



Gerling Informationen für
wirtschaftsprüfende, rechts- und
steuerberatende Berufe



10. Juni 1989
9. Jahrgang, S. 94–107
ISSN 0177-1868

6

Inhalt	Seite
GI Leitsätze	94
Dritthaftung des Steuerberaters	95
– Auftrag zur Bilanzerstellung	
– Inhalt des Testates	
– Anmerkung	
(BGH Ur.t.v. 18.10.1988 – XI ZR 12/88)	
Haftung des Steuerberaters	99
– Einbringung in GmbH	
– Steuerschaden, Vorteilsanrechnung	
(BGH Ur.t.v. 28.9.1988 – IVa ZR 45/87)	
Haftung des Notars	102
– Pflicht zur Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung	
(OLG Düsseldorf Ur.t.v. 26.1.1989 – 18 U 190/88)	
GI Hinweis	105

GI Leitsätze

Hinweispflicht des Notars / Versteuerung des Veräußerungsgewinns / Hinzuziehung von Mitarbeitern

1. Ein Notar, der vor oder während der Beurkundung eines Grundstückskaufvertrages davon Kenntnis erhält, daß der Verkäufer das Grundstück vor weniger als zwei Jahren erworben hat und die Anschaffungskosten unter dem Verkaufspreis liegen, hat den Verkäufer grundsätzlich auf die Gefahr der Versteuerung eines Spekulationsgewinns hinzuweisen.
2. Ein Notar muß die von den Beteiligten eingereichten Unterlagen persönlich zur Kenntnis nehmen, sich über ihren Inhalt unterrichten und diesen – soweit erforderlich – bei der Errichtung der erbetenen Urkunde berücksichtigen.
3. Ein Notar darf es nicht dem Büropersonal überlassen, zu entscheiden, welche Unterlagen für eine Beurkundung von Bedeutung sein können und welche nicht. Diese Entscheidung muß er sich selbst vorbehalten.
(BGH Urt. v. 10.11.1988 – IX ZR 31/88 – WM 1988, 1853)

Allgemeine Auftragsbedingungen § 9 Abs. III Nr. 1 AAB Wp / Verkürzung der Verjährungsfrist

Die in § 9 Abs. III Nr. 1 der Allgemeinen Auftragsbedingungen der Wirtschaftsprüfer angenommene Ausschußfrist von 6 Monaten für die Geltendmachung des Schadenersatzanspruchs ab Schadenkenntnis verstößt gegen § 9 Abs. II Nr. 1 AGB-Gesetz. Die Bedenkzeit von 6 Monaten ist angesichts der gesetzlichen Verjährungsregelungen zu kurz, um noch als angemessen gelten zu können.
(OLG Köln Urt. v. 14.2.1989 – 9 U 36/88)

Anmerkung:

Das Urteil befindet sich in Übereinstimmung mit KG Urt. v. 24.2.1986 – 24 U 4567/85 – GI 1986, 108; Brandner ZIP 1985, 1194; anderer Ansicht ist OLG Hamburg StBz 1981, 188; vgl. auch BGH WM 1986, 484 = GI 1986, 45; WM 1975, 767; NJW 1979, 1550 = VersR 1979, 499.

Notwendige Büroorganisation eines Steuerberaters zur Fristwahrung

1. Die ordnungsmäßige Ausgangskontrolle im Büro eines Steuerberaters erfordert grundsätzlich, daß Fristen im Fristenkontrollbuch erst aufgrund der Eintragung im Postausgangsbuch gelöscht werden (Anschluß an BGH-Beschluß v. 20.11.1984, VI ZB 19/84, VersR 1985, 145, HFR 1985, 579).
2. Das Fehlen einer ordnungsmäßigen Ausgangskontrolle ist nur dann nicht ursächlich für ein Fristversäumnis, wenn die mit der Versendung beauftragte Hilfsperson ausdrücklich auf die Bedeutung und Eilbedürftigkeit des Schriftstückes hingewiesen wurde.
(BFH Urt. v. 7.12.1988 – X R 80/87 – DStR 1989, 209)

Dritthaftung des Steuerberaters

- Auftrag zur Bilanzerstellung
- Inhalt des Testates
- Anmerkung

(BGH Urt. v. 18.10.1988 – XI ZR 12/88 – VersR 1989, 375)

Leitsätze:

1. Zur Frage, ob der Kreditgeber in den Schutzbereich des Vertrags des Kreditnehmers mit seinem Steuerberater einbezogen ist.
2. Die Haftung des Steuerberaters gegenüber dem Dritten reicht nur so weit, wie er nach dem Wortlaut seines Testates die Verantwortung für die Richtigkeit einer testierten Aufstellung übernommen hat.

Zum Sachverhalt:

Die Kläger nahmen den Beklagten auf Schadenersatz für Verluste in Anspruch, die sie durch den Konkurs der Firma W. erlitten hatten.

Der Bekl. war Steuerberater dieser Firma. Die Rechtsvorgänger der Kl. hatten nach Vorlage vom Bekl. unterschriebener und gesiegelter Jahresabschlüsse ein der Fa. W. gewährtes Darlehen in Höhe von 200.000 DM verlängert und weiteren Warenkredit im Wert von 200.000 DM eingeräumt.

Im Juni 1981 legte die Inhaberin der Fa. W. bei Vertragsverhandlungen über die Verlängerung des Darlehens Jahresabschlüsse des Unternehmens für 1979 und 1980 vor. Anschließend wurde der Kredit über 200.000 DM auf unbestimmte Zeit verlängert. Im April 1982 wurde der Fa. W. nach der Vorlage des Jahresabschlusses für 1981 ein zusätzlicher Warenkredit in Höhe von 200.000 DM gewährt. Als gegen Ende 1983 Zweifel an der Solvenz des Unternehmens auftraten, legte die Inhaberin der Fa. W. einen Jahresabschluß für 1982 vom 16. 5. 1983 vor. Die Rechtsvorgängerin der Kl. zu 2) begnügte sich daraufhin damit, daß die Fa. W. das Darlehen in Höhe eines Teilbetrags von 100.000 DM durch die Hingabe von Wechseln ablöste, die später aber nicht bezahlt wurden.

