

INHALT:	Editorial	Seite 2
	GI Aktuell	Seite 2
	Schaden Geänderte BFH-Rechtsprechung / Welcher Betrachtungs- zeitpunkt ist maßgeblich? / Anmerkung RA Dr. Gräfe (BGH, Urt. v. 28.9.2000 - IX ZR 6/99)	Seite 3
	Dritthaftung des WP gegenüber Kapitalanlegern WP als Kontrollorgan / Irreführende Testate / Prospekthaftung? / Verschulden bei Vertragsschluss / Werbung mit Testatinhalt (BGH, Urt. v. 26.9.2000 - X ZR 94/98)	Seite 10
	Steuerberaterhaftung Lohnbuchhaltung / Rechtsberatung / Sozialversicherungs- beiträge / Zusatzversorgungskasse (OLG Celle, Urt. v. 13.10.1999 - 3 U 326/98)	Seite 19
	Rechtsberatung Stille Liquidation / Wirtschaftsprüfer / Forderungseinzug (OLG Köln, Urt. v. 1.10.1999 - 19 U 219/98)	Seite 22
	Steuerberaterhonorar Auftragserteilung / Abschlussvorarbeiten, § 35 StBGebV / Höchstgebühr statt Abschlussvorarbeiten-Gebühr? / Auslagenersatz, § 16 StBGebV / Selbständige Angelegenheit / Zahlungsverzug trotz Zurückbehaltungsrecht (OLG Düsseldorf, Urt. v. 1.7.1999 - 13 U 161/98)	Seite 24
	GI Leitsatz	Seite 26
	GI Hinweise Geschäftsführer-Altersversorgung / Testamentsgestaltung	Seite 27



Editorial

Sehr geehrte Leserin, sehr geehrter Leser,
das Jahr 2000 endet mit zwei wesentlichen Entscheidungen
des BGH:

Ändert sich die BFH-Rechtsprechung zuungunsten des Mandanten, so ist diese neue Rechtslage im Zeitpunkt der Prüfung eines Regressanspruchs gegen den Steuerberater ohne Bedeutung, wenn sein **Beratungsfehler und der Schaden vorher** lagen. Im konkreten Fall bestand bis 1994 die Möglichkeit, bei entsprechender Vertragsgestaltung eine AfA für Substanzverringerung (AfS, § 7 Abs. 6 EStG) zu beantragen. Der Steuerberater hatte die zur steuerrechtlichen Anerkennung notwendige Gestaltung des Abbauunternehmens aber nicht richtig beraten. Er berief sich im späteren Regressprozess ohne Erfolg auf die 1994 zuungunsten des Mandanten geänderte Rechtsprechung, da der Schaden aus den Jahren **vor** 1993 abgeleitet wurde.

Eine weitere BGH-Entscheidung befasst sich mit dem brisanten Thema der **Dritthaftung** am Beispiel eines **Treuhänders** – Mittelverwendungskontrolleur. Seine Haftung gegenüber Kapitalanlegern wurde wegen Verschuldens bei Vertragsschluss bejaht. Der Treuhänder hatte durch sein Testat den Eindruck erweckt, in das **Sicherungssystem** der Kapitalanlage eingebunden zu sein und dieses durch **Testat** bestätigt, **obwohl er dessen Mängel kannte**. Die neuen Anleger waren mit dessen Testat zum Beitritt geworben worden. Der BGH hat die Sache zurückverwiesen, da noch nicht geklärt war, ob er das Testat nur zu internen Informationen an seinen Auftraggeber und nicht zu Werbezwecken gegeben hatte.

Das OLG Celle bestätigt, dass das Lohnbuchhaltungsmandat nicht zur **sozialversicherungsrechtlichen Beratung** verpflichtet. Das wäre nicht erlaubte **Rechtsberatung**.

Ebenfalls mit dem **Rechtsberatungsgesetz** befasst sich das OLG Köln. Der Wirtschaftsprüfer, der im Rahmen einer stillen Liquidation **Forderungen einzieht**, betreibt nicht erlaubte Rechtsberatung.

Zum **Steuerberatungshonorar** bei der Bilanzerstellung äußert sich das OLG Düsseldorf: Umfangreiche Abstimmungs- und Vervollständigungsarbeiten müssen über **§ 35 StBGebV** – Bilanzvorarbeiten – abgerechnet werden. Es besteht insoweit kein Wahlrecht, stattdessen den **Gebührenrahmen für die Bilanzerstellung** bis zum Höchstbetrag auszuschöpfen.

Die **CD-ROM zum Thema „Existenzgründung in Freien Berufen“** ist fertig gestellt und kommt voraussichtlich Ende Januar zur Auslieferung.

Wir werden das monatlich aufgenommene **Stichwortverzeichnis** der „GI“ etwas abmagern und nur noch am 30.6. und 31.12. eines Jahres in das Heft aufnehmen. Wir benötigen Platz zur Veröffentlichung weiterer Entscheidungen. Im Februar erscheint wie bisher das Gesamtregister der letzten 21 Jahre.



Mit freundlichen Grüßen
Ihr Dr. Jürgen Gräfe

GI Aktuell

BVerfG: § 25 BRAO verfassungswidrig – Singularzulassung

Der Erste Senat des BVerfG hat aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 7.11.2000 § 25 der Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO) für unvereinbar mit dem Grundgesetz erklärt. **Bis Juni 2002 gilt die Vorschrift aber übergangsweise weiter.**

Der beschwerdeführende Rechtsanwalt aus Münster hatte geltend gemacht, das beim OLG Hamm bestehende Prinzip der Singularzulassung verletze ihn in seiner Berufsausübungsfreiheit und verstoße gegen den Gleichheitssatz. Er strebt an, neben der Zulassung am Amtsgericht und Landgericht eine Zulassung am Oberlandesgericht zu erhalten.

Das BVerfG hat die die Singularzulassung regelnde Norm für **unvereinbar mit Art. 12 Abs. 1 GG** erklärt. Die Verfassungsbeschwerde (Vb) gegen die Entscheidungen, mit denen dem Beschwerdeführer (Bf) die Zulassung beim Oberlandesgericht (OLG) verweigert worden war, hat es jedoch zurückgewiesen. Zur Begründung führt der Erste Senat im Wesentlichen aus:

1. § 25 BRAO enthält eine Berufsausübungsregelung, denn er schreibt vor, dass ein beim OLG zugelassener Rechtsanwalt nicht gleichzeitig an anderen Gerichten zugelassen sein kann. Diese Regelung verstößt gegen Art. 12 Abs. 1 GG. Es ist schon zweifelhaft, ob sie durch hinreichend gewichtige Gemeinwohlbelange gerechtfertigt ist; jedenfalls fehlt es an ihrer Erforderlichkeit.

Das Gericht stellt dar, aus welchen Gründen der Gesetzgeber 1959 in den Ländern, in denen sich vor oder nach dem 2. Weltkrieg an einigen Orten die Simultanzulassung herausgebildet hatte, Ausnahmen zuließ, im Übrigen aber die traditionelle Singularzulassung gesetzlich festgelegt hat. Ein Großteil der damals für die Singularzulassung sprechenden Gründe ist jedoch zwischenzeitlich durch geänderte rechtliche und tatsächliche Umstände weggefallen. So ist durch den Fortschritt auf dem Gebiet der Telekommunikation die Erreichbarkeit der Rechtsanwälte durch Handy, Fax, E-Mail usw. in weitaus größerem Umfang gewährleistet als bei In-Kraft-Treten der Regelung. Die inhaltliche Spezialisierung von Rechtsanwälten ist mittlerweile durch die größere Verbreitung von Fachanwälten fortgeschritten, ohne dass dies vom Prinzip der Singularzulassung gefördert worden wäre.

Dem hat der Gesetzgeber auch dadurch Rechnung getragen, dass er den bei den Landgerichten zugelassenen Rechtsanwälten seit dem 1.1.2000 gestattet, vor allen Gerichten im Bundesgebiet aufzutreten und nicht nur bei den Gerichten ihrer Zulassung. Die geänderten rechtlichen Möglichkeiten der BRAO machen zudem die Bildung größerer Kanzleien und dadurch arbeitsteiliges Arbeiten der Anwälte möglich und üblicher.

Im Übrigen hat der Gesetzgeber das Vier-Augen-Prinzip (d.h. den aus der Singularzulassung folgenden Umstand, dass in der zweiten Instanz ein neuer Rechtsanwalt die Erfolgsaussichten prüft) für die Rechtsanwälte aus Staaten der EU verpflichtend vorgesehen, ohne dies an das Institut der Singularzulassung zu knüpfen. Ob selbiges zu einer besseren Qualität der Rechtspflege führt, hat letztlich auch der Gesetzgeber selbst offen gelassen, indem er es nicht einheitlich für alle OLG-Anwälte vorgeschrieben hat.

Die Zweifel des Gesetzgebers an der Eignung und Erforderlichkeit der Singularzulassung als Mittel zugunsten einer qualitativen Verbesserung der Rechtspflege werden durch die in der Bundesrepublik insgesamt gewonnenen Erfahrungen bestärkt. Die Singularzulassung ist zur Erreichung der gesetzgeberischen Ziele nicht mehr erforderlich und verstößt gegen Art. 12 Abs. 1 GG. Dies zeigt sich bereits an den Erfahrungen in den Ländern, in denen seit jeher oder in jüngerer Zeit die Simultanzulassung möglich ist. Defizite in der Rechtspflege sind in diesen Ländern nicht aufgetreten. Spezialisierte Rechtsanwälte, Fachanwälte und Mischsozietäten gibt es auch dort. Vorteile für die Rechtspflege durch die Singularzulassung sind jedenfalls nicht offenkundig.

Zwar ist im Verfahren deutlich geworden, dass dieses System dort, wo es gilt, von den beteiligten Richtern geschätzt wird. Dem steht aber eine wesentliche Einschränkung für die Mandanten gegenüber, die den erzwungenen Wechsel des Anwalts häufig ablehnen und in Gebieten der Singularzulassung auch umgehen. Beschränkungen der Berufsausübung müssen aber dem Umstand Rechnung tragen, dass Rechtsanwälte vor allem ihren Mandanten als Berater und Vertreter verpflichtet sind.

Schränkt der Gesetzgeber über Jahre die berufliche Freiheit in einem Teilgebiet Deutschlands ein, ohne dass sich in Gebieten größerer Berufsausübungsfreiheit Fehlentwicklungen oder in

Gebieten eingeschränkter Berufsausübungsfreiheit besondere Vorteile ergeben, so steht damit fest, dass die Einschränkung nicht erforderlich ist.

2. Das Gericht ordnet an, dass in Gebieten, in denen bisher § 25 BRAO galt, dieser noch bis zum 30.6.2002 weiter anzuwenden ist, da die betroffenen Rechtsanwälte einer gewissen Anpassungszeit bedürfen. Aus diesem Grund wird auch der Bf mit seinem Begehren erst zur Jahresmitte 2002 Erfolg haben, so dass die Vb gegen die ablehnenden Entscheidungen zurückzuweisen ist.

Das BVerfG hat jedoch zugleich angeordnet, dass ab 1.1.2002 bisher singular bei den OLG zugelassene Rechtsanwälte auf ihren Antrag zugleich bei den für ihren Kanzleisitz zuständigen Amts- und Landgerichten zugelassen werden können. (BVerfG, Urt. v. 13.12.2000 - 1 BvR 335/97)

Pressemitteilung d. BVerfG v. 13.12.2000

Schaden

- Geänderte BFH-Rechtsprechung
 - Welcher Betrachtungszeitpunkt ist maßgeblich?
 - Anmerkung RA Dr. Gräfe
- (BGH, Urt. v. 28.9.2000 - IX ZR 6/99)

Leitsatz:

Die Frage, ob dem Mandanten dadurch ein ersatzfähiger Schaden entstanden ist, dass infolge eines Fehlers des rechtlichen Beraters im Ausgangsverfahren eine ihm ungünstige Entscheidung getroffen wurde, ist auf der Grundlage der damals geltenden höchstrichterlichen Rechtsprechung zu beurteilen. Eine spätere Änderung dieser Rechtsprechung oder eine abweichende Auffassung des Regressrichters sind in der Regel rechtlich unerheblich.

Zum Sachverhalt:

Die Beklagten sind die Erben von zwei in einer Sozietät verbundenen Steuerberatern, die ursprünglich verklagt waren und während des Rechtsstreits verstorben sind. Der Kläger verlangt Schadenersatz wegen falscher steuerlicher Beratung.

Im Jahre 1975 erfuhr der Kläger, dass auf einem Teil des von ihm bewirtschafteten, ihm zu Miteigentum gehörenden Landgutes Bodenmaterial lagere, welches für den Bau eines nahen Autobahn-Teilstücks verwendbar sei. Der Kläger wollte dieses Bodenvorkommen in Zusammenarbeit mit seinem Informanten, dem Kaufmann B., nutzen.

Im Frühjahr 1977 unterrichtete der Kläger den früheren Erstbeklagten – der in der Folgezeit allein für ihn tätig wurde (nachfolgend: Steuerberater) – davon und bat um steuerliche Beratung. Dabei ging es von Anfang an wesentlich darum, bei fortschreitendem Bodenabbau die steuerliche Anerkennung von Absetzungen für Substanzverringerung (AfS) gemäß § 7 Abs. 6 EStG zu sichern.

Im Februar 1978 beantragte B. beim zuständigen Regierungspräsidium die Abgrabungsgenehmigung, die ihm – mit Zustimmung des Klägers – am 14.3.1979 erteilt wurde. Am 20.8.1979 schlossen der Kläger und B. mit der Arbeitsgemeinschaft A. eine Vereinbarung über die Nutzung der besagten Flächen im Umfang der Abgrabungsgenehmigung. In den folgenden Jahren wurde das Bodenvorkommen teilweise abgebaut.

Im Laufe des Jahres 1979 riet der Steuerberater dem Kläger zur Gründung einer OHG mit B., die mit Vertrag vom 4.7.1980 – rückwirkend auf den 1.7.1979 – vereinbart und anschließend im Handelsregister eingetragen wurde. In diese Gesellschaft brachte der Kläger den Besitz und das Ausbeutungsrecht am Grund und Boden ein.

Mit Bescheid vom 4.8.1982 lehnte das Finanzamt die Durchführung einer gesonderten Gewinnfeststellung mit der Begründung ab, die Einkünfte der OHG seien als solche aus Vermietung und Verpachtung anzusehen. Dieser Bescheid wurde am 21.9.1983 durch einen Bescheid zur einheitlichen und gesonderten Feststellung der Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung ersetzt, der wiederum AfS nicht anerkannte. Auch gegen diesen Bescheid erhob der Kläger nach erfolglosem Einspruchsverfahren Klage. Mit Urteil vom 23.9.1986 bestätigte das Finanzgericht die Auffassung der Finanzverwaltung. Die klageabweisende Entscheidung wurde rechtskräftig.

Am 20.11.1986 vereinbarte der Kläger mit dem Steuerberater die Beendigung des Mandatsverhältnisses. Der neue Steuerberater veranlasste, dass Mitte des Jahres 1987 die Gesellschaftsform

in eine GmbH & Co. KG geändert wurde. Aufgrund einer im Jahre 1988 durchgeführten Betriebsprüfung behandelte das Finanzamt die Gesellschaft mit Wirkung vom 1.1.1984 als Gewerbebetrieb und berücksichtigte AfS aus der Abgrabung.

Der Kläger verlangt Schadenersatz, weil die Einkünfte der Gesellschaft in den Jahren 1979 bis 1983 steuerlich als solche aus Vermietung und Verpachtung angesehen und infolgedessen keine AfS anerkannt worden seien. Er ist der Auffassung, der frühere Beklagte zu 1) habe es versäumt, ihm die Errichtung einer GmbH & Co. KG mit B. zu empfehlen. Der Kläger meint, eine solche Gesellschaft wäre als Gewerbebetrieb eingestuft worden und hätte ab 1979 AfS geltend machen können.

Das Landgericht hat die auf Zahlung von 574.589,30 DM zuzüglich Zinsen sowie auf Feststellung der Ersatzpflicht für künftige Schäden gerichtete Klage abgewiesen. In zweiter Instanz hat der Kläger sein Begehren zunächst nur in Höhe von 200.000 DM aufrechterhalten. Auch in diesem Umfang hatte die Berufung keinen Erfolg.

Auf die Revision hat der erkennende Senat durch Urteil vom 3.6.1993 (*IX ZR 173/92, NJW 1993, 2799*) die Entscheidung des Berufungsgerichts aufgehoben und die Sache zurückverwiesen. Danach hat der Kläger seinen Antrag auf Zahlung von 563.715 DM erweitert.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung erneut zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger seinen erweiterten Anspruch.

Die Revision hat Erfolg; die Klage ist dem Grunde nach gerechtfertigt.

Aus den Gründen:

I.

Das Berufungsgericht hat die nach der Zurückverweisung erfolgte Erweiterung des Berufungsantrags als zulässig behandelt. Das steht in Einklang mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung.

