



Gerling Informationen für
wirtschaftsprüfende, rechts- und
steuerberatende Berufe



10. Februar 1991
11. Jahrgang, S. 32 – 61
ISSN 0177-1868

2

Inhalt	Seite
GI Leitsätze	32
Versicherungsschutz des Steuerberaters	33
– Wissentliche Pflichtverletzung gem. § 4 Nr. 6 Satz 1 AVB/WB	
– Verheimlichte Provisionen	
– Wirksamkeit gem. AGB-Gesetz (BGH Urt.v. 26. 9.1990 – IV ZR 147/89)	
Steuerberatungsvertrag	42
– Fristlose Kündigung, § 627 BGB	
– Vereinbarte Kündigungsfristen	
– Anmerkung (OLG Düsseldorf Urt.v. 22.11.1990 – 18 U 191/90)	
Haftung des Wirtschaftsprüfers	49
– Negative Feststellungsklage	
– Verjährung § 51 a WPO	
– Rechtsberatungsgesetz (OLG Hamburg Urt.v. 5. 4.1989 – 5 U 44/86)	

GI Leitsätze

Buchführungsauftrag / Nachbesserungsarbeiten / Hilfe in Steuersachen

1. Bei einer Vereinbarung, in der sich eine Partei verpflichtet, gegen Honorar die laufenden Finanz- und Lohnbuchhaltungsarbeiten zu erledigen, handelt es sich nicht um einen Werkvertrag, sondern um einen Dienstvertrag, der eine Geschäftsbesorgung i. S. d. § 675 BGB zum Gegenstand hat.
2. Ist bei einer solchen Vereinbarung die Vergütung nach Zeitabschnitten bemessen, bezieht sich die Vergütung nicht auf das Tätigwerden in einem Zeitabschnitt, sondern auf die für diesen Zeitabschnitt anfallenden Buchhaltungstätigkeiten, unabhängig von dem Zeitpunkt ihrer Erledigung.
3. Soweit im Rahmen einer solchen Vereinbarung Nachbuchungen zum Zwecke der Abschlusserstellung oder Abstimmungsarbeiten im Hinblick auf den Jahresabschluß anfallen, handelt es sich um Nachbesserungsarbeiten, die keinen besonderen Vergütungsanspruch auslösen.
4. Wenn die Höhe einer Vergütung von den Vertragsparteien ausdrücklich oder konkludent vereinbart ist, entnimmt der Geschäftsverkehr der Rechnungserteilung keine Willenserklärung im rechtsgeschäftlichen Sinne. Weist die Rechnung einen zu geringen Betrag aus, ist der Aussteller berechtigt, den Unterschiedsbetrag geltend zu machen.
5. Das Kontieren von Belegen, das Erteilen von Buchungsanweisungen, die Durchführung mechanischer Arbeitsgänge bei der Führung von Büchern und die diesen Tätigkeiten gleichgestellten Arbeiten im Bereich der laufenden Buchführung sind keine Hilfe in Steuersachen i. S. d. § 5 StBerG.

IOLG Düsseldorf Urt.v. 2. 11. 1989 – 8 U 232/88 rkr.
= EWiR § 675 BGB 2/90, 39 [A. Junker]

Versicherungsschutz des Steuerberaters

- Wissentliche Pflichtverletzung gem. § 4 Nr. 6 Satz 1 AVB-WB
- Verheimlichte Provisionen
- Wirksamkeit gem. AGB-Gesetz

(BGH Urt.v. 26. 9. 1990 – IV ZR 147/89 = BB 1990, 2362)

vorgehend: OLG Köln Urt.v. 27. 4. 1989 – 5 U 175/88; LG Köln Urt.v. 20. 7. 1988 – 24 O 608/87

Leitsatz:

Der subjektive Risikoausschluß des § 4 Nr. 6 Satz 1 AVB-WB umfaßt – unabhängig davon, ob sich über eine verheimlichte Provisionsaussicht hinaus weitere wissentliche Pflichtverstöße feststellen lassen – auch den Fall, daß die wissentlich verheimlichte Provisionsaussicht Ursache dafür ist, daß ein Steuerberater seinen Mandanten unzureichend berät, so daß dieser eine ihn schließlich schädigende Geldanlageentscheidung trifft. Dieser Risikoausschluß hält einer Inhaltskontrolle nach § 9 AGBG stand.

Leitsätze (d.Verf.):

1. Die Feststellung des Schadenersatzanspruchs zur Konkurstabelle im Konkurs des Versicherungsnehmers verursacht keine Bindung für den Versicherer im Hinblick auf versicherungsrechtliche Einwendungen (hier: subjektiver Risikoausschluß des § 4 Nr. 6 Satz 1 AVB-WB, wissentliche Pflichtverletzung).
2. Der Steuerberater genießt keinen Versicherungsschutz, wenn der ihn haftpflichtig machende Schaden zwar auf einem wissentlichen Verstoß gegen konkrete Berufspflichten beruht, er aber überzeugt war oder hoffte, durch sein Handeln werde kein Schaden entstehen.
3. Die Provisionsvereinbarung begründet regelmäßig die Gefahr einer nicht mehr unvoreingenommenen Beratung des Steuerberaters (Treuebuch des Steuerberaters).

Sachverhalt:

Die Kläger nehmen die Beklagte aus abgetretenem Recht des Herrn K. auf Entschädigung aus der Berufshaftpflichtversicherung des in Konkurs gefallenen Steuerberaters Dipl.-Kfm. S. im Wege abgesonderter Befriedigung in Anspruch.

Der Steuerberater S. unterhielt bei der Beklagten, wie es ihm § 67 des Steuerberatergesetzes in der Fassung vom 4. 11. 1975 vorschrieb, eine Haftpflichtversicherung mit einer Versicherungssumme von 200.000 DM. Dem Vertrag zugrunde lagen die Allgemeinen Bedingungen für die Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung von Angehörigen der wirtschaftsprüfenden sowie wirtschafts- und steuerberatenden Berufe

(AVB-WB) und die Besonderen Bedingungen und Risikobeschreibungen zur Vermögens-Haftpflichtversicherung für Steuerberater, Steuerbevollmächtigte und Steuerberatungsgesellschaften (BB).

Im Dezember 1980 empfahl der Steuerberater seinem Mandanten K., um dessen Steuerlast zu verringern, die Beteiligung an dem Projekt „Eislaufcenter“; das Center sollte im Bauherrenmodell von einer Abschreibungsgesellschaft errichtet werden. Die steuerliche Konzeption des Projektes stand nicht im Einklang mit den Richtlinien der sogenannten Bauherren-erlasse. Der Mandant K. leistete eine Einlage in Höhe von 126.000 DM, der Steuerberater erhielt von der Initiatorin des Projektes eine Provision, ohne dies seinem Mandanten zu offenbaren. Das Projekt schlug fehl, der Mandant K. verlor seine Einlage.

Im Juni 1985 wurde über das Vermögen des Steuerberaters der Konkurs eröffnet; der von seinem Mandanten K. angemeldete Schadenersatzanspruch in Höhe von 126.000 DM ist am 11.10.1985 zur Konkurstabelle festgestellt worden. Unter dem 9.4.1986 lehnte die Beklagte nach vorangegangener Korrespondenz gegenüber dem Anspruchsteller K. eine Schadenregulierung endgültig ab. Unter dem 16.12.1986 / 14.1.1987 ist der Schadenersatzanspruch den Klägern abgetreten worden. Sie machen geltend, der Steuerberater hätte das Projekt auf Übereinstimmung mit dem sogenannten zweiten Bauherrenerlaß überprüfen und seinen Mandanten K. darauf hinweisen müssen, daß nach der ständigen Praxis der Finanzverwaltung eine Anerkennung der Kosten als Werbungskosten im prospektierten Umfang mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit auszuschließen gewesen sei. Der Verlust der Einlage des Herrn K. sei darauf zurückzuführen, daß das Bauherrenmodell von vornherein nicht habe funktionieren können. Es habe auch die Pflicht des Steuerberaters bestanden, auf die nicht transparente Verflechtung der verschiedenen Funktionsträger hinzuweisen, die letztlich alle in einer Person zusammengefallen seien. Bei ordnungsgemäßer Beratung wäre Herr K. nicht zu einer Anteilszeichnung bereit gewesen.

Klage und Berufung der Kläger sind erfolglos geblieben. Mit ihrer Revision verfolgen sie ihr Klageziel weiter.

Aus den Gründen:

Auf die Revision mußte das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

1. Die Kläger sind als Zessionare eines etwaigen Schadenersatzanspruches des Mandanten K. gegen den in Konkurs gefallenen Steuerberater und Versicherungsnehmer S. gemäß §157 VVG aktivlegitimiert. Die Beklagte kann hiergegen nicht mit Erfolg geltend

machen, gemäß § 7 III AVB-WB könnten Versicherungsansprüche vor ihrer endgültigen Feststellung nicht ohne Zustimmung des Versicherers abgetreten werden. Nicht der Versicherungsnehmer S. hat seinen Deckungsschutzanspruch an die Kläger abgetreten, sondern sein Mandant einen Schadenersatzanspruch.

2. Die Revision bekämpft die Ansicht des Berufungsgerichts, eine Bindung der Beklagten an das in der Feststellung zur Konkurstabelle liegende Anerkenntnis des Konkursverwalters sei nicht eingetreten. Mit dieser Rüge vermag die Revision eine Aufhebung des Berufungsurteils nicht zu erreichen. **Zutreffend weist die Beklagte darauf hin, daß eine Bindung an die Feststellung zur Konkurstabelle ihr versicherungsrechtliche Einwendungen nicht abschneiden würde. Da die Feststellung eines Schadenersatzanspruches zur Konkurstabelle auch nichts darüber besagt, in welcher Schuldform (vorsätzlich oder fahrlässig) der Gemeinschuldner sich ersatzpflichtig gemacht hat, kann sich die Beklagte (auch) uneingeschränkt auf den allein vom Berufungsgericht erörterten Risikoausschluß des § 4 Nr. 6 Satz 1 AVB-WB berufen. Er lautet:**

„Der Versicherungsschutz bezieht sich nicht auf Haftpflichtansprüche...

6. wegen Schadenverursachung durch wissentliches Abweichen von Gesetz, Vorschrift, Anweisung oder Bedingung des Auftraggebers oder durch sonstige wissentliche Pflichtverletzung“.

3. Das Berufungsgericht ist davon ausgegangen, daß die Voraussetzungen dieses Risikoausschlusses gegeben sind. Dieser Risikoausschluß in einer Berufshaftpflichtversicherung für besonders geschulte Personen modifiziere in zulässiger Weise § 152 VVG. Der Versicherungsnehmer S. habe seine Pflichten aus dem mit seinem Mandanten K. geschlossenen Steuerberatervertrag verletzt, indem er diesem die Anlageempfehlung gegeben, dafür aber von der Initiatorin des Objektes eine Vermittlungsprovision angenommen und dies seinem Mandanten nicht offengelegt habe. Es stelle einen Treubruch und eine grobe Pflichtverletzung aus dem Steuerberatervertrag dar, die Provisionsannahme dem Mandanten nicht offenzulegen.

Der eine Provision annehmende Steuerberater gerate in die Gefahr, seinen Mandanten nicht mehr unvoreingenommen beraten zu können. Dem Vorwurf des Treubruches könne er in derartigen Lagen nur durch Offenbaren des ihm erteilten Provisionsversprechens entgehen. Der Vorgang lasse sich nicht in die steuerberatende Tätigkeit des Versicherungsnehmers einerseits und die verbotene Provisionsannahme andererseits aufspalten. Es liege ein einheitlicher Lebenssachverhalt

vor; der Steuerberater S. habe die dargestellte Pflichtverletzung wissentlich begangen. Zum subjektiven Tatbestand des Risikoausschlusses gehöre, daß der Versicherungsnehmer seine Pflichten positiv gekannt und zutreffend gesehen habe, sein Verschulden brauche nicht die Verletzung der Rechte des Geschädigten und den Schadenerfolg zu umfassen. Nach Sachlage sei das Berufungsgericht davon überzeugt, daß S. das Verbot einer verdeckten Provisionsannahme für eine Anlageempfehlung gekannt und dies auch zutreffend gewertet habe. Durch die wissentliche Pflichtverletzung habe er sich von einer kritischen Prüfung des Objekts auf seine Anlagewürdigkeit abhalten lassen. Bei kritischer Prüfung hätte er die Anlage nicht empfohlen.

