



HDI

Das ist Versicherung.

Nr. 1 / Februar 2018 / 38. Jahrgang

GI aktuell

Informationen für wirtschaftsprüfende,
rechts- und steuerberatende Berufe

Inhalt

Editorial	1	Versicherungsschutz	13
GI Entscheidungen	2	Geschäftsführender Treuhänder / Versicherungsschutz (OLG Köln, Beschl. v. 10.4.2017 – 9 U 120/16)	
GI Literaturhinweise	32	Honoraranspruch des Mittelverwendungskontrolleurs	15
GI Literatur-Ecke	32	Mittelverwendungskontrolle / Verwahrstelle i.S.d. § 80 KAGB / Störung der Geschäftsgrundlage (OLG München, Urt. v. 18.11.2015 – 7 U 1538/15)	
Anwaltschaftung	2	Steuerberaterhaftung	18
Beauftragung mit der Zwangsvollstreckung / Insolvenz- rechtliche Anfechtbarkeit / Freiwillige Zahlungen des Schuldners / Hinweis auf Ausfallrisiko (BGH, Urt. v. 7.9.2017 – IX ZR 71/16)		Stillschweigender Abschluss eines Auskunftsvertrags / Auskunft per E-Mail / Gefälligkeitsverhältnis / Haftungsausfüllende Kausalität / Vermutung beratungsgerechten Verhaltens (OLG Frankfurt am Main, Urt. v. 13.8.2014 – 4 U 128/13)	
Notarhaftung	5	Steuerberaterhaftung	27
Befristete Fortgeltungsklauseln / Rechtskenntnisse / Verschulden (BGH, Urt. v. 24.8.2017 – III ZR 558/16)		Prüfung einer Rangrücktrittsvereinbarung / Rechtsdienst- leistungsgesetz (LG Münster, Urt. v. 23.8.2017 – 110 O 40/16)	
Haftung des Treuhandkommanditisten	8	Notarhaftung	29
Prospekthaftung im weiteren Sinne / Eigene Kapitaleinlage des Treuhandkommanditisten / Direktkommanditist (BGH, Urt. v. 9.5.2017 – II ZR 10/16)		Anderweitige Ersatzmöglichkeit / Vergleich mit einem anderen Schädiger (KG Berlin, Urt. v. 25.7.2017 – 9 U 148/15)	
Notarhaftung	10	Anwaltschaftung	31
Abtretung des Schadenersatzanspruchs / Schaden des Zessionars als aliud (BGH, Urt. v. 20.4.2017 – III ZR 398/15)		Rechtskenntnis / Rechtsansichten in Kommentaren (AG Potsdam, Urt. v. 17.12.2015 – 24 C 222/15)	

Kostbare Daten brauchen sichere Verträge.



DSGVO & BDSG 2018

Moos

Datenschutz- und Datennutzungsverträge Vertragsmuster – Klauseln – Erläuterungen

Herausgegeben von RA, FAIT-Recht Dr. Flemming Moos. Bearbeitet von 28 Autoren. 2. neu bearbeitete und erweiterte Auflage 2018, ca. 1.200 Seiten, Lexikonformat, gbd. inkl. CD 129,- €. Erscheint im März.
ISBN 978-3-504-56100-0

Noch nie waren Daten als Wirtschaftsgut und für das Agieren eines Unternehmens so wertvoll wie heute. Der richtige Umgang mit personenbezogenen und nicht personenbezogenen Daten wird zu einer immer größeren Herausforderung für Unternehmen. Maßgeschneiderte Regelwerke sind daher ein Muss. Der neue Moos macht Ihnen die Arbeit leicht. Die 42 Musterverträge, Klauseln und Vereinbarungen sind so tiefgehend und systematisch erläutert, dass Sie sie punktgenau an jede Situation und gesetzliche Vorgabe anpassen können.

12 neue Mustertexte vergrößern Ihren Anwendungsradius zusätzlich. Unter anderem der wichtige Datentreuhändlervertrag und der Datenlieferungsvertrag, die Datenschutzerklärung für Apps und die Datenschutzklausel zum EU-US Privacy Shield.

Datenschutz für Profis. Leseprobe unter www.otto-schmidt.de/mdv2



Das Werk online:
juris.de/pmitr
juris.de/pmds

otto schmidt

Editorial

Liebe Leserin, lieber Leser,

Dr. Jürgen Gräfe
Rechtsanwalt



Das OLG Köln zeigt, dass die Übernahme von **Treuhaudaufträgen** für Steuerberater versicherungsrechtlich existenzgefährdende wirtschaftliche Risiken beinhalten kann. Es wird übersehen, dass geschäftsführende Treuhandtätigkeiten nicht vom Versicherungsschutz umfasst sind. Die beklagte Treuhandkommanditistin kam bei der Anbahnung eines Gesellschaftsverhältnisses nicht ihren Aufklärungspflichten nach. Das OLG Köln sah hier eine **nicht versicherte unternehmerische Tätigkeit**. Es hielt dem Steuerberater auch eine **wissentliche Pflichtverletzung** vor, weil er über ihm bekannte Abweichungen vom Prospekt nicht aufgeklärt hatte.

Stillschweigend entstehende Auskunftsverträge sind in der Regel nicht gewollt und werden nicht abgerechnet. Das OLG Frankfurt zeigt eine „**Haftungsfalle**“ auf: Gibt der Steuerberater in einer E-Mail seine fachliche steuerrechtliche Einschätzung ab und ist diese Auskunft von erheblicher Bedeutung für den Empfänger, begründet dies einen stillschweigenden Auskunftsvertrag. Es ist gleichgültig, ob ein anderer Steuerberater die regelmäßige Beratung durchführt. Gegen eine Gefälligkeit spricht, wenn der Steuerberater seinem Gesprächspartner anbietet, für Fragen zur Verfügung zu stehen.

Vom Steuerberater werden **dem Mandanten** gelegentlich **Vertragsmuster zur Verfügung gestellt**. Das allein macht ihn aber nach Ansicht des LG Münster nicht haftpflichtig, weil es aus Gefälligkeit geschieht. Daran ändert sich nichts, wenn das Formular rechtlich dem Mandanten nicht hilft und ihn letztlich sogar schädigt.

Der **Notar**, der fahrlässig Fehler bei der **Beurkundung** begeht, kann nur auf Schadenersatz in Anspruch genommen werden, wenn der Geschädigte nicht auf andere Weise Ersatz verlangen kann. Er muss darlegen und beweisen, dass eine **Ersatzmöglichkeit bei Dritten** auszuschließen ist. Auf eine aussichtsreiche, wenn auch nicht sichere Forderung darf er nicht verzichten. Er darf auch nicht einem Vergleich zustimmen, weil sich das Klageverfahren in die Länge zieht (KG Berlin).

Ihr Dr. Jürgen Gräfe

Anwaltshaftung

- Beauftragung mit der Zwangsvollstreckung
- Insolvenzzrechtliche Anfechtbarkeit
- Freiwillige Zahlungen des Schuldners
- Hinweis auf Ausfallrisiko

(BGH, Urt. v. 7.9.2017 – IX ZR 71/16)

Leitsatz:

Der mit der Durchsetzung einer Forderung beauftragte Rechtsanwalt kann verpflichtet sein, den Mandanten auf die insolvenzzrechtliche Anfechtbarkeit freiwilliger Zahlungen des Schuldners und das hiermit verbundene Ausfallrisiko hinzuweisen. ■

Zum Sachverhalt:

Der Kläger nimmt die beklagte Anwaltssozietät wegen Verletzung vertraglicher Pflichten aus einem Anwaltsvertrag auf Schadenersatz in Anspruch. Die Beklagte, die auf die Beratung geschädigter Anleger spezialisiert ist, vertrat den Kläger gegenüber der S. AG (fortan: Schuldnerin).

Die Schuldnerin wurde durch Urteil des OLG Stuttgart vom 30.8.2005 zur Zahlung von 23.576,90 EUR nebst Zinsen an den Kläger verurteilt. Am 23./27.12.2005 schloss die Beklagte namens des Klägers und namens weiterer Anleger mit der Schuldnerin eine Verpfändungsvereinbarung, welche Aktien der Schuldnerin an der G. AG betraf. Die Aktien wurden am 30.10.2006 verkauft. Der Erlös wurde auf ein Notaranderkonto gezahlt. Aufgrund eines Treuhandvertrages vom 30.10.2006 war der Notar verpflichtet, gegen eine Pfandfreigabeerklärung den Betrag von 4.982.000 EUR an die Beklagte für die von ihr vertretenen Anleger zu zahlen. Am 31.10.2006 überwies der Notar diesen Betrag an die Beklagte. Danach überwies die Beklagte an den Kläger dessen Anteil von 31.578,36 EUR.

Am 7.4.2007 beantragte ein Gläubiger die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Schuldnerin. Das Verfahren wurde am 14.6.2007 eröffnet. Am 29.3.2010 focht der Insolvenzverwalter die Zahlung an den Kläger an. Der mittlerweile anderweitig anwaltlich vertretene Kläger zahlte nach Abschluss eines Vergleichs mit dem Verwalter insgesamt 18.921,87 EUR zur Masse zurück.

Der Kläger wirft der Beklagten vor, seine Forderung nicht unverzüglich und anfechtungsfest im Wege der Zwangsvollstreckung beigetrieben zu haben. Er verlangt Schadenersatz in Höhe des an die Masse gezahlten Betrages sowie der von ihm aufgewandten Anwaltskosten und der Kosten der Gegenseite, die er zu erstatten hatte, in Höhe von insgesamt 24.079,33 EUR nebst Zinsen. Das LG hat die Beklagte unter Abweisung der weitergehenden Klage zur Zahlung von 23.736,61 EUR nebst Zinsen verurteilt, Zug um Zug gegen Abtretung der auf seinen Anspruch gegen die Schuldnerin entfallenden Quote im Insolvenzverfahren über das Vermögen der Schuldnerin, und hat den Annahmeverzug der Beklagten hinsichtlich der Abtretung festgestellt.

Auf die Berufung der Beklagten hat das Berufungsgericht die Klage abgewiesen. Die Berufung des Klägers ist erfolglos geblieben. Mit seiner vom Senat zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seinen in erster Instanz gestellten Klageantrag vollumfänglich weiter. ■

Aus den Gründen:

Die Revision führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt: Der Kläger habe nicht dargelegt und unter Beweis gestellt, dass eine Vollstreckung aus dem Titel nicht zu einem sofortigen Insolvenzantrag der Schuldnerin geführt hätte. Nach dem eigenen Vortrag des Klägers sei die Schuldnerin bereits im Jahre 2005 insolvenzreif gewesen. Der Kläger habe sich insoweit auf ein Schreiben der Beklagten an einen anderen Anleger vom 1.8.2005 bezogen, nach welchem sie, die Beklagte, eine Kontenpfändung wegen der drohenden Insolvenz der Schuldnerin zurückgenommen habe. Viele Gläubiger hätten im August 2005 die Zwangsvollstreckung gegen die Schuldnerin betrieben.

Ein Insolvenzantrag sei deshalb nur wegen des Absehens von der Zwangsvollstreckung aufgeschoben worden. Die Schuldnerin wäre gegebenenfalls ihrer strafbewehrten Antragspflicht innerhalb der Frist von drei Wochen nachgekommen. Gegenteiliges habe der Kläger nicht behauptet und nicht unter Beweis gestellt. Vollstreckungsmaßnahmen aus dem vorangegangenen Monat wären dann gemäß § 88 InsO unwirksam geworden, so dass der Schaden des Klägers auch in diesem Fall entstanden wäre.

II. Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Überprüfung nicht stand. Die Annahme des Berufungsgerichts, eine Zwangsvollstreckung aus dem Urteil vom 30.8.2005 hätte innerhalb von drei Wochen zu einem Eigenantrag der Schuldnerin geführt, widerspricht dem unstrittigen Sachverhalt sowie dem beweismäßig erhobenen Vortrag des Klägers dazu, dass in den Jahren 2005 und 2006 andere Gläubiger die Zwangsvollstreckung gegen die Schuldnerin betrieben haben, ohne dass die Schuldnerin die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über ihr Vermögen beantragt hat.

1. Die Beklagte hat am 9.11.2006 für den Gläubiger W. sen. wegen einer Forderung von 147.653,67 EUR den Erlass eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses hinsichtlich der Forderung der Schuldnerin gegen den Drittschuldner Notar R. beantragt. Der Pfändungs- und Überweisungsbeschluss wurde antragsgemäß erlassen. Ebenfalls am 9.11.2006 hat die Beklagte für die Gläubigerin Eva D. wegen einer Forderung von 152.571,57 EUR den Erlass eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses hinsichtlich der Forderung der Schuldnerin gegen den Drittschuldner Notar R. beantragt.

Auch dieser Pfändungs- und Überweisungsbeschluss wurde antragsgemäß erlassen. Beide Beschlüsse wurden der Schuldnerin im Dezember 2006 zugestellt. Die Pfändungen hatten Erfolg und führten zu Zahlungseingängen von insgesamt

281.356,42 EUR bei der Beklagten. Der Kläger hat sich den entsprechenden Vortrag der Beklagten ausdrücklich zu eigen gemacht und darauf verwiesen, dass diese Maßnahmen – unstreitig – keinen Eigenantrag der Schuldnerin zur Folge hatten.

2. Der Kläger hat überdies weitere Vollstreckungsmaßnahmen gegen die Schuldnerin seit 2005 behauptet, die weder zu einem Eigenantrag der Schuldnerin noch zu einer Kündigung der Bankverbindungen der Schuldnerin geführt hätten, und sich zum Beweis auf das Zeugnis des Verwalters im Insolvenzverfahren über das Vermögen der Schuldnerin, auf das Zeugnis seines vorinstanzlichen Prozessbevollmächtigten sowie auf das Zeugnis eines weiteren Rechtsanwalts berufen. Zwangsvollstreckungen einer Vielzahl von Gläubigern gegen die Schuldnerin im August 2005 hat das Berufungsgericht seiner Entscheidung zugrunde gelegt. Unstreitig stellte die Schuldnerin gleichwohl keinen Insolvenzantrag. Warum dies anders gewesen wäre, wenn der Kläger seine verhältnismäßig niedrige Forderung im Wege der Zwangsvollstreckung durchgesetzt hätte, ist nicht nachzuvollziehen.

3. Im nachgelassenen Schriftsatz vom 22.2.2016 hat der Kläger schließlich zum Beweise dessen, dass die zwangsweise Beitreibung seiner Forderung von 23.567,90 EUR nicht zur sofortigen Insolvenz der Schuldnerin geführt hätte, die Einholung eines Sachverständigengutachtens beantragt. Mit diesem Beweisangebot hat sich das Berufungsgericht ebenso wenig befasst wie mit den erfolgreichen Pfändungen im Jahre 2006 sowie mit den Beweisantritten hinsichtlich der Vollstreckungsmaßnahmen weiterer Gläubiger (Art. 103 Abs. 1 GG).

III. Das Urteil erweist sich nicht aus anderen Gründen als richtig (§ 561 ZPO). Entgegen der Ansicht der Revisionserweiterung fehlt es nicht bereits an einer Pflichtverletzung der Beklagten. Das Berufungsgericht hat die Frage einer Pflichtverletzung offen gelassen. Revisionsrechtlich ist damit insoweit vom Vorbringen des Klägers auszugehen. Der Kläger hat die Beklagte mit der Durchsetzung einer Forderung gegen die Schuldnerin beauftragt. Er wirft ihr vor, diese Forderung trotz der absehbaren Insolvenz der Schuldnerin und des daraus folgenden Anfechtungsrisikos nicht im Wege der Zwangsvollstreckung durchgesetzt zu haben. Damit ist eine anwaltliche Pflichtverletzung schlüssig dargelegt.

a) Ein Rechtsanwalt hat seinen Auftrag so zu erledigen, dass Nachteile für den Mandanten möglichst vermieden werden (vgl. etwa BGH, Urt. v. 17.3.2016 – IX ZR 142/14, WM 2016, 2091 Rdnr. 9). **Ein Rechtsanwalt, der mit der zwangsweisen Durchsetzung einer Forderung beauftragt worden ist und einen Titel gegen einen Schuldner des Mandanten erwirkt hat, hat zügig die Zwangsvollstreckung zu betreiben** (Vill in: G. Fischer/Vill/D. Fischer/Rinkler/Chab, Handbuch der Anwaltschaft, 4. Aufl., § 2 Rdnr. 258; vgl. auch BGH, Urt. v. 3.3.2016 – IX ZR 119/15, WM 2016, 617 Rdnr. 23).

Gibt es **Anhaltspunkte** dafür, dass die **Insolvenz des Schuldners des Mandanten bevorsteht**, muss der Anwalt den Mandanten über das **Risiko der fehlenden Insolvenzfestigkeit** der

im letzten Monat vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder nach diesem Antrag durch Zwangsvollstreckung erlangten Sicherheit gem. § 88 InsO (Vill, a.a.O.) ebenso hinweisen wie auf die **Anfechtbarkeit erhaltener Sicherheiten und Zahlungen** gemäß §§ 130, 131 InsO (Vill, a.a.O., Rdnr. 265; vgl. auch BGH, Urt. v. 8.1.2004 – IX ZR 30/03, WM 2004, 481, 482). Die Anfechtbarkeit von Rechtshandlungen des Schuldners einerseits (§§ 130, 131, 133 InsO) und von Maßnahmen der Zwangsvollstreckung andererseits (§ 133 Abs. 1 InsO; vgl. dazu BGH, Urt. v. 10.2.2005 – IX ZR 211/02, BGHZ 162, 143, 147 ff.; zur Abgrenzung von Rechtshandlungen und Maßnahmen der Zwangsvollstreckung vgl. BGH, Urt. v. 1.6.2017 – IX ZR 48/15, WM 2017, 1315 Rdnr. 14 ff.; v. 1.6.2017 – IX ZR 114/16, WM 2017, 1348 Rdnr. 6 ff.) hat der Anwalt zu kennen. Er muss seine Beratung hieran ausrichten.

Der Senat hat bereits entschieden, dass ein drohendes oder sogar bereits beantragtes Insolvenzverfahren über das Vermögen des Schuldners Anlass sein kann, jegliche Kosten verursachende Maßnahmen zu unterlassen und den Mandanten darauf zu verweisen, dass er seine Forderung im Insolvenzverfahren zur Tabelle anmelden könne (BGH, Urt. v. 8.1.2004 – IX ZR 30/03, WM 2004, 481, 482 f.; vgl. auch Fahrendorf in: Fahrendorf/Mennemeyer/Terbille, Die Haftung des Rechtsanwalts, 8. Aufl. Rdnr. 2101). Zwar kann der Anwalt seinem Mandanten das mit der Insolvenz des Schuldners verbundene Risiko der Uneinbringlichkeit der Forderung nicht abnehmen. Für Entwicklungen, die nicht vorhersehbar waren, haftet er auch nicht. **Jedoch muss er den Mandanten so weit belehren, dass dieser – wie auch in anderen Fällen (vgl. etwa BGH, Urt. v. 1.3.2007 – IX ZR 261/03, BGHZ 171, 261 Rdnr. 9 ff.; v. 15.1.2009 – IX ZR 166/07, WM 2009, 571 Rdnr. 10; v. 9.7.2009 – IX ZR 88/08, WM 2009, 1722 Rdnr. 9) – in Kenntnis der absehbaren Chancen und Risiken eine eigenverantwortliche Entscheidung über das weitere Vorgehen treffen kann.**

b) Nach dem revisionsrechtlich zugrunde zu legenden Vortrag des Klägers hielt die Beklagte bereits im Jahre 2005 für möglich, dass das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Schuldnerin eröffnet werden würde. Der Kläger hat dazu ein Schreiben der Beklagten vom 1.8.2005 an einen anderen Gläubiger der Schuldnerin vorgelegt, in welchem es heißt, eine Kontopfändung sei wegen der drohenden Insolvenz der Schuldnerin zurückgenommen worden. Sie hat außerdem entsprechenden Prozessvortrag der Beklagten aus einem Parallelverfahren (LG Gera – 2 O 1213/13) zitiert.

Unter diesen Umständen hätte die Beklagte den Kläger darauf hinweisen müssen, dass eine Zwangsvollstreckung gegen die Schuldnerin außerhalb des kritischen Zeitraumes von drei Monaten vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens (§§ 130, 131 InsO) insolvenzrechtlich Bestand hat, während Rechtshandlungen des Schuldners gegebenenfalls bis zu zehn Jahren vor dem Eröffnungsantrag angefochten werden konnten (§ 133 Abs. 1 InsO a.F.).

Ob und wann die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Schuldnerin beantragt werden und ob der

Antrag zur Eröffnung führen würde, konnte die Beklagte zwar nicht wissen, weil es sich bei dem Insolvenzantrag und dem Eröffnungsbeschluss um ein in der Zukunft liegendes und damit ungewisses Ereignis handelte. **Zur vollständigen Aufklärung des Mandanten gehörte jedoch die Unterrichtung über die mit einem Vergleichsschluss und einer freiwilligen Zahlung verbundenen zusätzlichen insolvenzrechtlichen Risiken.** Nach dem revisionsrechtlich maßgeblichen Vortrag des Klägers hat keine entsprechende Beratung und Aufklärung stattgefunden. Die Beklagte hat vielmehr eigenmächtig mit der Schuldnerin verhandelt und keine Weisungen des Klägers hinsichtlich des weiteren Vorgehens eingeholt.

c) Eine unterlassene Zwangsvollstreckung ist nur dann pflichtwidrig, wenn pfändbares Vermögen vorhanden war und entweder bekannt war oder mit den Möglichkeiten, welche die Zivilprozessordnung bietet, ermittelt werden konnte. Anders als in den bereits entschiedenen Fällen des Forderungsverlustes durch Verjährung oder Ablauf einer Ausschlussfrist (vgl. BGH, Urt. v. 18.3.2004 – IX ZR 255/00, WM 2004, 2217, 2219; v. 1.3.2007 – IX ZR 261/03, BGHZ 171, 261 Rdnr. 35; Beschl. v. 8.11.2007 – IX ZR 221/06, n.v., Rdnr. 2; v. 24.10.2013 – IX ZR 164/11, NJW-RR 2014, 172 Rdnr. 8) geht es hier nicht um einen durch die Pflichtverletzung adäquat verursachten Schaden; die Erleichterung der Darlegungs- und Beweislast des § 287 ZPO gilt nicht.

Entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung hat der Kläger jedoch ausreichend zu verwertbarem Vermögen der Schuldnerin vorgetragen. Er hat auf die Forderung der Schuldnerin gegen die Käuferin der G.-Aktien sowie darauf verwiesen, dass eine Pfändung von Konten der Schuldnerin möglich gewesen wäre. Eine tatrichterliche Würdigung dieses Vorbringens ist bislang unterblieben. Entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung brauchte der Kläger keine das Gericht bindende Reihenfolge der möglichen Gegenstände der Zwangsvollstreckung zu bilden. Sein Vortrag ging dahin, dass sowohl die Zwangsvollstreckung in die Kaufpreisforderung als auch eine Kontenpfändung Erfolg gehabt hätten. Das reicht im Rahmen der Schlüssigkeitsprüfung aus (zum Umfang der Beweislast bei alternativer Klagebegründung vgl. BGH, Urt. v. 16.7.2015 – IX ZR 197/14, WM 2015, 1622 Rdnr. 27).

IV. Das angefochtene Urteil kann damit keinen Bestand haben. Es wird aufgehoben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Da die Sache nicht zur Endentscheidung reif ist, wird sie zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Insolvenzverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Für die erneute Verhandlung und Entscheidung weist der Senat auf folgende rechtliche Gesichtspunkte hin:

1. Das Berufungsgericht wird zunächst den Inhalt des zwischen den Parteien geschlossenen Anwaltsvertrages zu klären haben.

a) **Die Beklagte hat sich gegenüber dem Vorwurf des pflichtwidrigen Unterlassens von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen damit verteidigt, dass sie gegebenenfalls nicht nur für den Kläger, sondern auch für die anderen mehr als zweihundert**

von ihm vertretenen Gläubiger Zwangsvollstreckungsmaßnahmen gegen die Schuldnerin hätte einleiten müssen.

Zwangsvollstreckungsmaßnahmen in dieser Größenordnung hätten die sofortige Insolvenz der Schuldnerin zur Folge gehabt. Der Weg über die Verpfändung der Aktien und die Treuhandvereinbarung hinsichtlich des auf ein Notaranderkonto zu zahlenden Kaufpreises sei daher der bessere und sicherere Weg gewesen. Ihrer Ansicht nach war sie allen Mandanten in gleicher Weise verpflichtet. Maßnahmen, die – wie die Zwangsvollstreckung in die Kaufpreisforderung oder in Konten der Schuldnerin – dem Kläger nützen, anderen Mandanten der Beklagten aber schaden konnten, kamen daher nicht in Betracht. Der Kläger hat demgegenüber die Ansicht vertreten, die Beklagte sei vertraglich verpflichtet gewesen, ausschließlich seine, des Klägers, Interessen zu vertreten. Er hat behauptet, von den Titeln anderer Mandanten des Klägers nichts gewusst zu haben.

b) Der Rechtsanwalt ist der berufene unabhängige Berater und Vertreter in allen Rechtsangelegenheiten (§ 3 Abs. 1 BRAO). Die Wahrnehmung anwaltlicher Aufgaben setzt den unabhängigen, verschwiegenen und nur den Interessen des eigenen Mandanten verpflichteten Rechtsanwalt voraus (BGH, Urt. v. 8.11.2007 – IX ZR 5/06, BGHZ 174, 186 Rdnr. 12; BVerfG, NJW 2003, 2520, 2521). Wie der Senat bereits entschieden hat, darf der Mandant, welcher dem Anwalt die Schließung eines Anwaltsvertrages anträgt, von diesem Leitbild eines Rechtsanwalts ausgehen (BGH, Urt. v. 8.11.2007, a.a.O.).

Nimmt der Anwalt das Mandat an, erklärt er damit seine Bereitschaft, fortan die Interessen des Mandanten ohne Rücksicht auf die Interessen Dritter umfassend zu vertreten. Für konkurrierende Interessen Dritter gilt insoweit nichts anderes als für die gegenläufigen Interessen des Gegners des Mandanten (vgl. hierzu BGH, Urt. v. 8.11.2007, a.a.O.; vom 19.9.2013 – IX ZR 322/12, WM 2014, 87 Rdnr. 11).

Will der Anwalt nur eingeschränkt für den Mandanten tätig werden, hat er dies vor Abschluss des Vertrages klarzustellen.

Der Mandant kann dann selbst entscheiden, ob er dies – etwa in der Erwartung besonderer Kompetenz des Anwalts oder einer besseren Verhandlungsposition gegenüber dem Gegner – hinnehmen oder ob er einen anderen, ausschließlich seinen – des Mandanten – eigenen Interessen verpflichteten Anwalt beauftragen will. Gleiches gilt, wenn sich nachträglich Interessenkonflikte abzeichnen, die nur ein eingeschränktes Tätigwerden des Anwalts erlauben. Weder der Kläger noch die Beklagte haben bisher Tatsachen vorgetragen, aus welchen sich ein vom Regelfall abweichender Inhalt des Anwaltsvertrages ergeben könnte. Den Parteien ist Gelegenheit zu geben, ihr diesbezügliches Vorbringen zu ergänzen.