1. Nach § 519 Abs. 3 ZPO muss bereits die Berufungsbegründung die Berufungsanträge und die Angabe der Berufungsgründe enthalten. Wird die Berufung jedoch, wie im Streitfall,

unbeschränkt eingelegt, so erstreckt sich die dadurch eintretende Hemmung der Rechtskraft (§ 705 Satz 2 ZPO) grundsätzlich auch dann auf das gesamte Urteil, wenn die Berufungsbegründung einen beschränkten Antrag enthält.

Allein aus dem Umstand, dass dieser Antrag hinter der Beschwerde zurückbleibt, lässt sich kein teilweiser Rechtsmittelverzicht entnehmen (BGH, Urt. v. 30.3.1983 - IVb ZR 19/82, NJW 1983, 1561, 1562; v. 24.10.1984 - VIII ZR 140/83, NJW 1985, 3079; v. 6.11.1986 - IX ZR 8/86, BGHR-ZPO, § 519 Abs. 3 Nr. 1 - Antragserweiterung 1). Der Berufungskläger kann daher das Rechtsmittel auch nach Ablauf der Begründungsfrist bis zum Schluss der Berufungsverhandlung erweitern, soweit die fristgerecht vorgetragenen Berufungsgründe die Antragserweiterung decken (BGH, Urt. v. 16.9.1985 - II ZR 47/85, WM 1985, 1373; v. 6.11.1986, a.a.O.; v. 29.4.1992 - XII ZR 221/90, NJW-RR 1992, 1032, 1033). Die vom Kläger eingereichte Berufungsbegründung erfüllt diese Voraussetzungen.

2. Die Zurückverweisung der Sache durch den Bundesgerichtshof an das Berufungsgericht hatte zur Folge, dass die Berufungsinstanz wieder eröffnet und das Verfahren in die Lage zurückversetzt wurde, in der es sich befand, als die Verhandlung vor dem Erlass des aufgehobenen Urteils geschlossen wurde. Deshalb dauerte die durch die Teilanfechtung bewirkte Hemmung der Rechtskraft des gesamten erstinstanzlichen Urteils fort, so dass der Berufungskläger sein Rechtsmittel noch auf Teile erstrecken konnte, die er bis zum ersten Revisionsurteil in dieser Sache nicht zum Gegenstand der Berufung gemacht hatte (vgl. BGH, Urt. v. 13.12.1962 - III ZR 89/62, NJW 1963, 444; Beschl. v. 4.7.1988 - II ZR 334/87, NJW 1989, 170; v. 15.10.1993 - V ZR 19/92, NJW 1994, 586, 588).

II.

Die von den Beklagten gegenüber dem erweiterten Anspruch erhobene Verjährungseinrede greift nicht durch.

1. Die Vorschrift des § 212 BGB über die Wirkungen einer Klagerücknahme ist nicht anwendbar; denn die Zulässigkeit der Berufungserweiterung noch in diesem Verfahrensstadium beruht gerade darauf, dass nach der von der höchstrichterlichen Rechtsprechung vertretenen Auffassung die Sache auch hinsichtlich des Teils, den das Landgericht abgewiesen und der Berufungskläger zunächst nicht zum Gegenstand der Be-

rufung gemacht hat, rechtshängig geblieben ist. Die vorübergehende Einschränkung der Berufung kann daher verjährungsrechtlich nicht einer Teilrücknahme der Klage gleichgestellt werden (vgl. BGH, Urt. v. 28.9.1965 - VI ZR 88/64, VersR 1965, 1153, 1154).

2. Dieser Teil des Anspruchs könnte allerdings nach § 211 Abs. 2 BGB verjähren; die Voraussetzungen dieser Vorschrift sind jedoch nicht erfüllt.

Der Kläger hat gegen das am 2.5.1991 verkündete Urteil des Landgerichts mit einem am 10.6.1991 eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt und diese mit der am 16.9.1991 beim Oberlandesgericht eingekommenen Berufungsbegründung unter Vorbehalt späterer Erweiterung auf den Betrag von 200.000 DM beschränkt. Erst von diesem Zeitpunkt an hat er den Rechtsstreit wegen des weitergehenden Anspruchs zunächst nicht mehr betrieben. Die Berufungserweiterung wurde mit einem am 17.3.1994 eingegangenen Schriftsatz vorgenommen, also vor Ablauf der gemäß § 68 StBerG maßgeblichen Frist von drei Jahren.

III.

Der Senat hat im ersten Revisionsurteil dahin erkannt, dass der Steuerberater schuldhaft seine Beratungspflichten aus dem Vertrag mit dem Kläger verletzt habe, weil er ihm im Jahre 1979 nicht empfohlen habe, mit B. eine GmbH & Co. KG zu gründen (a.a.O., 2800 f). Davon geht aufgrund der Bindungswirkung des § 565 Abs. 2 ZPO nunmehr auch das Berufungsgericht aus. Der Tatrichter meint jedoch, er sei durch diese Vorschrift nicht gehindert, abweichend vom Revisionsurteil einen durch die Pflichtverletzung des Steuerberaters ausgelösten Schaden zu verneinen und hat zur Begründung ausgeführt:

Das selbständige Wirtschaftsgut aus der Ausbeutung des Bodenvorkommens sei nicht im Privatvermögen des Klägers, sondern in der unternehmerisch tätigen Gemeinschaft zwischen ihm und B. entstanden. Der Aktenvermerk des Steuerberaters vom 2.2.1979 belege, dass schon zu diesem Zeitpunkt, also vor Erteilung der Abbaugenehmigung, eine gesellschaftsrechtliche Bindung zwischen dem Kläger und B. bestanden habe.

Aus der vom Finanzamt erteilten Auskunft folge zudem, dass die Behörde dem Kläger damals AfS auch dann versagt hätte, wenn er

eine GmbH & Co. KG gegründet hätte. Der Kläger hätte also in jedem Fall das Finanzgericht anrufen müssen; dort wäre eine Entscheidung erst zu einem Zeitpunkt ergangen, als die so genannte „Gepräge“-Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs nicht mehr gegolten habe.

IV.

Auch die neue Begründung des Berufungsgerichts trägt die Klageabweisung nicht. Vielmehr folgt aus den Feststellungen des Berufungsgerichts in Verbindung mit den von den Beklagten nicht bestrittenen Tatsachen, dass dem Kläger infolge der Vertragsverletzung, die der Steuerberater zu vertreten hat, ein ersatzfähiger Schaden entstanden ist.

1. Für die Beurteilung, ob bei pflichtgemäßem Verhalten des Beraters das Ausgangsverfahren zugunsten des Mandanten hätte ausgehen müssen, ist die Rechtslage zu dem damaligen Zeitpunkt maßgeblich (BGHZ 79, 223, 228 ff; BGH, Urt. v. 6.2.1991 – VIII ZR 26/90, NJW-RR 1991, 660, 661; v. 3.6.1993, a.a.O., 2801).

Da das Finanzamt die vom Kläger angegriffenen Bescheide in den Jahren 1982/83 erlassen hat, ist anzunehmen, dass dies auch dann geschehen wäre, wenn der Steuerberater den Kläger sachgerecht beraten hätte. Das wird von den Parteien auch nicht infrage gestellt.

Der Senat hat im ersten Revisionsurteil im Einzelnen dargestellt (a.a.O., 2801 zu II 2 b aa, bb), unter welchen Voraussetzungen auf der Grundlage der damaligen höchstrichterlichen Rechtsprechung bei Ausbeutung von Bodenschätzen AfS im Allgemeinen anerkannt wurden. Hierauf wird zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug genommen.

Demzufolge kam es darauf an, ob der Bodenschatz zunächst im Privatvermögen des Klägers greifbar geworden und erst dann in einen Gewerbebetrieb überführt worden war oder ob er sich von Anfang an im Gewerbebetrieb konkretisiert hatte.

Das Berufungsgericht stützt sich für die von ihm vertretene Auffassung, der Bodenschatz sei als selbständiges Wirtschaftsgut nicht im Privatvermögen des Klägers, sondern in der Nutzungsgemeinschaft des Klägers mit B. entstanden, nunmehr entscheidend auf den Aktenvermerk vom 2.2.1979. Die daraus abgeleitete rechtliche Würdigung ist jedoch verfehlt.

a) Der Aktenvermerk schildert eine Vereinbarung zwischen dem Kläger und B. zur Gewinnverteilung bei Ausbeutung des Kiesvorkommens. Daraus folgt jedoch nicht, dass der Kläger und B. damals schon einen gemeinsamen Gewerbebetrieb eröffnet hatten. Vielmehr ist das Gegenteil richtig: Der Steuerberater nahm die ihm erteilte Information zum Anlass dafür, dem Kläger vorzuschlagen, „die Gewinnabrede in die Form eines Pachtvertrages zu kleiden“.

Daraus ergibt sich – auf der Grundlage des Vortrags der Beklagten und der tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts –, dass der Kläger einen gemeinsamen Gewerbebetrieb mit B. zu diesem Zeitpunkt noch nicht eingerichtet hatte und dazu auch noch nicht endgültig entschlossen war. **Überlässt der Eigentümer den Abbau einem Pächter, wird er selbst nicht gewerblich tätig.** Solange er in Betracht zieht, das Kiesvorkommen auf diese Weise ausbeuten zu lassen, hat er daher eine gewerbliche Tätigkeit noch nicht aufgenommen (vgl. BFHE 173, 115, 119 f = NJW 1994, 3182, 3183).

Der Bodenschatz wird als selbständiges Wirtschaftsgut greifbar, sobald der Eigentümer über ihn verfügt. Das ist der Fall, wenn der Bodenschatz zur nachhaltigen Nutzung in den Verkehr gebracht wird. Diese Voraussetzung ist jedenfalls zu dem Zeitpunkt erfüllt, in dem die öffentlich-rechtliche Genehmigung zum Abbau des Bodenvorhabens erteilt wird (BFHE 159, 177, 180 f; 173, 115, 117 f; 184, 400, 401 f m.w.N.).

Wird das den Bodenschatz enthaltende Grundstück an einen Abbauunternehmer veräußert und zahlt dieser, ohne die Erteilung einer Abbaugenehmigung zur Bedingung zu machen, nicht nur den Kaufpreis für den Grund und Boden, sondern zusätzlich auch für den Bodenschatz, ist dieser im Regelfall schon damit in Verkehr gebracht (BFHE 184, 400, 402).

Entsprechende Voraussetzungen sind im Streitfall nach dem unstrittigen Sachverhalt nicht gegeben. Danach stellte der Bodenschatz weder am 2.2.1979 noch zu einem anderen Zeitpunkt vor Erteilung der Abbaugenehmigung ein selbständiges Wirtschaftsgut dar.

b) Entgegen der Meinung des Berufungsgerichts ist es für die rechtliche Beurteilung unwesentlich, dass der Kläger dem Antrag des B. vom 20.2.1978 auf Genehmigung des Kiesabbaus sein Einverständnis als Eigentümer beigefügt hat.

Zwar wurde nicht das Mineralvorkommen als Sache oder Grundstücksbestandteil, sondern die aus dem Eigentum fließende Berechtigung, den Bodenschatz auszubeuten, in das Betriebsvermögen eingelegt (vgl. BFHE 175, 90, 92). Diese privatrechtliche Befugnis, über den Bodenschatz zu verfügen, ist jedoch von der nach öffentlichem Recht erforderlichen Abbaugenehmigung streng zu trennen.

Indem der Kläger sein öffentlich-rechtlich erforderliches Einverständnis mit einem Abbau durch B. erteilte, traf er noch keine Entscheidung über die zivilrechtliche Gestaltung des Rechtsverhältnisses zu diesem. Auch danach stand es ihm frei, B. die Ausbeutung im Wege eines Pachtvertrages zu gestatten oder sich mit ihm zur Gründung eines gewerblichen Unternehmens zusammenzuschließen. Bevor er sich in dieser Hinsicht mit B. einig war, konnte das Wirtschaftsgut „Bodenschatz“ nicht in ein gewerbliches Unternehmen eingebracht sein.

2. Die Beurteilung, ob der Steuerpflichtige AfS gemäß § 7 Abs. 6 EStG geltend machen kann, ist rechtlich gebunden.

Daher kommt es entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht darauf an, ob die Finanzbehörde bei Bildung einer GmbH & Co. KG AfS mutmaßlich anerkannt hätte, sondern wie sie richtigerweise hätte entscheiden müssen. Das war schon den Ausführungen im Senatsurteil vom 3.6.1993 (a.a.O., 2801 f zu II 2 c) ohne weiteres zu entnehmen und entspricht im Übrigen der festen Rechtsprechung des Senats (vgl. Senatsurt. v. 23.11.1995 – IX ZR 225/94, NJW 1996, 842, 843).

a) Wie der Senat im Urteil vom 3.6.1993 (a.a.O.) entschieden hat, ist für die rechtliche Beurteilung von der so genannten „Gepräge“-Rechtsprechung (vgl. BFHE 84, 471; 106, 331; 118, 559, 561) auszugehen, weil die Oberfinanzdirektion Münster durch Rundverfügung vom 30.5.1979 deren weitere Anwendung bis zu einer abschließenden Entscheidung des Bundesfinanzhofs angeordnet hatte **und aus dieser ständigen Verwaltungsübung für den Steuerpflichtigen ein rechtlich geschützter Vertrauenstatbestand begründet wurde.** Dieser ist für die Frage, ob der Kläger durch das Verhalten des Beraters geschädigt wurde, in gleicher Weise beachtlich.

Auf der Grundlage der von der Oberfinanzdirektion erteilten Anweisung hätte die Finanzbehörde AfS nach § 7 Abs. 6 EStG anerkennen

müssen, weil die damals von der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs für maßgeblich erachteten Kriterien erfüllt waren. Das ergibt sich schon aus der Begründung des Senatsurteils vom 3.6.1993 (a.a.O.). Die dem entgegenstehenden Ausführungen des Berufungsurteils verstoßen gegen § 565 Abs. 2 ZPO.

Der Senat ist auch selbst an seine dort vertretene Rechtsansicht gebunden, an der er im Übrigen in späteren Entscheidungen, insbesondere im Urteil vom 28.9.1995 (IX ZR 158/94, NJW 1995, 3248), festgehalten hat.

b) Allerdings vertritt der Bundesfinanzhof nunmehr in einem Urteil vom 19.7.1994 (BFHE 175, 90) die Auffassung, bei Bodenschätzen, die ein Steuerpflichtiger auf einem ihm gehörenden Grundstück im Privatvermögen entdeckt und sodann in sein Betriebsvermögen einlegt, seien AfS generell – also unabhängig von der rechtlichen Gestaltungsform, in der der Betrieb geführt wird – nicht zulässig.

Die Entscheidung weicht ausdrücklich von den Urteilen BFHE 124, 501; 128, 226; 150, 534 ab, die für die steuerliche Beurteilung im ersten Revisionsurteil des Senats (a.a.O.) maßgebliche Bedeutung hatten. **Diese im Jahre 1994 vollzogene Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung im Steuerrecht hat indes für die Beurteilung des Streitfalls keine Bedeutung.**

Der Regressrichter hat, wie zu 1. bereits ausgeführt, bei Prüfung der Frage, ob dem Kläger ein Schaden entstanden ist, die Rechtslage zugrunde zu legen, die zum Zeitpunkt der hypothetischen Entscheidung im Ausgangsverfahren bestand.

Allerdings hat der Bundesgerichtshof bisher nicht entschieden, ob dazu auch die einschlägige höchstrichterliche Rechtsprechung in ihrer damaligen Ausprägung gehört oder der im Schadenersatzprozess zuständige Richter seine Beurteilung unabhängig von den damals geltenden Rechtsprechungsgrundsätzen zu treffen hat. Diese bisher ausdrücklich offen gelassene Frage (vgl. BGHZ 36, 144, 155) ist **nunmehr im ersteren Sinne zu beantworten.**

aa) Geht es um das hypothetische Ergebnis eines Ausgangsverfahrens mit **rechtlich gebundener Entscheidung**, hat der Regressrichter bekanntlich nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung nicht zu fragen, wie dieses ohne den Fehler des Beraters vermutlich geendet hätte,

sondern selbst zu beurteilen, **zu welchem Ergebnis es richtigerweise hätte gelangen müssen** (BGHZ 72, 328, 330; 133, 110, 111; BGH, Urt. v. 21.9.1995 – IX ZR 228/94, NJW 1996, 48, 49).

Diese Loslösung von der persönlichen Auffassung der im Ausgangsverfahren zuständigen Personen ist die Folge des von der Rechtsprechung seit langem vertretenen normativen Schadenbegriffs: **Der Kläger soll nur das ersetzt verlangen können, was er nach der materiellen Rechtslage zu dem Zeitpunkt, in dem über seinen Antrag zu befinden war, hätte erhalten müssen.** Allein das, worauf er nach der Rechtsordnung einen Anspruch hatte, stellt einen Schaden im Rechtssinne dar (BGHZ 124, 86, 95; 125, 27, 34). Der über den Schadenersatzanspruch entscheidende Richter hat daher Gesetz und Recht zum Zeitpunkt der hypothetischen Entscheidung festzustellen.

bb) **Die jeweils geltende Rechtslage muss unter Einbeziehung der von der höchstrichterlichen Rechtsprechung herausgearbeiteten Regeln und Grundsätze bestimmt werden.** Dies ist schon deshalb notwendig, weil die Aufgabe des Richters sich nach dem Grundgesetz nicht darauf beschränkt, Gesetze in den Grenzen des möglichen Wortsinns anzuwenden. Der Richter ist vielmehr insbesondere dort, wo Rechtsfragen gesetzlich nicht geregelt sind oder der Wortlaut einer Vorschrift in Spannung zu verfassungsrechtlichen Wertvorstellungen steht, zu schöpferischer Rechtsfindung berufen (BVerfGE 34, 269, 287; BGHZ 85, 64, 66).

