

Nachschlagewerk: ja ==
Amtliche Sammlung: ja

ZPO §§ 290, 138 Abs. 1

Die Wahrheitspflicht der Prozeßparteien ändert nichts daran, daß ein Geständnis nach § 290 ZPO nur widerrufen werden kann, wenn es durch einen Irrtum veranlaßt ist. Die Partei kann deshalb an dem bewußt unwahren Geständnis einer ihr ungünstigen Tatsache nach § 290 ZPO festgehalten werden.

BGH, Urt. v. 24. Mai 1962 —VII ZR 46/61 —OLG Hamm
LG Bielefeld

VII ZR 46/61

Verkündet

am 24. Mai 1962

Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

des Schlossermeisters Wilhelm G. [REDACTED] in T. [REDACTED]
Nr. [REDACTED], Krs. I. [REDACTED] i.W.,

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

gegen

den minderjährigen Schüler Werner G. [REDACTED] in T. [REDACTED]
Nr. [REDACTED], Krs. I. [REDACTED] i.W., gesetzlich vertreten durch sei-
ne Mutter, die Witwe Meta G. [REDACTED] geb. Le. [REDACTED], wohnhaft
dasselbst,

Kläger, Berufungskläger und Revisionsbeklagten,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 24. Mai 1962 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter
Rietschel, Dr. Heimann-Trosien, Hubert Meyer und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil
des 18. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Hamm
(Westf.) vom 19. Dezember 1960 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Ent-
scheidung, auch über die Kosten der Revision, an
das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger ist der durch Testament vom 28. Mai 1955 eingesetzte Alleinerbe seines am 7. Juni 1957 gestorbenen Großvaters Heinrich G. Der Beklagte ist ein Sohn des Erblassers und Onkel des Klägers. Der Beklagte und der Erblasser unterzeichneten am 15. Juli 1955 ein Schriftstück, in dem sie bescheinigten,

"... im April 1952 folgende Vereinbarung getroffen zu haben:

Das von dem Vater Heinrich G. (Erblasser) an seinen Sohn Wilhelm G. (Beklagter) vor der Währung gegebene Darlehen in Höhe von

Reichsmark 16.300,-- (Sechzehntausenddreihundert),

welches am Währungsstichtag noch in voller Höhe bestand und dann gemäß Währungsgesetz auf 10 : 1 abgewertet wurde, soll auf 1 : 1 umgestellt werden. Es wurde ferner vereinbart, daß für dieses Entgegenkommen des Sohnes Wilhelm G. an den Vater Heinrich G. keine Zinsen zu zahlen sind. Sollte der Vater Heinrich G. zu Lebzeiten das Geld für sich nicht benötigen, behält sich der Vater Heinrich G. eine spätere Regelung vor."

Durch notariell beurkundeten Vertrag vom 18. September 1955 trat der Erblasser die Darlehensforderung an den damals noch minderjährigen Sohn Gerhard des Beklagten ab; der Beklagte trat beim Abschluß des Vertrages als gesetzlicher Vertreter seines Sohnes auf.

Der Kläger hält diese Abtretung für unwirksam, weil der Beklagte seinen Sohn nicht habe vertreten können.

Der Kläger hat einen Teilbetrag der Darlehensforderung von 7.000 DM nebst Zinsen eingeklagt.



Der Beklagte hat im ersten Rechtszug zugegeben, daß er das Darlehen vor der Währungsreform von dem Erblasser erhalten und mit diesem eine Umstellung im Verhältnis 1 : 1 vereinbart habe. Er meint aber, die Darlehensforderung gehöre nicht zum Nachlaß, weil der Erblasser sie am 18. September 1955 wirksam abgetreten habe.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.

Im Berufungsverfahren hat der Beklagte bestritten, das Darlehen überhaupt erhalten zu haben, und sein Geständnis aus dem ersten Rechtszuge widerrufen.

Das Oberlandesgericht hat der Klage, abgesehen von einem Teil des Zinsanspruchs, stattgegeben.

Die Revision des Beklagten erstrebt die Abweisung der Klage.

