



Informationen für wirtschaftsprüfende, rechts- und steuerberatende Berufe

# GI aktuell

## Inhalt

Editorial  
GI News  
GI Entscheidungen  
GI Literaturhinweise  
GI Service

### GI Leitsätze

Fristenkontrolle  
(BGH, div. Beschl., 2006/2007)

### Belehrungspflichten des Anwalts

Vollständige Analyse der Sach- und Rechtslage / Eilbedürftigkeit /  
Ziele und Interessen des Mandanten  
(BGH, Urt. v. 1.3.2007 – IX ZR 261/03)

### Abtretung einer Gebührenforderung

Anwaltsgebühr, Abtretung an Rechtsanwalt /  
Zustimmung des Mandanten? / Beitreibung durch Dritte /  
Informationelle Selbstbestimmung  
(BGH, Urt. v. 1.3.2007 – IX ZR 189/05)

### Notarhaftung

Verjährung / Anderweitige Ersatzmöglichkeit /  
Streitverkündung / Vorprozess  
(BGH, Urt. v. 6.7.2006 – III ZR 13/05)

### Steuerberaterhaftung

Verjährung des Regressanspruchs, § 68 StBerG a.F. /  
Belehrung über Fehler in den eigenen Arbeiten / Anwaltsauftrag  
(BGH, Urt. v. 29.6.2006 – IX ZR 227/02)

### Steuerberaterhaftung

Sozialversicherungsberatung / Lohnabrechnung /  
Phantomlohn / Schaden / Gesamtvermögensvergleich  
(OLG Düsseldorf, Urt. v. 31.8.2007 – I-23 U 18/07)

### Steuerberaterhaftung

34 Vereidigter Buchprüfer / MaBV-Prüfung / Dritthaftung /  
MaBV, Schutzgesetz? / Vorsätzlich sittenwidrige Schädigung,  
§ 826 BGB  
(OLG Saarbrücken, Urt. v. 7.3.2007 – 1 U 555/05-196)

### Anwaltshaftung

5 Verwirkung von Trennungsunterhalt / Verjährung des  
Schadenersatzanspruchs / Schadeneintritt  
(OLG Düsseldorf, Urt. v. 24.1.2006 – I-24 U 87/05)

### Handakten des Steuerberaters

10 Arbeitsergebnisse / Informationspflicht/Herausgabepflicht /  
Unterlagen des Mandanten / Beweislast für Weiterleitung  
(LG Bonn, Beschl. v. 20.6.2007 – 5 T 51/07)

### Belehrungspflicht des Notars

12 Wertsicherungsklausel / Belehrungsbedürftigkeit /  
Wirtschaftlichkeitsaspekte  
(LG Duisburg, Urt. v. 9.1.2006 – 4 O 306/05)

### Wiedereinsetzungsantrag

14 Darlegungslast / Absendung des Schriftsatzes /  
Absendevorgang / Nachweis  
(FG Sachsen-Anhalt, Urt. v. 29.8.2007 – 2 K 1013/03)

17

20

26

29

31

33

## Editorial

Sehr geehrte Leserin, sehr geehrter Leser, die **Beratung** des Anwalts – ebenso wie die des Steuerberaters und Wirtschaftsprüfers – hat sich an den **Zielen und Interessen sowie der konkreten Situation des Auftraggebers** zu orientieren. Erscheint eine Handlungsalternative deutlich vorteilhafter, muss er diese empfehlen. Eine eingeschränkte Beratung kann ausreichend sein, wenn sich dies aus dem Auftrag ergibt, z.B. weil Eile geboten oder der Aufwand im Hinblick auf den Streitgegenstand unverhältnismäßig ist (BGH).

Der BGH beendet den Streit um die **Abtretbarkeit von Honorarforderungen des Rechtsanwalts**. Von Anwalt zu Anwalt ist das ohne Zustimmung des Mandanten jetzt zulässig (§ 49b BRAO).

Zum **Verjährungslauf eines Schadenersatzanspruchs** gegen einen **Notar** stellt der BGH klar, dass dieser nicht erst dann beginnt, wenn alle – auch erkennbar zweifelhafte – Ansprüche gegen Dritte ausgeschöpft wurden. Denn der Geschädigte muss nur in der Lage sein, darzulegen, dass eine Inanspruchnahme Dritter nicht möglich oder zumutbar ist.

Ein „Klassiker-Thema“ aus dem Bereich der **Steuerberaterhaftung**, das auch versicherungsrechtliche Brisanz hat, greift das OLG Düsseldorf auf: die Lohnbuchhaltung und in diesem Zusammenhang auftauchende **sozialversicherungsrechtliche Prüfungspflichten**. Es bleibt nach dieser Entscheidung dabei, dass eine Beratungspflicht des Steuerberaters in Fragen der Sozialversicherung nicht besteht. Er muss aber eine richtige Lohnabrechnung vorlegen, d.h., diese muss nicht nur rechnerisch richtig sein. Der Steuerberater hat auch die Grundlagen der Berechnung zu ermitteln. Das wird von ihm erwartet, wenn ihm z.B. die Problematik des sog. **Phantomlohns** – untertarifliche Bezahlung – bekannt sein muss. Das OLG stellt beiläufig klar, dass er die Arbeitsverträge und die Einhaltung der Tariflöhne prüfen muss.

Der Kapitalanleger wird durch die **Pflichtprüfung des Abschlusses nach der Makler- und Bauträger-Verordnung** nicht geschützt. Sie entfaltet keine **Drittwirkung** zugunsten des Anlegers. Sie dient nur zur Vorlage bei der Behörde. Letztere soll die Bescheinigung gemäß § 34c GewO erteilen (OLG Saarbrücken).