Aber auch im Bereich bloßer Gesetzesauslegung führt eine ständige höchstrichterliche Rechtsprechung aufgrund der ihr von der Praxis zugewilligten Autorität in der Regel zu einer einheitlichen Rechtsanwendung. Diese Wirkung wird zusätzlich gefördert durch die verfahrensrechtlichen Bestimmungen, die eine unmittelbare Bindungswirkung der Entscheidungen (vgl. z.B. § 541 ZPO) sowie die Zulassung der Revision (§ 546 Abs. 1 Nr. 2 ZPO) oder die Vorlage einer Sache an den Bundesgerichtshof (vgl. z.B. §§ 28 Abs. 2 FGG, 79 Abs. 2 GBO, 7 Abs. 2 InsO) anordnen.

cc) **Auch aus Gleichbehandlungsgründen ist es geboten, die jeweils maßgebliche höchstrichterliche Rechtsprechung der Beurteilung, was Gesetz und Recht entspricht, zugrunde zu legen.** Wie der Senat bereits entschieden hat, kann ein ersatzfähiger Schaden des Auftraggebers darin liegen, dass ihm infolge eines Beratungsfehlers

Vorteile aus einer ständigen gesetzwidrigen Verwaltungspraxis entgangen sind, sofern die Verwaltung im Ausgangsverfahren nicht ohne Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG allein das Gesuch des jetzigen Klägers abschlägig hätte bescheiden können (Senatsurt. v. 28.9.1995, a.a.O., 3249 f).

In einem solchen Fall bewirkt das Verhalten der Behörde ein schutzwürdiges Vertrauen des Betroffenen, dessen Verletzung einen ersatzfähigen vermögensrechtlichen Nachteil begründen kann. Entsprechende Wirkung muss für die schadensrechtliche Betrachtung einer gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung zuerkannt werden.

Daher kann es nicht angehen, demjenigen, der aus vom Berater zu vertretenden Gründen eine steuerliche Vergünstigung nicht erhalten hat, die ihm auf der Grundlage der damals geltenden höchstrichterlichen Rechtsprechung gebührt hätte, einen finanziellen Ausgleich mit der Begründung zu versagen, sein steuerliches Begehren erscheine aus heutiger Sicht nicht gerechtfertigt. Der Kläger wäre damit gegenüber allen anderen Steuerpflichtigen, die sich zum damaligen Zeitpunkt in der gleichen Lage wie er befanden, jedoch vertragsgerecht beraten wurden, unbillig benachteiligt.

dd) Schließlich ist es aus rechtspraktischen Gründen geboten, die Frage, ob dem Kläger ein Schaden entstanden ist, **grundsätzlich unter Einbeziehung der im maßgeblichen Zeitpunkt geltenden höchstrichterlichen Rechtsprechung zu beantworten, unabhängig davon, ob der über den Schadenersatzanspruch entscheidende Richter deren damalige Rechtsauffassung für zutreffend hält.**

Der jeweils aktuellen **höchststrichterlichen Rechtsprechung** kommt für die Erfüllung der dem Rechtsanwalt ebenso wie dem Steuerberater obliegenden vertraglichen Aufgaben **übertragende Bedeutung** zu. Deshalb haben sie ihre Hinweise, Belehrungen und Empfehlungen in der Regel danach auszurichten, dies sogar dann, wenn sie die Rechtsprechung für unzutreffend halten (Senatsurt. v. 7.5.1992 – IX ZR 151/91, NJW-RR 1992, 1110, 1112; v. 3.6.1993, a.a.O., 2797, 2798).

Wird demnach der objektive Pflichtenkreis in solcher Weise durch die zu diesem Zeitpunkt geltende höchstrichterliche Rechtsprechung geprägt, dann ist es nur konsequent, ihr in gleicher Weise Beachtung einzuräumen für die Beurteilung der Frage, ob dem Mandanten ein

Schaden entstanden ist. Der Auftraggeber könnte sonst einen wegen Nichtbeachtung der höchstrichterlichen Rechtsprechung erlittenen Nachteil nicht ersetzt verlangen, wenn der über den Schadenersatzanspruch entscheidende Richter eine davon abweichende Auffassung vertritt.

Das aber leuchtet trotz der gebotenen normativen Betrachtung des Ausgangsverfahrens nicht ein, weil eine nunmehr vertretene divergierende Ansicht dort wegen der durch die damalige Rechtsprechung allgemein geprägten Rechtsanwendung generell keine ernsthafte Aussicht auf Beachtung gehabt hätte.

Untersteht die im Ausgangsverfahren getroffene Entscheidung der Kontrolle **einer anderen Gerichtsbarkeit als der Ziviljustiz, sind die dort zuständigen Richter aufgrund ihrer speziellen Kenntnisse und beruflichen Erfahrungen besonders geeignet, die in dem jeweiligen Rechtsgebiet auftretenden Fragen zu beurteilen**, weil sie in der Regel über ein reicheres Fachwissen verfügen als der Zivilrichter. Es entspricht deshalb den berechtigten Belangen beider Parteien, dass der im Schadenersatzprozess zuständige Richter bei der Beantwortung von Fragen aus einem ihm fern liegenden Rechtsgebiet sich an der höchstrichterlichen Rechtsprechung ausrichtet, die sich in dem für die Beurteilung maßgeblichen Zeitpunkt gebildet hatte.

Der erkennende Senat ist insbesondere im Steuerrecht schon in der Vergangenheit so verfahren. **Er hat sich regelmäßig der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs angeschlossen, ohne in eine eigenständige Erörterung der jeweiligen Problematik einzutreten, die anderenfalls unentbehrlich gewesen wäre** (vgl. z.B. *Senatsurt. v. 18.12.1997 – IX ZR 153/96, NJW 1998, 1486, 1487 f.*).

ee) Die rechtliche Wertung des Schadenersatzrichters hat die damals einschlägige **höchstrichterliche Rechtsprechung allerdings dann außer Betracht zu lassen, wenn diese zu allgemein anerkannten Rechtsgrundsätzen in Widerspruch steht, insbesondere mit der Verfassung nicht vereinbar ist** (vgl. *BGH, Urt. v. 26.3.1985 – VI ZR 245/83, NJW 1985, 2482, 2483*).

Da ein solcher **Ausnahmefall** hier nicht vorliegt, hat die Beurteilung auf der Basis der damaligen „Gepräge“-Rechtsprechung zu erfolgen. Dies führt dazu, einen vom Steuerberater zu vertretenden Schaden zu bejahen.

Anmerkung (RA Dr. Gräfe):

Die Entscheidung hat eine erhebliche Bedeutung.

Es werden alle Schadenersatzforderungen gegen Steuerberater, Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer pp. betroffen, in denen der Vorwurf erhoben wird, ein Rechtsstreit oder ein Verwaltungungsverfahren sei nur verloren worden, weil dem Berater im Vorfeld ein Fehler unterlaufen sei.

Hier kommt es immer auf die Beantwortung der Frage an, wie wäre der Fall richtig entschieden worden und ist es von Bedeutung, wenn sich die höchstrichterliche Rechtsprechung nach dem Beratungsfehler zuungunsten des Mandanten geändert hat.

Bisher galt bereits einhellig, dass es nicht darauf ankommt, wie die damals zuständigen Personen bei ordnungsgemäßer Beratung entschieden hätten. Entscheidend ist, wie die richtige Beurteilung in der Sache gewesen wäre.

Nun hat der BGH einen weiteren Maßstab dafür geliefert, welche Beeinträchtigung des Rechtsgüterstandes des Mandanten er als Schaden ansieht, wenn sich die höchstrichterliche Rechtsprechung zulasten des Mandanten geändert hat.

Es steht jetzt fest, dass nicht die Sicht im Zeitpunkt der Regressentscheidung von Bedeutung ist, sondern am Tag der Ermittlung des Rechtsgüterstandes ohne das schädigende Ereignis. Die Rechtsprechungsänderung kann im Regressfall nicht zugunsten des Schuldners „durchschlagen“.

Mit dieser Entscheidung war zu rechnen (vgl. *Fischer, in: Zuehör, Anwaltshaftung, C 1101 ff.*). Zweifel bleiben, ob der normative Schadenbegriff hier nicht fehlinterpretiert wurde.

Bei der Schadenbeeinträchtigung geht es um die Feststellung, ob diese von der Rechtsordnung als ausgleichswürdig angesehen wird. Das Recht liefert die Maßstäbe im Zeitpunkt der Entscheidung über die Regressklage.

Wenn sich die höchstrichterliche Rechtsprechung im Laufe der zurückliegenden Jahre zuungunsten des Mandanten geändert hat, so kann das nicht unberücksichtigt bleiben.

Dritthaftung des WP gegenüber Kapitalanlegern

- WP als Kontrollorgan
 - Irreführende Testate
 - Prospekthaftung?
 - Verschulden bei Vertragsschluss
 - Werbung mit Testatinhalt
- (BGH, Urt. v. 26.9.2000 - X ZR 94/98)

Leitsätze:

1. Ein Wirtschaftsprüfer, der es im Rahmen eines Kapitalanlagensystems übernimmt, die Einzahlungen der Anleger und die Mittelverwendung regelmäßig zu überprüfen, diese Kontrolle tatsächlich jedoch nicht in dem den Anlegern versprochenen Umfang durchführt, in seinen Prüfstaten aber gleichwohl die Ordnungsgemäßheit des Geldflusses und der Mittelverwendung bestätigt, haftet späteren Anlegern auf Schadenersatz aus Verschulden bei Vertragsschluss, wenn diese im Vertrauen auf die Richtigkeit früherer Testate Geldanlagen getätigt haben und der Wirtschaftsprüfer damit rechnen musste.

2. Ein Wirtschaftsprüfer kann sich in einem solchen Fall nicht darauf berufen, er sei vom Veranstalter des Kapitalanlagensystems nur mit der Kontrolle der Konten beauftragt worden. Vielmehr muss er, wenn er Unzulänglichkeiten im Geschäftsbetrieb des Kapitalanlagebetreibers und Abweichungen zwischen den Angaben des Anlageprospekts und dem Gegenstand seines Prüfauftrags feststellt, geeignete Maßnahmen ergreifen, um den von ihm mitgeschaffenen Vertrauenstatbestand zu beseitigen.

Zum Sachverhalt:

Die Kläger beteiligten sich in den Jahren 1994 und 1995 mit Geldbeträgen in unterschiedlicher Höhe an einem Kapitalanlagensystem, bei dem den Anlegern Beteiligungen an Gesellschaften bürgerlichen Rechts angeboten wurden. Gegenstand der Gesellschaften sollte die Kapitalanlage im US-Financial-Futures-Handel sein. Die in einem Kalendermonat beigetretenen Anleger bildeten jeweils eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die für die Dauer von 24 Monaten errichtet wurde.

Das Anlagensystem wurde von der P.-GmbH von 1989 bis 1995 betrieben, deren Geschäftsführer und alleiniger Gesellschafter der im Revisions-

rechtszug nicht mehr beteiligte Beklagte zu 1) war. In Prospekten, mit denen sie für ihr Kapitalanlagensystem warb, wird der nach Einzahlung der Geldbeträge stattfindende Geldfluss so dargestellt, dass die Anlagebeträge zu 100% vom Einzahlungskonto an Broker fließen, denen die Anlage der Gelder obliegt. Weiter wird neben den hohen Renditeerwartungen hervorgehoben, dass ein besonderes Kapitalsicherungssystem bestehe. Danach sollten die Einzahlungen auf ein Treuhandkonto gehen. Treuhänder war ein Rechtsanwalt und Notar.

Nach den jeweils mit den einzelnen Gesellschaften bürgerlichen Rechts, vertreten durch die P.-GmbH, abgeschlossenen Treuhandverträgen gehörte es zu seinen Aufgaben, die von den Kapitalanlegern gezeichneten Anlagebeträge entgegenzunehmen und den Zahlungsverkehr der Gesellschaften abzuwickeln. Die P.-GmbH schloss darüber hinaus mit den jeweiligen Gesellschaften einen Verwaltungs- und Geschäftsführungsvertrag ab, durch den sie von den Gesellschaften mit der Geschäftsführung und Verwaltung des Gesellschaftsvermögens beauftragt wurde. Der zwischen dem Treuhänder und den Gesellschaften geschlossene Treuhandvertrag enthielt in § 1 Nr. 5 die folgende Regelung:

„Die Prüfung des Mittelzuflusses, der Mittelverwendung, der Gewinnausschüttungen sowie der Beteiligungen wird von einem unabhängigen Wirtschaftsprüfer bzw. einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft halbjährlich durchgeführt. Die Wahl dieses Wirtschaftsprüfers bzw. dieser Wirtschaftsprüfungsgesellschaft obliegt dem Treuhänder. Den Auftrag zur Prüfung erteilt die Verwaltungsgesellschaft im Namen sämtlicher P.-GBRs und auf Rechnung der Verwaltungsgesellschaft.“

Die auf dieser vertraglichen Regelung beruhenden Prüfaufträge erteilte der Geschäftsführer der P.-GmbH dem Beklagten zu 2), einem Wirtschaftsprüfer, wobei die P.-GmbH die Kosten hierfür übernahm. Der Beklagte erstellte unter Bezugnahme auf § 1 Nr. 5 des Treuhandvertrags in regelmäßigen Abständen im Zeitraum von April 1990 bis Februar 1995 Prüfberichte. Die Prüfberichte enden jeweils mit dem folgenden gleich lautenden Bestätigungsvermerk:

„Schlussbemerkung und Bestätigungsvermerk über die Prüfung des Zahlungsverkehrs beim Mittelverwendungstreuhänder gem. § 1 Abs. 5 des Treuhandvertrages.“

Entsprechend dem Verwaltungs- und Geschäftsführungsvertrag obliegt der P.-GmbH lediglich die Geschäftsführung und die Verwaltung des Gesellschaftsvermögens der von den Kapitalanlegern gebildeten BGB-Gesellschaften. Die finanzielle Abwicklung ist von der verwaltenden Tätigkeit dadurch klar getrennt, dass gem. Treuhandvertrag der Mittelverwendungstreuhänder die von den Gesellschaftern gezeichneten Einlagen entgegennimmt und die Abwicklung des Zahlungsverkehrs übernimmt. Sämtliche Ein- und Auszahlungen, die die Kapitalanleger betreffen, erfolgen über Ander-Konten des Notars L. in seiner Eigenschaft als Mittelverwendungstreuhänder.

Meine Prüfung für den Zeitraum vom ... ergab, dass der Zahlungsverkehr über die Ander-Konten entsprechend dem Treuhandvertrag abgewickelt und die Einnahmen und Ausgaben ordnungsgemäß anhand der Kontoauszüge und Belege nachgewiesen wurden. Die P.-GmbH hat weder Gelder der Kapitalanleger entgegengenommen noch direkt darüber verfügt. Die Einzahlungen der Kapitalanleger und deren Renditeanteile wurden vom Mittelverwendungstreuhänder über eine EDV-Anlage in entsprechenden Listen, unterteilt nach den einzelnen Gesellschaften, erfasst. Außerdem wurde der gesamte Zahlungsverkehr im Wege einer doppelten Buchführung (System DATEV) erfasst. Feststellungen, die gegen die Vollständigkeit der ausgewiesenen Anlage- und Renditebeträge sprechen, wurden nicht getroffen.

Zusammenfassend stelle ich fest, dass die finanzielle Abwicklung (Mittelzufluss und Mittelverwendung) entsprechend dem Treuhandvertrag ordnungsgemäß erfolgte.“

Die Prüfberichte versah der Beklagte mit seinem Wirtschaftsprüfersiegel und seiner Unterschrift.

Die von den Anlegern eingehenden Geldbeträge wurden von dem Treuhänder W. auf ein Konto des Rechtsanwalts K. überwiesen. Dieser fungierte als Treuhänder der FTC, die ihren Sitz auf den Cayman-Inseln hatte. Zusätzlich wurde im Jahre 1994 eine weitere Vermögensverwaltungsgesellschaft eingeschaltet. K. überwies die von W. erhaltenen Beträge auf Konten, die die FTC angegeben hatte. Der weitere Verbleib der Gelder ist ungeklärt. Im Jahre 1995 brach das gesamte Kapitalanlagesystem zusammen.

Mit der Klage verlangen die Kläger von dem Beklagten Schadenersatz und die Rückzahlung

der von ihnen angelegten Gelder abzüglich erhaltener Renditezahlungen.

Die Kläger haben vorgetragen, die ihnen vorgelegten Prospektunterlagen seien unrichtig. Der Beklagte hafte hierfür als Prospektverantwortlicher. Zudem habe der Beklagte die sich aus seinem Prüfauftrag ergebende Verpflichtung zur umfassenden und richtigen Prüfung gegenüber den Kapitalanlegern schuldhaft verletzt, weil er in den Testaten unrichtig die ordnungs- und vertragsgemäße Mittelverwendung testiert habe. Die Vermittler der P.-GmbH hätten mit den vom Beklagten erstellten Bestätigungsvermerken bei den Kunden geworben; auch ihnen seien diese vorgelegt worden.