Diese Begründung hält der Nachprüfung nicht in allen Punkten stand.

4. Die Auslegung des subjektiven Risikoausschlusses durch das Berufungsgericht steht allerdings im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes.

a) Bereits im Jahre **1959** hatte der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes über eine Risikoausschlußklausel in einer Haftpflichtversicherung für Architekten und Bauingenieure zu entscheiden, mit der Versicherungsschutz ausgeschlossen wurde für Haftpflichtfälle „wegen Schadenstiftung durch bewußt gesetz-, vorschrifts- oder sonst pflichtwidriges Verhalten des Versicherten“. Er hat dabei herausgestellt, **daß der Versicherte subjektiv das Bewußtsein gehabt haben muß, gesetz-, vorschrifts- oder sonst pflichtwidrig zu handeln.** Daß nicht auch der schädigende Erfolg seiner Handlung von ihm zumindest als möglich vorausgesehen und billigend in Kauf genommen worden sein muß, erachtete er für gerechtfertigt, weil mit dem §152 VVG einschränkenden Risikoausschluß nur „unzweideutige Verhaltensweisen des VN aus dem Versicherungsschutz herausgenommen werden, die geeignet sind, unmittelbar zum Versicherungsfall zu führen“ (BGH Urt.v. 13.7.1959 – II ZR 37/58, VersR 1959, 691 unter 2.).

b) Der erkennende Senat hat in späteren Entscheidungen, in denen es um die Anwendbarkeit vergleichbarer Risikoausschlüsse ging, diese Kriterien weiter erläutert.

Im Urteil vom **5. 3. 1986** (IVa ZR 179/84 – VersR 1986, 647) war über einen Risikoausschluß in einer Vermögensschadenhaftpflichtversicherung für Rechtsanwälte und Notare zu entscheiden, der Haftpflichtfälle vom Versicherungsschutz ausnahm „wegen Schadenstiftung durch wissentliches Abweichen von Gesetz, Vorschrift, Anweisung oder Bedingungen des Machtgebers (Berechtigten) oder sonstige wissentliche Pflichtverletzung“. Der Senat hatte in dieser Entscheidung Anlaß zu betonen, **daß eine wissentliche Pflichtverletzung, wie sie der Risikoausschluß**

voraussetzt, nur derjenige Versicherte begeht, der die verletzten Pflichten positiv gekannt hat. Bedingter Vorsatz im Sinne eines nur für Möglichenhaltens von Pflichten bestimmten Inhalts und ein diesen nur für möglich gehaltenen Pflichten zuwiderlaufendes Verhalten genügen demnach nicht zur Verwirklichung des Risikoausschlusses eines wissentlichen (oder bewußten) Pflichtverstoßes.

- c) In dem am **17.12.1986** (IVa ZR 166/85 – VersR 1987, 174) entschiedenen Fall stritten die Parteien darum, ob die Versicherungsnehmerin den nachstehenden Risikoauschluß in einer Betriebshaftpflichtversicherung verwirklicht hatte:

„Ausgeschlossen von der Versicherung bleibt stets... die Haftpflicht

1. wegen Schadenstiftung durch ein bewußt gesetz-, vorschrifts- oder sonst pflichtwidriges Verhalten des Versicherten.“

Der Senat hat in dieser Entscheidung folgendes klargestellt: „In Abweichung von § 152 VVG greift er – d. h. der Risikoauschluß – schon dann ein, wenn der Versicherte die Schadenaufügung unter bewußtem Verstoß gegen gesetzlich oder auf anderem Wege gegründete Pflichten herbeigeführt, jedoch ohne Schädigungsvorsatz gehandelt hat. Anzulasten sein muß ihm demnach die Verletzung einer – für ihn verbindlich begründeten – Pflicht. Ein derartiger Pflichtverstoß läßt sich nur dadurch geltend machen, daß aufgezeigt wird, wie sich der Versicherte hätte verhalten müssen. Für einen bewußten Pflichtverstoß muß darüber hinaus dargelegt werden, der Versicherte habe gewußt, wie er sich hätte verhalten müssen. Wußte der Versicherte gar nicht, was er hätte tun oder unterlassen müssen, um dem Vorwurf pflichtwidrigen Verhaltens zu entgehen, so kommt ein bewußter Pflichtverstoß... nicht in Betracht... Bei diesem Verständnis der Klausel ist es sowohl den Vertragsparteien wie im Streitfall dem Gericht möglich – gegebenenfalls nach Aufklärung und Beweiserhebungen – festzustellen, ob und wodurch der Tatbestand des Risikoausschlusses verwirklicht worden ist. Damit ist die tatsächliche Anwendbarkeit der Klausel sichergestellt und den Interessen beider Parteien Rechnung getragen.“

- d) Auch der subjektive Risikoauschluß des § 4 Nr. 6 Satz 1 AVB-WB enthält die beiden Abweichungen von der dispositiven Bestimmung des § 152 VVG, die in den bereits entschiedenen Fällen gegeben waren. Zugunsten des Versicherungsnehmers stellt der Risikoauschluß nur auf näher umschriebene, wissentlich begangene Verstöße des Versicherungsnehmers ab, die mit einer sachgerechten Berufsausübung unvereinbar sind. Er läßt bei diesen Verstößen – anders als § 152 VVG – nicht schon bedingten Vorsatz als Verschuldensform genügen, sondern

fordert *dolus directus*. **Zum Nachteil des Versicherungsnehmers** gehört zu den Tatbestandsmerkmalen dagegen nicht – anders als in § 152 VVG –, daß der schädigende Erfolg des Pflichtverstoßes von dem Versicherungsnehmer zumindest als mögliche Folge vorausgesehen und billigend in Kauf genommen worden ist. **Versicherungsschutz soll der Steuerberater auch dann nicht genießen, wenn der ihn haftpflichtig machende Schaden zwar auf einem wissentlichen Verstoß gegen konkrete Berufspflichten beruht, er aber überzeugt war oder hoffte, durch sein Handeln werde kein Schaden entstehen.**

5. Anhand der erörterten Kriterien ist zu prüfen, ob das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei zu dem Ergebnis gelangt ist, die Beklagte habe gemäß § 4 Nr. 6 Satz 1 AVB-WB keinen Versicherungsschutz zu gewähren.
 - a) Seine Ausführungen zur wissentlichen Pflichtverletzung weisen aus, daß es davon ausgegangen ist, der Versicherungsnehmer müsse die Pflichten, gegen die er mit Wissen und Wollen verstoßen haben soll, positiv gekannt und inhaltlich zutreffend beurteilt haben. Es nimmt auch zu Recht an, daß ein Steuerberater eine schwerwiegende Pflichtverletzung begeht, wenn er bei der Erteilung einer Anlageempfehlung seinem Mandanten nicht offenbart, daß er für das Zustandekommen der Beteiligung eine Provision erhalten wird. **Ein Steuerberater ist gehalten, mit seinem Mandanten das Für und Wider einer (von ihm ins Gespräch gebrachten) konkreten Anlagemöglichkeit objektiv und unvoreingenommen zu erörtern;** er muß sich also ausschließlich vom Interesse des Mandanten leiten lassen; er darf sich nicht durch unsachliche Gesichtspunkte, insbesondere nicht durch zu erwartende persönliche Vermögensvorteile, beeinflussen lassen. **Eine Provisionsvereinbarung begründet aber regelmäßig die Gefahr einer nicht mehr unvoreingenommenen Beratung (BGHZ 95, 81, 84).** Deshalb begeht der Steuerberater einen Treubruch gegenüber seinem zu beratenden Mandanten, wenn er ihm die Provisionsaussicht bei der Empfehlung einer Beteiligung nicht offenlegt. Das Berufungsgericht ist zu der Überzeugung gelangt, der Steuerberater S. habe diese Pflichtverletzung wissentlich begangen. Hiergegen wendet sich die Revision nicht, Rechtsfehler sind insoweit auch nicht ersichtlich.
 - b) Bei der **Kausalitätsprüfung** hat das Berufungsgericht nicht festgestellt, daß bei Offenbarung des Provisionsversprechens die Beteiligung des Mandanten K. an dem Projekt des Eislaufcenters unterblieben wäre, daß er nämlich dann mit Rücksicht auf die vom Steuerberater für den Fall des Erfolges seiner Empfehlungen ausbedungene Provision nicht bereit gewesen wäre, der Empfehlung zu folgen.

Läge der Fall so, wäre der Steuerberater – auch ohne Beratungsfehler oder unabhängig von ihnen – allein wegen der verheimlichten Provisionsannahme dem Mandanten für einen Verlust der Anlage ersatzpflichtig (Senatsurteil v. 20.5.1987 – IVa ZR 36/86, VersR 1987, 1095) und der Tatbestand des Risikoausschlusses erfüllt.

- c) Daß der Steuerberater allein aufgrund einer verheimlichten Provisionsaussicht ersatzpflichtig werden kann, verdeutlicht, daß eine **falsche Beratung und die Empfehlung einer Beteiligung** an einem vom Konzept her unseriösen und zur Steuerersparnis ungeeigneten Projekt **selbständige Pflichtverletzungen darstellen**, die zwar durchaus zusammen mit einem Treubruch, der in der Verheimlichung einer Provisionszusage bei Erteilung einer Anlage- oder Beteiligungsempfehlung steckt, begangen werden und auch durch ihn verursacht worden seien, aber auch ohne ihn oder zumindest unabhängig von ihm verübt werden können. **Der genannte Treubruch muß den Steuerberater nicht zwingend von einer kritischen Prüfung des Projektes auf seine Anlagewürdigkeit und von einer an ihrem Ergebnis ausgerichteten Beratung abgehalten haben.**

Bei pflichtgemäßem Vorgehen wird ein Steuerberater ein für seine Mandanten in Betracht kommendes Anlageobjekt zunächst kritisch daraufhin prüfen, ob es geeignet ist, den Mandanten die erstrebten Steuervorteile auf Dauer zu erbringen. Erst dann wird er sich schlüssig werden, ob er es ihnen empfehlen kann. Hiervon kann eine Provisionszusage den Steuerberater abhalten, muß es aber nicht. Die Kläger machen geltend, der Steuerberater S. habe die Anlage ohne Beeinflussung durch die Provisionsaussicht empfohlen, allein aus dem Glauben, sie sei wirklich empfehlenswert; er habe sich selbst an ihr beteiligt und habe Mitglied des Aufsichtsrates werden sollen. **Es hätte konkreter Feststellungen des Berufungsgerichts bedurft, daß doch der – nachträglich auch verwirklichte – Entschluß, dem Mandanten die für eine erfolgreiche Beteiligungsempfehlung zu erwartende Provision zu verschweigen, den Steuerberater S. davon abgehalten hat, das Projekt überhaupt kritisch auf seine Anlagewürdigkeit und Seriosität zu prüfen und die Frage einer Anlageempfehlung vom Ergebnis dieser Prüfung abhängig zu machen.** Bislang fehlen ausreichende Tatsachenfeststellungen hierzu. Beweispflichtig ist, wie stets, wenn es um die Verwirklichung der Tatbestandsmerkmale eines subjektiven Risikoausschlusses geht, der Versicherer.

- d) Die fehlenden Feststellungen sind nicht deshalb entbehrlich, weil schon der übrige teils erwiesene, teils unstreitige Prozeßstoff zur Klageabweisung führen müßte.

Daß der Steuerberater S. die konkrete Pflicht hatte, das von ihm als zu empfehlendes Anlageobjekt ins Gespräch gebrachte Eislaufcenter

auf seine steuerliche Konzeption und seine Seriosität kritisch zu prüfen, stellen beide Parteien zu Recht nicht in Frage. Die Revision bemängelt nur, das Berufungsgericht sei auf Beratungsfehler nicht eingegangen. Indessen heißt es im unstreitigen Teil des Tatbestandes des Berufungsurteils, daß die steuerrechtliche Konzeption des zu errichtenden Eislaufcenters nicht den Richtlinien der sogenannten Bauherrenenerlasse entsprochen hat. Mit der Wendung in den Entscheidungsgründen, der Steuerberater habe sich von einer kritischen Prüfung abhalten lassen und hätte die Beteiligung bei kritischer Prüfung nicht empfohlen, kommt noch hinreichend zum Ausdruck, worin das Berufungsgericht den Beratungsfehler sieht.