Der Kläger bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

1) Das Berufungsgericht legt seiner Entscheidung den vom Beklagten im ersten Rechtszug zugestandenen Sachverhalt zugrunde, daß er vor der Währungsreform 16.300 RM als Darlehen vom Erblasser erhalten habe. Den Widerruf dieses Geständnisses im Berufungsverfahren hält es für unbeachtlich, weil das Geständnis nicht durch einen Irrtum veranlaßt sei (§ 290 ZPO). Das Berufungsgericht führt aus, der Irrtum des Beklag-

ten solle nach dessen Darstellung darin liegen, daß er nicht um die Möglichkeit gewußt habe, das seinem Vater gegebene Anerkenntnis der Darlehensschuld nach § 812 BGB zurückzufordern. Dieser Irrtum ermögliche aber den Widerruf des Geständnisses nicht. Vielmehr sei ein Irrtum nach § 290 ZPO nur dann beachtlich, wenn die Partei fälschlich angenommen habe, das, was sie gestanden habe, sei wahr.

2) Die Angriffe der Revision gegen die Verwertung des Geständnisses sind unbegründet.

a) Die Revision weist auf die den Parteien nach § 138 Abs. 1 ZPO obliegende Wahrheitspflicht hin. Eine Partei könne über den Prozeßstoff nicht in dem Sinne verfügen, daß sie dem Gericht bewußt etwas Unwahres vortrage. Deshalb müsse zum Widerruf der Nachweis ausreichen, daß das Geständnis nicht der Wahrheit entspreche. Dagegen sei nicht erforderlich, daß das Geständnis auf einem Irrtum beruhe. § 290 ZPO habe insofern, seit die Bestimmung des § 138 Abs. 1 durch das Gesetz vom 27. Oktober 1933 (RGBl I 780) in die Zivilprozeßordnung aufgenommen worden sei, einen anderen Inhalt bekommen.

Das Berufungsgericht setzt sich mit dieser auch im Schrifttum (Wieczorek, ZPO, § 290 Anm. A II, A II c; Bernhardt, Festgabe für Rosenberg 1949, S. 9, 32) vertretenen Auffassung auseinander. Es lehnt sie im Ergebnis mit Recht ab.

§ 138 Abs. 1 ZPO verpflichtet die Parteien zur wahrheitsgemäßen Erklärungen, regelt aber nicht die Folgen eines Verstoßes gegen diese Verpflichtung. Der Grundsatz der Wahrheitspflicht wird nicht aufgegeben, wenn die Partei

im Rahmen des § 290 ZPO an einem unwahren Geständnis ihr ungünstiger Tatsachen festgehalten wird; das könnte sogar der Erziehung zur Wahrheitspflicht noch eher dienlich sein, als wenn man ihr gestattet, zunächst die Unwahrheit zu sagen, ohne daß sie einen Nachteil davon hat. Wenn es auch dem Sinn des § 138 Abs. 1 ZPO grundsätzlich nicht entspricht, die Parteien an wahrheitswidrigen Behauptungen festzuhalten (Stein-Jonas-Schönke ZPO 18. Aufl. § 138 Anm. I 3 d; RG ZAkDR 1937, 536), so ist durch § 290 ZPO für die Frage, ob ein Geständnis widerruflich ist, doch eine andere Entscheidung getroffen. Das Geständnis muß nach dieser Vorschrift, wenn es soll widerrufen werden können, auf einem Irrtum beruhen, und das trifft bei einem bewußt unwahren Geständnis nicht zu. Diese Regelung, die ursprünglich wohl nur als Folgerung aus der Verfügungsbefugnis der Partei gedacht war, ist mit dem Grundsatz der Wahrheitspflicht vereinbar, weil sie zugleich als eine Sanktion für deren Verletzung aufgefaßt werden kann. Es besteht deshalb keine Handhabe, die Bestimmung des § 290 ZPO, die durch das Gesetz vom 27. Oktober 1933 und auch später nicht geändert worden ist, gegen ihren klaren Wortlaut mit der Revision dahin zu verstehen, daß vom Vorliegen eines Irrtums abgesehen werden könne.

Demgemäß hat auch die Rechtsprechung und der überwiegende Teil des Schrifttums nach Inkrafttreten des Gesetzes vom 27. Oktober 1933 entsprechend dem Wortlaut des § 290 ZPO nach wie vor für den Widerruf eines Geständnisses verlangt, daß es auf einem Irrtum beruhe (RGZ 146, 348, 351; RG Warn 1934 Nr. 191; Stein-Jonas-Schönke § 288 Anm. III 2, § 290 Anm. I; Rosenberg, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 9. Aufl. § 113 I 1 d; Nikisch, Zivilprozeßrecht, 2. Aufl. § 67 II 3; Sydow-Busch, ZPO 22. Aufl. § 290 Anm. 2).

