

III ZR 214/60

Verkündet
am 15. Januar 1962
Scheibl,
Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der Frau Carola S [REDACTED] geb. B [REDACTED], I [REDACTED],
W [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

den Rechtsanwalt und Notar Dr. Carl K [REDACTED], I [REDACTED],
G [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten und Revisionsbeklagten,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 15. Januar 1962 unter Mitwir-
kung des Senatspräsidenten Dr. Pagendarm sowie der Bun-
desrichter Dr. Kreft, Dr. Arndt, Gähtgens und Keßler

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des
4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Hamm(Vestf.)
vom 18. Oktober 1960 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Revisionsver-
fahrens.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Vater der Klägerin, der Kaufmann B[REDACTED], betrieb einen Großhandel mit Metzgereibedarf in I[REDACTED]. Nach seinem Tode wurde entsprechend seinem letzten Willen im Jahre 1941 die bishorige Einzelfirma in eine offene Handelsgesellschaft umgewandelt. Gesellschafterinnen waren, nachdem die zunächst ebenfalls beteiligte Witwe B[REDACTED] im Jahre 1942 verstorben war, die Klägerin und ein Fräulein H[REDACTED], das seit dem Jahre 1910 mit einer kurzen Unterbrechung während des ersten Weltkriegs als Angestellte im Geschäft tätig gewesen war. Die Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft oblag Fräulein H[REDACTED].

Durch Vertrag vom 29. Januar 1949 vereinbarten die beiden Gesellschafterinnen vor dem Rechtsanwalt und Notar Dr. Ba[REDACTED] die Unkündbarkeit der Gesellschaft bis zum 31. Dezember 1958. Die Vergütung von Fräulein H[REDACTED] wurde erhöht. Vom Gewinn sollten Fräulein H[REDACTED] $\frac{2}{3}$ und die Klägerin $\frac{1}{3}$ erhalten, ein Verlust sollte hälftig getragen werden. Im Falle der Auflösung der Gesellschaft sollten nach Tilgung der Schulden die buchmäßig festgestellten Kapitalkonten der Gesellschafterinnen anteilsmäßig bis zur vollen Höhe ausgezahlt werden. Für den Fall der Auflösung durch Kündigung oder aus sonstigen Gründen wurden besondere Regelungen getroffen; ein Konkurrenzverbot für eine ausscheidende Gesellschafterin wurde nicht vereinbart.

Die Klägerin, die keine kaufmännischen Kenntnisse und Erfahrungen besitzt, heiratete im Juni 1949. Ihr Ehemann hatte nach einer kaufmännischen Lehre einige Zeit als kaufmännischer Angestellter gearbeitet und dann selbständig eine kleine Buchhandlung und von 1924 bis 1945 ein kleines Textilgeschäft in Ostpreußen betrieben.

Bald nach der Heirat der Klägerin kam es zwischen ihr und ihrem Ehemann einerseits und Fräulein H. andererseits zu Streitigkeiten. Diese verschärften sich im Jahre 1951, nachdem der Buchprüfer H. im Auftrag der Klägerin die Buchführung von Fräulein H. für die Jahre 1948 und 1949 überprüft und wesentliche Mängel und Unstimmigkeiten festgestellt hatte; es ergab sich der dringende Verdacht von Veruntreuungen, der in einem später gegen Fräulein H. eingeleiteten Strafverfahren in gewissem Umfange bestätigt wurde; das Verfahren wurde mit Rücksicht auf das Alter von Fräulein H. und ihre bisherige Unbestraftheit gemäß § 153 StPO eingestellt.

Der Beklagte, den die Klägerin zur Wahrung ihrer Interessen zu Rate zog, schrieb in ihrem Auftrag und im Einverständnis ihres Ehemannes, der in der Folge als ihr Bevollmächtigter auftrat, unter dem 21. Februar 1951 an Fräulein H., er fechte den Vertrag vom 29. Januar 1949 wegen arglistiger Täuschung und Irrtums an; er sei beauftragt, wegen der Verstöße gegen die Interessen der Gesellschaft die Ausschlußklage zu erheben; die Klägerin werde das Geschäft mit Aktiven und Passiven unter Fortführung der Firma übernehmen; zur Vermeidung des Rechtsstreits werde eine friedliche Lösung des unhaltbar gewordenen Gesellschaftsverhältnisses angeregt.

