

INHALT:	Editorial	Seite 80
	GI Leitsätze	Seite 80
	Anwaltshaftung	Seite 81
	Verjährung, § 51 b BRAO / Sekundäre Hinweispflicht / Fehlende Belehrungsbedürftigkeit / Neuer Anwalt (BGH, Urt. v. 12.12.2002 - IX ZR 99/02)	
	Haftung des Testamentsvollstreckers	Seite 84
	Schadenersatzanspruch / Verjährungsfrist (BGH, Urt. v. 18.9.2002 - IV ZR 287/01)	
	Steuerberaterhaftung	Seite 86
	Schaden / Darlegungslast / Beratungskonformes Verhalten (OLG Düsseldorf, Urt. v. 28.11.2002 - 23 U 259/01)	
	Versicherungsschutz des Rechtsanwalts	Seite 91
	Haftplichtbestimmung privatrechtlichen Inhalts / Gerichtskosten, § 49 GKG / Vollmachtloser Vertreter (OLG Köln, Urt. v. 9.7.2002 - 9 U 169/01)	
	Leichtfertige Steuerverkürzung	Seite 92
	Blankounterschrift / Prüfung der Steuererklärung (BayOLG, Beschl. v. 1.3.2002 - 4 St RR 2/02)	
	Steuerberaterhaftung	Seite 94
	GmbH-Geschäftsführer-Vertrag / Belehrungspflicht des Steuerberaters / vGA (KG, Urt. v. 31.7.2001 - 13 U 4954/00)	
	Anwaltshaftung	Seite 99
	Beratungverschulden / Schadenkompensation (OLG Düsseldorf, Urt. v. 20.3.2001 - 24 U 126/00)	
	Testamentsvollstreckung	Seite 101
	Vollmacht des Testamentsvollstreckers / Ausscheiden des Testamentsvollstreckers (OLG Düsseldorf, Urt. v. 18.5.2000 - 10 U 107/96)	
	Steuerberaterhonorar	Seite 102
	Mittelgebühr / Darlegungs- und Beweislast (AG Borbeck, Urt. v. 8.10.2002 - 6 C 353/00)	
	GI Hinweis	Seite 104

Editorial

Sehr geehrte Leserin, sehr geehrter Leser,

der Bundesgerichtshof befasst sich mit der **Pflicht des Anwalts, den Mandanten auf Fehler in den eigenen Arbeiten hinzuweisen**, damit dieser vor Eintritt der Verjährung u.U. Klage wegen eines Schadenersatzanspruchs erheben kann. **Umstritten** war bisher, wie lange diese Belehrungspflicht besteht. Der Kläger – Mandant – hatte zur Prüfung der Haftungsfrage einen neuen Rechtsanwalt beauftragt. Hiervon wusste der Erstberater aber nichts. **Der BGH hat nun klargestellt**, dass die Beratungspflicht „gegen sich selbst“ entfällt, sobald ein neuer Anwalt die Haftungsfrage prüft. **Nicht entscheidend ist, wann der belehrungspflichtige Erstberater von der Prüfung der Haftungsfrage durch einen Kollegen erfährt.** Dieses Urteil ist in gleicher Weise auf die Belehrungspflicht der **Wirtschaftsprüfer** und **Steuerberater** anzuwenden. Auch bei Ihnen kommt es für den Zeitpunkt der Beendigung der Belehrungspflicht „gegen sich selbst“ nicht auf deren Kenntnis über die Hinzuziehung eines Regressanwalts an.

Ein BGH-Urteil, dass alle Rechtsanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer, die als **Testamentsvollstrecker** tätig sind, aufhorchen lässt: **Schadenersatzansprüche verjähren** weder in 3 bzw. 5 Jahren nach den berufsrechtlichen Verjährungsvorschriften der BRAO, WPO, StBerG noch nach der seit 1.1.2002 geltenden neuen Regelverjährung von 3 Jahren, sondern **in 30 Jahren nach Anspruchsentstehung**. Der BGH wendet § 197 Abs. 1 Nr. 2 BGB n.F. an, wonach familien- und erbrechtliche Ansprüche nach wie vor in 30 Jahren seit ihrer Entstehung verjähren. Testamentsvollstreckern ist zu raten, sich bei Beendigung des Auftrags zur Entlastung des Haftungsrisikos eine Ausgleichsquittung von den Erben geben zu lassen. Andernfalls ist darauf zu achten, dass die Handakten nicht vernichtet werden.

Das OLG Düsseldorf befasst sich mit einem Alltagsfall des Steuerberaters: Zwei Mitarbeiter sollen zur Motivationsförderung Gesellschaftsanteile des Mandanten erhalten. Der Steuerberater erteilt die unrichtige Auskunft, die **Anteilsveräußerung könne zum halben Steuersatz erfolgen**. Die Steuermehrbelastung wird als **Schaden** geltend gemacht. Das OLG hat den Kläger darauf hingewiesen, dass der Schaden sich nur durch eine Vergleichsrechnung des Gesamtvermögens darlegen lässt. Das „Herauspicken“ des Steueraspekts genügt nicht, wenn behauptet wird, die Anteilsveräußerung wäre bei Kenntnis der anfallenden Steuern nicht erfolgt. Es muss vielmehr dargelegt werden, **wie sich die Vermögenslage ohne Verkauf der Anteile entwickelt hätte**.

Die April-Ausgabe wird abgerundet durch sehr interessante Entscheidungen u.a. zum **Versicherungsschutz** des Anwalts, der **leichtfertigen Steuerverkürzung** bei blanko unterschriebenen Steuerklärungen und der **Belehrungspflicht des Steuerberaters bei GmbH-Geschäftsführer-Verträgen und dadurch verursachten verdeckten Gewinnausschüttungen**.



Mit freundlichen Grüßen
Ihr Dr. Jürgen Gräfe

GI Leitsätze

Anlageberatung/Steuervorteile/Schaden

1. Zu den Aufklärungspflichten eines Anlageberaters, der vor Empfehlung einer Anlage eine „private Finanzstrategie“ für den Anlageinteressenten erstellt.
2. a) Zu den Beratungspflichten des Anlageberaters, der seinem Kunden eine kreditfinanzierte Anlage vermittelt.
b) Enthält ein zur Beratung benutzter umfänglicher und schwer überschaubarer Prospekt der Anlageinitiatoren keine am Investitionsvolumen orientierte, zusammenfassend gewichtende Risikobeschreibung, so obliegt es einem großen Anlageberater wie der Beklagten, eine solche dem Kunden seinerseits zu erbringen.
3. Im Rahmen der Schadenberechnung muss sich der Anleger gegenüber dem Anlageberater die gezogenen steuerlichen Vorteile jedenfalls dann im Wege der Vorteilsausgleichung anrechnen lassen, wenn die Anlage so konzipiert war, dass ein Teil des Ertrages durch Steuervorteile erzielt werden sollte.
4. Diese Steuervorteile kann das Gericht jedenfalls dann durch Schätzung ermitteln, wenn bei einer kreditfinanzierten Anlage einerseits der Kreditvertrag vorliegt und es dem Anleger nicht zuzumuten ist, seine steuerlichen Daten offen zu legen, und andererseits der Anlageberater die Einzelheiten der steuerlichen Vorteile des Anlegers nicht kennen und dementsprechend nicht vortragen kann.
(OLG Celle, Urt. v. 15.8.2002 – 11 U 341/01, OLG-Report 2002, 266)

Rechtsanwalt/Parteiverrat/Ehescheidung

Der Rechtsanwalt, der zunächst beide Eheleute aufgrund deren gemeinsamen Auftrages ausschließlich über die Voraussetzungen und die Herbeiführung der von beiden Eheleuten übereinstimmend gewollten einverständlichen Scheidung ihrer Ehe sowie den Unterhaltsanspruch beraten und den Unterhaltsanspruch berechnet hat, handelt nicht pflichtwidrig i.S.d. § 356 Abs. 1 StGB, wenn er später einen der Ehepartner vertritt und den Unterhaltsanspruch geltend macht.
(OLG Karlsruhe, Urt. v. 19.9.2002 – 3 Ss 143/01, AnwBl 2003, 55)

Anwaltschaftung

- Verjährung, § 51b BRAO
 - Sekundäre Hinweispflicht
 - Fehlende Belehrungsbedürftigkeit
 - Neuer Anwalt
- (BGH, Urt. v. 12.12.2002 - IX ZR 99/02)

Leitsatz:

Die sekundäre Hinweispflicht des regresspflichtigen Anwalts entfällt, wenn der Mandant rechtzeitig wegen der Haftungsfrage einen anderen Anwalt beauftragt. Darauf, ob der regresspflichtige Rechtsanwalt davon etwas weiß oder wissen muss, kommt es nicht an.

Zum Sachverhalt:

Der Kläger, dem von seinem Arbeitgeber, der G.-GmbH, fristgerecht zum 31.3.1997 gekündigt worden war, beauftragte die verklagten Rechtsanwälte, für ihn eine Kündigungsschutzklage zu erheben und Zahlungsansprüche, insbesondere wegen restlichen Lohns, geltend zu machen. Mit der am 14.1.1997 eingereichten Klage begehrten die Beklagten für den Kläger u.a. die Zahlung eines Restlohns für Oktober 1996 und die Erteilung einer Lohnabrechnung für die Monate November und Dezember 1996. Ein vor dem Arbeitsgericht widerruflich abgeschlossener Vergleich wurde namens und auf Weisung des Klägers Mitte April 1997 widerrufen.

Mit Urteil vom 10.10.1997 gab das Arbeitsgericht der Klage bezüglich des Restlohns für Oktober 1996 statt. Im Übrigen wurden die Zahlungsanträge abgewiesen, weil die Ansprüche gemäß § 15 Ziff. 2 Abs. 1 des Manteltarifvertrages für Arbeitnehmer im Groß- und Außenhandel NRW in der Fassung vom 30.9.1994 verfallen seien; der Kläger habe es versäumt, die Ansprüche rechtzeitig zu beziffern. Eine gegen dieses Urteil zunächst eingelegte Berufung nahm der Kläger später zurück.

Die G.-GmbH hatte bereits am 5.9.1997 einen Konkursantrag gestellt, der am 16.12.1997 mangels Masse abgelehnt worden war. Zwangsvollstreckungsmaßnahmen des Klägers blieben erfolglos.

Die Beklagten informierten am 5.5.1998 ihren Haftpflichtversicherer. Bis zur Beendigung des Mandats am 3.12.1998 unterblieb eine Belehrung des Klägers über den möglichen Regressfall.

Der Kläger wandte sich im vierten Quartal 1998 von sich aus an einen Rechtsanwalt V., um überprüfen zu lassen, ob ihm weitere Ansprüche gegen die G.-GmbH oder Schadenersatzansprüche gegen die Beklagten zustünden. Rechtsanwalt V. verneinte mit Schreiben vom 2.12.1998 die Erfolgsaussichten für sämtliche Ansprüche; die Korrespondenz zwischen ihm und dem Kläger dauerte bis zum 17.5.2000.

Im Juni 2000 beauftragte der Kläger seinen späteren erstinstanzlichen Prozessbevollmächtigten mit der Prüfung seiner Ansprüche. Dieser meldete mit Schreiben vom 14.9.2000 die Schadenersatzansprüche gegenüber den Beklagten an. Mit Schreiben vom 25.10.2000 verzichteten diese hinsichtlich der bis dahin noch nicht verjährten Ansprüche auf die Einrede der Verjährung bis zum 31.3.2001.

In den Vorinstanzen ist die Klage wegen Verjährung abgewiesen worden. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seine in der zweiten Instanz zuletzt gestellten Anträge weiter. Die Revision hat keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

I.

Das Berufungsgericht hat ausgeführt, etwaige Schadenersatzansprüche des Klägers seien gemäß § 51b BRAO verjährt. Der Schaden des Klägers sei mit dem Eingang des Widerrufs beim Arbeitsgericht eingetreten. Der Kläger hätte keinen vollstreckbaren Titel gegen die G.-GmbH erhalten, bevor diese zahlungsunfähig geworden sei. Mitte April 2000 sei die Primärverjährung vollendet gewesen.

Ein die Verjährungsfrist im Ergebnis bis zur Einreichung der Regressklage verlängernder Sekundäranspruch bestehe nicht. Ein solcher sei zwar zunächst entstanden, jedoch aufgrund anderweitiger anwaltlicher Beratung über die Regressansprüche erloschen. Dass die Beklagten von der Beauftragung des Rechtsanwalts V. – zunächst – nichts erfahren hätten, sei unerheblich.

II.

Diese Begründung hält einer rechtlichen Überprüfung stand.

1. Es kann dahinstehen, ob der Primärschaden bereits im April oder erst am 5.9.1997 – mit dem Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen der G.-GmbH – eingetreten ist. Ein späterer Schadeneintritt kommt nicht in Betracht, weil die GmbH seither vermögenslos ist. Selbst wenn sich die Primärverjährung erst am 5.9.2000 vollendete, war sie abgelaufen, als die Beklagten (mit Schreiben vom 25.10.2000) auf die Einrede der Verjährung gegenüber noch nicht verjährten Ansprüchen verzichteten.

2. Mit Recht ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass die Beklagten nicht wegen des Bestehens eines Sekundäranspruchs daran gehindert sind, sich auf den Eintritt der Primärverjährung zu berufen.

a) Nach ständiger Rechtsprechung kann, falls der primäre Regressanspruch gegen einen Rechtsanwalt verjährt ist, **ein sekundärer Schadenersatzanspruch bestehen, wenn der Rechtsanwalt es schuldhaft unterlassen hat, den Mandanten bis zum Ende des Mandats auf das mögliche Bestehen eines gegen den Rechtsanwalt gerichteten Regressanspruchs und die kurze Verjährungsfrist des § 51b BRAO hinzuweisen, und der Mandant es dadurch versäumt hat, den Eintritt der Verjährung des primären Anspruchs abzuwenden.**

Ggf. ist der Rechtsanwalt gemäß § 249 BGB gehalten, den Mandanten so zu stellen, wie er bei ordnungsgemäßer Belehrung stünde, wobei nach den Grundsätzen des Anscheinsbeweises davon ausgegangen wird, dass ein ordnungsgemäß belehrter Mandant den Eintritt der Primärverjährung verhindert hätte (vgl. BGHZ 94, 380, 387; BGH, Urt. v. 18.9.1986 – IX ZR 204/85, WM 1986, 1500, 1501; v. 14.11.1991 – IX ZR 31/91, WM 1992, 579, 581; v. 9.12.1999 – IX ZR 129/99, WM 2000, 959, 960; v. 14.12.2000 – IX ZR 332/99, WM 2001, 736, 739).

b) Das Berufungsgericht hat die Voraussetzungen eines derartigen Sekundäranspruchs im vorliegenden Fall bejaht. Dagegen wendet sich die Revision nicht und ein Rechtsfehler ist insoweit auch nicht ersichtlich.

c) Die Revision bekämpft lediglich die Annahme des Berufungsgerichts, die sekundäre Belehrungspflicht der Beklagten sei später deshalb entfallen, weil der Kläger bereits im vierten Quartal 1998, ohne Wissen der Beklagten, den Rechtsanwalt V. beauftragt habe, Regressansprüche gegen diese zu prüfen.

Nach Auffassung der Revision entfällt der Sekundäranspruch nur, wenn für den Rechtsanwalt erkennbar ist, dass der Mandant wegen etwaiger Schadenersatzansprüche gegen ihn anderweitig anwaltlich beraten wird. Dem folgt der Senat nicht.

aa) Die Frage, ob die sekundäre Hinweispflicht ohne Rücksicht auf den Kenntnisstand des regresspflichtigen Rechtsanwalts allein deshalb entfällt, weil der Mandant einen anderen Rechtsanwalt mit der Prüfung der Haftungsfrage beauftragt hat, ist vom Bundesgerichtshof bislang noch nicht abschließend entschieden worden.

In einigen Entscheidungen hat der Senat ausgesprochen, die Sekundärhaftung des regresspflichtigen Anwalts entfalle nur dann, wenn dieser davon ausgehen könne, dass der Mandant in der Regressfrage anderweitig anwaltlich beraten sei oder auf anderem Wege die erforderlichen Informationen erhalten habe (BGH, Urt. v. 18.9.1986 – IX ZR 204/85, WM 1986, 1500, 1501; v. 14.11.1991 – IX ZR 31/91, WM 1992, 579, 581; v. 21.9.1995 – IX ZR 228/94, WM 1996, 35, 38; v. 15.4.1999 – IX ZR 328/97, WM 1999, 1330, 1335 f; v. 21.6.2001 – IX ZR 73/00, WM 2001, 1677, 1679).

So hat der Senat in dem Urteil vom 15.4.1999, auf das sich die Revision beruft, ausgesprochen, ein Sekundäranspruch entfalle nur dann, „wenn der Mandant rechtzeitig vor Ablauf der Verjährung gerade wegen der Frage, ob der Anwalt ihm durch einen Fehler einen Schaden zugefügt hat, für diesen erkennbar anderweitig anwaltlich beraten wird“. Bei den Worten „für diesen erkennbar“ handelt es sich jedoch um ein bloßes „obiter dictum“.

