
Datum: 19.12.1996
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 7. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 7 U 68/96
ECLI: ECLI:DE:OLGK:1996:1219.7U68.96.00

Vorinstanz: Landgericht Aachen, 4 O 309/95

Tenor:

Die Berufung des Beklagten gegen das Gundurteil des Landgerichts Aachen vom 3.4.1996 (4 O 309/95) wird auf seine Kosten zurückgewiesen. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Beklagte kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 9000,- DM abwenden, wenn die Klägerin nicht vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet. Die Sicherheiten können durch Bürgschaft einer deutschen Großbank oder öffentlich-rechtlichen Sparkasse erbracht werden.

<u>Tatbestand:</u>	1
Der Geschäftsführer der Klägerin, Herr L. H., betrieb bis zum Jahre 1983 als Einzelunternehmer den Groß- und Einzelhandel mit Tabakwaren, den Großhandel mit umsatzsteuerfreien Waren im NATO-Bereich sowie die Exklusiv-Vertretung von Zigarettenpapier der französischen Firma B.. Mit notariellem Vertrag vom 16.12.1983 gründete er die Klägerin. Der Gesellschaftsvertrag enthält u.a. folgende Regelungen:	2
" § 2 Gegenstand des Unternehmens	3
Gegenstand des Unternehmens ist der Handel und der	4
Vertrieb von Konsumgütern aller Art. Ferner betreibt das	5
Unternehmen die Belieferung von zoll- und steuerfreien	6
Konsumgütern aller Art an militärische Einrichtungen...	7
	8

§ 6 Wettbewerbsverbot

Für alle Gesellschafter gilt das gesetzliche	9
Wettbewerbsverbot des § 112 HGB entsprechend mit der	10
Erweiterung, daß ein Gesellschafter außerhalb der	11
Gesellschaft in deren Tätigkeitsbereich weder	12
selbständig noch unselbständig noch beratend, auch nicht	13
gelegentlich oder mittelbar, tätig werden darf... Durch	14
Gesellschafterbeschluß können Ausnahmen zugelassen	15
werden."	16
Herr H. brachte den Handel mit umsatzsteuerfreien Waren im NATO-Bereich in die Klägerin ein. Den Groß- und Einzelhandel veräußerte er an einen Dritten und die Exklusiv-Vertretung von B.-Zigarettenpapier betrieb er (bzw. zeitweilig auch seine Ehefrau) weiter persönlich als Einzel-unternehmen. Gesellschafter der Klägerin war zum Zeitpunkt deren Gründung Herr H. allein, im Zeitraum von 1986 bis 1991 waren es daneben auch seine Ehefrau und seine Tochter, derzeit ist Herr H. wieder Alleingesellschafter.	17
Der Beklagte, der seit den 70er Jahren Herrn H. und seit ihrer Gründung auch die Klägerin in steuerlichen Angelegenheiten vertritt, war bei der Gründung der Klägerin hinzugezogen worden, wobei der Umfang seiner Beratungstätigkeit im einzelnen streitig ist. Unstreitig ist allerdings, daß der Beklagte Herrn H. unter dem 25.10.1983 Gebühren in Höhe von 570,00 DM wegen "Beratung zur Gründung einer GmbH" in Rechnung stellte und erhielt. Unstreitig teilte Herr H. ferner dem Beklagten mit Schreiben vom 15.11.1983 mit, er habe den beurkundenden Notar darauf hingewiesen, daß der Vertrag unter anderem aus steuerlichen Gründen abgeschlossen werde und alle steuerlichen Aspekte mit dem Beklagten abzustimmen seien. Er bitte nach Fertigstellung des Vertrages um Überprüfung, "damit wir keine Schwierigkeiten mit dem Finanzamt bekommen". Der Beklagte erteilte daraufhin - wie er der Klägerin unter dem 23.4.1991 auf deren Wunsch ausdrücklich schriftlich bestätigte - dem Notar eine "eingehende Erläuterung der Sachlage".	18
Im Anschluß an eine Betriebsprüfung im Jahre 1990 sah das Finanzamt G. die Fortführung des Exklusiv-Vertriebs von B.-Zigarettenpapier als Verstoß gegen das Wettbewerbsverbot an und behandelte die Gewinne aus diesem Unternehmen aus dem Zeitraum 1985 bis 1991 als verdeckte Gewinnausschüttungen der Klägerin an Herrn und Frau H.. Dies führte zu nachträglichen Mehrbelastungen der Klägerin mit Körperschafts- und Gewerbesteuer in beträchtlicher Höhe. Ein finanzgerichtliches Verfahren hiergegen blieb erfolglos. Das Finanzgericht K. folgte in seinem Urteil vom 20. Juli 1994 (13 K 4659/92) in vollem Umfang der Auffassung des Finanzamts G..	19
Die Klägerin nimmt den Beklagten deswegen aus eigenem und aus abgetretenem Recht des Herrn und der Frau H. auf Schadensersatz in Anspruch, den sie auf insgesamt 279.021,04 DM beziffert. Sie hat die Auffassung vertreten, der Beklagte habe Herrn H. bei Gründung der Klägerin falsch beraten. Der Beklagte habe auf die Notwendigkeit einer klaren Abgrenzung der Tätigkeitsbereiche der Klägerin und des Einzelunternehmens von Herrn H. und einer entsprechenden Modifizierung der Wettbewerbsverbotsregelung im Gesellschaftsvertrag	20

