

2) Das Berufungsgericht meint, die Nutzlosigkeit der ganzen Aufwendungen des Klägers (Beurkundungskosten,

teilweise Einzahlung der Stammeinlage usw.) habe ihre Ursache nicht in einer dem Beklagten etwa zum Vorwurf gereichenden Amtspflichtverletzung, wenn die an dem fehlerhaft beurkundeten Vertrag Beteiligten, bevor sie die Fehler erkannten, aus irgend welchen anderen Gründen den Vertrag wieder aufhoben. Denn solchenfalls würde die Amtspflichtverletzung weder für die Vergangenheit noch für die Zukunft einen Schaden im Rechtssinne gezeitigt haben, weil, wenn die Amtspflichtverletzung als der gedachte "zum Ersatz verpflichtende Umstand" nicht eingetreten wäre, derselbe Zustand wie bei dem Eintritt des gedachten Umstandes bestehen würde. Die Beweisfrage, ob der vom Beklagten beurkundete Vertrag durch Übereinkommen unter den Beteiligten wieder aufgehoben worden sei oder nicht, sei trotz der Beweisaufnahme zu diesem Punkte offengeblieben. Die Unaufklärbarkeit in dieser Beziehung gehe zu Lasten des Klägers. Er, als der den Eintritt eines Schadens Behauptende, müsse beweisen, daß der Schaden entstanden ist. Das stehe solange nicht fest, wie nicht ausgeschlossen werden könne, daß der Vertrag einverständlich wieder aufgehoben worden ist. Das landgerichtliche Urteil müsse, soweit es der Klage stattgegeben hat, schon aus diesem Grunde aufgehoben werden. Denn die dem Beklagten entstandenen Unkosten und die Kosten der einstweiligen Verfügung seien nicht nur im Falle fehlerhafter Beurkundung des Vertrages, sondern auch in dem nicht auszuschließenden Falle seiner einverständlichen Wiederaufhebung nutzlos aufgewendet worden.

Mit diesen Ausführungen ist das Berufungsgericht seiner Aufgabe, das gesamte Parteivorbringen rechtlich zu würdigen und sein klagabweisendes Urteil ausreichend zu begründen, nicht gerecht geworden. Es befaßt sich nur mit der Frage, welche Bedeutung es hat, daß der beurkundete Vertrag möglicherweise wieder aufgehoben worden ist. Die

Urteilsbegründung bezieht sich lediglich auf die hilfsweise gegebene Klagebegründung, mit welcher der Kläger seinen Schadensersatzanspruch daraus herleitet, daß der Vertrag fehlerhaft beurkundet worden sei. Das Berufungsgericht geht aber mit keinem Worte auf das ein, was der Kläger in erster Linie zur Klagebegründung geltend gemacht und immer wiederholt hat, daß es nämlich überhaupt nicht zum Vertragsabschluß und dessen Beurkundung gekommen wäre, wenn der Beklagte den Kläger über die sich aus der Beteiligung der Kinder G. [REDACTED] ergebende Rechtslage hinreichend belehrt hätte. Dieses Vorbringen durfte das Berufungsgericht um so weniger übergehen, als das Landgericht den verurteilenden Teil seines Erkenntnisses gerade darauf stützt, daß der Beklagte hinsichtlich der erforderlichen Belehrung des Klägers eine Amtspflicht verletzt habe und daß der Kläger bei richtiger Belehrung den Vertrag gar nicht geschlossen haben würde. Das Berufungsgericht hat den so begründeten Klaganspruch nicht etwa mit unzulänglicher oder falscher Begründung abgewiesen. Seinen Ausführungen ist überhaupt nicht zu entnehmen, warum es dieser Klagbegründung nicht gefolgt ist. Das aber ist das mindeste, was gefordert werden muß (Stein-Jonas ZPO 17. Aufl § 551 Anm II 7 a). Mit Recht weist die Revision auf § 551 Ziff 7 ZPO hin. Danach stellt das Fehlen der Begründung einen absoluten Revisionsgrund dar, der zur Aufhebung des angefochtenen Urteils nötigt, ohne daß nach § 563 ZPO zu prüfen wäre, ob sich die Entscheidung im Ergebnis als richtig darstellt (Stein-Jonas aaO § 563 Anm I 3).

II.

Für die weitere Verhandlung und Entscheidung sei auf einzelne Punkte hingewiesen, die zu berühren die bisherigen Ausführungen der Vorderrichter und die Revisionsbegründung Anlaß geben.

1) Das Berufungsgericht wird sich in erster Linie mit der auf die Lebenserfahrung gestützten Feststellung des Landgerichts auseinandersetzen müssen, daß der Kläger wegen der Umständlichkeit des vormundschaftsgerichtlichen Genehmigungsverfahrens, der vom Beklagten - nach dem landgerichtlichen Urteil S 7 - selbst behaupteten damaligen Überlastung des Vormundschaftsgerichts und angesichts der fehlenden Sicherstellung der Herbeiführung und Mitteilung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung von einem Vertragsabschluß überhaupt abgesehen haben würde, wenn er in diesen Beziehungen sachgemäß belehrt worden wäre.

