

GI Leitsätze

Treuhänder / Haftung / AGBG

Ist der Treuhänder im Bauherrenmodell mit der Wahrnehmung aller wesentlichen mit der Verwirklichung eines Bauvorhabens verbundenen Rechte, Interessen und Aufgaben des Bauherrn betraut, so stellt die Verlagerung der Rechnungslegungspflicht auf einen Dritten durch eine Klausel im Treuhandvertrag einen Verstoß gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG dar, da es sich dabei um eine zentrale Verpflichtung des so eingeschalteten Treuhänders handelt.

(OLG Frankfurt, Urt. v. 18. 3. 1992, RPKU 1.184/92)

Verbot der Drittwerbung

Wenn wesentliche Namensbestandteile einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft als Firmenbestandteile eines nicht als Wirtschaftsprüfungsgesellschaft anerkannten mit ihr aber rechtlich, vertraglich oder faktisch verbundenen Unternehmens erscheinen, so hat die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft dafür Sorge zu tragen, daß sich auch das Unternehmen an das Werbeverbot hält.

(Beschl. v. 16. 12. 1991, 46-110 [91] WPK-Mitt. 1992, 132)

Gesamtschuldnerhaftung / Baubetreuer / Treuhänder / Bauherrenmodell

Sind Baubetreuer und Treuhänder eines Bauherrenmodells in ihrem speziellen Zusammenwirken für die sichere und steuergerechte Verwirklichung der Baumaßnahme verantwortlich, haften sie bei Schäden, die ihre Ursache in diesem Zusammenwirken haben, als Gesamtschuldner. Dies gilt bspw. für die Auszahlung einer vertraglich vorgesehenen, tatsächlich aber, mangels Gegenleistung, nicht geschuldeten Garantiegebühr.

(OLG Düsseldorf, Urt. v. 13. 6. 1991 – 5 U 256/90 – rkr. RPKU 1.226/92)

Revision / Briefbogen einer WP-Gesellschaft

Die Revision kann auch dann zulässig sein, wenn auf dem Briefbogen des Schreibens, mit dem sie eingelegt wurde, eine WPG/StBG angeführt, die Revision selber jedoch von einer vertretungsberechtigten, natürlichen Person (WVP, StB oder RA) eingelegt wurde.

(BFH, Urt. v. 28. 8. 1991 – I R 37/91; DSZ 1992, S. 254)

Regelungslücke im Gesellschaftsvertrag / Ausgleichsanspruch für übernommene Mandanten

Enthält ein Gesellschaftsvertrag hinsichtlich der Frage der Mitnahme der Mandanten durch den ausscheidenden Gesellschafter eine Regelungslücke, so kann im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung ein Abfindungsanspruch bejaht werden.

(OLG Bremen, Urt. v. 30. 7. 1991 – 3 U 45/91; DSfR 1992, S. 78)

Forderungsabtretung / Verschwiegenheitspflicht

Wird eine Forderung, die aus einer Steuererklärungstätigkeit stammt, ohne vorhergehende Zustimmung des Verfügungsberechtigten an eine andere juristische Person abgetreten, so kann die Abtretung wegen Verstoßes gegen §§ 134 BGB, 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB nichtig sein, wenn sich aus dieser Abtretung Details über die steuerlichen Verhältnisse ergeben können.

(LG Konstanz, Urt. v. 20. 12. 1992 – I HO 36/91; NJW 1992, S. 1241 = WP-Mitt. 1992, 140)

Notarhaftung

- Prüfungspflichten
- Kenntnis der Rechtsprechung
- Pflicht zur Grundbucheinsicht
- Darlegungs- und Beweislast für Kausalität

(BGH, Urt.v. 9.7.1992 – IX ZR 209/91)

Leitsätze:

1. Zur Prüfungs- und Belehrungspflicht des Notars, der die aufgrund eines Betreuungsvertrages im Rahmen eines Bauherrenmodells erteilte Vollmacht zum Grundstückserwerb und/oder den Betreuungsvertrag beurkundet.
2. Ein Notar handelt fahrlässig, wenn er bei der Prüfung einer Rechtsfrage nicht die Rechtsprechung der obersten Gerichte – die in den amtlichen Sammlungen und den für seine Amtstätigkeit wesentlichen Zeitschriften veröffentlicht ist – und die üblichen Erläuterungsbücher auswertet.
3. Zur Darlegungs- und Beweislast dafür, ob eine vom Notar unterlassene Rechtsbelehrung die Entscheidung eines Beteiligten verursacht hat, sich an einem wirtschaftlich nicht abgesicherten Bauherrenmodell zu beteiligen.
4. Nur wenn ein Geschäft das im Grundbuch eingetragen oder einzutragende Recht selbst oder die darauf gerichtete rechtliche Verpflichtung zum Gegenstand hat, soll der Notar das Grundbuch einsehen. Diese Verpflichtung trifft noch nicht den Notar, der einen Baubetreuungsvertrag mit lediglich wirtschaftlich wirkendem Zwang zum Grundstückserwerb und/oder die – widerrufliche – Vollmacht zu einem solchen beurkundet.

Tatbestand:

Die Eltern des Klägers wollten sich im Jahre 1978 an einem Bauherrenmodell der Dr. A.-G. beteiligen. Zu diesem Zweck schlossen sie in privatschriftlicher Form einen Betreuungs- und Verwaltungsvertrag (nachfolgend: BuV-Vertrag) mit der Dr. A. M.-B. mbH (künftig: AMB). Der Vertrag bezog sich auf den Bau eines Einfamilienhauses, das mit 39 weiteren entsprechenden Objekten von der Dr. A.-G. geplant war, für 365.000 DM. Das von den Eltern des Klägers zu bauende Haus war im BuV-Vertrag gekennzeichnet als Haus Nr. 14 im Objekt AM 124 in „D-H“.

§1 der zu dem BuV-Vertrag gehörenden Vertragsbedingungen regelte den Gegenstand des Vertrages unter anderem wie folgt:

„(1) Der Bauherr beabsichtigt, das Bauvorhaben unter Einsatz der bezeichneten Gesamtkosten auf eigene Gefahr und Rechnung zu errichten. Die AMB übernimmt es, das Bauvorhaben nach den Bestimmungen dieses Vertrags und nach Maßgabe der als Muster beigefügten Vollmacht im Namen und für Rechnung des Bauherren wirtschaftlich und finanziell zu betreuen...

(2) Im Rahmen der Betreuung obliegt der AMB insbesondere:

- a) das Grundstück zu kaufen...;
- b) die Bauleistung zu vergeben...;
- c) Darlehen... aufzunehmen..."

Über die Vergütung der AMB bestimmte § 3:

„(1) Als Vergütung erhält die AMB jeweils bezogen auf die Gesamtkosten

- a) für die wirtschaftliche Betreuung bis zur Bezugsfertigkeit 4 %,
- b) für die Treuhandtätigkeit bis zur Bezugsfertigkeit 4 %,
- c) für die technische Betreuung bis zur Bezugsfertigkeit ... 0,5 %,
- d) für die Vermittlung und Bearbeitung der Zwischenfinanzierung ... 3 % ...,
- e) für die Vermittlung und Bearbeitung der Endfinanzierung ... 3 % ...,
- f) für die erste Vermietung des Bauvorhabens ... 1,5 %,
- g) für den Abschluß des Optionsvertrages ... 1,5 %,
- h) für die Übernahme der Mietgarantie ... 2 %,
- i) für die Übernahme der Zinsgarantie ... 2,5 %,
- j) für die Übernahme der Ausfallbürgschaft ... 2 %,
- k) für die Unterstützung des Bauherren ... gegenüber den Steuerbehörden ... 1 %.

(3) Die Vergütungen nach Abs. 1 sind mit Abschluß des Vertrags fällig...

- (5) Wird der Vertrag vorzeitig aufgelöst, erhält die AMB die Vergütungen für die bis dahin erbrachten Leistungen. Hat der Bauherr die vorzeitige Auflösung des Vertrags zu vertreten, kann die AMB die vollen vereinbarten Vergütungen unter Abzug von 40 % der ersparten Aufwendungen verlangen. ..."

Anschließend beurkundete der beklagte Notar am 11. 8. 1978 eine Vollmacht der Eltern des Klägers an die AMB zur Betreuung des Bauvorhabens „im Rahmen des Betreuungs- und Verwaltungsvertrages“, insbesondere zum Erwerb des Grundbesitzes.

Die Eltern des Klägers zahlten ihren Eigenanteil für das Bauvorhaben an die AMB. Diese nahm aufgrund der ihr erteilten Vollmacht zu Lasten der Eltern einen Kredit zur Zwischenfinanzierung auf und schloß am 16. 8. 1979 einen notariellen Kaufvertrag über das Grundstück. Dieser weist aus, daß der Verkäufer einen Teil des Gesamtgrundstücks erst noch erwerben wollte, daß der andere Teil mit Grundschulden von fast 8 Mio. DM belastet und für die gesamte Fläche eine Rückauflassungsvormerkung der Stadt H. eingetragen war.

Das Bauherrenmodell wurde nicht in der vorgesehenen Form verwirklicht. Die AMB fiel 1983 in Konkurs.

Der Kläger macht geltend, seine Eltern hätten wegen verlorenen Eigenkapitals sowie Kredit- und Prozeßkosten einen Schadenersatzanspruch in Höhe von 160.439,55 DM gegen den Beklagten, und behauptet, sie hätten diesen Anspruch an ihn – den Kläger – abgetreten. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat sie auf die Berufung des Klägers dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Dagegen richtet sich die Revision des Beklagten.

Aus den Gründen.

Das Rechtsmittel hat Erfolg.

A.

- I. Das Berufungsgericht hält den Kläger für aktivlegitimiert und den Beklagten gemäß § 19 BNotO für haftbar. Insoweit führt es aus: Der Beklagte sei bei der Beurkundung der Vollmacht vom 11. 8. 1978 gehalten gewesen, die Wirksamkeit des der Vollmachtserteilung zugrundeliegenden BuV-Vertrages zu überprüfen. Wegen der offensichtlichen Verknüpfung von BuV-Vertrag und Vollmacht habe er mit Rücksicht darauf, daß ein Notar verpflichtet sei, für die Wirksamkeit des von ihm zu beurkundenden Rechtsgeschäfts zu sorgen und dabei stets den sichersten Weg zu gehen, nicht riskieren dürfen, daß eine etwaige

Nichtigkeit des BuV-Vertrages auf die Vollmacht gemäß § 139 BGB „durchschlug“. Der Beklagte habe den BuV-Vertrag nicht überprüft und folglich die Eltern des Klägers auch nicht über Wirksamkeitsbedenken belehrt.

Diese Ausführungen zur Amtspflichtverletzung halten den Angriffen der Revision stand.

1. Nach § 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG soll der Notar den Willen der Beteiligten erforschen, den Sachverhalt klären, die Beteiligten über die rechtliche Tragweite des Geschäfts belehren sowie ihre Erklärungen klar und unzweideutig in der Niederschrift wiedergeben. Bestehen Zweifel, ob das Geschäft dem Gesetz oder dem wahren Willen der Beteiligten entspricht, so sollen nach § 17 Abs. 2 Satz 1 BeurkG die Bedenken mit den Beteiligten erörtert werden. Steht fest, daß das zu beurkundende Rechtsgeschäft unwirksam wäre, so hat der Notar seine Amtstätigkeit zu versagen (vgl. § 14 Abs. 2 BNotO, § 4 BeurkG), weil es mit seinen Amtspflichten nicht vereinbar ist, nichtigen Rechtsgeschäften wissentlich den äußeren Schein der Wirksamkeit zu verleihen. Danach ist es auch Aufgabe des Notars, die Errichtung rechtlich unwirksamer Urkunden möglichst zu verhindern.
 - a) Das Berufungsgericht hat die vom Beklagten beurkundete, für sich allein genommen einwandfreie Vollmacht der Eltern des Klägers wegen des Zusammenhangs mit dem BuV-Vertrag für nichtig gehalten. Insoweit hat es erwogen: Der nur privatschriftlich abgeschlossene BuV-Vertrag sei nach § 313 Satz 1 BGB formbedürftig gewesen, weil er eine Grundstücks-Erwerbsverpflichtung der Eltern des Klägers enthalten habe. Das zu erwerbende Grundstück sei hinreichend individualisiert gewesen. Hierzu habe die Bezeichnung „Haus Nr. 14 im Objekt AM 124 in D.-H.“ ausgereicht. Denn aus dem schon damals bestehenden Lageplan, der mit den Angebotsunterlagen verbunden gewesen sei, habe sich bereits die konkrete Belegenheit des zu erwerbenden Grundstücks ergeben. Angesichts der von den Eltern des Klägers im BuV-Vertrag verbindlich übernommenen Zahlungsverpflichtungen spreche alle dafür, daß die Eltern jedenfalls ein genau bestimmtes Grundstück hätten erwerben wollen. Der BuV-Vertrag habe sich auch nicht in einer bloßen Absichtserklärung erschöpft. Die Eltern des Klägers seien vielmehr feste Verpflichtungen eingegangen.

In diesen Ausführungen vermißt die Revision eine tatrichterliche Würdigung zur Erwerbspflicht. Allerdings drückten die Eltern des Klägers in § 1 Satz 1 der allgemeinen Vertragsbedingungen zum

BuV-Vertrag lediglich ihre Absicht zum Grundstückserwerb aus. Dieser Vertrag bot – anders als ein Vorvertrag – keine Grundlage, die „Bauherren“ unmittelbar auf Abschluß eines entsprechenden Grundstückskaufvertrages in Anspruch zu nehmen. Auch war die vom Beklagten beurkundete Vollmacht nach dem Maßstab des § 168 Sätze 1 und 2, § 675 BGB ihrem Bestande nach widerruflich erteilt (§ 3 Abs. 5 BuV-Vertrag).

Jedoch sind nach dem Schutzzweck des § 313 Satz 1 BGB schon alle Vereinbarungen formbedürftig, die für den Fall der Nichtveräußerung oder des Nichterwerbs eines bestimmten Grundstücks selbst ins Gewicht fallende wirtschaftliche Nachteile vorsehen und so **mittelbar** einen Zwang zur Veräußerung oder zum Erwerb begründen (BGH, Urt. v. 30. 10. 1970 – IV ZR 1176/68, NJW 1971, 93, 94; v. 3. 11. 1978 – V ZR 30/77, NJW 1979, 307, 308; v. 2. 7. 1986 – IVa ZR 102/85, NJW 1987, 54; v. 19. 9. 1989 – XI ZR 10/89, NJW 1990, 390, m.w.N.; Senatsurt. v. 12. 7. 1984 – IX ZR 127/83, VersR 1984, 946; Hagen DNotZ 1984, 267, 270 ff; vgl. auch BGHZ 76, 43, 46 f; 103, 235, 239). Deshalb bedarf der Treuhandvertrag im Rahmen eines Bauherrenmodells in aller Regel der notariellen Beurkundung (BGHZ 101, 393, 396 f mit zustimmender Anmerkung von Lichtenberger DNotZ 1988, 531, 538 f; vgl. auch BGH, Urt. v. 7. 12. 1989 – VII ZR 343/88, WM 1990, 764, 765 f). Eine Beurkundungsbedürftigkeit hat der Bundesgerichtshof (Urt. v. 8. 11. 1984 – III ZR 132/83, LM § 313 BGB Nr. 104 = NJW 1985, 740) insbesondere für einen BuV-Vertrag des hier fraglichen Musters mit derselben Betreuungsgesellschaft angenommen.