hinweisen müssen. Sie hat behauptet, der Beklagte habe von sich aus zur Gründung der Klägerin geraten, um durch die Absetzung von Geschäftsführergehältern Steuern zu sparen. Er habe diesbezüglich auch Herrn H. und den beurkundenden Notar umfassend steuerlich beraten.

Die Klägerin hat beantragt, 21

den Beklagten zu verurteilen, an sie 235.576,04 DM 22

nebst 4% Zinsen seit dem 11.9.1995 und 43.445,00 DM 23

zu zahlen. 24

Der Beklagte hat beantragt, 25

die Klage abzuweisen. 26

Er hat behauptet, er habe Herrn H. nur in allgemeiner Form über die Besonderheiten einer GmbH beraten. Auch gegenüber dem beurkundenden Notar habe er nur auf allgemeine Fragen geantwortet, wobei ihm zu diesem Zeitpunkt nicht einmal ein Vertragsentwurf vorgelegen habe. Ferner sei auch der Anstoß zur Gründung der GmbH nicht von ihm ausgegangen. Er ist der Auffassung gewesen, ihn habe keine Pflicht zur umfassenden Beratung der Klägerin bzw. des Herrn H. getroffen. Jedenfalls aber habe er etwaige Beratungspflichten nicht schuldhaft verletzt, da die vom Finanzamt G. und vom Finanzgericht K. vertretene Auffassung in der Sache unrichtig (denn tatsächlich habe Herr H. nicht gegen das Wettbewerbsverbot verstoßen) und für ihn daher auch nicht vorhersehbar gewesen sei. Im übrigen treffe Herrn H., der sich ja an das Wettbewerbsverbot habe halten können, ein alleiniges oder überwiegendes Mitverschulden. 27

Durch Grundurteil vom 3.4.1996 - zugestellt am 12.4.1996 - hat das Landgericht die Klage für dem Grunde nach gerechtfertigt erklärt mit der Begründung, der Beklagte habe seine Beratungspflichten schuldhaft verletzt, da er nach der auch schon im Jahre 1983 bestehenden ständigen Rechtsprechung des Bundesfinanzhofes hätte erkennen können, daß eine klare Abgrenzung der Tätigkeitsbereiche erforderlich gewesen sei. 28