Zum Amt des Notars gehört die Beratung der bei seinen Beurkundungsgeschäften Beteiligten (§ 26 Abs 1 RNotO). Obwohl der Beklagte gleichzeitig Rechtsanwalt ist, ist ihm beratende Tätigkeit als Notar zuzurechnen, weil die Beratung hier der Vorbereitung seines Beurkundungsgeschäftes zu dienen hatte (§§ 26 Abs 2, 22 Abs 1 RNotO).

Es oblag dem Beklagten jedenfalls, die Erschienenen darüber zu belehren, was alles erforderlich war, um die geplante GmbH rechtswirksam zur Entstehung zu bringen. Er hatte nach § 33 Abs 1 der Dienstordnung für Notare vom 5. Juni 1937 in der Fassung vom 11. Juli 1938 und 24. April 1939 - DOfNot - (Dt.Just. 1937, 874; 1938, 1088; 1939, 699) die Vertretungsmacht Grebings für seine Kinder zu prüfen und die Beteiligten über die sich aus deren Beteiligung ergebende Rechtslage zu belehren. Er hätte also insbesondere, wie das Landgericht mit Recht ausführt, darauf hinweisen müssen, daß für die Kinder je ein Pfleger zu bestellen sei (§ 1630 Abs 2 i Verb mit §§ 1795 Abs 1 Ziff 1, 1909 BGB) und daß es deren Sache sei, die nach §§ 1915, 1822 Ziff 3 und 10 BGB erforderliche Genehmigung des Vormundschaftsgerichts einzuholen

und den anderen Vertragsschließenden mitzuteilen (§ 1829 Abs 1 BGB; vgl Palandt BGB 13. Aufl § 1822 Anm 4 und 10). Diese Vorschriften sind keineswegs so allgemein bekannt, daß der Beklagte eine Belehrung darüber hätte als entbehrlich ansehen dürfen. Selbst wenn der Kläger ein erfahrener Kaufmann wäre, könnten solche eingehenden juristischen Kenntnisse bei ihm nicht vorausgesetzt werden. Das gilt erst recht, wenn ihm jedes kaufmännische Verständnis und jede kaufmännischen Fähigkeiten fehlten, wie der Beklagte wiederholt geltend gemacht hat (Schriftsätze vom 21. Mai 1953 S 3 und vom 4. August 1953 S 4). Die Notwendigkeit der Pflegerbestellung ist dem Beklagten als Notar offenbar selbst entgangen. Er behauptet nicht, die Beteiligten auf dieses Erfordernis hingewiesen zu haben und er hat den Vertrag zur Genehmigung beim Vormundschaftsgericht eingereicht und den Entwurf der Anmeldung der GmbH zum Handelsregister entworfen ohne der Pflegerbestellung irgendwie zu gedenken. Mit der bloßen - vom Kläger überdies bestrittenen und in der Urkunde entgegen der Vorschrift in § 34 Abs 1 DofNot nicht erwähnten - Erklärung, der Vertrag bedürfe der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung erfüllte der Beklagte die ihm obliegende Belehrungspflicht nicht. Darin ist dem Landgericht zuzustimmen. Wegen des Umfanges der Belehrungspflicht eines Notars sei in diesem Zusammenhang auf die Entscheidung des Reichsgerichts vom 2. Juli 1935 (DNotZ 1936, 194) und auf die Entscheidung des erkennenden Senats vom 29. Oktober 1953 - III ZR 270/52 (LM RNotO § 21 (2) - DNotZ 1954, 329) hingewiesen.

2) Wenn das Berufungsgericht gleich dem Landgericht zu dem Ergebnis kommt, daß es bei pflichtgemäßem Verhalten des Beklagten garnicht zur Beurkundung eines GmbH-Vertrages gekommen wäre, werden die Beträge, die das Landgericht dem Kläger zugesprochen hat und die Kosten des

einstweiligen Verfügungsverfahren dem Kläger nicht abzuerkennen sein. Denn sie wären nicht aufgewendet worden, wenn der Vertrag nicht geschlossen worden wäre. Abgesehen von den 300 DM, die der Kläger an G. [REDACTED] bezahlt hatte, noch bevor der Beklagte den Vertrag beurkundete, würden in diesem Falle aber auch weitere Beträge an G. [REDACTED] kaum bezahlt worden sein. Das übersieht das Landgericht, wenn es dem Kläger seine Zahlungen als eigenes Verschulden anrechnet. Mit seinen diesbezüglichen Ausführungen geht das Landgericht von seiner Feststellung ab, daß der Vertrag gar nicht geschlossen worden wäre; insoweit weist sein Urteil einen Bruch auf. Für den hier unterstellten Fall würde es nicht darauf ankommen, ob der beurkundete Vertrag später einverständlich wieder aufgehoben worden ist. Denn die Aufhebung eines nicht geschlossenen Vertrages würde gar nicht zur Frage gestanden haben.

