

# GI

2/2005

10. März  
25. Jahrgang



Gerling Informationen für wirtschaftsprüfende, rechts- und steuerberatende Berufe

## INHALT:

Editorial

Seite 36

GI Aktuell

Seite 36

GI Leitsätze

Seite 37

**Steuerberaterhaftung**

Seite 39

Lohnbuchhaltung / Sozialversicherungsbeiträge /  
Verjährungsbeginn / Gesamtvermögensvergleich, Schaden /  
Anmerkungen RA - FAS - Dr. Gräfe  
(BGH, Urt. v. 23.9.2004 - IX ZR 148/03)

**Unterschrift des Anwalts**

Seite 41

Rechtsmittel / Unterzeichnung auf Blatt 1 /  
Hinweispflicht des Gerichts?  
(BGH, Beschl. v. 15.6.2004 - VI ZB 9/04)

**Versicherungsschutz**

Seite 42

Trennungsprinzip, Haftpflichtversicherung / Bindungswirkung  
des Haftpflichturteils / Voraussetzungsidentität  
(BGH, Urt. v. 18.2.2004 - IV ZR 126/02)

**Steuerberatervertrag**

Seite 43

Kontierer mit Steuerberaterleistungen / Nichtigkeit des Vertrages  
(OLG Düsseldorf, Urt. v. 20.4.2004 - 23 U 124/03)

**Steuerberater**

Seite 44

Interessenkollision / Scheidung der Mandanten /  
Zusammenveranlagung / Gewerbebetrieb  
(OLG Düsseldorf, Urt. v. 17.2.2004 - 23 U 29/03)

**Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter**

Seite 45

Auskunft in Gesellschafterversammlung einer KG /  
Schaden, Gesamtvermögensvergleich / Abfindung von  
KG-Anteilen / Kausalität  
(OLG Düsseldorf, Urt. v. 18.11.2003 - 23 U 47/03)

**Anwaltshonorar**

Seite 46

Honorarvereinbarung / Fremdgelder / Herausgabeanspruch  
(OLG Düsseldorf, Urt. v. 14.10.2003 - I-24 U 79/03)

**Fristenkontrolle**

Seite 47

Fax / Sendebericht  
(OLG Hamburg, Beschl. v. 9.10.2003 - 14 U 152/03)

**Steuerberaterhaftung**

Seite 48

Auskunft / Schadenhöhe / Anmerkungen RA - FAS - Dr. Gräfe  
(LG Berlin, Urt. v. 6.10.2004 - 6 O 197/04)

GI Hinweis



## Editorial

Sehr geehrte Leserin, sehr geehrter Leser,

die März-Ausgabe der GI beginnt mit einem grundlegenden verjährungsrechtlichen Urteil des BGH. Bisher war der **Verjährungsbeginn** bei vermeidbaren **Sozialversicherungsbeiträgen** strittig. Ist er wie ein Steuerschaden oder wie ein Vermögensschaden des Arbeitgebers/Mandanten des Steuerberaters zu behandeln? Der IX. Zivilsenat hat nun klargestellt, dass er einer vermeidbaren Steuerforderung gleichsteht, d.h. der Schaden des Mandanten – und damit der Beginn der Verjährung des Schadensersatzanspruchs gemäß § 68 StBerG a.F. – entsteht erst mit Bekanntgabe des Sozialversicherungsbescheides und nicht bereits mit der ersten sozialversicherungsfreien Lohnauszahlung.

Der BGH stellt gleichzeitig klar, dass eine **sozialversicherungsrechtliche Beratung** vom Steuerberater nicht erwartet werden kann. Es trifft ihn aber eine Hinweispflicht, wenn Lohn sozialversicherungsfrei ausgezahlt werden soll. Es ist originäre Aufgabe des Arbeitgebers/Mandanten, den Arbeitsvertrag und dessen **tarif- und sozialversicherungsrechtliche** Implikationen zu beachten. Die Arbeit des Steuerberaters setzt erst an, wenn ihm die Konditionen des Arbeitsvertrages genannt werden.

Zum Thema **Unterschrift** des Anwalts: Dessen Unterzeichnung der beglaubigten Abschrift ersetzt nicht die Unterschrift auf dem Original (BGH).

Der Steuerberatungsvertrag mit einem **Kontierer** (§ 6 Nr. 4 StBerG) ist insgesamt nichtig, auch wenn er z.T. erlaubte Buchführungstätigkeiten umfasst. Daran ändert sich nichts, wenn ein Steuerberater als Erfüllungsgehilfe im Innenverhältnis hinzugezogen wird (OLG Düsseldorf).

Lassen sich Eheleute scheiden, kann das zu einer **Interessenkollision** beim Steuerberater führen. Vertritt er anschließend nur noch einen der beiden, muss er mit großer Sorgfalt prüfen, wenn er bei seiner Arbeit widerstreitende Interessen berücksichtigen muss (OLG Düsseldorf).

Zu den **haftungsanfälligen Verträgen mit Schutzwirkung zugunsten Dritter** hat sich das OLG Düsseldorf geäußert. Der Steuerberater einer KG sollte einer Versammlung der Kommanditisten beiwohnen. Er gab dort steuerliche Auskünfte, die sich z.T. als falsch erwiesen. Das OLG sah hier zu Recht eine Drittschutzwirkung des Steuerberatungsvertrages mit der KG zugunsten der Kommanditisten. Andererseits weist es auch darauf hin, dass eine individuelle Beratung der Gesellschafter nicht erwartet werden kann.

Zur **fehlerhaften Honorarabrechnung**: Sie bindet den Berater gemäß § 242 BGB, auch wenn sie unterhalb der gesetzlichen Gebühren liegt (OLG Düsseldorf).

Die never ending story der **Fristenkontrolle bei Faxübersendung**: Es muss eine Organisationsanweisung gegenüber dem Personal erfolgen, dass auf dem Sendeprotokoll auch die Zahl der gesendeten Seiten geprüft und mit der Soll-Zahl verglichen werden muss (OLG Hamburg).

## GI Aktuell

### BFH: Vererblichkeit des einkommensteuerrechtlichen Verlustvortrags kommt auf den Prüfstand

Der XI. Senat des Bundesfinanzhofs (BFH) hat mit Beschluss vom 28.7.2004 – XI R 54/99 den Großen Senat des BFH angerufen, um klären zu lassen, ob der Erbe einen vom Erblasser nicht ausgenutzten Verlust bei seiner eigenen Veranlagung zur Einkommensteuer geltend machen kann. Bisher ist dies nach der Rechtsprechung des BFH möglich.

Der XI. Senat ist der Auffassung, dass die dogmatischen und systematischen Einwände gegen den Übergang der Verlustabzugsmöglichkeit auf den Erben jedoch zu schwer wiegend sind, um die bisherige Rechtsprechung aufrechterhalten zu können. Sie stelle eine Durchbrechung des verfassungsrechtlichen Grundsatzes dar, dass nur derjenige Steuerpflichtige Aufwendungen und Verluste steuermindernd geltend machen kann, der sie getragen hat und dessen Leistungsfähigkeit dadurch eingeschränkt ist.

Der dem Anrufungsbeschluss zugrunde liegende Streitfall weist die Besonderheit einer Gesamtrechtsnachfolge durch eine Erbengemeinschaft neben einer Sonderrechtsnachfolge durch einen Hoferben auf. Die Verluste des Erblassers sind durch die Bewirtschaftung des Hofes entstanden. Das Finanzamt teilte den verbliebenen Verlustvortrag – der Rechtsprechung entsprechend nach Erbquoten – auf die Mitglieder der Erbengemeinschaft auf.

Der XI. Senat hat dem Großen Senat des BFH die weitere Frage vorgelegt, ob für den Fall der Bejahung der Vererblichkeit des Verlustvortrags der Abzug nur demjenigen zustehe, der die Einkunftsquelle fortführe, die den Verlust verursacht habe, und ob für den Fall einer Sondererfolge in die Verlust verursachende Einkunftsquelle Besonderheiten gälten.  
(BFH, Beschl. v. 28.7.2004 – XI R 54/99)

Pressemitteilung d. BFH v. 15.12.2004



Mit freundlichen Grüßen  
Ihr Dr. Jürgen Gräfe

## GI Leitsätze

### BFH: Voraussetzungen einer mittelbaren Grundstücksschenkung

Grundstücksschenkungen unterliegen im Regelfall einer niedrigeren Schenkungsteuer als die Schenkung der zum Grundstückserwerb erforderlichen Geldmittel. Diese steuerliche Begünstigung setzt dabei nicht voraus, dass der Schenker dem Bedachten ein ihm gehörendes Grundstück unentgeltlich überträgt. Ein Grundstück kann vielmehr auch dadurch – mittelbar – geschenkt werden, dass der Schenker dem Bedachten die zum Erwerb erforderlichen Geldmittel überlässt.

Der Bundesfinanzhof hat nunmehr in Fortentwicklung und teilweiser Änderung seiner bisherigen Rechtsprechung mit Urteil vom 10.11.2004 – II R 44/02 entschieden, dass der Schenker in diesem Fall dem Bedachten den für den Kauf eines bestimmten Grundstücks vorgesehenen Geldbetrag vor dem Erwerb des Grundstücks zusagen und ihm den Betrag bis zur Tilgung der Kaufpreisschuld zur Verfügung stellen muss. Andernfalls liegt eine Geldschenkung vor.

Der Annahme einer mittelbaren Grundstücksschenkung steht es nicht entgegen, wenn der Bedachte bereits vor der Überlassung des Geldes Eigentümer des Grundstücks geworden war.

Wie der Bundesfinanzhof ferner entschieden hat, kann ein Grundstück auch dadurch mittelbar geschenkt werden, dass der Schenker dem Bedachten einen ihm zustehenden Anspruch auf Übereignung des Grundstücks unentgeltlich abtritt oder ihm die Mittel für den Kauf eines solchen Anspruchs vor dessen Erwerb zusagt und bis zur Tilgung der Kaufpreisschuld zur Verfügung stellt.

Voraussetzung für eine mittelbare Grundstücksschenkung in solchen Fällen ist aber, dass der Bedachte nach den mit dem Schenker getroffenen Abreden die Übereignung des Grundstücks an sich verlangen muss und den Übereignungsanspruch nicht weiterübertragen darf.

In allen genannten Fällen bedarf die Zusage der zum Erwerb bestimmten Geldmittel keiner bestimmten Form, muss aber nachweisbar sein. (BFH, Urt. v. 10.11.2004 – II R 44/02)

Pressemitteilung d. BFH v. 19.1.2005

### Insolvenzverwalterhaftung/Masseverbindlichkeiten/Verkürzung der Masse

1. Eine Schadenersatzpflicht des Insolvenzverwalters nach § 61 InsO besteht nur für die pflichtwidrige Begründung von Masseverbindlichkeiten.

2. Bei Abschluss eines Vertrages kommt es für den Zeitpunkt der Begründung der Verbindlichkeit regelmäßig darauf an, ob der anspruchsbegründende Tatbestand materiell-rechtlich abgeschlossen ist. Im Einzelfall kann der Zeitpunkt je nach den vertraglichen Absprachen auch nach Vertragsschluss liegen.

3. Ein Ausfallsschaden nach § 61 InsO ist jedenfalls dann eingetreten, wenn der Insolvenzverwalter die Masseunzulänglichkeit angezeigt hat und nicht zu erwarten ist, dass die Altmassegläubiger in absehbarer Zeit Befriedigung erhalten werden.

4. § 61 InsO gewährt einen Anspruch auf das negative Interesse.

5. Der Insolvenzverwalter haftet einem Massegläubiger nach § 60 InsO, wenn er die Masse pflichtwidrig verkürzt.

6. Ein Schaden, der Massegläubigern durch eine pflichtwidrige Masseverkürzung des Insolvenzverwalters vor Anzeige der Masseunzulänglichkeit entsteht, ist grundsätzlich ein Einzel Schaden, der von den Gläubigern während des Insolvenzverfahrens geltend gemacht werden kann.

(BGH, Urt. v. 6.5.2004 – IX ZR 48/03, DStR 2004, 1220)

### Honoraranspruch des Rechtsanwalts/Aufrechnung mit Treuhandgeldern

Ein Rechtsanwalt, der von seinem Mandanten einen Geldbetrag treuhänderisch zur Stellung einer Prozesssicherheit erhalten hat, ist im Hinblick auf die Natur des Treuhandverhältnisses und den Sinn und Zweck des Auftrags unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben (§ 242 BGB) auch nach Wegfall des Sicherungszwecks gehindert, gegenüber dem Anspruch des Mandanten auf Auszahlung des verbleibenden überschießenden Betrags mit Honoraransprüchen aus anderen Tätigkeiten aufzurechnen.

(OLG Karlsruhe, Urt. v. 11.5.2004 – 17 U 157/01, OLG-Report 2004, 460)

## Steuerberaterhaftung

- Lohnbuchhaltung
  - Sozialversicherungsbeiträge
  - Verjährungsbeginn
  - Gesamtvermögensvergleich, Schaden
  - Anmerkungen RA – FAS – Dr. Gräfe
- (BGH, Urt. v. 23.9.2004 – IX ZR 148/03)

### Leitsätze:

1. Der Lauf der Verjährung beim Schadenersatzanspruch eines Arbeitgebers gegen den Steuerberater, welcher die Lohnabrechnungen für ihn besorgt und hierbei keinen Arbeitnehmeranteil der Rentenversicherungsbeiträge abzieht, beginnt in Fällen der unerkannten Beitragspflicht eines Mitarbeiters erst mit dem Zugang des entsprechenden Nachforderungsbescheides der zuständigen Behörde.
2. Auf den Regressschaden eines Arbeitgebers, der infolge unerkannter Versicherungspflicht eines Mitarbeiters keinen Arbeitnehmeranteil vom Lohn abzieht und diesen Abzug nicht mehr nachholen kann, ist der Vorteil anzurechnen, den die Verjährung von Beitragsansprüchen gegen den Arbeitgeber aus dem nämlichen Grund wegen des Arbeitgeberanteils bewirkt.

### Zum Sachverhalt:

Die Beklagten besorgten als Steuerberater der Klägerin neben anderen Tätigkeiten die Lohnabrechnungen, und zwar insbesondere in den Jahren 1996 bis 1999. Für den seit 1987 teilszeitbeschäftigten Mitarbeiter G. entrichtete die Klägerin keine Beiträge zur gesetzlichen Rentenversicherung. Die Beklagten zogen dem Arbeitnehmer dementsprechend keinen Beitragsanteil vom Lohn ab.

Anlässlich einer Außenprüfung im Jahr 2000 stellte die Landesversicherungsanstalt abweichend von dem Ergebnis einer vorausgegangenen Prüfung fest, dass G. nicht nach § 1229 Abs. 1 Nr. 6 RVO, § 230 Abs. 1 Satz 2 SGB VI versicherungsfrei war, weil seine Beamtenversorgung nur 57 v.H. der Ruhegehaltfähigen Dienstbezüge betrug. Daraufhin wurden mit Bescheid vom 7.11.2000 zu den nachrichteten Arbeitgeberanteilen von der Klägerin insgesamt 10.306,42 DM unverjährte Arbeitnehmeranteile zur Rentenversicherung – beginnend mit dem 1.1.1996 – nachgefordert. Der hiergegen gerichtete Widerspruch der Klägerin blieb erfolglos.

Durch Lohnabzug vom Arbeitnehmer konnte die Klägerin von dem Nachforderungsbetrag nur noch 578,67 DM erlangen. Für den Unterschiedsbetrag in Höhe von 9.727,75 DM (4.973,72 EUR) macht sie die Beklagten schadenersatzpflichtig. Die Beklagten erheben gegen ihre Schadenersatzpflicht, die sie aus Rechtsgründen bestreiten, die Einrede der Verjährung.

Das Amtsgericht hat der Klage stattgegeben, das Landgericht hat sie abgewiesen. Mit ihrer zugelassenen Revision erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung des amtsgerichtlichen Urteils.

Die Revision ist begründet; der Senat kann jedoch nicht in der Sache selbst entscheiden.

### Aus den Gründen:

#### I.

Beide Vorinstanzen haben eine Pflichtverletzung der Beklagten angenommen, weil sie die Lohnabrechnungen der Klägerin unter Prüfung der sozialversicherungsrechtlichen Beitragspflichten zu besorgen gehabt hätten.

Das Berufungsgericht hat jedoch die Schadenersatzpflicht der Beklagten im Gegensatz zum Amtsgericht mit Ablauf des 30.4.1999, also vor Klageerhebung, für verjährt gehalten, weil der Beitragsabzug vom Arbeitslohn hier nach der Regel des Gesetzes nur bei den drei nächsten Lohn- oder Gehaltszahlungen habe nachgeholt werden können. Der dadurch verursachte Schaden sei seit dem 1.5.1996 zwar fortlaufend entstanden, aber mit dem ersten Teilschaden einheitlich nach Ablauf von drei Jahren verjährt.

#### II.

Gegen die Rechtsauffassung des Berufungsgerichts wendet sich die Revision mit Erfolg. Das Berufungsurteil kann daher mit der bisherigen Begründung nicht bestehen bleiben.

1. Die **Haftungsverjährung des § 68 StBerG** hat gegen die Beklagten mit der monatlich vorrückenden Abzugssperre des § 28g Satz 2 bis 4 SGB IV seit dem 1.5.1996 weder einheitlich noch schrittweise begonnen. **Denn vor der Beitragsnacherhebung im Gefolge der Betriebsprüfung des Jahres 2000 bestand für die Klägerin insoweit nur ein Schadenrisiko.**

**Diese Frage ist in der bisherigen Rechtsprechung noch offen gelassen worden** (vgl. BGH v. 12.2.2004 - IX ZR 246/02, BGH-Report 2004, 809, 811 unter IV. 1. b) a.E.). Sie ist im Streitfall zugunsten der Auftraggeberin zu entscheiden.

a) Der nach § 28g Satz 2 bis 4 SGB IV verhin- derte Abzug des Arbeitnehmeranteils an den Rentenversicherungsbeiträgen darf als Schaden des Arbeitgebers nicht isoliert betrachtet werden, wenn für den Arbeitnehmer irrtümlich im Rahmen des Gesamtsozialversicherungsbeitrags (§ 28d SGB IV) keinerlei Beitragsanteile zur Rentenversicherung abgeführt worden sind. Denn die Abzugssperre wirkt sich nur aus, wenn und so- weit gegen den Arbeitgeber ein durchsetzbarer Beitragsanspruch (§ 28e Abs. 1 Satz 1 SGB IV) besteht. Insoweit handelt es sich - wie bei der Erfüllung eines Steuertatbestandes (§ 38 AO) - um eine abstrakte gesetzliche Abgabenschuld (§ 22 Abs. 1 SGB IV).

Sie bedarf allerdings zur **Beitragserhebung, anders als die Steuererhebung** nach den §§ 218, 155 AO, nicht schon für den Regelfall eines Festsetzungsbescheides, weil Grund und Höhe der Beitragspflicht von dem Arbeitgeber leicht festgestellt werden können. Werden jedoch Beitragsansprüche nicht rechtzeitig erfüllt, er- gehen durch die Einzugsstellen nach § 28b Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 SGB IV gleichfalls Bescheide zu ihrer Durchsetzung gegen den säumigen Arbeitgeber. Dasselbe gilt nach § 28p Abs. 1 Satz 5 SGB IV für die hierzu verpflichteten Rentenversicherungsträger, wenn eine Außen- prüfung bislang nicht erkannte Beitragspflich- ten eines Arbeitgebers aufdeckt.

Im letztgenannten Fall **bestehen vor Erlass eines Beitragsbescheides gegen den Arbeitgeber ähn- liche Unsicherheiten über die Verwirklichung des Schadenrisikos, welches die Abzugssperre des § 28g Satz 2 bis 4 SGB IV für den Arbeit- geber darstellt, wie vor der belastenden Kon- kretisierung eines Steuerschuldverhältnisses nach Durchführung einer steuerrechtlichen Gestaltung.**

b) Der Streitfall verdeutlicht, welche Unsicher- heiten mit der Aufdeckung eines Beitragsstat- bestandes bei bestimmten Beschäftigungsver- hältnissen im Einzelfall verbunden sein können. Der hier betroffene Arbeitnehmer war bei der Klägerin bereits seit dem Jahre 1987 beschäftigt. Die Beitragsansprüche aus der Zeit vor dem 1.1.1996 konnten wegen Verjährung (§ 25 SGB IV) nicht mehr durchgesetzt werden.

Ein Schaden durch die Abzugssperre ist in die- sem Zeitraum bei wertender Betrachtung nicht erst durch Verjährung im Außenverhältnis weg- gefallen, sondern von vornherein nicht entstan- den. Selbst der zuständige Rentenversicherungs- träger **hatte bei einer vorausgegangen** Außenprüfung den Beitragstatbestand noch **nicht erkannt**. Im Nacherhebungsverfahren hatte er sich auf den Widerspruch der Klägerin daher sogar mit dem Verwirkungseinwand aus- einander zu setzen.