Die Jahresabschlüsse trugen jeweils den Stempel und die Unterschrift des Bekl. unter dem Vermerk:

„Zusammengestellt anhand der vom Auftraggeber übergebenen Endzahlen und erteilter Auskünfte.“

Die vom Bekl. für die Jahre 1980 und 1981 aufgestellten Jahresabschlüsse der Fa. W. wiesen bei niedrigeren Umsätzen wesentlich geringere Gewinne aus als die den Rechtsvorgängerinnen der Kl. vorgelegten Abschriften. Diese hatte die Inhaberin der Fa. W. verfälscht und dem Bekl. zusammen mit anderen Unterlagen zur Unterschrift vorgelegt. Bei der Unterschrift übersah der Bekl., daß die Inhaberin der Fa. W. in einigen Exemplaren abweichende Angaben zum Aufwand oder zum Ertrag und erheblich überhöhte Gewinnzahlen eingesetzt hatte.

Am 24.4.1984 wurde das Konkursverfahren über das Vermögen der Fa. W. eröffnet.

Aus den Gründen:

.....

1. Das Berufungsgericht ist der Ansicht, den Kl. stünden keine Schadenersatzansprüche wegen schuldhafter Verletzung des zwischen dem Bekl. und der Fa. W. geschlossenen Steuerberatervertrags zu. Durch diesen Vertrag seien keine Schutzpflichten begründet worden, die der Bekl. auch im Verhältnis zu den Rechtsvorgängerinnen der Kl. zu beachten gehabt habe. Die Fa. W. sei zwar aufgrund der Geschäfts- und Vertragsbeziehungen zu den Rechtsvorgängerinnen der Kl. verpflichtet gewesen, eine Verletzung ihrer Rechtsgüter zu vermeiden. Diese Pflichten begründeten aber noch kein Interesse der Fa. W., ihre Gläubiger in den Schutz aller Vertragsverhältnisse mit Dritten einzubeziehen, die Auswirkungen auf die Gläubiger haben könnten. Ein solches Interesse ergäbe sich grundsätzlich nur aus weit stärkeren Fürsorgepflichten personenrechtlichen Einschlags.

Auch gleichlaufende Interessen einer Gruppe, als deren Repräsentant der Auftraggeber dem Auftragnehmer erkennbar gegenübertrete, rechtfertigten es, die Gruppenmitglieder in den Schutzbereich des Auftragsverhältnisses einzubeziehen. Die Interessen der Rechtsvorgängerinnen der Kl. als Kreditgeber und der Fa. W. als Kreditnehmerin hinsichtlich der richtigen Darstellung der Kreditwürdigkeit des Unternehmens seien aber so gegenläufig, daß sich die Einbeziehung der Rechtsvorgängerinnen der Kl. in den Steuerberatervertrag zwischen dem Bekl. und der Fa. W. verbiete.

2. Diese Ansicht läßt sich mit der **Rechtsprechung des BGH zum Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte** nicht vereinbaren (BGH v. 28.4.1982 – IVa ZR 312/80 – LM BGB § 328 Nr. 71 und 75 = NJW 82, 2431 und v. 2.11.1983 – IVa ZR 20/82 – GI 87, 27 = VersR 84, 85 = NJW 84, 355; v.

23.1.1985 – IVa ZR 66/83 – WM 85, 450; BGH v. 19.3.1986 – IVa ZR 127/84 – WM 86, 711; v. 26.11.1986 – IVa ZR 86/85 – GI 87, 27 = VersR 87, 262 = NJW 87, 1758).

Die Einbeziehung der Rechtsvorgängerinnen der Kl. in den Schutzbereich des zwischen der Fa. W. und dem Bekl. abgeschlossenen Steuerberatungsvertrags kann nicht deshalb verneint werden, weil die Interessen der Rechtsvorgängerinnen der Kl. und die der Fa. W. hinsichtlich der zutreffenden Darlegung der Kreditwürdigkeit dieses Unternehmens gegenläufig wären. Personen, die über eine besondere, **vom Staat anerkannte Sachkunde** verfügen (z.B. öffentlich bestellte Sachverständige, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater), können in die Lage kommen, daß sie bei der Begutachtung Sorgfaltpflichten gegenüber mehreren Personen mit unterschiedlicher Interessenrichtung zu beachten haben. Wie der BGH wiederholt entschieden hat, spricht die **Gegenläufigkeit der Interessen** des Auftraggebers und des Dritten nicht gegen seine Einbeziehung in den Schutzbereich des Vertrags (BGH WM 85, 450 [452]; 86, 711; GI 87, 27 = VersR 87, 262 [263] = NJW 87, 1758 [1759]).

Im vorliegenden Fall liegen Anhaltspunkte dafür vor, daß die Rechtsvorgängerinnen der Kl. in den Schutzbereich des Vertrags zwischen der Fa. W. und dem Bekl. einbezogen werden sollten. Die von dem Bekl. unterzeichneten verfälschten **Jahresabschlüsse für 1980 und 1981 waren nicht nur für interne Zwecke der Fa. W. bestimmt**. Sie **sollten vielmehr als Entscheidungsgrundlage für Dritte**, die Rechtsvorgängerinnen der Kl., dienen. In einem solchen Fall liegt die Annahme nahe, daß der Dritte in den Schutzbereich des Vertrags einbezogen werden soll (BGH GI 87, 27 = VersR 87, 262 [263] = NJW 87, 1758 [1759]).