Der Beklagte ist dem entgegengetreten. Er hafte nicht aus Prospekthaftung, da er auf die Gestaltung der Prospekte keinen maßgeblichen Einfluss genommen habe. Er schulde auch nicht Schadenersatz wegen fehlerhafter Prüfberichte. Er habe entsprechend der ihm von der P.-GmbH erteilten Aufträge nur bestätigt, dass der Geschäftsablauf ordnungsgemäß erfolgt sei. Die Prüfberichte seien ausdrücklich nur für die Akten der Vertriebsbeauftragten gedacht gewesen.

Das Landgericht hat den vormaligen Beklagten zu 1) antragsgemäß zur Zahlung verurteilt, die Klage gegen den Beklagten zu 2) (nachfolgend: Beklagter) hingegen abgewiesen. Auf die Berufung der Kläger hat das Oberlandesgericht das landgerichtliche Urteil abgeändert und der Klage gegen den Beklagten – abgesehen von geringfügigen Kürzungen bei der Schadenhöhe – im Wesentlichen stattgegeben.

Mit seiner Revision begehrt der Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils. Die Kläger bitten um Zurückweisung der Revision.

Die zulässige Revision hat in der Sache Erfolg. Sie führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

Aus den Gründen:

I.

1. Das Berufungsgericht hat den Klägern **Schadenersatz aus Werkvertrag** zugesprochen. Dazu hat es im Wesentlichen ausgeführt:

Zwischen dem Beklagten und den jeweiligen Anlegern der P.-GmbH Gesellschaften bürgerlichen Rechts als Gesellschaftern sei ein **Vertrag über „die Prüfung des Mittelzuflusses, der Mittelverwendung, der Gewinnauszahlungen sowie der Beteiligungen“** mit dem in § 1 Nr. 5 des Treuhandvertrages genannten Umfang zustande gekommen. Der Beklagte sei durch die P.-GmbH als Verwaltungsgesellschaft im Namen sämtlicher „P.-GmbHs“ beauftragt worden. Ein Vertragsschluss ergebe sich zudem aus dem Vortrag des Beklagten, wonach er jeweils von der P.-GmbH beauftragt worden sei, gemäß § 1 Nr. 5 des Treuhandvertrages zu prüfen. Hierfür habe er auch in seinen Bestätigungsvermerken über die Prüfung des Zahlungsverkehrs beim Mittelverwendungstreuhänder Bezug genommen.

2. Diese Beurteilung des Berufungsgerichts ist unter revisionsrechtlichen Gesichtspunkten nicht zu beanstanden.

a) Vor allem spricht der Umstand, dass nicht die Kläger, sondern die P.-GmbH das Entgelt für die Prüfberichte gezahlt haben, nicht gegen die Annahme des Berufungsgerichts, zwischen den Parteien sei ein entgeltlicher Werkvertrag zustande gekommen. Die **Bezahlung der Prüfungstätigkeit** des Beklagten durch die P.-GmbH steht der Entgeltlichkeit des Vertrages nicht entgegen.

Der Werkvertrag ist ein gegenseitiger Vertrag, durch den sich der Unternehmer zur Herstellung des versprochenen Werkes für den Besteller im Austausch gegen die Leistung einer Vergütung verpflichtet (§ 631 BGB); es wird ein Entgelt als Gegenleistung für den Arbeitserfolg geschuldet. Nicht erforderlich ist dabei, dass die Vergütung von dem Empfänger der Werkleistung selbst gezahlt wird (vgl. § 267 BGB). Denn der Unternehmer ist regelmäßig nur an der Zahlung der Vergütung interessiert, nicht aber daran, ob sein Vertragspartner das Entgelt entrichtet oder ein Dritter.

b) Der Revision kann auch nicht darin gefolgt werden, es fehle an einer Vereinbarung dahin, dass die P.-GmbH die dem Beklagten geschuldete Vergütung für die Anleger-Gesellschaften gezahlt habe.

Nach § 7 des jeweiligen Verwaltungs- und Geschäftsführungsvertrages hatte sich die P.-GmbH gegenüber den bestehenden Gesellschaften bürgerlichen Rechts und damit auch gegenüber den Klägern als Gesellschaftern verpflichtet, von dem Gewinnanteil die Kosten des Wirtschafts-

prüfers zu bezahlen. Gemäß § 1 Nr. 5 des Treuhandvertrages, der den Verträgen mit den Klägern zugrunde lag, erteilte die P.-GmbH den Auftrag zur Prüfung im Namen sämtlicher Gesellschaften bürgerlichen Rechts und auf ihre Rechnung. Daraus ergibt sich unmittelbar, dass der Vertrag über die Prüfung für die jeweiligen Gesellschaften bürgerlichen Rechts geschlossen werden sollte, die erbrachten Leistungen jedoch von der P.-GmbH bezahlt werden sollten.

c) Zu Unrecht vermisst die Revision Vortrag der Kläger, dass zwischen ihnen und dem Beklagten ein entgeltlicher Werkvertrag hinsichtlich der Prüfung des Geldmittelflusses und der Geldmittelverwendung zustande gekommen sei.

Zwar ist der Revision insoweit zuzugeben, dass sich der klägerische Vortrag in erster Linie an anderen Anspruchsgrundlagen wie etwa der Prospekthaftung orientiert hat. Gleichwohl reicht das klägerische Vorbringen in der Berufungsinstanz in Verbindung mit den vorgelegten Vertragsunterlagen, insbesondere dem Treuhandvertrag, aber aus, um jedenfalls auch einen Werkvertrag zwischen den Parteien annehmen zu können. **Danach hatte der Beklagte bei Durchführung der Prüfaufträge die Interessen der Kläger wahrzunehmen und in ihrem Interesse auch die ordnungsgemäße Mittelverwendung zu überprüfen.**

Für die Auffassung des Berufungsgerichts spricht entscheidend, dass die von dem Beklagten gefertigten **Bestätigungsvermerke** auf den Gesellschaftsvertrag und ab März 1994 ausdrücklich auf die Regelung in § 1 Nr. 5 des Treuhandvertrages Bezug nehmen. Aus dieser vom Beklagten selbst erwähnten vertraglichen Regelung ergibt sich mit hinreichender Deutlichkeit, dass der Prüfauftrag im Namen der jeweiligen Gesellschaften erteilt wurde und die P.-GmbH als rechtsgeschäftliche Vertreterin der Gesellschaften bürgerlichen Rechts und damit auch der Gesellschafter handelte.

II.

1. Das Berufungsgericht hat weiter angenommen, der Beklagte habe seine Prüfaufträge mangelhaft durchgeführt und außerdem Hinweis- und Aufklärungspflichten gegenüber seinen Auftraggebern verletzt.

Der Beklagte sei verpflichtet gewesen, neben dem Mittelzufluss, den Gewinnauszahlungen und den Beteiligungen auch die Mittelverwen-

dung zu überprüfen. Bei der Mittelverwendung habe es sich nur um den Weiterfluss des Kapitals vom Anderkonto des Treuhänders W. handeln können. Nach dem dem Beklagten bekannten jeweiligen Prospekt habe das Anlagekapital zu 100% von dem Einzahlungskonto an die Broker überwiesen werden sollen; es sei der Eindruck vermittelt worden, dass die P.-GmbH selbst die Verbindung mit den Brokern herstelle und halte und nicht nur das Kapital einsammle. Der Beklagte habe deshalb in seinen Prüfberichten darauf hinweisen müssen, dass das Anlagekapital im Widerspruch zu dem Inhalt der Prospekte nicht direkt den Brokern zugeleitet worden sei, sondern an Rechtsanwalt K., der als Treuhänder für die FTC fungiert und das Kapital an diese ausgekehrt habe.

Der Beklagte habe auch gewusst, dass diese an Rechtsanwalt K. ausgekehrten Beträge mit anderen Anlagegeldern „vermischt“ worden seien, was nicht im Einklang mit dem Prospekt gestanden habe, wonach „die einzelnen geschlossenen GbRs der P.-GmbH die alleinigen wirtschaftlichen Inhaber der bei unseren Brokern geführten Konten“ hätten sein sollen. Der Beklagte habe auch durch verschiedene Berichte über dieses System alarmiert sein müssen. Er habe in seinen Prüfberichten darauf hinweisen müssen, dass der Kapitalfluss nicht den Zusagen in den Prospekten entsprochen habe. Er habe in den Prüfberichten deutlich machen müssen, dass schon bei der FTC nicht 100% des Kapitalanlagebetrages zur Überweisung an Broker verblieben seien.

Ihm sei bekannt gewesen, dass die FTC erhebliche Beträge an den Geschäftsführer der P.-GmbH überwiesen habe und auch eine Provision für sich einbehalten habe. Gleichwohl habe sich der Beklagte nur darauf beschränkt, in seinen Prüfberichten darzustellen, ob der Treuhänder W. die eingegangenen Gelder ordnungsgemäß verbucht und nichts an die P.-GmbH ausgekehrt habe. Damit habe er seine Prüfaufträge mangelhaft ausgeführt. Diesen Mangel habe er zu vertreten, weil er aufgrund seiner beruflichen Qualifikation die abweichende Handhabung zu lasten der Anleger ohne weiteres habe erkennen müssen.

Der Beklagte habe weiterhin seine Hinweis- und Aufklärungspflichten aus Vertrag verletzt. Er habe die Kläger nicht darauf hingewiesen, dass die in den Prospekten suggerierte Sicherheit der Geldanlage tatsächlich nicht bestanden habe. Eine Kontrolle durch die P.-GmbH über die Art

der Anlage sei für den Beklagten erkennbar schon deshalb nicht möglich gewesen, weil die Einlagen nicht direkt an die Broker geflossen seien, sondern an die FTC. Ob und wie diese das Kapital angelegt habe, sei weder erkennbar noch kontrollierbar gewesen.

2. Die hiergegen gerichteten Angriffe der Revision haben keinen Erfolg.

a) Nach Auffassung des Berufungsgerichts hatte der Beklagte aufgrund der mit den Klägern geschlossenen Prüfverträge den Mittelfluss, die Mittelverwendung, die Gewinnaussahlungen und die Beteiligungen bei dem Treuhänder umfassend entsprechend den Regelungen des Treuhandvertrages zu überprüfen und deren Ordnungsgemäßheit in einem Prüfbericht zu bestätigen.

Die der Auffassung des Berufungsgerichts zugrunde liegende Auslegung des Prüfvertrages der Parteien ist in der Revisionsinstanz nur begrenzt zu überprüfen (BGHZ 65, 107, 110). Die revisionsrechtliche Kontrolle erstreckt sich insoweit nur darauf, ob dem Tatrichter bei seiner Auslegung Rechtsfehler unterlaufen sind, insbesondere ob seine Würdigung gesetzliche oder allgemein anerkannte Auslegungsregeln (§§ 133, 157 BGB), die Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt, oder ob seine Auslegung auf Verfahrensfehlern beruht, indem er etwa unter Verstoß gegen Verfahrensvorschriften wesentliches Auslegungsmaterial außer Acht gelassen hat (*ständige Rechtsprechung, u.a. Senatsurt. v. 25.2.1992 - X ZR 88/90, NJW 1992, 1967, 1968 ff; BGH, Urt. v. 10.7.1998 - V ZR 360/96, NJW 1998, 3268*). Derartige Fehler zeigt die Revision nicht auf.

b) Die Revision meint, maßgebend für die den Beklagten bei der Prüfung treffenden Pflichten könne nur sein, womit der Beklagte beauftragt worden sei, nicht aber womit er nach Auffassung des Berufungsgerichts habe beauftragt werden müssen. Nach seinem unter Beweis gestellten Vortrag sei der Beklagte im April 1990 von der P.-GmbH damit beauftragt worden, die Aus- und Eingänge auf dem Treuhandkonto zu überprüfen. Seine Prüfung habe entsprechend § 1 Nr. 4c des Treuhandvertrages mit der Überweisung der Anlagegelder auf das Treuhandkonto des Rechtsanwalts K. geendet.

Es sei deshalb verfahrensfehlerhaft (§ 286 ZPO), von einem solchen Inhalt des dem Beklagten erteilten Auftrages auszugehen, wie ihn das

Berufungsgericht dem Beklagten anlasse. Zudem habe das Berufungsgericht den angebotenen Beweis erheben müssen.

Die Revision bezieht sich insoweit auf einen Vertrag, der nicht zwischen den Parteien abgeschlossen worden ist und deshalb für die Leistungspflichten des Beklagten gegenüber den Klägern nicht maßgebend sein kann. Die Kläger haben sich unstreitig erst ab 1.6.1994 an dem Anlagesystem der P.-GmbH beteiligt.

Hiervon abgesehen fehlen für den von der Revision behaupteten eingeschränkten Prüfungsumfang zureichende Anhaltspunkte. Dass der Inhalt des Vertrages von April 1990 den mit den Klägern geschlossenen Prüfverträgen entsprach, hat der Beklagte nicht behauptet. Er hat auch nicht hinreichend substantiiert dargelegt, dass der in § 1 Nr. 5 des Treuhandvertrages inhaltlich fixierte Prüfauftrag von den Parteien einverständlich beschränkt worden sei.

Der Beklagte ist ausweislich seiner Testate, die auf § 1 Nr. 5 des Treuhandvertrages ausdrücklich Bezug nehmen, selbst von Prüfpflichten in dem Umfang ausgegangen, die das Berufungsgericht seinen Erwägungen zugrunde gelegt hat. Entgegen der Auffassung der Revision war daher das Berufungsgericht mangels eines schlüssigen Vortrages des Beklagten nicht verpflichtet, den angebotenen Beweisen nachzugehen.

c) Die Revision kann auch nicht mit Erfolg geltend machen, das Berufungsgericht habe verkannt, dass sich die Kläger nach den Vertretungsvorschriften (§ 166 BGB) das Handeln der P.-GmbH bei der Erteilung der Prüfaufträge zurechnen lassen müssten. Sie könnten den Beklagten nicht in eine vertragliche Haftung hineinzwängen, in die er durch die GmbH nicht gebracht worden sei, weil sie nur beschränkte Aufträge erteilt habe. Deshalb komme es nur auf das Verhalten der GmbH an. Habe diese die Prüfberichte als vertragsgemäße Leistung des Beklagten entgegengenommen, müssten sich das auch die Kläger zurechnen lassen.

Es sei deshalb fehlerhaft, wenn das Berufungsgericht fordere, der Beklagte habe darauf hinweisen müssen, dass die Anlagegelder nicht direkt an die Broker, sondern an Rechtsanwalt K. gezahlt worden seien. Verfehlt sei auch die Annahme des Berufungsgerichts, dass der Beklagte durch verschiedene Berichte habe alarmiert sein müssen.

Soweit die Revision damit in Abrede stellt, dass dem Beklagten Prüfaufträge mit dem vom Berufungsgericht festgestellten umfassenden Inhalt erteilt worden sind, führt sie eine zulässige Rüge nicht aus. Soweit sie meint, eine Information der P.-GmbH als Vertreterin der Kläger über die Ordnungsgemäßheit der Mittelverwendung sei als vertragsgemäße Leistung anzusehen und ausreichend, verkennt die Revision die **Bedeutung der Prüfberichte für die Anleger in dem von der P.-GmbH betriebenen Kapitalanlagesystem.**

Die Prüfberichte und Informationen des Beklagten über die Ordnungsgemäßheit der Einzahlungen und der Mittelverwendung waren gerade für die Anleger von besonderer Bedeutung, weil sie sich im Vertrauen auf das in den Prospekten herausgestellte Kapitalsicherungssystem zur Anlage bei der P.-GmbH entschlossen hatten. Um ihr Risiko einschätzen zu können, waren sie darauf angewiesen, von dem Beklagten über Abweichungen zwischen dem aufgrund des Prospektes und dem Inhalt des Treuhandvertrages vereinbarten Leistungsbild und der tatsächlichen Handhabung unterrichtet zu werden.

Ihrem Informationsbedürfnis musste der Beklagte demnach genügen. Eine Information des Geschäftsführers der P.-GmbH reichte hierzu nicht aus. Dieser kannte zudem die Vertragsabweichungen und profitierte von ihnen; eine Änderung der zu beanstandenden Praxis im Interesse der Anleger war daher von diesem nicht zu erwarten.

III.

1. Das Berufungsgericht hat die Pflichtverletzungen des Beklagten als Ursache des den Klägern mit ihren Geldanlagen entstandenen Schadens angesehen. Es hat die **Kausalität** damit begründet, **dass im Prospekt der P.-GmbH mit der Tätigkeit eines Wirtschaftsprüfers geworben worden sei**, was auch der Beklagte gewusst habe. Er habe gewusst, dass Interessenten, die den Prospekt gelesen hätten, unter anderem auf diese Prüfung vertraut hätten. Auch habe er damit rechnen müssen, dass seine **Prüfergebnisse für die Kundenwerbung eingesetzt würden.**

Hätte er deutlich gemacht, dass die Anlagegelder nicht direkt an Broker ausgezahlt würden, sondern an einen weiteren „Treuhand“ einer so genannten Vermögensverwaltungsgesellschaft, hätten die Anleger erkannt, dass

die Angaben im Prospekt unzutreffend gewesen seien. Sie hätten sodann nicht auf die Sicherheit ihrer Anlage vertraut und deshalb ihr Geld nicht über die P.-GmbH angelegt. Die Kläger hätten bei entsprechenden Hinweisen des Beklagten auch erkannt, dass aufgrund der versprochenen Rendite eine 91%ige Kapitalsicherheit gar nicht haben bestehen können. Hätten die Kläger ihre Einlagen nicht an den Treuhänder W. gezahlt, wären diese nicht verloren gegangen.

