



**HDI**

Das ist Versicherung.

Nr. 6 / Dezember 2017 / 37. Jahrgang

**GI aktuell**

Informationen für wirtschaftsprüfende,  
rechts- und steuerberatende Berufe

## Inhalt

<b>Editorial</b>	<b>161</b>	<b>Steuerberaterhaftung</b>	<b>170</b>
<b>GI News</b>	<b>162</b>	Allgemeines Steuermandat / Warnpflicht / Grundurteil / Betragungsverfahren (OLG Köln, Urt. v. 12.4.2017 – 16 U 94/15)	
<b>GI Entscheidungen</b>	<b>162</b>	<b>Anwaltshaftung</b>	<b>176</b>
<b>Stichwort- und Entscheidungsverzeichnis</b>	<b>189</b>	Konkludenter Anwaltsvertrag / Indizien / Beratungspflicht / Sicherster Weg / Kausaler Schaden (OLG Düsseldorf, Urt. v. 6.4.2017 – 6 U 164/16)	
<b>GI Literaturhinweise</b>	<b>192</b>	<b>Notarhaftung</b>	<b>182</b>
<b>GI Literatur-Ecke</b>	<b>192</b>	Grundstückskaufvertrag / Einblick in die Grundakte / Anderweitige Ersatzmöglichkeit / Haftung des Rechtsanwalts (LG Aachen, Urt. v. 9.5.2014 – 8 O 18/13)	
<b>Insolvenzverwaltervergütung</b>	<b>162</b>	<b>Notarhaftung</b>	<b>186</b>
Verwirkung des Vergütungsanspruchs / Schwerwiegende Pflichtverletzungen (BGH, Beschl. v. 21.9.2017 – IX ZB 28/14)		Ungesicherte Vorleistung / Belehrungspflicht des Notars (KG Berlin, Beschl. v. 7.3.2016 – Not 18/15)	
<b>Steuerberaterhaftung</b>	<b>165</b>		
Unerlaubte Beihilfe zu Bankgeschäften / Schutzgesetz / Unvermeidbarer Verbotsirrtum / Gefälligkeitsgutachten (BGH, Urt. v. 16.5.2017 – VI ZR 266/16)			
<b>Anwaltshaftung</b>	<b>168</b>		
Unverschuldeter Rechtsirrtum / Unrichtige Rechtsmittel- belehrung (BGH, Beschl. v. 9.3.2017 – V ZB 18/16)			

# Zukunftssicher.



**Topaktuell – mit  
vielen Mustern!**

Reithmann/Terbrack  
**Kauf vom Bauträger**  
Herausgegeben von Notar Prof. Dr. Christoph  
Terbrack. Bearbeitet von Notar Dr. Alexander  
Gebele, LL.M., RA Dr. Alexander Martius, LL.M., RA  
Guido Meyer, Notar Dr. Thomas Schiffner, Notar  
Prof. Dr. Christoph Terbrack, RA Prof. Dr. Kurt  
Vogel. 8. neu bearbeitete und erweiterte Auflage  
2017, 636 Seiten Lexikonformat, gbd. 99,- €.   
ISBN 978-3-504-64857-2

Kaum ist die Umgestaltung des Bauvertrags- und Bauträgerrechts abgeschlossen, gibt es schon das passende Handbuch dazu: Die Neuauflage des Klassikers von *Reithmann* ist jetzt der *Reithmann/Terbrack*. Das vollkommen neu geschriebene Werk erläutert auf allerneuestem Stand alle praxisrelevanten Themen des Bauträgerrechts, das den Beteiligten ab 2018 eine Vielzahl von Neuerungen bringt. Vom Vertragsabschluss über die Erbringung der Bauleistung, die Abnahme, den Besitzübergang, die Kaufpreiszahlung, die Haftung des Bauträgers, Finanzierung und Insolvenz.

**Besonders wichtig:** Die brandaktuelle Reform des Werkvertrags-, Bauvertrags- und Bauträgerrechts mit den §§ 632a, 648a und 650a bis 650v BGB ist bereits voll eingearbeitet! Alles angereichert mit vielen Musterformulierungen. So bekommen Sie für alle Fälle sichere Hilfestellungen im Umgang mit dem neuen Bauträgerrecht.

Probe lesen oder gleich bestellen unter [www.otto-schmidt.de/rb8](http://www.otto-schmidt.de/rb8)

Online Probe lesen  
und bestellen!

**Sack.de**



**ottoschmidt**

## Editorial

## Liebe Leserin, lieber Leser,

Rafael Meixner  
Rechtsanwalt

Auf nachfolgende Entscheidungen in diesem Heft möchte ich aufmerksam machen:

Ein **Insolvenzverwalter** hatte im eröffneten Insolvenzverfahren schwere Pflichtverletzungen begangen. Diese stehen seinem **Vergütungsanspruch** aus dem vorangegangenen Eröffnungsverfahren aber nicht entgegen. Denn nur Pflichtverletzungen bei der **Ausübung des konkreten Amtes**, für das eine Vergütung beansprucht wird, können – so der **BGH** – zu einer Verwirkung des Vergütungsanspruches führen.

In einem WEG-Rechtsstreit hatte ein Amtsgericht in der **Rechtsmittelbelehrung** seiner Entscheidung **unzutreffend** auf ein anderes als das für die Berufung in WEG-Sachen zuständige Gericht hingewiesen. Der **BGH** nahm zugunsten des auf die fehlerhafte Belehrung vertrauenden Rechtsanwalts einen **entschuldbaren Rechtsirrtum** an: Auch eine anwaltlich vertretene Partei dürfe sich auf die Richtigkeit einer gerichtlichen Belehrung verlassen, ohne dass es darauf ankommt, ob diese gesetzlich vorgeschrieben ist oder nicht.

In einem Steuerberaterhaftungs-Prozess hatte der Mandant eine **steuerliche Alternativgestaltung** vorgetragen, bei der keine Steuer angefallen wäre. Das LG Köln hatte die wirtschaftlichen Auswirkungen und Risiken dieser Alternativgestaltung nicht abschließend ermittelt, sondern ein **Grundurteil** erlassen und die Klärung der Schadenhöhe dem **Betragsverfahren** überlassen. Das **OLG Köln** sah dies als unzulässig an: Die Fragen zum Grund und zur Höhe des Schadens hingen zu eng miteinander zusammen. Ohne die unterlassenen Ermittlungen sei nicht feststellbar, ob der Mandant die Gestaltung tatsächlich gewählt hätte, und im Betragsverfahren sei die Vorabentscheidung über das Alternativmodell nicht mehr abänderbar.

Der Mandant hatte im Anschluss an eine freiwillige Versteigerung einen notariellen Grundstückskaufvertrag geschlossen. Dort war ihm die Option eingeräumt, den Kaufpreis auf einem „Anderkonto“ des Auktionators zu hinterlegen. Dies hatte eine **ungesicherte Vorleistung** zur Folge. Das **KG Berlin** bestätigte die von der Notarkammer ausgesprochene Ermahnung des Notars. Dieser hätte in **zweifacher Hinsicht** belehren müssen: Zum einen über die Folgen einer ungesicherten Vorleistung und zum anderen darüber, wie diese Risiken vermieden werden können.

Ich wünsche Ihnen eine besinnliche Weihnachtszeit und einen guten Rutsch ins neue Jahr.

A handwritten signature in black ink, reading 'Rafael Meixner'. The signature is fluid and cursive, with a long horizontal stroke at the end.

Rafael Meixner

## GI News

### **BFH: Rechtsprechungsänderung zu eigenkapitalersetzenden Finanzierungshilfen**

Wird ein Gesellschafter im Insolvenzverfahren als Bürge für Verbindlichkeiten der Gesellschaft in Anspruch genommen, führt dies entgegen einer langjährigen Rechtsprechung nach Aufhebung des Eigenkapitalersatzrechts durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen vom 23.10.2008 nicht mehr zu nachträglichen Anschaffungskosten auf seine Beteiligung, wie der Bundesfinanzhof mit Urteil vom 11.7.2017 – IX R 36/15 entschieden hat.

In dem vom BFH entschiedenen, das Jahr 2010 betreffenden Fall hatte ein Alleingesellschafter einer GmbH Bürgschaften für deren Bankverbindlichkeiten übernommen. In der Insolvenz der GmbH wurde er von der Gläubigerbank aus der Bürgschaft in Anspruch genommen. Da er mit seinem Regressanspruch gegen die insolvente GmbH ausgefallen war, begehrte er die steuerliche Berücksichtigung der in diesem Zusammenhang geleisteten Zahlungen auf der Grundlage der bisherigen Rechtsprechung.

Bisher nahm der BFH in solchen Fällen nachträgliche Anschaffungskosten auf die Beteiligung an, wenn das Darlehen oder die Bürgschaft eigenkapitalersetzend waren. Nachträgliche Anschaffungskosten minderten den Veräußerungs- oder Auflösungsgewinn oder erhöhten einen entsprechenden Verlust. Bei der Frage, ob die Finanzierungshilfe des Gesellschafters eigenkapitalersetzend war, orientierte sich der BFH an den gesellschaftsrechtlichen Vorgaben zum sog. Eigenkapitalersatzrecht.

Mit dem Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen vom 23.10.2008 hat der Gesetzgeber allerdings das Eigenkapitalersatzrecht aufgehoben und durch eine insolvenzrechtliche Regelung ersetzt. Darlehen, die ein Gesellschafter seiner Gesellschaft gegeben hat, sind danach im Insolvenzverfahren der Gesellschaft nachrangig zu erfüllen. Eine Kapitalbindung tritt nicht mehr ein. Seitdem war umstritten und höchstrichterlich ungeklärt, welche Auswirkungen dies steuerrechtlich auf die Rechtsprechung zu nachträglichen Anschaffungskosten hat.

Der BFH hat jetzt entschieden, dass mit der Aufhebung des Eigenkapitalersatzrechts die gesetzliche Grundlage für die bisherige Annahme von nachträglichen Anschaffungskosten entfallen ist. Nachträgliche Anschaffungskosten der Beteiligung sind deshalb – wie auch ansonsten im Einkommensteuerrecht – nur noch nach Maßgabe der handelsrechtlichen Begriffsdefinition in § 255 des Handelsgesetzbuchs anzuerkennen. Darin liegt eine wesentliche Einschränkung gegenüber der bisherigen Praxis.

Hervorzuheben ist, dass jetzt erstmals auch ein Fachsenat des BFH aus Gründen des Vertrauensschutzes eine zeitliche

Anwendungsregelung für ein Urteil getroffen hat. Zwar ist der Kläger nach dem neuen Urteil eigentlich nicht mehr berechtigt, seinen Forderungsausfall als nachträgliche Anschaffungskosten geltend zu machen. Der BFH gewährt jedoch Vertrauensschutz in die bisherige Rechtsprechung für alle Fälle, in denen der Gesellschafter eine eigenkapitalersetzende Finanzierungshilfe bis zum Tag der Veröffentlichung des Urteils am 27.9.2017 geleistet hat oder wenn eine Finanzierungshilfe des Gesellschafters bis zu diesem Tag eigenkapitalersetzend geworden ist. Diese Fälle sind daher, wenn es für die Steuerpflichtigen günstiger ist, weiterhin nach den bisher geltenden Grundsätzen zu beurteilen. So lag es im Streitfall. Die Bürgschaften des Klägers waren bereits im Zeitpunkt ihrer Hingabe eigenkapitalersetzend.

Die Entscheidung des BFH hat große Auswirkung auf die Finanzierung von Kapitalgesellschaften durch Gesellschafterdarlehen und die Absicherung von Darlehen durch Bürgschaften des Gesellschafters. In einer Reihe weiterer Fälle wird der BFH demnächst die neuen Grundsätze konkretisieren.

(BFH, Urt. v. 11.7.2017 – IX R 36/15)

Pressemitteilung des BFH v. 27.9.2017 ■

## Insolvenzverwaltervergütung

- Verwirkung des Vergütungsanspruchs
  - Schwerwiegende Pflichtverletzungen
- (BGH, Beschl. v. 21.9.2017 – IX ZB 28/14)

### **Leitsatz:**

Der vorläufige Insolvenzverwalter verwirkt seinen Vergütungsanspruch in der Regel nicht durch Pflichtverletzungen, die er als Insolvenzverwalter im eröffneten Verfahren begeht. ■

### **Zum Sachverhalt:**

Der (weitere) Beteiligte zu 2) war vom 11.9.2000 bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens am 30.10.2000 vorläufiger Insolvenzverwalter über das Vermögen der Schuldnerin, danach Insolvenzverwalter. Am 3.8.2010 wurde er aus seinem Amt entlassen. Später wurde der (weitere) Beteiligte zu 1) zum Insolvenzverwalter bestellt. Am 22.12.2000 beantragte der Beteiligte zu 2) eine Vergütung für seine Tätigkeit als vorläufiger Verwalter in Höhe von insgesamt 173.370,12 DM. Das Insolvenzgericht setzte die Vergütung antragsgemäß fest. Nach erfolgloser sofortiger Beschwerde des (weiteren) Beteiligten zu 3) hob der BGH auf dessen Rechtsbeschwerde die Entscheidungen der Vorinstanzen auf und verwies die Sache zur erneuten Entscheidung an das Insolvenzgericht zurück (BGH, Beschl. v. 7.12.2006 – IX ZB 1/04, NZI 2007, 241). Das Insolvenzgericht setzte die Vergütung auf einen unter dem 30.3.2007 eingereichten neuen Antrag des Beteiligten zu 2) auf 124.088,06 EUR fest. Diese Festsetzung wurde vom LG aufgehoben.

Mit Beschluss vom 28.4.2011 hat das Insolvenzgericht die Vergütungsanträge des Beteiligten zu 2) und seinen Antrag auf Zustimmung zur Entnahme eines Vorschusses zurückgewiesen und festgestellt, dass der Vergütungsanspruch verwirkt sei, weil der Beteiligte zu 2) durch mehrfache Versäumnisse und Eingriffe die Insolvenzmasse verkürzt und einzelnen Beteiligten Vorteile verschafft habe, die diesen nicht zugestanden hätten. Zur näheren Begründung hat das Insolvenzgericht auf die Gründe des Beschlusses über die Entlassung des Beteiligten zu 2) aus seinem Amt als Insolvenzverwalter Bezug genommen. Auf die sofortige Beschwerde des Beteiligten zu 2) hat das LG den Beschluss des Insolvenzgerichts aufgehoben, die zuletzt in Höhe von 181.972,47 EUR zuzüglich 19 v.H. Umsatzsteuer beantragte Vergütung auf 28.143,55 EUR zuzüglich 4.502,97 EUR Umsatzsteuer festgesetzt und die Rechtsbeschwerde zugelassen. Gegen diese Entscheidung haben sowohl der Beteiligte zu 2) als auch die Beteiligten zu 3) und 4) Rechtsbeschwerde eingelegt. Der Beteiligte zu 2) verfolgt den abgewiesenen Teil seines Vergütungsantrags weiter.

Die Beteiligten zu 3) und 4) begehren die Wiederherstellung der Entscheidung des Insolvenzgerichts. ■

#### Aus den Gründen:

Beide Rechtsbeschwerden sind aufgrund der unbeschränkten Zulassung durch das Beschwerdegericht statthaft (§ 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ZPO) und auch im Übrigen zulässig (§ 575 Abs. 1 und 2 ZPO). Sie führen zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das Beschwerdegericht.

A. Das Beschwerdegericht hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt:

Der Beteiligte zu 2) habe seinen Vergütungsanspruch für die Tätigkeit als vorläufiger Insolvenzverwalter nicht verwirkt. Pflichtverstöße während der vorläufigen Insolvenzverwaltung seien nicht festgestellt. Die vom Insolvenzgericht angeführten Pflichtverletzungen im eröffneten Verfahren seien weder für sich genommen noch in ihrer Gesamtheit so schwerwiegend, dass es gerechtfertigt wäre, dem Beteiligten zu 2) die Vergütung zu versagen.

Ausgangspunkt für die Berechnung der Vergütung nach § 11 InsVV in der bis zum 6.10.2004 geltenden Fassung sei, wie vom Beteiligten zu 2) angegeben, ein Wert des verwalteten Vermögens von 10.812.523,27 DM. Hiervon seien Aus- und Absonderungsrechte im Wert von 2.578.730,95 DM in Abzug zu bringen, weil der Beteiligte zu 2) nicht dargelegt habe, sich auch nur nennenswert mit diesen Rechten befassen zu haben. Auch die tatsächlichen Voraussetzungen der geltend gemachten Zuschläge in Höhe von insgesamt 220 v.H. des Regelsatzes habe er nicht ausreichend dargelegt. Die Regelvergütung aus einer Berechnungsgrundlage von 8.233.792,32 DM betrage nach § 2 Abs. 1 InsVV in der bis zum 31.12.2001 geltenden Fassung 220.176 DM. Da der vorläufige Insolvenzverwalter regelmäßig ein Viertel der Regelvergütung erhalte, sei ein Betrag von 55.044 DM (28.143,55 EUR) zuzüglich 16 v.H. Umsatzsteuer (4.502,97

EUR) festzusetzen. Zinsen auf die Vergütung stünden dem Beteiligten zu 2) nicht zu. Den von ihm während des Beschwerdeverfahrens beantragten weiteren Zuschlag von 75.000 EUR wegen verspäteter Festsetzung sehe die Insolvenzrechtliche Vergütungsverordnung nicht vor. Einen Anspruch auf Vorschuss habe der Beteiligte zu 2) nicht, weil er nicht mehr Insolvenzverwalter sei.

B. Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung nicht in allen Punkten stand.

#### 1. Rechtsbeschwerde der Beteiligten zu 3) und 4)

a) Die Beurteilung des Beschwerdegerichts, der Beteiligte zu 2) habe seinen **Vergütungsanspruch nicht verwirkt**, ist frei von Rechtsfehlern.

aa) Nach der Rechtsprechung des BGH **verwirkt** der Insolvenzverwalter seinen **Anspruch auf Vergütung** entsprechend dem der Regelung in § 654 BGB zugrunde liegenden allgemeinen Rechtsgedanken, wenn er vorsätzlich oder grob leichtfertig die ihm obliegende **Treuepflicht so schwerwiegend** verletzt, dass er sich **seines Lohnes als „unwürdig“** erweist (BGH, Beschl. v. 6.5.2004 – IX ZB 349/02, BGHZ 159, 122, 131 f.; v. 9.6.2011 – IX ZB 248/09, ZIP 2011, 1526 Rdnr. 6; Urt. v. 16.10.2014 – IX ZR 190/13, ZIP 2014, 2299 Rdnr. 27; Beschl. v. 6.11.2014 – IX ZB 90/12, ZIP 2014, 2450 Rdnr. 13; v. 14.7.2016 – IX ZB 52/15, NZI 2016, 892 Rdnr. 6; Urt. v. 20.7.2017 – IX ZR 310/14, ZIP 2017, 1571 Rdnr. 33; für die Vergütung des Zwangsverwalters: BGH, Beschl. v. 23.9.2009 – V ZB 90/09, NZI 2009, 820 Rdnr. 8 ff.).

Da der Insolvenzverwalter einen gemäß Art. 12 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich gewährleisteten Anspruch auf Vergütung seiner Tätigkeit hat, kommt ein Ausschluss der Vergütung bei Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes allerdings **nur in eng begrenzten Ausnahmefällen** in Betracht (BGH, Beschl. v. 6.5.2004, a.a.O. S. 132; v. 9.6.2011, a.a.O.; v. 14.7.2016, a.a.O.). Es genügt **nicht jede objektiv erhebliche Pflichtverletzung**. Die Versagung jeglicher Vergütung kommt vielmehr **nur bei einer schweren, subjektiv in hohem Maße vorwerfbaren Verletzung der Treuepflicht** in Betracht. Ein solcher Fall liegt insbesondere dann vor, wenn der Insolvenzverwalter **besonders schwerwiegende Pflichtverletzungen in Form von Straftaten zum Nachteil der Masse** begangen hat (BGH, Beschl. v. 14.7.2016, a.a.O.; Urt. v. 20.7.2017, a.a.O.).

bb) Diese Grundsätze, die auch für den vorläufigen Insolvenzverwalter gelten, hat das Beschwerdegericht beachtet. Mit Recht hat es dem Umstand, dass alle festgestellten und vom Insolvenzgericht herangezogenen **Pflichtverstöße** die Tätigkeit des Beteiligten zu 2) als Insolvenzverwalter **im eröffneten Verfahren betreffen und nicht in die Zeit des Eröffnungsverfahrens fallen**, Bedeutung beigemessen. Die Bestellung zum vorläufigen Insolvenzverwalter durch das Insolvenzgericht nach § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 InsO begründet ein privates Amt mit eigenen Rechten und Pflichten, das vom Amt des Insolvenzverwalters zu unterscheiden ist.



**Die Verwirkung des Anspruchs eines Insolvenzverwalters auf Vergütung findet ihren inneren Grund in dem schweren Treuebruch gegenüber dem Insolvenzgericht, das ihn bestellt hat** (BGH, Beschl. v. 14.7.2016, a.a.O., Rdnr. 8). Deshalb kann die Verwirkung des Vergütungsanspruchs regelmäßig **nur auf Pflichtverletzungen des Verwalters bei der Ausübung des konkreten Amtes** gestützt werden, für das er eine Vergütung beansprucht. Pflichtverletzungen des Insolvenzverwalters im eröffneten Verfahren führen danach nur unter besonderen Umständen zum Verlust des Anspruchs auf Vergütung für die vorangegangene Tätigkeit als vorläufiger Insolvenzverwalter.

cc) Verhaltensweisen des Beteiligten zu 2), die als schwere Verletzung der ihm als vorläufigem Insolvenzverwalter obliegenden Treuepflicht zu werten wären, sind nicht festgestellt. Die Rechtsbeschwerde der Beteiligten zu 3) und 4) zeigt auch nicht auf, dass das Beschwerdegericht maßgebliche Umstände nicht berücksichtigt hätte. Betreffend die Tätigkeit des Beteiligten zu 2) als vorläufiger Insolvenzverwalter verweist sie lediglich auf Vortrag, wonach dessen Rechnungslegung nicht prüffähig gewesen sei, weil über 100 Belege zu Zahlungen während der vorläufigen Verwaltung fehlten.

Dieser Umstand rechtfertigt nicht die Beurteilung, der Beteiligte zu 2) habe die ihm obliegende Treuepflicht im Eröffnungsverfahren so schwerwiegend verletzt, dass sein Anspruch auf Vergütung verwirkt wäre. Soweit die Beteiligten zu 3) und 4) mit ihrer Rechtsbeschwerde weitere Pflichtverletzungen des Beteiligten zu 2) im eröffneten Verfahren geltend machen, zu denen vorgetragen worden sei oder nach einem für erforderlich gehaltenen gerichtlichen Hinweis vorgetragen worden wäre, zeigen sie nicht auf, dass diese Pflichtverletzungen ausnahmsweise einen Treuebruch bei der Ausübung des Amtes als vorläufiger Insolvenzverwalter darstellten.

dd) Der Anspruch des Beteiligten zu 2) auf Vergütung ist nicht, wie die Rechtsbeschwerde meint, deswegen ausgeschlossen, weil der Beteiligte zu 2) **Schäden in einer seinen Vergütungsanspruch übersteigenden Höhe verursacht** habe, was sich allein aus einer rechtskräftigen Verurteilung des Beteiligten zu 2) zur Zahlung von Schadenersatz an eine aus dem Beteiligten zu 3) und einem weiteren Gesellschafter bestehende Gesellschaft bürgerlichen Rechts ergebe. **Einen unmittelbaren Abzug von der Vergütung hat der Senat nur für Beträge anerkannt, die der Verwalter unberechtigt für die Bezahlung externer Fachleute aus der Masse entnommen hat** (BGH, Beschl. v. 11.11.2004 – IX ZB 48/04, NZI 2005, 103, 104; v. 14.11.2012 – IX ZB 95/10, ZInsO 2013, 152 Rdnr. 7; v. 10.10.2013 – IX ZB 38/11, NZI 2013, 1014 Rdnr. 27).

Um einen solchen Fall handelt es sich hier nicht. Eine Aufrechnung scheitert bereits an der fehlenden Gegenseitigkeit der Forderungen.

b) Mit Recht beanstanden die Beteiligten zu 3) und 4) aber, dass das Beschwerdegericht entsprechend der vom Beteiligten zu 2) im Dezember 2000 vorgelegten Eröffnungsbilanz eine Berechnungsgrundlage von 8.233.792,32 DM ange-

nommen und dabei für das Anlagevermögen einen Betrag von rund 4.250.000 DM angesetzt hat, obwohl bei dessen Veräußerung im Jahr 2001 nur ein Erlös in Höhe von 1.500.000 DM zuzüglich 16 v.H. Umsatzsteuer erzielt wurde und der Beteiligte zu 2) deshalb in seiner auf den 1.7.2001 fortgeschriebenen Eröffnungsbilanz selbst den Betrag von 1.740.000 DM einsetzte. Die vom Beschwerdegericht hierfür gegebene Begründung, die ab dem 29.12.2006 geltende Fassung des § 11 InsVV sei auf das im Jahr 2000 beendete Eröffnungsverfahren nicht anzuwenden, trägt nicht.

aa) Die Rechtsprechung des BGH, wonach die Neuregelung der Vergütung des vorläufigen Insolvenzverwalters durch die am 29.12.2006 in Kraft getretene Zweite Verordnung zur Änderung der Insolvenzrechtlichen Vergütungsverordnung (BGBl. 2006 I, S. 3389) nicht auf Eröffnungsverfahren anwendbar ist, die vor dem 29.12.2006 geendet haben, gilt nur für § 11 Abs. 1 InsVV (BGH, Beschl. v. 23.10.2008 – IX ZB 35/05, NZI 2009, 54 Rdnr. 5 ff.; v. 18.12.2008 – IX ZB 46/08, ZInsO 2009, 495 Rdnr. 5; v. 19.11.2009 – IX ZB 105/08, NZI 2010, 300 Rdnr. 8 f.; v. 11.3.2010 – IX ZB 128/07, NZI 2010, 527 Rdnr. 2; v. 21.12.2010 – IX ZB 117/08, n.v. Rdnr. 2).

Die Neuregelung über eine Nachbewertung in § 11 Abs. 2 InsVV kann dagegen nach § 19 Abs. 2 InsVV grundsätzlich auch auf früher beendete vorläufige Verwaltungen angewandt werden, sofern – wie hier – die Vergütung bis zum 29.12.2006 nicht rechtskräftig abgerechnet war (BGH, Beschl. v. 23.10.2008, a.a.O., Rdnr. 6 f.; v. 12.5.2011 – IX ZB 125/08, ZInsO 2011, 1128 Rdnr. 2). Im Streitfall erlangt § 11 Abs. 2 InsVV n.F. allerdings keine Bedeutung, weil das Vergütungsverfahren nicht rechtskräftig abgeschlossen ist und es deshalb der in § 11 Abs. 2 InsVV n.F. vorgesehenen Wiederaufnahme eines abgeschlossenen Vergütungsfestsetzungsverfahrens nicht bedarf.

bb) Gleichwohl durfte das Beschwerdegericht den Umstand, dass für das Anlagevermögen im eröffneten Verfahren ein **Erlös weit unter dem im Vergütungsantrag angesetzten Wert erzielt** wurde, nicht außer Betracht lassen. Für die Bewertung des Vermögens, aus dem sich die Vergütung des vorläufigen Insolvenzverwalters errechnet, ist nach § 11 Abs. 1 Satz 2 InsVV in der hier gemäß § 19 Abs. 1 InsVV noch anwendbaren Fassung vom 19.8.1998 zwar auf den Zeitpunkt der Beendigung des Eröffnungsverfahrens abzustellen.