Zur **Schadenentstehung** – Verjährungsbeginn – bei Verwirkung des Anspruchs auf **Trennungsunterhalt** aufgrund anwaltlicher Untätigkeit stellt das OLG Düsseldorf fest: Ein Schaden des Auftraggebers entsteht ein Jahr nach Fälligkeit des Anspruchs auf Trennungsunterhalt.



Mit freundlichen Grüßen  
Ihr Dr. Jürgen Gräfe

## GI News

### **BFH: Dauerverluste kommunaler Eigenbetriebe sind steuerpflichtig**

Es liegt seit geraumer Zeit „im Trend“, dass Städte und Gemeinden ihre Betriebe der Daseinsvorsorge, wenn diese Dauerverluste erleiden, in selbstständige Kapitalgesellschaften „auslagern“. Betroffen sind hiervon z.B. kommunale Bäderbetriebe oder Büchereien. Oftmals werden in solche Kapitalgesellschaften zugleich Anteile an gewinnträchtigen Betrieben eingelegt, so dass sich die Verluste und Gewinne ausgleichen. Man spricht hier von kommunaler „Querfinanzierung“.

Der Bundesfinanzhof (BFH) hat mit Urteil vom 22.8.2007 – I R 32/06 entschieden, dass solche Querfinanzierungen aus steuerlicher Sicht nicht zu beanstanden sind. Allerdings zieht die Hinnahme von Dauerverlusten ohne Verlustausgleich und ggf. Gewinnaufschlägen bei den Kapitalgesellschaften regelmäßig verdeckte Gewinnausschüttungen (vGA) und damit eine entsprechende Belastung mit Körperschaftsteuer und Gewerbesteuer nach sich. Denn die Übernahme der Verluste erfolgt im Interesse der Städte und Gemeinden als Gesellschafterinnen; diesen werden durch die Kapitalgesellschaften in Gestalt des ersparten Aufwands gesellschaftlich veranlasste Vorteile zugewendet. Die mit der Privatisierung erhofften Kostenvorteile, insbesondere die Entlastung der kommunalen Haushalte sowie die Verbilligung von Eintrittsgebühren, werden infolgedessen teilweise zunichte gemacht.

Im konkreten Fall ging es um eine kommunale Holding-GmbH, die alleinige Anteilseignerin eines in eine GmbH ausgelagerten dauerdefizitären kommunalen Bäderbetriebs sowie einer mit Gewinn arbeitenden kommunalen Wohnungsbau-GmbH war und mit beiden Tochtergesellschaften jeweils ein Organisationsverhältnis begründet hatte. Nach Meinung des BFH liegt in einer solchen Gestaltung zwar regelmäßig kein Gestaltungsmissbrauch i.S.d. § 42 Abs. 1 AO. Jedoch ist der im Rahmen des Ergebnisabführungsvertrages zu übernehmende Verlust der dauerdefizitären Gesellschaft steuerlich als vGA zu behandeln, die von der Holding-GmbH an die Gemeinde als Trägerkörperschaft weitergeleitet wird, und zwar ohne mit den ebenfalls abzuführenden Gewinnen der weiteren Eigengesellschaft verrechnet und um diese gemindert zu werden.

Zugleich hat der BFH in seinem Urteil klargestellt, dass er auch unter der Geltung des sog. Halbeinkünfteverfahrens an seiner ständigen Rechtsprechung festhält, nach der eine Kapitalgesellschaft über keine außerbetriebliche Sphäre verfügt und durch das Gesellschaftsverhältnis (mit-)veranlasste verlustbringende Aktivitäten unter den Voraussetzungen einer einkommensteuerrechtlichen sog. Liebhaberei eine vGA auslösen können.

(BFH, Urf. v. 22.8.2007 – I R 32/06)

Pressemitteilung d. BFH vom 24.10.2007 ■

**BFH: Finanzamt darf die Arbeitsagentur über neben Arbeitslosengeld bezogene Einkünfte informieren**

Das Steuergeheimnis verpflichtet das Finanzamt (FA) grundsätzlich, niemandem zu offenbaren, was es bei der Besteuerung des Bürgers erfährt, sei es durch dessen Steuererklärung, sei es zum Beispiel bei einer Betriebsprüfung. Diese Geheimhaltungspflicht besteht auch gegenüber anderen Behörden. Allerdings ist dem FA u.a. die Weitergabe von im Besteuerungsverfahren erlangten Informationen an die Arbeitsagenturen gestattet, wenn diese sie benötigen, um prüfen und entscheiden zu können, ob von jemandem Arbeitslosengeld zurückgefordert werden muss, weil er es zu Unrecht bezogen hat (§ 31a Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b bb) der Abgabenordnung).

Der Bundesfinanzhof (BFH) hat jetzt mit Beschluss vom 4.10.2007 – VII B 110/07 entschieden, dass eine solche Weitergabe von Informationen über Einkünfte eines Bürgers an eine Arbeitsagentur, von der er Arbeitslosengeld erhalten hat, auch dann zulässig ist, wenn aus den dem FA vorliegenden Informationen nicht ohne weiteres der Schluss gezogen werden kann, dass der Betreffende Arbeitslosengeld zu Unrecht erhalten hat. Erforderlich sei nur, dass die weitergegebenen Informationen überhaupt nach Maßgabe des Sozialgesetzbuches III für die Entscheidung der Arbeitsagentur über eine etwaige Rückforderung von Arbeitslosengeld erheblich sein können. Das FA müsse vor der Weitergabe solcher Informationen hingegen nicht etwa selbst prüfen, ob der Steuerpflichtige tatsächlich zu Unrecht Arbeitslosengeld erhalten hat.