Auch der **Schaden** derjenigen Kläger, die ihr Kapital erst 1995 über die P.-GmbH angelegt hätten, sei auf Verletzung der Pflichten des Beklagten zurückzuführen, obwohl insoweit kein Vertrag mit dem Beklagten zustande gekommen sei. Die Klägerin zu 2) habe im März 1995 nochmals 5.500 DM angelegt, weil sie aufgrund der Prüfaufträge an den Beklagten aus dem Jahr 1994 (Erstanlage) darauf habe vertrauen können, dass der Beklagte seiner Prüfpflicht ordnungsgemäß nachgekommen sei. Dasselbe gelte für die Klägerin zu 3) und den Kläger zu 5), die ebenfalls im Vertrauen auf die pflichtgemäße Tätigkeit des Beklagten noch am 4.1.1995 und am 13.3.1995 ihr Anlagekapital „aufgestockt“ hätten.

2. Dies greift die Revision mit Erfolg an.

a) Das Berufungsgericht geht davon aus, dass der Schaden der Kläger bereits dadurch entstanden ist, dass sie sich an dem Anlagesystem der P.-GmbH beteiligt und entsprechende Geldbeträge eingezahlt haben. Eine Ersatzpflicht des Beklagten aus dem mit ihm geschlossenen Werkvertrag kann ein solcher Schaden jedoch nur dann auslösen, wenn er durch vorangegangene Verletzungen der Vertragspflichten des Beklagten verursacht war. Dies lässt sich aus den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht entnehmen.

Ein Prüfungsauftrag der Kläger über die Verwendung ihrer Mittel konnte dem Beklagten erst nach der Anlageentscheidung der Kläger erteilt werden; die Verwendung der eingezahlten Geldbeträge konnte naturgemäß erst nach deren Einzahlung und Weiterleitung – mithin erst nach Eintritt des Schadens – geprüft und beanstandet werden.

b) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kann insoweit auch nicht darauf abgestellt werden, dass in den beim Abschluss des Gesellschafts- und des Treuhandvertrages den

Anlegern vorgelegten Prospekten mit der Tätigkeit eines Wirtschaftsprüfers geworben wurde. Da der Beklagte nicht zum Kreis der Prospektverantwortlichen zählt, wie das Berufungsgericht mit Recht festgestellt hat, kann dies allein eine vertragliche Haftung des Beklagten nicht begründen.

c) Die angefochtene Entscheidung beruht daher auf Rechtsfehlern und kann mit der bisherigen Begründung keinen Bestand haben. Die Frage, ob sich eine Ersatzpflicht des Beklagten daraus ableiten lässt, dass die Kläger auf die Richtigkeit der für frühere Anleger erteilten Testate des Beklagten vertrauen durften, ist in anderem Zusammenhang (siehe bei IV. 2.) noch zu erörtern.

IV.

Die Entscheidung des Berufungsgerichts stellt sich auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen auch nicht aus anderen Gründen im Ergebnis als richtig dar (§ 563 ZPO).

1. Das Berufungsgericht hat mit Recht Schadenersatzansprüche der Kläger gegen den Beklagten aus Prospekthaftung verneint.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH, Urte. v. 31.3.1992 – XI ZR 70/91, WM 1992, 901, 90; BGHZ 115, 213, 218; Urte. v. 1.12.1994 – III ZR 93/93, NJW 1995, 1025) unterliegen der Haftung wegen unrichtiger oder unvollständiger Angaben in einem Prospekt die Herausgeber des Prospekts und die für dessen Herstellung Verantwortlichen, insbesondere die das Management bildenden Initiatoren, Gestalter und Gründer der Gesellschaft sowie die Personen, die hinter der Gesellschaft stehen und neben der Geschäftsleitung besonderen Einfluss ausüben und Mitverantwortung tragen.

Insoweit ist die Haftung an standardisiertes, diesen Personen typischerweise entgegengebrachtes Vertrauen geknüpft und nicht davon abhängig, dass die jeweiligen Personen und ihr Einfluss im Prospekt offenbart werden oder den Anlegern sonst bekannt geworden sind (vgl. BGHZ 79, 337, 341, 342).

Darüber hinaus trifft eine Prospektverantwortlichkeit auch diejenigen, die aufgrund ihrer besonderen beruflichen und wirtschaftlichen Stellung oder aufgrund ihrer Fachkunde eine Garantenstellung einnehmen, sofern sie durch

ihr nach außen in Erscheinung tretendes Mitwirken an dem Prospekt einen Vertrauenstatbestand geschaffen haben (BGH, a.a.O.; BGH, Urt. v. 14.4.1996 - II ZR 123/85, WM 1986, 904, 906; BGHZ 77, 172, 176 - Wirtschaftsprüfer).

Nach diesen Grundsätzen kommt eine Prospekthaftung des Beklagten nicht in Betracht. **Der Beklagte hatte keine Funktionen innerhalb der P-GmbH.** Er gehörte unstreitig nicht zu dem Personenkreis, der für den Inhalt des Prospekts verantwortlich war.

Eine Haftung aus Garantenstellung scheidet aus, weil der Beklagte im Prospekt der P-GmbH weder als Sachverständiger vertrauensbildende Erklärungen abgegeben hat noch eine Mitwirkung an der Prospektgestaltung auf andere Weise nach außen hervorgetreten ist.

2. Allerdings könnte eine **Schadenhaftung des Beklagten aus Verschulden bei Vertragsschluss** in Betracht kommen, wenn die P-GmbH und deren Vertreter den Klägern gegenüber - wie diese behaupten - vor Zeichnung der Anteile unter Hinweis auf die Prospekte mit den unrichtigen Prüftatsachen des Beklagten geworben haben und wenn der Beklagte damit rechnete oder rechnen musste, dass die P-GmbH und deren Vertreter seine Tatsachen zur Anwerbung von Kapitalanlegern einsetzen.

Sollte sich dies erweisen, hätte der Beklagte durch pflichtwidrige Duldung des Gebrauchs seiner mit den Angaben des Prospekts nicht übereinstimmenden Prüfberichte durch die P-GmbH einen Vertrauenstatbestand geschaffen oder aufrechterhalten, der seine Schadenersatzpflicht wegen schuldhafter Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten bereits vor Abschluss der konkreten Prüfaufträge begründete.

a) In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist anerkannt, dass **die berufliche Stellung bedeutsam dafür sein kann, ob eine Person auch Dritten gegenüber, zu denen sie keine unmittelbaren vertraglichen Beziehungen unterhält, nach den Grundsätzen der vertraglichen oder quasi-vertraglichen Haftung einzustehen hat** (BGHZ 74, 103, 108 ff; BGH, Urt. v. 8.12.1994 - III ZR 175/93, BGHR-BGB, vor § 1 - Verschulden bei Vertragsschluss, Vertreterhaftung 15).

So können Personen, die über eine besondere, vom Staat anerkannte Sachkunde verfügen und in dieser Eigenschaft gutachterliche Stellungnahmen abgeben, wie etwa Wirtschaftsprüfer,

Steuerberater, öffentlich bestellte und vereidigte Sachverständige, aus **Vertrag mit Schutzwirkungen für Dritte** gegenüber Personen haften, **denen gegenüber der Auftraggeber von dem Gutachten bestimmungsgemäß Gebrauch macht** (BGHZ 127, 378, 380 f).

Personen, die aufgrund ihrer besonderen beruflichen und wirtschaftlichen Stellung oder aufgrund ihrer Fachkunde eine Garantenstellung einnehmen, wie etwa Rechtsanwälte und Wirtschaftsprüfer, können, wie bereits ausgeführt, als Prospektverantwortliche schadenersatzpflichtig sein, **sofern sie durch ihr nach außen in Erscheinung tretendes Mitwirken am Prospekt einen Vertrauenstatbestand schaffen** (BGH, Urt. v. 31.3.1992 - XI ZR 70/91, NJW-RR 1992, 879, 883).

Dieser Rechtsprechung liegt der **allgemeine Rechtsgedanke** zugrunde, dass für die **Vollständigkeit und Richtigkeit der in Verkehr gebrachten Angaben jeder einstehen muss, der durch von ihm in Anspruch genommenes und ihm auch entgegengebrachtes Vertrauen auf den Willensentschluss der Kapitalanleger Einfluss genommen hat.**

Gleiche Grundsätze müssen für **Wirtschaftsprüfer** gelten, die **nicht zu den Prospektverantwortlichen zählen, aber gleichwohl eine Garantenstellung einnehmen, indem sie sich in ein Kapitalanlagesystem als Kontrollorgan einbinden lassen** und aufgrund des ihnen entgegengebrachten Vertrauens Einfluss auf die Anlageentscheidung der Anlageinteressenten nehmen.

Wirtschaftsprüfer genießen aufgrund ihrer staatlich anerkannten Sachkunde in wirtschaftlichen Fragen in der Öffentlichkeit besonderes Vertrauen. Der Wirtschaftsprüfer hat seinen Beruf unabhängig, gewissenhaft, verschwiegen und eigenverantwortlich auszuüben und sich insbesondere bei der Erstattung von Prüfungsberichten und Gutachten unparteiisch zu verhalten (§ 43 WPO). Er ist verpflichtet, seine Prüfberichte diesen Anforderungen entsprechend anzufertigen und in diesen enthaltene Aussagen auf ihre Wahrheitsgemäßheit zu überprüfen. Bei der Erstellung solcher Tatsachen hat er den Geboten der Vollständigkeit und Klarheit zu genügen (Hopt, Festschrift für K. Pleyer, 1986, 341, 364 ff).

Ist der Wirtschaftsprüfer nach dem dem Anlageinteressenten vorgelegten Prospekt in das Kapitalanlagesystem so eingebunden, dass das

Kapitalsicherungssystem von der Vollständigkeit und Richtigkeit der Prüfungen des Wirtschaftsprüfers abhängt, so wird hierdurch der Eindruck besonderer Zuverlässigkeit des Systems geschaffen und für die Anlageinteressenten eine zusätzliche, wenn nicht gar die ausschlaggebende Gewähr für die Richtigkeit der in dem Werbeprospekt über die Kapitalanlage gemachten Angaben gegeben (vgl. dazu Nirk, *Festschrift für Fritz Hauss*, 1978, 267, 283).

b) Einen solchen zusätzlichen Vertrauenstatbestand könnte der Beklagte als Wirtschaftsprüfer dadurch geschaffen haben, dass er in Kenntnis der Angaben des Werbeprospektes und des Treuhandvertrages für die P.-GmbH **Prüftestate** erstellte, in denen er mit Bezug auf seine **Prüfungen des Zahlungsverkehrs beim Mittelverwendungstreuhänder** bestätigte, dass der Zahlungsverkehr über die Anderkonten entsprechend dem Treuhandvertrag abgewickelt und die Einnahmen und Ausgaben ordnungsgemäß anhand der Kontoauszüge und Belege nachgewiesen worden seien, die P.-GmbH weder Gelder der Kapitalanleger entgegengenommen noch direkt darüber verfügt habe, dass die Einzahlungen der Kapitalanleger und deren Renditeanteile vom Mittelverwendungstreuhänder in entsprechenden Listen erfasst worden seien und dass die finanzielle Abwicklung (Mittelzufluss und Mittelverwendung) entsprechend dem Treuhandvertrag ordnungsgemäß erfolgt sei.

Dieser Inhalt der Prüftestate konnte von Anlageinteressenten in Verbindung mit den Angaben in dem Werbeprospekt über die spezielle Kapitalsicherung als Vorzug des von der P.-GmbH angebotenen Anlagesystems nur dahin verstanden werden, die Kapitalanlage sei gerade wegen der sachkundigen Kontrolle besonders zuverlässig und enthalte für den Anleger nur ein geringes, zu vernachlässigendes Risiko.

In dieser Auffassung musste sich der Anleger insbesondere dadurch bestärkt sehen, dass er dem **Prospekt zur Qualität der Kontrolle** entnahm, die vertragsgemäße Verwaltung der Beteiligungen der Anleger werde durch **halbjährige Prüfungen einer „unabhängigen namhaften Wirtschaftsprüfungsgesellschaft“ sichergestellt, die die „tatsächliche Durchführung auf Richtigkeit“ überprüfe, „um eine lückenlose Kontrolle zu gewährleisten“**. Aus der maßgeblichen Sicht der Anlageinteressenten musste gerade die hohe Qualifikation des Wirtschaftsprüfers den Angaben in dem Werbeprospekt besonderes Gewicht geben.

c) Setzt die P.-GmbH die in ihrem Inhalt unstreitigen Testate des Beklagten zur Kundenwerbung ein und hatte der Beklagte hiervon Kenntnis oder musste er nach den Umständen mit einem solchen Verhalten der P.-GmbH rechnen, so handelte er auch schuldhaft.

Angesichts der ihm bekannten Widersprüche zwischen den Angaben des Prospektes und der tatsächlichen Handhabung ergab sich für den Beklagten gegenüber allen Anlageinteressenten der P.-GmbH die Pflicht, auf diese Abweichungen hinzuweisen. Jedenfalls durfte er nicht durch unrichtige oder irreführende Prüftestate Interessenten zu einer Anlage veranlassen.

Der Beklagte konnte und musste auch aus den Angaben des Prospektes entnehmen, dass ihm als Wirtschaftsprüfer in dem Kapitalanlagesystem der P.-GmbH eine maßgebliche Rolle zufiel und dass gerade seine Stellung als Wirtschaftsprüfer in dem Sicherungssystem des Modells dazu gedacht und geeignet war, bei Anlegern Vertrauen in die Zuverlässigkeit des Modells zu schaffen.

d) Demgegenüber kann der Beklagte sich nicht mit Erfolg darauf berufen, er habe die Prüfung der Konten und die Prüfungsberichte entsprechend dem Umfang des ihm von der P.-GmbH erteilten Auftrages durchgeführt; er sei nur beauftragt gewesen, den Mittelzufluss auf das Treuhandkonto und die ordnungsgemäße Verbuchung zu prüfen und zu testieren. Dies habe er getan. Wenn dies mit dem im Prospekt dargestellten Inhalt der Tätigkeit des zu beauftragenden Wirtschaftsprüfers nicht übereinstimme, so hafte er hierfür nicht.

Ein Wirtschaftsprüfer, der sich in ein Kapitalanlagesystem als Kontrollorgan einbinden lässt und der durch sachlich unrichtige Prüftestate bei Anlegern einen Vertrauenstatbestand begründet, kann sich der Schadenhaftung nicht dadurch entziehen, dass er auf seinen beschränkten Prüfauftrag verweist. Vielmehr muss er, wenn er die Unzulänglichkeiten in dem Geschäftsbetrieb und die Diskrepanz zwischen Auftragsinhalt und Anpreisung im Prospekt feststellt, geeignete Maßnahmen ergreifen, um den von ihm (mit-)geschaffenen Vertrauenstatbestand zu beseitigen.

Welche Maßnahmen dies sind, wird von der konkreten Fallgestaltung abhängen. **Ist seine Tätigkeit noch nicht nach außen getreten, wird es genügen, den Prüfauftrag zu kündigen.**

Ist der Wirtschaftsprüfer **bereits tätig** geworden und werden seine Prüfberichte von seinem Auftraggeber in der Werbung um Anleger benutzt, so wird ihm jedenfalls zuzumuten sein, die **Anleger zu warnen** und weitere Maßnahmen zu ergreifen, die geeignet sind, der Bildung eines durch seine Tätigkeit im Rahmen des Anlagesystems geschaffenen Vertrauens entgegenzuwirken.

Ein Wirtschaftsprüfer, der die Mittelverwendung im Rahmen eines Kapitalanlagesystems zu prüfen hat, darf nicht ohne aufklärenden Hinweis die Ordnungsgemäßheit der Mittelverwendung durch den Treuhänder bescheinigen, wenn er weiß, dass es in dem System noch weitere Stufen gibt, die er nicht überprüft hat und auch nicht überprüfen konnte und von dem die Anleger keine Kenntnis haben können.

e) Das Berufungsgericht hat bisher nicht geprüft, ob der Beklagte wusste oder damit rechnen musste, dass die von ihm erstellten Testate bei der Werbung der P.-GmbH verwandt wurden. Der Beklagte hat vorgetragen, dass die von ihm gefertigten **Bestätigungsvermerke dem leitenden Angestellten der Vertriebsbeauftragten nur zur internen Information zur Verfügung gestellt worden seien, nicht aber für Werbezwecke.**

Sollte sich erweisen, dass Prüfberichte ohne Kenntnis des Beklagten und vertragswidrig von den Vertretern der P.-GmbH zur Werbung auch gegenüber den Klägern eingesetzt worden sind, so könnte die Haftung des Beklagten entfallen, weil der Beklagte auf die Willensentschließung der Anleger nicht in einer ihm zuzurechnenden Weise Einfluss genommen hätte.