Es wäre unter diesen Umständen nach Berück- sichtigung der beiderseitigen Belange von Arbeitgeber und steuerlichen Beratern **un- angemessen, die Verjährung der Haftung nach § 68 StBerG hier mit dem Berufungsgericht bereits zu einem Zeitpunkt eintreten zu lassen, bevor sich das unvermutete Schadenrisiko in einem Leistungsbescheid verwirklichte.**

2. Die Rechtssache ist nach dem festgestellten Sachverhältnis jedoch noch nicht zur End- entscheidung reif (§ 563 Abs. 3 ZPO), sondern an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Denn anhand des bisherigen Streitstoffs lässt sich der Haftungstatbestand rechtlich nicht abschließend beurteilen. Der Schaden der Klä- gerin kann auch nicht mit Beschränkung auf den Zeitausschnitt berechnet werden, welcher der Klage zugrunde liegt.

### III.

Für die neue Verhandlung und Entscheidung weist der Senat auf Folgendes hin:

1. Der steuerliche Berater, der im Auftrag des Arbeitgebers die Lohnabrechnungen besorgt, muss grundsätzlich auch prüfen, ob für Arbeit- nehmer eine Befreiung von der Versicherungs- pflicht in Betracht kommt, wenn Beiträge nicht abgeführt werden (vgl. BGH v. 12.2.2004, a.a.O., 810 f; OLG Celle, VersR 2001, 1437, 1438). Ergeben sich in einem solchen Fall tatsächliche Unklarheiten oder sozialversicherungsrechtliche Schwierigkeiten, so ist der steuerliche Berater gehalten, die Unklarheiten durch eigene Rück- fragen auszuräumen oder deswegen ebenso wie für die Klärung sozialversicherungsrechtlicher Zweifel auf die **Einschaltung eines hierfür fachlich geeigneten Beraters hinzuwirken.**

Im Streitfall steht nicht fest, was die Beklagten über die Beitragspflicht des Mitarbeiters G. den Arbeitgeberunterlagen der Klägerin ent- nehmen konnten. Offen ist auch, was bei Un-

vollständigkeit der Arbeitgeberunterlagen eine dann gebotene Rückfrage der Beklagten bei der Klägerin ergeben hätte. Ungeklärt ist ferner, **weshalb die Betriebsprüfung des Jahres 1996 noch nicht beanstandet hat**, dass für den Mitarbeiter G. keine Beiträge zur Rentenversicherung abgeführt wurden. Denn die Parteien haben den 1996 erstellten Betriebsprüfungsbericht bisher nicht in den Rechtsstreit eingeführt.

Nach allgemeiner Lebenserfahrung spricht vieles dafür, dass die Beklagten **bei einem „unverdächtigen“ Prüfungsergebnis im Jahr 1996 kein Vorwurf mehr treffen kann, dass sie danach selbst noch kritischer hätten sein müssen** als der zuständige Prüfungsdienst. Die Beklagten würden dann für den eingetretenen Schaden nur einzustehen haben, **wenn sie bereits vor der Betriebsprüfung des Jahres 1996 nach der bestehenden Aktenlage auf die tatsächliche und rechtliche Klärung einer möglichen Befreiung G. von der Versicherungspflicht hätten hinwirken müssen** und in der Folge die unerkannte Beitragspflicht schon vor oder spätestens bei der Betriebsprüfung im Jahr 1996 aufgedeckt worden wäre.

Den Beklagten könnte dabei auch zugerechnet werden, wenn als Folge eines unterbliebenen Hinweises auf die ungeklärte Beitragsfreiheit des Mitarbeiters G. die Notwendigkeit eines Befreiungsantrags nach § 1230 RVO oder § 230 SGB VI übersehen worden sein sollte. Nicht vorgetragen worden ist bisher aber auch, ob der betroffene Arbeitnehmer bereit gewesen wäre, einen solchen Befreiungsantrag mit Nachteil für seine Rentenanwartschaften zu stellen.

2. Die **Schadenberechnung** verlangt im Streitfall einen **Gesamtvermögensvergleich** von dem Zeitpunkt ab, an dem die Beklagten im Rahmen ihrer Tätigkeit erstmals auf die Klärung der Beitragspflicht des Arbeitnehmers G. hätten hinwirken müssen und infolgedessen die gesetzlich geschuldeten Rentenversicherungsbeiträge abgeführt worden wären.

**Vor dem 1.1.1996 würde eine Pflichtverletzung der Beklagten der Klägerin im Ergebnis nur genützt haben, weil sie für den Mitarbeiter G. aufgrund Verjährung gemäß § 25 SGB IV auch wegen ihres Arbeitgeberanteils leistungsfrei geworden ist.** Bei pflichtgemäßem Handeln der Beklagten hätte dieser (kongruente) Vorteil nicht entstehen können. Er ist auch nach wertender Betrachtung auf den späteren Schaden der Klägerin anzurechnen.

**Denn Vor- und Nachteil stammen aus der gleichen Wurzel und sind von gleicher Art. Der Vorteil verjährter Beitragspflicht des Arbeitgebers und der Nachteil des in unverjährter Zeit ausgeschlossenen Abzugs des Arbeitnehmeranteils stehen in einem inneren Zusammenhang, der beide Größen zu einer Rechnungseinheit verbindet** (vgl. zur Schadenberechnung insoweit allgemein BGHZ 91, 206, 210; 136, 52, 54 f; BGH v. 19.7.2001 – IX ZR 62/00, WM 2001, 1605, 1607).

#### Anmerkungen RA – FAST – Dr. Gräfe:

Die Entscheidung des BGH klärt die Frage des Verjährungsbeginns gemäß § 68 StBerG bei Schadenersatzansprüchen, die wegen vermeidbar gewesener Korrekturbescheide nach einer LVA-Prüfung geltend gemacht werden. Er stellt Sozialversicherungsschäden gleich mit Steuerschäden nach einer steuerlichen Betriebsprüfung. Verjährung beginnt nach Ansicht des BGH in beiden Sachverhalten erst mit Zugang der schädigenden Korrekturbescheide nach der Außenprüfung. Eine Entscheidung, die nicht überrascht.

Der BGH stellt im Übrigen klar, dass eine eigenverantwortliche **Prüfung der sozialversicherungsrechtlichen Fragen** vom Steuerberater nicht erwartet werden kann. Es trifft den Steuerberater aber eine **Hinweispflicht**, wenn z.B. keine Beiträge zur Sozialversicherung abgeführt werden sollen. Wenn sich hierfür aus den Informationen des Mandanten eine plausible Erklärung ergibt, erübrigt sich eine Belehrung.

Selbst die **Ergebnisse der Vorprüfung** können ihn entlasten, wenn diese nicht bereits erkennbar falsch waren. Eine Auffassung, die der BGH bei Steuerschäden, d.h. im Bereich der originären Beratungstätigkeit des Steuerberaters, nicht teilt. Jedenfalls muss dieser nicht über den Hinweis an den Mandanten hinausgehen und selbst erkennbare sozialversicherungsrechtliche Fragen prüfen. Im Zweifel sollte er auf die Einschaltung eines Fachmanns hinwirken.

Die Vorgabe über die **Höhe des Lohns** kommt allein vom Mandanten. Er hat den Arbeitsvertrag abgeschlossen und die Vergütung vereinbart. Der Steuerberater muss dementsprechend auch nicht über **tarifvertragliche Regelungen** informiert sein. Noch weniger muss er den richtigen Lohn aus einem Tarifvertrag entwickeln.

Hier bewegen wir uns auf dem Gebiet des Arbeitsrechts. Arbeitsrechtliche Kenntnisse können vom Steuerberater nicht erwartet werden (*LG Bonn, GI 2004, 99*). Im Übrigen ist es dem Arbeitgeber unbenommen, übertariflich zu entlohnen.

Die Bemerkungen des 9. Zivilsenats zur **Vorteilsanrechnung** der nicht gezahlten Arbeitgeberbeiträge sind Ausfluss des von ihm zur Schadenfeststellung verlangten Gesamtvermögensvergleichs. Interessant wird diese Frage, wenn der Steuerberater bereits vor dem Rückforderungszeitraum der LVA pflichtwidrig Hinweise zur sozialversicherungsrechtlichen Klärung unterlassen hat. Kommt die LVA wegen Verjährung oder Fristablauf für diese Jahre nicht zu einer Nachforderung der Arbeitnehmerbeiträge, ist der Mandant von den Arbeitgeberbeiträgen entlastet. Er hat einen Vermögensvorteil. Hier könnte sich bei Fehlberatungen, die Steuer-schäden, aber auch Steuervorteile bewirken, eine neue Schadenbetrachtung auf verjährte Veranlagungsjahre eröffnen.

## Unterschrift des Anwalts

- Rechtsmittel
  - Unterzeichnung auf Blatt 1
  - Hinweispflicht des Gerichts?
- (*BGH, Beschl. v. 15.6.2004 - VI ZB 9/04*)

### Leitsatz:

Eine beglaubigte Abschrift der Berufungsbegründung, die der Rechtsanwalt unterzeichnet hat, kann die fehlende Unterschrift auf der gleichzeitig bei Gericht eingereichten Urschrift nur ersetzen, wenn zum Zeitpunkt des Fristablaufs kein Zweifel möglich ist, dass der Schriftsatz von dem Unterschriftleistenden herrührt.

### Aus den Gründen:

#### I.

Das Landgericht hat mit Urteil vom 27.10.2003, dem Prozessbevollmächtigten des Klägers zugestellt am 30.10.2003, die Klage abgewiesen. Mit Schriftsatz vom 26.11.2003, eingegangen beim Oberlandesgericht am 28.11.2003, hat der Prozessbevollmächtigte des Klägers dagegen Berufung eingelegt.

In einem von ihm nicht unterzeichneten Schriftsatz vom 15.12.2003 hat er die Berufung begründet. Auf entsprechenden richterlichen Hinweis vom 6.1.2004 hat der Prozessbevollmächtigte des Klägers am 9.1.2004 Wiedereinsetzung in den vorigen Stand unter Beifügung einer nunmehr unterschriebenen Berufungsbegründungsschrift beantragt.

Durch den angefochtenen Beschluss hat das Berufungsgericht den Wiedereinsetzungsantrag zurückgewiesen und die Berufung als unzulässig mit der Begründung verworfen, dass der Schriftsatz vom 15.12.2003 nicht von einem beim Oberlandesgericht zugelassenen Rechtsanwalt unterschrieben worden sei und die Berufung deshalb nicht innerhalb von zwei Monaten ab Zustellung des Urteils formgerecht begründet worden sei.

Der Kläger sei nicht ohne sein Verschulden an der Einhaltung der Frist gehindert gewesen. Er müsse sich das Verschulden seines Prozessbevollmächtigten zurechnen lassen. Trotz des richterlichen Hinweises vom 6.1.2004 habe er nicht dargelegt und glaubhaft gemacht, dass und in welcher Form Vorsorge dafür getroffen sei, dass sämtliche ausgehende Rechtsmittelschriftsätze vor der Absendung auf das Vorhandensein der Unterschrift überprüft werden.

Gegen diesen Beschluss, der dem Prozessbevollmächtigten des Klägers am 23.1.2004 zugestellt worden ist, hat der Kläger am 16.2.2004 Rechtsbeschwerde eingelegt und diese innerhalb verlängerter Begründungsfrist am 2.4.2004 begründet.

#### II.

Die Rechtsbeschwerde des Klägers ist gemäß §§ 522 Abs. 1 Satz 2, 238, 574 Abs. 1 Satz 1 ZPO statthaft. Sie ist jedoch nicht zulässig. Die Voraussetzungen des § 574 Abs. 2 ZPO liegen nicht vor. Eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs ist entgegen der Ansicht des Klägers zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung (§ 574 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 ZPO) nicht erforderlich (zu dieser Zulässigkeitsvoraussetzung vgl. *Senatsbeschl. v. 13.5.2003 - VI ZB 76/02, NJW-RR 2003, 1366, 1367 und v. 4.11.2003 - VI ZB 50/03, BB 2003, 2711; BGHZ 151, 221, 225*).

1. Die Rechtsbeschwerde wendet sich nicht gegen die gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung, wonach Rechtsmittelbegründungsschriften als bestimmende Schriftsätze im

Anwaltsprozess grundsätzlich von einem beim Rechtsmittelgericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein müssen (§§ 520 Abs. 5, 130 Nr. 6 ZPO), da mit der Unterschrift der Nachweis geführt wird, dass der Berufungs- oder Revisionsanwalt die Verantwortung für den Inhalt der Rechtsmittelbegründungsschrift übernimmt (vgl. *Senatsbeschl. v. 9.12.2003 - VI ZB 46/03, BGH-Report 2004, 406 f; BGHZ 37, 156 ff; 97, 251 ff; 146, 372 ff; BGH, Urt. v. 31.3.2003 - II ZR 192/02, NJW 2003, 2028 f*). Nur ausnahmsweise kann trotz fehlender Unterzeichnung der Berufungsbegründungsschrift durch den Berufungsanwalt der Nachweis erbracht sein, wenn zweifelsfrei feststeht, dass dieser die Verantwortung für den Inhalt der Rechtsmittelbegründungsschrift übernommen hat.

a) Dass das Berufungsgericht im vorliegenden Fall den Nachweis nicht für geführt erachtet hat, weil der vom Prozessbevollmächtigten unterschriebene Beglaubigungsvermerk in der oberen Mitte der Deckblätter der Abschriften, die der Begründungsschrift beigelegt waren, angebracht ist, ist nicht zu beanstanden.

Zwar ist anerkannt, dass eine gleichzeitig eingereichte beglaubigte Abschrift, die der Rechtsanwalt unterzeichnet hat, die fehlende Unterschrift auf der Urschrift ersetzen kann (vgl. *Senatsbeschl. v. 5.3.1954 - VI ZB 21/53 = LM-ZPO § 519 Nr. 14 und Urt. v. 25.9.1979 - VI ZR 79/79, VersR 1980, 186, 187; BGHZ 92, 251, 255; BGH, Urt. v. 22.9.1992 - XI ZR 335/92, VersR 1993, 459; v. 25.9.1979 - XI ZR 79/79, NJW 1980, 291; jeweils m.w.N.*). Auch in diesem Fall darf jedoch zum Zeitpunkt des Fristablaufs kein Zweifel mehr möglich sein, dass der bestimmende Schriftsatz von dem Unterschriftleistenden herrührt, so dass die Rechtssicherheit nicht infrage gestellt ist.

b) Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde **lässt der unterschriebene Beglaubigungsvermerk auf der ersten Seite der Abschrift nicht nur den Schluss zu, dass die Unterschrift auf der Urschrift versehentlich unterblieben sei**. Das Berufungsgericht hält mit Recht für möglich, dass eine Unterschrift auf der ersten Seite eines mehrseitigen Schriftsatzes bereits vor der Endkorrektur geleistet wird und deshalb die Kontrolle durch den unterzeichnenden Rechtsanwalt nicht mehr gewährleistet ist. Für Gericht und Gegner führt dies zu einer Unklarheit und Unsicherheit der Rechtslage, die dem Rechtsmittelbeklagten nicht zugemutet werden kann.

**Im Interesse der Rechtssicherheit ist deshalb in Übereinstimmung mit dem Berufungsgericht zu fordern, dass eine Unterzeichnung den Inhalt der Erklärung räumlich decken, d.h. hinter oder unter dem Text stehen muss** (*BGHZ 113, 48 ff; Stein/Jonas, ZPO 21. Aufl., § 129 Rdnr. 12; Zöller/Greger, ZPO 24. Aufl., § 130 Rdnr. 13; jeweils m.w.N.*).

Im Streitfall kommt hinzu, dass der Prozessbevollmächtigte des Klägers selbst vorträgt, ihm sei der Berufungsbegründungsschriftsatz nach Durchführung der von ihm angeordneten Korrekturen von seinem Büropersonal nicht mehr vorgelegt worden und er sei deshalb von ihm auch nicht unterzeichnet worden. Damit steht nach seinem eigenen Vortrag fest, dass er die Verantwortung für die vollständige korrigierte Rechtsmittelbegründungsschrift durch Leistung seiner Unterschrift nicht übernommen hat. Vielmehr muss – worauf die Beschwerdeerwiderung hinweist – nach dieser Darstellung davon ausgegangen werden, dass der Beglaubigungsvermerk blanko unterzeichnet worden ist.

Schon aus diesem Grund ist die Berufung durch Einreichung der beglaubigten Abschriften nicht fristgerecht begründet worden. Zudem lassen sich entgegen der Behauptung der Rechtsbeschwerde die Gründe, mit denen das angefochtene Urteil bekämpft werden soll, keineswegs aus der ersten Seite des Berufungsbegründungsschriftsatzes hinreichend deutlich entnehmen.

2. Das Berufungsgericht hat dem Kläger die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand mit Recht verweigert. Es hat weder den Umfang seiner rechtlichen Hinweispflicht verkannt noch die Wiedereinsetzung aufgrund von Anforderungen an die Sorgfaltspflichten des Prozessbevollmächtigten versagt, die nach höchstrichterlicher Rechtsprechung nicht verlangt werden und mit denen der Kläger auch unter Berücksichtigung der Entscheidungspraxis des Berufungsgerichts nicht rechnen musste (*BVerfGE 79, 372, 376 f; BVerfG, Beschl. der 2. Kammer des Ersten Senats v. 14.12.2001 - 1 BvR 1009/01, NJW-RR 2002, 1004*).

a) **Das Berufungsgericht war – entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde – nicht verpflichtet, vor Ablauf der Berufungsbegründungsfrist zu prüfen, ob die Berufungsbegründungsschrift ordnungsgemäß unterzeichnet ist**, um erforderlichenfalls durch entsprechende Hinweise auf eine Vervollständigung durch den Prozessbevollmächtigten hinzuwirken.



Im Interesse der Funktionsfähigkeit der Justiz **sind der gerichtlichen Fürsorgepflicht enge Grenzen gesetzt**. Nur unter besonderen Umständen kann ein Gericht gehalten sein, einer drohenden Fristversäumnis seitens der Partei entgegenzuwirken. So darf es nicht sehenden Auges zuwarten, bis die Partei Rechtsnachteile erleidet (vgl. BVerfG, NJW 1995, 3173 f; BGH, Urt. v. 1.12.1997 - II ZR 85/97, NJW 1998, 908 und Beschl. v. 11.2.1998 - VIII ZB 50/97, NJW 1998, 2291).

Im vorliegenden Fall hatte das Berufungsgericht das Fehlen der Unterschrift vor Ablauf der Berufungsbegründungsfrist jedoch noch nicht bemerkt. Der Kläger kann sich in diesem Zusammenhang nicht darauf berufen, dass die **Prüfung der Formvorschriften zeitnah** mit dem Eingang der Berufungsbegründung zu erfolgen hat. Im Hinblick auf den übrigen Geschäftsanfall ist es nicht zu beanstanden, wenn der Richter erst bei der Bearbeitung des Falles und damit nach Ablauf der Fristen die Zulässigkeit der Berufung und damit auch die Einhaltung der Form überprüft.

b) Trotz richterlichen Hinweises hat der Prozessbevollmächtigte des Klägers **nicht dargelegt und glaubhaft gemacht, dass in seinem Büro durch Anweisungen an das Büropersonal die Kontrolle sämtlicher ausgehender Schriftsätze vor der Absendung auf das Vorhandensein der anwaltlichen Unterschrift sichergestellt ist**.

Das Berufungsgericht war nicht gehalten, ihn durch weitere Hinweise zur Ergänzung seines unzureichenden tatsächlichen Vortrags zu veranlassen, zumal die mit dem Wiedereinsetzungsantrag eingereichte eidesstattliche Versicherung seiner Büroangestellten den Schluss nahe legt, dass die Ausgangskontrolle den nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung gestellten Anforderungen kaum genüge.

Denn obwohl lediglich die Berufungsbegründungsschrift nicht unterzeichnet bei Gericht eingereicht worden ist, versicherte die Büroangestellte eidesstattlich, dass sie die Berufungsschrift vom 26.11.2003 nach Korrektur postfertig gemacht habe, ohne nochmals zu prüfen, ob auch die Unterschriften angebracht sind, und dass der Prozessbevollmächtigte des Klägers zu diesem Zeitpunkt keinerlei Kenntnis von der fehlenden Unterzeichnung dieser Schriftsätze gehabt habe. Dies betreffe auch die Berufungsbegründung vom 15.12.2002 (richtig: 2003).

Auf Hinweis des Vorsitzenden des Berufungsgerichts, dass es nicht um die Berufungsschrift vom 26.11.2003, sondern um die Berufungsbegründungsschrift vom 15.12.2003 gehe, erklärte der Prozessbevollmächtigte, bislang sei nicht klar gewesen, welche Unterschriften auf welchen Schriftstücken fehlten. Nunmehr bezögen sich seine Ausführungen zur Wiedereinsetzung in den vorigen Stand auf die Berufungsbegründung. Bei dieser Sachlage bedurfte es weiterer richterlicher Hinweise nicht.

(...)