Der teils unstreitige, teils festgestellte Prozeßstoff erlaubt dem Revisionsgericht auch die Beurteilung, **daß dem Steuerberater S. eine umfassende Prüfungs- und Beratungspflicht oblag, die hier über eine grundsätzlich nur steuerrechtliche Orientierung hinausging** (vgl. Senatsurteile v. 9.12.1981 – IVa ZR 42/81, VersR 1982, 245 und v. 4.4.1987 – IVa ZR 222/85, GI 1987, 119 = VersR 1987, 565 = LM BGB §676 Nr. 33). Er war von sich aus mit einer konkreten Anlageempfehlung an den Mandanten herantreten und hatte diese Empfehlung so formuliert, daß dessen Vertrauen in einen umfassenden Überblick des Ratgebers in besonderem Maße geweckt wurde.

Seiner umfassenden Pflicht ist der Steuerberater nicht nachgekommen. Da das Berufungsgericht aber bislang nicht festgestellt hat, er habe diese Pflicht wesentlich verletzt, kommt der Risikoausschluß in dieser möglichen Begehungsform nach dem derzeitigen Sach- und Streitstand nicht in Betracht.

6. a) Sollte sich feststellen lassen, **daß der Steuerberater S. die geschuldete kritische Prüfung und die an ihrem Ergebnis orientierte Empfehlung bzw. Beratung doch (auch) deshalb unterlassen hat, weil er hinter dem Rücken seines Mandanten K. zu seiner Provision kommen wollte**, so ist die **wissentlich verheimlichte Provisionsaussicht** allerdings auf diesem Wege ursächlich für die Anlageentscheidung des Mandanten und einen daraus erwachsenen Schaden geworden.

Das Berufungsgericht ist bei seiner Entscheidung ersichtlich davon ausgegangen, daß der Risikoausschluß des § 4 Nr. 6 Satz 1 AVB-WB auch diesen Fall erfaßt, **ohne daß es eine Rolle spielt, ob gegen die Prüfungs- und Beratungspflicht wissentlich, mit bedingtem Vorsatz oder grob fahrlässig verstoßen worden ist.**

Seine Ansicht trifft zu.

- b) § 4 Nr. 6 Satz 1 AVB ist so auszulegen, wie es das Berufungsgericht getan hat. Die von ihm angenommene Reichweite der Klausel erschließt sich nämlich den angesprochenen Versicherungs-

nehmern bei gebührender Aufmerksamkeit und Überlegung. Zwar bündelt die Klausel unterschiedliche, wissentlich zu begehende Verstöße. Indessen ist allen gemeinsam, daß sie geeignet sind, zu Vermögensschäden des Mandanten zu führen. Das gilt auch für wissentliches Abweichen von Anweisungen und Bedingungen des Auftraggebers, für deren Erteilung dieser regelmäßig seine guten Gründe haben wird. Erscheinen im Einzelfall dem vom Mandanten beauftragten Versicherungsnehmer Weisungen oder Bedingungen bedenklich oder zur Erreichung eines angestrebten Zweckes ungeeignet, so obliegt es ihm als Berufspflicht, den Mandanten aufzuklären und zu warnen und sich Gewißheit zu verschaffen, ob er dennoch an seiner Weisung oder Bedingung festhalten will. Ein eigenmächtiges Abweichen ohne Beratung und Befragung des Mandanten ist ein grundsätzlich zur Schadenzufügung geeigneter Pflichtverstoß.

§ 4 Nr. 6 Satz 1 AVB-WB stellt **ausschließlich auf wissentliche Verstöße gegen berufliche Pflichten** der Steuerberater und Wirtschaftsprüfer ab. Diese Pflichten sind ihrem Wesen nach bestimmt, der sachgerechten Wahrnehmung der vermögensrechtlichen Interessen der Auftraggeber zu dienen. Verstöße gegen sie sind ihrer Art nach geeignet, Vermögensschäden auszulösen.

- c) Der Senat teilt nicht die Bedenken der Revision gegen die **Wirksamkeit des Risikoausschlusses** in seiner vorstehend dargelegten Reichweite. **Er ist nicht überraschend (§ 3 AGBG)** in einer Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung für Steuerberater und Wirtschaftsprüfer, von denen Kenntnis und ordnungsgemäße Wahrnehmung ihrer berufsspezifischen Pflichten erwartet werden darf, deren Berufsethos sie von wissentlichen Verstößen gegen Berufspflichten und Mandantenweisungen eigentlich abhalten mußte; **er ist auch nicht unklar (§ 5 AGBG)** in seiner Wortfassung oder in dem sich hieraus erschließenden Regelungsgehalt.

Die aufgezeigte Regelung weicht auch nicht in einem Maße von dem gesetzlichen Leitbild des § 152 VVG ab, daß dadurch die betroffenen Versicherungsnehmer unangemessen benachteiligt werden (§ 9 AGBG). Dem wesentlichen Gehalt von § 152 VVG bleibt angemessen Rechnung getragen: Das Entfallen des Tatbestandsmerkmals – Voraussehen des schädigenden Erfolges als zumindest möglich und billige Inkaufnahme seines Eintritts – wird ausgeglichen dadurch, daß der Risikoausschluß nur bei Verstößen greift, die ihrer Art nach schadengeneigt sind, was dem Versicherungsnehmer bei zutreffender Beurteilung seiner Pflichten nicht verborgen bleibt, und daß diese Verstöße eben wissentlich begangen worden sein müssen. Zu dieser Bewußtseinslage gehört die Erkenntnis, welchem Rechtsgüterschutz die sachgerechte Pflichtenwahrnehmung dienen soll. Der Versicherungsnehmer

wird nicht dadurch entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt, daß er für die Inanspruchnahme wegen eines Schadens keinen Haftpflichtversicherungsschutz erhält, sofern der Schaden das Endglied einer Kausalkette ist, die mit einer wissentlichen Pflichtverletzung in Gang gesetzt worden ist.

7. Über die weiteren Einwände der Beklagten gegen ihre Leistungspflicht hat das Berufungsgericht noch nicht entschieden. Es fehlen hierzu abschließende Feststellungen, so daß Ausführungen des Revisionsgerichts zu diesen Einwänden derzeit – mit einer Ausnahme – nicht veranlaßt sind: Die Beklagte wird ihre Leistungsfreiheit jedenfalls nicht aus einer Verjährung des Deckungsschutzanspruches des Versicherungsnehmers S. herleiten können, da es auch hier, wie in dem vom Bundesgerichtshof mit Urteil vom 20.1.1971 – IV ZR 1134/68, VersR 1971, 333 – entschiedenen Fall, um die Inanspruchnahme aus einer Pflichtverletzung geht.

Steuerberatungsvertrag

– Fristlose Kündigung, § 627 BGB

– Vereinbarte Kündigungsfristen

– Anmerkung

(OLG Düsseldorf Urt.v. 22.11.1990 – 18 U 191/90)

Leitsatz:

Das Kündigungsrecht gemäß § 627 BGB ist durch folgende Klausel ausgeschlossen: „Der Vertrag gilt für ein Jahr. Er verlängert sich jeweils um ein Jahr, wenn er nicht spätestens vor Ablauf der vereinbarten oder verlängerten Dauer gekündigt wird. Das Recht einer jeden Partei, das Vertragsverhältnis ohne Einhaltung einer Frist aus wichtigem Grund zu kündigen, bleibt davon unberührt.“

Leitsätze (d.Verf.):

1. Der Senat läßt offen, ob das jederzeitige Kündigungsrecht gemäß § 627 BGB in Formularverträgen abbedungen werden kann.
2. Der dem Steuerberater wegen rechtswidriger Kündigung entgangene Gewinn gemäß § 252 BGB kann vom Gericht geschätzt werden (Beweiserleichterung gemäß §§ 252 S. 2 BGB, 287 Abs. 1 ZPO).

3. Der Steuerberater kommt seiner Darlegungs- und Beweislast im Hinblick auf den ihm entgangenen Gewinn nach, wenn er auf seine Rechnungen aus den Vorjahren und die diesen zugrundeliegenden Arbeiten hinweist und diese dem Gericht vorlegt.
4. Zeitgebühren können als entgangener Gewinn nicht verlangt werden. Es bleibt ungewiß, ob diese bei nicht erfolgter Kündigung angefallen wären.

Aus den Gründen:

1. Rechtsgrundlage eines Schadenersatzanspruchs des Klägers wegen entgangenen Gewinns ist das Rechtsinstitut der positiven Vertragsverletzung. Dieses kommt bei Leistungsstörungen eines Vertrages immer dann in Betracht, wenn diese gesetzlich nicht ausdrücklich geregelt sind. Insoweit ist anerkannt, daß auch eine **unberechtigte Vertragskündigung** das Vertrauen einer Partei in das redliche Verhalten ihres Vertragspartners so nachhaltig zerstört, daß dadurch Schadenersatzansprüche aus positiver Vertragsverletzung ausgelöst werden (BGHZ 89, 301; BGH WM 1988, 555).

Davon ist auch hier auszugehen. Denn die von der Beklagten mit Schreiben vom 8.5.1989 ausgesprochene sofortige Kündigung des Vertrages war weder nach § 626 Abs. 1 BGB aus wichtigem Grund noch nach § 627 Abs. 1 BGB als außerordentliche Kündigung berechtigt. Der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag bestand deshalb bis zum 31.12.1989 fort.

- a) Die Beklagte hat in ihrem Kündigungsschreiben keine bestimmten Tatsachen zum Kündigungsgrund angegeben. Mangels Wirksamkeit kann sie sich deshalb nicht auf eine Kündigung nach § 626 Abs. 1 BGB berufen (BAG NJW 1976, 1766).

- b) Die **Beklagte konnte ihre fristlose Kündigung auch nicht auf § 627 Abs. 1 BGB stützen**. Zwar sind die Tätigkeiten eines Steuerberaters aufgrund der ihm übertragenen besonderen Vertrauensstellung regelmäßig als Dienste höherer Art im Sinne dieser Vorschrift zu qualifizieren (BAG AP Nr. 4 zu § 622 BGB; Staudinger-Neumann, BGB, 12. Aufl., Rdn. 6 zu § 627; MüKo-Schwerdtner, BGB, 2. Aufl. Rdn. 4 u § 627) mit der Folge, daß der Vertrag von beiden Parteien auch ohne Vorliegen eines wichtigen Grundes im Sinne von § 626 Abs. 1 BGB jederzeit fristlos gekündigt werden kann, wenn es sich um kein dauerndes Dienstverhältnis mit festen Bezügen handelt. Davon kann hier nicht ausgegangen werden. Der Kläger hat zwar gegen ein regelmäßiges und bestimmtes monatliches Honorar die Lohnbuchhaltung für die Beklagte erbracht. Er war darüber hinaus aber u. a. mit der Erstellung der Jahresabschlüsse und dem Entwurf der anfallenden

Steuererklärungen beauftragt (§1 Nr. 1a und b des Vertrags), die er jeweils gesondert abgerechnet hat (vgl. Rechnungen vom 31.10.1988 und 25.4.1989). Damit war zwischen den Parteien keine auf Dauer vereinbarte bestimmte **Entlohnung für eine Gesamtdienstleistung** vereinbart. Nur dies sind **feste Bezüge** im Sinne des § 627 Abs. 1 BGB, nicht aber Vergütungen für einzelne von mehreren Dienstleistungsakten (Staudinger-Neumann a.a.O., Rdn. 12 zu § 627). Da die Negativmerkmale des § 627 Abs. 1 BGB kumulativ vorliegen müssen, kann offenbleiben, ob das Vertragsverhältnis der Parteien entsprechend § 2 des Vertrages auf Dauer angelegt war.