Stellte sich heraus, dass der Beklagte zumindest damit rechnen musste, dass die Testate zur Werbung benutzt würden, hätte er unter Verletzung seiner vorvertraglichen Pflichten das Vertrauen der Anleger (mit-)begründet. Seine Pflichtverletzung wäre auch mit ursächlich für den Schaden der Kläger.

Dies wird das Berufungsgericht, gegebenenfalls nach weiterem Vortrag der Parteien, weiter aufzuklären haben.

3. Das Berufungsgericht hat **Ansprüche aus unerlaubter Handlung** verneint, weil für ein vorsätzliches Handeln i.S.d. § 826 BGB und § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB keine Anhaltspunkte vorhanden seien.

Die bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts erschöpfen den vorgetragenen Sachverhalt zu den Tatbeständen der unerlaubten Handlung nicht. Insbesondere kommt auch eine Haftung des Beklagten aus den §§ 823 Abs. 2, 830 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 263, 264a Abs. 1 Nr. 1 Fall 3, 266 StGB wegen Beihilfe zu Betrug, Kapitalanlagebetrug oder Untreue in Betracht, die der Geschäftsführer der P.-GmbH zulasten der Kläger begangen hat.

Auch dies wird das Berufungsgericht bei seiner erneuten Verhandlung und Entscheidung der Sache zu prüfen haben. Dabei wird es Folgendes zu berücksichtigen haben:

Für den subjektiven Tatbestand genügt bedingter Vorsatz des Teilnehmers (BGHZ 70, 277, 286; BGHZ 105, 121, 134). Sollte sich ergeben, dass der Beklagte eigene fördernde Beiträge leistete, so wird die Annahme eines solchen Vorsatzes nicht fern liegen, da er den Prospekt der P.-GmbH und die davon abweichende tatsächliche Handhabung kannte. Ein weitergehender Vorsatz ist insbesondere im Rahmen der Beihilfe zum Anlagenbetrug (§ 264a StGB) nicht erforderlich.

Voraussetzung für eine Haftung des Wirtschaftsprüfers aus § 826 BGB für Schäden, die daraus entstanden sind, dass ein Dritter auf die Richtigkeit eines von ihm erstellten, aber tatsächlich unrichtigen Testats vertraut hat, ist zunächst die Feststellung von Umständen, die das Verhalten des Wirtschaftsprüfers als Verstoß gegen die guten Sitten erscheinen lassen. Die Vorlage eines fehlerhaften Testats allein reicht dazu nicht aus.

Erforderlich ist vielmehr, dass der Wirtschaftsprüfer leichtfertig bzw. gewissenlos gehandelt hat (BGH, Urt. v. 26.11.1986 - IVa ZR 86/85, WM 1987, 257, 258; BGH, Urt. v. 14.4.1986 - II ZR 123/85, WM 1986, 904, 906). Ein solches sittenwidriges Verhalten kann schon dann vorliegen, wenn der das Testat erteilende Wirtschaftsprüfer sich grob fahrlässig der Einsicht in die Unrichtigkeit seines Bestätigungsvermerkes verschließt.

Da dem Beklagten bekannt war, dass die Mittelverwendung von ihm nur unvollständig überprüft wurde und deshalb eine wirksame Kontrolle nicht bestand, könnte es leichtfertig gewesen sein, Prüftestate zu erstellen, die eine dahin gehende Einschränkung nicht enthielten.

Steuerberaterhaftung

- Lohnbuchhaltung
 - Rechtsberatung
 - Sozialversicherungsbeiträge
 - Zusatzversorgungskasse
- (OLG Celle, Urt. v. 13.10.1999 - 3 U 326/98)

Leitsätze:

1. Das Lohnbuchhaltungsmandat verpflichtet nicht zur Beratung in sozialversicherungsrechtlichen Fragen, da es sich um Rechtsberatung handelt.
2. Erlaubnisfrei und Teil der Lohnbuchhaltung ist die An- und Abmeldung bei Sozialversicherungsträgern und sonstigen gesetzlichen Einrichtungen wie der Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes.

Zum Sachverhalt:

Der Kläger macht für die Gemeinschuldnerin als Verwalter in dem Gesamtvollstreckungsverfahren über das Vermögen der H.-GmbH Schadenersatzansprüche gegen den beklagten Steuerberater wegen positiver Verletzung des Steuerberatungsvertrages vom 1.12.1990 geltend, und zwar wegen fehlerhafter Lohnbuchhaltung in den Jahren 1993 bis 1995.

Es wurde nämlich den beschäftigten Arbeitnehmern Urlaubsgeld gezahlt, das jedoch ab 1993 an die neu eingeführte ZVK (Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes) zu zahlen gewesen wäre. Der Beklagte rechnete gleichwohl das Urlaubsgeld weiter über den Lohn ab und nahm auch keine Unterrichtung der Gemeinschuldnerin über die vorgenannte Gesetzesänderung vor.

Aufgrund einer Betriebsprüfung stellte die Sozialkasse des Berliner Baugewerbes schließlich durch Mitteilung vom 21.8.1996 fest, welche Beträge an Urlaubsvergütung und Ausgleich für Sozialaufwand von 1993 bis 1995 an die Arbeitnehmer als Urlaubsgeld gezahlt wurden und dass deshalb die Gemeinschuldnerin diese Beträge - erneut - an die ZVK zu zahlen habe. Eine Erstattung von den Arbeitnehmern konnte wegen der Ausschlussklausel nach § 16 BRTV (Bundesrahmentarifvertrag) nicht erfolgreich betrieben werden.

Der Kläger hat behauptet, die Gemeinschuldnerin habe insoweit 198.233,08 DM an die ZVK bezahlt.

(Anträge ...)

Der Beklagte hat behauptet, die Geschäftsführer der Gemeinschuldnerin seien von den berufsständischen Organisationen über die Einführung der ZVK informiert worden und hätten es ihrerseits versäumt, diese Information an den Beklagten weiterzugeben. Ferner beruft er sich auf Ziffer 7.3 seiner Allgemeinen Auftragsbedingungen, wonach spätestens drei Jahre nach Beendigung des Vertrages Ansprüche verjähren bzw. wenn sie nicht innerhalb von sechs Monaten nach Kenntnis von Schaden und anspruchsbegründendem Ereignis geltend gemacht worden seien, was vorliegend der Fall sei.

Das Landgericht hat den Beklagten antragsgemäß verurteilt, da er pflichtwidrig die Gesetzesänderung nicht berücksichtigt habe. Dass die Gemeinschuldnerin anderweitig informiert worden sei, habe er nicht substantiiert dargelegt. Die Ansprüche seien auch nicht verjährt, da die Gemeinschuldnerin am 13.9.1996 an den Beklagten herangetreten sei und keine frühere Kenntnis als im Juni 1996 gehabt habe. Darüber hinaus sei die Verjährungsfrist wegen der Korrespondenz über die Einstandspflicht auch gehemmt gewesen. Auch die Verjährungsfrist nach § 852 Abs. 1 BGB sei noch nicht abgelaufen.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung des Beklagten, der sich dagegen wendet, dass die Schadenhöhe als unbestritten vom Landgericht behandelt worden sei, obwohl er sie mit Schriftsatz vom 8.4.1998 und vom 10.9.1998 ausdrücklich bestritten habe. Die pauschalen Zusammenstellungen für 1993 bis 1995 bezüglich der Schadenhöhe seien nicht nachprüfbar. Der Kläger müsse andere Unterlagen als die Betriebsprüfung durch die Sozialkasse vorlegen und den Schaden im Einzelnen darlegen. Schließlich würde sich hieraus auch nur ein Schaden von 67.176,76 DM ergeben.

Im Übrigen würde bereits eine Pflichtverletzung fehlen, da die beiden Geschäftsführer durch die berufsständischen Organisationen über die Einführung der Zusatzversorgungskasse per 1.1.1993 informiert worden seien. Für die Gemeinschuldnerin auf dem Gebiet der ehemaligen DDR in Ostberlin habe der Rahmentarifvertrag erst mit Wirkung per 1.6.1992 gegolten, was die beiden Geschäftsführer bei der Betriebsgröße von 26 Arbeitnehmern auch gewusst hätten. Wegen der niedrigen Löhne in den neuen Bundesländern sei aber - trotz der Kenntnis der Gesetzesänderung - von den Geschäftsführern

weiterhin Urlaubsgeld gezahlt worden, um überhaupt qualifizierte Arbeitnehmer zu finden. So habe sich die Angestellte C. des Beklagten über die Höhe der Lohnkosten gewundert und ihre Bedenken den Geschäftsführern mitgeteilt. Zumindest träfe die Gemeinschuldnerin daher ein erhebliches Mitverschulden gemäß § 254 BGB.

(Anträge ...)

Der Kläger verteidigt das angefochtene Urteil und verweist darauf, dass der Angestellten C. des Beklagten – nach seinem eigenen Vortrag – die gesetzliche Änderung nicht bekannt gewesen sei, wofür der Beklagte jedoch einzustehen habe. Die Geschäftsführer H. und G. hätten demgegenüber von der Gesetzesänderung keine Kenntnis gehabt, sondern hiervon erst aus der Mitteilung der Sozialkasse erfahren. Dem Beklagten als Fachmann sei die gesamte Lohnbuchhaltung übertragen gewesen, insoweit unbestritten, so dass ein mitwirkendes Verschulden der Gemeinschuldnerin nicht in Betracht käme.

Die Schadenhöhe sei von der Klägerin anhand der Doppelzahlungen an Arbeitnehmer einerseits und ZVK andererseits hinreichend dargestellt worden; unstreitig sei der Haftpflichtversicherung des Beklagten der Betriebsprüfungsbericht der Sozialkasse zur Verfügung gestellt worden. Hinsichtlich der Zahlungen in Höhe von 198.233,08 DM beruft sich der Kläger auf das Zeugnis der ehemaligen Geschäftsführer der Gemeinschuldnerin H. und G. (...)

Die Berufung ist zulässig, insbesondere form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden, und hat in der Sache zur Höhe auch überwiegend Erfolg.

Aus den Gründen:

Das Landgericht hat zu Recht dem Grunde nach einen Schadenersatzanspruch des Klägers als Verwalter in dem Gesamtvollstreckungsverfahren über das Vermögen der H.-GmbH gegen den Beklagten aus positiver Verletzung des Steuerberatervertrages vom 1.12.1990 bejaht, da der Beklagte die ihm durch die Erweiterung des Vertrages seit dem 1.3.1991 ebenfalls übertragene Lohnbuchhaltung pflichtwidrig vornahm, indem er es unterließ, in der Zeit von 1993 bis 1995 die Urlaubsgelder an die Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes (ZVK) abzuführen, sondern die Urlaubsgelder an die Arbeitnehmer – weiterhin – auszahlen ließ.

I. Pflichtverletzung des Beklagten als Steuerberater

1. Ein Vertrag, durch den einem steuerlichen Berater, wie vorliegend, u.a. allgemein die Wahrnehmung der steuerlichen Interessen des Auftraggebers übertragen wird, ist regelmäßig ein Dienstvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat (vgl. BGHZ 54, 107; WM 1992, 62). Dienstverpflichtete i.S.v. § 627 BGB sind zur sorgfältigen, fachkundigen und umfassenden Beratung sowie Betreuung des Mandanten verpflichtet, wozu es – je nach Inhalt und Umfang des erteilten Mandats (vgl. BGH, WM 1987, 661 f; WM 1995, 721 f) – auch gehört, diesen ungefragt über alle bedeutsamen steuerlichen Einzelheiten und deren Folgen zu unterrichten (vgl. BGH, WM 1994, 602, 603 m.w.N.).

Insbesondere muss der Steuerberater den Mandanten möglichst vor Schaden bewahren; deswegen muss er ihm den **sichersten Weg** zu dem erstrebten steuerlichen Ziel aufzeigen und sachgerechte Vorschläge zu dessen Verwirklichung unterbreiten (vgl. BGH, WM 1993, 703 f; NJW 1993, 2799 f). Er hat den Mandanten in die Lage zu versetzen, **eigenverantwortlich seine Rechte und Interessen zu wahren**, um eine Fehlscheidung vermeiden zu können (vgl. BGH, WM 1992, 238 f).

Sobald und soweit sich für den Steuerberater oder seine Angestellten also konkrete Anhaltspunkte dafür ergeben, dass der Mandant vermeidbare steuerschädliche Fehler begeht, muss er dafür sorgen, dass dieser auf die sich daraus ergebenden Risiken hingewiesen wird und ihm Vorschläge unterbreitet werden, auf welche Weise Abhilfe geschaffen werden kann (vgl. BGH, NJW 1993, 1139 f; NJW 1993, 1138 f).

Die übernommene **Lohnbuchhaltung** beinhaltet nicht nur die steuerliche Lohnabrechnung und die Führung des Lohnkontos, sondern daneben auch die Berechnung der Sozialversicherungsabzüge (vgl. Gräfe/Lenzen/Schmeer, *Steuerberaterhaftung* 3. Aufl., Rdnr. 311).

Zwar verpflichtet ein Lohnbuchhaltungsmandat nicht zur Beratung in sozialversicherungsrechtlichen Fragen, da ein Steuerberater nicht rechtsberatend tätig sein darf (vgl. Art. 1 § 1 Rechtsberatungsgesetz). Die reine Abrechnung und Fertigung von Beitragsnachweisen ist jedoch weder als Rechtsbesorgung noch als Rechtsvertretung des Mandanten anzusehen (vgl. Gräfe, a.a.O.).

Nach den Hinweisen der Bundessteuerberaterkammer zur Berufshaftpflichtversicherung fallen unter den erlaubnisfreien Tätigkeitsbereich und damit unter den Versicherungsschutz die Tätigkeiten, die nach § 57 Abs. 3 Nr. 2 und 3 StBerG mit dem Beruf vereinbar sind, etwa Fertigung oder Prüfung der Lohnabrechnung, An- und Abmeldung bei Sozialversicherungsträgern und sonstigen gesetzlichen Einrichtungen (z.B. Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes) sowie die dabei vorzunehmende Prüfung zur Beitragspflicht und die Berechnung der abzuführenden Beträge etc. (vgl. Gräfe, a.a.O.).

2. Gegen diese Grundsätze hat der Beklagte vorliegend verstoßen, indem er in der Zeit von 1993 bis 1995 als ständiger Steuerberater der Gemeinschuldnerin und zudem speziell mit der Lohnbuchhaltung beauftragt es **unterließ, die Gesetzesänderung 1993 – Einführung der Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes und Abführungspflicht des Urlaubsgeldes an diese statt direkt an die Arbeitnehmer – den Geschäftsführern der Gemeinschuldnerin mitzuteilen** bzw. selbst bei den Anweisungen zu berücksichtigen.

Dies berührt noch nicht eine – unerlaubte – Rechtsberatung des Steuerberaters, sondern fällt noch in den für die übernommene Tätigkeit der Lohnbuchhaltung vorzunehmende – erlaubnisfreie – Prüfung zur Beitragspflicht und Berechnung der abzuführenden Beträge.

3. Soweit der Beklagte behauptet, dass die Geschäftsführer H. und G. von den berufsständischen Organisationen von der Einführung der Zusatzversorgungskasse für das Baugewerbe im Ostteil der Stadt Berlin per 1.1.1993 informiert worden seien, stellt dies nur eine pauschale und ohne jeglichen tatsächlichen Anknüpfungspunkt aufgestellte Behauptung dar, so dass die begehrte Beweisaufnahme durch Vernehmung der Geschäftsführer als Ausforschungsantrag anzusehen und daher als unzulässig nicht zu berücksichtigen ist.

Nichts anderes gilt bezüglich des Beweisantritts der Angestellten C. des Beklagten, der zudem noch ohne Substanz ist, da es insoweit nur um Bedenken der Angestellten des Beklagten bezüglich der Höhe der Lohnkosten ging.

4. Dementsprechend besteht auch für ein etwaiges Mitverschulden der früheren Geschäftsführer der Gemeinschuldnerin keine tatsächliche Grundlage.

II. Kausaler Schaden

1. Die Pflichtverletzung führte dazu, dass von 1993 bis 1995 – veranlasst durch eine Betriebsprüfung der Sozialkasse des Berliner Baugewerbes gemäß der Mitteilung vom 21.8.1996 – für die drei Jahre insoweit 67.176,76 DM an die ZVK abzuführen waren, obwohl eben dieser Betrag als Urlaubsgelder an die Arbeitnehmer schon einmal bezahlt worden ist.