## Versicherungsschutz

- Trennungsprinzip, Haftpflichtversicherung
  - Bindungswirkung des Haftpflichturteils
  - Voraussetzungsidentität
- (BGH, Urt. v. 18.2.2004 - IV ZR 126/02)

### Leitsatz:

Feststellungen im vorangegangenen Haftpflichtprozess zwischen dem Geschädigten und dem Versicherungsnehmer oder dem Versicherten haben im nachfolgenden Deckungsprozess zwischen dem Versicherungsnehmer und dem Haftpflichtversicherer nur insoweit Bindungswirkung, als Voraussetzungsidentität vorliegt.

### Aus den Gründen:

(...)

1. Der Senat folgt der Ansicht des Berufungsgerichts, dass Feststellungen im vorangegangenen Haftpflichtprozess zwischen dem Geschädigten und dem Versicherungsnehmer (oder dem Versicherten) im nachfolgenden Deckungsprozess zwischen dem Versicherungsnehmer und dem Versicherer **Bindungswirkung nur bei Voraussetzungsidentität** entfalten.

Nach dem in der Haftpflichtversicherung geltenden **Trennungsprinzip** ist grundsätzlich im Haftpflichtprozess zu entscheiden, ob und in welcher Höhe der Versicherungsnehmer dem Dritten gegenüber haftet (BGH, Urt. v. 20.6.2001 - IV ZR 101/00, VersR 2001, 1103 unter II. 2. a) m.w.N.). Notwendige Ergänzung des Trennungsprinzips ist die **Bindungswirkung des rechtskräftigen Haftpflichturteils** für den nach-

folgenden Deckungsrechtsstreit. Damit wird verhindert, dass die im Haftpflichtprozess getroffene Entscheidung und die zugrunde liegenden Feststellungen im Deckungsprozess erneut überprüft werden können (BGH, a.a.O., unter II. 2. b) m.w.N.).

Die Bindungswirkung geht aber nicht weiter, als sie danach geboten ist (BGH, Urt. v. 12.2.1969 – IV ZR 539/68, VersR 1969, 413 unter III. b)). **Geboten ist die Bindungswirkung nur insoweit, als eine für die Entscheidung im Deckungsprozess maßgebliche Frage sich auch im Haftpflichtprozess nach dem vom Haftpflichtgericht gewählten rechtlichen Begründungsansatz bei objektiv zutreffender rechtlicher Würdigung als entscheidungserheblich erweist**, also Voraussetzungsidentität vorliegt. Nur dann ist es gerechtfertigt anzunehmen, eine Feststellung sei Grundlage für die Entscheidung im Haftpflichtprozess.

Die Begrenzung der Bindungswirkung auf Fälle der Voraussetzungsidentität ist insbesondere deshalb geboten, **weil der Versicherungsnehmer und der Versicherer keinen Einfluss darauf haben, dass der Haftpflichtrichter „überschießende“, nicht entscheidungserhebliche Feststellungen trifft oder nicht entscheidungserhebliche Rechtsausführungen macht** (vgl. zur fehlenden Interventionswirkung nach § 68 ZPO bei so genannten überschießenden Feststellungen BGH, Beschl. v. 27.11.2003 – V ZB 43/03, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt).

Allein gegen solche „überschießenden“ **Begründungsinhalte** könnten sie sich auch **nicht mit einem Rechtsmittel wehren**, weil ein Rechtsmittel, mit dem bei gleichem Ergebnis nur eine andere Entscheidungsbegründung erstrebt wird, mangels Beschwerde unzulässig ist (vgl. BGH, Urt. v. 2.3.1994 – XII ZR 207/92, NJW 1994, 2697 unter 2. a) aa)).

Der Senat hat zwar bisher nicht ausgesprochen, Bindungswirkung bestehe nur bei Voraussetzungsidentität. Das lässt sich aber, wie das Berufungsgericht richtig gesehen hat, dem Senatsurteil vom 30.9.1992 entnehmen (BGHZ 119, 276, 279 f). Dort hat der Senat Bindungswirkung des Haftpflichturteils angenommen, weil die Feststellung fehlenden Vorsatzes maßgeblich sei sowohl für die Haftungsfrage, nämlich die Höhe des Schmerzensgeldes, als auch insbesondere für den Deckungsausschluss gemäß § 4 II 1 AHB, für den vorsätzliches Handeln Voraussetzung sei.

Weiter hat der Senat ausgeführt, dass von der dortigen Beklagten herangezogene Urteile in diesem Zusammenhang keine Bedeutung hätten, weil sie sich nicht mit Fällen der Voraussetzungsidentität befassen.

2. Ob die Annahme des Berufungsgerichts rechtlich haltbar ist, das Landgericht habe **mit der Feststellung grob fahrlässig herbeigeführter vollständiger Zerstörung der Scheune zugleich Vorsatz ausgeschlossen**, kann dahinstehen. Eine solche Feststellung wäre für den Deckungsprozess nicht bindend, weil es an der erforderlichen Voraussetzungsidentität fehlen würde. Das gilt selbst dann, wenn das Landgericht die Verurteilung auf den Tatbestand der Verletzung des Eigentums an dem Scheunengebäude gestützt und insoweit grobe Fahrlässigkeit angenommen hat.

**Ob der Stiefsohn des Klägers das Eigentum an der Scheune nur grob fahrlässig und nicht vorsätzlich beschädigt hat, ist von diesem rechtlichen Ansatz her für die Entscheidung bei objektiv zutreffender Würdigung ohne jede Bedeutung, weil einfache Fahrlässigkeit genügt.** Ausführungen zu einem höheren Verschuldensgrad sind „überschießende“, nicht entscheidungserhebliche Feststellungen, die für den Deckungsprozess nicht bindend sind.

Es kann deshalb offen bleiben, ob es dem Berufungsgericht, wie die Revision meint, verwehrt gewesen ist, vom rechtlichen Ansatz her auf die vorsätzliche Verletzung des Eigentums am Heu und bezüglich des Schadens am Gebäude nur noch objektiv auf den adäquaten Kausalzusammenhang abzustellen.

3. Soweit der Kläger Deckungsschutz auch **für Schadenersatzansprüche begehrt, die nicht Gegenstand eines Haftpflichturteils sind** (u.a. Schäden am Gebäudeinhalt), hat das Berufungsgericht mit Recht angenommen, dass eine Bindungswirkung nicht in Betracht kommen kann. Dagegen wendet sich die Revision auch nicht.

#### Weiterführende Hinweise:

Zur Bindungswirkung des Haftpflichturteils im Bereich der Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung: BGH, Urt. v. 19.3.2003, GI 2003, 161; OLG Köln, Urt. v. 14.5.2002, GI 2002, 193; OLG Düsseldorf, Urt. v. 30.1.2001, GI 2002, 229; OLG Nürnberg, Urt. v. 8.12.1994, GI 1995, 150

## Steuerberatervertrag

- Kontierer mit Steuerberaterleistungen
- Nichtigkeit des Vertrages  
(OLG Düsseldorf, Urt. v. 20.4.2004 - 23 U 124/03)

### Leitsätze:

1. Ein Vertrag mit einem Kontierer (§ 6 Nr. 4 StBerG), der neben der Buchführung auf darüber hinausgehende Hilfeleistung in Steuer-sachen gemäß § 5 StBerG gerichtet ist, ist im Ganzen auch insoweit nach § 134 BGB nichtig, als er dem Kontierer erlaubte Buchführungstätigkeiten umfasst. Das gilt auch dann, wenn der Kontierer die seine Befugnisse überschreitenden Arbeiten durch einen steuerlichen Berater als Erfüllungsgehilfen ausführen lässt.

2. Der Mandant, der einen Kontierer umfassend mit der Steuerberatung beauftragt, hat keine Ansprüche aus einem Verschulden bei Vertragsabschluss oder aus § 823 Abs. 2 BGB, wenn ihm die fehlende Qualifikation des Beraters als Steuerberater genau bekannt ist, weil der Berater hierauf hingewiesen hat.

### Aus den Gründen:

#### A.

Der Kläger macht gegen den Beklagten Schadenersatzansprüche wegen fehlerhafter Steuerberatung einschließlich unzureichender Buchführung geltend. Der Beklagte ist nicht Steuerberater, sondern Kontierer i.S.d. § 6 Nr. 4 StBerG. (...)

Das Landgericht hat die Klage mit der Begründung abgewiesen, der Beklagte hafte für eine fehlerhafte Steuerberatung deshalb nicht, weil zwischen den Parteien ein Steuerberatervertrag nicht zustande gekommen sei. Vielmehr habe nur ein Vertrag über Buchhaltungsarbeiten bestanden. Die Steuerberatung sei durch den Steuerberater X. erfolgt, der Beklagte sei hinsichtlich einzelner steuerberatender Tätigkeiten als der Erfüllungsgehilfe des Steuerberaters anzusehen. Zu einer Verletzung von Buchführungspflichten durch den Beklagten habe der Kläger nicht hinreichend konkret vorgetragen.

Hiergegen richtet sich die Berufung des Klägers, mit der er unter Wiederholung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vortrags seine Schadenersatzansprüche weiter verfolgt.

Zur Begründung behauptet der Kläger, der Beklagte habe die gesamte Beratung in steuerlichen Angelegenheiten allein und selbstständig vorgenommen. Der Beklagte sei auch nicht als Gehilfe des Steuerberaters X. aufgetreten, Letzterer habe sich vielmehr niemals um das Mandat gekümmert und ihn – den Kläger – auch nicht beraten. Der Kläger behauptet weiter, den Steuerberater X. noch nicht einmal gekannt zu haben. Er meint weiter, auch bei einer Unwirksamkeit des Vertragsverhältnisses zum Beklagten seien jedenfalls Ansprüche aus § 823 Abs. 2 BGB oder culpa in contrahendo gegeben.

(Anträge ...)

Der Beklagte behauptet, nicht steuerberatend für den Kläger tätig geworden zu sein. Vielmehr habe zwischen den Parteien nur ein Vertrag über Buchführungsarbeiten bestanden; insoweit habe er keine schadenursächliche Pflichtverletzung begangen.

B. (...)

I.

Die Klage ist nicht schlüssig.

1. Der Kläger hat nach seinem eigenen Vortrag keinen Schadenersatzanspruch gegen den Beklagten aus positiver Vertragsverletzung. Die hierfür erforderliche Verletzung vertraglicher Pflichten liegt deshalb nicht vor, **weil ein wirksames vertragliches Schuldverhältnis zwischen den Parteien nicht besteht**. Nach dem Vortrag des Klägers war Inhalt seines Vertrages mit dem Beklagten nämlich eine Hilfeleistung in Steuer-sachen. Ein derartiger Vertrag ist aber nichtig gemäß § 134 BGB.

Der Beklagte erbrachte nämlich – den klägerischen Vortrag als richtig unterstellt – **unbefugte Hilfeleistungen in Steuersachen (§ 5 StBerG)**, weil er nicht zu dem hierzu befugten Personenkreis gemäß §§ 3, 4 StBerG zählt. **Der Verstoß gegen das Verbot der unbefugten Hilfeleistung in Steuersachen (§ 5 StBerG) macht den Vertrag gemäß § 134 BGB nichtig** (Senat, Urt. v. 19.10.2001 - 23 U 29/01, veröffentlicht in GI 2002, 31 = OLGR 2002, 210 m.w.N.). Das gilt auch dann, wenn die zur Hilfeleistung in Steuersachen nicht befugte Person die Arbeiten durch einen steuerlichen Berater als Erfüllungsgehilfen ausführen lässt (BGH, NJW 1996, 1954). Soweit der Kläger deshalb einzelne Erklärungen, Jahres-

abschlüsse o.Ä. von dem Steuerberater X. unterschreiben ließ, ändert dies an der Nichtigkeit des Vertrages nichts.

**Der Vertrag lässt sich auch nicht** in einen auf Erstellung der Buchführung gerichteten wirk-samen und einen im Übrigen unwirksamen Teil **aufspalten**. Er ist vielmehr im Ganzen unwirk-sam, obwohl er mit den Buchführungsarbeiten auch erlaubte Tätigkeiten umfasst haben mag (vgl. zur Gesamtnichtigkeit auch bezogen auf erlaubte Teiltätigkeiten BGH, NJW 2000, 69 m.w.N. zur un-erlaubten Rechtsberatung durch einen Steuerberater).

Die Pflichtverletzungen, die der Kläger dem Beklagten in steuerberatender Hinsicht vor-wirft, sollen im Übrigen im Wesentlichen nicht in der Verletzung von Pflichten bei Einzelauf-trägen, sondern darin bestehen, dass der Beklag-te Buchungsvorgänge nicht zum Anlass für eine korrekte steuerliche Beratung nahm. Beispiel-haft sei verwiesen auf die **angeblich unzutref-fende Erfassung von Incentive-Erlösen**, die Behandlung der **Ansparabschreibung** oder die **Beratung zu Spekulationsgewinnen**. Auch das zeigt, dass eine **Trennung zwischen einzelnen Vertragsteilen nicht möglich ist, Buchfüh-rungs- und Steuerberatungstätigkeit vielmehr untrennbar miteinander verbunden sind**.

2. Auch eine Vertragshaftung des Beklagten wegen einer im Übrigen wirksamen Vertrags-beziehung, etwa einer – **außerhalb des unwirk-samen Vertrages – langjährigen Vertragsbezie-hung** (vgl. BGH, NJW 2000, 69), scheidet aus. Es geht hier – anders als in dem Fall des BGH – **nicht um einen Einzelauftrag** vor dem Hinter-grund langjähriger erlaubter Beratung. Viel-mehr ist die gesamte Vertragsbeziehung selbst auf unbefugte Hilfeleistung in Steuersachen gerichtet. Es verbleibt auch außerhalb der Er-wägungen zu 1. kein wirksamer „Rest“, der Vertragspflichten mit Auswirkungen auch auf den unwirksamen Teil begründen könnte.

3. Auch ein Anspruch aus **culpa in contrahendo** mit der Begründung, der Beklagte sei aufgrund des vorvertraglichen Vertrauensverhältnisses verpflichtet gewesen, auf seine fehlende Quali-fikation als Steuerberater hinzuweisen, besteht nicht. Dem Kläger war nämlich genau **bekannt, dass der Beklagte kein Steuerberater ist** und damit nicht über die Qualifikation verfügt, die ein Vertrauen in eine ordnungsgemäße Steuer-beratung begründen könnte. Gleichwohl beauf-tragte der Kläger nach seinem eigenen Vortrag den Beklagten mit der Beratung in steuerlichen

Angelegenheiten. Der Kläger hat in der münd-lichen Verhandlung erster Instanz nämlich geschildert, dass der Beklagte ihm gegenüber „immer wieder“ betont habe, dass er kurz vor der Steuerberaterprüfung stehe, gewisse Tätig-keiten nicht eigenverantwortlich durchführen dürfe und der „Obhut“ eines Steuerberaters bedürfe. Der Beklagte hätte damit seinen Pflich-ten aus einem vorvertraglichen Vertrauens-verhältnis – wenn man ein solches für denkbar halten wollte – genügt.

4. Es besteht auch kein Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB. Allerdings ist **§ 5 StBerG, der ein Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB darstellt** (OLG Koblenz, NJW 1991, 430), **verletzt**. Der Kläger ist aber **nicht in den Schutzbereich der Norm einbezogen**. Er wusste nämlich – wie bereits anhand seiner Äußerungen in der mündlichen Verhandlung erster Instanz ausgeführt – von der fehlenden Qualifikation des Beklagten.

Zweck der § 823 Abs. 2 BGB, § 5 StBerG ist nicht, einen Mandanten zu schützen, der bewusst eine steuerliche Beratung in die Hände eines hierzu nicht befugten Beraters legt. Der Mandant geht damit bewusst das Risiko ein, das sich aus der fehlenden Qualifikation des Beraters ergibt. In derartigen Fällen kann der Auftraggeber nicht so gestellt werden, als habe er auf eine fehler-freie Beratung vertrauen dürfen. **Derjenige, der bewusst einen nicht zur steuerlichen Beratung Befugten gleichwohl mit einer Beratung be-auftragt, kann nicht mit Erfolg verlangen, so gestellt zu werden, als wenn die Beratung ein-wandfrei erfolgt wäre**.

Das gilt für sämtliche Schäden, also auch inso-weit, als sie mit einer an sich erlaubten Buch-führungstätigkeit zusammenhängen mögen. Erlaubte und unerlaubte Teile des Vertrages sind – wie ausgeführt – nicht voneinander zu trennen.

## II.

Mangels Schlüssigkeit der Klage kommt es auf die Erheblichkeit des Vorbringens des Beklagten nicht an. Dahinstehen kann deshalb, ob die Auffassung des Landgerichts zum Inhalt des Vertrages zwischen den Parteien zutrifft. Auch eine Beweisaufnahme zu dieser zwischen den Parteien streitigen Frage erübrigt sich. Nur am Rande sei daher erwähnt, dass nach dem der-zeitigen Sach- und Streitstand nicht viel für die Annahme des Landgerichts spricht, der Vertrag zwischen den Parteien sei ausschließlich auf

eine (erlaubte) **Buchführungstätigkeit**, der Vertrag zwischen dem Kläger und dem Steuerberater X. dagegen auf die Erbringung der **Steuerberaterleistungen** gerichtet gewesen.

Der Kläger hatte (nahezu) ausschließlich mit dem Beklagten zu tun. Dieser entfaltete sämtliche Tätigkeiten. Der Steuerberater X. gab offenbar **nur die Unterschriften unter Erklärungen** ab, die Dritten, **insbesondere dem Finanzamt gegenüber, vorzunehmen waren**. **Teilweise „lieh“ der Steuerberater auch nur seinen Namen aus und der Beklagte unterschrieb „i.A.“**, obwohl keine Sozietät zwischen dem Beklagten und dem Steuerberater bestand, beide noch nicht einmal unter derselben Adresse ein Büro unterhielten.

Außerdem ist auch völlig unklar, wie der Vertrag mit dem Steuerberater zustande gekommen sein soll. Der Beklagte folgert dies aus der Unterzeichnung der Vollmacht, die aber vom 10.2.1998 stammt, während Gegenstand der Klage eine Tätigkeit des Beklagten auch in den vorangegangenen Jahren (seit 1995) ist. Für den vorangegangenen Zeitraum soll nach dem neueren Vortrag des Beklagten der Steuerberater R. beauftragt gewesen sein, ohne dass erkennbar wäre, wie die Vertragsbeziehung zwischen diesem und dem Kläger begründet worden sein sollte.

Die Unterzeichnung der Vollmacht für Herrn X. sagt im Übrigen allein noch nichts darüber aus, wie das Innenverhältnis ausgestaltet ist. Wenn der Beklagte erklärte, für bestimmte Handlungen des Beistands eines Steuerberaters zu bedürfen, so kommt vor diesem Hintergrund noch nicht ohne weiteres mit der Vollmachtsunterzeichnung ein Steuerberatungsvertrag zwischen dem Mandanten und dem bevollmächtigten Steuerberater zustande, wenn der beauftragte Beklagte die Beratung selbst übernimmt.

Vor diesem Hintergrund besteht, ohne dass dies abschließend entschieden werden müsste, eher der Eindruck, dass der Beklagte umfassend mit Buchführung und weiterer steuerlicher Beratung beauftragt war und sich für einzelne Tätigkeiten des Steuerberaters X. als Erfüllungsgehilfe bediente, nicht umgekehrt.

### III.

Der Kläger hat auch dann keinen Anspruch schlüssig dargelegt, wenn man der unter I. dargestellten Ansicht nicht folgt und entweder – mit dem Landgericht – einen ausschließlich

auf erlaubte Buchführungstätigkeiten gerichteten Vertrag annimmt oder die Erwägungen zum Schutzzweck im Rahmen des § 823 Abs. 2 BGB auf den gegen das StBerG verstoßenden Teil des Vertrages beschränkt. Der Kläger hätte dann dem Grunde nach einen Schadenersatzanspruch wegen der fehlerhaften Buchführungstätigkeit des Beklagten, soweit sie dem Beklagten erlaubt war, aus § 823 Abs. 2 BGB; im Übrigen verbliebe es bei einer Verneinung des Schadenersatzanspruchs.

Der Senat hat dies, wie sich aus dem Hinweis vom 20.1.2004 ergibt, erwogen, um zu vermeiden, dass der Beklagte auch von der Haftung für Fehler frei ist, die ihm bei seiner an sich erlaubten und sorgfältig auszuführenden Buchführung unterlaufen sein sollten. Immerhin hat der Beklagte selbst einen Fehler eingeräumt. Das betrifft eine fehlerhaft verbuchte Gewinnerhöhung um 2.865 DM. Weitere Einzelheiten hierzu können offen bleiben, weil der Kläger auch dann die Voraussetzungen eines Anspruchs bzw. einen ersatzfähigen Schaden auch auf den Hinweis des Senats vom 20.1.2004 hin nicht dargelegt hat.

Zu den einzelnen Schadenpositionen gilt das Folgende:

#### 1. Verteidigerkosten (232 EUR)

Diese Position betrifft die unterbliebene Versteuerung von „Incentive-Reisen“, was Anlass für die Einleitung eines steuerstrafrechtlichen Ermittlungsverfahrens gewesen sein soll, wofür Verteidigerkosten anfielen. Insoweit besteht kein Anspruch des Klägers wegen einer fehlerhaften Buchführung, **weil der Beklagte nur das verbuchen kann, was ihm als zu verbuchen mitgeteilt wird**. Die steuerliche Beratung, dass diese Reisen zu versteuern sind, schuldete der Beklagte als Buchhalter nicht bzw. unterfällt dem unwirksamen Teil des Vertrages, dessentwegen der Kläger Schadenersatzansprüche aus den unter I. ausgeführten Gründen nicht geltend machen kann.