Umstände, die sich erst nach diesem Zeitpunkt ergeben haben, ändern daher die Berechnungsgrundlage nicht. Von der Frage des Wertermittlungsstichtages zu unterscheiden sind aber die Erkenntnisquellen, welche die stichtagsbezogene Bewertung tragen. Diese Erkenntnisquellen sind bis zum letzten tatrichterlichen Entscheidungszeitpunkt, an dem der Vergütungsanspruch zu beurteilen ist, zu nutzen (BGH, Beschl. v. 12.5.2011, a.a.O., Rdnr. 3). Nach diesen Grundsätzen konnte auch der bei der Veräußerung des Anlagevermögens im Jahr 2001 erzielte Kaufpreis ein Umstand sein, der bei der Ermittlung des tatsächlichen Werts des Anlagevermögens zum Zeitpunkt der Beendigung des Eröffnungsverfahrens zu berücksichtigen war. (...) ■

## Steuerberaterhaftung

- Unerlaubte Beihilfe zu Bankgeschäften
- Schutzgesetz
- Unvermeidbarer Verbotsirrtum
- Gefälligkeitsgutachten

(BGH, Urt. v. 16.5.2017 – VI ZR 266/16)

### Leitsätze:

1. Ist das Schutzgesetz im Sinne von § 823 Abs. 2 Satz 1 StGB eine Strafnorm, so muss der Vorsatz nach strafrechtlichen Maßstäben beurteilt werden. Dies gilt auch, falls das verletzte Schutzgesetz selbst keine Strafnorm ist, seine Missachtung aber unter Strafe gestellt wird. Führt ein unvermeidbarer Verbotsirrtum gemäß § 17 Satz 1 StGB zur Schuldlosigkeit, so schließt dies auch eine Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB aus (*Anschluss Senat, Urt. v. 15.5.2012 – VI ZR 166/11, NJW 2012, 3177; v. 10.7.1984 – VI ZR 222/82, NJW 1985, 134*).

2. Hält der Täter des § 54 KWG seine Geschäfte für rechtlich zulässig und nicht erlaubnispflichtig, so stellt dies aus strafrechtlicher Sicht einen Verbotsirrtum (§ 17 StGB) dar (*Anschluss Senat, Urt. v. 15.5.2012 – VI ZR 166/11, NJW 2012, 3177*).

3. Zur Vermeidbarkeit eines Verbotsirrtums (§ 17 Satz 1 StGB) bei anwaltlicher Beratung. ■

### Zum Sachverhalt:

Der Kläger nimmt die Beklagten wegen Mitwirkung an einem unerlaubten Bankgeschäft auf Schadenersatz in Anspruch.

Die als „Treuhandgesellschaft Steuerberatungsgesellschaft mbH“ firmierende Beklagte zu 2), deren Geschäftsführer der Beklagte zu 1) ist, schloss als „Auftragnehmer“ mit der E.-Aktiengesellschaft als „Auftraggeber“ einen „Geschäftsbesorgungsvertrag“. In diesem heißt es unter „I. Präambel“:

„Der Auftraggeber beabsichtigt, bei Dritten („Beteiligungspartner“) durch Ausgabe von Genussscheinen („Genussschein“) Kapital aufzunehmen („Beteiligungskapital“), um aus diesem Beteiligungskapital Darlehen an [...] zu gewähren. Aus der Verzinsung der Darlehen, zusammen mit der anderweitigen Anlage des Beteiligungskapitals, wird eine Rendite erzielt werden, die an die Erwerber der Genussscheine weitergereicht werden soll.

Die Parteien beabsichtigen weiterhin, den Auftragnehmer in die Verwaltung des Beteiligungskapitals einzubinden und schließen dafür diesen Geschäftsbesorgungsvertrag. Die Parteien stellen bereits an dieser Stelle klar, dass der Auftragnehmer nur die in diesem Vertrag ausdrücklich geregelten Pflichten und diese ausschließlich gegenüber dem Auftraggeber übernimmt.“

Die Beklagte zu 2) verpflichtete sich, ein Bankkonto bei einer als Zoll- und Steuerbürgin zugelassenen Bank einzurichten, Zahlungen der Beteiligungspartner entgegenzunehmen, Zahlungen an mitgeteilte Zahlungsempfänger auszukehren sowie die Genussscheine abzurufen und zu versenden.

In die Prüfung dieses Geschäftsbesorgungsvertrags war ein Rechtsanwalt einbezogen. Dieser übersandte dem Beklagten zu 1) durch E-Mail einen Vertragsentwurf und teilte unter Bezugnahme auf persönliche Unterredungen mit, dass die Zeichner schriftlich auf ihr gesetzliches Widerrufsrecht hingewiesen werden müssten.

Der Kläger zeichnete im März 2007 Genussscheine und entrichtete den Zeichnungsbetrag. In den „Genussrechtsbedingungen“ heißt es:

„Die Forderungen aus den Genuss-Rechten treten gegenüber allen anderen Ansprüchen von Gläubigern gegen [...] im Rang zurück. Im Falle der Liquidation oder der Insolvenz der Gesellschaft werden die Genussscheine nach anderen Gläubigern vorrangig vor den Aktionären bedient. Die Genuss-Rechte begründen keinen Anspruch auf Teilnahme am Liquidationserlös im Falle der Auflösung der Gesellschaft.“

Die E.-Aktiengesellschaft verfügte nicht über eine Erlaubnis der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin). Der Initiator der Kapitalanlage wurde rechtskräftig wegen Betrugs in Tateinheit mit Verstoß gegen das Kreditwesengesetz (KWG) zu einer Freiheitsstrafe verurteilt.

Das AG hat die auf Schadenersatz (Zug um Zug gegen Übertragung der Genussrechte) gerichtete Klage abgewiesen. Das LG hat die Berufung zurückgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Begehren weiter. ■

### Aus den Gründen:

I. Nach Auffassung des Berufungsgerichts hat der Kläger keinen Anspruch gegen die Beklagten wegen Beihilfe zu einem unerlaubten Bankgeschäft. Allerdings handle es sich bei der Geschäftsbesorgung (Entgegennahme und Weiterleitung von Anlagegeldern des Klägers) der Beklagten um eine Beihilfehandlung zu einem unerlaubten Bankgeschäft. Die Ausgabe von verzinslichen Genussscheinen durch die E.-Aktiengesellschaft sei als Annahme unbedingt rückzahlbarer Gelder ein Einlagengeschäft, da eine unbedingte Rückzahlbarkeit nur durch einen qualifizierten Rangrücktritt ausgeschlossen werde. Hier sei lediglich ein einfacher Rangrücktritt vereinbart. Der Beklagte zu 1) habe als Geschäftsführer der Beklagten zu 2) die mangels Erlaubnis unerlaubte Geschäftstätigkeit objektiv gefördert, indem er die Einlage des Klägers entgegengenommen habe.

Er habe auch vorsätzlich gehandelt, was sich die Beklagte zu 2) zurechnen lassen müsse. Insbesondere habe er den Businessplan und das Genussscheingebot einschließlich der Formulierung der Nachrangklausel und die Tatsachen, die die Erlaubnispflicht begründeten, gekannt. Ihm sei auch bekannt gewesen, dass eine Erlaubnis der BaFin tatsächlich nicht er-

teilt gewesen sei. Bei der Entgegennahme der Gelder handle es sich nicht um eine neutrale, berufstypische Tätigkeit, da das Handeln der Beklagten zu 2) integraler Bestandteil des Gesamtkonzepts gewesen sei und jedenfalls der Beklagte zu 1) gewusst habe, dass die Begebung der Genussscheine allein auf den unerlaubten Betrieb eines Bankgeschäfts abgezielt habe. Hierzu genüge, dass der Beklagte zu 1) die Tatsachen gekannt habe, aus denen sich die Strafbarkeit ergeben habe.

Der Beklagte könne sich jedoch auf einen „den Vorsatz ausschließenden Verbotsirrtum“ berufen. Die Beklagten hätten durch die Beauftragung des Rechtsanwalts ausreichende Erkundigungen eingezogen. Eine Anfrage bei der Erlaubnisbehörde sei nicht zwingend. Die Beklagten hätten den Prüfungsauftrag an den Rechtsanwalt nicht näher substantiieren müssen. Soweit der Auftraggeber nicht unzweideutig zu erkennen gebe, dass er des Rats nur in einer bestimmten Richtung bedürfe, sei der Rechtsanwalt zu einer umfassenden und möglichst erschöpfenden Belehrung verpflichtet.

Selbst bei einem eingeschränkten Mandat habe der Rechtsanwalt den Mandanten zu warnen, wenn sich bei ordnungsgemäßer Bearbeitung Gefahren aufdrängten und Grund zu der Annahme bestehe, dass sich der Mandant dessen nicht bewusst sei. Hier habe sich aus der Präambel des Geschäftsbesorgungsvertrags ergeben, dass die Tätigkeit im Rahmen eines Anlagemodells stattfinden sollte, das die Ausgabe von Genussscheinen vorgesehen habe.

Bei dieser Sachlage hätten die Beklagten davon ausgehen dürfen, dass ein mit der Prüfung beauftragter Rechtsanwalt auch untersuche, ob das Anlagemodell als solches erlaubnispflichtig sei, oder zumindest darauf hinweise, dass er dies mangels ausreichender Spezialisierung nicht beurteilen könne, da anderenfalls die Gefahr der Begehung einer Straftat oder der Teilnahme hieran auf der Hand läge. Bedenken habe der Rechtsanwalt nicht geäußert.

Da die umfassende Beauftragung die Regel sei, habe es einer näheren Substantiierung des Prüfungsauftrags nicht bedurft. Vielmehr hätte der Kläger einen abweichenden Ablauf schlüssig vortragen und unter Beweis stellen müssen. Sein Bestreiten – gleich ob einfach oder mit Nichtwissen – genüge insoweit nicht. Eine nur eingeschränkte Beauftragung könne auch nicht im Rückschluss aus dem Prüfergebnis abgeleitet werden.

Es sei zwar zutreffend, dass die vorgelegten Unterlagen im Vergleich zu anderen im Geschäftsverkehr gebräuchlichen Emissionsprospekten für eine fachkundige Person einen unprofessionellen und unvollständigen Eindruck erweckten. Auch treffe es zu, dass bei Lektüre eines einschlägigen Kommentars zumindest die Problematik der Erlaubnispflicht schnell aufzufinden sei. Aus dem Umstand, dass der Rechtsanwalt dies nicht zum Anlass für eine Warnung oder mindestens nähere Erläuterung genommen habe, könne aber nicht der Schluss auf einen eingeschränkten Prüfauftrag gezogen werden.

II. Die Revision ist statthaft. Es ist unerheblich, ob – wie die Revisionserwiderung meint – die Zulassungsvoraussetzungen (§ 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO) nicht vorgelegen haben. Gemäß § 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO ist das Revisionsgericht an die Zulassung durch das Berufungsgericht gebunden.

III. Die Zurückweisung der Berufung gegen das klageabweisende Urteil des AG hält revisionsrechtlicher Nachprüfung nicht stand. Auf der Grundlage der bislang getroffenen Feststellungen kann ein Schadenersatzanspruch gegen den Beklagten zu 1) nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit §§ 1 Abs. 1 Satz 1 und 2 Nr. 1 Alt. 2, § 32 Abs. 1 Satz 1, § 54 Abs. 1 Nr. 2 KWG und § 14 Abs. 1 Nr. 1, § 27 StGB bzw. § 830 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BGB sowie gegen die Beklagte zu 2) in Verbindung mit § 31 BGB nicht verneint werden. Die getroffenen Feststellungen tragen weder die Annahme des Berufungsgerichts, der Beklagte zu 1) sei einem Verbotsirrtum unterlegen, noch dass dieser unvermeidbar gewesen sei.

1. Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass **§ 32 Abs. 1 Satz 1 KWG ein Schutzgesetz im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB** darstellt (*Senat, Urt. v. 19.3.2013 – VI ZR 56/12, BGHZ 197, 1 Rdnr. 11 m.w.N.; v. 7.7.2015 – VI ZR 372/14, NJW-RR 2015, 1144 Rdnr. 25, auch zum Schutzzweck bei Einlagengeschäften*).

Weiter tragen die getroffenen Feststellungen die Annahmen des Berufungsgerichts, dass die E.-Aktiengesellschaft **ohne Erlaubnis ein Bankgeschäft (Einlagengeschäft)** betrieben habe (§ 1 Abs. 1 Satz 1 und 2 Nr. 1 Alt. 2, § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG), was gemäß § 54 Abs. 1 Nr. 2 KWG strafbar sei, und dass der Beklagte zu 1) dazu objektiv Beihilfe geleistet habe (§ 823 Abs. 2 BGB, § 14 Abs. 1 Nr. 1, § 27 Abs. 1 StGB bzw. § 830 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BGB; vgl. zur Hilfeleistung i.S.v. § 27 Abs. 1 StGB etwa *Senat, Urt. v. 10.7.2012 – VI ZR 341/10, BGHZ 194, 26 Rdnr. 15*).

Dabei hat das Berufungsgericht zu Recht angenommen, dass Genussrechte nur dann keine **„anderen unbedingt rückzahlbaren Gelder“** im Sinne von § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 Alt. 2 KWG in der Fassung des Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie 2002/87/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.12.2002 (Finanzkonglomeraterichtlinie-Umsetzungsgesetz) vom 21.12.2004 (*BGB I, 3610*) darstellen, wenn ein **„qualifizierter“ Rangrücktritt mit insolvenzverhindernder Funktion** vorliegt (vgl. *Schäfer, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, KWG 5. Aufl., § 1 Rdnr. 46; Bitter, ZIP 2015, 345, 346; siehe weiter Senat, Urt. v. 10.2.2015 – VI ZR 569/13, NJW-RR 2015, 675 Rdnr. 15*).

2. Unzutreffend ist hingegen die Annahme des Berufungsgerichts, der Beklagte zu 1) könne sich „auf einen **den Vorsatz ausschließenden Verbotsirrtum** berufen“. Ein Verbotsirrtum des Beklagten zu 1) würde sich nicht auf dessen Vorsatz auswirken, sondern im Fall der Unvermeidbarkeit lediglich die Haftung ausschließen.

a) **Im Zivilrecht setzt das Verschulden durch vorsätzliches Verhalten das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit voraus, welches bei einem Verbotsirrtum fehlt** (*Senat, Urt. v. 12.5.1992 –*



VI ZR 257/91, BGHZ 118, 201, 208). Ist allerdings das **Schutzgesetz** im Sinne von § 823 Abs. 2 Satz 1 StGB eine **Strafnorm**, so muss der **Vorsatz nach strafrechtlichen Maßstäben** beurteilt werden. Dies gilt auch, falls das verletzte Schutzgesetz selbst keine Strafnorm ist, seine Missachtung aber unter Strafe gestellt wird (Senat, Urt. v. 15.5.2012 – VI ZR 166/11, NJW 2012, 3177 Rdnr. 22; v. 10.7.1984 – VI ZR 222/82, NJW 1985, 134 f.). Gemäß § 17 Satz 1 StGB führt ein unvermeidbarer Verbotsirrtum zur Schuldlosigkeit, lässt den Vorsatz jedoch unberührt.

**b) Führt ein unvermeidbarer Verbotsirrtum gemäß § 17 Satz 1 StGB zur Schuldlosigkeit, so schließt dies auch eine Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB aus** (Senat, Urt. v. 15.5.2012 – VI ZR 166/11, NJW 2012, 3177 Rdnr. 22; v. 10.7.1984 – VI ZR 222/82, NJW 1985, 134 f.; BGH, Urt. v. 26.2.1962 – II ZR 22/61, NJW 1962, 910, 911; Beschl. v. 24.11.2010 – III ZR 260/09, juris Rdnr. 9).

Für das Vorliegen eines **haftungsausschließenden Rechtsirrtums** ist der **Anspruchsgegner darlegungs- und beweispflichtig** (vgl. Senat, Urt. v. 21.4.2009 – VI ZR 304/07, NJW-RR 2009, 1207 Rdnr. 23; BGH, Urt. v. 16.6.1977 – III ZR 179/15, BGHZ 69, 128, 143 f.).

3. Die getroffenen Feststellungen tragen nicht die Annahmen des Berufungsgerichts, dass der Beklagte zu 1) einem Verbotsirrtum unterlegen und dass dieser unvermeidbar gewesen sei.

a) Allerdings stellt es aus strafrechtlicher Sicht einen Verbotsirrtum dar, wenn der Täter oder Teilnehmer eines Verstoßes gegen § 54 KWG die davon erfassten Geschäfte für rechtlich zulässig und nicht erlaubnispflichtig hält.

aa) Die **zutreffende rechtliche Beurteilung normativer Tatbestandsmerkmale** gehört nicht zum Vorsatz. Insoweit genügt eine „**Parallelwertung in der Laiensphäre**“, die eine ausreichende Bedeutungskennntnis beinhaltet (Senat, Urt. v. 15.5.2012 – VI ZR 166/11, NJW 2012, 3177 Rdnr. 21; v. 10.7.1984 – VI ZR 222/82, NJW 1985, 134, 135; BGH, Urt. v. 3.4.2008 – 3 StR 394/07, BGHR StGB § 17 Vermeidbarkeit 8, Rdnr. 30; v. 24.9.1953 – 5 StR 225/53, BGHSt 4, 347, 352).

Fehlvorstellungen oder -bewertungen über normative Tatbestandsmerkmale können je nach dem Stand der (Un-)Kenntnis des Täters zu einem den Vorsatz und damit die Strafbarkeit ausschließenden **Tatbestandsirrtum** (§§ 15, 16 StGB) oder zu einem **vermeidbaren oder unvermeidbaren Verbotsirrtum** (§ 17 StGB) führen, wobei die sachgerechte Einordnung derartiger Irrtümer unter Rückgriff auf wertende Kriterien und differenzierte Betrachtungen vorzunehmen ist.

Insoweit kann das **Vertrauen des Täters in juristische Auskünfte** sowohl im Rahmen des Tatbestandsvorsatzes Bedeutung erlangen als auch sich im Bereich der Schuld auf die Strafbarkeit auswirken (BGH, Urt. v. 3.4.2008 – 3 StR 394/07, BGHR StGB § 17 Vermeidbarkeit 8, Rdnr. 36).

bb) **Hält der Täter des § 54 KWG seine Geschäfte für rechtlich zulässig und nicht erlaubnispflichtig, so stellt dies aus strafrechtlicher Sicht einen Verbotsirrtum (§ 17 StGB) dar** (Senat, Urt. v. 15.5.2012 – VI ZR 166/11, NJW 2012, 3177 Rdnr. 23 m.w.N.; BGH, Urt. v. 24.9.1953 – 5 StR 225/53, BGHSt 4, 347, 352 f.; Schröder, Handbuch Kapitalmarktsstrafrecht, 3. Aufl., Rdnr. 966 f.; Knierim, in: Wabnitz/Janovsky, Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts 4. Aufl., Kap. 10 Rdnr. 278; a.A. OLG Oldenburg, Urt. v. 26.3.2012 – 1 Ss 205/11, juris Rdnr. 15; Bock, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht 2. Aufl., § 54 KWG Rdnr. 82; Rinjes, wistra 2015, 7; siehe weiter Sternberg-Lieben/Schuster, in: Schönke/Schröder, StGB 29. Aufl., § 17 Rdnr. 12a).

b) Die Feststellungen rechtfertigen jedoch nicht die Beurteilung, dass der Beklagte zu 1) einem Verbotsirrtum unterlegen sei.

aa) **Ein Täter hat bereits dann eine den Verbotsirrtum ausschließende, ausreichende Unrechtseinsicht, wenn er bei Begehung der Tat mit der Möglichkeit rechnet, Unrecht zu tun, und dies billigend in Kauf nimmt.** Es genügt mithin das Bewusstsein, die Handlung verstoße gegen irgendwelche, wenn auch im Einzelnen nicht klar vorgestellte gesetzliche Bestimmungen (BGH, Urt. v. 23.12.2015 – 2 StR 525/13, BGHSt 61, 110 Rdnr. 53 f.; v. 11.10.2012 – 1 StR 213/10, BGHSt 58, 15 Rdnr. 65 jew. m.w.N.; verfassungsrechtlich unbedenklich: BVerfG [K], Beschl. v. 16.3.2006 – 2 BvR 954/02, NJW 2006, 2684, 2686).

bb) Im Zusammenhang mit der Erörterung einer **neutralen, berufstypischen Tätigkeit** stellt das Berufungsgericht fest, der Beklagte zu 1) habe gewusst, „dass die Haupttat, die Begehung von Genussscheinen, allein auf die Begehung einer strafbaren Handlung – des unerlaubten Betriebs eines Bankgeschäfts – abzielte“. Zwar führt das Berufungsgericht unmittelbar anschließend aus, hierzu genüge die Kenntnis der Tatsachen, aus denen sich Strafbarkeit ergeben habe. Unter Berücksichtigung der zuvor wiedergegebenen rechtlichen Maßstäbe („von ihm erkannte Risiko strafbaren Verhaltens des von ihm Unterstützten war derart hoch, dass er mit seiner Hilfeleistung die Förderung eines erkennbar tatgeneigten Täters in seinen Vorsatz aufgenommen hat“) sowie der weiteren Feststellung, dass „das Handeln der Beklagten zu 2) integraler Bestandteil des Gesamtkonzepts“ gewesen sei, bleibt jedoch unklar, welche Kenntnis oder zumindest Zweifel beim Beklagten zu 2) vorlagen.

c) Die Feststellungen tragen auch nicht die Annahme, dass ein – hier unterstellter – Verbotsirrtum unvermeidbar gewesen wäre.

aa) **Ein Verbotsirrtum ist im Sinne von § 17 Satz 1 StGB unvermeidbar, wenn der Täter trotz der ihm nach den Umständen des Falles, seiner Persönlichkeit sowie seines Lebens- und Berufskreises zuzumutenden Anspannung des Gewissens die Einsicht in das Unrechtmäßige nicht zu gewinnen vermochte.** Im Zweifel trifft ihn eine **Erkundigungspflicht** (Senat, Urt. v. 10.7.1984 – VI ZR 222/82, NJW 1985, 134 135; BGH, Urt. v. 7.3.1996 – 4 StR 742/95, NJW 1996, 1604, 1606; Beschl. v.

27.1.1966 – KRB 2/65, BGHSt 21, 18, 20 f.). Für jemanden, der im Geschäftsleben steht, ist kaum jemals ein Irrtum über das Bestehen eines Schutzgesetzes unvermeidbar, das für seinen Arbeitsbereich erlassen wurde, weil jeder im Rahmen seines Wirkungskreises verpflichtet ist, sich über das Bestehen von Schutzgesetzen zu unterrichten (*Senat*, Urt. v. 15.5.2012 – VI ZR 166/11, NJW 2012, 3177 Rdnr. 23; v. 21.12.1955 – VI ZR 280/54, LM § 823 (Bc) BGB Nr. 1; v. 10.7.1984 – VI ZR 222/82, NJW 1985, 134, 135; BGH, Beschl. v. 2.4.2008 – 5 StR 354/07, BGHSt 52, 182, 190).

**Etwa auftretende Zweifel sind erforderlichenfalls durch Einholung einer verlässlichen und sachkundigen Auskunft zu beseitigen** (vgl. *Senat*, Urt. v. 15.5.2012 – VI ZR 166/11, NJW 2012, 3177 Rdnr. 23; v. 10.7.1984 – VI ZR 222/82, NJW 1985, 134 135). **Dabei müssen sowohl die Auskunftsperson als auch die Auskunft aus der Sicht des Täters verlässlich sein**; die Auskunft selbst muss zudem einen unrechtsverneinenden Inhalt haben. Eine Auskunft ist in diesem Sinne nur dann verlässlich, wenn sie objektiv, sorgfältig, verantwortungsbewusst und insbesondere nach pflichtgemäßer Prüfung der Sach- und Rechtslage erteilt worden ist. Bei der Auskunftsperson ist dies der Fall, wenn sie die Gewähr für eine diesen Anforderungen entsprechende Auskunftserteilung bietet.

Hinzu kommt, dass der Täter nicht vorschnell auf die Richtigkeit eines ihm günstigen Standpunkts vertrauen und seine Augen nicht vor gegenteiligen Ansichten und Entscheidungen verschließen darf. Maßgebend sind die jeweils konkreten Umstände, insbesondere seine Verhältnisse und Persönlichkeit; daher ist zum Beispiel seine berufliche Stellung zu berücksichtigen (*Senat*, Urt. v. 10.7.1984 – VI ZR 222/82, NJW 1985, 134, 135; BGH, Urt. v. 21.12.2016 – 1 StR 253/16, NJW 2017, 1487 Rdnr. 58; v. 4.4.2013 – 3 StR 521/12, NStZ 2013, 461).

Das **Vertrauen auf eingeholten rechtsanwaltlichen Rat** vermag somit nicht in jedem Fall einen unvermeidbaren Verbotsirrtum des Täters zu begründen. Wendet sich dieser an einen auf dem betreffenden Rechtsgebiet versierten Anwalt, so hat er damit zwar vielfach das zunächst Gebotene getan. Jedoch ist weiter erforderlich, dass der Täter auf die Richtigkeit der Auskunft nach den für ihn erkennbaren Umständen vertrauen darf. Dies ist nicht der Fall, wenn die Unerlaubtheit des Tuns für ihn bei auch nur mäßiger Anspannung von Verstand und Gewissen leicht erkennbar ist oder er nicht mehr als eine Hoffnung haben kann, das ihm bekannte Strafgesetz greife hier noch nicht ein.

**Daher darf der Täter sich auf die Auffassung eines Rechtsanwalts etwa nicht allein deswegen verlassen, weil sie seinem Vorhaben günstig ist.** Eher zur Absicherung als zur Klärung bestellte „Gefälligkeitsgutachten“ scheiden als Grundlage unvermeidbarer Verbotsirrtümer aus. Auskünfte, die erkennbar vordergründig und mangelhaft sind oder nach dem Willen des Anfragenden lediglich eine „Feigenblattfunktion“ erfüllen sollen, können den Täter ebenfalls nicht entlasten.

Insbesondere bei komplexen Sachverhalten und erkennbar schwierigen Rechtsfragen ist regelmäßig ein detailliertes, schriftliches Gutachten erforderlich, um einen unvermeidbaren Verbotsirrtum zu begründen (BGH, Urt. v. 21.12.2016 – 1 StR 253/16, NJW 2017, 1487 Rdnr. 59; v. 4.4.2013 – 3 StR 521/12, NStZ 2013, 461; vgl. auch BGH, Beschl. v. 24.11.2010 – III ZR 260/09, juris Rdnr. 11; Urt. v. 20.9.2011 – II ZR 234/09, NJW-RR 2011, 1670 Rdnr. 16 ff.; v. 28.5.2013 – II ZR 83/12, NZG 2013, 1028 Rdnr. 21 ff.). Dagegen ist die Aussagekraft einer Auskunft beschränkt, wenn sie nur einzelne rechtliche Aspekte umfasst (BGH, Urt. v. 3.4.2008 – 3 StR 394/07, BGHR StGB § 17 Vermeidbarkeit 8, Rdnr. 40; v. 19.5.1999 – 2 StR 86/99, BGHSt 45, 97, 102 f.).

bb) Danach hat das Berufungsgericht bereits keine ausreichenden Feststellungen zu Anlass, Zweck und Inhalt des dem Rechtsanwalt erteilten Auftrags sowie zu dem ersichtlichen Gehalt und den Begleitumständen der anwaltlichen Überprüfung getroffen. Weiter lässt sich auf Grundlage der getroffenen Feststellungen nicht beurteilen, ob für den Beklagten zu 1) Anlass bestand, die Auskunft des Rechtsanwalts zu hinterfragen und nachzufragen.