Damals war nur zu entscheiden, ob die Beauftragung eines Rechtsmittelanwalts, dem nicht zugleich die Aufgabe übertragen wird, einen etwaigen Regressanspruch gegen den erstinstanzlichen Anwalt zu verfolgen, diesen während des Mandats oder bei dessen Abwicklung von der Pflicht befreit, bei gegebenem Anlass sein eigenes Verhalten zu überprüfen und den Mandanten auf die Möglichkeit eines Regressanspruchs gegen sich selbst und dessen Verjährung hinzuweisen.

Da der Senat diese Frage verneint hat und überdies die Mandatserteilung an den Rechtsmittelanwalt dem erstinstanzlichen Anwalt bekannt war, stellte sich die weitere, hier interessierende Frage nicht, ob die sekundäre Hinweispflicht

entfällt, wenn der Mandant in der Haftungsfrage anderweitig anwaltlich beraten ist, ohne dass der regresspflichtige Rechtsanwalt davon weiß oder etwas wissen muss.

In anderen Erkenntnissen ist der Wegfall der sekundären Hinweispflicht wegen anderweitiger anwaltlicher Beratung oder in anderer Weise erlangter sicherer Kenntnis über den Regressanspruch und dessen Verjährung rein objektiv – ohne Rücksicht auf den Informationsstand des regresspflichtigen Anwalts – begründet worden.

So hat der Senat mit Urteil vom 27.1.1994 (IX ZR 195/93, WM 1994, 504, 506) ausgesprochen, falls ein anderer Rechtsanwalt mit Wissen und Willen des Mandanten rechtzeitig den Regressanspruch angemeldet habe, entfalle die Hinweispflicht des regresspflichtigen Anwalts sogar dann, wenn diesem nicht bekannt sei, ob der Mandant auch über die Vorschrift des § 51 BRAO (jetzt: § 51b BRAO) zutreffend belehrt worden sei (vgl. ferner BGH, Urt. v. 14.12.2000 – IX ZR 332/99, WM 2001, 736, 739).

bb) Der Senat beantwortet die eingangs gestellte Frage nunmehr dahin, dass die sekundäre Hinweispflicht entfällt, wenn der Mandant in der Haftungsfrage rechtzeitig einen anderen Rechtsanwalt eingeschaltet hat. Darauf, ob der regresspflichtige Rechtsanwalt davon etwas weiß oder wissen muss, kommt es nicht an.

Dies folgt aus dem **Schutzzweck der Sekundärhaftung**. Nach § 51b Fall 1 BRAO ist der Beginn der – mit drei Jahren recht kurzen – Verjährung allein an die objektive Voraussetzung des Entstehens des Schadenersatzanspruchs geknüpft; er ist unabhängig davon, ob der geschädigte Auftraggeber die anwaltliche Pflichtverletzung und den dadurch entstandenen Schaden erkennt. Bevor er diese Kenntnis erlangt, kann der Anspruch deshalb verjährt sein. Außerdem beginnt die Verjährung schon mit der Beendigung des Auftrags, wenn dies zu einer kürzeren Verjährung führt (§ 51b Fall 2 BRAO).

Eine wortgetreue Anwendung des § 51b BRAO unter Außerachtlassung der schutzwürdigen Belange des Mandanten würde diesen vielfach rechtlos stellen. Er ist in der Regel rechtsunkundig, hat seine rechtlichen Belange dem dazu berufenen Fachmann anvertraut und muss davor geschützt werden, dass er dessen etwaige Fehlleistungen – eben wegen seiner Rechtsunkenntnis – nicht erkennt und deshalb nicht

dem Eintritt der Verjährung der Regressansprüche vorbeugen kann. **Um die Abhängigkeit des Mandanten von seinem Rechtsanwalt zu kompensieren (BVerfG, Beschl. v. 16.2.1999 – 1 BvR 812/96), muss jenem durch die anwaltliche Sekundärhaftung eine „faire Chance“ gewährt werden, seinen Regressanspruch durchsetzen zu können.**

Andererseits darf die Rechtsprechung die gesetzgeberische Entscheidung, dass das berufliche Risiko der Rechtsanwälte zeitlich begrenzt sein muss, nicht außer Acht lassen. Die Beratungspflicht des Rechtsanwalts „gegen sich selbst“ und die darauf aufbauende Sekundärhaftung sind nur insoweit zu rechtfertigen, als der Mandant vor einer unbillig schnellen, ihn chancenlos stellenden Verjährung bewahrt werden soll. Dieses Schutzes bedarf der Mandant nicht, wenn er rechtzeitig einen weiteren Anwalt zu Rate zieht, um den erkannten oder für möglich gehaltenen Regressanspruch gegen den Regressschuldner zu verfolgen. Denn nunmehr hat er die „faire Chance“, welche die Rechtsprechung ihm einräumen will.

Schlägt die Verfolgung des Regressanspruchs trotzdem fehl, weil der zweite Rechtsanwalt seinen Auftrag schlecht erfüllt, hat der Mandant in der Person des zweiten Anwalts einen neuen Haftungsschuldner. Wollte man zusätzlich verlangen, dass die anderweitige Beratung dem ersten Anwalt bekannt sein müsse, widrigenfalls er sich auf den Eintritt der Primärverjährung nicht berufen könne, würde die Sekundärhaftung unnötig ausgedehnt. Der Mandant hätte nunmehr die Möglichkeit, gegen zwei Schuldner vorzugehen, nämlich gegen den zweiten Rechtsanwalt, den er beauftragt hat, um die Ansprüche gegen den ersten zu verfolgen, und gegen den ersten, der von der gegen ihn gerichteten Einschaltung des zweiten nichts weiß.

Entsprechend dem begrenzten Zweck der Sekundärhaftung hat die Rechtsprechung schon bisher den Charakter des Sekundäranspruchs definiert. Dieser ermöglicht als eine Art Hilfsrecht dem Geschädigten die Durchsetzung des sonst verjäherten Schadenersatzanspruchs. **Der Sekundäranspruch kann selbstständig weder abgetreten noch gepfändet werden; vielmehr erfasst jede wirksame Pfändung eines gegen einen Anwalt gerichteten Regressanspruchs automatisch den Sekundäranspruch als unselbstständiges Nebenrecht i.S.d. § 401 BGB auch dann, wenn dieses erst später entsteht (BGH, Urt. v. 21.9.1995, a.a.O., 39).**

Außerdem unterbricht die Klage wegen des Regressanspruchs zugleich die Verjährung des Sekundäranspruchs (*BGH, Urt. v. 2.7.1996 – IX ZR 19/96, WM 1996, 2069, 2070*).

Da der Sekundäranspruch lediglich ein Hilfsrecht zur Abwehr der Verjährungseinrede darstellt, ist der in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat geltend gemachten Auffassung der Revision nicht zu folgen, zur Erfüllung des Sekundäranspruchs gehöre, dass dem Geschädigten alle Einzelheiten mitgeteilt würden, die dieser kennen müsse, um eine Erfolg versprechende Regressklage zu erheben. Ferner ist ausgeschlossen, dass der regresspflichtige erste Anwalt und der zweite Anwalt – dieser wegen falscher Behandlung des Mandats zur Prüfung und Verfolgung des Regressanspruchs und jener wegen Verletzung des Sekundäranspruchs – als Gesamtschuldner haften.

Haftung des Testamentsvollstreckers

- Schadenersatzanspruch
 - Verjährungsfrist
- (*BGH, Urt. v. 18.9.2002 – IV ZR 287/01*)

Leitsatz:

Schadenersatzansprüche gegen Testamentsvollstrecker nach § 2219 Abs. 1 BGB verjähren in 30 Jahren seit ihrer Entstehung, auch wenn ein Rechtsanwalt als Testamentsvollstrecker tätig geworden ist.

Zum Sachverhalt:

Der Kläger macht als Testamentsvollstrecker einen Schadenersatzanspruch aus § 2219 Abs. 1 BGB gegen den Beklagten geltend, der (zusammen mit einem inzwischen verstorbenen Mitvollstrecker) vom 14.11.1968 bis zum 31.12.1989 den Nachlass verwaltet hat.

Der Erblasser berief in seinem Testament seine Tochter als Vorerbin und seine Enkel als Nacherben; er ordnete Testamentsvollstreckung an, mindestens solange die Vorerbin lebt, jedenfalls bis das jüngste Enkelkind das 30. Lebensjahr vollendet hat. Die Testamentsvollstrecker sollten den Nachlass, zu dem 8 Mehrfamilienhäuser

gehören, verwalten und „alle Handlungen vornehmen, die zur Erhaltung und Vermehrung des Nachlasses erforderlich sind.“

Der Kläger meint, der Beklagte habe trotz einer ansehnlichen Erhöhung des Mietaufkommens im Ganzen bei immerhin 16 Wohnungen versäumt, Mieterhöhungen durchzusetzen; dadurch sei dem Nachlass ein Betrag von fast 277.000 DM entgangen. Der Beklagte hält solche Mieterhöhungen nach dem Zustand der Räume nicht für gerechtfertigt und sieht sich auch nicht verpflichtet, den Ertrag „auf Teufel komm raus“ zu optimieren. Im Übrigen beruft er sich auf die Einrede der Verjährung.

Das Landgericht hat der Klage nur in Höhe von 143.170,49 DM stattgegeben, das Berufungsgericht hat sie ganz abgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger die Gesamtforderung weiter. Die Revision führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht.

Aus den Gründen:

1. Das Berufungsgericht hält den Kläger nicht für aktivlegitimiert. Das Landgericht habe auch die Pflichten des Beklagten überspannt; da es sich um eine Gesamtverwaltung mehrerer Mietobjekte handle, könne es nur auf das Gesamtergebnis ankommen. Jedenfalls sei der Anspruch verjährt. Denn die Grundsätze, die der Bundesgerichtshof für die analoge Anwendung der dreijährigen Verjährungsfrist des § 852 Abs. 1 BGB a.F. auf Ersatzansprüche gegen den Konkursverwalter nach § 82 KO entwickelt habe (*BGHZ 93, 278 ff*), seien auf den hier geltend gemachten Anspruch aus § 2219 BGB zu übertragen.

2. Dagegen wendet sich die Revision mit Recht.

a) **Für den Anspruch aus § 2219 Abs. 1 BGB ist eine besondere Verjährungsfrist im Gesetz nicht vorgesehen.** Da die hier geltend gemachten Schäden während der Amtszeit des Beklagten entstanden sein sollen, die am 31.12.1989 endete, kommt es zunächst auf § 195 BGB a.F. an, der als **Regelfrist 30 Jahre** vorsah (Art. 229 § 6 Abs. 1 EGBGB). **Seit 1.1.2002** beträgt die regelmäßige Verjährungsfrist gemäß § 195 BGB n.F. zwar nur noch drei Jahre; familien- und erbrechtliche Ansprüche verjähren aber nach § 197 Abs. 1 Nr. 2 BGB n.F. **nach wie vor in 30 Jahren** seit ihrer Entstehung (§ 200 Satz 1 BGB).

Auch der Anspruch aus § 2219 Abs. 1 BGB ist ein erbrechtlicher Anspruch in diesem Sinne (Palandt/Heinrichs, *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts, Ergänzungsband zu BGB* 61. Aufl., § 197 Rdnr. 8; Brambring, *ZEV* 2002, 137).

b) Der Anspruch wäre jedoch schon vor In-Kraft-Treten des neuen Rechts verjährt, wenn **§ 852 Abs. 1 BGB a.F. analog** anzuwenden wäre, wie das Berufungsgericht meint (ebenso Riederer/v. Paar in: Bengel/Reimann, *Handbuch der Testamentsvollstreckung* 1994, S. 519 f; ferner Zugehör, *Handbuch der Anwaltschaft* 1999, Rdnr. 1184; Pickel, *Die Haftung des Testamentsvollstreckers*, Diss. Köln 1986, S. 198 f, 202).

Nach herrschender Meinung gilt jedoch für § 2219 BGB die 30-jährige Verjährungsfrist des § 195 BGB a.F. (BGB-RGRK/Kregel, 12. Aufl., § 2219 Rdnr. 11; Soergel/Damrau, *BGB* 12. Aufl., § 2219 Rdnr. 10; Staudinger/Reimann, *BGB* 1995, § 2219 Rdnr. 22; MünchKomm-BGB/Brandner, 3. Aufl., § 2219 Rdnr. 15; Erman/M. Schmidt, *BGB* 10. Aufl., § 2219 Rdnr. 6; Palandt/Edenhofer, *BGB* 61. Aufl., § 2219 Rdnr. 1; Ebenroth, *Erbrecht* 1992, Rdnr. 682; J. Mayer in: Mayer/Bonefeld/Daragan, *Praxishandbuch Testamentsvollstreckung* 2000, Rdnr. 474). Daran ist festzuhalten.

Auf die Haftung des Testamentsvollstreckers trifft nämlich nicht zu, worin BGHZ 93, 278, 281 im Wesentlichen die Vergleichbarkeit der Haftung des Konkursverwalters mit der deliktischen Haftung gesehen hat:

Obwohl sie der rechtsgeschäftlichen Haftung insoweit ähnlich sei, als sie nur gegenüber solchen Betroffenen gilt, denen gegenüber im Konkursverfahren besondere Pflichten bestehen, könnten im Konkursverfahren eine Vielzahl von Beteiligten schadenersatzberechtigt sein.

Der Testamentsvollstrecker haftet dagegen gemäß § 2219 Abs. 1 BGB nur gegenüber den aus dem Testament ersichtlichen Erben und Vermächtnisnehmern. Für eine entsprechende Anwendung von § 852 Abs. 1 BGB a.F. **fehlt vor allem eine Regelungslücke, denn die Verjährungsfrist ergab sich aus § 195 BGB a.F.**

Der Bundesgerichtshof hat für die Haftung eines Geschäftsführers nach Auftragsrecht mangels gesetzlicher Sonderregelung ebenfalls eine Verjährungsfrist von 30 Jahren angenommen und dabei ausgesprochen, dass weder die Schwierigkeiten, nach längerer Zeit eine schuldhaftige Pflichtverletzung festzustellen, noch gewisse

Wertungswidersprüche zu den Fällen kurzer Verjährung (etwa im Hinblick auf die dreijährige Verjährungsfrist des § 51b BRAO) ein Abweichen von der gesetzlichen Regelung des § 195 BGB a.F. rechtfertigten (Urt. v. 11.3.1999 – III ZR 292/97, *NJW* 1999, 1540 unter II. 2., insbesondere 2. c)).

Die Revision weist mit Recht darauf hin, dass unterschiedlich lange Verjährungsfristen für den Anspruch aus § 2219 Abs. 1 BGB, je nach dem, ob ein Rechtsanwalt oder ein anderer als Testamentsvollstrecker tätig geworden ist, nicht verständlich wären. Um die Haftung aus einem Anwaltsvertrag, für deren Verjährung die Sonderregelung in § 51b BRAO gelten würde, geht es hier nicht.

Die Einrede der Verjährung greift mithin nicht durch.

3. Das Berufungsurteil erweist sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig. Dass der Testamentsvollstrecker nicht befugt sei, einen Anspruch aus § 2219 Abs. 1 BGB gegenüber einem früheren Testamentsvollstrecker geltend zu machen, trifft nicht zu:

Der Anspruch gehört entsprechend § 2041 Satz 1 BGB zum Nachlass (Ersatzsurrogation) und unterliegt daher dem Prozessführungsrecht des Testamentsvollstreckers aus § 2212 BGB (BGH, Urt. v. 24.10.1990 – IV ZR 296/89, *WM* 1991, 205, 206 unter 1. = BGHR-BGB, § 2041 Satz 1 Schadenersatzanspruch 2).

4. Ob der Beklagte seine Pflichten als Testamentsvollstrecker schuldhaft verletzt habe, hat das Berufungsgericht trotz Bedenken gegen die Schlüssigkeit der vom Landgericht immerhin für teilweise begründet erachteten Klage letzten Endes offen gelassen. Zu den Maßstäben, nach denen das Berufungsgericht Pflichtverletzung und Schuld des Testamentsvollstreckers nach Zurückverweisung der Sache zu prüfen haben wird, gibt der Senat folgende Hinweise:

Der Testamentsvollstrecker genießt zwar als Person und Institution das **besondere Vertrauen des Erblassers und hat deshalb einen Ermessensspielraum**; er darf sich aber nicht mit einem nur mäßigen Erfolg seiner Tätigkeit begnügen, sondern muss Möglichkeiten zu besserem Erfolg wahrnehmen (st. Rspr., vgl. Senat, Urt. v. 14.12.1994 – IV ZR 184/93, *NJW-RR* 1995, 577 unter 2. a) im Hinblick auf zinsgünstige Anlagen).

Die Revision rügt mit Recht, dass die überdurchschnittlich hohen Mieteinnahmen die der Beklagte bei bestimmten Objekten erzielt hat, die ihm vorgeworfene Versäumung rechtzeitiger Renovierungen und Mieterhöhungen bei anderen Objekten nicht kompensieren.

Vielmehr wird es um die 16 Wohnungen gehen müssen, hinsichtlich deren der Kläger Versäumnisse geltend macht.

