HUMBOLDT UNIVERSITÄT ZU BERLIN

RiBGH Prof. Dr. Johanna Schmidt-Räntsch
Honorarprofessorin an der Humboldt-Universität zu Berlin
Kontrollbeauftragte beim Unabhängiger Kontrollrat

Sommersemester 2025
Vorlesungen Zivilrecht
10653 Kaufrecht
Moodle-Link

Vorlesung am 19. Mai 2025
Hinweise für die Nachbereitung

Folie 28

B. Vorvertragliche Aufklärungspflichten
I. Vorvertragliche Aufklärungspflichten

1. Sachmängel und Aufklärungspflichten
Ausgangslage:
Käufererwartung übersteigt die Vertragsbeschaffenheit

2. Vorvertragliche Aufklärungspflicht
a) Grundlage: §§ 241 Abs. 2, 280 BGB
b) Aufklärungspflicht (J. Schmidt-Räntsch, ZfIR 2004, 569)

Grundsatz: keine Pflicht zu ungefragter Auskunft

Fragen sind vollständig und richtig zu beantworten.
Ungefragt sind Umstände zu offenbaren, die
- der Verkäufer kennt,
- der Käufer nicht kennt und nicht erkennen kann und
- für den Kaufentschluss bedeutsam sind.

Hinweise für die Nachbereitung:

1. Welche Pflichten die Parteien im Vorfeld eines Vertrags haben, regelt unser Recht nicht im Einzelnen. Es beschränkt sich auf den in § 241 Abs. 2 BGB Grundsatz, dass es im Vorfeld eines Vertrags Schutzpflichten geben kann. Welche dies aber sind, ist gesetzlich nicht geregelt. Rechtsprechung und Lehre haben solche Schutzpflichten von Fall zu Fall fortschreitend entwickelt.

2. Für den Verkauf einer Sache gilt danach der Grundsatz, dass der Verkäufer den Käufer grundsätzlich nicht über die Einzelheiten der Sache informieren muss. Caveat emptor – der Käufer möge sich vorsehen, sagt man in Anlehnung an das römische Recht, das damit allerdings die Gewährleistungsansprüche des Käufers beschrieb. Der Käufer soll den Verkäufer nach den Eigenschaften und Vorzügen der Kaufsache fragen, die ihm wichtig sind. Dieser Grundsatz erfährt allerdings durch § 312a Abs. 1 BGB mit Art. 246 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB Einschränkungen.

Danach muss der Unternehmerverkäufer einen Verbraucherkäufer unter anderem über die wesentlichen Eigenschaften der Waren (oder Dienstleitungen) informieren, soweit sie sich nicht aus den Umständen ergeben. Das gilt nach § 312 Abs. 2 Nr. 1 BGB auch für notariell zu beurkundende Verträge und unabhängig von der Vertriebsform. Das bedeutet zwar nach wie vor nicht, dass der Verkäufer den Käufer stets über alle verkehrswesentlichen Eigenschaften aufklären muss. Er muss aber schon die wesentlichen Eigenschaften benennen. Ansonsten gilt aber weiterhin erst einmal: Caveat emptor.

3. Fragen, die der Käufer ihm stellt, muss der Verkäufer natürlich wahrheitsgemäß, aber auch vollständig beantworten. Das ist sozusagen die Kehrseite von Caveat emptor. Der Verkäufer darf die Antwort nicht verkaufsfördernd zuschneiden (BGH, Urt. v. 10.7.1987 - V ZR 236/85, NJW-RR 1998, 10, 11). Er darf sein Wissen auch nicht verschleiern und z. B. diffus von einem Altlastenverdacht sprechen, wenn er ein Gutachten eingeholt hat, das konkrete Auskunft gibt (BGH, Urt. v. 20.10.2000 - V ZR 285/99, ZfIR 2001, 190). Wenn er die Frage nicht beantworten kann, sollte der Verkäufer das dem Käufer offen sagen. Nicht selten trauen sich Verkäufer nicht, ihr fehlendes Wissen offenzulegen. Das kann ganz verschiedene Gründe haben: Scham, Angst, dass der Käufer abspringt udgl. Beantwortet der Verkäufer die Frage aufs Geratewohl, ins Blaue hinein und stimmt die Antwort dann doch nicht, handelt er arglistig. Denn er muss offenlegen, dass er eigentlich doch nichts Genaues weiß. Einzelheiten J. Schmidt-Räntsch, ZfIR 2004, 569, 576 f.).

4. Der Verkäufer kann aber zum Schutz des Käufers auch gehalten sein, eine solche Auskunft ungefragt zu erteilen. Eine solche Verpflichtung besteht, wenn der Verkäufer Umstände kennt, die der Käufer nicht kennt und nicht erkennen kann und die für den Kaufentschluss des Käufers bei objektiver Betrachtung bedeutsam sind. Dabei kann es sich um Fehler der Kaufsache handeln, aber auch um Vorzüge, deren Vorhandensein der Käufer annimmt.

Folie 29

c) Rechtsfolge

– Vertrauensinteresse
Diesen Vertrauensschaden kann der Geschädigte aber auch in der Form berechnen, dass er es bei dem geschlossenen Vertrag belässt und Ersatz der sich aus den verschwiegenen Mängeln ergebende Wertdifferenz verlangt. Dafür wird er so behandelt, als wäre es ihm gelungen, einen entsprechend niedrigeren Preis durchzusetzen. (BGH, Urt. v. 9. 5. 2006 - V ZR 264/05, BGHZ 168, 35, 39)

- Erfüllungsinteresse
Dazu muss der Käufer aber nachweisen, dass sich der Verkäufer auf den behaupteten Vertrag andern Inhalts eingelassen hätte. Das ist aber die Ausnahme. (BGH, Urt. v. 9. 5. 2006 - V ZR 264/05, BGHZ 168, 35, 40 f.).

- Aber: Schaden nur bei einem schlechten Vertrag

Hinweise für die Nachbereitung:

1. Die Verletzung der gesetzlichen Aufklärungspflicht durch den Verkäufer führt dazu, dass er dem Käufer den Vertrauensschaden zu ersetzen hat. Der Vertrauensschadensersatz wird gerne als negatives Interesse bezeichnet. Das ist ein wenig irreführend, weil der Eindruck entsteht, dass diese Haftung nicht sonderlich weit geht und auch nicht auf so etwas wie ein Erfüllungsinteresse gerichtet sein könnte. Das ist aber nicht der Fall. Wenn der Käufer beweisen kann, dass er bei aufklärungspflichtgerechtem Verhalten einen günstigeren Vertrag mit dem Verkäufer hätte schließen können, dann muss er so gestellt werden, wie wenn ihm das gelungen wäre. Meist gelingt dieser Nachweis allerdings nicht. Denn der Verkäufer ist normalerweise nicht zum Abschluss des Kaufvertrags verpflichtet und könnte bei veränderten Bedingungen einen Vertragsschluss ablehnen. Der Käufer müsste also nachweisen, dass der Verkäufer trotz seiner Entscheidungsfreiheit an dem Vertrag festgehalten hätte, er also eine Art omni-modo-facturus war. Das hat der BGH in dem Urteil vom 9. 5. 2006 sehr schön herausgearbeitet.