3. Im Ergebnis ist jedoch die Klage mit Recht abgewiesen worden. Denn selbst wenn man von der Einbeziehung der Kl. in den Schutzbereich des zwischen der Fa. W. und dem Bekl. abgeschlossenen Steuerberatungsvertrags ausgeht, scheidet seine Haftung jedenfalls **wegen des Inhalts des von ihm unterschriebenen Vermerks auf den Jahresabschlüssen** aus.
 - a) Das Berufungsgericht führt hierzu aus, der Bekl. habe nach dem Inhalt dieses Vermerks ohne jede eigene Kontrolle des Inhalts, auf die die Kl. hätten vertrauen können, lediglich Angaben der Fa. W. in eine bestimmte Form gebracht. Soweit die Kl. darauf abstellten, daß der Bekl. nicht die **Übereinstimmung der vorgeblichen Kopien** mit

dem Original überprüft habe, sei schon zweifelhaft, ob dies überhaupt eine sich aus dem Vermerk ergebende Auskunft darstelle, für deren Richtigkeit der Bekl. die vertragliche Gewähr habe übernehmen wollen. Das Vertrauen auf die Richtigkeit der Beglaubigung sei zudem nicht auf die besondere Sachkunde des Steuerberaters gestützt. Es mache keinen Unterschied, ob die Fa. W. dem Bekl. für die Erstellung der Abschlüsse falsche Zahlen an die Hand gebe oder ihm die gefälschte Abschrift einer Bilanz zur Beglaubigung unterschiebe. Dem selbst getäuschten Bekl. sei der Betrug seiner Auftraggeberin nicht anzulasten.

- b) Diese hilfsweise angestellten Überlegungen des Berufungsgerichts halten im Ergebnis der rechtlichen Nachprüfung stand.

Wie weit die Haftung aus einem Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte persönlich und gegenständlich reichen soll, muß jeweils im Einzelfall aus den Umständen geschlossen werden. Bei Steuerberatern wird vielfach der Inhalt eines von ihnen gegebenen Testats, auf dessen genauen Wortlaut in den beteiligten Wirtschaftskreisen genau geachtet zu werden pflegt, Aufschluß geben (vgl. Lang WM 88, 1001 [1007]). **Diese Testate haben den Zweck, dem Auftraggeber und Dritten den Inhalt, den Umfang und das Ergebnis der Prüfung durch den Steuerberater aufzuzeigen.** Nur soweit der Steuerberater nach dem Wortlaut des Testats die Verantwortung für die Richtigkeit der testierten Aufstellung übernimmt, reicht seine Haftung.

Aus dem vom Bekl. angebrachten Vermerk geht hervor, **daß ihm nicht einmal die Buchführung, sondern nur vom Auftraggeber übergebene Endzahlen und erteilte Auskünfte zur Verfügung standen.** Daraus ergibt sich deutlich, daß die Prüfung der Buchführung oder der übergebenen Endzahlen von vornherein nicht zu seinem Auftrag gehörte. Da die in den Jahresabschlüssen enthaltenen Zahlen ausschließlich auf den Auftraggeber zurückgingen, ohne daß der Bekl. ihre Richtigkeit zu prüfen hatte, kam auch eine Haftung für ihre Richtigkeit von vornherein überhaupt nicht in Frage. Die Rechtsvorgängerinnen der Kl. konnten nach dem Text des Testats aber nicht davon ausgehen, daß der Bekl. für die Richtigkeit der verwendeten Zahlungen eintreten wollte. Damit scheidet auch eine Haftung für die ihm bei der Testierung der Kopien unterschobenen falschen Endzahlen aus.

Anmerkung:

Zur Vermeidung von Mißverständnissen weisen wir darauf hin, daß nicht jeder Lieferant oder Kreditgeber des Mandanten in den Schutzbereich des Steuerberaterberatungsvertrages einbezogen ist. Hierfür ist vielmehr

ein „nach außen zu Tage getretener Wille des Vertragschließenden“ notwendig, der im Wege einer Vertragsauslegung ermittelt werden muß. Der BGH hat deshalb in seiner Entscheidung Anhaltspunkte dafür gefunden, daß der Lieferant in den Schutzbereich des Steuerberatungsvorganges einbezogen werden sollte. Als Indiz weist er darauf hin, daß der Jahresabschluß erkennbar nicht nur für den Mandanten und das Finanzamt bestimmt war, sondern als Entscheidungsgrundlage für Dritte dienen sollte.

Wenn Dritte Schadenersatzansprüche gegen den Steuerberater geltend machen, muß deshalb immer gefragt werden, ob konkrete Anhaltspunkte für einen auf den Schutz Dritter gerichteten Parteiwillen erkennbar sind (Gräfe/Lenzen/Rainer Steuerberaterhaftung, 2. Auflage 1988 TZ 436, mit weiteren Nachweisen).

Denn der Bilanzerstellung des Steuerberaters fehlt im Regelfall jede Drittbezogenheit. Sie ist regelmäßig eine Hilfeleistung für den Mandanten bei der Erledigung von dessen steuerlichen Pflichten gegenüber dem Finanzamt. Andernfalls wäre die Zahl der durch eine fehlerhafte Bilanz potentiell Geschädigten für den Steuerberater auch nicht übersehbar (Vergleiche MK-Gottwald § 328 TZ 84; Ebke, Dritthaftung des Wirtschaftsprüfers, 64 f. OLG Köln GI 1986, 160 betrifft Bewertungsgutachten eines Hauses).

Haftung des Steuerberaters

- Einbringung in GmbH
- Steuerschaden, Vorteilsanrechnung

(BGH Urt. v. 28. 9. 1988 – IVa ZR 45/87 – VersR 1988, 1275
= WM 1988, 1636 = WuB IV A. § 675I, 89; Sturmhoebel)

Leitsatz (amtl.):

Über die Voraussetzungen der Haftung des Steuerberaters wegen unzulänglicher Beratung und Betreuung seines Auftraggebers bei Einbringung einer Einzelfirma als stille Gesellschaft in eine GmbH (hier: mangelnde Aufklärung über die steuerlichen Folgen der geplanten und durchgeführten Eingliederung).