IV. Die Zurückverweisung gibt dem Berufungsgericht Gelegenheit, sich mit dem Vorbringen der Parteien in den Rechtsmittelschriften zu befassen. ■

## Anwaltschaftung

- Unverschuldeter Rechtsirrtum
- Unrichtige Rechtsmittelbelehrung (BGH, Beschl. v. 9.3.2017 – V ZB 18/16)

### Leitsatz:

Der Rechtsanwalt unterliegt in aller Regel einem unverschuldeten Rechtsirrtum, wenn er die Berufung in einer Wohnungseigentumssache aufgrund einer unrichtigen Rechtsmittelbelehrung nicht bei dem nach § 72 Abs. 2 GVG zuständigen Berufungsgericht, sondern bei dem für allgemeine Zivilsachen zuständigen Berufungsgericht einlegt. ■

### Zum Sachverhalt:

Die Parteien sind Mitglieder einer Wohnungseigentümergemeinschaft. In dem Garten sind den Klägern einerseits und der Beklagten andererseits Sondernutzungsrechte an angrenzenden Flächen zugewiesen. Auf der Sondernutzungsfläche der Beklagten befindet sich an der gemeinsamen Grenze eine 3,50 m hohe Thuja-Hecke. Mit der vor dem AG Bautzen erhobenen Klage verlangen die Kläger – soweit von Interesse – den Rückschnitt der Hecke auf 1,80 m nebst vorgerichtlichen Anwaltskosten. Nachdem das Verfahren zunächst als allgemeine Zivilsache angesehen worden ist, ist die Abgabe an die für Wohnungseigentumssachen zuständige Amtsrichterin erfolgt, die der Klage stattgegeben hat. Das Urteil ist der Beklagten am 12.10.2015 zugestellt worden.

In der Rechtsmittelbelehrung wird das LG Görlitz als zuständiges Berufungsgericht bezeichnet.

Mit einem am 12.11.2015 eingegangenen Schriftsatz hat der Prozessbevollmächtigte der Beklagten Berufung bei dem LG Görlitz eingelegt und am 14.12.2015, einem Montag, die Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist beantragt. Nach einem am 15.12.2015 erfolgten gerichtlichen Hinweis auf die Unzuständigkeit des LG Görlitz hat er am 21.12.2015 Berufung bei dem LG Dresden als dem gemäß § 72 Abs. 2 Satz 1 GVG für Wohnungseigentumssachen zuständigen Berufungsgericht eingelegt. Zugleich hat er das Rechtsmittel begründet und Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragt. Das LG Dresden hat mit dem angefochtenen Beschluss den Wiedereinsetzungsantrag zurückgewiesen und die Berufung als unzulässig verworfen. Dagegen wendet sich die Beklagte mit der Rechtsbeschwerde. ■

#### Aus den Gründen:

Das Berufungsgericht meint, Wiedereinsetzung sei nicht zu gewähren, weil der Beklagten ein schuldhafter Rechtsirrtum ihres Prozessbevollmächtigten zuzurechnen sei. Auf die fehlerhafte Rechtsmittelbelehrung des AG habe dieser nicht vertrauen dürfen. Angesichts der Tatsache, dass § 72 Abs. 2 GVG eine besondere Zuständigkeit für Berufungen in Wohnungseigentumssachen vorsehe, habe es nahegelegen, die Zuständigkeit des LG Görlitz zu überprüfen. Die Tatsache, dass der Prozessbevollmächtigte der Beklagten nicht Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht sei, entschuldige ihn nicht. Im Gegenteil habe ein Rechtsanwalt in einem Rechtsgebiet, in dem er sich nicht vertieft auskenne, besondere Sorgfalt walten zu lassen.

Die Rechtsbeschwerde hat Erfolg.

1. Sie ist gemäß § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, § 522 Abs. 1 Satz 4, § 238 Abs. 2 Satz 1 ZPO statthaft und auch im Übrigen zulässig. Ein Zulassungsgrund ist gegeben, weil die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung im Sinne von § 574 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 ZPO eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts erfordert. Das Berufungsgericht hat der Beklagten den Zugang zu dem von der Zivilprozessordnung eingeräumten Instanzenzug in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigender Weise erschwert. Dies verletzt ihren Anspruch auf Gewährung wirkungsvollen Rechtsschutzes (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip, vgl. BVerfGE 77, 275, 284) und eröffnet die Rechtsbeschwerde nach § 574 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 ZPO (vgl. Senat, Beschl. v. 23.10.2003 – V ZB 28/03, NJW 2004, 367, 368 m.w.N.).

2. Die Rechtsbeschwerde ist auch in der Sache begründet.

a) Die bei dem LG Görlitz eingelegte Berufung hat die Frist des § 517 ZPO nicht gewahrt. Zuständiges Berufungsgericht ist nämlich gemäß § 72 Abs. 2 Satz 1 GVG das LG Dresden, weil es sich um eine Streitigkeit zwischen zwei Sondernutzungsberechtigten um den Gebrauch des gemeinschaftlichen Eigentums und damit um eine Wohnungseigentumssache gemäß § 43 Nr. 1 WEG handelt.

b) Die **unzutreffende Rechtsmittelbelehrung** des AG hat dazu geführt, dass die Beklagte die **Berufungsfrist ohne ihr Verschulden versäumt** hat. Aus diesem Grund ist ihr Wiedereinsetzung in den vorigen Stand sowohl gegen die Versäumung der Berufungs- als auch der Berufungsbegründungsfrist zu gewähren (§ 233 ZPO).

aa) Die Wiedereinsetzung setzt zunächst voraus, dass die **unzutreffende Rechtsmittelbelehrung kausal für die Versäumung der Fristen** war (vgl. Senat, Beschl. v. 12.1.2012 – V ZB 198/11, V ZB 199/11, NJW 2012, 2443 Rdnr. 8 m.w.N.). Daran bestehen nach dem tatsächlichen Ablauf keine Zweifel, weil der Prozessbevollmächtigte der Beklagten die fehlerhafte Rechtsbehelfsbelehrung befolgt hat.

bb) Die Beklagte hat die Fristen unverschuldet versäumt.

(1) Im Ausgangspunkt zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, dass durch eine unzutreffende Rechtsbehelfsbelehrung ein Vertrauenstatbestand geschaffen wird, der zur Wiedereinsetzung wegen schuldloser Fristversäumnis berechtigt, wenn die Belehrung einen unvermeidbaren oder zumindest entschuldbaren Rechtsirrtum auf Seiten der Partei hervorruft und die Fristversäumnis darauf beruht. **Auch eine anwaltlich vertretene Partei darf sich im Grundsatz auf die Richtigkeit einer Belehrung durch das Gericht verlassen, ohne dass es darauf ankommt, ob diese gesetzlich vorgeschrieben ist oder nicht** (vgl. zum Ganzen Senat, Beschl. v. 12.1.2012 – V ZB 198/11, V ZB 199/11, NJW 2012, 2443 Rdnr. 10 m.w.N.; v. 12.10.2016 – V ZB 178/15, juris Rdnr. 11).

(2) **Die Anforderungen an einen entschuldbaren Rechtsirrtum überspannt das Berufungsgericht, indem es ihn mit der Begründung verneint, eine eigene Rechtsprüfung des Prozessbevollmächtigten der Beklagten habe aufgrund der besonderen Zuständigkeitsregelung in § 72 Abs. 2 GVG nahegelegen.** Damit stützt es seine Entscheidung der Sache nach ausschließlich auf die Vermeidbarkeit des Rechtsirrtums und lässt außer Acht, dass ein vermeidbarer **Rechtsirrtum** nach der von ihm selbst wiedergegebenen höchstrichterlichen Rechtsprechung schon dann **entschuldbar ist, wenn die Rechtsmittelbelehrung nicht offenkundig fehlerhaft und der durch sie verursachte Irrtum nachvollziehbar ist** (vgl. Senat, Beschl. v. 12.1.2012 – V ZB 198/11, V ZB 199/11, NJW 2012, 2443 Rdnr. 11 m.w.N.).

Die entscheidende Frage, ob die Rechtsmittelbelehrung offenkundig fehlerhaft war, erörtert das Berufungsgericht nicht. Dies ist dann anzunehmen, wenn die Rechtsmittelbelehrung – ausgehend von dem bei einem Rechtsanwalt vorauszusetzenden Kenntnisstand – nicht einmal den Anschein der Richtigkeit zu erwecken vermochte (vgl. Senat, Beschl. v. 12.10.2016 – V ZB 178/15, juris Rdnr. 12 m.w.N.); unter dieser Voraussetzung ist die Vermutung des fehlenden Verschuldens gemäß § 233 Satz 2 ZPO widerlegt (vgl. dazu MüKo-ZPO/Stackmann, 5. Aufl., § 232 Rdnr. 13). Hiernach bemisst sich, ob der Rechtsirrtum nachvollziehbar ist oder nicht.

(3) Nach diesem Maßstab unterliegt der Rechtsanwalt in aller Regel – und auch hier – einem unverschuldeten Rechtsirrtum,

wenn er die Berufung in einer Wohnungseigentumssache aufgrund einer unrichtigen Rechtsmittelbelehrung nicht bei dem nach § 72 Abs. 2 GVG zuständigen Berufungsgericht, sondern bei dem für allgemeine Zivilsachen zuständigen Berufungsgericht einlegt. **Denn eine solche Rechtsmittelbelehrung ist regelmäßig nicht offenkundig in einer Weise fehlerhaft, dass sie – ausgehend von dem bei einem Rechtsanwalt vorauszusetzenden Kenntnisstand – nicht einmal den Anschein der Richtigkeit zu erwecken vermag.**

(a) Dies ergibt sich zum einen aus § 72 Abs. 2 Satz 2 GVG. Hiernach ist nicht zwingend das in § 72 Abs. 2 Satz 1 GVG genannte LG am Sitz des OLG für Berufungen in Wohnungseigentumssachen zuständig, weil die Länder durch Rechtsverordnung ein anderes LG bestimmen können; der Rechtsanwalt darf grundsätzlich davon ausgehen, dass dem AG bekannt ist, bei welchem LG die Zuständigkeitskonzentration eingerichtet worden ist, und dass es hierüber zutreffend belehrt.

(b) Zum anderen **fehlt es auch deshalb an der Offenkundigkeit**, weil die Zuständigkeitskonzentration nicht schon dadurch eintritt, dass – wie hier – der für Wohnungseigentumssachen zuständige Amtsrichter entschieden hat; maßgeblich ist allein, ob es sich um eine Streitigkeit im Sinne von § 43 Nr. 1 bis 4 oder Nr. 6 WEG handelt (*näher Senat, Beschl. v. 12.11.2015 – V ZB 36/15, ZMR 2016, 247 Rdnr. 10*). Daher hat der Senat die Wiedereinsetzung in einem Fall versagt, in dem der für allgemeine Zivilsachen zuständige Amtsrichter entschieden und der Rechtsanwalt die zutreffende Rechtsmittelbelehrung, wonach die Berufung bei dem gemäß § 72 Abs. 2 GVG zuständigen Berufungsgericht einzulegen war, nicht befolgt hatte (*Senat, Beschl. v. 12.11.2015 – V ZB 36/15, ZMR 2016, 247 Rdnr. 10*). Im Umkehrschluss darf der Rechtsanwalt in aller Regel darauf vertrauen, dass die der Rechtsmittelbelehrung zugrundeliegende Einordnung der Sache seitens des AG als Wohnungseigentums- oder als allgemeine Zivilsache zutreffend ist. (...) ■

## Steuerberaterhaftung

- Allgemeines Steuermandat
  - Warnpflicht
  - Grundurteil
  - Betragsverfahren
- (*OLG Köln, Urt. v. 12.4.2017 – 16 U 94/15*)

### Leitsatz (d. Red.):

Die das Grundurteil regelnde Vorschrift des § 304 ZPO beruht auf der Erwägung, dass regelmäßig für die Entscheidung über den Anspruchsgrund andere Tat- und Rechtsfragen in Betracht kommen als für die Entscheidung über den Betrag des Anspruchs. Wird im Rahmen eines Steuerberaterregresses eine komplexe alternative Steuergestaltung vorgetragen, scheidet in der Regel ein Grundurteil aus. ■

### Zum Sachverhalt:

Der Kläger verlangt von den Beklagten Schadenersatz wegen behaupteter steuerlicher Fehlberatung im Zusammenhang mit der Veräußerung seines in der Rechtsform einer GmbH betriebenen Unternehmens.

Die Beklagte zu 1) – eine Steuerberater- und Wirtschaftsprüfer-GmbH – beriet die GmbH des Klägers steuerlich. Die Beklagte zu 2) war seinerzeit und auch noch bei Erhebung der Klage eine Rechtsanwalts- und Wirtschaftsprüfer-GbR, deren Geschäftsgegenstand die Rechtsberatung, insbesondere im Schnittbereich von Steuerrecht, Gesellschaftsrecht und Immobilienrecht war. Sie war mit der Prüfung und dem Entwurf eines Anteilskaufvertrages, Gesellschaftsvertrages und Geschäftsführeranstellungsvertrages beauftragt. Ob und inwieweit die Beklagten zu 1) und 2) auch zur steuerlichen Beratung des Klägers bei der Veräußerung seines Unternehmens verpflichtet waren, ist streitig.

Der frühere, inzwischen verstorbene Beklagte zu 3) und die Beklagte zu 4) waren Gesellschafter der Beklagten zu 2) und im streitgegenständlichen Zeitraum und auch noch bei Einreichung der Klage die Geschäftsführer der Beklagten zu 1). Nach Rechtshängigkeit verlegte die Beklagte zu 1) ihren Sitz und wechselte die Geschäftsführung aus. Ferner veräußerten der frühere Beklagte zu 3) und die Beklagte zu 4) aufgrund notariellen Vertrages vom 26.6.2013 ihre Geschäftsanteile an der Beklagten zu 2) an einen Dritten. Die Parteien streiten darüber, ob die Vereinigung der Gesellschaftsanteile in einer Person zum Erlöschen der GbR geführt hat.

Der 1942 geborene Kläger war alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer der Ende 1996 gegründeten Q. GmbH (künftig: Q. GmbH), deren Gegenstand die Konstruktion und der Vertrieb von Sonnenschutzsystemen war. Er hatte zugleich die Souterrainwohnung seines Privathauses als Büroräume an die GmbH vermietet. Lager und Produktionsräume befanden sich in von Dritten angemieteten Räumlichkeiten. Im Rahmen einer Betriebsprüfung stellte das FA Bergisch Gladbach Anfang 2010 in Bezug auf die Büroräumlichkeiten eine Betriebsaufspaltung fest.

Der Kläger beabsichtigte, einerseits den Betrieb zu veräußern, andererseits ein Grundstück als neues Betriebsgelände für die GmbH zu erwerben. Im Sommer 2007 wandte er sich wegen der beabsichtigten Veräußerung seines Unternehmens an den früheren Beklagten zu 3) und beauftragte in der Folge die Beklagte zu 1) mit der steuerlichen Vertretung der GmbH. Im Februar 2011 erwarb der Kläger ein Grundstück in M., auf dem er ein Betriebsgebäude zur nachfolgenden Vermietung an die GmbH errichtet. Mit notariellem Kaufvertrag vom 21.6.2011 veräußerte er 51 % seiner Geschäftsanteile zu einem Preis von 1.020.000 EUR an den Zeugen E. mit einer – vom Zeugen zwischenzeitlich in 2014 zu einem Kaufpreis von 800.000 EUR ausgeübten – Option, die restlichen Anteile ebenfalls zu erwerben. Mit Einkommensteuerbescheid vom 28.5.2013 setzte das FA Bergisch Gladbach die Einkommensteuer 2011 für den Kläger und seine mit ihm veranlagte Ehefrau auf 659.637,73 EUR fest.



Der Kläger ist der Ansicht, bei richtiger Beratung durch die Beklagten hätte die Versteuerung des Gewinns aus dem Anteilsverkauf vermieden werden können. Er hätte das alte Betriebsgrundstück in eine neu gegründete betrieblich geprägte Personengesellschaft überführen, die Geschäftsanteile in vier Tranchen veräußern und den Erlös nach § 6b Abs. 10 EStG in das neue Betriebsgrundstück reinvestieren können.

Die steuerliche Mehrbelastung bei der Einkommensteuer 2011 belaufe sich auf 608.726,84 EUR. Diesen Betrag nebst behaupteter Finanzierungszinsen von 19.415,45 EUR für die durch Bescheid vom 28.5.2013 festgesetzte Einkommensteuer verlangt der Kläger von den Beklagten.

(Anträge: ...)

Die Beklagten haben eine Pflichtverletzung im Zusammenhang mit der Veräußerung der GmbH-Anteile in Abrede gestellt, da sie mit der steuerlichen Gestaltung der Unternehmensnachfolge nicht beauftragt gewesen seien. Ferner haben sie bestritten, dass die vom Kläger jetzt geltend gemachte steuerliche Gestaltung möglich gewesen und vom Erwerber mitgetragen worden wäre.

Das LG, auf dessen Urteil wegen der weiteren Einzelheiten des erstinstanzlichen Sach- und Streitstands Bezug genommen wird, hat nach Anhörung des Klägers und Vernehmung des Zeugen E. durch Grundurteil die Klage dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Dagegen richtet sich die Berufung der Beklagten.

Die Beklagten rügen zunächst, dass das LG die Beklagte zu 2) als parteifähig angesehen habe. Durch die Übertragung sämtlicher Anteile der GbR auf die Dr. S. Rechtsanwalts-gesellschaft mbH sei die GbR ohne Liquidation erloschen und ihr Vermögen auf den Erwerber angewachsen.

Das LG habe zu Unrecht eine über ihr Mandat hinausgehende Warnpflicht der Beklagten zu 2) bejaht. Die Beklagte zu 2) habe den Kläger lediglich rein gesellschaftsrechtlich, nicht aber steuerrechtlich beraten. Dem Kläger sei bekannt gewesen, dass der Verkauf von 51 % der Anteile Ertragssteuern auslösen könne. Soweit er den gesamten Kaufpreis bereits nach Veräußerung von 51 % der Anteile habe versteuern müssen, handle es sich lediglich um eine zeitliche Verschiebung der Steuerpflicht. Hinweispflichten auf § 6b EStG bestünden außerhalb eines erteilten Mandats nicht.

Auch die Beklagte zu 1) habe keine Pflichten gegenüber dem Kläger verletzt. Es sei widersprüchlich, einerseits die Beklagte zu 2) als zuständig für die steuerliche Beratung anzusehen und auf der anderen Seite eine Hinweispflicht der Beklagten zu 2) zu bejahen. Ein nicht mandatierter Steuerberater sei zu Warnhinweisen nicht verpflichtet, wenn der Mandant wegen der steuerlichen Frage anderweitig beraten sei. Jedenfalls sei für ihn in diesem Fall eine steuerliche Fehlentscheidung des Mandanten nicht offensichtlich.

Die Beklagte zu 1) habe keine Pflichten im Rahmen eines eigenen Mandats verletzt. Sie habe ein reines Deklarations-

mandat für das bestehende Besitzunternehmen gehabt, es habe aber kein Auftrag für eine steuerliche Gestaltungsberatung vorgelegen.

Die Beklagten bestreiten auch die haftungsbegründende Kausalität eines fehlenden Hinweises. Es stehe nicht fest, dass der Kläger sich bei entsprechendem Hinweis hätte zusätzlich beraten lassen. Der Kläger habe hinsichtlich seiner Beratungskosten eine erhebliche Kostensensibilität an den Tag gelegt und auf den Kaufvertragsentwurf einer anderen Kanzlei zurückgegriffen. Damit sei der Anschein beratungsgerechten Verhaltens widerlegt.

Das vom LG angenommene hypothetische Verhalten der Beteiligten sei höchst lebensfremd und die Alternativgestaltung nicht hinreichend präzise herausgearbeitet worden. Das gelte sowohl für die Gründung einer gewerblich geprägten Personengesellschaft und die Überführung der neuen Immobilie in Sonderbetriebsvermögen wie auch insbesondere für die Ausgestaltung der Optionen im Zuge der tranchenweisen Veräußerung der Geschäftsanteile der Q. GmbH und der damit in Zusammenhang stehenden Risiken.

Die Beklagten rügen, dass das LG im Rahmen der Tatsachenfeststellung die Verkaufsvorstellungen des Klägers sowie die im Zusammenhang mit dem „Vier-Tranchen-Modell“ sich ergebenden Probleme nicht hinreichend beachtet habe. Das gelte sowohl für den Kläger als auch die Befragung des Erwerbers E. Die Beklagten behaupten, die KfW hätte über ihr Existenzgründungsprogramm den Erwerb einer Minderheitsbeteiligung ohne Verpflichtung zum späteren Erwerb der Mehrheitsbeteiligung nicht gefördert. Bei einem wirtschaftlichen Übergang zu 100 % bereits mit dem ersten Vertrag wäre die mehrfache Nutzung von § 6b Abs. 10 EStG gescheitert.

Die Beklagten bestreiten ferner die hinreichende Wahrscheinlichkeit eines Schadens. Bei richtiger steuerlicher Betrachtung sei die Betriebsaufspaltung durch die in 2011 erfolgte Übertragung von 51 % der Geschäftsanteile nicht aufgehoben worden, da der Kläger weiterhin beherrschender Gesellschafter des Besitzunternehmens gewesen sei. Die Besteuerung der stillen Reserven sei allein durch steuerliche Fehlbeurteilung der neuen Steuerberater, deren Verschulden der Kläger sich zurechnen lassen müsse, entstanden.

Schließlich berufen die Beklagten sich auf ein Mitverschulden des Klägers. Den Verpächtereinwand könne er heute noch geltend machen. Ferner habe er in Bezug auf den von ihm deklarierten Aufgabegewinn nicht von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, diesen zumindest teilweise nach § 6b EStG zu behandeln.

(Anträge: ...)

Der Kläger verteidigt das angefochtene Urteil. Das LG habe die Parteifähigkeit der Beklagten zu 2) mit Recht bejaht, da sie noch über Vermögen in Form des fortbestehenden Versicherungsschutzes verfüge. Ferner bezweifelt er die Wirksamkeit der Übertragung der Geschäftsanteile mit dem Vor-



trag, die Mandanten hätten der Übertragung der Mandate und Übergabe der Mandantenakten nicht zugestimmt.

Entgegen der Ansicht der Berufung könne dem Schreiben der Beklagten zu 2) vom 8.2.2011 keine steuerliche Hinweispflichten ausschließende Wirkung beigemessen werden. Die Beklagte zu 2) sei (auch) eine Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, so dass er ohne weiteres eine auch steuerliche Prüfung der Verträge habe erwarten dürfen. Vielmehr habe das LG zu Recht eine Warnpflicht bejaht. Die Beklagte zu 2) habe die steuerlichen Risiken erkannt, dies sogar dokumentiert und dennoch nicht den gebotenen Hinweis an den Mandanten erteilt.

Bei hinreichendem Warnhinweis hätte er sich beraten lassen. Dem Streitgegenständlichen Vier-Tranchen-Modell hätten weder wirtschaftliche noch rechtliche Hindernisse entgegengestanden. Die mit dem Tranchenverkauf von den Beklagten genannten Risiken hätten bei der tatsächlich gewählten Gestaltung des Verkaufs in zwei Tranchen ebenso bestanden.

Der Beklagte zu 3) ist am 8.1.2017 verstorben. ■

#### Aus den Gründen:

Die zulässige Berufung der Beklagten hat dahin Erfolg, dass das Grundurteil des LG aufzuheben und die Sache an das LG zur erneuten Verhandlung und Entscheidung zurückzuweisen ist, § 538 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 ZPO.

1. Die Berufung der Beklagten ist zulässig. Das gilt auch für die Berufung der Beklagten zu 2). Die behauptete Prozessunfähigkeit der Beklagten zu 2) steht der Zulässigkeit ihrer Berufung nicht entgegen. Ein Streit über die Parteifähigkeit einer Partei bewirkt, dass sie bis zur rechtskräftigen Klärung dieser Frage als parteifähig anzusehen ist (*Hüßtege*, in: *Thomas/Putzo, ZPO, 37. Aufl., § 50 Rdnr. 11*). Damit kann die Partei auch Berufung einlegen mit dem Ziel, ihre Nichtexistenz geltend zu machen (*statt aller: BGH, Beschl. v. 31.5.2010 – II ZB 9/09, NJW 2010, 3100* für den vergleichbaren Fall der Auflösung einer aus 2 Gesellschaftern bestehenden Anwaltssozietät durch Ausscheiden eines Gesellschafters).

2. Die Berufung ist insoweit begründet, als der Erlass des Grundurteils durch das LG in der vorliegenden Konstellation unzulässig ist.

a) Das LG hat die Klage mit Recht nicht als unbegründet abgewiesen. Gegen die Beklagten kommt ein Schadenersatzanspruch wegen Falschberatung im Zusammenhang mit der Übertragung der Geschäftsanteile gem. §§ 280, 611, 675 BGB in Betracht.

aa) Die Beklagte zu 1) hat ihre Pflichten aus dem Steuerberaterverhältnis mit dem Kläger verletzt.

Allerdings war die Beklagte zu 1) nicht mit einer **steuerlichen Gestaltungsberatung** der Unternehmensnachfolge beauftragt. Ein ausdrücklicher Auftrag lässt sich hierzu nicht feststellen und auch dem Vortrag des Klägers nicht entnehmen.

Das Mandat der Beklagten zu 1) erfasste die steuerrechtliche Gestaltung des Unternehmensverkaufs nicht. Das LG hat aber zutreffend erkannt, dass die Beklagte zu 1) zu dem Hinweis verpflichtet war, dass eine solche Beratung erforderlich ist.

Unstreitig ist, dass der Kläger sich im Zusammenhang mit seiner Absicht, das Unternehmen zu verkaufen, über den Beklagten zu 3) an die Beklagte zu 1) gewandt hat und diese mündlich mit der laufenden steuerlichen Beratung der Q. GmbH und des Besitzunternehmens – also seiner persönlichen Angelegenheiten in Bezug auf die Vermietung der Souterrainräume seines Hauses an die GmbH – beauftragt hat. Die Beklagte zu 1) hat die entsprechenden Erklärungen gefertigt und in Rechnung gestellt. Ob es sich – wie die Beklagten meinen – um ein reines „**Deklarationsmandat**“ oder die **laufende steuerliche Betreuung** handelt, kann dahinstehen.

**Dieses Mandat erfasste nicht die Verpflichtung der Beklagten zu 1), für die Veräußerung des Unternehmens einen rechtlich und steuerlich optimalen Weg zu entwickeln.** Eine steuerliche Gestaltungsberatung hätte vorausgesetzt, dass ausgehend von einer steuerlich möglichst günstigen Gestaltung der rechtliche Weg zur Umsetzung der Unternehmensnachfolge entwickelt worden wäre. Hiermit hat der Kläger die Beklagte zu 1) weder ausdrücklich noch stillschweigend beauftragt. Er hatte vielmehr selbst „Eckpunkte“ für die Unternehmensnachfolge aufgestellt und auch den rechtlichen Weg zur Durchführung der Unternehmensnachfolge entwickelt und vorgegeben. Er hatte mit dem Zeugen E ausgehandelt, dass die GmbH-Anteile in zwei Tranchen (51% und 49%) verkauft werden sollten und er sich eine Sperrminorität vorbehielt.