Soweit der Beklagte versucht hat, die Bestimmung im Testament, wonach der Testamentsvollstrecker alle Handlungen vornehmen soll, die zur Erhaltung und Vermehrung des Nachlasses erforderlich sind, durch Hinweise auf den Interessengegensatz zwischen Vorerbin und Nacherben sowie darauf zu relativieren, dass schon der Erblasser die Mietobjekte „sozialverträglich“ verwaltet habe, bleibt zunächst das Testament auszulegen.

Eine schuldhafte Pflichtverletzung des Testamentsvollstreckers liegt nicht vor, wenn er nach sorgfältiger Ermittlung aller erkennbar erheblichen Anhaltspunkte zu einer immerhin vertretbaren Auslegung gelangt (BGH, Urt. v. 11.3.1992 - IV ZR 31/91, NJW-RR 1992, 775 unter III.). **Ist hier Testamentsvollstreckung sowohl für die Vorerbin als auch für die Nacherben angeordnet worden** (zu dieser Möglichkeit vgl. MünchKomm/Brandner, § 2222 Rdnr. 1), wird der Testamentsvollstrecker mangels besonderer Anordnungen des Erblassers auf § 2124 BGB Bedacht nehmen müssen (dazu vgl. BGH, Urt. v. 7.7.1993 - IV ZR 90/92, NJW 1993, 3198 unter II. 2.).

Auf dieser Grundlage wird das Berufungsgericht auch zu prüfen haben, ob ein leer Stehenlassen bestimmter Wohnungen über mehrere Jahre hinweg etwa wegen zu hoher, den Beteiligten hier nicht zumutbarer Renovierungskosten gerechtfertigt war, wie der Beklagte geltend gemacht hat.

Im Übrigen ist die Auffassung des Berufungsgerichts nicht zu beanstanden, soweit sich die streitigen Wohnungen in älteren Häusern mit einem Reparaturstau befunden hätten, sei es Sache des Klägers, als Grundlage für die Ermittlung des angemessenen Mietzinses zunächst den Zustand der Wohnungen im Einzelnen darzulegen und zu beweisen (zur Beweislast vgl. BGH, Urt. v. 23.5.2001 - IV ZR 64/00, ZEV 2001, 358 unter 3.).

Steuerberaterhaftung

- Schaden
 - Darlegungslast
 - Beratungskonformes Verhalten
- (OLG Düsseldorf, Urt. v. 28.11.2002 - 23 U 259/01)

Leitsätze:

1. Ein Auftraggeber, der in Kenntnis aller Umstände eine eigenverantwortliche wirtschaftliche Entscheidung trifft, kann ihm hieraus erwachsene Nachteile seinem Steuerberater nicht als Schaden zurechnen.
2. Bei der Beurteilung der haftungsausfüllenden Kausalität kommen dem Mandanten die Beweiserleichterungen des § 287 ZPO zugute; dies gilt auch für die Frage, wie er sich bei richtiger Beratung verhalten hätte. Erforderlich ist aber, dass der Mandant konkrete Tatsachen vorträgt und unter Beweis stellt, aus denen sich zumindest eine überwiegende, auf gesicherter Grundlage beruhende Wahrscheinlichkeit für den behaupteten Geschehensablauf ergibt.
3. Eine „Vermutung beratergerichtigen Verhaltens“ kommt nur dann in Betracht, wenn für den Mandanten nur eine einzige sinnvolle Entschlussmöglichkeit bestand, durch die der ihm entstandene steuerliche Nachteil vermieden worden wäre. Kommen dagegen unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten verschiedene Verhaltensweisen ernstlich in Betracht und bestand die Aufgabe des Beraters lediglich darin, dem Mandanten durch die erforderlichen fachlichen Informationen eine sachgerechte Entscheidung zu ermöglichen, so sind die Regeln des Anscheinsbeweises unanwendbar.

Zum Sachverhalt:

Die Kläger nehmen den Beklagten, der sie und die von ihnen geführten Unternehmen seit Mitte 1991 in steuerlichen Angelegenheiten betreut hat, wegen fehlerhafter Steuerberatung auf Schadenersatz in Anspruch.

Die Kläger sind geschäftsführende Gesellschafter der S.-GmbH. Seit Mitte der 90er Jahre trugen sie sich mit dem Gedanken, zwei Mitarbeiter der GmbH zum Zwecke der Bindung an das Unternehmen und der Förderung ihrer Motivation am Gesellschaftsvermögen zu beteiligen, wobei der Kaufpreis nach dem Stuttgarter Verfahren errechnet werden sollte.

Dieses Vorhaben wurde Ende 1998 dadurch umgesetzt, dass die Kläger beiden Mitarbeitern jeweils 7,5% der Anteile zum Kaufpreis von je 250.000 DM übertrugen. Der tatsächliche Wert jedes Anteils belief sich zum damaligen Zeitpunkt auf 1.401.833,35 DM; nach dem Stuttgarter Verfahren ergibt sich ein Betrag von jeweils 371.574 DM.

Vor Abschluss der notariellen Verträge hatte der Beklagte den Klägern die – steuerrechtlich unzutreffende – Auskunft erteilt, dass die Anteilsveräußerung zum halben Steuersatz vorgenommen werden könne. Die daraufhin festgesetzten Steuer Mehrbelastungen sind Gegenstand des Schadenersatzbegehrens.

Die Kläger haben geltend gemacht, ihre Entscheidung über die Veräußerung der Geschäftsanteile sei davon abhängig gewesen, ob es den halben Steuersatz gebe oder nicht; ohne Anwendung des halben Steuersatzes hätten sie die Anteile definitiv nicht verkauft.

(Anträge ...)

Der Beklagte hat vorgetragen, die Beteiligung der Mitarbeiter am Ertrag der GmbH habe in jedem Fall erfolgen sollen. Die steuerlichen Folgen eines ohnehin geplanten Vorgangs seien jedoch kein Schaden; zumindest fehle es an der Kausalität zwischen seiner Auskunft und der steuerlichen Folge.

Das Landgericht hat der Klage bis auf einen Teil des Zinsbegehrens stattgegeben. Hiergegen richtet sich die Berufung des Beklagten, mit der dieser an seinem Klageabweisungsbegehren festhält. Er macht geltend, es fehle an der haftungsausfüllenden Kausalität, weil sich die Kläger auch bei zutreffender Beratung nicht von der Anteilsübertragung hätten abhalten lassen. Außerdem fehle es an einem Schaden, da die den Mitarbeitern zustehende jährliche Tantieme mit ihrer Beteiligung am Gesellschaftsvermögen entfallen sei und dies die steuerliche Belastung wettmache.

(Anträge ...)

Die Kläger tragen vor, die Anteilsveräußerung habe keineswegs die einzige Möglichkeit dargestellt, um die Mitarbeiter an das Unternehmen zu binden und deren Motivation zu erhöhen. Bei vertragsgerechter Beratung des Beklagten hätten sie – die Kläger – stattdessen eines der zahlreichen anderen zur Verfügung stehenden

Instrumentarien wie beispielsweise Tantiemzahlung oder Bezug von Optionsscheinen gewählt, wobei sie die Entscheidung wiederum ausschließlich von wirtschaftlichen Gesichtspunkten abhängig gemacht hätten.

Wenn sie sich bei Kenntnis der steuerlichen Konsequenzen doch für die Anteilsveräußerung entschieden hätten, dann keinesfalls zu den vorliegenden Konditionen; in diesem Fall wäre der Kaufpreis entsprechend höher ausgefallen, um die steuerlichen Nachteile zu kompensieren. Dem stehe der Einwand des Beklagten nicht entgegen, dass die beiden Mitarbeiter einen höheren Kaufpreis nicht akzeptiert, sondern das Unternehmen verlassen hätten. Dies führe vielmehr zu einem weit höheren Schaden, weil sie – die Kläger – die Anteile unter Wert veräußert und bei richtiger Beratung nicht veräußert hätten. (...)

Die zulässige Berufung hat auch in der Sache Erfolg. Die Klage ist unbegründet, weil die Kläger weder einen ihnen entstandenen Schaden dargelegt noch den Ursachenzusammenhang zwischen der Pflichtverletzung des Beklagten und den steuerlichen Mehrbelastungen nachgewiesen haben.

Aus den Gründen:

I.

Es fehlt bereits an der nachvollziehbaren Darlegung eines Schadens.

1. Ob und in welchem Umfang ein nach §§ 249 ff BGB zu ersetzender **Schaden** vorliegt, beurteilt sich nach einem rechnerischen Vergleich der durch das schädigende Ereignis bewirkten Vermögenslage mit derjenigen, die ohne jenen Umstand eingetreten wäre. **Der haftpflichtige Berater hat den Mandanten vermögensmäßig so zu stellen, wie dieser bei pflichtgemäßem Verhalten stünde** (BGH, NJW 2001, 673, 674 m.w.N.; NJW 2002, 1417, 1418).

Die hierzu erforderliche Differenzrechnung setzt einen Gesamtvermögensvergleich voraus, bei der alle Folgen des schädigenden Ereignisses zu berücksichtigen sind, die bis zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung eingetreten oder mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten sind. Der Auftraggeber genügt seiner Obliegenheit zum Nachweis eines Schadens deshalb nicht bereits dadurch, dass er einen

einzelnen ihm entstandenen Vermögensnachteil herausgreift und hieraus seinen Schaden ableitet. Er hat vielmehr in die von ihm vorzunehmende Vergleichsrechnung alle – auch ihm günstige – Umstände einzustellen, die auf der Pflichtverletzung des Beraters beruhen (BGH, NJW 1998, 982, 983; OLG Köln, OLG-Report 1999, 265, 267; Zugehör, WM-Sonderbeil. 4/2000, 1, 19; Ganter, WM-Sonderbeil. 6/2001, 1, 18).

Ist – wie hier – zu ermitteln, ob und inwieweit sich eine Vermögensdisposition, die jemand im Vertrauen auf den Rat oder die Auskunft eines anderen getroffen hat, als für ihn günstig oder ungünstig erweist, so lässt sich ein etwaiger Schaden erst dann feststellen, wenn und soweit sich **die Vermögenslage „unter dem Strich“** schlechter darstellt, als sie es sein würde, wenn die Maßnahme unterblieben wäre (BGH, a.a.O., m.w.N.; Senat, Gl 2002, 241, 245).

2. Eine derartige Vergleichsrechnung haben die Kläger nicht aufgestellt. Ihrem Vorbringen lässt sich lediglich entnehmen, welche steuerlichen Mehraufwendungen ihnen tatsächlich entstanden sind. Es fehlt jedoch an jedweden Angaben dazu, wie sich ihre Vermögenslage entwickelt hätte, wenn der Beklagte sie zutreffend belehrt und sie deshalb – wie sie jedenfalls erstinstanzlich behauptet haben – „definitiv“ von der Anteilsveräußerung abgesehen hätten. Insbesondere haben sie nichts dafür vorgetragen, in welcher Weise sich die dann fortbestehenden (ggf. sogar erhöhten) Tantiemeansprüche der beiden Mitarbeiter auf die Gewinnausschüttungen ausgewirkt hätten, obwohl der Beklagte wiederholt auf diesen Gesichtspunkt hingewiesen hat.

Ein solcher Gesamtvermögensvergleich war vorliegend auch nicht aus besonderen Gründen entbehrlich. Dabei kann dahinstehen, ob für die Schadenbemessung – wie das Landgericht angenommen hat – ausnahmsweise allein die steuerlichen Folgen einer Fehlauskunft des Steuerberaters zugrunde zu legen sind, wenn die für die wirtschaftliche Bewertung des nachteiligen Rechtsgeschäfts maßgebenden Faktoren wie Anteilswert, Kaufpreis oder Gewinnanteile als gleichwertig anzusehen sind. Für eine derartige Gleichwertigkeitsvermutung ist jedenfalls nach dem zweitinstanzlichen Vorbringen der Kläger kein Raum.

Danach lag allein der vereinbarte Kaufpreis weit unter dem tatsächlichen Wert der veräußerten Anteile; darüber hinaus haben die Kläger durch die Übertragung der Gewinnausschüttungs-

ansprüche sowie die Inkaufnahme der sie – die Kläger – treffenden Steuerlasten sehenden Auges weitere Vermögenseinbußen hingenommen.

Soweit die Berufungserwiderung eben jene Nachteile nunmehr auch noch dem Beklagten anzulasten sucht, ist dies einer sachlichen Auseinandersetzung nicht mehr zugänglich. **Ein Auftraggeber, der in Kenntnis aller Umstände eine eigenverantwortliche wirtschaftliche Entscheidung trifft, kann ihm hieraus erwachsene Nachteile seinem Steuerberater nicht als Schaden zurechnen.**

II.

Darüber hinaus lässt sich dem Vorbringen der Kläger nicht entnehmen, dass die nunmehr geltend gemachten Steuernachteile auf der Fehleinschätzung des Beklagten beruhen.

1. Ein Rechtsanwalt oder Steuerberater haftet nur dann aus positiver Vertragsverletzung, wenn der dem Mandanten entstandene Nachteil auf eine Verletzung von Vertragspflichten rückführbar ist; **Beratungsfehler, die den Schaden nicht herbeigeführt haben, erfüllen den Haftungstatbestand nicht** (Senat, Gl 2002, 241, 243).

Auch für den haftungsausfüllenden Ursachenzusammenhang zwischen der Pflichtverletzung und dem geltend gemachten Schaden trägt der Auftraggeber die – lediglich durch den Beweis des ersten Anscheins und die gegenüber § 286 ZPO geringeren Anforderungen des § 287 ZPO geminderte – Darlegungs- und Beweislast. **Er hat deshalb nachzuweisen, dass der als Schaden geltend gemachte Vermögensnachteil bei pflichtgemäßem Verhalten des Beraters nicht eingetreten wäre** (BGHZ 123, 311, 313 ff = NJW 1993, 3259; BGHZ 134, 212, 214 = NJW 1997, 1008; BGH, NJW-RR 2001, 1351, 1353; Senat, a.a.O.; Zugehör, a.a.O., 17 f; Ganter, a.a.O., 19; jeweils m.w.N.). Diesen ihnen obliegenden Nachweis haben die Kläger nicht erbracht.

2. **Es lässt sich schon nicht feststellen, dass die steuerlichen Folgen der Anteilsübereignung für die Entscheidung der Kläger überhaupt von Bedeutung waren.**

a) Zwar kommen dem Mandanten bei der Beurteilung der haftungsausfüllenden Kausalität die Beweiserleichterungen des § 287 ZPO zugute; dies gilt auch für die Frage, wie er sich bei richtiger Beratung verhalten hätte (BGH, NJW 2000, 509 m.w.N.; NJW 2002, 290, 291).

Jene Vorschrift führt nicht nur zu einer Herabsetzung des vom Richter anzulegenden Beweismaßes, sondern erleichtert dem Geschädigten auch die Darlegung. Erforderlich ist aber, dass er konkrete Tatsachen vorträgt und unter Beweis stellt, aus denen sich zumindest eine überwiegende, auf gesicherter Grundlage beruhende Wahrscheinlichkeit für den behaupteten Geschehensablauf ergibt (BGH, a.a.O.; NJW 1993, 734; NJW 2002, 292, 294 m.w.N.).

b) Hieran fehlt es vorliegend. Der erstinstanzliche Vortrag der Kläger erschöpft sich in der Behauptung, ihre Entscheidung über die Mitarbeiterbeteiligung „stand und fiel mit der Frage, ob es den halben Steuersatz gibt oder nicht“ und sie hätten „ohne die Anwendung des halben Steuersatzes definitiv nicht verkauft“. Jenes Vorbringen ist weder näher ausgeführt noch unter Beweis gestellt; außerdem ist ihm jedenfalls nach den zweitinstanzlichen Ausführungen der Kläger jede Grundlage entzogen.

Nach den eigenen Berechnungen der Berufungserwiderung und den ihr beigefügten Unterlagen lag allein der den Mitarbeitern abverlangte Kaufpreis um nahezu ein Drittel (Stuttgarter Verfahren) oder sogar mehr als 80 % (Discounted-Cashflow-Methode) unter dem tatsächlichen Wert der Anteile. Zudem haben die Kläger zugleich nicht nur 15 % ihrer Gewinnanteile an der GmbH aufgegeben, sondern ihr Vorhaben in Kenntnis der zusätzlich anfallenden – zumindest hälftigen – Steuern umgesetzt (siehe I. 2.).

Spätestens nunmehr entfällt daher jede Grundlage für die Annahme, die Kläger hätten in Kenntnis der steuerlichen Mehrbelastungen aufgrund einer „ausschließlich an Wirtschaftlichkeit Gesichtspunkten orientierten“ Entscheidungsfindung von einer Anteilsveräußerung abgesehen. Sie haben sich vielmehr umgekehrt unter Zurückstellung aller wirtschaftlichen Erwägungen für die von ihnen gewählte Form der Mitarbeiterbeteiligung entschieden.

Dominantes Motiv kann daher nur das (auch von ihnen selbst eingeräumte) **Interesse gewesen sein, die beiden Mitarbeiter an das Unternehmen zu binden und deren Motivation zu erhöhen.** Damit ist aber auch der – im Übrigen ebenfalls nicht näher ausgeführten – Behauptung der Kläger die Grundlage entzogen, sie hätten den Verkaufspreis „auf der Grundlage des halben Steuersatzes für die Veräußerung sowie des Nichtanfalls der Gewerbesteuer“ kalkuliert.