Ausnahmen macht das Schrifttum für betrügerisches Zusammenwirken der Parteien (Stein-Jonas-Schönke § 288 Anm. III 2) und für das Geständnis solcher Tatsachen, die das Gericht als offenkundig unwahr erkennt (Nikisch aaO § 67 II 1). Ein solcher Fall steht hier nicht zur Erörterung.

Im vorliegenden Rechtsstreit kann der Beklagte jedenfalls nicht erzwingen, daß das Gericht Beweis über die Unwahrheit der von ihm zugestandenen Behauptung erhebt, an deren Richtigkeit der Kläger festhält.

b) Entgegen der Ansicht der Revision bezieht sich das Geständnis des Beklagten auf Tatsachen. Daran ändert nichts, daß er erklärt hat, die 16.300 RM als Darlehen erhalten zu haben. Damit hat er nicht eine bloße rechtliche Bewertung des Sachverhalts vorgenommen, sondern die Tatsache eingeräumt, daß er das Geld erhalten und sich zur Rückzahlung verpflichtet habe.

c) Der Beklagte verweist auf sein Vorbringen, daß das Darlehen "praktisch eine teilweise Vorabfindung sein" sollte, und rügt, daß der hierfür angebotene Beweis nicht erhoben worden sei.

Das Berufungsgericht führt hierzu aus, diese dem Geständnis beigefügte Bemerkung des Beklagten besage nur, daß eine spätere Verrechnung der Darlehensschuld gegen erbrechtliche Ansprüche des Beklagten unverbindlich in Aussicht genommen worden sei; die Bemerkung schränke das Geständnis weder ein noch begründe sie Zweifel an seinem Inhalt. Diese Beurteilung ist rechtlich einwandfrei. Sie wird der Vorschrift des § 289 Abs. 2 ZPO gerecht. Auf die Erhebung des vom Beklagten angebotenen Beweises kam es deshalb nicht an.

d) Die Behauptung des Klägers und das Geständnis des Beklagten unterscheiden sich insofern, als der Kläger behauptet hatte, das Darlehen sei teils vor, teils erst nach der Währungsreform gegeben worden.

Das Berufungsgericht hat diesen Umstand beachtet. Es erklärt ihn ohne Rechtsfehler für unwesentlich. Maßgebend ist, daß der Beklagte zugestanden hat, 16.300 RM überhaupt als Darlehen erhalten zu haben. Mindestens das Zugestandene hat auch der Kläger vorgetragen, schon dadurch, daß er sich auf die Urkunden berief, nach denen das Darlehen in der Zeit vor der Währungsreform gegeben worden ist.

e) Ein nach § 290 ZPO beachtlicher Irrtum lag nicht vor. Irrtum i.S. dieser Vorschrift ist der irrige Glaube an die Wahrheit der zugestandenen Tatsache (Stein-Jonas-Schönke § 290 Anm. I). Davon kann hier nach dem Vortrag des Beklagten keine Rede sein. Der Irrtum soll, wie auch die Revision wieder geltend macht, darin bestanden haben, daß der Beklagte nicht gewußt habe, er könne seine Erklärungen im Vertrag vom 15. Juli 1955 nach § 812 BGB zurücknehmen. Demnach hätte er allenfalls darüber geirrt, ob ihm der Vortrag des jetzt als wahr behaupteten Sachverhalts im Prozeß nützen würde. Ein solcher Irrtum berechtigt nicht zum Widerruf eines Geständnisses. Im übrigen liegt auch ein Irrtum dieser Art nicht einmal vor, wenn der Beklagte, wie er jetzt geltend macht, eine Schuld anerkannt hat, von der er wußte, daß sie nicht bestand; dann würde § 814 BGB der Rückforderung des Schuldanerkenntnisses entgegenstehen.

II.

Das Berufungsgericht bejaht ohne Rechtsfehler die Gültigkeit der Vereinbarung, durch die sich der Erblasser und der Beklagte auf einen Umstellungssatz von 1 : 1 geeinigt haben.