Mit seiner am 7.5.1996 eingelegten und - nach entsprechender Fristverlängerung - am 8.7.1996 begründeten Berufung rügt der Beklagte vor allem diese Rechtsauffassung der Kammer und meint im wesentlichen, er habe keineswegs im Zeitpunkt der Gründung der Klägerin erkennen können, daß die Gestaltung des Gesellschaftsvertrages in der vorliegenden Form steuerschädliche Auswirkungen haben könne. Der Bundesfinanzhof habe erst in Entscheidungen, die später als 1983 getroffen worden seien, auf den Verstoß gegen das zivilrechtliche Wettbewerbsverbot abgestellt. Diese Entscheidungen hätten schließlich zu einem entsprechenden Erlaß des Bundesfinanzministers vom 4.2.1992 geführt und erst zu diesem Zeitpunkt habe allgemein ein entsprechendes Problembewußtsein bestanden. Bezeichnend sei auch, daß der Bundesfinanzhof mittlerweile das Erfordernis einer klaren Trennung der Tätigkeitsbereiche von Gesellschaft und Gesellschafter in Abänderung früherer Rechtsprechung nicht mehr mit einem Verstoß gegen das Wettbewerbsverbot des HGB begründe. Jedenfalls habe im Jahre 1983 insoweit noch kein Anlaß zu besonderen Hinweisen bestanden. Soweit bereits Urteile des BFH vor dieser Zeit ergangen seien, hätten denen andere Fallkonstellationen zugrunde gelegen. Der Beklagte meint ferner, ihn habe auch deshalb keine besondere Hinweispflicht getroffen, weil tatsächlich keinerlei Verstoß gegen das Wettbewerbsverbot vorgelegen habe. Der von Herrn H. als Einzelunternehmer 29

betriebene Exklusivhandel mit B.-Zigarettenpapier überschneide sich nicht mit dem Unternehmensbereich der Klägerin, die ausschließlich den Handel mit umsatzsteuerfreier Ware im NATO-Bereich betreibe und dabei nicht etwa auch mit B.-Zigarettenpapier handele. Insoweit seien die Tätigkeitsbereiche also klar und eindeutig voneinander abgegrenzt und die vom BFH gestellten Anforderungen erfüllt. Schließlich ist die Klägerin der Auffassung, wenn es bei Gründung der Klägerin zu Beratungsfehlern gekommen sei, so treffe dieser Vorwurf auch und vorrangig den beurkundenden Notar, der ebenfalls auf die steuerlichen Konsequenzen habe hinweisen müssen und dessen Verschulden sich die Klägerin zurechnen lassen müsse.	
Der Beklagte beantragt,	30
das Grundurteil des Landgerichts Aachen vom	31
3.4.1996 (4 O 309/95) abzuändern und die Klage	32
abzuweisen.	33
Die Klägerin beantragt,	34
die Berufung zurückzuweisen.	35
Sie behauptet, in einzelnen Fällen habe es sehr wohl Überschneidungen beider Tätigkeitsbereiche gegeben, insbesondere habe Herr H. gelegentlich Zigarettenpapier auch an NATO-Einrichtungen geliefert. Im übrigen verteidigt sie das angefochtene Urteil und vertieft ihr erstinstanzliches Vorbringen.	36
Wegen der weiteren Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.	37
E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :	38
Die Berufung ist zulässig, aber unbegründet. Zu Recht und mit zutreffender Begründung hat das Landgericht einen Schadensersatzanspruch der Klägerin gegen den Beklagten aus positiver Verletzung eines Geschäftsbesorgungsvertrages nach §§ 675, 611 BGB dem Grunde nach in vollem Umfange bejaht und eine schuldhafte Verletzung der Beratungspflichten des Beklagten im Zusammenhang mit der Gründung der Klägerin angenommen. Die in der Berufung hiergegen erhobenen Einwände greifen nicht durch.	39
Zwischen dem Beklagten und Herrn H. bestand ein Geschäftsbesorgungsvertrag, der eine umfassende steuerliche Beratung, insbesondere über die mit der Aufteilung der Unternehmensbereiche verbundenen steuerlichen Risiken, beinhaltete und in dessen Schutzbereich die zu gründende Klägerin einbezogen war, so daß es letztlich auch nicht auf die Abtretung etwaiger Ansprüche seitens Herrn und Frau H. ankam. Die Verpflichtung zu umfassender Beratung folgt schon aus den unstreitigen Umständen; auf die im Detail streitige Frage, in welchem Umfang der Beklagte tatsächlich beratend tätig wurde, und ob der Anstoß zur Gründung der Klägerin von ihm ausging oder nicht, kommt es ebenfalls nicht an. Daß Herr H. letztlich eine erschöpfende und verlässliche Beratung wünschte und auch erwarten konnte, ergibt sich schon aus der Tatsache, daß er - als steuerrechtlicher Laie - den Beklagten - als Fachmann - in die Überlegungen zur Gründung einer GmbH einbezog, der Beklagte diesen Auftrag ohne Einschränkung annahm und mit dem Auftraggeber auch abrechnete. Daß dieses Honorar angesichts der wirtschaftlichen Bedeutung der Gründung der Klägerin nicht hoch gewesen sein mag, rechtfertigt nicht, die Anforderungen an eine	40