2. Gelingt der Nachweis nicht, muss der Käufer so gestellt werden, als habe er den Vertrag nicht geschlossen. Dieses negative Interesse kann der Käufer allerdings bei dem Verschweigen von Mängeln auch in der Form berechnen, dass er die Sache behält und Ersatz seines „Restvertrauensschadens" verlangt. Dabei kommt ihm eine tatsächliche Vermutung zugute: Sie baut auf der Erfahrung auf, dass ein aufklärungspflichtgerechtes Verhalten des Verkäufers zu einem Offenlegen des Fehlers oder des fehlenden Vorzugs geführt und sich der Verkäufer dann auf einen dem Wert des Fehlers oder fehlenden Vorzugs der Sache entsprechendem Preisnachlass bereitgefunden hätte. Den kann der Käufer dann verlangen.

3. Der dem Käufer aus CIC zu ersetzende Vermögensschaden tritt nicht automatisch mit der Eingehung des Vertrages ein, sondern bedingt, dass der Vertragsschluss für den Betroffenen unter Berücksichtigung der für die Schadensfeststellung allgemein anerkannten Grundsätze wirtschaftlich nachteilig gewesen ist (BGH, Urt. v. 26.9.1997 - V ZR 29/96, NJW 1998, 302, 303 f. mwN).

4. Beruht die Aufklärungspflicht dagegen auf Vertrag, kann der Käufer Schadensersatz statt der Leistung verlangen.

Folie 30

Boardinghousefall
(BGH, Urt. v. 6.4.2001 - V ZR 394/99, NJW 2001, 2875)

Der Kläger kaufte von dem Beklagten ein gewerblich genutztes Grundstück, das er mit einem Boardinghouse bebauen wollte. Ein Teil des Grundstücks war bis zum Ende des Jahres vermietet. Nach Vollzug des Kaufvertrags stellte sich heraus, dass der Mieter auf Grund einer Ergänzung des Mietvertrags eine Mietoption für weitere fünf Jahre hatte, was der Beklagte wusste, aber nicht offenbart hatte. Der Kläger einigte sich mit dem Mieter über eine für die Verwirklichung seiner Bebauungspläne nötige, aber auch zunächst ausreichende, Teilentmietung, eine Verlängerung des Mietvertrags im Übrigen und eine (angemessene) Entschädigung des Mieters. Der Kläger verlangt Ersatz der Entschädigung. Was meinen Sie?

Hinweise zur Nachbereitung:

1. Der Kläger könnte Ersatz seines Schadens aus §§ 437, 435, 280 Abs. 1 und 3, 281 BGB als Schadensersatz statt der Leistung verlangen. Das setzt einen Mangel und weiter voraus, dass der Beklagte den Mangel zu vertreten hat und die Voraussetzungen des § 281 BGB gegeben sind. Der Mangel liegt vor, wenn das Grundstück entgegen dem Vertrag mit einem Mietvertrag „belastet" ist. Das ist der Fall. Zwar sollte der Mietvertrag übernommen werden. Gedacht war dabei aber nur an den ursprünglichen Mietvertrag, nicht an die Ergänzung. „So", wie er durch die Ergänzung geworden ist, war der Mietvertrag nicht vertragsgemäß. Gewährleistungsansprüche hätte der Kläger unter dem im entschiedenen Fall noch maßgeblichen Kaufrecht darauf nicht stützen können. Der Mietvertrag ist ein Rechtsmangel. Nach §§ 440, 326 BGB a.F. kam zwar ein garantieähnlicher Schadenersatzanspruch in Betracht. Er setzte aber eine Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung voraus, an der es hier jedenfalls fehlt (so BGH in der zitierten Entscheidung). Das wäre unter Geltung des modernisierten Kaufrechts im Ausgangspunkt nicht anders, § 437 Nr. 3, § 281 Abs. 1 BGB).

2. Unter neuem Kaufrecht dürften wir dabei nicht stehen bleiben. Wir müssen uns fragen, ob eine Fristsetzung nicht ausnahmsweise entbehrlich war. Das ist sie gewöhnlich, wenn ein arglistiges Verhalten des Käufers vorliegt (BGH, Beschl. v. 8.12.2006 - V ZR 249/05, NJW 2007, 835 Rn. 10; Urt. v. 9.1.2008 - VIII ZR 210/06 NJW 2008, 1371 und v. 20.5.2009 - VIII ZR 247/06, NJW 2009, 2532 Rn. 17). Wir vertiefen das später. Arglist liegt hier vor, wenn der Verkäufer auf die Verlängerungsoption hinweisen musste. Der Beklagte musste den für den Kläger erkennbar kaufentscheidenden Umstand offenbaren, dass die Vermietung länger dauerte als angenommen. Heute würde der Kläger seinen deshalb aus Kaufrecht ersetzt verlangen können.

3. Verneint man einen Schadensersatzanspruch aus Vertrag muss man die Frage stellen, ob er aus CIC (§§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB) Ersatz seines Vertrauensschadens ersetzt verlangen kann. Dem würde die Sperrwirkung nicht entgegenstehen (BGH, Urt. v. 6.4.2001 - V ZR 394/99, NJW 2001, 2875). Der Kläger konnte deshalb grundsätzlich Ersatz des Vertrauensschadens verlangen. Das ist an sich der Schaden, der dem Kläger dadurch entstanden ist, dass er den Kaufvertrag überhaupt abgeschlossen hat. Diesen Schaden kann der Kläger aber in der Form berechnen, dass er bei dem schlechten Vertrag bleibt und Ersatz seines „Restschadens" verlangt. Das ist der Schaden, der ihm dadurch verbleibt, dass er das Grundstück nur gegen die vereinbarten Leistungen an den Pächter vorzeitig freimachen kann. Dafür wird zu seinen Gunsten unterstellt, dass er einen entsprechend ermäßigten Preis hat aushandeln können.