2. Höhe

a) Ein Schadenersatzanspruch ist jedoch lediglich in Höhe von 67.176,76 DM von dem Kläger belegt worden. Die mit der Klage aufgelisteten Urlaubsgelder für 1993: 68.814,33 DM, 1994: 70.624,04 DM und 1995: 58.794,71 DM stellen keinen Beleg dar. Vielmehr ergibt sich aus dem von dem Senat erforderten Prüfbericht der Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes für die Jahre 1993 bis 1995, dass sich

– für **1993** lediglich eine nicht angemeldete Urlaubsvergütung in Höhe von 19.764,66 DM zzgl. 45% Ausgleich für Sozialaufwand in Höhe von 8.894,10 DM, insgesamt mithin ein Erstattungsbetrag von 28.658,76 DM,

– für **1994** eine nicht angemeldete Urlaubsvergütung in Höhe von 13.541,62 DM zzgl. Ausgleich für Sozialaufwand in Höhe von 6.093,73 DM, mithin ein Erstattungsbetrag von 19.635,35 DM, und

– für **1995** eine nicht angemeldete Urlaubsvergütung in Höhe von 13.022,52 DM zzgl. 5.860,13 DM Ausgleich für Sozialaufwand, insgesamt mithin ein Erstattungsbetrag von 18.882,65 DM,

ergeben, so dass sich insgesamt der vom Senat zuerkannte Betrag in Höhe von 67.176,76 DM ergibt.

b) Soweit sich der Kläger für gezahlte Urlaubsentgelte in dem Zeitraum 1993 bis 1995 in Höhe von 198.233,08 DM auf das Zeugnis der ehemaligen Geschäftsführer der Gemeinschuldnerin H. und G. beruft, kam eine Beweiserhebung nicht in Betracht.

Der Kläger trägt die Prüfungsmitteilung der Zusatzversorgungskasse vor, aus der sich eben gerade nur die zu II.2.a) dargelegten Beträge ergeben, die im Widerspruch zu den Darlegungen in der Klage stehen. Belege für weitergehende Zahlungen sind nicht vorgelegt. Es

wird nicht einmal mitgeteilt, wann solche weitergehenden Zahlungen erfolgt sein sollen. Vielmehr ergeben sich aus den einzelnen Prüfmittteilungen der Zusatzversorgungskasse die anteiligen Urlaubsvergütungen für die einzelnen Arbeitnehmer.

Der Beweisantrag stellt sich daher als nicht hinreichend substantiiert bzw. als unzulässiger Ausforschungsantrag dar, dem nicht nachzukommen war.

Es verbleibt daher bei einem belegten Schaden von 67.176,76 DM.

c) Dass von den Arbeitnehmern wegen der abgelaufenen zweimonatigen Ausschlussfrist (vgl. § 16 BRTV) keine Erstattung der gezahlten Gelder zu erlangen war, ist durch exemplarische Schreiben der Gemeinschuldnerin vom 1.6.1996 an den Arbeitnehmer S. und dessen Antwort nachvollziehbar dargelegt worden. (...)

Rechtsberatung

- Stille Liquidation
- Wirtschaftsprüfer
- Forderungseinzug

(OLG Köln, Urt. v. 1.10.1999 - 19 U 219/98)

Leitsätze:

1. Ein Steuerberater und Wirtschaftsprüfer verstößt gegen Art. 1 § 1 Abs. 1 Satz 1 RBerG, wenn er im Rahmen einer außergerichtlichen stillen Liquidation Forderungen der zu liquidierenden Gesellschaft als deren stiller Liquidator einzieht. Der seiner Tätigkeit zugrunde liegende Geschäftsbesorgungsvertrag ist gemäß § 134 BGB nichtig.

2. Auskunfts- und Rechnungslegungsansprüche gegen den stillen Liquidator richten sich in diesem Fall nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag.

3. Die Klage auf eidesstattliche Versicherung der Richtigkeit und Vollständigkeit der Angaben ist unzulässig, wenn dem Gläubiger ein Weg offen steht, der ihn schneller, besser und ohne Inanspruchnahme gerichtlicher Hilfe zu dem mit der eidesstattlichen Versicherung verfolgten Ziel führt.

4. Schützenswerte Interessen des stillen Liquidators können dazu führen, dass dem Geschäftsführer der zu liquidierenden Gesellschaft kein unbeschränktes Betretungsrecht der Geschäftsräume und kein unbeschränktes Einsichtsrecht in die Geschäftsbücher zustehen.

Zum Sachverhalt:

Die Klägerin war bis in das Jahr 1993 aktiv im Leasinggeschäft tätig. Sie arbeitete mit der Firma W. im Rahmen des so genannten Doppelstock-Leasing-Modells zusammen. Danach erwarb die Firma W. Leasingobjekte zu Eigentum, wobei der Erwerb durch Kredite erfolgte, die mit den Objekten gesichert waren. Die Firma W. verleaste die Objekte an die Klägerin, die sie an die Endleasingnehmer weiterverleaste.

Die Klägerin trat ihre Leasingforderungen gegen die Endleasingnehmer an die Firma W. ab. Diese verkaufte ihre Hauptleasingforderungen gegen die Klägerin an die kreditierenden Banken und trat die ihr von der Klägerin zur Sicherung abgetretenen Forderungen gegen die Endleasingnehmer weiter an die Banken ab.

Im Jahre 1993 war die Klägerin zahlungsunfähig und musste Konkursantrag stellen. Dieser wurde nach Verhandlungen mit den Gläubigerbanken zurückgenommen. Infolge dieser Verhandlungen wurde am 15.10.1993 zwischen der Klägerin, der Firma W., den Gläubigerbanken und Mitgliedern der Familie Wi. eine Vereinbarung zur außergerichtlichen stillen Liquidation der Klägerin sowie der Firma W. getroffen. Der Beklagte wurde dabei als Generalbevollmächtigter zur Durchführung der stillen Liquidation der Klägerin und der Firma W. bestimmt.

Am 9.11.1993 erteilte der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH der Klägerin dem Beklagten entsprechend der Verpflichtung in der Liquidationsvereinbarung Generalvollmacht. Dabei sollte der Beklagte als seine wichtigste Aufgabe die mit den Endleasingnehmern geschlossenen Leasingverträge abwickeln, die Leasingobjekte verwerten und die Erlöse an die Gläubigerbanken verteilen. Seit Oktober 1993 bis heute führt der Beklagte die stille Liquidation durch. Die Firma W. fiel im Jahre 1995 in Konkurs.

Mitte des Jahres 1995 kam es zu Schwierigkeiten zwischen den an der Liquidationsvereinbarung beteiligten Mitgliedern der Familie Wi. ein-

schließlich des Geschäftsführers der Komplementär-GmbH der Klägerin, Herrn S. Wi., und dem Beklagten hinsichtlich der Tragung der Abwicklungskosten.

Die Klägerin hat erstmals 1997 und sodann in der Klage die Ansicht vertreten, der Beklagte sei ihr gegenüber zur Rechnungslegung sowie zur Erstellung einer ordnungsgemäßen Buchführung und der Jahresabschlüsse verpflichtet, da der Geschäftsführer ihrer Komplementär-GmbH auf die faktische Geschäftsführung verzichtet habe.

Der Beklagte hat behauptet, eine Pflicht zur Auskunftserteilung und Rechnungslegung gegenüber der Klägerin bestehe nicht. In Ziffer II.7 der Liquidationsvereinbarung sei der bestehende Auskunfts- und Rechnungslegungsanspruch in bestimmter Weise konkretisiert. Den dort festgelegten Verpflichtungen sei er nachgekommen. Ein Anspruch auf Buchführung und Erstellung von Jahresabschlüssen bestehe ebenfalls für die Klägerin nicht.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Klägerin hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

I.

Ansprüche der Klägerin gegen den Beklagten könnten sich nur aus §§ 677, 681, 666, 259 BGB ergeben. Zwar lag der dem Beklagten von dem Geschäftsführer der Komplementär-GmbH der Klägerin erteilten Generalvollmacht ein eigenständiges Auftragsverhältnis (Geschäftsbesorgungsvertrag) zwischen den Parteien zugrunde. Dieses ist aber ebenso wie das zwischen der BGB-Gesellschaft, bestehend aus den beteiligten Banken, der Klägerin und den Mitgliedern der Familie Wi., und dem Beklagten bestehende Auftragsverhältnis gemäß § 134 BGB wegen Verstoßes gegen Art. 1 § 1 RBerG nichtig.

1. Gegen Art. 1 § 1 Abs. 1 Satz 1 RBerG verstößt, wer ohne im Besitz einer Erlaubnis der zuständigen Behörde zu sein, fremde Rechtsangelegenheiten einschließlich der Einziehung fremder Forderungen besorgt. Hier hat der Beklagte, der Steuerberater und Wirtschaftsprüfer ist, fremde Forderungen eingezogen, ohne im Besitz einer Erlaubnis nach dem RBerG zu sein, sei es in Form einer Vollerlaubnis alten Rechts, sei es in Form der seit der Änderung des Rechtsbera-

tungsgesetzes im Jahre 1980 insoweit allein noch möglichen Inkassoerlaubnis gemäß Art. 1 § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 RBerG.

Zugunsten des Beklagten greift auch nicht die **Ausnahmevorschrift des Art. 1 § 5 Nr. 2 RBerG** ein. Danach verstößt ein Wirtschaftsprüfer u.a. dann nicht gegen das RBerG, wenn er in Angelegenheiten, mit denen er beruflich befasst ist, auch die rechtliche Bearbeitung übernimmt, soweit dies mit den Aufgaben des Wirtschaftsprüfers in unmittelbarem Zusammenhang steht.

Nach der – in der Literatur allerdings auf Kritik gestoßenen – Ansicht des BGH (*BGH v. 4.11.1987 – IVa ZR 158/86, NJW 1988, 561; ebenso Henssler/Prütting, BRAO, Art. 1 § 5 RBerG Rz. 51 f; a.A. Rennen/Calibe, RBerG 2. Aufl., Art. 1 § 5 Rz. 58; Altenhoff/Chemnitz, RBerG 10. Aufl., Rz. 590; Erbs/Kohlhaas/Senge, Strafrechtliche Nebengesetze, Art. 1 § 5 RBerG Rz. 36*) dürfte es zwar noch unter die Befreiungsvorschrift des Art. 1 § 5 Nr. 2 RBerG fallen, dass der Beklagte im Rahmen der außergerichtlichen stillen Liquidation mit den nicht an der Liquidationsvereinbarung beteiligten Gläubigern der Klägerin **Stundungsverhandlungen** geführt hat.

Nicht mehr unter die Befreiungsvorschrift des Art. 1 § 5 Nr. 2 RBerG fällt aber die von dem Beklagten entfaltete **Forderungseinziehung** für die Klägerin bzw. die Gläubigerbanken (*siehe BGHZ 48, 12 = MDR 1967, 651 für den vergleichbaren Fall eines Buchprüfers; Henssler/Prütting, BRAO, Art. 1 § 5 RBerG Rz. 51 f*).

Art. 1 § 5 Nr. 2 RBerG setzt nämlich ebenso wie Art. 1 § 5 Nr. 1 RBerG voraus, dass ein unmittelbarer Zusammenhang der Rechtsbesorgung mit einer konkreten Tätigkeit besteht, die der Wirtschaftsprüfer innerhalb der durch das Berufsbild gesetzten Grenzen ausübt.

Ist die konkrete Tätigkeit vom Berufsbild gedeckt, so steht die rechtliche Bearbeitung damit nur dann in unmittelbarem Zusammenhang, wenn sie zur sachgemäßen Durchführung der beruflichen Aufgaben erforderlich ist (*BGH v. 4.11.1987 – IVa ZR 158/86, NJW 1988, 561; Rennen/Calibe, RBerG 2. Aufl., Art. 1 § 5 Rz. 57, 12 f*).

Kann die berufliche Angelegenheit auch ohne die konkrete Rechtsbesorgung sinnvoll wahrgenommen werden, fehlt der erforderliche unmittelbare Zusammenhang (*BGHZ 48, 12 = MDR 1967, 651; Erbs/Kohlhaas/Senge, Strafrechtliche Nebengesetze, Art. 1 § 5 Rz. 37 m.w.N.*).

Selbst wenn man dem BGH (BGH v. 4.11.1987 - IVa ZR 158/86, NJW 1988, 561) folgend zu den „Aufgaben des Wirtschaftsprüfers“ i.S.d. Art. 1 § 5 Nr. 2 RBerG auch **die wirtschaftsberatende Tätigkeit** zählt, so steht außer Frage, dass die von dem Beklagten entfaltete Forderungseinziehungstätigkeit hierzu weder in dem erforderlichen unmittelbaren Zusammenhang steht, noch kann man hier davon sprechen, dass diese Tätigkeit des Beklagten im Verhältnis zu seiner beruflichen (Haupt-)Tätigkeit nebenberuflichen Charakter hatte (siehe hierzu BGHZ 48, 12 = MDR 1967, 651; Chemnitz, AnwBl 1988, 492; Henssler/Prütting, BRAO, Art. 1 § 5 RBerG Rz. 51 f). **Auch in seiner Eigenschaft als Steuerberater war der Beklagte nicht zu der von ihm entfalteten rechtsbesorgenden Tätigkeit (Forderungseinziehung) befugt** (Rennen/Calibe, RBerG 2. Aufl., Art. 1 § 4 Rz. 23 ff; Henssler/Prütting, BRAO, Art. 1 § 4 RBerG Rz. 13 ff).

2. Der auf einen Verstoß gegen das RBerG gerichtete Vertrag ist nach herrschender Ansicht in Rechtsprechung und Literatur wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot gemäß § 134 BGB nichtig (BGH, NJW 1962, 2010; w.N. bei Rennen/Calibe, RBerG 2. Aufl., Art. 1 § 1 Rz. 147; Henssler/Prütting, BRAO, Art. 1 § 1 RBerG Rz. 62). Daran ändert auch nichts der Umstand, dass der Beklagte in Teilbereichen der ihm übertragenen Tätigkeiten nicht gegen das RBerG verstoßen hat (BGH, NJW 1968, 1329; NJW 1978, 322).

3. Im Falle der Nichtigkeit eines Geschäftsbesorgungsvertrages richten sich die Auskunfts- und Rechnungslegungspflichten des (unwirksam) Beauftragten nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677 ff BGB).

Der zwischen der Literatur (siehe z.B. Lorenz, NJW 1966, 883; Erman/Ehmann, BGB 9. Aufl., vor § 677 Rz. 7; w.N. bei Seiler in: MünchKomm/BGB 3. Aufl., § 677 Rz. 41) und Rechtsprechung (BGH, NJW 1962, 2010; BGH v. 7.3.1989 - IX ZR 25/88, NJW-RR 1989, 970; OLG Köln v. 17.2.1989 - 20 U 103/88, NJW-RR 1989, 528; w.N. bei Seiler in: MünchKomm/BGB 3. Aufl., § 677 Rz. 40) bestehende Streit zu der Frage, wonach sich das Rückabwicklungsverhältnis in diesen Fällen richtet, kann hier dahingestellt bleiben, da selbst von denen, die die Anwendbarkeit der §§ 812 ff BGB auf das Rückabwicklungsverhältnis befürworten, das Eingreifen der §§ 677 ff BGB für die übrigen Pflichten, z.B. also die Auskunfts- und Rechnungslegungspflichten, bejaht wird (Seiler in: MünchKomm/BGB 3. Aufl., § 677 Rz. 41).

II.

Der Klageantrag zu I.1.a) ist unbegründet. Zwar könnte der Klägerin nach oben Gesagtem grundsätzlich ein Anspruch gegen den Beklagten auf Rechnungslegung aus §§ 677, 681, 666, 259 BGB zustehen. Der Anspruch ist jedoch hier ausgeschlossen, da das Rechnungslegungsverlangen der Klägerin gegen § 242 BGB verstößt. (...)

Steuerberaterhonorar

- Auftragserteilung
- Abschlussvorarbeiten, § 35 StBGebV
- Höchstgebühr statt Abschlussvorarbeiten-Gebühr?
- Auslagenersatz, § 16 StBGebV
- Selbständige Angelegenheit
- Zahlungsverzug trotz Zurückbehaltungsrecht (OLG Düsseldorf, Urt. v. 1.7.1999 - 13 U 161/98)

Leitsätze (d.Red.):

1. Der Steuerberater hat kein Gebührenwahlrecht dahin gehend, dass er den Höchstbetrag für die Erstellung einer Bilanz nimmt und Kosten für Abschlussvorarbeiten gemäß § 35 Abs. 3 StBGebV nicht ansetzt. Bei umfangreichen Abstimmungs- und Vervollständigungsarbeiten muss nach § 35 Abs. 3 StBGebV abgerechnet werden.
2. Auslagenersatz kann für jede selbständig abgerechnete Angelegenheit verlangt werden.
3. Wird eine Zeitgebühr geltend gemacht, ist wegen § 9 StBGebV auch die Vorschrift des § 13 StBGebV anzugeben.
4. Macht der Mandant ein Zurückbehaltungsrecht erst nach Eintritt des Zahlungsverzugs geltend, wird dadurch der Verzug nicht beseitigt.

Aus den Gründen:

I. (...)

1. Rechnung Nr. 95/324 vom 29.3.1995 über 3.861,93 DM

a) Das Landgericht hat die Beklagte zu Recht verurteilt, die für die **Vermögensaufstellung und die Vermögensteuererklärung 1993** berech-

neten 663,20 DM zu zahlen. Der Kläger trägt unwidersprochen vor, der Geschäftsführer der Beklagten **habe ihm die Aufforderung des Finanzamts für Körperschaften in München vom 12.4.1994 zur Abgabe der Vermögensteuererklärung nebst einer Vermögensaufstellung übergeben**. In dieser Übergabe ist in jedem Falle die **konkludente Beauftragung** des Klägers zu erblicken, die angeforderten Erklärungen anzufertigen.