Eine Gestaltungsberatung lässt sich auch dem streitigen Vortrag des Klägers nicht entnehmen, wonach der zuständige Mitarbeiter der Beklagten zu 1) C. auf seine Frage nach der Versteuerung des Gewinns mehrfach erklärt habe, dass der Gewinn nicht versteuert werden müsse. Vielmehr betreffen diese Frage und die Antwort des Mitarbeiters C. in erster Linie die Frage, ob eine besondere steuerliche Gestaltung erforderlich wird.

**Die Beklagte zu 1) war aber im Rahmen des ihr erteilten Mandats verpflichtet, den Kläger – und zwar auch ungefragt – auf die steuerliche Problematik und die Möglichkeit einer steuerlich günstigeren Gestaltung der Unternehmensnachfolge hinzuweisen.**

Den Steuerberater trifft eine **Warnpflicht**, wenn sich ihm das Vorliegen einer Gefahr für den Mandanten bei ordnungsgemäßer Bearbeitung aufdrängt (*BGH, Urt. v. 29.11.2001 – IX ZR 278/00, NJW 2002, 1117; Beschl. v. 29.9.2011 – IX ZR 184/08, NJW-RR 2012, 305*) und er Grund zu der Annahme hat, dass der Mandant sich dieser Gefahr – möglicherweise – nicht bewusst ist (*BGH, Urt. v. 9.7.1998 – IX ZR 324/97, WM 1998, 2246; v. 29.6.2006 – IX ZR 227/02, Gl aktuell 2008, 14*).

Wie das LG zutreffend ausführt, war für einen Steuerberater – und als solche muss die Beklagte zu 1) sich ungeachtet der tatsächlichen Qualifikation des von ihr eingesetzten Mitarbeiters C. behandeln lassen – ohne weiteres erkennbar, dass die geplante Veräußerung in steuerlicher Hinsicht zwingend einer umfassenden Gestaltungsberatung bedurfte. Aufgrund der bestehenden Betriebsaufspaltung bot sie steuerliche Gefahren und aufgrund des geplanten neuen Betriebsgrundstücks bot sie erhebliches Gestaltungspotential im Hinblick auf die Möglichkeit, Veräußerungsgewinne und aufgedeckte stille Reserven nach § 6b EStG durch Re-Investition der Besteuerung ganz oder teilweise zu entziehen.

Die Beklagten berufen sich zu Unrecht auf ein beschränktes Mandat. Auch bei einem – hier auf die steuerliche Beratung der bestehenden GmbH und des bestehenden Besitzunternehmens – **beschränkten Mandat** muss der Steuerberater den Mandanten auf eine außerhalb seines Auftrags liegende steuerliche Fehlentscheidung hinweisen, wenn sie für einen durchschnittlichen Berater **auf den ersten Blick ersichtlich** ist oder er die **Sach- und Rechtslage positiv kennt** (BGH, Urt. v. 26.1.1995 – IX ZR 10/94, NJW 1995, 958; Beschl. v. 18.3.2010 – IX ZR 192/08, zit. nach juris).

Diese Voraussetzungen liegen vor. Die steuerliche Problematik lag für einen Steuerberater auf der Hand. Der frühere Beklagte zu 3) hat nach dem Vortrag der Beklagten den bei der Beklagten zu 1) zuständigen Zeugen C. sogar auf die Problematik der Betriebsaufspaltung hingewiesen.

Die Beklagte zu 1) hatte keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass der Kläger anderweitig beraten war, da sie selbst mit der laufenden steuerlichen Beratung des Unternehmens beauftragt war. Selbst wenn die Beklagte zu 1) davon ausgehen konnte, dass die private Steuererklärung des Klägers von einem anderen Steuerberater gefertigt wurde, ergab sich daraus noch nicht, dass dieser Steuerberater auch in die steuerliche Begleitung der Unternehmensnachfolge eingebunden war.

Das lag schon deshalb fern, weil einerseits die gesamte steuerliche Beratung in Bezug auf das Unternehmen in der Hand der Beklagten zu 1) lag und zum anderen auch niemand bei der Beklagten Unterlagen bezüglich des Unternehmens angefordert hatte. Insbesondere lässt sich dem Vortrag der Beklagten nicht entnehmen, dass die Beklagte zu 1) darauf vertrauen durfte, dass die Beklagte zu 2) den Hinweis erteilen würde. Nach ihrem Vortrag war – jedenfalls aus ihrer Sicht – die Beklagte zu 2) nicht mit der steuerlichen Prüfung der Verträge befasst. Jedenfalls war ihr in Person ihres damaligen Geschäftsführers positiv bekannt, dass die Beklagte zu 2) eine solche Beratung nicht durchgeführt hatte.

Da die Beklagte zu 1) **keinen Hinweis auf die Notwendigkeit näherer steuerlicher Prüfung** erteilt hat, hat sie ihre Pflichten aus Steuerberatermandat verletzt. Gründe für fehlendes Verschulden sind nicht ersichtlich und von der darlegungs- und beweispflichtigen Beklagten zu 1) auch nicht vorgetragen.

bb) Auch die Beklagte zu 2) hat ihre Pflichten gegenüber dem Kläger verletzt, indem sie ihn nicht auf die Erforderlich-

keit einer umfassenden steuerlichen Gestaltungsberatung hingewiesen hat.

Das **Mandat** der Beklagten zu 2) war allerdings **auf die Prüfung der Vertragsentwürfe beschränkt**. Dabei liegt es nahe, dass ihr Mandat **nur die rechtliche Prüfung** umfasste. Konkrete Absprachen zwischen dem Kläger und der Beklagten zu 2) sind nicht vorgetragen. Die Beklagte zu 2) war eine Rechtsanwalts- und Wirtschaftsprüfer-GbR, Steuerberater gehörten ihr nicht an. Sie hat ihre Leistung gegenüber dem Kläger nach RVG abgerechnet. Umgekehrt war ein Steuerberater in Form der Beklagten zu 1) beauftragt.

Die Hinweispflicht kann auch nicht schon damit begründet werden, dass die Beklagte zu 2) bei ihrer Bewertung steuerliche Aspekte berücksichtigt hat. Entgegen der Ansicht des LG erfolgten die Hinweise zum Gesellschaftsvertrag im Schreiben vom 8.2.2011 nicht aus steuerlichen Gründen, sondern „ungeachtet“, d.h. unabhängig von der steuerlichen Problematik. Die Empfehlung an den Kläger, sich für seinen 49%igen Anteil Mitwirkungs- und Vetorechte einräumen zu lassen, wird nicht mit steuerlichen Aspekten begründet.

Das LG hat aber zutreffend erkannt, dass auch bei einem Auftrag zur rechtlichen Prüfung ein **Hinweis auf die steuerlichen Risiken und Chancen und damit den dringenden steuerlichen Beratungsbedarf** geboten sein kann. Die Beklagte zu 2) hat die steuerliche Problematik – jedenfalls ansatzweise – tatsächlich erkannt, wie der Hinweis in ihrem Schreiben vom 8.2.2011 auf die Risiken im Zusammenhang mit der Betriebsaufspaltung zeigt. Dabei hat sie auch die Gefahr einer Auflösung der Betriebsaufspaltung durch den Anteilsverkauf erkannt. Denn der Hinweis erfolgte gerade im Zusammenhang mit der Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrages. Wie das LG zutreffend ausführt, ist die Beklagte zu 2) gerade im **Schnittbereich zum Steuerrecht** tätig. Insoweit kann von ihr verlangt werden, klarzustellen, dass die gesamte Vertragsgestaltung – nicht nur der Gesellschaftsvertrag – aus steuerlicher Sicht einer Überarbeitung bedarf.

cc) Es spricht vieles dafür, dass dem Kläger durch den unterlassenen Hinweis ein Schaden entstanden ist.

Die **haftungsbegründende Kausalität**, für deren Feststellung das strenge Beweismaß des § 286 ZPO gilt, steht fest. Für die haftungsbegründende Kausalität genügt die Feststellung, dass der Mandant von der Pflichtverletzung so betroffen ist, dass für ihn nachteilige Folgen eintreten können (Gehrlein, *Anwalts- und Steuerberaterhaftung*, 4. Aufl., Rdnr. 100; G. Fischer, in: G. Fischer/Rinker/Chab, *Handbuch der Anwaltshaftung*, 4. Aufl., § 5 Rdnr. 5 m.w.Nachw.).

Der unterlassene Hinweis darauf, dass eine steuerliche Gestaltungsberatung angesichts der konkreten Umstände, insbesondere dass von der GmbH jetzt und zukünftig betrieblich genutzte Grundstücke im persönlichen Eigentum des Klägers stehen, unabdingbar ist, ist grundsätzlich geeignet, den aus einer steuerlich ungeschickten Gestaltung entstehenden Schaden hervorzurufen.

Die **haftungsausfüllende Kausalität** kann im jetzigen Verfahrensstadium nicht verneint werden. Die haftungsausfüllende Kausalität erfasst sowohl die Frage, inwieweit durch die Pflichtverletzung ein Schaden eingetreten ist, als auch die Frage, wie der Mandant sich bei pflichtgemäßer Beratung verhalten hätte (*Gehrlein, Anwalts- und Steuerberaterhaftung*, 4. Aufl., Rdnr. 105). Hierfür gelten die Beweiserleichterungen des § 287 ZPO. Der Richter ist bei der Schadenfeststellung freier gestellt. Für die richterliche Überzeugungs-bildung reicht eine **deutlich überwiegende, auf gesicherter Grundlage beruhende Wahrscheinlichkeit** (BGH, Urt. v. 9.4.1992 – IX ZR 104/91, NJW-RR 1992, 997; v. 5.11.1992 – IX ZR 12/92, WM 1993, 382 m.w.N.; v. 19.1.2006 – IX ZR 232/01, NJW-RR 2006, 923).

Die **Beweiserleichterung** des § 287 ZPO ändert allerdings nichts daran, dass demjenigen, der Schadenersatz fordert, grundsätzlich die **Darlegungs- und Beweislast** für die Entstehung und die Höhe eines Schadens verbleibt; eine Schadensschätzung ist nicht zulässig, wenn sie mangels greifbarer Anhaltspunkte völlig in der Luft hänge (BGH, Urt. v. 22.5.1984 – III ZR 18/83, BGHZ 91, 243; v. 9.4.1992 – IX ZR 104/91, NJW-RR 1992, 997 m.w.N.).

Die haftungsausfüllende Kausalität ist gegeben, wenn der Kläger sich bei ausreichendem Hinweis steuerlich hätte beraten lassen und dadurch seine Steuerbelastung hätte reduziert werden können. An die Darlegung eines hypothetischen Geschehens dürfen keine übertriebenen Anforderungen gestellt werden (BGH, Urt. v. 25.11.1999 – IX ZR 332/98, WM 2000, 197; v. 19.1.2006 – IX ZR 232/01, NJW-RR 2006, 923). Die Klage darf daher nicht wegen eines lückenhaften Vortrages zum Schaden abgewiesen werden, solange dafür greifbare Anhaltspunkte vorhanden sind (BGH, Urt. v. 5.11.1992 – IX ZR 12/92, WM 1993, 382).

Es besteht zunächst eine hinreichende Wahrscheinlichkeit dafür, dass der Kläger bei ausreichendem Hinweis die Beklagten oder einen (anderen) Steuerberater mit einer steuerlichen Gestaltungsberatung in Form einer Prüfung der steuerlichen Folgen des geplanten Unternehmensverkaufs und der Möglichkeiten, hierbei Steuerbelastungen zu vermeiden, beauftragt hätte. Hierfür streitet die – nicht widerlegte – **Vermutung beratungsgerechten Verhaltens**.

Dabei genügt zunächst die Feststellung, dass der Kläger bei richtiger Belehrung eine steuerliche Gestaltungsberatung beauftragt hätte. Diese Vermutung ist nicht widerlegt. Der substanzlose Einwand der Beklagten, der Kläger habe bei seinen Beratungskosten eine deutliche **Kostensensibilität** an den Tag gelegt, genügt hierfür nicht. Immerhin hat der Kläger sich im Zusammenhang mit der Unternehmensnachfolge an den Beklagten zu 3) gewandt und er hat die Beklagte zu 2) mit der entgeltlichen Prüfung der Verträge beauftragt.

Zudem kann aus der Beanstandung einzelner Rechnungen der Beklagten oder der Verwendung alter Vertragsmuster nicht der Schluss gezogen werden, dass der Kläger bei Belehrung über die erheblichen steuerlichen Folgen und Schwierigkeiten der Unternehmensnachfolge aus Kostengründen

von der Beauftragung einer qualifizierten steuerlichen Beratung abgesehen hätte.

Ferner kann auch davon ausgegangen werden, dass bei entsprechender Beratung der Kläger für den Unternehmensübergang eine Gestaltung gewählt hätte, welche zu einer niedrigeren steuerlichen Belastung geführt hätte.

b) Das **Grundurteil** ist aber unzulässig, weil das LG im Grundurteil nach Beweisaufnahme zwar in grundsätzlich zulässiger Weise Feststellungen zur haftungsausfüllenden Kausalität getroffen hat (BGH, Urt. v. 16.1.1991 – VIII ZR 14/90, NJW-RR 1991, 599; Zöller/Vollkommer, ZPO, 31. Aufl., § 304 Rdnr. 14 f.), dabei aber **nicht alle zur haftungsausfüllenden Kausalität gehörenden Fragen abschließend aufgeklärt** hat. Darüber hinaus ist die zur haftungsausfüllenden Kausalität gehörende Frage, welche steuerliche Gestaltung der Kläger bei hinreichender Beratung gewählt hätte, so eng mit der eigentlichen Schadenshöhe verknüpft, dass Grund und Höhe sich nicht sinnvoll trennen lassen und der Erlass eines Grundurteils daher ermessensfehlerhaft ist.

Nach **§ 304 ZPO** kann über den Grund des Anspruchs durch Zwischenurteil vorab entschieden werden, wenn ein Anspruch dem Grunde und der Höhe nach streitig ist. **Die Vorschrift beruht auf der Erwägung, dass regelmäßig für die Entscheidung über den Anspruchsgrund andere Tat- und Rechtsfragen in Betracht kommen als für die Entscheidung über den Betrag des Anspruchs.** In solchen Fällen kann durch die Vorabentscheidung über den Grund des Anspruchs die Erledigung des Rechtsstreits gefördert werden, wenn nach Rechtskraft des Grundurteils feststehendem Anspruchsgrund nur noch über die Höhe des Anspruchs gestritten wird. Bei der Frage, ob durch Grundurteil vorab über den Anspruchsgrund entschieden werden soll, ist vor allem den Erfordernissen der Prozessökonomie Rechnung zu tragen.

**Ein Grundurteil ist immer dann unzulässig, wenn es nicht zu einer echten Vorabentscheidung des Prozesses führt, sondern zu einer ungerechtfertigten Verzögerung und Verteuerung des Prozesses. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn Fragen zum Grund und zur Höhe so eng zusammenhängen, dass nach Grund- und Betragsverfahren getrennte Beweisaufnahmen unzumutbar und verwirrend sind** (BGH, Urt. v. 28.6.2016 – VI ZR 559/14, NJW 2016, 3244 m. Anm. Elzer; Urt. v. 16.1.1991 – VIII ZR 14/90, NJW-RR 1991, 599).

So liegt es hier. Die zur haftungsausfüllenden Kausalität gehörende Frage, ob der Kläger die jetzt von ihm vorgetragene Gestaltung der Unternehmensnachfolge – nämlich den Verkauf in vier Tranchen mit Re-Investition des Erlöses in das neue Betriebsgrundstück – bei entsprechender steuerlicher Beratung gewählt hätte, lässt sich nicht sinnvoll von der für die Höhe des Schadens maßgeblichen und vom LG dem Betragsverfahren vorbehaltenen Frage trennen, welche Auswirkungen dies bei dem für die Ermittlung der Schadenshöhe anzustellenden Gesamtvermögensvergleich auf seine steuerliche Belastung und seine sonstigen Vermögensverhältnisse gehabt hätte.

**Ohne vollständige Ermittlung der wirtschaftlichen Auswirkungen und Risiken der von ihm vorgetragenen alternativen Gestaltung lässt sich nicht feststellen, ob der Kläger diese Gestaltung tatsächlich gewählt hätte.** Aus der Vermutung beratungsgerechten Verhaltens lässt sich nur dann auf eine bestimmte steuerliche Gestaltung schließen, wenn im Hinblick auf die Interessenlage oder andere objektive Umstände eine bestimmte Entschließung des zutreffend unterrichteten Mandanten zu erwarten wäre (*Gehrlein, Anwalts- und Steuerberaterhaftung, 4. Aufl., Rdnr. 105*).

Um dies beurteilen zu können, müssen die nach pflichtgemäßer Beratung bestehenden Handlungsalternativen mit ihren Vor- und Nachteilen verglichen werden. Der Anscheinsbeweis ist nicht anwendbar, wenn unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten unterschiedliche Gestaltungen in Betracht kommen und der Berater nur verpflichtet ist, dem Mandanten diese mit ihren Chancen und Risiken aufzuzeigen (*BGH, Urt. v. 16.7.2015 – IX ZR 197/14, NJW 2015, 3447 Rdnr. 26; Gehrlein, Anwalts- und Steuerberaterhaftung, 4. Aufl., Rdnr. 105*).

Bestehen mehrere Möglichkeiten, hat der Mandant darzulegen, für welche er sich entschieden hätte. Bedarf es für den von ihm behaupteten Weg – wie hier – der Mitwirkung Dritter (Käufer, finanzierende Banken), muss der Mandant deren Bereitschaft im maßgeblichen Zeitpunkt darlegen und beweisen (*Gehrlein, Anwalts- und Steuerberaterhaftung, 4. Aufl., Rdnr. 105*). Das LG hat im Grundurteil weder die mit dem Verkauf in vier Tranchen verbundenen Kosten und Risiken aufgeklärt, noch eventuell in Betracht kommende Alternativen, die möglicherweise zu einer höheren Steuerbelastung, dafür aber geringeren Risiken geführt hätten. Vielmehr hat es diese Fragen dem Betragsverfahren überlassen und damit **Fragen, die auch für die Beurteilung der haftungsausfüllenden Kausalität von Bedeutung sind**, ins Betragsverfahren verlagert.

**Die Vorabentscheidung über das steuerliche Modell, welches der Kläger bei entsprechender steuerlicher Beratung gewählt hätte, ist auch deshalb ermessensfehlerhaft, weil sie im Betragsverfahren nach Aufklärung ihrer wirtschaftlichen und steuerlichen Folgen nicht mehr geändert werden kann.** Das Grundurteil entfaltet Bindungswirkung nach § 318 ZPO für die in ihm zum Anspruchsgrund getroffenen Feststellungen. Das erfasst auch die Feststellung, worin der durch die Pflichtverletzung verursachte Schaden liegt. **Eine vom Grundurteil abweichende Ermittlung und Berechnung des Schadens ist unzulässig** (*BGH, Urt. v. 14.7.2011 – VII ZR 142/09, NJW 2011, 3242*).

3. Der Senat sieht es als sachdienlich an, die Entscheidung über die Höhe des Anspruchs nicht an sich zu ziehen (*hierzu BGH, Urt. v. 28.6.2016 – VI ZR 559/14, NJW 2016, 3244 m. Anm. Elzer*), sondern die Sache unter Aufhebung des Grundurteils an das LG zurückzuverweisen. Dabei ist abzuwägen zwischen dem Interesse der Parteien an einer schnelleren Erledigung auf der einen Seite und dem Verlust einer Tatsacheninstanz auf der anderen Seite (*Zöller/Heßler, ZPO, 31. Aufl., § 538 Rdnr. 7*).

Die Sache ist nicht zur Entscheidung reif, vielmehr bedarf es weiterer Aufklärung und ggf. Beweisaufnahme über die wirtschaftlichen und steuerlichen Risiken und Folgen des vom Kläger als beratungsgerechtes Verhalten vorgetragenen Verkaufs der GmbH-Anteile in vier Tranchen und Einbringung der Betriebsgrundstücke in eine unternehmerische Personengesellschaft. Der Schwerpunkt des Streits der Parteien – insbesondere in tatsächlicher Hinsicht – liegt bei der Frage, welche steuerliche Gestaltung der Unternehmensnachfolge der Kläger und der Zeuge E. bei fachgerechter steuerlicher Beratung gewählt hätten und mit welchen finanziellen und steuerlichen Folgen dies verbunden gewesen wäre. Mit dieser Beweisaufnahme hat das LG bereits mit der Anhörung des Klägers und der Vernehmung des Zeugen E. über die Möglichkeit eines Erwerbs der Geschäftsanteile in vier Tranchen begonnen.

Der Kläger ist im Termin dem Zurückverweisungsantrag der Beklagten nicht entgegengetreten. Schließlich wäre auch bei Zurückweisung der Berufung das Betragsverfahren vor dem LG geführt worden.

4. Soweit der Kläger den Rechtsstreit hinsichtlich der Beklagten zu 2) einseitig für erledigt erklärt hat, kann hierüber nicht vorab durch Teilurteil entschieden werden.

Die einseitige Erledigungserklärung ist als Antrag auf Feststellung, dass die Klage ursprünglich zulässig und begründet war und durch ein nach Rechtshängigkeit eingetretenes Ereignis unzulässig oder unbegründet geworden ist, auszulegen.

Zwar steht fest, dass die Klage gegen die Beklagte zu 2) nach Rechtshängigkeit der Klage unzulässig geworden ist, weil die Beklagte zu 2) durch die Vereinigung der Geschäftsanteile in einer Hand ihre Rechtsfähigkeit verloren hat.

**Die Vereinigung aller Gesellschaftsanteile an einer GbR in einer Hand** führt zum Erlöschen der GbR, da es eine Einmann-GbR im deutschen Recht nicht gibt (*Palandt/Sprau, BGB, 76. Aufl., § 705 Rdnr. 1; Vorb v §§ 723–735 Rdnr. 1 und 2*). Zwar führt die Auflösung oder Liquidation einer Gesellschaft so lange nicht zur Vollbeendigung der Gesellschaft, wie noch Gesellschaftsvermögen vorhanden ist (*Palandt/Sprau, BGB, 76. Aufl., Vorb. V. §§ 723–735 Rdnr. 2*). Das gilt aber nicht für den **Verlust der Rechtsfähigkeit durch Vereinigung aller Gesellschaftsanteile in einer Person** (*Palandt/Sprau, a.a.O.; BayObLG, Beschl. v. 19.6.2001 – 3Z BR 48/01, NZG 2001, 889*).

Vielmehr führt die Übertragung der Gesellschaftsanteile auf einen Gesellschafter zur Auflösung und Beendigung der Gesellschaft ohne Abwicklung (*BGH, Urt. v. 7.7.2008 – II ZR 37/07, DStR 2008, 1792* für den Fall des Ausscheidens des vorletzten Gesellschafters bei Fortsetzungsklausel im Gesellschaftsvertrag; *ebenso BayObLG, Beschl. v. 19.6.2001 – 3Z BR 48/01, NZG 2001, 889*).

Der Vertrag über die Übertragung der Geschäftsanteile an der GbR ist nicht nichtig. Nach der Rechtsprechung des BGH



verletzt ein Vertrag über die Veräußerung einer Anwalts- oder Steuerberatungskanzlei, in der sich der Veräußerer zur Übergabe der Mandantenakten ohne Einwilligung der betroffenen Mandanten verpflichtet, deren informationelles Selbstbestimmungsrecht und die dem Veräußerer nach § 203 StGB auferlegte Schweigepflicht. Durch die zivilrechtliche Sanktion der Nichtigkeit eines solchen Vertrages (§ 134 BGB) sollen die Mandanten vor einer Weitergabe von „Geheimnissen“, die sie einem Angehörigen der genannten Berufsgruppe anvertraut haben, ohne Vorliegen einer entsprechenden Zustimmungserklärung geschützt werden (BGHZ 116, 268, 272 ff.).

Die Darlegungs- und Beweislast für die zur Nichtigkeit führenden Tatsachen liegt beim Kläger, der sich auf die Nichtigkeit beruft. Der Kläger hat für seinen Vortrag, der ohnehin ohne konkrete Anhaltspunkte erfolgte und dem die Beklagten substantiiert und unter Beweisantritt entgegengetreten sind, keinen Beweis angetreten.

Der Rechtsstreit ist hinsichtlich der Beklagten zu 2) aber deshalb nicht entscheidungsreif, weil nicht feststeht, ob die Klage gegen die Beklagte zu 2) bis zum erledigenden Ereignis begründet gewesen ist. (...) ■

## Anwaltshaftung

- Konkluenter Anwaltsvertrag
  - Indizien
  - Beratungspflicht
  - Sicherster Weg
  - Kausaler Schaden
- (OLG Düsseldorf, Urt. v. 6.4.2017 – 6 U 164/16)

### Leitsätze (d. Red.):

1. Ein Anwaltsvertrag kann konkludent zustande kommen, wenn eine Rechtsberatung gewünscht wird und der Anwalt den Mandanten berät.

2. Ziel der Anwaltsberatung ist es, dem Mandanten eigenverantwortliche Entscheidungen zu ermöglichen. Dabei ist er über mögliche Risiken aufzuklären.

3. Wurde er über das Risiko der Unzulässigkeit einer Klage nicht aufgeklärt, ist zu vermuten, dass er bei ordnungsgemäßer Belehrung davon Abstand genommen hätte. ■

### Aus den Gründen:

I. Der Kläger nimmt den Beklagten auf Schadenersatz aus anwaltlicher Falschberatung im Zusammenhang mit der Anlage von Geldern in der A. in Höhe von insgesamt 59.603,54 EUR in Anspruch und begehrt Feststellung der Ersatzpflicht des Beklagten für weitere Schäden.

Das LG hat der Klage stattgegeben. Es hat dies damit begründet, der Kläger sei aktivlegitimiert. Sein Anspruch sei nicht nach §§ 3, 6 des Poolvertrags (im Folgenden: PV) ausgeschlossen, weil der Beklagte entgegen dieser Regelung nicht nur mit der GbR, sondern auch mit dem Kläger in einer Rechtsbeziehung gestanden habe. Dies ergebe sich sowohl aus der Vergütungsvereinbarung, in der der Kläger als Mandant genannt sei, als auch aus der Handhabung des Mandats im Übrigen.

Der Beklagte habe seine Pflichten aus dem Vertrag verletzt. Denn er sei nach seinem eigenen Vorbringen weder hinsichtlich der Wahl des sichersten Wegs für die Rechtsverfolgung noch in Bezug auf die Risiken der von ihm vorgeschlagenen Vorgehensweise den Anforderungen an eine pflichtgemäße Aufklärung gerecht geworden. So habe er nicht behauptet, den Kläger im Hinblick auf die gerichtliche Vorgehensweise bei der Wahl der Klagepartei darüber aufgeklärt zu haben, dass eine Einzelklage des Klägers gegen die damaligen Beklagten der sicherere Weg zur Rechtsverfolgung sein würde, da sie das Risiko ausgeschlossen hätte, dass der Gesellschaftsvertrag als nichtig beurteilt und die Parteifähigkeit der Anlegerpool-GbR verneint werden würde.