Der Entscheidung liegt der Fall eines Steuerpflichtigen zugrunde, der in drei Jahren jeweils mehrere Tausend Euro Arbeitslosengeld erhalten, in diesen Jahren aber zugleich auch erhebliche Einkünfte aus freiberuflicher Tätigkeit und aus einem Gewerbebetrieb hatte. Das FA, das dies in einer Außenprüfung bei dem Steuerpflichtigen festgestellt hat, beabsichtigt, die Arbeitsagentur über diese Einkünfte zu unterrichten. Deswegen hat der Betreffende das Finanzgericht (FG) angerufen, um dem FA die Weitergabe dieser Informationen an die Arbeitsagentur durch einstweilige Anordnung untersagen zu lassen.

Er beruft sich darauf, dass er immer nur zeitweise arbeitslos gewesen sei und dann zu Recht Arbeitslosengeld bezogen habe, während seine steuerpflichtigen Einkünfte auf die Zeiträume entfielen, für die er kein Arbeitslosengeld erhalten habe. Da das FA für die Einkommensbesteuerung nur die Jahreseinkünfte ermittelt habe, die Berücksichtigung von Einkünften bei der Zahlung von Arbeitslosengeld hingegen monatsweise erfolge, ergebe sich aus den Feststellungen des FA kein ausreichender Anhaltspunkt für den Verdacht, dass er zu Unrecht Arbeitslosengeld bezogen habe. Nur bei einem konkreten Verdacht dürften jedoch die dem Steuergeheimnis unterliegenden Informationen weitergegeben werden.

Dieser Argumentation ist der BFH – wie schon das FG – nicht gefolgt und hat den Erlass einer einstweiligen Anordnung gegen das FA abgelehnt.

(BFH, Beschl. v. 4.10.2007 – VII B 110/07)

Pressemitteilung d. BFH v. 31.10.2007 ■

**BFH: Verwenden von Mieteinnahmen zu Optionsgeschäften löst den Zusammenhang zur Einkunftsart Vermietung und Verpachtung**

Wer seine Mieteinnahmen dazu verwendet, um Optionsgeschäfte durchzuführen, kann daraus entstehende Verluste nach dem Urteil des Bundesfinanzhofs (BFH) vom 18.9.2007 – IX R 42/05 auch dann nicht als Werbungskosten bei seinen Einkünften aus Vermietung und Verpachtung geltend machen, wenn er beabsichtigte, die angelegten Beträge wiederum für Zwecke der Vermietung zu verwenden.

Obwohl Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung Vorrang vor den sonstigen Einkünften haben, zu denen auch Devisenoptionsgeschäfte gehören, tritt nach Auffassung des BFH das jeweilige Optionsgeschäft als eigenständige Erwerbsquelle zwischen die Vermietertätigkeit und die geltend gemachten Verluste. Allein der Entschluss, Erlöse aus dem Optionsgeschäft für Vermietungen zu verwenden, begründet noch keinen wirtschaftlichen Zusammenhang, zumal erst der wirtschaftliche Erfolg der Optionsgeschäfte darüber entscheidet, ob überhaupt Mittel zur Reinvestition in das zur Vermietung genutzte Vermögen zu Verfügung stehen.

Im Streitfall vermietete ein Immobilienmakler über vierzig Objekte. Mit den daraus erzielten Überschüssen unternahm er über eine Landesbank Devisenoptionsgeschäfte, die zu erheblichen Verlusten führten. Weil die aus den Vermietungseinnahmen stammenden Mittel grundsätzlich dazu bestimmt gewesen seien, die mit der Vermietung zusammenhängenden Kosten zu decken und weitere Vermietungsobjekte anzuschaffen, machte der Immobilienmakler die Optionsverluste als Werbungskosten bei seinen Einkünften aus Vermietung und Verpachtung geltend.

(BFH, Urt. v. 18.9.2007 – IX R 42/05)

Pressemitteilung d. BFH v. 31.10.2007 ■

**BFH: Aufwand für Umbau eines Großraumbüros in Einzelbüros sofort abziehbarer Erhaltungsaufwand**

Wer ein Großraumbüro in Einzelbüros unter Verwendung von Rigips-Ständerwerk umbaut, kann den dafür entstehenden Aufwand nach dem Urteil des Bundesfinanzhofs (BFH) vom 16.1.2007 – IX R 39/05 sofort als Erhaltungsaufwendungen bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung abziehen.

Der BFH hat sich damit nicht der bisherigen Auffassung der Finanzverwaltung angeschlossen, nach der ein Einbau von zusätzlichen Trennwänden als Herstellungskosten zu erfassen und nur nach Maßgabe der Absetzung für Abnutzung (AfA) nach § 7 des Einkommensteuergesetzes bei den Werbungskosten im Rahmen der Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung zu berücksichtigen war. Denn nach der Rechtsprechung werden vermietete Räume durch eine Umgestaltung wie Verlegung und Entfernen von Zwischenwänden nicht „hergestellt“. Eine Herstellung kann dabei nur angenommen werden, wenn die neu eingefügten Gebäudeteile dem Gesamtgebäude das bautechnische Gepräge geben, zum Beispiel indem sie – anders als im entschiedenen Fall – verbrauchte Teile ersetzen, die für die Nutzungsdauer bestimmend sind. Führen die Kosten weder zu einer Wesensänderung der vermieteten Räume noch zu einer Erweiterung der Nutzfläche und erhöhen sie auch nicht den Standard des Vermietungsobjekts, liegt keine Herstellungsmaßnahme vor, so dass der entsprechende Aufwand uneingeschränkt den sofort abziehbaren Erhaltungsaufwendungen zuzurechnen ist.