#### 2. Nachversteuerung der Reisen für 1995 und 1996 (1.410,51 EUR)

Auch insoweit besteht kein Schadenersatzanspruch des Klägers, und zwar bereits mangels Pflichtverletzung. Der Kläger wirft dem Beklagten vor, wegen der Buchführungsmängel eine Ausdehnung des Zeitraums der Betriebsprüfung auf die Jahre 1995 und 1996 und damit die Nach-

versteuerung der Reisen auch für diese Jahre verursacht zu haben. **Die tatsächlich geschuldeten Steuern stellen indes keinen Schaden dar.** Der Kläger verlangt vom Beklagten im Ergebnis, dass er die Buchführung in den Jahren 1995 und 1996 „unordentlich“ (mit steuerlichen Vorteilen für den Kläger wegen der Nichtangabe der Reisen) und in den Jahren danach „ordentlich“ (um keinen Verdacht bei dem Finanzamt wegen der Vorjahre zu erregen) hätte durchführen sollen. Ein derartiges Verhalten schuldet der Beklagte nicht.

### 3. Spekulationsgewinn (12.027,13 EUR)

Insoweit besteht kein Schadenersatzanspruch, weil es sich um eine **steuerberatende Tätigkeit** handelt, derentwegen der Kläger Schadenersatzansprüche aus den unter I. ausgeführten Gründen nicht geltend machen kann.

### 4. Einarbeitungskosten für neuen Steuerberater (2.400 EUR)

Der Kläger kann von dem Beklagten auch nicht die Einarbeitungskosten für einen neuen Steuerberater verlangen, weil der Beklagte den Vertrag während der laufenden Prüfung kündigte. Die Voraussetzungen des § 627 Abs. 2 Satz 2 BGB liegen schon deshalb nicht vor, weil die (erlaubte) Tätigkeit des Beklagten als Buchhalter nichts mit der Vertretung des Klägers durch einen Steuerberater bei der Betriebsprüfung zu tun hat. Auch war es dem Kläger, wie der tatsächliche Ablauf gezeigt hat, sehr wohl möglich, die Dienste eines Steuerberaters in Anspruch zu nehmen.

Dass der Kläger Nachteile daraus erlitten hat, dass der Steuerberater sich nicht ausreichend einarbeiten konnte, behauptet er selbst nicht. Außerdem ist nicht ersichtlich, inwieweit besondere „Einarbeitungskosten“ allein durch die Kündigung „zur Unzeit“ entstanden sein könnten. **Jeder neu beauftragte Berater muss sich zunächst „einarbeiten“**, ohne dass erkennbar ist, inwieweit er die dabei entstehenden Kosten gesondert abrechnen kann. Die Abrechnung des neuen Steuerberaters, die der Kläger zur Schadendarlegung vorgelegt hat, bezieht sich demgemäß auch allgemein auf die Teilnahme des Beraters an der Prüfung.

### 5. Verspätungszuschläge (1.958,61 EUR)

Insoweit hat der Kläger keinen Schadenersatzanspruch, weil dies die verspätete Abgabe von

Erklärungen gegenüber dem Finanzamt, also eine dem Beklagten nicht erlaubte Tätigkeit, betrifft.

### 6. Zinsschaden (9.255,41 EUR)

Dies stellt die einzige Position dar, auf die Fehler bei der erlaubten Buchführungstätigkeit des Beklagten einen Einfluss hätten haben können. Der Kläger macht insoweit geltend, wegen der nicht ordnungsgemäßen Buchführung des Beklagten habe er bestimmte Steuern erst als Ergebnis der Betriebsprüfung nachzahlen müssen, was zu Zinsforderungen der Finanzverwaltung geführt habe, die bei von vornherein richtiger Buchführung und demgemäß früherer Steuerzahlung nicht entstanden wären. Das erscheint grundsätzlich denkbar.

Der Kläger hat einen ersatzfähigen Schaden insoweit aber trotz des Hinweises des Senats vom 20.1.2004 deshalb nicht schlüssig dargelegt, **weil nicht erkennbar ist, welcher Teil der Nachzahlungszinsen auf Fehlern der erlaubten Buchführungstätigkeit und welcher Teil Folge einer fehlerhaften steuerlichen Beratung ist.** Der Kläger macht bislang sämtliche Nachzahlungszinsen geltend, die in den verschiedenen Gewerbe- und Einkommensteuerbescheiden festgesetzt wurden. Die nachträglichen Festsetzungen beruhen aber – wie bereits dargelegt – zu einem nicht unerheblichen Teil auf Fehlern bei der steuerlichen Beratung, für die der Beklagte nach den Ausführungen unter I. nicht einzustehen hat.

Im Übrigen ist die Ursächlichkeit der Buchungsfehler für die gesamten Nachzahlungszinsen auch deshalb nicht nachzuvollziehen, weil der Kläger außerdem auch den Ersatz von Verspätungszuschlägen geltend macht. Sind aber Erklärungen verspätet abgegeben worden, so hängt die Verzinsung – zumindest zum Teil – auch damit zusammen.

Für die verspätete Abgabe von Erklärungen/Jahresabschlüssen ist aber der Beklagte nicht verantwortlich. Das unterfällt nicht dem von ihm erlaubtermaßen geschuldeten Teil der Beratungstätigkeit. Auch die ergänzenden Zinsberechnungen des Klägers auf den Hinweis des Senats im Schriftsatz vom 30.1.2004 helfen nicht weiter, weil sie nicht von der erforderlichen Differenzierung der Pflichtverletzungen ausgehen.

(...)

## Steuerberater

- Interessenkollision
- Scheidung der Mandanten
- Zusammenveranlagung
- Gewerbebetrieb

(OLG Düsseldorf, Urt. v. 17.2.2004 - 23 U 29/03)

### Leitsätze:

1. Eine Interessenkollision, die dem Steuerberater ein Tätigwerden untersagt, kommt auch bei einem Mandatsverhältnis mit Eheleuten in Betracht, wenn er nach Trennung/Scheidung das Mandat nur eines Ehegatten behält und aus dem früheren Mandatsverhältnis mit dem anderen Ehegatten widerstreitende Interessen zu berücksichtigen sind.

2. Ehegatten sind nach Trennung und Scheidung verpflichtet, an der früher vereinbarten gemeinsamen Veranlagung zur Einkommensteuer festzuhalten, wenn die gemeinsame Veranlagung Teil ihrer gesellschaftsrechtlichen Vereinbarungen im Rahmen einer Ehegatteninnengesellschaft war (BGH, NJW 2003, 2982).

### Aus den Gründen:

#### A.

Die Klägerin nimmt den beklagten Steuerberater auf Schadenersatz in Anspruch, weil dieser sie im Jahr 1999, nachdem sie von ihrem Ehemann geschieden worden war, im Zusammenhang mit Steuernachforderungen für die Jahre 1993 bis 1997 nicht ordnungsgemäß beraten habe.

Die Klägerin ist Inhaberin eines Gewerbebetriebes, dessen Geschäftsführer ihr geschiedener Ehemann bis zum 31.12.1997 war. Die von dem Beklagten beratenen Eheleute wurden antragsgemäß gemeinsam steuerlich veranlagt. Die Steuerbescheide für 1993 bis 1997 wurden im Februar/März 1997 sowie März 1998 unter dem Vorbehalt der Nachprüfung erlassen und ergaben jeweils einen Erstattungsanspruch der Eheleute. Die Erstattungsbeträge wurden einem Konto der Klägerin, die seit April 1997 von ihrem Ehemann getrennt lebte, gutgeschrieben.

Die Ehe der Klägerin wurde am 26.11.1998 geschieden. Zuvor hatten die Eheleute am 30.10.1998 einen Ehevertrag zur Vorbereitung des Scheidungsverfahrens geschlossen, nach dessen § 4 mit Erfüllung der getroffenen Vereinbarungen alle wechselseitigen Verpflichtungen

aus der Zeit der gemeinsamen Ehe, ob bekannt oder unbekannt, abgegolten sein sollten.

Am 19.7.1999 erließ das Finanzamt aufgrund der Nachprüfung geänderte Steuerbescheide, die zuvor berücksichtigte Verluste nach § 15a EStG nicht anerkannten, so dass sich eine Steuernachforderung von 265.272,18 DM ergab. Der Beklagte stellte für die Klägerin am 29.10.1999 einen Antrag auf Aufteilung der Steuerschuld, den das Finanzamt mit Schreiben vom 23.6.2000 als unzulässig zurückwies, weil die Klägerin nach Rücksprache mit dem Beklagten die Nachforderung am 2.11.1999 ausgeglichen hatte. Die Klägerin machte daraufhin vor dem Landgericht M. Erstattungsansprüche gegen ihren geschiedenen Ehemann geltend und schloss mit ihm am 23.5.2001 einen gerichtlichen Vergleich, in dem sich dieser verpflichtete, an sie 45.000 DM zu zahlen. (...)

Das Landgericht W. hat den Beklagten zur unbedingten Zahlung von 486,75 EUR sowie zur Zahlung weiterer 50.653,42 EUR Zug um Zug gegen Abtretung eines Ausgleichsanspruchs an den Beklagten verurteilt und die weiter gehende Forderung abgewiesen.

Zur Begründung hat es ausgeführt: Der Beklagte hätte für das Jahr 1996 zur getrennten Veranlagung raten müssen, weil dies für beide Ehegatten günstiger gewesen wäre. Für die übrigen Veranlagungsjahre seit 1993 habe er nachträglich auf die Möglichkeit einer getrennten Veranlagung nach Einlegung des Einspruchs gegen die neuen Steuerbescheide hingegen nicht hinweisen dürfen, da er dann einseitig zulasten des Ehemannes tätig geworden wäre, den er während des Bestehens der Ehe mit vertreten hatte und der übereinstimmend mit der Klägerin die gemeinsame Veranlagung beantragt hatte.

Der Beklagte habe zu verantworten, dass der Aufteilungsantrag zurückgewiesen wurde, da er der Klägerin zur Tilgung der gesamten Steuernachforderung geraten und zudem keinen Einspruch gegen die Zurückweisung des Aufteilungsantrags eingelegt habe. Da die Steuerschuld der Klägerin bei einer Aufteilung nur 135.114,71 DM betragen hätte, sei ihr ein Schaden von 129.069,47 DM entstanden, auf den die von dem geschiedenen Ehemann zwischenzeitlich aufgrund des gerichtlichen Vergleichs gezahlten 30.000 DM anzurechnen seien. Die Klägerin müsse aber ihren Ausgleichsanspruch, der ihr gegenüber ihrem geschiedenen Ehemann zustehe, an den Beklagten abtreten.

Gegen diese Entscheidung haben beide Parteien Berufung eingelegt.

Die Klägerin trägt zur Begründung ihres Rechtsmittels vor: Der Beklagte habe seine Pflichten als Steuerberater schon deshalb verletzt, weil er, obwohl er seit Ostern 1997 von der beabsichtigten Scheidung und von dem im Oktober 1997 geschlossenen Ehevertrag für den Fall der Scheidung gewusst habe, sein Mandat nicht wegen möglicher Interessenkollision niedergelegt habe. Bei Mandatsniederlegung hätte sie einen eigenen Berater beauftragt, der ihr zur getrennten Veranlagung geraten hätte, so dass ihr keine steuerlichen Nachteile entstanden wären.

Das Landgericht habe zutreffend eine Pflichtverletzung darin gesehen, dass der Beklagte ihr nicht geraten habe, den Aufteilungsantrag erfolgreich durchzusetzen. Unrichtig sei allerdings die von der Einzelrichterin angenommene Abtretungsverpflichtung. Es sei zu berücksichtigen, dass der Beklagte ihr zu dem gerichtlichen, mit einem Vergleich beendeten Vorgehen gegen ihren geschiedenen Ehemann geraten habe, statt einen Einspruch gegen die Entscheidung des Finanzamts zu empfehlen.

Wegen der noch nicht abgeschlossenen Veranlagung für 1997 sei auch der Feststellungsantrag begründet. Die Erstattungsbeiträge seien beiden Eheleuten hälftig zugeflossen, zudem sei das Vermögen der Ehegatten im Rahmen der Scheidungsauseinandersetzung hälftig geteilt worden. Bei korrekter Vorgehensweise hätte sie die gesamten Steuernachforderungen auf ihren Ehemann abwälzen können, dem wegen des Ehevertrages dann keine Ausgleichsansprüche zugestanden hätten.

(Anträge ...)

Der Beklagte führt zur Begründung seiner Berufung aus: Er sei grundsätzlich nicht verpflichtet gewesen, eine getrennte Veranlagung anzuraten, so dass auch der vom Landgericht zuerkannte Schadenersatzanspruch von 952 DM für 1996 nicht gerechtfertigt sei.

Wegen der vom Landgericht angenommenen Pflichtverletzung bezüglich des Aufteilungsantrags sei die Schadenberechnung fehlerhaft. Denn es könne nicht allein die steuerliche Aufteilung berücksichtigt werden, sondern es müsse in die Berechnung einfließen, dass die Klägerin die rückzuzahlenden Steuererstattungen der Vorjahre eingenommen habe und daher

insoweit allein sie und nicht ihr geschiedener Ehemann im Innenverhältnis zu belasten sei. Bei Verrechnung dieser Zahlungen sei der Klägerin kein Schaden entstanden. Die Klägerin habe ihren internen Ausgleichsanspruch gegen ihren geschiedenen Ehemann in voller Höhe durchsetzen können, der Vergleichsbetrag sei das Ergebnis der Verrechnung anderweitiger Ansprüche des Ehemannes. (...)

B.

Beide Berufungen sind zulässig. Die Berufung des Beklagten hat Erfolg und führt zur Abweisung der Klage. Das Rechtsmittel der Klägerin ist hingegen unbegründet.

Auf das Schuldverhältnis der Parteien sind die bis zum 31.12.2001 geltenden Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches anzuwenden (Art. 229 § 5 EGBGB).

I.

Der Klägerin steht ein Schadenersatzanspruch gegen den Beklagten wegen fehlerhafter steuerlicher Beratung (positive Vertragsverletzung) nicht zu.

Es kann dahinstehen, ob der Beklagte seine vertraglichen Pflichten dadurch verletzt hat, dass er die Klägerin und ihren Ehemann nicht darauf hingewiesen hat, er könne sie hinsichtlich der Steuerfestsetzungen für die Jahre 1993 bis 1997 wegen Interessenkollision nicht beraten und müsse sein Mandat insoweit niederlegen.

Hierfür spricht allerdings, dass eine Interessenkollision, die dem Steuerberater ein Tätigwerden untersagt (§ 6 Abs. 1 Berufsordnung der Steuerberaterkammer) nicht nur dann vorliegt, wenn aufgrund von mehreren gleichzeitig bestehenden Mandatsverhältnissen widerstrebende Interessen zu berücksichtigen sind, sondern auch, wenn sich der Interessenwiderstreit aufgrund einer früheren Mandatierung – der Beklagte war seit 1998 nicht mehr Berater des geschiedenen Ehemannes – ergibt.

Letztlich bedarf diese Frage ebenso wenig einer Entscheidung wie die Frage, ob der Beklagte eine weitere Pflichtverletzung dadurch begangen hat, dass er die Klägerin im Zusammenhang mit dem Antrag auf Aufteilung der **Steuerschuld** falsch beraten hat. Denn auch wenn man die Pflichtverletzungen unterstellt, schuldet der Beklagte keinen Schadenersatz.



Eine getrennte Veranlagung der geschiedenen Ehegatten hätte die Klägerin nicht mit Erfolg durchsetzen können; insoweit fehlt es an der haftungsausfüllenden Kausalität einer unterstellten Pflichtverletzung des Beklagten (dazu unter 1.).

Im Falle der Aufteilung der Steuerschuld durch das Finanzamt hätte sich die Vermögenssituation der Klägerin letztlich nicht verbessert, weil sie mit überwiegender Wahrscheinlichkeit von ihrem geschiedenen Ehemann auf Ausgleich in Anspruch genommen worden wäre; insoweit fehlt es am Schaden (dazu unter 2.).

### 1. Antrag auf rückwirkend getrennte Veranlagung für die Steuerjahre 1993 bis 1997

Die Klägerin hätte eine getrennte Veranlagung nicht durchsetzen können.

a) Es ist allerdings davon auszugehen, dass das Finanzamt einem entsprechenden Antrag der Klägerin zunächst nachgekommen wäre. **Ehegatten werden getrennt veranlagt, wenn einer der Ehegatten diese Veranlagung wählt (§ 26 Abs. 2 EStG).** Dieses Wahlrecht bestand für die Klägerin noch im Jahr 1999, sofern sie zugleich gegen die auf gemeinsamer Veranlagung beruhenden Steuerbescheide Einspruch einlegte. Ehegatten können ihr Wahlrecht bis zur Unanfechtbarkeit des Steuerbescheides – auch eines Berichtigungs- oder Änderungsbescheides – frei widerrufen (BFHE 171, 407; BFHE 189, 63; BFH/NV 1999, 160, 161; BFH/NV 1999, 1333-1335).

Die Änderungsbescheide beruhen hier auf einer Nachprüfung nach § 164 AO. Damit stand noch 1999 die Steuerfestsetzung insgesamt zur Disposition und die Ausübung des Wahlrechts hätte dann zur Folge gehabt, dass die gesamte nicht rechtskräftige Steuerfestsetzung nach Maßgabe der getrennten Veranlagung neu durchgeführt worden wäre. **Ausgeschlossen ist die geänderte Ausübung des Wahlrechts nur, wenn dies rechtsmissbräuchlich oder willkürlich ist** (BFHE 171, 407; BFH/NV 1999, 1333 ff), was hier nicht der Fall gewesen wäre. Das Finanzamt hat dementsprechend für 1997 auf Antrag der Klägerin die getrennte Veranlagung durchgeführt.

b) Der geschiedene Ehemann hätte aber die Klägerin – so wie für 1997 auch geschehen – auf Widerruf des Antrags auf getrennte Veranlagung und Zustimmung zur gemeinsamen Veranlagung gerichtlich in Anspruch nehmen können. Er hätte damit Erfolg gehabt, da die

Klägerin aufgrund der Absprachen aus einer während der Ehe bestehenden Ehegatteninnengesellschaft verpflichtet war und ist, an der gemeinsamen Veranlagung festzuhalten. Es bedarf hier keines Rückgriffs auf die allgemeinen aus dem Wesen der Ehe folgenden Rechtspflichten, weil die Klägerin und ihr geschiedener Ehemann **eine Vereinbarung getroffen hatten, aus der sich eine Regelung für die Nutzung steuerlicher Vorteile im Wege der gemeinsamen Veranlagung herleiten lässt.**

Die Klägerin und ihr Ehemann hatten eine stillschweigende Abrede über ihre vermögensrechtlichen Beziehungen und über ihre Mitarbeit zur Bildung des Vermögens durch den Gewerbebetrieb getroffen, die sich nach den Regeln des Gesellschaftsrechts bestimmt. Eine Innengesellschaft der Eheleute ist anzunehmen, wenn die beiderseitigen Leistungen einen über den typischen Rahmen der ehelichen Lebensgemeinschaft hinausgehenden Zweck verfolgen, indem sie durch den Einsatz von Vermögenswerten und Arbeitsleistungen gemeinsam ein Vermögen aufbauen oder berufliche oder gewerbliche Tätigkeiten ausüben (vgl. BGH, NJW 1999, 2962, 2964 m.w.N.).

Maßgeblich ist, ob das gemeinsam geschaffene Vermögen wirtschaftlich betrachtet nicht nur dem formal berechtigten, sondern auch dem anderen Ehegatten zustehen soll. Indizien für eine nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen zu bewertende Zusammenarbeit der Ehegatten können sich aus Planung, Umfang und Dauer der Vermögensbildung sowie aus Absprachen über die Verwendung und Wiederanlage erzielter Erträge ergeben (vgl. BGH, NJW 2003, 2982, 2983). Das Erfordernis der gleichgeordneten Mitarbeit darf hingegen im Hinblick auf die unterschiedlichen Möglichkeiten der Ehegatten nicht überbetont werden, solange nur ein Ehegatte für die Gesellschaft einen nennenswerten und für den erstrebten Erfolg bedeutsamen Beitrag leistet (BGH, NJW 2003, 2982, 2983).

**Demgegenüber spricht die Vereinbarung einer Gütertrennung nicht gegen das Zustandekommen eines Gesellschaftsverhältnisses.** Denn daraus folgt nicht zwingend, dass die Ehegatten eine Teilhabe am gemeinsamen Vermögen von vornherein ablehnen (BGH, NJW 1999, 2962, 2964).