Im vorliegenden Falle hat das Berufungsgericht hinreichend festgestellt, daß der BuV-Vertrag selbst einen mittelbaren Erwerbszwang von erheblichem Gewicht auf die Eltern des Klägers ausübte. Wie seiner Verweisung auf zwei – den Parteien bekannte – Urteile des Oberlandesgerichts Düsseldorf (Leitsätze einer Entscheidung abgedr. in VersR 1987, 1096) zu entnehmen ist, hat es hierbei folgendes berücksichtigt: Nach dem BuV-Vertrag erklärten sich die Eltern des Klägers bereit, eine „Bearbeitungsgebühr“ in Höhe von 3 % der Gesamtkosten (zzgl. Mehrwertsteuer 12.264 DM) innerhalb einer Woche nach Vertragsschluß sowie 15 % der Gesamtkosten (also 54.750 DM) als „Eigenkapital“ innerhalb von etwa sechs Monaten zu zahlen. Im Falle vorzeitiger Auflösung des Vertrages erhielt gemäß dessen § 3 Abs. 5 die AMB die Vergütungen für die bis dahin erbrachten Leistungen, also bis zur Bezugsfertigkeit möglicherweise bis zu 10,5 % der Gesamtkosten (§ 3 Abs. 1 Buchst. a bis d des BuV-Vertrages). Hatte der Bauherr die vorzeitige Auflösung des Vertrages zu vertreten, konnte die AMB die vollen vereinbarten Vergütungen (nach § 3 Abs. 1 Buchst. a bis k bis zu 24 % der Gesamtkosten) unter Abzug von 40 % der Ersparten Aufwendungen verlangen; daneben hatte der Bauherr in

einem solchen Falle alle durch die Vorzeitige Auflösung verursachten Aufwendungen der AMB zu tragen. Diese Kosten hätten die Eltern des Klägers erheblich belastet. Damit war ihre Entschließungsfreiheit durch drohende wirtschaftliche Nachteile mittelbar wesentlich eingeschränkt. Der BuV-Vertrag bedurfte deshalb der notariellen Beurkundung und war wegen Nichteinhaltung der vorgeschriebenen Form unwirksam.

- b) Das Berufungsgericht hat sich zur Begründung seiner Auffassung, der BuV-Vertrag und die vom Beklagten beurkundete Vollmacht hätten ein einheitliches Rechtsgeschäft i. S.v. § 139 BGB gebildet, ebenfalls auf die zitierte Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Düsseldorf bezogen. Auch das hält den Angriffen der Revision stand.

Eine rechtliche Einheit zweier äußerlich selbständiger Vereinbarungen ist dann anzunehmen, wenn sie nach dem Willen der Parteien derart voneinander abhängen, daß sie miteinander stehen und fallen sollen. Die Einheitlichkeit wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß die Rechtsgeschäfte unterschiedlichen Vertragstypen angehören und an ihnen zum Teil verschiedene Personen beteiligt sind. Die Niederlegung mehrerer selbständiger Verträge in verschiedenen Urkunden begründet zwar die Vermutung, daß die Verträge nicht in rechtlichem Zusammenhang stehen sollen. Diese Vermutung ist jedoch widerlegt, wenn die Parteien die rechtliche Einheit übereinstimmend gewollt haben. Sogar wenn nur einer der Vertragspartner einen solchen Willen zeigt und der andere ihn anerkennt oder zumindest hinnimmt, kann ein einheitliches Vertragswerk vorliegen und damit insgesamt gemäß § 313 BGB beurkundungsbedürftig sein, wenn eine Pflicht zum Erwerb oder zur Veräußerung eines Grundstücks mit erfaßt wird (BGHZ 76, 43, 48 f m.w.N.; 78, 346, 349; 101, 393, 396; BGH, Urt. v. 27. 10. 1982 – V ZR 136/81, WM 1982, 1362; v. 14. 10. 1988 – V ZR 37/87, NJW 1989, 898, 899). Auf diese Weise kann auch der Bestand eines für sich formgerechten abstrakten Rechtsgeschäfts – außer der Auflassung (§ 925 Abs. 2 BGB) – mit dem des zugrundeliegenden, äußerlich davon getrennten Vertrages verknüpft werden (vgl. BGH, Urt. v. 10. 7. 1987 – V ZR 284/85, WM 187, 1224, 1225), insbesondere also derjenige einer Vollmacht mit dem des Grundgeschäfts (RGZ 81, 49, 51; 94, 147, 149; 97, 273, 275; RG HRR 1934 Nr. 373; BGH, Urt. v. 19. 12. 1963 VZR 121/62, WM 1964, 182, 183 unter II; v. 18. 9. 1970 – V ZR 183/67, WM 1970, 1294 f; v. 12. 7. 1979 – III ZR 18/78, DNotZ 1980, 344, 348 f mit zustimmender Anmerkung von Wolfsteiner S. 352; Staudinger/Wufka, BGB 12. Aufl. § 313 Rdn. 123 f; BGB-RGRK/Ballhaus, 12. Aufl. 1974 – 1976 § 313 Rdn. 60; Korte DNotZ 1984, 82, 84, 88 f; a. A. aufgrund rechtskonstruktiver Erwägungen Staudinger/Dilcher

a.a.O. § 139 Rdn. 21; woghl auch MünchKomm/Thiele, BGB 2. Aufl. § 164 Rdn. 94; Bedenken äußert ferner BGB-RGRK/Steffen, 12. Aufl. Rdn. 5 vor § 164). Der maßgebliche Verknüpfungswille ist aufgrund der Erklärungen und der Interessenlage der Vertragschließenden mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu ermitteln (BGH, Urt.v. 7.12.1989 – VII ZR 343/88, WM 1990, 764, 766). Ob ein beurkundungsbedürftiges Rechtsgeschäft vorliegt, hat im Einzelfall der Tatrichter zu entscheiden (BGHZ 76, 43, 49 m.w.N.; 78, 346, 349; 101, 393, 397; BGH, Urt.v. 10.10.1986 – V ZR 247/85, WM 1987, 215, 216; v. 7.12.1989 – VII ZR 343/88, a.a.O.).

Aufgrund der Verweisung im Berufungsurteil hat der Tatrichter auch im vorliegenden Fall berücksichtigt, daß die Vollmacht zur Durchführung des BuV-Vertrages zwingend erforderlich war. Die vom Beklagten beurkundete Vollmacht nahm im Vorspann sowie unter Nr. 1 ausdrücklich auf den BuV-Vertrag Bezug und legte den Zusammenhang durch die Worte offen, „dies vorausgeschickt, erteilt der VG der AMB Vollmacht ...“. Nach § 1 Abs. 1 Satz 2 des BuV-Vertrages war diesem ein Muster der abzuschließenden Vollmacht beigelegt.

Daraus konnte der Tatrichter trotz der äußerlichen Trennung der beiden Urkunden den Schluß ziehen, sie seien unteilbar voneinander abhängig, weil bei dem geplanten Abschreibungsmodell nur die Gesamtheit aller Einzelregelungen die beiderseits angestrebten wirtschaftlichen Vorteile erbringen konnte.

2. Auf diese Verknüpfung mit dem BuV-Vertrag hätte nach Ansicht des Berufungsgerichts der Beklagte die Eltern des Klägers bei der Beurkundung der Vollmacht gemäß § 17 Abs. 2 Satz 1 BeurkG hinweisen müssen. Es hat angenommen, die Verknüpfung der Vollmacht mit dem BuV-Vertrag sei objektiv erkennbar gewesen, und eine Fahrlässigkeit des Beklagten wie folgt begründet: Die Frage, ob eine an sich abstrakte Vollmacht mit Rücksicht auf § 139 BGB von der Unwirksamkeit des zugrundeliegenden Rechtsgeschäfts erfaßt werden könne, sei bereits Gegenstand früherer Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gewesen. Die Bedenken gegen die Formunwirksamkeit des BuV-Vertrages hätten sich unmittelbar aus § 313 BGB ergeben, dessen Voraussetzungen der beklagte Notar kritisch hätte prüfen müssen.

Das hält den Angriffen der Revision im Ergebnis ebenfalls stand.

- a) § 17 Abs. 1 BeurkG soll unter anderem möglichst gewährleisten, daß der Notar eine rechtswirksame Urkunde errichtet. Seine Pflicht zur Rechtsbelehrung geht deshalb grundsätzlich – nur – so weit, wie eine Belehrung für das Zustandekommen einer formgültigen

Urkunde erforderlich ist, die den wahren Willen der Beteiligten vollständig und unzweideutig in der für das beabsichtigte Rechtsgeschäft richtigen Form rechtswirksam wiedergibt (Senatsurt. v. 3. 7. 1986 – IX ZR 51/85, ZIP 1986, 1328, 1331 m.w.N.; v. 29. 10. 1987 – IX ZR 181/86, NJW 1988, 1143, 1144; v. 11. 2. 1988 – IX ZR 77/87, ZIP 1988, 696, 697; Haug, Die Amtshaftung des Notars Rdn. 411, 465; Arndt, BNotO 2. Aufl. § 17 BeurkG Anm. II 3.4.2 in Anh. zu § 19 BNotO). Der Notar braucht zwar nicht „ins Blaue hinein“ zu belehren. Er muß aber jedenfalls auf Bedenken gegen die Rechtswirksamkeit des beabsichtigten Geschäfts eingehen, die sich aus den eigenen Angaben der Beteiligten und den von ihnen vorgelegten Urkunden oder Urkundsentwürfen unmittelbar ergeben.

Bedenken in diesem Sinne drängten sich hier aufgrund des vorgedruckten Musters der Vollmachtsurkunde der AMB auf, das der Beklagte zur Grundlage seiner Beurkundung gemacht hat. Sie drückte die Grunderwerbsabsicht der Eltern des Klägers aus und enthielt die (oben unter 1 b) bezeichneten Hinweise auf den BuV-Vertrag, dessen Verwirklichung sie erklärtermaßen dienen sollte. Damit waren objektiv hinreichende Umstände für die Besorgnis erkennbar, die Vollmacht könne mit dem BuV-Vertrag auch rechtlich zusammenhängen (§ 139 BGB). Für die dann gemäß § 313 Satz 1 BGB zugleich erforderliche Beurkundung dieses Vertrages bot die Vollmachtsurkunde keinen Anhaltspunkt. Damit stehen die tatsächlichen Voraussetzungen für eine Klärungsbedürftigkeit des Sachverhalts in dieser Hinsicht (§ 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG) fest. Soweit für die Errichtung einer rechtswirksamen Urkunde die Aufklärung bestimmter Voraussetzungen tatsächlicher Art erforderlich ist, hat der Notar die Beteiligten zu befragen (RG JW 1936, 2535; Arndt a.a.O. § 17 BeurkG Anm. 3.2; Huhn/v. Schuckmann, BeurkG 2. Aufl. § 17 Rdn. 25; Jansen, FGG 2. Aufl. Bd. III § 17 BeurkG Rdn. 6; BGB-RGRK/Kreft 12. Aufl., § 839 Rdn. 416; Haug a.a.O. Rdn. 472; vgl. auch BGH, Urt. v. 3. 11. 1955 – III ZR 51/54, LM BGB § 839 [FF] Nr. 2). Das verstößt nicht gegen seine Pflicht zur Unparteilichkeit (§ 14 Abs. 1 Satz 2 BNotO). Unstreitig hat der Beklagte dies hier unterlassen und sich insbesondere den BuV-Vertrag nicht vorzeigen lassen.

- b) Das war fahrlässig (§ 276 Abs. 1 Satz 1 u. 2 BGB). Der Beklagte hat die Aufklärung – und daran anschließend die erforderliche Belehrung – nach seiner Darstellung unterlassen, weil er die Vollmacht für ein abstraktes Rechtsgeschäft gehalten hat, dessen rechtlicher Bestand von Mängeln des Grundgeschäfts nicht berührt werde. Damit hat er die Tragweite des § 139 BGB verkannt.

Über die für die Ausübung seines Berufs erforderlichen Rechtskenntnisse muß der durchschnittlich pflichtbewußte und gewissenhafte Notar verfügen. Er hat sich jedenfalls über die Rechtsprechung der obersten Gerichte, die in den amtlichen Sammlungen und den für seine Amtstätigkeit wesentlichen Zeitschriften veröffentlicht ist, unverzüglich zu unterrichten (Arndt a.a.O. § 19 BNotO Anm. II 2.4.3; Haug a.a.O. Rdn. 71, 76 f; Grunau DNotZ 1937, 367, 381) sowie die üblichen Erläuterungsbücher auszuwerten (BGH, Urt.v. 15. 1. 1962 – III ZR 177/60, LM § 19 BNotO Nr. 1). Danach hätte der Beklagte hier vor der – nicht sonderlich eilbedürftigen – Beurkundung der Vollmacht die (oben unter 1 b zitierte) einschlägige veröffentlichte Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs bis zum Jahre 1974 bei der Beurkundung im Jahre 1978 berücksichtigen müssen. Ferner gab es auch schon zu dieser Zeit in der Literatur gewichtige Stimmen, welche sich für die mögliche Verknüpfung der Vollmacht mit dem Grundgeschäft im Rahmen von § 139 BGB aussprachen (BGB-RGRK/Ballhaus a.a.O.). Der Beklagte hätte sich deshalb nicht mit Literaturmeinungen begnügen dürfen, die allgemein die Abstraktheit der Vollmacht hervorhoben (vgl. dazu Seybold/Hornig, BNotO 5. Aufl. § 19 Rdn. 39 a.E.). Bei der gebotenen umfassenden, unvoreingenommenen Prüfung hätten sich ihm mindestens so viele Zweifel an der Rechtswirksamkeit der von ihm zu beurkundenden Vollmacht aufdrängen müssen, daß er darauf wegen des Gebots, den nach den Umständen sichersten Weg zu gehen (RGZ 148, 321, 325; BGHZ 27, 274, 276; 56, 26, 28; BGH, Urt.v. 12. 7. 1977 – VI ZR 61/76, WM 1977, 1259; Arndt a.a.O. § 14 BNotO Anm. II B 2.2; Haug a.a.O. Rdn. 83 ff), hätte hinweisen müssen (vgl. BGH, Urt.v. 13. 11. 1973 – VI ZR 145/71, DNotZ 1974, 296, 300 ff).

Es kommt hinzu, daß bis zum Sommer 1978 gerade die Problematik der Belehrungsbedürftigkeit von Anlegern im Rahmen der Bauherrenmodelle insgesamt öffentlich diskutiert wurde (Reithmann/Brych/Manhart, Kauf vom Bauträger 2. Aufl. 1977 Rdn. 37; vgl. auch Palandt/Heinrichs, BGB 37. Aufl. 1978 § 313 Anm. 5, a.E.; Erman/Battes, BGB 6. Aufl. 1975 § 313 Rdn. 23). Sie war Gegenstand besonderer Erörterungen auf dem 19. Deutschen Notartag 1973 in Hannover gewesen (Tiffert in Sonderheft DNotZ zu diesem Anlaß S. 129, 145 ff; Wolfsteiner a.a.O. S. 160 und Rodert a.a.O. S. 161). Erste landgerichtliche Entscheidungen hatten die Beurkundungsbedürftigkeit insbesondere des Betreuungsvertrages bejaht (LG Nürnberg-Fürth MittBayNot 1977, 143, 144; LG Traunstein MittBayNot 1978, 52, 53).