2. Je nach dem Ergebnis, zu welchem das Berufungsgericht kommen wird, könnte sich die Frage der **Wirksamkeit dieses Vertrages** stellen. Gemäß § 43a Abs. 4 BRAO ist es einem Rechtsanwalt **verboten, widerstreitende Interessen zu vertreten**. Ein Verstoß gegen das Verbot des § 43a Abs. 4 BRAO

führt zur **Nichtigkeit des Anwaltsvertrages** (BGH, Urt. v. 12.5.2016 – IX ZR 241/14, WM 2017, 537 Rdnr. 7). Widerstreitende Interessen liegen allerdings nicht schon dann vor, wenn der Rechtsanwalt sich gegenüber mehreren Mandanten verpflichtet, Forderungen gegen ein und denselben Schuldner durchzusetzen und insbesondere die Zwangsvollstreckung gegen diesen zu betreiben.

In einem solchen Fall kann zwar der Erfolg des einen Mandanten den Misserfolg des anderen Mandanten, der nicht mehr zum Zuge gekommen ist, bedeuten. Das wäre aber nicht anders, wenn die Mandanten von unterschiedlichen Rechtsanwälten vertreten würden. Die Mandatsverträge verpflichten den Anwalt nur, für jeden einzelnen Mandanten das bestmögliche Ergebnis zu erzielen. Bevorzugt der Anwalt den einen vor dem anderen Mandanten, indem er Anträge bevorzugt oder nachrangig stellt, liegen Pflichtverletzungen im Rahmen des jeweiligen Mandatsverhältnisses vor. An den grundsätzlich miteinander zu vereinbarenden Pflichten aus den einzelnen Verträgen ändert sich durch eine solche Pflichtverletzung hingegen nichts. ■

Notarhaftung

- Befristete Fortgeltungsklauseln
 - Rechtskenntnisse
 - Verschulden
- (BGH, Urt. v. 24.8.2017 – III ZR 558/16)

Leitsatz:

Zum fehlenden Verschulden des die Annahme eines Vertragsangebotes beurkundenden (Zentral-)Notars bei der Verwendung von befristeten Fortgeltungsklauseln (Abgrenzung BGH, Urt. v. 21.1.2016 – III ZR 159/15, BGHZ 208, 302, und III ZR 160/15, juris). ■

Zum Sachverhalt:

Der Kläger macht gegen den beklagten Notar wegen der Verletzung notarieller Belehrungspflichten Schadenersatzansprüche aus Amtshaftung geltend.

Am 23.4.2008 gab der Kläger ein Kaufangebot betreffend eine Eigentumswohnung in Nürnberg ab, das von einem Münchener Notar auf der Grundlage eines Entwurfs des Beklagten beurkundet wurde. Sowohl in dem Angebotsentwurf als auch in dem am 23.4.2008 beurkundeten Angebot hieß es unter anderem:

„Das Angebot ist bis zum Ablauf des 19.5.2008 unwiderruflich. Wurde es bis dahin nicht angenommen, kann das Angebot gegenüber dem Verkäufer widerrufen werden. Wird es weder angenommen noch widerrufen, erlischt es mit Ablauf von sechs Monaten ab heute. Für die Rechtzeitigkeit der Annahme kommt es immer nur auf die Beurkundung, nicht auf den Zugang beim Käufer an.“

Ferner war bestimmt, dass die Annahme des Angebotes vor dem Beklagten beurkundet werden solle. Dieser wurde auch mit dem Vollzug des Kaufvertrags beauftragt.

Die Verkäuferin nahm das Angebot durch vom Beklagten beurkundete Erklärung vom 4.7.2008 an.

Der Kläger wirft, soweit im Revisionsverfahren noch von Bedeutung, dem Beklagten vor, ihn im Zusammenhang mit der Beurkundung der Annahme seines Angebotes nicht auf eine mögliche Unwirksamkeit der in dem notariellen Angebot enthaltenen befristeten Fortgeltungsklausel hingewiesen zu haben. Er macht geltend, dass er zum Zeitpunkt der Beurkundung der Annahmeerklärung bereits Zweifel an dem Rechtsgeschäft gehabt habe und von diesem Abstand genommen hätte, wenn er um die mögliche Unwirksamkeit der Fortgeltungsklausel gewusst hätte.

Das LG hat die Klage abgewiesen. Das OLG hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die vom erkennenden Senat zugelassene Revision des Klägers. ■

Aus den Gründen:

Die zulässige Revision hat keinen Erfolg.

I. Das Berufungsgericht hat, soweit vorliegend von Bedeutung, ausgeführt:

Ein Anspruch des Klägers nach § 19 Abs. 1 BNotO scheide jedenfalls mangels Verschuldens des Beklagten aus. Während der BGH entschieden habe, ein Notar müsse erkennen, dass die Wirksamkeit einer in einen Angebotsentwurf einbezogenen unbefristeten Fortgeltungsklausel zweifelhaft gewesen sei, sei dies bei befristeten Fortgeltungsklauseln nicht der Fall. In den einschlägigen Notarhandbüchern werde gerade eine Endfrist – teilweise von einem halben Jahr – empfohlen. Bei dieser Sachlage könne einem Notar kein Vorwurf gemacht werden, wenn er für die Fortgeltungsklausel eine Widerrufsfrist von sechs Monaten wähle.

II. Die Revision ist unbegründet. Der Kläger hat gegen den Beklagten keinen Schadenersatzanspruch aus Amtshaftung gemäß § 19 Abs. 1 Satz 1 BNotO.

Das Berufungsgericht hat zu Recht ein Verschulden des Beklagten verneint. Es kann offen bleiben, ob die vorliegend verwendete befristete Fortgeltungsklausel wegen eines Verstoßes gegen § 308 Nr. 1 BGB oder § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam ist und ob der Beklagte im Rahmen einer ihm nach § 17 Abs. 1 Satz 1 BeurG, § 14 Abs. 1 Satz 2 BNotO obliegenden „betreuenden Belehrung“ den Kläger hierüber zu belehren hatte (zu entsprechenden Belehrungspflichten bei unwirksamen unbefristeten Fortgeltungsklauseln vgl. Senat, Urt. v. 21.1.2016 – III ZR 159/15, BGHZ 208, 302 Rdnr. 12 ff. und III ZR 160/15, juris Rdnr. 11 ff.).

Denn selbst wenn dies zu bejahen sein sollte, war eine – in der unterlassenen Belehrung des Klägers liegende – Amtspflichtverletzung des Beklagten jedenfalls nicht schuldhaft.

1. a) Der pflichtbewusste und gewissenhafte durchschnittliche Notar muss über die für die Ausübung seines Berufs **erforderlichen Rechtskenntnisse** verfügen. **Er hat sich über die Rechtsprechung der obersten Gerichte, die in den amtlichen Sammlungen und den für seine Amtstätigkeit wesentlichen Zeitschriften veröffentlicht ist, unverzüglich zu unterrichten sowie die üblichen Erläuterungsbücher auszuwerten** (*Senat, Urt. v. 21.1.2016 – III ZR 159/15 a.a.O., Rdnr. 19 und III ZR 160/15 a.a.O., Rdnr. 18, jew. m.w.N.; Ganter in: Ganter/Hertel/Wöstmann, Handbuch der Notarhaftung, 3. Aufl., Rdnr. 2155; Grziwotz in: Grziwotz/Heinemann, BeurkG, 2. Aufl., § 17 Rdnr. 26 f.*).

Dagegen würde es die Anforderungen an die Sorgfaltspflichten eines Notars überspannen, wollte man von ihm verlangen, dass er **vereinzelte Stimmen** der Literatur zu einem Thema, das mehr am Rande notarieller Amtstätigkeit liegt und nicht Gegenstand breiterer Erörterungen war, bei künftigen einschlägigen Beurkundungen gegenwärtig haben und berücksichtigen muss (*Senat, Urt. v. 21.1.2016 a.a.O., jew. m.w.N.; Ganter, a.a.O.; Grziwotz, a.a.O., Rdnr. 26*).

Der Notar hat auch nicht die Pflicht, die **künftige Entwicklung der höchstrichterlichen Rechtsprechung** vorauszuahnen. **Erkennbare Tendenzen der Rechtsprechung** darf er allerdings nicht übersehen (*Senat, Urt. v. 21.1.2016 – III ZR 159/15 a.a.O., Rdnr. 20 und III ZR 160/15 a.a.O., Rdnr. 19; Armbrüster in: Armbrüster/Preuß/Renner, BeurkG, DNotO, 7. Aufl., § 17 BeurkG Rdnr. 37; Schramm in: Schippel/Bracker, BNotO, 9. Aufl., § 19 Rdnr. 59; Haug/Zimmermann, Die Amtshaftung des Notars, 3. Aufl., Rdnr. 85, 94; Schlick, ZNotP 2014, 322, 326*). Dies gilt auch im Hinblick auf künftige Entscheidungen im Bereich der richterlichen Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (*Schramm, a.a.O.*).

In diesem Zusammenhang darf zwar die objektiv unrichtige Verwendung neu entwickelter Allgemeiner Geschäftsbedingungen, deren Inhalt zweifelhaft sein kann und durch eine höchstrichterliche Rechtsprechung noch nicht klargestellt ist, einem Notar nicht als Verschulden angelastet werden, wenn er nach sorgfältiger Prüfung zu einer aus seiner Sicht keinen Zweifeln unterliegenden Rechtsauffassung gelangt und dies für rechtlich vertretbar gehalten werden kann (*Senat, Urt. v. 21.1.2016, jew. a.a.O., m.w.N.*).

Lässt sich indes die Rechtslage nicht klären, darf der Notar das Rechtsgeschäft erst dann beurkunden, wenn die Vertragsparteien auf der Beurkundung bestehen, obwohl er sie über die **offene Rechtsfrage** und das mit ihr verbundene Risiko belehrt hat (*Senat, Urt. v. 21.1.2016, jew. a.a.O., m.w.N.; Haug/Zimmermann a.a.O., Rdnr. 86; Knops, NJW 2015, 3121, 3122*). Der Notar hat in solchen Fällen selbst ohne jegliche Vorgaben seine Belehrungspflichten zu erkennen und kann sich nicht darauf berufen, Rechtsprechung und Literatur seien zu einem Problemkreis nicht vorhanden (*Senat, Urt. v. 21.1.2016, jew. a.a.O., und v. 2.6.2005 – III ZR 306/04, NJW 2005, 3495, 3497; Knops, a.a.O.*).

b) aa) Unter Anwendung dieser Grundsätze hat der Senat im Falle von in den Jahren 2006 bis 2008 beurkundeten Ange-

boten zum Abschluss von Wohnungsverkaufverträgen, die eine unbefristete Fortgeltungsklausel enthielten, eine fahrlässige Amtspflichtverletzung eines Notars bejaht, der das Käuferangebot entwickelt sowie die Annahmeerklärung des Verkäufers beurkundet hatte und in dem Angebot als Vollzugsnotar bestimmt worden war (*Senat, Urt. v. 21.1.2016 – III ZR 159/15 a.a.O., Rdnr. 21 ff. und III ZR 160/15 a.a.O., Rdnr. 20 ff.*).

Der Senat hat angenommen, dass der Notar im Rahmen der von ihm – in Anbetracht eines breiten Meinungsspektrums zur Wirksamkeit von **Fortgeltungsklauseln** – durchzuführen und am Maßstab des § 308 Nr. 1 BGB auszurichtenden sorgfältigen Prüfung der Rechtslage habe erkennen müssen, dass die Wirksamkeit der in den Angebotsentwurf einbezogenen Fortgeltungsklausel jedenfalls angesichts ihrer mangelnden Befristung zweifelhaft gewesen sei (*Senat, Urt. v. 21.1.2016 – III ZR 159/15 a.a.O., Rdnr. 27 ff. und III ZR 160/15 a.a.O., Rdnr. 26 ff.*).

Über diese Zweifel habe er den Käufer gemäß § 17 Abs. 1 BeurkG, § 14 Abs. 1 Satz 2 BNotO belehren müssen, um die weitere Vorgehensweise – etwa die Beurkundung eines erneuten Angebotes des Käufers oder die Abstandnahme vom Vertragsschluss – zu klären. **Die Unterlassung einer solchen Belehrung sei sorgfaltswidrig gewesen** (*Senat, Urt. v. 21.1.2016 – III ZR 159/15 a.a.O., Rdnr. 34 und III ZR 160/15 a.a.O., Rdnr. 35*).

bb) An dieser Rechtsprechung hält der Senat fest. Die in der Literatur von Notaren bzw. Notarassessoren geübte Kritik (*Weber, NotBZ 2016, 177, 179 f.; Grüner, notar 2016, 164 f.; Grziwotz, EWIR 2016, 269, 270; Seger, DNotZ 2016, 719, 721 ff.; Zimmer, NJW 2016, 1328; zustimmend dagegen Armbrüster, LMK 2016, 377695*) vermag nicht zu überzeugen.

(1) Sie beschränkt sich im Wesentlichen darauf, in Abrede zu stellen, dass im Schrifttum bis zum maßgeblichen Zeitraum (2006) zur Zulässigkeit von Fortgeltungsklauseln ein breites Meinungsspektrum bestanden habe. Auch der Beitrag von Thode (*ZNotP 2005, 162, 164 f.*) sei nicht eindeutig gewesen, da er sich nicht gegen eine ausdrückliche vertragliche Regelung der Fortgeltungsfrist gewandt habe, sondern nur gegen die Konstruktion, unzulässige Bindungsfristen ergänzend als Fortgeltungsklauseln auszulegen (*Weber a.a.O., S. 179 unter Berufung auf Herrler, DNotZ 2013, 887, 892 f.; Grüner, a.a.O., S. 164; Seger, a.a.O., S. 722; Zimmer a.a.O.; vgl. auch Grziwotz, a.a.O.*).

Dies trifft nicht zu. So nahm Thode (*a.a.O., S. 164*) unmittelbar vor seiner Erörterung der von *Cremer/Wagner* (*NotBZ 2004, 331, 336 f.*) vorgeschlagenen Auslegung auf (ausdrückliche) Fortgeltungsklauseln Bezug, die im notariellen Schrifttum für die Vertragsgestaltung empfohlen worden seien. Die Folgen der von *Cremer/Wagner* vorgeschlagenen Lösung, ein weiterhin wirksames Angebot, seien mit der in § 147 Abs. 2 BGB geregelten Rechtsfolge einer verspäteten Annahme kaum vereinbar. Sie benachteiligten den Erwerber erheblich. In der Praxis habe der Lösungsvorschlag „gerade

die Folge, die durch § 10 Nr. AGBG (= § 308 Nr. 1 BGB n.F.) verhindert werden“ solle (a.a.O., S. 165).

Diese deutliche Kritik bezieht sich nicht (nur) auf die von *Cremer/Wagner* vorgeschlagene ergänzende Auslegung, sondern unmissverständlich auch auf die fehlende Vereinbarkeit von ausdrücklichen Fortgeltungsklauseln mit dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen.

Der Auffassung von *Thode* standen diejenigen Autoren gegenüber, die Fortgeltungsklauseln uneingeschränkt für zulässig hielten (vgl. die Nachweise in den *Senatsurteilen vom 21.1.2016 – III ZR 159/15 a.a.O., Rdnr. 24 und III ZR 160/15 a.a.O., Rdnr. 23*). Daneben wurde von Teilen der Literatur empfohlen, für die Fortgeltung des Angebotes einen Endtermin zu setzen, das heißt vertraglich – wie vorliegend – vorzusehen, dass das nach Ablauf der Bindungsfrist fortgeltende Angebot zu einem bestimmten Zeitpunkt ohne Widerruf erlischt (vgl. die Nachweise in den *Senatsurteilen vom 21.1.2016, jew. a.a.O.; vgl. auch Herrler, a.a.O., S. 892*).

Damit bestand in der Literatur ein breites Meinungsspektrum zur Wirksamkeit von Fortgeltungsklauseln – von Bedenken gegen die Wirksamkeit solcher Klauseln über die Empfehlung einer befristeten Fortgeltungsklausel bis hin zum Vorschlag einer unbefristeten Fortgeltungsklausel (*Senatsurt. v. 21.1.2016 – III ZR 159/15 a.a.O., Rdnr. 25 und III ZR 160/15 a.a.O., Rdnr. 24*).

(2) Soweit zugunsten der Zulässigkeit von unbefristeten Fortgeltungsklauseln „Wertungsparallelen“ zu § 177 Abs. 2 BGB und Verbraucherwiderrufsrechten herangezogen werden (*Weber, a.a.O.*), vermag auch dies nicht zu überzeugen. Der Senat hat sich mit den vorgenannten Gesichtspunkten bereits in seinem Ur. v. 21.1.2016 (*III ZR 160/15*) befasst und darauf hingewiesen, dass die Konstellationen eines ohne Vertretungsmacht und eines von einem Verbraucher mit Widerrufsrecht geschlossenen Vertrages mit einem bisher lediglich abgegebenen Vertragsangebot tatsächlich und rechtlich nicht vergleichbar sind (*a.a.O., Rdnr. 31 f.; so auch BGH, Versäumnisurt. v. 7.6.2013 – V ZR 10/12, NJW 2013, 3434 Rdnr. 23*).

2. Die Rechtsprechung des Senats zur fahrlässigen Verletzung notarieller Belehrungspflichten bei unbefristeten Fortgeltungsklauseln kann indes nicht uneingeschränkt auf die Beurkundung befristeter Fortgeltungsklauseln übertragen werden. Auf im Jahr 2008 beurkundete Fortgeltungsklauseln, die ein Erlöschen des Käuferangebotes sechs Monate nach seiner Beurkundung bestimmen, treffen die für unbefristete Regelungen angestellten Erwägungen nicht zu.

a) Der Senat hat – wie ausgeführt – darauf abgestellt, dass Fortgeltungsklauseln als Alternative zu den nach § 308 Nr. 1 BGB unwirksamen Klauseln mit langer Bindungsfrist entwickelt worden sind, es im fraglichen Zeitraum (2006) noch keine höchstrichterliche Rechtsprechung zu unbefristeten Fortgeltungsklauseln gab und in der Literatur hierzu ein breites Meinungsspektrum vorhanden war. In einer solchen Situation obliegt dem Notar die eigenständige sorgfältige

Prüfung der Wirksamkeit der betreffenden Klausel (*Senat, Ur. v. 21.1.2016 – III ZR 159/15 a.a.O., Rdnr. 24 f. und III ZR 160/15 a.a.O., Rdnr. 23 f.*).

b) Für den Notar, der – im Jahr 2008 – nicht eine unbefristete, sondern eine befristete Fortgeltungsklausel verwenden wollte, stellte sich das Meinungsbild jedoch anders dar. Lediglich *Thode (a.a.O.)* hatte Bedenken geäußert, die möglicherweise auf jegliche Art von Fortgeltungsklauseln bezogen werden konnten. Allerdings betraf seine Kritik den Vorschlag von *Cremer/Wagner (a.a.O., S. 335 f.)*, die zuvor – als Alternative zu Klauseln mit langer Bindungsfrist – unbefristete Fortgeltungsklauseln untersucht und empfohlen hatten.

Dementsprechend beanstandete *Thode*, dass bei Fortgeltungsklauseln der Erwerber über einen für ihn nicht abschätzbaren Zeitraum mit der Annahme seines Angebots rechnen müsse. Letzteres trifft für befristete Fortgeltungsklauseln – abhängig von der Länge des durch sie bestimmten Zeitraums, nach dessen Ablauf das Angebot erlischt – nicht in dieser Allgemeinheit zu.

Im Übrigen waren im Schrifttum bis zum Zeitpunkt der Beurkundung im Jahr 2008 keine Einwände gegen befristete Fortgeltungsklauseln erhoben worden. Im Gegenteil wurden sie, soweit Bedenken gegen unbefristete Fortgeltungsklauseln im Raume standen, sogar empfohlen, und zwar ausdrücklich auch mit einer Länge des Zeitraums bis zum Erlöschen des Angebots von – wie vorliegend – bis zu einem halben Jahr (*Hertel in: Würzburger Notarhandbuch, 1. Aufl. [2005], Rdnr. 797 ff.; ders. in: Krüger/Hertel, Der Grundstückskauf, 9. Aufl. [2008], Rdnr. 912; vgl. auch Langenfeld in: Münchener Vertragshandbuch, Bd. 5, 6. Aufl. [2008], S. 178*).

Entgegen der Revision galten diese Empfehlungen keineswegs nur für den Fall eines individuellen Aushandelns. So wollte *Hertel (in: Krüger/Hertel, a.a.O.)* den – in AGB-rechtlichem Zusammenhang entwickelten – Vorschlag einer unbefristeten Fortgeltungsklausel von *Cremer/Wagner (a.a.O., Rdnr. 911 ff.)* ergänzen.

Auch die Ausführungen von *Möhrle* in einem Formularhandbuch (*Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, 9. Aufl. [2006], S. 343 f.*) betrafen Allgemeine Geschäftsbedingungen und ihre Vereinbarkeit mit § 308 Nr. 1 BGB. Die Anmerkungen von *Langenfeld (a.a.O.)* bezogen sich auf ein zuvor dargestelltes formularmäßiges Angebot zum Abschluss eines Kaufvertrags.

Die von der Revision selbst herangezogenen kritischen Stimmen aus – indes nach dem vorliegend maßgeblichen Beurkundungszeitraum erschienenen – Notar- und Formularhandbüchern betrafen überwiegend nicht die zulässige Länge von Fristen in Fortgeltungs-, sondern in Bindungsfristklauseln (*Hertel in: Würzburger Notarhandbuch, 3. Aufl. [2012], Rdnr. 766 f. unter Hinweis auf BGH, Ur. v. 11.6.2010 – V ZR 85/09, DNotZ 2010, 913 Rdnr. 1, 6; Gebele in: Hoffmann-Becking/Rawert, Beck'sches Formularbuch, 10. Aufl. [2009], Teil III, Kap. B 8, Rdnr. 5*), die – anders als Fortgeltungsklauseln – einen Widerruf des Angebots innerhalb der Bindungs-

frist nicht zulassen und daher die Dispositionsfreiheit des Anbietenden stärker einschränken als Fortgeltungsklauseln.

Soweit befristete Fortgeltungsklauseln erörtert wurden, wurden sie für den Fall, dass sie ein Erlöschen des Angebotes sechs Monate nach seiner Beurkundung bestimmen, für zulässig gehalten (Hertel, a.a.O., Rdnr. 767). Die von der Revision angeführten obergerichtlichen Entscheidungen aus der Zeit vor 2008 betrafen ebenfalls nur die Länge von Bindungsfristklauseln (OLG Dresden, Urt. v. 26.6.2003 – 19 U 512/03, juris Rdnr. 15, 22; Brandenburgisches OLG, Urt. v. 30.6.2005 – 5 U 118/03, juris Rdnr. 26, 34 ff.).

c) Dem Beklagten stellte sich mithin im Jahr 2008 eine Situation dar, in der zwar die Wirksamkeit von Fortgeltungsklauseln noch nicht Gegenstand höchstrichterlicher Rechtsprechung gewesen war, die Literatur indes nahezu einhellig jedenfalls befristete Fortgeltungsklauseln für zulässig hielt.

Angesichts dieses Meinungsstandes durfte sich der Beklagte auf die kritisch nachvollziehende Lektüre der zu Fortgeltungsklauseln vorhandenen Literatur beschränken und aufgrund dessen die Rechtslage für geklärt halten. Eine darüber hinausgehende Prüfung der Wirksamkeit der Klausel war von ihm hingegen – anders als im Fall einer unbefristeten Fortgeltungsklausel – nicht zu fordern.

Zwar sind befristete Fortgeltungsklauseln mit einer sehr langen Frist, nach deren Ablauf das Angebot (erst) erlischt, unbefristeten Fortgeltungsklauseln ähnlich. Es mag daher nahe gelegen haben, angesichts des breiten Meinungsbildes zur Wirksamkeit unbefristeter Fortgeltungsklauseln auch die Wirksamkeit von sehr lang befristeten Fortgeltungsklauseln einer weitergehenden Prüfung zu unterziehen. Denn auch für sie gilt, dass sie dem Verwender eine Annahme noch lange nach der Angebotserklärung ermöglichen und der Anbietende daher für eine sehr lange Zeit nach Abgabe seines Angebotes in der Ungewissheit gehalten wird, ob der von ihm gewünschte Vertrag zu Stande kommt (vgl. Senat, Urt. v. 21.1.2016 – III ZR 159/15 a.a.O., Rdnr. 26 und III ZR 160/15 a.a.O., Rdnr. 25).

Letzteres trifft indes auf befristete Fortgeltungsklauseln mit kürzeren Fristen nicht in gleichem Maße zu. Innerhalb eines Zeitraums von – wie vorliegend – sechs Monaten nach Abgabe des notariellen Kaufangebotes wird der Anbietende in der Regel sein Angebot nicht schon vergessen und von einer gegen Ende der Frist erfolgenden Annahme durch den Verkäufer überrascht (vgl. Senat, Urt. v. 21.1.2016 – III ZR 159/15 a.a.O., Rdnr. 29 und III ZR 160/15 Rdnr. 28).

d) Dem Beklagten mussten sich nach alledem **Zweifel an einer Wirksamkeit der vorliegenden Klausel** nicht aufdrängen. Veranlassung zu einer über den **kritischen Nachvollzug des seinerzeitigen Meinungsstandes hinausgehenden Prüfung** bestand nicht. Eine etwaige – in der unterlassenen Belehrung des Klägers über eine in Betracht kommende Unwirksamkeit der Klausel und damit des Angebotes des Klägers liegende – Amtspflichtverletzung des Beklagten war daher jedenfalls nicht schuldhaft. ■

Haftung des Treuhandkommanditisten

- Prospekthaftung im weiteren Sinne
 - Eigene Kapitaleinlage des Treuhandkommanditisten
 - Direktkommanditist
- (BGH, Urt. v. 9.5.2017 – II ZR 10/16)

Leitsatz:

Bei einer Publikumspersonengesellschaft haftet ein mit einer eigenen Kapitaleinlage beteiligter Treuhandkommanditist wegen der Verletzung von Aufklärungspflichten bei der Anbahnung des Aufnahmevertrages nicht nur gegenüber nach ihm eintretenden Treugebern, sondern auch gegenüber nach ihm eintretenden Direktkommanditisten. ■

Zum Sachverhalt:

Die Klägerin beteiligte sich mit Beitrittserklärung vom 4.12.2003 als Direktkommanditistin mit einer Einlage von 35.000 EUR zuzüglich 3 % Agio an der E. P. Medienfonds GmbH & Co. KG II, einer zu einer Serie von Filmfonds gehörenden Publikums-gesellschaft. Die Beklagte war Treuhandkommanditistin. Neben ihrer Tätigkeit für die Treugeber nahm sie auch Aufgaben für die Direktkommanditisten wahr. Sie leitete die auf ihr Treuhanddankkonto eingezahlten Kommanditeinlagen der Direktkommanditisten auf ein Sonderekonto der Fondsgesellschaft weiter.