Nach mündlichen und schriftlichen Verhandlungen, bei denen Rechtsanwalt und Notar Dr. Ba. als Bevollmächtigter von Fräulein H. tätig war, führte eine letzte Besprechung vom 13. Oktober 1951, an der der Beklagte für die Klägerin teilnahm, zur Einigung. Am 15. Oktober 1951 beurkundete der Beklagte in seiner Eigenschaft als



Notar den Auseinandersetzungsvertrag entsprechend den am 13. Oktober 1951 ausgehandelten Vereinbarungen. Fräulein H[REDACTED] schied sofort aus der Gesellschaft aus. Die Klägerin übernahm das Geschäft mit Aktiven, Passiven und Firma. Zur Abfindung aller Ansprüche erhielt Fräulein H[REDACTED] statt der ihr nach der Gewinnbeteiligungsbestimmung des Vertrages vom 29. Januar 1949 zustehenden rund 15.800 DM nur 10.000 DM bei einem Geschäftskapital von über 23.000 DM. - Bei der Beurkundung trat für die erkrankte Klägerin deren Ehemann als Vertreter ohne Vertretungsmacht auf; die Klägerin stimmte dem Vertrage vom 16. Oktober 1951 durch notarielle Erklärung zu.

Fräulein H[REDACTED] eröffnete alsbald in I[REDACTED] ein Konkurrenzgeschäft, das sich gut entwickelte. Dagegen ging die von der Klägerin fortgeführte Firma schnell zurück; ihr Umsatz sank von rund 200.000 DM im Jahre 1951 auf rund 21.000 DM im Jahre 1952 und betrug im Jahre 1955 nur noch rund 3.000 DM.

Die Klägerin versuchte vergeblich den Auseinandersetzungsvertrag vom 15. Oktober 1951 im Prozeßwege anzufochten; ihre Klage wurde rechtskräftig abgewiesen (2 O 236/54 LG Hagen).

Die Klägerin verlangt nunmehr vom Beklagten Ersatz des ihr durch den Zusammenbruch des Geschäfts entstandenen Schadens, den sie auf 70.000 DM beziffert. Sie hat vorgebracht: Der Beklagte habe als ihr Bevollmächtigter nicht zum Abschluß des Auseinandersetzungsvertrages raten dürfen; der Zusammenbruch des Geschäfts sei bei Gründung eines Konkurrenzunternehmens durch Fräulein H[REDACTED] vorauszusehen gewesen; der Beklagte habe es pflichtwidrig unter-

lassen, die Klägerin über alle wirtschaftlich und rechtlich möglichen Wege zu belehren und insbesondere nicht darauf hingewiesen, daß Fräulein H. im Klagewege hätte gezwungen werden können, bis zum 31. Dezember 1958 als Gesellschafterin ohne Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht in der Gesellschaft zu bleiben, und daß ihre etwaige Widerklage auf Auflösung der Gesellschaft keine Aussicht auf Erfolg gehabt hätte; er habe die Klägerin unrichtig dahin belehrt, daß es keine Möglichkeit gebe, Fräulein H. an der Eröffnung eines Konkurrenzgeschäftes zu hindern.

Die Klägerin hat beantragt, den Beklagten zu verurteilen, als entgangenen Gewinn für die Monate Januar bis April 1954 den Betrag von 3.000 DM nebst Zinsen zu zahlen.