Es fehlt an jedweden Anhaltspunkten dafür, dass und in welcher Weise wenigstens die nach der Fehleinschätzung des Beklagten zu erwartenden Steuerlast überhaupt in die Kaufpreisbemessung eingeflossen sei. Noch weniger lässt sich annehmen, dass die nunmehr in den Vordergrund gestellten Steuermehrbelastungen für die Entschließung der Kläger überhaupt von Bedeutung gewesen sein könnten.

3. Auch unabhängig davon erlaubt das Vorbringen der Kläger keinen Schluss auf die Annahme, dass sie bei ordnungsgemäßer Beratung generell oder jedenfalls „zu den vorliegenden Konditionen“ von der steuerschädlichen Anteilsübertragung abgesehen hätten; eine „**Vermutung beratergerichtigen Verhaltens**“ kommt ihnen nicht zugute.

a) **Besteht für den Mandanten nur eine einzige sinnvolle Entschlussmöglichkeit**, durch die der ihm entstandene steuerliche Nachteil vermieden worden wäre, so kann sich zwar aus dem Anscheinsbeweis eine tatsächliche Vermutung dafür ergeben, dass er die gebotenen Hinweise des steuerlichen oder rechtlichen Beraters auch beachtet und sich in diesem Sinne „beraterrichtig“ verhalten hätte.

Diese Beweiserleichterung gilt jedoch nicht generell. Sie setzt vielmehr einen Tatbestand voraus, bei dem der Ursachenzusammenhang zwischen der Pflichtverletzung des Beraters und einem bestimmten Verhalten seines Mandanten typischerweise gegeben ist, beruht also auf Umständen, die nach der Lebenserfahrung eine bestimmte tatsächliche Vermutung rechtfertigen.

Voraussetzung sind danach tatsächliche Feststellungen, die im Falle sachgerechter Aufklärung durch den rechtlichen Berater aus der Sicht eines vernünftig urteilenden Mandanten eindeutig eine bestimmte tatsächliche Reaktion nahe gelegt hätten. Besteht dagegen nicht nur eine einzige verständige Entschlussmöglichkeit, so ist für einen Anscheinsbeweis kein Raum (BGHZ 123, 311, 314 ff = NJW 1993, 3259; BGHZ 126, 217, 222 = NJW 1994, 3295, 3298; BGH, NJW 1996, 312, 314; NJW 1998, 749, 750; NJW-RR 2001, 201, 203; NJW 2002, 292, 294).

Dieser gilt somit nur dann, wenn ein bestimmter Rat geschuldet war und es in der gegebenen Situation unvernünftig gewesen wäre, einem solchen Rat nicht zu folgen. Kommen dagegen unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten verschiedene Verhaltensweisen ernstlich in Betracht

und bestand die Aufgabe des Beraters lediglich darin, dem Mandanten durch die erforderlichen fachlichen Informationen eine sachgerechte Entscheidung zu ermöglichen, so sind die Regeln des Anscheinsbeweises unanwendbar (BGH, NJW-RR 1999, 641, 642; NJW-RR 2001, 1351, 1353; NJW 2002, 593, 594).

b) So liegt der Fall hier. Die Kläger selbst haben in ihrer Berufungserwiderung eine Reihe von Verhaltensalternativen aufgezeigt, die sie als gleichermaßen vernünftig und geeignet ansehen, um das angestrebte Ziel der Mitarbeiterbindung zu erreichen (TantiemEZahlung oder Bezug von Optionsrechten einerseits, Anteilsveräußerung zu höherem Kaufpreis andererseits).

Damit ist bereits nach eigener Einschätzung sowohl jedem Anscheinsbeweis für einen Verzicht auf die Anteilsübereignung wie auch der hierauf beruhenden Schadenberechnung (siehe I.) die Grundlage entzogen. Abgesehen davon kam keine der vorgetragenen Möglichkeiten als ernsthafte Entscheidungsalternative in Betracht.

TantiemEZahlungen als solche schieden von vornherein aus, weil beide Mitarbeiter nach der Aktennotiz des Beklagten vom 14.8.1995 sowie dem unwidersprochenen Vortrag der Berufungsbegründung bereits Inhaber derartiger Ansprüche waren. Denkbar bliebe deshalb allenfalls eine Erhöhung dieser Zahlungen, die jedoch ihrerseits – ebenso wie die Ausgabe von Optionsscheinen – zulasten der Kläger in die Schadenermittlung hätte eingestellt werden müssen (siehe I. 2.) und deren Umfang sie nicht mitgeteilt haben. Vor allem aber fehlt es an jedem Vortrag dazu, dass sich die Mitarbeiter überhaupt mit einer solchen Lösung einverstanden erklärt hätten.

Ein Anscheinsbeweis kommt den Klägern insoweit nicht zugute; **eine Vermutung beratungskonformen Verhaltens zugunsten einer GmbH kommt – wenn überhaupt – allenfalls für deren Gesellschafter oder Geschäftsführer in Betracht** (vgl. OLG Düsseldorf, 13. Zivilsenat, GI 2001, 298, 302).

Die Frage, wie ein sonstiger, seine eigenen Interessen verfolgender Dritter bei pflichtgemäßem Verhalten eines rechtlichen oder steuerlichen Beraters reagiert hätte, ist jedoch einem Anscheinsbeweis nicht zugänglich (Ganter, a.a.O., 20 m.w.N.).

Vorliegend hatten die Kläger ihren Mitarbeitern bereits vor Jahren eine Unternehmensbeteiligung zu für sie überaus günstigen Konditionen (Preisermittlung nach dem Stuttgarter Verfahren) zugesagt. Dass die Mitarbeiter auf die Einlösung dieses Versprechens verzichtet und sich allein wegen der – vergleichsweise geringfügigen – Steuermehrbelastung der Kläger mit irgendeinem „anderen zur Verfügung stehenden Instrumentarium“ abgefunden hätten, behaupten nicht einmal die Kläger selbst.

Gleiches gilt, soweit die Kläger nunmehr als „Kompensation“ der steuerlichen Nachteile eine Erhöhung des vereinbarten Kaufpreises für die Geschäftsanteile in den Raum stellen, die sie selbst erstinstanzlich noch als „reine Spekulation“ abgetan haben.

Der Beklagte hat in beiden Rechtszügen – sachlich zutreffend (siehe 2. b)) – darauf hingewiesen, dass der vereinbarte Kaufpreis überhaupt nicht nach dem tatsächlichen Wert der Anteile, sondern der finanziellen Leistungsfähigkeit der aufzunehmenden Gesellschafter bemessen worden und ein höherer Kaufpreis für die Mitarbeiter unbezahlbar gewesen sei. Dem sind die Kläger nicht entgegengetreten.

In ihrer Berufungserwiderung gehen sie selbst davon aus, dass „die beiden Mitarbeiter einen höheren Kaufpreis als jeweils 250.000 DM nicht akzeptiert, sondern vielmehr das Unternehmen verlassen hätten“. Die hieraus gezogene Schlussfolgerung eines noch höheren Schadens liegt in jeder Hinsicht neben der Sache (siehe I. 2.).

In Ermangelung sonstiger Alternativen hätten die Kläger somit auch bei ordnungsgemäßer Beratung des Beklagten lediglich vor der Wahl gestanden, entweder die Steuermehrbelastungen hinzunehmen oder aber auf die weitere Mitarbeit ihrer jetzigen Mitgesellschafter zu verzichten. Dass sie – die Kläger – sich gerade wegen der Bedeutung jener Mitarbeiter für die erstgenannte Möglichkeit entschieden hätten, ergibt sich aus der Höhe der ihnen eingeräumten Preisnachlässe (siehe 2. b)).

(...)

Versicherungsschutz des Rechtsanwalts

- Haftpflichtbestimmung privatrechtlichen Inhalts
- Gerichtskosten, § 49 GKG
- Vollmachtloser Vertreter
(OLG Köln, Urt. v. 9.7.2002 - 9 U 169/01)

Leitsatz:

Ein Rechtsanwalt haftet für die Gerichtskosten gemäß § 49 GKG aufgrund einer öffentlich-rechtlichen Haftpflichtbestimmung, wenn er ohne Vollmacht beim Mahngericht den Erlass eines Mahnbescheids beantragt, sodass sein Haftpflichtversicherer nicht deckungspflichtig ist.

Aus den Gründen:

Dem Kläger zu 1) und Berufungsbeklagten steht ein Anspruch auf Zahlung von 12.682,59 DM aus § 1 Abs. 1 Satz 1 VVG i.V.m. §§ 1, 3 Nr. 2, 5 der dem Versicherungsvertrag zugrunde liegenden AVB - der einzigen in Betracht kommenden Anspruchsgrundlage - nicht zu. (...)

Die Parteien sind sich einig, dass der Gegenstand der Versicherung durch § 1 AVB definiert wird, dessen Inhalt wie folgt lautet:

„Der Versicherer gewährt dem Versicherungsnehmer Versicherungsschutz (Deckung) für den Fall, dass er wegen eines bei der Ausübung beruflicher Tätigkeit - von ihm selbst oder einer Person, für die er einzutreten hat - begangenen Verstoßes von einem anderen aufgrund gesetzlicher Haftpflichtbestimmungen privatrechtlichen Inhalts für einen Vermögensschaden verantwortlich gemacht wird.“

Die Kläger haben Ende 1995 nach Aufforderung eines langjährigen Mandanten im Namen von K. einen Anspruch in Höhe von 9 Mio. DM im Mahnverfahren geltend gemacht. Als die Gerichtskasse die Gerichtsgebühr von 14.952,50 DM anforderte, stellte sich heraus, dass eine Bevollmächtigung durch K. nicht nachweisbar war.

Die Gerichtskasse nahm daher die Kläger in Anspruch, die auch zahlten. Außerdem zahlten die Kläger 750,29 DM an Rechtsanwaltsgebühren an die Rechtsanwälte, die K. zur Abwehr ihrer Inanspruchnahme durch die Gerichtskasse mandatiert hatte.

Die Inanspruchnahme des Klägers zu 1) aus dem vorgenannten Sachverhalt erfolgte nicht aufgrund einer **gesetzlichen Haftpflichtbestimmung privatrechtlichen Inhalts**.

Unter gesetzlichen Haftungsbestimmungen versteht man Rechtsnormen, die unabhängig vom Willen der Beteiligten an die Verwirklichung eines dem Versicherungsschutz unterfallenden Ereignisses Rechtsfolgen knüpfen (BGH, VersR 1971, 144; Prölss/Martin, VVG § 1 AHB Rdnr. 3; § 1 AVB Vermögen/WB Rdnr. 1; Späte, AHB § 1 Rdnr. 125).

Der BGH hat in seiner Entscheidung aus dem Jahr 1970 (VersR 1971, 144) ausgeführt, **dass § 179 BGB diese Voraussetzung erfülle**, und zwar auch dann, wenn ein Vertreter ohne Vertretungsmacht auf Erfüllung in Anspruch genommen werde. Auch in diesem Fall beruhe seine Verpflichtung nicht auf einer vertraglichen Vereinbarung, sondern trete ohne seinen Willen kraft Gesetzes ein. Dass der Anspruch sich auf Erfüllung richte, sei lediglich eine Frage des Anspruchsinhalts, habe jedoch mit dem Charakter des Anspruchsgrundes nichts zu tun.

Gleichwohl lässt sich vorliegend eine Eintrittspflicht der Beklagten unter Berufung auf die zitierte Entscheidung des BGH und die darin angestellten Überlegungen nicht begründen.

Zum einen passt die auf § 179 BGB abstellende Begründung allenfalls auf die von den Klägern gezahlten Gerichtskosten. Demgegenüber ist keine Haftpflichtbestimmung ersichtlich, nach der die Kläger K. gegenüber verpflichtet gewesen wären, die Anwaltskosten für die Beratung durch die Rechtsanwälte D. und Partner zu übernehmen.

Mangels eines Mandatsverhältnisses scheiden Ansprüche aus positiver Vertragsverletzung aus. Deliktsrechtliche Vorschriften decken diesen reinen Vermögensschaden ebenfalls nicht ab. Insoweit sind die Voraussetzungen des § 1 AVB nicht erfüllt mit der Folge, dass die Beklagte für die Anwaltskosten auch nicht eintrittspflichtig ist.

Zum anderen ergibt sich auch hinsichtlich der Gerichtskosten die Haftung der Kläger nicht aus einer gesetzlichen Haftpflichtbestimmung privatrechtlichen Inhalts. Die Inanspruchnahme der Kläger **stützt sich primär nicht auf § 179 BGB, sondern auf § 49 GKG**.

Damit unterscheidet sich der vorliegende Fall deutlich von dem Sachverhalt, den der BGH in seiner Entscheidung VersR 1971, 144 zu beurteilen hatte und in dem es um die Haftung eines Architekten aus § 179 BGB ging, der ohne Vollmacht einen Handwerker beauftragt hatte.

§ 49 GKG begründet zwischen dem Kostenschuldner und der Staatskasse ein Verhältnis öffentlich-rechtlicher Art (BGH, MDR 1997, 198). Öffentlich-rechtlicher Kostenschuldner ist der Antragsteller. Es besteht Einigkeit, dass dies in der Regel der Mandant und nicht der Rechtsanwalt ist. **Nur wenn er ohne Vollmacht gehandelt hat, wird der Rechtsanwalt ausnahmsweise als Antragsteller behandelt und muss die Kosten selbst tragen** (OLG Koblenz, JurBüro 1997, 536; Hartmann in: Baumbach/Hartmann, Kostengesetze, § 49 Rdnr. 4).

Dieses Ergebnis wird von der Rechtsprechung indes nicht mit den Vorschriften des BGB zur Stellvertretung begründet, zumal die Prozessvollmacht in §§ 80 ff ZPO jenseits der allgemeinen Vorschrift des materiellen Zivilrechts eigenständig geregelt ist. Der BGH hat sogar ausdrücklich entschieden, die Schuldnerstellung gemäß § 49 GKG sei von der Frage einer wirklichen Bevollmächtigung „unabhängig“ (BGH, MDR 1997, 198). Für die Kostenschuldnerschaft sei vielmehr maßgeblich, wer die Antragstellung veranlasst habe (BGH, MDR 1997, 198; VersR 1993, 1377 = MDR 1993, 1249; MDR 1983, 292: Veranlasserprinzip).

Dies steht im Einklang mit der Rechtsprechung und Literatur zu § 89 ZPO, der die **prozessualen Folgen einer vollmachtlosen Prozessvertretung regelt**. Allerdings regelt die Vorschrift lediglich die „**bewusst vollmachtlose**“ Vertretung. § 89 Abs. 1 ZPO bestimmt, dass der Vertreter auch ohne Vollmacht einstweilen zugelassen werden kann, jedoch für die Kosten und Schäden verantwortlich ist, wenn der Vertretene die Prozessführung nicht bis zum Erlass des Endurteils genehmigt.

Die „vermeintlich berechnigte“ Prozessvertretung ist in § 89 ZPO nicht geregelt. Auch hier besteht indes die Möglichkeit einer Genehmigung durch den Vertretenen gemäß § 89 Abs. 2 ZPO. Wird sie nicht erteilt, so sind die Prozesshandlungen des Rechtsanwalts unwirksam; gleichwohl ergeht eine Entscheidung für oder gegen den „Mandanten“, die wirksam, aber anfechtbar ist.

Die Kosten des Rechtsstreits werden dem „Veranlasser“ auferlegt. Dies kann der Rechtsanwalt sein, aber auch die vertretene Partei selbst, wenn sie z.B. die Tätigkeit des Anwalts hätte kennen und unterbinden müssen (vgl. BGH, MDR 1997, 198), oder auch der gesetzliche Vertreter der Partei (Thomas/Putzo, ZPO, § 89 Rdnr. 8 ff; Zöller/Vollkommer, ZPO, § 88 Rdnr. 11).

Im Einklang mit diesen Grundsätzen hat das AG S. im Erinnerungsverfahren der Kläger gegen die Inanspruchnahme wegen der Gerichtskosten auch zu Recht nicht etwa formuliert, die Haftung der Kläger „ergebe sich“ – neben § 49 GKG – aus §§ 179, 180 BGB, sondern vielmehr nur, **dass diese Vorschriften eine Haftung der Rechtsanwälte „vorzeichnen“**. Es ist also tatsächlich nicht § 179 BGB zur Anwendung gelangt, sondern es wurde lediglich der auch hinter § 179 BGB stehende Rechtsgedanke – **nämlich das Veranlasserprinzip – herangezogen, das im Übrigen auch § 89 ZPO zugrunde liegt.**

Im Ergebnis „ergibt“ sich die Inanspruchnahme der Kläger damit nicht aus § 179 BGB – auch nicht indirekt –, sondern aus § 49 GKG im Zusammenhang mit dem von der Rechtsprechung entwickelten Veranlasserprinzip. **Deshalb haften die Kläger aufgrund einer öffentlich-rechtlichen Haftpflichtbestimmung.**

Eine Eintrittspflicht der Beklagten für den streitgegenständlichen Schadenfall ist daher insgesamt zu verneinen.