Folie 31

d) Sperrwirkung

Früher: Ausschluss der fahrlässigen CiC im Anwendungsbereich der §§ 459 ff. BGB
Heute: Sicherung der Besonderheiten der Mängelansprüche

Verjährung
Disponibilität

Recht zur zweiten Andienung
Ausschluss von Mängelansprüchen gemäß § 442 BGB

Dazu:
BGH, Urt. v. 27.3.2009 - V ZR 30/08, BGHZ 180, 205 (Asbestfall)
J. Schmidt-Räntsch, ZfIR 2004, 569, 571; 2017, 333, 337

Hinweise für die Nachbereitung:

1. Es versteht sich nicht von selbst, dass ein Anspruch aus CIC neben den Gewährleistungsansprüchen geltend gemacht werden kann. Denn die Voraussetzungen der Gewährleistungsansprüche sind enger als die des Anspruchs aus CIC. Diese engen Voraussetzungen könnten unterlaufen werden, könnte ohne Weiteres auf den Anspruch aus CIC zurückgegriffen werden. Das war bei den Gewährleistungsansprüchen nach dem vor dem 1. Januar 2002 geltend Kaufrecht besonders deutlich. Danach gab es eine Schadensersatzhaftung nur bei einer Zusicherung oder bei Arglist. Die Verjährungsfrist betrug sechs Monate und bei Tierkäufen sogar nur sechs Wochen, gegenüber einer Verjährungsfrist von 30 Jahren für die Ansprüche aus CIC nach altem Recht.

2. Diese Unterschiede sind mit der Modernisierung des Schuldrechts zu einem Großteil beseitigt worden. Gewährleistungsansprüche und Ansprüche aus CIC unterliegen jetzt den gleichen Regelungen, nämlich § 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2, § 311 Abs. 2 BGB einerseits und § 437 BGB andererseits. Also, könnte man meinen, gibt es jetzt keinen Grund mehr für eine Sperrwirkung. Das trifft aber bei näherem Hinsehen nicht zu. Es gibt doch noch einige Unterschiede zwischen der Gewährleistungshaftung und der Haftung aus CIC: Die Verjährung der Gewährleistungsansprüche ist nach § 438 BGB kürzer als die der Ansprüche nach §§ 195, 199 BGB. Die Haftung für die Gewährleistung kann in den Grenzen des § 444 BGB ausgeschlossen werden. Sie ist nach § 442 BGB ausgeschlossen, wenn dem Käufer der Mangel bekannt war. Ansprüche setzen im Grundsatz eine zweite Andienung durch Fristsetzung voraus.

3. Aus diesen Unterschieden hat der BGH den Schluss gezogen, dass die Sperrwirkung grundsätzlich weiterhin greift (BGH, Urt. v. 27.3.2009 - V ZR 30/08, BGHZ 180, 205 – Asbestfall; ebenso schon: J. Schmidt-Räntsch, ZfIR 2004, 569, 571). In den bisherigen Entscheidungen kam es allerdings nicht darauf an. Es ist auch nicht entschieden, wie die Sperrwirkung praktisch umzusetzen ist. Zu bedenken ist auch, dass der BGH eine Sperrwirkung für die Rechtsmangelhaftung alten Rechts nicht angenommen hat (BGH, Urt. v. 6.4.2001 - V ZR 394/99, NJW 2001, 2875) und dass die Sachmängelhaftung unter neuem Recht der Rechtsmängelhaftung gleichgestellt ist. Andererseits sollen die §§ 437, 438, 442 und 444 BGB nicht unterlaufen werden. Das wäre aber möglich, könnten daneben auf fahrlässige CIC zurückgegriffen werden. So kann der Verkäufer seine Haftung wegen Mängeln nach § 444 BGB außer bei einer Garantie oder bei Arglist ausschließen. Kämen die Vorschriften über die Haftung wegen Verletzung vorvertraglicher Verpflichtungen uneingeschränkt zur Anwendung, würde ihm dieser Haftungsausschluss nichts nutzen, weil für die fahrlässige Verletzung solcher Pflichten einzustehen hätte und diese gesetzliche Haftung nicht ausschließen kann. Das mag man begrüßen oder nicht: In jedem Fall läge hierin

ein Wertungswiderspruch. Die besonderen Vorschriften über die Haftung wegen Mängeln würden jedenfalls unterlaufen, würde man auch die Haftung wegen fahrlässiger Verletzung von vorvertraglichen Pflichten zur Aufklärung über Mängel anwenden. Sie treten hinter die spezielleren kaufrechtlichen Rechtsbehelfe zurück.

Folie 32

Aber:

Aufklärungspflichtverletzung im oben beschrieben Rahmen ist regelmäßig Arglist.

Bei Arglist gelten diese Besonderheiten alle nicht, §§ 438 Abs. 3, 442 Abs. 1 Satz 2, 444 BGB – BGH, Urt. v. 27.3.2009 - V ZR 30/08, BGHZ 180, 205
Ferner: BGH, Urt. v. 8.12.2006 - V ZR 249/05, NJW 2007, 835 und v. 9.1.2008 - VIII ZR 210/06, NJW 2008, 1371.

Fazit:
Die Sperrwirkung greift bei Aufklärungsfehlern meistens nicht.

3. Vertragliche Informationspflicht
Beispiele BGH, Urt. v. 21.2.2013 – V ZR 72/11, NJW 2013, 1807

Hinweise für die Nachbereitung:

1. Entschieden ist allerdings, dass die Sperrwirkung jedenfalls nicht bei Arglist greift. Denn die genannten Sonderregelungen gelten sämtlich nicht bei Arglist (BGH, Urt. v. 27.3.2009 - V ZR 30/08, BGHZ 180, 205).

2. Die vorbeschriebene Aufklärungspflicht besteht als Schutzpflicht im Sinne von § 241 Abs. 2 BGB kraft Gesetzes. Eine Aufklärungspflicht kann aber auch vereinbart werden. Das geschieht in Verträge über Unternehmen und größere Gewerbeimmobilien recht häufig. Anlass und Zweck ist regelmäßig nicht eine Ersetzung der Schutzpflicht nach § 241 Abs. 2 BGB, sondern das Interesse des Erwerbers an bestimmten Informationen. Die Pflicht kann aber auch die gesetzliche Schutzpflicht ergänzen. Ein Beispiel hierfür ist der Fall, der dem Urteil des BGH vom 21.2.2013 (V ZR 72/11, NJW 2013, 1807) zugrunde lag. In jenem Fall hatte der Verkäufer dem Käufer ein Einkaufszentrum verkauft, wobei der Kaufpreis nach den Mieteinnahmen bemessen war. Der Käufer hatte eine große Wirtschaftsprüfergesellschaft eine due diligence Prüfung vornehmen lassen. Die Gesellschaft hatte zwar den Mietvertrag mit dem Hauptmieter und wusste auch, dass es Untermieter gab. Deren Mietverträge hatte sie sich nicht zeigen lassen. So war verborgen geblieben, dass der Hauptmieter bei den Untermietverträgen deutliche Mietnachlässe hatte einräumen müssen, weil das Zentrum nicht mehr so gut lief. Der Käufer verlangt Ersatz seines Ausfalls. Ein Anspruch aus Ersatz des Schadens auf Grund von CIC (§ 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2, § 311 Abs. 2 BGB) schied aus, weil der Käufer vollständig und richtig informiert war. Es war aber nicht auszuschließen, dass der Verkäufer auf Grund einer Informationsklausel in dem Vertrag die Vorlage der Mietverträge der Untermieter hatte beanspruchen können. Diese Regelung sollte an sich seine Unterlagen vervollständigen, konnte sich aber in der vorliegenden Situation, dass Ansprüche aus CIC ausschieden, günstig auswirken.