Leitsätze (d. Verf.):

1. Ist der Mandant Inhaber von zwei verbundenen Gesellschaften, so kann die erhöhte Steuerbelastung einer Gesellschaft nur dann einen Schaden darstellen, wenn es insgesamt zu einer höheren Steuerbelastung kommt, d.h. auch unter Berücksichtigung der steuerlichen Auswirkungen auf das zweite Unternehmen.
2. Stehen evtl. steuerlichen Nachteilen wirtschaftliche Vorteile – dominierende Unternehmerstellung, entscheidende Mitspracherechte, höhere Gewinnbezugsrechte – gegenüber, so muß im Einzelfall geprüft werden, ob der Mandant bei ordnungsgemäßer Beratung über die steuerlichen Auswirkungen sich mit den steuerlichen Vorteilen unter Zurückstellung der wirtschaftlichen Vorteile zufrieden gegeben hätte.

Zum Sachverhalt:

Der Kläger war Inhaber zweier Einzelfirmen, eines Elektrogroßhandels und eines Großhandels mit elektronischen Bauteilen. Am 22.12.1972 wurde eine GmbH gegründet, die ab 1.1.1973 den Elektrogroßhandel betrieb. Inhaber des Stammkapitals waren der Kläger und dessen Ehefrau zu jeweils 45%. Die Elektrogroßhandelsfirma sollte als stille Gesellschaft in die GmbH eingebracht werden. Der Steuerberater erstellte ein Gutachten über die steuerlichen Auswirkungen der Gründung einer stillen Gesellschaft. Die Parteien faßten die Gründung einer typischen stillen Gesellschaft ins Auge.

Dem Steuerberater ging der Entwurf des Vertrages über die Errichtung einer stillen Gesellschaft zu. Die Einzelfirma wurde mit allen Aktiva und Passiva als stiller Gesellschafter in die GmbH eingebracht. Nach § 6 des Gesellschaftsvertrages war eine Reihe von Geschäften von der Zustimmung des Klägers abhängig. Diese Vorschrift wurde von der Betriebsprüfung aufgegriffen und als typisches Merkmal einer Mitunternehmerschaft – atypischen stillen Gesellschaft – angesehen. Wegen der nachzuzahlenden Gewerbesteuer hat der Kläger den Steuerberater in Anspruch genommen.

Aus den Gründen:

Der Tatrichter stellt nicht die **Kausalität** der unterlassenen Beratung für den eingetretenen Schaden fest. Zwar kann nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats im allgemeinen ohne weiteres davon ausgegangen werden, daß ein Mandant, der von einem berufsmäßigen Berater falsch beraten worden ist, im Fall richtiger Beratung diesem richtigen Rat auch gefolgt wäre. Hier liegen die Dinge indessen besonders. Daß eine richtige

Beratung nicht rückwirkend an steuerrechtlich bereits eingetretenen Tatbeständen etwas hätte ändern können, vermerkt der Berufungsrichter selbst. Darüber hinaus war es hier nicht selbstverständlich, daß der Kl. einem Hinweis des Bekl. auf die steuerrechtlichen Auswirkungen des ihm vorgelegten Vertragsentwurfs in der Weise Rechnung getragen hätte, daß er eine von den Steuerbehörden als „typische“ stille Gesellschaft anerkannte Gestaltungsmöglichkeit gewählt hätte.

Zum einen **waren steuerliche Nachteile nicht in jedem Fall zu erwarten.** An sich steht einer Belastung des atypischen stillen Gesellschafters mit Gewerbesteuern eine entsprechende Entlastung der GmbH gegenüber, weil Gewinn und Kapital des stillen Gesellschafters nach § 8 Nr. 3, § 12 GewStG den Meßbeträgen der GmbH nicht hinzuzurechnen sind, wenn der stille Gesellschafter zur Gewerbesteuer heranzuziehen ist. Zu einer insgesamt gesehen größeren Steuerbelastung kann es dann kommen, wenn die GmbH keine oder nur geringe Gewinne macht, wohl aber der stille Gesellschafter, weil ihm sein Geschäftsführergehalt als Gewinn zuzurechnen ist. Zum anderen **stehen eventuellen steuerlichen Nachteilen wirtschaftliche Vorteile gegenüber.** Der Kl. hat nach der tatsächlich vorgenommenen Vertragsgestaltung – wie das FG in seinem Urteil treffend bemerkt – seine vorher ausgeübte dominierende Unternehmerstellung nach Gründung der GmbH weiterhin uneingeschränkt wahrgenommen. Er hat sich nicht nur die entscheidenden Mitspracherechte vorbehalten; sein unternehmerisches Tätigwerden beeinflusste vielmehr unmittelbar die Höhe seines Gewinnanteils als stiller Gesellschafter.

Überdies partizipierte er nach den Feststellungen des FG nach dem Verkauf seines stillen Gesellschaftsverhältnisses in erheblichem Umfang an der Auflösung der stillen Reserven, was bei einer typischen stillen Gesellschaft nicht vorgesehen ist.

Es hätte danach der Prüfung bedurft, ob der Kl. bei zutreffender Beratung über die steuerlichen Auswirkungen sich mit einer rechtlichen Stellung als stiller Gesellschafter zufriedengegeben hätte, die von den Finanzbehörden als Nichtmitunternehmer anerkannt worden wäre. Nur dann wäre die nicht erfolgte Beratung und Aufklärung kausal für den eingetretenen Schaden geworden...

Haftung des Notars

– Pflicht zur Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung
(OLG Düsseldorf Urf.v. 26.1.1989 – 18 U 190/88)

Leitsatz (d. Verf.):

Der Notar hat vor der Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung nur die formellen Voraussetzungen zu prüfen.

Die Klärung materieller Fragen gehört in den Zuständigkeitsbereich der Vollstreckungsgegenklage.