Ein **Kündigungsrecht der Beklagten nach § 627 BGB** ist aber ausgeschlossen, **weil die Parteien dies wirksam abbedungen haben**. Die Zulässigkeit eines Ausschlusses von § 627 Abs. 1 BGB durch Parteiabrede ist im Gegensatz zu dem einer Parteidisposition entzogenen § 626 Abs. 1 BGB allgemein anerkannt (RGZ 69, 363; 80, 29; 96, 363; 105, 416; Staudinger-Neumann, a.a.O., Rdn. 19 zu § 627; Erman-Hanau BGB, 8. Aufl., Rdn. 10 zu § 627). Auch das Fehlen eines ausdrücklichen Ausschlusses von § 627 Abs. 1 BGB in § 2 des Vertrages läßt dessen Wirksamkeit nicht entfallen. Denn ein **Ausschluß des § 627 Abs. 1 BGB** braucht nicht ausdrücklich zu erfolgen, sondern **kann sich auch stillschweigend ergeben**, wenn er nach dem Willen der Parteien hinreichend bestimmt Ausdruck gefunden hat (RGZ 105, 416; Erman-Hanau a.a.O., Rdn. 10 zu § 627; Staudinger-Neumann, a.a.O., Rdn. 19 zu § 627). Dem genügt § 2 des Vertrages dadurch, daß die Parteien sich über einen bestimmten Zeitpunkt fest gebunden haben (RGZ 69, 363) und ein vorzeitiges Kündigungsrecht nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes gemäß § 626 Abs. 1 BGB gewährt wird. Einer solchen Regelung hätte es nicht bedurft, wenn den Parteien ein jederzeitiges Kündigungsrecht, wie es § 627 Abs. 1 BGB vorsieht, zustehen sollte. Der Senat hat insoweit auch das vorprozessuale Verhalten der Parteien berücksichtigt. Die Beklagte hat, obwohl sie anwaltlich beraten war, in einer ersten Stellungnahme vom 18.5.1989 zu ihrem Kündigungsschreiben sich nicht auf das naheliegende Kündigungsrecht nach § 627 Abs. 1 BGB bezogen, sondern ist von einer ordentlichen Kündigung des Vertrages zum 31.12.1989 ausgegangen. Das beweist, daß auch die Beklagte davon ausging, daß sie sich zumindest stillschweigend mit dem Kläger im Sinne einer Individualabrede gemäß § 4 AGBG über den Ausschluß eines Kündigungsrechts nach § 627 Abs. 1 BGB geeinigt hatte.

Offenbleiben konnte deshalb, ob der Kläger gleichlautende Verträge auch gegenüber anderen Vertragspartnern verwendet hat und **ob § 627 Abs. 1 BGB auch im Rahmen von Formularverträgen oder allgemeinen Geschäftsbedingungen abdingbar ist** (ablehnend: BGH in BGHZ 106, 341; NJW 1985, 2585; OLG Düsseldorf, 8. Senat NJW-RR

1987, 691; LG Rottweil NJW 1983, 2884; LG Tübingen MDR 1980, 496; LG Hamburg MDR 1979, 1025; Heinbuch, Erleichterte Kündigung von Direktunterrichtsverträgen, MDR 1980, 980; zustimmend: LG Aachen StB 1990, 9; AG Bremen NJW-RR 1987, 1007; KG Berlin, Urt. v. 17.8.1983 – 23 U 993/83; Schlosser, Erleichterte Kündigung von Direktunterrichtsverträgen, NJW 1980, 273).

Die Beklagte hat durch die unberechtigte Vertragskündigung fahrlässig gegen ihre Pflichten aus dem Steuerberatungsvertrag vom 25.2.1987 verstoßen (§ 276 BGB).

2. Sie ist dem Kläger deshalb wegen positiver Vertragsverletzung zum Schadenersatz verpflichtet. Den von dem Kläger als Schadenersatz geltend gemachten **entgangenen Gewinn** (§§ 249 Satz 1, 252 Satz 1 BGB) **hat der Senat unter Berücksichtigung der Beweiserleichterungsregel des § 252 Satz 2 BGB nach § 287 Abs. 1 ZPO geschätzt.** Wenn der Kläger seine Leistungen entsprechend den vertraglichen Vereinbarungen erbracht hätte, wären diese nach den Vorschriften der Steuerberatergebührenverordnung in der Fassung vom 20.6.1988 abzurechnen gewesen. Darüber hinaus kommt diesen die Funktion einer üblichen Taxe im Sinne des § 612 Abs. 2 BGB zu und stützen deshalb aus diesem Grunde ebenfalls die nachfolgende Schadenberechnung:

Vgl. Rechnung vom 31.10.1988:

(1) Aufstellung und Prüfung des Jahresabschlusses, Wert 7.776.248,- DM, § 35 Abs. 1 Nr. 1a StBGebV, Mittelgebühr	7.341,60 DM
(2) Erstellung eines schriftlichen Erläuterungsbe- richtes zum Jahresabschluß, Wert 7.776.248,- DM, § 35 Abs. 1 Nr. 6 StBGebV, Mittelgebühr 7/10	2.234,40 DM
	<u>9.576,— DM</u>

Zeitgebühren für die Tätigkeit als Wirtschaftsprüfer und die Hilfe eines Assistenten gemäß § 35 Abs. 3 StBGebV oder § 612 Abs. 1 und 2 BGB **kann der Kläger als entgangenen Gewinn nicht verlangen.** Denn insoweit ist gänzlich ungewiß, ob und in welchem Umfang diese bei nicht erfolgter Kündigung des Vertrages vom 25.1.1987 angefallen wären.

Mehr als die Mittelgebühr zu der Position (2) kann der Kläger nicht verlangen. Denn die einzelnen Tätigkeiten eines Steuerberaters sind nach Wert- und Rahmengebühren abzurechnen (§§ 10, 11 StBGebV). Dabei bestimmt der Steuerberater das angefallene Honorar unter Berücksichtigung aller Umstände, insbesondere der Bedeutung der Angelegenheit sowie des Umfangs und der Schwierigkeit seiner beruflichen Tätigkeit nach billigem Ermessen (§ 11 StBGebV). Der Steuerberater hat nach

ständigen Rechtsprechung des Senats (z. B. Urt. v. 30. 4. 1986 – 18 U 15/86, StB 1986, 160) im einzelnen darzulegen, aus welchen Gründen eine Überschreitung der **Mittelgebühr** „angemessen“ ist. Das gleiche gilt für ein Unterschreiten der Mittelgebühr, die dafür berechtigten Gründe hat der Mandant darzulegen. Im vorliegenden Fall haben beide Parteien keine beachtlichen Gründe für ein Über- oder Unterschreiten der Mittelgebühr zu Position (2) vorgebracht. Deshalb ist der Kläger berechtigt, seine Tätigkeiten nach Maßgabe der Mittelgebühren abzurechnen, soweit er nicht von sich aus weniger verlangt. Dies gilt umso mehr, weil die Gebühren der Steuerberatergebührenverordnung hier nur als Grundlage für einen entgangenen Gewinn des Klägers herangezogen werden. Der Kläger hat keine Leistungen erbracht, seine Leistungen werden vielmehr als fiktiv vorausgesetzt. Umfang und Schwierigkeit seiner Tätigkeit können deshalb gemäß § 11 StBGebV für ein Überschreiten der Mittelgebühr als Beurteilungsmaßstab nicht herangezogen werden.

Soweit der Kläger **Ergänzungsbilanzen** gefertigt hat, sind diese zwar grundsätzlich einer eigenen Berechnung nach § 35 Abs. 1 Nr. 1 a StBGebV zugänglich (Eckert-Böttcher, StBGebV, 2. Aufl., Rdn. 13 zu § 35). Denn neben der eigentlichen Abschlußerstellung eines Unternehmens bedarf es häufig ergänzender Abschlüsse oder Bilanzen, z. B. – wie hier – bei den Gesellschaftern einer Personengesellschaft. Es war aber auch zu beachten, daß die Ergänzungsbilanzen nur die Kommanditisten der Beklagten betreffen und diese den Kläger für 1988 selbst zu deren Erstellung beauftragt haben. Insoweit kann weder nach dem Steuerberatervertrag vom 25. 2. 1987 noch nach den Gesamtumständen von einem entsprechenden (zusätzlichen) Auftrg der Beklagten an den Kläger ausgegangen werden. Denn Personengesellschaften werden weder einkommen- noch körperschaftsteuerlich als selbständige Steuerrechtssubjekte angesehen. Vielmehr rechnet § 15 Abs. 1 Nr. 2 EStG die Gewinnanteile der Personengesellschafter (Mitunternehmer) als Einkünfte aus Gewerbebetrieb den einzelnen Mitunternehmern zu. Die Personengesellschaft wird im wesentlichen nur von der Gewerbesteuer betroffen. Nach Aufgabe der früher geltenden Bilanzbündeltheorie (Zusammenfassung fiktiver Einzelbilanzen der Gesellschafter) steht heute die zivilrechtliche Einheit der Personengesellschaft im Sinne einer partiellen Steuerrechtssubjekteigenschaft im Vordergrund (BFH BStBl 1985 II, 6; Federmann, Bilanzierung nach Handelsrecht und Steuerrecht, 6. Aufl., Seite 66). Danach sind **bei einer Personengesellschaft im wesentlichen drei Bilanzen zu erstellen:**

- Die Steuerbilanz der Gesellschaft (Gesellschaftssteuerbilanz),
- ggf. die Ergänzungsbilanzen der einzelnen Gesellschafter,
- ggf. die Sonderbilanzen der einzelnen Gesellschafter.

In der Steuerbilanz der Gesellschaft werden die Ergebnisse der individuellen Ergänzungs- und/oder Sonderbilanzen nur noch einbezogen, ggf. ist eine Konsolidierungsbilanz (Gesamtbilanz) der Mitunternehmergemeinschaft zu erstellen. Davon ausgehend waren dem Kläger **aufgrund des Steuerberatervertrages nur Arbeiten im Zusammenhang mit der Gesellschaftssteuerbilanz übertragen**. Diese setzten zwar, wie der Kläger geltend macht, den Abschluß der Ergänzungsbilanzen der Kommanditisten voraus. Mangels Rechtsgrundlagen waren diese aber nicht verpflichtet, den Kläger entsprechend zu beauftragen. Diesem wäre bei Fortbestand des Vertrages nur verblieben, die Beklagte auf die Erforderlichkeit von Ergänzungs- und/oder Sonderbilanzen und deren Fehlen hinzuweisen. Da von einem Bilanzbündelauftrag nicht ausgegangen werden kann, war auch die Beklagte nicht verpflichtet, dem Kläger diese Arbeiten zu übertragen.

Vgl. Rechnung vom 11.5.1989:

Auch insoweit hatte der Kläger **gegen die Beklagte** keinen Anspruch, 1989 für die Komplementärin steuerberaterliche Aufgaben wahrzunehmen. Zwar bestand für die Komplementärin keine eigene Buchhaltung, sondern deren Buchungsvorgänge wurden in der Buchführung der Beklagten mit-erfaßt. Mithin wären einheitliche Abschlußarbeiten durch den Kläger sinnvoll gewesen. Der Steuerberatervertrag bestand aber – wie erwähnt – ausschließlich zwischen dem Kläger und der Beklagten. Nur das daraus folgende Rechtsverhältnis ist für einen Schadenersatzanspruch des Klägers maßgebend. Danach blieb es der Komplementärin unbenommen, steuerberaterliche Aufgaben für 1989 anderweitig zu vergeben, wie dies insbesondere dann der Fall ist, wenn – wie hier – ein Vertragsverhältnis gestört ist und dem anderen deshalb nur noch die Erfüllung der vertraglich geschuldeten Leistungen überlassen wird.