Der Kläger sei durch die verklausulierte Angabe, einen rechtsfortbildenden Ansatz zu verfolgen, nicht in einer ihn zu einer abwägenden Entscheidung in die Lage versetzenden Weise darüber aufgeklärt worden, dass die Klage bereits aus diesem Grunde der Abweisung als unzulässig unterliegen könnte. Zudem habe der Beklagte das Risiko der gesamtschuldnerischen Haftung durch den Hinweis auf die Notwendigkeit der rechtzeitigen Einzahlung von Kostenvorschüssen und deren Hinterlegung auf dem Anderkonto bagatellisiert, weil dies den Eindruck vermittelt habe, auf diese Weise werde ein etwaig bestehendes Risiko ausgeschlossen oder sei fernliegend.

Auch durch die Empfehlung, Berufung einzulegen, habe der Beklagte seine Verpflichtung, den sichersten und problemlosesten Weg zu wählen, verletzt. Spätestens aufgrund der Entscheidungen des BGH vom 12.4.2011 und 19.7.2011 sei für den Beklagten absehbar gewesen, dass zum Zeitpunkt der Berufungseinlegung die Durchführung eines Rechtsmittels hoch risikoreich, wenn nicht sogar aussichtslos gewesen sei.

Denn er habe wissen müssen, dass der Gesellschaftsvertrag höchstwahrscheinlich nach § 134 BGB wegen Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz bzw. Rechtsdienstleistungsgesetz für nichtig erklärt und der Geschädigten-GbR deswegen die Parteifähigkeit aberkannt werden würde. Eine Aufklärung des Klägers über die neueste Rechtsprechung und die eingeschränkten Erfolgsaussichten der Berufung sei jedoch nicht erfolgt.

Die Aufklärungspflichtverletzungen seien kausal für den eingetretenen Schaden geworden, weil der Beklagte die Vermutung, dass der Kläger in Kenntnis der Zulässigkeitsrisiken nicht in die durch den Beklagten gewählte Rechtsverfolgung eingewilligt hätte, nicht widerlegt habe.



Der Feststellungsantrag sei begründet, weil sich noch nicht absehen lasse, in welcher Höhe der Kläger mit zusätzlichen Kosten, die aus dem Berufungsverfahren in Verbindung mit seiner gesamtschuldnerischen Haftung resultierten, belastet werde.

Hiergegen richtet sich die form- und fristgerecht eingelegte Berufung des Beklagten, mit der dieser die Klageabweisung weiterverfolgt.

Das LG habe offen gelassen, wann, in welcher Form und mit welchem Inhalt eine anwaltliche Beratung vereinbart worden sei. Dem Kläger sei es in dem Telefonat vom 6.8.2010 darum gegangen, die Frage eines Beitritts zur Geschädigten-Pool GbR zu erörtern. Zu diesem Zeitpunkt habe sich die Gesellschaft längst gebildet gehabt und seien die Gesellschafter zur Klageeinreichung entschlossen gewesen. Deswegen spreche viel dafür, dass der Kläger mit ihm das Gespräch als Vertreter der GbR geführt habe, nicht aber ihn als eigenen persönlichen Berater angesprochen habe. Die Vergütungsvereinbarung sei lediglich Rechtsgrundlage des Honoraranspruchs. Ähnliches gelte für die ihm von den Gesellschaftern erteilten Vollmachten, die der zusätzlichen Absicherung des von der GbR verfolgten Zwecks der Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen gedient, aber kein gesondertes Mandatsverhältnis begründet hätten.

Unterstelle man das Zustandekommen des Mandatsverhältnisses, sei dessen Inhalt aufzuklären. Dem Kläger sei es als künftigen Gesellschafter darum gegangen, Vor- und Nachteile eines Beitritts zur Gesellschaft zu ermitteln. Demgegenüber sei es nicht um Einzelheiten der künftigen Prozessführung gegangen. Er habe das bevorstehende Verfahren als Prozessbevollmächtigter der Gesellschaft, nicht aber der Gesellschafter geführt. Mithin könne allein aus einem anlässlich des Beitritts zum Geschädigten-Pool zustande gekommenen Beratungsvertrag nicht geschlossen werden, der der Anwalt habe es auch übernommen, seinen Mandanten im Lauf des künftigen Schadenersatzprozesses in einzelnen Rechtsfragen, insbesondere zur Beteiligung an einem Berufungsverfahren zu beraten.

Die Unterstellung des LG, der Schaden wäre vermieden worden, wenn er den Kläger darüber aufgeklärt hätte, dass eine Einzelklage der sicherere Weg zur Rechtsverfolgung gewesen wäre, überzeuge nicht, weil in diesem Fall zumindest gleich hohe Anwalts- und Gerichtskosten angefallen wären. Auch fehle es an einem substantiierten Vorbringen des Klägers, dass diese Klage Aussicht auf Erfolg gehabt hätte. Er trage nicht vor, warum der Ausgangsprozess im Ergebnis gewonnen worden wäre, wenn er die Klage allein geführt hätte. Insoweit werde das Vorbringen aus dem Schriftsatz vom 31.5.2016 wiederholt.

Er, der Beklagte, sei auch nicht verpflichtet gewesen, dem Mandanten von einem Beitritt zur Geschädigten-Pool GbR abzuraten. Auf Grundlage der im Sommer 2010 bekannten Rechtsprechung habe es keine konkreten Hinweise darauf gegeben, dass die Schadenersatzklage an einer fehlenden Parteifähigkeit der Gesellschaft scheitern würde. Für eine

Zulässigkeit der Klage hätten die Urteile des *LG Düsseldorf* (2a O 362/03) und des *OLG Düsseldorf* (I-16 U 3/05) gesprochen. Auch der *BGH* (XI ZR 56/07) habe in dem anschließenden Revisionsverfahren keine Bedenken gegen die Parteifähigkeit der Geschädigten-Pool GbR gehabt.

Er habe den Kläger darüber aufgeklärt, dass es sich bei der Klage einer Geschädigten-Pool GbR um einen innovativen, rechtsfortbildenden Ansatz handele. Er habe davon ausgehen dürfen, dass dem Kläger bewusst geworden sei, dass mit „Rechtsfortbildung“ keine gefestigte Rechtsprechung gemeint gewesen sein konnte. Der Kläger sei bereit gewesen, das Risiko einzugehen und von den von der GbR erworbenen Kenntnissen zu profitieren. Er wiederhole sein unbeachtet gelassenes Vorbringen im Schriftsatz vom 31.5.2016. Die Weisung des Mandanten bleibe oberstes Gebot.

Sein Vorbringen, dass auf die Risiken der gesamtschuldnerischen Haftung hingewiesen worden sei, sei unwiderlegt. Der Hinweis auf die Hinterlegung habe den Kläger lediglich darüber informiert, auf welchem Weg er die Risiken beherrschbar zu machen beabsichtige. Dass Risiken für den Fall verblieben, dass einzelne Gesellschafter säumig blieben, sei evident gewesen.

Das Rechtsmittel sei auch nicht aussichtslos gewesen. Das ergebe sich aus der Begründung, mit der der 1. Zivilsenat des *OLG Düsseldorf* (I-1 U 26/12) die Revision zugelassen habe. Noch heute sei die Frage der Parteifähigkeit einer Geschädigten-Pool GbR umstritten, wie das Urteil des *OLG Köln* (I-13 U 149/13) belege, das die Vorschriften des RBERG bzw. RDG nicht als verletzt angesehen habe. Die Entscheidung sei rechtskräftig geworden, nachdem der BGH die Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen habe (II ZR 96/15).

Soweit das LG auf die beiden Entscheidungen des BGH vom 12.4.2011 (II ZR 197/09) und 19.7.2011 (II ZR 86/10) abgestellt habe, habe er dargelegt, dass es Unterschiede zwischen dem vom BGH diskutierten Sachverhalt und dem Schadenersatzanliegen der von ihm betreuten Geschädigten-Pool GbR gebe. Sei aber das Rechtsmittel nicht aussichtslos gewesen, sei er nicht dazu verpflichtet gewesen, davon abzuraten, Berufung einzulegen. Die Risiken seien dem Kläger aufgrund des Anfang August 2010 geführten Telefonats bekannt gewesen.

Das LG habe die Frage der Kausalität nicht hinreichend geprüft. Es lasse unbeantwortet, wie der Kläger reagiert hätte, wenn er in weitergehendem Umfang über die Risiken der Schadenersatzklage der Geschädigten-Pool GbR aufgeklärt worden wäre. Die Regeln des Anscheinsbeweises seien unanwendbar, wenn verschiedene Handlungsmöglichkeiten in Betracht gekommen wären. Ein Anscheinsbeweis scheide hier aus, weil bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise unterschiedliche Maßnahmen in Betracht gekommen wären. Der Kläger habe nicht nachvollziehbar dargelegt, dass er sich für die Einzelklage entschieden hätte. Einerseits habe er sich schon ein Jahr zuvor entschieden, sich am Prozessvorhaben der Geschädigten-Pool GbR zu beteiligen und es nicht bei den finanziellen Verlusten zu belassen. Andererseits habe er,

der Beklagte, keinen Anlass gehabt, von einer Berufung abzurufen, weil die zwischenzeitlich veröffentlichte Entscheidung des BGH vom 12.4.2011 noch nicht zu einer gefestigten Rechtsprechung geführt habe, was das Prozessanliegen der GbR nicht aussichtslos gemacht habe. Da der Kläger entschlossen gewesen sei, eine Kompensation zu erlangen, könne nicht unterstellt werden, dass der Kläger sich gegen die Fortführung des Prozesses entschieden hätte.

Hilfsweise gelte, dass er, der Beklagte, wenn er nach Prüfung des Urteils die Erfolgsaussichten einer Berufung verneint hätte, jedenfalls eine 1,0 Gebühr nach Nr. 2100 VV RVG nach einem Streitwert von 450.000,- EUR verdient gehabt hätte, die auf den von dem Kläger behaupteten Schaden anzurechnen sei.

Der Feststellungsantrag dürfte im Hinblick auf den Vorrang des Freistellungsantrags unzulässig sein.

(Anträge: ...)

Der **Kläger** verteidigt das angefochtene Urteil. Er habe das Gespräch im August 2010 mit dem Beklagten nicht in dessen Eigenschaft als Vertreter der GbR geführt. Der Beklagte habe selber vortragen lassen, dass er, der Kläger, ihn angesprochen und nach dem Beratungsgespräch den Beklagten aufgefordert habe, ihm eine Teilnahme an der GbR zu ermöglichen. Zudem habe die GbR gar nicht bestanden, weil sie aufgrund eines Verstoßes gegen das RBERG bzw. das RDG gar nicht zustande gekommen sei.

Der Beklagte hätte ihn auf die Nichtigkeit des Poolbeitritts hinweisen müssen. Der Beklagte sei auch nach Abschluss der Instanz verpflichtet gewesen, ihn über die Aussichten des Rechtsmittels aufzuklären. Dieser habe ihm in Kenntnis der Entscheidung des BGH vom 12.4.2011 mit Schreiben vom 18.7.2011 geraten, Berufung einzulegen.

Der Beklagte könne mit dem Vortrag der alternativen Durchführung der Einzelklage nicht gehört werden. Der Beklagte habe ihn darüber aufklären müssen, dass der Poolbeitritt gegen das RDG verstoße und unwirksam sei und die Klage deswegen wegen Unzulässigkeit abgewiesen werden würde. Die einzig vernünftige Reaktion wäre gewesen, von dem Poolbeitritt Abstand zu nehmen. Dass er, der Kläger, in einem solchen Fall den Weg der Einzelklage gewählt hätte, habe der Beklagte nicht vorgetragen.

Es komme nicht darauf an, ob es im Sommer 2010 aufgrund der Rechtsprechung Hinweise darauf gegeben habe, dass die Schadenersatzklage an der fehlenden Parteifähigkeit der Gesellschaft scheitern würde, denn der Beklagte habe bestehendes Recht nicht richtig angewendet. Hinzu komme, dass im Zeitpunkt des Poolbeitritts die Problematik des Verstoßes gegen das RBERG/RDG bereits aufgrund der Entscheidungen des *OLG Düsseldorf v. 14.4.2010 (I-15 U 162/08; 1/09; 8/09)* bekannt gewesen sei, die der GbR die Parteifähigkeit abgesprochen gehabt hätten. Es sei der Hinweis darauf erforderlich gewesen, dass er den sicheren Weg gehen würde, wenn er dem Pool nicht beitrete.

Das Vorbringen des Beklagten, er habe den Anleger darüber informiert, dass es sich bei der Klage einer Geschädigten-Pool GbR um einen innovativen Ansatz handle, sei neu und daher verspätet. Selbst wenn ein solcher Hinweis erfolgt wäre, hätte der Beklagte von der Klageerhebung abraten müssen.

Er, der Kläger, sei auch auf das Risiko der gesamtschuldnerischen Haftung zu keinem Zeitpunkt hingewiesen worden.

Der Beklagte habe ihm auch von einer Berufung abraten müssen. Soweit sich der Beklagte auf die Entscheidung des OLG Köln beziehe, distanziere sich dieses von dem hier streitgegenständlichen Vorprozess.

Wäre er darauf hingewiesen worden, dass die Poolkonstruktion gegen das RDG verstoße, hätte er von dem Poolbeitritt und der Durchführung des Klageverfahrens Abstand genommen. Der Beklagte habe ihm nicht von einer uneinheitlichen Rechtsprechung berichtet, die prozessuale Risiken in sich berge. Das Vorbringen des Beklagten sei auch insoweit verspätet.

II. Die Berufung ist zulässig, aber unbegründet.

1. Der Kläger hat gegen den Beklagten einen Anspruch auf Schadenersatz aus § 280 Abs. 1 BGB i.V.m. §§ 675 ff. in der zuerkannten Höhe wegen einer Pflichtverletzung des zwischen den Parteien bestehenden Anwaltsvertrags, weil er mit dem Beklagten jedenfalls konkludent einen Anwaltsvertrag geschlossen hat (a)) und der Beklagte Pflichten aus diesem Vertrag schuldhaft verletzt hat (b)). Diese Pflichtverletzung ist für den entstandenen Schaden auch kausal geworden (c)).

a) Das LG hat zutreffend die Aktivlegitimation des Klägers bejaht. Entgegen der Auffassung des Beklagten ist zwischen den Parteien unter Berücksichtigung der Umstände jedenfalls konkludent ein Anwaltsvertrag zustande gekommen.

**Das Zustandekommen eines Vertrags kann auch dann angenommen werden, wenn sich aus der Gesamtwürdigung der Umstände ein entsprechender rechtsgeschäftlicher Wille ergibt.** Dies ist hier der Fall, weil der Kläger sich ersichtlich an den Beklagten gewandt hat, um über die Möglichkeiten, dem Pool beizutreten und seine Ansprüche geltend zu machen, beraten zu werden, der Beklagte den Kläger beraten, mit ihm eine Vergütungsvereinbarung geschlossen und er es dem Kläger später freigestellt hat, ob er sich am Rechtsmittel beteiligt.

Es kann dahinstehen, ob der Kläger den Beklagten mit der Absicht angerufen hat, sich am Pool zu beteiligen. Denn schon daraus, dass der Kläger sich nicht einfach die Beitrittsklärung und den Vergütungsvertrag hat übersenden lassen und unterzeichnet hat, sondern unstreitig am 6.8.2008 ein **telefonisches Beratungsgespräch** stattgefunden hat, bevor der Kläger die vom gleichen Tag datierenden Unterlagen unterzeichnet hat, ergibt sich, dass der Kläger sich an den Beklagten gewandt hat, um zunächst nähere Auskünfte zu erhalten.

Der Beklagte hat den Kläger auch beraten. Denn er hat, wie er selbst dargelegt hat, den Kläger über die Voraussetzungen des Poolbeitritts und die Funktionsweise des Pools belehrt. Darüber hinaus hat der Beklagte den Kläger darüber aufgeklärt, gegen wen die Klage gerichtet werden soll. Unbestritten hat er dem Kläger auch die materiell-rechtlichen Risiken der Klage im Hinblick auf die Evidenz-Rechtsprechung des BGH erläutert. Zudem will er den Kläger über die Risiken der solidarischen Haftung aufgeklärt haben. **Dies spricht dafür, dass der Kläger von dem Beklagten – zumindest konkludent – eine Rechtsberatung gewünscht und auch erhalten hat, die ihm die Entscheidung ermöglichen sollte, ob er dem Pool beitrifft und seine vermeintlichen Ansprüche auf diesem Weg verfolgt.**

Auf der Grundlage dieses Gesprächs hat der Kläger auch die Beitrittserklärung und die Vergütungsvereinbarung vom gleichen Tag unterzeichnet. **Die Vergütungsvereinbarung bezeichnet den Kläger als Mandanten, was ebenfalls dafür spricht, dass zwischen den Parteien ein Vertrag zustande kommen und der Kläger von dem Beklagten vertreten werden sollte.** Zudem hat der Beklagte den Poolmitgliedern die Entscheidung überlassen, ob sie sich am Rechtsmittel beteiligen, was ebenfalls darauf hindeutet, dass eine vertragliche Beziehung zu jedem einzelnen Poolmitglied bestanden hat. Denn nach dem Poolvertrag hat der Pool dem Beklagten Vollmacht zur Realisierung aller Schadenersatzforderungen für alle Instanzen erteilt (§ 3 PV). Einer Abstimmung über die Frage der Einlegung von Rechtsmitteln bedurfte es deswegen nur, wenn jedes Poolmitglied individuell von dem Beklagten vertreten werden sollte und deswegen die Wahl hatte, ob es sich am Rechtsmittel beteiligt oder nicht.

Entgegen der Auffassung des Beklagten spricht auch die Tatsache, dass der Pool sich zum Zeitpunkt der Beratung schon gebildet hatte, nicht dafür, dass der Kläger sich von ihm nur als Vertreter des Pools habe beraten lassen wollen und nicht von ihm als eigenem persönlichen Berater, mit anderen Worten mit dem Beklagten keinen Anwaltsvertrag schließen wollte. Denn dem Kläger ging es um eine Beratung darüber, ob er seine vermeintlichen Ansprüche auf dem Weg über die Poolklage durchsetzen kann. Zwar hat der Beklagte die Pool-GbR initiiert. Da es bei der Beratung um die Frage der Durchsetzung von Ansprüchen des Klägers ging, die an ihn als Rechtsanwalt herangetragen wurde, konnte der Beklagte jedoch nicht davon ausgehen, dass der Kläger diese rechtliche Beratung von ihm als Vertreter des Pools wollte.

An dieser Sichtweise ändert auch der Umstand, dass der Poolvertrag ausdrücklich die Regelung enthält, dass der Beklagte Prozessbevollmächtigter des Pools ist (§ 3 PV) und dass seine Haftung nur gegenüber dem Pool, nicht gegenüber den Poolmitgliedern bestehen soll (§ 6 PV), nichts. Abgesehen davon, dass nicht ersichtlich ist, dass dem Kläger zum Zeitpunkt der Kontaktaufnahme zum Beklagten der Poolvertrag überhaupt bekannt gewesen wäre, lässt sich den genannten Regelungen auch ohnehin nicht entnehmen, dass durch sie der Abschluss eines Vertrages zwischen einem potentiellen Poolmitglied und dem Beklagten persönlich im Vorfeld des Poolbeitritts ausgeschlossen werden sollte.

b) Der Beklagte hat die ihm aus dem Vertrag obliegenden Pflichten verletzt, weil er unter Zugrundelegung seines eigenen Vorbringens den Kläger nicht hinreichend über die Risiken der Rechtsverfolgung durch eine Pool-GbR aufgeklärt hat. Außerdem hat er dem Kläger den sichersten Weg, nämlich den einer Einzelklage nicht aufgezeigt.

aa) **Der konkrete Umfang der anwaltlichen Pflichten richtet sich nach dem erteilten Mandat und den Umständen des einzelnen Falles. Ziel der anwaltlichen Rechtsberatung ist es, dem Mandanten eigenverantwortliche, sachgerechte (Grund-) Entscheidungen („Weichenstellungen“) in seiner Rechtsangelegenheit zu ermöglichen** (BGH, Urt. v. 13.3.2008 – IX ZR 136/07, juris Rdnr. 15 = WM 2008, 1560 ff.). Der Rechtsanwalt muss die Erfolgsaussichten des Begehrens seines Mandanten umfassend prüfen und den Mandanten hierüber belehren. Dazu hat er dem Auftraggeber den sichersten und gefahrlosesten Weg vorzuschlagen und ihn über **mögliche Risiken** aufzuklären, damit der Mandant zu einer sachgerechten Entscheidung in der Lage ist. Die mit der Erhebung einer Klage verbundenen Risiken muss der Rechtsanwalt nicht nur benennen, sondern auch deren ungefähres Ausmaß abschätzen (BGH, Urt. v. 10.5.2012 – IX ZR 125/10, juris Rdnr. 22 = WM 2012, 1351 ff.). Der Rechtsanwalt hat auch von der Durchführung eines von vornherein aussichtslosen Rechtsmittels abzuraten (BGH, Urt. v. 26.9.2013 – XI ZR 51/13, juris Rdnr. 11 = NJW 2014, 317 ff.).

bb) Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze hat der Beklagte seine ihm obliegenden Beratungspflichten in zwei Richtungen verletzt, weil er den Kläger über die potentielle Unzulässigkeit der Poolklage nicht hinreichend aufgeklärt und ihm nicht den sichersten Weg empfohlen hat.

(1) Der Kläger wollte letztlich seine vermeintlichen Schadenersatzansprüche gegen die Verantwortlichen der A. und die B. durchsetzen und hat hierzu eine Beteiligung an dem Pool erwogen. Insoweit war der Beklagte verpflichtet, dem Kläger im Rahmen des Beratungsgesprächs aufzuzeigen, ob die Verfolgung der Ansprüche auf diesem Weg Erfolg haben kann, welche Risiken bestehen und, soweit Risiken vorhanden sind, ob es nicht einen sichereren Weg zur Anspruchsverfolgung gibt.

Der Beklagte hat den Kläger **nicht hinreichend darüber aufgeklärt, dass die Verfolgung seiner vermeintlichen Ansprüche über eine Pool-GbR die Gefahr birgt, dass die Klage mangels Parteifähigkeit der GbR als unzulässig abgewiesen wird, und dass deswegen die Einzelklage den sichersten Weg darstellt, um die vermeintlichen Schadenersatzansprüche zu verfolgen.** Er hat, wie sich aus der Entscheidung des 1. Zivilsenats im Vorprozess und dem Hinweis des BGH ergibt, verkannt, dass die von ihm entwickelte Konstruktion einen Verstoß gegen das RBerG und (nach Inkrafttreten) gegen das RDG darstellt.

Der 1. Zivilsenat (I-1 U 26/12) hat im Vorprozess mit Urteil vom 27.11.2012 die Berufung der Pool-GbR gegen das klageabweisende Urteil des LG Düsseldorf vom 12.7.2011 (10 O 383/10) zurückgewiesen, weil der Pool-GbR die Parteifähigkeit gefehlt habe. Diese Auffassung hat der BGH in

seinem Hinweis vom 28.1.2014 – der letztlich zur Rücknahme der Revision geführt hat – bestätigt. Die fehlende Parteifähigkeit hat der 1. Zivilsenat zutreffend damit begründet, die – von dem Beklagten entwickelte – Konstruktion der Pool-GbR führe zu einem Verstoß gegen Art. 1 Abs. 1 S. 1 des bis zum 30.6.2008 geltenden Rechtsberatungsgesetzes (RBERG) bzw. § 3 des am 1.7.2008 in Kraft getretenen Rechtsdienstleistungsgesetzes (RDG), weil der Zweck der Pool-GbR ausweislich der Ausführungen zum Gesellschaftszweck in den Poolverträgen über eine Ausnutzung von Kostenvorteilen durch die gebündelte Geltendmachung von Forderungen hinausgehe und der Durchsetzung sämtlicher Einzelforderungen der Anleger diene.

Die Ermächtigung zur gebündelten Geltendmachung verstoße gegen das RBERG bzw. das RDG, weil die Pool-GbR keine Erlaubnis zur geschäftsmäßigen Besorgung von fremden Rechtsangelegenheiten gehabt habe, was zur Gesamtnichtigkeit des Gesellschaftsvertrags führe (UA S. 26 ff., 33). Die Pool-GbR könne sich dabei – wie der BGH in seinem Hinweis ausgeführt hat – nicht mit Erfolg darauf berufen, dass die Verfolgung und Durchsetzung der Ansprüche allein ihrem Prozessbevollmächtigten obliegen habe, weil es nicht darauf ankomme, ob durch den Vertragspartner des Rechtsuchenden ein Rechtsberater hinzugezogen worden ist. Auch habe die Pool-GbR bei der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise fremde Rechtsangelegenheiten verfolgt.

Denn die Geltendmachung der Forderungen sei ein fremdes Geschäft, da die Anleger die Gewinne und Verluste der einzelnen Prozesse hätten tragen sollen. Die Einziehung habe auch geschäftsmäßig erfolgen sollen, weil die Geltendmachung der Schadenersatzforderungen im Rahmen einer planmäßigen Bündelung in einer Vielzahl von Fällen mit erheblichem wirtschaftlichen Gewicht habe erfolgen sollen. Der Anwendung des § 134 BGB stehe – entgegen der Auffassung des Beklagten – auch nicht die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft entgegen. Denn eine Gesellschaft, deren Gründungsakt an einem Fehler leide und die in Vollzug gesetzt worden sei, sei jedenfalls dann nicht als wirksam zu behandeln, wenn die Gründung gegen ein gesetzliches Verbot verstoße.

Über das Risiko, dass die beabsichtigte Pool-Klage infolgedessen wegen mangelnder Parteifähigkeit als unzulässig abgewiesen werden könnte, hat der Beklagte den Kläger nicht hinreichend belehrt, weil er nach seiner eigenen Darstellung des Beratungsgesprächs den Kläger nicht ausdrücklich auf die Gefahr der Abweisung der Klage als unzulässig und die dem Kläger in diesem Fall drohenden Folgen hingewiesen hat.

Nach seiner Darstellung hat der Beklagte dem Kläger erläutert, dass er mit der beabsichtigten Klage einen „rechtsfortbildenden Ansatz“ verfolge, was sowohl für die Bündelung der Schadenersatzansprüche der Geschädigten, als auch für die Durchsetzung von Ansprüchen auch gegenüber der Hausbank gelte. Dabei habe er erläutert, dass die Geschädigten-GbR eine – wenn auch noch weitgehend unerprobte – Möglichkeit darstelle, Schadenersatzansprüche einzelner Anleger

zu bündeln. Das OLG Düsseldorf habe diese Klageform anerkannt und hierin keine unzulässige Rechtsverfolgung erkannt. Vom BGH sei dies in dem sich anschließenden Revisionsverfahren nicht beanstandet worden. Er, der Beklagte, habe seine Erwartung zum Ausdruck gebracht, dass das OLG Düsseldorf auch in dem jetzigen Klageverfahren die Pool-Konstruktion akzeptieren werde, dies aber nicht mit Sicherheit prognostiziert werden könne. Es verblieben prozessuale Unwägbarkeiten.