1) Währungsrechtliche Bedenken gegen die Gültigkeit bestehen nicht. Aus dem Umstellungsgesetz ergibt sich kein Verbot, eine höhere Umstellung als die nach § 16 UmstG eintretende zu vereinbaren. Die Strafbestimmung des § 33 Abs. 1 Nr. 2 UmstG, auf die sich die Revision beruft, greift nicht ein; sie betrifft nur die Umwandlung von Altgeldguthaben, d.h. von Reichsmarkguthaben bei Geldinstituten (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 UmstG). Auch durch die allgemeine Strafbestimmung des § 33 Abs. 3 UmstG, welche die Bestrafung "sonstiger Zuwiderhandlungen" gegen das Umstellungsgesetz ermöglicht, werden Vereinbarungen wie die hier getroffene nicht erfaßt (Harmening-Duden, Die Währungsgesetze, Anm. 4 zu § 16 UmstG). Vielmehr sprechen die §§ 24 Abs. 3 Satz 2, 30 Abs. 3 Satz 2 des D-Markbilanzgesetzes vom 21. August 1949 für die Auffassung, daß währungsrechtlich gegen die Gültigkeit von Umstellungsvereinbarungen nichts einzuwenden ist. Nach diesen Vorschriften ist, wenn die Parteien eine höhere oder niedrigere Umstellung vereinbart haben, als sie dem gesetzlichen Umstellungsverhältnis entsprechen würde, die Vereinbarung für den Wertansatz in der DM-Eröffnungsbilanz maßgebend; freilich wird bei der Kreditgewinnabgabe nach § 163 Abs. 2 LAG eine höhere Festsetzung der Umstellung, die das angemessene Maß offenbar überschreitet, nicht berücksichtigt; aber diese Regelung berührt nicht die privatrechtliche Geltung der Umstellungsvereinbarung.

2) Ein Bedenken gegen die Gültigkeit der Umstellungsvereinbarung könnte aber aus einem anderen rechtlichen Gesichtspunkt erhoben werden. Die Vereinbarung einer höheren als der gesetzlichen Umstellung wird vielfach als Schenkung angesehen (u.a. Staudinger, BGB 11. Aufl. § 516 Randz. 49; Soergel, BGB 8. Aufl. § 516 Anm. 7 c). Das Berufungsgericht erörtert unter diesem Gesichtspunkt, ob die Vereinbarung zwischen dem Erblasser und dem Beklagten als Schenkungsversprechen anzusehen und mangels Wahrung der Form des § 518 BGB unwirksam sei. Es verneint diese Frage.

Der erkennende Senat tritt der Beurteilung des Berufungsgerichts bei.

Wenn die Vereinbarung einer höheren Umstellung überhaupt als Schenkung angesehen wird, wird allerdings in einem Falle wie dem vorliegenden die Schenkung nicht dadurch, daß eine Darlehensforderung von höherem Betrage begründet wird, als er sich aus der gesetzlichen Umstellung ergibt, schon als vollzogen aufgefaßt werden können. Da die höhere Zahlung erst für die Zukunft versprochen wird, könnte es sich vielmehr nur um ein Schenkungsversprechen handeln (vgl. auch § 518 Abs. 1 Satz 2 BGB).

Aber die Auffassung, daß es sich bei höherer Umstellung regelmäßig um eine Schenkung handele, kann, worin dem Berufungsgericht zuzustimmen ist, nicht als richtig anerkannt werden. Jede Schenkung erfordert Einigkeit der Parteien darüber, daß die Zuwendung unentgeltlich geschieht. Dieses Erfordernis ist nicht schon deshalb gegeben, weil der Gläubiger nach dem Umstellungsgesetz keinen Anspruch auf eine höhere Umstellung hat. Vielmehr liegt, worauf namentlich von Caemmerer (SJZ 1948, 498, 519; 1950, 8, 10) hingewiesen hat, die Annahme nahe, daß der Grund der Zu-

wendung keine Schenkung ist, sondern nach dem Willen der Parteien in dem zwischen ihnen vor der Währungsreform begründeten Schuldverhältnis zu finden ist. Auch sonst gibt es Fälle, in denen eine Leistung, ohne daß vorher ein Rechtsanspruch auf sie bestand, trotzdem nicht unentgeltlich ist, weil sie im Hinblick auf ein vorher bestehendes Rechtsverhältnis erbracht wird. Das ist in Rechtsprechung und Schrifttum, worauf ebenfalls von Caemmerer hinweist, namentlich bei der nachträglichen Belohnung geleisteter Dienste anerkannt worden. So braucht z.B. eine Ruhegehaltszusage an die Witwe eines Arbeitnehmers, auch wenn dieser selbst nicht versorgungsberechtigt war, nicht notwendig unentgeltlich und damit nach § 518 BGB formbedürftig zu sein (RG JW 1934, 377; BAG NJW 1959, 1746); nach der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts ist aus den Umständen des Einzelfalles zu ermitteln, ob das Ruhegehalt als arbeitsrechtliche Versorgung oder schenkweise versprochen worden ist.