Dagegen entlastet es den Beklagten nicht, daß erst in Veröffentlichungen vom Jahre 1979 an die Anwendung des § 139 BGB gerade auf die in Bauherrenmodellen erteilte Vollmacht befürwortet wurde (MünchKomm/Kanzleiter, BGB 1. Aufl. 1979 § 313 Rdn. 42 a.E.; Petersen FWW 1980, 7,

10 f; Wolfsteiner a.a.O. DNotZ 1979, 579, 593 f; Brych DB 1979, 1589, 1590 f Fußn. 20) und es noch länger dauerte, bis Notarkammern in Rundschreiben über negative Erfahrungen mit unzulänglichen Belehrungen berichteten. Der Notar muß sich zur Erfüllung seiner Aufgabe selbst rechtlich zuverlässig einarbeiten und darf sich nicht darauf berufen, in seiner Praxis bisher nicht behandelte Rechtsgebiete nicht hinreichend zu kennen. Nimmt er hierin eine Beurkundung vor, so muß er sich die erforderlichen Rechtskenntnisse eigenverantwortlichen aneignen (ebenso Haug a.a.O. Rdn. 69). Deshalb waren hier auch die unter Beweis gestellten Behauptungen des Beklagten unerheblich, im Jahre 1978 sei bei sämtlichen Bauherrenmodellen gleichermaßen wie hier verfahren worden; Zweifel seien in der Rheinischen Notarkammer erstmals am 17. 11. 1979 und in der Notarkammer Celle nicht vor 1980 aufgetaucht.

- c) Entgegen der Meinung der Revision kann der Beklagte sich nicht durch den Hinweis auf das Urteil des Oberlandesgerichts Frankfurt vom 26. 9. 1990 (17 U 195/88 = IX ZR 238/90 BGH) entschuldigen. Dieses Gericht hat ebenfalls ein schuldhaftes Fehlverhalten des die Vollmacht beurkundenden Notars angenommen und lediglich die Ursächlichkeit dieser Handlung für den eingetretenen Schaden verneint.

3. Ferner kommt es für die Amtspflichtverletzung des Beklagten nicht auf die Frage an, ob die Formungültigkeit des BuV-Vertrages durch den nachträglichen notariellen Abschluß des Grundstückskaufvertrages am 16. 8. 1979 geheilt worden ist.

Zwar kann ein gemäß § 313 BGB beurkundungsbedürftiger, formungültiger Vorvertrag in entsprechender Anwendung des § 313 Satz 2 BGB schon durch den formgültigen Abschluß desjenigen Grundstückskaufvertrages geheilt werden, der Inhalt der vorvertraglichen Verpflichtung war (vgl. RGZ 169, 185, 189 ff; BGHZ 82, 398, 403 f m. Anm. von Wolfsteiner DNotZ 1982, 436, 437; ferner auch BGH, Urt. v. 28. 1. 1987 – IVa ZR 45/85, NJW 1987, 1628; zweifelnd Hagen DNotZ 1984, 267, 291); die Eintragung im Grundbuch ist nicht erforderlich. Eine Heilung könnte hier aber schon daran scheitern, daß wegen der Nichtigkeit der Vollmacht (s. o. 1) auch die für die Erwerber abgegebenen Verpflichtungs- sowie Auflassungserklärungen unwirksam waren und ein solcher Mangel im Rahmen von § 313 Satz 2 BGB grundsätzlich nicht geheilt wird (vgl. RGZ 94, 147, 150; BGH, Urt. v. 25. 5. 1960 – V ZR 2/59, zitiert in DNotZ 1963, 672; v. 21. 5. 1965 – V ZR 156/64, DNotZ 1966, 92, 96; v. 8. 11. 1968 – V ZR 60/65, DNotZ 1969, 350, 352; Palandt/

Heinrichs, BGB 51. Aufl. § 313 Rdn. 46 f; Wolfsteiner in Anm. DNotZ 1982, 436, 438 – dagegen Brambring in Anm. DNotZ 1978, 149, 151; Petersen FWW 1980, 7, 13 fl.

Letztlich kommt es darauf nicht entscheidend an. Sogar wenn eine Heilung der im BuV-Vertrag begründeten Verpflichtung zum Grundstückskauf angenommen würde, änderte das an der vom Beklagten bereits am 11. 8. 1978 begangenen Amtspflichtverletzung nichts mehr. Die dem Notar durch § 17 BeurkG auferlegte Belehrungspflicht soll schon den Zustand der anfänglichen Unwirksamkeit bis zu einer möglichen nachträglichen Heilung des beurkundeten Rechtsgeschäfts vermeiden. Der Notar darf es danach gar nicht erst zur Gefährdung des von ihm beurkundeten Geschäfts kommen lassen, die dann nur noch durch ein selbständiges Ereignis – die Heilung – beseitigt werden kann. Diese wäre hier zudem durch einen Umstand eingetreten, der keine vorherige notarielle Belehrung der Eltern des Klägers persönlich voraussetzte. Gerade das soll § 17 Abs. 1 BeurkG in dem für die Beurkundung des Erstgeschäfts nötigen Umfange verhindern (s. u. B II).

II.

Das Berufungsgericht hat gemeint, die vom Beklagten begangene Amtspflichtverletzung habe den Schaden verursacht, den die Eltern des Klägers erlitten haben. Es hat ausgeführt: Hätte der Beklagte die Eltern des Klägers über die Formbedürftigkeit des BuV-Vertrages, jedenfalls aber über nachhaltige Bedenken gegen einen privatschriftlichen Abschluß dieses Vertrages und die daraus gemäß § 139 BGB folgende Gefahr für die Wirksamkeit der von ihm zu beurkundenden Vollmacht belehrt und hätte er damit pflichtgemäß den Rat verbunden, den BuV-Vertrag (vorsichtshalber) in notarieller Form abzuschließen, dann hätten die Eltern des Klägers zwar nicht schon allein wegen der Formbedenken als solcher vom BuV-Vertrag Abstand genommen, wohl aber nach einer eingehenden notariellen Belehrung über die Risiken des von ihnen beabsichtigten Geschäfts. Für die notarielle Beurkundung des BuV-Vertrages hätte der beurkundende Notar – entweder der Beklagte oder ein anderer – für das zu erwerbende Grundstück den Grundbuchinhalt feststellen und sodann auf die eingetragenen Belastungen sowie die rechtlichen und wirtschaftlichen Risiken des Vertrages hinweisen müssen. Dann hätten die Eltern des Klägers erhebliche Bedenken gegen den notariellen Neuabschluß des BuV-Vertrages bekommen. Ein verständiger und besonnener Bauherr hätte angesichts der aufgezeigten Risiken und Bedenken aller Wahrscheinlichkeit nach von dem hier fraglichen Projekt Abstand genommen. Diese festgestellte Wahrscheinlichkeit zu entkräften, wäre

Aufgabe des Beklagten gewesen. Das sei ihm nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme nicht gelungen.

Diese Ausführungen beruhen in mehrfacher Hinsicht auf Rechtsirrtum.

1. Schon der materiell-rechtliche Ausgangspunkt trifft nicht zu.

- a) Das Berufungsgericht scheint davon auszugehen, die Eltern des Klägers hätten zunächst eine notarielle Beurkundung des BuV-Vertrages angestrebt. Es kommt hierzu aber nur aufgrund der Annahme (BU S. 21), der Beklagte hätte ihnen das anraten müssen. Er war jedoch von Rechts wegen nicht gehalten, den Eltern des Klägers den Rat zu erteilen, den BuV-Vertrag (vorsichtshalber) in notarieller Form abzuschließen. Statt dessen hätte der Beklagte die Beurkundung der Vollmacht ablehnen müssen, wenn er von ihrer Unwirksamkeit überzeugt gewesen wäre. Hätte er andererseits bei pflichtgemäßem Verhalten nur Zweifel an der Wirksamkeit bekommen, so ging seine Pflicht nach § 17 Abs. 2 Satz 1 BeurkG allein dahin, die Bedenken mit den Beteiligten zu erörtern. Er konnte es dann den Eltern des Klägers überlassen, welche Folgerungen sie aus diesem Hinweis zogen. Einen bestimmten Rat brauchte er nicht zu erteilen; ein solcher hätte im Hinblick auf die Neutralitätspflicht des Notars (§ 14 Abs. 1 Satz 2 BNotO) sogar bedenklich erscheinen können.

Das Berufungsgericht hätte deshalb drei mögliche Folgerungen aus einem pflichtgemäßen Verhalten des Beklagten in Betracht ziehen können: Entweder – im Falle der Weigerung des Beklagten – hätten sie vom Projekt Abstand genommen oder einen anderen Notar zur Beurkundung der Vollmacht aufgesucht, wobei dessen mutmaßliches Verhalten offen ist. Hätte andererseits der Beklagte nur Zweifel an der Wirksamkeit der Beurkundung geäußert, so hätten die Eltern des Klägers entweder auf der Beurkundung bestehen können (§ 17 Abs. 2 Satz 2 BeurkG) oder sie wären auf die Bedenken eingegangen. Dann hätten sie wiederum entweder vom Projekt endgültig Abstand nehmen oder auf eine Beurkundung auch des BuV-Vertrages hinwirken können. In jedem Falle lagen diese Entscheidungen bei ihnen, ohne daß der beklagte Notar insoweit hätte Einfluß nehmen müssen.

- b) Ferner wäre ein den BuV-Vertrag beurkundender Notar nicht verpflichtet gewesen, das Grundbuch einzusehen und die Eltern des Klägers auf die eingetragenen Grundstücksbelastungen hinzuweisen. § 21 Abs. 1 Satz 1 BeurkG gilt nur für Geschäfte, die im Grundbuch eingetragene Rechte zum Gegenstand haben. Dazu zählt zwar noch das schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft, das sich

unmittelbar auf ein solches Recht bezieht (Arndt a.a.O. § 21 BeurkG Anm. II 2; Jansen, FGG 2. Aufl. Bd. III § 21 BeurkG Rdn. 4; Keidel, FGG 12. Aufl. Teil B § 21 BeurkG Rdn. 3; Reithmann/Röll/Geßele, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung 5. Aufl. Rdn. 202 a. E.). Damit ist aber nach der Anlage des Gesetzes schon sichergestellt, daß vor der Begründung einer solchen Verpflichtung in jedem Falle einmal – vorbehaltlich der Möglichkeit des § 21 Abs. 1 Satz 2 BNotO – der Grundbuchstand zugunsten der Interessenten festgestellt wird. Grundsätzlich hat der Notar nicht selbst den einem Urkundsgeschäft zugrundeliegenden Sachverhalt zu erforschen, sondern kann sich insoweit auf die Angaben der Beteiligten verlassen. Eine Ausnahme kannte § 36 BNotO a. F. ursprünglich nur für die Beurkundung einer Auflassung oder die Bestellung oder Übertragung eines grundstücksgleichen Rechts; vor einem solchen Geschäft sollte der Notar das Grundbuch einsehen. Bei allen anderen Geschäften, die im Grundbuch eingetragene Rechte zum Gegenstand hatten – also auch bei Verpflichtungsgeschäften (vgl. Seybold/Hornig, BNotO 4. Aufl. § 35 Rdn. 2, 2. Abs.) – genügte es nach § 35 BNotO a. F., wenn der Notar sich über die zuverlässige Kenntnis der Beteiligten vergewisserte. Mit der Neufassung durch § 21 Abs. 1 BeurkG sollte insbesondere sichergestellt werden, daß „bei Abschluß des schuldrechtlichen Vertrages . . . der Notar den Grundbuchinhalt kennt . . . , um seine Belehrungspflicht erfüllen zu können; auch sollen Urkunden, die nicht vollziehbar sind, tunlichst vom Grundbuchamt ferngehalten werden“ (amtliche Begründung der Bundesregierung zu § 21 Abs. 1 des Entwurfs eines Beurkundungsgesetzes, BT-Drucks. V/3282 S. 32 ff.). Ein schuldrechtlicher Vertrag ist nach allgemeinem Sprachgebrauch nur ein solcher, der eine **rechtliche** Verpflichtung – hier: mit Bezug auf ein im Grundbuch eingetragenes Recht – begründet. Der bloß mittelbar wirkende wirtschaftliche Zwang, der durch ein Rechtsgeschäft ausgelöst wird, genügt in diesem Zusammenhang aus Gründen der Rechtsklarheit nicht (ebenso Haug a.a.O. Rdn. 515). Eine solche Urkunde ist für das Grundbuchamt nicht vollziehbar. Die erforderliche Belehrung zum Schutz der Beteiligten kann der Notar erbringen, indem er sich vergewissert, ob sie den Grundbuchstand kennen, und eine vorherige Erkundigung anregt, wenn das nicht der Fall ist.

Allerdings führt die Aufspaltung der verschiedenen Erwerbsvorgänge im Rahmen von Bauherrenmodellen im allgemeinen dazu, daß der Interessent sich beim Grundstückskauf durch den Treuhänder vertreten läßt. Steht dieser wirtschaftlich auf der Seite des Verkäufers und teilt er deshalb den ihm bekannten Grundbuchstand treuwidrig dem Interessenten nicht mit, so ist dessen Schädigung nicht ausgeschlossen. Einen Schutz vor dem Mißbrauch der Vertretungsmacht auf der Seite eines Beteiligten bezweckt § 21 Abs. 1 BeurkG jedoch nicht. Besondere Umstände, die im Einzelfalle

die wirtschaftlichen Interessen eines Beteiligten erkennbar gefährden, können nach dem System des Beurkundungsrechts die Belehrungspflichten des Notars, nicht aber die gesetzlich umrissene, den Notar belastende besondere Pflicht zur Grundbucheinsicht erweitern. Sie stellen einerseits den das **Kaufgeschäft** beurkundenden Notar vor die Frage, inwieweit ihm Betreuungspflichten nicht nur gegenüber dem erschienenen Treuhänder (§ 6 Abs. 2 BeurkG), sondern auch gegenüber dem Erwerber persönlich obliegen. Darüber hinaus erwächst dem den **Geschäftsbesorgungsvertrag** beurkundenden Notar im Rahmen der erweiterten betreuenden Belehrungspflicht (§ 14 BNotO) die Aufgabe, dem Interessenten die – insbesondere wirtschaftlichen – Gefahren darzustellen, die sich gerade aus der außergewöhnlichen rechtlichen Anlage des Bauherrenmodells ergeben. Dieser Notar mag darauf hinweisen, daß der Treuhandvertrag Mindestsicherungen hinsichtlich der Planungs- und Finanzierungssicherheit sowie Vorkehrungen gegen ungesicherte Vorleistungen an den Verkäufer oder Bauunternehmer enthalten sollte (vgl. II 1 b, c, d und f des – den Parteien bekannten – Rundschreibens des Präsidenten der Rheinischen Notarkammer v. 30. 9. 1982 als Anl. K36 zur Klageschrift = Bl. 160 f GA). Er wird gegebenenfalls darauf zu achten haben, ob die vom Interessenten im Betreuungsvertrag übernommenen Zahlungspflichten den Anforderungen der §§ 2 bis 4 MaBV entsprechen (vgl. Haug a.a.O. Rdn. 350). Endlich sollte er es offenlegen, wenn er den Grundbuchstand nicht kennt. Diesen festzustellen obliegt ihm hingegen nicht.