Im Zusammenhang mit der Zeichnung schloss die Klägerin mit der Beklagten einen Verwaltungsvertrag. Nach dessen § 3.1 nahm die Beklagte sämtliche Rechte und Pflichten der Direktkommanditisten aus dem Gesellschaftsvertrag im fremden Namen wahr, soweit diese die Rechte und Pflichten nicht selbst ausübten.

Die Beklagte wurde am 28.4.2004 als Kommanditistin mit einer Einlage in Höhe von 35.600 EUR in das Handelsregister eingetragen. Nach der Behauptung der Klägerin war die Beklagte bereits am 3.12.2003 Gesellschafterin der Fondsgesellschaft mit einer eigenen Kapitaleinlage von 100 EUR.

Die Klägerin begehrt im Wesentlichen wegen Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten die Zahlung von 17.438 EUR sowie die Feststellung der Freistellung von sämtlichen Verpflichtungen, die ihr durch die Zeichnung ihrer Kommanditbeteiligung entstanden sind und noch entstehen werden, Zug um Zug gegen Abtretung der Rechte an der Kommanditgesellschaft.

Das LG hat die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat die Berufung zurückgewiesen. Die Klägerin verfolgt mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision ihre Klageanträge weiter. ■

Aus den Gründen:

Die Revision der Klägerin hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

Die Beklagte habe als Treuhandkommanditistin gegenüber der Klägerin als Direktkommanditistin keine Aufklärungspflichten. Es fehle an einem solche Aufklärungspflichten rechtfertigenden engen Verhältnis, wie es zwischen Treugeber und Treuhänder gegeben sei. Die Beklagte sei für die Klägerin durch Entgegennahme und Weiterleitung der Einlage erst nach deren Beitritt tätig geworden. Die Aufgaben der Beklagten als Beteiligungsverwalterin seien der Begründung der Beteiligung begriffsnotwendig ebenfalls nachgelagert.

Eine Pflicht zur Aufklärung über Umstände, die für die vorgelagerte Entscheidung über das „Ob“ der Beteiligung bedeutsam seien, könne daher aus der Anbahnung eines Beteiligungsvertrags nicht hergeleitet werden. Die Beklagte hafte der Klägerin deshalb auch nicht als Altgesellschafterin, obgleich sie unabhängig vom Eintragungszeitpunkt im Handelsregister hierzu zu zählen sei.

II. Diese Ausführungen halten revisionsrechtlicher Nachprüfung nicht stand.

1. Das Berufungsgericht ist allerdings zu Recht davon ausgegangen, dass **die Beklagte als Beteiligungsverwalterin oder als Einzahlungstreuhanderin nicht verpflichtet ist, einem Anleger für seine Beitrittsentscheidung ein richtiges Bild über das Beteiligungsobjekt zu vermitteln** (vgl. BGH, Urt. v. 23.4.2012 – II ZR 211/09, ZIP 2012, 1231 Rdnr. 25; Beschl. v. 29.1.2009 – III ZR 74/08, ZIP 2009, 1577 Rdnr. 8).

2. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kommt jedoch eine Haftung der Beklagten aus **Prospekthaftung im weiteren Sinne** für die von der Klägerin behaupteten Aufklärungspflichtverletzungen in Betracht, weil nach dem für das Revisionsverfahren zu unterstellenden Vortrag der Klägerin davon auszugehen ist, dass die Beklagte der E. P. Medienfonds GmbH & Co. KG II bereits vor der Klägerin mit einer eigenen Kapitaleinlage von 100 EUR beigetreten war. Bei einer Publikumpersonengesellschaft haftet ein **mit einer eigenen Kapitaleinlage beteiligter Treuhandkommanditist** wegen der Verletzung von Aufklärungspflichten bei der Anbahnung des Aufnahmevertrags **nicht nur gegenüber nach ihm eintretenden Treugebern, sondern auch gegenüber nach ihm eintretenden Direktkommanditisten**.

a) Die **Prospekthaftung im weiteren Sinne** ist ein Anwendungsfall der Haftung für Verschulden bei Vertragsschluss nach § 280 Abs. 1, 3, §§ 282, 241 Abs. 2, § 311 Abs. 2 BGB (ständige Rechtsprechung, siehe etwa BGH, Urt. v. 21.6.2016 – II ZR 331/14, ZIP 2016, 1478 Rdnr. 12; v. 9.7.2013 – II ZR 9/12, ZIP 2013, 1616 Rdnr. 26; v. 23.4.2012 – II ZR 75/10, ZIP 2012, 1342 Rdnr. 9 sowie BGH, Urt. v. 16.3.2017 – III ZR 489/16, ZIP 2017, 715 Rdnr. 17).

Danach obliegen dem, der selbst oder durch einen Verhandlungsgehilfen einen Vertragsschluss anbahnt, Schutz- und Aufklärungspflichten gegenüber seinem Verhandlungspart-

ner, bei deren Verletzung er auf Schadenersatz haftet. Abgesehen etwa von dem Sonderfall des § 311 Abs. 3 BGB, in dem auch ein Dritter haften kann, wenn er in besonderem Maße Vertrauen für sich in Anspruch genommen hat, trifft die Haftung aus Verschulden bei Vertragsschluss denjenigen, der den Vertrag im eigenen Namen abschließen will (BGH, Urt. v. 16.3.2017 – III ZR 489/16, ZIP 2017, 715 Rdnr. 17; v. 21.6.2016 – II ZR 331/14, ZIP 2016, 1478 Rdnr. 12; v. 9.7.2013 – II ZR 9/12, ZIP 2013, 1616 Rdnr. 26 f.; v. 23.4.2012 – II ZR 211/09, ZIP 2012, 1231 Rdnr. 23).

Das sind bei einem Beitritt zu einer Kommanditgesellschaft grundsätzlich die schon zuvor beigetretenen Gesellschafter. Denn der Aufnahmevertrag wird bei einer Personengesellschaft zwischen dem neu eintretenden Gesellschafter und den Altgesellschaftern geschlossen (BGH, Urt. v. 21.6.2016 – II ZR 331/14, ZIP 2016, 1478 Rdnr. 12; v. 9.7.2013 – II ZR 9/12, ZIP 2013, 1616 Rdnr. 27; v. 23.4.2012 – II ZR 75/10, ZIP 2012, 1342 Rdnr. 9; v. 1.3.2011 – II ZR 16/10, ZIP 2011, 957 Rdnr. 7 m.w.N.).

b) Da **Anknüpfungspunkt für die Aufklärungspflichten** die Anbahnung des Aufnahmevertrags ist, haftet ein **mit einer eigenen Kapitaleinlage beteiligter Treuhandkommanditist** entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht nur gegenüber den neu eintretenden Treugebern, sondern auch gegenüber den neu eintretenden Direktkommanditisten, mit denen der Treuhandkommanditist den Aufnahmevertrag schließt. Die an die Anbahnung eines Vertragsschlusses anknüpfenden Schutz- und Aufklärungspflichten treffen grundsätzlich denjenigen, der den Vertrag im eigenen Namen abschließen will. **Gegenüber einem beitriftswilligen Neugesellschafter haftet daher nur der bereits vor diesem beigetretene Altgesellschafter.**

Der hierfür maßgebliche, Schutzpflichten begründende Zeitpunkt ist regelmäßig der Abschluss des Aufnahmevertrags des Altgesellschafter (vgl. BGH, Urt. v. 1.3.2011 – II ZR 16/10, ZIP 2011, 957 Rdnr. 7 m.w.N.). Auf die für die Erlangung der Gesellschafterstellung lediglich deklaratorische **Eintragung in das Handelsregister** kommt es nicht an.

Das Berufungsgericht hat zwar ausgeführt, die Beklagte sei zu den Altgesellschaftern zu zählen. Es ist indes nicht ersichtlich, ob das Berufungsgericht damit hat zum Ausdruck bringen wollen, die Beklagte habe ihren Aufnahmevertrag vor der Klägerin geschlossen. Das kann jedoch dahinstehen. Denn nach dem für das Revisionsverfahren zu unterstellenden Vortrag der Klägerin ist davon auszugehen, dass die Beklagte der E. P. Medienfonds GmbH & Co. KG II bereits vor der Klägerin mit einer eigenen Kapitaleinlage von 100 EUR beigetreten war.

III. Die angefochtene Entscheidung erweist sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig (§ 561 ZPO).

Bei einer Publikumpersonengesellschaft – wie hier – ist eine Haftung wegen Verschuldens bei Vertragsschluss insoweit ausgeschlossen, als sie sich gegen Altgesellschafter richten würde, die nach der Gründung der Gesellschaft rein kapitalistisch

als Anleger beigetreten sind (BGH, Urt. v. 21.6.2016 – II ZR 331/14, ZIP 2016, 1478 Rdnr. 12; v. 9.7.2013 – II ZR 9/12, ZIP 2013, 1616 Rdnr. 28).

Die Beklagte fällt nicht unter diese Ausnahme. **Anders als rein kapitalistische Anleger verfolgte die Beklagte nicht ausschließlich Anlageinteressen.** Vielmehr war sie als **Treuhänderin in das Organisationsgefüge der Fondsgesellschaft eingebunden** und erhielt für ihre Dienste eine **jährliche Vergütung** in Höhe von maximal 0,1 % des Kommanditkapitals.

IV. Das Berufungsurteil ist danach aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Die Sache ist, da sie noch nicht zur Endentscheidung reif ist, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Das Berufungsgericht hat – von seinem Rechtsstandpunkt aus zutreffend – keine Feststellungen zum Zeitpunkt des Beitritts der Beklagten und zu den von der Klägerin behaupteten Aufklärungsmängeln getroffen. Der Senat weist darauf hin, dass die Beklagte zum Zeitpunkt ihres Beitritts eine sekundäre Darlegungslast trifft. ■

Notarhaftung

- Abtretung des Schadenersatzanspruchs
 - Schaden des Zessionars als aliud
- (BGH, Urt. v. 20.4.2017 – III ZR 398/15)

Leitsatz:

Zur Begründetheit eines aus abgetretenem Recht verfolgten Schadenersatzanspruchs (hier gegen einen Notar), wenn sich der von dem Zessionar geltend gemachte Schaden maßgeblich von dem Schaden unterscheidet, der dem Zedenten entstanden ist. ■

Zum Sachverhalt:

Die Klägerin verlangt von dem beklagten Notar Schadenersatz wegen einer Amtspflichtverletzung.

Der Sohn der Klägerin schloss am 17.7.2004 mit W. L. einen von dem Beklagten beurkundeten „Optionsvertrag in Form eines bedingten Kaufvertrags“ über drei landwirtschaftliche Grundstücke. Dieser Vertrag sollte erst wirksam werden, wenn ihr Sohn von der bis zum 31.12.2010 befristeten Option Gebrauch machte, indem er den Erwerb der Grundstücke in beurkundeter Form erklärte. Der Optionsvertrag enthielt unter Nummer II. 2. § 10 die Bewilligung und den Antrag des Verkäufers, für den Käufer zur Sicherung des Anspruchs auf Übertragung des Eigentums eine Vormerkung im Grundbuch einzutragen. Der Beklagte bewirkte diese Eintragung nicht.

Mit Vertrag vom 28.12.2007 ließ W. L. das Eigentum an den in dem Optionsvertrag bezeichneten Flächen im Wege der Hofübergabe auf seinen Sohn R. L. auf, der am 16.6.2008 als Eigentümer im Grundbuch eingetragen wurde. Mit Vertrag vom 7.11.2008, der von einem anderen Notar proto-

kolliert wurde, trat der Sohn der Klägerin „sämtliche Rechte aus dem Optionsvertrag“ mit W. L. an diese ab. Daraufhin erklärte sie mit notarieller Urkunde vom 15.6.2010 die Ausübung der Option auf Erwerb der fraglichen Grundstücke. R. L. verweigerte die Übertragung der Grundstücke.

In einem Rechtsstreit gegen ihn und seinen Vater versuchte die Klägerin ohne Erfolg, eine Übertragung des Eigentums an den fraglichen Grundstücken Zug um Zug gegen Zahlung des vereinbarten Kaufpreises zu erreichen. Einen Schadenersatzanspruch verfolgte sie daneben nicht.

Im vorliegenden Verfahren macht die Klägerin geltend, aufgrund der pflichtwidrig nicht bewirkten Eintragung einer Auflassungsvormerkung habe sie die an sie abgetretenen Rechte aus dem Options-/Grundstückskaufvertrag nicht durchsetzen können. Den ihr dadurch entstandenen Schaden (entgangener Gewinn für die beabsichtigte Weiterveräußerung der Grundstücke, Zinsen für von ihr aufgenommene Darlehen sowie Kosten) habe der beklagte Notar deshalb zu ersetzen.

Das LG hat ihre Klage abgewiesen. Ihre hiergegen gerichtete Berufung hat das OLG zurückgewiesen. Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt sie ihre Ansprüche gegen den Beklagten weiter. ■

Aus den Gründen:

Die Revision der Klägerin ist zulässig; in der Sache bleibt sie jedoch ohne Erfolg.

I. Das Berufungsgericht hat sich auf den Standpunkt gestellt, ein originärer Schadenersatzanspruch stehe der Klägerin nicht zu, weil die verletzte notarielle Pflicht ihr gegenüber nicht bestanden habe. Darüber hinaus könne sie auch keinen Notarhaftungsanspruch aufgrund der Abtretung „sämtlicher Rechte aus dem Optionsvertrag“ an sie geltend machen. Ein derartiger Anspruch sei kein Nebenrecht im Sinne des § 401 Abs. 1 BGB, und es handele es sich dabei auch nicht um einen unselbständigen Bestandteil des abgetretenen Optionsrechts, weil der Beklagte im Verhältnis zu den Parteien des Optionsvertrags außenstehender Dritter gewesen sei.

Ein besonders abzutretender, bereits fälliger Schadenersatzanspruch habe zudem nicht bestanden. Zwar sei der Grund für einen derartigen Anspruch zum Zeitpunkt der Abtretung angelegt gewesen, da durch die unterbliebene Eintragung der Auflassungsvormerkung das Optionsrecht im Fall einer Übertragung des Eigentums an den Grundstücken auf einen Dritten nicht gesichert gewesen sei. Ein Schaden sei aber noch nicht entstanden, denn das Optionsrecht sei noch nicht ausgeübt worden. Letztlich habe ein Notarhaftungsanspruch auch nicht als unselbständiger Bestandteil des sich aus dem Optionsvertrag ergebenden Vollzugsanspruchs gegen den Beklagten automatisch auf die Klägerin übergehen können.

Ihr Sohn habe ihr zwar sämtliche Rechte aus dem Optionsvertrag abgetreten, so dass davon auch etwaige Ansprüche gegen den beklagten Notar umfasst gewesen seien. Allein durch die unstreitig vorliegende Amtspflichtverletzung des

Beklagten sei aber noch kein Schadenersatzanspruch entstanden gewesen; ein solcher habe auch künftig nicht entstehen können. Weder zum Zeitpunkt der Abtretung an die Klägerin noch zu einem späteren Zeitpunkt bis zum Ende des Optionszeitraums sei der Sohn der Klägerin in der Lage gewesen, seine Rechte aus diesem Vertrag auszuüben. Ihm hätten die finanziellen Mittel gefehlt, um seine Zahlungsverpflichtungen aus dem bedingten Kaufvertrag zu erfüllen; zu dem hätte ihm auch keine Genehmigung nach dem Grundstücksverkehrsgesetz erteilt werden können.

Da ein Schaden in seiner Person somit nicht in Betracht komme, habe die Klägerin einen Schadenersatzanspruch im Wege der Abtretung auch nicht auf andere Weise, gewissermaßen durch die Übertragung einer Schadenanlage, von ihrem Sohn erwerben können.

II. Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung im Ergebnis stand.

Die Klägerin hat gegen den Beklagten weder aus eigenem noch aus abgetretenem Recht einen Schadenersatzanspruch aus § 19 Abs. 1 Satz 1 BNotO, auch wenn er seine Amtspflichten dadurch verletzt hat, dass er es unterlassen hat, die Eintragung einer Auflassungsvormerkung zugunsten des Sohnes der Klägerin gemäß § 10 des in dem Optionsvertrag enthaltenen Grundstückskaufvertrags zu bewirken (§ 53 BeurkG). Zwar ist davon auszugehen, dass der Zedent der Klägerin durch die vorgenommene Abtretung „sämtlicher Rechte aus dem Optionsvertrag“ auch einen bei ihm bereits entstandenen Schadenersatzanspruch gegen den Beklagten abgetreten hat.

Indes macht sie mit ihrem nunmehr gegen den Beklagten verfolgten Anspruch einen gänzlich anderen Schaden geltend, der sich von dem Gegenstand der abgetretenen Forderung maßgeblich unterscheidet und davon deshalb nicht umfasst war. Ein derartiger Schaden war bei dem Sohn der Klägerin nicht eingetreten und hat auch nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts zu keinem Zeitpunkt bei ihm entstehen können.

1. Das Berufungsgericht geht, von der Revision nicht angegriffen, zunächst davon aus, dass die Klägerin nicht über einen originären Schadenersatzanspruch gegen den Beklagten aus § 19 Abs. 1 Satz 1 BNotO verfügt, der Schadenersatzanspruch gegen den Beklagten weder als Nebenrecht im Sinne des § 401 BGB (vgl. dazu: Staudinger/Busche, BGB, Neubearbeitung 2012, § 401, Rdnr. 3, 28 ff.; MüKoBGB/Roth/Kieninger, 7. Aufl., § 401 Rdnr. 7 ff.; jurisPK-BGB/Rosch, 8. Aufl., § 401 Rdnr. 10) noch als unselbständiger Bestandteil des abgetretenen Optionsrechts auf die Klägerin übergegangen ist (vgl. hierzu Staudinger/Busche, a.a.O., Rdnr. 9, 44; jurisPK-BGB/Rosch a.a.O., Rdnr. 17) und auch ein Schadenersatzanspruch, der gesondert hätte abgetreten werden können, nicht entstanden war. Dies ist aus Rechtsgründen auch nicht zu beanstanden.

2. a) Die Annahme, von der vorgenommenen Abtretung sämtlicher Rechte aus dem Optionsvertrag seien hingegen

auch Schadenersatzansprüche gegen den Beklagten als Notar wegen etwaiger Amtspflichtverletzungen im Zusammenhang mit der Vertragsabwicklung umfasst gewesen, liegt innerhalb des dem Tatrichter zustehenden Beurteilungsspielraums; dies wird von dem Beklagten auch nicht in Abrede gestellt.

Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts war ein solcher Schadenersatzanspruch in der Person des Sohnes der Klägerin allerdings nicht nur im Ansatz angelegt, sondern bereits entstanden, nachdem der Beklagte es unstreitig und pflichtwidrig unterlassen hatte, die Eintragung einer Auflassungsvormerkung zu seinen Gunsten zu bewirken (§ 53 BeurkG).

Ein Schadenersatzanspruch ist dann entstanden, wenn ein Schaden dem Grunde nach eingetreten ist, auch wenn seine Höhe noch nicht beziffert werden kann (z.B. BGH, Urt. v. 23.3.1987 – II ZR 190/86, BGHZ 100, 228, 231 und v. 9.12.1999 – IX ZR 129/99, WM 2000, 959, 960 jew. m.w.N.; RGZ 90, 82, 84; 153, 101, 106 f.). Dies setzt voraus, dass sich die Vermögenslage des Gläubigers objektiv verschlechtert hat (BGH und RG jew. a.a.O.); eine bloße Vermögensgefährdung genügt noch nicht (BGH, Urt. v. 9.12.1999, a.a.O., m.w.N.).

Der Sohn der Klägerin verfügte aufgrund des mit W. L. geschlossenen Vertrags über das Recht, eine Option dahin auszuüben, den Erwerb der fraglichen Grundstücke in beurkundeter Form zu erklären, und damit über ein verkehrsfähiges und insofern werthaltiges Recht. Dieses konnte nach Übergang des Eigentums an den Grundstücken auf den Sohn des Verkäufers ohne die vorgesehene und von dem Beklagten zu bewirkende vorhergehende Absicherung des Optionsberechtigten im Grundbuch **nicht mehr zum ursprünglichen Wert veräußert** werden, weil dadurch die Möglichkeit eines auf diese Weise beabsichtigten Eigentumserwerbs nicht mehr gesichert war. Bei dieser Sachlage war bei dem **Sohn der Klägerin** insoweit bereits ein **Schaden** eingetreten, so dass er den darauf beruhenden Anspruch auf die Klägerin übertragen konnte.

b) Indessen macht sie einen solchen Schadenersatzanspruch wegen der ihrem Sohn genommenen Möglichkeit einer **werthaltigen Übertragung des Optionsrechts** im Streitfall nicht geltend. Sie verlangt vielmehr Ersatz entgangenen Gewinns für die von ihr nach einer Ausübung des Optionsrechts beabsichtigte Weiterveräußerung der Grundstücke, von Zinsen für von ihr aufgenommene Darlehen sowie die ihr entstandenen Kosten. **Ein derartiger Schaden ist jedoch von der ihr abgetretenen Forderung nicht mit umfasst, sondern stellt einen nach Inhalt, Umfang und zugrunde liegendem Lebenssachverhalt anderen Gegenstand der Forderung dar.**

Der mit der Klage geltend gemachte Schaden war nicht etwa in dem Anspruch mit enthalten, den ihr Sohn ihr abgetreten hat und hätte geltend machen können, sondern unterscheidet sich inhaltlich davon und geht weit darüber hinaus, so dass er ein **aliud** darstellt. Ein solcher Schaden war bei ihrem Sohn auch nicht im Grunde bereits angelegt und hätte in

seiner Person auch nicht entstehen können. Weder zum Zeitpunkt der Abtretung seiner Rechte an die Klägerin noch zu einem späteren Zeitpunkt bis zum Ende des Optionszeitraums am 31.12.2010 war er nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts in der Lage, seine Rechte aus dem Optionsvertrag auszuüben und Eigentümer der Grundstücke zu werden.

Denn ihm fehlten zum einen die finanziellen Mittel, um seine Zahlungsverpflichtungen aus dem bedingten Kaufvertrag mit W. L. zu erfüllen; zum anderen wäre ihm auch keine Genehmigung nach dem Grundstücksverkehrsgesetz für den Ankauf der Grundstücke erteilt worden. In Nummer II. 1. des Optionsvertrags ist zwar geregelt, dass die Option, soweit von ihr nicht bis zum 31.12.2010 Gebrauch gemacht wird, weiterhin fortbesteht; es ist jedoch weder aufgezeigt noch ersichtlich, dass der Sohn der Klägerin etwa noch danach seine entsprechenden Rechte hätte ausüben können. Der von der Klägerin geltend gemachte Schadenersatz konnte deshalb von der Abtretung an sie nicht erfasst sein.

c) Für diese Beurteilung sprechen insbesondere auch **Schutzzweckgesichtspunkte**. Die vorliegend verletzte notarielle Amtspflicht aus § 53 BeurkG kann zwar grundsätzlich auch drittschützend sein. Zum **Kreis der dadurch geschützten Personen** können danach nicht nur unmittelbar oder mittelbar an der Beurkundung Beteiligte gehören, sondern auch solche Personen, deren Interessen durch das Urkundsgeschäft nach dessen Art und Zweck berührt sind (vgl. etwa BGH, Urt. v. 18.11.1999 – IX ZR 402/97, NJW 2000, 664, 666).

Die Klägerin kann jedoch nicht zu diesem Personenkreis gezählt werden, denn zum Zeitpunkt der Beurkundung bestand nur eine allgemeine Möglichkeit der Abtretung des Optionsrechts, ohne dass die Klägerin bereits konkret als Zessionarin in Betracht gekommen wäre. **Auf einen allgemeinen und nicht näher bestimmbaren Kreis potentieller Abtretungsempfänger kann sich die drittschützende Wirkung jedoch nicht beziehen.** Jedenfalls aber kann von dem hier maßgeblichen Schutzbereich nicht jeder beliebige Schaden eines Zessionars erfasst sein, sondern nur ein solcher, der in der Person des Zedenten bereits entstanden oder zumindest angelegt war und der auch bei dem Zedenten hätte entstehen und sich entwickeln können, nicht dagegen ein gänzlicher anderer und weit darüber hinaus gehender Schaden, der nur in der Person des Zessionars eintreten konnte.

d) Dem kann die Revision nicht mit Erfolg entgegenhalten, ein dem Grunde nach angelegter Anspruch auf Schadenersatz gegen den Beklagten habe als künftige Forderung auch dann abgetreten werden können, wenn der geltend gemachte Schaden im Moment der Zession zwar nicht in der Person des Zedenten bestanden habe, wohl aber in der Person des Zessionars habe entstehen können. Dies wird den Anforderungen an die **Abtretung auch künftiger Forderungen** unter den Umständen des Streitfalls nicht gerecht.

aa) In der Rechtsprechung ist zwar anerkannt, dass Forderungen ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt der Fälligkeit und der

Entstehung übertragbar sind, so dass auch die Abtretung künftiger (aufschiebend bedingter) Ansprüche möglich ist. Voraussetzung für die Abtretung künftiger Forderungen ist, dass diese, wie generell im Abtretungsrecht, individuell hinreichend bestimmt oder bestimmbar sind.

Das ist der Fall, wenn im Zeitpunkt der Abtretung der anspruchsbegründende Tatbestand (Rechtsgrund) für den künftigen Anspruch, wie etwa bei Anwartschaftsrechten oder Dauerschuldverhältnissen, schon gelegt ist (künftige Forderung im weiteren Sinn) oder wenn das Rechtsverhältnis oder die Rechtsgrundlage, aus der der künftige Anspruch erwachsen soll, noch nicht besteht, gleichwohl aber die Entstehung der Forderung zur Zeit der Abtretung jedenfalls möglich erscheint (künftige Forderung im engeren Sinn), wie zum Beispiel bei Forderungen aus erst abzuschließenden Austauschverträgen oder bei gesellschaftsrechtlichen Vermögensansprüchen (z.B. *Staudinger/Busche, a.a.O.*, § 398 BGB, Rdnr. 63 f.; *BeckOGK/Lieder, BGB*, § 398 Rdnr. 150 [Stand: 1.12.2016]; vgl. auch BGH, Urt. v. 20.3.1997 – IX ZR 71/96, BGHZ 135, 140, 144, v. 7.7.2003 – II ZR 271/00, NJW-RR 2003, 1690, 1691 sowie v. 29.11.2007 – IX ZR 30/07, BGHZ 174, 297 Rdnr. 27, zur Globalzession; *MüKoBGB/Roth/Kieninger, a.a.O.*, § 398 Rdnr. 78 f.; jew. m.w.N.).