Das Landgericht hat die Klage entsprechend dem Antrag des Beklagten abgewiesen. Die Berufung der Klägerin ist erfolglos geblieben. Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihren Klageantrag weiter. Der Beklagte bittet, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

1. Das Berufungsgericht hat die Zeugen Dr. Ba. und S., den Ehemann der Klägerin, vernommen und festgestellt: Die Beziehungen zwischen der Klägerin und ihrem Ehemann einerseits und Fräulein H. andererseits hätten sich so zugespitzt, daß an ein ersprießliches Zusammenwirken der Gesellschafter und damit an ein Gedeihen des Unternehmens nicht mehr zu denken gewesen sei. Fräulein

H[REDACTED] habe es abgelehnt, sich für den Fall ihres Ausscheidens vertraglich einem Konkurrenzverbot zu unterwerfen, sie sei auch nicht bereit gewesen, ohne Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht Gesellschafterin zu bleiben; einer auf Entziehung dieser Rechte gerichteten Klage der Klägerin nach §§ 117, 127 HGB wäre sie mit einer Widerklage entgegengetreten, mit der sie die Auflösung der Gesellschaft aus wichtigem Grunde beantragt hätte (§ 133 HGB). Die Einstellung eines fremden besoldeten Geschäftsführers sei bei dem Umfang des Geschäfts nicht in Frage gekommen. All das sei der Klägerin und ihrem Ehemann bekannt gewesen. Die rechtlichen Möglichkeiten der §§ 117, 127 und 133 HGB seien bei den Verhandlungen schriftlich und mündlich hinreichend erörtert worden. Das Berufungsgericht würdigt den von ihm festgestellten Tatbestand dahin, der Beklagte habe die ihm als Rechtsanwalt und Notar der Klägerin gegenüber obliegende Pflicht nicht verletzt; seiner Beratungs- und Belehrungspflicht sei er nachgekommen; es könne ihm auch kein Vorwurf daraus gemacht werden, daß er der Klägerin geraten habe, sich mit Fräulein H[REDACTED] gütlich auseinanderzusetzen und es nicht auf eine Widerklage auf Auflösung der Gesellschaft ankommen zu lassen; denn die Widerklage hätte zum Erfolg geführt, weil unter den gegebenen Umständen es Fräulein H[REDACTED] trotz der groben Pflichtwidrigkeiten, die sie sich habe zu Schulden kommen lassen, nicht zuzumuten gewesen wäre, die Gesellschaft fortzusetzen. Bei der Auflösung der Gesellschaft durch Urteil hätte die Klägerin entsprechend den Bestimmungen des Vertrages vom 29. Januar 1949 weniger vom Gesellschaftsvermögen erhalten als nach dem Vertrage vom 15. Oktober 1951.

2. Demgegenüber meint die Revision, der Beklagte hätte wegen der sicher voraussehbaren Folgen das Ausschei-

den von Fräulein H. nicht vereinbaren und protokollieren dürfen und es darauf ankommen lassen müssen, ob diese den ersten gerichtlichen Schritt in Gestalt einer Auflösungsklage unternehme. Das Berufungsgericht habe nicht erwogen, ob nicht dieser Klage gegenüber eine auf § 117, 127 HGB gestützte, auf die Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis gerichtete Widerklage der Klägerin zum Erfolg geführt hätte. Weiter rügt die Revision, das Berufungsgericht habe den Prozeßstoff unvollständig gewürdigt.

3. Das Rechtsmittel erweist sich als unbegründet.

Der Beklagte war in der Angelegenheit der Klägerin als Rechtsanwalt und als Notar tätig. Da das Berufungsgericht die Revision nicht zugelassen hat und die Revisionssumme nicht erreicht ist, kann die Revision nur darauf gestützt werden, daß der Beklagte die ihm in seiner Eigenschaft als Notar der Klägerin gegenüber obliegenden Amtspflichten schuldhaft verletzt habe (§ 21 RNotO, §§ 546 Abs. 1, 547 Abs. 2 Nr. 2 ZPO; § 71 Abs. 2 GVG; BGHZ 1, 369; 35, 99). Das verkennt auch die Revision nicht, meint aber, der Beklagte sei zwar anfänglich, nämlich mit der Anfechtung des Vertrages vom 29. Januar 1949 durch sein Schreiben vom 21. Februar 1951, als Rechtsanwalt für die Klägerin tätig gewesen, bei den folgenden Verhandlungen dagegen als Notar, weil diese sich als "unselbständige Beratung und Betreuung für den Abschluß eines Amtsgeschäfts durch den Beklagten" dargestellt hätten (§ 26 Abs. 1 RNotO). Dem kann nicht gefolgt werden. Als Notar war der Beklagte lediglich bei der Beurkundung des Auseinandersetzungsvertrages tätig, bei den vorhergehenden Verhandlungen dagegen als Rechtsanwalt, wie sich aus den Bestimmungen des § 26 Abs. 1 und 2 RNotO ergibt. Danach ist anzunehmen, daß ein Notar, der