ordnungsgemäße und vollständige Aufklärung des Mandanten (oder auch auf dessen Wunsch des Notars) zu verringern. Der Steuerberater hat im Rahmen des ihm erteilten Auftrages die Interessen seines Mandanten umfassend wahrzunehmen (BGH NJW-RR 1987, 210); er muß ihn grundsätzlich über alle steuerlichen Fragen belehren (OLG Stuttgart NJW-RR 1990, 792). Daß Herr H. hier von einer umfassenden steuerlichen Beratung ausging und der Beklagte dies zugrundelegen mußte, ergibt sich auch aus dem Schreiben des Herrn H. vom 15.11.1983, in dem dieser dem Beklagten auch im Verhältnis zum beurkundenden Notar die Verantwortung für alle steuerlichen Fragen zuweist und erneut um Überprüfung bittet, um Schwierigkeiten mit dem Finanzamt zu vermeiden. Es ergibt sich letztlich aus der vom Beklagten im Vorfeld dieses Prozesses selbst abgegebenen Erklärung, wonach er dem Notar die Sachlage "eingehend" erläutert habe. Daß der Beklagte gegenüber Herrn H. den Umfang seiner Tätigkeit, insbesondere seiner Überprüfung steuerlicher Fragen, ausdrücklich auf bestimmte Einzelfragen beschränkt habe, hat der Beklagte selbst nicht behauptet. Die von ihm vorgetragene rein tatsächliche Beschränkung seiner Tätigkeit auf bestimmte steuerliche Aspekte und auf eine bloß "allgemeine" Beratung ist jedenfalls nicht geeignet, von einem eng begrenzten Auftrag auszugehen, der die Beratung über die hier anstehenden Fragen ausschliesse.

Indem der Beklagte Herrn H. nicht darauf hinwies, daß bei Fortführen des Exklusiv-Vertriebs von B.-Zigarettenpapier aus steuerlichen Gründen eine detaillierte und klare Abgrenzung der Tätigkeitsfelder von Herrn H. einerseits und von der Klägerin andererseits unabdingbar war, hat der Beklagte schuldhaft seine Belehrungspflichten verletzt. Das Unterlassen einer derartigen Vereinbarung, die mit Sicherheit getroffen worden wäre, hätte der Beklagte hierauf hingewiesen, hat dazu geführt, daß der Klägerin durch Mehrbelastungen in Form von Körperschafts- und Gewerbesteuer ein Schaden entstanden ist. 41

Das Unterlassen einer entsprechenden Belehrung ist dem Beklagten auch als Fahrlässigkeit vorzuwerfen, denn er hätte aufgrund der schon im Sommer 1983 bestehenden und veröffentlichten Rechtsprechung des Bundesfinanzhofes wissen können und müssen, daß es einer entsprechenden Abgrenzungsvereinbarung bedurfte. Ein Steuerberater muß die maßgebliche Rechtsprechung des Bundesfinanzhofes kennen (BGH NJW-RR 1993, 212; NJW-RR 1995, 621) und er muß die sich daraus ergebenden Schlüsse ziehen. Wenn diese Rechtsprechung nicht hinreichend sicher und eindeutig erscheint, muß er sich auf den für seinen Mandanten sichersten Standpunkt stellen. Er darf nicht darauf vertrauen, daß eine vom BFH vertretene Auffassung unbeachtlich sei, nur weil er sie etwa für falsch hält oder weil sie in der Literatur bekämpft wird (BGH NJW 1993, 2799). Selbst wenn eine vom BFH zunächst vertretene Linie später aufgegeben wird, der Schaden aber nicht eingetreten wäre, wenn die damalige Rechtsprechung verfolgt worden wäre, haftet der Steuerberater für den daraus entstandenen Schaden (BGH NJW 1993, 2799). 42