Aus den Gründen:

- I. Der Beklagte hat eine ihm gegenüber den Klägern obliegende Amtspflicht verletzt, indem er den Klägern die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung des notariellen Grundstückskaufvertrages vom 3.3.1972 mit der Begründung verweigerte, aufgrund einer mündlich vereinbarten befreiender Schuldübernahme sei nicht mehr die ursprüngliche Käuferin Frau B., sondern der neue Erwerber der Grundbesitzung Schuldner der Kaufpreisforderung.

Zwar ist von einer Amtspflichtverletzung nicht bereits aufgrund des Beschlusses des Landgerichts Duisburg v. 18.9.1987 – 2 T 252/87 – auszugehen, welches den Beklagten auf die Beschwerde der Kläger angewiesen hat, den Antrag auf Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung nicht mit der angeführten Begründung abzulehnen. Denn hiergegen bestehen insoweit Bedenken, als ein Notar im Beschwerdeverfahren gemäß § 54 BeurkG nicht am Verfahren beteiligt ist, sondern die Stellung einer Vorinstanz hat (Keidel/Kuntze/Winkler, FFG, Teil B, 12. Aufl., § 54 BeurkG, Anm. 9 m.w.N.), womit eine materielle Rechtskraftwirkung dieses Beschlusses ihm gegenüber in subjektiver Hinsicht zweifelhaft erscheint.

Diese Frage bedarf jedoch keiner abschließenden Klärung, weil in sachlicher Hinsicht die Ausführungen des Landgerichts in der Sach 2 T 252/87 der Rechtslage entsprechen:

Bei der Erteilung vollstreckbarer Ausfertigungen hat der Notar nur die formellen Voraussetzungen zu prüfen. Zu einer weitergehenden materiell-rechtlichen Prüfung, insbesondere, ob der materielle Anspruch noch besteht, ist er nicht berechtigt (Keidel/Kuntze/Winkler a.a.O.,

§ 52 BeurkG, Anm. 3; Jansen, FGG, Teil III, 2. Aufl., § 52 BeurkG, Anm. 24; Mecke, BeurkG, § 52 Anm. 4; KG Berlin, DNotZ 1951, 274; LG Aachen MDR 1953, 627; LG Kleve DNotZ 1978, 680). Schon nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen hat die Prüfung materiell-rechtlicher Fragen im Rahmen der Vollstreckung außer Betracht zu bleiben, anderenfalls würden dem Notar richterliche Funktionen zugebilligt. **Nur ausnahmsweise kann die Erteilung abgelehnt werden**, wenn feststeht, daß das Rechtsgeschäft über den vollstreckbar gestellten Anspruch nichtig ist oder wenn die Nichtigkeit des Anspruchs wegen Gesetz- oder Sittenwidrigkeit aus der Urkunde selbst ersichtlich ist (Keidel/Kuntze/Winkler a.a.O. § 52 BeurkG, Anm. 3 m.w.N.), was hier unstreitig nicht der Fall ist. Bei einer Divergenz zwischen materiellem Anspruch und vollstreckbarer Urkunde gibt es für den Betroffenen nur den Weg der Vollstreckungsgegenklage.

Hiernach ist festzustellen, daß der Beklagte objektiv gegen seine Pflicht gemäß §§ 797 Abs. 2 ZPO, 52 BeurkG verstoßen hat, die vollstreckbare Ausfertigung einer in seiner Verwahrung befindlichen Urkunde zu erteilen.

- II. Entgegen der Ansicht des Landgerichts hat der Beklagte hierbei auch **schuldhaft** gehandelt.

Zwar hat das Landgericht zutreffend darauf verwiesen, daß bei einer nach sorgfältiger Prüfung gewonnenen Rechtsansicht in bezug auf Gesetzesbestimmungen, die für die Auslegung Zweifel in sich tragen, die als rechtlich vertretbar anzusehen ist, der Umstand, daß die Rechtsauffassung von den Gerichten nicht gebilligt wird, nicht rückschauend als Verschulden angerechnet werden kann (Kreft, BGB, 12. Aufl., § 839, Anm. 293 m.w.N.).

Jedoch bestehen bereits Zweifel, ob die in seinem Schreiben vom 13.8.1987 an die damaligen Prozeßbevollmächtigten der Kläger geäußerte Rechtsansicht des Beklagten, bei der Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung der Urkunde sei zu berücksichtigen, daß aufgrund einer mündlich vereinbarten befreienden Schuldübernahme an die Stelle von Frau B. als Schuldner der Neuerwerber der Grundbesitzung getreten sei, vertretbar ist.

Wie bereits ausgeführt, besteht in Rechtsprechung und Literatur die einhellige Auffassung, **daß bei der Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung einer notariellen Urkunde nur die formelle Berechtigung zu prüfen ist, wenn wie hier für die Nichtigkeit des Anspruchs wegen Gesetz- oder Sittenwidrigkeit kein Anhaltspunkt besteht**. Soweit das

Landgericht Wolfsteiner dafür zitiert, daß in bestimmten Fällen ein Rechtsschutzbedürfnis für die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung nicht bestehe, ist dieser der Auffassung, daß es der Prozeßleitungspflicht des Notars und dem auch für ihn geltenden § 139 ZPO entspricht, bei Zweifeln, ob die vollstreckbare Ausfertigung zu erteilen sei – so im Fall, wenn eine Befriedigung in Frage steht –, der Notar beim Gläubiger nachzufragen hat und wenn danach die Zweifel nicht behoben sind, die Vollstreckungsklausel zu erteilen hat (Wolfsteiner DNotZ 1978, 681). Im vorliegenden Fall bestehen insofern Zweifel, als die Kläger bestreiten, daß es zu einer Haftentlastung der Frau B. gekommen sei. Diese Frage zu entscheiden, gehört in den Zuständigkeitsbereich der Vollstreckungsgegenklage.