3) Wenn das Berufungsgericht entgegen der mit der Lebenserfahrung begründeten Ansicht des Landgerichts zu dem Ergebnis kommen sollte, daß der Kläger auch bei ausreichender Belehrung über die infolge mangelnder Bindung G. [REDACTED] drohenden Schwierigkeiten und die möglichen Verzögerungen der Eintragung der GmbH im Handelsregister den Vertrag geschlossen haben würde, wenn also von dem Vertrag, wie er beurkundet worden ist ausgegangen werden müßte, würde zunächst klarzustellen sein, wie der Kläger für diesen Fall seine Klage im einzelnen begründet.

a) Wenn es danach von Bedeutung ist, ob der Beklagte den Kläger gewarnt hat, vor Eintragung der GmbH im Handelsregister Geldbeträge an G. [REDACTED] auszuhändigen, so sei auf folgendes hingewiesen: Das Landgericht wirft dem Kläger vor, daß er die Behauptung des Beklagten, er habe den Kläger gewarnt, einfach bestritten habe, ohne dazu nähere Erklärungen abzugeben (§ 10/11 LG-Urteil); es sagt aber

20

nicht - und es ist auch nicht ersichtlich -, was der Kläger denn anderes hätte erklären sollen, als daß die Behauptung des Beklagten nicht wahr sei. Wenn der Beklagte den Kläger gewarnt hat, so wird er aufklären müssen, wie mit dieser Warnung in Einklang zu bringen ist, daß er am 22. Juli 1948 Zahlungstermine beurkundet hat (sofort; 15.8./1.10./15.11), vor deren Eintritt die Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister schwerlich hätte erfolgen können, sofern es richtig ist, daß die vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung nach der Darstellung des Beklagten in seinem Schriftsatz vom 3. Dezember 1952 S 5 zwei bis drei Wochen gedauert haben würde und daß bis zur Eintragung im Handelsregister damals oft Monate vergingen (vgl dazu die Darstellung des Klägers im Schriftsatz vom 11. Dezember 1952 S 4).

Der Gedanke, daß mit der Vereinbarung dieser Zahlungsfristen die angeblich ausgesprochene Warnung abgeschwächt wurde, ist nicht von der Hand zu weisen. Auch unter diesem Gesichtspunkt wird die Frage zu prüfen sein, ob das Landgericht dem Kläger mit Recht den Vorwurf macht, er habe den behaupteten Schaden selbst verschuldet.

b) Hinsichtlich des Anspruches auf Ersatz der Kosten des einstweiligen Verfügungsverfahrens würde es der Feststellung bedürfen, was in dieser Beziehung zwischen den Klagparteien besprochen worden ist. Die Haftung würde den Beklagten insoweit wohl nicht in seiner Eigenschaft als Notar treffen, denn eine diesbezügliche Beratung würde nicht mehr bestimmt gewesen sein, das Beurkundungsgeschäft auszuführen (§ 26 Abs 2 RNotO).

c) Schließlich kann dem Berufungsgericht darin nicht zugestimmt werden, daß es Sache des Klägers sein würde, die Behauptung des Beklagten über die einverständliche

Aufhebung des beurkundeten Vertrages zu widerlegen. Es handelt sich hier nicht um den Nachweis der Entstehung eines Schadens und nicht um den Beweisgrundsatz vom "ersten Anschein", sondern darum, daß der Beklagte behauptet, die beurkundeten Vereinbarungen seien mit der Wirkung wieder aufgehoben worden, daß aus ihnen keinerlei Ansprüche hergeleitet werden könnten. Die Aufhebung eines Vertrags hat als eine rechtsvernichtende Tatsache aber der zu beweisen, der sich auf sie beruft. Die vom Berufungsgericht nicht entschiedene Frage, ob dem Kläger durch schuldhafte Amtspflichtverletzung des Beklagten bei seiner Beurkundungstätigkeit Schaden zugefügt worden ist, kann also nicht offen bleiben, solange nicht feststeht, daß derselbe Schaden - die Nutzlosigkeit der Aufwendungen des Klägers - jedenfalls durch die behauptete einverständliche Aufhebung des Vertrages verursacht worden ist und zwar durch eine Aufhebung, die nicht etwa ihren Grund gerade in den behaupteten Mängeln der Beurkundung hatte, sondern in Umständen, die mit der Art der Beurkundung und der Amtstätigkeit des Beklagten gar nichts zu tun hatten. Zweifel darüber gehen nicht zu Lasten des Klägers, sondern des Beklagten, der sich auf diesen Geschehensablauf beruft.

d) Falls der Kläger seinen Anspruch auf Rückzahlung der Beurkundungsgebühren nicht nur auf Amtspflichtverletzung stützt, sondern geltend macht, daß - unabhängig von der Amtshaftung - die Gebühren zurückzuzahlen seien, weil für unwirksame Beurkundungen Gebühren nicht gefordert werden könnten, wird zu prüfen sein, ob ein so begründeter Anspruch überhaupt im Wege der Klage geltend

gemacht werden kann (vgl §§ 156, 157 der Kostenordnung vom 25. November 1935 RGBL I, 1371).

Dr. Geiger

Rietschel

Dr. Weber

Dr. Kreft

Dr. Hußla