Erforderlich für eine Abtretung künftiger Forderungen ist danach, dass deren tatbestandliche Voraussetzungen schon in der Person des Zedenten vollständig zumindest angelegt waren oder jedenfalls die Möglichkeit besteht, dass sie sich bei ihm ohne die Abtretung ebenfalls erfüllen könnten.

bb) Diese Anforderungen für das Vorliegen und die Abtretbarkeit einer künftigen Forderung sind nach den festgestellten Umständen für den im Streitfall von der Klägerin verfolgten Schadenersatzanspruch nicht gegeben.

Vorliegend war in der Person des Zedenten nur der Schaden angelegt und auch bereits entstanden, der in der Wertminderung des Optionsrechts infolge von dessen fehlender Grundbuchmäßiger Besicherung bestand. Da hingegen der von der Klägerin ersetzt verlangte andersartige Schaden beim Zedenten nicht auch nur angelegt war, kam ihm eine zukünftige Forderung und übertragbare Rechtsposition mit dem von ihr geltend gemachten Inhalt nicht zu.

Danach liegt eine mit den Fallgestaltungen, die in der aufgeführten Rechtsprechung und Literatur für eine mögliche Abtretung auch künftiger Forderungen dargestellt sind, vergleichbare Sachlage im Streitfall nicht vor. Insbesondere ist auch eine Vergleichbarkeit mit Fällen, in denen ein Verzugschaden geltend gemacht wird, nicht gegeben. Insoweit ist zwar anerkannt, dass sich die Höhe des Verzugs Schadens nach einer Abtretung nach den Verhältnissen des Zessionars bestimmt (z.B. BGH, Urt. v. 25.9.1991 – VIII ZR 264/90, NJW-RR 1992, 219 m.w.N.; vgl. auch Seetzen, AcP 169 [1969] 352, 354, 357), weil in diesen Fällen mit der Fortsetzung des Verzugs eine Pflichtverletzung des Schuldners nach der Abtretung auch gegenüber dem Zessionar vorliegt.

Im Unterschied zum vorliegenden Fall ist dabei aber bereits ein entsprechender Schaden in der Person des Zedenten angelegt und liegt gegenüber dem Zessionar eine (fortgesetzte) Pflichtverletzung vor; es geht deshalb nur um die Höhe des in der Art gleichbleibenden Schadens, nicht aber, wie vorliegend, um die Entstehung eines anders gearteten Schadens erst in der Person des Zessionars.

e) Letztlich entspricht diese Beurteilung auch dem **Rechtsgedanken des § 399 BGB**. Diese Vorschrift regelt zwei Ausnahmen von der grundsätzlich freien Übertragbarkeit von Forderungsrechten und zielt damit auf den Schutz des Forderungsschuldners ab. **Er braucht nach der ersten Alternative dieser Bestimmung nicht hinzunehmen, dass sich der Inhalt der Forderung durch die Abtretung zu seinem Nachteil verändert.** Die Vertragsparteien sollen sich vielmehr darauf verlassen können, nicht im Nachhinein aufgrund einer Abtretung zu einer überobligatorischen Leistung verpflichtet zu werden (vgl. BeckOGK/Lieder, a.a.O., § 399 Rdnr. 2, 2.1).

Im Streitfall wäre Letzteres aber der Fall gewesen. Denn durch die Geltendmachung eines Schadens in Form entgangenen Gewinns, von Zinsen für aufgenommene Darlehen und von Kosten anstelle des dem Sohn der Klägerin entstandenen Schadens verändern sich Inhalt und Charakter der abgetretenen Forderung und des davon umfassten Schadens maßgeblich, so dass nunmehr ein Anspruch verfolgt werden soll, der demgegenüber ein aliud darstellt.

f) Mit der Abtretung des in der Person des Sohnes der Klägerin entstandenen Schadenersatzanspruchs konnte deshalb nicht die Grundlage für die Geltendmachung eines **gänzlich anderen Schadens** geschaffen werden, der erstmals in der Person der Zessionarin, der gegenüber eine Pflichtverletzung des Beklagten nicht vorliegt, entstanden ist. Die gegenteilige Annahme der Revision wird der zu berücksichtigenden Interessenlage und dem insoweit schützenswerten Interesse des Schuldners nicht ausreichend gerecht; der Zedent kann durch Abtretung seines inhaltlich völlig anderen Anspruchs nicht dazu beitragen, dass der Zessionar nunmehr Ersatz eines weit darüber hinausgehenden und anders gearteten Schadens geltend machen kann, den der Zedent weder gegenwärtig noch zukünftig gegenüber dem Schuldner einfordern könnte.

Dieser muss auch davor geschützt sein, dass sich der Zedent den inhaltlich veränderten Anspruch später zurück abtreten lässt, um auf diesem Umweg einen in seiner Person nicht werthaltigen Anspruch zu ersetzen und wirtschaftlich „aufzufüllen“. Es liegt auf der Hand, dass insoweit der Zurechnungszusammenhang fehlt und der Beklagte als Schuldner dies nicht gegen sich gelten lassen muss.

3. Schließlich geht auch die von der Revision in diesem Zusammenhang weiter erhobene Rüge fehl, wonach unbeachtet geblieben sei, dass der Beklagte dem Zessionar keine höchstpersönlichen Einwendungen entgegenhalten könne.

Einwendungen, die ausschließlich gegenüber der Person des Zedenten begründet sind und sich insofern als **höchstpersön-**

lich darstellen, können dem Zessionar grundsätzlich nicht nach **§ 404 BGB** entgegengehalten werden. Anerkannt ist dies namentlich, wenn die Durchsetzung der Forderung aufgrund missbräuchlichen Verhaltens des Zedenten scheitert. Sofern in der Person des Zessionars keine vergleichbaren Umstände vorliegen, kann er die Forderung durchsetzen (MüKoBGB/Roth/Kieninger, a.a.O., § 404 Rdnr. 10; BeckOGK/Lieder, a.a.O., § 404 Rdnr. 63).

Zwar mögen im Streitfall im Ausgangspunkt die Gründe dafür, dass der Sohn der Klägerin die Option nicht ausüben und deshalb auch einen Schaden, wie er nunmehr von der Klägerin geltend gemacht wird, nicht ersetzt verlangen konnte, in seiner Person gelegen haben. Daraus lässt sich aber jedenfalls in der vorliegenden Konstellation keine höchstpersönliche Einwendung des Beklagten entnehmen, die der Zessionarin nach § 404 BGB nicht entgegengesetzt werden könnte.

Die Fallgestaltungen, in denen eine nicht nach § 404 BGB beachtliche höchstpersönliche Einwendung angenommen wurde, sind dadurch gekennzeichnet, dass sämtliche Tatbestandsvoraussetzungen des abgetretenen Anspruchs erfüllt waren, jedoch in der Person des Zedenten besondere Umstände vorlagen, die der Geltendmachung der an sich gegebenen Forderung entgegenstanden. Im vorliegenden Fall hingegen fehlt es aus den dargestellten Gründen bereits an der Verwirklichung eines notwendigen Tatbestandsmerkmals des von der Klägerin erhobenen Schadenersatzanspruchs aus § 19 Abs. 1 Satz 1 BNotO. ■

Versicherungsschutz

- Geschäftsführender Treuhänder
- Versicherungsschutz
(OLG Köln, Beschl. v. 10.4.2017 – 9 U 120/16)

Leitsätze:

1. Der vereinbarte Ausschluss des Haftpflichtversicherungsschutzes für Tätigkeiten eines Steuerberaters im Bereich eines unternehmerischen Risikos, z.B. als geschäftsführender Treuhänder, in der Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung von Angehörigen der wirtschaftsprüfenden sowie wirtschafts- und steuerberatenden Berufe (AVB-WB) ist wirksam.

2. In der Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung von Angehörigen der wirtschaftsprüfenden sowie wirtschafts- und steuerberatenden Berufe greift der vorgesehene Risikoausschluss im Bereich eines unternehmerischen Risikos, z.B. als „geschäftsführender Treuhänder“ dann ein, wenn dem Steuerberater abweichend von dem Leitbild eines nur überwachenden Treuhänders nach dem Inhalt des Treuhandvertrages ein sich auf das unternehmerische Risiko auswirkender Entscheidungsspielraum eingeräumt wird.

3. Es gehört zu den elementaren Pflichten eines Treuhandkommanditisten, die Anleger vor ihrer Anlageentscheidung über alle wesentlichen Punkte, insbesondere auch darüber aufzuklären, dass die Entwicklung der Fonds erheblich von den prospektierten Annahmen abweicht. Kommt er dieser Pflicht nicht nach, ist der Versicherungsschutz wegen wissentlicher Pflichtverletzung ausgeschlossen. Das gilt auch dann, wenn derselbe Schaden auch durch weitere, nicht wissentliche Pflichtverletzungen mit verursacht worden ist. ■

Zum Sachverhalt:

Die Klagepartei nimmt die Beklagte als Berufshaftpflichtversicherer der T. Beratungs- und Treuhandgesellschaft mbH (nachfolgend T. GmbH) auf Zahlung, hilfsweise auf Feststellung in Anspruch.

Die T. GmbH betrieb eine Steuerberatungsgesellschaft. In dieser Eigenschaft unterhielt sie bei der Beklagten eine Berufshaftpflichtversicherung, bei der es sich um eine Pflichtversicherung i.S.d. §§ 67, 158 Nr. 6 StBerG i.V.m. § 52 DVStB handelt. Dem Versicherungsvertrag lagen die Allgemeinen Versicherungsbedingungen für die Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung für Angehörige der wirtschaftsprüfenden sowie wirtschafts- und steuerberatenden Berufe – AVB-WB – und die Besonderen Bedingungen und Risikobeschreibungen für die Vermögensschaden-Haftpflicht von Steuerberatern und Steuerbevollmächtigten zugrunde.

Die J. AG, deren Initiator der mehrfach vorbestrafte Herr H. war, finanzierte Prozesse durch Vorleistung von Gerichts- und Anwaltskosten. Ziel der Gesellschaft war es, die finanzierten Prozesse erfolgreich durchzuführen und aus den geltend gemachten Rechtsansprüchen Erlöse zu erzielen, die als Entgelt für die Tätigkeit der Gesellschaft deren Vermögen anteilig zufließen sollten. Die dafür erforderlichen finanziellen Mittel wurden von den zu diesem Zweck gegründeten Fondsgesellschaften, der Ersten bis Vierten J. GmbH & Co Prozesskostenfonds KG aufgebracht, an denen sich private und institutionelle Kapitalanleger mit einer Mindestzeichnungssumme von 5.000 EUR beteiligen konnten. Die Beteiligung erfolgte nicht unmittelbar, sondern durch Abschluss eines Treuhandvertrags mit der T. GmbH, die Treuhandkommanditistin dieser Prozesskostenfonds war und außer ihrem eigenen Kommanditanteil auch Kommanditanteile der jeweiligen Anleger im eigenen Namen, aber für deren Rechnung hielt.

Die Klagepartei beteiligte sich über die T. GmbH mit Beitrittsklärung aus Juni 2003 in Höhe einer Hafteinlage von 35.000 EUR zzgl. 5 % Agio an der Ersten J. GmbH & Co. Prozesskostenfonds KG. Mit der T. GmbH schloss die Klagepartei einen Treuhandvertrag. Die T. GmbH hatte nach Angaben der Klagepartei in der Klageschrift, die sich die Beklagte hilfsweise zu eigen gemacht hat, positiv Kenntnis davon, dass die Entwicklung der Fonds erheblich von den prospektierten Annahmen abwich. Hierüber informierte sie die Klagepartei bei ihrem Beitritt nicht. Auch eine Aufklärung

der Klagepartei über die Vorstrafen des Herrn H. durch die T. GmbH erfolgte nicht.

Mit Beschluss des AG Hannover vom 8.3.2012 wurde über das Vermögen der T. GmbH das Insolvenzverfahren eröffnet und Rechtsanwalt Dr. E aus Hannover zum Insolvenzverwalter bestellt. Dieser gab mit einem an die Gläubiger der T. GmbH gerichteten Schreiben vom 19.3.2012 den Deckungsanspruch der T. GmbH gegen die Beklagte aus der Vermögensschadenhaftpflichtversicherung im Hinblick auf etwaige Schadenersatzansprüche gegenüber den Gläubigern, u.a. der Klagepartei, frei. Die Klagepartei meldete in der Folgezeit Schadenersatzansprüche gegen die T. GmbH wegen unterlassener Aufklärung im Zusammenhang mit dem Abschluss des Treuhandvertrags zur Insolvenztabelle an, die in Höhe von 33.622,65 EUR zur Insolvenztabelle festgestellt wurden.

Das LG hat die Klage durch Urteil vom 27.4.2016 abgewiesen. ■

Aus den Gründen:

Der Beschluss beruht auf § 522 Abs. 2 ZPO. Die zulässige Berufung der Klagepartei hat aus den zutreffenden Gründen der angefochtenen Entscheidung, die durch das Berufungsvorbringen nicht entkräftet werden, offensichtlich keinen Erfolg. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird auf die Gründe des Senatsbeschlusses vom 29.12.2016 Bezug genommen. An der dort geäußerten Auffassung hält der Senat auch nach nochmaliger Beratung uneingeschränkt fest.

Ergänzend ist nur Folgendes anzumerken: Eine Erhebung der angebotenen Beweise zu der von der Klagepartei behaupteten Bestätigung des Versicherungsschutzes vor der Übernahme der Treuhandtätigkeit ist nicht geboten, weil es an einem nachvollziehbaren und schlüssigen Sachvortrag der Klagepartei zur nachträglichen wirksamen Abbedingung der im Versicherungsschein vereinbarten Bedingungen durch die Erteilung einer rechtsverbindlichen Deckungszusage fehlt (wird ausgeführt). (...)

Die ergänzenden Ausführungen der Klagepartei ändern nichts daran, dass der Versicherungsschutz wegen einer **wissentlichen Pflichtverletzung** der T. GmbH gemäß § 4 Nr. 6 AVB-WB ausgeschlossen ist. Nach der Rechtsprechung des BGH folgt aus der grundsätzlichen Darlegungs- und Beweislast des Versicherers, dass dieser zunächst einen **Sachverhalt vorzutragen hat, der auf eine Wissentlichkeit der Pflichtverletzung des Versicherungsnehmers zumindest hindeutet** (BGH, Urt. v. 17.12.2014 – IV ZR 90/13 –, juris). Der Vortrag weiterer zusätzlicher Indizien ist aber dann entbehrlich, wenn es sich um die **Verletzung elementarer beruflicher Pflichten** handelt, deren Kenntnis nach der Lebenserfahrung bei jedem Berufsangehörigen vorausgesetzt werden kann (BGH, Urt. v. 17.12.2014 – IV ZR 90/13 –, juris).

So liegt der Fall hier. Die T. GmbH hat nach dem eigenen Sachvortrag der Klagepartei, den sich die Beklagte hilfsweise zu eigen gemacht hat, gegen solche elementare Pflichten eines Treuhandkommanditisten verstoßen. Zu den **Kardinalpflichten eines Treuhandkommanditisten** gehört es, künftige

Treugeber über ihm bekannte, für die Anlageentscheidung erhebliche nachteilige Abweichungen vom Prospekt aufzuklären. Eine Kenntnis des Geschäftsführers der T. GmbH von dieser **elementaren Verpflichtung eines Treuhänders zur Aufklärung der künftigen Treugeber vor der Anlageentscheidung kann nach der allgemeinen Lebenserfahrung vorausgesetzt werden**. Dass es sich bei dem negativen Abweichen der Entwicklung der Vorgängerfonds von den prospektiven Annahmen um einen Umstand handelt, der offensichtlich für die Anlageentscheidung eines künftigen Treugebers von erheblicher Bedeutung ist und daher zu offenbaren ist, liegt auf der Hand.

Alle K. Fondsgesellschaften basierten, wie dem Geschäftsführer der T. GmbH bekannt war, auf demselben Geschäftsmodell. Aus der **negativen Entwicklung des Vorgängerfonds** war deshalb auf die wirtschaftlichen Erwartungen hinsichtlich der nachfolgenden Fondsgesellschaften zu schließen. Die T. GmbH wusste auch, dass die Klagepartei mit ihrem Beitritt zur J. Fondsgesellschaft eine Kapitalanlage bezweckte und nicht etwa sonstige persönliche Motive verfolgte. Angesichts dessen kann kein Zweifel daran bestehen, dass die T. GmbH erkannte, dass sie als Treuhänderin verpflichtet war, die Treugeber vor einer Anlageentscheidung wahrheitsgemäß über die negative Abweichung der Entwicklung des Anlagemodells gegenüber den Angaben im Prospekt aufzuklären. Anhaltspunkte für einen diesbezüglichen Irrtum der T. GmbH sind weder vorgetragen noch erkennbar.

Die Treuhandtätigkeit der T. GmbH enthielt nach den konkreten Regelungen im Treuhandvertrag **wesentliche Elemente einer geschäftsführenden Treuhand**. (...) Die im Hinweisbeschluss zitierten Entscheidungen ... betreffen die höchst richterlich anerkannte Wirksamkeit des vereinbarten Ausschlusses des Haftpflichtversicherungsschutzes für Tätigkeiten eines Steuerberaters im Bereich eines unternehmerischen Risikos, z.B. als geschäftsführender Treuhänder. ... In der Klausel ist von „geschäftsführender Treuhand“ die Rede und gerade nicht – wie in den übrigen Aufzählungen – von einer Tätigkeit „als Geschäftsführer“. Für einen durchschnittlichen Steuerberater kann daher wegen der im Kontext unterschiedlich verwendeten Begriffe kein Zweifel bestehen, dass eine Organstellung als Geschäftsführer für den Ausschluss nicht erforderlich ist.

Auch unter Berücksichtigung der ergänzenden Ausführungen der Klagepartei hält der Senat daran fest, dass der begehrte Versicherungsschutz zudem an dem Risikoausschluss gemäß Ziffer B.V. 1 (1) BBR scheitert. Die streitgegenständliche **Aufklärungspflichtverletzung aus der Anbahnung des Geschäftsverhältnisses** fällt in den Bereich des vom Versicherungsschutz ausgeschlossenen unternehmerischen Risikos. Die Entscheidungsspielräume im Zusammenhang mit dem Beitritt neuer Anleger hatten unmittelbaren Einfluss auf das unternehmerische Risiko, weil die T. GmbH hierdurch den Umfang ihrer eigenen kapitalmäßigen Beteiligung an der Fondsgesellschaft steuern konnte. Schon aus diesem Grund ist die Stellung der T. GmbH als „normale“ Gesellschafterin nicht von ihrer Tätigkeit als Treuhandkommanditistin zu trennen. (...)

Die weiteren Voraussetzungen des § 522 Abs. 2 ZPO liegen vor. Die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordern nicht eine Entscheidung des Senats aufgrund mündlicher Verhandlung. Der Senat hat bereits in dem Verfahren *9 U 157/13* über Ansprüche von Anlegern der J.-Fonds gegen die Beklagte als Berufshaftpflichtversicherer der mitversicherten Treuhandkommanditistin entschieden (Hinweisbeschluss vom 6.2.2014 sowie Zurückweisungsbeschluss vom 2.6.2014).

Der BGH hat die gegen den Zurückweisungsbeschluss des Senats eingelegte Nichtzulassungsbeschwerde mit Beschluss vom 24.6.2015 (*IV ZR 248/14, r+s 2016, 488*) als unzulässig verworfen. In seinen Gründen hat der BGH ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Nichtzulassungsbeschwerde auch unbegründet gewesen wäre, weil keiner der im Gesetz (§ 543 Abs. 2 ZPO) vorgesehenen Gründe vorliege, nach denen der Senat die Revision zulassen dürfen. Diese Auffassung hat der BGH in seinem am 29.3.2017 – *IV ZR 230/16* – ergangenen Beschluss bekräftigt. Hierin hat der BGH die von einem Anleger der J.-Fonds gegen den Zurückweisungsbeschluss des Senats vom 22.7.2016 – *9 U 226/15* – eingelegte Nichtzulassungsbeschwerde als unbegründet zurückgewiesen. (...) ■

Honoraranspruch des Mittelverwendungskontrolleurs

- Mittelverwendungskontrolle
- Verwahrstelle i.S.d. § 80 KAGB
- Störung der Geschäftsgrundlage
(*OLG München, Urt. v. 18.11.2015 – 7 U 1538/15*)

Leitsätze:

1. Bei einem Mittelverwendungskontrollvertrag zwischen einem Wirtschaftsprüfer und einem Publikumsfonds ist die Freiwilligkeit der Mittelverwendungskontrolle ein „Umstand“ im Sinne des § 313 BGB. Diese Freiwilligkeit ist nachträglich dadurch entfallen, dass durch das Inkrafttreten des KAGB die dort inhaltlich näher geregelte (§§ 81 ff. KAGB) Mittelverwendungskontrolle durch eine „Verwahrstelle“ zwingend (§ 80 Abs. 1 KAGB) vorgeschrieben wurde.
2. Diese Störung der Geschäftsgrundlage führt aber nicht zum Recht des Publikumsfonds, das Dauerschuldverhältnis mit dem Wirtschaftsprüfer zu kündigen (§ 313 Abs. 3 S. 2 BGB). Vielmehr ist der Mittelverwendungskontrollvertrag lediglich in seiner Laufzeit anzupassen (§ 313 Abs. 1 BGB).
3. Eine Anpassung des Vertrages durch Reduzierung der Laufzeit auf zwei Drittel der ursprünglich vereinbarten Laufzeit erscheint sachgerecht und angemessen. ■

Zum Sachverhalt:

Die Klägerin ist eine Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaft. Die Beklagte ist ein geschlossener Publikumsfonds (gem. Gesellschaftsvertrag – GesV), der zur Gruppe der D. Finance group M. gehört. Die Parteien schlossen am 25.5.2012 einen Mittelverwendungskontrollvertrag (künftig: MVKV). Hiernach war es u.a. die vergütungspflichtige Aufgabe der Klägerin, unter bestimmten, von ihr zu prüfenden Voraussetzungen ihre Zustimmung zu Verfügungen betreffend das Konto der Fondsgesellschaft zu erteilen (§ 2). Hinsichtlich der Laufzeit des MVKV war in dessen § 7 vereinbart, dass der Vertrag mit Beendigung der Liquidationsphase der Gesellschaft gem. § 23 GesV endet; vorher sollte der Vertrag nur aus wichtigem Grund kündbar sein. Die Dauer der Fondsgesellschaft ist gem. § 18 I GesV befristet bis 31.12.2025 (mit Verlängerungsoption); zu diesem Datum soll die Liquidation gem. § 23 GesV beginnen.

Am 8.6.2011 wurde die Richtlinie 2011/61/EU über die Verwalter alternativer Investmentfonds u.a. erlassen (fortan: RL), die am 4.7.2013 durch das KAGB in nationales Recht umgesetzt wurde. Die Parteien traten in – inhaltlich im Einzelnen streitige – Gespräche darüber ein, in welcher Weise die Klägerin für die Beklagte die Funktion einer gem. §§ 80 ff. KAGB erforderlichen Verwahrstelle ausüben könne. Schließlich beauftragte die für die Beklagte handelnde D. F. M. GmbH die C. Bank Deutschland GmbH mit der Verwahrstellentätigkeit im Sinne des KAGB.

Mit Schreiben vom 16.6.2014 erklärte die Beklagte gegenüber der Klägerin die Kündigung des MVKV, weil durch Inkrafttreten des KAGB die Geschäftsgrundlage des Vertrages entfallen sei. Wegen mehrerer Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes, die die Klägerin gegen die Beklagte und andere Fonds der Gruppe eingeleitet hat, sei überdies das Vertrauen der Beklagten gegenüber der Klägerin zerstört.

Die Klägerin hat vorgetragen, es liege kein wichtiger Grund für die Kündigung des MVKV vor; auch sei die Geschäftsgrundlage nicht entfallen. (...) ■

Aus den Gründen:

Die Berufung der Klägerin ist teilweise begründet. Ein wichtiger Grund zur Kündigung des MVKV (§ 314 BGB) liegt zwar nicht vor. Wegen Störung der Geschäftsgrundlage war die Laufzeit des Vertrages aber herabzusetzen (§ 313 BGB).

1. Ein **wichtiger Grund** im Sinne des § 314 BGB, § 7 II MVKV für die **Kündigung** des MVKV liegt nicht vor.

a) Die Beklagte beruft sich insoweit auf das Verhalten der Klägerin im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes (*LG München I – 14 HK O 9496/14*). Hierzu hat sie im vorliegenden Rechtsstreit vorgetragen, die Klägerin habe dort wahrheitswidrig vorgetragen, die Beklagte habe entgegen dem im Prospekt abgedruckten MVKV **keine Und-Konten eingerichtet**, sondern lediglich für das vom Fonds allein geführte Konto den Mitarbeitern der Klägerin Vollmacht erteilt, und für die Einzahlungskonten keine Sperrvermerke zugunsten der Klägerin einrichten lassen. Deshalb habe sich die Beklag-

te mit aufsichtlichen Maßnahmen der BaFin auseinandersetzen müssen.

b) Hierauf hat aber die Klägerin erwidert, sie habe im dortigen Verfahren gerade klargestellt, dass die Vorgaben des MVKV nicht wortlautgetreu umgesetzt worden seien, dass aber aufgrund der mit den Kreditinstituten vereinbarten Zeichnungsberechtigung (Verfügungen nur mit Zeichnung der Geschäftsführer der Klägerin) das letztlich entscheidende Zustimmungserfordernis sichergestellt war. Gleiches hat die Klägerin hiernach für die (ohnehin identischen, s. § 1 MVKV) Einzahlungskonten dargestellt, aber zugleich ausgeführt, dass bei einem Widerruf ihrer Kontoberechtigung die Überwachung der ordnungsgemäßen Verwendung der Anlegergelder nicht mehr gewährleistet sei.

c) Darauf hat die Beklagte lediglich repliziert, die Klägerin habe wahrheitswidrige Vorwürfe erhoben, indes ohne auch nur ansatzweise anzugeben, inwiefern die Darstellung der Klägerin sachlich unzutreffend sein sollte. Hierfür ist auch nichts ersichtlich. Insbesondere hat die Beklagte nicht in Abrede gestellt, dass sie entgegen der Darstellung im Prospekt keine Und-Konten eingerichtet hat.

d) Es ist daher mangels jeglicher diesbezüglicher Darstellung der Beklagtenseite davon auszugehen, dass die Klägerin im einstweiligen Rechtsschutzverfahren wahrheitsgemäß vorge-tragen hat.

Dass sie angesichts bevorstehender Veränderungen überhaupt den Versuch unternommen hat, in einem rechtlich geordneten Verfahren sich ihrer Rechte zu vergewissern, kann ihr ebenso wenig zum Vorwurf gemacht werden.

e) Ein wichtiger Grund für die Kündigung ist daher nicht auszumachen.