Aufgrund dieser Belehrung war der Kläger nicht in der Lage, die Risiken hinreichend einzuschätzen und eine eigenverantwortliche Entscheidung darüber zu treffen, ob er sich dem Pool anschließe oder davon Abstand nimmt. **Denn der Beklagte hat durch seine Darstellung nicht unmissverständlich deutlich gemacht, dass die Poolklage mangels Parteifähigkeit als unzulässig abgewiesen werden könnte, wodurch nicht nur erhebliche Kosten – wie geschehen – für den Kläger entstehen würden, sondern auch die Gefahr bestand, dass er seine Ansprüche nach Abweisung der Klage nicht mehr hätte geltend machen können.**

Zudem konnte der Kläger mangels dahingehender Erläuterung nicht erkennen, dass es auch die Möglichkeit der Einzelklage gab, die unter den gegebenen Umständen der **sicherste Weg zur Durchsetzung der klägerischen Ansprüche** gewesen wäre. Der Beklagte hat entsprechend seiner eigenen Darlegung erkannt, dass die von ihm gewählte Konstruktion auch als „unzulässige Rechtsverfolgung“ gewertet werden könnte. Ihm war aus dem von ihm genannten Verfahren bekannt, dass die gewählte Konstruktion einen Verstoß gegen die Regelungen des RBERG darstellen und die Pool-GbR deswegen als nicht parteifähig angesehen werden könnte, denn dieses Problem war in dem fraglichen Verfahren bereits diskutiert worden (vgl. OLG Düsseldorf, Urt. v. 12.1.2007 – I-16 U 3/05, zitiert nach juris).

Vor diesem Hintergrund war es nicht ausreichend, dem Kläger, der anscheinend kein Jurist ist, darzulegen, dass es sich um einen „rechtsfortbildenden Ansatz“ handelt, bei dem prozessuale Unwägbarkeiten verbleiben. Entgegen der Auffassung des Beklagten ist **dieser Hinweis, wie es auch das LG formuliert hat, verklausuliert, weil der Kläger daraus zwar darauf hätte schließen können, dass dieser Ansatz nicht gesichert ist und auch das Risiko des Prozessverlusts bestehen könnte.**

Der Beklagte hätte den Kläger jedoch unmissverständlich darauf hinweisen müssen, dass aus diesem Grund das Risiko besteht, dass die Klage mangels Parteifähigkeit als unzulässig abgewiesen werden könnte mit den oben genannten Folgen. **Gerade weil dieses Risiko durch Erhebung einer Einzelklage sicher zu vermeiden gewesen wäre, hätte der Beklagte den Kläger auch auf diese Möglichkeit ausdrücklich hinweisen müssen.** Nur dann wäre der Kläger in der Lage gewesen abzuwägen, ob er sich auf das fragliche Risiko einlässt, oder ob er den prozessual sichereren Weg der Einzelklage wählt. (...)



Die Pflichtverletzung erfolgte auch **schuldhaft**, weil der Beklagte als Rechtsanwalt jeden Rechtsirrtum zu vertreten hat. Bei zutreffender Beurteilung der Sach- und Rechtslage hätte der Beklagte den Kläger, wie oben dargelegt, aufklären müssen. Umstände, die den Beklagten entlasten könnten, hat er nicht dargelegt.

(2) Im Hinblick auf die unter (1) festgestellte Pflichtverletzung kann an dieser Stelle dahinstehen, ob der Beklagte weitere ihm obliegende Pflichten aus dem Anwaltsvertrag verletzt hat.

c) Die Pflichtverletzung des Beklagten ist auch **kausal für den eingetretenen Schaden** des Klägers geworden.

aa) Hätte der Beklagte den Kläger hinreichend über die Risiken der Poolklage aufgeklärt, hätte sich der Kläger nach seinem nicht hinreichend bestrittenen Vorbringen nicht am Pool beteiligt und wären die Kosten für die unzulässige Klage einschließlich der Kosten des Berufungsverfahrens nicht angefallen. Für dieses Verhalten des Klägers spricht im Übrigen ein Anscheinsbeweis.

Für den Kausalzusammenhang zwischen Pflichtverletzung und Schaden trägt grundsätzlich der **Gläubiger die Darlegungs- und Beweislast**. Die Frage des Ursachenzusammenhangs hängt dabei davon ab, wie sich der Mandant verhalten hätte, wenn er richtig beraten worden wäre (*Fischer u.a., Handbuch der Anwaltshaftung, 4. Auflage 2015, § 5 Rdnr. 4*). Diese Frage gehört zur **haftungsausfüllenden Kausalität**, die der Mandant nach § 287 ZPO zu beweisen hat (*BGH, Urt. v. 21.7.2005 – IX ZR 49/02, juris Rdnr. 10 m.w.N. = NJW 2005, 3275 ff.; Fischer, a.a.O., § 5 Rdnr. 8*).

Sofern für den Mandanten bei pflichtgemäßer Beratung des Anwalts bei vernünftiger Betrachtungsweise aus damaliger Sicht nur eine Entscheidung nahe gelegen hätte, gilt der Anscheinsbeweis, dass er dem Hinweis des Anwalts gefolgt wäre (*grundlegend BGH, Urt. v. 30.9.1993 – IX ZR 73/93, juris Rdnr. 24 = BGHZ 123, 311 ff.*). Vorausgesetzt ist aber ein Sachverhalt, der nach der Lebenserfahrung aufgrund **objektiv deutlich für eine bestimmte Reaktion sprechender Umstände einer typisierenden Betrachtungsweise zugänglich ist**.

Dies ist anzunehmen, wenn bei zutreffender rechtlicher Beratung vom Standpunkt eines vernünftigen Betrachters aus allein ein bestimmtes Verhalten nahegelegen hätte (*zuletzt BGH, Beschl. v. 15.5.2014 – IX ZR 267/12, Rdnr. 2 = WM 2014, 1379*). Eine Beweislastumkehr wie in Fällen der Anlageberatungshaftung lehnt der BGH nach wie vor ab (*BGH, a.a.O.; Urt. v. 16.7.2015 – IX ZR 197/14, juris Rdnr. 23 = WM 2015, 1622 ff.*). Wären bei sachgerechtem Handeln des Anwalts mehrere Handlungsalternativen in Betracht gekommen, gilt der Anscheinsbeweis nicht und hat der Mandant denjenigen Weg zu bezeichnen, für den er sich bei ordnungsgemäßer Belehrung konkret entschieden hätte (*BGH, Urt. v. 19.1.2007 – IX ZR 232/01, juris Rdnr. 29 = WM 2006, 927 ff.; Beschl. v. 6.12.2007 – IX ZR 151/05, juris Rdnr. 2 = Gl aktuell 2010, 46; Fischer, a.a.O., § 5 Rdnr. 10*).

Lässt der Kläger dies offen, kann eine Schadenwahrscheinlichkeit nur bejaht werden, wenn diese sich für alle in Betracht zu ziehenden Ursachenverläufe ergibt (*BGH, Urt. v. 19.1.2007 – IX ZR 232/01, juris Rdnr. 29 = WM 2006, 927 ff.; Fischer a.a.O., Rdnr. 8*).

Unter Zugrundelegung dieser Grundsätze ist der Senat davon überzeugt, dass der Kläger bei hinreichender Aufklärung durch den Beklagten sich der Poolklage nicht angeschlossen hätte.

Der Kläger hat dargelegt, dass er bei einer ordnungsgemäßen Beratung von der Poolklage Abstand genommen hätte. Dies hat der Beklagte nicht hinreichend bestritten, weil er zwar im Schriftsatz vom 27.10.2015 bestritten hat, dass das ihm zur Last gelegte Fehlverhalten für den geltend gemachten Schaden ursächlich geworden ist. Die in diesem Zusammenhang gemachten Ausführungen des Beklagten, es könne allein um die Frage gehen, wie sich der Kläger verhalten hätte, wenn er vor Einleitung des Berufungsverfahrens im April 2012 von der Entscheidung des BGH vom 12.4.2011 und die damit verbundenen Rechtsfragen unterrichtet worden wäre, verdeutlichen aber, dass sich das Bestreiten des Beklagten insoweit lediglich auf die Ursächlichkeit dieser fehlenden Aufklärung für die Entscheidung des Klägers, sich am Berufungsverfahren zu beteiligen, bezieht.

Im Übrigen ist zugunsten des Klägers zu vermuten, dass er sich bei pflichtgemäßer Beratung an der Poolklage nicht beteiligt hätte. **Denn angesichts des bestehenden Risikos, dass die Poolklage – wie letztlich geschehen – als unzulässig abgewiesen werden würde, konnte vom Standpunkt eines vernünftigen Betrachters aus die Entscheidung nur dahingehen, davon Abstand zu nehmen.**

bb) Durch die Erhebung der Poolklage und die Durchführung des Berufungsverfahrens sind unbestritten die vom Kläger geltend gemachten Kosten in Höhe von insgesamt 59.603,54 EUR entstanden.

(1) Der Beklagte kann sich nicht mit Erfolg darauf berufen, dass dem Kläger **bei pflichtgemäßer Beratung ebenfalls Kosten entstanden wären**. Es mag dahinstehen, ob sich dem Vorbringen des Beklagten überhaupt die Behauptung entnehmen lässt, dass der Kläger bei ordnungsgemäßer Aufklärung ganz von einem Klageverfahren abgesehen hätte, denn jedenfalls lässt sich ein solches Verhalten des Klägers nicht feststellen. Im Gegenteil fehlt es dafür schon an tragfähigen Anhaltspunkten.

Nach dem eigenen Vorbringen des Beklagten hat der Kläger die erheblichen Verluste nicht hinnehmen wollen, so dass alles dafür spricht, dass er bei pflichtgemäßer Beratung den Weg der Einzelklage gewählt hätte. Dann wären dem Kläger aber ebenfalls keine Kosten entstanden, denn es muss davon ausgegangen werden, dass die Klage Erfolg gehabt hätte und der Kläger folglich für alle bei ihm entstandenen Kosten einen umfassenden Erstattungsanspruch gegen die dortigen Beklagten gehabt hätte.



**Dass die Klage ohne Erfolg geblieben wäre, hat der insoweit darlegungs- und beweisbelastete Beklagte nicht dargelegt. Dies mit gutem Grund, denn ein solcher Einwand würde seine Haftung nicht entfallen lassen, weil er damit eine weitere Pflichtverletzung einräumen würde, die ihn ebenfalls schadenersatzpflichtig machen würde.**

Da im Wege der Einzelklage die gleichen Ansprüche gegen dieselben Beklagten mit identischer Begründung geltend gemacht worden wären, entsprachen die Erfolgsaussichten der Einzelklage in der Sache der der Poolklage. Hätte insoweit keine Erfolgsaussicht bestanden, hätte der Beklagte dem Kläger überhaupt nicht zur Klage raten dürfen, also auch nicht zu der in Rede stehenden Einzelklage.

(2) Soweit der Beklagte in der mündlichen Verhandlung geltend gemacht hat, ihm stünde in jedem Falle eine Beratungsgebühr zu, bleibt auch dieser Einwand im Ergebnis ohne Erfolg.

**Zwar kann der Vergütungsanspruch aus einem Anwaltsvertrag wegen einer unzureichenden und pflichtwidrigen Leistung des Rechtsanwalts grundsätzlich nicht gekürzt werden oder in Wegfall geraten (BGH, Urt. v. 15.7.2004 – IX ZR 256/03, juris Rdnr. 7 = MDR 2004, 1387 f.), so dass dem Beklagten insoweit trotz der letztlich unbrauchbaren Beratungsleistung ein Anspruch auf eine Beratungsgebühr nach § 34 RVG für den Fall zustehen würde, dass der Kläger ganz von einer Klage abgesehen oder jedenfalls nicht der Beklagte das Einzelklageverfahren durchgeführt hätte, doch fehlt es für die Geltendmachung nicht nur an der erforderlichen Aufrechnungs-erklärung des Beklagten, sondern vor allen Dingen an der notwendigen Bezifferung des Anspruchs.**

Da die Parteien eine Gebührenvereinbarung getroffen haben, von der ohne Abgrenzung zueinander sowohl die außergerichtlichen als auch die gerichtlichen Kosten erfasst wurden, könnte der Beklagte für seine Beratungsleistung allenfalls die übliche Vergütung für eine solche Beratung verlangen.

Da der Beklagte hinsichtlich der ihm angeblich zustehenden Beratungsgebühr jedoch weder angegeben hat, nach welchen Parametern die übliche Vergütung in vergleichbaren Fällen berechnet wird, noch seinen Vergütungsanspruch beziffert hat, kann dieser Betrag keine Berücksichtigung finden. Hinzu kommt außerdem, dass vor einer Aufrechnung mit einem Anspruch aus anwaltlicher Tätigkeit die Formalien des § 10 RVG erfüllt sein müssen. Auch daran fehlt es vorliegend. (...) ■

## Notarhaftung

- Grundstückskaufvertrag
  - Einblick in die Grundakte
  - Anderweitige Ersatzmöglichkeit
  - Haftung des Rechtsanwalts
- (LG Aachen, Urt. v. 9.5.2014 – 8 O 18/13)

### Orientierungssätze:

1. Ein Notar haftet grundsätzlich nicht für Zukunftsschäden aus einem fehlerhaften Verhalten anlässlich einer Beurkundung eines Kaufvertrages, wenn dem Käufer die fehlenden Informationen, die letztlich zu dem Schaden geführt haben, bereits vor Vertragsunterzeichnung bekannt waren.
2. Der Käufer eines Grundstücks hat gegen den Notar grundsätzlich einen Anspruch auf Schadenersatz, wenn er es fahrlässig unterlassen hat, dem Käufer alle für die Kaufentscheidung notwendigen Unterlagen aus der Grundbuchakte zu übersenden. Davon ist regelmäßig auszugehen, wenn ihm der Auftrag erteilt wurde, die Grundakte einzusehen und die dort aufgeführten Eintragsbewilligungen nebst Durchführungsplan zu kopieren und zur Verfügung zu stellen, und der Bürovorsteher eine Darstellung der Baulinien nicht kopiert und übersandt hat.
3. Eine Klage gegen einen Notar wegen Amtspflichtverletzung ist jedoch grundsätzlich derzeit unbegründet, wenn eine anderweitige Ersatzmöglichkeit besteht. Ein solcher Ersatzanspruch kann sich aus einer Haftung aus einem Anwaltsvertrag ergeben, wenn ein Rechtsanwalt vor der Unterzeichnung des Kaufvertrages beauftragt wurde, zu prüfen, ob eine Beschränkung der Bebaubarkeit des Grundstücks gegeben ist, und der Rechtsanwalt zu einem falschen Ergebnis kommt, weil er nicht alle wichtigen Unterlagen eingesehen hat. ■

### Tatbestand:

Die Kläger nehmen den Beklagten aus Notarhaftung anlässlich der Beauftragung im Rahmen eines Grundstückskaufs in Anspruch.

Die Kläger erwarben mit Kaufvertrag vom 3.3.2010 das circa 3.100 qm große Grundstück S. in B. (Flurstücke 1, 2, 3 verzeichnet im Grundbuch von B.), zu einem Preis von 900.000 EUR. Dieser Kaufvertrag wurde von dem Beklagten notariell beurkundet.

Für das vorbezeichnete Grundstück sind in Abteilung II des Grundbuches Grunddienstbarkeiten eingetragen, die Bebauungs- und Nutzungsbeschränkungen zugunsten von Nachbargrundstücken beinhalten. In Abteilung II des Grundbuchs wird hinsichtlich der Bebauungs- und Nutzungsbeschränkungen unter anderem auf eine Bewilligung vom 21.10.1958 Bezug genommen. In dieser Urkunde, überschrieben mit „Bebauungs- und Nutzungsvorschriften“, findet sich unter anderem folgende Regelung: „Die im Durchführungsplan angegebenen Baulinien sind einzuhalten“.

Die Kläger beabsichtigten das Kaufgrundstück zu teilen, eine Teilfläche selbst zu bebauen und die andere Teilfläche als weiteres Baugrundstück weiterzuverkaufen. Dies teilten sie dem Beklagten vor der Beurkundung mit.

Im Vorfeld der Vertragsunterzeichnung beauftragten die Kläger den Beklagten damit, die entsprechende Grundakte des Blattes 3 des Grundbuchs einzusehen und den Klägern die dort aufgeführten Eintragungsbewilligungen, die den im Grundbuch eingetragenen Grunddienstbarkeiten zugrunde liegen, nebst Durchführungsplan vollständig zu übersenden. Eine inhaltliche Prüfung der Vereinbarkeit der grundbuchrechtlichen Baubeschränkungen mit dem geplanten Bau der Kläger war nicht Gegenstand der Beauftragung.

Der Bürovorsteher des Beklagten übersandte daraufhin am 17.1.2010 Unterlagen per Email an die Kläger. Der für das streitgegenständliche Grundstück maßgebliche Durchführungsplan, der die Baulinien für dieses Grundstück ausweist und in den Grundakten als Anlage zu der Urkunde vom 21.10.1958 enthalten ist, wurde seitens des Sekretariats des Beklagten jedoch nicht kopiert und nicht an die Kläger übersandt. Vielmehr wurde der Durchführungsplan für das benachbarte Grundstück S. kopiert und den Klägern zur Verfügung gestellt.

Die Kläger bemerkten, dass der übersandte Durchführungsplan das kaufgegenständliche Grundstück nur zur Hälfte zeigt und erkundigten sich daher vor Unterzeichnung des Kaufvertrages bei dem Beklagten, ob die ausgehändigten Dokumente tatsächlich vollständig und richtig seien. Dies wurde seitens des Bürovorstehers des Beklagten mindestens einmal telefonisch bestätigt. Die Kläger gingen daher zunächst davon aus, dass das Grundstück frei von Baulinien und daher beliebig teilbar sei.

Der Beklagte empfahl den Klägern, durch Dritte prüfen zu lassen, ob tatsächlich nach einer Teilung des Grundstücks eine Bebauung mit zwei Einfamilienhäusern möglich sei. Die Kläger beauftragten daraufhin die B. Anwaltskanzlei E. mit einer rechtlichen Überprüfung der Grunddienstbarkeiten, wobei der genaue Auftragsumfang zwischen den Parteien streitig ist.

Nach Kaufvertragsschluss unterteilten die Kläger sodann das Flurstück 1 in etwa zwei gleichgroße Parzellen, um auf einer dieser Parzellen ihr Einfamilienhaus zu errichten. Anlässlich des geplanten Verkaufs der anderen Parzelle im Januar 2011 erfuhren die Kläger von den bestehenden Baulinien des Grundstücks. Hinsichtlich des am 16.2.2011 notariell geschlossenen Kaufvertrags über die zweite Parzelle erklärten die Käufer im Mai 2011 die Anfechtung und den Rücktritt. Im Jahre 2012 holten die Kläger ein Wertgutachten des Dipl.-Ing. C. zu dem erworbenen Grundstück ein.

Die Kläger behaupten, das Mandat der Rechtsanwälte E. habe sich auf die Prüfung des Fortbestehens der Vorgaben der Bebauungs- und Nutzungsvorschriften beschränkt. Bei Einhaltung der Baulinien sei eine Bebauung des streitgegenständlichen Grundstücks mit zwei Einfamilienhäusern nicht möglich. Bei Kenntnis dieses Umstandes hätten die Kläger das Grundstück nicht erworben. Die Kläger behaupten weiter, dass das Grundstück aufgrund der Existenz der Baulinien und der damit verbundenen eingeschränkten Bebaubarkeit zum Zeitpunkt des Kaufvertragsschlusses einen Verkehrswert

von nur 650.000 EUR gehabt habe, da das Grundstück nur mit einem Einfamilienhaus bebaut werden könne. Bei Zulässigkeit der Bebaubarkeit mit zwei Einfamilienhäusern hätte das Grundstück hingegen einen Verkehrswert von 1.140.000 EUR gehabt. Es seien mittlerweile Rechtsanwaltskosten in Höhe von 18.000 EUR angefallen.

(Anträge: ...)

Der Beklagte behauptet, die von den Klägern beauftragten Rechtsanwälte seien mit der Auslegung der Formulierung der Bewilligung vom 21.10.1958 und Prüfung der Baubeschränkungen beauftragt worden. Es sei den Klägern durchaus möglich gewesen, das Grundstück zu dem ursprünglichen Preis von 900.000 EUR weiterzuverkaufen. Der Beklagte ist der Ansicht, es fehle bereits an einer Pflichtverletzung.

Jedenfalls sei eine Haftung nach § 19 Abs. 1 S. 2 BNotO wegen des Grundsatzes der Subsidiarität im Hinblick darauf ausgeschlossen, dass die beauftragten Rechtsanwälte E. die Vollständigkeit der Unterlagen hätten überprüfen und in der Folge hätten feststellen müssen, dass den Unterlagen der falsche Durchführungsplan beigelegt war. Im Übrigen fehle es auch an einem Kausalzusammenhang zwischen der Pflichtverletzung des Beklagten und dem geltend gemachten Schaden. ■

#### Entscheidungsgründe:

Die teilweise zulässige Klage ist derzeit unbegründet.

I. Die Klage ist hinsichtlich der Klageanträge zu 1) und 2) zulässig. Insbesondere ist auch der mit dem Klageantrag zu 1) im Rahmen der Teilklage geltend gemachte Betrag in Höhe von 40.000 EUR hinreichend bestimmt, da hiermit ein Teil eines einheitlichen Gesamtschadens aufgrund einer konkreten Pflichtverletzung des Beklagten eingeklagt wird und es insoweit keiner weiteren Angaben seitens der Kläger bedarf (vgl. BGH, Urt. v. 19.4.2012 – III ZR 224/10, NZG 2012, 711, 712).

Hinsichtlich des Klageantrags zu 3) ist sie jedoch bereits unzulässig.

Für den geltend gemachten **Feststellungsantrag** fehlt es an einem rechtlichen Interesse an der Feststellung, dass der Beklagte verpflichtet ist, den Klägern sämtliche künftig entstehenden Schäden aus der in dem Feststellungsantrag bezeichneten Pflichtverletzung zu ersetzen.

Bei reinen Vermögensschäden hängt bereits die Zulässigkeit einer Feststellungsklage von der Wahrscheinlichkeit eines auf die Verletzungshandlung zurückzuführenden Schadeneintritts ab (BGH, Urt. v. 24.1.2006 – XI ZR 384/03, NJW 2006, 830, 832).

An einer Wahrscheinlichkeit des Eintritts künftiger materieller Schäden fehlt es auf Grundlage des Vortrags der Kläger. Die Kläger tragen diesbezüglich vor, es sei hinreichend wahrscheinlich, dass ihnen ein noch nicht bezifferbarer Schaden daraus entstehen werde, dass die Käufer der Parzelle 4 den

Rücktritt des am 16.2.2011 geschlossenen Kaufvertrags erklärt haben, sowie aus dem Umstand, dass weitere Nachbarn auf die Einhaltung der Baulinien bestehen werden. Hierbei verkennen die Kläger jedoch, dass auch im Falle einer grundsätzlichen Ersatzpflicht des Beklagten dieser die vorgenannten Kosten nicht zu tragen hätte.

Die möglichen Kosten aufgrund eines seitens der Käufer der Parzelle 4 erklärten Rücktritts stellen keine dem Beklagten zurechenbare Schadenpositionen dar. Die Kläger haben selbst vorgetragen, seit Januar 2011 Kenntnis von den Baulinien des streitgegenständlichen Grundstücks zu haben. Der Kaufvertrag über den Grundstücksteil wurde jedoch erst am 16.2.2011, mithin nach Kenntnis der Kläger von der Existenz der Baulinien, geschlossen. Insoweit wäre diese Schadenposition nicht einer Verletzungshandlung des Beklagten zurechenbar. Gleiches gilt für die Kosten durch Ergreifung etwaiger rechtlicher Schritte der Nachbarn zwecks Einhaltung der Baulinien durch die Kläger.

Eine Rechtsverfolgung der Nachbarn setzt hierbei voraus, dass die Kläger ohne Einhaltung der Baulinien ein zweites Gebäude auf ihrem Grundstück errichten. In diesem Fall hätten sie jedoch selbst die Ursache für die Entstehung weiterer Kosten durch eine Rechtsverfolgung der Nachbarn gesetzt.

II. Die Klage ist insgesamt derzeit unbegründet.

1. Den Klägern steht gegen den Beklagten derzeit kein Anspruch auf Zahlung in Höhe von 40.000 EUR gemäß § 19 Abs.1 S.1 BNotO zu.

Der Anspruch scheitert jedoch, entgegen der Auffassung des Beklagten, nicht schon an dem Fehlen einer Amtspflichtverletzung im Sinne der Vorschrift.

**Der Beklagte hat vorliegend die Pflicht verletzt, den Klägern die vollständigen und richtigen Unterlagen aus der Grundbuchakte zu dem streitgegenständlichen Grundstück zu übersenden.**

**Zwar gehört es nicht zu den grundsätzlichen Pflichten des Notars, neben dem Grundbuch auch die Grundakten einzusehen** (vgl. *Ganter in: Ganter/Hertel/Wöstmann, Notarhaftung*, 2. Aufl. 2009, Rdnr. 896). Eine Ausnahme besteht jedoch dann, wenn besondere Umstände vorliegen, aus denen sich eine Pflicht des Notars zur Einsichtnahme in die Grundakte ergibt (vgl. *BGH, Urt. v. 4.12.2008 – III ZR 51/08, zitiert nach juris*).

**Eine solche Pflicht ergibt sich vorliegend bereits aus dem Umstand, dass der Beklagte von den Klägern damit beauftragt worden ist, Einsicht in die Grundakte zu nehmen und die dort aufgeführten Eintragungsbewilligungen nebst Durchführungplan zu kopieren und den Klägern zur Verfügung zu stellen.**

Unabhängig von der unstreitig nicht geschuldeten inhaltlichen Auseinandersetzung mit diesen Unterlagen resultiert aus der konkreten Beauftragung die Pflicht des Beklagten,

die von ihm zu besorgenden Unterlagen den Klägern vollständig und korrekt vorzulegen. Die Kläger haben darüber hinaus mindestens einmal telefonisch gezielt nachgefragt, ob die übersandten Unterlagen vollständig seien und damit erneut ihr Interesse an dem Inhalt der Grundakte zum Ausdruck gebracht. Soweit der Beklagte behauptet, es sei lediglich angefragt worden, ob die Unterlagen vollständig kopiert worden seien, ergibt sich hieraus nichts anderes, da auch eine solche Nachfrage bei verständiger Würdigung ebenfalls nur als Frage hinsichtlich der Vollständigkeit der Unterlagen verstanden werden kann.

Die Pflicht zur Übersendung der vollständigen Unterlagen ist seitens des Beklagten, der sich **das Handeln seines Bürovorstehers gemäß § 278 BGB zurechnen** lassen muss, durch außer Acht lassen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt fahrlässig verletzt worden, da die in der Grundakte befindliche zeichnerische Darstellung der Baulinien für das Grundstück S. versehentlich gerade nicht kopiert und nicht übersandt worden ist.

Jedoch scheitert ein Anspruch der Kläger gegen den Beklagten derzeit aufgrund der **Subsidiarität der Haftung des Beklagten gemäß § 19 Abs. 1 S. 2 BNotO**.

Nach dieser Vorschrift kann der Notar für den vorliegend unzweifelhaft gegebenen Fall, dass ihm hinsichtlich der Amtspflichtverletzung nur Fahrlässigkeit zur Last fällt, nur dann in Anspruch genommen werden, wenn der Verletzte nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag.