2. Der zu weitgehende Ansatz des Berufungsgerichts (oben I a u. b) hat mit dazu geführt, daß es – wie die Revision im Ergebnis zutreffend rügt – die Beweislast verkannt hat.

a) Im Rahmen des § 19 BNotO hat der Geschädigte unter anderem zu beweisen, daß der ihm entstandene Schaden in ursächlichem Zusammenhang mit der Amtspflichtverletzung steht (BGH, Urt. v. 5. 3. 1974 – VI ZR 222/72, DNotZ 1975, 367 f m.w.N.; v. 29. 9. 1981 – VI ZR 2/80, VersR 1982, 158, 159; Haug a.a.O. Rdn. 845 m.w.N.). Die tatsächliche Vermutung, daß derjenige, der sich von einem Fachmann beraten läßt, im allgemeinen dessen Rat befolgen wird (BGH, Urt. v. 5. 11. 1962 – III ZR 91/61, VersR 1963, 60, 62; v. 29. 3. 1983 – VI ZR 172/81, NJW 1983, 1665, 1666; Senatsurt. v. 30. 10. 1984 – IX ZR 6/84, VersR 1985, 83, 85; Haug a.a.O. Rdn. 858; Rinsche, Die Haftung des Rechtsanwalts und des Notars 3. Aufl. Anm. 1148), reicht jedenfalls nicht weiter als der geschuldete Rat selbst. Hingegen unterliegen entferntere Folgeentschlüsse des Ratsuchenden den allgemeinen Beweisregeln. Besteht also nicht nur eine einzige

verständige Entschlußmöglichkeit – beispielsweise die anzuzeigende Gefahr zu meiden –, sondern stehen mehrere Handlungsweisen als naheliegend offen und bergen sämtliche von ihnen gewisse Risiken oder Nachteile in sich, die zu gewichten und gegenüber den Vorteilen abzuwägen sind, so gibt es keinen Anscheinsbeweis. Nur wenn im Falle der Verletzung der Beratungspflicht feststeht, daß der Schaden vermieden worden wäre, falls der sachgemäße Rat gegeben und **befolgt** worden wäre, ist der Berater für seine Behauptung beweispflichtig, daß der Beratene sich nicht an den Rat gehalten hätte (vgl. BGH, Urt. v. 28. 11. 1984 – IVa ZR 224/82, VersR 1985, 265 ff.). Dementsprechend ist jede Beweiserleichterung versagt worden, wenn der Rat nur der Information zur freien Entscheidung dienen sollte (Baumgärtel VersR 1983, 450, 451 im Anschluß an BGH, Urt. v. 17. 2. 1974 – VII ZR 93/73, VersR 1974, 598, 599) oder soweit es um anderweitige Vermögensdispositionen des Geschädigten aufgrund eines geschuldeten warnenden Hinweises ging (BGH, Urt. v. 13. 4. 1961 – III ZR 28/60, VersR 1961, 610, 611; v. 5. 3. 1974 – VI ZR 222/72, VersR 1974, 782 ff.; v. 28. 9. 1988 – IVa ZR 45/87, NJW-RR 1989, 152, 153; Haug a.a.O. Rdn. 861, vgl. auch Vollkommer, Anwaltshaftungsrecht Rdn. 510 ff.). Soweit keine feste Lebenserfahrung für eine bestimmte Entwicklung spricht, muß auch bei Amtspflichtverletzungen der Geschädigte beweisen, daß sein Schaden durch die Amtspflichtverletzung des Notars verursacht worden ist (BGH, Urt. v. 23. 5. 1960 – III ZR 110/59, WM 1960, 1150, 1151 ff.; v. 5. 3. 1974 – VI ZR 222/72, LM § 282 ZPO [Beweislast] Nr. 27).

Nach den vorangegangenen Ausführungen (oben I a) war der Beklagte nur verpflichtet, in wertneutraler Form auf die mögliche Beurkundungsbedürftigkeit des BuV-Vertrages hinzuweisen. Dafür, wie sich die Eltern des Klägers dann verhalten hätten, gibt es keine Lebenserfahrung.

Wäre mit dem Berufungsgericht davon auszugehen, daß sie sich zunächst entschlossen hätten, auch den BuV-Vertrag beurkunden zu lassen, so mag noch vermutet werden, daß sich der damit betraute Notar pflichtgemäß verhalten hätte (siehe oben I b). Dann wären die Eltern des Klägers aber nur in unparteilicher Form auf die ungeklärte Grundbuchlage sowie auf die allgemeinen Risiken der Vertragsgestaltung bei diesem Bauherrenmodell hingewiesen worden. Ihre Reaktion darauf ist ebenfalls offen. Das Berufungsgericht gibt nicht an, wie es – entgegen dem Bestreiten des Beklagten – den allgemeinen Maßstab des typischen „verständigen und besonnenen“ Interessenten für ein Bauherrenmodell festgestellt hat. Das für Bauherren typische Risiko muß jeder Interessent eingehen, um die erstrebten steuerlichen Vorteile zu erlangen. In der Vergangenheit ist teilweise berichtet worden, gerade diese Interessenten seien eher „unbelehrbar“, weil ihnen die erwarteten steuerlichen Verlust-

zuweisungen nahezu jedes Risiko wert seien (Knur in Sonderheft DNot-Tag 1973 a.a.O. S. 156; vgl. auch Haug a.a.O. Rdn. 860). Insoweit mag bei der Abwägung eine wesentliche Rolle spielen, ob es dem einzelnen Interessenten nachweislich stärker um eine Alterssicherung als um steuerliche Vorteile ging, ohne daß jedoch dieser Gesichtspunkt für sich allein schon einen Anscheinsbeweis begründen könnte. Auch der seriöse Ruf, den die Anlageobjekte der hier fraglichen Art im Jahre 1978 noch genossen haben sollen, kann bedeutsam sein. Welches Gewicht die einzelnen Umstände für die Entscheidung der Eltern des Klägers hatten, hat das Berufungsgericht hier wegen seines rechtlich unzutreffenden Ansatzes nicht festgestellt.

- b) Allerdings hat das Berufungsgericht ebenfalls nicht berücksichtigt, daß es seine Meinung vom Ursachenzusammenhang auf der Grundlage des § 287 Abs. 1 ZPO hätte bilden müssen. Denn im Rahmen des § 19 BNotO – wie des § 839 BGB (vgl. dazu BGH, Urt. v. 22. 5. 1986 – III ZR 237/84, NJW 1986, 2829, 2831) – gehört der Eintritt eines Vermögensschadens in den Bereich der haftungsausfüllenden Kausalität (BGHZ 58, 343, 349 m.w.N.; BGH, Urt. v. 5. 3. 1974 – VI ZR 222/72, a.a.O.; v. 20. 2. 1975 – VI ZR 129/73, VersR 1975, 540, 541; v. 29. 9. 1981 – VI ZR 2/80, VersR 1982, 158, 160; Senatsurt. v. 14. 3. 1985 – IX ZR 26/84, ZIP 1985, 1143, 1146; Haug a.a.O. Rdn. 845; Riederer von Paar DNotZ 1985, 25, 29).

Jedoch läßt sich das Berufungsurteil aufgrund der Vorschrift des § 287 Abs. 1 ZPO ebenfalls nicht aufrechterhalten, weil die in ihm zugrunde gelegten, übertriebenen Anforderungen an den Pflichtenkreis des Notars zugleich den Ansatz für eine Schadensschätzung entscheidend verschieben.

III.

Danach ist das angefochtene Urteil insgesamt aufzuheben (§ 564 ZPO), ohne daß es noch entscheidend auf die weiteren Revisionsrügen ankäme.

B.

Die Klage ist nicht aus anderen Gründen abweisungsreif (§ 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO).

I.

Die Vermögensschäden, deren Ersatz der Kläger begehrt, können grundsätzlich noch in den Schutzbereich des § 19 BNotO fallen. Bei ihrer gegen teiligen Meinung berücksichtigt die Revision nicht, daß das Fehlschlagen

des geplanten Bauherrenmodells keine rein zufällige Folge ohne inneren Zusammenhang mit dem dem Beklagten angelasteten Beurkundungsfehler ist. Die Belehrungspflicht des Notars soll die Beteiligten vor Schäden bewahren, die ihnen aus Unkenntnis vor allem über die rechtlichen Folgen ihres Handelns erwachen (vgl. § 17 Abs. 1 u. 2 BeurkG). Sie soll insbesondere erreichen, daß die Beteiligten sich soweit wie möglich und nötig auch über die gerade darin begründeten wirtschaftlichen Gefahren unterrichten können. Nach der Darstellung des Klägers soll der Beratungsfehler des Beklagten es bewirkt haben, daß die Eltern gerade hinsichtlich der entscheidenden Leistungsfähigkeit der AMB nicht rechtzeitig mißtrauisch geworden sind. Trifft das zu, so stammt der eingetretenen Schaden noch aus dem Bereich derjenigen Gefahren, zu deren Abwehr die verletzte Pflicht bestimmt war (vgl. dazu BGH, Urt. v. 3. 12. 1991 – XI ZR 300/90, WM 1992, 133, 134 ff.).

Daran würde sich auch nichts ändern, wenn die Unwirksamkeit des BuV-Vertrages durch den Abschluß des Grundstückskaufvertrages geheilt worden wäre (siehe oben A I 3). Denn hierbei wurden die Eltern des Klägers durch die AMB vertreten, so daß sie persönlich gemäß §§ 6 Abs. 2, 17 Abs. 1 BeurkG nicht mehr beraten wurden. Der Vorgang, an den § 313 Satz 2 BGB die Herstellung der vollen rechtlichen Wirkung der Urkunde knüpft, hätte also wegen der Aufspaltung der Verträge gerade nicht diejenige Gefahr beseitigt, vor welcher die vom Beklagten geschuldete Belehrung zuvor gegebenenfalls hätte schützen sollen.

II.

Der Kläger hat hinreichend dargetan, daß seinen Eltern kein anderweitiger Ersatzanspruch (§ 19 Abs. 1 Satz 2 BNotO) gegen ihren Steuerberater zusteht. Da dieser kein Rechtsberater ist, brauchte er nicht zu überwachen, in welcher Form BuV-Vertrag und Vollmacht zu beurkunden waren. Ihm oblag weder eine Grundbucheinsicht noch war er – im Gegensatz zum Beklagten – gehalten, auf Risiken aus der **rechtlichen** Konstruktion des BuV-Vertrages hinzuweisen. Es besteht kein Anhaltspunkt, daß ihm die Zahlungsschwierigkeiten der AMB rechtzeitig erkennbar geworden wären. Soweit er zu Unrecht **steuerliche Vorteile** in Aussicht gestellt haben soll, fielen der hier geltend gemachte Schaden aufgrund des wirtschaftlichen Zusammenbruchs der AMB nicht mehr in den Schutzbereich einer solchen Vertragsverletzung.

III.

Nach dem Klagevortrag ist der Ersatzanspruch nicht verjährt. Die dreijährige Verjährungsfrist nach § 19 Abs. 1 Satz 3 BNotO und § 852 Abs. 1

BGB beginnt mit der Kenntnis des Verletzten vom Schaden und von der Person des Ersatzpflichtigen. Sogar wenn man davon ausgeht, daß die Eltern des Klägers schon vor ihrem Anwaltsschreiben vom 17.12.1984 an den Beklagten dessen schuldhaften Beurkundungsfehler kannten, muß sich die Kenntnis im Hinblick auf § 19 Abs. 1 Satz 2 BNotO bei nur fahrlässigen Amtspflichtverletzungen auch auf das Fehlen einer anderweitigen Ersatzmöglichkeit erstrecken (BGHZ 102, 246, 248 f; BGH, Urt.v. 10.6.1983 – V ZR 4/82, VersR 1983, 784 f jeweils m.w.N.).

Eine solche hätte hier gegen die AMB bestanden, wenn diese leistungsfähig gewesen wäre. Nach dem Klagevorbringen ergab sich deren wirtschaftlicher Zusammenbruch jedenfalls nicht vor ihrem Vergleichsantrag im Juli 1983. Die Auffassung des Beklagten, die Zahlungsschwierigkeiten der AMB seien schon gegen Ende des Jahres 1981 offenbar geworden, setzt zu Unrecht die bloße Erkennbarkeit mit der erforderlichen Kenntnis gleich. Sogar grob fahrlässige Unkenntnis der tatsächlichen Voraussetzungen löst grundsätzlich nicht die Verjährungsfrist nach § 852 BGB aus (BGH, Urt.v. 15.12.1987 – VI ZR 285/86, VersR 1988, 465, 466; v. 10.4.1990 – VI ZR 174/89, VersR 1991, 1032 f). Allenfalls dann, wenn sich der Geschädigte durch einfache zumutbare Erkundigung Kenntnis verschaffen könnte und sich dieser auf der Hand liegenden Erkenntnismöglichkeit verschließt, kann er sich – gemäß dem Rechtsgedanken des § 162 BGB – auf seine Unkenntnis nicht berufen (BGH, Urt.v. 16.5.1989 – VI ZR 251/88, VersR 1989, 914, 915; v. 19.12.1989 – VI ZR 57/89, VersR 1990, 497, 498; v. 6.2.1990 – VI ZR 75/89, BGHR BGB § 852 Abs. 1 „Kenntnis 7“; v. 10.4.1990 – VI ZR 288/89, NJW 1990, 2808, 2810; Senatsurt. v. 17.1.1991 – IX ZR 77/90, NJW 1991, 1172, 1173). Dafür ist hier nichts ersichtlich. Der Kläger hat behauptet, gegen die AMB sei noch etwa um die Mitte des Jahres 1982 erfolgreich vollstreckt worden. Seine Eltern selbst haben die AMB zu Beginn des Jahres 1983 auf Schadenersatz verklagt. Wenn diese Maßnahme sich **rückblickend** als schon aussichtslos erwiesen hat, folgt daraus keine entsprechende frühere Kenntnis der Anspruchsteller.

Hat danach die Verjährungsfrist nicht vor Juli 1983 zu laufen begonnen, so hat der Beklagte mit seinem Schreiben vom 28.6.1985 rechtzeitig vor deren Ende auf die Einrede befristet verzichtet (§ 242 BGB). Vor Ablauf der zugesagten Zeit wurde die Verjährungsfrist sodann nach der behaupteten Abtretung der Ersatzansprüche an den Kläger durch Zustellung des Mahnbescheids am 23.10.1987 unterbrochen. Der vom Beklagten mit Schreiben vom 16.10.1987 erklärte Widerruf des Verzichts änderte daran nichts mehr, weil der Antrag auf Erlass des Mahnbescheids bereits zwei Tage zuvor bei Gericht eingegangen war (§ 693 Abs. 2 ZPO).

C.

Bei der nach alledem erforderlichen erneuten Verhandlung wird das Berufungsgericht die Frage, ob der Vater des Klägers vor seinem Tode seinen Ersatzanspruch rechtswirksam an den Kläger abgetreten hat, selbständig zu prüfen haben.