2. Es liegt aber eine **Störung der Geschäftsgrundlage** durch Inkrafttreten des KAGB vor, § 313 BGB.

a) Unstreitig war gemeinsame – und sachlich zutreffende – Vorstellung beider Seiten bei Vertragsabschluss, dass eine **Mittelverwendungskontrolle nicht etwa gesetzlich vorgeschrieben** ist. Vielmehr lag dem MVKV zugrunde, dass die Beklagte (bzw. die hinter ihr stehende Gruppe bzw. das Emissionshaus) sich entschlossen hatte, dem gerichtsbekannten Beispiel zahlreicher Publikumsfonds zu folgen und eine **freiwillige Mittelverwendungskontrolle** einzurichten. Diese Freiwilligkeit der Kontrolle ist ein „Umstand“ im Sinne des § 313 I BGB. Die Klägerin hat nicht in Abrede gestellt, dass ihr bekannt war, dass der Abschluss des MVKV seitens der Beklagten nicht auf einer gesetzlichen Anordnung, sondern auf einer freiwilligen wirtschaftlichen Entscheidung der Beklagten beruhte.

b) Diese Freiwilligkeit ist nachträglich dadurch entfallen, dass durch das **Inkrafttreten des KAGB** die dort inhaltlich näher geregelte (§§ 81 ff. KAGB) Mittelverwendungskontrolle durch eine „**Verwahrstelle**“ **zwingend (§ 80 I KAGB) vorgeschrieben** wurde.

c) Dem kann nicht klägerseits entgegengehalten werden, die von ihr ausgeübte Mittelverwendungskontrolle und die von der Verwahrstelle ausgeübte Funktion unterschieden sich so weitgehend voneinander, dass für die klägerische Tätigkeit im Dienst der Beklagten von einem hinreichend weiten Anwendungsgebiet auszugehen sei; deshalb sei die Geschäftsgrundlage des MVKV durch die Gesetzesänderung nicht entscheidend betroffen. Vielmehr könnten Mittelverwendungskontrolle und Verwahrstellentätigkeit in wirtschaftlich sinnvoller Weise nebeneinander bestehen.

Dies trifft nicht uneingeschränkt zu.

aa) Denn nach dem MVKV ist es zunächst Aufgabe der Beklagten, die **Anlegergelder** hereinzunehmen und sie auf dem in der Präambel (Ziff. ii) näher definierten Konto zu **deponieren**. Aufgabe der Klägerin ist es sodann, Zustimmungen zu Verfügungen zu erteilen (§ 1 II MVKV) und somit **Gelder freizugeben** (§ 2 I MVKV), sofern gewisse Voraussetzungen vorliegen, die die Fondskomplementärin darzustellen (§ 2 II, III S. 1 und 2 MVKV), die Klägerin dagegen nur nachzuprüfen hat (§ 2 III 3 MVKV). § 2 III 5 MVKV bestimmt aber ausdrücklich, dass die **Prüftätigkeit** der Klägerin **höchst formaler Natur** ist: die Klägerin prüft vor Zahlungen nur, ob entsprechende Rechnungen Dritter vorliegen, nicht aber, ob die in den Rechnungen erhobenen Forderungen begründet sind.

Zu einer materiellen Prüfung ist die Klägerin ausdrücklich nicht berechtigt (§ 2 IV lit. i Abs. 2 MVKV). Die Klägerin schuldet auch keine Rechnungslegung; diese ist vielmehr vom Fonds zu leisten, die Klägerin hat nur Aufzeichnungen zu führen und aufzubewahren, aus denen die Auszahlungen hervorgehen (§ 3 MVKV).

bb) Hingegen ist es **Aufgabe der Verwahrstelle**, verwahrfähige Finanzinstrumente zu verwahren (§ 81 I KAGB), **materiell zu prüfen, ob die Ausgabe und Rücknahme von Anteilen (oder – hier nicht einschlägig – Aktien) des Fonds den einschlägigen Rechtsvorschriften entspricht, die rechtzeitige Zahlung an den Fonds (einschließlich der von den Anlegern geschuldeten Zahlungen, § 83 VI KAGB) und die inhaltlich richtige Verwendung von Erträgen des Fonds zu prüfen (§ 83 I KAGB, einschließlich der Prüfung z. B. von Eintragungen im Grundbuch, § 83 IV Nr. 1 KAGB), sowie Sicherheiten (§ 83 II KAGB) und bei Weisungen des Fonds deren Rechtmäßigkeit zu prüfen (§ 83 V KAGB).**

Des Weiteren hat die Verwahrstelle – insoweit deckungsgleich mit der Aufgabe der Klägerin gem. dem MVKV – **bei Verfügungen über Guthaben des Fonds ihre Zustimmung zu erteilen** (§ 84 I Nr. 2 KAGB), wobei sie aber – anders als die Klägerin nach dem MVKV – **eine materielle Prüfungspflicht** trifft (§ 84 II KAGB).

Außerdem hat die Verwahrstelle umfassende Pflichten zur Aufbewahrung von Unterlagen, anhand deren die BaFin das Geschäftsgebaren des Fonds überprüfen kann (§ 86 KAGB). Insbesondere aber ist die Verwahrstelle berechtigt und verpflichtet, Ansprüche der Anleger gegenüber dem Fonds geltend zu machen (§ 89 KAGB).

cc) **Dies zeigt, dass die Aufgaben der Verwahrstelle nach dem KAGB die Aufgaben der Klägerin nach dem MVKV nicht nur vollständig umfassen, sondern auch weit darüber hinausgehen.**

Ein eigenständiger Tätigkeitsbereich verbleibt hiernach für die Klägerin nach Beauftragung einer Verwahrstelle nicht mehr. Vielmehr kann sie ihre vertraglich vorgesehene Tätigkeit allenfalls parallel mit der Verwahrstelle durchführen, ohne dass hiermit ein nennenswerter Nutzen für die Beklagte verbunden wäre. Dies liegt angesichts der hohen Anforderungen des KAGB an die Qualifikation der Verwahrstelle (§ 80 II – IX KAGB) auf der Hand; dass die Klägerin die ihr zugewiesene Tätigkeit besser verrichten würde als die Verwahrstelle (hier: eine Bank), ist in keiner Weise ersichtlich.

d) Diese Störung der Geschäftsgrundlage führt aber entgegen der Auffassung der Beklagten nicht zum Recht, das Dauerschuldverhältnis mit der Klägerin zu kündigen (§ 313 III 2 BGB). **Vielmehr ist der MVKV lediglich in seiner Laufzeit anzupassen** (§ 313 I BGB). Dass die Anpassung des Vertrages nicht möglich wäre, wie beklagtenseits behauptet, ist nicht ersichtlich. Vielmehr kommt eine Anpassung z.B. durch Herabsetzung der Vergütung der Klägerin oder durch Reduzierung der Laufzeit des MVKV ohne weiteres in Betracht (s.u. lit. e). Auch für eine Unzumutbarkeit, wie beklagtenseits vielfach vorgetragen, ist nichts ersichtlich.

aa) Zwar trifft zu, dass durch Inkrafttreten des KAGB die Beklagte eine gesteigerte Kostenlast trifft: Sie hat gem. § 4 des MVKV der Klägerin und, wie aus § 89a KAGB hervorgeht, auch der Verwahrstelle eine Vergütung zu bezahlen. Wie aber aus der Streitwertberechnung der Klägerin und aus den hierzu angestellten mündlichen Erwägungen im Verhandlungstermin hervorgeht, bezieht die Klägerin derzeit eine jährliche Vergütung von 4.000 EUR. Von einer unzumutbaren Kostenbelastung kann angesichts dieses Betrags bei einem Fonds, der nach eigener Darstellung ein Vermögen von rund 5 Millionen EUR verwaltet, indessen nicht die Rede sein.

bb) **Unzumutbar i.S.d. § 313 III BGB** ist das **Festhalten am Vertrag** zwar dann, wenn die Durchführung des Vertrages sinnlos geworden ist (*Palandt/Grüneberg, BGB, 74. Aufl., § 313 Rdnr. 42*). Dies ist hier aber trotz des Umstandes, dass die Verwahrstelle die gleiche Tätigkeit verrichtet wie die Klägerin (*s. soeben lit. c bb*), nicht der Fall.

Denn die Beklagte kommt durch die weitere Durchführung des Vertrags mit der Klägerin in den Genuss einer doppelten Kontrolle; **nicht auszuschließen ist nämlich, dass der Verwahrstelle, nicht aber der Klägerin bei der Mittelverwendungskontrolle Fehler unterlaufen, die durch die doppelte Kontrolle somit vermieden werden. Gänzlich sinnlos ist der MVKV daher weiterhin nicht.**

e) Der Senat erachtet eine Anpassung des Vertrages durch Reduzierung der Laufzeit auf zwei Drittel der ursprünglich (ohne Berücksichtigung der Liquidationsphase) vereinbarten Laufzeit für sachgerecht und angemessen. Bei der Anpassung des Vertrages ist eine umfassende Interessenabwägung

anzustellen (*Palandt, a.a.O., Rdnr. 40*). Dies führt hier dazu, dass sich die eingetretene Störung der Geschäftsgrundlage überwiegend zulasten der Beklagten auswirken muss mit der Folge, dass die Klägerin die Verkürzung der Laufzeit des MVKV um lediglich ein Drittel hinnehmen muss.

aa) Maßgeblich ist hierbei zunächst, dass sich die hier einschlägigen Vorschriften des KAGB an die Beklagte, nicht aber an die Klägerin richten. Die Klägerin ist eine Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, deren Tätigkeit im hier interessierenden Zusammenhang durch das KAGB nicht direkt berührt wird: die vertraglich vereinbarte Mittelverwendungskontrolle wird durch das KAGB weder verboten noch geboten. Ausschließlich die Beklagte wird von dem gesetzlichen Gebot betroffen, nicht nur die bisher freiwillig vereinbarte Mittelverwendungskontrolle durchführen zu lassen, sondern ihr Geschäftsgebaren im oben geschilderten Umfang von einer besonders qualifizierten Einrichtung (der Verwahrstelle) überwachen zu lassen.

bb) Für die Beklagte war die durch das Inkrafttreten des KAGB eintretende **Störung der Geschäftsgrundlage** in hohem Maße vorhersehbar; sie hätte sich daher auf die kommende Änderung der Rechtslage einstellen können und müssen.

So ist schon auf S. 21 des Verkaufsprospektes ausdrücklich von einem Richtlinienentwurf die Rede, wonach die Manager alternativer Investmentfonds zusätzliche, im Fondskonzept bisher nicht vorgesehene Anforderungen zu erfüllen hätten.

(1) Diese Darstellung war zwar zum damaligen Zeitpunkt (der Prospekt datiert vom 25.5.2012) falsch, weil die RL nicht nur im Entwurf vorlag, sondern bereits erlassen worden war. Der Beklagtenvertreter hat diesen Prospektfehler im Termin zur mündlichen Verhandlung damit erklärt, man habe die entsprechende Passage aus Prospekten verwandt, aber älterer Fonds „abgeschrieben“, ohne auf die bereits eingetretene Änderung der Rechtslage zu achten.

Die genannte Prospektstelle belegt aber immerhin, dass den Prospektverantwortlichen bewusst war, dass mit gesetzgeberischer Tätigkeit zunächst auf europäischer und sodann zwingend (weil von einer Richtlinie die Rede ist, die gem. Art. 288 III AEUV der Umsetzung in nationales Recht bedarf) auf deutscher Ebene zu rechnen war.

(2) Bei hinreichender Sorgfalt hätte die Beklagtenseite ohne weiteres den **Prospektfehler**, also das bereits erfolgte Inkrafttreten der RL erkennen und sich über den Inhalt dieser RL vergewissern können. Hiernach hätte die Beklagte ohne weiteres erkennen können, dass der MVKV den Anforderungen der RL nicht ansatzweise gerecht wird. Dies betrifft sowohl die Anforderungen an die Qualität des Vertragspartners (Art. 21 III – VI, XI RL) als auch die Beschreibung des Tätigkeitsbereichs der Verwahrstelle (Art. 21 VI – X RL); insoweit kann auf die obigen Ausführungen zum KAGB (s.o. Ziff. 2c) verwiesen werden.

(3) Nicht entscheidend ins Gewicht fällt, dass der deutsche Gesetzgeber sich dafür entschieden hat, die 100-Millionen

EUR-Schwelle der RL (Art. 3 IIa RL) grundsätzlich (zu den hier nicht einschlägigen Ausnahmen s. z.B. § 4 IV KAGB) nicht in das deutsche Recht zu übernehmen mit der Folge, dass auch der beklagte Fonds dem KAGB unterfällt. Auch dies war vorhersehbar. Denn der Erwägungsgrund 17 der RL sieht in seinem letzten Satz ausdrücklich vor, dass es den Mitgliedstaaten bei der Umsetzung der RL gestattet ist, auf Fonds, deren Volumen sich unterhalb der Schwelle bewegt und die sich den Anforderungen der RL nicht freiwillig unterwerfen (Opt-in-Verfahren), „strengere Anforderungen“ anzuwenden. Dies ist durch das KAGB geschehen.

(4) Der Senat verkennt nicht, dass es auch der Klägerin möglich gewesen wäre, sich über die eingetretene europäische und die zu erwartende nationale Rechtssetzung ins Bild zu setzen. Auch hier gilt aber, dass wirtschaftlicher Adressat der RL die Beklagte, allenfalls indirekt dagegen die Klägerin ist; auf die obigen Ausführungen zum KAGB wird verwiesen (s.o. Ziff. 2e aa).

cc) Durch den MVKV hat sich die Beklagte als Auftraggeber der Dienste der Klägerin versichert. Es fällt aber grundsätzlich in den Verantwortungsbereich dessen, der eine entgeltliche Leistung (Ware oder Dienstleistung) bestellt, ob er hierfür eine sinnvolle Verwendung hat. Dieses Verwendungsrisiko trägt vorliegend daher die Beklagte.

dd) Unerheblich ist in diesem Zusammenhang der zwischen den Parteien bestehende Streit über den Verlauf der Gespräche über die Frage, ob die Klägerin bzw. eine von ihr zu diesem Zweck zu gründende Tochtergesellschaft für die Beklagte die Verwahrstellentätigkeit ausüben solle. Denn aus dem MVKV heraus traf weder die Klägerin die Pflicht, auf ihrer Seite die Voraussetzungen (§ 80 KAGB) für die Übernahme dieser Funktion zu schaffen, noch traf die Beklagte die Pflicht (sollten diese Voraussetzungen auf Klägerseite eintreten), die Klägerseite auch zu beauftragen.

f) Im Ergebnis hält es der Senat unter Abwägung dieser Umstände daher für angemessen, die Laufzeit des Vertrages, die ursprünglich (ohne Berücksichtigung der Liquidationsphase) 13 Jahre und rund sieben Monate (25.5.2012 – 31.12.2025), somit 163 Monate betrug, im Wege der Anpassung auf zwei Drittel dieser Laufzeit, also rund 108 Monate und somit neun Jahre, herabzusetzen. Deshalb war auszusprechen, dass die Kündigung des MVKV erst zum 26.5.2021 Wirksamkeit entfaltet. (...) ■

Steuerberaterhaftung

- Stillschweigender Abschluss eines Auskunftsvertrags
 - Auskunft per E-Mail
 - Gefälligkeitsverhältnis
 - Haftungsausfüllende Kausalität
 - Vermutung beratungsgerechten Verhaltens
- (OLG Frankfurt am Main, Urt. v. 13.8.2014 – 4 U 128/13)

Leitsatz (d. Red.):

Der Annahme eines selbständigen, steuerlichen Auskunftsvertrages steht nicht entgegen, dass der Auskunftsempfänger bereits anderweitig steuerlich beraten wurde. Gegen eine gefälligkeitshalber erteilte Auskunft spricht, wenn der Steuerberater in einer Mail an den Auskunftsempfänger anbietet, für Fragen zur Verfügung zu stehen. ■

Zum Sachverhalt:

Der Kläger nimmt die Beklagte als Steuerberaterin und Gesellschafterin der Steuerberatergesellschaft B. & Sch. wegen eines behaupteten Beratungsfehlers auf Schadenersatz in Anspruch.

Im Verfahren des LG Frankfurt am Main – 2-24 O 64/09, hat der Kläger die Beklagte bereits rechtskräftig auf Zahlung eines Teilbetrages von 50.000 EUR in Anspruch genommen (...).

1. Der Kläger war ursprünglich Inhaber des Einzelunternehmens I., das sich u.a. mit Softwareentwicklung befassete. Zwecks Beteiligung eines langjährigen Mitarbeiters gründete der Kläger im August 2000 die I.W.M. Software AG. Der Kläger beabsichtigte zudem, die Zusammenarbeit mit einer BCA AG zu intensivieren, die an der vom Kläger entwickelten und weiterzuentwickelnden Software interessiert war.

Bei der Gestaltung der zu diesem Zweck beabsichtigten Transaktionen ließ sich die I. AG durch die Beklagte, die in diesem Rahmen für die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft F.C. GmbH tätig wurde, beraten. Die entsprechende Zusammenarbeit bestätigte die Beklagte dem Kläger namens der F.C. GmbH mit Schreiben vom 6.11.2000.

Noch vor Eintragung der neuen AG am 9.1.2001 schlossen der Kläger, sein an der AG beteiligter Mitarbeiter und die B. AG einen Vertrag, der vorsah, dass der Kläger den Geschäftsbereich „Software“ seines Einzelunternehmens im Wege der Sachkapitalerhöhung in die I. AG einbringen sollte und danach eine Kapitalerhöhung vorgenommen werden sollte, durch die die B. AG 25,1% der stimmberechtigten Aktien erhalten sollte. Anfang 2001 stellte sich jedoch heraus, dass der Vertrag nicht vollzogen werden konnte, weil die Bilanz des Einzelunternehmens ein Negativkapital aufwies.

Daraufhin vereinbarten die Vertragsparteien, dass die Vermögenswerte des Einzelunternehmens statt durch Sachgründung durch einen Kauf- und Übertragungsvertrag übertragen werden sollten. Mit entsprechender Vertragsurkunde, rückdatiert auf den 28.12.2000, veräußerte der Kläger die Rechte an der Software „Da Vinci“ zum Preis von 320.000 DM an die I. AG; für die Übertragung der „unfertigen Leistungen“ wurde zudem ein Kaufpreis von 255.650 DM vereinbart. Außerdem veräußerte der Kläger am 10.5.2001 mit notariellem Vertrag das Betriebsgrundstück und die Geschäftsausstattung an die I. AG.

Bereits im Zeitraum von Ende März bis Anfang Mai 2001 war es zu einer E-Mail-Korrespondenz und zu Besprechungen zwischen dem Kläger und der Beklagten gekommen. In einer E-Mail vom 22.3.2001 berichtete die Beklagte dem Kläger von Bedenken der B. AG, das Finanzamt könnte möglicherweise die Bewertung der veräußerten Vermögensgegenstände von der Kapitalerhöhung durch die B. AG ableiten. Dem setzte die Beklagte ihre näher begründete Auffassung entgegen, aus ihrer Sicht seien die zugrunde gelegten Verkehrswerte für Betriebsgrundstück und Software „darstellbar“. Die E-Mail weist als Absender „...“ aus und ist mit der Firma der Steuerberatungsgesellschaft ... unterzeichnet.

Nach persönlichen Besprechungen der Parteien übersandte die Beklagte dem Kläger mit E-Mail vom 4.5.2001 eine Excel-Tabelle und äußerte sich darin zu den Fragen des Klägers hinsichtlich der zahlenmäßigen Auswirkungen der vorgenommenen und beabsichtigten Geschäfte. Diese E-Mail weist die gleichen Absenderangaben wie die E-Mail vom 22.3.2001 auf und ist ebenfalls mit ... unterzeichnet.

Daraufhin nahm die I. AG, zurückgehend auf einen entsprechenden notariellen Vertrag zwischen dem Kläger und seinem ehemaligen Mitarbeiter J. mit der B. AG vom 6.8.2001, eine Kapitalerhöhung vor, so dass die B. AG gegen Zahlung von 1,3 Mio. DM einen Anteil von 25,1% der stimmberechtigten Aktien an der I. AG erhielt.

Bei der Gestaltung sämtlicher Kauf- und Übertragungsverträge legten die Vertragsparteien jeweils die von der Beklagten ermittelten oder einer Plausibilitätskontrolle unterzogenen Kaufpreise zugrunde. Auch in der Bilanz des Einzelunternehmens des Klägers für die Jahre 2000 und 2001 sowie in den entsprechenden Steuererklärungen des Klägers waren die Beträge angesetzt, die in den Kauf- und Übertragungsverträgen ausgewiesen waren. Die sich daraus ergebenden steuerlichen Belastungen entsprachen im Wesentlichen den Berechnungen, die die Beklagte zuvor in der Excel-Tabelle vorgenommen hatte.

Im Rahmen einer steuerlichen Außenprüfung des Finanzamtes beim Kläger und seinem Einzelunternehmen für die Jahre 2000 und 2001 kam das Finanzamt zu dem Ergebnis, dass der Unternehmenswert des veräußerten Geschäftsbereichs „Software“ zum Zeitpunkt des Übergangs Ende Dezember 2000 aus der Höhe der Zahlung der B. AG für die Beteiligung an der I. AG abgeleitet werden müsse. Hieran anknüpfend ermittelte das Finanzamt einen verdeckten Veräußerungsgewinn, der zu einer für den Kläger gegenüber dem ursprünglichen Bescheid vom 30.9.2005 geänderten Einkommensteuerfestsetzung für das Jahr 2000 führte und den Kläger mit einer Steuernachforderung von mehr als 1,1 Mio. EUR belastete.

Auf Einspruch des Klägers, der sich dabei zunächst der Hilfe der Beklagten und später eines anderen Steuerberaters bediente, wurde die Steuernachzahlung, bezogen auf Einkommensteuer, Zinsen auf Einkommensteuer, Solidaritätszuschlag und Kirchensteuer mit Bescheid vom 21.4.2009 auf knapp 1 Mio. EUR festgesetzt.

Der Kläger nimmt die Beklagte auf Ersatz der Steuermehrbelastung aufgrund des Veräußerungsgewinns wie folgt in Anspruch: (...)

Der Kläger ist der Auffassung, die Beklagte hafte ihm auf Schadenersatz, da sie ihn durch die E-Mail vom 22.3.2001 falsch beraten und nicht auf das sich später realisierte Risiko einer abweichenden Ansicht des Finanzamts hingewiesen habe. Die Beklagte habe dabei für sich persönlich gehandelt oder jedenfalls für die Steuerberatungsgesellschaft, nicht aber für die F. GmbH, die damals – was zwischen den Parteien unstreitig ist – für die I. AG tätig war. Der Kläger behauptet, die Kapitalerhöhung der AG hätte auch zurückgestellt werden können, da die B. AG zu alternativen Lösungen, etwa der Gewährung eines Darlehens, bereit gewesen wäre.

Die Beklagte behauptet, sie habe die streitgegenständlichen E-Mail-Nachrichten lediglich versehentlich mit der Signatur der Steuerberatungsgesellschaft versehen und meint, für die F. GmbH im Auftrag der I. AG gehandelt zu haben. Sie meint zudem, ihre Beratung sei nicht zu beanstanden, da ihre damals geäußerte Auffassung zutreffend sei. Das Finanzamt habe fehlerhaft unberücksichtigt gelassen, dass die Entwicklung der Software maßgeblich erst in der AG hätte stattfinden sollen. Im Übrigen behauptet sie, die Kapitalerhöhung wäre auch gegen ihren Rat vorgenommen worden, da die wirtschaftliche Situation der AG dies erfordert hätte. Zudem, so meint sie, seien die steuerlichen Folgen bei einer Gewährung eines Darlehens durch die B. AG keine anderen gewesen.

Die Beklagte erhebt die Einrede der Verjährung.

2. Das LG Frankfurt/M. hat mit Urteil vom 3.5.2013 der Klage wegen der Hauptsache in vollem Umfang und wegen der begehrten Zinsen überwiegend stattgegeben.

Es hat ausgeführt, zwischen den Parteien sei ein Beratervertrag zustande gekommen. Daran sei die Beklagte persönlich als Gesellschafterin der Steuerberatungsgesellschaft beteiligt. Dies lasse sich aus den E-Mail-Nachrichten vom 22.3.2001 und vom 4.5.2001 entnehmen, die ausdrücklich im Namen der Steuerberatungsgesellschaft verfasst worden seien. Der Umstand, dass ein Mandatsverhältnis zwischen der I. AG und der F. GmbH bestanden habe, führe nicht dazu, dass der Kläger sämtliche Äußerungen der Beklagten, auch soweit sie seine persönliche Steuerbelastung betrafen, als von der Beklagten im Namen der F. GmbH abgegeben habe ansehen müssen, insbesondere dann, wenn diese ausdrücklich im Namen der Steuerberatungsgesellschaft verfasst seien.

Angesichts der Beweislastverteilung gingen Zweifel, in wessen Namen die Beklagte gehandelt habe, zu ihren Lasten. Gegen diese Würdigung spreche nicht, dass von dem Kläger persönlich für die Beratungsleistungen niemals eine Vergütung von der Beklagten oder der Steuerberatungsgesellschaft gefordert worden sei, nachdem auch die F. GmbH den Kläger nie persönlich in Anspruch genommen habe. Es liege daher nahe, dass die Beklagte den Kläger im Rahmen der Auftragsakquise kostenfrei beraten habe.

Auch bei dieser Bewertung sei ausweislich der E-Mail vom 22.3.2001 von einer verbindlichen Auskunft der Beklagten auszugehen, deren wirtschaftliche Tragweite für den Kläger die Beklagte habe erkennen können.

Die Beklagte habe ihre Pflichten dadurch verletzt, dass sie den Kläger nicht auf die drohende steuerliche Mehrbelastung hingewiesen habe, die daraus resultiere, dass die Finanzverwaltung die Höhe des Kaufpreises der von der B. AG erworbenen Aktien zur Grundlage für den Ansatz des Wertes der auf die I. AG übertragenen Vermögenswerte machen könnte, indem sie die dahingehenden Bedenken der B. AG gegenüber dem Kläger als nicht durchgreifend dargestellt habe. Insbesondere die E-Mail vom 4.5.2001 zeige, dass sie dem Kläger die steuerlichen Risiken nicht vor Augen geführt habe.

Diese Pflichtverletzung sei kausal für den geltend gemachten Schaden. Zugunsten des Klägers greife die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens ein, wonach davon auszugehen sei, dass der Kläger jedenfalls von der für ihn ggf. nachteiligen Gestaltung abgesehen hätte, wenn er über deren Risiken aufgeklärt worden wäre. Die Beklagte habe keine Umstände dargelegt, nach denen diese Vermutung erschüttert werde. Auch wenn die I. AG dringenden Finanzbedarf aufgewiesen habe, sei nicht notwendig davon auszugehen, dass der Kläger nicht von der für ihn persönlich wirtschaftlich riskanten Gestaltung abgesehen hätte.