Leichtfertige Steuerverkürzung

- Blankounterschrift
- Prüfung der Steuererklärung
(BayOLG, Beschl. v. 1.3.2002 – 4 St RR 2/02)

Leitsatz:

Überlässt ein Steuerpflichtiger ein von ihm blanko unterschriebenes Einkommensteuererklärungsformular seinem steuerlichen Berater und lässt ihn die von diesem ausgefüllte Erklärung ungeprüft beim Finanzamt einreichen, so handelt er in der Regel zumindest leichtfertig i.S.d. § 378 Abs. 1 AO. Dies gilt auch, wenn der Berater Mitglied der rechts- bzw. steuerberatenden Berufe oder Finanzbeamter ist.

Zum Sachverhalt:

Die miteinander verheirateten Angeklagten erzielten in den Jahren 1990 bis 1993 Einkünfte aus nicht selbstständiger Arbeit. Für diese Veranlagungszeiträume überließen sie jeweils blanko unterschriebene Formulare für die Einkommensteuererklärung mit den von ihnen gesammelten Belegen dem damals an dem für sie zuständigen Finanzamt als Steuerbeamter tätigen Zeugen P.

Dieser füllte die Steuererklärungen aus, wobei er die Werbungskosten zu hoch einsetzte, und versah sie mit dem Vermerk: „Belege eingesehen und zurückgegeben“. Anschließend führte jeweils entweder er selbst oder der zuständige Sachbearbeiter die Veranlagung der Angeklagten entsprechend diesen Erklärungen durch. Auf diese Weise erhielten die Angeklagten für die genannten Jahre zu Unrecht Steuererstattungen in Höhe von insgesamt 14.680 DM.

Die Staatsanwaltschaft erhob gegen beide Angeklagte am 20.10.2000 Anklage wegen vier gemeinschaftlich begangener besonders schwerer Fälle der Steuerhinterziehung.

Am 19.3.2001 wurden sie vom Amtsgericht von diesem Vorwurf freigesprochen.

Nach Ansicht der Amtsrichterin war den Angeklagten aufgrund der Beweisaufnahme nicht zu widerlegen, dass sie darauf vertraut hätten, der Zeuge P. werde die Steuererklärungen immer korrekt ausfüllen. Sie hätten auch hinterher nicht bemerkt, dass dies nicht der Fall gewesen sei. Ihrer Meinung nach handelten die Angeklagten auch nicht leichtfertig. Sie hätten nämlich diesem Zeugen vertrauen dürfen.

Die Revision der Staatsanwaltschaft war begründet.

Aus den Gründen:

(...)

Unzureichend sind auch die Erwägungen, mit denen die Amtsrichterin leichtfertiges Handeln der Angeklagten verneint hat. Der Vorwurf der Leichtfertigkeit entfällt nicht schon, wenn man unterstellt, den Angeklagten habe es sich nicht aufdrängen müssen, dass der Zeuge P. in ihre Steuererklärungen steuerverkürzende Angaben eintrug.

Leichtfertigkeit bezeichnet einen erhöhten Grad an Fahrlässigkeit, der mit grober Fahrlässigkeit gleichzusetzen ist und auch bei unbewusster Fahrlässigkeit gegeben sein kann (vgl. dazu z.B. BGH, NStZ 1988, 276; BFH/NV 1998, 8; BayObLG, BB 1971, 1544; ZfZ 1968, 246).

Leichtfertigkeit liegt deshalb immer schon dann vor, wenn die – bewusste oder unbewusste – Missachtung wesentlicher steuerlicher Pflichten Ausdruck einer groben Nachlässigkeit ist. Die Angeklagten hatten die Einkommensteuererklärungen eigenhändig zu unterschreiben (§ 150 Abs. 3 Satz 1 AO, § 25 Abs. 3 Satz 5 EStG), wobei sie mit ihrer Unterschrift auf dem Erklärungsvordruck auch die Versicherung unterzeichneten, dass sie ihre Angaben wahrheitsgemäß nach bestem Wissen und Gewissen gemacht hatten (§ 150 Abs. 2 Satz 2 AO).

Mit dieser schriftlichen Versicherung wird dem Steuerpflichtigen persönlich die Verpflichtung auferlegt, **Angaben in der Steuererklärung nach bestem Wissen und Gewissen zu machen**. Er soll durch seine eigenhändige Unterschrift erkennbar die **Verantwortung für die tatsächlichen Angaben in der Steuererklärung** übernehmen. Ferner soll sichergestellt werden, dass sich der Steuerpflichtige **über die Lückenlosigkeit und Richtigkeit der ggf. von einem Dritten, also insbesondere von seinem steuerlichen Berater vorgenommenen Eintragungen und den Umfang der im Vordruck vorgesehenen Angaben vergewissert hat** (st. Rspr., vgl. z.B. BFH, BStBl II 1999, 203; BFH/NV 1998, 8; BStBl II 1987, 77; 1984, 13; 436; jeweils m.w.N.).

Die Angeklagten waren deshalb verpflichtet, die vom Zeugen P. vorbereiteten Steuererklärungen jeweils vor deren Abgabe beim Finanzamt daraufhin zu überprüfen, **ob in ihnen alle Angaben tatsächlicher Art vollständig und richtig enthalten waren**. Zudem hatten sie dabei zu kontrollieren, **ob er alle im Steuererklärungsformular ausdrücklich gestellten und auf einen ganz bestimmten Vorgang bezogenen Fragen beachtet hatte** (vgl. dazu etwa BFH/NV 1998, 8; BFHE 181, 252; 165, 454; jeweils m.w.N.).

Überlässt ein Steuerpflichtiger unter Missachtung dieser Pflichten seinem steuerlichen Berater ein **blanko unterschriebenes Einkommensteuererklärungsformular** und lässt ihn die von diesem ausgefüllte Erklärung ungeprüft beim Finanzamt einreichen, so handelt er in der Regel leichtfertig i.S.d. § 378 AO – dies unabhängig davon, ob er die durch § 150 Abs. 2 Satz 2,

Steuerberaterhaftung

Abs. 3 Satz 1 AO, § 25 Abs. 3 Satz 4 bzw. Satz 5 EStG normierten Kontrollpflichten bewusst missachtet oder etwa deswegen, weil er sie nicht zur Kenntnis genommen hat.

Die bewusste Nichtbeachtung der Pflicht, die von einem Dritten gefertigte Einkommensteuererklärung auf ihre tatsächliche Richtigkeit zu prüfen, ist angesichts der Bedeutung dieser Erklärung für das Besteuerungsverfahren ein grober Verstoß gegen die steuerlichen Pflichten. Nichts anderes gilt, wenn der Steuerpflichtige die mit der Unterzeichnung einer Einkommensteuererklärung verbundenen Pflichten deswegen nicht zur Kenntnis genommen hat, **weil er das ihm inhaltlich unbekannte Erklärungsformular ungelesen blanko unterschrieben hat**. Auch in einem solchen Verhalten kommt regelmäßig eine **erhebliche Gleichgültigkeit gegenüber den steuerlichen Pflichten zum Ausdruck**.

Sinn und Gewicht der hier in Rede stehenden steuerlichen Pflichten sind für den Steuerpflichtigen, falls sie ihm nicht ohnehin geläufig sind, im Regelfall ohne weiteres einsehbar. Ebenso ist für ihn im Allgemeinen erkennbar, dass diese Inhaltskontrolle der Steuererklärung nicht dann entfällt, wenn er seinem Berater vertraut. **Denn dann hätte diese Prüfungspflicht keine praktische Bedeutung, weil kaum jemand einen Dritten, zu dem er kein Vertrauen hat, mit der Erledigung seiner steuerlichen Angelegenheiten beauftragen wird.**

Anhaltspunkte für die Annahme, dass im vorliegenden Fall, wenn vorsätzliches Handeln nicht feststellbar ist, ausnahmsweise auch Leichtfertigkeit zu verneinen ist, bieten die Feststellungen des angefochtenen Urteils nicht. Angesichts ihres beruflichen Werdegangs liegt es nahe, dass die Angeklagten aufgrund ihrer **individuellen intellektuellen Fähigkeiten** ihre steuerlichen Pflichten, falls sie ihnen unbekannt gewesen sein sollten, erkennen und ihnen auch genügen konnten.

Der Umstand, dass der Zeuge P. die Steuererstattungen jeweils in etwa richtig prognostizierte, ist in diesem Zusammenhang ohne Belang. Zum einen war dieses Ergebnis bei der Blankounterzeichnung der Steuererklärungen noch nicht abzusehen. Zum anderen besagt dies nicht ohne weiteres, dass die Angaben in den Steuererklärungen tatsächlich richtig waren, sondern nur, dass sie dem Steuerbescheid unverändert zugrunde gelegt wurden.

- GmbH-Geschäftsführer-Vertrag
 - Belehrungspflicht des Steuerberaters
 - vGA
- (KG, Urt. v. 31.7.2001 - 13 U 4954/00)

Leitsatz:

Zum Umfang der Beratungspflicht eines für eine GmbH allumfassend tätigen Steuerberaters bei der Ausgestaltung von Geschäftsführerverträgen.

Zum Sachverhalt:

Der Kläger als Konkursverwalter nimmt den Beklagten als früheren Steuerberater der Gemeinschuldnerin auf Schadenersatz wegen Vertragsverletzung durch fehlerhafte Beratung in Anspruch.

Die Gemeinschuldnerin, über deren Vermögen am 11.12.1996 das Konkursverfahren eröffnet wurde, war mit Gesellschaftsvertrag vom 21.12.1990 mit einem Stammkapital von 50.000 DM gegründet worden. Gründungsgesellschafter zu je 50% und gleichzeitig Geschäftsführer waren R. und D. Neben diesen hatte die Gesellschaft einen weiteren Geschäftsführer.

Der Beklagte war seit der Gründung der nachmaligen Gemeinschuldnerin als deren alleiniger Steuerberater bis zum Ablauf des Geschäftsjahres 1992 mit den steuerlichen Angelegenheiten der Gemeinschuldnerin betraut. Ein schriftlicher Vertrag wurde nicht abgeschlossen.

Bilanz und Steuererklärungen für 1992 erstellte der Beklagte für die Gemeinschuldnerin noch im Jahre 1993, obwohl seit Anfang 1993 - etwa zeitgleich mit der Sitzverlegung der nachmaligen Gemeinschuldnerin nach E. - eine ortsansässige Steuerberatungs-GmbH mit der steuerlichen Beratung der Gemeinschuldnerin beauftragt war.

Zwischen der Gemeinschuldnerin und den beiden Gesellschafter-Geschäftsführern bestanden gleich lautende schriftliche Geschäftsführerverträge vom 30.1.1992. Das Vertragsverhältnis sollte hiernach mit dem 1.1.1992 beginnend auf unbestimmte Zeit geschlossen sein. Nach dem „Bezüge“ überschriebenen § 2 Abs. 1 lit. a sollte der Geschäftsführer jeweils für seine Tätigkeit erhalten:

„Ein festes Jahreshonorar i.H.v. 350.000 DM, zahlbar gegen Rechnung zzgl. Umsatzsteuer. Die Jahresvergütung bemisst sich nach einem monatlichen Honorar i.H.v. 25.000 DM für zwölf Monate zzgl. zweier Sonderzahlungen als Urlaubs- und Weihnachtsgeld in gleicher Höhe. Der Betrag ist entweder durch monatliche Teilrechnungen zu erheben oder in der zweiten Jahreshälfte eines jeden Jahres in einer Summe.“

In § 2 Abs. 4 des Vertrages heißt es: „Bei der Festsetzung des Jahresgehaltes ist von einem Jahresumsatz bis zu 10 Mio. DM ausgegangen worden ...“.

In Abs. 1 lit. b derselben Vorschrift ist eine Tantiemeregelung enthalten, wonach eine Tantieme als Anteil am Jahresgewinn der Gesellschaft i.H.v. 25% des körperschaftsteuerlichen Gewinns nach näherer Berechnungsmaßgabe (§ 2 Abs. 2) gezahlt werden sollte.

Die Geschäftsführerverträge, insbesondere die freiberuflichen Einkünfte eines Gesellschafter-Geschäftsführers und die Umstände, unter denen diese nach der Rechtsprechung des BFH dem Einkommen der GmbH als verdeckte Gewinnausschüttungen hinzuzurechnen sind, wurden von dem Beklagten in Schreiben vom 8.7. und 17.9.1992 an den die GmbH damals beratenden Rechtsanwalt G., Dipl.-Betriebswirt und Fachanwalt für Steuerrecht, angesprochen. Unter Hinweis auf die Rechtsprechung des BFH – ohne Fundstellennachweis – und auf einen Erlass des Finanzministeriums in deren Folge weist der Beklagte auf die Notwendigkeit hin, Abgrenzungen der Nebentätigkeiten der Gesellschafter-Geschäftsführer in die Satzung aufzunehmen, da die Genehmigung derartiger Nebentätigkeiten im Geschäftsführervertrag nicht mehr ausreichend sei.

Das Problem verdeckter Gewinnausschüttung im Zusammenhang mit den Geschäftsführergehältern war auch Gegenstand von Schreiben des Beklagten an die Gemeinschaftsdnerin vom 6.12.1993 und – undatiert – mit Eingangsdatum 17.12.1993 sowie eines Schreibens an den Gesellschafter-Geschäftsführer K. vom 28.10.1993.

Die Vergütung der beiden Gesellschafter-Geschäftsführer für das Jahr 1992 wurde im September desselben Jahres i.H.v. je 399.000 DM einschließlich Umsatzsteuer gezahlt. Später wurde die Umsatzsteuer storniert und für beide Gesellschafter-Geschäftsführer von der Gesellschaft Lohn- und Kirchensteuer auf die

Geschäftsführerbezüge nachentrichtet. Auch hierauf bezieht sich das Schreiben des Beklagten an die Gemeinschaftsdnerin vom 17.12.1993 (Eingangsdatum).

Unter dem 16.3.1993 wurden mit Wirkung vom 1.1.1993 mit den Gesellschafter-Geschäftsführern neue Geschäftsführer-Anstellungsverträge geschlossen.

In einem auf den 18.8.1997 datierten Bericht stellte das Finanzamt für Großbetriebsprüfung K. nach Abschluss einer Betriebsprüfung bei der Gemeinschaftsdnerin fest, bei dieser lägen in Höhe des Aufwandes für die beiden Gesellschafter-Geschäftsführer (laufende Bezüge einschließlich Sonderzahlungen und Tantiemen) i.H.v. 1.101.618 DM verdeckte Gewinnausschüttungen für das Jahr 1992 vor. Zur Begründung wird in dem Bericht ausgeführt, für das Jahr 1992 hätten steuerlich wirksame Anstellungsverträge mit den Gesellschafter-Geschäftsführern nicht vorgelegen, weshalb – und u.a. auch wegen fehlender monatlicher Auszahlung der Netto-bezüge und Abführung der Lohnsteuer – die Vergütungen für die Geschäftsführer nicht als Betriebsausgaben berücksichtigt werden könnten und die Anrechnung von Körperschaftsteuer zu versagen sei.

Im Anschluss an die Außenprüfung durch das vorgenannte Finanzamt forderte das Finanzamt B. mit Bescheid über Körperschaftsteuer vom 10.9.1996 von der nachmaligen Gemeinschaftsdnerin für das Jahr 1992 Körperschaftsteuer i.H.v. insgesamt 611.666 DM nach. Gegen diesen Bescheid sowie gegen den gleichzeitig erlassenen Bescheid über die gesonderte Feststellung von Besteuerungsgrundlagen gemäß § 47 Abs. 1 KStG und die Abrechnung zur Körperschaftsteuer für 1992 sowie den Bescheid über Zinsen hat die GmbH/Gemeinschaftsdnerin zunächst Einspruch eingelegt.

Zu diesen Einsprüchen hat das Finanzamt B., Rechtsbehelfsstelle, unter dem 28.1.1998 gegenüber dem Konkursverwalter Stellung genommen und um Prüfung gebeten, ob nach der dargelegten Rechtsauffassung die Einsprüche zurückgenommen werden. Im Einvernehmen mit dem Beklagten hat der Kläger die gegen die Körperschaftsteuer- und Gewerbesteuerbescheide eingelegten Einsprüche zurückgenommen. Der endgültige Bescheid des Finanzamts B. erging am 9.7.1998 und bestätigte die Steuerschuld der GmbH – Körperschaftsteuer zzgl. Zinsen und Solidaritätszuschlag – i.H.v. insgesamt 611.936,30 DM.

Das Finanzamt K. setzte mit Bescheid vom 18.8.1998 die Gewerbesteuer für 1992 einschließlich Zinsen auf 218.937 DM fest. Aufgrund der Bescheide des Finanzamts B. vom 10.9.1996 hatte sich die GmbH als zahlungsunfähig angesehen und die Eröffnung des Konkursverfahrens über ihr Vermögen beantragt.

Die zulässige Berufung des Klägers hat dem Grunde nach Erfolg. Dem Kläger steht ein Anspruch gegen den Beklagten wegen schuldhafter Verletzung eines Steuerberatervertrages mit der Gemeinschuldnerin nach den Grundsätzen der positiven Vertragsverletzung zu (§§ 242, 249, 675 Abs. 1 BGB).