(BFH, Urt. v. 16.1.2007 – IX R 39/05)

Pressemitteilung d. BFH v. 7.11.2007 ■

## Gl Leitsätze

### Fristenkontrolle

#### Fristwahrung / Faxversand / Prüfung des Sendeprotokolls / Spontanversagen / Technischer Defekt / Glaubhaftmachung

1. Wird ein fristwahrender Schriftsatz per Telefax versandt, muss die Ausgangskontrolle durch Überprüfung des Faxprotokolls nicht notwendigerweise in unmittelbarem Anschluss an den Sendevorgang, aber so rechtzeitig erfolgen, dass eine erfolglos gebliebene Übermittlung eines Schriftsatzes noch innerhalb der verbleibenden Frist ohne weiteres möglich ist.

2. Ein einen Bedienungsfehler ausschließendes, auf einem technischen Defekt beruhendes Spontanversagen eines Faxgeräts ist nicht hinreichend glaubhaft gemacht, wenn vor und nach dem erfolglosen Versuch der Übermittlung eines Schriftsatzes erfolgreiche Übermittlungen an die jeweiligen Empfänger stattgefunden haben, ohne dass zwischenzeitlich eine technische Wartung oder Reparatur erfolgt ist.

(BGH, Beschl. v. 10.10.2006 – XI ZB 27/05) ■

#### Wiedereinsetzungsantrag / Festgestelltes Fristversäumnis?

Über einen Wiedereinsetzungsantrag wegen Versäumung einer Frist zur Begründung eines Rechtsmittels ist erst und nur dann zu entscheiden, wenn nicht festgestellt werden kann, dass die Frist gewahrt ist.

(BGH, Beschl. v. 17.1.2007 – VIII ZB 75/06) ■

#### Praxisorganisation / Benennung einer Fachkraft / Wechsel der Zuständigkeit / Fristnotierung und Ausgangskontrolle bei namensgleichen Parteien

1. Ist die Fristenkontrolle nicht ausschließlich einer bestimmten Fachkraft zugewiesen, liegt darin ein Organisationsverschulden des Rechtsanwalts. Es ist aber nicht zu beanstanden, wenn die Zuständigkeit für die Fristenkontrolle – auch innerhalb eines Arbeitstages – wechselt, etwa nach Dienstschluss der zunächst zuständigen Fachkraft. Dann ist lediglich sicherzustellen, dass keine Unklarheiten – etwa durch zeitliche Überschneidung der Zuständigkeiten – darüber entstehen können, welcher Fachkraft die Fristenkontrolle zu einem gegebenen Zeitpunkt obliegt. Hierfür reicht eine formlose, aber eindeutige Übergabe des Aufgabenbereichs von der zunächst zuständigen Fachkraft auf die anschließend zu ihrer Vertretung berufene Fachkraft aus (*Fortführung des Senatsbeschl. v. 8.7.1992 – XII ZB 55/92, FamRZ 1993, 45*).

2. Zur Fristennotierung und Ausgangskontrolle bei mehreren Verfahren derselben oder namensgleichen Parteien.

(BGH, Beschl. v. 17.1.2007 – XII ZB 166/05) ■

#### Wiedereinsetzungsantrag / Ablehnung eines Prozesskostenhilfeantrags durch das Gericht?

Hat eine anwaltlich vertretene Partei innerhalb der Rechtsmittelfrist Prozesskostenhilfe beantragt, so beginnt die Frist für den Antrag auf Wiedereinsetzung in die Rechtsmittelfrist spätestens in dem Zeitpunkt, in dem das Gericht ihr unter eingehender Darlegung der Berechnungen mitteilt, dass die Voraussetzungen für die Gewährung der Prozesskostenhilfe (hier: nach § 115 Abs. 4 ZPO) nicht vorliegen. Jedenfalls von diesem Zeitpunkt an, muss sie mit der Ablehnung ihres Prozesskostenhilfesuchs rechnen; sie darf deshalb mit ihrem Wiedereinsetzungsgesuch und der Nachholung der versäumten Prozesshandlung nicht über die 14-Tage-Frist (§§ 234 Abs. 1, 236 Abs. 2 Satz 2 ZPO) hinaus zuwarten, bis das Gericht über ihr Gesuch entscheidet.

(BGH, Beschl. v. 31.1.2007 – XII ZB 207/06) ■

#### Telefaxnummer / Übertragung auf den Schriftsatz / Eingabefehler

Wird die Telefaxnummer aus dem konkreten Aktenvorgang handschriftlich auf den zu versendenden Schriftsatz übertragen, genügt es zur Überprüfung auf mögliche Eingabefehler, die gewählte Empfängernummer mit der übertragenen Nummer abzugleichen (*Anschluss an BGH, Beschl. v. 22.6.2004 – VI ZB 14/04, VersR 2005, 573*).

(BGH, Beschl. v. 13.2.2007 – VI ZB 70/06) ■

#### Wiedereinsetzung / Versäumung der Frist zur Sprungrevision / Einwilligung der Gegenseite

Gegen die Versäumung der Frist zur Einlegung der Sprungrevision ist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand auch dann möglich, wenn die schriftliche Einwilligungserklärung des Antragsgegners nicht innerhalb der Sprungrevisionsfrist beim Revisionsgericht eingereicht worden ist.

(BGH, Beschl. v. 6.3.2007 – VIII ZR 330/06) ■



## Belehrungspflichten des Anwalts

- Vollständige Analyse der Sach- und Rechtslage
- Eilbedürftigkeit
- Ziele und Interessen des Mandanten

(BGH, Urt. v. 1.3.2007 – IX ZR 261/03)

### Leitsätze:

1. Der Anwalt muss dem Mandanten nicht notwendig eine vollständige rechtliche Analyse, sondern allein die Hinweise liefern, die ihm im Hinblick auf die aktuelle Situation und sein konkretes Anliegen die notwendige Entscheidungsgrundlage vermitteln. Erscheint unter mehreren rechtlich möglichen Alternativen die eine deutlich vorteilhafter als die andere, hat der Anwalt darauf hinzuweisen und eine entsprechende Empfehlung zu erteilen.