Bei Zugrundelegung dieser Kriterien bestand eine Ehegatteninnengesellschaft zwischen der Klägerin und ihrem Ehemann. Die Klägerin stellte den Gewerbebetrieb als Vermögensgrund-

lage für beide Ehegatten, wobei dieses Vermögen durch die Tätigkeit ihres Ehemannes als Geschäftsführer erhalten und weiterentwickelt werden sollte. **Auf den Gewerbebetrieb entfallende Verluste durch Investitionen sollten durch die gemeinsame Veranlagung der Parteien von den Einkünften des Ehemannes steuermindernd in Abzug gebracht werden.**

Die Klägerin hat im Schriftsatz vom 21.10.2002 darauf verwiesen, dass die zunächst gezahlten Steuererstattungen noch nach der Trennung gemäß einer Absprache mit ihrem Ehemann als Einlage in den Gewerbebetrieb einfließen. Sie und ihr Ehemann haben während des Bestehens ihrer Ehe den Gewerbebetrieb als gemeinsames Vermögen in einer wirtschaftlichen Einheit betrachtet und für dessen Fortbestehen ihre beiderseitigen Leistungen erbracht. Dass der mit der Tätigkeit und der Vermögensbildung erstrebte Zweck wesentlich in der Sicherung des Lebensunterhalts bestand, steht dabei der Annahme einer Gesellschaft nicht entgegen (BGH, NJW-RR 1990, 736).

**Aus der Verpflichtung, an der Erreichung des gemeinsamen Gesellschaftszwecks mitzuwirken (§ 705 BGB), folgt der Anspruch auf gemeinsame Veranlagung der Eheleute, der anders als ein nach § 1353 BGB hergeleitetes Zustimmungsverlangen nicht an die Bereitschaft geknüpft ist, dem anderen Ehegatten eventuelle steuerliche Nachteile zu ersetzen (BGH, NJW 2003, 2982, 2983).**

Für das Veranlagungsjahr 1997 haben das Landgericht W. und das Oberlandesgericht ebenfalls eine Verpflichtung der Klägerin an der gemeinsamen Veranlagung bejaht, wenn auch mit anderer Begründung.

## 2. Antrag auf Aufteilung der Steuernachforderungen gemäß § 268 AO

Mit Hilfe eines neuen Steuerberaters hätte die Klägerin mit überwiegender Wahrscheinlichkeit von vornherein einen Aufteilungsantrag gestellt und erfolgreich durchgesetzt. Dies hätte ihre Vermögenssituation jedoch nicht dauerhaft verbessert. Bei Stattgabe des Aufteilungsantrags wäre sie zwar zunächst nur mit einer Steuernachforderung von 135.114,71 DM belastet worden, wie das Finanzamt nachrichtlich berechnet hat. Sie hat daher zunächst 129.069,47 DM zu viel gezahlt, für die sie gegenüber dem Finanzamt auch nicht gesamtschuldnerisch haftet hätte.

Mit überwiegender Wahrscheinlichkeit (§ 287 ZPO) wäre sie jedoch anschließend von ihrem geschiedenen Ehemann gerichtlich auf Erstattung der bei einer Aufteilung von ihm zu leistenden Steuernachzahlung in Anspruch genommen worden, und zwar mit dem gleichen Erfolg, mit dem sich ihr Ehemann im Rahmen des Vergleichs vor dem Landgericht M. ihr gegenüber durchgesetzt hat. **Die Klägerin war nämlich im Innenverhältnis verpflichtet, die Steuernachforderungen zum überwiegenden Teil allein zu tilgen, weil ihrem Gewerbebetrieb zuvor im Jahr 1997 die Steuererstattungen für die Jahre 1993 bis 1995 und 1997 zugeflossen waren und ihr geschiedener Ehemann daran nicht beteiligt worden war.**

Die Erstattungsbeträge aus den Steuerbescheiden vom 12.2.1997 (für 1995), vom 11.3.1997 (für 1993 und 1994) und vom 8.12.1998 (für 1997) wurden unstreitig auf ein Konto der Klägerin gezahlt und sind nach ihrem eigenen erstinstanzlichen Vortrag im Einvernehmen mit ihrem damals bereits von ihr getrennt lebenden Ehemann ihrem Gewerbebetrieb als Einlage zugeflossen. Soweit die Klägerin in der Berufungsinstanz hiervon abweichend vorträgt, die Erstattungsbeträge seien geteilt worden, ist ihr Vortrag unsubstantiiert, da Einzelheiten der Teilungsvereinbarung nicht mitgeteilt werden, und auch neu und daher mangels Vorliegen eines Zulassungsgrundes gemäß § 531 Abs. 2 ZPO nicht zuzulassen.

Lediglich bezüglich des Erstattungsbetrages für das Jahr 1996 hat die Klägerin mit ihrem Ehemann am 19.11.1997 eine schriftliche Vereinbarung getroffen, wonach von der in Höhe von ca. 38.000 DM erwarteten Erstattung der geschiedene Ehemann 10.000 DM erhalten sollte. Diese Vereinbarung erfasst nicht Steuererstattungen für die Steuerjahre 1993, 1994, 1995 und 1997. Diese Steuererstattungen sind auch nicht Gegenstand des Scheidungsfolgenvertrages vom 30.10.1998. Hiervon geht auch die Klägerin in ihrem Schriftsatz vom 23.1.2004 aus.

Dem Vermögen der Klägerin sind durch die Steuererstattungen zugeflossen:

|          |               |
|----------|---------------|
| für 1993 | 71.531,93 DM  |
| für 1994 | 35.521,16 DM  |
| für 1995 | 87.408,07 DM  |
| für 1997 | 40.110,40 DM  |
| gesamt   | 234.571,56 DM |

In Höhe dieser nicht verteilten Steuererstattungen bestand aufgrund der Ehegatteninnengesellschaft eine Verpflichtung der Klägerin, die nach der Scheidung für die Steuerjahre 1993 bis 1997 festgesetzten Steuernachforderungen allein zu tragen. **Wäre der Ehemann bei einer Steueraufteilung vom Finanzamt in Anspruch genommen worden, hätte er gegenüber der Klägerin aus § 426 BGB einen Ausgleichsanspruch gehabt, den er mit überwiegender Wahrscheinlichkeit jedenfalls in einer Höhe durchgesetzt hätte, dass er – ebenso wie beim Vergleich vor dem Landgericht M. – nur noch mit einem Betrag von 45.000 DM belastet gewesen wäre.**

Die Abschlussklausel in dem Scheidungsfolgenvertrag vom 30.10.1998 hätte die Klägerin dem Ausgleichsanspruch nicht mit Erfolg entgegenhalten können. Diese Regelung bezieht sich nur auf wechselseitige Verpflichtungen aus der Ehezeit. Um eine solche Verpflichtung handelt es sich hier nicht, da die Forderungen des Finanzamts erst nachträglich durch die Steuerfestsetzungen im Jahr 1999 entstanden sind.

II. (...)

## Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter

- Auskunft in Gesellschafterversammlung einer KG
- Schaden, Gesamtvermögensvergleich
- Abfindung von KG-Anteilen
- Kausalität

(OLG Düsseldorf, Urt. v. 18.11.2003 - 23 U 47/03)

### Leitsätze:

1. Beauftragt eine Kommanditgesellschaft einen Steuerberater, an einer Versammlung der Kommanditisten teilzunehmen, um Fragen der Kommanditisten zu den steuerlichen Auswirkungen ihres Verbleibs in der Gesellschaft oder der Aufgabe ihrer Gesellschaftsbeteiligung zu beantworten, kommt ein Schadenersatzanspruch der Kommanditisten gegen den Steuerberater nach Vertragsgrundsätzen in Betracht, wenn eine Auskunft des Steuerberaters in der Versammlung falsch ist. Der Steuerberatervertrag entfaltet nämlich Schutzwirkung zugunsten der Kommanditisten.

2. Bei der Frage, ob einzelne Äußerungen des Steuerberaters eine Pflichtverletzung darstellen, sind auch die Umstände zu berücksichtigen, unter denen sie abgegeben werden, wenn daraus ohne weiteres erkennbar wird, dass eine individuelle, auf die steuerrechtliche Situation im Einzelfall zugeschnittene Beratung nicht erwartet werden kann (hier: Äußerungen allgemeiner Art vor einer Vielzahl von Versammlungsteilnehmern).

3. Der haftpflichtige Berater hat den Mandanten vermögensmäßig lediglich so zu stellen, wie dieser bei pflichtgemäßem Verhalten stünde. 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.

### Aus den Gründen:

A.

Die Klägerin macht gegen die Beklagte aus abgetretenem Recht Ansprüche auf Ersatz des Schadens geltend, der den Gesellschaftern (Kommanditisten) ihrer Rechtsvorgängerin, einer Kommanditgesellschaft, durch eine angeblich fehlerhafte Auskunft der beklagten Steuerberaterin anlässlich einer Gesellschafterversammlung entstanden sein soll. Gegenstand der Klageforderung ist ein behaupteter Steuerschaden in Höhe von 55.982,36 EUR sowie der Ersatz von Kosten in Höhe von 11.252,26 EUR für einen dritten Steuerberater. (...)

Das Landgericht hat die Klage mit der Begründung abgewiesen, vertragliche Beziehungen zwischen den Gesellschaftern und der Beklagten hätten nicht bestanden und auch der Vertrag zwischen der KG und der Beklagten habe keine Schutzwirkung zugunsten der Gesellschafter gehabt. Hiergegen richtet sich die Berufung der Klägerin, mit der sie unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrags ihre Schadenersatzansprüche weiter verfolgt.

Zur Begründung vertritt sie die Ansicht, es liege ein Vertrag mit Schutzwirkung Dritter vor, jedenfalls kämen Ansprüche aus culpa in contrahendo in Betracht. Sie behauptet weiter, die Beklagte habe anlässlich der Gesellschafterversammlung der KG am 25.11.1992 eine in

unzulässiger Weise pauschalierende Auskunft dahin erteilt, dass der Verbleib der Gesellschafter in der KG als Kommanditisten steuerlich vorteilhafter sei als die Aufgabe der Kommanditistenstellung und Begründung eines Angestelltenverhältnisses zu der KG.

(Anträge ...)

Die Beklagte behauptet, eine unzutreffende Pauschalauskunft nicht erteilt zu haben.

B.

Die zulässige Berufung der Klägerin hat in der Sache keinen Erfolg. Das Landgericht hat die Klage im Ergebnis zu Recht abgewiesen. Die Entscheidung des Landgerichts ist zwar rechtsfehlerhaft; die Abweisung der Klage ist aber mit anderer Begründung aufrechtzuerhalten.

Soweit es auf die Anwendung bürgerlichen Rechts ankommt, ist das bis zum 31.12.2001 geltende Recht maßgeblich (Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB).

I.

Der Schadenersatzanspruch der Klägerin aus positiver Verletzung des Steuerberatervertrages kann entgegen der Ansicht des Landgerichts nicht mit der Begründung verneint werden, es bestünden **keine vertraglichen Beziehungen** zwischen den geschädigten früheren Kommanditisten und der Beklagten. Vielmehr ist die Vertragsgrundlage in dem unstreitig zwischen der KG und der Beklagten bestehenden Steuerberatervertrag zu sehen. Die Kommanditisten sind in den Schutzbereich dieses Steuerberatervertrages einbezogen.

Der Bundesgerichtshof hat die **Schutzwirkung eines Vertrages zugunsten Dritter** auch auf die geschuldete **Hauptleistungspflicht** erstreckt, wenn die hauptsächliche Vertragsleistung nach dem Vertragsinhalt **erkennbar zumindest auch dem Interesse des Dritten dienen und diesem deswegen unmittelbar zugute kommen soll**. Dann entspricht es dem Willen der Vertragspartner, dem Dritten selbst Schutz bei Leistungsstörungen zu gewähren (*Zugehör, Handbuch der Anwaltshaftung, Rdnr. 1392 unter Hinweis auf BGH, NJW 1965, 1955 zur Anwaltshaftung*).

So liegt der Fall hier. Die Klägerin stützt die Klage auf eine Pflichtverletzung, nämlich auf eine behauptete, unzutreffend pauschalierende

**Auskunft** der Beklagten bei einer Gesellschafterversammlung am 25./26.11.1992. Dabei ging es um die **steuerlichen Auswirkungen, die durch das Behalten oder die Aufgabe der Kommanditistenstellung, also durch Ablehnung oder Annahme des Barabfindungsangebots, eintreten würden**. Nach dem eigenen Vortrag der Beklagten nahm sie an dieser Versammlung teil, weil sie u.a. die Höhe des Barabfindungsangebots erläutern und „bei Bedarf generelle Ausführungen zu den steuerlichen Auswirkungen der Annahme oder Nichtannahme des Barabfindungsangebots machen“ sollte. Soweit die Beklagte sich vor diesem Hintergrund zu letzterem Punkt äußerte, sind die hiervon betroffenen Kommanditisten in den Schutzbereich des Vertrages einbezogen.

Es war gerade **Zweck einer Teilnahme** der Beklagten an der Versammlung, (u.a.) über die steuerlichen Folgen einer Annahme/Ablehnung des Barabfindungsangebots und der daraus sich ergebenden Folgen für die Kommanditistenstellung zu beraten. **Die Beklagte schuldete die Beratung vertraglich zwar nur der KG**, nur diese hatte einen eigenen Anspruch auf Vornahme der Beratung, da die **Beratung aber unmittelbar den Kommanditisten zugute kommen sollte**, weil es bei der fraglichen Versammlung um die Entscheidung über ihren Verbleib in der KG und die Erteilung der hierfür erforderlichen Informationen ging, waren sie ohne weiteres in den Schutzbereich des Vertrages mit Blick auf die für sie bestimmte Beratung einbezogen.

Soweit das Landgericht eine Einbeziehung der Kommanditisten in den Schutzbereich des Vertrages unter Hinweis auf die Entscheidung des Bundesgerichtshofs in NJW 1996, 2927, die einen ganz anderen Fall betrifft, ablehnt, trifft dies nicht zu. Es ist zwar richtig, dass eine Einbeziehung des Dritten nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs abzulehnen ist, wenn ein Schutzbedürfnis des Dritten nicht besteht. Letzteres kann hier aber nicht mit der Begründung des Landgerichts verneint werden, eine generelle Beratung der Kommanditisten sei gar nicht möglich gewesen.

Ob bestimmte Aussagen der Beklagten inhaltlich als unzutreffend zu werten sind oder ob ein verständiger Zuhörer aus ihnen wegen ihres generalisierenden Charakters keinerlei Folgerungen für die eigene steuerrechtliche Situation entnehmen durfte, ist eine Frage der Pflichtverletzung. Das ändert nichts daran, dass die **Auskünfte der Beklagten** nach dem Inhalt ihres

Vertrages mit der KG **für die Kommanditisten bestimmt** waren. Auch wenn sie allgemein gehalten waren, mussten sie doch richtig sein, auch wenn jedem Teilnehmer der Versammlung bewusst sein musste, dass eine **individuelle Beratung nicht möglich** war. Von Fehlern waren unmittelbar – für die Beklagte erkennbar – in erster Linie die Kommanditisten betroffen. An deren Schutz hatte die damalige KG ein eigenes Interesse, weil es um ihre Gesellschafter und ihr Verbleiben in der Gesellschaft ging.

Auch die große Zahl von Kommanditisten (184), die sich entschieden, in der KG zu verbleiben, spricht entgegen der Auffassung des Landgerichts nicht gegen einen Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte. Für die Beklagte war ohne weiteres erkennbar, dass ihre Auskünfte zu den steuerrechtlichen Folgen eines Verbleibs in der KG die Entscheidung sämtlicher Kommanditisten beeinflussen konnte, mögen auch **184 Gesellschafter davon betroffen** gewesen sein.

## II.

Der geltend gemachte Schadenersatzanspruch der Klägerin besteht aber aus anderen Gründen nicht.

1. Dabei kann die Auskunft der Beklagten in der Versammlung am 25./26.11.1992 mit dem von der Klägerin unter Beweisantritt behaupteten Inhalt als richtig unterstellt werden. Die Klägerin behauptet, die Beklagte habe den versammelten Kommanditisten gegenüber auf Nachfrage erklärt, es gebe „keinen steuerlichen Unterschied zwischen einem Kommanditisten-arbeitnehmer und einem Arbeitnehmer“, es sei nicht mit steuerlichen Nachteilen zu rechnen bzw. – wie zuletzt mit Schriftsatz der Klägerin vom 8.10.2003 vorgetragen – es sei sogar „günstiger“, die Kommanditistenstellung beizubehalten.

In einer derartig pauschalierenden Auskunft könnte eine Pflichtverletzung liegen, weil mit ihr nicht der Hinweis verbunden gewesen wäre, dass die konkreten steuerlichen Auswirkungen nur im jeweiligen Einzelfall eines jeden einzelnen Kommanditisten anhand von dessen individueller steuerlicher Situation festgestellt werden können. Nicht ganz zweifelsfrei ist die Annahme einer Pflichtverletzung freilich deshalb, weil Letzteres angesichts der Umstände der behaupteten Äußerung der Beklagten für die Teilnehmer der Gesellschafterversammlung auch ohne besonderen Hinweis der Beklagten

auf der Hand gelegen haben dürfte. **Eine individuelle Beratung fand – auch für einen steuerrechtlichen Laien erkennbar – nicht statt.**

2. Näheres zur Pflichtverletzung kann indes offen bleiben. **Es fehlt nämlich an der Ursächlichkeit der unterstellten Pflichtverletzung für den geltend gemachten, mit der Beibehaltung der Kommanditistenstellung zusammenhängenden Schaden.** Es besteht keine überwiegende Wahrscheinlichkeit (§ 287 ZPO) dafür, dass die Kommanditisten bei pflichtgemäßem Verhalten der Beklagten auf ihre Kommanditistenanteile verzichtet hätten.

Der Ansicht der Klägerin zu den Pflichten der Beklagten folgend hätte die Beklagte darauf hinweisen müssen, dass sich durch die Beibehaltung der Kommanditistenstellung sowohl Vorteile als auch Nachteile ergeben können. Als Vorteile kommen dabei z.B. der Freibetrag für Einkünfte aus Land- oder Forstwirtschaft und vor allem die Möglichkeit in Betracht, Verluste einkommensmindernd anzurechnen. Hinsichtlich der Nachteile verweist die Klägerin zu Recht etwa auf die Hinzurechnung des Arbeitgeberbeitrags zur Sozialversicherung zu dem zu versteuernden Einkommen, verbunden lediglich mit der Möglichkeit, den Betrag als beschränkt abzugsfähige Sonderausgabe geltend zu machen. **Die Beklagte hätte vor diesem Hintergrund deutlich machen müssen, dass ohne Berücksichtigung der individuellen steuerlichen Situation der einzelnen Kommanditisten Aussagen zu den steuerlichen Ergebnissen im Einzelfall nicht möglich sind.** Auch wenn dies geschehen wäre, spricht keine überwiegende Wahrscheinlichkeit dafür, dass die anwesenden Gesellschafter ihre Kommanditistenstellung aufgegeben hätten.

Besonders deutlich ist dies hinsichtlich der Herren F., S. und H. Auch ihre angeblichen Schadenersatzforderungen sind nach Abtretung an die Klägerin Gegenstand der Klage. Die Herren waren Geschäftsführer der persönlich haftenden Gesellschafterin (GmbH) der KG und traten nach dem unwidersprochen gebliebenen Sachvortrag der Beklagten in den maßgeblichen Gesellschafterversammlungen am 25./26.11.1992 gegenüber den anwesenden Kommanditisten nachdrücklich für deren Verbleib in der KG ein. Damit sollte der KG nämlich das für die Fortführung des Betriebs erforderliche Kapital gesichert werden. Es liegt fern, dass ausgerechnet diese Herren sich – entgegen ihrem eigenen Drängen – nur deshalb gegen einen Verbleib in

der KG entschieden hätten, weil die Beklagte geäußert hätte, dass allgemeine Aussagen zur steuerlichen Belastung ohne Prüfung des jeweiligen Einzelfalls nicht möglich sind. Nichts anderes gilt hinsichtlich der übrigen Kommanditisten.

**Gegen ein Ausscheiden der Kommanditisten nur auf den Hinweis hin, dass die steuerlichen Auswirkungen im Einzelfall nicht in allgemeiner Form dargestellt werden können, spricht auch, dass eine entsprechende Entscheidung der Kommanditisten unabhängig von der steuerlichen Lage mit einem nicht unerheblichen weiteren Verlust verbunden gewesen wäre.** In den maßgeblichen Gesellschafterversammlungen am 25./26.11.1992 ging es nämlich um die Annahme eines **Barabfindungsangebots**, das den Kommanditisten für den Fall ihres Ausscheidens eine **Zahlung von 55% der Einlage** anbot. Bei Annahme des Angebots wären mithin 45% der Einlage verloren gewesen.

3. Auch wenn man die Frage der Kausalität anders beurteilen wollte, besteht der geltend gemachte Schadenersatzanspruch nicht. Die Klägerin hat nämlich auch **einen ersatzfähigen Schaden nicht schlüssig dargelegt**.

Der haftpflichtige Berater hat den Mandanten vermögensmäßig lediglich so zu stellen, wie dieser bei pflichtgemäßem Verhalten stünde; **der Geschädigte darf im Wege des Schadenersatzes nicht mehr erhalten als das, was er nach der materiellen Rechtslage verlangen kann** (BGH, NJW 2001, 673, 674 m.w.N.). 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, OLGR 1999, 265, 267).

