

**Titel:**

**Unbegründeter deliktsrechtlicher Schadensersatzanspruch im Zusammenhang mit der Gewährung eines Nachrangdarlehens**

**Normenketten:**

BGB § 823 Abs. 2

KWG § 1 Abs. 1 S. 1, § 32 Abs. 1 S. 1, § 54 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2

ZPO § 529 Abs. 1 Nr. 1

**Leitsatz:**

**Zweifel nach § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO liegen in den Fällen vor, in denen – aufgrund konkreter Anhaltspunkte – aus der Sicht des Berufungsgerichts eine gewisse – nicht notwendig überwiegende – Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass im Falle erneuter Tatsachenfeststellungen die erstinstanzlichen Feststellungen keinen Bestand haben werden, sich also deren Unrichtigkeit herausstellt. (Rn. 9) (redaktioneller Leitsatz)**

**Schlagworte:**

Schadensersatz, Nachrangdarlehen, Bankgeschäfte, Erlaubnis, Verbotsirrtum, Klausel

**Vorinstanz:**

LG Hof, Urteil vom 23.12.2022 – 12 O 392/21

**Rechtsmittelinstanzen:**

OLG Bamberg, Beschluss vom 01.08.2023 – 5 U 1/23

BGH, Beschluss vom 18.07.2024 – III ZR 296/23

**Tenor**

1. Der Senat beabsichtigt, die Berufung gegen das Urteil des Landgerichts Hof vom 23.12.2022, Az. 12 O 392/21, gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen, weil er einstimmig der Auffassung ist, dass die Berufung offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg hat, der Rechtssache auch keine grundsätzliche Bedeutung zukommt, weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Berufungsgerichts erfordert und die Durchführung einer mündlichen Verhandlung über die Berufung nicht geboten ist.
2. Der Senat beabsichtigt, den Klägern als Gesamtschuldern die Kosten des Berufungsverfahrens aufzuerlegen und den Streitwert des Berufungsverfahrens auf 22.309,25 € festzusetzen.
3. Es besteht Gelegenheit zur Stellungnahme bis 31.07.2023.

**Entscheidungsgründe**

I.

1

Die Kläger verlangen vom Beklagten Schadensersatz im Zusammenhang mit der Gewährung eines Nachrangdarlehens mit der Behauptung, der Beklagte habe Bankgeschäfte ohne die erforderliche Erlaubnis betrieben. Wegen der Einzelheiten des zugrundeliegenden Sachverhalts, des Vorbringens der Parteien und der Anträge im Verfahren erster Instanz wird auf das angefochtene Urteil des Landgerichts Hof vom 23.12.2022 Bezug genommen.

2

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass ein alleine in Betracht kommender Anspruch der Kläger gegen den Beklagten aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 1 Abs. 1 S. 1, § 32 Abs. 1 S. 1, § 54 Abs. 1 Nr. 2, 1. Alt., Abs. 2 KWG nicht bestehe, da sich der Beklagte in einem unvermeidbaren Verbotsirrtum über die Erlaubnispflichtigkeit befunden habe. Wegen der Einzelheiten wird auf die Gründe des angefochtenen Urteils Bezug genommen.

**3**

Die Kläger verfolgen mit ihrer Berufung die bereits im Verfahren erster Instanz gestellten Anträge in leicht modifizierter Form weiter. Sie machen geltend, dass das Landgericht Hof zu Unrecht einen unvermeidbaren Verbotsirrtum des Beklagten angenommen habe.

**4**

Das Landgericht habe den Sachverhalt nur unvollständig festgestellt und das materielle Recht fehlerhaft angewendet. Außerdem weise die Beweiswürdigung des Landgerichts Rechtsfehler auf. Wegen der Einzelheiten wird auf die Berufungsbegründung vom 22.03.2023 (Bl. 8 ff. d. A.) Bezug genommen.

**5**

Die Kläger beantragen,

Der Beklagte wird unter Abänderung des angefochtenen Urteils verurteilt, den Klägern als Gesamtgläubigern einen Betrag i.H.v. 22.309,25 € zuzüglich Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab Rechtshängigkeit der Klage zu zahlen.

**6**

Der Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

**7**

Er verteidigt das angefochtene Urteil. Wegen der Einzelheiten seines Vorbringens wird auf die Berufungserwiderung vom 22.05.2023 (Bl. 42 ff. d. A.) Bezug genommen.

II.

**8**

Die Berufung der Kläger hat offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg, weil das angefochtene Urteil weder auf einer Rechtsverletzung beruht noch die nach § 529 ZPO zugrunde zu legenden Tatsachen eine andere Entscheidung rechtfertigen (§ 522 Abs. 2 Nr. 1, § 513 Abs. 1, § 546 ZPO).

**9**

1. Gemäß § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO ist das Berufungsgericht an die Tatsachenfeststellungen des erstinstanzlichen Gerichts gebunden, soweit nicht konkrete Anhaltspunkte Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen begründen und deshalb erneute Feststellungen durch das Berufungsgericht gebieten. Zweifel im Sinne dieser Vorschrift liegen dann vor, wenn – aufgrund konkreter Anhaltspunkte – aus der Sicht des Berufungsgerichts eine gewisse – nicht notwendig überwiegende – Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass im Falle erneuter Tatsachenfeststellungen die erstinstanzlichen Feststellungen keinen Bestand haben werden, sich also deren Unrichtigkeit herausstellt (vgl. BGHZ 148, 269 ff. = NJW 2004, 1876 ff.; BGHZ 162, 313 ff. = NJW 2005, 1583 ff.; BGH NJW 2003, 3400). Konkreter Anhaltspunkt ist dabei der objektivierbare rechtliche oder tatsächliche Einwand gegen die erstinstanzlichen Feststellungen. Bloß subjektive Zweifel, lediglich abstrakte Erwägungen oder Vermutungen der Unrichtigkeit genügen nicht (vgl. BGH NJW-RR 18, 651; BGH NJW 06, 152; OLG München, Urteil vom 26.10.2012, 10 U 4533/11 jeweils m.w.N.).

**10**

2. Nach Maßgabe dieser Grundsätze hat der Senat im vorliegenden Fall an den Tatsachenfeststellungen des Landgerichts keine Zweifel im vorgenannten Sinne. Er schließt sich insoweit dem angefochtenen Urteil an und nimmt auf die überzeugenden Urteilsgründe Bezug. Die Angriffe der Berufung erschöpfen sich im Kern darin, an die Stelle der nicht zu beanstandenden Beweiswürdigung des Erstgerichts eine eigene abweichende Beweiswürdigung zu setzen. Berufungsrechtlich relevante Fehler kann sie damit weder aufzeigen noch Zweifel an der Richtigkeit der Feststellungen des Erstgerichts wecken (vgl. Ziffer 2.a) und 2.b)).

**11**

Im Einzelnen ist zu den Angriffen der Berufung Folgendes anzumerken.

**12**

a) Die Beweiswürdigung des Landgerichts ist im Hinblick auf die Bewertung der Aussagen des Zeugen Dr. A. nicht zu beanstanden. Die Einwendungen der Kläger können auch keinen Zweifel an der Richtigkeit der Feststellungen zur Glaubwürdigkeit des Zeugen und der Glaubhaftigkeit seiner Aussagen wecken.

### 13

Das Landgericht hat den Zeugen Dr. A. umfassend vernommen und seine Angaben anhand der Unterlagen, die er zur Verfügung gestellt hat, überprüft. Die Kriterien, nach denen es seine Aussage als glaubhaft ansieht, werden im Urteil ausführlich dargelegt.

### 14

Berufungsrechtlich relevante Fehler finden sich in der Beweiswürdigung nicht.

### 15

Auch das Berufungsvorbringen zeigt solche Fehler nicht auf. Das Landgericht hat seine Überzeugung von der Glaubwürdigkeit des Zeugen – anders als die Berufungsbegründung behauptet – nicht darauf gestützt, dass der Zeuge die Nachrangklausel entworfen hat. Mögliche Interessen des Zeugen Dr. A. an einer Aussage zu Gunsten des Beklagten hat das Landgericht in seine Erwägungen einbezogen, solche aber nicht feststellen können. Auch ein Eigeninteresse des Zeugen an der Darstellung des Beratungsverhältnisses als umfassend und zutreffend hat das Landgericht berücksichtigt.

### 16

Die auf dieser Grundlage durch das Landgericht getroffene Bewertung, dass der Zeuge glaubwürdig und seine Angaben glaubhaft seien, ist daher nicht zu beanstanden.

### 17

b) Es gibt keine konkreten Anhaltspunkte dafür, dass die Feststellungen des Landgerichts unvollständig oder unrichtig sind. Solche Anhaltspunkte ergeben sich insbesondere nicht aus dem Vorbringen der Berufung.

### 18

aa) Zwar hat das Landgericht sich von dem Zeugen Dr. A. nicht alle Mandatsverträge im Original vorlegen lassen. Ausweislich der Urteilsgründe stützt das Landgericht seine Überzeugung aber auch nicht auf diese Unterlagen, sondern auf die Angaben des Zeugen Dr. A. zu seiner konkreten Tätigkeit. Die Kläger tragen auch nicht vor, was sich aus den „vollständigen“ Verträgen im Original weiter ergeben hätte. Konkrete Anhaltspunkte dafür, dass die Angaben des Zeugen in dieser Hinsicht unzutreffend gewesen wären, sind nicht ersichtlich und werden von den Klägern auch nicht geltend gemacht.

### 19

Im Übrigen bezieht sich der Mandatsvertrag vom 07.07.2011, der in elektronischer Form vom Gericht und den Parteien eingesehen werden konnte, nicht auf die Anlage der Kläger aus der zweiten Tranche der Nachrangdarlehen. Die eingescannten und vom Beklagten und dem Zeugen Dr. A. unterschriebenen Mandatsvereinbarungen für die Nachrangdarlehen der hier einschlägigen zweiten Tranche vom 31.10.2012 und für die dritte Tranche vom 08.01.2015 konnten die Parteien und das Gericht in der Verhandlung einsehen (S. 19 und 20 des Protokolls vom 04.11.2022).

### 20

bb) Soweit die Berufung darauf abstellt, der Zeuge Dr. A. habe ausgeführt, er habe für die Erstellung der Nachrangdarlehensklausel 2,15 Stunden aufgewendet, und daraus folgert, dass dies gegen eine sorgfältige Prüfung des Einzelfalls spreche, gibt die Berufung die Aussage des Zeugen einerseits nicht zutreffend wieder. Der Zeuge hatte dazu nämlich nicht erklärt, dass er 2,15 Stunden für die Erstellung aufgewendet habe, sondern dass die Zeichnungsunterlagen mit einem abrechenbaren Aufwand von 2,15 Stunden durch eine Mitarbeiterin entworfen, anschließend von ihm geprüft und freigegeben worden seien. Sie seien dann an den Beklagten übermittelt und mit ihm telefonisch besprochen worden (S. 17 des Protokolls vom 04.11.2022). Den von ihm (abrechenbar) aufgewendeten Zeitaufwand hat er damit nicht angeben.

### 21

Andererseits und unabhängig davon trifft der Einwand auch in der Sache nicht zu. Denn die aufgewendete Arbeitszeit ist kein direktes Maß für die Qualität eines Arbeitsergebnisses. Das Landgericht begründet seine Überzeugung, dass der Zeuge erkennbar qualifiziert gewesen sei, die Klausel gesetzeskonform zu formulieren, vielmehr mit dem von der Berufung nicht in Zweifel gezogenen Umstand, dass der Zeuge Dr. A.

seit 1999 ausschließlich in kapitalmarktrechtlichen Angelegenheiten tätig gewesen sei und die Strukturierung von Kapitalanlagen, die Verfassung von Emissionsprospekten und die Durchführung von Billigungsverfahren bei der BaFin zu seinen beruflichen Schwerpunkten gehört hätten. Der Zeuge habe darüber hinaus glaubhaft dargelegt, dass er in einer Vielzahl von Fällen Strukturierungsmandate mit dem Ziel, bankenaufsichtsrechtliche Genehmigungen zu vermeiden, bearbeitet habe. In seiner Kanzlei würden Musterklauseln verwendet, die auf den jeweiligen Einzelfall angepasst würden. Die A. & ... Rechtsanwalts-gesellschaft mbH bzw. A. & ... Rechtsanwalts-gesellschaft mbH sei seit 2007 auf Kapitalmarktrecht spezialisiert.

## 22

Schließlich wird die Wertung des Landgerichts, dass der Zeuge für die Gestaltung der Klausel qualifiziert war, auch dadurch bestätigt, dass die BaFin im Jahr 2016 die Anlageform nicht als erlaubnispflichtiges Einlagengeschäft betrachtet hat.

## 23

cc) Aus dem Umstand, dass der Zeuge Dr. A. Dokumente vorgelegt hat, deren Betreffzeilen geschwärzt waren, ergeben sich keine Zweifel an der Vollständigkeit und Richtigkeit der Feststellungen des Landgerichts. Der Zeuge hat mit der Vorlage der Dokumente seine Angaben zu seiner Tätigkeit auf dem Kapitalanlagemarkt belegt. Zwar haben ihn die B. GmbH und der Beklagte von seiner anwaltlichen Schweigepflicht entbunden. Gegenüber seinen weiteren Mandanten ist er aber zur Verschwiegenheit verpflichtet. Dokumente, die diese weiteren Mandanten betrafen, durfte er nicht in einer Form Dritten offenbaren, die die Identität der Mandanten hätten erkennen lassen. Anlass, den Zeugen zur Vorlage ungeschwärzter Unterlagen aufzufordern bestand daher nicht, zumal die Identität der Mandanten, die durch die Schwärzung gewahrt werden sollte, im Hinblick auf die hier zu beantwortende Fragen keine Relevanz aufwies.

## 24

dd) Das Landgericht musste sich auch nicht weitergehend mit der „Vorgeschichte“ des Beklagten im Zusammenhang mit dem Einwerben von Geldern bei Kleinanlegern auseinandersetzen. Substantiiert tragen die Kläger zu dieser „Vorgeschichte“ lediglich vor, dass eine weitere Gesellschaft, deren Gesellschafter der Beklagte war, im Juni 2016 ihre Erlaubnis zum Betreiben von Bankgeschäften zurückgab. Während sich daraus keine Schlussfolgerungen für das Verhalten des Beklagten im Zusammenhang mit der Einwerbung von Nachrangdarlehen für die B. GmbH ziehen lassen, hat der Beklagte eine Auskunft der BaFin über deren eigene Ermittlungen vorgelegt, die belegen, dass die BaFin die Einwerbung der Nachrangdarlehen, die die B. eingeworben hat, nicht als Einlagengeschäft bewertet hat. Im Übrigen hat der Beklagte dazu in der mündlichen Verhandlung detailliert Angaben gemacht (S. 3 des Protokolls vom 04.11.2022), aus denen sich aber entnehmen lässt, dass der Beklagte den Vorgaben der BaFin folgte.

## 25

ee) Soweit die Kläger rügen, die vom Beklagten vorgelegten Anlagen (insbesondere die Anlagen B3 und B5) seien in den Betreffzeilen geschwärzt und somit sei ein Bezug zum vorliegenden Verfahren nicht feststellbar, trifft dies jedenfalls für die Auskunft der BaFin, Anlage B 5, nicht zu. Dort wird nämlich ausgeführt, dass die Prüfung der Nachrangdarlehen der B. GmbH auf Grund der Exposés vom xx.xx.2011 und vom xx.xx.2012 kein erlaubnispflichtiges Geschäft ergeben habe. Es handelt sich dabei um die Exposés der ersten und der – hier einschlägigen – zweiten Tranche (Anlage B 1).

## 26

ff) Schließlich hat das Landgericht in berufsrechtlich nicht zu beanstandender Weise festgestellt, dass durch den Zeugen Dr. A. bei der Erstellung der Klausel AGB-rechtliche Gesichtspunkte berücksichtigt worden sind.

## 27

Die Behauptung der Kläger, der Zeuge habe bestätigt, dass er die Klausel nicht an AGB-rechtlichen Maßstäben gemessen habe, beruht auf einer verkürzten Wiedergabe des Inhalts der Beweisaufnahme. Denn der Zeuge hat – wie sich aus dem Protokoll der Verhandlung am 04.11.2022 (S. 17) ergibt – auf Vorhalt der Entscheidung des Oberlandesgerichts Bamberg im Verfahren 3 U 80/19 erklärt: „Ich habe die Klauseln nicht geprüft, sondern gestaltet und diese hierbei auch unter Berücksichtigung AGB-rechtlicher Gesichtspunkte erstellt. Es war weder 2014, noch 2015 oder 2016 hinreichend klar, ob und in welchem

Umfang eine AGB-Kontrolle stattfindet.“ Der vorangestellte Halbsatz – er habe die Klausel nicht geprüft – bezieht sich, wie aus der Gesamtbedeutung des ganzen Satzes unschwer zu erkennen ist, lediglich darauf, dass der Zeuge die Klausel nicht lediglich geprüft, sondern vielmehr sogar erstellt, also eigenständig ausgearbeitet hat. Der Zeuge hat dabei ausdrücklich erklärt, dass er auch Fragen des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen berücksichtigt habe.

## **28**

Das Landgericht hat auf der Grundlage dieser Aussage mit Recht ausgeführt, dass der Inhalt der Mandatsvereinbarung die Gestaltung der Klauseln gewesen sei und diese vom Zeugen daraufhin unter Berücksichtigung AGB-rechtlicher Gesichtspunkte erstellt worden seien.

## **29**

c) Das Landgericht hat das materielle Recht zutreffend angewendet und zutreffend einen unvermeidbaren Verbotsirrtum des Beklagten über der Notwendigkeit einer behördlichen Erlaubnis zur Einwerbung der Nachrangdarlehen angenommen. Den Klägern stehen gegen den Beklagten daher keine Schadensersatzansprüche nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 1 Abs. 1 S. 1, § 32 Abs. 1 S. 1, § 54 Abs. 1 Nr. 2, 1. Alt., Abs. 2 KWG wegen vorsätzlichen oder fahrlässigen unzulässigen Betreibens von Bankgeschäften zu.

## **30**

aa) Zutreffend hat das Landgericht zu Grunde gelegt, dass der Beklagte für das Vorliegen eines haftungsausschließenden unvermeidbaren Verbotsirrtums beweispflichtig ist. Es ist auf der Grundlage der Maßstäbe des Bundesgerichtshofs (vgl. BGH, Urteil vom 16.05.2017 – VI ZR 266/16) zu dem Ergebnis gekommen, dass der Beklagte mit dem Zeugen Dr. A. eine sachkundige und verlässliche Auskunftsperson beauftragt hat, die ihm von dritter Seite empfohlen worden war, und dass der Beklagte davon ausgehen durfte, von Dr. A. eine im Sinne der Rechtsprechung verlässliche Auskunft zu erhalten, die insbesondere nach pflichtgemäßer Prüfung der Sach- und Rechtslage erteilt wird. Mit der Erteilung des Mandats hatte der Beklagte den Zeugen Dr. A. nämlich gerade zu einem solchen Vorgehen verpflichtet. Dabei war dem Zeugen nicht eine bestimmte Form der Klausel vorgegeben, vielmehr bestand sein Auftrag gerade darin, sie so zu gestalten, dass die Einwerbung der Darlehen keine Erlaubnis erforderte. Daher war das Mandat von Anfang an auf Objektivität der Auskunft angelegt.

## **31**

Das Landgericht weist zudem mit Recht darauf hin, dass das Vertrauen in eine von einem Rechtsanwalt ausgestaltete Vertragsklausel zumindest nicht geringer zu bewerten sein kann, als das in die gutachterliche Bewertung eines bestehenden Vertragswerks durch einen Rechtsanwalt. Der Beklagte musste daher kein weiteres Gutachten „einer anderen rechtskundigen Person, die nicht am Vertragsentwurf beteiligt war“ einholen. Mit dieser Forderung würden die Anforderungen überspannt, die auf der Grundlage der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs an die Vermeidbarkeitsprüfung zu stellen sind. Denn die kautelarjuristische Tätigkeit eines Rechtsanwalts zielt auf die Vermeidung rechtlicher Risiken ab und legt dabei einen objektiven Maßstab an.

## **32**

Der Beklagte musste sich auch nicht bei der BaFin rückversichern, ob das Nachrangdarlehen mit der verwendeten Nachrangklausel ein Einlagengeschäft im Sinne von § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 KWG darstellt. Denn die Prüfung durch die BaFin hätte sich nicht darauf bezogen, ob die Klausel als Allgemeine Geschäftsbedingung wirksam ist. Zudem hat das Landgericht in berufsrechtlich nicht zu beanstandender Weise festgestellt, dass der Beklagte von einem Kontakt des Zeugen Dr. A. mit der BaFin ausgegangen ist.

## **33**

Daher konnte der Beklagte auf die rechtliche Wirksamkeit der vom Zeugen Dr. A. erstellten Nachrangklausel vertrauen.

## **34**

bb) Konkrete Anhaltspunkte für den Beklagten, aus denen er auf eine Unzuverlässigkeit des Zeugen Dr. A. und seines Gestaltungsvorschlags hätte schließen können, nennt die Berufung nicht. Die Rechtsprechung, mit der die Klausel als unwirksam erklärt wurde, erging lange nach Abschluss des Vertrags zwischen den Klägern und der B. GmbH.

III.

**35**

Auch die weiteren Voraussetzungen des § 522 Abs. 2 Satz 1 ZPO liegen vor. Der Senat weicht insbesondere nicht von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ab. Eine Zulassung der Revision wäre im Falle einer Entscheidung durch Urteil nicht geboten.

**36**

Auch eine mündliche Verhandlung ist in der vorliegenden Sache nicht veranlasst, § 522 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 ZPO. Es ist auszuschließen, dass in einer mündlichen Verhandlung neue, im Berufungsverfahren zuzulassende Erkenntnisse gewonnen werden können, die zu einer anderen Beurteilung führen.

**37**

Auf die bei einer Berufungsrücknahme in Betracht kommende Gerichtsgebührenermäßigung (vgl. KV Nrn. 1120, 1222) wird hingewiesen. Im Falle der Rücknahme der Berufung verringert sich die Gerichtsgebühr von dem 4,0 fachen auf das 2,0 fache der Gebühr.