2. Nach Art und Umfang des Mandats kann eine eingeschränkte Belehrung ausreichend sein, etwa bei besonderer Eilbedürftigkeit oder bei einem Aufwand, der außer Verhältnis zum Streitgegenstand steht. Inhalt und Umfang der Aufklärung haben sich nach den erkennbaren Interessen des Mandanten zu richten.

3. Zur Prüfung der Handlungsalternativen, die sich dem Auftraggeber bei pflichtgemäßer Beratung stellen, müssen deren jeweilige Rechtsfolgen miteinander und mit den Handlungszielen des Mandanten verglichen werden (*Fortführung von BGH, Urt. v. 13.1.2005 – IX ZR 455/00, WM 2005, 1615, 1616; v. 21.7.2005 – IX ZR 49/02, WM 2005, 2110, 2111*).

4. Dem Mandanten, der einen richtigen Vorschlag des Anwalts ablehnt, kommt im Haftungsprozess die Vermutung beratungsgemäßen Verhaltens nicht zugute (*Fortführung von BGHZ 123, 311, 319*). ■

### Zum Sachverhalt:

Die Klägerin hatte am 15.12.1998 und am 5.1.1999 Ferkel unter Eigentumsvorbehalt zum Preis von insgesamt 112.681,70 DM an die W.-GmbH (fortan: Käuferin) geliefert. Da die Käuferin den Kaufpreis trotz Mahnungen nicht zahlte, beauftragte die Klägerin, die die Weiterveräußerung der Tiere befürchtete, die Sozietät des Beklagten mit der Wahrnehmung ihrer Rechte.

Der Beklagte erklärte für die Klägerin mit Schreiben an die Käuferin vom 10.3.1999 den Rücktritt vom Vertrag wegen Verzugs mit der Kaufpreiszahlung. Ferner beantragte er am 11. und am 22.3.1999 ohne Erfolg beim zuständigen Landgericht jeweils den Erlass einer einstweiligen Verfügung auf Herausgabe der Ferkel.

Die Käuferin veräußerte die Ferkel unterdessen noch vor Ende der Mastzeit an ihren Geschäftsführer. Im Vorprozess wurde sie verurteilt, der Klägerin Ersatz in Höhe von 54.950,94 DM zu leisten.

Die Klägerin begehrt nunmehr von dem Beklagten Schadenersatz, weil ihr im Vorprozess infolge des Rücktritts nicht der volle Kaufpreis, sondern nur ein geringerer, um die Aufwendungen der Käuferin für die Mast der Tiere gekürzter Schadenersatzbetrag zugesprochen wurde.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Klägerin hatte überwiegend Erfolg. Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt der Beklagte seinen Klageabweisungsantrag weiter.

Die Revision hat Erfolg; sie führt zur Aufhebung und Zurückverweisung. ■

### Aus den Gründen:

I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, der Sozios des Beklagten habe der Klägerin zwar bereits Ende Februar 1999 im Grunde pflichtgemäß zur Durchsetzung der Kaufpreisforderungen geraten. Der Komplementär der Klägerin habe indessen befürchtet, im Falle des Weiterverkaufs und der Schlachtung der Schweine den Kaufpreis nicht mehr realisieren zu können, und er sei der Ansicht gewesen, dies durch Geltendmachung des Herausgabeanspruchs verhindern zu können. Deshalb hätte der Beklagte die Klägerin auch über das Zurückbehaltungsrecht der Käuferin wegen der Fütterungskosten gemäß §§ 1000, 994 BGB und die daraus folgenden Schwierigkeiten und Unwägbarkeiten bei der Durchsetzung der Herausgabe- und Wertersatzansprüche aufklären müssen.

In Anbetracht dessen sei der Beklagte verpflichtet gewesen, der Klägerin zur gerichtlichen Durchsetzung des Kaufpreisanspruchs als dem in jedem Fall schnelleren, sichereren und größeren Erfolg versprechenden Weg zu raten. Zur Erfüllung der Weisung der Klägerin, ihr das Eigentum an den Ferkeln zu sichern, hätte – nach Aufklärung über mangelnde Erfolgsaussichten – ein dinglicher Arrest beantragt werden können.

Zugunsten der Klägerin gelte die Vermutung beratungsgemäßen Verhaltens, weil bei vertragsgerechter Belehrung als sinnvolle Entscheidung nur die Titulierung des Kaufpreisanspruchs verblieben sei. Die Klägerin hätte dann von der Käuferin den Kaufpreis in Höhe von 112.681,70 DM anstatt des Wertersatzes in Höhe von 54.950,94 DM erlangt. Außerdem wären der Klägerin die anteilig zu tragenden Kosten des Vorprozesses nicht entstanden.

II. Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung in wesentlichen Punkten nicht stand.

1. Auf der für das Revisionsgericht maßgeblichen Tatsachengrundlage ist keine dem Beklagten zuzurechnende Pflichtverletzung gegeben.

a) Soweit der Mandant nicht eindeutig zu erkennen gibt, dass er des Rates nur in einer bestimmten Richtung bedarf, ist der Rechtsanwalt grundsätzlich zur allgemeinen, umfassenden und möglichst erschöpfenden Belehrung des Auftraggebers verpflichtet. Unkundige muss er über die Folgen ihrer Erklärungen belehren und vor Irrtümern bewahren.