zugleich Rechtsanwalt ist, bei der Beratung und sonstigen Betreuung von Beteiligten auf dem Gebiete der vorsorgenden Rechtspflege dann als Notar tätig geworden ist, wenn diese Handlungen bestimmt sind, eines der in §§ 22 - 25 RNotO genannten Notargeschäfte - darunter fallen in erster Linie Beurkundungen (§ 22 RNotO) - vorzubereiten, im übrigen ist im Zweifel anzunehmen, daß er als Rechtsanwalt tätig geworden ist. Hiernach sind die Verhandlungen, die der Beklagte mit Fräulein H. [REDACTED] und deren Bevollmächtigtem geführt hat, seiner Tätigkeit als Rechtsanwalt zuzurechnen. Denn es handelte sich nicht um die Beratung oder sonstige Betreuung der Beteiligten auf dem Gebiete der vorsorgenden Rechtspflege, sondern um die typisch anwaltschaftliche Aufgabe der Durchsetzung eines Anspruchs der eigenen Partei gegen eine andere. Kennzeichnend ist, daß der Beklagte zu Beginn seiner Tätigkeit für die Klägerin im Schreiben vom 21. Februar 1951 von den Mitteln der Vertragsanfechtung und der Klageandrohung Gebrauch gemacht hat. Aber auch bei den durch dieses Schreiben angeregten Verhandlungen war der Beklagte nicht als unparteiischer Rechtswahrer vorsorgender Rechtspflege tätig, wie es § 30 der Dienstordnung für Notare für deren Urkundstätigkeit vorsieht, sondern als Bevollmächtigter der einen von zwei sich bekämpfenden Parteien. Nach § 17 Abs. 1 Nr. 5 RNotO ist der Notar bei der Urkundstätigkeit von der Ausübung seines Amtes ausgeschlossen, wenn er in der den Gegenstand des Amtsgeschäfts bildenden Angelegenheit Bevollmächtigter eines Beteiligten ist. Eine Tätigkeit, die - wenigstens für die Zeit ihrer Dauer - die Urkundstätigkeit unzulässig macht, kann nicht wohl als deren Vorbereitung im Sinne des § 26 Abs. 2 RNotO angesehen werden.

Das Schwergewicht der Tätigkeit des Beklagten lag vielmehr eindeutig in seinen Bemühungen als Bevollmächtig-

ter, also in seiner Eigenschaft als Rechtsanwalt, die Interessen der Klägerin wahrzunehmen. In den Rahmen dieser Bemühungen fällt insbesondere auch seine Teilnahme an der Besprechung vom 13. Oktober 1951, in der es zur Einigung der Klägerin mit Fräulein H. kam. Diese Einigung hat den Streit beendet. Zu ihrer Wirksamkeit bedurfte es der notariellen Beurkundung nicht, denn der Vertrag über die Auflösung einer offenen Handelsgesellschaft erfordert diese Form ebensowenig wie der Gesellschaftsgründungsvertrag (§§ 110, 105 Abs. 2 HGB, 705 BGB); auch die Anmeldung zum Handelsregister, die beim Ausscheiden eines Gesellschafters erforderlich ist (§ 143 Abs. 2 HGB), macht die Zuziehung eines Notars nicht erforderlich, weil sie zu Protokoll der Geschäftsstelle des Registergerichts erfolgen kann (§ 128 FGG). Es ist nicht vorgetragen, aus welchem Grunde der Vertrag notariell beurkundet worden ist, und es erscheint nicht ausgeschlossen, daß er in privatschriftlicher Form niedergelegt worden wäre, wenn nicht der Beklagte zugleich Notar wäre.