Notarhaftung

- Verjährungsfrist
- Schadenersatzanspruch
- Entstehungszeitpunkt

(BGH, Urt. v. 2. 7. 1992 – IX ZR 174/91 – WM 92, 1742)

Leitsatz:

Zur Frage, wann die Verjährungsfrist für einen Schadenersatz zu laufen beginnt, der auf der Amtspflichtverletzung eines Notars beruht.

Tatbestand:

Die Klägerin klagt aus abgetretenem Recht ihres Sohnes I. H. (im folgenden: Zedent).

Der beklagte Notar beurkundete am 7. 6. 1971 einen Ehevertrag zwischen dem Zedenten und seiner damaligen Ehefrau, in dem die Eheleute für ihre wenige Tage zuvor geschlossene Ehe den Güterstand der Gütertrennung vereinbarten. Die am 12. 1. 1951 geborene Ehefrau war nach damaligem Recht zur Zeit des Vertragsschlusses noch minderjährig. Dieser bei der Beurkundung nicht bedachte Umstand hatte die schwebende Unwirksamkeit des Ehevertrages zur Folge.

Am 17. 9. 1986 wurde die Ehe geschieden; das Urteil ist seit dem 30. 10. 1986 rechtskräftig. Die Ehefrau verlangte mit Anwaltsschreiben vom 15. 4. 1986 unter Berufung auf die Unwirksamkeit des Ehevertrages die Zahlung eines Zugewinnausgleichs. Im Juni 1987 erhob sie Klage auf Auskunft über den Bestand des Endvermögens des Zedenten. Die Klage war in beiden Instanzen erfolgreich. Das rechtskräftige Urteil des Oberlandesgerichts erging am 3. 10. 1988. Der Zedent zahlte einen Zugewinnausgleich von 152.548,18 DM; durch den Vorprozeß entstanden ihm Kosten von 13.768,69 DM.

Mit der am 31. 10. 1989 bei Gericht eingegangenen Klage hat die Klägerin zuletzt Ersatz eines Schadens von 166.316,87 DM verlangt. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat ihr stattgegeben. Mit der Revision erstrebt der Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Aus den Gründen:

Die Revision hat Erfolg.

Ob das Berufungsgericht mit Recht der Ansicht war, der Beklagte habe es pflichtwidrig versäumt, die Geschäftsfähigkeit der Ehefrau des Zedenten zu prüfen, kann dahinstehen. Denn das Berufungsgericht hat zu Unrecht die vom Beklagten erhobene Einrede der Verjährung nicht durchgreifen lassen. Es hat eine Verjährung der Klageforderung mit folgenden Erwägungen verneint: Die Führung des Vorprozesses über den Zugewinnausgleich habe eine anderweitige Ersatzmöglichkeit im Sinne des § 19 Abs. 1 Satz 2 BNotO dargestellt. Solange dieser Prozeß nicht entschieden gewesen sei, habe das Fehlen einer anderweitigen Ersatzmöglichkeit nicht festgestanden. Deshalb habe die dreijährige Verjährungsfrist des § 852 BGB nicht vor Erlaß des erstinstanzlichen Urteils in dem Vorprozeß zu laufen begonnen.

Hiergegen wendet sich die Revision mit Erfolg.

1. Schadenersatzansprüche wegen Amtspflichtverletzung eines Notars verjähren nach § 19 Abs. 1 BNotO in Verbindung mit §§ 839, 852 BGB in drei Jahren. **Gemäß § 852 Abs. 1 BGB beginnt die Verjährungsfrist mit der Kenntnis des Geschädigten von dem Schaden und der Person des Ersatzpflichtigen. Voraussetzung für den Beginn der Verjährungsfrist des § 852 BGB ist allerdings, daß der Ersatzanspruch bereits entstanden ist** (BGH, Urt. v. 8. 10. 1957 – VI ZR 212/56, NJW 1957, 1926; BGB-RGRK/Kreft, 12. Aufl. § 852 Rn. 1). Von dem Grundsatz des § 198 BGB, daß die Verjährung eines Anspruchs mit seiner Entstehung beginnt, weicht § 852 BGB nur insofern ab, als er den Beginn der kurzen Verjährung auf den Zeitpunkt der Kenntniserlangung von diesem Anspruch hinausschiebt. Wenn das Gesetz auf die Kenntnis des Verletzten von dem Schaden und der Person des Ersatzpflichtigen abstellt, so geht es hierbei von dem Bestehen des Ersatzanspruchs gegen den Pflichtigen aus (BGH a.a.O.).

Die Entstehung eines Schadenersatzanspruchs ist dann zu bejahen, wenn ein Schaden dem Grunde nach eingetreten ist, wenn also die Vermögenslage des Betroffenen sich verschlechtert hat, mögen auch Umfang und Höhe sowie die Endgültigkeit der Beeinträchtigung noch

ungewiß sein (vgl. BGHZ 100, 228, 231 f.; 114, 150 152 f.). Ist hingegen noch offen, ob ein pflichtwidriges, mit einem Risiko behaftetes Verhalten zu einem Schaden führt, ist der Anspruch nicht entstanden und somit eine Verjährungsfrist nicht in Lauf gesetzt, mag auch gemäß § 256 ZPO eine Feststellungsklage mit dem Ziel erhoben werden können, die Verpflichtung zur Leistung künftigen Schadenersatzes festzustellen (BGHZ 100, 228, 232).

2. Im vorliegenden Fall begann die Verjährungsfrist am 30.10.1986 zu laufen.

a) An diesem Tage ist das Scheidungsurteil rechtskräftig geworden. Damit endete der Güterstand der Zugewinnngemeinschaft und entstand gemäß § 1378 Abs. 3 Satz 1 BGB der Anspruch der geschiedenen Ehefrau auf Zugewinnausgleich.

Die darin liegende Minderung des Vermögens des Zedenten ließ wiederum den Ersatzanspruch gegen den Beklagten entstehen.

b) Am 30.10.1986 hatte der Zedent auch Kenntnis vom Schaden. Bereits mit Anwaltsschreiben vom 15.4.1986 hat die Ehefrau des Zedenten einen Anspruch auf Zugewinnausgleich geltend gemacht. Zur Begründung hat sie darauf verwiesen, der Ehevertrag sei wegen Formmangels nichtig, und die Parteien hätten somit im Güterstand der Zugewinnngemeinschaft gelebt. In einem Schriftsatz vom selben Tage in dem Ehescheidungsverfahren hat der Vertreter der Ehefrau weiterhin darauf hingewiesen, daß seine Mandantin bei Abschluß des Ehevertrages noch nicht volljährig war, und der Vertrag somit mangels Zustimmung der gesetzlichen Vertreter unwirksam sei. Damit waren dem Zedenten diejenigen Tatsachen bekannt, aus denen sich seine Verpflichtung zur Zahlung eines Zugewinnausgleichs ergab.

Ob sein Prozeßbevollmächtigter ihm das Datum der Zustellung des Scheidungsurteils mitgeteilt hat, ist nicht festgestellt. **Der Zedent muß sich aber die Kenntnis seines Anwalts als Wissensvertreter zurechnen lassen.** Das gilt insbesondere dann, wenn der Anwalt – wie im vorliegenden Falle – damit beauftragt ist, die den Schaden auslösenden Ansprüche abzuwehren (vgl. BGH, Urt.v. 16.5.1989 – VI ZR 251/88, NJW 1989, 2323).

Daß der Zedent sich seiner Ehefrau gegenüber auf den Standpunkt gestellt hat, diese habe den Ehevertrag später genehmigt, steht seiner Kenntnis vom Schaden nicht entgegen. **Für den Verjährungsbeginn entscheidend ist eine Kenntnis der Tatsachen, die bei richtiger**

Verknüpfung und rechtlicher Subsumtion die Feststellung der Ersatzpflicht einer bestimmten Person erlauben; ob der Geschädigte die ihm bekannten Tatsachen zutreffend rechtlich würdigt, ist dagegen unerheblich (BGH, Urt.v. 15. 12. 1987 – VI ZR 285/86, VerS 1988, 465, 466; v. 19. 3. 1991 – VI ZR 248/90, NJW 1991, 2351). Die Tatsachen, aus denen sich die Nichtigkeit des Ehevertrages ergab, waren dem Zedenten bekannt. Wenn er demgegenüber den durch keine konkreten Tatsachen untermauerten Standpunkt einnahm, seine Frau habe den Vertrag stillschweigend genehmigt, weil sie immer von seiner Gültigkeit ausgegangen sei, so stellt das eine – unzutreffende – Rechtsansicht dar, welche die Kenntnis des Schadens nicht ausschließt.

- c) Schließlich waren dem Zedenten auch die Umstände bekannt, aus denen sich eine Verantwortlichkeit des Beklagten für die Unwirksamkeit des von ihm beurkundeten Vertrages ergab.

Da die Verjährungsfrist somit am 30. 10. 1986 zu laufen begann, war sie bereits verstrichen, als die vorliegende Klage am Dienstag, dem 31. 10. 1989, bei Gericht einging.

3. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts stellte die Führung des Vorprozesses keine anderweitige Ersatzmöglichkeit im Sinne des § 19 Abs. 1 Satz 2 BNotO dar. Mit diesem Prozeß sollte nicht ein dem Zedenten entstandener Schaden ersetzt oder beseitigt werden, er diene vielmehr der rechtskräftigen Feststellung eben dieses Schadens. Wenn der Zedent den Prozeß gewonnen hätte, wäre ihm gar kein Schaden entstanden. Der Grund, weshalb die Verjährungsfrist nicht zu laufen beginnt, solange das Fehlen einer anderweitigen Ersatzmöglichkeit nicht feststeht, liegt darin, daß in diesem Fall eine Klage gegen den Schädiger noch nicht möglich ist, weil das Fehlen der anderweitigen Ersatzmöglichkeit zum klagebegründenden Tatbestand gehört (vgl. BGHZ 102, 246, 248 ff.). **Solange begründete Aussicht auf eine anderweitige Ersatzmöglichkeit besteht, ist eine Schadenersatzklage auch als Feststellungsklage bei fahrlässiger Amtspflichtverletzung nicht schlüssig.** Daß der Schaden des Zedenten noch nicht rechtskräftig festgestellt war, stand jedoch der Zulässigkeit und Schlüssigkeit einer Feststellungsklage gegen den Beklagten nicht entgegen. Selbst ein erst zu erwartender Schaden rechtfertigt bereits die Erhebung einer Klage auf Feststellung der Ersatzpflicht desjenigen, der für diesen Schaden einstehen muß (BGHZ 87, 321, 324; Stein/Jonas/Schumann, ZPO 20. Aufl. § 256 Rn. 46).

Daß der Zugewinnausgleichsanspruch noch nicht endgültig gerichtlich geklärt war, hinderte den Beginn der Verjährungsfrist nicht. Der Zedent war nicht einmal gezwungen, vor Beendigung des Vorprozesses über den Zugewinnausgleich den vorliegenden Schadenersatzanspruch rechts-hängig zu machen, um die Verjährungsfrist zu unterbrechen. Er brauchte vielmehr nur dem Beklagten den Streit zu verkünden (§ 209 Abs. 2 Nr. 4 BGB). Diese Möglichkeit der Verjährungsunterbrechung hat der Gesetzgeber insbesondere deswegen geschaffen, weil der Prozeß, durch den die Voraussetzungen der Regreßpflicht ganz oder zum Teil festgestellt werden, über den Ablauf der für den Regreßanspruch geltenden Ver-jährungsfrist hinaus andauern und so die Geltendmachung dieses Anspruchs gefährden kann (MünchKommBGB/v. Feldmann, BGB 2. Aufl. § 209 Rn. 20). Von der Möglichkeit der Streitverkündung hat der Zedent im vor-liegenden Fall sogar Gebrauch gemacht. Die hierdurch bewirkte Unter-brechung der Verjährung gilt jedoch als nicht erfolgt, weil nicht innerhalb von sechs Monaten nach Beendigung des Vorprozesses die vorliegende Klage erhoben worden ist (§ 215 Abs. 2 BGB).

Schließlich kann die Klägerin sich auch nicht auf das Schreiben der Haft-pflichtversicherung des Beklagten vom 27.4.1987 berufen. Darin ist nur bis zum 30.6.1988 auf die Erhebung der Verjährungseinrede verzichtet worden.

Da die Klageforderung verjährt ist, kann der Senat in der Sache selbst entscheiden und das landgerichtliche Urteil wiederherstellen.

Haftung des Treuhänders

– Aufteilung der Miteigentumsanteile

(OLG Bamberg, Urt. v. 25. 11. 1991 – 4 U 188/91)

Leitsätze (d. Verf.):

1. Hat der Treuhänder die Aufteilung des Grundbesitzes in Sonder-eigentum entsprechend dem Wohnungseigentumsgesetz zu besorgen und wird die schriftliche Aufteilung einschließlich der zeichnerischen Darstellung direkt vom Treugeber vorgenommen, so liegt ein weit über-wiegendes Mitverschulden des Treugebers für eine Falschbeurkun-dung vor.

2. Übernimmt der Treugeber Leistungen des Treuhänders, so muß er diesen darauf hinweisen, wenn er die Verantwortung nicht übernehmen möchte und ihn auffordern, gesonderte Prüfungshandlungen vorzunehmen.

Zum Sachverhalt.

Der Beklagte hatte als vertraglich bestellter Treuhänder für die Bauherrengemeinschaft in W. für eine ordnungsgemäße Aufteilung des Anwesens in Miteigentumsanteile und Bildung eines jeweiligen grundbuchmäßigen Teileigentums zu sorgen. Zu den Bauherren und Miteigentümern gehörte auch die Firma D. St. Diese Firma übermittelte dem Notar Dr. G., welcher vom Beklagten mit der Beurkundung beauftragt war, unmittelbar den Aufteilungsplan und die Zuordnung sowohl des Sondereigentums als auch die Berechnung und die Zuweisung des quotenmäßigen Miteigentums. Diese Vorlagen fanden in der Beurkundung ihren Niederschlag. Die Eigentumsanteile waren den falschen Flächen zugeordnet. Dies wurde von allen Beteiligten, auch vom Beklagten, übersehen und es kam zum entsprechenden fehlerhaften grundbuchmäßigen Vollzug.

Aus den Gründen:

.....

Der Senat tritt nach eigener Überprüfung der Sach- und Rechtslage der Entscheidung des Landgerichtes voll bei und nimmt – zur Vermeidung von Wiederholungen – auf Tatbestand und Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils Bezug.

Die Ausführungen des Klägers in dessen schriftsätzlicher Berufungsbeurkundung, insbesondere die mündlichen Bemerkungen des anwaltschaftlichen Klägervertreters im Senatstermin vom 25. 11. 1991, der Kläger wisse nicht genau, es wisse keiner genau, wer die Ziffern in die notarielle Beurkundung hineingeschrieben habe, ob dies vor oder bei der Beurkundung geschehen sei, sowie „die Aufteilung der Arbeiten bei der Aufteilung des Sondereigentums, nämlich die Zeichnerie, sei – in Abstimmung zwischen dem Beklagten und der Firma D.-S. bereits bei Abschluß des Treuhandvertrages – von der Firma D.-S. erledigt worden, der Beklagte habe nur die Beurkundung besorgen sollen“, veranlassen folgende ergänzende Ausführungen:

Entsprechend dem vom Beklagten nicht bestrittenen Vortrag des Klägers hat es – entsprechend dem Wortlaut von § 1 Nr. 2 und 3 des Treuhandvertrages und § 2 Nr. 1 des Gesellschaftsvertrages – dem Beklagten obliegen, das „Wohnungs- und Teileigentum in Vertretung der Bauherren-

gemeinschaft zu begründen" bzw. „die Aufteilung des Baugrundbesitzes in Sondereigentum entsprechend dem Wohnungseigentumsgesetz" zu besorgen.