Hinzukommt, daß der Beklagte ausweislich seines Schreibens v. 13.8.1987 für die Vereinbarung einer befreienden Schuldübernahme darauf abgestellt hat, daß der klagende Ehemann, Herr Sch., den Eintritt des neuen Erwerbers gebilligt und sein Einverständnis erklärt habe. Nach dem Grundstückskaufvertrag v. 3.3.1972 war jedoch auch die klagende Ehefrau begünstigte Gläubigerin, so daß eine befreiende Schuldübernahme, worauf sich der Beklagte zur Ablehnung des Antrags auf Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung gestützt hat, bereits mangels einer Zustimmung dieser ausscheidet.

Der Beklagte hätte danach bei der für seinen Pflichtenkreis erforderlichen Sorgfalt sein Verhalten als Verstoß gegen seine Amtspflichten erkennen können, womit Fahrlässigkeit gegeben ist.

Keine abweichende Beurteilung ergibt sich aus dem Grundsatz, daß in aller Regel das **Verschulden zu verneinen ist, wenn ein Kollegialgericht ein objektiv amtspflichtwidriges Verhalten nach mündlicher Verhandlung und sorgfältiger Prüfung sowie Würdigung als objektiv gerechtfertigt gebilligt hat**, weil von einem Einzelnen durchweg eine bessere Rechtseinsicht als von einem Kollegialgericht nicht erwartet werden kann (Kreft a.a.O., § 839, Anm. 296). Zum einen hat nämlich das Landgericht die Frage der objektiven Amtspflichtverletzung offengelassen. Zum anderen hat es nicht berücksichtigt, daß der Beklagte bei seiner Annahme, es liege eine befreiende Schuldübernahme vor, lediglich auf den klagenden Ehemann und nicht auf die ebenfalls begünstigte klagende Ehefrau abgestellt hat, womit der Sachverhalt nicht erschöpfend gewürdigt und der vorgenannte Grundsatz unanwendbar ist.

- III. Der den Klägern entstandene Schaden, ihre außergerichtlichen Kosten in Höhe von 1.336,08 DM für die Durchführung des Beschwerdeverfahrens gemäß § 54 BeurkG, ist infolge der Amtspflicht-

verletzung des Beklagten entstanden. Hätte der Beklagte nämlich die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung nicht verweigert, wäre die Durchführung der Beschwerde nicht notwendig gewesen.

Daß das Landgericht im Beschwerdeverfahren eine Kostenentscheidung abgelehnt hat, ist unerheblich. Es hat damit lediglich der Rechtslage insoweit Rechnung getragen, als der Notar am Beschwerdeverfahren gemäß § 54 BeurkG nicht beteiligt ist.

Da nicht ersichtlich ist, daß die Kläger den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels hätten abwenden können (§§ 19 Abs. 1 Satz 3 BNotO, 839 Abs. 3 BGB), und eine anderweitige Ersatzmöglichkeit (§ 19 Abs. 1 Satz 2 BNotO) nicht besteht, ist der Beklagte somit zum Ersatz des Schadens verpflichtet.

GI Hinweis

Aufgrund der zunehmenden Kompliziertheit des Umsatzsteuerrechtes ist die Darstellung von Stadie, Das Recht des Vorsteuerabzugs (Verlag Dr. Otto Schmidt KG 1989, 360 Seiten, DM 85,-) zu begrüßen. Das Buch behandelt mit einer Vielzahl von Beispielen die formellen und materiellen Voraussetzungen des Vorsteuerabzugs. Als Gesamtdarstellung geht es über das Umsatzsteuerrecht aber noch hinaus und behandelt auch verfahrensrechtliche Aspekte und die einkommensteuer-, grunderwerbsteuer-, zivil-, konkurs- und kostenrechtlichen Fragen des Vorsteuerabzugs.

Stichwort- und Entscheidungsverzeichnis (Heft 1–6, 1989)

Abfindungsvergleich		– Pflicht zur –	89, 73
– Anwaltskosten	89, 2	– Prognosen	89, 36 (LS)
Allgemeine Auftragsbedingungen d. Wp			
– Ausschlußfrist, § 9 Abs. 3 Nr. 1	89, 94	– Risiken = projizierte Steuervorteile	89, 36 (LS)
Anderkonto			
– des Notars	89, 50 (LS)	– Risikobeurteilung d. Anlegers	89, 50 (LS)
– Verrechnung mit Gebührenforderung	89, 72 (LS)	– Schaden	89, 36, 73
Anlageberatung		Auskunftsvertrag	
– Immobilienkauf 1980	89, 73	– stillschweigender Abschluß	89, 42
– Liquiditätsbelastung	89, 73	– Verjährung	89, 89
		– Werkvertrag	89, 89