In den Grenzen des Mandats hat er dem Mandanten diejenigen Schritte anzuraten, die zu dem erstrebten Ziel zu führen geeignet sind, und Nachteile für den Auftraggeber zu verhindern, soweit solche voraussehbar und vermeidbar sind. Dazu hat er dem Auftraggeber den sichersten und gefahrlosesten Weg vorzuschlagen und ihn über mögliche Risiken aufzuklären, damit der Mandant zu einer sachgerechten Entscheidung in der Lage ist (BGHZ 89, 178, 181 ff; BGH, Urt. v. 18.3.1993 – IX ZR 120/92, WM 1993, 1376, 1377; v. 4.6.1996 – IX ZR 51/95, WM 1996, 1824, 1825; v. 19.1.2006 – IX ZR 232/01, WM 2006, 927, 928; v. 23.11.2006 – IX ZR 21/03, WM 2007, 419).

aa) Der konkrete Umfang der anwaltlichen Pflichten richtet sich nach dem erteilten Mandat und den Umständen des einzelnen Falles (BGH, Urt. v. 4.6.1996, a.a.O.). **Ziel der anwaltlichen Rechtsberatung ist es, dem Mandanten eigenverantwortliche, sachgerechte (Grund-)Entscheidungen („Weichenstellungen“) in seiner Rechtsangelegenheit zu ermöglichen** (Zugehör in: *Zugehör/Fischer/Sieg/Schlee, Handbuch der Anwaltschaft* 2. Aufl., Rdnr. 558). Dazu muss sich der Anwalt über die Sach- und Rechtslage klar werden und diese dem Auftraggeber verständlich darstellen.

Der Mandant benötigt, insbesondere wenn er juristischer Laie ist, nicht unbedingt eine vollständige rechtliche Analyse, sondern allein die Hinweise, die ihm im Hinblick auf die aktuelle Situation und sein konkretes Anliegen die notwendige Entscheidungsgrundlage liefern. Erscheint unter mehreren rechtlich möglichen Alternativen die eine deutlich vorteilhafter als die andere, hat der Anwalt darauf hinzuweisen und eine entsprechende Empfehlung zu erteilen.

bb) Die Erklärungen des rechtlichen Beraters müssen – wie das Berufungsgericht im Ansatz zutreffend angenommen hat – dem Mandanten, der verlässlich über bestimmte Rechtsfolgen unterrichtet werden will, um darauf seine Entscheidung gründen zu können, **eine annähernd zutreffende Vorstellung von den Handlungsmöglichkeiten und deren Vor- und Nachteilen vermitteln** (vgl. BGH, Urt. v. 6.2.2003 – IX ZR 77/02, WM 2003, 1138, 1140 zur Steuerberaterhaftung). Allerdings kann nach Art und Umfang des Mandats eine eingeschränkte Belehrung ausreichend sein, etwa **bei besonderer Eilbedürftigkeit** oder bei einem **Aufwand, der außer Verhältnis zum Streitgegenstand steht**.

Eine in jeder Hinsicht lückenlose Aufklärung über alle rechtlichen Zusammenhänge und Folgen trägt vor allem bei schwieriger Sach- und Rechtslage **die Gefahr in sich, den Mandanten zu überfordern und ihm so den Blick auf die für die Entscheidung wichtigen Gesichtspunkte zu verstellen**. Dies würde dem Sinn und Zweck der geschuldeten Beratung zuwiderlaufen. Der Rechtsanwalt hat dem Auftraggeber daher nur die Hinweise zu erteilen, die ihm die für seine Entscheidung notwendigen Informationen liefern. **Inhalt und Umfang der vom Rechtsanwalt zu leistenden Aufklärung haben sich dabei immer nach den für ihn erkennbaren Interessen des Mandanten zu richten**.

cc) **Ein pflichtwidriges Verhalten des Rechtsanwalts ist vom Mandanten darzulegen und zu beweisen, selbst soweit es dabei um negative Tatsachen geht** (BGH, Urt. v. 5.2.1987 – IX ZR 65/86, NJW 1987, 1322, 1323; v. 3.12.1992 – IX ZR 61/92, NJW 1993, 1139, 1140). Der Rechtsanwalt darf sich aber nicht damit begnügen, eine Pflichtverletzung zu bestreiten oder ganz allgemein zu behaupten, er habe den Mandanten ausreichend unterrichtet. **Vielmehr muss er den Gang der Besprechung im Einzelnen schildern, insbesondere konkrete Angaben dazu machen, welche Belehrungen und Ratschläge er erteilt und wie darauf der Mandant reagiert hat** (BGHZ 126, 217, 225; BGH, Urt. v. 23.11.2006, a.a.O., 419 f; Fischer in: *Zugehör/Fischer/Sieg/Schlee, a.a.O.*, Rdnr. 958).

b) Im Streitfall standen der Klägerin als Vorbehaltsverkäuferin allgemein folgende rechtliche Handlungsalternativen zur Verfügung, wobei hier noch das vor dem 1.1.2002 geltende Schuldrecht anzuwenden ist (Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB):

aa) Hält der Verkäufer trotz des Zahlungsverzugs am Vertrag fest, so kann er den Kaufpreis einklagen und wegen der titulierten Kaufpreisforderung in die unter Eigentumsvorbehalt gelieferte Sache zu vollstrecken versuchen. Er muss dann seine eigene Sache pfänden, was innerhalb der durch § 811 ZPO gezogenen Grenzen zulässig ist (BGHZ 15, 171, 173; 55, 59, 62 f; MünchKomm-BGB/H.P. Westermann 4. Aufl., § 449 Rdnr. 37).