**Bei der Inanspruchnahme des Notars hat der Geschädigte darzulegen und zu beweisen, dass eine anderweitige Ersatzmöglichkeit fehlt.** Ist nicht auszuschließen, dass sich aus demselben Tatsachenkreis, aus dem die Schadenhaftung des Notars entstanden ist, eine zumutbare anderweitige Ersatzmöglichkeit mit begründeter Erfolgsaussicht ergibt, ist die Klage gegen den Notar als zurzeit unbegründet abzuweisen (vgl. *Wöstmann in: Ganter/Hertel/Wöstmann, Notarhaftung*, 2. Aufl., 2009, Rdnr. 2225 m.w.N.).

Diese Voraussetzung ist vorliegend gegeben. Es kommt eine anderweitige Ersatzmöglichkeit der Kläger in **Gestalt eines Ersatzanspruchs gegen die Rechtsanwälte E. aus Anwaltschaft ernsthaft in Betracht**.

Nach der durchgeführten Beweisaufnahme hat die Kammer die Überzeugung gewonnen, dass eine Verletzung der Pflichten aus dem anwaltlichen Geschäftsbesorgungsvertrag durch die Rechtsanwälte E. in Betracht kommt, die zu einem möglichen Schadenersatzanspruch der Kläger gemäß §§ 280 I, 675, 611 BGB führt.

Nach der Beweisaufnahme geht die Kammer aufgrund der glaubhaften Aussage des Zeugen T. zwar davon aus, dass der Umfang des durch die Kläger an die Rechtsanwälte E. erteilten anwaltlichen Mandats auf die Prüfung der Geltung der Vorgaben der Bebauungs- und Nutzungsvorschriften im Hinblick auf das streitgegenständliche Grundstück beschränkt war. Hierzu hat der Zeuge T. detailliert, in sich widerspruchs-

frei und nachvollziehbar geschildert, dass es dem Kläger insgesamt um die Klärung der Frage gegangen sei, ob er seine Vorstellungen zur Nutzung des Grundstücks, die darin bestand, das Grundstück zu teilen und mit zwei Häusern im Bauhausstil und mit Flachdach zu bebauen, verwirklichen könne.

Weiterhin hat der Zeuge bekundet, dass er hierzu von dem Kläger um Prüfung der Frage gebeten worden sei, ob die Bebauungs- und Nutzungsvorschriften für das Grundstück noch gelten oder ob sich hieran durch Zeitablauf oder aufgrund des Umstands, dass auch andere Nachbarn sich nicht an die Vorschriften gehalten hätten, etwas geändert haben könne. Diese Angaben decken sich insoweit auch mit der vorgelegten Email-Korrespondenz zwischen dem Kläger und dem Zeugen T. vom 18.2., 19.2. und 22.2.2010.

Trotz des beschränkten Auftragsumfangs kommt jedoch aus Sicht der Kammer eine Pflichtverletzung der Rechtsanwälte E. im Hinblick auf die unterlassene Prüfung der Vollständigkeit der Unterlagen ernsthaft in Betracht.

Diesbezüglich liegt schon unabhängig von der Frage, ob sich der Zeuge T. konkret mit den aus der Grundakte ersichtlichen Bebauungs- und Nutzungsbeschränkungen sowie dem fehlerhaft beigefügten Durchführungsplan beschäftigt hat, die Annahme nicht fern, dass in jedem Fall eine Pflicht zur Überprüfung der Vollständigkeit und Relevanz der Unterlagen bestand. Es gehört zu den Pflichten des Rechtsanwalts, zunächst den maßgeblichen Sachverhalt festzustellen, da nur so eine zuverlässige Grundlage für das weitere Vorgehen besteht (vgl. *Vill in: Zugehör/G.Fischer/Vill/D.Fischer/Rinkler/Chab, Handbuch der Anwaltschaft, 3. Aufl., 2011, Rdnr. 563*).

**Da eine Überprüfung der Fortgeltung der Bebauungs- und Nutzungsvorschriften jedoch als ersten Schritt zwangsläufig die Prüfung voraussetzt, welche Beschränkungen in welchem Umfang bestehen, könnte sich bereits hieraus die Pflicht zur Überprüfung der vorgelegten Unterlagen auf Vollständigkeit und Richtigkeit ergeben.**

Im Ergebnis kann die Frage, ob schon auf Grundlage des erteilten Auftrags eine Pflichtverletzung im Hinblick auf eine mangelhafte Überprüfung der vorgelegten Unterlagen auf Vollständigkeit und Richtigkeit vorliegt, jedoch offen bleiben, da sich aus den glaubhaften Bekundungen des Zeugen selbst ergibt, dass sich dieser auch konkret mit den in dem Grundbuchauszug befindlichen Bebauungs- und Nutzungsbeschränkungen sowie dem zu den Unterlagen gehörenden Durchführungsplan befasst hat.

Zu der konkreten Durchführung der von ihm nach Maßgabe des Auftrags vorgenommenen Prüfung hat der Zeuge T. geschildert, neben einer Ortsbesichtigung auch geprüft zu haben, inwiefern die eingetragene Grunddienstbarkeit den Nachbarn das Recht gebe, den Bau zu verhindern. Zur Frage der Wirksamkeit der Baubeschränkungen habe er sich auch mit den Texten und der zeichnerischen Darstellung befasst. Er habe geprüft, ob auf dem Plan andere Häuser mit Flach-

dach eingezeichnet waren und ob sich aus dem Plan noch weitere, über den textlichen Teil hinausgehende Vorgaben ergeben und habe den Plan letztlich als irrelevant eingestuft.

**Jedenfalls aufgrund dieser konkreten Befassung mit den ihm vorgelegten Unterlagen zu den in Rede stehenden Bebauungs- und Nutzungsbeschränkungen nebst dem fehlerhaft beigefügten Durchführungsplan bestand eine Pflicht des Zeugen T., sich von der Vollständigkeit der Unterlagen zu überzeugen und sorgfältig zu überprüfen, ob es sich hierbei um die für die Prüfung der Fortgeltung der Baubeschränkungen maßgeblichen Unterlagen handelt** (zur Pflicht des Rechtsanwalts hinsichtlich der sorgfältigen Auswertung wesentlicher Unterlagen siehe *BGH, Urt. v. 28.9.1982 – VI ZR 221/80, zitiert nach juris; OLG Frankfurt, Urt. v. 17.11.2011 – 11 U 48/11, zitiert nach juris*).

Bei einer sorgfältigen Sichtung und Prüfung der ihm seitens des Klägers zur Verfügung gestellten Unterlagen nebst dem Durchführungsplan hätte dem Zeugen auffallen müssen, dass es sich bei dem beigefügten Durchführungsplan **nicht um den für das streitgegenständliche Grundstück maßgeblichen Durchführungsplan handeln konnte**. Dies ergab sich bereits aus der offensichtlichen Divergenz zwischen dem Datum der Bebauungs- und Nutzungsvorschriften vom 21.10.1958, welche auf die „im Durchführungsplan angegebenen Baulinien“ und auch im Übrigen mehrfach auf den Durchführungsplan verweisen, und dem angefügten Durchführungsplan, der auf den 27.1.1962 datiert.

Da der Zeuge nach eigenen Angaben den Plan daraufhin überprüfte, ob sich hieraus über den textlichen Teil der Bebauungs- und Nutzungsbeschränkungen hinaus weitere Vorgaben ergeben, war ihm die potentielle Wichtigkeit dieses Dokuments bewusst. Hierdurch zu einer sorgfältigen Prüfung veranlasst, hätte ihm die Unstimmigkeit hinsichtlich der Daten auffallen und ihn zu weiteren diesbezüglichen Nachfragen und Hinweisen an seinen Mandanten veranlassen müssen. Dies gilt insbesondere auch vor dem Hintergrund, dass der Zeuge T. die Pläne seines Mandanten zur Teilung des Grundstücks und dem Bau zweier Häuser kannte und ihm somit die Relevanz von in dem Durchführungsplan enthaltenen Baulinien für die Kaufentscheidung bewusst sein musste.

Aufgrund dieser in Betracht kommenden anderweitigen Ersatzmöglichkeit konnte die zwischen den Parteien streitige Frage, ob möglicherweise eine anderweitige Ersatzmöglichkeit im Hinblick auf den seitens der Kläger beauftragten Architekten T. vorliegen könnte, offen bleiben.

2. Mangels Bestehen einer Hauptforderung steht den Klägern auch kein Zinsanspruch gemäß §§ 288, 291 BGB zu.

3. Aus den dargelegten Gründen steht den Klägern auch keinen Anspruch auf Ersatz der Rechtsverfolgungskosten in Höhe von 20.494,12 EUR gemäß § 19 Abs.1 BNotO und ebenfalls kein diesbezüglicher Zinsanspruch aus §§ 288, 291 BGB zu. (...) ■

## Notarhaftung

- Ungesicherte Vorleistung
  - Belehrungspflicht des Notars
- (KG Berlin, Beschl. v. 7.3.2016 – Not 18/15)

### Leitsatz:

Die dem Ersteher in einem im Anschluss an eine freiwillige Versteigerung geschlossenen notariellen Grundstückskaufvertrag eingeräumte Option, den Kaufpreis – auch – auf einem „Anderkonto“ des Auktionators zu hinterlegen, kann eine ungesicherte Vorleistung sein, die bei unterlassener Belehrung hierüber eine Ermahnung der Notarkammer gegenüber dem Notar rechtfertigen kann. ■

### Zum Sachverhalt:

Der Antragsteller betreibt ein liegenschaftsrechtlich orientiertes Notariat, wobei viele Beurkundungen im Zusammenhang mit freiwilligen Versteigerungen der D. G. AG (im Folgenden: Auktionshaus) erfolgen. Grundstücksauktionen des Auktionshauses wurden seit 1984 ausschließlich durch das Notariat des Antragstellers bzw. die Notariate seiner mit ihm verbunden gewesenen Vorgänger beurkundet. Die in diesem Zusammenhang errichteten Urkunden sahen jeweils für die Ersteher eine Option zur Hinterlegung auf einem Anderkonto des Auktionators vor. In der Vergangenheit wurde dies weder durch die Notaraufsicht noch die Antragsgegnerin beanstandet.

Am 23.3.2012 veranstaltete das Auktionshaus eine Versteigerung, in der R. M. (im Folgenden: Ersteher) das Meistgebot für das im Grundbuch des AG Köpenick von Köpenick Blatt 1502N eingetragene Grundstück abgab und von dem öffentlich bestellten und vereidigten Grundstücksversteigerer M. P. (im Folgenden: Auktionator) den Zuschlag erhielt.

Im Anschluss daran schlossen der Ersteher und I. N. zur UR-Nr. 257/2012 des Antragstellers unter ausdrücklicher Abbedingung des § 156 BGB einen Kaufvertrag über dieses Grundstück. I. N. gab ihre Erklärungen nicht im eigenen, sondern im Namen und unter Berufung auf eine ihr erteilte Vollmacht des Auktionshauses und des Auktionators sowie als vollmachtlose Vertreterin für die C. Inc. als Veräußerin (im Folgenden als solche benannt) des Grundstücks ab.

Zu § 2 der Urkunde verpflichtete sich der Ersteher, den vollständigen Kaufpreis in Höhe von 840.000 EUR auf einem Anderkonto unabhängig vom Vorliegen einer zur Wirksamkeit des Vertrages notwendigen Genehmigung zu hinterlegen. Ebenfalls unabhängig von einer solchen Genehmigung verpflichtete sich der Ersteher gemäß § 3 Abs. 1 der Urkunde, eine sogenannte „Courtage des Auktionshauses“ nach Eintritt der Fälligkeit gemäß Anlage 1 zur Urkunde und nach Rechnungslegung in Höhe von 59.976 EUR zu zahlen. Bei endgültiger Verweigerung einer für den Vertrag notwendigen Genehmigung oder bei Rücktritt verpflichtete sich das Auktionshaus zur Rückzahlung der Courtage nebst 2 % jähr-

licher Zinsen, § 3 Abs. 2 der Urkunde. In der Anlage 1 heißt es u.a.:

„Abweichend von den Versteigerungsbedingungen ist der Kaufpreis – mit Ausnahme der Bietungssicherheit – erst einen Monat nach Mitteilung des Notars an den Ersteher über das Vorliegen des Bestandskraftzeugnisses [eines Rückübertragungsbescheids nach dem VermG] zu hinterlegen. Die Courtage wird mit Eintritt der Bestandskraft fällig.

Sollte die Bestandskraft nicht bis zum 30.9.2012 eingetreten sein, können Ersteher und Veräußerer von diesem Vertrag zurücktreten. Dieses Rücktrittsrecht erlischt sodann mit Eintritt der Bestandskraft, sofern es nicht vorher ausgeübt wurde.“

Zu § 6 der Urkunde erkannten die Beteiligten die ihnen bekannten und in beglaubigter Form ausgehändigten Versteigerungsbedingungen des Auktionshauses und des Auktionators an, die der Antragsteller am 4.1.2011 zu seiner UR-Nr. 1/2011 beurkundet hatte. Dort heißt es u.a.:

„11. Der Kaufpreis ist (unter Abzug einer etwa vorher geleisteten Bietersicherheit) durch Zahlung – nach Wahl des Erstehers – auf ein Anderkonto eines vom Auktionshaus beauftragten Auktionators oder des den Kaufvertrag oder das Zuschlagprotokoll beurkundenden Notars zu hinterlegen, und zwar – soweit in den Kaufbedingungen des einzelnen Objekts nichts anderes vorgesehen ist – innerhalb eines Monats ab Versteigerungstermin.

Die Auszahlung des Kaufpreises erfolgt, wenn die ranggerechte Eintragung der Vormerkung zugunsten des Erstehers und – soweit Belastungsvollmachten erteilt sind – die Eintragung etwa erforderlicher Finanzierungsgrundpfandrechte erfolgt oder gewährleistet ist und die für den Vollzug erforderlichen behördlichen und sonstigen Genehmigungen, Zustimmungen und Nachweise (mit Ausnahme der steuerlichen Unbedenklichkeitsbescheinigung und etwaiger Vollmachtsbestätigungen des Erstehers) sowie die Negativzeugnisse für etwaige Vorkaufsrechte vorliegen.

Falls Belastungen im Grundbuch zu löschen sind, können Auktionator oder Notar aus dem hinterlegten Kaufpreis die zur Löschung erforderlichen Beträge einschließlich der hierfür entstehenden Gerichtskosten entnehmen. (...)

Der Auktionator hat für die bei ihm geführten Treuhandkonten Versicherungsschutz abgeschlossen. (...)

14. (...) Der Ersteher trägt folgende Kosten:

a) die anteilige Courtage (Aufgeld) des Auktionshauses. Diese beträgt (...). Die Courtage ist verdient, fällig und zahlbar mit Beurkundung des Zuschlages bzw. des Kaufvertrages, unabhängig von der weiteren Abwicklung. Eine Rückforderung ist ausgeschlossen, es sei denn, eine für die Wirksamkeit des Vertrages erforderliche Genehmigung wird endgültig versagt. (...)



17. (...) Der Vollzug des Kaufvertrages und die Einholung der hierfür erforderlichen Zeugnisse und Genehmigungen und ggf. Löschungsunterlagen von den ihm mitgeteilten Gläubigern erfolgt durch den beurkundenden Notar. Dieser Notar überwacht auch die Auszahlungs- und Umschreibungsreife und bei Erteilung einer Belastungsvollmacht deren Ausübung.“

Der Vertrag vom 23.3.2012 wurde in der Folgezeit nicht vollzogen, eine von dem Ersteher gegen die Veräußerin erhobene Klage auf Schadenersatz blieb vor dem LG Berlin ohne Erfolg.

Unter dem 30.4.2014 teilte der Ersteher die Umstände des Vertragsschlusses mit der Bitte um Prüfung u.a. der Antragsgegnerin mit, die zunächst keinen Anlass sah, gegen den Antragsteller standesrechtlich vorzugehen, jedoch auf Anregung der Bundesnotarkammer vom 22.5.2014 erneut in die Prüfung eintrat.

Mit Bescheid vom 14.10.2014 hat die Antragsgegnerin dem Antragsteller eine Ermahnung erteilt und den dagegen eingelegten Einspruch vom 11.11.2014 mit am 27.2.2015 zugestelltem Bescheid vom 26.2.2015 zurückgewiesen. Dem Antragsteller sei vorzuwerfen, er habe den Ersteher nicht über mit der Vertragsgestaltung verbundene Risiken ungesicherter Vorleistungen belehrt. Hiergegen wendet sich der Antragsteller mit seinem am 27.3.2015 bei Gericht eingegangenen Antrag auf gerichtliche Entscheidung.

Der Antragsteller trägt vor, die Verpflichtung zur Rückzahlung der Courtage durch den Auktionator ergebe sich bei fehlender Genehmigung des Veräußerers unmittelbar aus dem zwischen den Urkundsbeteiligten geschlossenen Vertrag. Die Zahlung der Courtage sei keine Vorleistung des Erstehers, Maklerrecht sei insoweit nicht anzuwenden. Dass eine Hinterlegung bei einem Notar ggf. sicherer sei, mache die Hinterlegung bei einem öffentlich bestellten Auktionator nicht ungesichert.

Tatsächlich wäre die volle Hinterlegungssumme bei Hinterlegung auf einem Notaranderkonto sowohl bei Berücksichtigung der gesetzlichen Mindestversicherungssumme als auch der ersten Stufe des Vertrauensschadensfonds nicht gedeckt. Im Gegensatz hierzu sei bei Hinterlegung auf dem Treuhandkonto des Auktionators die volle Summe durch dessen Haftpflichtversicherung gedeckt gewesen. (...)

Die Antragsgegnerin trägt vor, die Vertragsgestaltung könne dazu führen, dass der Ersteher einen möglicherweise bestehenden Anspruch auf Rückzahlung der Courtage gegen das Auktionshaus nicht durchzusetzen in der Lage sei. Dieses habe eindeutig eigene Interessen verfolgt, so dass der Antragsteller entweder die Hinterlegung bei einem tatsächlich unabhängigen Treuhänder hätte vorsehen oder seiner doppelten Belehrungspflicht nachkommen müssen. Bei Hinterlegung auf einem Notaranderkonto wäre auch bei Annahme der Mindestversicherungssumme der Kaufpreis durch die sog. Gruppenanschlussversicherung gedeckt gewesen. Im Falle wissentlicher Verletzung von Verwahrungsanweisungen

bliebe der Ersteher bei Hinterlegung auf einem Anderkonto des Auktionators im Gegensatz zu einer solchen bei einem Notar ohne Versicherungsschutz. ■

#### Aus den Gründen:

1. Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung ist statthaft, weil der Vorstand der Notarkammer den Einspruch des Antragstellers gegen die Ermahnung zurückgewiesen hat, § 75 Abs. 5 S. 1 BNotO.

Der Antrag ist auch zulässig, insbesondere ist er form- und fristgerecht gestellt worden, § 75 Abs. 5 S. 2 BNotO. Der Senat entscheidet ohne mündliche Verhandlung durch Beschluss, § 75 Abs. 5 S. 3 BNotO, weil der Sachverhalt hinreichend geklärt ist und die Beteiligten keine mündliche Verhandlung beantragt haben (vgl. OLG Schleswig, Beschl. v. 31.5.2010 – Not 5/09, juris).

2. In der Sache hat der Antrag auf gerichtliche Entscheidung keinen Erfolg. Die Ermahnung der Antragsgegnerin ist nicht zu beanstanden.

a) Die Notarkammer ist befugt, **Notaren bei ordnungswidrigem Verhalten** leichter Art eine **Ermahnung** auszusprechen, § 75 Abs. 1 BNotO. Hiervon ist in solchen Fällen Gebrauch zu machen, in denen eine Beanstandung nicht mehr ausreichend erscheint, Anlass zu einem Einschreiten der Aufsichtsbehörde nach § 94 BNotO oder durch Disziplinarmaßnahmen aber noch nicht besteht (Püls, in: Schippel/Bracker, BNotO, 9. Aufl., § 75, Rdnr. 5). Erfasst werden geringfügige Verstöße gegen das notarielle Amts- und Berufsrecht.

b) Der Notar soll den Willen der Beteiligten erforschen, den Sachverhalt klären, die Beteiligten über die rechtliche Tragweite des Geschäfts belehren und ihre Erklärungen klar und unzweideutig in der Niederschrift wiedergeben, § 17 Abs. 1 BeurkG. Hat eine Vertragspartei bei einem gegenseitigen Vertrag eine **ungesicherte Vorleistung** zu erbringen, ist sie danach **von dem Notar in zweifacher Hinsicht zu belehren: der Notar hat erstens über die Folgen zu belehren, die im Fall der Leistungsunfähigkeit des durch die Vorleistung Begünstigten eintreten, und zweitens Wege aufzuzeigen, wie diese Risiken vermieden werden können** (BGH, MittBayNot 2012, 241, 242).

**Ungesicherte Vorleistungen sind nur dann gegeben, wenn dem einen Vertragsteil nach der rechtlichen Anlage des Geschäfts angesonnen wird, seine Leistung zu erbringen, ohne dass sichergestellt ist, dass er die Gegenleistung des anderen Vertragsteils erhält** (Ganter, in: Ganter/Hertel/Wöstmann, Handbuch der Notarhaftung, 3. Aufl., Rdnr. 1049).

Gegenstand der Belehrungspflicht wegen ungesicherter Vorleistungen sind **typischerweise Austauschgeschäfte**, in denen Leistung und Gegenleistung unmittelbar miteinander verknüpft sind. Die Belehrungspflicht trägt hierbei dem Umstand Rechnung, dass – etwa beim Grundstückserwerb – ein Leistungsaustausch Zug um Zug naturgemäß wegen des Erfordernisses der Eintragung im Grundbuch, deren Vollzug die Parteien nur beschränkt beeinflussen können, ausge-

geschlossen ist, so dass sich Vorleistungspflichten für die eine oder die andere Vertragsseite ergeben können, ohne dass dies jedenfalls für den Laien eindeutig erkennbar wird (*BGH, DNotZ 2006, 912, 913*).

**Hiernach sind es grundsätzlich Hauptleistungspflichten, die ungesicherte Vorleistungen im Sinne der o.g. Rechtsprechung sein können (Krebs, DNotZ 2008, 927). Betrifft die Vorleistung dagegen bloße Nebenpflichten, scheidet eine Belehrungspflicht aus (Ganter, a.a.O., Rdnr. 1058).**

aa) Nach dem zur UR-Nr. 257/2012 des Antragstellers beurkundeten Vertrag war der Ersteher im Verhältnis zur Veräußerin zu Vorleistungen mit ihm obliegenden Hauptleistungspflichten, § 433 Abs. 2 BGB, verpflichtet. Die Auskehrung des zunächst auf einem Anderkonto zu hinterlegenden Kaufpreises sollte vor Übergang des Eigentums an dem Grundstück auf den Erwerber, § 433 Abs. 1 S. 1 BGB, erfolgen, § 6 Abs. 1 der UR-Nr. 257/2012 in Verbindung mit Nr. 11 der Versteigerungsbedingungen, UR-Nr. 1/2011.

Um sicherzustellen, dass der damit vorleistungspflichtige Ersteher die ihm geschuldete Gegenleistung auch erhalten würde, sah der Vertrag zunächst die Einzahlung des Kaufpreises auf einem Anderkonto und bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen die Auszahlung an die Veräußerin vor. Soweit dem Ersteher die Option zur Einzahlung auf einem Notaranderkonto offenstand, ist dagegen grundsätzlich nichts zu erinnern.

Jedoch sind die zum Gegenstand des Kaufvertrags gemachten Bedingungen des Auktionshauses und des Auktionators, UR-Nr. 1/2011, geeignet, den **Anschein einer Gleichwertigkeit der Abwicklung des Kaufvertrags über ein Notaranderkonto mit einer Abwicklung über ein von dem Auktionator eröffnetes „Anderkonto“** zu erwecken. Eine Gleichwertigkeit ist hingegen nicht gegeben. Vielmehr bestand bei Einzahlung auf einem solchen Konto des Auktionators ein **höheres Verlustrisiko als bei einem Notaranderkonto**.

(1) Der Notar hat anvertraute Gelder unverzüglich einem Sonderkonto für fremde Gelder zuzuführen, § 54b Abs. 1 S. 1 BeurkG. Solche Notaranderkonten müssen entsprechend den von der Vertreterversammlung der Bundesnotarkammer beschlossenen Bedingungen eingerichtet und geführt werden, § 27 Abs. 2 S. 1 DNotO. Demgemäße Bedingungen sind am 2.4.2004 und 24.9.2010 beschlossen worden (*DNotZ 2004, 401; 2011, 481*). **Notaranderkonten gehören bei Insolvenz des Notars nicht zur Insolvenzmasse.** Dem Treugeber steht insoweit ein **Aussonderungsrecht** zu, § 47 InsO (*Brinkmann, in: Uhlenbruck, InsO, 14. Aufl., § 47, Rdnr. 97*).

Der Notar hat eine **Berufshaftpflichtversicherung** mit einer Mindestversicherungssumme von 500.000 EUR zu unterhalten, wobei die Leistungen des Versicherers für alle innerhalb eines Versicherungsjahres verursachten Schäden auf den doppelten Betrag begrenzt werden dürfen, § 19a Abs. 1 S. 1, Abs. 3 S. 1 und 2 BNotO. In Ergänzung hierzu hat die Notarkammer eine sog. **Gruppenanschlussversicherung** abzuschließen, deren Mindestversicherungssumme ebenfalls

500.000 EUR zu betragen hat, wobei die Leistungen des Versicherers für alle innerhalb eines Versicherungsjahres von einem Notar verursachten Schäden auf den vierfachen Betrag dieser Summe begrenzt werden darf, § 67 Abs. 3 Nr. 3 BNotO. Darüber hinaus hat die Notarkammer in gewissem Umfang **Schäden aus wissentlichen Pflichtverletzungen** der Notare durch Abschluss einer **Vertrauensschadenversicherung** abzusichern, § 67 Abs. 3 Nr. 3 BNotO.

(2) Die Eröffnung eines für die Ersteher entsprechend abgesicherten Anderkontos ist einem Auktionator schon deshalb nicht möglich, weil er nicht zum Notar bestellt ist. Aber auch ansonsten **dürfen Anderkonten nur für Angehörige genau bestimmter Berufsgruppen eingerichtet werden.** Neben Notaren sind dies Rechtsanwälte, Patentanwälte, Wirtschaftsprüfer, vereidigte Buchprüfer, Steuerberater und Steuerbevollmächtigte. Sie verwalten als Treuhänder fremde Vermögenswerte, die ihnen von Mandanten zu vollem Recht übertragen worden sind. Sie unterliegen dabei einem eigenen Standesrecht und einer entsprechenden Standesaufsicht.

**Für Angehörige anderer Berufsgruppen dürfen Anderkonten, deren Inhaber der Bank gegenüber voll berechtigt sind, nicht eingerichtet werden** (*BGH, NJW-RR 1988, 1259, 1260; Sinz, in: Uhlenbruck, InsO, 14. Aufl., § 149, Rdnr. 13; Brinkmann, ebenda, § 47, Rdnr. 97; Depré, in: Kreft, Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung, 7. Aufl., § 149, Rdnr. 7; Merz/Peterek, in: Kümpel/Wittig, Bank- und Kapitalmarktrecht, Rdnr. 6.802 ff.*).

(3) Danach fehlte es vorliegend an Vereinbarungen der Vertragsbeteiligten hinsichtlich der näheren Bedingungen eines von dem Auktionator einzurichtenden „Anderkontos“. Abgesehen davon, dass für jedes versteigerte Objekt ein gesondertes Konto einzurichten war und der Auktionator hierfür einen Versicherungsschutz abgeschlossen hatte, lassen sich den Versteigerungsbedingungen keine weiteren Anforderungen an ein solches Konto entnehmen. Somit war vor allem nicht gewährleistet, dass die besonderen Anforderungen an ein zur Aussonderung berechtigendes Treuhandkonto (*vgl. BGH, NJW-RR 2003, 1375, 1376*) erfüllt würden.