Die Beklagte muß dem Kläger 12.724,40 DM abzüglich 8.500,- DM = 4.224,40 DM als entgangenen Gewinn erstatten (§ 249 Satz 1, 252 Satz 1 BGB). Denn ein Vermögensschaden kann auch dadurch noch sichtbar werden, daß ohne die Schädigung zu erwartende, ggf. auch gesteigerte Gewinne nicht gemacht werden, wie dies gerade bei einem Selbständigen der Fall sein kann. Der Kläger hat durch Vorlage des Steuerberatervertrages, sämtlicher von ihm für die Beklagte aufgestellten Jahresabschlüsse, der gefertigten Jahressteuererklärungen und der Rechnungen über die in der Vergangenheit erbrachten steuerberatenden Tätigkeiten im Rahmen der widerlegbaren **Beweiserleichterungsregel des § 252 Satz 2 BGB** ausreichend Tatsachen dargetan und bewiesen, daß er nach dem normalen Verlauf der Dinge ohne die Vertragskündigung einen dem entsprechenden Gewinn gemacht hätte (Münchener Kommentar – Grunsky, BGB, 2. Aufl., Anm. 9 zu § 252), d. h. es ist davon auszugehen, daß

der Kläger die vorstehend ausgewiesenen und berechneten Leistungen bei Fortbestand des Vertrages in vergleichbarer Weise erbracht hätte. Gegenüber dem umfangreichen Vortrag des Klägers reicht das pauschale Bestreiten eines Schadens durch die Beklagten nicht. Der Senat schätzt deshalb gemäß § 287 Abs. 1 ZPO unter Zugrundelegung der Gebührenvorschriften der Steuerberatergebührenverordnung in der Fassung vom 18.6.1988 den Schaden des Klägers auf 12.724,40 DM.

Anmerkung:

Das Urteil des OLG Düsseldorf befindet sich auf dem Boden der herrschenden Meinung, wenn es feststellt, daß der Steuerberatungsvertrag „im Normalfall“ jederzeit fristlos gekündigt werden kann. Dies ergibt sich aus der gesetzlichen Regelung in § 627 BGB:

„Bei einem Dienstverhältnis, das kein Arbeitsverhältnis im Sinne des § 622 ist, ist die Kündigung auch ohne die im § 626 bezeichnete Voraussetzung zulässig, **wenn der zur Dienstleistung Verpflichtete, ohne in einem dauernden Dienstverhältnis mit festen Bezügen zu stehen, Dienste höherer Art zu leisten hat, die aufgrund besonderen Vertrauens übertragen zu werden pflegen.**“

Der Steuerberater ist beim Mandanten **nicht fest angestellt**. Selbst wenn er für einen Teil der Dienstleistung – z. B. die Buchführung – einen festen monatlichen Betrag erhält, kann dadurch kein dauerndes Dienstverhältnis mit festen Bezügen begründet werden. Feste Bezüge sind nur auf Dauer vereinbarte und bestimmte Entlohnungen für die Gesamtdienstleistung, nicht bloß für einzelne Dienstleistungsakte (AG Sinzig Gl 1987, 109; Staudinger-Neumann § 627, 12).

Probleme könnte es bei einer Pauschalvergütung für den Steuerberater geben. Hier darf aber nicht vergessen werden, daß nicht alle Arbeiten des Steuerberaters einer Pauschalvergütung zugänglich sind. Gemäß § 14 Abs. 2 Zif. 5 StBGebV gilt dies z. B. für folgende Kosten: Die Bearbeitung außergerichtlicher Rechtsbehelfsverfahren, Vollstreckungssachen und gerichtliche Verfahren, Steuererklärungen, die nicht mindestens jährlich anfallen, Gutachten, Berichtigungs-, Stundungs-, Erlaß- und Wiedereinsetzungsanträge gemäß § 34 StBGebV.

Von einem dauernden Dienstverhältnis mit festen Bezügen kann man bei dem Syndikusanwalt sprechen. Der „Syndikussteuerberater“ ist im Steuerberatungsgesetz aber nicht vorgesehen (vgl. Gräfe/Lenzen/Rainer, Steuerberaterhaftung Tz 49 ff.).

Grenzen der fristlosen Kündigung ergeben sich aus § 627 Abs. 2 für den Steuerberater:

„Der Verpflichtete darf nur in der Art kündigen, daß sich der Dienstberechtigte die Dienste anderweitig beschaffen kann, es sei denn, daß ein wichtiger Grund für die unzeitige Kündigung vorliegt. Kündigt er ohne solchen Grund zur Unzeit, so hat er dem Dienstberechtigten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen.“

Die Möglichkeit der fristlosen Kündigung des Steuerberatungsvertrages kann durch die vertragliche Vereinbarung einer Kündigungsfrist ausgeschlossen werden (Gräfe/Lenzen/Rainer, Steuerberaterhaftung Tz 54 mit weiteren Nachweisen).

Ob auch formularmäßig die jederzeitige Kündigungsmöglichkeit ausgeschlossen und eine vertragliche Kündigungsfrist vereinbart werden kann, hat das OLG Düsseldorf offengelassen. Die Rechtsprechung ist uneinheitlich: OLG Koblenz NJW 1990, unzulässig; LG Aachen StB 1990, 9 zulässig. Ohne diese Frage zu vertiefen wird darauf hingewiesen, daß das Gesetz über die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der formularmäßigen Vereinbarung von Vertragslaufzeiten Beschränkungen auferlegt: Eine den Mandanten länger als zwei Jahre bindende Vertragslaufzeit ist unwirksam; ebenso die Vereinbarung einer stillschweigenden Verlängerung des Vertrages um mehr als ein Jahr oder eine längere Kündigungsfrist als drei Monate vor Ablauf der zunächst vorgesehenen und stillschweigend verlängerten Vertragsdauer (§ 11 Nr. 12 AGB-Gesetz).

Haftung des Wirtschaftsprüfers

- Negative Feststellungsklage
 - Verjährung § 51 a WPO
 - Rechtsberatungsgesetz
- (OLG Hamburg Urt.v. 5. 4. 1989 – 5 U 44/86)

Leitsätze (d.Verf.):

1. Berühmt sich der Mandant angeblicher umfangreicher Schadenersatzansprüche, ohne diese gerichtlich geltend zu machen, so hat der Wirtschaftsprüfer ein berechtigtes Interesse daran, die Unbegründetheit feststellen zu lassen (negative Feststellungsklage).
2. Die Verjährungsfrist von 5 Jahren gem. § 51 a WPO bezieht sich auf jede Art der Tätigkeit des Wirtschaftsprüfers.
3. Für den Verjährungsbeginn kommt es auf die Kenntnis des Ersatzpflichtigen nicht an.

Es trifft den Wirtschaftsprüfer aber die Verpflichtung, den Mandanten auf die Verjährungsfrist für einen etwaigen gegen ihn laufenden Schadenersatzanspruch hinzuweisen. Diese Pflicht entfällt, sobald der Mandant nicht mehr belehrungsbedürftig ist.

4. Die Veräußerung von Unternehmensanteilen ist in erster Linie eine kaufmännische Entscheidung. Die Hinzuziehung eines Wirtschaftsprüfers zu Verkaufsverhandlungen ist berufstypisch.
5. Der schriftlichen Fassung des Kaufvertrages kommt keine besondere Bedeutung zu, wenn im Vordergrund der Tätigkeit die Wirtschaftsberatung stand.
6. Wirtschaftsberatung gehört zu den nach Art. 1 §5 Nr. 2 Rechtsberatungsgesetz dort genannten „Aufgaben“ eines Wirtschaftsprüfers.
7. Vereinbart der Wirtschaftsprüfer ein Honorar „beim Zustandekommen des Vertrages“, so stellt das die Vereinbarung eines Erfolgshonorars dar. Dies ist für Wirtschaftsprüfer verboten. Deren Nichtigkeit gem. §§137 BGB 43, 44 WPO 139 BGB erfaßt nicht den Beratungsvertrag im Ganzen.
8. Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag lassen sich allein nach der Funktion des Wirtschaftsprüfers und seiner Beratungstätigkeit beurteilen. Der Senat ist deshalb der Auffassung, daß Schadenersatzansprüche gem. §677 BGB analog §51 a WPO in 5 Jahren verjähren.

Aus den Gründen:

- I. Weiterhin ohne Erfolg wendet sich der Kläger gegen die Zulässigkeit der **Widerklage**. **Da er sich nachdrücklich umfangreicher Schadenersatzansprüche gegen den Beklagten berührt, ohne diese in voller Höhe gerichtlich anhängig zu machen, ist dem Beklagten das nach §256 Abs. 2 ZPO erforderliche Interesse daran, die Unbegründetheit dieser ihm drohenden Forderungen feststellen zu lassen, nicht abzusprechen.** Daß die auf einen Teilbetrag begrenzte Klage für sich genommen dieses Interesse nicht beseitigen kann, folgt schon daraus, daß sich die Rechtskraft eines solchen Urteils nur auf den eingeklagten Teil der Forderung erstrecken würde.

Auch das vom Kläger dem Beklagten im Interesse der Kostenbegrenzung angebotene, zuletzt in der Fassung der Anlage zum Schreiben vom 15.2.1985 formulierte Abkommen hat das Feststellungsinteresse des Beklagten nicht in Fortfall gebracht. Dabei ist es allerdings unerheblich, daß das Abkommen mangels Annahme durch den Beklagten nicht rechtswirksam geworden ist. Denn wenn der Beklagte durch bloßes Akzeptieren dieses Angebots dasselbe Ergebnis hätte erreichen

können wie mit seiner Widerklage, nur eben auf wesentlich kostengünstigerem Wege, dann würde dieser Umstand das Feststellungsinteresse ausräumen.

So liegt es hier aber nicht. Zum einen läßt der Wortlaut des vorgeschlagenen Abkommens nicht klar und präzise erkennen, welche Rechtsfolgen konkret aus einer Abweisung der Teilklage gezogen werden sollen – doch wäre der Kläger insoweit möglicherweise zu einer klarstellenden Formulierung bereit. Entscheidend ist vielmehr, daß die Widerklage – wie der Beklagte ausdrücklich hervorgehoben hat – nicht nur darauf gerichtet ist, daß Nichtbestehen der bekämpften Forderung festzustellen, sondern zugleich das Begehren umfaßt, ggf., wenn die bekämpfte Forderung dem Grunde nach bestehen sollte, zugleich festzustellen, bis zu welcher Höhe sie gerechtfertigt ist (BGHZ 31, 358, 362). Denn im Rahmen der unbegrenzten **negativen Feststellungsklage** ist ggf. auch über die Höhe der Ansprüche zu befinden, und der Beklagte ist bestrebt, hierüber eine einheitliche Entscheidung in dem jetzt anhängigen Rechtsstreit zu erlangen. Dieses Ziel ist berechtigt: Die Drohung mit einer Millionenforderung ist geeignet, die vermögensmäßige Dispositionsfreiheit zu beeinträchtigen, und außerdem besteht immer die Gefahr, daß die Klärung von Ansprüchen, wie sie hier in Rede stehen, desto mühsamer wird je später sie erfolgt. Der Kläger kann es also nicht einseitig hindern, daß der Beklagte die Ansprüche, deren sich der Kläger weiterhin berührt, vollen Umfanges gerichtlich nachprüfen lassen will. Sollte mit der vom Kläger zitierten, aber nur im Leitsatz veröffentlichten Entscheidung des Reichsgerichts (DR 1942, 904) eine andere Ansicht vertreten worden sein, so folgt der Senat dem nicht.

- II. Zutreffend hat das Landgericht die vom Kläger geltend gemachten, der Klage und der Widerklage zugrunde liegenden Ansprüche für insgesamt unbegründet erachtet.
 1. Soweit der Beklagte allerdings die **Wirksamkeit der der Klage zugrunde liegenden Zession** vom 3.2.1983 und damit die Anspruchsberechtigung des Klägers angreift, bleibt sein Vortrag unbeachtlich. Denn nach Darstellung des Klägers hat der Zedent **mit der für den Forderungsverkauf erhaltenen Gegenleistung seine Verteidigungs- und sonstigen Rechtsanwaltskosten finanziert**. Das hat der Beklagte mit konkretem Tatsachenvortrag nicht ausgeräumt. Dann **kann aber nicht davon ausgegangen werden, daß einziger – doloser – Zweck der Zession die Umgehung prozeßrechtlicher Vorschriften war**.
 2. In der Sache selbst verbleibt es allerdings bei der landgerichtlichen Entscheidung.

Soweit der Kläger überhaupt Schadenersatz vom Beklagten persönlich und nicht von der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft Dr. & Co. GmbH beanspruchen könnte, sind seine Forderungen verjährt bzw. ist der Schaden nicht schlüssig dargelegt.