Nach dem Wortlaut dieser Regelung hätte es in der Tat dem Beklagten obliegen, in eigener Verantwortung von Anfang bis Ende die Aufteilung in Gemeinschafts- und Sondereigentum vorzunehmen, nämlich den textlichen Beschrieb und die zeichnerische Darstellung zu erarbeiten und dafür zu sorgen, daß diese Festlegungen zutreffend in eine notarielle Urkunde gefaßt würden.

Diese Pflicht oblag dem Beklagten jedoch nur gegenüber der Firma D.-S., die allerdings ihrerseits als Gläubigerin des vorbezeichneten Anspruches den wesentlichen Teil der vom Beklagten geschuldeten Leistung diesem – unstreitig – nicht abverlangt, sondern in eigener Person erbracht hat. Ohne daß die Darstellung der Parteien zueinander in Widerspruch steht, hat die Firma D.-S. dem Notar die schriftliche Aufteilung samt zeichnerischer Darstellung direkt übersandt; sie hat in diesen Vorgang den Beklagten nicht einbezogen, insbesondere hat sie ihm **keine Zweitschrift zugeleitet**, etwa mit der Aufforderung, die Richtigkeit der Aufteilung und die Stimmigkeit der gefertigten Angaben zueinander zu überprüfen.

Indem die Firma D.-S. von sich aus hinsichtlich der Aufteilung von Sondereigentum einen erheblichen Teil der Leistung des Beklagten übernommen hatte, hätte es ihr obliegen, dem Beklagten mitzuteilen, daß und inwieweit sie die Verantwortung für die von ihr gefertigte Aufteilung nicht übernehmen wollte; sie hätte dem Beklagten wegen ihres vorausgegangenen Verhaltens sogar auffordern müssen, die von ihr gefertigten Eigentumsaufteilungen eigenständig zu überprüfen mit dem Hinweis, daß er die Verantwortung für eine zutreffende Protokollierung zu tragen habe. Einen solchen Hinweis hat die Firma D.-S. dem Beklagten nicht gegeben.

Zu ihrer eigenen nichtstimmigen Angabe zwischen Wort, Text und Größenbeschrieb des Sondereigentums einerseits und der unter Verwechslung der Ziffern I und II in der damals anliegenden Skizze widersprüchlichen Beschriftung des Grundrisses andererseits hat die Firma D.-S. zusätzlich eine Überprüfung des Beklagten durch ihr Verhalten unnötig erscheinen lassen, indem sie die Aufteilungsunterlagen unmittelbar dem Notar übersandt hat.

Die Verantwortlichkeit der Firma D.-S. für die Entstehung der Verwechslung und für die notarielle Protokollierung einer unzutreffenden Eigentumsaufteilung ist ganz überwiegend für den gleichwie entstandenen Schaden ursächlich, so daß trotz eines Verschuldens des Beklagten in Form unterlassener Überprüfung der Angaben der Anspruchsgläubigerin unmittel-

bar bei der notariellen Protokollierung eine Ersatzpflicht des Beklagten vollständig zurücktritt (§ 254 BGB; Palandt, RdNr. 52 zu § 254 BGB).

Falls die Firma D.-S. und der Beklagte entsprechend den Ausführungen des anwaltlichen Vertreters des Klägers vor dem Senat von vornherein sich einig gewesen wären, daß die Aufteilung, insbesondere die zeichnerische Darstellung von der Firma D.-S. vorgenommen werden sollte, so entspräche dies nicht dem Wortlaut von § 1 Nr. 2 und 3 des zwischen dem Beklagten und der Firma D.-S. vereinbarten Treuhandvertrages. Zu Lasten des Klägers als Zessionar der Firma D.-S. bliebe dann die Frage offen, ob überhaupt die Regelung in § 1 Nr. 2 und 3 des Treuhandvertrages als verbindlich anzusehen ist, insbesondere in welchem Umfang. Selbst wenn aber zwischen der Firma D.-S. und dem Beklagten die Regelung Geltung gehabt hätte, daß der Beklagte von vornherein nur einen Teil der für die Bildung von Sondereigentum erforderlichen Arbeiten erbringen sollte, hätte die Firma D.-S. vor Erstellung der notariellen Urkunde vom 21. 2. 1986 dem Beklagten die von ihr erstellten Unterlagen unmittelbar zuleiten und ihm gegenüber zum Ausdruck bringen müssen, für welchen Teil ihrer Angaben und Zeichnungen sie nicht die Verantwortung übernehme und der Beklagte eine Überprüfung durchzuführen habe.

Die Berufung des Klägers erweist sich bereits hinsichtlich des Grundes eines Anspruchs als nicht begründet.

Steuerberaterpflichten

- Ein- oder Zweifamilienhaus
- Anlaß zur Belehrung

(OLG Düsseldorf, Urt, v. 12. 12. 1991 – 18 U 170/91)

Leitsatz:

Zu den durch einen umfassenden Steuerberatervertrag übernommenen Pflichten eines Steuerberaters gehört es auch zu überprüfen, ob das Hausgrundstück seines Mandanten zutreffend als Ein- oder Zweifamilienhaus qualifiziert wird, wenn aufgrund der ihm dazu überlassenen Unterlagen daran begründete Zweifel angezeigt sind.

Zum Sachverhalt:

Die Beklagten übernahmen im Jahre 1976 die steuerliche Beratung der Klägerin und ihres – inzwischen geschiedenen – Ehemannes. Aufgabe der Beklagten war es unter anderem, die Einkommensteuererklärungen der Eheleute anzufertigen.

Mit Vertrag vom 29.12.1975 kauften die Klägerin und ihr Ehemann das Grundstück W. in H. Das Anwesen war im Einheitswertbescheid des Finanzamtes D:M. vom 22. 3. 1971 als Einfamilienhaus bewertet worden. Zum Zeitpunkt des Ankaufs durch die Klägerin und ihren Ehemann war das Grundstück mit einem zweigeschossigen Gebäude bebaut, bestehend aus einem Hochparterre und einem Untergeschoß. Neben der selbständigen Wohneinheit im Untergeschoß befand sich im Hochparterregeschoß eine abgeschlossene Wohnung. Beim Erwerb des Grundstücks war die Wohnung im Untergeschoß an eine Familie F. vermietet. Die Wohnung war mit einem separaten Eingang versehen und verfügte über sämtliche sanitären Einrichtungen. Eine Treppe, die die Untergeschoßwohnung mit dem Erdgeschoß verband, war durch einen Mauerabschluß nicht benutzbar. Das Hochparterre besaß einen selbständigen Eingang.

Im Jahre 1976 wurden die Klägerin und ihr Ehemann Eigentümer des Anwesens und zogen in das Erdgeschoß ein. Wenige Wochen danach zog die Familie F. aus dem Untergeschoß aus. Die Klägerin ließ nun die Treppe nach unten öffnen, indem sie die an dem unteren Treppenabsatz befindliche Mauer abtragen ließ. Gleichzeitig wurde die Verbindung zu dem Seitenflügel des Parterregeschosses mit festem Mauerwerk verschlossen. Den vor der Treppe im Untergeschoß gelegenen Raum benutzte der Ehemann der Klägerin als Büro- und Hobbyraum, die beiden rechts davon liegenden Räume dienten als Kinderzimmer. In dem unteren Seitentrakt wohnte eine Frau K., die als Haushaltshilfe für die Klägerin tätig war.

Nach einiger Zeit zog Frau K. aus. In der Folgezeit wurde im Jahre 1979 der bei Bezug des Hauses vorgenommene Abschluß zwischen dem Seitentrakt und dem Längstrakt des Parterregeschosses dadurch wieder geöffnet, daß die Klägerin die Zugangstür durch Abtragen des Mauerwerks beseitigen ließ. Gleichzeitig wurde die Verbindung zu dem Seitenflügel des Untergeschosses mit festem Mauerwerk verschlossen. Nach dem Umbau war das Anwesen bereits von seiner Innengestaltung her ein Einfamilienhaus.

Auf die Angaben der Klägerin und ihres Ehemannes hin, es handele sich um ein Zweifamilienhaus, behandelten die Beklagten in den Einkommen-

steuererklärungen für 1976 bis 1981 die Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung des von den Eheleuten zum Teil auch beruflich genutzten Hauses aufgrund einer Einnahmen-Ausgaben-Überschußrechnung gemäß § 21 EStG. Das Finanzamt erkannte die erklärten Verluste in den Einkommensteuerbescheiden, die unter dem Vorbehalt der Nachprüfung ergingen, zunächst an. Aufgrund einer im November 1983 durchgeführten Betriebsprüfung gelangte das Finanzamt jedoch zu der Feststellung, die Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung für das Grundstück W.-Straße seien nach § 21 a EStG zu ermitteln, weil das Anwesen als Einfamilienhaus zu bewerten sei. Auf dieser Grundlage erließ das Finanzamt berichtigte Einkommensteuerbescheide für 1976 bis 1981, die zu Steuernachforderungen führten. Gegen die Bescheide für 1976 bis 1979 haben die Klägerin und ihr Ehemann Rechtsmittel eingelegt; das Verfahren ist nunmehr vor dem Finanzgericht Düsseldorf anhängig.

Die Klägerin nimmt die Beklagten wegen Verletzung ihrer Pflichten aus dem Steuerberatungsvertrag auf Schadenersatz in Anspruch.

Aus den Gründen:

I.

Die Feststellungsklage ist zulässig.

Das Feststellungsinteresse ist gegeben, weil eine tatsächliche Unsicherheit hinsichtlich der Schadenersatzpflicht besteht. Da die Frage eines endgültigen Schadeneintritts noch von der Entscheidung im anhängigen Finanzgerichtsverfahren abhängig ist, nämlich ob die Steuer anders als geschehen festzusetzen ist, die Klägerin ihren Schaden also noch nicht beziffern kann, ist sie nicht auf die Leistungsklage zu verweisen.

Gegenstand der Feststellungsklage im jetzigen Berufungsverfahren sind nur Ansprüche wegen möglicher Steuernachteile in den Jahren 1977 bis 1979.

II.

Die Feststellungsklage ist auch begründet.

Die Beklagten haben ihre Pflichten aus dem zwischen ihnen und den Eheleuten G. geschlossenen Steuerberatervertrag verletzt. **Sie haben es versäumt, die Bewertung des Anwesens W., H., als Ein- oder Zweifamilienhaus zu überprüfen und ihre Mandanten über die Möglichkeit einer fehlerbeseitigenden Fortschreibung nach § 22 Bewertungsgesetz zu beraten.** Für den hieraus entstehenden Steuerschaden in den Jahren 1977 bis 1979 sind sie der Klägerin zum Ersatz verpflichtet.

III.

Die Beklagten haften der Klägerin als Gesamtschuldner für die Schlechterfüllung des Steuerberatervertrages nach den Grundsätzen der positiven Vertragsverletzung. Das Steuerberatungsverhältnis der Parteien ist als Geschäftsbesorgungsvertrag mit Dienstvertragscharakter (§ 675, 611 BGB) zu werten, denn die – damals – in einer Sozietät verbundenen Beklagten waren über einen längeren Zeitraum allgemein mit der Wahrnehmung aller steuerlichen Angelegenheiten der Klägerin und ihres Ehemannes betraut.

Nach dem ihnen erteilten Mandat waren die Beklagten verpflichtet, die Steuererklärungen für die Eheleute G. zu fertigen, in deren Namen beim Finanzamt einzureichen und die Klägerin und ihren Ehemann im Zusammenhang mit dem Veranlagungsverfahren zu betreuen, zu beraten und zu unterstützen. Die Arbeit des Steuerberaters hat sich daran zu orientieren, die steuerliche Belastung des Mandanten möglichst gering zu halten. **Er hat zu prüfen, welche Steuertatbestände verwirklicht wurden, steuerliche Begünstigungsvorschriften zu berücksichtigen und hierzu notwendige Anträge rechtzeitig zu stellen** (Gräfe/Lenzen/Rainer, Steuerberaterhaftung, 2. Aufl. Rdn. 295). Dabei hat der Steuerberater insbesondere den Sachverhalt durch Erörterung mit seinem Mandanten erschöpfend zu klären. **Diesen trifft hinsichtlich der für die Besteuerung maßgeblichen Umstände eine deutlich ausgeprägte Pflicht zur Unterstützung des Beraters.** Grundsätzlich darf der Steuerberater sich auf die Richtigkeit und Vollständigkeit der tatsächlichen Angaben des Mandanten verlassen. **Er hat aber auf Unstimmigkeiten zu achten und diese, wenn sie erkennbar werden, zu prüfen und zu klären** (Späth, Die zivilrechtliche Haftung des Steuerberaters, 3. Aufl. Rdn. 133).

Diesen ihnen obliegenden Pflichten sind die Beklagten nicht ausreichend nachgekommen. Sie haben es schuldhaft versäumt, die Angaben der Klägerin und ihres Ehemannes, bei dem Anwesen W. handele es sich eindeutig um ein Zweifamilienhaus, zu überprüfen, obwohl hierzu bereits im Jahre 1977 begründeter Anlaß bestand.

Entgegen der Behauptung der Klägerin ergab sich eine Veranlassung zu einer entsprechenden Klärung allerdings nicht aufgrund einer Kenntnis der Grundsteuerbescheide, in denen das Haus als Einfamilienhaus bezeichnet ist. Der Senat hat nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme nicht die Überzeugung gewinnen können, daß den Beklagten diese Bescheide übergeben worden sind.

Den – bestätigenden – Bekundungen des geschiedenen Ehemannes der Klägerin, er habe sämtliche Grundsteuer- und sonstigen Abgabenbe-

scheide an das Büro der Beklagten weitergereicht, stehen die eidlich bekräftigte Aussage des Beklagten zu 1 sowie die Erklärungen der Zeugin F. entgegen, die beide den Erhalt derartiger Unterlagen verneint haben. Nach ihren Bekundungen waren die Grundbesitzabgaben in einem von dem Zeugen G. zusammengestellten Journal aufgeführt und wurden von den Steuerberatern daraus entnommen. Der Zeuge G. wiederum hat dazu geäußert, das Journal habe mit den steuerlichen Angelegenheiten nichts zu tun gehabt, sämtliche Unterlagen, die Steuern betroffen hätten, habe er monatlich zur Prüfung an die Steuerberater weitergeleitet. Die Widersprüchlichkeit dieser Angaben läßt eine hinreichend sichere Feststellung über die Kenntnis der Beklagten vom Inhalt der Bescheide nicht zu.