Welcher Art der von dem Auktionator abgeschlossene Versicherungsschutz war, lässt sich den Versteigerungsbedingungen nicht entnehmen. Tatsächlich war er gegen fahrlässige Pflichtverletzungen mit einer Versicherungssumme über 1.500.000 EUR versichert. Allerdings unterhält auch der Antragsteller eine über der Mindestversicherungssumme liegende Haftpflichtversicherung. Zudem blieb der Ersteher bei wissentlichen Pflichtverletzungen des Auktionators – etwa bei wissentlichem Verstoß gegen Treuhandaufgaben (*vgl. Zimmermann, in: Würzburger Notarhandbuch, 4. Aufl., Teil 1 Kap. 5, Rdnr. 286*) – ohne anderweitige Kompensationsmöglichkeit, falls der Auktionator zur Zahlung nicht in der Lage wäre.

Vor diesem Hintergrund kommt es nicht darauf an, dass mit der Zahlung auf ein Ander- oder Treuhandkonto ohne besondere Abrede regelmäßig nicht bereits die dem Käufer obliegende Pflicht zur Zahlung des Kaufpreises erfüllt wird, weil

es insoweit an der Bewirkung des Leistungserfolgs fehlt (vgl. BGH, NJW 1983, 1605, 1606). Nicht ausreichend sichergestellt war jedenfalls, dass der – auf einem Konto des Auktionsators – hinterlegte Kaufpreis bei Eintritt der Auszahlungsreife noch vorhanden war.

bb) Mit den von dem Antragsteller **beurkundeten Vereinbarungen** zur Zahlung der „**Courtage (Aufgeld)**“ des Auktionshauses waren hingegen **keine ungesicherten Vorleistungen** des Erwerbers verbunden.

(1) Allerdings hätte dies der Fall sein können, wenn die insoweit von dem Erwerber übernommenen Verpflichtungen in das zwischen ihm und der Veräußerin begründete Austauschverhältnis von Leistung und Gegenleistung aufgenommen worden wären (vgl. *Supplet, DNotZ 2012, 270, 282*), etwa bei Übernahme in der Person des Vertragspartners begründeter Leistungspflichten aus einem Vertrag mit einem Dritten (zur dann bestehenden Beurkundungspflicht nach § 311b Abs. 1 BGB vgl. *Althammer, ZfLR 2012, 765, 770; Wälzholz, MittBayNot 2000, 357, 358*). Anders ist es bei eigenen im Vertrag geregelten schuldrechtlichen Leistungen, die hinsichtlich der Person des Verpflichteten keine Veränderung erfahren. **Schuldet ein Vertragspartner entsprechende Leistungen einem Dritten und soll sich durch den zu beurkundenden (Kauf-)Vertrag hieran nichts ändern, werden diese Leistungen nicht zum Gegenstand des Austauschverhältnisses.** So ist es hier.

Die im Rahmen einer Versteigerung zwischen dem Auktionshaus bzw. dem Auktionator und einem Erwerber bestehenden **Rechtsbeziehungen sind bislang weder höchstrichterlich noch in der Literatur abschließend geklärt.** Der BGH hat es bislang offen gelassen, ob insoweit ein **Makler- oder ein Geschäftsbesorgungsvertrag** geschlossen werde (BGH, NJW 1996, 527, 528; Urt. v. 19.12.1984 – VIII ZR 286/83, juris; vgl. auch v. Hoyningen-Huene, EWiR 1985, 125; ders. NJW 1973, 1473). Das OLG Hamburg ist von letzterem ausgegangen (MDR 1967, 124, 125), während der 12. Zivilsenat des Kammergerichts diese Rechtsbeziehungen mit denjenigen eines Nachweismaklers für vergleichbar erachtet hat (KG, Urt. v. 15.1.2001 – 12 U 4687/99, juris).

(2) Für den vorliegenden Fall muss nicht entschieden werden, welcher Art die rechtlichen Beziehungen zwischen dem Auktionshaus bzw. dem Auktionator und dem Ersteher letztlich waren. Jedenfalls kommt nach allen Auffassungen zwischen ihnen ein selbständiger, von den Beziehungen des Auktionshauses zum Veräußerer und denjenigen des Veräußerers zum Ersteher unabhängiger Vertrag zustande. Zu ungesicherten Vorleistungen hat sich der Ersteher in keinem Fall verpflichtet.

Wird dieser Vertrag als Maklervertrag eingeordnet, wofür durchaus die Bezeichnung der Vergütung des Auktionshauses als „Courtage“ und dessen Rückzahlungsverpflichtung im Falle einer endgültigen Verweigerung einer für den Vertrag notwendigen Genehmigung sprechen können (vgl. KG, a.a.O.), lag schon kein typisches Austauschgeschäft vor, bei dem die beiderseitigen Leistungen unmittelbar miteinander

verknüpft wären. Der Maklervertrag ist kein gegenseitiger Vertrag in diesem Sinn (vgl. *Palandt/Sprau, BGB 75. Aufl., Einf. V. § 652, Rdnr. 1*). Bei Annahme eines Geschäftsbesorgungsvertrags hätte das Auktionshaus bzw. der Auktionator hingegen die ihm obliegenden Hauptleistungspflichten bereits erfüllt: er hatte seine Einrichtungen und Dienste – auch – dem Ersteigerer zur Verfügung gestellt, damit der Vertrag über das Grundstück zwischen diesem und der Veräußerin zustande kommen konnte (vgl. *OLG Hamburg, a.a.O.*). Die zur UR-Nr. 257/2012 beurkundete Zahlungspflicht des Ersteigerers gegenüber dem Auktionshaus folgte diesen Leistungen.

c) Vor diesem Hintergrund hat die Antragsgegnerin im Rahmen ihrer Rechtszuständigkeit nach § 75 Abs. 1 BNotO die Ermahnung gegen den Antragsteller im Ergebnis zu Recht ausgesprochen. Durch die Gestaltung der UR-Nr. 257/2012 hat er den Ersteigerer den Gefahren einer ungesicherten Vorleistung ausgesetzt, ohne ihn entsprechend zu belehren. Der Antragsteller hat damit schuldhaft gegen seine aus § 17 Abs. 1 BeurkG folgenden Amtspflichten verstoßen.

Im Hinblick auf die Schwere der Verfehlung ist die Ermahnung sowohl gerechtfertigt als auch geboten. Dabei verkennt der Senat nicht, dass nicht sämtliche Vorwürfe der Antragsgegnerin zutreffend sind und die Urkundspraxis des Antragstellers den Aufsichtsbehörden seit längerem bekannt war, ohne dass diese Anlass zu Beanstandungen gesehen haben. Gleichwohl gehört die Pflicht, die Beteiligten über die rechtliche Tragweite eines vor dem Notar zu beurkundenden Geschäfts zu belehren und Bedenken mit den Beteiligten zu erörtern, zu den Grundpflichten eines Notars (*OLG Köln, VersR 2013, 1438, 1440*), deren Verletzung eine lediglich formlose Beanstandung nicht mehr als ausreichend erscheinen lässt. (...) ■

## Stichwort- und Entscheidungsverzeichnis

### Heft 1–6

#### Anwaltschaftung

- Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB)
  - = Haftungsbegrenzung, grobe Fahrlässigkeit 2017, 59
- Anwaltskosten
  - = Stundenhonorar 2017, 76
- Beratung
  - = Beratungsvertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter 2017, 146
- Berufungsbegründung
  - = Übernahme von Verantwortung 2017, 133
- Berufungsbegründungsfrist
  - = Wiedereinsetzung 2017, 135
- Dritthaftung
  - = Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter
    - Schwestergesellschaften 2017, 146

– Fristenkontrolle			
= Fristverlängerung	2017, 11		
= Rechtsirrtum	2017, 168		
– Honoraranspruch des RA			
= Vorschuss			
– Abrechnung	2017, 121		
– Mandatsübernahme			
= Ermittlungspflicht	201, 93		
– Mitverschulden			
= Rechtsmittel, unterlassenes	2017, 3		
– Rechtsanwalt			
= Anwaltsvertrag			
– konkludenter >	2017, 176		
= Beratungspflichten			
– Prozessrisiken	2017, 176		
– Scheidungsfolgenvereinbarung	2017, 93		
= Prozessvortrag			
– substantiiert	2017, 105		
= Rechtsschutzversicherung			
– Auskunftspflicht	2017, 121		
= Vollmachtsmissbrauch	2017, 130		
– Rechtsberatung/Rechtsbesorgung			
= Prozessführung	2017, 59		
– Schaden			
= abstrakte Schadenberechnung	2017, 76		
= Anwaltskosten			
– bei Selbstanzeige	2017, 28		
= Gewinn, entgangener	2017, 76		
= Schutzzweck			
– unnötige Anwaltskosten	2017, 28		
= Steuerberatungshonorar, vermeidbares	2017, 28		
– Unterschrift			
= Wiedereinsetzung	2017, 135		
– Verjährung, §§ 195, 199			
= Verjährungsbeginn			
– Schadeneinheit	2017, 34		
– Verjährung, § 68 StBerG a.F., § 51a WPO a.F.			
= Verjährungsbeginn			
– Grundsatz der Schadeneinheit	2017, 34		
– Verjährungshemmung, §§ 203/204 BGB n.F.			
= Verhandlungen			
– Rückwirkung?	2017, 36		
– Wiedereinsetzung			
= Antrag			
– ordnungsgemäßer	2017, 98		
= Büroversehen des StB/RA/WP			
– Hilfskräfte	2017, 98		
= Rechtsirrtum	2017, 168		
= Unterschrift	2017, 135		
– Zinsschaden	2017, 76		
<b>Haftung des Treuhandkommanditisten</b>			
– Belehrungspflicht des StB/WP			
= Treuhandkommanditist	2017, 53, 100		
– Regressanspruch, unvertraglicher			
= gg. Treuhandkommanditisten	2017, 100		
– Steuerberaterhaftung			
= Belehrungspflicht des StB/WP			
– Treuhandkommanditist	2017, 53		
<b>Honorarrückzahlung</b>			
– Honorar des RA			
= Zeitgebühr			
– Zeittaktklausel	2017, 155		
<b>Insolvenzverwalterhaftung</b>			
– Insolvenzverwalter			
= Unternehmerische Fehlentscheidung	2017, 66		
<b>Insolvenzverwaltervergütung</b>			
– Insolvenzverwalter			
= Vergütungsanspruch	2017, 162		
<b>Mittelverwendungskontrolle</b>			
– Dritthaftung			
= Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter			
– Mittelverwendungskontrolle			
– Mittelverwendungskontrolle			
= Hinweispflichten	2017, 57		
<b>Notarhaftung</b>			
– Beweislast			
= Alternativverhalten, rechtmäßiges	2017, 107		
= Notarfehler, Schaden	2017, 107		
– Kausalität			
= Schutzzweck			
– Notarfehler	2017, 107		
– Notar			
= ausländische Mandanten	2017, 116		
= Belehrungspflichten			
– Vorleistungen, ungesicherte	2017,		
= Ersatzmöglichkeit, anderweitige			
– Anwaltsfehler	2017, 182		
= Grundakte, Einblick in >	2017, 182		
= Schutzbereich der Pflichtverletzung	2017, 116		
= Zweiwochenfrist	2017, 107		
<b>Schweigepflicht des Steuerberaters</b>			
– Verschwiegenheit			
= Entbindung			
– > d. Insolvenzverwalter?	2017, 144		
<b>Steuerberaterhaftung</b>			
– Belehrungspflichten des StB/WP			
= Fehler			
– > des Vorberaters	2017, 111		
= Treuhandkommanditist	2017, 21, 43		
= Umsatzsteuer			
– Kleinunternehmer	2017, 114		
– Darlegungslast			
= Kalkulationsschaden, atypischer	2017, 49, 51		
– Fristenkontrolle			
= Mandanteninformation			
– durch einfachen Brief	2017, 89		
– Nachfragepflicht	2017, 89		
= Geldbuße/-strafe	2017, 85		
– Grundurteil			
= Unzulässigkeit	2017, 170		
– Insolvenzantragspflicht			
= Insolvenzverschleppung, Beihilfe	2017, 69		



– Mitverschulden		BGH v. 16.7.2015 – IX ZR 197/14	2017, 76
= Insolvenzverschleppung	2017, 69	BGH v. 2.12.2015 – XII ZB 211/12	2017, 11
– Nachbesserung		BGH v. 10.12.2015 – IX ZR 56/15	2017, 39
= Schaden	2017, 124	BGH v. 10.12.2015 – IX ZR 272/14	2017, 105
– Kausalität		BGH v. 17.12.2015 – V ZB 161/14	2017, 135
= Zurechnungszusammenhang	2017, 8	BGH v. 15.12.2016 – IX ZR 58/16	2017, 36
– Regressanspruch		BGH v. 26.1.2017 – IX ZR 285/14	2017, 69
= gg. Treuhandkommanditisten	2017, 21	BGH v. 2.2.2017 – IX ZR 91/15	2017, 34
– Schaden		BGH v. 14.3.2017 – VI ZB 34/16	2017, 133
= Entscheidung des FA, gebundene	2017, 138	BGH v. 16.3.2017 – IX ZR 253/15	2017, 66
= Ermessensentscheidung	2017, 138	BGH v. 16.3.2017 – III ZR 489/16	2017, 100
= Geldbuße/-strafe	2017, 85	BGH v. 25.4.2017 – VI ZB 45/16	2017, 98
= Insolvenzverschleppung	2017, 69	BGH v. 11.5.2017 – IX ZR 238/15	2017, 130
= Kalkulationsschaden		BGH v. 8.9.2017 – IX ZR 255/13	2017, 8
– atypischer	2017, 49, 51	BGH v. 13.10.2017 – IX ZR 214/15	2017, 3
= Nachbesserungskosten	2017, 124		
= Schadenbetrachtung, konsolidierte	2017, 39		
– Anrechnungsvorteile	2017, 8	OLG Düsseldorf v. 8.4.2014 – I-23 U 59/13	2017, 46
= Sozialversicherungsbeiträge	2017, 19	OLG Düsseldorf v. 10.7.2014 – I-2 U 78/13	2017, 146
= Verspätungszuschläge	2017, 88	OLG Düsseldorf v. 25.8.2015 – 23 U 150/14	2017, 88
– Schutzgesetz i.S.v. § 823 Abs. 2 BGB			
= § 32 KWG	2017, 165	OLG Hamm v. 29.3.2017 – I-11 U 73/16	2017, 107
– Steuerberatungsvertrag			
= Sozialversicherungsberatung	2017, 19	OLG Koblenz v. 11.9.2013 – 2 U 844/12	2017, 51
– Steuergestaltungsberatung		OLG Koblenz v. 28.10.2013 – 2 U 844/12	2017, 49
= Mandatsumfang	2017, 119	OLG Koblenz v. 13.5.2016 – 3 U 167/16	2017, 19
– Verjährung, §§ 195, 199 BGB			
= Kenntnis der anspruchsbegründenden Umstände		OLG München v. 20.4.2016 – 20 U 3917/15	2017, 43
– Schadeneintritt	2017, 46	OLG München v. 28.4.2016 – 23 U 3422/15	2017, 21
– Verschulden		OLG München v. 19.10.2016 – 23 U 438/16	2017, 13
= Verbotsirrtum	2017, 165	OLG München v. 17.5.2017 – 15 U 311/15	2017, 138
= Zurechnung fremden Verschuldens		OLG Nürnberg v. 24.2.2017 – 5 U 1687/16	2017, 85
– Treuhandkommanditist	2017, 43		
– Verspätungszuschläge		OLG Schleswig-Holstein v. 18.7.2014	
= Darlegungslast des StB	2017, 88	– 17 U 21/14	2017, 111
– Vorteilsausgleichung			
– Steuervorteil	2017, 8	OLG Zweibrücken v. 8.12.2016 – 1 WS 334/16	2017, 144

#### Übergangsrecht zum neuen VersicherungsvertragsG

– Versicherungsschutz		LG Berlin v. 5.6.2014 – 14 O 395/13	2017, 93
= Übergangsrecht, Art. 1 EGVVG	2017, 61	LG Berlin v. 21.4.2016 – 31 O 333/15	2017, 57
		LG Berlin v. 29.7.2016 – 31 O 100/16	2017, 53
		LG Berlin v. 26.1.2017 – 6 O 44/16	2017, 119
		LG Berlin v. 20.2.2017 – 84 O 19/16	2017, 116

#### Versicherungsschutz

– Rechtsanwalt			
= Treuhänder	2017, 151		
– Treuhänder		LG Düsseldorf v. 12.1.2016 – 6 O 460/14	2017, 59
= Versicherungsschutz	2017, 151		
– Versicherungsschutz		LG Hannover v. 27.11.2013 – 14 O 375/12	2017, 61
= Anderkonto		LG Hannover v. 20.6.2017 – 20 O 208/14	2017, 151
– Anwaltstätigkeit?	2017, 151		
		LG Heidelberg v. 27.7.2016 – 1 S 51/15	2017, 121

#### Wirtschaftsprüferhaftung

– Regressanspruch, vorvertraglicher		LG Köln v. 18.10.2016 – 11 S 302/15	2017, 155
= gg. Treuhandkommanditisten	2017, 13		
– Versicherungsschutz		LG Krefeld v. 29.3.2017 – 2 O 56/16	2017, 114
= Pflichtverletzung, wissentliche			
– Kardinalpflichten	2017, 13	LG Leipzig v. 4.5.2016 – 03 O 1289/13	2017, 124
= Treuhandkommanditist	2017, 13		

LG Stuttgart v. 11.7.2016 – 27 O 338/15 2017, 28

FG Baden-Württemberg v. 4.5.2016  
– 1 K 4060/14 2017, 89

## GI Literaturhinweise

### Handbuch Managerhaftung

Dass Organe (Vorstände, Geschäftsführer, Aufsichtsräte) in Unternehmen bei Haftungsfragen weiterhin im besonderen Fokus stehen, zeigen nicht zuletzt Dieselgate, die Arcandor-Krise und der Siemens-Neubürger-Fall. Gewachsen sind die Haftungsrisiken der Organmitglieder, in einen Haftungsprozess hineingezogen zu werden.

Das Handbuch Managerhaftung – inzwischen in dritter Auflage – hält rechtsformübergreifend und für jeden Risikobereich alle Antworten bereit. Fundiert systematisch untersucht es den beständig anwachsenden Pflichtenkatalog und stellt die Haftungsvermeidung und -bewältigung als primäre Ziele in den Mittelpunkt. Es besticht durch Detailfülle, ist logisch aufgebaut und umfassend angelegt.

Dargestellt wird die Haftung aller Organe in allen Rechtsformen, angefangen bei der AG und der GmbH, über die Genossenschaft und den Verein bis hin zu den in der 3. Auflage nun auch behandelten öffentlichen Unternehmen. Herzstück des Handbuchs bleiben besonders relevante Risikobereiche – aufgefächert nach Branchen wie Industrieunternehmen oder Kreditinstituten, nach Rechtsgebieten wie Kartell- oder Steuerrecht und nach Sachverhalten wie Wettbewerbsverstoß oder Produktverantwortung. Behandelt werden aber auch prozessuale Fragen, Fragen der D&O-Versicherung (in der 3. Auflage weiter ausgebaut) sowie relevante Straf- und Ordnungswidrigkeiten.

Krieger/Uwe H. Schneider, *Handbuch Managerhaftung*, Verlag Dr. Otto Schmidt, 3. neu bearbeitete und erweiterte Auflage 2017, 1435 Seiten, Lexikonformat, gbd., 199,– €, ISBN: 978-3-504-40078-1.

### Rechtsschutzversicherung für Anfänger

Dieser Band bereitet die Thematik der Rechtsschutzversicherung für junge Rechtsanwälte kurz, verständlich und übersichtlich auf. Mit dem Werk wird daher für denjenigen, der sich mit Fragen des Rechtsschutzversicherungsrechts auseinander zu setzen hat, gleichermaßen ein Einstieg in die Materie als auch ein Überblick über Voraussetzungen und Umfang des Rechtsschutzes ermöglicht. Es werden – soweit ersichtlich, erstmalig in einem solchen Werk zur Rechtsschutzversicherung – Schritt für Schritt unter Heranziehung

zahlreicher Beispiele die Grundlagen und Gedankenschritte zur richtigen Einordnung der beabsichtigten Interessenwahrnehmung in das Schema der Rechtsschutzversicherungsbedingungen erläutert. Schließlich dient der Titel durch die Aufnahme entsprechender Checklisten bzw. Übersichten auch dazu, dem Leser einen schnellen Überblick über die Reichweite der Rechtsschutzdeckung zu vermitteln. Aufgenommen sind eine Reihe von Hinweisen und Tipps, welche die praktische Rechtsschutzabwicklung aus Sicht des Anwalts betreffen.

Die Neuauflage berücksichtigt die ARB 2012. Daneben sind die zahlreichen aktuellen Entscheidungen des BGH zur Rechtsschutzversicherung eingearbeitet.

Schneider, *Rechtsschutzversicherung für Anfänger*, C.H. BECK, 2., völlig überarbeitete Auflage, 2017, Kartoniert, 45,– €, ISBN: 978-3-406-69453-0

## GI Literatur-Ecke

**Eisenhardt/Berbuhr:** Jahresabschlusserstellung für Mandanten in der Krise – mögliche Auswege aus der Haftung, *DStR* 2017, 2075

**Gehrlein:** Die Rechtsprechung des IX. Zivilsenats des BGH zur Steuerberaterhaftung in den Jahren 2014 und 2015, *DStR* 2017, 339 ff. und 434 ff.

**Markworth:** Rechtsanwalts-GbR: Grundfragen der Gestaltungspraxis und aktuelle Konflikte, *ZAP* 2017, 749

**Meixner/Schröder:** Anmerkung zu OLG Köln v. 12.4.2017 – 16 U 94/15; Kein Grundurteil bei offenen Punkten zur haftungsausfüllenden Kausalität, *DStR* 2017, 2511

**Meixner/Schröder:** Anmerkung zu OLG München v. 17.5.2017 – 15 U 311/15; Steuerberaterhaftung und rechtswidrige Verwaltungspraxis, *DStR* 2017, 1950

**Onusseit/Schröder:** Praktische Folgerungen aus dem Urteil des BGH vom 26.1.2017 zur Steuerberaterhaftung, *ZInsO* 2017, 1868

**Prowatke/Strang:** Haftung des Steuerberaters im Zusammenhang mit einer Steuerhinterziehung seines Mandanten, *StB* 2017, 300

**Riechert:** Die Grenzen des Schutzes in der Berufshaftpflichtversicherung, *AnwBl* 2017, 906

**Zöbeley:** Die Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung in der notariellen Praxis, *RNotZ* 2017, 341

# Vorbeugen ist besser als haften.



**Endlich  
wieder da!**

*Krieger/Uwe H. Schneider* **Handbuch Managerhaftung** Vorstand – Geschäftsführer – Aufsichtsrat. Pflichten und Haftungsfolgen. Typische Risikobereiche. Herausgegeben von RA Prof. Dr. Gerd Krieger und Prof. Dr. Dr. h.c. Uwe H. Schneider. Bearbeitet von rd. 50 exzellenten Experten aus Wissenschaft und Praxis. 3. neu bearbeitete und erweiterte Auflage 2017, 1.435 Seiten Lexikonformat, gbd. 199,- €. ISBN 978-3-504-40078-1

Einzigartig in Konzeption und Inhalt – und damit unverzichtbar bei der Vorbeugung empfindlicher Haftungsrisiken: Das „Handbuch Managerhaftung“ steht auch in seiner umfassend überarbeiteten und erweiterten Neuauflage als Nachschlagewerk all jenen zur Seite, die mit dem brisanten Thema zu tun haben. Und kann von einer Prophylaxe keine Rede mehr sein, dient das Standardwerk ebenso als professioneller Ratgeber im Haftungsfall. Topaktuell und alle modernen Entwicklungen begleitend.

Praxisnähe und Meinungsfreudigkeit garantiert ein Expertenteam aus Wissenschaft und Praxis, das sich um die beiden namhaften Herausgeber versammelt hat.

Überzeugen Sie sich selbst bei einer Leseprobe unter [www.otto-schmidt.de/ksm3](http://www.otto-schmidt.de/ksm3)

Online Probe lesen  
und bestellen!

**Sack.de**



**ottoschmidt**

GI service

## Info

Mit unseren berufsspezifischen, kostenlosen Fachinformationen Glaktuell und GIservice bleiben Sie immer auf dem Laufenden. Am besten gleich kostenlos unter [www.hdi.de/gi](http://www.hdi.de/gi) anmelden.

Service-Fax

**(0511) 645 111 3661**

Bitte senden Sie Ihre Anfragen zu folgenden Themen an die oben stehende Fax-Nummer: Adressänderungen · Nachbestellung von einzelnen GI-Heften · Anforderung einzelner GI-Urteile (bitte Jahrgang und Seitenzahl angeben).

### Worauf Sie sich verlassen können:

HDI steht für umfassende Versicherungs- und Vorsorgelösungen, abgestimmt auf die Bedürfnisse unserer Kunden aus Industrie, mittelständischen Unternehmen, den Freien Berufen und Privathaushalten.

Was uns auszeichnet, sind zukunftsorientierte, effiziente Produktkonzepte mit einem guten Preis-Leistungs-Verhältnis sowie ein exzellenter Service. Die HDI Versicherung AG bietet ein breites Leistungsspektrum, das alle Bereiche der Sach-, Unfall- und Kraftfahrtversicherung abdeckt: Es reicht von unserem innovativen Compact-Versicherungsschutz für Firmen über unsere leistungsfähigen Berufshaftpflichtversicherungen für die Freien Berufe bis hin zu anspruchsvollen Lösungen für den Privathaushalt.

HDI gehört zum Talanx-Konzern, der nach Beitragseinnahmen drittgrößten deutschen Versicherungsgruppe.

## Impressum

GI Informationen für wirtschaftsprüfende,  
rechts- und steuerberatende Berufe · ISSN 2199-5478

### Herausgeber

HDI Vertriebs AG, Nicole Gustiné, Verkaufsförderung Firmen/Freie Berufe  
HDI-Platz 1, 30659 Hannover, Telefax: 0511-6451113661  
E-Mail: [nicole.gustine@hdi.de](mailto:nicole.gustine@hdi.de), [www.hdi.de](http://www.hdi.de)

### Redaktion

Dr. Jürgen Gräfe, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht  
Fachanwalt für Versicherungsrecht (verantwortlich für den Inhalt)  
Rafael Meixner, Rechtsanwalt, HDI

### Erscheinungsweise

6-mal im Jahr, jeweils am 10. des Monats

### Verlag

Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Gustav-Heinemann-Ufer 58, 50968 Köln

### Abbonementsservice

Telefax: 0511-6451113661

### Layout und Satz

Type Connection, Lechenicher Str. 29, 50374 Erftstadt

### Druck

rewi druckhaus, Reiner Winters GmbH, Wiesenstr. 11, 57537 Wissen

## Kontrollinstanz.



[otto-schmidt.de/rsg4](http://otto-schmidt.de/rsg4)

Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Postfach 511026, 50946 Köln  
Postvertriebsstück G 31191, Entgelt bezahlt