Dementsprechend kann es auch bei Umstellungsvereinbarungen, wie das Berufungsgericht mit Recht sagt, jedenfalls nicht als Regel gelten, daß sie schenkweise erfolgen. Das ist schon deshalb nicht der Fall, weil in zahlreichen Fällen zweifelhaft oder streitig sein kann, welcher Umstellungssatz zu gelten hat. Solche Zweifel hätten auch hier auftauchen können, da es sich um eine Verbindlichkeit zwischen Sohn und Vater handelte, die, wie es jedenfalls der Beklagte darstellt, bei einer künftigen Erbauseinandersetzung verrechnet werden sollte (vgl. § 18 Abs. 1 Nr. 3 UmstG). Werden zweifelhafte Fälle durch eine Vereinbarung der Parteien bereinigt, so liegt keine Schenkung, sondern ein Vergleich vor (von Caemmerer, SJZ 1950, 10; Harmening-Duden aaO; Staudinger aaO).

Im vorliegenden Falle stellt das Berufungsgericht fest, daß die Parteien sich nicht über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung einig waren und daß die Umstände "eher für einen Vergleich sprechen", weil der Erblasser "für das Entgegenkommen" des Beklagten in der Frage der Umstellung auf Zahlung von Darlehenszinsen verzichtet hat. Das Berufungsgericht hat damit ohne Rechtsfehler verneint, daß die höhere Umstellung eine Schenkung darstellt.

III.

Das Berufungsgericht hält die Abtretung der streitigen Forderung an den Sohn des Beklagten im notariellen Vertrag vom 18. September 1955 für unwirksam, weil der Beklagte nach §§ 1630 Abs. 2 Satz 1 a.F., 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB seinen Sohn nicht wirksam habe vertreten können. Ob die Mutter des Beklagten der Abtretung zugestimmt habe, sei unerheblich, da auch sie von der gesetzlichen Vertretung ihres Sohnes ausgeschlossen gewesen sei. Die demnach zunächst schwebend unwirksame Abtretung sei, da der Kläger als Erbe des Zedenten den Vertrag nach § 178 BGB widerrufen habe, nunmehr endgültig unwirksam.

1) Die Annahme, daß der Beklagte seinen Sohn nicht vertreten konnte, ist rechtlich unbedenklich. Es kommt für diese Frage nicht darauf an, ob der Vertrag dem Sohne des Beklagten nur einen rechtlichen Vorteil brachte (RG Warn 1910 Nr. 414; Warn 1932 Nr. 200; Erman, 2. Aufl., § 1795 Anm. 1; Palandt, 21. Aufl., § 1795 Anm. 1; Soergel, 8. Aufl., § 1795 Anm. 1; RGRK, 9. Aufl., § 1795 Anm. 1). § 1795 macht, anders als § 107 BGB, für solche Geschäfte keine Ausnahme.

Wohl gilt eine Ausnahme für Geschäfte, die ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit bestehen. Die Revision beruft sich zu Unrecht darauf, daß dieser Tatbestand vorliege. Die zu erfüllende Verbindlichkeit soll nach der Darstellung der Revision ein mündlich erteiltes Schenkungsversprechen des Erblassers gewesen sein. Ein solches hat aber eine Verbindlichkeit nicht begründen können (§ 518 BGB). Das Geschäft, durch das die zu erfüllende Verbindlichkeit begründet worden sein soll, muß wirksam sein. Es genügt nicht, daß es - vgl. hier § 518 Abs. 2 BGB - durch die Erfüllung erst wirksam wird (Soergel, 9. Aufl. § 181 Randz. 29; Erman § 181 Anm. 14).

2) Rechtlich zu beanstanden sind jedoch die Ausführungen des Berufungsgerichts über die Vertretungsmacht der Mutter.

a) Das Berufungsgericht verweist für seine Ansicht, daß auch der Mutter die Vertretungsmacht gefehlt habe, auf die §§ 1684, 1685, 1665 BGB a.F. Aus diesen Bestimmungen ergebe sich, daß die elterliche Gewalt, wenn der Vater an ihrer Ausübung rechtlich verhindert gewesen sei, nicht auf die Mutter übergegangen sei. Diese Regelung habe vorwiegend auf der Erwägung beruht, daß der Einfluß des Vaters, wenn er wegen eines Interessenkonflikts von der Vertretung ausgeschlossen sei, auch nicht mittelbar durch die Mutter zur Geltung kommen solle. Hieran habe sich durch das Außerkrafttreten des dem Grundsatz der Gleichberechtigung der Geschlechter widersprechenden Rechts seit dem 1. April 1953 (Art. 117 Abs. 1, 3, Abs. 2 GG) nichts geändert. Der Gleichberechtigung der Eltern werde nicht geschadet, wenn beide von der gesetzlichen Vertretung ausgeschlossen seien, falls für einen von ihnen ein Interessenkonflikt bestehe.

b) Dieser Auffassung des Berufungsgerichts kann der erkennende Senat nicht beitreten.