Ist 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, lässt sich ein etwaiger Schaden erst dann feststellen, wenn 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 = OLGR 2002, 332).

Das betrifft auch den vorliegenden Fall, weil die Klägerin die angeblich nachteiligen Folgen der Entscheidung der Kommanditisten geltend macht, die Kommanditistenanteile zu behalten und das Barabfindungsangebot nicht anzunehmen. Auch in einem derartigen Fall kann der Schaden nur als Ergebnis eines Gesamtvermögensvergleichs ermittelt werden.

Auf diese in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und des Senats gefestigten Grundsätze hat der Senat am 4.9.2003 ausführlich hingewiesen.

Gleichwohl wird der Vortrag der Klägerin den an die Vergleichsrechnung zu stellenden Anforderungen nicht gerecht. Ob durch die Entscheidung der Kommanditisten, ihre Anteile an der KG zu behalten, ein Schaden entstanden ist, kann sich nur aus einem Vergleich sämtlicher Folgen dieser Entscheidung mit der Entwicklung ergeben, die eingetreten wäre, wenn die Kommanditisten das Barabfindungsangebot angenommen hätten.

Dazu müssen sämtliche (insbesondere steuerlichen) Folgen der Pflichtverletzung in die Schadenberechnung eingestellt werden. Wenn es für einzelne Jahre keine Nachteile, sondern Vorteile gegeben haben sollte, ist auch dies zugunsten der Beklagten als Abzugsposten einzustellen.

Das hat die Klägerin ausdrücklich abgelehnt. Auf den Hinweis des Senats hat sie vielmehr mit Schriftsatz vom 8.10.2003 im Gegenteil erklärt, „dass die Ersatzforderungen aus abgetretenem Recht lediglich solche Fälle umfassen, die in steuerlicher Hinsicht durch die (zutreffende) Neubeschreibung aus den Jahren 2001 und 2002 erhebliche Nachteile erfahren haben“. Dem entspricht die Darstellung in der mit diesem Schriftsatz – wiederholt – überreichten Tabelle. Dort sind für die betroffenen Kommanditisten jeweils einzelne Jahre zur Berechnung eines Steuerschadens herausgegriffen. Teilweise ist nur ein Jahr genannt; nur in einem Fall findet sich eine immerhin von 1992 bis 1996 durchgehende Darstellung.

Weiter bestand ein **Vorteil durch das Behalten der Gesellschaftsanteile** zunächst darin, dass der einzelne Kommanditist nicht – wie das bei Annahme des Barabfindungsangebots der Fall gewesen wäre – auf 45% des Wertes seines Anteils verzichten musste. **Ob bzw. in welchem Umfang dieser Vorteil Bestand hatte, könnte sich nur aus einer Darstellung der Entwicklung der einzelnen Anteile ergeben.** Dazu ist nichts bekannt. Insbesondere ist weder vorgetragen, welcher Kommanditist welchen Anteil besaß, noch wie sich der behaltene Anteil später entwickelt hat. Auch dann, wenn sich der Wert der Anteile nicht erhöht haben sollte, könnten sich später Vorteile durch evtl. **bessere Bedingungen im Zusammenhang mit der Umwandlung der KG in eine GmbH** im Jahr 1996 ergeben haben.

Es aber ist nichts dazu bekannt, ob die Kommanditisten in diesem Zusammenhang ihre Gesellschaftsanteile abgegeben haben oder ob sie als Folge ihrer Beteiligung an der KG auch Gesellschafter an der GmbH geworden sind, wenn ja mit welchen vermögensmäßigen Auswirkungen. Dabei sind durchaus vorteilhafte Entwicklungen denkbar, die nicht eingetreten wären, wenn die Kommanditisten bereits im Jahr 1992 das Barabfindungsangebot angenommen hätten und aus der KG ausgeschieden wären.

Es kommt hinzu, dass auch die steuerlichen Nachteile, die die Klägerin herausgegriffen und zum Gegenstand der Klage gemacht hat, nicht im Einzelnen nachvollziehbar sind. Nach dem Vortrag in der Klageschrift wurden die ursprünglichen, Einkünfte aus nicht selbstständiger Tätigkeit voraussetzenden Einkommensteuerbescheide durch Bescheide in den Jahren 2000/2001 geändert. Bereits dies ist durch die der Klageschrift beigefügten Bescheide nicht belegt. Danach gab es vielmehr in den Jahren bis 1996 zunächst die Bescheide, die Einkünfte aus nicht selbstständiger Tätigkeit zugrunde legten. Diese Bescheide wurden sodann bereits in den Jahren ab 1996 geändert. Zum Teil liegen diese Änderungsbescheide vor, zum Teil hat die Klägerin nur die Bescheide aus 2000 vorgelegt, die ihrerseits darauf verweisen, dass sie (unbekannte) Bescheide aus 1996 ändern.

Warum die Bescheide zweimal geändert wurden und ob dies in sämtlichen Fällen so war, ist unklar. Das ist deshalb nicht ohne Bedeutung, weil die Beklagte behauptet, dass hier – zum Teil zumindest – andere Gründe für die Abände-

rung eine Rolle gespielt haben, wie etwa die nachträgliche Aberkennung von zunächst anerkannten Werbungskosten. Eine damit zusammenhängende Änderung wäre nicht auf die behauptete Pflichtverletzung der Beklagten zurückzuführen. Näherer Vortrag der Klägerin hierzu fehlt.

Auch hinsichtlich der mit dem Schadenersatzanspruch begehrten **Erstattung des Honorars für den Steuerberater K.** (22.007,51 DM) fehlt es an einer schlüssigen Schadendarlegung. Zwar mögen Mehraufwendungen für die Beratung durch einen dritten Steuerberater, die als Folge einer Pflichtverletzung des zunächst beauftragten Steuerberaters erforderlich werden, durchaus als ersatzfähiger Schaden anzusehen sein. Dass ein derartiger Fall vorliegt, ist indes nicht erkennbar.

Es ist bereits unklar, inwieweit die einzelnen Kommanditisten, deren Schadenersatzforderungen Gegenstand der Klage sind, mit einer Honorarforderung des Drittberaters belastet waren. Die maßgebliche Rechnung des Steuerberaters vom 12.4.2001 ist an die GmbH als Rechtsnachfolgerin der KG gerichtet. Nach dem eigenen Vortrag der Klägerin hat sie bzw. die KG den Auftrag an den Steuerberater erteilt, nicht die Kommanditisten.

Aber auch der **Gegenstand der abgerechneten Tätigkeit** legt nicht nahe, dass Letztere auch nur mittelbar durch die behauptete Pflichtverletzung der Beklagten veranlasst war und für die Kommanditisten, nicht für die Gesellschaft vorgenommen wurde. Der Vortrag der Klägerin ist nicht einheitlich. In der Klageschrift behauptet sie, die Kommanditisten selbst hätten steuerliche Beratung in Anspruch nehmen müssen, um die Rechtmäßigkeit der Änderungsbescheide überprüfen zu lassen. (...)

Auf den genannten Hinweis des Senats im Berufungsverfahren hat die Klägerin vorgetragen, dass der Drittberater K. für die KG steuerlich beratend tätig geworden sei. Seine Aufgaben hätten in der Vornahme der Jahresabschlussarbeiten und in der Prüfung und ggf. Anfechtung etwaiger Ergebnisfeststellungsbescheide für die KG bestanden. Letzteres passt zu der Rechnung des Steuerberaters vom 12.4.2001, die die „Einlegung eines Rechtsbehelfs gegen den Feststellungsbescheid 1993 vom 20.9.2000 der BEAG ... KG“, die „Beantragung der Aussetzung der Vollziehung des Bescheids“ sowie die „Durchsicht von Unterlagen“ betrifft.

Es ist zu vermuten, dass es sich bei dem angesprochenen Bescheid um einen Bescheid über die Feststellung des Gewinns der KG handelte. Eine hierauf bezogene Überprüfung bzw. Anfechtung hat aber keinen erkennbaren Zusammenhang mit der behaupteten Pflichtverletzung der Beklagten. Auch handelt es sich offensichtlich entgegen dem Vortrag in der Klageschrift nicht um eine Überprüfung der Rechtmäßigkeit der einzelnen Änderungsbescheide für die einzelnen Kommanditisten.

(...)

## Anwaltshonorar

- Honorarvereinbarung
- Fremdgelder
- Herausgabeanspruch

(OLG Düsseldorf, Urt. v. 14.10.2003 - I-24 U 79/03)

### Leitsätze:

1. Zum Einwand der unzulässigen Rechtsausübung, wenn der Rechtsanwalt Honorar für eine fehlerhaft beantragte Verweisung des Rechtsstreits begehrt.
2. Neben einer bereits verdienten Prozessgebühr fällt eine Verkehrsanwaltsgebühr nach § 52 BRAGO nicht an.
3. An eine dem Mandanten günstige, wegen Unterschreitung gesetzlicher Gebühren unwirksame Honorarvereinbarung ist der Rechtsanwalt gemäß § 242 BGB gebunden.
4. Zum Rückzahlungsanspruch des unterlegenen Prozessgegners im Falle einer das vereinbarte Honorar übersteigenden Kostenfestsetzung.
5. Zur Verzinsung von verspätet ausgekehrten Mandantengeldern.
6. Zum Umfang des Anspruchs des Mandanten auf Herausgabe der Handakten.

### Zum Sachverhalt:

Die Klägerin hatte im Juni 1998 die beklagten, in (Außen-)Sozietät zusammengeschlossenen Rechtsanwälte (Sachbearbeiter der Beklagte zu 1), nachfolgend Beklagter genannt) damit be-

auftragt, eine Darlehensforderung (40.000 DM zzgl. Zinsen) gerichtlich geltend zu machen, nachdem die Darlehensnehmerin gegen den von der Klägerin noch selbst erwirkten Mahnbescheid Widerspruch eingelegt hatte (nachfolgend auch Mandat genannt).

Nachdem das angerufene Landgericht D. den Rechtsstreit antragsgemäß an das für den aktuellen Wohnort der Schuldnerin zuständige Landgericht K. verwiesen hatte, beauftragte der Beklagte namens und mit Zustimmung der Klägerin die dort zugelassenen Rechtsanwälte M. mit der weiteren Vertretung. Der Beklagte versprach der Klägerin, dass „Mehrkosten ... insoweit nicht (entstehen)“ und dass „wir einheitlich abrechnen“.

Er und Rechtsanwalt M. kamen intern überein, dass bei der zwischen ihnen üblichen Kostenaufteilung der Beklagte die Schriftsätze an das Gericht und den Schriftverkehr mit der Klägerin und Rechtsanwalt M. die Vertretung vor dem Landgericht K. besorgen werde. Als Vorschuss auf die künftig entstehenden Gebühren zahlte die Klägerin (teils an die Beklagten, teils an Rechtsanwalt M.) 4.428,60 DM. An Gerichtskosten hatte die Klägerin im Januar 1998 870 DM und im Februar 2000 400 DM entrichtet.

Durch Urteil vom 25.5.1999 wies das Landgericht K. die Klage nach Beweisaufnahme kostenpflichtig ab. Im Juni 1999 beauftragte die Klägerin die Beklagten (den Beklagten erneut als Sachbearbeiter), das Berufungsverfahren durchzuführen. Durch Urteil vom 22.2.2000 wurde dem Klagebegehren (bis auf einen Teil der Zinsforderung) stattgegeben. Der Beklagte überreichte der Klägerin mit Schreiben vom 20.3.2000 die vollstreckbare Ausfertigung des Urteils (die Klägerin wollte selbst vollstrecken) und schloss das Mandat ohne weitere Abrechnung ab.

Der Beklagte erwirkte namens der Klägerin bei dem Landgericht K. am 12.4.2000 einen Kostenfestsetzungsbeschluss über 8.310,24 DM zzgl. 4% Zinsen seit dem 13.3.2000, davon entfielen 4.448,60 DM auf die festgesetzten Kosten des ersten Rechtszuges (Rechnung Rechtsanwalt M. vom 31.5.1999) und 3.861,64 DM auf die festgesetzten Kosten des zweiten Rechtszuges (Abrechnung der Beklagten vom 8.3.2000).

Die Rechtsschutzversicherung der (im Übrigen insolventen) Darlehensnehmerin zahlte mit Wertstellung vom 28.4.2000 an Rechtsanwalt M.



die festgesetzte Hauptsumme; dieser leitete den Betrag Anfang Mai 2000 an die Beklagten weiter. Mit Wertstellung vom 15.6.2000 erstattete die Gerichtskasse einen Betrag von 400 DM zu Händen des Rechtsanwalts M., der ihn sogleich an die Beklagten weiterleitete. Nachdem die Klägerin seit März 2001 den Beklagten mehrfach aufgefordert hatte, für sie einen Kostenfestsetzungsbeschluss zu erwirken, übersandte sein Vertreter erst mit Schreiben vom 25.9.2001 die vollstreckbare Ausfertigung des Beschlusses vom 12.4.2000 und teilte der Klägerin mit, dass der festgesetzte Betrag an „... Rechtsanwalt M. geleistet und von diesem anteilig nach hier weitergeleitet“ worden sei.

Mit Schreiben vom 19.11.2001 rechneten die Beklagten wie folgt ab: (...)

Den als Überschuss gekennzeichneten Teilbetrag (1.175,19 DM) haben die Beklagten an die Klägerin am 22.11.2001 gezahlt.

Die Klägerin hat im ersten Rechtszug folgende Gegenrechnung aufgemacht: (...)

Ferner hat die Klägerin Herausgabe der Handakten und Feststellung der Schadenersatzpflicht der Beklagten verlangt.

Die Beklagten haben Klageabweisung beantragt. Sie haben eine Honorarvereinbarung und Zahlungen der Klägerin in Höhe von 2.000 DM für den zweiten Rechtszug sowie Pflichtverletzungen bei der Abwicklung des Mandats bestritten. An der Richtigkeit der vorgerichtlich erteilten Abrechnung haben sie festgehalten, so dass nichts mehr an die Klägerin zu zahlen sei. (...)

Das Rechtsmittel der Klägerin hat ganz überwiegend Erfolg, das der Beklagten bleibt ganz überwiegend ohne Erfolg. Der Senat folgt (abweichend vom angefochtenen Urteil) der Abrechnungsweise der Klägerin.

#### Aus den Gründen:

Die Klägerin als Auftraggeberin (Mandantin) hat gemäß § 667 BGB Anspruch auf Herausgabe alles dessen, was die beklagten Rechtsanwälte als Auftragnehmer aus dem Mandat erlangt haben. Dazu gehört (unter Berücksichtigung eines Resthonoraranspruchs von 20 DM und einer Teilerfüllung von 1.175,19 DM) die Herausgabe von insgesamt 3.842,38 EUR aus dem gegen die Prozessgegnerin durchgesetzten Kosten-

erstattungsanspruch sowie wegen erstatteter Gerichtskosten. Ferner schulden die Beklagten 8 EUR als Schadenersatz. Insgesamt sind deshalb 3.850,38 EUR zu zahlen auf der Grundlage der folgenden Abrechnung: (...)

Herauszugeben ist ferner die von den Beklagten über das Prozessmandat geführte **Handakte**. Schließlich ist auch der Feststellungsanspruch der Klägerin über die Schadenersatzpflicht der Beklagten im Wesentlichen begründet.

Im Einzelnen gilt das Folgende:

#### I. Rechtsanwaltsgebühren 1. Rechtszug

Die Klägerin schuldet den Beklagten bis auf einen Restbetrag von (4.448,60 DM abzgl. 4.428,60 DM) 20 DM für den ersten Rechtszug nichts mehr. Wegen dieses geltend gemachten Teilbetrages bleibt die Berufung der Klägerin ohne Erfolg. Die Berufung der Beklagten, die weiteres Honorar für berechtigt halten, ist ganz ohne Erfolg.

##### 1. Rechnung vom 6.8.1998 (2.988,16 DM)

Aus dieser Rechnung schuldet die Klägerin keine Gebühren mehr.

a) Die vor dem Landgericht D. entfalteten Tätigkeiten der Beklagten sind wie folgt abzurechnen (Streitwert 40.000 DM): (...)

b) Die ferner angesetzte (streitige) Verhandlungsgebühr (§ 31 Abs. 1 Nr. 2 BRAGO) zzgl. anteiliger Mehrwertsteuer schuldet die Klägerin deshalb nicht, weil der Beklagte, was unstreitig ist, vor dem Landgericht D. nicht (streitig) verhandelt hat.

c) Sie kann entgegen der Ansicht der Beklagten auch nicht zur Hälfte gemäß §§ 33 Abs. 1 Nr. 1, 35 BRAGO angesetzt werden für die außerhalb der mündlichen Verhandlung nicht streitig verhandelte Verweisung des Rechtsstreits an das Landgericht K.

aa) Die Beklagten haben die Klägerin von dieser zusätzlichen Gebühr vertraglich freigestellt. Nach Anlass, Sinn und Zweck der Vereinbarung vom 6./30.10.1998 ist eindeutig, was damit erreicht werden sollte (§§ 133, 157 BGB): Die Klägerin sollte kostenrechtlich so gestellt werden, als sei der Rechtsstreit bei dem Landgericht D. fortgeführt worden. Wäre der Rechtsstreit nicht verwiesen worden, wäre neben der Verhandlungs-

gebühr gemäß § 31 Abs. 1 Nr. 2 BRAGO eine weitere halbe Verhandlungsgebühr nicht für den Verweisungsantrag entstanden.

bb) Ohne Belang ist der Umstand, dass **Vereinbarungen, die Honorare für gerichtliche Tätigkeiten unterhalb der gesetzlichen Gebühren zum Gegenstand haben, regelmäßig wegen Verstoßes gegen § 49b Abs. 1 Nr. 1 BRAO gemäß § 134 BGB nichtig sind** (vgl. BGH, NJW 1980, 2407; NJW 2001, 753). Darauf können sich die Beklagten jedenfalls nicht ohne Verstoß gegen die **Grundsätze von Treu und Glauben** im Rechtsverkehr (§ 242 BGB) berufen (BGH, a.a.O.). Ohne diese vertragliche Vereinbarung hätten die Beklagten die Klägerin nämlich aus dem Gesichtspunkt der positiven Verletzung des Rechtsanwaltsdienstvertrages von dieser Gebühr freistellen müssen.

(1) Die Verweisung des Rechtsstreits an das Landgericht K. wäre nämlich, worauf die Klägerin zu Recht hinweist, vermeidbar gewesen, wenn der Beklagte die Klägerin richtig beraten hätte. Die Darlehensnehmerin, die zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses (unstreitig) ihren allgemeinen Wohnsitz in D. hatte, schuldete gemäß §§ 269 Abs. 1, 270 Abs. 4 BGB die Rückzahlung des Darlehens in D. als Leistungsort. Ihr späterer Umzug in den Bezirk des Landgerichts K. vermochte an der Festlegung des Erfüllungsortes zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nichts mehr zu ändern (Palandt/Heinrichs, BGB 61. Aufl., § 270 Rdnr. 1).

Während sich der Wohnsitzgerichtsstand der Darlehensnehmerin bei Klageerhebung tatsächlich im Bezirk des Landgerichts K. befand (§ 13 ZPO), war der Gerichtsstand des Erfüllungsortes unverändert D. geblieben (§ 29 ZPO). Es war (im Ergebnis) fehlerfrei, dass die Klägerin in dem von ihr selbst ausgefüllten Mahnbescheidsformular D. als dasjenige Gericht bezeichnet hatte, das für das streitige Verfahren zuständig ist (§ 690 Abs. 1 Nr. 5 ZPO) und an welches das Verfahren gemäß §§ 696 Abs. 1, 692 Abs. 1 Nr. 1 ZPO nach Widerspruch der Darlehensnehmerin abgegeben worden war.

(2) Ohne Erfolg berufen sich die Beklagten darauf, die Klägerin habe den Beklagten über den früheren Wohnsitz der Darlehensnehmerin nicht unterrichtet. **Es war Aufgabe des Beklagten, neben dem Gerichtsstand des Wohnsitzes den des Erfüllungsortes in Betracht zu ziehen.** Er hätte also die Klägerin danach fragen müssen, wo die Darlehensnehmerin bei Abschluss

des Darlehensvertrages ihren Wohnsitz hatte. Er hätte dann von der Klägerin die richtige Information erhalten und hätte sodann den Gerichtsstand des Erfüllungsortes gegenüber dem Landgericht D. begründen können. Stattdessen hatte er (rechtlich unzutreffend) den Gerichtsstand des Erfüllungsortes damit begründen wollen, dass die Klägerin im Zeitpunkt des Vertragsschlusses ihren allgemeinen Wohnsitz in D. hatte (Schriftsatz vom 6.8.1998).

d) Die angesetzte **Verhandlungsgebühr** kann entgegen der Ansicht der Beklagten auch nicht ersatzweise als **Verkehrsanwalts- oder Korrespondenzgebühr** gemäß § 52 Abs. 1 BRAGO berechnet werden. Die Vermittlung des Verkehrs zwischen der Klägerin und Rechtsanwalt M. ab Verweisung des Rechtsstreits an das Landgericht K. (einschließlich der weiteren vom Beklagten gefertigten Schriftsätze für das Gericht) ist eine Tätigkeit, die neben der bereits verdienten Prozessgebühr nicht mehr besonders honoriert wird (Hartmann, Kostengesetze 31. Aufl., § 52 BRAGO Rdnr. 23; Gerold/Schmidt/v. Eicken/Madert, BRAGO 14. Aufl., § 52 Rdnr. 10; OLG Bamberg, JurBüro 1977, 553; OLG Frankfurt, MDR 1988, 869; OLG Hamburg, MDR 1997, 888).