Der Kläger wirft dem Beklagten Verletzung seiner als Wirtschaftsprüfer übernommenen Beratungspflichten vor. Doch ist der Beklagte nicht in allen vom Kläger angesprochenen Tätigkeitsbereichen persönliche Verpflichtungen eingegangen. Der Beklagte hat mehrere Verträge abgeschlossen, nämlich

- einen Beratungsvertrag zwischen der KG und der GmbH,
- den Beratungsvertrag zwischen dem Zedenten und dem Beklagten persönlich,
- den an die GmbH gerichteten, im Anschluß an den Verkauf der Gesellschaftsanteile durchgeführten Auftrag, die „Verkäuferbilanz“ zu prüfen, der entweder – wie der Beklagte vorgetragen hat – der GmbH schon im Laufe des Jahres 1977 erteilt worden ist oder sich aus Art. III des Vertrages ergab;
- schließlich nach vom Beklagten bestrittener Darstellung des Klägers ein Vertragsverhältnis zwischen der Firma und der GmbH, welches indessen für die Entscheidung dieses Rechtsstreits dahingestellt bleiben kann.

Der Beklagte haftet dem Kläger nur persönlich, soweit er auch persönlich für den Zedenten tätig zu sein verpflichtet war. Für eine **Durchgriffshaftung** des Beklagten in den Bereichen, in denen die von ihm geleitete GmbH Vertragspartner des Zedenten bzw. der KG war, liegt entgegen der Ansicht des Klägers nichts vor. Das würde einen **Mißbrauch der unterschiedlichen Rechtsformen, ein treuwidriges Berufen auf die rechtliche Selbständigkeit der GmbH voraussetzen** (vgl. beispielsweise BGHZ 68, 312, 315 und die dort genannten Beispiele), wofür hier nichts ersichtlich ist. Die bloße Tatsache, daß der Beklagte Alleingesellschafter und der – unstreitig – einzige alleinvertretungsberechtigte Geschäftsführer der GmbH war und ist, reicht dafür nicht aus. Seit Gründung der GmbH sind außerdem die Vertragsverhältnisse klargestellt, insbesondere deutlich gemacht worden, daß sowohl die Prüfer als auch die Beratertätigkeit von der GmbH wahrgenommen wurden. Auch hat der Beklagte die Beteiligung unterschiedlicher Rechtspersonen an den einzelnen Auftragsverhältnissen in den Auftragsschreiben vom 20.2.1978 deutlich hervorgehoben. Jedenfalls ist hier für ein insoweit treuwidriges Vorgehen des Beklagten nichts ersichtlich. Unabhängig davon, welche Beratungspflichten im einzelnen sich aus dem vom Beklagten persönlich mit dem Zedenten abgeschlossenen Vertrag

ergeben haben, ist danach jedenfalls eindeutig festzustellen und unstrittig, daß die im Zusammenhang mit der **Prüfung des Jahresabschlusses 1977** entfaltete Tätigkeit **von der GmbH** geschuldet war und nicht vom Beklagten persönlich. Soweit der Beklagte in diesem Zusammenhang gehandelt und sich geäußert hat, geschah dies im Namen der GmbH. Ihn trifft daher auch nicht die vertragliche Haftung dafür, daß angeblich die Prüfer ihre Tätigkeit aufgenommen haben, ohne daß die Verkäufer eine zu prüfende Bilanz vorgelegt haben, und bei der Prüfung zur Testierung der Bilanzen fehlerhafte Grundsätze angewendet worden seien. Wenn in diesem Bereich Vertragsverletzungen gegenüber der KG bzw. deren Gesellschaftern als Verkäufer der Firmenanteile begangen worden sein sollten, wäre hierfür nach den Grundsätzen der positiven Forderungsverletzung durch die GmbH Schadenersatz zu leisten gewesen. Eine eigene Haftung des Beklagten als deren Vertreter scheidet daneben aus (BGH NJW 1964, 2009). Soweit die Rechtsprechung in besonderen Fällen den Vertreter des eigentlichen Vertragspartners auch für Verschulden bei der Durchführung eines Vertrages hat entstehen lassen (BGHZ 70, 337), lagen andere, nicht vergleichbare Sachverhalte zugrunde.

Schließlich sind Bedenken gegen die Wirksamkeit dieses, der Prüfung und Testierung der Bilanzen per 31.12.1977 zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses nicht ersichtlich. Dieser Auftrag enthielt die typischen Aufgaben für einen Wirtschaftsprüfer und wurde daher vom Rechtsberatungsgesetz nicht erfaßt, war zumindest nach Art. 1 § 5 Nr. 2 Rechtsberatungsgesetz wirksam. Eine persönliche Haftung des Beklagten in diesem Bereich scheidet daher aus dem Gesichtspunkt quasi-vertraglicher Schuldverhältnisse aus.

Soweit der Kläger vorbringt, bei der Prüfung der Bilanzen 1977 habe der Beklagte als Vertreter der GmbH die Interessen der Verkäufer zugunsten der Käuferin, der Firma vernachlässigt und geschädigt, indem er grundlos auf die Forderungen der Wirtschaftsprüfergesellschaft Dr. und Partner eingegangen sei, reicht dieses Vorbringen mangels ausreichender tatsächlicher Substanz, vor allem auch in subjektiver Hinsicht, nicht aus, um einen **Vorwurf aus unerlaubter Handlung, §§ 823 Abs. 2, 826 BGB**, gegen den Beklagten persönlich zu begründen. Für ein **kollusives Zusammengehen** zwischen dem Beklagten und der Firma zum Nachteil des Zedenten und seiner Mitgesellschafter gibt das Vorbringen des Klägers schon deshalb nicht genügend her, weil den Wirtschaftsprüfungsgesellschaften in Art. III Abs. 1 des Kaufvertrages die Funktion von Schiedsgutachtern zugewiesen worden war, wie der Senat in seinem Urteil vom 12.1.1983 im einzelnen ausgeführt und der Kläger nicht angegriffen hat. Diese Aufgabe schloß die Möglichkeit, daß beide Wirtschaftsprüfungsgesellschaften durch Annäherung ihrer beiderseitigen Standpunkte zu einem übereinstimmenden Testat gelangen, nicht aus. Die Alternative wäre gewesen,

daß, bei Nichtzustandekommen einer Einigung der im Vertrag vorgesehenen Wirtschaftsprüfergesellschaften, diese die Stellungnahme der sozusagen als Obmann vorgesehenen Wirtschaftsprüfergesellschaft D.-AG hätten einholen müssen, wogegen sich der Zedent zuvor selbst ausgesprochen hatte. **Die bloße Einigung der Wirtschaftsprüfer untereinander stellte daher kein vertragswidriges oder gar kollusives Verhalten dar.**

Nach allem kommen **Schadenersatzansprüche** gegen den Beklagten persönlich allenfalls insoweit in Betracht, **als er den Zedenten bei Abschluß des Kaufvertrages mit der Firma falsch beraten hat, sich also angebliche Pflichtverletzungen auf den Inhalt oder den Abschluß dieses Vertrages, nicht aber auf dessen Durchführung ausgewirkt haben.**

Diese Ansprüche indessen sind verjährt oder unschlüssig.

Nach § 51 a WPO beträgt die Verjährungsfrist für vertragliche Ansprüche des Auftraggebers gegen den Wirtschaftsprüfer 5 Jahre seit der Entstehung des Anspruchs, wobei sich diese Bestimmung auf jede Art der Tätigkeit des Wirtschaftsprüfers bezieht (BGHZ 78, 335).

Der Kläger verlangt in erster Linie Ersatz des Schadens, der ihm durch die Veräußerung seines Anteils an der KG entstanden ist, wobei er diesen einmal als die Differenz zwischen dem eigentlichen Wert des Anteils und dem tatsächlich erzielten Kaufpreis von 240.000,- DM bezeichnet und zum anderen darin sieht, daß er an die Firma über 1,5 Mio. DM zurückzahlen verpflichtet ist. Diese Schäden sind begründet worden mit **Abschluß des Kaufvertrages vom 3./9. März 1978**, endgültig entstanden jedenfalls mit Fälligwerden des Rückzahlungsanspruches der Firma aufgrund der Bilanztestate vom 26.7.1978, weil zu diesem Zeitpunkt Grund, Höhe und Fälligkeit der Rückzahlungspflicht des Beklagten feststanden. Mithin lief die Verjährungsfrist des § 51 a WPO im Juli 1983 ab.

Auf die Kenntnis des Ersatzpflichtigen als weitere Voraussetzung für den Beginn der Verjährungsfrist kommt es nicht an (BGH GI 7/82 = WM 1982, 371 und BGH GI 8/82 = ZIP 1982 m. Anm. Gräfe = BGHZ 83, 17, 19), jedoch hat die Rechtsprechung für die beratenden Berufe den sogenannten sekundären Schadenersatzanspruch entwickelt, welcher die Verjährungsfrist verlängern kann (BGH GI 8/82 = ZIP 1982 m. Anm. Gräfe = BGHZ 83, 17; BGHZ 97, 290). Soweit bisher ausdrücklich entschieden, treffen den Steuerberater und den Rechtsanwalt eine **Verpflichtung, den Mandanten auf die Verjährungsfrist für einen etwaigen gegen ihn laufenden Schadenersatzanspruch hinzuweisen**; geschieht dies nicht, ist Schadenersatz in der Form zu leisten, daß der Mandant so gestellt wird, als habe die Verjährungsfrist noch nicht zu laufen begonnen (BGH a.a.O.).

Diese Grundsätze müssen wegen der übereinstimmenden Interessenlage auch für den Wirtschaftsprüfer gelten. Auf den vorliegenden Fall ange-

wandt, bedeutet dies, daß auch der Beklagte ggf. zu einer entsprechenden Belehrung verpflichtet gewesen wäre. **Diese Pflicht ist jedoch** – auch insoweit in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung – **entfallen, als der Zedent nicht mehr belehrungsbedürftig war (BGH GI 7/82 = WM 1982, 369, 371).** Er hat sich seit mindestens September 1978 anwaltlich beraten lassen, wobei das Schreiben der Rechtsanwälte vom 22.9.1978 zeigt, daß diese auch damit beauftragt waren, Regreßansprüche gegen den Beklagten zu prüfen; denn sie kündigten Schadenersatzansprüche gegen den Beklagten an. Da insoweit nunmehr der Zedent Rechtsberatung in Anspruch nahm, war der Beklagte zu keiner weiteren Belehrung hinsichtlich der Verjährungsfrist verpflichtet. Die Verjährungsfrist des § 51a WPO war daher in jedem Fall verstrichen, bevor der Kläger im Juni 1984 seine Klage einreichte.

Die Streitverkündung des Zedenten an den Beklagten aus dem Vorprozeß blieb ohne Wirkung: Das Urteil vom 12.1.1983 ist mit Ablauf der einmonatigen Revisionsfrist Ende Februar 1983 rechtskräftig geworden. Mit der erst im Juni 1984 erhobenen Klage hat der Kläger die Frist des § 215 Abs 2 BGB weit überschritten.

Allerdings verlangt der Kläger als Schaden hilfsweise auch die Kosten ersetzt, die dem Zedenten im Rechtsstreit mit der Firma auferlegt worden sind. Dieser Schaden ist endgültig erst mit Rechtskraft der Kostenentscheidung des Urteils vom 12.1.1983, und daher in unverjährter Zeit, entstanden. Doch kommt es darauf nicht an, weil der Beklagte für diese Kosten unter keinem Gesichtspunkt einzustehen hat.

Das Beratungsver schulden, das der Kläger dem Beklagten zur Last legt, ist ersichtlich nicht ursächlich für jenen Rechtsstreit geworden; zumindest hat der Zedent diesen Kostenaufwand nach § 254 BGB selbst zu tragen. Er hat sich seinerzeit aus eigenem Entschluß – und im Unterschied zu seinen Mitgesellschaftern, die ihre Zahlungspflicht nicht bestritten haben – auf diesen Prozeß eingelassen und ist im Ergebnis ohne Beweisaufnahme unterlegen gewesen (vgl. die Urteile des Landgerichts vom 27.9.1979 und dieses Senats vom 12.1.1983). Weshalb ungeachtet der damaligen anwaltlichen Beratung des Zedenten der Beklagte dafür einstehen soll, daß dieser einen in zwei Instanzen erfolglosen Rechtsstandpunkt eingenommen hat, trägt der Kläger konkret nicht vor. **Auch sonst läßt sich dem Sachverhalt nicht entnehmen, daß der Beklagte diese unschlüssige Rechtsverteidigung provoziert** (vgl. BGHZ 70, 374, 376) **habe.** Der Zedent hat im Rechtsstreit seinerzeit in erster Linie die Wirksamkeit des Vertrages und die Wirksamkeit und Richtigkeit der dem Rückforderungsanspruch der Käuferin zugrundeliegenden Bilanzen angegriffen. Doch das dem Beklagten hier zur Last gelegte Beratungsver schulden hat auch nach der Darstellung des Klägers nicht die Wirksamkeit des Kaufabschlusses beeinträchtigt, und die Bilanzen hat – wie ausgeführt – nicht der Beklagte, sondern die GmbH geprüft und testiert.