Bekanntgabe d. Steuerbescheides			
– an Mandanten oder StB	89,	22	
Belehrungspflicht d. StB/Wp/RA			
– fehlende Belehrungsbedürftigkeit	89,	12	
= eigene Sachkunde, Zahnarzt			
= eigene Sachkunde, Geschäftsmann	89,	25	
Berichtigung (§ 173 I, 2 AO)			
– grobes Verschulden			
= Überprüfung der Arbeitsergebnisse			
d. Mitarbeiters	88,	22	
Beschlagnahmeverbot, § 97 StPO			
– Buchhaltungsunterlagen	89, 2,	36	
Beweislast, s. auch Darlegungslast			
– Belehrungspflicht	89,	28	
– Buchungsfehler	89,	30	
Bilanzerstellung			
– Dritthaftung	89,	95	
– Grundstücksbewertung, Information			
d. Mandanten	89,	2	
– Testat	89,	95	
Buchhaltungsauftrag			
– Löschung von Buchhaltungsdaten	89,	36	(LS)
Darlegungslast f. Regreßanspruch, s. auch Beweislast			
– Buchungsfehler	89,	30	
DATEV-Daten			
– Übertragung auf Kollegen	89,	39	
– Vernichtung von –	89,	39	
Dritthaftung			
– Anwaltsvertrag	89,	3	
– Bilanzerstellung	89,	95	
– Sachwalterhaftung	89,	3	
– aus Testat	89,	95	
Freie Mitarbeiter			
– Abgrenzung Arbeitnehmer	89,	72	
Fristenkontrolle			
– Ausgangskontrolle, Fristenkontrollbuch	89,	94	
Honoraranspruch			
– bei Anschlußkonkurs	89,	33	
– Beweislast f. Gebührenrahmen	89,	34	
– Datenübertragung, § 32 StBGebV	89,	41	
– Gegenstandswert			
= Anerkennungsverfahren f.			
StB-Gesellschaft	89,	34	
– Honorarvorschuß, Rückzahlung	89,	34	
– ordnungsgemäße Honorarrechnung, Unterschrift	89,	34	
Kausalität			
– wirtschaftliche Vorteile bei steuerlichen Nachteilen	89,	100	
Kosten d. FG-Prozesses			
– Kostenpflicht d. StB.	89,	87	
Mandantengelder			
– Anderkonto des Notars	89,	50	
– Verrechnung mit Gebührenforderung	89,	72	
Mitverschulden			
– Risiken bei Kapitalbeteiligung	89, 50,	73	(LS)
– überlegene Sachkunde d. StB.	89,	73	
Notar			
– Anderkonto	89,	50	(LS)
– Belehrungspflicht			
= über Versteuerung eines Spekulationsgewinns	89,	94	
– Darlehensauszahlung ohne erstrangige Grundschuld	89,	50	(LS)
– Eigenverantwortlichkeit	89,	94	
– Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung	89,	102	
= Prüfung materieller Fragen	89,	102	
– Hinzuziehung von Mitarbeitern	89,	94	
Prospekthaftung			
– d. Treuhänders	89,	62	
– Verjährungsbeginn	89,	2	
Rechtsbeistand			
– Sozietät mit Anwaltsnotar	89,	72	
Sachwalterhaftung			
Schaden			
– Anlageberatung	89,	36	(LS)
– Anwaltskosten b. Abfindungsvergleich	89,	2	
– bei Familienunternehmen	89,	100	
– Geldbuße/-strafe	89,	17	
– erstrangige Grundschuld	89,	50	(LS)
– bei verbundenen Unternehmen	89,	100	
– unrechtmäßiger Vermögensvorteil	89,	79	
Sozietät			
– Anwaltsnotar u. Rechtsbeistand	89,	72	
Steuerberatungsgesetz			
– § 57			
= Wirtschaftsberatung,			
Anlagenempfehlung	89,	6	
Steuerberatungsvertrag			
– Inhalt des –	89,	73	
– Löschung von Buchhaltungsdaten	89,	39	
– Pflicht zur allgemeinen Rechtsberatung?	89,	25	
Steuergestaltungsberatung			
– wegen Änderung der Steuerrichtlinien	89,	23	
– Beratung zu gesetzeswidriger Praxis	89,	23	
– Einbringung einer Einzelfirma in eine GmbH	89,	99	
– unentgeltliches Wohnrecht	89,	23	
Steuerverkürzung, § 378 AO			
– durch Steuerberater	89,	46	
Treuhänder			
– Anderkonto des Notars	89,	50	(LS)
– Bauherrengemeinschaft, zustande gekommene	89,	50	(LS)
– Belehrung über steuerl. Risiken	89,	50	(LS)
= Wissensvorsprung d. TH	89,	50	(LS)
– Honoraranspruch d. –			
= bei Minderwohnfläche	89,	62	
– Planungsänderung	89,	64,	90
– Prospekthaftung d. –	89,	62	
– Prüfung bautechnischer Fragen	89,	62,	90
– Schaden	89,	50	(LS)
– Versicherungsschutz	89,	51	
Verjährung, § 12 VVG			
– Beginn	89,	51	
– Verjährungshemmung, § 12 II	89,	51	
Verjährung (§ 68 StBerG, § 51 a WPO)			
– Belehrungspflicht über eigene Fehler und Verjährungsvorschrift (Sekundäranspruch)			
= Anlaß zur Prüfung u. Belehrung	89,	73,	82
= Beginn d. Belehrungspflicht	89,	73,	82
= keine Belehrungspflicht			
Kenntnis d. Fehlers	89,	5	
Unkenntnis über Verjährungsvorschrift	89,	5	
= Mandatsende	89,	82	
= schuldhafte Verletzung der –	89,	28	
– Verjährungsbeginn			
= Ablauf d. Festsetzungsverjährung	89,	14	
= Betriebsprüfung			
allgemein	89,	14,	44
= Folgeschäden	89,	45,	82
= Kapitalanlage	89,	5	
= Konkurs	89,	45	
= Verlust der 7 b-AfA	89,	28	
= Zahlung d. Steuer	89,	14	

Verjährung, Schadenersatzanspruch

(§ 51 a WPO)

– Steuerberatung d. „Nur-Wirtschaftsprüfer“ 89, 28

Verjährung (§ 638 BGB)

– Mangelfolgeschaden 89, 89

Verschulden

– durch Kollegialgerichtsentscheidung 89, 104

Versicherungsschutz

– Anerkenntnisverbot 89, 50

(LS)

– Anzeigepflichtverletzung 89, 51

– Bindungswirkung d. Haftpflichturteils 89, 2, 51

– wissentl. Pflichtverletzung 89, 51

– = Zahlung vor Fälligkeit 89, 53

– Relevanzrechtsprechung 89, 51

– Treuhandtätigkeit 89, 51

– Verjährung, § 12 VVG 89, 51

Vollmacht

– Handeln ohne – 89, 87

Vorteilsausgleich

– Anlageberatung 89, 36

(LS)

Wirtschaftsprüfer

– Befangenheit, § 319 HGB 88, 22

– Verdacht d. Vermögensverfalls 89, 72

Zurückbehaltungsrecht

– an Arbeitsergebnissen 89, 37

– an Hauptabschlußübersicht und 89, 37

– Umbuchungsliste 89, 37

– Konkurs des Mandanten 89, 37

Zustellung

– an StB oder Mandanten 88, 22

BGH v. 19.3.1987 – IX ZR 166/86 89, 50

(LS)