Der Kläger hat den Auftrag, wie seinem Schreiben an das Finanzamt vom 19.1.1995 und den vorgelegten Ablichtungen der Erklärungen zu entnehmen ist, erfüllt. Die Beklagte trägt auch nicht vor, dass ein anderer Steuerberater in dieser Sache tätig geworden sei.

b) Für die Aufstellung des Jahresabschlusses kann der Kläger allerdings nur die Mittelgebühr von 23/10 nach der Tabelle B (Gegenstandswert: 188.521 DM), also 1.297,20 DM, beanspruchen. Die in Ansatz gebrachte **Höchstgebühr steht dem Steuerberater nur zu, wenn er für seinen Mandanten eine besonders bedeutungsvolle, umfangreiche und schwierige Angelegenheit erledigt hat** (Eckert/Böttcher, StBGebV 2. Aufl., § 11 Anm. 3.4).

Dass diese Voraussetzungen erfüllt sind, hat schon der Kläger nicht hinreichend erläutert. Der Sachverständige hat die angesetzte Gebühr in seinem Gutachten vom 6.11.1997 für angemessen gehalten, weil **in ungewöhnlich großem Umfang Umbuchungen zwecks Vorbereitung des Jahresabschlusses** vorgenommen und offenbar auch zahlreiche Positionen hätten geklärt werden müssen. Es habe sich um **Abschlussvorarbeiten** gehandelt, die nach § 35 Abs. 3 StBGebV hätten berechnet werden „können“.

Entgegen der Ansicht des Sachverständigen steht dem Steuerberater aber kein Wahlrecht zu. **Denn im Unterschied zu anderen Gebührentatbeständen, in denen geregelt ist, dass Vorarbeiten allenfalls die Höhe des Rahmensatzes beeinflussen oder nur dann zusätzlich verlangt werden können, wenn sie das übliche Maß überschreiten, muss der Steuerberater hier umfangreiche Abstimmungsarbeiten oder seine Bemühungen um die Vervollständigung der Unterlagen nach § 35 Abs. 3 StBGebV abrechnen.**

Das ist aber nicht geschehen. Die Rechnung ist folglich um 778,32 DM (1.974 DM – 1.297,20 DM = 676,80 DM + 101,52 DM MwSt.) zu kürzen.

c) Dem Kläger steht der in Rechnung gestellte **„Auslagenersatz“** in Höhe von 187,10 DM zu. Nach § 16 StBGebV kann der Steuerberater nach seiner Wahl die tatsächlich entstandenen Kosten oder einen Pauschsatz fordern, der 15 v.H. der Gebühren beträgt, **in der einzelnen Angelegenheit** aber höchstens 40 DM. Das Gesetz verwendet in dieser Norm die Begriffe „Auftrag“ und „Angelegenheit“, denen eine unterschiedliche Bedeutung beizumessen ist. **Der „Auftrag“ umfasst in der Regel mehrere selbständige „Angelegenheiten“** (Eckert/Böttcher, a.a.O., § 12 Rdnr. 2).

Grundsätzlich ist die Tätigkeit des Steuerberaters, für welche die StBGebV eine selbständige Gebühr ausweist, eine „Angelegenheit“ in diesem Sinne (BGH, NJW 1997, 516, 517). Auf dieser Basis hat der Kläger abgerechnet. Für die erste und die letzte Position der Rechnung hat er den gerechtfertigten Höchstsatz von 40 DM, ansonsten 15 v.H. der Gebühr angesetzt.

2. Rechnung Nr. 95/325 vom 29.8.1995 über 1.368,50 DM

Der Kläger kann nur die von der Beklagten zugestandenen 621 DM (1.368,50 DM – 747,50 DM) beanspruchen. Die berechnete Leistung ist nicht einforderbar und klagbar, weil die Rechnung nicht den **Anforderungen des § 9 Abs. 2 StBGebV** entspricht.

Nach dieser Vorschrift sind in der Berechnung des Steuerberaters die Beträge der einzelnen Gebühren und Auslagen, die Vorschüsse sowie die angewandten Gebührenvorschriften und bei Wertgebühren auch der Gegenstandswert anzugeben. Diese Anforderungen werden gestellt, um den Auftraggeber in die Lage zu versetzen, die Gebührenrechnung nach Grund und Höhe auf ihre Richtigkeit zu prüfen.

Wird eine Zeitgebühr geltend gemacht, dann ist in der Rechnung auch die Vorschrift des § 13 StBGebV anzugeben. Erst in Zusammenhang mit dieser Bestimmung wird die angesetzte Gebühr nachprüfbar. Die Rechnung ist um 747,50 DM zu kürzen.

Die vom Kläger im nachgelassenen Schriftsatz vom 10.6.1999 beantragte Einholung eines Sachverständigengutachtens kommt nicht in Betracht. Bei der Frage, welche formalen Anforderungen an die Gebührenrechnung eines Steuerberaters zu stellen sind, handelt es sich um ein Rechtsproblem.

3. Rechnung Nr. 95/297 vom 29.3.1995 über 6.055,67 DM

Der Kläger kann die berechneten Auslagen (§ 16 StBGebV) von 216,80 DM beanspruchen. Hier gelten die Ausführungen unter I.1.c) sinngemäß.

II.

Die von der Beklagten erklärte Aufrechnung mit Gegenforderungen in Höhe von insgesamt 2.094,79 DM greift nicht durch.

1. Schadenersatzforderung von 362,50 DM

Entgegen der Ansicht des Landgerichts und des Klägers ist das Vorbringen der Beklagten, der Kläger habe eine fehlerhafte Umsatzsteuerjahreserklärung 1993 vorgelegt, nicht schlüssig. Die Beklagte hätte, um dem Kläger überhaupt eine Verteidigungsmöglichkeit zu geben, konkret vortragen müssen, welcher Fehler vorgelegen hat. Die Tatsache, dass ein Steuerbescheid geändert worden ist, besagt noch nichts über die Qualität der Leistung des Klägers. Denn es können sich auch die tatsächlichen Grundlagen der Besteuerung geändert haben.

2. Rechnung vom 14.8.1993 über 580,87 DM und Rechnung vom 3.3.1994 über 175,03 DM

Der Kläger hat mit diesen Rechnungen, wie bereits im ersten Rechtszug vorgetragen, das Honorar für die Umsatzsteuererklärungen 1991 der Einzelfirma und der GmbH eingefordert. Mit diesem Vorbringen setzt sich die Beklagte auch im Berufungsrechtszug nicht auseinander. Die Behauptung, die Rechnung vom 14.8.1993 sei durch die Rechnung vom 3.3.1994 ersetzt worden, stellt keinen erheblichen Sachvortrag dar. **Die Beklagte hätte schon vortragen müssen, dass der Kläger eine der berechneten Leistungen nicht erbracht habe.**

3. Rechnung Nr. 93039.12106 vom 8.10.1993 u.a.

Die in den einzelnen Rechnungen berechneten Auslagenpauschalen (§ 16 StBGebV) von 145,83 DM, 180 DM, 163,38 DM, 343,76 DM und 318,45 DM sind nicht zu beanstanden. Hier gelten die Ausführungen unter I.1.c).

III.

Mit der im Schriftsatz vom 27.5.1999 erklärten Hilfsaufrechnung kann die Beklagte nicht durchdringen.

Die erstmalig im Berufungsrechtszug erhobenen Einwendungen der Beklagten sind gemäß § 530 Abs. 2 ZPO zuzulassen, weil der Senat ihre Geltendmachung in dem anhängigen Verfahren für sachdienlich hält. Sachdienlichkeit ist nämlich auch dann zu bejahen, wenn die Aufrechnung ohne weiteres als unbegründet erscheint (Zöller/Gummer, ZPO 21. Aufl., § 530 Rdnr. 21). So liegt der Fall hier.

Der Senat kann den vorgelegten Unterlagen schon nicht entnehmen, dass der für 1991 ausgewiesene steuerfreie Umsatz von 888.648 DM die in Rede stehenden Einheiten 1 und 2 betrifft. Im Übrigen hat der Kläger bestritten, die Verkäufe der vorgenannten Einheiten steuerlich fehlerhaft behandelt zu haben. Die erforderlichen Beweise hat die Beklagte aber nicht angetreten.

IV.

Der Kläger kann Verzugszinsen beanspruchen, allerdings nur in der gesetzlichen Höhe.

1. Die Beklagte befindet sich seit dem 24.2.1996 in Zahlungsverzug. Daran hat die Berufung auf ein Zurückbehaltungsrecht nichts geändert. **Macht der Schuldner ein ihm gemäß § 273 BGB zustehendes Zurückbehaltungsrecht erst nach Eintritt des Leistungsverzuges geltend, so wird der Verzug dadurch nicht beseitigt.** Der Schuldner muss dann mindestens seine eigene Leistung Zug um Zug gegen Bewirkung der Leistung des anderen anbieten (BGH, NJW 1971, 421). Das ist hier nicht geschehen.

2. Der Kläger hat jedoch die Zinshöhe nicht belegt. Den vorgelegten Kontoauszügen ist nur das für den jeweiligen Kontoabschluss maßgebliche Bild zu entnehmen. (...)

GI Leitsatz

Wirtschaftsprüfer / Zeugnisverweigerungsrecht / Kapitalprüfer

Einem Wirtschaftsprüfer steht im Ermittlungsverfahren gegen die Verantwortlichen einer Aktiengesellschaft ein Zeugnisverweigerungsrecht auch dann zu, wenn er nach § 183 AktG vom Registergericht als Kapitalprüfer eingesetzt war.

(LG Bonn, Beschl. v. 26.6.2000 - 37 Qs 19+20/2000, wistra 2000, 437)

GI Hinweise

Geschäftsführer-Altersversorgung

Ein geschäftsführender GmbH-Gesellschafter ist hinsichtlich seiner Altersversorgung nicht automatisch abgesichert, insbesondere hat er meist nur geringe Ansprüche aus der gesetzlichen Rentenversicherung. Deshalb kommt einem betrieblichen Altersvorsorge-Konzept besondere Bedeutung zu.

Die Berater, die häufig mit dem Entwurf oder der Prüfung eines solchen Konzepts betraut werden, tragen eine große Verantwortung. Besonders problematisch ist, dass diese Aufgaben nicht zum ständigen Alltagsgeschäft der Berater gehören, sie aber auch auf keine schematischen Lösungsmuster zurückgreifen können. Sie müssen eine effektive Absicherung für den konkreten Einzelfall schaffen, dabei auch steuerliche Auswirkungen berücksichtigen und darauf achten, keinen relevanten Lebensumstand zu übersehen.

Das Checkbuch gibt praktische Hilfestellung bei allen zu klärenden Fragen, von der Ermittlung des Versorgungsbedarfs bis zur Absicherung von Pensionszusagen im Insolvenzfall.

Das Checkbuch-Konzept entspricht den besonderen Bedürfnissen der Praxis. Ziel des Buches ist es, Rechts- und Steuerberatern ebenso wie den betroffenen Geschäftsführern einen Überblick über die wichtigsten, gängigsten Fragestellungen rund um das Thema Geschäftsführer-Altersversorgung zu geben. Dazu wurden alle Praxisprobleme herausgefiltert und übersichtlich in 16 Checklisten dargestellt.

Die Checklisten folgen im Aufbau den vorzunehmenden Prüfungsschritten und bereiten so eine Beratungssituation vor. Die kompakten Erläuterungen ermöglichen eine schnelle Einarbeitung in das Rechtsgebiet, die übersichtliche Aufbereitung erleichtert das schnelle Auffinden einzelner Problempunkte. Beraterhinweise runden die Checklisten ab, der Leser wird bei der Auswahl zwischen Handlungsalternativen unterstützt und kann Fehler vermeiden.

Arteaga: Checkbuch Geschäftsführer-Altersversorgung, 16 Checklisten von Sozialversicherung über Pensionszusagen bis Direktversicherung, von RA und Dipl.-Betriebswirt Dr. Marco S. Arteaga – Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln, 2000, 79 Seiten, DIN A 5, broschiert, 58,- DM/29,65 EUR, für Mitglieder der Centrale für GmbH: 52,- DM/26,59 EUR, ISBN 3-504-64314-5

Testamentsgestaltung

Steigende Vermögen und eine längere Zeitspanne ohne nennenswerte Inflation haben das Thema Vermögensübertragung zu einem wichtigen Element in der Lebensgestaltung werden lassen. Über 400 Milliarden DM werden jährlich vererbt oder verschenkt – mit steigender Tendenz.

Erbfall und Schenkung lösen zivil- und steuerrechtlich weit reichende Konsequenzen aus. Werden dabei Fehler gemacht, kann dies dazu führen, dass hohe Steuerlasten entstehen oder der Wille des Testierenden nicht zur Geltung kommt.

Die 32 übersichtlichen Checklisten dieses Werks ermöglichen es dem Rechts- oder Steuerberater, alle relevanten Punkte abzufragen. Er kann sicher sein, nichts zu vergessen und auch Sonderfälle im Blick zu haben.

Alle wichtigen Fragestellungen rund um das Thema Testamentsgestaltung werden behandelt und können Schritt für Schritt – gleichsam „zum Abhaken“ – durchgegangen werden.

Die kompakten Erläuterungen zu den einzelnen Checkpunkten sowie praktische Beraterhinweise gewährleisten, dass sachgerecht beraten werden kann und Entscheidungen zwischen Handlungsalternativen mit fundierter Kenntnis getroffen werden.

Das Checkbuch bietet Lösungsmöglichkeiten für die meisten Testierwünsche an und gibt Formulierungshilfen für die gängigsten Testamentsklauseln.

Kracht: Checkbuch Testamentsgestaltung, von Dipl.-Finanzwirt Robert Kracht – Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln, 2000, 184 Seiten, DIN A 5, broschiert, 58,- DM/29,65 EUR, für Mitglieder der Centrale für GmbH: 52,- DM/26,59 EUR, ISBN 3-504-64315-3

Meldepflichten des Wirtschaftsprüfers: Scheinsozietät • Pflicht zum Antrag auf Eintragung in das Berufsregister • Pflicht zum Nachweis des Versicherungsschutzes der Scheinsozien (BGH);
Anwaltshaftung: Prozess • Anspruch offen abgetreten an Dritten • Pflicht zur honorarfreien Schadenbeseitigung (BGH);
Kenntnis des Zivilrechts: Instanzentscheidungen, Aufsätze? • Rechtsgebiet in der Entwicklung (BGH);

Verjährung, Regress gg. Steuerberater, § 68 StBerG: Falsche Wahl der Sonder-AFA • Verjährungsbeginn • Schadenentstehung (OLG Celle);
Honorar des Steuerberaters: Vorzeitige Mandatsbeendigung • Ausschluss des Kündigungsrechts gem. § 627 BGB • Allgemeine Auftragsbedingungen (OLG Braunschweig)

und aktuelle Entscheidungen, die von besonderer Bedeutung sind



Erstmals bringt Gerling in Zusammenarbeit mit der Deutschen Ausgleichsbank eine CD-ROM mit dem Thema „Existenzgründung in Freien Berufen“ heraus.
Wenn Sie sich als Freiberufler selbstständig machen wollen, stehen Ihnen verschiedene Wege offen: Neugründung, Beteiligung/Kooperation, Übernahme/Kauf etc. Der überwiegende Teil der Freiberufler wählt die Neugründung oder Übernahme. Auf diese Gründungsarten wird im

Folgenden ausführlich eingegangen, für die anderen Gründungsarten erhalten Sie aber ebenfalls Hinweise auf der CD-ROM.
Eine freiberufliche Tätigkeit ist immer in besonderem Maße mit der Person des Inhabers verknüpft. „Dum prüfe, wer sich ewig bindet ...“ und nutzen Sie die Gelegenheit zum Unternehmer-Typ-Check auf unserer CD-ROM.

Bestellen Sie mit der beiliegenden Fax-Beilage am besten gleich heute.

IMPRESSUM

GI Gerling Informationen für wirtschaftsprüfende, rechts- und steuerberatende Berufe
ISSN 1430-550 X

Herausgeber:

Gerling
Marketing Freie Berufe
50597 Köln
Telefon: (02 21) 144-53 54
Telefax: (02 21) 144-51 55

Redaktion:

Dr. Jürgen Gräfe, Rechtsanwalt,
Fachanwalt für Steuerrecht
(verantwortlich für den Inhalt)

Erscheinungsweise:

12 mal im Jahr, jeweils am
10. des Monats

Verlag:

Verlag Dr. Otto Schmidt KG,
Unter den Ulmen 96-98, 50968 Köln

Layout und Satz:

Type Connection,
Bonner Straße 48, 50374 Erftstadt

Druck:

Westholsteinische Verlagsdruckerei
Boyens & Co.,
Wulf-Isebrand-Platz 1-3, 25746 Heide

Bezugsmöglichkeiten:

Nur im Jahresabonnement.
Preis: DM 96,- jährlich inklusive
Mehrwertsteuer und Versandkosten.
Die Postgebühren sind jeweils eingeschlossen. Bestellungen nimmt der Herausgeber entgegen.