Bei Anwendung dieser vom BGH entwickelten und auch vom erkennenden Senat vertretenen Grundsätze für die Haftung des Steuerberaters kommt es nicht auf die Frage an, ob der BFH eine bestimmte von ihm vertretene Rechtsprechung im Laufe der Zeit auf andere Weise rechtlich hergeleitet und begründet hat. So ist es im konkreten Fall unbeachtlich, daß der BFH in einer Reihe von Entscheidungen die Verpflichtung, den Tätigkeitsbereich von Gesellschaft und Gesellschaftern exakt und klar abzugrenzen, zeitweise aus dem handelsrechtlichen Wettbewerbsverbot des § 112 HGB hergeleitet hat (vgl. etwa BFH BStBl. 1989 II, 854), worauf der Beklagte hinweist, dies jedoch in jüngster Zeit ausdrücklich aufgegeben hat (BFH ZIP 1995, 1890). Die rechtliche Begründung einer bestimmten Handlungspflicht bzw. der aus ihrer Unterlassung resultierenden steuerlichen Konsequenzen ist für die Haftung des Steuerberaters grundsätzlich ohne Bedeutung, wenn sich am 43

rechtlichen Ergebnis nichts ändert. Entscheidend ist hier allein, ob aus einer bestimmten Rechtsprechung mit hinreichender Deutlichkeit bestimmte Handlungsweisen und entsprechende Belehrungspflichten zu entnehmen sind.

Das aber war bezüglich der Notwendigkeit, eine die Tätigkeitsbereiche der Klägerin von derjenigen des Gesellschafters H. klar abgrenzende Vereinbarung zu treffen, der Fall. Im Jahre 1983 lagen insgesamt vier Entscheidungen des BFH vor, die sich mit dieser Problematik befaßt hatten und deren Sachverhalte mit dem des vorliegenden Falles so weit vergleichbar waren, daß der Beklagte - jedenfalls unter Beachtung des für die Klägerin sichersten Weges - gehalten gewesen wäre, hierauf hinzuweisen und auf eine den Grundsätzen des BFH entsprechende Abgrenzungsvereinbarung zu dringen. So hatte der BFH bereits in einer Entscheidung vom 15.12.1966 (I 181/63 U, veröffentlicht im BStBl. 1966 III, S. 123) den Fall einer GmbH, die Apparate, Maschinen und Fahrzeuge aller Art vertrieb und deren geschäftsführender Alleingesellschafter für Verträge der GmbH mit Dritten Provisionen erhielt, dahin entschieden, daß sich ein Gesellschafter bei eigenem geschäftlichem Handeln grundsätzlich so verhalten müsse, als stünde er der GmbH fremd gegenüber; bewege er sich gleichwohl mit seiner persönlichen Tätigkeit auf gleichem Gebiet, so habe er von vornherein für eine klare und bis ins einzelne gehende Abgrenzung seiner persönlichen von seiner Geschäftsführertätigkeit in geeigneter Weise Sorge zu tragen; anderenfalls müsse (steuerlich) davon ausgegangen werden, daß der Gesellschafter-Geschäftsführer für die Gesellschaft tätig geworden sei. Diese Grundsätze wiederholte der BFH zunächst in zwei weiteren Entscheidungen vom 30.9.1970 (BStBl. 1971 II, 68 = BB 1971, 116) und vom 27.1.1971 (BStBl. 1971 II, 352 = BB 1971, 603). Auch hier wurde im Falle einer Maklerfirma, deren Gesellschafter-Geschäftsführer für Geschäfte der GmbH Provisionen erhielt, sowie im Falle einer GmbH, die sich mit der Herstellung von Stoffen befaßte und deren Gesellschafter-Geschäftsführer diese in technischer Hinsicht beriet, jeweils verdeckte Gewinnausschüttungen der GmbH an den Geschäftsführer angenommen, weil es an einer bis ins einzelne gehenden Abgrenzung der jeweiligen Tätigkeitsbereiche fehlte. Die vierte und wegen ihrer zeitlichen Nähe zu dem hier abgeschlossenen GmbH-Vertrag besonders bedeutsame Entscheidung des BFH erging am 11.2.1981 (I R 128/77, veröffentlicht im BStBl. 1981 II, S. 448 und in BB 1981, 894). Auch hier wurde im Falle einer GmbH, deren geschäftsführender Gesellschafter auf dem gleichen Gebiet tätig war wie die GmbH, nämlich der Werbeberatung, eine verdeckte Gewinnausschüttung angenommen mangels Vorliegen einer eindeutigen, die Tätigkeitsfelder klar abgrenzenden Vereinbarung.