Aus den Gründen:

Dass zwischen dem Beklagten und der nachmaligen Gemeinschuldnerin ein Steuerberatungsvertrag im Sinne eines Geschäftsbesorgungsvertrages mit Dienstleistungscharakter (§ 675 Abs. 1 BGB) bestand, ist unstreitig, und zwar war der Beklagte jedenfalls alsbald nach Gründung der GmbH Ende 1990 bis zum Ende 1992 von dieser als Steuerberater mandatiert. Nach eigener Darstellung hat er mit der Ende 1993 übersandten Bilanz und den Steuererklärungen für 1992 seine Arbeit für die Gemeinschuldnerin beendet.

Ein schriftlicher Vertrag über die Steuerberatungstätigkeit des Beklagten wurde mit der Gemeinschuldnerin nicht geschlossen. Der Umfang des Dauermandats ist jedoch nach den gegebenen Umständen wie nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme als allumfassend geklärt. Schon weil der Beklagte bis zum Ende des Jahres 1992 der einzige Steuerberater der GmbH/Gemeinschuldnerin war, ist allein schon von einer allumfassenden steuerlichen Betreuung durch den Beklagten auszugehen.

Des Weiteren hat der Gründungsgesellschafter und Geschäftsführer der vormaligen GmbH, K., als Zeuge bekundet, der Beklagte sei bereits vor der Gründung der GmbH sowohl sein persönlicher Steuerberater als auch Steuerberater für eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, an der er beteiligt gewesen sei, gewesen und habe ihn neben der Erledigung der Finanzbuchhaltung und der Fertigung seiner Steuererklärung in allen steuerlichen Fragen zu beraten gehabt. Der Aufgabenkreis, den der Beklagte als Steuerberater für ihn persönlich wahrnahm, habe von diesem auch als Steuerberater der GmbH über-

nommen werden sollen. Dieser Aufgabenkreis ist auch durch die Aussagen des anderen Gründungsgesellschafters und Geschäftsführers D. sowie durch die Aussage des kaufmännischen Geschäftsführers K. als Zeugen bestätigt worden.

Zu der allumfassenden steuerlichen Beratung, mit der der Beklagte mandatiert war, **gehörte auch die Beratung hinsichtlich der Gestaltung der Geschäftsführerverträge für die Gesellschafter-Geschäftsführer.** Denn für diese waren Anstellungsverträge – das ist unstreitig – bei Beginn der Tätigkeit des Beklagten für die Gemeinschuldnerin noch nicht abgeschlossen worden. **Für eine GmbH birgt aber die Gestaltung der Anstellungsverträge für Gesellschafter-Geschäftsführer, zumal wenn es um besonders hohe Vergütungen und die Kombination von Festgehalt und erfolgsabhängigen Tantiemen geht, besondere steuerliche Risiken der verdeckten Gewinnausschüttung** (vgl. Jaeger, *Der Anstellungsvertrag des GmbH-Geschäftsführers* 4. Aufl., S. 108 ff, 111).

Es ist auch unstreitig, dass der Beklagte beratende Tätigkeit hinsichtlich der steuerlichen Probleme im Zusammenhang mit der Vergütung der Gesellschafter-Geschäftsführer, insbesondere im Hinblick auf die zusätzliche Zahlung von Tantiemen, entfaltete.

So hat er die **Problematik einer verdeckten Gewinnausschüttung**, die sich insbesondere aus der Höhe und den Auszahlungsmodalitäten der Geschäftsführergehälter für die nachmalige Gemeinschuldnerin ergaben, mit dem kaufmännischen Geschäftsführer K. und dem die Gemeinschuldnerin beratenden Rechtsanwalt G. erörtert. Das wird sowohl durch die Schreiben des Beklagten an Rechtsanwalt G. vom 8.7. und 17.9.1992 und das Antwortschreiben von Rechtsanwalt G. an den Beklagten vom 28.7.1992 als auch durch ein Schreiben des Geschäftsführers K. an den Beklagten vom 27.5.1992 wie durch dessen Zeugenaussage bestätigt.

Schließlich waren auch noch im Jahre 1993 die steuerrechtlichen Probleme im Zusammenhang mit den Gehältern der Gesellschafter-Geschäftsführer Gegenstand von schriftlichen Erörterungen zwischen der Gemeinschuldnerin und dem Beklagten, wie sich aus dem Schreiben der S.-GmbH an den Beklagten vom 27.10.1993 und dem Schreiben des Beklagten an die Gesellschaft vom 6.12.1993 und dem undatierten weiteren Schreiben des Beklagten an die GmbH, Eingangsstempel 17.12.1993, ergibt.

Dass der Beklagte behauptet, nicht er, sondern nach seiner Ansicht der die Gesellschaft in Rechtsangelegenheiten beratende Rechtsanwalt G. habe die Gesellschafter-Geschäftsführerverträge abgefasst, ist zum einen nicht erwiesen, vermag zum anderen den Beklagten aber auch von seiner **mandatsbezogenen steuerlichen Beratungspflicht** nicht zu befreien. (...)

Wer die Geschäftsführerverträge abgefasst hat, kann schließlich dahinstehen. Denn entscheidend ist, dass der Beklagte aus seiner Stellung als alleiniger Steuerberater der GmbH/Gemeinschuldnerin allumfassende Beratungspflichten hatte, gleich wer die Geschäftsführerverträge letztlich abfasste und formulierte. Aus dieser Stellung und Verantwortung für die GmbH war die Belehrung des Beklagten gefordert, **soweit der GmbH in ihrer Gestaltung erkennbar rechtliche, wirtschaftliche oder steuerliche Risiken drohten** (vgl. Gräfe/Lenzen/Schmeer, *Steuerberaterhaftung* 3. Aufl., Rz. 259).

Selbst wenn ein Dritter mit der Abfassung der Geschäftsführerverträge für die beherrschenden Gesellschafter betraut war, so war doch der Beklagte aus seiner Stellung als Steuerberater der Gesellschaft von deren Gründung an allein schon aus dieser Stellung verpflichtet, die Gestaltung unter steuerlichen Gesichtspunkten beratend zu begleiten und mögliche Risiken – auch ungefragt – offen zu legen, **den nach den Umständen sichersten Weg** zu dem erstrebten steuerlichen Ziel aufzuzeigen und sachgerechte Vorschläge hierzu zu unterbreiten (vgl. Gräfe/Lenzen/Schmeer, *Steuerberaterhaftung* 3. Aufl., Rz. 259; BGH v. 18.12.1997 – IX ZR 153/96, AG 1998, 231 = NJW 1998, 1486 ff; s.a. Zugehör, *WM-Sonderbeil.* 4/2000, S. 8 VI 1, S. 9 VI 2 c).

So hat der Beklagte seine Rolle offensichtlich auch selbst aufgefasst, wie sich aus seinen Schreiben an Rechtsanwalt G. vom 8.7. und 17.9.1992 ergibt.

Insbesondere muss der Steuerberater seinen Auftraggeber möglichst vor Schaden bewahren und deswegen den nach den Umständen sichersten Weg zu dem erstrebten steuerlichen Ziel aufzeigen und sachgerechte Vorschläge unterbreiten. Diese Aufgabe schließt die Pflicht ein, **den Mandanten auf die Gefahr einer Steuerbelastung aus verdeckter Gewinnausschüttung hinzuweisen und dieser Gefahr durch geeignete Maßnahmen und Empfehlungen entgegenzuwirken** (BGH v. 18.12.1997 – IX ZR 153/96, AG 1998, 231 = NJW 1998, 1486 ff m.w.N.).

Bei Raterteilung aus seinem Verantwortungsbereich heraus muss der Steuerberater klar und eindeutig sein.

Zuwendungen an beherrschende Gesellschafter werden nach lange anerkannter steuerrechtlicher Praxis nur unter strengen Voraussetzungen als Betriebsausgaben anerkannt. Hierfür ist insbesondere der Nachweis erforderlich, dass die Gesellschaft **denselben Vorteil auch einem Nichtgesellschafter-Geschäftsführer erbracht hätte**. Dafür wiederum ist Voraussetzung, dass die Zuwendung im Voraus klar vereinbart, zivilrechtlich wirksam, der Höhe nach angemessen und tatsächlich auch gezahlt worden ist. Anderenfalls kann eine verdeckte Gewinnausschüttung vorliegen, die das zu versteuernde Einkommen nicht senkt (§ 8 Abs. 3 Satz 2 KStG, § 7 GewStG; vgl. BGH v. 18.12.1997 – IX ZR 153/96, AG 1998, 231 = NJW 1998, 1486 ff; s.a. Rotthege, *Mandatspraxis Beratung der GmbH* 1999, M 13).

Die Leistungen und Nebenleistungen, die die GmbH ihren Gesellschafter-Geschäftsführern gewährt, müssen, worauf der Beklagte jedenfalls auch in seinem undatierten, bei der GmbH am 17.12.1993 eingegangenen Schreiben hinweist, einem Fremdvergleich standhalten und nach diesen Kriterien auch durchgeführt werden.

Die Behauptung des Beklagten, er habe seit Übernahme des Mandats fortlaufend und regelmäßig darauf hingewiesen, es müssten Geschäftsführerverträge für die beherrschenden Gesellschafter geschlossen werden, da sonst erhebliche steuerliche Nachteile drohten, kann als wahr unterstellt werden. Damit hat der Beklagte seiner steuerlichen Beratungspflicht jedoch noch nicht vollständig genügt. **Denn er hätte auf eine nach den o.g. Kriterien einwandfreie Tätigkeitsvergütung und die Notwendigkeit der tatsächlichen Durchführung klarer hinweisen müssen**. Das hat der Beklagte nach seinem eigenen Vorbringen versäumt.

Der Beklagte hat im Rahmen seiner Tätigkeit 1992 unstreitig nicht auf die später im Rahmen einer Betriebsprüfung durch das Finanzamt für Großbetriebsprüfung K. im Bericht vom 18.8.1997 festgestellten steuerlichen Bedenken gegen die Honorarzahlung an die Gesellschafter-Geschäftsführer hingewiesen. Dabei kommt es nicht entscheidend darauf an, ob der Beklagte, was er bestreitet, die Geschäftsführerverträge vom 30.1.1992 als solche kannte. Es kommt vielmehr darauf an, dass der Beklagte selbst auf die Notwendigkeit schriftlicher Geschäftsführer-

verträge für die Gesellschafter hingewiesen hatte und er schon deswegen verpflichtet war, auf das wesentliche Risiko verdeckter Gewinnausschüttung sowohl bei der Gehalts-Einmalzahlung als auch bei der Tantiemeregulierung hinzuweisen. Hierbei **genühten keinesfalls seine unscharfen Andeutungen eines Risikos**, zumal insbesondere nur bei der Tantiemeregulierung im Hinblick auf freiberufliche Einkünfte eines Gesellschafter-Geschäftsführers, wie sich diese in den Schreiben des Beklagten vom 8.7. und 17.9.1992 finden.

Wenn der Beklagte behauptet, er habe fortlaufend und in regelmäßigen Abständen, etwa alle 14 Tage, auf die Notwendigkeit des Abschlusses von Geschäftsführerverträgen hingewiesen, so hat er damit seiner mandatsbezogenen Beratungspflicht nicht genügt. Denn der Hinweis auf die Notwendigkeit, überhaupt Verträge abzuschließen, besagt noch nichts für die **richtig und vollständig angeratene inhaltliche Gestaltung**. Es ist also nichts dafür dargetan oder sonst ersichtlich, dass sich die Gesellschafter-Geschäftsführer bewusst der besseren Erkenntnis verschlossen hätten (vgl. BGH v. 18.12.1997 – IX ZR 153/96, AG 1998, 231 = NJW 1998, 1486, 1487).

Es entlastet den Beklagten auch nicht, dass er behauptet, die Anstellungsverträge für die Gesellschafter-Geschäftsführer erst als Anlage zur Klageschrift kennen gelernt zu haben. Er wäre vielmehr verpflichtet gewesen, nicht nur die Abfassung derartiger Verträge mit vagen Formulierungen anzumahnen oder über ihren Inhalt zu mutmaßen; **er hätte vielmehr auf Abschluss und Gestaltung aktiv Einfluss nehmen und auf Vorlage der Verträge dringen müssen, um sie unter steuerlichen Gesichtspunkten auf ihre Richtigkeit und Zweckmäßigkeit zu prüfen**.

Insoweit traf den Beklagten eine Mitwirkungs- und Garantenpflicht, darauf zu achten und dafür zu sorgen, dass alle steuerlich bedeutsamen Umstände einer verdeckten Gewinnausschüttung beachtet würden. So sah sich der Beklagte zu Recht auch nicht gehindert, steuerlichen Rat zu dem unstreitig von Rechtsanwalt G. verfassten Gesellschaftsvertrag zu geben, nur hätte er es hierbei nicht bewenden lassen dürfen.

Das Finanzamt K. hat beanstandet, dass in Höhe der Zahlungen an die Gesellschafter-Geschäftsführer im September 1992 von je 350.000 DM

Gehalt und je 200.809 DM Tantieme, insgesamt 1.101.618 DM, verdeckte Gewinnausschüttungen gegeben seien, da für das Jahr 1992 steuerlich wirksame Arbeitnehmer-Anstellungsverträge nicht vorlägen. Demzufolge hat das Finanzamt die Anrechnung von Körperschaftsteuer insoweit versagt und das Einkommen der GmbH um den Gesamtbetrag der Auszahlungen erhöht.

In Abkehr von seiner noch in seinem undatierten Schreiben, das bei der Gemeinschuldnerin am 17.12.1993 einging, vertretenen Ansicht hat sich der Beklagte der Richtigkeit dieser steuerrechtlichen Würdigung in seinem Schreiben an den Kläger vom 3.3.1998 ausdrücklich angeschlossen. Auch damit ist festzustellen, dass der Beklagte insoweit seine Beratungspflicht verletzt hat. Denn die nunmehr von ihm als richtig anerkannte steuerrechtliche Wertung musste ihm als Steuerberater bekannt sein und seine Beratungspflicht gebot ihm, insoweit die GmbH bei der Gestaltung ihrer Gesellschafter-Geschäftsführerverträge zu beraten, wobei es ihn überdies auch nicht von seiner Haftung befreien würde, wenn die Abfassung der Verträge einem anderen steuerrechtlich qualifizierten Dritten übertragen worden wäre.

Denn unstreitig hat der Beklagte **bei den grundsätzlichen Fragen der Gesellschafter-Geschäftsführung beratend mitgewirkt. Nach seiner eigenen Darstellung hat der Beklagte aber auf das Risiko, dass Einmalzahlungen der Vergütung an die Gesellschafter-Geschäftsführer als verdeckte Gewinnausschüttung angesehen werden können, nicht hingewiesen**. Denn er behauptet lediglich, er habe Rechtsanwalt G. auf Änderungen in der Rechtsprechung des BFH zum Wettbewerbsverbot und darauf hingewiesen, die Befreiung vom Wettbewerbsverbot sei nunmehr im Gesellschaftsvertrag der GmbH erforderlich.

Hierin seien die Nebentätigkeiten, die dem Gesellschafter-Geschäftsführer gestattet werden, klar abzugrenzen. Das kommt entsprechend auch in den Schreiben des Beklagten an Rechtsanwalt G. vom 8.7.1992 und vom 17.9.1992 zum Ausdruck. Weiter behauptet der Beklagte, es habe für ihn keine Veranlassung bestanden, **in der laufenden Beratung vor der nicht abgesprochenen Auszahlung von jeweils 350.000 DM zzgl. Mehrwertsteuer auf die Gefahren einer verdeckten Gewinnausschüttung einzugehen**, zumal die Gesellschafter-Geschäftsführer bis dahin unentgeltlich für die Gesellschaft hätten tätig werden können.

Der Beratungsmangel und die darin liegende Vertragsverletzung (Schlechterfüllung) durch den Beklagten, für den ihm zumindest Fahrlässigkeit anzulasten ist, ist mithin festzustellen. (...)

Der festgestellte Beratungsmangel des Beklagten war auch **schadenkausal**. Für die Feststellung einer Schadenersatzpflicht nach §§ 249 ff BGB stellt sich die Frage, wie sich der Verlauf bei vertragsgrechtem Verhalten des Beklagten für die Gemeinschuldnerin dargestellt hätte. Diese Frage ist nach dem Beweis des ersten Anscheins zugunsten des Klägers zu beantworten (vgl. BGH v. 18.12.1997 - IX ZR 153/96, AG 1998, 231 = NJW 1998, 1486, 1487).

Nach der Lebenserfahrung ist davon auszugehen, dass die Gesellschafter-Geschäftsführer der Gemeinschuldnerin nach rechtzeitiger und vollständiger Beratung durch den Beklagten eine steuerlich ausreichende Gehaltsvereinbarung mit der GmbH/Gemeinschuldnerin geschlossen und durchgeführt hätten, um so – und nur auf diesem Wege – eine Steuerbelastung der Gemeinschuldnerin wegen verdeckter Gewinnausschüttung zu vermeiden. Dann wären Mehrsteuern – welche im Einzelnen das sind, bleibt festzustellen – nicht angefallen.