Aus den Artikeln 117 Abs. 1, 3 Abs. 2 GG ist zu folgern, daß seit dem 1. April 1953 beide Eltern gemeinsam zur Vertretung eines minderjährigen ehelichen Kindes berechtigt sind (BGHZ 30, 306; BGH IV ZR 293/57 vom 5.2.1958 = MDR 1958, 316). In der zuletzt angeführten Entscheidung ist weiter dargelegt, daß, falls ein Elternteil rechtlich an der Vertretung verhindert ist, das Kind von dem andern Elternteil allein vertreten wird, es sei denn, daß auch dieser an der Vertretung verhindert ist. Der im Urteil vom 5. Februar 1958 behandelte Fall betrifft allerdings eine geschiedene Ehe. Aber auch bei bestehender Ehe ist die Annahme gerechtfertigt, daß nur der Elternteil nicht vertreten kann, in dessen Person der Verhinderungsgrund gegeben ist; hier lag dieser Grund (§ 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB) nur für den Beklagten, nicht aber für seine Ehefrau vor.

Als auf den ersten Blick beachtliche Rechtfertigung seiner Auffassung führt das Berufungsgericht an, daß der der Verhinderung eines Ehegatten zugrunde liegende Interessenkonflikt mittelbar sich doch auswirken könne, wenn dem an sich nicht verhinderten Elternteil das Vertretungsrecht zuerkannt werde. Richtig ist auch, daß diese Besorgnis bei bestehender Ehe größer ist als bei geschiedener Ehe. Diese Erwägungen sind auch in der amtlichen Begründung zum Entwurf der heute geltenden Fassung des § 1629 Abs. 2 Satz 1 BGB (vgl. dazu BayObLG NJW 1960, 577) und im Schrifttum (vgl. u.a. Wangemann, NJW 1961, 193) angestellt worden.

Sie rechtfertigen es aber nicht, in dem hier vorliegenden Fall, in dem der Vertrag zwischen dem Vater des

Minderjährigen als dessen gesetzlichem Vertreter auf der einen Seite und dem Vatersvater auf der anderen Seite geschlossen worden ist, die Mutter als an der Vertretung verhindert anzusehen. Denn die Regelung der alten Fassung des Bürgerlichen Gesetzbuchs ergibt hier eine Benachteiligung der Mutter gegenüber dem Vater auch insoweit, als es sich um die vom Berufungsgericht ins Feld geführten mittelbaren Auswirkungen eines Interessenkonflikts handelt. Aus § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB folgte nämlich, daß zwar der Vater dann nicht vertretungsberechtigt war, wenn ein Verwandter des Vaters in gerader Linie an dem Rechtsgeschäft beteiligt war; dagegen war er bei einem Rechtsgeschäft mit einem Verwandten der Mutter nicht von der Vertretung ausgeschlossen. Die Mutter aber konnte, wenn an dem Rechtsgeschäft ein Verwandter des Vaters in gerader Linie beteiligt und der Vater dadurch nach § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB an der Vertretung verhindert war, das Kind nicht vertreten; denn in der Tat konnte von ihr die elterliche Gewalt und damit das Recht zur Vertretung des Kindes zwar ausgeübt werden, wenn die elterliche Gewalt des Vaters ruhte oder er an ihrer Ausübung tatsächlich verhindert war, nicht aber, wenn er wegen eines unter § 1795 BGB fallenden Tatbestandes rechtlich an der Ausübung verhindert war. Die Gefahr, daß ein Elternteil bei Geschäften des Kindes mit nahen Verwandten des anderen in einen Interessenwiderstreit geraten könnte, hat also den Gesetzgeber des Bürgerlichen Gesetzbuchs nur veranlaßt, in solchen Fällen die Mutter, nicht aber den Vater von der Vertretung des Kindes auszuschließen. Das ist mit dem Grundsatz der Gleichberechtigung nicht zu vereinbaren. Seit dem 1. April 1953 ist daher durch diesen Grundsatz die Regelung des Bürgerlichen Gesetzbuchs dahin geändert, daß jener mittelbare Interessenwiderstreit auch die Mutter nicht mehr von der Vertretung auszuschließen vermag.