Die Schadenberechnung des Klägers sei zutreffend. Er habe auch Anspruch auf die Kosten seiner steuerlichen Beratung, nachdem die Beklagte dem Vortrag des Klägers, er habe die Hilfe der Steuerberater erst im Rahmen des Einspruchsverfahrens und nicht bereits im Rahmen der Betriebsprüfung wahrgenommen, nicht entgegengetreten sei. Auch der Anfall der Kosten der anwaltlichen Vertretung des Klägers beruhe auf dem Beratungsfehler der Beklagten.

Ein Mitverschulden könne dem Kläger nicht angelastet werden. Die Beklagte habe nicht dargelegt, dass eine gerichtliche Anfechtung der Entscheidung des Finanzamtes erfolgversprechend gewesen wäre. Vielmehr habe der Kläger dargelegt, dass angesichts der im Rahmen des Verfahrens über seinen Antrag auf Aussetzung der Vollziehung geäußerten Rechtsauffassung des FG eine Klage kaum Aussicht auf Erfolg gehabt hätte.

Schließlich sei der Anspruch des Klägers auch nicht verjährt. Die regelmäßige Verjährungsfrist von drei Jahren habe in Folge der Neufestsetzung der Steuer nach der Betriebsprüfung mit Bescheid vom 9.11.2007 begonnen und sei ab Mai 2010 aufgrund von Verhandlungen der Parteien bis zur Klageerhebung gehemmt gewesen.

Zinsen könne der Kläger mit Erfolg aus dem Gesamtbetrag in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz, mindestens jedoch in Höhe von 6 %, seit dem 11.12.2010 unter dem Gesichtspunkt des Verzuges beanspruchen, nachdem die Beklagte auf eine Zahlungsaufforderung zum 10.12.2010 nicht reagiert habe.

3. Hiergegen richtet sich die form- und fristgerecht eingelegte Berufung der Beklagten.

Die Beklagte ist der Auffassung, das LG sei unzutreffend von einem Mandatsverhältnis der Parteien ausgegangen. Nach dem maßgeblichen wirklichen Willen der Parteien sei dies nicht gewollt gewesen. Aber auch ausgehend vom objektiven Empfängerhorizont sei die E-Mail der Beklagten vom 22.3.2001 nicht als Vertragsangebot auszulegen. Die Rechnung der F. GmbH vom 27.7.2001 belege, dass auch die streitgegenständlichen Beratungsleistungen gegenüber der I. AG abgerechnet worden seien. Später habe der Kläger dementsprechend 15 % des Rechnungsbetrages durch interne Buchung bei der I. AG persönlich übernommen.

Zu Unrecht sei das LG auch von einer Pflichtverletzung der Beklagten ausgegangen. Die steuerrechtliche Beurteilung durch das Finanzamt sei unzutreffend gewesen. Zu einem Hinweis auf die Möglichkeit einer unzutreffenden Einschätzung durch das Finanzamt sei der Steuerberater gegenüber seinem Mandanten nicht verpflichtet.

Ebenfalls unzutreffend sei das LG von der Kausalität des Schadens ausgegangen. Der Kläger könne sich nicht auf die Vermutung beratungsgerechten Verhaltens berufen, da als Reaktion auf eine vollständige Risikoaufklärung durch die Beklagte mehrere objektiv gleich vernünftige Reaktionsmöglichkeiten in Betracht gekommen seien. So sei neben einem Verzicht auf die Kapitalerhöhung auch die Aufnahme eines Darlehens bei der B. AG mit Beteiligungsoption in Betracht gekommen, was freilich mit den gleichen steuerlichen Risiken wie die Kapitalerhöhung verbunden gewesen wäre.

Selbst wenn man gleichwohl von der Vermutung beratungsgerechten Verhaltens ausgehe, hätte das LG Beweis über die Bereitschaft der B. AG erheben müssen, der I. AG ein entsprechendes Darlehen zu gewähren.

Auch die Schadenberechnung sei unzutreffend. So fehle es bereits an einer Darlegung, ob dem geltend gemachten Schaden zugrunde liege, dass der I. AG ein Darlehen gewährt oder von einer Kapitalerhöhung ersatzlos Abstand genommen worden wäre.

Zu Unrecht sei das LG auch davon ausgegangen, dass im Rahmen der Schadenberechnung der Kläger und nicht die Beklagte für den Umfang des Schadens darlegungsbelastet sei und erst auf Ebene der Vorteilsausgleichung die Darlegungslast bei der Beklagten liege.

Zu Unrecht habe das LG dem Kläger auch Zinsen auf die in seiner Hauptforderung enthaltene Zinsforderung zuerkannt.

Schließlich sei ein Mitverschulden des Klägers unberücksichtigt geblieben, das darin liege, dass der Kläger es unterlassen habe, die auf einer unzutreffenden Rechtsauffassung beruhende Festsetzung des Finanzamtes weiter anzufechten.

Der Kläger verteidigt das angefochtene Urteil.

Die Rechtsausführungen der Beklagten seien nicht geeignet, eine von der landgerichtlichen Entscheidung abweichende rechtliche Beurteilung zu rechtfertigen.

Vertragliche Beziehungen zwischen dem Kläger persönlich und der F. GmbH hätten nie bestanden. Vielmehr habe die Beklagte – zunächst als Gesellschafterin der Sozietät ... und nach deren Auflösung allein – den Kläger in allen steuerlichen Fragen beraten. Der Kläger habe der Beklagten gegenüber zudem nie Zweifel daran gelassen, dass er sich in allen steuerlichen Überlegungen im Zusammenhang mit der AG-Gründung und Kapitalerhöhung auf ihren Rat verlasse.

Der Beklagten hätte das für den Kläger existenzbedrohende Risiko, dass der von der B. AG gezahlte Kaufpreis die Bewertung der Software durch das Finanzamt erheblich beeinflussen würde, deutlich sein und sie hätte hierauf hinweisen müssen. Der Beratungsfehler der Beklagten sei auch kausal für den eingetretenen Schaden. Für die Feststellung, ob ein Schaden entstanden sei, sei die Beweisregel des § 287 ZPO anwendbar. Soweit es bei der Überprüfung hypothetischer Entscheidungen naheliegend sei, den Beratenen nach § 287 Abs. 1 S. 3 ZPO als Partei zu vernehmen, halte der Kläger sein diesbezügliches Beweisangebot ausdrücklich vorsorglich aufrecht.

Hätte die Beklagte den Kläger über das bestehende Risiko ordnungsgemäß belehrt, wäre bei wirtschaftlich vernünftiger Betrachtungsweise nur eine Abstandnahme von dem Anteilsverkauf an die B. AG zu diesem Zeitpunkt in Betracht gekommen. Eine Steuerlast in Höhe eines siebenstelligen DM-Betrages für einen nur steuerlich angesetzten Gewinn, dem keine tatsächliche Gegenleistung gegenüberstehe, in Kauf zu nehmen, stelle keine vernünftige Verhaltensweise dar.

Dass auf den Kläger bei anderen Verhaltensweisen eine gleichhohe Steuerlast zugekommen wäre, habe die Beklagte nicht dargelegt und könne dies auch nicht, da eine solche Entwicklung auf andere Weise nicht hätte eintreten können. Auf die wirtschaftliche Entwicklung der I. AG komme es nicht entscheidend an. Die Frage, ob die B. AG einer Darlehenslösung zugestimmt hätte, sei rechtlich daher nicht relevant. (...) ■

Aus den Gründen:

Die zulässige Berufung der Beklagten hat in der Sache Erfolg.

Das angefochtene Urteil beruht auf einer Rechtsverletzung im Sinne des § 546 ZPO; zudem rechtfertigen die gemäß § 529 ZPO zugrunde zu legenden Tatsachen eine andere Entscheidung (§ 513 Abs. 1 ZPO).

Die Beklagte haftet im Ergebnis nicht persönlich oder als Gesellschafterin der Steuerberatergesellschaft ... gegenüber dem Kläger wegen Verletzung eines zwischen der Steuerberatergesellschaft und dem Kläger geschlossenen Auskunftsvertrags auf Schadenersatz aus § 280 Abs. 1 BGB.

Zwar ist zwischen der **Steuerberatergesellschaft** und dem Kläger ein **Auskunftsvertrag** zustande gekommen, den die

Beklagte schuldhaft verletzt hat. Jedoch ist die **haftungsausfüllende Kausalität** zwischen dieser schuldhaften Pflichtverletzung seitens der Beklagten und dem Eintritt eines Schadens beim Kläger nicht zur Überzeugung des Senats nachgewiesen.

1. Zwischen der Steuerberatergesellschaft ... und dem Kläger ist auf Grundlage der E-Mail der Beklagten vom 22.3.2001 bei der nach **§§ 133, 157 BGB** gebotenen Auslegung des Verhaltens der Parteien ein **Auskunftsvertrag** zustande gekommen.

Ein wahrer Wille der Parteien, der den objektiv abgegebenen Erklärungen widerspräche, ist entgegen der von der Berufung vertretenen Ansicht nicht feststellbar. Weder hat die Beklagte unter den ihr obliegenden Beweis gestellt, dass der Kläger nicht in dem Umfang, in dem die Beklagte ihm per **E-Mail Auskünfte** in steuerlichen Fragen erteilte, von der Beklagten oder der Steuerberatergesellschaft habe beraten werden wollen, noch dass die Beklagte in dieser Weise nicht habe tätig werden wollen.

Ein entgegenstehender wahrer Wille der Parteien lässt sich schließlich auch nicht dem Umstand entnehmen, dass der Kläger zum damaligen Zeitpunkt an dem bestehenden Vertragsverhältnis zu seinem damaligen Steuerberater festhalten wollte. Dies mag so gewesen sein, schließt aber den Willen zur Entgegennahme von **Beratungsleistungen eines anderen Steuerberaters** zu bestimmten steuerlichen Fragen nicht aus.

Mangels eines feststellbaren anderslautenden wirklichen Willens der Parteien ist das wechselseitige Verhalten der Parteien gemäß **§§ 133, 157 BGB** nach dem **objektiven Empfängerhorizont** auszulegen. Dabei ergibt sich zum einen, dass die Beklagte die Auskünfte im Rahmen eines Vertragsverhältnisses erteilte, und zum anderen, dass Parteien dieses Vertragsverhältnisses der Kläger und die Steuerberatergesellschaft ... waren.

Die Abgrenzung, ob den Erklärungen der Parteien ein Wille zur rechtlichen Bindung zu entnehmen ist oder die Parteien nur aufgrund einer **außerrechtlichen Gefälligkeit** handeln, ist nach den Umständen des jeweiligen Einzelfalles zu bewerten. Ob bei einer Partei ein **Rechtsbindungswille** vorhanden ist, **ist danach zu beurteilen, ob die andere Partei unter den gegebenen Umständen nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte auf einen solchen Willen schließen musste.**

Dies ist anhand objektiver Kriterien aufgrund der Erklärungen und des Verhaltens der Parteien zu ermitteln, wobei vor allem die wirtschaftliche sowie die rechtliche Bedeutung der Angelegenheit, insbesondere für den Begünstigten, und die Interessenlage der Parteien heranzuziehen sind (*BGH, Urt. v. 18.12.2008 – IX ZR 12/05 – juris Rdnr. 7*).

Die wirtschaftliche und rechtliche Bedeutung der Angelegenheit sprechen hier unter Würdigung der Gesamtumstände des Falles gegen eine bloß gefälligkeitshalber erteilte Auskunft.

Der **stillschweigende Abschluss eines Auskunftsvertrages** zwischen Geber und Empfänger der Auskunft und damit eine vertragliche Haftung des Auskunftgebers für die Richtigkeit seiner Auskunft ist regelmäßig dann anzunehmen, wenn die **Auskunft** für den Empfänger erkennbar **von erheblicher Bedeutung** ist und er sie zur Grundlage wesentlicher Entschlüsse machen will; dies gilt insbesondere in Fällen, in denen der Auskunftgeber für die Erteilung der Auskunft besonders sachkundig ist (*vgl. BGH, Urt. v. 18.12.2008 – IX ZR 12/05 – juris Rdnr. 10; v. 13.2.1992 – III ZR 28/90 –, juris Rdnr. 30, jeweils m.w.N.*).

Dabei ist entscheidend darauf abzustellen, ob die Gesamtumstände unter Berücksichtigung der Verkehrsauffassung und des Verkehrsbedürfnisses den Rückschluss zulassen, dass beide Teile nach dem objektiven Inhalt ihrer Erklärungen die Auskunft zum Gegenstand vertraglicher Rechte und Pflichten gemacht haben (*vgl. BGH, Urt. v. 18.12.2008 – IX ZR 12/05 – juris Rdnr. 10; v. 17.9.1985 – VI ZR 73/84 –, juris Rdnr. 8; v. 5.12.1972 – VI ZR 120/71 – juris Rdnr. 40 ff.*).

Nach diesen Maßstäben ist vorliegend ein Auskunftsvertrag zustande gekommen. Bereits die dem Kläger von der Beklagten mit E-Mail vom 22.3.2001 mitgeteilte Einschätzung, entgegen den seitens der B. AG geäußerten Bedenken sei gegenüber dem Finanzamt die für den Kläger günstigere Bewertung der an die I. AG zu übertragenden Wirtschaftsgüter „darstellbar“, stellte eine Auskunft dar, die für den Kläger von erkennbar erheblicher Bedeutung und dazu bestimmt war, Grundlage für seine Entschlüsse beim weiteren Vorgehen zu sein.

Entgegen der Ansicht der Berufung handelte es sich bei der E-Mail auch nicht um eine bloße Übermittlung der seitens der B. AG geäußerten Bedenken. **Kern der E-Mail ist vielmehr die eigene steuerrechtliche Einschätzung** durch die Beklagte, die sie lediglich aus Anlass der seitens der B. AG geäußerten Bedenken dem Kläger mitteilte. Dass die Beklagte für diese steuerliche Auskunft als Steuerberaterin als besonders sachkundig anzusehen war, steht außer Zweifel.

Auch die weiteren Umstände sprechen dagegen, dass die Beklagte die Auskunft lediglich gefälligkeitshalber erteilte.

Dies kommt bereits in dem am Ende der E-Mail vom 22.3.2001 mitgeteilten **Anerbieten zum Ausdruck, für Fragen zur Verfügung zu stehen. Dieses Anerbieten ist darauf gerichtet, auch über die Auskunft in der E-Mail hinaus steuerberatende Leistungen anzubieten.** Die Parteien haben dies, wie die weitere Entwicklung zeigte, auch so verstanden.

Denn in Folge der E-Mail kam es nicht nur zu verschiedenen Besprechungen der Parteien über steuerliche Fragen, sondern die Beklagte fertigte für den Kläger schließlich auch die Excel-Tabelle, aus der die steuerlichen Auswirkungen der vom Kläger beabsichtigten Unternehmenstransaktionen hervorgehen, und übersandte diese mit weiteren Erläuterungen mit der E-Mail vom 4.5.2001 an den Kläger.

Zudem waren die Parteien bereits über die Vertragsbeziehung zwischen der von dem Kläger vertretenen I. AG und der F. GmbH, für die die Beklagte tätig war, verbunden, und die Beklagte begleitete in diesem Rahmen die vom Kläger beabsichtigten Unternehmenstransaktionen für die F. GmbH beratend. Die Beklagte war damit über die F. GmbH auch darin eingebunden, dem Kläger für die von ihm zu treffenden wirtschaftlichen Entscheidungen beratend zur Seite zu stehen.

In diesem Rahmen hat die Beklagte den Kläger auch bereits auf die seitens der Steuerberatungsgesellschaft angebotenen Leistungen aufmerksam gemacht, wie dies aus der Auftragsbestätigung namens der F. GmbH vom 6.11.2000 hervorgeht. In dieser heißt es: „Zu Ihrer Information erhalten Sie in der Anlage auch den Briefkopf unserer Sozietät ..., Wirtschaftsprüfer, Steuerberater und Rechtsanwälte.“

Vor diesem Hintergrund spricht es nicht gegen die Erteilung einer verbindlichen Auskunft, dass die Tätigkeit der Beklagten dem Kläger persönlich weder von der Steuerberatungsgesellschaft noch von der F. GmbH in Rechnung gestellt wurde, denn die Tätigkeit der Beklagten lässt sich – mit der Auslegung des LG – durchaus dem Bereich der Akquise zuordnen. Sowohl aus dem Schreiben für die F. GmbH vom 6.11.2000 als auch aus dem Anerbieten in der E-Mail vom 22.3.2001, für Fragen zur Verfügung zu stehen, ergibt sich nämlich ein auf eine Intensivierung der Zusammenarbeit gerichtetes Interesse der Beklagten.

Diesem Verständnis der Auskunft der Beklagten steht das Vertragsverhältnis zwischen der vom Kläger vertretenen I. AG und der von der Beklagten gegenüber dem Kläger vertretenen F. GmbH nicht entgegen.

Zwar kann das Bestehen eines solchen Vertragsverhältnisses dafür sprechen, dass die in diesem Verhältnis zur Beratung verpflichtete Partei Beratungsleistungen **nicht zur Begründung eines neuen, selbstständigen Auskunftsvertrags** erbringt, sondern diese als im Rahmen des bestehenden Vertragsverhältnisses erteilt verstanden wissen will, zumal der bestehende Beratungsvertrag auch drittschützende Wirkung zugunsten des Beratenen entfalten kann (vgl. BGH, Urt. v. 14.6.2012 – IX ZR 145/11, juris) und die Beklagte auch im Rahmen ihrer Tätigkeit für die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft gemäß §§ 2, 3 Nr. 3 StBerG steuerberatend tätig sein durfte.

Gegen ein solches Verständnis spricht allerdings der **Wortlaut der E-Mail-Nachrichten** vom 22.3.2001 und 4.5.2001, die die Beklagte jeweils mit der Firma der Steuerberatungsgesellschaft „...“ unterzeichnete und die auch jeweils als Absender die E-Mail-Adresse der Beklagten bei der Steuerberatungsgesellschaft „...“ trugen. Vor diesem Hintergrund konnte die Auskunft aus Sicht eines objektiven Empfängers aus dem Blickwinkel des Klägers nur dahin verstanden werden, dass die Beklagte die Auskünfte nicht für die F. GmbH, sondern für die Steuerberatungsgesellschaft erteilen wollte, zumal sie den Kläger mit Schreiben vom 6.11.2000 bereits auf die Steuerberatungsgesellschaft hingewiesen hatte.

Nichts anderes konnte der Kläger dem Dateinamen der der E-Mail vom 4.5.2001 anliegenden Excel-Tabelle entnehmen. Zum Zeitpunkt des Zugangs der E-Mail vom 22.3.2001 lag dem Kläger diese Datei noch nicht vor, sodass sie zur Auslegung dieser E-Mail von vornherein nicht herangezogen werden kann. Aber auch im Hinblick auf die E-Mail vom 4.5.2001 war für den Empfänger nicht ohne Weiteres ersichtlich, dass der Dateiname mit der Ziffernfolge „15013“ ein Aktenzeichen der R. GmbH enthalten sollte, zumal etwa im November 2000 die F. GmbH ausweislich des Schreibens vom 6.11.2000 noch die abweichende Ziffernfolge „50013“ im Aktenzeichen verwendete.

Der Rückschluss, dass es sich bei der E-Mail vom 4.5.2001 angesichts der Ziffernfolge „15013“ im Dateinamen der Anlage entgegen dem Wortlaut im Übrigen um eine Nachricht der F. GmbH handeln sollte, liegt für den Empfänger so fern, dass selbst ein äußert verständiger Empfänger aus dem Blickwinkel des Klägers ihn nicht gezogen hätte.

Gegen die Auslegung der E-Mail-Nachrichten kann die Berufung auch nicht mit Erfolg einwenden, die Rechnung der F. GmbH vom 27.7.2001 belege, dass auch die streitgegenständlichen Beratungsleistungen gegenüber der I. AG abgerechnet worden seien. Aus der Rechnung ergibt sich dies nämlich gerade nicht. Weder die E-Mail-Nachrichten vom 22.3.2001 und 4.5.2001 noch Besprechungen in dem zwischen diesen Daten liegenden Zeitraum sind in der Rechnung als Leistungsgegenstand bezeichnet.

Nichts anderes ergibt sich daraus, dass der Kläger 15 % des Rechnungsbetrages durch interne Buchung bei der I. AG persönlich übernommen hat. Dies mag etwa auch auf einem Wert der übrigen Beratungsleistungen der F. GmbH für den Kläger beruht haben. Dass es dem Kläger dabei aber gerade auf die Übernahme einer Vergütung für die streitgegenständlichen Auskünfte angekommen wäre, ist nicht ersichtlich.

2. Die Beklagte hat ihre **Pflichten aus dem Auskunftsvertrag auch schuldhaft verletzt**.

Zutreffend ist das LG davon ausgegangen, dass die Beklagte mit der dem Kläger mit E-Mail vom 22.3.2001 erteilten Auskunft ihre Pflichten aus dem Auskunftsvertrag verletzte, indem sie die seitens der B. AG aufgeworfenen Bedenken zerstreute und nicht auf das – sich später verwirklichende – Risiko hinwies, dass die Finanzbehörden bei der Steuerfestsetzung die Bewertung gerade in der befürchteten Art und Weise vornehmen würden.

Bei der Beurteilung der Pflichtverletzung kann dahinstehen, ob letztlich die in der E-Mail vom 22.3.2001 dargelegte und von der Beklagten auch mit der Berufung vertretene steuerrechtliche Einschätzung zutreffend ist. Denn jedenfalls aufgrund der seitens der B. AG gegenüber der Beklagten geäußerten **Bedenken** hätte sich für die Beklagte das **Risiko aufräumen müssen, dass die Finanzbehörden der von ihr vorgenommenen Bewertung nicht folgen könnten**.

Entgegen der Ansicht der Berufung durfte sich die Beklagte zudem nicht darauf beschränken, lediglich die von ihr selbst für zutreffend gehaltene steuerrechtliche Einschätzung mitzuteilen, sondern musste auch auf die Möglichkeit konkreter abweichender rechtlicher Bewertungen hinweisen (vgl. BGH, Urt. v. 8.2.2007 – IX ZR 188/05, juris Rdnr. 8; v. 3.6.1993 – IX ZR 173/92, juris Rdnr. 11).

Zweck der Steuerberatung ist es nämlich, die dem Auftraggeber fehlende Sach- und Rechtskunde auf diesem Gebiet zu ersetzen. Die pflichtgemäße Steuerberatung verlangt daher sachgerechte Hinweise über die Art, die Größe und die mögliche Höhe eines Steuerrisikos, um den Auftraggeber in die Lage zu versetzen, eigenverantwortlich seine Rechte und Interessen zu wahren und eine Fehlentscheidung zu vermeiden (BGH, Urt. v. 8.2.2007 – IX ZR 188/05, juris Rdnr. 9; v. 20.10.2005 – IX ZR 127/04, juris Rdnr. 13; v. 11.5.1995 – IX ZR 140/94, juris Rdnr. 23).

Anhaltspunkte dafür, dass die Beklagte das auf der Hand liegende Risiko einer abweichenden Bewertung hätte ausschließen können, sind weder vorgetragen noch sonst ersichtlich.

3. Es fehlt jedoch an der **Kausalität zwischen der schuldhaften Pflichtverletzung seitens der Beklagten und dem Eintritt des Schadens beim Kläger**.

a. Die **haftungsbegründende Kausalität** ist allerdings gegeben. Haftungsbegründendes Ereignis war die erfolgte Falschberatung seitens der Beklagten. Denn die Beklagte hat das konkret nachgefragte und seitens der B. AG auch konkret formulierte Risiko, dass das geplante Gestaltungskonzept im Hinblick auf die vorgesehene Kapitalerhöhung die Gefahr einer entsprechend hohen Bewertung der übertragenen Software durch das Finanzamt mit der Folge einer erheblich höheren Besteuerung begründen könne, unzutreffend bewertet.

b. Es fehlt aber an der **haftungsausfüllenden Kausalität**. Der Kläger hat nicht zur Überzeugung des Senats nachweisen können, dass der von ihm geltend gemachte Schaden nicht eingetreten wäre, hätte ihn die Beklagte auf die steuerrechtlichen Risiken der geplanten unternehmerischen Entscheidungen einschließlich der Kapitalerhöhung hingewiesen.

aa. Bei einem Schadenersatzanspruch aus Vertragsverletzung gehört der **Ursachenzusammenhang zwischen der Pflichtverletzung und dem Schadeneintritt** zur haftungsausfüllenden Kausalität (BGH, Urt. v. 20.3.2008 – IX ZR 104/05, juris Rdnr. 12).

Entscheidend für die Beurteilung des erforderlichen Zurechnungszusammenhangs zwischen Pflichtverletzung und Schaden ist der **hypothetische Kausalverlauf**: Nach der üblichen Formel ist zu prüfen, welchen Verlauf die Dinge bei pflichtgemäßem Verhalten des Beraters genommen hätten, insbesondere wie der Geschädigte darauf reagiert hätte, und wie sich seine Vermögenslage bei Meidung des Pflichtenverstosses darstellen würde (BGH, Urt. v. 23.11.2006 – IX ZR 21/03, juris Rdnr. 21).

Davon ausgehend wäre der pflichtwidrig von der Beklagten unterlassene Risikohinweis daher kausal, wenn sich feststellen ließe, dass der Schaden bei Vornahme der notwendigen Belehrung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nicht eingetreten wäre (BGH, Urt. v. 4.10.1983 – VI ZR 98/82, juris Rdnr. 15).

Eine Haftung müsste dagegen ausscheiden, wenn nicht ausgeschlossen werden könnte, dass der Kläger bei gebotener Risikoaufklärung die streitgegenständliche riskante Gestaltung im Wege der Kapitalerhöhung gleichwohl gewählt hätte, oder der Kläger zwar möglicherweise eine andere Gestaltung gewählt, diese aber ebenfalls zu der entstandenen steuerlichen Belastung oder anderen finanziellen Nachteilen in entsprechender Höhe geführt hätte.

bb. Die **Darlegungs- und Beweislast** für das Vorliegen der haftungsausfüllenden Kausalität trifft vorliegend den Kläger.

Grundsätzlich trifft den Geschädigten die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen der haftungsausfüllenden Kausalität. Die Darlegungs- und Beweislast folgt in diesem Zusammenhang allerdings nicht den strengen Beweisführungsmaßstäben des § 286 ZPO, sondern wird durch die **Anwendung des § 287 ZPO und über den Beweis des ersten Anscheins** erleichtert (BGH, Urt. v. 20.3.2008 – IX ZR 104/05, juris Rdnr. 12, 18; v. 22.5.2003 – IX ZR 201/01, juris Rdnr. 14; ständige Rechtsprechung; m.w.N. bei Zöller-Greger, ZPO, 30. A., § 287 Rdnr. 3).

Für die Frage, wie sich der Kläger bei erfolgtem Hinweis auf die steuerlichen Risiken verhalten hätte, genügt daher entsprechend dem Beweismaß des § 287 Abs. 1 ZPO die Feststellung einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit für einen bestimmten Kausalitätsverlauf.