Allerdings hat der Zedent seine Rechtsverteidigung im Vorprozeß auch auf die Ansicht gestützt, nicht mehr als 22 % des Minderungsbetrages zurückzahlen zu müssen und führt diese Auffassung auf Erörterungen mit dem Beklagten und die späteren Schreiben der GmbH vom 14. 4. und 8. 5. 1978 zurück. Gleichwohl können auch unter diesem Gesichtspunkt dem Beklagten Prozeßkosten nicht angelastet werden. Denn der Beklagte hat – wie der Kläger zuletzt nicht mehr bestritten hat – sowohl in der mündlichen Besprechung von Anfang März 1978 als auch in den späteren Schreiben jeweils nur die Verlustverteilung unter den Mitgesellschaftern angesprochen, ohne sich ausdrücklich zur Höhe der in Betracht kommenden Rückforderungsansprüche der Firma zu äußern. Ein Verschulden des Beklagten könnte daher, wie auch der Kläger es sieht, allenfalls darin liegen, diese unterschiedlichen Auswirkungen der Kaufpreiskorrekturklausel gegenüber den Gesellschaftern einerseits – wobei die Vereinbarung der Gesellschafter vom 10. 2./9. 3. 1978 über die Aufhebung der bisherigen Gewinnverteilungsschlüssel hier außen vor bleiben kann – und im Verhältnis zur Käuferin andererseits nicht ausreichend klargestellt zu haben. Nachdem aber die Firma ihre Ansprüche in entsprechender Höhe geltend gemacht und insoweit Unterstützung bei den Mitgesellschaftern des Zedenten gefunden hat, bestand jedoch Anlaß, diese Rechtsfrage nunmehr dem damaligen anwaltlichen Rechtsberater vorzulegen und mit diesem klarzustellen.

Aus welchen Gründen der Zedent auch im Anschluß daran an seinem Rechtsstandpunkt festhielt, ist nicht erkennbar. Auch einem Kaufmann sollte es jedoch einleuchten, daß er im Falle einer Kaufpreisminderung den Betrag zurückzahlen muß, den er auch erhalten hat; wie das landgerichtliche Urteil zeigt, kam sogar eine Gesamtschuld, d. h. also eine Haftung auf den vollen Rückzahlungsanspruch, in Betracht, nicht aber ein Einstehenmüssen in Höhe von weniger als 39%.

Insgesamt ist danach festzuhalten, daß der Beklagte schon aus sachlich-rechtlichen Gründen nicht für die Prozeßkosten einzustehen hat, die dadurch entstanden sind, daß der Kläger den Kaufvertrag so, wie er nun einmal zustande gekommen war, nicht hat akzeptieren wollen.

Der Kläger hält die Anwendung des § 51 a WPO deshalb für nicht gerechtfertigt, weil er meint, der oder die vom Beklagten abgeschlossenen Beratungsverträge seien wegen unerlaubter Rechtsberatung nichtig. Der Senat folgt dieser Ansicht nicht.

§1 Rechtsberatungsgesetz untersagt denjenigen, die keine spezielle Zulassung besitzen, die Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten, sofern diese „geschäftsmäßig“ erfolgt. Eine Zulassung in diesem Sinne ist dem Beklagten nicht erteilt worden; insbesondere reicht es nicht, daß in der GmbH – und auch nur dort – zugleich ein Rechtsanwalt tätig ist, weil

die Beratungsverträge hier entweder vom Beklagten oder von der Wirtschaftsprüfergesellschaft als solcher, die keine Rechtsanwaltszulassung besitzt, eingegangen worden sind. Daß der Beklagte und seine GmbH die Beratung gegenüber der KG und dem Zedenten geschäftsmäßig übernommen haben, kann im Hinblick auf die berechneten Honorare nicht zweifelhaft sein.

Doch greift zugunsten der Wirksamkeit der Verträge die Bestimmung des **Art. 1 § 5 Nr. 2 Rechtsberatungsgesetz** ein: Diese gestattet einem Wirtschaftsprüfer die rechtliche Bearbeitung einer Angelegenheit, mit der er beruflich befaßt ist, **sofern sie in unmittelbarem Zusammenhang mit der Aufgabe des Wirtschaftsprüfers steht**. Diese Voraussetzungen sind, entgegen der Ansicht des Klägers, erfüllt.

Allerdings hat der Beklagte aufgrund des – hier maßgeblichen – persönlich mit dem Zedenten abgeschlossenen Beratungsvertrages auch Rechtsangelegenheiten bearbeitet. Er hat nach der insoweit unwidersprochenen Darstellung aus der Klageerwiderung die Interessen des Zedenten gegenüber dessen Mitgesellschaftern und der Firma vertreten, soweit es um den Anteil des Zedenten am Verkaufserlös ging, indem er den Zedenten beraten, maßgeblich an den Verhandlungen mit den Gesellschaftern und der Firma mitgewirkt und – ausweislich des Auftragschreibens – auch im Interesse des Zedenten **die schriftliche Abfassung des Kaufvertrages vorgenommen hat**. Diese Tätigkeiten stellen jedenfalls auch Rechtsbesorgung im Sinne des Art. 1 § 1 Rechtsberatungsgesetz dar, nämlich die **Mitwirkung an der Umgestaltung fremder Rechtsverhältnisse** (BGHZ 48, 12, 19; BGHZ 102, 128, 130).

Doch stand im **Vordergrund** dieser Tätigkeit des Beklagten die **Wirtschaftsberatung**. Diese hätte ohne die damit verbundene rechtliche Bearbeitung nicht sachgerecht vorgenommen werden können. Dem Zedenten ging es darum, einen möglichst **günstigen Verkaufserlös** für die Veräußerung seiner Gesellschaftsanteile sowohl im Verhältnis zur Firma als auch gegenüber seinen Mitgesellschaftern zu erlangen. Das sind wirtschaftliche Ziele, und der Beklagte ist aufgrund seiner jahrelangen Tätigkeit für die KG und der dadurch erworbenen Kenntnisse, also wegen seiner Eigenschaft als Wirtschaftsprüfer und nicht als Rechtsberater herangezogen worden.

Außerdem steht der Auftrag des Zedenten an den Beklagten in engem Zusammenhang mit der Tätigkeit der GmbH für die KG. Der Sachverhalt läßt ohne weiteres den Schluß zu, daß es zu dem persönlichen Auftrag an den Beklagten nicht gekommen wäre, wenn dieser nicht schon als Geschäftsführer der GmbH für die KG beratend tätig gewesen wäre. Auch der mit der KG vereinbarte Beratungsauftrag stellt – ungeachtet der damit gleichfalls verbundenen rechtsberatenden Tätigkeit – überwiegend Wirtschaftsberatung dar. Von entscheidender Bedeutung war hier die

Bewertung des zu verkaufenden Unternehmens und die Ermittlung des Kaufpreises – genau der Bereich, in dem auch die Vorwürfe des Zedenten im wesentlichen angesiedelt sind. Den Wirtschaftsprüfern ist im Kaufvertrag selbst eine zentrale Rolle für die **Kaufpreisfindung** zugewiesen worden. Ohnehin stellt eine **Unternehmens- bzw. Gesellschaftsanteilsveräußerung in erster Linie eine kaufmännische Entscheidung dar und hängt – wie auch hier die zahlreichen Annexe zum Kaufvertrag zeigen –** von den Faktoren, die den wirtschaftlichen Wert eines solchen Unternehmens bilden, ab. **Daher ist die Hinzuziehung von Wirtschaftsprüfern zu Verkaufsverhandlungen für Wirtschaftsprüfer auch berufstypisch** (vgl. Wirtschaftsprüfer-Handbuch, 9. Aufl., 1985/86, S. 1821).

In diesem größeren Rahmen war auch die Einschaltung des Beklagten persönlich für den Zedenten eingebettet, sie betraf einen Teilbereich aus dem Gesamtkomplex der Verkaufsverhandlungen. **Dem Umstand schließlich, daß der Beklagte dabei auch die schriftliche Fassung des Kaufvertrages ausgearbeitet hat, kommt keine besondere Bedeutung zu:** Damit wurde das Verhandlungsergebnis lediglich schriftlich formuliert. Daß der Beklagte insoweit eine zusätzliche, eigenständige Rechtsberatung gegenüber dem Zedenten bzw. der KG ausgeübt hat, ist nicht erkennbar und wird vom Kläger auch nicht konkret vorgetragen.

Damit erfüllen aber die vom Beklagten abgeschlossenen Verträge die Voraussetzungen des **Art. 1 § 5 Nr. 2 Rechtsberatungsgesetz**. Allerdings war lange Zeit hindurch **streitig, ob auch die reine Wirtschaftsberatung zu den „Aufgaben eines Wirtschaftsprüfers“ im Sinne dieser Vorschriften gehört** (vgl. hierzu BGHZ 48, 12; OLG Köln, ZIP 1980, 1107; Altenhoff-Busch-Kampmann, Rechtsberatungsgesetz, 7. Aufl., Rz. 434 f.; Rennen/Caliebe, Rechtsberatungsgesetz, § 5 Rz. 52). Doch folgt der Senat der jüngsten Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 4. 11. 1987 (BGHZ 102, 128), mit welcher klargestellt wurde, daß auch die beratende Tätigkeit für den Wirtschaftsprüfer nicht nur, wie von der Rechtsprechung seit langem anerkannt, berufstypisch ist, sondern bei sinnvoller Auslegung des Art. 1 § 5 Nr. 2 Rechtsberatungsgesetz auch zu den dort genannten „Aufgaben“ eines Wirtschaftsprüfers gehört.

Der zwischen dem Beklagten und dem Zedenten abgeschlossene Beratungsvertrag ist schließlich auch nicht aus anderen Gründen nichtig. Die Vereinbarung vom 20. 2. 1978 sieht allerdings **ein Honorar „beim Zustandekommen des Vertrages“ vor** und läßt daher auf die Vereinbarung eines **Erfolgshonorars** schließen. Dieses wäre – wie bei Rechtsanwälten (BGH in ständiger Rechtsprechung, zuletzt NJW 1987, 3203) – wegen eines Verstoßes gegen die guten Sitten nach § 138 BGB nichtig. Denn ebenso wie beim Rechtsanwalt gehören beim Wirtschaftsprüfer Objektivität und Unparteilichkeit zu den obersten Geboten seiner Berufs-

ausübung (vgl. §§ 43, 44 WPO) und diese Unabhängigkeit wird gefährdet, wenn der Wirtschaftsprüfer durch Vereinbarung von Erfolgshonoraren seine eigenen wirtschaftlichen Interessen mit der Erfüllung eines Mandatenauftrages verquickt (BGH a.a.O.). Erfolgshonorare sind daher auch für Wirtschaftsprüfer verboten (vgl. Buchner, Der Wirtschaftsprüfer, S. 189, 190), und die darauf gerichtete Vereinbarung ist nichtig. Gleichwohl erfaßt die Nichtigkeit hier nicht den Beratungsvertrag im Ganzen. Der Beklagte ist von der KG am 31.1. und von dem Zedenten am 9.2.1978, also schon vor Unterzeichnung der Auftragsschreiben vom 20.2.1978, beratend hinzugezogen worden, wie der Kläger insoweit nicht bestreitet. Die Beratungsverträge sind also zunächst mündlich begründet und erst am 20.2. ausformuliert und unterzeichnet worden. **Daraus folgt, daß die Beratungsverpflichtung des Beklagten als solche ohne Rücksicht auf die – mithin allein nichtige – Honorarabsprache wirksam eingegangen worden ist.** § 139 BGB kommt nicht zur Anwendung.