Anlaß zu einer Klärung der Einordnung des Anwesens als Ein- oder Zweifamilienhaus ergab sich für die Beklagten aber aufgrund des seitens des Zeugen G. an den Beklagten zu 1 gerichteten Schreibens vom 21. 3. 1977, mit dem dieser den Brief des Steuerberaters Dr. S., der den Abgabenbescheid für das Jahr 1977 betraf, übersandte. Daß dieses Schreiben von ihm verfaßt und an den Beklagten zu 1 geschickt worden ist, hat der Ehemann der Klägerin bestätigt. Der Beklagte zu 1 hat zwar bei seiner Parteivernehmung den Erhalt des dort angesprochenen Bescheides bestritten, die Beifügung des Briefes des Herrn S. haben die Beklagten aber nicht in Abrede gestellt.

In diesem Schreiben lautet es unter anderem wie folgt:

„Die für das Grundstück zu entrichtende Grundsteuer wurde bis zur Durchführung einer Zurechnungsfortschreibung durch das Finanzamt D.-V. gestundet. Die Kanalbenutzungsgebühr konnte jedoch nicht gestundet werden und entfällt in voller Höhe gemäß Mitteilung der Stadt H. vom 8. 3. 1977 auf den Erwerber des Einfamilienhauses.“

Aufgrund dieses Textes mußte sich den Beklagten der Gedanke aufdrängen, daß das Gebäude entgegen der Schilderung der Eheleute G. möglicherweise in einem Einheitswertbescheid als Einfamilienhaus bewertet worden war. Zudem wurde für die Beklagten aus der Mitteilung ersichtlich, daß das Finanzamt die bei einem Eigentumswechsel notwendige Zurechnungsfortschreibung durchführte, und sie mußten in Betracht ziehen, daß in diesem Zusammenhang zu Lasten der Eheleute möglicherweise eine Fortschreibung als Einfamilienhaus erfolgte.

Dies hätte sie veranlassen müssen, beim Finanzamt die Einheitsbewertung des Anwesens zu erfragen. Sie hätten dann erfahren, daß das Haus mit Bescheid vom 22. 3. 1971 als Einfamilienhaus bewertet worden war. Es wäre daraufhin die Aufgabe der Beklagten gewesen, der Klägerin und

ihrem Ehemann zum Zweck der Steuerersparnis noch im Frühjahr 1977 einen Antrag auf fehlerbeseitigende Fortschreibung gemäß § 22 Abs. 3 Bewertungsgesetz zu empfehlen.

Wie der Senat bereits im Urteil vom 28. 4. 1988 ausgeführt hat, wies das Anwesen zu dieser Zeit die baulichen Merkmale eines Zweifamilienhauses auf, so daß der Antrag auf Fortschreibung Erfolg gehabt hätte (siehe auch Gutachten des Dr. B.). Daß die Einliegerwohnung zu diesem Zeitpunkt an die für die Eheleute G. im Hause tätige Frau K. vermietet war, stand einer Einordnung als Zweifamilienhaus nach dem Bewertungsgesetz nicht entgegen. Wie die Klägerin unwidersprochen vorgetragen hat und zudem auch von dem Zeugen G. erwähnt worden ist, war Frau K. als Hausgehilfin angestellt und darüberhinaus mit der Betreuung der Tochter der Eheleute befaßt. Als solche gehörte sie nicht zum Hauspersonal, dessen Wohnung bei der Bewertung als Ein- oder Zweifamilienhaus gemäß der Vorschrift des § 75 Abs. 5 Satz 2 Bewertungsgesetz nicht mitzurechnen ist. Unter Hauspersonal im Sinne dieser Regelung sind nur die Dienstkräfte zu verstehen, die Leistungen für die Wartung und Pflege des Hausgrundstücks selbst erbringen. Die Dienstleistungen einer Hausgehilfin sind jedoch nicht grundstücksbezogen sondern, überwiegend personenbezogen (BFH BStBl 1986, Teil II S. 247).

Es kann dahinstehen, ob und wie lange die Einliegerwohnung nach dem Auszug der Frau K. bis zu den später vorgenommenen Umbauarbeiten unvermietet war. Dies hinderte die Bewertung als Zweifamilienhaus nicht, denn hierfür ist nur entscheidend, ob zwei Wohnungen vorhanden sind. Es können beide Wohnungen eigengenutzt, beide Wohnungen oder nur eine Wohnung vermietet sein (Rössler/Troll, Bewertungsgesetz und Vermögenssteuergesetz 14. Aufl. § 75 Rdn. 67, 68; siehe auch Gutachten des Dr. B.).

Fortschreibungszeitpunkt wäre bei einem noch im Jahre 1977 gestellten Antrag der Beginn des Kalenderjahres gewesen, in dem dem Finanzamt der Fehler der bisherigen Feststellung bekannt wurde (§ 22 Abs. 4 Nr. 2 Bewertungsgesetz), also der 1. 1. 1977.

Bei einer rechtzeitigen Fortschreibung wären die Klägerin und ihr Ehemann für die Jahre 1977 bis 1979 in den Genuß von Steuervorteilen gekommen. Das pflichtwidrige und schuldhafte Verhalten der Beklagten hat dazu geführt, daß die Voraussetzungen für eine frühzeitige Bewertung des Anwesens als Zweifamilienhaus nicht geschaffen wurden und nach der Betriebsprüfung im Jahre 1983 die steuerliche Anerkennung durch das Finanzamt mit der Folge von Steuernachforderungen rückwirkend versagt wurde. Den daraus resultierenden Schaden, der bei einer negativen Entscheidung des Finanzgerichts endgültig verbleibt, haben die Beklagten der Klägerin zu ersetzen.

IV.

Für steuerliche Nachteile, die sich aus der Versagung einer Anerkennung für den Zeitraum von 1980 bis 1981 ergeben, haften die Beklagten indessen nicht.

Nach den im Jahre 1979 vorgenommenen Umbaumaßnahmen bestand schon nach dem eigenen Vorbringen der Klägerin in den nachfolgenden Jahren kein Zweifamilienhaus mehr, vielmehr war der Charakter des Anwesens nach den baulichen Gegebenheiten in denjenigen eines Einfamilienhauses umgewandelt worden. Folglich ergab sich für die Klägerin kein Anspruch auf eine steuermindernde Berücksichtigung des Hausgrundstücks als Zweifamilienhaus.

Den Beklagten kann nicht zur Last gelegt werden, daß sie es versäumt hätten, die Eheleute G. auf die negativen steuerlichen Auswirkungen dieses Umbaus hinzuweisen. Zu einer derartigen Aufklärung bestand für die Beklagten nur Anlaß, wenn sie von den Umbauten Kenntnis erlangt hatten. Davon kann indessen nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme nicht ausgegangen werden.

.....

Verjährung von Schadenersatzansprüchen, § 68 StBerG

- Verjährungsbeginn
 - Minimierung der Gewerbesteuerpflicht
- (OLG Hamm, Urt.v. 13. 5. 1992 – 25 U 193/91)

Leitsätze (d.Verf.):

1. Mit der Konkretisierung einer Vermögensgefährdung des Mandanten beginnt der Lauf der Verjährungsfrist für Schadenersatzansprüche gegen Steuerberater.
2. Eine fehlerhafte handelsrechtliche Konstruktion manifestiert die Vermögensgefährdung des Anspruchstellers mit der Eintragung in das Handelsregister.

Aus den Gründen:

Die Klägerin hat nicht dargetan, daß sie die auf Schadenersatz in Anspruch genommene Beklagte beauftragt hat, die Minimierung ihrer Gewerbesteuerbelastung und die Herabsetzung der Gewinne ihres stillen Gesellschafters W. M. herbeizuführen.

Als Anspruchsgrundlage für den von der Klägerin eingeklagten Schadenersatzanspruch kommt nur positive Forderungsverletzung des entweder mit der B. oder Geschäftsführer der Klägerin H. C. geschlossenen Steuerberatungsvertrags in Frage. Dieser Anspruch verjährt nach § 68 Steuerberatungsgesetz innerhalb von drei Jahren. **Als Verjährungsbeginn ist spätestens der 24. 4. 1986 anzusetzen. An diesem Tage hatte sich die von der Klägerin behauptete Pflichtverletzung als Vermögensgefährdung konkretisiert. Die Klägerin sieht die Pflichtverletzung nämlich darin, daß keine Konstruktion bei Umgründung der OHG in die GmbH & Co. KG gewählt wurde,** die gewährleistete, daß die Vergütung des Geschäftsführers der Komplementär GmbH der Klägerin als abzugsfähige Betriebsausgabe der Klägerin vom Finanzamt anerkannt wurde, mit der Folge, daß die Minimierung der Gewerbesteuerpflicht der Klägerin und die Herabsetzung des Gewinnanteils des stillen Gesellschafters nicht erreicht wurde. Mit der **Eintragung der Klägerin in das Handelsregister des Amtsgerichts Herford am 24. 4. 1986 hatte sich die von der Klägerin behauptete Pflichtverletzung zur Vermögensgefährdung der Klägerin manifestiert** mit der Folge, daß die Verjährung am 25. 4. 1989 eingetreten ist, da eine Verjährungsunterbrechung nicht erfolgt ist. Die Verjährungsunterbrechung kann nicht durch die im Jahre 1988 erfolgte Betriebsaußenprüfung herbeigeführt worden sein, da bei dieser Prüfung nur ein früherer außerhalb des Prüfungszeitraums begangener Fehler, nämlich die unzulässige Absetzung des Geschäftsführergehalts als Betriebsausgabe der Klägerin aufgedeckt worden ist.

Die Verjährung ist auch nicht durch Anerkenntnis im Sinne des § 208 BGB unterbrochen worden. Die im Schreiben des Geschäftsführers Ch. vom 14. 9. 1989 abgegebene Erklärung hat die Verjährung eines eventuellen Schadenersatzanspruchs der Klägerin nicht unterbrochen, **da mangels entsprechender Anhaltspunkte nicht davon ausgegangen werden kann, daß der Geschäftsführer bei Abfassung des Schreibens wußte, daß ein angeblicher Schadenersatzanspruch der Klägerin bereits verjährt war.**

Eine Haftung aufgrund eines eventuellen Sekundäranspruchs greift nicht, weil die Klägerin bereits in 1988 durch einen anderen Steuerberater in dieser Sache vertreten worden ist.

Haftpflchtprozeß

- Substanfierter Vortrag
 - Steuerberaterregreß
 - Schätzung
 - Verjährung § 68 Steuerberatungsgesetz
- (OLG Köln, Urt.v. 23.10.1991 – 26 U 16/91)

Leitsätze (d.Verf.):

1. Die Verjährungsfrist des Regreßanspruchs beginnt bei vermeidbaren Steuerzahlungen, spätestens mit dem Eintritt der Bestandskraft des Steuerbescheides.
2. Ein sekundärer Schadenersatzanspruch setzt voraus, daß während der Verjährungsfrist und vor Auftragsende begründeter Anlaß zur Belehrung über den Fehler in der eigenen Arbeit und die Verjährungsvorschrift bestanden hat. Anlaß besteht, wenn der behauptete Schaden offenbart wird.
3. Zuschätzungen sind nicht „notwendigerweise“ höher als die tatsächlichen Umsätze. Ob und gegebenenfalls inwieweit dies der Fall ist, hat der Steuerpflichtige darzulegen und zu beweisen.

Aus den Gründen:

Die zulässige Berufung der Klägerin ist nicht begründet.

Die Klägerin hat nach wie vor **nicht substantiiert dargelegt, daß ihr durch schuldhafta Verletzung vertraglicher Pflichten seitens des Beklagten ein Schaden entstanden ist** bzw. entsteht bei Aufrechterhaltung der angefochtenen Einspruchsbescheide. Für eine **Schadenschätzung gemäß § 287 ZPO ist kein Raum**. Im einzelnen gilt – zum Teil zwecks Vermeidung von Wiederholungen unter Bezugnahme auf die zutreffenden Ausführungen im Urteil des Landgerichts – folgendes:

1. Schadenersatz in Höhe von 2.749,63 DM wegen unterbliebenen Abzugs von Vorsteuer.

Ein Schadenersatzanspruch steht der Klägerin insoweit – ohne daß es auf die unter den Parteien streitige Frage ankommt, ob eine Absprache über den zu verbuchenden Kaufpreis stattgefunden hat – schon deshalb nicht zu, weil sich der Beklagte nunmehr mit Erfolg auf die Einrede der Verjährung beruft.

Gemäß § 68 StBerG verjährt der Anspruch des Auftraggebers auf Schadenersatz aus dem zwischen ihm und dem Steuerberater bestehenden Vertragsverhältnis nach Ablauf von drei Jahren nach Entstehen des Anspruchs. Der **Beginn der Verjährungsfrist** ist im Einzelfall unterschiedlich. **Er hängt davon ab, auf welchen Fehlern die zum Schadenersatz führenden Handlungen beruhen und um welche Art Schaden es sich handelt** (vgl. BGH GI 1986, 27 = BGHZ 96, 290; Eckert-Böttcher, StbGebVO, 2. Aufl., Anm. 1.3. 14 vor § 1).

Hier beruht der von der Klägerin behauptete Schaden auf dem angeblichen Unterlassen des Beklagten, für Anschaffungskosten von 21.151,- DM im Jahre 1983 Vorsteuer von 2.749,63 DM geltend zu machen mit der Folge, daß die Umsatzsteuer für 1983 um 2.749,63 DM zu hoch war. In einem solchen Fall beginnt die Verjährungsfrist **spätestens mit dem Eintritt der Bestandskraft des für 1983 erlassenen Steuerbescheids; denn damit hat sich der Schaden manifestiert** (vgl. BGH GI 1991, 171 = ZIP 91, 589). Es kommt nicht darauf an, daß der Schaden hier offensichtlich erst im Rahmen der ab 1988 stattgefundenen Betriebsprüfung aufgedeckt worden ist. Denn für den Lauf der Verjährungsfrist ist es ohne Belang, wann der Steuerpflichtige von dem Schaden erfahren hat. Soweit in der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 27.11.1985 (GI 1986, 27 = BGHZ 96, 290) als Zeitpunkt für den Beginn des Fristlaufs auf den Abschluß der Betriebsprüfung abgestellt ist, ist diese Rechtsprechung in einer jüngeren Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 4. 4. 1991 (GI 1991, 171 = ZIP 91, 589) jedenfalls für den Fall nicht aufrechterhalten worden, in dem die Betriebsprüfung zu dem Ergebnis gelangt ist, daß – wie nach Behauptung der Klägerin im vorliegenden Fall – zuviel Steuern gezahlt worden sind.

Von den Parteien ist nicht vorgetragen, wann der hier maßgebliche Steuerbescheid für 1983 bestandskräftig geworden ist. Ohne daß es jedoch insoweit weiterer Aufklärung bedarf, ist als sicher anzunehmen, daß im Zeitpunkt der Klageerhebung im Juni 1990 die Verjährungsfrist von drei Jahren abgelaufen war; denn bei normalem Verlauf der Dinge, von dem hier mangels gegenteiligen Vortrag, auszugehen ist, dürfte der Steuerbescheid im Jahre 1984, spätestens aber 1985 bestandskräftig geworden sein, die Verjährungsfrist also 1987, spätestens 1988 abgelaufen sein.