Hätte der Beklagte durch seine Mitwirkung am 13. Oktober 1951 oder durch frühere Handlungen seinen Pflichten gegenüber der Klägerin zuwider gehandelt, dann hätte er gegen seine Pflichten als Rechtsanwalt verstoßen. Diese aus seiner Beauftragung als Rechtsanwalt entstandenen Pflichten sind nicht dadurch ihm in seiner Eigenschaft als Notar obliegende Amtspflichten geworden, daß er den von ihm als Anwalt eines Beteiligten ausgehandelten Vertrag beurkundet hat. Wie sich aus der bereits angeführten Bestimmung des § 17 Abs. 1 Nr. 5 RNotO ergibt, lassen sich die Pflichten eines Notars, der nach § 30 der Dienstordnung für Notare bei der Beurkundung von

von Rechtsgeschäften als unparteiischer Rechtswahrer tätig zu werden, und eines Rechtsanwalts, der die Interessen eines Beteiligten als dessen Bevollmächtigter wahrzunehmen hat, nicht vereinigen; der Beklagte hat, falls er gegen Pflichten verstoßen hat, die ihm als Bevollmächtigtem der Klägerin erwachsen waren, damit nicht zugleich Amtspflichten verletzt, die ihn in seiner Eigenschaft und bei seiner Tätigkeit als Notar trafen.

Wohl oblagen ihm auch als Notar Beratungs- und Betreuungspflichten. Diese erforderten hier aber nicht eine Belehrung über die wirtschaftlichen Gefahren des Vertragschlusses. Für den Notar besteht auf Grund seiner Urkundstätigkeit in erster Linie eine Belehrungspflicht deshalb, weil er gehalten ist, rechtlich einwandfreie Urkunden zu fertigen und ihnen den Inhalt zu geben, der dem Willen der Beteiligten und dem Zwecke der Urkundenerrichtung entspricht. Er muß deshalb den wahren Willen der Beteiligten erforschen, ihnen notfalls Rechtsbelehrungen erteilen und sie über die Bedeutung der zu beurkundenden Erklärungen aufklären; diese Belehrung hat zu erfolgen, soweit dies für das Zustandekommen einer rechtsgültigen Urkunde erforderlich ist.

Darüber hinaus kann sich für den Notar aus seiner Pflicht, die Beteiligten auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege zu betreuen, die Notwendigkeit zur Belehrung über außerhalb eines zu beurkundenden Vorgangs liegende rechtliche Erfordernisse und zur Aufklärung über nicht bedachte rechtliche Folgen oder den Nichteintritt erwarteter Folgen eines Rechtsgeschäfts dann ergeben, wenn besondere Umstände vermuten lassen, einem Beteiligten drohe ein Schaden und der Beteiligte sei sich dessen nicht

bewußt. Die wirtschaftlichen Folgen eines von ihm beurkundeten Vertrages braucht der Notar im allgemeinen nicht zu prüfen. Nur dann muß er die Beteiligten über die wirtschaftlichen Gefahren ihres Vorgehens belehren, wenn es auf Grund besonderer Umstände nahe liegt, daß für sie eine Schädigung eintreten kann. Der Notar muß daher unter Umständen Beteiligte belehren, daß es gefährlich ist, den Kaufpreis für ein Grundstück vor der Eintragung des Eigentumsübergangs oder einer Auflassungsvormerkung im Grundbuch zu zahlen (Urteil des Senats vom 26. November 1953 - III ZR 58/52 = LM Nr. 1 zu NotO für Rhf.-Pf.), oder einen Kredit auszusahlen, bevor die Wirksamkeit des ihn sichernden Grundpfandrechts gewährleistet ist (Urteil des Senats vom 23. Mai 1960 - III ZR 86/59 = WM 1960, 980 = BB 60, 918). Dagegen ist er nicht verpflichtet, die allgemeine wirtschaftliche Lage der Beteiligten zu erforschen und zu prüfen, ob daraus für einen Beteiligten Gefahren entstehen. Noch weniger ist es seine Sache zu untersuchen, wie sich der kaufmännische Betrieb einer Gesellschaft nach dem Ausscheiden eines Gesellschafters voraussichtlich entwickeln wird. Denn der Notar ist im Gegensatz zum Anwalt nicht Wirtschaftsberater (vgl. hierzu: Die Haftung des Notars nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in DRiZ 1960, 133; Pikart in WM 1961, 1133, 1137; jeweils mit Nachweisen).