Folie 33

C. Beratungsvertrag
Einzelheiten bei J. Schmidt-Räntsch AnwBl. 2009, 256, 259 f.

1. Selbständiger Beratungsvertrag

Effekt: der richtige Vertrag als Leistungspflicht
Ansatz: Umschlagen der Erörterung der Eigenschaften in Beratung über die Eigenschaften

2. Anwendungsbeispiele
a) Beratungsvertrag bejaht:

Berechnungsbeispiel beim Immobilienverkauf

BGH, Urt. v. 14.3.2003 - V ZR 308/02, NJW 2003, 1811 (gleich Fall Berechnungsbeispiel) und v. 13.10.2006 - V ZR 66/06, NJW 2007, 1874

Beschichtungsverfahrensfall
BGH, Urt. v. 23.6.1999 - VIII ZR 84/98, NJW 1999, 3192

Hinweise für die Nachbereitung:

1. Aufzuklären hat der Verkäufer normalerweise „nur" über verborgene Fehler der Kaufsache oder Vorzug, die sich vermeintlich hat, die in Wirklichkeit aber fehlen. Sie können aber weitergehen. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn der Verkäufer den Verkauf der Sache fördern will indem er dem Käufer Verwendungs- oder Finanzierungsmöglichkeiten aufzeigt. In solchen Fallgestaltungen entfernt sich der Gegenstand der Aufklärung von den konkreten Eigenschaften der Sache hin zu Fragen, die eher zur Beratung des Käufers gehören. Das gilt insbesondere, wenn der Kaufentschluss durch steuerliche Überlegungen unterstützt werden soll. Eine solche Tendenz ist bei dem Vertrieb von sog. Schrottimmobilien zu beobachten. Hierbei geht es nicht um den Verkauf von im kaufrechtlichen Sinne mangelhaften Wohnungen. Es geht um den Verkauf normaler gebrauchter Eigentumswohnungen, bei denen entweder überzogene Preise verlangt werden oder mit Steuervorteilen Finanzierungsmöglichkeiten aufgezeigt werden, die in Wirklichkeit nicht bestehen.

2. Diese Entwicklung hat Auswirkungen auch auf die rechtliche Herangehensweise an solche Fälle. Die Rechtsprechung erfasst solche Fallgestaltung nicht mehr als Fälle von CIC, sondern als Fälle eines eigenständigen Beratungsvertrags mit dem Verkäufer. Der Verkäufer schuldet dann zwar keine umfassende Beratung, wie sie etwa ein Anlageberater schulden würde, wohl aber eine Beratung, ob und ggf. wie der Käufer das Objekt erwerben kann (BGH, Urt. v. 31.10.2003 - V ZR 423/02, BGHZ 156, 371, 376 f.). Verletzt der Verkäufer diese Pflicht, haftet er auf Ersatz des Erfüllungsschadens.

3. Allerdings hat der Verkäufer als solcher nicht die Aufgabe, den Käufer zu beraten, ob der Erwerb der zum Kauf angebotenen Sache wirtschaftlich ist und dem Käufer nutzt. Deshalb versteht sich nicht von selbst, dass zwischen dem Verkäufer und dem Käufer neben dem Kaufvertrag auch ein Beratungsvertrag zustande kommt. Das ist vielmehr nur der Fall, wenn der Verkäufer aus seiner Rolle als Verkäufer heraustritt und weitergehende Pflichten übernimmt. Die Gründe

dafür sind unerheblich. Entscheidend ist das Ergebnis. Bei einem Blick auf die Rechtsprechung des V. Zivilsenats des BGH einerseits und die des VIII. Zivilsenats andererseits könnte man meinen, die beiden Senate stellten unterschiedliche Anforderungen an das Vorliegen eines Beratungsvertrags. Das ist aber bei näherem Hinsehen nicht der Fall. Die Unterschiede haben ihre Ursache vielmehr in den unterschiedlichen tatsächlichen Gegebenheiten bei dem Immobilien- und bei dem Kauf beweglicher Sachen. Bei dem Immobilienkauf ist der Vertrieb unter Verweis auf steuerliche Vorteile weit verbreitet. Bei dem Kauf von Mobilien spielen Steuervorteile meist keine Rolle; hier stellt sich die Frage eher im Blick auf Verwendungsmöglichkeiten. Es geht dann eher darum, eine Beschreibung der Ware von einer Beratung über Einsatzmöglichkeiten und Auswahl des Produkts abzugrenzen.

4. Ein Beispiel für diese Abgrenzung ist der Beschichtungsverfahrensfall des BGH (Urt. v. 23.6.1999 - VIII ZR 84/98, NJW 1999, 3192). In diesem Fall hatte der Käufer mit dem Verkäufer überlegt, welcher der Lacke des Verkäufers zum Anstrich der Holzgartenmöbel aus der Produktion des Klägers geeignet ist. Der vom Verkäufer empfohlene war ungeeignet. Dem Käufer entstanden Schäden. Ein Anspruch aus Mängelgewährleistung schied nach damaligem Kaufrecht schon deshalb aus, weil der Verkäufer die Eignung des Lacks nicht zugesichert und auch nicht arglistig gehandelt hat. Nach heutigem Kaufrecht wäre ein Anspruch auf Schadensersatz möglich. Voraussetzung hierfür ist, dass die Parteien die Eignung des Lacks als Beschaffenheit vereinbart oder als Verwendung vorausgesetzt haben. Das kann man so sehen. Der Verkäufer hat dem Käufer aber eher eine Entscheidungshilfe geben wollen. Deshalb wäre es auch heute noch richtig, die Frage nach dem Abschluss eines Beratungsvertrags aufzuwerfen. Der BGH hat die Frage bejaht. Der Verkäufer hat hier seine Rolle als Verkäufer verlassen und ist in die Beraterrolle hineingewachsen.