Mit der Durchsetzung des Kaufpreises kommt die Sicherungsfunktion des Eigentumsvorbehalts jedoch nicht zum Tragen. Nach der höchststrichterlichen Rechtsprechung, an der der Rechtsanwalt die Wahrnehmung seines Mandats grundsätzlich auszurichten hat (BGHZ 145, 256, 263; BGH, Urt. v. 7.5.1992 – IX ZR 151/91, NJW-RR 1992, 1110, 1112), kann der Verkäufer aufgrund des Eigentumsvorbehalts nicht schon bei Zahlungsverzug des Käufers Herausgabe der Kaufsache verlangen. Der Herausgabeanspruch greift erst ein, wenn der Verkäufer gemäß § 455 BGB vom Kaufvertrag zurücktreten oder die gemäß § 326 BGB gesetzte Nachfrist fruchtlos abgelaufen ist (BGHZ 54, 214, 216 ff; 70, 96, 100 f).

bb) Statt am Kaufvertrag festzuhalten, kann der Vorbehaltsverkäufer – wie geschehen – den Rücktritt gemäß § 455 Abs. 1 BGB erklären. Dadurch verliert der Käufer sein Besitzrecht und wird die Vindikation gemäß § 985 BGB ermöglicht. Außerdem wird die schuldrechtliche Rückforderung der Sache im Zuge der Rückabwicklung begründet (MünchKomm-BGB/H.P. Westermann 3. Aufl., § 455 Rdnr. 35, 39). Der Anspruch auf Herausgabe der Kaufsache, die Fristsetzung und der Schadenersatzanspruch können gemäß § 255 Abs. 1 ZPO, § 259 ZPO, § 283 Abs. 1 BGB im Wege der Klagenhäufung geltend gemacht werden (BGH, Urt. v. 14.12.1998 – II ZR 330/97, NJW 1999, 954, 955).

Allerdings steht wegen der Verwendungsersatzansprüche nach § 347 Satz 2, § 994 BGB dem Anspruch auf Rückgewähr gemäß § 346 Satz 1, § 455 BGB ein Leistungsverweigerungsrecht nach § 348 BGB und dem Anspruch

auf Herausgabe gemäß § 985 BGB ein Zurückbehaltungsrecht nach § 1000 BGB gegenüber. In Bezug auf Schadenersatzansprüche nach § 347 Satz 1, § 989 BGB sind die Verwendungen ebenfalls zu berücksichtigen (OLG Hamm, MDR 1982, 141; Soergel/Hadding, BGB 12. Aufl., § 348 Rdnr. 2; Staudinger/Kaiser, 13. Bearb. 1995, § 348 Rdnr. 4; Münch-Komm-BGB/Janßen 3. Aufl., § 348 Rdnr. 2).

cc) Bei Nachfristsetzung mit Ablehnungsandrohung gemäß § 326 BGB kann der Vorbehaltsverkäufer statt der Ansprüche wegen Rücktritts Schadenersatz wegen Nichterfüllung geltend machen. Demgegenüber bietet § 455 BGB einen zeitlichen Vorteil, weil eine angemessene Nachfrist nicht gesetzt werden muss (RGZ 144, 62, 65; Palandt/Putzo, BGB 61. Aufl., § 455 Rdnr. 26; Lange, JuS 1971, 511, 512).

Geht der Verkäufer nach § 326 Abs. 1 BGB vor, so kann er den vereinbarten Kaufpreis auch dann nicht als Schadenersatz verlangen, wenn er dem Käufer die Erfüllung seiner Verpflichtung zur Übereignung anbietet (BGH, Urt. v. 25.6.1999 – V ZR 190/98, NJW 1999, 3115, 3116). Im Rahmen des Anspruchs auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung ist dem Gläubiger nach der sog. Differenztheorie die Wertdifferenz zwischen der Vermögenslage, die sich bei ordnungsmäßiger Vertragserfüllung ergeben hätte, und derjenigen, die infolge der Nichterfüllung tatsächlich eingetreten ist, zu ersetzen. Hat der Gläubiger die von ihm geschuldete Leistung bereits erbracht, so kann er sie im Rahmen des Schadenersatzes wegen Nichterfüllung grundsätzlich nicht zurückverlangen; einen Anspruch auf Rückabwicklung hat er vielmehr im Fall des Verzuges nur, wenn er vom Vertrag zurücktritt.

Deshalb ist im Rahmen des Schadenersatzes wegen Nichterfüllung die bereits erbrachte Leistung dem Schuldner grundsätzlich zu belassen und bei der Bemessung des Schadenersatzanspruchs, der dann auf Ersatz für die entgangene Leistung des Schuldners gerichtet ist, zu berücksichtigen.

Eine Einschränkung erfährt die Differenztheorie nach der Rechtsprechung insoweit, als der Gläubiger, der Schadenersatz wegen Nichterfüllung begehrt, hierdurch nicht gehindert wird, die bereits übergebene, aber noch nicht übergebene Kaufsache auf Grund seines Eigentums herauszuverlangen (§ 985 BGB), weil mit dem Erfüllungsanspruch auch das Recht des Schuldners zum Besitz der Sache (§ 986 BGB) entfallen ist; er muss sich dann freilich den Wert der Sache auf den Schadenersatzanspruch anrechnen lassen (BGHZ 87, 156, 158 f). Der Verkäufer hat nicht die Möglichkeit, Schadenersatz in der Weise geltend zu machen, dass er Zug um Zug gegen Erfüllung seiner vertraglichen Leistungspflicht die ihm geschuldete Gegenleistung verlangt (BGH, Beschl. v. 6.10.1994 – V ZR 92/94, NJW 1994, 3351; Urt. v. 25.6.1999, a.a.O., 3117).

c) Zur Prüfung der Handlungsalternativen, die sich der Klägerin bei pflichtgemäßer Beratung stellten, müssen deren jeweilige Rechtsfolgen miteinander und mit den Handlungszielen der Klägerin verglichen werden.

aa) Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts wollte der Komplementär der Klägerin den Kaufpreis möglichst vor dem Weiterverkauf der Schweine bekommen und auf schnellstem Wege einen Titel erhalten, um die Ansprüche aus dem Kaufvertrag sichern und durchsetzen zu können. Dabei ging er davon aus, die Käuferin befände sich in Zahlungsschwierigkeiten und werde die Schweine in etwa zwei Wochen verkaufen. Er befürchtete, die Kaufpreisforderung nach Veräußerung der Schweine nicht mehr realisieren zu können. **Sein erklärtes Interesse zielte dahin, durch Herausgabe der Tiere deren Weiterverkauf und Schlachtung bis zur Befriedigung der Ansprüche der Klägerin zu verhindern.**

bb) Mit keiner der dargestellten Handlungsalternativen ließen sich die Handlungsziele der Durchsetzung des Kaufpreisanspruchs und der Verhinderung der Weiterveräußerung nebeneinander erreichen.