Der Senat ist im übrigen der Auffassung, daß auch dann, wenn – entgegen den oben angestellten Erwägungen – die vom Beklagten für sich und seine GmbH abgeschlossenen Beratungsverträge nichtig wären, etwaige daraus resultierenden Schadenersatzansprüche des Klägers verjährt wären.

Ob eine Haftung des Beklagten aus – wie der Kläger meint – Verschulden bei Vertragsschluß oder aus §§ 309, 307 BGB generell infrage kommt und auf Ersatz der hier geltend gemachten Schäden gerichtet wäre, kann im Ergebnis offenbleiben. Denn auch dann unterliegen die Klageansprüche der kurzen **Verjährungsfrist des § 51 a WPO**. Zwar ist diese Bestimmung ihrem Wortlaut nach auf Ansprüche „aus dem ... bestehenden Vertragsverhältnis“ bezogen. Doch fordert der Kläger hier so gestellt zu werden, als ob die Verträge mit dem Beklagten zustande gekommen und ordnungsgemäß erfüllt worden wären, der Zedent nämlich richtig und fehlerfrei beraten worden wäre. Die Ansprüche sollen an die Stelle des vertraglichen Anspruchs treten, und sie haben, falls sie begründet sein sollten, ihre alleinige Ursache darin, daß es entgegen dem damals an sich vorhandenen Bestreben der Beteiligten zu einem Vertragsschluß nicht gekommen ist. Für solche Fälle hat die Rechtsprechung seit langem den Grundsatz entwickelt, daß etwaige kürzere vertragliche Verjährungsfristen auch auf Ansprüche aus culpa in contrahendo, §§ 309, 307, 179 BGB, anzuwenden sind, wenn es sich lediglich darum handelt, einen Ausgleich für den verlorengegangenen Vertragsanspruch zu schaffen (insbesondere BGHZ 57, 191; BGHZ 73, 267). So liegt es auch hier. **Die Forderungen des Klägers unterscheiden sich in keiner Weise von denjenigen, die durch Verletzung einer vertraglichen Beratungspflicht begründet werden könnten.** Eine Rechtfertigung dafür, weshalb der Kläger deshalb günstiger gestellt sein soll als er stünde, wenn der damals gewünschte Beratungs-

vertrag zustande gekommen wäre, ist nicht erkennbar. Deshalb greift auch insoweit § 51 a WPO ein (ebenso BGHZ 100, 132, 136).

Dasselbe muß gelten, wenn mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGHZ 37, 258, 262, auch BGH NJW 1988, 132) die Vorschriften der **Geschäftsführung ohne Auftrag** anzuwenden wären. Sieht man überhaupt in der vom Beklagten entfalteten Tätigkeit eine – im Fall der hier unterstellten Nichtigkeit der Verträge vom 20.2.1978 – Fremdgeschäftsführung, so wäre der Beklagte nach § 677 BGB **verpflichtet gewesen, bei deren Ausübung die Interessen des Zedenten zu wahren und könnte sich in derselben Weise wie bei bestehender Vertragshaftung durch fehlerhafte Beratung schadenersatzpflichtig gemacht haben.**

Zwar wird allgemein die Auffassung vertreten, daß **Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag nach § 195 BGB in 30 Jahren verjähren** (für viele: Staudinger-Wittmann, 12. Aufl., Vorbem. zu §§ 677 bis 687, Rz. 33). Doch macht die Rechtsprechung **Ausnahmen für Ansprüche auf wiederkehrende Leistungen und auf solche, die an die Stelle von Erfüllungsansprüchen auf Vergütung treten, wendet also die kurzen Verjährungsfristen der §§ 196, 197 an** (BGH NJW 1963, 2315 und BGHZ 73, 267, 269). Wie schon dargelegt, werden auch Ansprüche aus Verschulden bei der Vertragsanbahnung und diejenigen gegen den vollmachtlosen Vertreter aus § 179 BGB den – kürzeren – Verjährungsfristen unterworfen, wenn der jeweilige Vertrag solche vorsieht. Die Rechtfertigung liegt darin, daß Grundlage der Ansprüche jeweils das Vertrauen in das Zustandekommen eines Vertrages sei und es sich bei den Ansprüche letztlich nur um den „Ersatzwert des ursprünglich Bedungenen“ handele (BGH a.a.O.).

Unter Würdigung dieser Rechtsprechung erscheint es dem Senat nur folgerichtig, hier zumindest **analog die Vorschrift des § 51 a WPO anzuwenden.** Denn ob ein zum Schadenersatz verpflichtendes Tun des Beklagten im Sinne des § 677 BGB vorgelegen hat, würde sich wiederum **allein nach der dem Beklagten als Wirtschaftsprüfer und Berater zugewiesenen Funktion und seinen Fachkenntnissen beurteilen** und die infrage kommenden Ansprüche würden sich von denjenigen aus einer positiven Vertragsverletzung nicht unterscheiden lassen. Jedenfalls gilt das für die hier vom Kläger behaupteten Schäden, die nicht auf einer typischen auftragslosen Geschäftsführung, sondern darauf beruhen, daß der Kläger meint, vom Beklagten als Wirtschaftsprüfer falsch beraten worden zu sein.

Stichwort- und Entscheidungsverzeichnis (Heft 1-2, 1991)

Allgemeine Geschäftsbedingungen			
- Ausschuß d. Kündigungsrechts	91, 42		
Allgemeine Versicherungsbedingungen (AVB) (s. auch Versicherungsschutz)			
- wissentliche Pflichtverletzung	91, 38		
= Kausalitätsprüfung	91, 41		
= Wirksamkeit, AGBG			
Bauherrenmodell			
- Grunderwerbsteuer	91, 3		
Belehrungspflicht d. StB, Wp, RA			
- fehlende Belehrungsbedürftigkeit	91, 28		
= vergebliche Belehrungen	91, 28		
= Belehrung d. Vorberater			
Dienstvertrag			
- Steuerberatungsvertrag	91, 8, 12		
Durchgriffshaftung (s. Geschäftsführer Wp/StB-GmbH)			
Geschäftsführer Wp/StB-GmbH			
- Haftung des -	91, 52		
Gewinn (entgangener, § 252 BGB)			
- Darlegungslast	91, 42		
- rechtswidrige Kündigung d. StB-Vertrages	91, 42		
Grunderwerbsteuer			
- bei Bauherrengemeinschaft	91, 3		
Honoraranspruch d. StB			
- Aufrechnung mit Schadenersatzanspruch			
= in zweiter Instanz	91, 8		
- Änderung der Rechnung	91, 32		
- Buchführung			
= Gebühr nach Zeitabschnitten	91, 32		
= Grundstücksverwaltungen, § 33 StBGebV	91, 16		
- Einforderbarkeit, § 9 StBGebV			
= Gegenstandswert	91, 14		
= Hinweis auf Gebührenvorschrift	91, 18		
= Mitteilung der Rechnung	91, 15		
= Zeitgebühren	91, 14, 15		
- Erfolgshonorar	90, 58		
- Fälligkeit, § 7 StBGebV			
= Buchführungshonorar	91, 22		
- entgangener Gewinn	91, 42		
- vermeidbarer -	91, 19		
= keine Bilanzierungspflicht	91, 19		
- Lohnkonten, § 34 StBGebV	91, 16		
- Pauschalgebühr, § 14 StBGebV	91, 15		
- Zeitgebühren			
= für Nichtstun	91, 14, 15		
Minderkaufmann			
- Lebensmitteleinzelhandel	91, 20		
- Pflicht zur Buchführung u. Bilanz	91, 20		
Mitverschulden			
- kapitalersetzende Gesellschafterdarlehen	91, 23		
- Prüfung d. Bilanz			
= durch GmbH-Geschäftsführer	91, 24		
= Stammkapitalforderung	91, 23		
Nachbesserung			
- Kosten der -	91, 32		
- Nachbuchungen	91, 32		
Notar			
- Vollzug, verzögerter	91, 2		
Rechtsanwalt			
- Unterhaltsklage	91, 2		
- Verspätungseinwand, § 282 ZPO	91, 2		
Rechtsberatungsgesetz			
- d. Wirtschaftsprüfers, Art. 1 § 5 Nr. 2			
= Vertragsformulierung	91, 57		
= Wirtschaftsberatung	91, 57		
Regreßprozeß			
- negative Feststellungsklage	91, 49		
Schaden			
- vermeidbares Steuerberatungshonorar	91, 19		
StB-GmbH, Wp-GmbH			
- faktischer Geschäftsführer	91, 5		
Steuerberaterkammer			
- Beantwortung von Anfragen	91, 5		
Steuerberatungsgesetz			
- § 5			
= Kontieren	91, 32		
Steuerberatungsvertrag			
- Auflösung des -			
= fristlose Kündigung, § 627 BGB	91, 42		
Steuergestaltungsberatung			
- Saldierung der Vor- u. Nachteile	91, 2		
Unterhaltsklage			
- Streitwertgestaltung	91, 2		
Verjährung (§ 68 StBerG, § 51 a WPO)			
- Art d. Berufstätigkeit	91, 49		
- Verjährungsbeginn			
= Bilanzaushandigung	91, 14		
= Bilanzfehler	91, 24		
= Fehlbuchung, Stammkapitalforderung	91, 24		
= Kauf v. Unternehmensanteilen	91, 49		
= Steuerberaterhonorar, vermeidbares	91, 19		
Versicherungsschutz			
- Ansprüche gegen Versicherer	91, 2		
- wissentl. Pflichtverletzung	91, 33		
= Kausalität	91, 38		
= Provisionsvereinbarung	91, 33		
= Wirksamkeit, AGBG	91, 41		
- Zahlungsanspruch	91, 2		
Vorteilsausgleich			
- aufgedrängte Steuerberaterleistung	91, 21		
<hr/>			
BGH v. 3. 7. 1989 - StbSt (IR) 14/88		91, 5	
= wistra 1990, 60			
BGH v. 19. 12. 1989 - IX ZR 29/89		91, 2	
= VersR 1990, 866			
BGH v. 26. 9. 1990 - IV ZR 147/89		91, 33	
= BB 1990, 2362			
<hr/>			
OLG Düsseldorf v. 2. 11. 1989 - 8 U 232/88 rkr.		90, 32	
= EWIR § 675 BGB 2/90, 39 (A. Junker)			
OLG Düsseldorf v. 15. 3. 1990 - 18 U 207/89		91, 18	
= StB 1990, 205			
OLG Düsseldorf v. 28. 5. 1990 - 18 U 29/90 rkr.		91, 8	
OLG Düsseldorf v. 21. 6. 1990 - 18 U 33/90		91, 15	
= StB 1990, 312			
OLG Düsseldorf v. 28. 6. 1990 - 18 U 29/90 rkr.		91, 12	
OLG Düsseldorf v. 28. 6. 1990 - 18 U 68/90 rkr.		91, 19	
OLG Hamburg v. 5. 4. 1989 - 5 U 44/86		90, 49	
OLG Köln v. 25. 4. 1990 - 27 U 180/89		91, 2	
= VersR 1990, 674			
OLG Köln v. 22. 11. 1990 - 18 U 191/90		90, 42	
<hr/>			
LG Bonn v. 5. 2. 1990 - 6 S 442/89		91, 2	
= Juristisches Büro 1990, 1317			
LG Bielefeld v. 5. 7. 1990 - 22 O 101/90		91, 2	
LG Limburg v. 11. 4. 1990 - 2 O 125/88		91, 2	
= VersR 1990, 1114			
LG Mönchengladbach v. 24. 4. 1990 - 6 O 3/89 n. rkr.		91, 2	
LG Karlsruhe v. 21. 8. 1990 - 2 O 313/89		91, 28	
LG Kassel v. 21. 2. 1989 - 3 O 578/88 rkr.		91, 29	

© Gerling-Konzern
Vertriebs-Aktiengesellschaft
Abteilung Presse und Information
Gereonshof, 5000 Köln 1
Telefon: (02 21) 144-7298

Verantwortlich für den Inhalt:
Rechtsanwalt Dr. Jürgen Gräfe,
Fachanwalt für Steuerrecht

Nachdruck nur mit vorheriger
schriftlicher Zustimmung.