Folie 34

Berechnungsbeispiel

Die Beklagte hatte eine größere Wohnsiedlung gekauft, in Wohnungseigentum umgewandelt und die C. I. GmbH & Co. S. KG (KG) mit der Vermittlung von Käufern für die Wohnungen beauftragt. Ein Mitarbeiter der KG nahm Kontakt zur Klägerin auf, erstellte nach deren Angaben eine "Beispielrechnung" mit dem Vermerk erstellt "Es beriet Sie Firma C. I. GmbH & Co KG". Nach beiden Berechnungen sollten sich die monatlichen Belastungen der Klägerin nach Steuern im Jahr 1997 auf 225,42 DM und im Jahr 1998 auf 270,13 DM belaufen, was nicht zutraf. Die Klägerin erteilte der KG eine notarielle beurkundete Erwerbsvollmacht, von der die KG Gebrauch machte und von der Beklagten für die Klägerin die Eigentumswohnung, auf die sich das Berechnungsbeispiel bezog, erwarb. Die Klägerin nimmt die Beklagte auf Rückabwicklung des Kaufvertrags in Anspruch zu Recht?

Hinweise zur Nachbereitung:

Anspruch aus CIC

1. Die Beklagte könnte der Klägerin auf Grund von §§ 311 Abs. 2, 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB zum Ersatz ihres Schadens verpflichtet sein. Das setzt voraus, dass die Beklagte eine Aufklärungspflicht traf und sie diese verletzt hat. Das verneint die Rechtsprechung. Der Verkäufer dürfe davon ausgehen, dass sich der Käufer

selbst über die Rentierlichkeit des Kaufs informiere und eine überlegte Entscheidung treffe. Etwas Anderes wird nur angenommen, wenn wegen besonderer Umstände des Einzelfalls davon ausgegangen werden muss, dass der künftige Vertragspartner nicht hinreichend unterrichtet ist und die Verhältnisse nicht durchschaut (BGH, Urt. v. 23.7.1997 - VIII ZR 238/96, NJW 1997, 3230, 3231 und v. 6.4.2001 - V ZR 402/99, 2001, 2021, 2022). Dafür ist hier aber nichts ersichtlich.

Anspruch aus Beratungsvertrag

2. Die Beklagte könnte aber wegen Verletzung einer Pflicht zur Beratung der Klägerin nach § 280 Abs. 1 BGB zum Schadensersatz verpflichtet sein.

3. Das setzt zunächst voraus, dass die Parteien einen Beratungsvertrag abgeschlossen haben. Ein solcher Vertrag kann dadurch zustande kommen, dass der Verkäufer seine Rolle als Verkäufer verlässt und dem Käufer einen Rat erteilt. Wann das der Fall ist, bestimmt sich nach den Umständen des Einzelfalls. Entscheidend dabei ist, dass der Verkäufer mehr tut, als sich zu den Eigenschaften des von ihm angebotenen Kaufgegenstands zu erklären. Das ist der Fall, wenn der Verkäufer dem Käufer den Kauf nicht durch die Beschreibung oder werbendes Herausstreichen der Eigenschaften des Kaufgegenstands, sondern dadurch schmackhaft machen möchte, dass er ihm einen Weg der Finanzierung aufzeigt. Dann gibt er nicht nur einen nach § 675 Abs. 2 BGB unverbindlichen Rat, sondern übernimmt er verbindliche Beratungspflichten. Dass er dafür kein Entgelt erhält, ändert daran nichts.

4. **Exkurs 1:** An der Übernahme solcher Beratungspflichten, kann es fehlen, wenn sich der Käufer auf Grund eines Vermittlungsvertrags beraten lässt. Der BGH hat aber in einer jüngeren Entscheidung klargestellt, dass das eher die Ausnahme ist. Entscheidend ist, in Erfüllung welchen Vertrags der Berater Beratungspflichten verletzt hat (BGH, Urt. v. 1.3.2013 – V ZR 279/11, NJW 2013, 1873). Der Schlüsselsatz lautet (aaO Rn. 12)

> „Im Hinblick auf eine Haftung des Verkäufers machen Rechtsbeziehungen zwischen dem Kaufinteressenten und dem Vermittler lediglich nähere Feststellungen dazu erforderlich, ob die - auf das Objekt des Verkäufers bezogene - Beratung des Interessenten dessen Kaufentschluss fördern sollte, ob der Vermittler dabei (auch) namens des Verkäufers handeln konnte und gehandelt hat und ob der Kaufentschluss (auch) auf der Beratung in Vertretung des Verkäufers beruhte."

5. Ein Vertrag kommt mit dem Verkäufer aber ohne weiteres nur zustande, wenn er selbst in der zu 4. beschriebenen Weise aufgetreten ist. Hier ist aber die Beklagte selbst nicht in Erscheinung getreten. Das Verhalten der KG kann ihr deshalb nur nach den Regeln über die Vertretung oder die Anscheinsvollmacht zugerechnet werden. Hier war die KG zwar mit dem Vertrieb beauftragt. Das allein genügt für eine konkludente Außenvollmacht nicht. Es müssen irgendwelche Umstände auf den Verkäufer selbst als Vertragspartner hindeuten. Die hat der BGH im Ausgangsfall gefunden, aber nicht näher benannt. In unserem Fall sind sie nicht erkennbar. Damit fehlt es an einer Vollmacht, damit an einem Vertrag mit der Verkäuferin. Die Käufer können sich deshalb nur an die Vertriebsfirma halten.

6. **Exkurs 2:** Die Zurechnung des Verhaltens muss im konkreten Fall dargestellt werden können. Im vorliegenden Fall reichten die Umstände unseres Beispielsfalls nicht. Ein Gegenbeispiel ist der Fall BGH, Urt. v. 13.10.2006 - V ZR 66/06, NJW 2007, 1874. Dieser Fall befasst sich auch mit der Frage, ob der Verkäufer eine Vertretung bei Abschluss des Beratungsvertrags durch Innenbindungen, etwa eine Weisung an den Vertriebsbeauftragten, so etwas nicht zu tun, verhindern kann. Das ist nicht möglich, wenn die Umstände eine Außenvollmacht ergeben.

7. Wenn wir die Umstände ausreichen ließen, wäre die Fallprüfung nicht zu Ende. Die Beklagte müsste auch ihre Beratungspflichten verletzt haben, wobei ihr das Verhalten der Vertriebsbeauftragten nach § 278 BGB zugerechnet würde. Den Verkäufer treffen allerdings gegenüber einem professionellen Finanzberater **eingeschränkte** Beratungspflichten. Bezogen auf den Fall beschränken sie sich darauf, dass das Berechnungsbeispiel stimmen und zu erwartenden Belastungen berücksichtigen muss. Hier stimmte schon das Zahlenwerk nicht.