Allerdings würde die Gleichberechtigung, wie dem Berufungsgericht zuzugeben ist, auch dann nicht verletzt, wenn in einem solchen Falle beide Eltern als nicht vertretungsberechtigt angesehen würden. Der erkennende Senat schließt sich aber der vom IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs in dem angeführten Urteil vom 5. Februar 1958 vertretenen Meinung an, daß bei rechtlicher Verhinderung nur eines Ehegatten der andere, in dessen Person kein Verhinderungsgrund gegeben ist, allein vertretungsberechtigt wird; damit wird, wie ausgeführt, dem Grundsatz der Gleichberechtigung Genüge getan, und dieser Grundsatz gebietet es nicht, nun auch den Vater für nicht vertretungsberechtigt zu halten wegen eines Interessenwiderstreits, der nach der alten gesetzlichen Regelung nicht als schwerwiegend genug angesehen wurde, um ihn von der Vertretungsmacht auszuschließen.

c) Für das heute geltende Recht wird allerdings die Auffassung vertreten, daß beide Eltern nicht vertretungsberechtigt sind, wenn auch nur für einen von ihnen ein Verhinderungsgrund aus § 1795 BGB gegeben ist (BayObLG aaO). Diese Auffassung stützt sich aber auf die seit dem 1. Juli 1958 geltende Bestimmung des § 1629 Abs. 2 Satz 1 BGB, die es in dieser Fassung vorher nicht gab.

d) Vielmehr ist aus den unter b) angeführten Gründen davon auszugehen, daß der Sohn des Beklagten durch seine Mutter bei dem Abtretungsvertrag hätte vertreten werden können. Dann bestehen auch keine Bedenken gegen die Annahme, daß sie in der Lage war, den von ihrem Manne namens des Kindes geschlossenen Vertrag durch Zustimmung wirksam zu machen (vgl. § 177 BGB). Das Berufungsgericht läßt offen, ob die vom Beklagten behaupteten Tatsachen ausreichen würden, um eine Zustimmung seiner Ehefrau festzustellen.

Um dem Berufungsgericht diese Feststellung zu ermöglichen, muß die Sache unter Aufhebung des angefochtenen Urteils an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

IV.

Der Beklagte hat allerdings geltend gemacht, auf die Wirksamkeit des Abtretungsvertrages vom 18. September 1955 komme es nicht an; denn im Falle seiner Unwirksamkeit sei er in eine letztwillige Verfügung des Erblassers zugunsten des Sohnes des Beklagten umzudeuten (§ 140 BGB).

1) Die Möglichkeit, ein Rechtsgeschäft unter Lebenden in eine letztwillige Verfügung umzudeuten, ist in der Rechtsprechung des Reichsgerichts anerkannt worden (JW 1910, 467; Recht 1912 Nr. 1884). Es mag auch einmal davon abgesehen werden, daß nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts § 140 BGB nur auf von vornherein nichtige, nicht aber auf solche Rechtsgeschäfte anwendbar ist, die zunächst schwebend unwirksam waren und dann endgültig unwirksam geworden sind (RGZ 79, 306; dagegen u.a. Siller, ArchZivPr 198, 161, 164; Möller, Betrieb 1961, 159).

2) Das Berufungsgericht verneint jedoch aus anderen Gründen im vorliegenden Falle die Möglichkeit einer Umdeutung. Es geht zutreffend davon aus, daß die Umdeutung nicht zu einer Umänderung oder Ergänzung des abgeschlossenen Geschäfts führen darf. Das würde hier, so führt das Berufungsgericht aus, bei der Umdeutung des Vertrages vom 18. September 1955 in eine letztwillige Verfügung der Fall sein. In dem Vertrage vom 18. September 1955 habe der Sohn des Beklagten sich verpflichtet, die auf die Forderung von 16.300 DM fal-

lende Vermögensabgabe von der Vollendung seines 18. Lebensjahres an zu tragen. Der Erblasser habe nach dem Vertrage nur bis zu diesem Zeitpunkt die Vermögensabgabe tragen sollen. Wenn die Abtretung als letztwillige Verfügung aufrechterhalten werde, hätte der Erblasser aber die Vermögensabgabe bis zu seinem Tode tragen müssen. Das würde dem von ihm erklärten Willen widersprechen. Es lasse sich auch nicht feststellen, daß der Erblasser mit dem anderen Inhalt seiner Erklärung einverstanden gewesen wäre.