Das beruht darauf, dass die **Korrespondenzgebühr** alle Tätigkeiten abdeckt, die der Hauptbevollmächtigte mit der Prozessgebühr verdient. Dazu gehört in der Regel auch der Schriftverkehr mit der Partei. Die **Verkehrsgebühr** kann deshalb nur derjenige Rechtsanwalt verdienen, der von Anfang an nur als Verkehrsanwalt tätig ist und deshalb eine Prozessgebühr nicht verdienen kann.

e) Die schließlich vom Beklagten angesetzten **Kopiekosten** schuldet die bestreitende Klägerin nicht, weil es die Beklagten versäumt haben, den Grund für diesen Kostenansatz näher zu erläutern. **Abschriften und Ablichtungen von Schriftsätzen und zugehörigen Anlagen für Gericht und Gegner (allgemeine Schreibaussagen) gehören zu den allgemeinen Geschäftskosten und werden mit den Gebühren abgegolten** (§ 25 Abs. 1 BRAGO; BGH, NJW 2003, 1127; Hartmann, a.a.O., § 27 Rdnr. 1; Gerold/Schmidt/v. Eicken/Madert, a.a.O., § 27 Rdnr. 13, jeweils m.w.N.).

Nur besondere Schreibaussagen i.S.d. § 27 Abs. 1 Nr. 1–3 BRAGO sind auch besonders vergütungsfähig (BGH, a.a.O.). Ob es sich um besondere Schreibaussagen handelt, muss der liquidierende Rechtsanwalt darlegen und notfalls beweisen.

Fehlt es wie hier an solchen Darlegungen, ist von allgemeinen Schreibaussagen auszugehen.

2. Rechnung vom 31.5.1999 des Rechtsanwalts M. (4.506,95 DM)

Aus dieser Rechnung schuldet die Klägerin den Beklagten (vor Verrechnung mit der Kosten-erstattung) nur noch einen Restbetrag von 20 DM.

a) Der Senat geht mit den Parteien davon aus, dass die Beklagten forderungsberechtigt sind, und zwar entweder als Zessionare oder als Einzugsberechtigte. Die Beklagten haben mit der Klägerin vereinbart, dass alle Honorare aus diesem Mandat „einheitlich“ abgerechnet und die einerseits von den Beklagten und andererseits von Rechtsanwalt M. verdienten Honorare intern verrechnet werden. Auf diese Vereinbarung hat sich Rechtsanwalt M. eingelassen, denn er hat seine Gebühren gegenüber der Klägerin nicht mehr direkt abgerechnet.

b) Gegenüber der Klägerin sind die von Rechtsanwalt M. entfaltenen Tätigkeiten wie folgt abzurechnen (Streitwert: 40.000 DM): (...)

## II. Rechtsanwaltsgebühren 2. Rechtszug

Rechnung vom 19.11.2001 (4.001,92 DM)

Aus dieser Rechnung schuldet die Klägerin den Beklagten nichts mehr. Der Senat folgt nicht der Ansicht des Landgerichts, wonach die Klägerin entsprechend der durchgesetzten Kosten-erstattung gegen die Prozessgegnerin und unter Berücksichtigung einer (bewiesenen) Zahlung noch einen Betrag in Höhe von (3.861,64 DM abzgl. 2.000 DM) 1.861,64 DM schuldet. Die Klägerin hat vielmehr mit der Zahlung von 2.000 DM den in dieser Höhe vereinbarten Honoraranspruch der Beklagten vollständig erfüllt, so dass die Beklagten den erlangten Überschuss aus der Kostenerstattung herauszugeben haben.

In diesem Umfang ist die Klägerin mit ihrer Berufung erfolgreich. Die Beklagten, die die Nichtberücksichtigung der Rechnung in ganzer Höhe bekämpfen, bleiben mit ihrer diesbezüglichen Berufung ganz ohne Erfolg.

1. Maßgeblich ist nicht das Honorar, mit dem die Beklagten die Klägerin in der hier in Rede stehenden Rechnung belasten (4.001,92 DM), und auch nicht das gesetzliche Honorar, welches zulasten der Darlehensnehmerin im Kostenfestsetzungsverfahren angesetzt worden ist

(3.861,64 DM), sondern dasjenige, welches die Parteien nach dem bewiesenen Vortrag der Klägerin für die Prozessvertretung im zweiten Rechtszug vereinbart haben (2.000 DM).

a) Der Unterschied zwischen beiden Honoraransätzen in Höhe von (4.001,92 DM abzgl. 3.861,64 DM) 140,28 DM beruht auf folgenden Einzelpositionen: (...)

b) Erfolgreich macht die Klägerin mit ihrer Berufung geltend, die Beklagten seien beschränkt auf einen **Honoraranspruch von nur 2.000 DM, wie er am 10.6.1999 vereinbart worden sei**. Nach dem Ergebnis des beiderseitigen Vorbringens im ersten Rechtszug steht zur Überzeugung des Senats fest, dass eine solche Vereinbarung getroffen worden ist. Die Beklagten bestreiten zwar, mit der Klägerin eine Honorarvereinbarung für den zweiten Rechtszug getroffen zu haben. Sie werden aber durch ihr an die Klägerin gerichtetes Schreiben vom 11.6.1999 widerlegt.

Dort ist zwar nicht ausdrücklich von einer Honorarvereinbarung die Rede. Es handelt sich aber vor dem Hintergrund der tags zuvor stattgefundenen Besprechung um eine Bestätigung dessen, was die Klägerin behauptet, wenn es dort heißt, „Die Honorierung wird so geregelt, dass Sie im Juni und im Juli jeweils 1.000 DM zahlen werden.“ Es ist keine Rede davon, dass damit nur ein Teil des Honorars gemeint ist. Die Klägerin hat auch plausibel vorgetragen, warum es zu der in Rede stehenden Vereinbarung für den zweiten Rechtszug gekommen ist.

Nach dem Verlust des Rechtsstreits im ersten Rechtszug fürchtete die Klägerin das Kostenrisiko, das durch die Vereinbarung eines Honorars unterhalb der gesetzlichen Gebühren begrenzt werden sollte. Es wäre deshalb Sache der Beklagten gewesen darzulegen, warum das in Rede stehende Schreiben entgegen seinem Wortsinn nicht als Bestätigung einer mündlich verabredeten pauschalen Honorierung zu verstehen ist, und Beweis dafür anzutreten.

Es ist kein Anlass gegeben, dazu den sachbearbeitenden Beklagten zu 1) von Amts wegen als **Partei gemäß § 448 ZPO anzuhören**. Eine solche Vernehmung kommt nur in Betracht, wenn das Ergebnis der Verhandlungen und einer etwaigen Beweisaufnahme nicht ausreicht, um das Gericht von der Wahrheit oder Unwahrheit einer zu erweisenden Tatsache zu überzeugen.

Von dem subsidiären Beweismittel darf (und muss dann auch) Gebrauch gemacht werden, wenn für die Richtigkeit der zu erweisenden Tatsache schon einiger Beweis erbracht ist oder wenn der unstrittige Tatsachenstoff Indizien enthält, die auf die Richtigkeit der umstrittenen Behauptung hinweisen. Diese Voraussetzungen liegen aufseiten der Beklagten nicht vor.

c) Die **mündliche Honorarvereinbarung ist formwirksam**. Gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 1 BRAO bedarf das Honorarversprechen des Mandanten nur dann der Schriftform, wenn das vereinbarte Honorar die gesetzliche Vergütung überschreitet. Bleibt es wie im Streitfall dahinter zurück, ist keine bestimmte Form vorgeschrieben.

d) Eine solche Honorarvereinbarung verstößt allerdings, wie bereits in anderem Zusammenhang ausgeführt worden ist, **gegen § 49b Abs. 1 Nr. 1 BRAO und ist deshalb gemäß § 134 BGB nichtig**. Das gilt auch für den Fall, dass die Vereinbarung dahin verstanden werden sollte, dass ein Honorar von 2.000 DM nur dann geschuldet wird, wenn sich das von der Klägerin befürchtete Kostenrisiko verwirklichen sollte, also nur bei Prozessverlust oder im Falle des Prozessgewinns bei einem nicht werthaltigen Kostenerstattungsanspruch.

Eine so verstandene Vereinbarung verstieße außerdem gegen § 49b Abs. 2 BRAO, **wonach die Vereinbarung eines Erfolgshonorars (vgl. dazu BGH, NJW 1987, 3203, 3204 zu § 52 der anwaltlichen Standesrichtlinien) verboten ist**. Auch ein Verstoß gegen dieses Verbot hat gemäß § 134 BGB die Nichtigkeit der Honorarabrede zur Folge.

Die Beklagten sind aber auch **in diesem Fall nach den Grundsätzen über Treu und Glauben im Rechtsverkehr (§ 242 BGB) daran gehindert, sich auf die Nichtigkeit zu berufen** (vgl. BGH, NJW 1980, 2407). **Sinn und Zweck des § 49b BRAO** (wie § 52 Standesrichtlinien) ist es, **unangemessenen Preiswettbewerb** unter Rechtsanwälten zu verhindern (BGH, NJW 2001, 753). Der Schutzzweck der Norm richtet sich deshalb in erster Linie an die Rechtsanwälte. Ihr Ziel ist es aber nicht, den Recht suchenden Mandanten zu benachteiligen. Die Klägerin verdient Vertrauensschutz, denn es ist nicht festgestellt, dass sie wusste, dass Gebührenvereinbarungen der hier in Rede stehenden Art gesetzlich verboten sind.

Daran vermag der Umstand nichts zu ändern, dass die Klägerin einen Erstattungsanspruch

gegen die Prozessgegnerin in Höhe des gesetzlichen Honorars (3.861,64 DM) erlangt hat. Diesbezüglich ist sie einem Rückforderungsanspruch der Prozessgegnerin ausgesetzt. Denn grundsätzlich entspricht der Kostenerstattungsanspruch aus §§ 91, 103 f ZPO nur den Aufwendungen, die die Klägerin zur Wahrnehmung ihrer Rechte zu machen hatte. Schuldet sie ihrem Rechtsanwalt Honorar nur unterhalb der gesetzlichen Vergütung, geht auch der Erstattungsanspruch nicht darüber hinaus.

Dem Rückgriffsrisiko kann sich die Klägerin nicht unter Hinweis auf die eingetretene Bestandskraft des Kostenfestsetzungsbeschlusses entziehen. Materiell-rechtliche Einwendungen gegen den Kostenfestsetzungsbeschluss werden im formalisierten Kostenfestsetzungsverfahren nicht berücksichtigt (vgl. BGH, NJW 2002, 3713; Zöller/Herget, ZPO 23. Aufl., § 104 Rdnr. 21 Stichwort „Materiell-rechtliche Einwendungen“ m.w.N.).

Solche Einwendungen müssen vom Prozessgegner deshalb klageweise gemäß § 767 Abs. 2 ZPO im Wege der Vollstreckungsabwehrklage geltend gemacht werden, solange festgesetzte, aber materiell-rechtlich unberechtigte Aufwendungen noch nicht bezahlt sind (Zöller/Herget, a.a.O.). Sind sie wie hier bezahlt, steht einer Leistungsklage aus dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung (§ 812 Abs. 1 Satz 1 BGB) nichts entgegen.

**Der hier umstrittene Einwand einer Honorarvereinbarung unterhalb der gesetzlichen Vergütung ist ein solcher Einwand aus materiellem Recht, der im Kostenfestsetzungsverfahren nicht berücksichtigt werden kann** (vgl. OLG Hamm, AnwBl 2000, 320 zum Einwand der Unwirksamkeit des Anwaltsvertrages). Allein wegen des Rückgriffsrisikos wäre es unangemessen, die Klägerin wegen der gesetzlichen Gebühren haften zu lassen. Ob diese Frage dann anders zu beantworten wäre, wenn die Klägerin in Kenntnis der niedriger vereinbarten Vergütung selbst dafür gesorgt hätte, dass Kosten in gesetzlicher Höhe festgesetzt werden, bedarf hier keiner Untersuchung. Denn es waren die Beklagten, die ohne Wissen der Klägerin die Kosten in gesetzlicher Höhe haben festsetzen lassen und beigetrieben haben.

e) Ohne Erfolg machen die Beklagten mit ihrer Berufung geltend, die Klägerin habe auf diese Honorarforderung nichts gezahlt. Der Senat folgt insoweit der Beweiswürdigung des Landgerichts.

aa) Entgegen der Ansicht der Beklagten war die Vernehmung der Klägerin als Partei gemäß § 448 ZPO zu diesem Beweisthema nicht verfahrensfehlerhaft. Es ist bereits in anderem Zusammenhang dargelegt worden, dass eine solche Beweiserhebung dann geboten ist, wenn für eine umstrittene Behauptung schon einiger Beweis erbracht ist. So verhält es sich hier mit der Behauptung der Klägerin, sie habe am 10.6. und 30.7.1999 jeweils 1.000 DM in bar an den Beklagten gezahlt, um die Honorarvereinbarung vom 10.6.1999 in Höhe von 2.000 DM zu erfüllen. (...)

### III. Zwangsvollstreckung, Rechnung vom 16.11.2001 (486,62 DM)

Die Beklagten, die mit ihrer Berufung die Nichtberücksichtigung dieser Position verfolgen, bleiben insoweit mit ihrem Rechtsmittel ganz ohne Erfolg. Das Landgericht, das sich mit der Berechtigung dieser Gegenforderung nach Grund und Höhe nicht besonders auseinander gesetzt hat, hat diese Position im Ergebnis zu Recht nicht anerkannt.

1. Es kann nicht festgestellt werden, dass die Klägerin die Beklagten mit der Zwangsvollstreckung aus dem Urteil des Oberlandesgerichts beauftragt hatte. Die von der Klägerin vor Prozessbeginn erteilte so genannte Einheitsvollmacht vom 18.6.1998, die formularmäßig auch die Zwangsvollstreckung erfasst, belegt nicht das Gegenteil. Die Vollmacht, die die Legitimation des Beauftragten nur im Außenverhältnis beurkundet, ist allenfalls ein Indiz für den Inhalt des erteilten Auftrags.

Geht es wie hier um die Zwangsvollstreckung, ist es ganz fern liegend, dass die Klägerin den Beklagten schon vor Beginn des Prozesses mit der Zwangsvollstreckung beauftragt haben soll. Dagegen spricht ferner, dass die Klägerin in der in Rede stehenden Urkunde auch schon eine Vollmacht für den zweiten Rechtszug erteilt hatte, obwohl unter den Parteien unstreitig ist, dass die Klägerin den Auftrag zur Durchführung der Berufung nicht schon bei Vollmachtserteilung am 18.6.1998, sondern erst am 10.6.1999 erteilt hatte.

Ferner hatte die Klägerin eine Vollmacht für die Vertretung in einer Ehesache und für die Verteidigung in Straf- und Bußgeldsachen unterzeichnet, obwohl unstreitig ist, dass im Innenverhältnis solche Aufträge niemals erteilt worden sind.

**Die Indizwirkung der unterzeichneten Vollmacht hält der Senat im Streitfall deshalb für bedeutungslos.** Dass die Klägerin die Beklagten nach Erlass des oberlandesgerichtlichen Urteils mit der Zwangsvollstreckung beauftragt hätten, ist weder dargelegt noch unter Beweis gestellt.

2. Die Beklagten können die Gebühr auch nicht aus dem Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677, 683 BGB) oder aus Bereicherungsrecht (§ 812 Abs. 1 Satz 1 BGB) verlangen.

a) Ein Anspruch aus dem erstgenannten Gesichtspunkt scheitert daran, dass die **Geschäftsführung dem Willen der Klägerin widersprach**. Sie hatte unverzüglich nach Zustellung des oberlandesgerichtlichen Urteils an die Darlehensnehmerin am 2.3.2000 die Beklagten davon unterrichtet, dass sie selbst die Zwangsvollstreckung betreiben wolle. Deshalb übermittelten die Beklagten der Klägerin mit Schreiben vom 20.3.2000 die vollstreckbare Ausfertigung des Urteils.

Die Beklagten hätten den entgegenstehenden Willen der Klägerin bei Ausführung des umstrittenen Geschäfts am 29.2.2000 auch erkennen können. Den Beklagten war bekannt, dass die Klägerin stets darauf bedacht war, möglichst geringe Kosten entstehen zu lassen. Zudem musste mangels abweichender Information zu jener Zeit noch damit gerechnet werden, dass die Klägerin wegen der bekannten Insolvenz der Darlehensnehmerin eine Erstattung der Zwangsvollstreckungskosten nicht werde erlangen können. Unter diesen Umständen war vor Ausführung des Geschäfts eine Nachfrage bei der Klägerin unverzichtbar.

b) Die Klägerin ist auch **nicht bereichert**. Die Zwangsvollstreckung hat sie selbst durchgeführt, so dass sie für notwendige Dienstleistungen dieser Art nichts erspart hat, zumal die Zahlungsaufforderung des Beklagten vom 29.2.2000 mit Blick darauf, dass das Urteil der Prozessgegnerin erst am 2.3.2000 i.S.d. § 750 Abs. 1 ZPO zugestellt worden ist, verfrüht und somit rechtsfehlerhaft gewesen ist.

### IV. Zinsen

Zu Unrecht beanstandet die Klägerin mit ihrer Berufung, dass das Landgericht die Zahlung der Beklagten auf die Hauptsumme statt auf die geltend gemachten vorgerichtlichen Zinsen verrechnet hat.

Der Senat teilt zwar nicht die Rechtsauffassung des Landgerichts, wonach der Klägerin mangels vorherigen Verzugs vor Eintritt der Rechtshängigkeit keine Zinsen zustehen sollen. Eine Verrechnung auf die Zinsen statt auf die Hauptforderung scheitert indes an § 367 Abs. 2 BGB.

Die Beklagten haben in ihrer Abrechnung vom 19.11.2001 den Überschuss als Hauptforderung der Klägerin aus dem Rückzahlungsanspruch gekennzeichnet und zur Anweisung gebracht. Darin sieht der Senat eine Tilgungsbestimmung i.S.d. § 367 Abs. 2 BGB, der die Klägerin nur durch Nichtannahme der Leistung hätte entgegenreten können. Da die Klägerin die Leistung angenommen hat, kann sie nicht mehr durch eine abweichende Tilgungsbestimmung die Wirkung des § 367 Abs. 1 BGB herbeiführen (Tilgung der Zinsen vor der Hauptleistung).

#### V. (...)

Gemäß § 43a Abs. 5 BRAO sind **fremde Gelder unverzüglich an den Berechtigten weiterzuleiten oder auf ein Anderkonto einzuzahlen**.

Die Beklagten haben eingestanden, weder das eine noch das andere gemacht zu haben.

Vielmehr sei (angeblich durch ein Versehen) der **Erstattungsbetrag als Eigengeld gebucht** worden. Dieser mindestens fahrlässige Verstoß führt (neben dem vertraglichen Zahlungsanspruch aus § 667 BGB) zu einem **schadenersatzrechtlichen Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 43a Abs. 5 BRAO**. Die letztgenannte Vorschrift ist als Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB zu qualifizieren, denn sie soll Vermögensinteressen des Mandanten schützen (vgl. AGH Saarland, OLGR Saarbrücken 2001, 282).

Die Beklagten sind für die eingetretene Vorenthaltung auch persönlich verantwortlich. Sie bestreiten nicht, die Schreiben des Rechtsanwalts M. vom 3.5.2000 und 15.6.2000 zur Kenntnis genommen zu haben. Das gab Veranlassung, die Zahlungseingänge näher zu überprüfen, zumal Rechtsanwalt M. als Hauptbevollmächtigter ausdrücklich die Beklagten als Verkehrsanwälte darum gebeten hatte, die Klägerin von den Zahlungseingängen zu unterrichten.

Bei der gemäß § 43a Abs. 5 BRAO geschuldeten sorgfältigen Überprüfung hätten die Beklagten festgestellt, dass es sich um **Fremdgeld** handelt, welches sie (ggf. nach Abzug noch berechtigter Gebührenansprüche) an die Klägerin weiterzuleiten hatten. Die Anwendung des § 823 Abs. 2 BGB führt zur Anwendung des § 849 BGB.

**Mit der dort genannten Entziehung einer Sache, worunter auch Geld fällt, ist deren Vorenthaltung gleichzustellen** (vgl. OLG Düsseldorf, ZIP 1990, 1014 für die Nichtabführung eines Versteigerungserlöses).