8. Als Folge davon haftet die Beklagte auf Schadensersatz. In diesem Rahmen schuldet sie auch die Rückabwicklung des Vertrags.

Folie 35

C. Kaufvertragsbegleitender Beratungsvertrag
2. Anwendungsbeispiele
a) Beratungsvertrag bejaht:

Folie 36

Beschichtungsverfahren (BGH, Urt. v. 23.6.1999 -VIII ZR 84/98, NJW 1999, 3192)

Die Beklagte stellt hochwertige Gartenmöbel u.a. aus Iroko-Holz her. Zu deren Lackierung setzte sie u.a. auch Lacke der klagenden Lackherstellerin ein. Nach Problemen mit den eingesetzten Lacken und Verfahren ließ sich die Beklagte von der Klägerin mehrmals beraten. Sie erwarb dann eine zur Beschichtung der Möbel mit den Lacken der Klägerin geeignete Lackieranlage und beschichtet ihre Möbel in der Anlage mit Lacken der Klägerin ein. Die Lacke platzten von den Möbeln. Nach ergebnislosen Gesprächen der Parteien stellte ein Sachverständiger fest, dass das Verfahren und die Lacke zur Beschichtung von Iroko-Holz untauglich sind. Die Beklagte lehnt die Bezahlung der gelieferten Lacke ab. Als die Klägerin sie auf Zahlung von 56.000 DM für gelieferte Lacke verklagt, rechnet sie in dieser Höhe mit Schadenersatzansprüchen wegen der schlechten Beratung auf und verlangt widerklagend Ersatz des verbliebenden Schadens, den sie auf 1 Mio. DM beziffert. was meinen Sie?

Hinweise für die Nachbereitung:

Ausgangslage

1. Hier klagte die Verkäuferin den Kaufpreis aus Lieferungen ein. Der Anspruch folgt aus § 433 Abs. 2 BGB. Der könnte gemäß § 389 BGB durch Aufrechnung mit einer Schadensersatzforderung erloschen sein. Der über den Kaufpreis hinausgehende und durch die Aufrechnung nicht erloschen Teil dieser Schadenersatzforderung ist Gegenstand der Widerklage.

Anspruch aus § 437 Nr. 3, § 311a Abs. 2 BGB

2. Denkbar wäre ein Anspruch wegen Sachmängeln. Das wäre der Fall, wenn die Haltbarkeit auf Iroko-Holz als Beschaffenheit des Lacks vereinbart worden wäre oder die Kaufvertragsparteien diese Verwendung zur Vorsetzung ihres Vertrags gemacht hätten. Dann wäre diese Eigenschaft entweder nach § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB oder nach § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 BGB geschuldet. Möglich wäre beides. Festgestellt ist beides nicht. Für den BGH stete sich die Frage nämlich seinerzeit nicht. Denn 1999 – also vor dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts am 1.1.2002 – kam eine Haftung auf Schadensersatz wegen Fehlern der Sache nur bei Arglist oder bei einer Zusicherung in Betracht. Beides liegt hier nicht vor.

3. Das ist unter dem modernisierten Schuldrecht nach § 437 Nr. 3 BGB anders. Heute kommt eine Haftung auf Schadensersatz auch wegen Mängel in Betracht und vorbehaltlich eines Haftungsausschlusses nach § 444 BGB auch nicht nur bei einer Garantie oder bei Arglist. Wir haben hier allerdings keine Feststellung dafür, dass die Eignung der verkauften Lacke auch für Iroko-Holz als Beschaffenheit vereinbart wurde. Denkbar wäre, dass diese Eignung eine vorausgesetzte Verwendung iSd § 434 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BGB ist. Hierüber haben wir in der Vorlesung intensiver diskutiert. Ich habe die Entscheidung noch einmal nachgelesen. Danach war der Sachverhalt von dem Berufungsgericht (auch im zweiten berufungsverfahren) nicht hinreichend aufgeklärt worden. Nach den vorhandenen Feststellungen waren die Parteien unabhängig von einer bestimmten Lackbestellung über die Schwierigkeiten der Käuferin ins Gespräch gekommen. Am Ende hatte die Käufer eine neue Lackiereinrichtung erworben und dazu passende Lacke bestellt, die sich dann als untauglich erwiesen. Der Schwerpunkt lag danach bei der Beratung über das Lackierverfahren im Vorfeld der späteren Bestellung, die auf die neue Anlage ausgerichtet war, zu der die Lacke passten.

4. Dann hätten wir keine enttäuschten Verwendungseignung, sondern eine Beratung im Vorfeld der Bestellung und die Anschaffung eines falschen Lackiersystems, die aber nicht Gegenstand des Kaufvertrags zwischen den Parteien, sondern eines Beratungsvertrags zwischen den Parteien war.

5. Sollte sich im dritten berufungsverfahren herausstellen, dass es anders lag und die Parteien ungeachtet des Vorlaufs die Erwartung hatten, der Lacke werde nicht für die Maschine, sondern auch für die Hölzer geeignet sein, käme eine Haftung auf Schadensersatz in Betracht. Haften würde die Klägerin aber nach § 437 Nr. 3, § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB, wenn sie das Fehlen dieser Eigenschaft zu vertreten hat. Darüber kann man sich streiten. Es gibt zwar keine Anhaltspunkte, dafür, dass die Klägerin wider besseres Wissen der Beklagten zu dem Kauf des dann tatsächlich eingesetzten Lackes geraten hat. Sie musste sich aber vergewissern, ob ihr Lack auf dem „fremden" Holz haftet und ggf. auch einen Test machen. Das ist nicht geschehen. Deshalb würde sie dann durchaus aus dem Kaufvertrag selbst auf Schadensersatz haften.

Anspruch aus Beratungsvertrag

6. Die Klägerin könnte außerdem wegen Schlechterfüllung von Beratungspflichten zum Ersatz des der Beklagten entstandenen Schadens verpflichtet sein. Das setzt den Anschluss eines Beratungsvertrags, die Verletzung von Beratungspflichten und weiter voraus, dass die Klägerin diese Pflichtverletzung zu vertreten hat. Grundlage eines solchen Anspruchs ist § 280 Abs. 1 BGB unmittelbar. Es liegt ähnlich wie bei einem mangelfolgeschaden. Es handelt sich nicht um Schadensersatz statt der Leistung, weil der Schadensersatz nicht die geschuldete Beratung ersetzen soll.