44

Anhand dieser aufgrund von vier praktisch gleichlautenden Entscheidungen des BFH als gefestigt anzusehenden Rechtsprechung mußte der Beklagte davon ausgehen, daß es auch im Falle der Klägerin und des Herrn H. einer solchen Abgrenzungsvereinbarung bedurfte. Der Beklagte kann sich nicht darauf berufen, die vom BFH bis dato entschiedenen Fälle seien insoweit anders gelagert, als der Tätigkeitsbereich der dort betroffenen Gesellschafter-Geschäftsführer jeweils sich tatsächlich mit dem Unternehmensbereich der GmbH überschneiden habe, dies aber im Fall der Klägerin und des Herrn H. tatsächlich nicht der Fall gewesen sei, da die GmbH ausschließlich den Handel mit umsatzsteuerfreier Ware betreibe, nicht aber den mit B.-Zigarettenpapier, und umgekehrt Herr H. den Handel mit Zigarettenpapier nicht im Bereich von NATO-Einrichtungen betreibe oder betrieben habe. Ob dies tatsächlich so ist, was die Klägerin bestreitet, mag dahinstehen, denn hierauf kommt es nicht an. Maßgeblich für die Frage, ob eine Überschneidung der beiderseitigen Tätigkeitsbereiche vorliegt, ist nicht die tatsächlich ausgeübte Tätigkeit, sondern der im Gesellschaftsvertrag festgelegte Unternehmensgegenstand. Dieser ist durch die Eintragung im Handelsregister (§ 10 GmbHG) nach außen verlautbart und für den Rechtsverkehr maßgeblich. Käme es demgegenüber nur darauf an, welche Geschäfte die Gesellschaft

45

einerseits und deren Geschäftsführer andererseits im jeweiligen Geschäftsjahr tatsächlich vorgenommen hätten, und müßte danach im einzelnen entschieden werden, ob ein Gewinn des Geschäftsführers persönlich doch als verdeckter Gewinn der Gesellschaft zu behandeln wäre, so wäre dem Finanzamt eine Kontrolle praktisch kaum noch möglich. Schließlich entspräche diese Sichtweise auch nicht dem, was der BFH ausdrücklich und unmißverständlich verlangte (und auch heute noch verlangt), nämlich dem Erfordernis einer "bis ins einzelne gehenden *Vereinbarung*", nicht bloß einem rein faktischen Ausrichten der Tätigkeit. Selbst wenn aber - entgegen der hier vertretenen Auffassung - die Ansicht des Beklagten richtig sein sollte, daß die BFH- Rechtsprechung nur bei Überschneidungen der tatsächlich ausgeübten beiderseitigen Geschäftstätigkeiten Anwendung fände und es nicht auf den vertragsmäßigen Unternehmensgegenstand ankäme, ergäbe sich im Ergebnis nichts anderes. Denn die Möglichkeit, daß es auf eine solche Unterscheidung nicht ankommen konnte, wäre derart naheliegend gewesen, daß das Gebot, den sichersten Weg zu wählen, auch insoweit zu einer entsprechenden abgrenzenden Vereinbarung hätte führen müssen, die im Rahmen des GmbH-Vertrages auch ohne weiteres hätte getroffen werden können.