In diesem Zusammenhang kommt dem Geschädigten die Vermutung zugute, dass er sich „aufklärungsrichtig“ verhalten, also bei vertragsgemäßer Leistung beratungsgemäß gehandelt hätte (BGH, Urt. v. 8.5.2012 – XI ZR 262/10, juris Rdnr. 28, 33; v. 14.6.2012 – IX ZR 145/11, juris Rdnr. 39). Die Vermutung beratungsgerechten Verhaltens gilt auch bei Aufklärungsfehlern des Steuerberaters (BGH, Urt. v. 17.10.1989 – XI ZR 158/88, juris Rdnr. 32; v. 14.6.2012 – IX ZR 145/11, juris).

Diese Beweiserleichterung der Vermutung „aufklärungsrichtigen“ Verhaltens kommt jedoch nach der Sachverhaltsgestaltung nicht zur Anwendung. **Die Vermutung gilt nämlich nur dann, wenn bei pflichtgerechtem Verhalten des Beraters nur eine einzige vernünftige Verhaltensweise des Geschädigten als Reaktion auf den geschuldeten Hinweis des Beraters in Betracht kommt.**

Besteht dagegen nicht nur eine Möglichkeit, auf den Rat verständlich zu reagieren, sondern bestehen mehrere Handlungsalternativen, welche sämtlich gewisse Risiken oder Nachteile in sich bergen, die zu gewichten und gegenüber den Vorteilen abzuwägen sind, so bleibt es bei der vollen Beweislast des Geschädigten im Rahmen des § 287 ZPO, da

ein Anscheinsbeweis bei der Möglichkeit alternativer Verhaltensweisen nicht in Betracht kommt (*BGH, Urt. v. 20.3.2008 – IX ZR 104/05, juris Rdnr. 12; BGH, Urt. v. 22.5.2003 – IX ZR 201/01, juris Rdnr. 14; s. auch Palandt-Grüneberg, BGB, 73. A., § 280 Rdnr. 39 m.w.N.*).

Nach der Sachverhaltsgestaltung, die dieser Entscheidung zu Grunde zu legen ist, wären nach einer erfolgten Risikoauflklärung seitens der Beklagten nach Überzeugung des Senats mehrere vernünftige Handlungsmöglichkeiten für den Kläger in Betracht gekommen, die jeweils mit Vor- und Nachteilen behaftet waren: Zum einen hätte der Kläger bei einer Bestätigung der bereits von der B. AG formulierten steuerrechtlichen Bedenken von der geplanten Kapitalerhöhung insgesamt Abstand nehmen können; diese Entscheidung wäre allerdings nicht nur mit der Aufgabe der vom Kläger erwarteten Gewinnmöglichkeiten, sondern auch mit der Inkaufnahme einer Insolvenz der I. AG verbunden gewesen.

Angesichts dieser Nachteile hätte die umgekehrte Handlungsalternative darin bestanden, zur Vermeidung der Insolvenz im Hinblick auf den dringenden Kapitalbedarf der I. AG bei einer Abwägung der erhofften unternehmerischen Gewinnmöglichkeiten und der steuerrechtlichen Risiken die Kapitalerhöhung wie erfolgt gleichwohl vorzunehmen. Darüber hinaus wäre als dritte Option in Betracht gekommen, andere, unter Umständen steuerlich weniger riskante Finanzierungs-konzepte in Betracht zu ziehen.

Vor diesem Hintergrund war es Sache des Klägers, einen konkreten Kausalverlauf vorzutragen, d.h. die von ihm nach einem zutreffenden Hinweis der Beklagten auf die Risiken der geplanten Kapitalerhöhung zur Vermeidung einer Steuerbelastung gewählte andere Handlungsoption so konkret darzulegen, dass dieser Vortrag dem Senat die Feststellung erlaubte, dass der Kläger mit überwiegender Wahrscheinlichkeit diese Option gewählt und der geltend gemachte Schaden in Verfolgung dieser Option nicht eingetreten wäre.

Der Kläger selbst hat zwei Handlungsalternativen zu der tatsächlich erfolgten Kapitalerhöhung in den Raum gestellt: Zum einen die sog. „Darlehenslösung“, bei der die B. AG sich nicht im Wege einer Kapitalerhöhung an der I. AG beteiligt, sondern dieser ein (ggf. in Tranchen gestaffeltes) Darlehen gewährt hätte, zum anderen die Möglichkeit, dass er von einer Durchführung von Geschäften mit dem Investor B. AG insgesamt abgesehen hätte, und zwar auch unter Inkaufnahme des wirtschaftlichen Ruins der neu gegründeten I. AG.

Entscheidend kommt es deshalb darauf an, ob der Kläger unter Abwägung der Vor- und Nachteile im Hinblick auf die von ihm vorgetragene „Darlehenslösung“ mit überwiegender Wahrscheinlichkeit von der Durchführung der seinerzeit beabsichtigten Kapitalerhöhung mit dem Investor zur Liquiditätsbeschaffung der I. AG abgesehen hätte.

cc. Dies ist nach Überzeugung des Senats nicht der Fall.

Der Kläger hat schon nicht in ausreichender Weise vorgetragen, dass die Gewährung eines Darlehens seitens der B. AG zur Liquiditätsbeschaffung realistisch in Betracht gekommen wäre.

Auf den Hinweis des Senats, dass sein Vortrag dazu, wie er sich im Fall pflichtgemäßer Beratung verhalten hätte, nicht ausreichend sei, insbesondere, dass er im Laufe des Verfahrens keine belastbaren Einzelheiten zu der von ihm erwähnten „Darlehenslösung“ vorgetragen habe, hat der Kläger folgenden Vortrag gehalten:

Er hätte bei Belehrung über die Möglichkeit der Belastung mit einer persönlichen Steuerschuld unter keinen Umständen, auch nicht zur Wahrung von Gewinnchancen, das Risiko einer solchen Steuerschuld auf sich genommen. Er habe insbesondere nicht über die Mittel verfügt, eine Steuerschuld, die sich durch den hohen Ansatz stiller Reserven ergeben habe, zu begleichen, so dass das Eingehen eines derart hohen Risikos undenkbar gewesen wäre. Er habe gewusst, dass für die Entwicklung der Software eine lange Anlaufzeit notwendig sei und insofern bei einer Realisierung des steuerlichen Risikos keine finanzielle Kompensationsmöglichkeit bestanden hätte.

Zur „Darlehenslösung“ führt der Kläger aus, dass er bei einer Abstandnahme von der Kapitalerhöhung nicht auf Gewinnchancen hätte verzichten müssen, da der Liquiditätsbedarf der I. AG im Hinblick auf das erhebliche Interesse der B. AG an der neuen Software abgedeckt worden wäre.

Aufgrund der Falschberatung der Beklagten seien zum damaligen Zeitpunkt alternative Lösungsmöglichkeiten mit der B. AG nicht im Einzelnen durchgesprochen worden. Diese wäre jedoch bereit gewesen, jeden gangbaren Weg unter Vermeidung steuerlicher Risiken des Klägers mitzugehen.

Die „Darlehenslösung“ sei hierbei die einfachste Lösung gewesen. Je nach Bedarf hätten einzelne Darlehenszahlungen gegen Absicherung, etwa Hinterlegung des Quellcodes, ausbezahlt werden können. Dies hätte beim Kläger und der I. AG keine steuerlichen Folgen ausgelöst und damit keine Auswirkungen auf die persönliche Vermögenssituation des Klägers gehabt.

Auch dieser ergänzende Vortrag des Klägers zur sog. Darlehenslösung ist inhaltlich nicht ausreichend, um die Feststellung zu treffen, dass der Kläger mit überwiegender Wahrscheinlichkeit eine solche Handlungsalternative verfolgt hätte. Der Vortrag ist nämlich bereits nicht geeignet, das Bestehen einer entsprechenden Handlungsalternative feststellen zu können:

Aus den Darlegungen des Klägers ergibt sich nicht in der zur Substantiierung erforderlichen Plausibilität die Möglichkeit zur anderweitigen Beschaffung der erforderlichen Liquidität für die I. AG im Jahr 2001 im Wege eines Darlehens. Das folgt schon daraus, dass der Kläger in seinem Schriftsatz vom 15.1.2014 selbst ausführt, es seien zum damaligen Zeitpunkt im Jahr 2001 Einzelheiten im Hinblick auf alternative

Lösungsmöglichkeiten auch mit der B. AG nicht besprochen worden.

Die Behauptung des Klägers geht vielmehr pauschal nur dahin, dass die B. AG in jedem Fall der I. AG in irgendeiner Form Liquidität zur Verfügung gestellt hätte. Der Kläger legt damit keine weiteren Details hinsichtlich einer angedachten „Darlehenslösung“ unter Einbeziehung der B. AG dar. Es kommt hierbei nicht entscheidend darauf an, dass zum damaligen Zeitpunkt mit der B. AG tatsächlich keine Alternativen konkret durchgespielt wurden. Vielmehr fehlt es bereits an konkretem Vortrag dazu, dass – hypothetisch – zum damaligen Zeitpunkt eine wirtschaftlich sinnvolle Alternative in Form der vom Kläger behaupteten „Darlehenslösung“ tatsächlich bestanden hätte.

Insbesondere hat der Kläger keinen weiteren Vortrag dazu gehalten, ob die B. AG überhaupt für eine solche – konkret darzulegende – Lösung zur Verfügung gestanden hätte. Sein Vortrag erschöpft sich letztlich darin, den bereits zuvor erfolgten Beweisantritt durch Benennung des Herrn W. als Zeugen für seine pauschalen Behauptungen zu wiederholen.

Der Kläger trägt auch keine hinreichenden **Anknüpfungstatsachen** vor, die eine konkrete Ausgestaltung einer hypothetisch möglichen „Darlehenslösung“ erkennen lassen.

Vielmehr bleibt die Darstellung einer möglichen Ausgestaltung einer „Darlehenslösung“ äußerst vage. Der Kläger trägt keinerlei Details vor, in welcher Höhe, zu welchen Konditionen und mit welchen zeitlichen und inhaltlichen Vorgaben seitens der B. AG ein Darlehen an die I. AG gewährt worden wäre, um die mit erheblichen Kosten verbundene und letztlich unwägbare Phase der Entwicklung einer neuen Software bis zur Marktreife zu überbrücken. Die pauschal unter Zeugenbeweis gestellte Behauptung, die B. AG sei bereit gewesen, jeden gangbaren Weg zur Vermeidung steuerlicher Risiken bei dem Kläger mitzugehen, reicht nicht aus.

Unstreitig bestand ein hoher und dringender Liquiditätsbedarf bei der I. AG. Inwieweit vor diesem Hintergrund für eine „Darlehenslösung“ konkrete Sicherheiten zur Verfügung gestanden hätten, insbesondere die Möglichkeit bestanden hätte, sog. Quellcodes zu hinterlegen, führt der Kläger nicht im Einzelnen aus, sondern beschränkt sich auf diesbezügliche allgemeine Behauptungen.

Es ist für den Senat angesichts dieses pauschalen Vortrages nicht überwiegend wahrscheinlich, dass ein Investor ohne konkrete werthaltige Sicherheiten hohe Geldbeträge in ein Softwareunternehmen investieren sollte, welches erst am Anfang der Entwicklung von neuer Software steht, und zwar ohne im Wege von strukturellen Einflussnahmemöglichkeiten Zugriff auf das Unternehmen zu erhalten. Der Kläger setzt sich bei seinem Vortrag auch nicht im Einzelnen mit den zwischen der B. AG und der I. AG in den Jahren vor 2001 geführten Verhandlungen auseinander, bei denen es zunächst um wesentlich geringere Investitionssummen gegangen war. Insoweit ist es nicht plausibel, dass im Jahr 2001 die Zurverfügungstellung einer Summe von 1,3 Mio. DM

allein auf Basis einer Sicherheit durch Hinterlegung von Quellcodes seitens der B. AG erfolgt wäre.

Ebenso wenig ist nach diesem Vortrag überwiegend wahrscheinlich, dass ein Investor bereit gewesen sein sollte, zur Vermeidung steuerlicher Risiken beim Kläger – also aus nicht primär eigenem Interesse – einer neu gegründeten AG erhebliche Geldsummen im Darlehenswege zur Verfügung zu stellen.

Hinzu kommt, dass der Kläger sich nicht ausreichend mit dem von ihm zuvor selbst in den Rechtsstreit eingeführten Vortrag auseinandersetzt. So hatte der Kläger über seinen Steuerberater im Jahr 2008 bei der Korrespondenz mit dem Finanzamt W. ausgeführt, dass der Einstieg der B. AG ganz bewusst in Form von Eigenkapital und nicht etwa über eine dauerhafte Kreditierung erfolgt sei, da die B. AG auf diesem Wege auch weiterhin Einfluss auf das operative Geschäft der I. AG hätte haben wollen mit dem Ziel, die Gesellschaft am Ende komplett unter Kontrolle zu bekommen.

Vor dem Hintergrund dieser Äußerungen des Klägers aus dem Jahr 2008 fügen sich seine Ausführungen im Schriftsatz vom 15.1.2014 nicht zu einem stimmigen Gesamtbild. Soweit der Kläger in diesem Schriftsatz formuliert, die „Darlehenslösung“ wäre die einfachste und nahe liegende Lösung gewesen, überzeugt dies gerade nicht.

Zudem hält der Kläger auch keinen Sachvortrag zu der Frage, inwieweit die finanzierenden Banken der I. AG zum damaligen Zeitpunkt im Jahr 2001 überhaupt einer möglichen weiteren Darlehensaufnahme zugestimmt hätten; dies auch im Hinblick darauf, dass nach dem Vortrag des Klägers als einzige Sicherheit wohl eine Hinterlegung der Quellcodes der I. AG in Betracht gekommen wäre, also letztlich die wirtschaftliche Weggabe des Kernstücks und in Entwicklung befindlichen Vermögensgegenstands der Gesellschaft.

Ferner fehlt jeglicher Vortrag des Klägers dazu, inwieweit eine „Darlehenslösung“ geeignet gewesen wäre, die finanziellen Probleme der I. AG dauerhaft zu beheben. Zwar wäre durch eine Darlehensgewährung – ebenso wie durch die tatsächlich erfolgte Kapitalerhöhung – zunächst ein Liquiditätszufluss erreicht worden. Der Kläger hält aber keinen Vortrag dazu, inwieweit Darlehensverbindlichkeiten, ggf. im Unterschied zu einer Kapitalerhöhung, letztlich hätten passiviert werden müssen. Angesichts der unstreitig defizitären Geschäftsentwicklung der I. AG in den Jahren 2000 und 2001 fehlt es darüber hinaus an Vortrag des Klägers dazu, zu welchen Konditionen und in welcher Höhe Zinsen an die B. AG seitens der I. AG hätten gezahlt werden müssen und können, und nach welchen Konditionen eine ggf. ratenweise Rückführung gewährter Darlehen hätte erfolgen können.

Da es aus den vorgenannten Gründen an ausreichenden Details zu der Ausgestaltung einer „Darlehenslösung“ fehlt, scheidet mangels der erforderlichen Anknüpfungstatsachen auch eine weitere Beweisaufnahme in Form einer sachverständigen Beurteilung der mit einer „Darlehenslösung“ ggf. verbundenen steuerlichen Vorteile oder Risiken für den Klä-

ger aus. Aufgrund des pauschalen Vortrags des Klägers können solche Überlegungen aber bereits nicht angestellt werden, da es an der Darlegung jeglicher Anknüpfungstatsachen insgesamt fehlt.

Auch die Ausführungen des Klägers im Schriftsatz vom 3.6.2014 enthalten keine weiteren Details. Vielmehr wiederholt der Kläger lediglich seinen pauschalen Vortrag, die B. AG habe als Investor ein außerordentlich hohes Interesse an der in Entwicklung befindlichen Software gehabt und sei bereit gewesen, den Kläger und die I. AG nach besten Kräften zu unterstützen.

dd. Soweit der Kläger in seinem Schriftsatz vom 15.1.2014 behauptet, dass er – letztlich ohne Rücksicht auf die Konsequenzen – in keinem Fall die gewählte Lösung über eine Kapitalerhöhung mit dem Risiko der persönlichen Steuerbelastung gewählt hätte, vermag dies den Senat nicht zu überzeugen.

Denn diese Behauptung des Klägers wird letztlich inhaltlich allein darauf gestützt, dass eine sichere Alternative der Kapitalbeschaffung in Form der „Darlehenslösung“ zur Verfügung gestanden habe. Die konkrete Realisierungsmöglichkeit für eine derartige Kapitalbeschaffung hat der Kläger indes nicht plausibel dargestellt.

Es war vorliegend auch nicht geboten, nach § 287 Abs. 1 S. 3 ZPO eine persönliche Anhörung oder eine Beweisaufnahme durch **Parteivernehmung** des Klägers vorzunehmen. **Zwar kann es nahe liegen, den Betroffenen als Partei zu vernehmen, wenn es darum geht, welche hypothetische Entscheidung dieser bei pflichtgemäßem Verhalten des Beraters getroffen hätte, da es sich um eine innere in seiner Person liegende Tatsache handelt** (BGH, Urt. v. 6.6.2013 – IX ZR 204/12, juris Rdnr. 1.7).

Allerdings fehlt es vorliegend – auch nach dem Hinweisbeschluss des Senats vom 27.11.2013 – **bereits an der erforderlichen Darlegung von ausreichenden und aussagekräftigen Anknüpfungstatsachen**. Vor diesem Hintergrund enthielte eine Bekräftigung der nicht in einen ausreichenden objektiven Kontext eingebetteten schriftsätzlichen Äußerung des Klägers, er hätte das Risiko einer persönlichen Steuerschuld unter keinen Umständen auf sich genommen, keinen Beweiswert. (...) ■

Steuerberaterhaftung

- Prüfung einer Rangrücktrittsvereinbarung
 - Rechtsdienstleistungsgesetz
- (LG Münster, Urt. v. 23.8.2017 – 110 O 40/16)

Leitsatz (d. Red.):

Ein Steuerberater hat im Rahmen der Insolvenzberatung die zivilrechtliche Unwirksamkeit einer Rangrücktrittsvereinbarung nicht zu prüfen. ■

Zum Sachverhalt:

Der Kläger ist Insolvenzverwalter über das Vermögen der Fa. H. GmbH (im Folgenden: „Insolvenzschnldnerin“). Als solcher macht er Schadenersatzansprüche aus behaupteter Falschberatung im Rahmen eines „allgemeinen Steuerberatungsmandats“ gegen die Beklagte geltend. Die Insolvenzschnldnerin und die Beklagte waren über ein langjähriges Steuerberatungsverhältnis miteinander verbunden.

Gesellschafter der Insolvenzschnldnerin war Herr I. H. Früherer Gesellschafter der Insolvenzschnldnerin war Herr I. H. Unter dem 31.1.2003 unterzeichneten Herr I. H. für die Insolvenzschnldnerin und Herr I. H. eine „Rangrücktrittsvereinbarung“, wonach die Pensionsforderung des Herrn I. H. gegenüber der Insolvenzschnldnerin, in Höhe von insgesamt 202.894,93 EUR „mit allen etwaigen daran haftenden Rechten hinter die gegenwärtig bestehenden und künftigen Forderungen der übrigen Gläubiger“ der Insolvenzschnldnerin „in der Höhe zurücktritt, in der sich ohne den Rangrücktritt eine Überschuldung ergeben würde“.

Zum 20.11.2011 erstellte die Beklagte für die Insolvenzschnldnerin den Jahresabschluss 2010. In diesem stellte die Beklagte fest, dass „die Gesellschaft buchmäßig überschuldet“ ist. Die Beklagte stellte weiter fest: „Eine insolvenzrechtliche Überschuldung liegt nicht vor, da der Gesellschafter und der frühere Gesellschafter für seine Forderungen gegen die Gesellschaft einen Rangrücktritt zu Gunsten der übrigen Gläubiger erklärt hat (...)“.

Der Kläger ist der Ansicht, die Insolvenzschnldnerin sei zum 31.12.2010 tatsächlich insolvenzrechtlich überschuldet gewesen. Der seitens des früheren Gesellschafters, Herrn I. H., erklärte Rangrücktritt vom 31.1.2003 sei unwirksam gewesen, da er die Bestimmung „6. Diese Vereinbarung ist nur aus wichtigem Grund kündbar“ enthielt. Der Kläger ist weiter der Ansicht, hinsichtlich der Wirksamkeit der Rangrücktrittsvereinbarung hätte die Beklagte eine Prüfpflicht getroffen. Die Beklagte hätte eine Fortführungsprognose erstellen müssen oder den Gesellschafter der Insolvenzschnldnerin dazu auffordern müssen, eine solche zu erstellen. Der Kläger behauptet, die Rangrücktrittsvereinbarung vom 31.1.2003 sei seitens der Beklagten erstellt worden. ■

Aus den Gründen:

Die zulässige Klage ist unbegründet. Der geltend gemachte Zahlungsanspruch besteht nicht. Nach eigenem Vortrag der Klägerseite ist der Beklagten ein Beratungsverschulden nicht vorzuwerfen.

Dem Kläger ist zwar insoweit zuzustimmen, dass nach der **Rechtsprechung des BGH** die Haftung eines Steuerberaters in Betracht kommt, wenn der Berater nicht nur eine Handelsbilanz erstellt, sondern darüber hinaus **in der Bilanz eine insolvenzrechtliche Überschuldung der Gesellschaft ausschließt**. Entweder, indem er unter Bezug auf Rangrücktrittsvereinbarungen die Feststellung trifft, dass es sich um eine „Überschuldung rein bilanzieller Natur“ handele oder, wie hier, indem er feststellt, dass die Gesellschaft nur „buchmäßig überschuldet“ sei.

Aus solchen Hinweisen lässt sich entnehmen, dass der Steuerberater eine über die steuerliche Bilanzierung hinausgehende Leistung in Form der **Prüfung der Insolvenzreife erbracht** hat (BGH, Urt. v. 6.6.2013 – IX ZR 204/12 = WM 2013, 1323 Rdnr. 13 unter Bezugnahme auf BGH, Urt. v. 7.3.2013 – IX ZR 64/12).

Aufgrund der wirtschaftlichen und rechtlichen Bedeutung der Angelegenheit handelt es sich insoweit auch **nicht um eine bloße Gefälligkeit** des Beraters, sondern um eine – im Wege stillschweigender Mandatserweiterung (Fischer, WM 2014, Sonderbeilage Nr. 1, 1–43; Kayser, ZIP 2014, 597, 602) – erbrachte zusätzliche Bewertung, auf deren Richtigkeit ein Auftraggeber vertrauen darf (BGH, Urt. v. 6.6.2013 – IX ZR 204/12 = WM 2013, 1323 Rdnr. 13).

Ein Anspruch gegen die Beklagte besteht gleichwohl nicht. Selbst wenn die Rechtsansicht des Klägers, dass die **Rangrücktrittsvereinbarung** des Gesellschafters I. H. aufgrund der darin enthaltenen Kündigungsmöglichkeit unwirksam gewesen sei und die Gesellschaft deshalb entgegen den Angaben der Beklagten zum 31.12.2010 insolvenzreif gewesen sei, zutreffen würde, stellt die (dann möglicherweise unzutreffende) Beurteilung der beklagten Steuerberatergesellschaft, dass eine insolvenzrechtliche Überschuldung nicht vorgelegen habe, **keine Falschberatung dar, für die ein Steuerberater einzustehen hätte**.

Ein Steuerberater hat selbst bei der Prüfung der Insolvenzreife einer Gesellschaft nur ein **eingeschränktes steuerrechtliches Mandat**. Dem Steuerberater ist es aufgrund der Erstreckung seines Berufsbildes gemäß § 57 Abs. 3 Nr. 3 StBerG auf „eine wirtschaftsberatende, gutachtliche oder treuhänderische Tätigkeit sowie die Erteilung von Bescheinigungen über die Beachtung steuerrechtlicher Vorschriften in Vermögensübersichten und Erfolgsrechnungen“ zwar grundsätzlich gestattet, entsprechende Aufgaben wahrzunehmen; ein Konflikt zu § 5 Abs. 1 RDG tritt nicht ein.

Die **Insolvenz- und die Sanierungsberatung** gehört als **Nebenleistung** zum Berufsbild des Steuerberaters/Wirtschaftsprüfers (BGH, Urt. v. 7.3.2013 – IX ZR 64/12 Rdnr. 20, juris). **Damit ist aber nicht gesagt, dass ein Steuerberater in der Folge für alle im Rahmen der Insolvenzberatung anzutreffenden Fragen rechtsberatend tätig werden darf und/oder muss.**

Die sich im vorliegenden Fall stellende Frage, ob ein Steuerberater im Rahmen der Prüfung der Insolvenzreife einer Gesellschaft die etwaige **zivilrechtliche Unwirksamkeit** einer Rangrücktrittserklärung aufgrund einer Kündigungsmöglichkeit aus wichtigem Grund für die Zukunft **juristisch prüfen** muss und darf, verneint die Kammer (so auch Römermann, GmbHR 2013, 518). Es handelt sich hierbei um ein erkennbar **hochkomplexes schuldrechtliches/insolvenzrechtliches Problem**, das in der Rechtsprechung und Rechtsliteratur unterschiedlich diskutiert wird (vergl. exemplarisch die vorgelegte Entscheidung des BGH v. 5.3.2015 – IX ZR 133/14).

Für die Beantwortung einer solchen Rechtsfrage ist ein Steuerberater beruflich nicht ausgebildet. Es würde sich um eine

klassische Rechtsberatung handeln, die einem Steuerberater durch § 5 RDG untersagt ist und die nicht mehr als „Nebenleistung zum Berufsbild des Steuerberaters“ eingestuft werden kann (so auch: Römermann, GmbHR 2013, 513, 518; Hirtz in: Grunewald/Römermann, RDG, 2008, § 5 Rdnr. 121 ff.; a.A. Gräfe, DStR 2010, 618, 619, allerdings lediglich mit Verweis auf eine Pressemitteilung des BMJ).

Der Steuerberater hat bei der Prüfung der Insolvenzreife lediglich die Pflicht, das Vorliegen einer Rangrücktrittsvereinbarung als solcher zu überprüfen. Von deren Wirksamkeit kann und darf er ausgehen, wenn nicht offensichtliche Unwirksamkeitsgründe vorliegen. Die Beurteilung der Insolvenzreife muss und darf er dann ohne Berücksichtigung dieser zurückgetretenen Schulden vornehmen. Die generelle Beratung durch den Steuerberater im Zusammenhang mit einer Rangrücktrittserklärung ist im Hinblick auf § 5 RDG allgemein als unbedenklich anzusehen (Römermann, GmbHR 2013, 513–519).