Die Zinspflicht setzt ein zu dem Zeitpunkt, zu dem die Beklagten die Abrechnung und Weiterleitung schuldeten. Nachdem Rechtsanwalt M. Anfang Mai 2000 den Erstattungsbetrag auf das Konto der Beklagten überwiesen hatte, schuldeten sie spätestens ab 15.5.2000 die Auszahlung an die Klägerin. Das Gleiche gilt für die Gerichtskostenerstattung von 400 DM spätestens ab 1.7.2000, nachdem Rechtsanwalt M. am 15.5.2000 die Überweisung dieses Betrages auf das Konto der Beklagten veranlasst hatte. Der Senat verzichtet darauf, die Zinsen für die einzelnen Zeiträume zu kapitalisieren. Das kann der Vollstreckung überlassen werden. (...)

#### VI. Feststellungsbegehren

(...)

#### VII. Herausgabe der Handakten

Die Beklagten haben einen geringfügigen Erfolg mit ihrem gegen die Herausgabe der gesamten Handakte gerichteten Berufungsangriff. Dem Grunde nach hat das Landgericht die Beklagten allerdings zu Recht zur Herausgabe der Handakten verurteilt (§§ 666, 675 BGB).

**Richtig ist aber, dass die Handakte gemäß § 50 Abs. 4 BRAO grundsätzlich nur die Urkunden erfasst, die im Schriftverkehr des Rechtsanwalts mit Dritten entstanden sind oder die Schriftstücke betreffen, die im sonstigen Verkehr mit Dritten entstanden sind** (z.B. Vermerke und Notizen über mündliche oder fernmündliche Besprechungen); nicht dazu gehören der Schriftwechsel mit der Partei und solche Urkunden, von denen der Mandant die Urschriften oder Abschriften erhalten hat (BGH, NJW 1990, 510, 511).

Dabei geht das Gesetz ersichtlich von der Vorstellung aus, dass der Rechtsanwalt von den gefertigten Schriftsätzen Abschriften an den Mandanten übersandt hat, so dass dessen Informationsbedürfnis nicht tangiert ist. **Der Bundesgerichtshof hat aber in der schon zitierten Entscheidung auch ausgesprochen, dass der Mandant im Einzelfall nach den Grundsätzen von Treu und Glauben im Rechtsverkehr (§ 242 BGB) einen ergänzenden Rechenschafts-**

**legungsanspruch auch dann hat, wenn der Rechtsanwalt seiner Verpflichtung zur Rechenschaft bereits nachgekommen war und die wiederholte Herausgabe einzelner Schriftstücke zumutbar ist.**

So verhält es sich im Streitfall. Die Beklagten haben die Klägerin nach Abschluss der zweiten Instanz zunächst gar nicht und danach nur lückenhaft über die Einleitung und den Fortgang des Kostenfestsetzungsverfahrens sowie über den Eingang und die Verwendung des beigetriebenen Kostenerstattungsanspruchs unterrichtet.

Es besteht ein berechtigtes Interesse der Klägerin daran, sich Kenntnis vom vollständigen und zusammenhängenden Inhalt der Handakte zwischen dem 28.2.2000 (Tag vor Eingang des OLG-Urteils bei den Beklagten) und dem 19.11.2001 (Tag der Abrechnung der beigetriebenen Kosten) zu verschaffen, und zwar unabhängig davon, dass die Beklagten nach und nach einzelne Schriftstücke aus dem in Rede stehenden Zeitraum nachgeliefert haben. Ein authentisches Bild von den Vorgängen in dieser Zeit kann der Klägerin nur auf diesem Weg verschafft werden. Der weiter gehend geltend gemachte Anspruch auf Herausgabe der Handakte ist, weil er erfüllt worden ist, unbegründet.

(...)

## Fristenkontrolle

- Fax
  - Sendebericht
- (*OLG Hamburg, Beschl. v. 9.10.2003 - 14 U 152/03*)

### Leitsatz:

Es stellt ein Organisationsverschulden des Rechtsanwaltes dar, wenn dieser nicht durch entsprechende Weisung sicherstellt, dass die vom Fax-Sendebericht ausgewiesene Zahl der gesendeten Seiten mit der Soll-Seitenzahl abgeglichen wird.

### Zum Sachverhalt:

Das klageabweisende Urteil des Landgerichts wurde der Klägerin zu Händen ihres Prozessbevollmächtigten am 16.7.2003 zugestellt.

Am Montag, dem 18.8.2003, um 17.25 Uhr ging bei Gericht per Telefax die erste Seite einer Berufungsschrift der Klägerin ein, die keine Unterschrift trug. Außerdem ging zugleich das Fax der beglaubigten Abschrift des 5-seitigen angefochtenen Urteils ein.

Am 19.8.2003 wurde der Vorgang der Prüfbeamtin vorgelegt, die das Fehlen der zweiten Seite der Berufungsschrift mit der Unterschrift bemerkte. Sie rief sofort telefonisch im Anwaltsbüro des Klägers an und forderte die fehlende zweite Seite der Berufungsschrift an. Am selben Tag ging sodann per Fax die zweite Seite der Berufungsschrift mit Unterschrift des Klägers ein mit einem Begleitschreiben, welches keine Unterschrift trägt.

Der Vorsitzende teilte diesen Sachverhalt mit Verfügung vom 22.8.2003 dem Klägersvertreter mit und wies darauf hin, dass der Senat beabsichtige, die Berufung als unzulässig zu verwerfen. Er gab der Klägerin Gelegenheit zur Stellungnahme binnen zwei Wochen. Diese Verfügung ging am 27.8.2003 beim Klägersvertreter ein.

Am 10.9.2003 ging mit Schriftsatz vom selben Tag das Wiedereinsetzungsgesuch der Klägerin gegen die Versäumung der Berufungsfrist bei Gericht ein. Die Klägerin trägt zur Begründung folgendes vor:

Der 2-seitige Berufungsschriftsatz vom 18.8.2003 habe zusammen mit dem angefochtenen Urteil per Telefax an das OLG übermittelt werden sollen. Dabei sei versehentlich ersichtlich aufgrund eines technischen Fehlers die zweite Seite der Berufungsschrift nicht übertragen worden, was aber der mit der Übertragung befassten Mitarbeiterin nicht aufgefallen sei. Der Einzelsendebericht habe die Übertragung als „o.k.“ bezeichnet und keinen Hinweis darauf enthalten, dass ein technischer Defekt vorgelegen habe, aufgrund dessen die zweite Seite des Berufungsschriftsatzes nicht übertragen worden wäre.

Im Büro des Klägersvertreters bestehe die Weisung, die Übertragung der Telefaxsendungen nach Durchführung des Übertragungsvorganges zu überprüfen und festzustellen. Dies sei vorliegend durch den Einzelsendebericht geschehen, der keine Abweichungen und keinen Fehler in der Übertragung ausgewiesen habe. Deshalb habe auch keine Veranlassung bestanden, hier in Nachprüfungen einzutreten.



Der Prozessbevollmächtigte der Klägerin hat diesen Sachverhalt an Eides statt versichert. Er hat den Einzelsendebericht betreffend die Sendung vom 18.8.2003 um 17.25 Uhr in Kopie vorgelegt. Dieser Sendebereicht bezeichnete das Ergebnis als „o.k.“ und weist die Anzahl der gesendeten Seiten mit „6“ aus.

#### Aus den Gründen:

1. Das Wiedereinsetzungsgesuch ist zulässig, aber unbegründet.

a) Das Gesuch hat die Wiedereinsetzungsfrist des § 234 ZPO gewahrt. Die Frist begann mit der Zustellung der Mitteilung des Vorsitzenden vom 22.8.2003 beim Klägerevertreter am 27.8.2003. Sie vermittelte dem Klägerevertreter die Kenntnis davon, dass das Fax vom 18.8.2003 die Berufungsfrist nicht gewahrt hatte, und behob damit das Hindernis i.S.d. § 234 Abs. 2 ZPO. Rechtzeitig innerhalb der 2-Wochen-Frist ging dann am 10.9.2003 das Wiedereinsetzungsgesuch bei Gericht ein.

Zwar hatte bereits am 19.8.2003 die Prüfbeamtin telefonisch den Sachverhalt mitgeteilt. Der Senat vermag aber nach Aktenlage nicht festzustellen, dass zu diesem Zeitpunkt oder anderweitig vor dem 27.8.2003 der Prozessbevollmächtigte persönlich bereits Kenntnis von der fehlgeschlagenen Berufungseinlegung am 18.8.2003 erlangt hat. Denn die Prüfbeamtin hat lediglich festgehalten, am 19.8.2003 bei dem Anwaltsbüro angerufen zu haben.

Auch die am selben Tag per Fax erfolgte Übermittlung der zweiten Seite der Berufungsschrift weist eine zwischenzeitliche Kenntniserlangung durch den Prozessbevollmächtigten persönlich nicht aus, weil das gefaxte Begleitschreiben keine Unterschrift trägt. **Die Kenntnis des Büropersonals ersetzt in diesem Zusammenhang die notwendige eigene Kenntnis des Rechtsanwalts nicht** (vgl. Zöller/Greger, ZPO 23. Aufl., § 234 Rz. 5b unter Hinweis auf BGH v. 21.3.1980 – V ZR 128/79, VersR 1980, 678).

b) Nach dem eigenen Vortrag der Klägerin und dem von ihr vorgelegten Einsendebericht vom 18.8.2003 ist das Wiedereinsetzungsgesuch jedoch unbegründet, weil die Klägerin nicht ohne eigenes Verschulden i.S.d. § 233 ZPO verhindert war, die Berufungsfrist einzuhalten, wobei Verschulden ihres Prozessbevollmächtigten ihrem eigenen gemäß § 85 Abs. 2 ZPO gleichsteht:

**Entgegen der Auffassung der Klägerin hat der Sendebereicht sehr wohl auf einen Fehler bei der Übertragung hingewiesen und deshalb Veranlassung zur sofortigen Nachprüfung und zur noch am 18.8.2003 möglichen und somit fristwährenden vollständigen Übermittlung der Berufungsschrift gegeben.** Dieser Hinweis ergab sich daraus, dass der Sendebereicht **lediglich 6** gesendete Seiten ausgewiesen hat, **obwohl tatsächlich insgesamt 7 Seiten** (2 Seiten Berufungsschrift, 5 Seiten Urteil) hätten gesendet werden sollen und müssen. Hieraus ergab sich, dass eine Seite nicht gesendet worden ist. Es war der mit der Übertragung betrauten Mitarbeiterin sehr wohl abzuverlangen, diesen Fehler zu bemerken und daraufhin noch rechtzeitig die Übertragung in nunmehr vollständiger Form zu wiederholen.

In diesem Zusammenhang ist auch dem Prozessbevollmächtigten ein der Klägerin zuzurechnendes eigenes Organisationsverschulden anzulasten.

**Die Klägerin hat nicht vorgetragen, dass ihr Prozessbevollmächtigter durch entsprechende Anweisungen Vorsorge dafür getroffen hat, dass derartigen technischen Fehlern, die jederzeit möglich erscheinen, dadurch begegnet wird, dass die Anzahl der laut Sendebereicht tatsächlich gesendeten Seiten mit der Anzahl der zu senden beabsichtigten Seitenzahl abgeglichen wird.** Der Vortrag der Klägerin zu der von ihrem Prozessbevollmächtigten erteilten Weisung lässt vielmehr erkennen, dass dieser mit der Fehlerquelle, die sich hier verwirklicht hat, gar nicht gerechnet und die Möglichkeit ihres Erkennens durch Vergleich der ausgewiesenen gesendeten Seitenzahl mit der Soll-Seitenzahl nicht erkannt hat. Dies gereicht ihm zum Verschulden, weshalb der Klägerin Wiedereinsetzung nicht gewährt werden kann.

2. Nachdem der Klägerin die begehrte Wiedereinsetzung zu versagen war, erweist sich ihre Berufung als verfristet und ist deshalb gemäß § 522 Abs. 1 ZPO als unzulässig zu verwerfen. Nach Zustellung des angefochtenen Urteils am 16.7.2003 lief die Berufungsfrist gemäß § 517 ZPO mit Montag, dem 18.8.2003, ab. Die an diesem Tag bei Gericht eingegangene erste Seite der Berufungsschrift konnte die Frist nicht wahren, weil sie keine Unterschrift trug. Die erst am 19.8.2003 eingegangene zweite Seite der Berufungsschrift mit Unterschrift konnte die Frist nicht mehr wahren, weil diese bereits tags zuvor abgelaufen war.



## Steuerberaterhaftung

- Auskunft
- Schadenhöhe
- Anmerkung RA - FAS - Dr. Gräfe  
(LG Berlin, Urt. v. 6.10.2004 - 6 O 197/04)

### Leitsatz (d.Red.):

Der Mandant kann von seinem Steuerberater nicht verlangen, dass dieser ihm den Steuer-schaden berechnet. Für einen Auskunfts-an-spruch gibt es keine Anspruchsgrundlage.

### Zum Sachverhalt:

Der Kläger verlangt Auskunft über einen eingetretenen Steuerschaden und hilfsweise Zahlung.

Der Beklagte war für den Kläger, einen Einzel-unternehmer, als Steuerberater tätig. Der Be-klagte legte verspätet Einsprüche gegen die gesonderte Feststellung von verbleibenden Ver-lustabzügen für 1996 und 1997 ein.

Das Finanzgericht wies die Klage des Klägers gegen die Verwerfung der Einsprüche ab.

Der Beklagte wies den Kläger nach Zustellung des Urteils am 20.2.2004 auf dessen Anspruchs-schreiben vom 10.10.2002 unter dem 18.3.2004 auf die dreijährige Verjährungsfrist hin.

Der Kläger meint, er habe einen Anspruch gegen den Beklagten aus dem Geschäftsbesorgungs-vertrag oder aus § 242 BGB auf Auskunft, welche Schäden ihm entstanden seien. Der Beklagte trage die Beweislast dafür, dass die Pflichtver-letzung keine steuerlichen Auswirkungen nach sich ziehe. Über die Höhe des Schadens müsse das Gericht Beweis durch Sachverständigen-gutachten erheben oder § 827 ZPO anwenden.

Hilfsweise trägt er vor, die für 1998 bis 2001 vom Finanzamt angeforderten Steuerschulden aus Einkommensteuer, Umsatzsteuer und Solidaritätszuschlag in Höhe von 103.729,78 DM wären nicht angefallen, wenn er seine Verluste hier gewinnmindernd hätte anrechnen können.

(Anträge ...)

Die Klage ist unbegründet.

### Aus den Gründen:

Dem Kläger steht der im Hauptantrag geltend gemachte Auskunftsanspruch nicht zu, so dass die Klage insoweit auch wegen des nur angekün-digten unbefizierten Zahlungsantrags abgewie-sen werden konnte.

**Für die erstrebte Auskunft besteht keine An-spruchsgrundlage.** Der Steuerberater schuldet dem Kläger weder aus dem Steuerberaterverhält-nis (§§ 611, 675 BGB) Auskunft hinsichtlich der Höhe eines etwaigen Schadenersatzanspruchs noch ergibt sich der Anspruch aus § 242 BGB.

**Zu den Pflichten eines Steuerberaters gehört es nicht, ohne Auftrag (mit entsprechender Kos-tenerstattung) einen Schadenersatzanspruch wegen eigenen Fehlverhaltens zu beziffern.** Die Darlegungs- und Beweislast für die Voraus-setzungen eines Schadenersatzanspruchs liegt beim Kläger als dem den Anspruch geltend Machenden.

Ein Anspruch ergibt sich auch nicht aus § 242 BGB, da nicht ersichtlich ist, dass allein der Beklagte in der Lage wäre, diesen Anspruch zu beziffern. Dies kann unter Verwendung der dem Kläger gehörenden Unterlagen (die er notfalls vom Beklagten herausverlangen müsste, sollten sich diese noch bei ihm befinden) durch jeden anderen Steuerberater erfolgen. Schadenermitt-lungskosten könnten dann über die pVV des Steuerberatungsvertrages dem Beklagten in Rechnung gestellt werden.

Auch der hilfsweise Zahlungsantrag ist un-begründet. Zwar kann dem Grunde nach ein Zahlungsanspruch wegen pVV des Steuerberater-vertrages bestehen. Dessen Höhe ist jedoch nicht substantiiert vorgetragen, so dass der angebotene Sachverständigenbeweis nicht er-hoben werden kann.

Denn es hätte dem Kläger oblegen, sowohl substantiiert vorzutragen, in welcher Höhe ihm für 1996 und 1997 Verlustabzüge festsetzbar entstanden wären (unter Vorlage von Unter-lagen, damit dies ggf. einer sachverständigen Prüfung unterzogen werden kann), als auch vorzutragen, welche Steuerschulden ihm nach-folgend entstanden sind und wo Verlustvorträge hier steuerschuldmindernd hätten eingesetzt werden müssen.

Dabei ist darauf hinzuweisen, dass nach dem EStG Verluste aus einer Einkommensart nicht automatisch auf Steuerschulden anderer Einkommensarten angerechnet werden, so dass zumindest die vollständigen Bescheide über die angeblich angesetzte Steuer hätten vorgelegt werden müssen. Derzeit wäre ein Sachverständiger mangels eingereichter Unterlagen überhaupt nicht in der Lage, 1. die Verlustvorträge zu berechnen und 2. zu ermitteln, inwieweit diese die nachfolgende Steuerschuld gemindert hätten.

Im Übrigen weist das Gericht darauf hin, dass mangels Nachweis einer Zahlung sowieso nur ein Freistellungsanspruch gegeben wäre.

#### Anmerkungen RA – FAST – Dr. Gräfe:

##### Ein amüsanter Sachverhalt:

Es gibt keine Beratungspflicht des Steuerberaters gegen sich selbst. Andernfalls würden die „Koordinaten“ der Darlegungs- und Beweislast überflüssig und in ihr Gegenteil verkehrt. Die Schadenberechnung ist Bestandteil des vom Mandanten behaupteten zivilrechtlichen Regressanspruchs. Die geforderte Auskunft würde den Steuerberater in die Nähe einer unerlaubten Rechtsberatung bringen und der Berufshaftpflichtversicherer würde derartige nicht mit ihm abgestimmte Erklärungen u.U. als Verstoß gegen Obliegenheiten ansehen.

Die Rechtsprechung kennt in diesem Zusammenhang nur die vom BGH entwickelte Belehrungspflicht des Steuerberaters über „Fehler in den eigenen Arbeiten und den Lauf der Verjährungsfrist“ eventueller Regressansprüche. Wird diese Belehrung bis zum Ablauf der so genannten Primärverjährung schuldhaft versäumt, verlängert sich die Verjährungsfrist gemäß § 68 StBerG um weitere drei Jahre (so genannte Sekundärverjährung).

## GI Hinweis

### Das Praxisbuch rund um den GmbH-Geschäftsführer

Die gesellschafts- und steuerrechtliche Situation des Geschäftsführers der GmbH und der GmbH & Co. KG ist kompliziert. Im Gesellschaftsrecht steigen die Anforderungen an den „verantwortlich handelnden“ Geschäftsführer und es wachsen damit seine nicht zu unterschätzenden Haftungsrisiken in allen Bereichen seiner Tätigkeit.

Im Steuerrecht bleibt es – auch unter Geltung des durch das neue Körperschaftsteuerrecht eingeführten Halbeinkünfteverfahrens – bei dem Dauerthema der verdeckten Gewinnausschüttung, deren Vermeidung und Auswirkungen angesichts der Fülle von Einzelentscheidungen für den Geschäftsführer kaum noch einschätzbar sind.

Das Praxisbuch von RA/FAST Prof. Dr. Bert Tillmann und RA/FAST Dr. Randolph Mohr bietet Lösungen zu diesen und allen anderen Fragen rund um den Geschäftsführer. Es gibt für sämtliche den Geschäftsführer betreffenden Rechtsbereiche (Zivilrecht, Steuerrecht, Arbeitsrecht, Sozialversicherungsrecht, Strafrecht) eine systematische Darstellung seiner Rechte und Pflichten. Der Geschäftsführer wird dabei aus allen Blickwinkeln betrachtet, von der Gründung bis zur Liquidation und Insolvenz der GmbH, von seiner Einstellung bis zur Kündigung.

Oberste Prämisse des Buches ist es dabei, den Erfordernissen der Praxis gerecht zu werden. So finden sich im Text zahlreiche hervorgehobene Gestaltungshinweise. Beispiele verdeutlichen immer wieder anhand konkreter Fallgestaltungen die jeweilige Problemstellung. Und wie es sich für ein Praxisbuch gehört, enthält es Formulierungsbeispiele für Geschäftsführerverträge und alle sonstigen Regelungen rund um den Geschäftsführer (praktisch verwertbar auch auf CD).

Tillmann/Mohr: GmbH-Geschäftsführer – Rechts- und Steuerberatung, Vertragsgestaltung, von RA/FAST Prof. Dr. Bert Tillmann und RA/FAST Dr. Randolph Mohr – 8. neu bearbeitete Auflage 2003 incl. CD, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln, 340 Seiten, Lexikonformat, gebunden, 49,80 €/81,- SFr, Sonderpreis für Mitglieder der Centrale für GmbH 44,80 €/74,- SFr, ISBN 3-504-32173-3