**(1) Bei Verfolgung des Kaufpreisanspruchs konnten die Weiterveräußerung und die Schlachtung der Schweine nicht verhindert werden.** Gegen die Durchsetzung dieser Forderung im Erkenntnisverfahren sprachen dessen voraussichtliche Dauer sowie die geäußerten Befürchtungen in Bezug auf die Vermögenslage der Käuferin. Der vom Berufungsgericht erwogene Antrag auf Erlass des dinglichen Arrests bot von vornherein keine Aussicht auf Erfolg. Eine schlechte Vermögenslage des Schuldners ist – ebenso wie die drohende Konkurrenz anderer Gläubiger – für sich allein kein Arrestgrund; es ist mindestens erforderlich, dass eine Verschlechterung der Vermögensverhältnisse droht (BGHZ 131, 95, 105 f).

Die Voraussetzungen für einen **dinglichen Arrest** sind überdies nicht gegeben, wenn dem Gläubiger bereits die ganze Forderung abdeckende und wirtschaftlich ausreichende Sicherheiten – wie hier der Eigentumsvorbehalt – zur Verfügung stehen, die seinen Anspruch sicherstellen (BGH, Urt. v. 22.2.1972 – VI ZR 135/70, NJW 1972, 1044, 1045; Wieczorek/Schütze/Thümmel, ZPO 3. Aufl., § 917 Rdnr. 10; Stein/Jonas/Grunsky, ZPO 22. Aufl., § 917 Rdnr. 21 f; Zöller/Vollkommer, ZPO 26. Aufl., § 917 Rdnr. 11; Musielak/Huber, ZPO 5. Aufl., § 917 Rdnr. 8; MünchKomm-ZPO/Heinze 2. Aufl., § 917 Rdnr. 14).

**(2) Durch den Rücktritt vom Vertrag wurde die Einwilligung in die Weiterveräußerung der Schweine gemäß § 185 Abs. 1 BGB (vgl. Palandt/Putzo, a.a.O., § 455 Rdnr. 13) beseitigt.** Allerdings war ungewiss, ob der Anspruch auf Herausgabe der Schweine mit Erfolg im Wege der einstweiligen Verfügung gesichert oder geregelt werden konnte. Der Herausgabe an die Klägerin stand insbesondere das grundsätzliche Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache entgegen (vgl. dazu Saenger, JZ 1999, 970, 975), und die Herausgabe an einen Sequester erschien bei Mastvieh untunlich.

Darüber hinaus wurde durch den Rücktritt der Kaufpreisanspruch beseitigt und das ursprüngliche Vertragsverhältnis in ein Abwicklungsverhältnis umgewandelt mit der sich aus §§ 346, 347 BGB ergebenden Grundregel, dass die noch

ausstehenden Leistungen nicht erbracht und die bereits bewirkten Leistungen zurückgewährt werden mussten (vgl. BGH, Urt. v. 8.12.1989 – V ZR 174/88, NJW 1990, 2068, 2069; v. 10.7.1998 – V ZR 360/96, NJW 1998, 3268 f.).

Deswegen hatte die Klägerin ein Zurückbehaltungsrecht der Käuferin zu gewärtigen. Da die Lieferungen der Ferkel an den Mastbetrieb bereits im Dezember 1998 und im Januar 1999 erfolgt waren, standen Ende Februar bzw. am 10.3.1999 bereits Verwendungsersatzansprüche wegen Mastkosten für mehrere Monate im Raum. Bei Tieren, die – wie Ferkel üblicherweise – nur zum Zweck der Fleischproduktion aufgezogen werden, lässt sich im Rahmen der §§ 347, 994 BGB nicht zwischen reinen Fütterungskosten und Mastkostenanteil unterscheiden (Staudinger/Gursky, a.a.O., Neubearb. 2006, § 994 Rdnr. 15; Staudinger/Kaiser, a.a.O., Neubearb. 2004, § 347 Rdnr. 41). Die Verwendungen begründeten ein Zurückbehaltungsrecht der Vorbehaltskäuferin und damit ein Recht zum Besitz und konnten grundsätzlich auch im Verfahren der einstweiligen Verfügung dem Verfügungsanspruch entgegengehalten werden.

(3) Der **Schadenersatzanspruch gemäß § 326 BGB** bot im Streitfall gegenüber dem Rücktritt keinen Vorteil. Die grundsätzlich erforderliche **Nachfristsetzung mit Ablehnungsandrohung hätte zu einer Verzögerung von mehreren Tagen geführt**, obschon nach Angaben der Klägerin die Weiterveräußerung der Schweine in etwa zwei Wochen bevorstand. Die Klägerin wäre nicht berechtigt gewesen, Schadenersatz nach der Austauschmethode zu fordern, d.h. Zahlung des Kaufpreises gegen unbedingte Übereignung der Schweine (vgl. Palandt/Heinrichs, a.a.O., § 326 Rdnr. 26). Im Übrigen ging es der Klägerin nach den Feststellungen des Berufungsgerichts auch nicht darum, einen über dem Kaufpreis liegenden Wert der Tiere für sich zu realisieren. