

# Hanseatisches Oberlandesgericht

Az.: 13 U 17/24  
327 O 247/22  
LG Hamburg

Verkündet am 16.10.2024

Alwert, JFAng  
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



## Teil-Versäumnis- und Endurteil

IM NAMEN DES VOLKES

In der Sache

- 1) [REDACTED]
- 2) [REDACTED]

Prozessbevollmächtigte zu 1 und 2:

Rechtsanwälte **Helge Petersen & Kollegen**, Prieser Strand 14a, 24159 Kiel, Gz.:  
697-19-X/PMK

gegen

- 1) **Engel & Völkers Resorts GmbH i. L.**, vertreten durch d. Geschäftsführer, Ballindamm 39,  
20095 Hamburg

- **Beklagte und Berufungsklägerin** -

Prozessbevollmächtigter:

Rechtsanwalt **Roger Zörb**, Am Sandtorkai 70, 20457 Hamburg, Gz.: 01-2024-018

- 2) **Ralph Peter Viereck**, Elbchaussee 356, 22609 Hamburg

- **Beklagter und Berufungskläger** -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte **M&P Dr. Matzen & Partner mbB**, Neuer Wall 55, 20354 Hamburg, Gz.:  
1837120

Nebenintervenient zu 1:

**Dr. Stefan Hainke**, Palmaille 108, 22767 Hamburg

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte **Gerken**, Hermannstraße 10, 20095 Hamburg, Gz.: 114/23

erkennt das Hanseatische Oberlandesgericht - 13. Zivilsenat - durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Panten, die Richterin am Oberlandesgericht Löffler und die Richterin am Oberlandesgericht zur Verth auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 18.09.2024 für Recht:

1. Auf die Berufung des Beklagten zu 2. wird das Urteil des Landgerichts Hamburg, Zivilkammer 27, vom 22.1.2024, Geschäfts-Nr. 327 O 247/22, in Ziff. 16. des Tenors teilweise abgeändert und Ziff. 16. des Tenors wie folgt neu gefasst:

Die Beklagten werden verurteilt, als Gesamtschuldner an die Kläger als Gesamtgläubiger € 4.085,03 an außergerichtliche Kosten nebst Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 24.12.2020 zu zahlen. Die Beklagte zu 1. wird darüber hinaus verurteilt, an die Kläger als Gesamtgläubiger weitere € 2.123,87 an außergerichtlichen Kosten nebst Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 24.12.2020 zu zahlen.

Hinsichtlich des weitergehenden Antrags auf Erstattung außergerichtlicher Kosten wird die Klage gegen den Beklagten zu 2. abgewiesen.

Im Übrigen wird die Berufung des Beklagten zu 2. zurückgewiesen.

2. Die Berufung der Beklagten zu 1. gegen das Urteil des Landgerichts Hamburg, Zivilkammer 27, vom 22.1.2024, Geschäfts-Nr. 327 O 247/22, wird im Wege des Versäumnisurteils zurückgewiesen.

3. Die Beklagten tragen als Gesamtschuldner die Kosten des Berufungsverfahrens. Die durch die Nebenintervention verursachten Kosten trägt der Nebenintervenient selbst.

4. Dieses Urteil sowie das angefochtene Urteil sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Der Beklagte zu 2. darf die gegen ihn gerichtete Vollstreckung der Kläger durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leisten.

## Beschluss

Der Streitwert wird für das Berufungsverfahren auf 226.617,71 € festgesetzt.

## Gründe

I. Die Kläger fordern von den Beklagten Schadenersatz wegen eines Investments in Kanada.

Wegen der Einzelheiten des Sachverhalts sowie der erstinstanzlich gestellten Anträge wird auf die tatsächlichen Feststellungen des angefochtenen Urteils Bezug genommen.

Das Landgericht hat die Beklagten antragsgemäß verurteilt. Wegen der Begründung im Einzelnen wird auf die Entscheidungsgründe des landgerichtlichen Urteils Bezug genommen.

Der Beklagte zu 2. macht mit der Berufung weiterhin geltend, dass der Tatbestand der Drittstaateneinlagenvermittlung nicht erfüllt sei.

Im Hinblick auf das dritte, vierte und fünfte Geschäft fehle es bereits an einer Vermittlungstätigkeit der Beklagten zu 1. Der Beklagte zu 2. wiederholt sein erstinstanzliches Vorbringen, dass die EV Resorts GmbH mit Wirkung zum 1.1.2017 die Geschäfte der Beklagten zu 1. und damit auch die Vermarktung des Grundstücksinvestments übernommen habe.

Das Argument des Landgerichts, dass es auf Vertragsbeziehungen nicht ankomme, greife zu kurz. Zwar komme es im Rahmen des Tatbestandes der Drittstaateneinlagenvermittlung im Sinne des § 1 Abs. 1a S. 2 Nr. 5 KWG allein auf die tatsächlich ausgeübte Vermittlungstätigkeit an. Diese sei hier jedoch identisch mit der Vermittlungstätigkeit, die nach Auffassung der Kläger die Annahme eines Anlagevermittlungsvertrages begründe.

Dass die Engel & Völkers Resorts in den Kaufverträgen als Vermittlerin genannt sei, sei unerheblich, da die Vermittlungstätigkeit vor Abschluss der Verträge mit der TFDC erfolgt sei und die Person des Vertragspartners nicht im Nachhinein ermittelt werden könne. Auch sei zu berücksichtigen, dass die Kaufunterlagen von der TFDC stammten und ihnen damit keine Bedeutung für eine etwaige vertragliche Beziehung zwischen der Beklagten zu 1. und der auf dieser Grundlage ausgeübten Vermittlungstätigkeit zukommen könne. Im Übrigen werde in den Verträgen eine konkrete Vermittlungstätigkeit nicht in Bezug genommen.

Aufgrund der fehlenden Haftung der Beklagten zu 1. komme auch seine, des Beklagten zu 2., Haftung als ehemaliger Geschäftsführer der Beklagten zu 1. nicht in Betracht.

Die Auffassung der Kläger, dass eine Differenzierung zwischen der Beklagten zu 1. und der EV Resorts GmbH im Hinblick darauf entbehrlich sei, dass er Geschäftsführer beider Gesellschaften sei, überzeuge nicht. Die Kläger hätten keine alternative Haftung der Beklagten zu 1. oder der EV Resorts GmbH vorgetragen, sondern eine Vermittlungstätigkeit der EV Resorts GmbH bestritten.

Der Beklagte zu 2. wendet sich ferner gegen die Auffassung des Landgerichts, dass es sich bei

dem Geschäft um ein Einlagengeschäft i.S.d. § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 KWG handle. Die 2. Alternative der Vorschrift (Annahme anderer unbedingt rückzahlbarer Gelder des Publikums), welche das Landgericht anscheinend angenommen habe, liege nicht vor.

Die geleistete Kaufpreisteilzahlung sei nicht unbedingt rückzahlbar. Die gegenteilige Annahme scheide angesichts der Abhängigkeit der Entstehung des Rückzahlungsanspruchs durch die Ausübung eines im Belieben der Kläger stehenden Gestaltungsrecht in Form der Kündigung nach Ablauf der Optionsdauer schon begrifflich aus. Auch eine Potestativbedingung stelle ein ungewisses Ereignis und damit eine Bedingung im Sinne des § 158 Abs. 1 BGB dar. Vor einer entsprechenden Kündigungserklärung sei der Rückzahlungsanspruch schlicht nicht existent. Erst mit der Erklärung erhielten die Kläger einen Anspruch gegen die TFDC auf Zahlung in Höhe der geleisteten Anzahlung nebst der die Wertsteigerung verkörpernden Verzinsung und die TFDC im Gegenzug die volle Verfügungsgewalt über das nach der Projektkonzeption nun erschlossene und baureife Grundstück zurück. Die Kläger müssten sich den Rückzahlungsanspruch mithin durch einen Verzicht auf den Übereignungsanspruch erst „erkaufen“.

Da es sich dabei weder um ein Rückabwicklungsverhältnis im Sinne der §§ 346 ff BGB noch um die Folgen einer Kündigung handle, bei der die wechselseitigen Rechte und Pflichten lediglich für die Zukunft erlöschen, sei auch der Terminus „Rückzahlungsanspruch“ falsch. Tatsächlich hätten die Kläger bei fristgemäßer Ausübung des Gestaltungsrechts einen Anspruch auf „Rückkauf“ des Grundstücks durch die TFDC, wobei die Gegenleistung durch den Wert der Anzahlung nebst einer garantierten Rendite bestimmt werde.

Entgegen der die Entscheidung des Senats vom 19.4.2023 (13 U 186/21) in Bezug nehmenden Auffassung des Landgerichts schließe die Vereinbarung einer Wahlschuld das Vorliegen einer Potestativbedingung nicht aus.

Die Entscheidung des Senats vom 19.4.2023 stütze die Ausführungen des Landgerichts auch deshalb nicht, weil der Senat, indem er im Rahmen seiner Gesamtwürdigung dem Fehlen eines unbedingten Rückzahlungsanspruchs „nur untergeordnete Bedeutung“ beigemessen und das „Angelegtsein“ des Anspruchs mit einer Vereinbarung eines unbedingten Rückzahlungsanspruchs bei Vertragsschluss gleichgesetzt habe, die Grenzen der zulässigen Wortlautauslegung überschritten und damit gegen das in Art. 103 Abs. 2 GG verankerte Analogieverbot verstoßen habe.

Die Ausführungen des Senats würden auch nicht durch den Verweis auf das Merkblatt der BaFin „Hinweise zum Tatbestand des Einlagengeschäfts nach § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 KWG“ vom 11.3.2014 in der Fassung vom 20.8.2021 gestützt. Die Ausübung des Kündigungsrechts habe keine nachträgliche Umwandlung in ein Darlehen zu Folge. Vielmehr erhalte der Käufer mit der Kündigungserklärung einen fälligen Rückzahlungsanspruch. Dass der „Rückzahlungsanspruch“

nach Auffassung des Senats von vornherein in dem Vertragsverhältnis angelegt gewesen sei, sei mit der Konstellation der nachträglichen Umwandlung in ein Darlehen nicht vergleichbar.

Die Klage wäre ferner auch deshalb als unbegründet abzuweisen gewesen, weil der geltend gemachte Schaden der Kläger nicht im Schutzbereich der verletzten Norm liege. Die Erlaubnispflicht der Drittstaateneinlagenvermittlung diene nicht dem Schutz der Gläubiger. Eine Prüfung der BaFin im Rahmen der Erlaubniserteilung hätte sich ausschließlich auf die Beklagte zu 1., nicht aber auf die TFDC bezogen, deren wirtschaftliche Schieflage den von den Klägern verursachten Schaden verursacht habe. Der Umstand, dass die Beantragung und Erteilung der Erlaubnis keinen Einfluss auf die wirtschaftlichen Geschicke der TFDC gehabt hätte, erweise, dass die ausgebliebenen Zahlungen an die Anleger infolge des Scheiterns des Projekts der TFDC nicht vom Schutzzweck des § 32 Abs. 1 S. 1 KWG i.V.m. § 1 Abs. 1a S. 2 Nr. 5 KWG erfasst seien.

Jedenfalls seien die Beklagten einem unvermeidbaren Verbotsirrtum unterlegen. Entgegen der Auffassung des Landgerichts habe es sich bei der Stellungnahme des Nebenintervenienten vom 10.10.214 keinesfalls um eine schlichte „Absegnung“ des Geschäftsmodells bzw. ein Gefälligkeitsgutachten gehandelt. Ein solches Vorgehen wäre im Hinblick auf die einen unvermeidbaren Verbotsirrtum in diesen Fällen ablehnende ständige BGH-Rechtsprechung viel zu risikoreich gewesen und der Nebenintervenient hätte sich auf eine solche „Strategie“ nie und nimmer eingelassen.

Auch die Auffassung des Landgerichts, dass es der Stellungnahme für die Beklagten erkennbar an einer kritischen Auseinandersetzung mit den maßgeblichen Rechtsfragen fehle, überzeuge nicht. Aus der Stellungnahme ergebe sich, dass der Nebenintervenient den zu beurteilenden Sachverhalt und das Vorliegen eines unbedingten Rückzahlungsanspruchs als streitentscheidende Frage zutreffend erfasst habe. Er habe die für die Einordnung des Investments entscheidenden Merkmale vollständig erfasst und zur Grundlage seiner Prüfung gemacht. Die Auskunft des Nebenintervenienten habe – zur Recht – einen unrechtsverneinenden Inhalt gehabt und habe einer Plausibilitätskontrolle durch einen juristischen Laien zweifelsfrei standgehalten. Dass der Senat in der Entscheidung 13 U 186/21 zu dem Ergebnis gelangt sei, dass die Beklagten sich auf die erteilte Auskunft nicht hätten verlassen dürfen, sei nicht nachvollziehbar. Entgegen der Auffassung des Senats komme es nicht auf die Länge des Gutachtens, sondern auf dessen Inhalt an; insoweit gebe es gegen die Ausführungen des Nebenintervenienten nichts zu erinnern, da die entscheidenden Fragen zutreffend erkannt und behandelt worden seien.

Nachgerade unverständlich sei im Übrigen die Feststellung des Landgerichts, dass er hätte erkennen können, dass eine weitere Auskunft erforderlich gewesen wäre. Der Beklagte zu 2. verweist darauf, dass er Immobilienkaufmann sei und zuvor mit Bankgeschäften oder Finanzdienstleistungen überhaupt nichts zu tun gehabt habe. Erst recht habe er als juristischer Laie nicht über das fachliche Wissen verfügt, um erkennen zu können, dass es der Stellungnahme an einer Auseinandersetzung mit den maßgeblichen Rechtsfragen fehle.

Schließlich sei das Urteil des Landgerichts auch insoweit fehlerhaft, als bei der Berechnung der geltend gemachten vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten eine 2,5 Gebühr zugrunde gelegt worden sei. Der Ansatz einer 2,5 Gebühr sei unangemessen.

Der Beklagte zu 2. beantragt,

das angefochtene Urteil abzuändern und die gegen ihn gerichtete Klage abzuweisen.

Die Beklagte zu 1. stellt (ebenso wie der Nebenintervenient) keinen Antrag.

Die Kläger beantragen,

die Berufung der Beklagten zurückzuweisen, hinsichtlich der Beklagten zu 1. im Wege des Versäumnisurteils.

Sie verteidigen das angefochtene Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird ergänzend auf die in beiden Instanzen gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

II. Die Berufung der Beklagten zu 1. war, da für die Beklagte im Termin zur mündlichen Berufungsverhandlung vom 18.9.2024 trotz ordnungsgemäßer Ladung niemand erschienen ist, durch Versäumnisurteil gem. § 539 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.

Die zulässige, insbesondere form- und fristgerecht eingelegte und begründete Berufung des Beklagten zu 2. hat ganz überwiegend keinen Erfolg.

Das Landgericht ist zu Recht und mit zutreffender Begründung, auf die zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug genommen wird, zu dem Ergebnis gelangt, dass den Klägern gegen den Beklagten ein Schadenersatzanspruch in geltend gemachter Höhe aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m.

§§ 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 Abs. 1a S. 2 Nr. 5, 32, 54 KWG, § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB zusteht. Das Berufungsvorbringen des Beklagten zu 2. rechtfertigt keine abweichende Beurteilung und gibt lediglich Anlass zu folgenden Ausführungen:

1. Das Landgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass hier Einlagengeschäfte vermittelt worden sind. Das Einlagengeschäft ist in § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 KWG definiert als „die Annahme fremder Gelder als Einlagen oder anderer unbedingt rückzahlbarer Gelder des Publikums, ..., ohne Rücksicht darauf, ob Zinsen vergütet werden“.

Dabei sind nach der Rechtsprechung des BGH Gelder fremd i.S.v. § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 Fall 1 KWG, wenn es sich um Gelder handelt, die nicht endgültig bei dem annehmenden Unternehmen verbleiben, sondern aufgrund getroffener Vereinbarung in gleicher Menge dem Berechtigten zurückzuzahlen sind. Hierfür ist erforderlich, dass ein unbedingter Rückzahlungsanspruch besteht, dessen Fälligkeit nicht gem. § 158 Abs. 1 BGB bedingt ist. Rückzahlbar im Sinne von § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 Fall 2 KWG sind Gelder, wenn der Betreiber oder ein Dritter im Verbund mit diesem verspricht, die Gelder zurückzuzahlen. Die Rückzahlung muss Teil der Vereinbarung sein, auf deren Basis der Anleger dem Kapitalnehmer das Geld überlässt, kann unter Umständen aber auch nachträglich vereinbart werden. Unbedingt rückzahlbar sind Gelder, wenn die Rückzahlung unabhängig vom Geschäftserfolg des Betreibers erfolgen soll, d.h. eine Verlustteilnahme ausgeschlossen ist (vgl. zu allem BGH, Urteil vom 4.8.2020, II ZR 174/19, Rz. 24-25).

Der Senat hält nach erneuter Prüfung an der bereits im Verfahren 13 U 186/21 (welches das gleiche Investitionsmodell betraf) vertretenen Auffassung fest, dass hier jedenfalls die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 Fall 2 KWG erfüllt sind: Die TFDC hat sich bereits in den Verträgen (Anlagen K 3, K 6, K 17, K 23 und K 47) zur Rückzahlung verpflichtet und die Rückzahlung sollte auch unabhängig von ihrem Geschäftserfolg erfolgen, d.h. eine Verlustteilnahme war ausgeschlossen.

Dass der jeweilige Rückzahlungsanspruch von einer Kündigung des Anlegers/Kunden abhängig war, steht der Einordnung als „unbedingt rückzahlbar“ nicht entgegen. Es handelt sich nicht, wie vom Beklagten geltend gemacht, um eine Potestativbedingung – die Wirksamkeit des gesamten Rechtsgeschäfts ist nicht vom Eintritt einer Bedingung abhängig gemacht worden –, sondern die hier getroffene Vereinbarung kommt der Vereinbarung einer Wahlschuld gleich (mit Wahlrecht

der Kläger als Gläubiger) – was im Hinblick darauf ausreicht, dass für die Annahme eines Einlagengeschäfts die Rückzahlung der angenommenen Gelder nicht alternativlos sein muss, sondern auch Vereinbarungen ausreichend sind, die den Gläubiger berechtigen, unter mehreren Optionen die Rückzahlung zu wählen, sog. Rückzahlungsoption (MüKoHGB/Fest, Band VI N. Rn. 55, Beck/Samm/Kokemoor/Reschke KWG § 1 Rn. 120). Von einer solchen Vereinbarung ist jedenfalls unter Berücksichtigung der den Klägern vor Abschluss der Verträge überlassenen Unterlagen auszugehen – nach Ziff. I.5. des Merkblattes der BaFin zum Einlagengeschäft sind für die „Einordnung als unbedingt rückzahlbare Gelder unter Berücksichtigung der bankwirtschaftlichen Verkehrsauffassung insbesondere die dem Kunden angebotenen Bedingungen der Geldüberlassung, der sich hieraus ergebende tatsächliche Gehalt der Geldüberlassung sowie das werbende Auftreten des Geldannehmenden und die hierdurch beim Geldgeber bezweckte Vorstellung von der getätigten Geldanlage zu berücksichtigen“:

So werden in der Broschüre Anlage K 10 das Geschäft als „Grundstücks-Optionskauf“ und der Anleger durchgehend als „Optionskäufer“ bezeichnet. Ferner werden in der Anlage K 10, dort S. 2 unter der Überschrift „Ausstiegsoptionen am gewählten Stichtag“ die beiden möglichen Optionen (Option A: Grundstück behalten mit der Folge: Zahlung der 35 % Kaufpreis-Differenz zzgl. Steuern und Gebühren, Grundbucheintrag; Option B: Grundstück zurückgeben mit der Folge: Rückzahlung der Anzahlung zzgl. festen Wertzuwachs + 18,5 % nach 24 Monaten bzw. + 37,5 % nach 36 Monaten) völlig gleichrangig dargestellt, ebenso auf S. 3 der Anlage K 10 durch die folgenden Ausführungen unter der Überschrift „Das Investitionskonzept“:

„Entscheidet sich der Optionskäufer am Ende der Vertragslaufzeit für die Übernahme des optierten Grundstücks, zahlt dieser den Restbetrag von 35 % des Kaufpreises und erhält dafür seinen Grundbuchtitel. Der Optionskäufer erwirbt somit ein erschlossenes und baureifes Grundstück lediglich zum Preis eines parzellierten Grundstücks.

Entscheidet sich der Optionskäufer am Ende der Vertragslaufzeit für die Rückgabe der Kaufoption, wird er mit einer attraktiven, festen Verzinsung für die von ihm zur Verfügung gestellte Anzahlung belohnt. Die Höhe der Verzinsung ist dabei abhängig von der gewählten Laufzeit von 2 oder 3 Jahren.“

sowie schließlich auch durch die Ausführungen auf S. 16 der Anlage K 10, mit denen „die wesentlichen Inhalte und Kernaussagen des „Optionskaufvertrages“ u.a. wie folgt beschrieben werden:

„...“

**Recht zur Kündigung:** Um die Verzinsung in Anspruch zu nehmen und auf das Grundstück



zu verzichten, muss der Optionskauf-Vertrag innerhalb von 30 Tagen vor Ende der Optionsdauer gekündigt werden. Das entsprechende Kündigungsrecht ist in Absatz 6.1 beschrieben.

**Recht zur Grundstücks-Übernahme:** Wird auf das Kündigungsrecht verzichtet, wird der Optionskauf zum Finalisierungsdatum in einem Kauf überführt. ...“.

In den sonstigen, den Klägern überlassenen Unterlagen werden die Optionen ähnlich gleichrangig dargestellt, so u.a.

- in der E-Mail von 17.1.2017 (Anlage K 11), in welcher vom Erwerb einer „Kaufoption“ die Rede ist und die „Ausstiegsoption zum Ende der Laufzeit“ dahingehend beschrieben wird, dass entweder (Option A) das Grundstück zur weiteren Nutzung übernommen werden könne bei Zahlung der Restsumme (35 %) des ursprünglich festgesetzten Kaufpreises sowie Eintragung in das Grundbuch oder (Option B) die „Grundstücks-Option als reines Investitionsobjekt“ zurückgegeben werden könne, wobei eine Erstattung der Anzahlung von 65 % stattfindet und der Kunde zusätzlich den fest zugesicherten Wertzuwachs erhalte,
- der E-Mail vom 24.1.2017, in welcher ebenfalls von einem „Grundstücksoptionskauf“ die Rede ist und wiederum die Möglichkeiten einander gegenübergestellt werden, nach Ablauf der vertraglich festgehaltenen Laufzeit von 2 oder 3 Jahren das Grundstück „zu kaufen“ oder „die Grundstücksoption zurückzugeben und den vertraglich festgehaltenen Exitbetrag ausgezahlt zu bekommen“,
- der E-Mail vom 10.5.2017 (Anlage K 20), in welcher wiederum (unter der Überschrift „Für Immobilieninteressenten“) vom Abschluss einer „Kaufoption“ und (unter der Überschrift „Für Anleger“) vom „Optionskäufer“ und der „Rückgabe der Kaufoption“ die Rede ist.

Nichts anderes ergibt sich schließlich auch aus den eingereichten „Kaufunterlagen“ (Anlagen K 3, K 6, K 17, K 23 und K 47 sowie Anlage StV 1). Vielmehr findet sich auch dort auf S. 2 der Hinweis, dass am vertraglich vereinbarten Stichtag „die Option (besteht) den Grundstückserwerb abzuschließen oder sich die geleistete Anzahlung zuzüglich der vertraglich vereinbarten Wertzuwächse auszuzahlen zu lassen, d.h. Abschluss des Grundstückserwerbs einerseits oder aber Rückzahlung der überlassenen Gelder zzgl. „Wertzuwachs“ andererseits werden auch hier als gleichrangige Optionen dargestellt.

Insgesamt kommt hiernach, wie der Senat bereits in dem Verfahren 13 U 186/21 entschieden hat, dem Umstand, dass nach der Gestaltung der Kaufverträge der Rückzahlungsanspruch erst

durch die Kündigung des Anlegers entsteht, nur untergeordnete Bedeutung zu und ist das Landgericht zutreffend davon ausgegangen, dass es sich bei der „Anzahlung“ des Anlegers/Käufers um unbedingt rückzahlbare Gelder handelt.

Dies ergibt sich, wie der Senat ebenfalls bereits in dem Verfahren 13 U 186/21 ausgeführt hat, auch aus den Hinweisen der BaFin unter Ziff. 1.4 des Merkblatts zum Einlagengeschäft. So heißt es dort u.a.

„Ein Verkäufer, der im Rahmen eines Kaufvertrages Anzahlungsraten vom Käufer entgegennimmt, betreibt hingegen kein Einlagengeschäft, selbst wenn die Raten auf Jahre im Voraus erbracht oder gar verzinst werden, da ein Rückzahlungsanspruch hier erst bei einem Scheitern des Vertrages entsteht. Ist bei Abschluss eines Kaufvertrages der Kaufgegenstand weder bestimmt noch bestimmbar, liegt bereits zivilrechtlich kein Kaufvertrag vor. Hier kann ein Einlagengeschäft gegeben sein, wenn der „Käufer“ Geld im Hinblick auf eventuelle spätere Käufe vorschießt. An der Rückzahlbarkeit fehlt es dagegen, wenn der Rückzahlungsanspruch erst im Rahmen einer anfänglich unvorhergesehenen Rückabwicklung des Vertrages entsteht, etwa als Schadenersatzanspruch. Wird jedoch eine Forderung, etwa ein Anspruch auf Kaufpreiszahlung durch eine entsprechende nachträgliche Vereinbarung in ein Darlehen umgewandelt (Vereinbarungsdarlehen), so betreibt der Darlehensnehmer vorbehaltlich einer hinreichenden Bedingung des Rückzahlungsanspruchs von diesem Zeitpunkt an das Einlagengeschäft.“

Im hier vorliegenden Fall wäre der Rückzahlungsanspruch nicht erst im Rahmen einer unvorhergesehenen Rückabwicklung des Vertrages entstanden, sondern er war – und dies ist maßgeblich – von vornherein im Vertrag ausdrücklich angelegt. Vor diesem Hintergrund ist auch nicht davon auszugehen, dass er erst bei einem „Scheitern“ des Vertrages entsteht. Auch ein Fall, in dem sich der Anspruch auf Kaufpreiszahlung erst durch nachträgliche Vereinbarung in einen Rückzahlungsanspruch umwandelt, liegt nicht vor.

2. Ohne Erfolg bleibt die weitere Berufungsrüge des Beklagten zu 2., dass es hinsichtlich des 3., 4. und 5. Geschäfts an einer Vermittlungstätigkeit der Beklagten zu 1. fehle und daher auch seine Haftung für diese Geschäfte nicht in Betracht komme. Dabei bedarf es keiner Entscheidung, ob dem Landgericht darin zu folgen ist, dass sich die Vermittlung aller fünf Geschäfte durch die Beklagte zu 1. bereits daraus ergibt, dass in den Verträgen Anlagen K 3, K 6, K 17, K 23 und K 47 jeweils die „Engel & Völkers Resorts“ als Vermittlerin benannt ist. Dies erscheint allerdings zweifelhaft, weil die EV Resorts GmbH – ebenso wie zuvor schon die Beklagte zu 1. – unter der

zusätzlichen, drucktechnisch hervorgehobenen Bezeichnung „Engel & Völkers Resorts“ aufgetreten ist (vgl. u.a. die Signaturen der E-Mails Anlagen K 14, K 20, K 21, K 22 und K 26), womit dann letztlich unklar bleibt, welche der beiden Gesellschaften mit der Erwähnung von „Engel & Völkers“ (ohne GmbH-Zusatz) in den Vertragsunterlagen gemeint ist. Letztlich kommt es hierauf für die Haftung des Beklagten zu 2. für alle fünf Geschäfte nicht an. Nach seinem Vorbringen ist zwar davon auszugehen, dass mit Wirkung zum 1.1.2017 die EV Resorts GmbH die Geschäfte der Beklagten zu 1. und damit auch die Vermarktung des Grundstücksinvestments übernommen hat, mithin ab dem genannten Zeitpunkt nicht mehr die Beklagte zu 1., sondern die EV Resorts GmbH die hier streitigen Geschäfte (i.E. das 3. bis 5. Geschäft) gewerbsmäßig vermittelt hat. Dies ändert indes an der Haftung des Beklagten zu 2. auch für das 3. bis 5. Geschäft nichts im Hinblick darauf, dass der Beklagte zu 2. auch alleiniger Geschäftsführer der EV Resorts GmbH war und diese, wie von den Klägern bereits erstinstanzlich und auch in der Berufungsinstanz vom Beklagten zu 2. unbestritten vorgetragen sowie dem Senat auch aus dem Verfahren 13 U 186/21 bekannt, ebenso wie die Beklagte zu 1 nicht über die erforderliche Erlaubnis der BaFin verfügte.

Ohne Erfolg macht der Beklagte zu 2. geltend, dass die Kläger keine alternative Haftung der Beklagten zu 1. oder der EV Resorts GmbH vorgetragen, sondern eine Vermittlungstätigkeit der EV Resorts GmbH bestritten hätten. Bei der gebotenen verständigen Würdigung des Parteivorbringens ist das Vorbringen der Kläger, dass es zumindest in Bezug auf den Beklagten zu 2. für dessen Haftung nicht darauf ankomme, welche der beiden von ihm geführten Gesellschaften die hier streitigen Einlagengeschäfte vermittelt habe, da eben keine von ihnen über die erforderliche Erlaubnis verfügt habe (vgl. erstinstanzlicher Schriftsatz der Kläger 28.11.2023, S. 2 vorletzter Absatz, Berufungserwiderung vom 10.9.2024, S. 1 unten, S. 2 oben), nur dahin zu verstehen, dass sich die Kläger das Vorbringen des Beklagten zu 2., dass mit Wirkung zum 1.1.2017 die EV Resorts GmbH die Geschäfte der Beklagten zu 1. und damit auch die Vermarktung des Grundstücksinvestments übernommen habe, jedenfalls hilfsweise zu Eigen gemacht haben.

3. Zu Recht hat das Landgericht auch die Kausalität für den eingetretenen Schaden bejaht. Hätten die Beklagten bzw. die EV Resorts GmbH keine unerlaubten Finanzdienstleistungen erbracht,

d.h. von der Vermittlung der von der in Kanada ansässigen Fa. TFDC angebotenen Beteiligung an dem Projekt Forest Lakes Country Club, Nova Scotia, abgesehen, wäre das verlustreiche Geschäft so nicht zustande gekommen. Entgegen der Auffassung der Beklagten besteht der notwendige Schutzzweckzusammenhang; nach der Rechtsprechung des BGH, welcher der Senat folgt, dient die Erlaubnispflicht der Drittstaateneinlagenvermittlung dazu, die Anleger vor

verlustbringenden Einlagengeschäften mit Dritten zu schützen (vgl. BGH, Urteil vom 7.7.2015, VI ZR 372/14, Rz. 32 aE; Urteil vom 23.11.2010, VI ZR 244/09, Rz. 21).

Soweit der Beklagte zu 2. demgegenüber geltend macht, dass sich die Prüfungen der BaFin im Rahmen der Erlaubniserteilung ausschließlich auf die Beklagte zu 1., nicht aber auf die TFDC bezogen hätten, mithin die Beantragung und Erteilung der Erlaubnis durch die BaFin keinen Einfluss auf die wirtschaftlichen Geschicke der TFDC gehabt hätte, und dass dies erweise, dass die ausgebliebenen Zahlungen an die Anleger infolge des Scheiterns des Projekts der TFDC nicht vom Schutzzweck des § 32 Abs. 1 KWG erfasst seien, verkennt er, dass der Schaden nicht erst mit dem Scheitern des Projekts der TFDC eingetreten ist, sondern bereits mit der Eingehung des gesetzwidrig vermittelten Einlagengeschäfts.

4. Nicht zu beanstanden ist schließlich auch, dass das Landgericht einen unvermeidbaren Verbotsirrtum des Beklagten zu 2. verneint hat. Auch hier gelten die Ausführungen des Senats im Verfahren 13 U 186/21 entsprechend:

Es kann unterstellt werden, dass der Beklagte zu 2. aufgrund der Stellungnahme des Nebenintervenienten vom 10.10.2014 die Vermittlung für rechtlich zulässig und nicht erlaubnispflichtig gehalten hat. Dieser Irrtum war jedoch nicht unvermeidbar.

Ein Verbotsirrtum ist i.S.d. § 17 S. 1 StGB unvermeidbar, wenn der Täter trotz der ihm nach den Umständen des Falles, seiner Persönlichkeit sowie seines Lebens- und Berufskreises zuzumutenden Anspannung des Gewissens die Einsicht in das Unrechtmäßige nicht zu gewinnen vermochte. Im Zweifel trifft ihn eine Erkundigungspflicht. Etwa aufkommende Zweifel sind erforderlichenfalls durch Einholung einer verlässlichen und sachkundigen Auskunft zu beseitigen. Dabei müssen sowohl die Auskunftsperson als auch die Auskunft aus der Sicht des Täters verlässlich sein; die Auskunft muss zudem einen unrechtsverneinenden Inhalt haben. Eine Auskunft ist in diesem Sinne nur dann verlässlich, wenn sie objektiv, sorgfältig, verantwortungsbewusst und insbesondere nach pflichtgemäßer Prüfung der Sach- und Rechtslage erteilt worden ist. Bei der Auskunftsperson ist dies der Fall, wenn sie die Gewähr für eine diesen Anforderungen entsprechende Auskunftserteilung bietet. Hinzu kommt, dass der Täter nicht vorschnell auf die Richtigkeit eines ihm günstigen Standpunkts vertrauen und seine Augen nicht vor gegenteiligen Ansichten und Entscheidung verschließen darf. Maßgebend sind die jeweils konkreten Umstände, insbesondere seine Verhältnisse und Persönlichkeit; daher ist zum Beispiel seine berufliche Stellung zu berücksichtigen.

Das Vertrauen auf eingeholten rechtsanwaltlichen Rat vermag nicht in jedem Fall einen unvermeidbaren Verbotsirrtum zu begründen. Wendet sich der Täter an einen auf dem

betreffenden Rechtsgebiet versierten Anwalt, hat er damit zwar vielfach das zunächst Gebotene getan. Jedoch ist weiter erforderlich, dass der Täter auf die Richtigkeit der Auskunft nach den für ihn erkennbaren Umständen vertrauen darf. Dies ist nicht der Fall, wenn die Unerlaubtheit des Tuns für ihn bei auch nur mäßiger Anspannung von Verstand und Gewissen leicht erkennbar ist oder er nicht mehr als eine Hoffnung haben kann, das ihm bekannte Strafgesetz greife hier noch nicht ein. Daher darf der Täter sich auf die Auffassung eines Rechtsanwalts nicht allein deshalb verlassen, weil sie seinem Vorhaben günstig ist. Eher zur Absicherung als zur Klärung gestellte „Gefälligkeitsgutachten“ scheiden als Grundlage unvermeidbarer Verbotsirrtümer aus. Auskünfte, die erkennbar vordergründig und mangelhaft sind oder nach dem Willen des Anfragenden lediglich eine „Feigenblattfunktion“ erfüllen sollen, können den Täter ebenfalls nicht entlasten. Insbesondere bei komplexen Sachverhalten und erkennbar schwierigen Rechtsfragen ist regelmäßig ein detailliertes, schriftliches Gutachten erforderlich, um einen unvermeidbaren Verbotsirrtum zu begründen. Dagegen ist die Aussagekraft einer Auskunft beschränkt, wenn sie nur einzelne rechtliche Aspekte umfasst, vgl. zu allem BGH, Urteil vom 16.5.2017, VI ZR 266/16, Rz. 28-30.

Gemessen an diesen Grundsätzen ist dem Landgericht darin zu folgen, dass der Beklagte zu 2. auf die Richtigkeit der Auskunft vom 10.10.2014 (Anlage B 2) nicht vertrauen durfte.

Allerdings ist davon auszugehen, dass es sich bei dem Nebenintervenienten um einen auf dem betreffenden Rechtsgebiet versierten Anwalt handeln – er hat eine Lehre zum Bankkaufmann absolviert, war nach seinem 2. Staatsexamen zunächst als Justitiar bei der Hamburgischen Landesbank beschäftigt und sodann als Syndikus zunächst eines Emissionshauses und später eines Projektentwicklers tätig und beschäftigt sich auch im Rahmen seiner 1997 beginnenden Tätigkeit als selbständiger Rechtsanwalt mit Bank- und Kapitalmarktrecht.

Es erscheint jedoch ungeachtet dieser Qualifikation zweifelhaft, ob es sich bei ihm um eine geeignete Auskunftsperson handelt, dies vor dem Hintergrund, dass nach der Rechtsprechung des BGH (vgl. Urteil vom 10.7.2018, VI ZR 263/17, Rz. 28; Urteil vom 27.6.2017, VI 424/16, Rz. 17; Urteil vom 15.5.2012, VI ZR 166/11, Rz. 23 m.w.N.) „vorzugsweise“ eine Auskunft der Genehmigungsbehörde einzuholen ist – auch aus Sicht des Senats erscheint dies auch für einen juristischen Laien die nächstliegende Möglichkeit zu sein, eine verlässliche Auskunft zu erhalten. Letztlich kommt es auf diese Frage indes nicht an.

Selbst wenn man den Nebenintervenienten als geeignete Auskunftsperson ansieht, durfte sich der Beklagte zu 2. auf die von ihm erteilte Auskunft nicht verlassen. Zu berücksichtigen ist hierbei, dass es sich bei dem hier in Rede stehenden Geschäft nicht um einen üblichen, „reinen“

Grundstückskaufvertrag handelt und die Ausführungen des Nebenintervenienten zur Frage der Genehmigungspflicht nach dem KWG denkbar knapp sind: Sie beschränken sich auf die Wiedergabe des Inhalts von § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 KWG, den Hinweis, dass gem. Ziff. 1.4 des Merkblattes der BaFin Gelder rückzahlbar sind, wenn ein zivilrechtlicher Anspruch auf ihre Rückzahlung besteht, dass der Rückzahlungsanspruch, wie typischerweise bei einem Darlehen, bereits bei Annahme der Gelder vereinbart werden muss, und sodann die apodiktische Feststellung, dass hier kein Rückzahlungsanspruch von vornherein vereinbart worden sei, da der Rückzahlungsanspruch erst durch die Kündigung des Käufers ausgelöst werde. Um ein detailliertes schriftliches Gutachten, wie es bei der hier vorliegenden Vertragsgestaltung erforderlich gewesen wäre, handelt es sich nicht. Es fehlt – auch für den Beklagten zu 2. erkennbar – jegliche kritische Auseinandersetzung mit dem Umstand, dass der Rückzahlungsanspruch als solcher tatsächlich von vornherein im Vertrag vereinbart war, und der hieran anschließenden Frage, ob allein der Umstand, dass eine Kündigung erforderlich war, ausreicht, um dem Geschäft den Charakter des Einlagengeschäfts zu nehmen. Gerade ein juristischer Laie, wie es der Beklagte zu 2. gewesen sein will, wird nicht davon ausgehen, dass das Kündigungserfordernis ein entscheidendes Kriterium sein kann – jeder Laie wird eine Spareinlage als typisches Bank-/Einlagengeschäft ansehen, obwohl auch hier der Rückzahlungsanspruch jedenfalls ab einer bestimmten Höhe einer Kündigung bedarf, und wird dabei nicht die feinsinnige Unterscheidung machen, ob die Kündigung den Anspruch erst entstehen lässt oder nur für die Fälligkeit erforderlich ist.

Gänzlich unberücksichtigt bleiben in der anwaltlichen Stellungnahme – ebenfalls für den Beklagten zu 2. erkennbar – auch die weiteren, den Klägern neben den Vertragsunterlagen überlassenen Unterlagen, in denen die am Laufzeitende bestehenden Optionen gleichrangig dargestellt worden sind. Geht man vom erstinstanzlichen Vorbringen des Nebenintervenienten aus, standen ihm diese Unterlagen nicht zur Verfügung. Trifft dies zu, durfte der Beklagte zu 2. auf die Auskunft schon deshalb nicht vertrauen, weil er den Nebenintervenienten ersichtlich nur unvollständig informiert hat. Nichts anderes würde im Übrigen gelten, hätte der Beklagte zu 2. dem Nebenintervenienten die Unterlagen vollständig überlassen. In diesem Fall wäre die Stellungnahme auch für den Beklagten zu 2. erkennbar offensichtlich unvollständig gewesen, da sie sich mit den Unterlagen nicht befasst.

Ähnliches gilt, soweit in der Stellungnahme darauf hingewiesen wird, dass gem. Ziff. 1.4 des Merkblattes der BaFin ein Verkäufer, der im Rahmen eines Kaufvertrages Anzahlungsraten des Käufers entgegennimmt, kein Einlagengeschäft betreibt, selbst wenn die Raten auf Jahre im Voraus erbracht oder gar verzinst werden, da ein Rückzahlungsanspruch hier erst bei einem Scheitern des Vertrages entsteht: Insofern lässt die Stellungnahme auch für den Beklagten zu 2.

erkennbar jegliche Auseinandersetzung mit der Frage vermissen, ob von einem „Scheitern“ des Vertrages überhaupt auszugehen ist, wenn der Rückzahlungsanspruch bereits im Vertrag vereinbart ist.

5. Der Anspruch auf Erstattung vorgerichtlicher Anwaltskosten ist gem. § 280 BGB dem Grunde nach begründet, zur Höhe jedoch nur in Höhe von € 4.085,03 (1,3 Geschäftsgebühr + 0,3 Erhöhung wegen 2 Auftraggebern, zuzüglich Auslagenpauschale und MwSt). Besondere Umstände, etwa rechtliche oder tatsächliche Schwierigkeiten, welche eine höhere Geschäftsgebühr rechtfertigen könnten, vermag der Senat nicht zu erkennen.

6. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 97 Abs. 1, 92 Abs. 2 Nr. 1, 100 Abs. 4, 101 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit auf §§ 708 Nr. 2, 10, 711 ZPO.

7. Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision liegen nicht vor. Die Frage, unter welchen Voraussetzungen von „unbedingt rückzahlbaren Geldern des Publikums“ auszugehen ist, ist bereits höchstrichterlich geklärt (vgl. u.a. die oben bereits zitierte Entscheidung des BGH vom 4.8.2000, II ZR 174/19). Ob die Voraussetzungen vorliegen, ist eine tatrichterlich zu klärende Frage des jeweiligen Einzelfalls.

Panten  
Vorsitzender Richter  
am Oberlandesgericht

Löffler  
Richterin  
am Oberlandesgericht

zur Verth  
Richterin  
am Oberlandesgericht



Für die Richtigkeit der Abschrift  
Hamburg, 16.10.2024

Alwert, JFAng  
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

Dokument unterschrieben  
von: Alwert, Justiz der Freien und Hansestadt  
Hamburg  
am: 16.10.2024 13:49