Rangrücktritte werden typischerweise im Zusammenhang mit einer drohenden Insolvenz zur Abwendung einer rechnerischen Überschuldung vorgenommen. Unter Berücksichtigung der Rangrücktrittsvereinbarung hat die Beklagte die Berechnung zutreffend vorgenommen. Der Kläger selbst lässt in der Klageschrift vortragen, unter Berücksichtigung der Pensionsrückstellungen des Gesellschafters I. H. hätte zum 31.12.2010 eine Überschuldung i.H.v. 104.522,13 EUR vorgelegen. Ohne Berücksichtigung der Pensionsrückstellungen i.H.v. 202.894,93 EUR ergab sich rechnerisch mithin keine Überschuldung zum 31.12.2010.

Die Beklagte durfte als Steuerberater folglich die Feststellung treffen, eine insolvenzrechtliche Überschuldung liege nicht vor.

Ein Anspruch besteht auch dann nicht, wenn die **Rangrücktrittsvereinbarung** vom 31.1.2013 **von der Beklagten entworfen** und dem Kläger zur Verfügung gestellt worden wäre, was der Kläger in der mündlichen Verhandlung – offensichtlich ins Blaue hinein – hat vortragen lassen. **Denn selbst wenn ein entsprechendes Formular von Seiten eines Steuerberaters einem Mandanten zur Verfügung gestellt wird, will ein Steuerberater damit aus Sicht des Mandanten diesem eine Gefälligkeit erweisen und keine (offensichtlich unzulässige) Rechtsberatung betreiben** (Gräfe/Lenzen/Schmeer, Steuerberaterhaftung, 5. Aufl. Rdnr. 101).

Sofern ein Steuerberater die (Beratungs-)Tätigkeit nicht abrechnet, kann und darf ein Mandant, dem von einem Steuerberater Vordrucke oder Musterverträge vorgelegt werden, nicht erwarten, dass der Steuerberater hier eine ihm nicht zustehende Rechtsberatung unter Verstoß gegen das Rechtsdienstleistungsgesetz leisten will (vgl. BGH, Urt. v. 5.6.1985 – IVa ZR 55/83, juris). Selbst einzelne Gestaltungshinweise können nicht als Rechtsberatung verstanden werden, für die der Steuerberater eintreten will. Eine entsprechende Abrechnung trägt der Kläger weder vor, noch gibt es hierfür Anhaltspunkte.

Die Beklagte musste die Insolvenzschriftstellerin auch nicht darauf hinweisen, die Frage der Wirksamkeit der Rangrücktrittsvereinbarung **durch einen Rechtsanwalt** überprüfen zu lassen. Nach Einschätzung der Kammer handelt es sich hierbei um eine derart **schwierige Rechtsfrage, dass ein Steuerberater diese Problematik nicht erkennen muss**.

Ergänzend weist die Kammer auch darauf hin, dass es aus ihrer Sicht zweifelhaft erscheint, ob die hier vereinbarte Kündigungsmöglichkeit für die Zukunft aus wichtigem Grund tatsächlich aus dem Rangrücktritt einen unzulässigen, weil „lediglich zeitlich begrenzter Rücktritt“ im Sinne der Rechtsprechung des BGH in der Entscheidung 5.3.2015 – IX ZR 133/14 – macht. Der BGH hat auf Seite 10 und 12 seiner Entscheidung (BGHZ) ausdrücklich darauf hingewiesen, dass sich bei einer im engen Wortsinn unzureichenden Vereinbarung im Wege der Auslegung ergeben kann, dass ein umfassender Rangrücktritt gewollt war.

Dass die Erklärung des früheren Gesellschafters I. H. vom 31.1.2003 trotz der Einräumung eines Kündigungsrechtes mit unklaren Voraussetzungen als umfassender Rangrücktritt in diesem Sinne gemeint war, erscheint der Kammer nahelegend.

Die Kammer ist der Ansicht, dass die Rangrücktrittsvereinbarung in ihrer Gesamtheit als solche im Sinne der Rechtsprechung des BGH zu deuten ist, nach der der Gesellschafter dauerhaft keine Befriedigung seiner Forderung von der Gesellschaft verlangen kann, sofern bei dieser als Folge einer Zahlung Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit zumindest einzutreten droht (BGH, Urt. v. 5.3.2015 – IX ZR 133/14 Rdnr. 22).

Dies folgt aus einer Auslegung nach Sinn und Zweck unter Berücksichtigung des ausdrücklichen Verbots der rückwirkenden Vertragsaufhebung in der Regelung unter Ziffer 7. (...) ■

Notarhaftung

- Anderweitige Ersatzmöglichkeit
- Vergleich mit einem anderen Schädiger (KG Berlin, Urt. v. 25.7.2017 – 9 U 148/15)

Leitsatz:

Ein Notarhaftungsanspruch ist wegen schuldhafter Versäumung einer anderweitigen Ersatzmöglichkeit gemäß § 19 Abs. 1 S. 2 Hs. 1 BNotO in der Regel ausgeschlossen, wenn der Geschädigte in einem mit einem anderen Schädiger abgeschlossenen Vergleich auf Schadenersatzansprüche ganz oder teilweise verzichtet hat, obwohl ihm die weitere Rechtsverfolgung gegenüber dem anderen Schädiger zuzumuten war. ■

Zum Sachverhalt:

Die Klägerin begehrt (auch aus von ihrem Ehemann abgetretenem Recht) vom beklagten Notar Schadenersatz wegen der Verletzung von § 17 Abs. 2a BeurkG bei der Beurkundung eines Kaufvertrages über eine Eigentumswohnung. Die Beurkundung erfolgte ohne Einhaltung der Frist von zwei Wochen gemäß § 17 Abs. 2a S. 2 Ziff. 2 BeurkG (a.F.). Zur Rechtfertigung beruft sich der Notar darauf, dass die Klägerin und ihr Ehemann im Rahmen der Beurkundung erklärt hätten, sie seien zum sofortigen Kauf entschlossen, weil sie im Falle einer Verschiebung der Beurkundung eine anderweitige Veräußerung der Wohnung befürchteten.

Nachdem die Klägerin und deren Ehemann feststellten, dass die von der Vermittlerin bei der Vertragsanbahnung in Aussicht gestellten Steuervorteile nicht in der erwarteten Höhe eingetreten waren und sie – nach deren Vortrag – über die mit dem Kauf der Eigentumswohnung verbundene finanzielle Belastung und über deren Wert betrügerisch getäuscht worden seien, nahm die Klägerin zunächst die ... AG (im Folgenden: ...), welche den Immobilienerwerb durch ein Darlehen finanzierte, gerichtlich auf Schadenersatz in Anspruch.

Der Rechtsstreit endete durch einen Vergleich, in dem die ... auf 40 % der offenen Restschuld aus dem Darlehensvertrag verzichtete, die Annuität auf monatlich 500 EUR angepasst und weitere Ansprüche der Klägerin ausgeschlossen wurden.

Das LG hat die Klage abgewiesen. Zum einen fehle es an einem kausalen Schaden, weil die Klägerin und ihr Ehemann den Kaufvertrag unabhängig von einer Amtspflichtverletzung des Beklagten mit gleichem Inhalt abgeschlossen hätten. Zum anderen sei der Schadenersatzanspruch verjährt. (...) ■

Aus den Gründen:

Die zulässige Berufung hat im Ergebnis in der Sache keinen Erfolg.

1. Ein Notarhaftungsanspruch der Klägerin gegen den Beklagten aus eigenem und abgetretenem Recht ist jedenfalls wegen Versäumung einer **anderweitigen Ersatzmöglichkeit** gemäß § 19 Abs. 1 S. 2 Hs. 1 BNotO ausgeschlossen.

a) Im Falle einer fahrlässigen Amtspflichtverletzung des Notars im Zusammenhang mit einer Beurkundungstätigkeit ist ein Schadenersatzanspruch des Geschädigten nach dieser Vorschrift ausgeschlossen, wenn der Geschädigte auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag, wobei es dem Vorliegen einer anderweitigen Ersatzmöglichkeit gleichsteht, wenn der Geschädigte eine früher bestehende Möglichkeit, Ersatz seines Schadens von einem Dritten zu erlangen, schuldhaft versäumt hat (BGH, Urt. v. 11.11.2004 – III ZR 101/03 Rdnr. 12, juris).

Schuldhaft ist die Versäumung einer Ersatzmöglichkeit, wenn der Geschädigte die mögliche und ihm nach den Umständen des Falles zuzumutende anderweite Deckung seines Schadens unterlassen hat (BGH, Urt. v. 22.6.1995 – IX ZR 122/94 Rdnr. 22, juris).

Dies kommt insbesondere dann in Betracht, wenn der Geschädigte in einem mit einem anderen Schädiger abgeschlossenen Vergleich auf Schadenersatzansprüche verzichtet, obwohl ihm die weitere Rechtsverfolgung gegenüber dem anderen Schädiger zuzumuten war. Verzichtet der Geschädigte gegenüber dem Dritten im **Vergleichswege** ganz oder teilweise auf seinen Anspruch, ist diese Versäumung einer Ersatzmöglichkeit gegenüber dem Notar in aller Regel schuldhaft (*BGH, a.a.O., Rdnr. 23, juris*).

b) Im vorliegenden Fall hat die Klägerin die Möglichkeit nicht ausgeräumt, dass sie die ... auch über die in dem mit dieser geschlossenen Vergleich vereinbarten Leistungen hinaus in voller Höhe mit Aussicht auf Erfolg auf Schadenersatz hätte in Anspruch nehmen können.

aa) Auch wenn diese anderweitige Ersatzmöglichkeit heute (wegen des geschlossenen gerichtlichen Vergleiches) nicht mehr durchsetzbar ist, hat die Klägerin nicht widerlegt, dass sie diese früher gegebene anderweitige Möglichkeit, über den Vergleichsbetrag hinaus in voller Höhe Ersatz zu erlangen, schuldhaft versäumt hat.

Hierbei ist zu beachten, dass der als anderweitige Ersatzmöglichkeit in Betracht kommende Schadenersatzanspruch im Notarhaftungsprozess nicht inzident geprüft und positiv festgestellt werden muss. Es ist vielmehr Sache des klagenden Geschädigten, eine in Betracht kommende Ersatzmöglichkeit – ggf. als unzumutbar – auszuschließen (*Senat, Beschl. v. 26.2.2016 – 9 U 32/15*). Insoweit trägt er die Darlegungs- und Beweislast (*BGH, Urst. v. 25.2.1999 – IX ZR 240/98 Rdnr. 22, juris*).

bb) Richtig ist zwar, dass ein Geschädigter weitläufige, unsichere und im Ergebnis zweifelhafte Wege nicht einzuschlagen braucht (*BGH, Urst. v. 3.7.2008 – III ZR 189/07 Rdnr. 12, juris*). So besteht eine zumutbare andere Ersatzmöglichkeit dann nicht, wenn der Geschädigte mit einer Klage gegen einen angeblich ersatzpflichtigen Dritten wegen Beweisschwierigkeit abgewiesen werden müsste (*BGH, Urst. v. 7.2.2013 – III ZR 121/12 Rdnr. 33, juris*).

Dies lässt sich im vorliegenden Fall jedoch nicht feststellen. Eine Inanspruchnahme der ... bot rechtlich wie wirtschaftlich begründete Aussicht auf Erfolg und war der Klägerin daher zumutbar.

Zwar hat der 24. Zivilsenat des Kammergerichts – in Anwendung der Pflichtenkreislehre des BGH (*vgl. Urst. v. 6.11.2007 – XI ZR 322/03 Rdnr. 28, juris*) – in vergleichbaren Parallelfällen zugunsten der ... entschieden, weil der im Rahmen von Kapitalanlagemodellen auftretende Vermittler als Erfüllungsgehilfe im Pflichtenkreis der in den Vertrieb nicht eingeschalteten Bank nur insoweit tätig werde, als sein Verhalten den Bereich der Anbahnung des Kreditvertrags betreffe.

Möglicherweise falsche Erklärungen zu Mieteinnahmen, zur monatlichen Belastung des Anlegers unter Berücksichtigung von Mieteinnahmen und Steuervorteilen sowie zu der Möglichkeit, die Wohnung später mit Gewinn zu verkaufen, be-

träfen nicht den Darlehensvertrag, sondern die Rentabilität des Anlagegeschäfts. Diese lägen damit außerhalb des Pflichtenkreises der Bank und seien ihr deshalb nicht nach § 278 BGB zuzurechnen (*KG Berlin, Urst. v. 16.5.2012 – 24 U 103/10 Rdnr. 43, juris – rechtskräftig nach Rücknahme der Nichtzulassungsbeschwerde*).

Allerdings hatte der 12. Zivilsenat des Kammergerichts in einer vergleichbaren Konstellation die arglistige Täuschung des Beraters bzw. Vermittlers gemäß § 278 BGB der Bank zugerechnet und letztere zum Schadenersatz verurteilt. Danach müsse sich eine Bank, die sich im Zusammenhang mit der Finanzierung einer Eigentumswohnung von ihrem Kunden auf einem ihrer Vordrucke ausdrücklich bestätigen lässt, dass ein persönliches Gespräch mit einem namentlich benannten Vermittler stattgefunden habe, in dem die Finanzierung mit dem im Darlehensangebot enthaltenen Produkt Annuitätendarlehen erläutert worden sei, die Angaben, die dieser Vermittler zu dem Darlehen gemacht hat, zurechnen lassen (*KG Berlin, Urst. v. 31.5.2012 – 12 U 218/10, juris*).

Entscheidungen des BGH sind in diesen Verfahren nicht ergangen. Die Rechtsfrage war damit offen und ist höchst-richterlich unentschieden geblieben.

Schließlich war auch die Klägerin von der Erfolgsaussicht überzeugt, hat sie doch gegen die ... Klage erhoben.

Mag damit zwar seinerzeit nicht ausgeschlossen gewesen sein, dass der Rechtsstreit gegen die ... letztlich auch zulasten der Klägerin hätte ausgehen können, macht allein dieser Umstand die Durchführung des Rechtsstreits gegen die ... nicht unzumutbar. **Einen aussichtsreichen Prozess gegen den Dritten, der vorrangig für den Schaden einzustehen hat, hat der Geschädigte grundsätzlich zu führen; dies gilt selbst dann, wenn sich dieser Prozess in die Länge zieht** (*BGH, Urst. v. 22.6.1995 – IX ZR 122/94 Rdnr. 23, juris*).

cc) Auch die – von der Klägerin schließlich wahrgenommene – **Möglichkeit eines Vergleichsschlusses** mit der ... machte es **nicht unzumutbar, die Schadenersatzforderung in dem Rechtsstreit gegen die ... insgesamt weiterzuverfolgen**.

Denn der Vergleich hat notwendig zur Folge, dass der Geschädigte auf die aussichtsreiche, wenn auch nicht sichere anderweitige Möglichkeit des Ersatzes des gesamten Schadens letztlich verzichtet, was nach der gesetzgeberischen Wertung des § 19 Abs. 1 Satz 2 Hs. 2 BNotO zu Lasten des Notars nicht zulässig ist und zum Ausschluss führt (*vgl. BGH, a.a.O., Rdnr. 23, juris*). Angesichts dessen kommt es nicht darauf an, ob der Vergleich etwa angemessen war oder für den Notar im Hinblick auf die Verminderung des Schadens vorteilhaft.

Einen Vergleich wird ein Notar daher bis auf eine – hier nicht vorliegende – existenzbedrohende Ausnahmesituation allenfalls dann gegen sich gelten lassen müssen, wenn er dem Vergleichsschluss unter **Verzicht auf sein Vorrecht** aus § 19 Abs. 2 Satz 2 Hs. 2 BNotO zugestimmt hätte (*vgl. BGH, ebenda*), woran es hier aber fehlt. (...) ■

Anwaltschaftung

- Rechtskenntnis
- Rechtsansichten in Kommentaren
(AG Potsdam, Urt. v. 17.12.2015 – 24 C 222/15)

Leitsatz:

Dem Rechtsanwalt ist keine Pflichtverletzung vorzuwerfen, wenn er einer in einem in der Praxis verwendeten Kommentar vertretenen Ansicht folgt. ■

Zum Sachverhalt:

Die Klägerin, eine Rechtsschutzversicherung, begehrt vom Beklagten Schadenersatz wegen Schlechterfüllung eines Anwaltsvertrages.

Der Beklagte vertrat die bei der Klägerin rechtsschutzversicherte Frau B. u.a. in einem Arrestverfahren vor dem AG Wedding (14 C 1001/14).

Zum genannten Aktenzeichen schlossen die dortige Arrestklägerin und die Arrestbeklagte (Fr. B.) vor dem AG Wedding am 28.3.2014 einen Vergleich. In diesem Vergleich heißt es unter Ziffer 3 u.a.:

„Die Arrestklägerin verzichtet ferner ausdrücklich auf die Rechte aus der unter Ziffer III. des Arrestbeschlusses des AG Wedding vom 26.2.2014 zum Geschäftszeichen 14 C 1001/14 angeordneten Forderungspfändung gegenüber dem Drittschuldner D. Bank Privat- und Geschäftskunden AG, vertreten durch den Vorstand, W.-allee, Berlin, Servicecenter E., Pfändungen, B.-platz, Essen, und gibt die gepfändeten Forderungen frei.“

Mit Schreiben vom 11.4.2014 schrieb der Beklagte die D. Bank Privat- und Geschäftskunden AG, Filiale Berlin-F., W.-allee an und verwies auf den vor dem AG Wedding geschlossenen Vergleich und forderte die Bank auf, die Konten seiner Mandantin freizugeben.

Die D. Bank lehnte dies mit Schreiben vom 11.4.2014 unter Verweis auf § 843 ZPO ab.

Der Beklagte beantragte namens seiner Mandantin vor dem LG Berlin den Erlass einer einstweiligen Verfügung. Das LG Berlin wies den Antrag mit Beschluss vom 17.4.2014 zurück. Zur Begründung führte das Gericht u.a. aus, dass eine unzulässige Vorwegnahme der Hauptsache vorliege und die Antragsgegnerin nicht passivlegitimiert sei.

Mit Schreiben vom 29.5.2014 beehrte der Beklagte von der Klägerin Deckungszusage für eine Beschwerde gegen die Zurückweisung des Antrages auf Erlass einer einstweiligen Verfügung.

Die Klägerin zahlte an den Beklagten am 8.5.2014 eine Verfahrensgebühr von 1.250,27 EUR abzgl. des Selbstbehaltes von Frau B., mithin insgesamt 1.100,27 EUR sowie am 12.5.2014 weitere 199,09 EUR und Gerichtskosten in Höhe von 2.079,00 EUR.

Die Klägerin vertritt die Auffassung, dass der Beklagte seinen Anwaltsvertrag schlecht erfüllt habe, da er die Passivlegitimation nicht hinreichend vor Erlass der einstweiligen Verfügung geprüft habe und auch die Verzichtserklärung dem Drittschuldner (D. Bank) nicht zugestellt worden sei.

(Anträge: ...)

Der Beklagte trägt vor, dass kein Pflichtenverstoß vorliege. Die D. Bank habe vielmehr zunächst den Antrag auf Freigabe der Konten aufgrund einer unzutreffenden Rechtsansicht zurückgewiesen.

Die D. Bank hätte vielmehr auf Grund des vor dem AG Wedding erklärten Verzichts die Konten freigeben müssen.

Auch habe der Beklagte der Klägerin mitgeteilt, dass er die Entscheidung des LG Berlin für fehlerhaft erachte und eine sofortige Beschwerde einzulegen gedenke. Allerdings habe die D. Bank die Konten vor einer Deckungszusage der Klägerin wieder freigegeben, so dass es auch keinen Grund mehr für eine einstweilige Verfügung gegeben habe. ■

Aus den Gründen:

Die Klage ist unbegründet.

Der Klägerin steht gegenüber dem Beklagten kein Anspruch gem. § 280 BGB zu.

Denn der Beklagte hat keine Pflichtverletzung begangen, indem er vor dem LG Berlin einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung gestellt hat. Denn ausweislich der Kommentierung ist für die Verzichtswirkung eine Zustellung an den Drittschuldner nicht wesentlich und entfaltet allein auch keine Wirkung (vgl. Zöller, § 843 Rdnr. 3). Denn die Mandantin des Beklagten hatte gegen die Drittschuldnerin einen Anspruch auf Freigabe des begehrten Betrages. Die Drittschuldnerin kann dies nicht unter Verweis auf die erfolgte Pfändung verweigern.

Dem steht nicht entgegen, dass in dem von der Klägerseite zitierten Kommentar eine Zustellung im Parteibetrieb für notwendig erachtet wird. **Der Beklagte hat keine Pflichtverletzung vorgenommen, indem er einer in einem in der Praxis verwendeten Kommentar vertretenen Ansicht folgte.** Dem Beklagten ist auch keine Pflichtverletzung vorzuwerfen, da er gegen die einstweilige Verfügung keine sofortige Beschwerde einlegte. Denn unbestritten hat die Drittschuldnerin, die D. Bank, während der laufenden Beschwerdefrist die Freigabeerklärung erbracht. (...) ■

GI Literaturhinweise

Zivilprozessordnung

Die 32. Auflage des Zöller fällt mit dem Ende der 18. Legislaturperiode zusammen. Das ist günstig, denn so konnte der neue Zöller alle Gesetzesänderungen berücksichtigen und meinuungsstark und richtungsweisend für die Praxis aufbereiten. Rund 200 Vorschriften sind betroffen. Die Themenvielfalt ist enorm. Beispielhaft seien erwähnt:

- die neuen Vorschriften zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten und zur Einführung der elektronischen Gerichtsakte,
- die Neuregelungen beim Sachverständigenbeweis,
- die Einführung von Spezialspruchkörpern bei den Land- und Oberlandesgerichten,
- zahlreiche Änderungen im internationalen Rechtsverkehr, insbesondere für Zustellungen,
- der neue Abschnitt der ZPO über die grenzüberschreitende vorläufige Kontenpfändung,
- Neuregelungen für die Tätigkeit des Gerichtsvollziehers,
- die Erweiterung der Medienöffentlichkeit in Gerichtsverfahren,
- die Änderungen im Eherecht (Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts, Bekämpfung von Kinderehen),
- die Reform des vereinfachten Unterhaltsrechts,
- die Einführung von Beschleunigungsgründe und -beschwerde im FamFG,
- die neue Verordnung über das Schutzschriftenregister,
- die neuen bzw. geänderten EU-Verordnungen zum Ehe- und zum Partnergüterrecht, zum Datenschutz sowie zum Mahnverfahren und zum Bagatellverfahren.

Ein weiterer Schwerpunkt ist im Zöller traditionell die Rechtsprechung. Mit Stand Oktober 2017 wurden enorm viele und relevante Gerichtsentscheidungen auf ihre Wichtigkeit hin überprüft, präzise ausgewertet und entsprechend eingearbeitet. Letztendlich blieb keine maßgebliche Vorschrift von ZPO, FamFG und GVG von den Reformen und Entscheidungen unberührt.

Der Zöller ist erneut ein Muss für jeden Prozessualisten!

Zöller: Zivilprozessordnung – Begründet von Dr. Richard Zöller. Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln. 32., neu bearbeitete Auflage 2018, 3296 S., Lexikonformat, gbd., im Schuber, 169 €, ISBN 978-3-504-47023-4.

Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis

Dieses Hand- und Formularbuch bietet Rechtsanwälten und Insolvenzverwaltern eine umfassende Handlungsanleitung für die praxisgerechte und rechtssichere Gestaltung und Abwicklung von Verträgen im Fall potentieller und eingetretener Insolvenz. Ebenfalls berücksichtigt sind steuerrechtliche Probleme in der Insolvenz und die Restrukturierung durch Insolvenzplanverfahren. Aufgezeigt wird außerdem das Spannungsfeld zwischen den Anforderungen des Mandanten und den Gefahren aus dem Bereich des Anfechtungs- und Strafrechts.

Zur Neuauflage: Das Werk wurde neu gegliedert, vollständig überarbeitet und auf den Stand August 2017 gebracht. Die Neuauflage behandelt u. a.:

- das Gesetz zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei Anfechtungen nach den InsO und dem AnfG, in Kraft getreten am 5.4.2017,
- die neue Rechtsprechung zur Anfechtung von Gesellschaftendarlehen und -sicherheiten,
- die praktischen Auswirkungen der Rechtsprechung zur Anfechtung von Darlehen beim Unternehmenskauf,
- sozialhilferechtliche Bezüge im Erbrecht, insbesondere Sittenwidrigkeit der Erbausschlagung und von Bedürftigentestamenten.

Reul/Heckschen/Wienberg: Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis – C.H.BECK, 2. Auflage, 2018, Buch. LII, 1002 S., in Leinen, 159 €, ISBN 978-3-406-67093-0.

GI Literatur-Ecke

Hosbach/Bandtel-Weis: Klare Absage des BGH an die Mehrstößigkeit von Rechtsanwaltsgesellschaften, *NZG 2017, 1331*

Mader/Seitz: Hinweispflichten bei der Jahresabschluss-erstellung – Bilanzrichtlinie(n) und „Fortführungsprognose“, *Beihefter zu DStR 2/2018, S. 1*

Meixner/Schröder: Anmerkung zu OLG Köln, Hinweis- beschl. v. 29.12.2016 und Beschl. v. 10.4.2017 – *9 U 120/16*: Kein Schutz des Treuhandkommanditisten durch die Vermögensschadenhaftpflicht-Versicherung für Steuerberater, *DStR 2017, 2766*

Ring: Anmerkung zu BGH, Urt. v. 21.9.2017 – *IX ZR 34/17*: Haftung des Mediators, *DStR 2018, 45*

Rörmann: Anmerkung zu BGH, Urt. v. 26.1.2017 – *IX ZR 285/15*: Haftung des Steuerberaters für Insolvenzverschleppungsschäden, *GmbHR 2017, 354*

Arbeitsrechtliches Expertenwissen in einem Band.



**Neuaufgabe
erscheint im April**

Der HWK beinhaltet eine Kommentierung des gesamten Arbeitsrechts und der einschlägigen Vorschriften des Sozialversicherungs- und Steuerrechts. Jetzt mit Gesetzesstand 1.1.2018: AÜG-Reform, SGB IX und MuSchG 2018, Betriebsrentenstärkungsg, BDSG 2018 und vielem mehr. Das Werk enthält Checklisten, Beispiele, Formulierungsvorschläge und Stichwort-ABCs.

Henssler/Willemsen/Kalb, **Arbeitsrecht** Kommentar. 8. neu bearbeitete Auflage 2018, ca. 3300 Seiten, gbd., Lexikonformat, ca. 180,- €. Bearbeitet von 41 Experten. Erscheint im April. ISBN: 978-3-504-42692-7

Am besten gleich vorbestellen unter www.otto-schmidt.de/hwk8

ottoschmidt

Info

Mit unseren berufsspezifischen, kostenlosen Fachinformationen Glaktuell und GIservice bleiben Sie immer auf dem Laufenden. Am besten gleich kostenlos unter **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, 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

Abonnementservice

Telefax: 0511-6451113661

Layout und Satz

Type Connection, Lechenicher Str. 29, 50374 Ertstadt

Druck

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

Zukunftssicher.



otto-schmidt.de/rb8