BGH v. 10.8.1987 – NotZ 4/87 89, 72

= NJW 1988, 208

BGH v. 28.1.1988 – IX ZR 102/87 89, 33

= WM 1988, 472

BGH v. 3.2.1988 – IVa ZR 196/86 89, 34

BGH v. 11.7.1988 – II ZR 232/87 89, 3

= BB 1988, 1992

= NJW 1989, 293

= WuB IV A § 276 BGB 1.88 Huff 89, 36

= ZIP 191, 1581

= WM 1988, 1685 = NJW-RR 1989, 150

BGH v. 27.9.1988 – IX ZR 4/88 89, 36

(LS)

= EWir § 676 BGB 2/88, 11, 91 (Medicus)

= ZIP 1988, 1464

= WM 1988, 1685

= NJW-RR 1989, 150

BGH v. 28.9.1988 – IVa ZR 45/87 89, 99

= VersR 1988, 1275 = WM 1988, 1636

= WuB IV A § 675I, 89; Sturmhoebel

BGH v. 18.10.1988 – XI ZR 12/88 89, 95

= VersR 1989, 375

BGH v. 20.10.1988 – VII ZR 219/87 89, 50

(LS)

= ZIP 1988, 1573

= WM 1988, 1831

= WuB I G 7 Immobilienanlagen 3.89 v. Heymann

= NJW 1989, 894

BGH v. 25.10.1988 – XI ZR 3/88 89, 37

= WM 1988, 1755

= ZIP 1988, 1474

= BB 1988, 2428

= EWir § 67 BGB 1/89, 33 Keller

= WuB IV A § 667 BGB 1.89 Sturmhoebel

BGH v. 20.12.1988 – IX ZR 88/88 89, 72

BGH v. 26.1.1989 – XI ZR 81/88 89, 79

BGH v. 14.2.1989 – XI ZR 14/88 89, 73

BayOLG Beschl. v. 17.9.1987

– BReg. 3 Z 76/87 89, 22

= AG 1988, 18

OLG Celle v. 12.10.1988 – 3 U 278/87 89, 39

OLG Düsseldorf v. 26.5.1987 – 21 U 259/86 89, 42

OLG Düsseldorf v. 27.9.1988 – 4 U 245/87 89, 51

OLG Düsseldorf v. 28.11.1988 – 18 W 62/88 89, 44

OLG Düsseldorf v. 26.1.1989 – 18 U 190/88 89, 102

OLG Düsseldorf v. 16.2.1989 – 18 U 228/88 rkr. 89, 82

OLG Frankfurt v. 2.2.1988 – 14 U 132/86 89, 34

= NJW 1988, 2807

OLG Köln v. 19.9.1988 – 8 U 13/88 89, 5

OLG Köln v. 20.9.1988 – 15 U 67/86 89, 62

OLG Köln v. 14.2.1989 – 9 U 36/88 89, 94

OLG Oldenburg v. 4.11.1988 – 6 U 154/88 89, 23

OLG Stuttgart v. 13.12.1988 – 12 U 30/88 89, 50

(LS)

LG Aachen v. 2.9.1987 – 4 O 167/87 89, 34

= StB 1988, 389

LG Arnberg v. 6.1.1989 – 1 O 207/88 89, 90

LG Darmstadt v. 8.1.1987 – 10 O 245/86 89, 2

LG Detmold v. 12.12.1987 – 1 O 268/87 89, 25

LG Dortmund v. 17.12.1987 – 2 O 60/87 89, 2

LG Heidelberg v. 21.9.1988 – 3 O 65/88 89, 14

LG Hildesheim v. 21.4.1988 – 22 Qs 1/88 89, 2

= wistra 1988, 327

LG Kiel v. 24.10.1988 – 11 O 302/88 89, 30

LG Köln v. 25.6.1987 – 24 O 154/87 89, 2

LG Köln v. 16.2.1989 – 2 U 203/88 89, 89

LG München I v. 5.5.1987 – 10 O 15390/84 89, 2, 36

LG München I v. 22.4.1988 – 19 Qs 3/88 89, 36

= wistra 1988, 326 (LS)

LG Regensburg v. 27.5.1988 – 6 O 566/88 89, 50

DSir 1988, 753 (LS)

LG Wuppertal v. 9.2.1988 – 5 O 352/87 89, 35

AG Euskirchen v. 20.8.1987 – 4 C 227/87 89, 17

BFH v. 29.7.1987 – I R 367, 379/83 89, 22

= STEUER-TELEX 0824

= LEXinform 0081194

BFH v. 26.8.1987 – I R 144/86 89, 22

= BStBl 88 II, 109

BFH v. 4.6.1986 – VII E 1/86 89, 34

= BFH NV 1988, 47

BFH v. 7.12.1988 – X R 80/87 89, 94

= DSir 1989, 209

FG Baden-Württemberg v. 22.1.1988 – 89, 46

IX K 237/84

= EFG 1988, 546

FG München Vorbesch. v. 4.8.1989 – 89, 87

VI 225/86 E, nicht rkr.

LAG Köln Ur. v. 23.3.1988 – 7 Sa 1378/87 89, 72

= StB 1989, 45

VerwG München Ur. v. 8.11.1988 – M 16 K 88, 1266 89, 72

= MittBl. WPK Nr. 133/89

Erlaß Nordrhein-Westfalen v. 7.1.1988 89, 22

– S 0202-4-VC (LS)

© Gerling-Konzern
Vertriebs-Aktiengesellschaft
Abteilung Presse und Information
Gereonshof, 5000 Köln 1
Telefon: (02 21) 144-7298

Verantwortlich für den Inhalt:
Rechtsanwalt Dr. Jürgen Gräfe,
Fachanwalt für Steuerrecht

Nachdruck nur mit vorheriger
schriftlicher Zustimmung.