7. Ein Beratungsvertrag liegt hier vor. Die Klägerin hat sich nicht auf die Rolle der werbenden Verkäuferin beschränkt. Sie ist aus dieser Rolle vielmehr hinausgetreten und hat sich in die Erwerbsüberlegungen der Beklagten aktiv eingeschaltet. Das ist mehr als eine nur werbende Erklärung der Kaufsache.

8. Aufgrund dieses Vertrags schuldet die Klägerin zwar nicht wie bei einem klassischen Beratungsvertrag eine umfassende Beratung über das Vorgehen. Sie schuldet aber schon eine sachgerechte Beratung zu ihrem Lacksortiment unter Einschluss des Hinweises, dass der empfohlene Lack oder vielleicht kein Lack aus ihrem Sortiment den Anforderungen der Beklagten entspricht. Dabei darf sich die Klägerin nicht auf ihrer eigenen Kenntnis verlassen. Sie muss vielmehr mit ihren Fachleuten Rücksprache halten und notfalls zusätzlich Erkundigungen von dritter Seite einholen. Das ist hier nicht geschaffen.

9. Dieses Versäumnis war fahrlässig, § 276 Abs. 2 BGB. Die Klägerin hat der Beklagte deshalb sämtlichen Schaden zu ersetzen.

Folie 37

C. Kaufvertragsbegleitender Beratungsvertrag
2. Anwendungsbeispiele
…
b) Beratungsvertrag verneint:
Bandenwerbungsfall
BGH, Urt.v.16.6.2004 - VIII ZR 303/03, NJW 2004, 2301

Folie 38

Bandenwerbung

Die Beklagte sollte einem Veranstalter von Fußballturnieren Gestelle für Bandenwerbung in den Stadien liefern. Sie kaufte Stützen für die Gestelle wandte sich wegen der in die Stützen einzuhängenden Platten für die Werbung an die Klägerin. Deren Mitarbeiter kannte die Stützen und empfahl in einem Gespräch über die Art der zu kaufenden Platten Kunststoffplatten. Er wies darauf hin, dass die angebotenen Kunststoffplatten schlagfest und witterungsbeständig seien, sich bei Wärme aber ausdehnen könnten und man dies bei der Befestigung der Platten in den Halterungen berücksichtigen müsse. Die Beklagte kaufte solche Platten für 3.500 €, versah sie mit einem Werbeaufdruck und lieferte sie mitsamt den Stützen an ihre Kundin. Bereits bei dem ersten Einsatz wölbten sich die Platten infolge der starken einseitigen Sonneneinstrahlung und fielen aus ihren Halterungen. Die Klägerin verlangt den Kaufpreis. Die Beklagte weigert sich, weil ihr ein Schaden von 6.000 € entstanden sei. Zu Recht?

Hinweise zur Nachbereitung:

1. Ansprüche wegen Mängeln

Ansprüche wegen Mängeln scheiden aus, da die Platten nicht mangelhaft sind. Sie entsprechen dem Vertrag. Über die spätere Verwendung ist zwar gesprochen worden. Der Angestellte des Verkäufers hat sich aber darauf beschränkt, sich zu den ihm bekannten Eigenschaften zu äußern. Es ist daher weder eine Beschaffenheitsvereinbarung nach § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB noch der von dem Käufer bedachte Zweck dem Vertrag zugrunde gelegt worden. Der „Fehler" liegt hier nicht in einer fehlenden Übereinstimmung von Bestelltem und Geliefertem, sondern in der Auswahl des Bestellten.

2. Ansprüche aus CIC

Ansprüche aus CIC scheiden hier ebenfalls aus, weil die Beklagte auf die Möglichkeit der Ausdehnung hingewiesen hatte.

3. Beratungsvertrag

Ansprüche aus Beratungsvertrag hat der BGH auch verneint. Die Beklagte habe ihre Rolle als Verkäuferin noch nicht verlassen. Argument: Wer von jemand anderem als dem Hersteller kaufe, müsse sich im Klaren darüber sein, dass er nicht dieselbe Expertise erwarten kann. Damit blieb das Gespräch ein werbendes Gespräch, überschritt aber nicht die Schwelle zur Beratung.

Folie 39

3. Vertretungsproblem

Fallkonstellation: Beratung durch das Vertriebspersonal erfolgt

Problem: Vertragsschluss

Lösung: Annahme einer Außenvollmacht bei entsprechenden tatsächlichen Anhaltspunkten - BGH, Urt. v. 14.3.2003 - V ZR 308/02, NJW 2003, 1811 (dazu Fall Berechnungsbeispiel) und v. 13.10.2006

- V ZR 66/06, NJW 2007, 1874; Beschränkung im Innenverhältnis dann nicht möglich – BGH, Urt. v. 13.10.2006 - V ZR 66/06, NJW 2007, 1874.

Hinweise für die Nachbereitung:

1. Ein Beratungsvertrag des Käufers mit dem Verkäufer kommt nur zustande, wenn entweder dieser dem Käufer oder der Käufer dem Verkäufer den Abschluss eines solchen Vertrags anbietet und das jeweilige Angebot von dem Käufer bzw. Verkäufer angenommen wird. Praktische Schwierigkeiten ergeben sich daraus, dass der Verkäufer der Immobilie bei dieser Form des Vertriebs typischerweise völlig im Hintergrund bleibt und oft sogar nicht einmal bei der Beurkundung des Kaufvertrags in Erscheinung tritt. Der Vertrag kann dann nur zustande kommen, wenn die Mitarbeiter der mit dem Vertrieb befassten Formen namens und in Vollmacht des Verkäufers handeln.

2. Die Vollmacht kann einen Innen- oder eine Außenvollmacht sein. Ist sie eine Innenvollmacht, könnte sie im Innenverhältnis inhaltlich beschränkt, dem Berater z.B. untersagt werden, sich zu Steuervorteile zu äußern. Bei einer Außenvollmacht geht das nicht. machen. Das Vorliegen einer Vollmacht hat man in älteren Entscheidungen oft an äußeren Hinweisen auf den Verkäufer festgemacht. Beispiel wäre ein Berechnungsbeispiel auf dem Kopfbogen des Verkäufers. Notwendig ist das nicht, wie jüngere Entscheidungen zeigen. Auch bei gänzlichem Fehlen solcher Hi weise auf den Verkäufer kann eine Vollmacht vorliegen. Sie kann darin liegen, dass der Verkäufer dem Berater das Geschehen – mit oder ohne feststellbaren Auftrag – vollständig überlässt. Dann nämlich tritt dem Käufer gegenüber nur der Berater in Erscheinung, auch zu einem Zeitpunkt, in dem eigentlich der Verkäufer selbst die Bühne betreten müsste. Damit aber erscheint er dem Käufer als Repräsentant des Verkäufers.

3. Von der Vollmacht ist rechtlich das Handeln im Namen des Verkäufers zu unterscheiden. Im Tatsächlichen lässt sich beides oft kaum trennen. Der Berater schlüpft in die Rolle des Verkäufers und gibt keine Erklärungen ab, den sich eindeutig ein Handeln namens und in Vollmacht des Verkäufers entnehmen ließe. Dann muss auch in Bezug auf ein Handeln für den Verkäufer nach den Umständen und ihrem Aussagewert aus der objektivierten Sicht des Käufers gefragt werden. Dieselben Umstände, die für das Vorliegen einer Vollmacht sprechen, können dann auch ergeben, dass der Berater von der Vollmacht auch Gebrauch machen will. Zum Nachlesen empfiehlt sich BGH, Urt. v. 19.12.2014 – V ZR 194/13, WM 2015, 528 Rn. 9-17.

Folie 40

Gestaffelte Laufzeiten (BGH, Urt. v. 19.12.2014 – V ZR 194/13, WM 2015, 528)

Die Klägerin suchte die Geschäftsräume der S. GmbH auf. Dort unterzeichnete sie auf Empfehlung von deren Mitarbeiter einen Vermittlungsauftrag für eine Wohnung der - in dem Auftrag nicht namentlich genannten - Beklagten zum Preis von 102.509 €. Nach dem Auftrag erhält die S Honorar ausschließlich von der Verkäuferin. Auf der Rückseite findet sich eine handschriftliche Berechnung der Kosten des Erwerbs der Wohnung. Am selben Tag unterzeichnete die Klägerin ein notarielles Kaufangebot, das die Beklagte in der Folgezeit annahm. Finanziert wurde der Kauf durch zwei

Darlehensverträge mit gestaffelten Laufzeiten. Die Klägerin meint, sie sei schlecht beraten, insbesondere weder auf die Besonderheiten des § 7i EStG noch auf die sehr lange Gesamtlaufzeit der Darlehen hingewiesen worden und überrumpelt worden. Der Kaufpreis sei sittenwidrig überhöht. Sie verlangt Rückabwicklung des Kaufvertrags und Ersatz ihrer Schäden aus dem Kaufvertrag. Was meinen Sie?

Hinweise für die Nachbereitung:

1. Ein Anspruch auf Schadensersatz aus dem Kaufvertrag scheidet aus. Die Wohnung ist vertragsgemäß. Denkbar ist aber ein Anspruch aus § 280 Abs. 1 BGB wegen Verletzung eines kaufbegleitenden Beratungsvertrags. In Betracht kommt ferner ein Bereicherungsanspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB, wegen Nichtigkeit des Kaufvertrags infolge sittenwidrig überhöhten Preises.

2. Ein Anspruch wegen Verletzung von Beratungspflichten aus einem Beratungsvertrag setzt das Zustandekommen eines solchen Vertrags und die Verletzung der daraus folgenden Leistungspflichten voraus. Die S hat der Klägerin Beratungsleistungen in Bezug auf die verkaufte Wohnung angeboten. Das Zustandekommen eines Vertrags der Klägerin mit der Beklagten Verkäuferin hing deshalb entscheidend davon ab, ob die Erklärungen der S namens der Verkäuferin abgegeben waren und ob diese eine Vollmacht dazu hatte. Das KG als Berufungsgericht hatte das verneint. Die Klägerin habe einen Beratungsvertrag mit der S geschlossen. Hinweise auf ein Handeln für die Verkäuferin gebe es nicht. Das lässt der BGH nicht gelten. Der Abschluss eines Beratungsvertrags mit der handelnden Person schließe einen Beratungsvertrag des Käufers auch mit dem Verkäufer nicht aus. Es komme dann entscheidend darauf an, worauf der geltend gemachte Schaden beruhe, auf der Verletzung der Beratungspflichten aus dem eigenen Vertrag des Beraters oder aus dem Vertrag des Käufers mit der Verkäuferin. Dass es keine äußerlichen Hinweise auf die Verkäuferin gegeben habe, schließe ein handeln namens und in Vollmacht der Verkäuferin nicht aus. Vielmehr könne sich beides aus dem Gesamtablauf ergeben. Hier spreche viel dafür, dass die Klägerin allein mit den Mitarbeitern der Firma S zu tun gehabt habe, von der Anbahnung des Vertrags bis zur Beurkundung des Angebots. Aus der objektivierten Sicht des Käufers in solcher Lage repräsentierten dann die Leute des Beraters die Verkäuferin. Entscheidend: die Übernahme der Rolle des Verkäufers gegenüber dem Käufer. Dann wäre es auch unerheblich, ob die Beklagte in anderen Fällen genauso oder nach einem anderen Muster vorgeht. Der Beratungsfehler bestand hier schon darin, dass die Steuervorteile uneingeschränkt angesetzt waren, was aber bei der steuerlichen Förderung für den Denkmalschutz falsch ist. Die stehen nämlich nur für begrenzte Zeit zur Verfügung. Ob ein Fehler auch darin lag, dass die Klägerin noch am Tage der Beratung das Angebot beurkunden ließ, lässt der BGH offen.

3. Dahinter steht § 17 Abs. 2a BeurkG, der sog. Mondscheinbeurkundungen entgegenwirken soll. Danach darf der Immobilienkaufvertrag mit einem Verbraucher nur beurkundet werden, wenn der Verbraucher den Entwurf mindestens zwei Wochen vorher von dem Notar erhalten hat. Verstößt der Notar gegen diese Pflicht, haftet er nach § 19 BNotO auf Ersatz der daraus entstehenden Schäden (BGH, Urt. v. 7.2.2013 - III ZR 121/12, BGHZ 196, 166 Rn. 15, 20).

4. Nicht auszuschließen war auch ein Bereicherungsanspruch wegen sittenwidrig überhöhten Preises. Die Klägerin hatte dargelegt, dass der Wert der verkauften um 90% unter dem Kaufpreis lag. Wäre das so, stritte eine Vermutung für eine verwerfliche Gesinnung des Verkäufers. Der Vertrag wäre dann nichtig (BGH, Urt. v. 24.1.2014 - V ZR 249/12, ZNotP 2014, 104 Rn. 8). Das Berufungsgericht hatte gemeint, die Darlegung reiche nicht aus. Auf diese Idee konnte man kommen, weil der XI. Zivilsenat des BGH in diesem Punkte strengere Anforderungen stellt als der V. Zivilsenat (Nachweise bei BGH, Urt. v. 19.12.2014 – V ZR 194/13, WM 2015, 528 Rn. 21). Hier wirkte sich der Unterschied aber nicht aus, weil die Ausführungen der Klägerin auch den strengeren Anforderungen genügten.