3) Diese Ausführungen enthalten keinen Rechtsfehler.

Die Revision wendet gegen sie sein, es hätte selbstverständlich der Nachlaß damit belastet werden können, daß "die Vermögensabgabe bis zum vollendeten 18. Lebensjahr" des Sohnes des Beklagten vom Nachlaß getragen werde. Es geht jedoch bei den Ausführungen des Berufungsgerichts um die Abgabe, die nach der Vollendung des 18. Lebensjahres zu zahlen war. Was diese angeht, so hätte aber in der Tat die Umdeutung in eine letztwillige Verfügung zur Folge, daß der Erblasser die Abgabe zu seinen Lebzeiten entgegen der Regelung des Vertrages vom 18. September 1955 über den Zeitpunkt hinaus, in dem der Sohn des Beklagten das 18. Lebensjahr vollendete, hätte zahlen müssen. Eine Zahlung aus dem Nachlaß kam naturgemäß nicht in Betracht, solange der Erblasser noch lebte. Die Erwägung des Berufungsgerichts trifft also zu und trägt seine Entscheidung.

Die übrigen Rügen der Revision berühren diese Erwägung nicht. Sie brauchen deshalb nicht erörtert zu werden, ebenso wenig wie die weiteren Bedenken, die das Berufungsgericht gegen die Umdeutung in eine letztwillige Verfügung anführt.

V.

Die Revision meint ferner, der Vertrag vom 18. September 1955 könne als Vertrag zugunsten eines Dritten (des Sohnes des Beklagten) i.S. des § 328 BGB aufrechterhalten werden.

Der Beklagte ist beim Abschluß des Vertrages eindeutig als gesetzlicher Vertreter seines Sohnes und nicht im eigenen Namen aufgetreten.

Anscheinend will die Revision sich auch bei ihren Ausführungen über einen Vertrag zugunsten Dritter auf § 140 BGB stützen. Damit kann sie jedoch keinen Erfolg haben.

1) Es ist schon zweifelhaft, ob ein Vertrag so umgedeutet werden kann, daß nunmehr jemand Vertragspartei wird, der es hinsichtlich des umgedeuteten nichtigen Geschäfts nicht war. Zu verneinen ist aber jedenfalls, daß ein Vertrag, den ein an der Vertretung rechtlich verhinderter gesetzlicher Vertreter eines Minderjährigen geschlossen hat, als von dem Vertreter im eigenen Namen geschlossener Vertrag aufrechterhalten werden kann. Damit würde die zwingende Vorschrift des § 1795 BGB offensichtlich umgangen werden.

2) Selbst wenn die Umdeutung in einen Vertrag zugunsten eines Dritten möglich wäre, könnte sie nicht zu dem von der Revision gewünschten Ergebnis führen.

Es bestehen schon erhebliche Zweifel daran, ob § 328 BGB überhaupt auf Verfügungsgeschäfte wie die Abtretung anwendbar ist.

Der Vertrag vom 18. September 1955 begründete aber auch eine Verpflichtung des Sohnes des Beklagten, die Vermögensabgabe zu zahlen. Ein solcher Vertrag "zu Lasten eines Dritten", durch den also jemand, im eigenen Namen handelnd,

einen Dritten verpflichtet, ist nach dem bürgerlichen Recht grundsätzlich nicht möglich (RGZ 111, 166, 173; RGRK 11. Aufl. § 328 Anm. 5). Eine abweichende Meinung bejaht die Möglichkeit allerdings, wenn der Vertragsschließende von einem Dritten ermächtigt war, für diesen eine Verpflichtung einzugehen (Bettermann, JZ 1951, 321). Selbst nach dieser Auffassung hätte hier der Sohn des Beklagten durch einen von diesem im eigenen Namen geschlossenen Vertrag nicht verpflichtet werden können; denn es ist nicht ersichtlich, woraus eine wirksame Verpflichtungsermächtigung des Beklagten hergeleitet werden könnte.

VI.

Wie schon unter III 2 d) bemerkt, muß die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

Bei seiner neuen Entscheidung möge das Berufungsgericht berücksichtigen, daß das Urteil des Landgerichts nicht am 20. April, sondern am 4. Mai 1960 verkündet worden ist (Protokoll Bl. 19 d.A.).

Glanzmann Rietschel Heimann-Trosien Meyer Finke