Der Kläger macht zwar eine Vergleichsaufstellung auf und errechnet daraus die Differenz als angeblichen Schaden. Ob diese Berechnung plausibel und tragfähig ist, inwieweit der geltend gemachte Schaden sich hiernach ergibt, kann nur ein **Sachverständiger** bewerten. Schadenfeststellung dem Umfang nach ist daher dem Betragsverfahren vorzubehalten.

Anwaltshaftung

- Beratungsverschulden
 - Schadenkompensation
- (OLG Düsseldorf, Urt. v. 20.3.2001 - 24 U 126/00)

Leitsatz:

Keine Haftung des Rechtsanwalts für Beratungsverschulden bei der Zugewinnausgleichsberechnung, wenn der Beratungsfehler (Abraten von Berufung) durch einen weiteren Fehler im nicht angefochtenen Urteil kompensiert wird, der auf Anschlussberufung des Gegners korrigiert worden wäre.

Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel der beklagten Rechtsanwälte, mit welchem sie ihre Verurteilung zur Zahlung (19.200 DM zzgl. Zinsen) bekämpfen, hat Erfolg. Sie schulden dem Kläger keinen Schadenersatz wegen Schlechterfüllung des anwaltlichen Dienstvertrages.

1. Richtig ist allerdings die Beurteilung des Landgerichts, dass das Amtsgericht im Vorprozess zwischen dem Kläger und dessen Ehefrau über den Zugewinnausgleich unrichtig entschieden hatte und dass die **rechtliche Beratung des sachbearbeitenden Beklagten zu 1) diesbezüglich defizitär gewesen ist**.

Der Beklagte zu 1) hatte zwar richtig erkannt, dass dem Kläger **hinsichtlich des so genannten Gartengrundstücks ein zu hohes Anfangsvermögen zugeschrieben worden war**; denn er war nicht dessen Alleineigentümer, sondern nur Miteigentümer mit seiner Ehefrau zu gleichen Anteilen. Weil zudem auf deren Seite dieses Aktivvermögen im Endvermögen nicht angesetzt wurde, führte das im Ergebnis auf der Grundlage der familiengerichtlichen Berechnung zu einem Ausgleichsanspruch der Ehefrau, der rechnerisch nicht zutreffen konnte. Der Beklagte hatte demnach allen Anlass, den Kläger über diesen Fehler des Familiengerichts aufzuklären und die Frage zu beantworten, ob eine Berufung Aussicht auf Erfolg haben konnte.

An einer solchen Beratung fehlte es. Ausweislich des Schriftwechsels war der Beklagte zu 1) nämlich der irrigen Meinung gewesen, der Kläger könne seine Ehefrau außerhalb des Zugewinnausgleichsprozesses erfolgreich auf Übertragung deren Grundstückshälfte ohne Gegenleistung in Anspruch nehmen.

2. Die Fehlberatung des Beklagten zu 1) führt dennoch nicht zu einem Schadenersatzanspruch, weil sie **nicht schadenursächlich** geworden ist. **Dem Familiengericht war nämlich ein zweiter, von der Prozessbevollmächtigten der Ehefrau erkannter Fehler** (deren Schreiben vom 17.6.1996 und vom 24.6.1996) **unterlaufen, der diesmal zulasten der Ehefrau ging, und zwar in einem Maße, der den unter 1. genannten Fehler zulasten des Klägers mehr als kompensierte**.

Der Beklagte zu 1) hätte im Rahmen der von ihm geschuldeten Beratung den Kläger auch auf diesen Fehler aufmerksam und auf die Gefahr

hinweisen müssen, dass im Zuge eines Berufungsverfahrens gegen das familiengerichtliche Urteil nicht nur der erstgenannte, sondern auch der sich zulasten der Ehefrau auswirkende Fehler korrigiert werden würde, so dass im Ergebnis der Kläger sich schlechter stehen konnte als mit dem (fehlerhaften) familiengerichtlichen Urteil. Das wäre vor allem dann eingetreten, wenn sich die Ehefrau der Berufung des Klägers angeschlossen hätte.

Der dem Familiengericht unterlaufene **zweite Fehler** bestand darin, **dass es die Ansprüche des Klägers auf Steuererstattungen gegenüber dem Finanzamt für die Veranlagungszeiträume 1992 (24.764,72 DM ohne Zinsen) und 1993 (22.096,48 DM) nicht in dessen aktives Endvermögen eingestellt hatte, was gegen § 1375 Abs. 1 BGB verstieß.**

a) **Zum (aktiven) Endvermögen gehören alle Positionen, die zum Stichtag** (Zustellung des Ehescheidungsantrags: 24.2.1994) **Vermögenswert haben.** Einen Vermögenswert haben auch realisierbare Forderungen. Zum genannten Stichtag hatte der Kläger gegenüber dem Finanzamt Anspruch auf Erstattung überzahlter Einkommensteuer und Kirchensteuer sowie überzahlten Solidaritätszuschlags in genannter Höhe.

Dass diese Ansprüche erst Gegenstand von Steuerbescheiden nach dem Stichtag geworden sind, ändert nichts an der Qualität und am Bestand der Forderung zum Stichtag. Die Erstattungsforderung entsteht nämlich nicht erst mit dem Erlass des Steuerbescheides (dieser begründet nur die Fälligkeit des Zahlungsanspruchs, § 36 Abs. 4 EStG), sondern gemäß § 36 Abs. 1 EStG bereits mit dem Ablauf des Veranlagungszeitraums (vgl. dazu OLG Köln, FamRZ 1999, 656 und zum umgekehrten Fall der Steuernachzahlung BGH, FamRZ 1991, 1547, 1551 f unter Nr. 10), also jeweils mit Ablauf des 31.12. der Jahre 1992 und 1993.

b) Die Forderung stand, obwohl die Eheleute gemeinsam veranlagt worden waren (§ 26b EStG), dem Kläger gegenüber dem Finanzamt allein zu (§ 37 Abs. 2 AO). Es ist nämlich unstreitig und geht aus den in Rede stehenden Steuerbescheiden und den ihnen zugrunde liegenden Erklärungen hervor, dass allein der Kläger in den Veranlagungszeiträumen 1992 und 1993 steuerbare Einkünfte erzielt hatte. Er hatte die zu erstattenden Steuern aus seinem Vermögen aufgebracht, weshalb er (allein) auch den Rückzahlungsanspruch hatte (vgl. Hübschmann/Hepp/Spitaler/Boeker, AO, § 37 Rdnr. 65, 67).

c) Grundsätzlich richtig ist der Einwand des Klägers, dass die öffentlich-rechtliche (finanzrechtliche) Zuweisung der Forderung nichts darüber besagt, ob dem zahlenden Ehegatten die Forderung im Innenverhältnis der Eheleute auch allein zusteht. Diese Frage beantwortet nicht das Steuerrecht, sondern allein das Zivilrecht (vgl. dazu Dostmann, *Steuerrechtsfragen in der familienrechtlichen Praxis*, Rdnr. 264 ff; Liebelt, *Die „Aufteilung“ der Einkommensteuererstattung zwischen getrennt lebenden oder geschiedenen Ehegatten*, FamRZ 1993, 626 ff; Schwab/Borth, *Handbuch des Scheidungsrechts*, Teil IV, Rdnr. 831 ff; Gerhardt/Heintschel-Heinegg/Klein, *Handbuch des Fachanwalts – Familienrecht* 2. Aufl., 10. Kap., Rdnr. 94 ff; Johannsen/Henrich/Jaeger, *Eherecht* 3. Aufl., § 1375 Rdnr. 12; Kalthoener/Buettner/Niepmann, *Rechtsprechung zur Höhe des Unterhalts* 7. Aufl., Rdnr. 869).

Richtig ist auch, dass die Frage, wie eine Steuererstattung unter den Ehegatten im Innenverhältnis aufzuteilen ist, in vielen Einzelheiten umstritten ist (vgl. die genannten Nachweise und aus der obergerichtlichen Rechtsprechung beispielsweise OLG Köln, FamRZ 1999, 656 f; OLG Düsseldorf, 10. Zivilsenat, FamRZ 1993, 70 f m.w.N.).

Ein solcher Streit kann aber nur entstehen – nur dieser Fall wird im Schrifttum und in der Rechtsprechung kontrovers diskutiert –, wenn beide Ehegatten im Veranlagungszeitraum steuerbare Einkünfte gehabt hatten. Die Höhe der jeweils gezahlten Steuern hängt nämlich dann davon ab, welche Steuerklassen gewählt wurden. Die Steuerklassenwahl kann sich durchaus zulasten eines Ehegatten auswirken, ohne dass damit ein Ehegatte bei der Erstattung benachteiligt werden sollte. In derartigen Fällen führt ein Innenausgleich zur jeweils richtigen steuerlichen Belastung.

Im Streitfall jedoch **hatte die Ehefrau des Klägers keine steuerbaren Einkünfte gehabt**, weshalb sie an das Finanzamt keine Steuern gezahlt hatte. **Unter diesem Aspekt besteht also mangels Anspruchsgrundlage kein Grund, einen Innenausgleich herbeizuführen.** Unabhängig von einer Steuerzahlung der Ehefrau könnte sie allenfalls dann einen Ausgleichsanspruch haben, wenn sich der Kläger ihr gegenüber (außerhalb des Zugewinnausgleichs) zu einer derartigen Ausgleichszahlung verpflichtet hatte. Das ist aber weder im Zugewinnausgleichsprozess noch im vorliegenden Rechtsstreit vorgetragen worden.

(...)

Testamentsvollstreckung

- Vollmacht des Testamentsvollstreckers
- Ausscheiden des Testamentsvollstreckers
(OLG Düsseldorf, Urt. v. 18.5.2000 – 10 U 107/96)

Leitsatz:

Zu der Frage, ob mit dem Ausscheiden des Testamentsvollstreckers eine von ihm während seiner Amtszeit erteilte Vollmacht erlischt.

Aus den Gründen:

Das Landgericht hat dem Räumungs- und Herausgabebegehren des Klägers zu Recht auf der Grundlage des § 985 i.V.m. § 2205 BGB entsprochen. Insoweit rechtfertigt das zweitinstanzliche Vorbringen der Beklagten keine andere Beurteilung der Rechtslage. Durch den Mietvertrag vom 29.6.1993 ist in Übereinstimmung mit dem landgerichtlichen Urteil ein Recht zum Besitz i.S.d. § 986 BGB zugunsten der Beklagten nicht begründet worden.

Der vorstehend bezeichnete Mietvertrag ist auf der Vermieterseite von dem Vertreter H. im Namen der Vorerbin G. geschlossen worden. **Während der Dauer der Testamentsvollstreckung kann der Erbe indes den Nachlass nicht verwalten, und zwar auch dann nicht, wenn sich vorübergehend kein Testamentsvollstrecker im Amt befindet** (vgl. z.B. Palandt/Edenhofer, BGB 58. Aufl., § 2205 Rdnr. 2 im Anschluss an BGH, LM-BGB § 2205 Nr. 2 m. Anm. Johannsen).

Der Verwalter H. konnte daher lediglich den Nachlass vertreten. Diesen konnte er jedoch mit der Folge der Begründung eines Besitzrechts der Beklagten nur dann wirksam verpflichten, wenn er seinerseits wirksam zum Abschluss des in Rede stehenden Mietvertrages bevollmächtigt gewesen wäre. Dies war jedoch nicht der Fall. **Die ihm von dem Testamentsvollstrecker von S. erteilte Vollmacht war nämlich mit dessen Ausscheiden aus seinem Amt am 12.10.1992 erloschen.**

Der Senat folgt der Annahme des Kammergerichts in seinem Beschluss vom 22.5.1911 (KGJ 41, 79, 80), wonach der vom Testamentsvollstrecker Bevollmächtigte als dessen Vertreter tätig wird, und auch darin, „**dass mit dem Wegfall des Vertretenen (also des bisherigen Testamentsvollstreckers) das gesamte Vertretungsverhältnis aufhört, also die vom Testamentsvollstrecker erteilte Vollmacht erlischt**“

(ebenso z.B. auch Haegele/Winkler, Der Testamentsvollstrecker 12. Aufl., Rdnr. 827; Bengel/Reimann, Handbuch der Testamentsvollstreckung 2. Aufl., VI Rdnr. 29; Lange/Kuchinke, Lehrbuch des Erbrechts 4. Aufl., § 31 Anm. VII Fn. 340; Soergel/Damrau, BGB 12. Aufl., § 2218, Rdnr. 3; Staudinger/Reimann, BGB 13. Aufl., § 2218, Rdnr. 14; MünchKomm-BGB/Schramm 3. Aufl., § 168 Rdnr. 27; Palandt/Edenhofer, a.a.O., § 2218 Rdnr. 2).

Die vereinzelt gebliebene gegenteilige Auffassung von Kipp/Coing (Erbrecht 14. Aufl., § 73 II 5b) kann demgegenüber schon deswegen nicht überzeugen, weil sie von der unzutreffenden Annahme ausgeht, der vom Testamentsvollstrecker Bevollmächtigte sei nicht dessen Vertreter, sondern der des Erben. **Der Verwalter H. hat somit beim Abschluss des Mietvertrages vom 29.6.1993, wie das Landgericht zutreffend angenommen hat, als vollmachtloser Vertreter gehandelt**, wovon im Übrigen ausweislich der Klageerwidern vom 1.4.1995 zunächst auch die Beklagte ausgegangen ist.

Zudem hat er, wie bereits angedeutet, entgegen der Regelung des entsprechend anwendbaren § 164 Abs. 1 BGB (so z.B. Palandt/Edenhofer, a.a.O., Einf. vor § 2197 Rdnr. 2) nicht namens des Nachlasses, sondern im Namen der Vorerbin G. gehandelt, die indes, wie ebenfalls bereits ausgeführt, angesichts der Anordnung der Testamentsvollstreckung zur Durchführung von Verwaltungsmaßnahmen nicht berechtigt war.

Der demnach zunächst unwirksame Mietvertrag vom 29.6.1993 hat auch nicht dadurch Wirksamkeit erlangt, dass er von dem Testamentsvollstrecker J., der sich in der Zeit vom 4.8.1993 bis zum 31.12.1994 im Amt befand, genehmigt worden wäre. Dieser hat vielmehr mit Schreiben vom 5.11.1993 und vom 14.2.1995 Wirksamkeitsbedenken angemeldet und unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, er könne die Vereinbarung nicht nachträglich billigen. In der Folgezeit hat er dann mehrfach die Herausgabe des streitgegenständlichen Mietgrundstücks verlangt und letztmalig unter dem 25.11.1994, also unmittelbar vor Beendigung seiner Tätigkeit als Testamentsvollstrecker, die Auffassung vertreten, der Vertrag vom 29.6.1993 sei „nichtig bzw. vernichtbar“.

Die Annahme einer „**Genehmigung durch schlüssiges Verhalten**“ kann entgegen der Auffassung der Beklagten bei dieser Sachlage nicht nachvollzogen werden. Sie lässt sich unter den gegebenen Umständen insbesondere nicht da-

raus herleiten, dass der Testamentsvollstrecker J. entgegen seiner früheren Ankündigung die Erhebung einer Herausgabeklage letztlich unterlassen hat.

Ohne Erfolg beruft sich die Beklagte gegenüber dem Räumungs- und Herausgabeverlangen des Klägers im Hinblick auf die vorstehend bereits behandelte Nichterhebung der Herausgabeklage durch den Testamentsvollstrecker J. auf **Verwirkung**. Schon angesichts seiner kurz bemessenen Amtszeit fehlt es bereits an dem insoweit erforderlichen **Zeitmoment**.

Darüber hinaus hatte die Beklagte angesichts des vorstehend beschriebenen Verhaltens des Testamentsvollstreckers J. nicht die geringste Veranlassung zu der Annahme, dieser werde den Mietvertrag vom 29.6.1993 ohne weiteres akzeptieren. Vielmehr hat er noch in dem bereits erwähnten Schreiben vom 25.11.1994 die Entscheidung über das diesbezügliche weitere Vorgehen ausdrücklich seinem Nachfolger überlassen. Von einer widerspruchslosen Hinnahme der Zurückweisung seines Herausgabeverlangens seitens der Beklagten oder gar von der Schaffung eines **Vertrauenstatbestandes** zu ihren Gunsten kann bei diesen Gegebenheiten nicht ausgegangen werden.

Durch sein Räumungs- und Herausgabeverlangen innerhalb des vorliegenden Rechtsstreits missachtet der Kläger auch nicht den Willen des Erblassers S. mit der Folge, dass ihm nicht entsprochen werden könnte. Der 3. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf hat in seinem Beschluss vom 11.11.1996 (3 Wx 298/95) zutreffend ausgeführt, die von den Miterben befürchtete weitere Schädigung des Nachlasses sei, soweit es um den **Vergütungsanspruch (des Testamentsvollstreckers)** gehe, vom mutmaßlichen Erblasserwillen gedeckt und weitere „Schäden“ seien mit der Bestellung des Klägers zum Testamentsvollstrecker nicht verbunden.

Im Beschluss vom 18.7.1995 (3 Wx 453/94) heißt es im gleichen Sinne, **soweit sich die Testamentsvollstreckung zwangsläufig auf den Bestand des Nachlasses auswirke, sei dies vom allein maßgebenden Willen des Erblassers gedeckt**. Dem ist nichts hinzuzufügen.