Daß sich der in § 2 des notariellen Vertrages vom 16.12.1983 geregelte Unternehmensgegenstand, der ja den Handel und Vertrieb von Konsumgütern aller Art umfaßt, mit dem Geschäftsbereich des von Herrn H. persönlich betriebenen Vertriebs von Zigarettenpapier sachlich überschneidet, unterliegt keinen Zweifeln, denn auch bei Zigarettenpapier handelt es sich um ein Konsumgut. Eine Überschneidung ergäbe sich im übrigen auch dann, wenn der Unternehmensgegenstand der Klägerin ausschließlich die Belieferung militärischer Einrichtungen mit zoll- und umsatzsteuerfreien Konsumgütern betreffen würde, denn auch insoweit kommt ohne weiteres Zigarettenpapier in Betracht. Mithin bedurfte es einer detaillierten Abgrenzung der jeweiligen Tätigkeitsbereiche. 46

Der Beklagte kann schließlich nicht mit Erfolg ein Mitverschulden des Herrn H. bzw. des von ihm beauftragten Notars, das Herrn H. zurechenbar wäre, geltend machen. Soweit das Landgericht ein Mitverschulden des Herrn H. persönlich verneint hat, ist das Urteil vom Beklagten nicht ausdrücklich angegriffen worden. Es kann auch im Ergebnis einem steuerrechtlichen Laien, der in Unkenntnis der Rechtslage einen Fachmann um Rat bittet, schlechterdings nicht vorgeworfen werden, er habe erkennen können, daß sein Steuerberater eine bestimmte BFH-Rechtsprechung übersieht. 47

Aber auch ein der Klägerin zuzurechnendes Mitverschulden des Notars kommt nicht in Betracht. Der Notar war nicht Erfüllungsgehilfe der Klägerin, so daß schon deshalb eine Zurechnung ausscheidet. Ein Notar kann bei hoheitlicher Tätigkeit nur dann Erfüllungsgehilfe sein, wenn er im Rahmen der Rechtsbetreuung tätig wird (BGHZ 62, 119, 124; NJW 1983, 1748 f.; NJW 1993, 648, 652), also etwa, wenn er den von ihm beurkundeten Kaufvertrag auch abwickelt. Kein Erfüllungsgehilfe ist er hingegen, wenn es um die eigentliche Beurkundungstätigkeit geht (BGH NJW 1993, 652). Hier ist er unabhängiger und unparteiischer Betreuer aller Beteiligten und wird nicht zur Erfüllung von Verbindlichkeiten untereinander tätig. Der Notar erfüllt hier Amtspflichten, die nicht zum Pflichtenkreis eines Beteiligten gehören, sondern der Amtsperson als solcher vorbehalten sind (BGH aaO.). Diese Grundsätze, die für den notariell beurkundeten Kaufvertrag entwickelt wurden, wo zwei Parteien sich mit wechselseitigen Pflichten gegenüberstehen, gelten im vorliegenden Fall erst recht, wo es nur einseitig um die Beurkundung eines Gesellschaftsvertrages ging, irgendwelche Pflichten der Klägerin bzw. ihres Geschäftsführers gegenüber dem Beklagten also nicht in Rede standen. Es gab nichts, in Erfüllung dessen der Notar hätte Gehilfe der Klägerin (bzw. des Herrn H.) sein können. Sollte der Notar also tatsächlich eigene Aufklärungspflichten gegenüber der Klägerin verletzt haben, hätte diese allenfalls einen 48

Anspruch aus der Verletzung von Amtspflichten nach § 19 BNotO, der aber wegen der Regelung in § 19 Abs. 1 Satz 2 BNotarO gegenüber der Haftung des Beklagten zurückträte. Allerdings käme noch nicht einmal ein solcher Anspruch in Betracht, da eine steuerliche Beratung vom Beklagten und nicht vom Notar gefordert war.

Die Kostenfolge ergibt sich aus § 97 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 49

Streitwert: 279.021,04 DM. 50

Beschwer für den Beklagten: über 60.000 DM 51