Wäre der Beklagte in dieser Sache nur als Notar tätig geworden, d.h. wäre er an den Verhandlungen der Parteien, die zur Einigung führten, nicht beteiligt gewesen, dann wäre er keinesfalls verpflichtet gewesen, die voraussichtlichen wirtschaftlichen Folgen der Auflösung der Gesellschaft zu prüfen. Soweit eine derartige Pflicht bestand, ist sie vielmehr ausschließlich dem Kreise der Pflichten zuzurechnen, die sich aus seiner Tätigkeit als Anwalt der Klägerin er-

gaben. Der Vorwurf, der Beklagte habe die ihm als Notar obliegende Belehrungspflicht verletzt, ist deshalb, wie schon das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, unbegründet.

Etwas anderes läßt sich auch nicht aus dem Umstande herleiten, daß die Klägerin bei der Beurkundung des Vertrages am 15. Oktober 1951 nicht persönlich zugegen war, sondern durch ihren Ehemann vertreten wurde. Der Beklagte war weder durch sachliche noch durch förmliche Bedenken gehindert, diesen auch ohne nachgewiesene Vertretungsmacht Erklärungen für die Klägerin abgeben zu lassen, weil der Ehemann S. an den vorhergegangenen Verhandlungen maßgebend beteiligt gewesen und voll informiert war und die erforderliche Genehmigung der Klägerin eingeholt wurde (§ 177 Abs. 1 BGB). Eine Belehrungspflicht gegenüber der Klägerin persönlich, als diese die erteilte Zustimmung zu den Erklärungen gab, bestand entgegen der Auffassung der Revision deshalb nicht, weil die Klägerin sich die ihrem Vertreter bereits vorher zuteil gewordene anwaltliche Belehrung seitens des Beklagten entgegenhalten lassen muß.

Der Beklagte hat möglicherweise gegen § 14 Abs. 1 Nr. 5 RNotO verstoßen, wonach ein Notar nicht in einer Sache tätig werden darf, in der er Bevollmächtigter eines Beteiligten ist. Wenn ein solcher Verstoß vorliegt, der im übrigen ohne Einfluß auf die Gültigkeit des Vertrages ist, hat er den Schaden der Klägerin nicht adäquat verursacht. Schadensursache ist vielmehr die Vereinbarung vom 13. Oktober 1951, die privatschriftlich niedergelegt worden ist und die nach dem bisher Vorgetragenen damit rechtsverbindlich geworden war. Die Beurkundung

erfolgte nur zusätzlich; sie hätte von einem beliebigen anderen Notar beurkundet werden können und dieser hätte keinerlei Belehrungspflichten in der von der Revision angeführten Art gehabt, wie oben bereits ausgeführt wurde.

Damit erweist sich die Revision als unbegründet. Die Frage, ob und wie weit der Beklagte seine Pflichten als Rechtsanwalt verletzt habe, und die im Zusammenhang damit erhobenen Revisionsrügen durften nicht geprüft werden, weil es sich insoweit um Ansprüche aus Anwaltsvertretung handelt und diese Ansprüche, wie oben ausgeführt, nicht in den Revisionsrechtszug gelangt sind.

Dr. Pagendarm

Dr. Kreft

Dr. Arndt

Gähtgens

Keßler