Der Klägerin steht auch nicht ein sog. Sekundäranspruch gegen den Beklagten zu wegen Verletzung von Aufklärungspflichten über den Ablauf der Verjährungsfrist. Zwar ist der Steuerberater grundsätzlich verpflichtet, den Mandanten ggf. auf etwaige ihm gegenüber bestehende Schadenersatzansprüche und deren Verjährung hinzuweisen. Dies folgt aus der den Belangen des Steuerberaters in besonderer Weise Rechnung

tragenden Verjährungsregelung in § 68 StBG und ist im Anschluß an die Rechtsprechung zur sogenannten Sekundärhaftung des Rechtsanwalts (vgl. BGH GI 32/85 = ZIP 85, 1274) entwickelt worden (vgl. BGH GI 1991, 171 = ZIP 91, 589, 592). Indessen setzt eine solche Haftung voraus, daß der Steuerberater außer der den Schaden und den Primäranspruch auslösenden Pflichtverletzung eine neue schuldhafte Pflichtverletzung begangen hat: **Während der Verjährungsfrist und vor Auftragsende muß für ihn begründeter Anlaß zur Belehrung bestanden haben.** Hatte der Steuerberater demgegenüber während des Laufs der Verjährung des Regreßanspruches keinen Anlaß, eine durch seine Pflichtwidrigkeit verursachte Schädigung des Mandanten zu erkennen und diesem die Durchsetzbarkeit des Regreßanspruches zu ermöglichen, so beruht die eingetretene Verjährung nicht auf dem Verhalten des Steuerberaters und kann ihm nicht als Pflichtverletzung seines Auftrags zugerechnet werden (vgl. BGH GI 32/85 = ZIP 85, 1274, 1277). Davon ist hier auszugehen. Erst durch den Betriebsprüfungsbericht vom 20. 7. 1989 ist der von der Klägerin behauptete Schaden offenbar geworden. Zu diesem Zeitpunkt aber waren sowohl das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien beendet als auch die Verjährungsfrist abgelaufen.

2. Schaden wegen 7.280,- DM Umsatzsteuer für hinzugeschätzte Umsatzgeschäfte 1985 bis 1987.

Auch insoweit steht der Klägerin ein Schadenersatzanspruch nicht zu, weil es an Anhaltspunkten für den Eintritt eines durch den Beklagten verursachten Schaden fehlt. Die Frage des Verschuldens des Beklagten kann deshalb dahinstehen; entsprechend kommt es wieder auf die von der Klägerin in der Berufung unter Beweis gestellte Behauptung an, der Beklagte sei über sämtliche Kassenbewegungen zeitnah und vollständig informiert worden, er habe Buchungen nach Gutdünken und zum Teil seitenverkehrt durchgeführt, noch darauf, ob ihm als Steuerberater der Klägerin vorzuwerfen ist, daß ein Kassenbuch nicht geführt worden ist.

Zum Schaden gilt folgendes:

Das Landgericht hat bereits zutreffend darauf hingewiesen, daß **ein Schaden nicht zu erkennen sei, nachdem ein Rechtsanwalt im Rahmen der Betriebsprüfung die Buchführung des Beklagten – unter Verwendung derselben Unterlagen, die dem Beklagten zur Verfügung standen – korrigiert hat.** Etwaige Buchführungsfehler des Beklagten haben sich damit nicht mehr ausgewirkt. Soweit die Klägerin in der Berufung vorträgt, der Rechtsanwalt habe seine Korrekturen gegenüber der Finanz-

behörde nur „teilweise“ durchsetzen können, da nur die seitenverkehrten Buchungen des Beklagten durch die Betriebsprüfung berichtigt worden seien, fehlt es an substantiierten Darlegungen, welcher Schaden hierdurch entstanden ist. Mit ihrem unter Beweis gestellten Vortrag, Buchungen, die der Beklagte zur „Glattstellung“ der Kasse vorgenommen habe, und die Doppelerfassung einer Rechnung Anfang 1987 seien nicht korrigiert worden, genügt die Klägerin ihrer Darlegungspflicht nicht. Zu diesen Vorgängen bedürfte es konkreter Darlegung, um welche Beträge es sich handelt. Im übrigen fehlt es auch an Darlegungen, warum der Rechtsanwalt eine Korrektur insoweit nicht erreicht hat – im Zweifel deshalb nicht, weil er etwaige Unrichtigkeiten nicht mit den erforderlichen Unterlagen ausräumen konnte. Dann aber ist – worauf bereits das Landgericht hingewiesen hat – nicht ersichtlich, inwieweit derartige Unrichtigkeiten auf dem Beklagten vorwerfbares Verhalten zurückzuführen sind, da der Rechtsanwalt dieselben Unterlagen zur Verfügung standen wie dem Beklagten.

Soweit die Klägerin ihren Schadenersatzanspruch damit begründet, die Zuschätzungen des Finanzamtes seien unzutreffend bzw. notwendigerweise überhöht, die Darlegungs- und Beweislast liege insoweit beim Beklagten, gilt folgendes:

Bezüglich des ersten Einwandes ist wiederum auf die Ausführungen im angefochtenen Urteil zu verweisen, daß es an substantiierten Darlegungen fehlt, von welchen anerkannten Grundsätzen der Betriebsprüfung Finanzamt hier abgewichen worden sein soll. **Auch der zweite Einwand, daß Zuschätzungen „notwendigerweise“ höher seien als die tatsächlichen Umsätze, trifft nicht zu. Zuschätzungen beruhen grundsätzlich auf tatsächlichen Grundlagen; es kann lediglich nicht ausgeschlossen werden, daß sie im konkreten Fall die tatsächlichen Umsätze und Einnahmen übersteigen. Ob und ggf. inwieweit das der Fall ist, hat der Steuerpflichtige darzulegen und zu beweisen** (vgl. LG Aachen StBerG 81, 71 m. Anm. Späth).

Die Auffassung der Klägerin, den Beklagten treffe hierbei die Darlegungs- und Beweislast, ist nicht zutreffend. Die von ihr zitierte Entscheidung des Bundesgerichtshofs (BGH GI 15/82 = BGHZ 84, 244) betrifft eine andere Fallgestaltung. In dieser ging es darum, daß eine vom Steuerberater verspätet eingereichte Steuererklärung zu niedrigeren Steuern führte als die vom Finanzamt mangels Unterlagen vorgenommene Schätzung. In einem solchen Fall trifft den Steuerberater die Darlegungslast dazu, weshalb seine Jahresabschlüsse unzutreffend sind, deshalb, weil er bei Anfertigung seiner Erklärung gegenüber dem Finanzamt, das mangels Unterlagen auf Schätzungen angewiesen ist, in der besseren Position ist. Dies ist anders im vorliegenden Fall, in dem allen Beteiligten jeweils dieselben

Unterlagen zur Verfügung standen. Ein Abweichen von den allgemeinen Regeln zur Schadendarlegung durch den Anspruchsteller ergibt sich deshalb nicht.

Soweit die Klägerin schließlich einen Schaden darin sieht, daß die auf die Jahre 1985 – 87 beschränkte Betriebsprüfung auf unrichtigen Zahlen für das Jahr 1984 aufbaue, kann sie auch damit nicht durchdringen.

Dagegen steht zum einen die Tatsache – auf die auch der Beklagte in der Berufungserwiderung hinweist, daß die Betriebsprüfung auch für den vor 1985 liegenden Zeitraum Korrekturen durchgeführt hat. Dies ergibt sich aus dem Betriebsprüfungsbericht. Zum anderen fehlt es wiederum an Darlegungen, in welcher Weise das Zahlenwerk für 1984 unrichtig sein soll. **Die Klägerin hat in erster Instanz selbst ausgeführt, die tatsächliche Höhe des Kassenbestandes zum 31. 12. 1984 ließe sich nicht mehr ermitteln. Nur anhand dieses Bestandes aber wäre festzustellen, inwieweit die Buchführung für das Jahr 1984 unrichtig war und darauf aufbauend die der Folgejahre.**

Angesichts dieser Situation scheidet entgegen der Auffassung der Klägerin auch eine Schadensschätzung nach § 287 ZPO aus, und zwar mangels Anhaltspunkten für eine Schätzung. Sowohl für 1984 als auch für die Folgejahre fehlt es an einer Schätzgrundlage. Die Tatsache einer zusätzlich gezahlten Umsatzsteuer von 7.280,- DM aufgrund hinzugeschätzter Umsatzgeschäfte von 52.000,- DM vermag als solche keine Schätzgrundlage abzugeben. Ebensowenig vermögen dies die von der Klägerin sporadisch aufgezählten Fehler des Beklagten, ohne daß näher dargelegt ist, ob und ggf. in welcher Weise sich etwaige Fehler auf die Zuschätzung ausgewirkt haben. Dabei übersieht der Senat nicht, daß gemäß der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH GI 1986, 27 = BGHZ 96, 290, 292) nicht jeder einzelne zum Schaden führende Vorgang, d. h. jeder konkrete Buchungsfehler nachvollziehbar zu bezeichnen ist. Es ist jedoch **erforderlich, zumindest exemplarisch darzustellen, wie die jeweiligen Geschäftsvorfälle hätten richtig gebucht werden müssen und wie sie zum Schaden geführt haben. Daran fehlt es hier.**

3. Schaden von 4.146,60 DM durch Einschalten eines Rechtsanwaltes.

Ein Schadenersatzanspruch steht der Klägerin auch nicht im Hinblick auf die Einschaltung eines Rechtsanwalts anstelle des Beklagten im Rahmen des Betriebsprüfungsverfahrens zu. Insoweit wird in vollem Umfang auf die zutreffenden Ausführungen im angefochtenen Urteil Bezug genommen, wonach sich aus dem Vortrag der Klägerin keine

greifbaren Anhaltspunkte ergeben, wie hoch konkret der Mehraufwand für einen Rechtsanwalt infolge fehlerhafter Buchungen des Beklagten war. Zwar hat die Klägerin ihrer Berechnung eine stundenweise Abrechnung zugrundegelegt. Gleichwohl ist aber nicht erkennbar, und zwar auch nicht ansatzweise, inwieweit dieser zusätzliche Aufwand durch Buchführungsfehler des Beklagten bedingt war und inwieweit dadurch, daß – wie die vorgenommenen Zuschätzungen zeigen – die Unterlagen unvollständig waren. Letzteres aber ist dem Beklagten nicht anzurechnen.

4. Feststellungsantrag

Soweit die Klägerin die Begründetheit der Feststellungsklage darauf stützt, auch bezüglich Körperschafts- und Gewerbesteuer seien die Buchungsfehler aus den Jahren vor der Betriebsprüfung fortgeschrieben worden, kann auf die Ausführungen zu 2) verwiesen werden, wonach mangels Feststellbarkeit des Kassenbestandes zum 31.12.1984 eine Schadenfeststellung nicht mehr möglich ist.

Die Klägerin kann einen Schadenersatzanspruch auch nicht daraus herleiten, daß die Finanzbehörde die dem Geschäftsführer der Klägerin gewährten geldwerten Vorteile (Sachbezüge) als **verdeckte Gewinnausschüttung** gewertet hat mit der Folge einer höheren Körperschaftsteuer. Das Landgericht ist zutreffend zu dem Ergebnis gelangt, daß ein Fehlverhalten des Beklagten insoweit nicht schlüssig dargelegt ist. Auf die Ausführungen dazu wird Bezug genommen. Diese werden durch das Berufungsvorbringen nicht entkräftet. Nach wie vor trägt die Klägerin nichts zum konkreten Inhalt der neuen Vereinbarung mit dem Geschäftsführer ab November 1984 vor, entsprechend nichts zur Kenntnis des Beklagten davon. Nur bei Kenntnis konnte der Beklagte dies aber buchmäßig berücksichtigen. Mangels Vortrages, welche Vereinbarung die ursprüngliche abgelöst hat, ist auch nicht ersichtlich, inwieweit vom Finanzamt der Klägerin zugerechnete verdeckte Gewinnausschüttungen – unterstellt, im Klageverfahren vor dem Finanzgericht bleibt es bei dieser Zurechnung – zu einem Schaden der Klägerin geführt haben; denn ein Schaden kann der Klägerin nur insoweit entstehen, als die dem Geschäftsführer tatsächlich gewährten Sachbezüge der Vereinbarung entsprachen.

GI Hinweise

Gestaltungen bei Sanierung und Konkurs zur Vermeidung der Rechtsfolgen von § 8 Abs. 4 KStG.

Dem steuerlichen Berater kommt bei der erfolgreichen Überwindung einer Unternehmenskrise eine Schlüsselstellung zu: Er soll die unterschiedlichen ertragssteuerlichen Auswirkungen zutreffend beurteilen, die Sanierungs- und Liquidationsvorgänge auf vorhandene steuerliche Verluste des Krisenunternehmens bzw. der Eigentümer prüfen. Die Neuerscheinung im Verlag Dr. Otto Schmidt KG von Kräußlein, Ertragssteuerliche Verlustkompensationsstrategien in Krisenunternehmen (357 Seiten, DM 88,00, ISBN 3-504-64073-1) analysiert die Steuerwirkungen von Sanierungs- und Liquidationsmaßnahmen. Der Autor stellt zunächst eine kurze theoretische und rechtliche Grundlegung voran, in der die Krisensituation beschrieben und verschiedene Bewältigungsmöglichkeiten vorgestellt werden. Folgende Maßnahmen werden analysiert: Gläubiger-Schulderlasse und Sanierungsmaßnahmen, bei denen die Rechtsidentität des Unternehmens erhalten bleibt. Anschließend erörtert Kräußlein Sanierungsmaßnahmen, bei der die wirtschaftliche Identität gem. § 8 Abs. 4 KStG erhalten bleibt und letztlich Handlungen, bei denen sowohl die rechtliche als auch die wirtschaftliche Identität verloren geht.

Der Steuerberater kann mit Hilfe dieser Darstellung Gestaltungsempfehlungen für eine optimale Ausnutzung vorhandener Verluste zur Minimierung erwarteter zukünftiger Ertragssteuerzahlungen geben.

GI Leitsätze

Beschlagnahme / Geschäftsunterlagen / Zeugnisverweigerungsrecht

Geschäftsunterlagen unterliegen nur dann dem Beschlagnahmeverbot, wenn sie gerade das Vertrauensverhältnis zwischen dem zeugnisverweigerungsberechtigten Wirtschaftsprüfer und dem beschuldigten Mandanten betreffen.
(LG Berlin, Beschl. v. 6. 3. 1992 – 514 Qs 8/92 – WPK-Mitt. 1992, 141)

Aufklärungspflicht der Bank / Prospekthaftung / Bauherrenmodell

1. Aufklärungs- und Warnpflichten einer Bank gegenüber Interessenten, die sie als Kapitalanleger an einem Erwerbermodell beteiligen wollen, bestehen nur, wenn die Bank erkennbar Funktionen des Initiators oder Vertreibers übernommen und einen konkreten Wissensvorsprung über die speziellen Risiken eines Vorhabens hat, die Anleger selbst auch bei sorgfältiger Lektüre der Projektunterlagen nicht erkennen konnten.
2. Nimmt die kreditgewährende Bank auf die Konzeption und bauliche Gestaltung eines Objektes Einfluß und setzt sie dabei eigene Vertragsvorstellungen durch, so wird sie damit noch nicht zur beherrschenden Figur des Anlagemodells. Das Bestreben nach Risikobegrenzung und Absicherung von Kreditengagements ist banküblich und reicht zur Haftungsbegründung nicht aus.
(BGH, Urt. v. 31. 3. 1992 – IX ZR 70/91, WM 1992, 901 = von Stebut EWiR 1992, 542)