Insbesondere vermag die Vereinbarung vom 26.2.1991, durch die der Vorerbin und den Nacherben die Berechtigung eingeräumt werden sollte, „in den eigenen, dem Nachlass S. gehörenden Häusern Flächen anzumieten“, keine

andere Beurteilung zu rechtfertigen, weil durch sie die Anordnung der Testamentsvollstreckung nicht umgangen werden konnte.

Schließlich fehlt es auch nicht an einem Rechtsschutzbedürfnis für das Räumungs- und Herausgabebegehren des Klägers, weil er im Falle der Fremdvermietung keinen höheren als den mit der Beklagten vereinbarten Mietzins von monatlich 1.800 DM erzielen könnte.

Wie noch auszuführen sein wird, ist dies ausweislich der vom Senat insoweit durchgeführten Beweisaufnahme sehr wohl der Fall. Dies gilt in Anbetracht ständig steigender Mieten umso mehr, als der nach dem Vertrag vom 29.6.1993 maßgebliche Betrag von 1.800 DM unverändert bis zum 31.12.2023 gelten soll.

Steuerberaterhonorar

- Mittelgebühr
 - Darlegungs- und Beweislast
- (AG Borbeck, Urt. v. 8.10.2002 - 6 C 353/00)

Leitsätze:

1. Der Steuerberater ist grundsätzlich hinsichtlich jeder die jeweilige Mindestgebühr überschreitender Gebührenbemessung darlegungs- und beweispflichtig (im Anschluss an OLG Hamm, Urt. v. 19.8.1998 - 25 U 42/98, DStR 1999, 895).
2. Die so genannte „Mittelgebühr“ kann nicht als maßgebliche Bezugsgröße für die Darlegungs- und Beweislast bei der Ermessensausübung zugrunde gelegt werden.

Zum Sachverhalt:

Der Kläger ist Insolvenzverwalter über das Vermögen des Herrn S. Dieser hatte die Beklagte beauftragt, ihn in allen steuerlichen Angelegenheiten seines Betriebes zu vertreten, insbesondere seine Buchführung sowie die Jahresabschlüsse und Steuererklärungen zu erstellen. Nach dem Vortrag in der Klageschrift geschah dies Anfang des Jahres 1998. Im Schriftsatz der Beklagten vom 31.8.2000 heißt es, Herr S. habe ihr diesen Auftrag anlässlich eines Erstgesprächs erteilt, das am 18.3.1998 in ihrem vormaligen Büro stattgefunden habe. Am 4.5.1998 habe sie dann die ersten Unterlagen erhalten.

Mit Rechnungen vom 31.5.1999 forderte die Beklagte jeweils „einen Vorschuss gemäß § 8 Steuerberatergebührenverordnung“ in Höhe von 1.500 DM und 3.000 DM zzgl. Mehrwertsteuer. Herr S. zahlte daraufhin 5.220 DM.

Unter dem 6.7.1999 stellte die Beklagte Herrn S. für ihre Tätigkeit als Steuerberaterin 2.149,90 DM sowie 3.380 DM in Rechnung. Dabei hatte sie die Aufstellung des Jahresabschlusses zum 31.12.1997 mit einem Gebührensatz von 25/10, die Buchführung 1997 mit einem solchen von 7/10 und die Aufstellung des Jahresabschlusses zum 31.12.1998 mit einem Satz von 25/10 berechnet.

Der Kläger vertritt die Auffassung, die Beklagte habe lediglich die Mindestgebühr von jeweils 10/10 für die Aufstellung der beiden Jahresabschlüsse und von 2/10 für die Buchführung 1997 berechnen dürfen. Wie er in der Klageschrift ausführlich darlegt, resultieren daraus Gebührenforderungen in Höhe von 882,53 DM und 1.596,16 DM.

Die Differenz in Höhe von 2.741,31 DM zu den bereits geleisteten Zahlungen beansprucht er mit der vorliegenden Klage unter dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung.

(Anträge ...)

Nach Auffassung der Beklagten sind ihre beiden Rechnungen vom 6.7.1999 korrekt. Insbesondere dürfe der Steuerberater nach der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf den Gebührenrahmen des § 11 Steuerberatergebührenverordnung in der Regel bis zur Mittelgebühr ausschöpfen. Im Übrigen habe Herr S. die Unterlagen in einem „chaotischen Zustand“ überreicht, so dass in erheblichem Umfang Zusatzarbeiten angefallen seien. (...)

Das Gericht hat entsprechend dem Beschluss vom 9.10.2000 Beweis erhoben über die Behauptung der Beklagten, der Ansatz von Mittelgebühren in ihren Rechnungen vom 6.7.1999 entspreche billigem Ermessen i.S.d. § 11 Steuerberatergebührenverordnung.

Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird Bezug genommen auf das Gutachten des Sachverständigen M. vom 26.6.2002.

Der Kläger hat gegenüber dem Gutachten keine Einwendungen erhoben. Mit Schriftsatz vom 9.8.2002 hatte er die Bereitschaft angekündigt,

die Klageforderung entsprechend den Berechnungen des Sachverständigen M. zu reduzieren (was letztlich nicht geschehen ist).

Die Beklagte hält das Sachverständigengutachten für „unbrauchbar“, weil der Sachverständige von der falschen Voraussetzung ausgegangen sei, dass der Auftrag zur Erstellung der Jahresabschlüsse vor dem In-Kraft-Treten der dritten Änderungsverordnung zur Steuerberatergebührenverordnung am 28.8.1998 erteilt worden sei. Nunmehr behauptet sie unter Hinweis auf eine Gesprächsnotiz vom 10.5.1999, erst zu diesem Zeitpunkt seien die Aufträge erteilt worden.

Die auf § 812 BGB gestützte Klage ist überwiegend begründet.

Aus den Gründen:

Herr S. hat auf die Vorschussrechnungen der Beklagten 5.220 DM gezahlt. Tatsächlich schuldete er ihr aber nur 3.578,83 DM. Die Differenz von 1.641,17 DM zzgl. Verzugszinsen hat die Beklagte zu erstatten.

Die Rechnung der Beklagten für die Aufstellung des Jahresabschlusses zum 31.12.1997, die Einrichtung der Buchhaltung und die Buchführung 1997 ist auf 1.024,05 DM zu kürzen und die weitere Rechnung vom 6.7.1999 für die Aufstellung des Jahresabschlusses zum 31.12.1998 auf insgesamt 2.554,78 DM. Diese Beträge errechnen sich, wenn man die von der Beklagten in Ansatz gebrachten überhöhten Gebührensätze durch die zutreffenden Sätze von 15/10 für den Jahresabschluss 1997 (408 DM), 2/10 für die Buchführung 1997 (304,80 DM) und 17/10 für den Jahresabschluss 1998 (2.162,40 DM) ersetzt.

Wie der Sachverständige M. ausführlich und überzeugend dargelegt hat, sind **Gebühren von 15/10 bzw. 17/10 für die Erstellung der beiden Jahresabschlüsse angemessen i.S.d. §§ 11, 35 Steuerberatergebührenverordnung**. Der Kläger hat dieses Ergebnis akzeptiert, die Beklagte hat eingewandt, der Sachverständige habe die Steuerberatergebührenverordnung in einer falschen Fassung angewandt, weil er von einem unzutreffenden Zeitpunkt der Auftragserteilung ausgegangen sei. Diesem Einwand ist nicht nachzugehen, weil der Sachverständige zu Recht den unstreitigen Sachvortrag beider Parteien, insbesondere die schriftsätzliche Erklärung der Beklagten zugrunde gelegt hat, wonach Herr S. den Auftrag am 18.3.1998 erteilt hat.

GI Hinweis

Die Unternehmensumwandlung

Wie bereits im ersten Termin zur mündlichen Verhandlung erläutert und aus der Fassung des Beweisbeschlusses deutlich wurde, folgt das Gericht nicht der von der Beklagten herangezogenen Rechtsprechung des OLG Düsseldorf, wonach ein Steuerberater grundsätzlich die Mittelgebühr in Rechnung stellen darf.

Vielmehr ist der ständigen Rechtsprechung des OLG Hamm zu folgen (z.B. Urt. v. 19.8.1998, DStR 1999, 895), wonach ein Steuerberater grundsätzlich hinsichtlich jeder die jeweilige Mindestgebühr überschreitenden Gebührenbemessung darlegungspflichtig ist und die so genannte Mittelgebühr nicht als maßgebliche Bezugsgröße für die Darlegungs- und Beweislast bei der Ermessensausübung zugrunde gelegt werden kann.

Daraus folgt, dass sich sämtliche Unklarheiten tatsächlicher Art zulasten der beweispflichtigen Beklagten auswirken müssen. Dies gilt hier insbesondere hinsichtlich der Gebühr für die Buchführung 1997. Trotz umfangreicher Bemühungen war es dem Sachverständigen M. nicht gelungen, die für eine sachgerechte Beurteilung notwendigen Unterlagen von den Parteien zu beschaffen. Dieser Teil der Beweisfrage konnte daher nicht beantwortet werden.

Bei der Neuberechnung der angemessenen Vergütung hat das Gericht daher ebenso wie der Kläger die Mindestgebühr von 2/10 - 304,80 DM - in Ansatz gebracht.

Es gibt keine tatsächlichen Anhaltspunkte dafür, dass etwa der Kläger wesentlich Unterlagen zurückgehalten hätte, die der Sachverständige für seine Beurteilung benötigte. Eine Umkehr der Beweislast zu seinem Nachteil kommt daher nicht in Betracht.

Auch nach allgemeinen Regeln hat die Beklagte die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass der von ihr beanspruchte Gebührensatz zutrifft: Im Rahmen des § 315 BGB liegt die **Beweislast für die „Billigkeit“ der Leistungsbestimmung** bei dem Bestimmenden (*Palandt, BGB 61. Aufl., § 315 Rdnr. 19*). Bei geleisteter Vorschusszahlung muss der Empfänger im Rahmen des § 812 BGB beweisen, dass ihm ein Anspruch auf das Geleistete zusteht (*Palandt, BGB 61. Aufl., § 812 Rdnr. 105*).

(...)

Das Umwandlungsrecht verwöhnt den Berater nicht eben mit benutzerfreundlichen Instrumenten. UmwG und UmwStG bedürfen in der Alltagsarbeit eines Ratgebers, der sie im Einzelfall erschließt und in Zusammenhang bringt. Dieser Aufgabe hat sich dieses Beratungsbuch angenommen.

Der Berater will prüfend wissen, ob und wie das Unternehmen „jetzt“ zum Unternehmen „Zukunft“ werden soll. Dieser Regel folgt das Buch von Schwedhelm. Aus dem derzeitigen Unternehmen – aufzuschlagen im ABC – entfalten sich die – ebenfalls im ABC – gegebenen Möglichkeiten der zukünftigen Unternehmensformen, und zwar für alle nur denkbaren Rechtsformen von der AG über Einzelunternehmen, GmbH, KG bis hin zum Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit. So ist ein Werk entstanden, das keinen denkbaren Umwandlungsfall ausspart.

Dem Ordnungssystem des ABC folgend werden für jeden Umwandlungsfall die zivil- und steuerrechtlichen Voraussetzungen und Folgen an Ort und Stelle zusammengeführt und so besonders benutzerfreundlich in Zusammenhang gebracht. Empfehlungen für die optimale Gestaltung und Hinweise auf Kosten für Notare und Gerichte runden die Darstellung ab. Und den gesamten Text gibt es zudem auf CD mit hinterlegten Texten des UmwG, des UmwStG und des UmwStE sowie der wichtigsten Rechtsprechung.

Die Informations-, Gestaltungs- und Problemhinweise sind auf den Zugriff durch den in der Tagesarbeit stehenden Steuerberater, Wirtschaftsprüfer, Rechtsanwalt und Notar zugeschnitten, so dass er sich einen wirklich schnellen Überblick über alle Voraussetzungen und Konsequenzen im konkreten Fall verschaffen kann. Die 4. Auflage bedurfte grundlegender Überarbeitung, weil die Unternehmenssteuerreform (StSenkG und UntStFG) gravierende Auswirkungen auf die meisten bedeutenden Umwandlungsvorgänge hatte.

Schwedhelm: Die Unternehmensumwandlung – Verschmelzung, Spaltung, Formwechsel, Einbringung, von RA und FA für Steuerrecht Dr. Rolf Schwedhelm – Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln, 4. neu bearbeitete Auflage 2003, 451 Seiten, DIN A5, flexibel gebunden, mit CD, 89,80 €, ISBN 3-504-62310-1

1 Buch für alle Fälle

Schwedhelm,
Die Unternehmens-
umwandlung.
Verschmelzung, Spaltung,
Formwechsel, Einbringung.
Von RA, FAST
Dr. Rolf Schwedhelm.
Band 4 der Reihe
„Rechtsschutz und
Gestaltung im
Unternehmensrecht,
Steuerrecht und
Steuerstrafrecht –
Beratungsbücher
für Berater“.
Herausgegeben von
RA Dr. Michael Streck.
4., neu bearbeitete
Auflage 2002.
Rd. 450 Seiten
DIN A 5, flex.
gbd., inkl. CD,
89,80 € [D]
ISBN 3-504-62310-1



**Neu: Mit allen
Auswirkungen
von StSenKG
und UntStFG**

www.otto-schmidt.de



Das Standardwerk für den schnellen Zugriff auf sämtliche gesellschafts- sowie steuerrechtlichen Voraussetzungen und Konsequenzen aller denkbaren Umwandlungsfälle. Prägnant, präzise, praxisorientiert. Über 230 Einzelfälle, systematisch geordnet nach dem ABC der Rechtsformen. Die Unternehmenssteuerreform samt deren Fortentwicklung durch das UntStFG sind sorgfältig eingearbeitet. Überall finden Sie Hinweise für eine optimale Gestaltung. Und das Ganze bekommen Sie natürlich auch wieder auf CD für den schnellen Zugriff am PC. 1 Buch für alle Fälle und alle, die in einem solchen Fall beraten.

Bestellen Sie bei Ihrer Buchhandlung oder beim Verlag Dr. Otto Schmidt
Postfach 51 10 26 · 50946 Köln

BESTELLSCHEIN Fax: 02 21 / 9 37 38 - 943

☒ Ich bestelle mit 14-tägigem Rückgaberecht Schwedhelm
Die Unternehmensumwandlung 4. Auflage, flex. gbd., inkl. CD,
89,80 € [D]. ISBN 3-504-62310-1

Name _____

Straße _____

PLZ _____

Ort _____

Datum _____

Unterschrift _____

08/02

Steuerberaterhaftung: Belehrungspflichten (§ 6b EStG) • Schaden • Kauf von ETW zur Schadenminderung • Verjährung, § 68 StBerG • Auftragsinhalt (BGH);
Fristenkontrolle: Empfangsbekanntnis • Büroorganisation (BGH);
Steuerberaterhaftung: Prospekthaftung • Verjährung, § 68 StBerG • Anlageberatung (OLG Naumburg);
Anwaltshaftung: Entschuldungsvergleich • Geldüberweisung • Ein-

behaltung von Honorar • Insolvenz-anfechtung (OLG Düsseldorf);
Haftung des Sachverständigen: Wertgutachten • Dritthaftung • Schutzbereich zugunsten Dritter • Tauglichkeit des Gutachtens nach 4 Jahren (OLG Düsseldorf);
Fristenkontrolle: Mitteilung des Zustelldatums • Rechtsmittelauftrag (OLG Koblenz)
und aktuelle Entscheidungen,
die von besonderer Bedeutung sind



Der GI-Beihefter dieser Ausgabe zeigt Ihnen eine weitere Kombinationsmöglichkeit – Gerling FAVORIT – verschiedener Wege der betrieblichen Altersversorgung. Diese dargestellte Form der Entgeltumwandlung basiert auf zwei Bausteinen:

1. Konventionelle Direktversicherung (Kapitalleistung mit Berufsunfähigkeitsabsicherung)
2. Fondsgebundene Pensionskasse (Altersrente).

Die parallele Nutzung beider Durchführungswege ermöglicht die optimale Ausschöpfung der jeweiligen Vorteile. Die Absicherung fließt in den Durchführungswege, der die optimale steuerliche Förderung bietet.

Für weitere Informationen wenden Sie sich bitte an die genannten Ansprechpartner. Wir beraten Sie gerne.

GI-HOTLINE

(02 21) 144-51 55

Bitte senden Sie Ihre Anfragen zu folgenden Themen an die oben stehende Fax-Nummer: Adressänderungen • Nachbestellung von einzelnen GI-Heften • Anforderung einzelner GI-Urteile (bitte Jahrgang und Seitenzahl angeben).

IMPRESSUM

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

Herausgeber:

Gerling
Marketing Freie Berufe
50597 Köln
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,
Lechenicher Str. 29, 50374 Erftstadt

Druck:

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

Bezugsmöglichkeiten:

Nur im Jahresabonnement.
Preis: € 59,92 jährlich inklusive
Mehrwertsteuer und Versandkosten.
Die Postgebühren sind jeweils eingeschlossen. Bestellungen nimmt der Herausgeber entgegen.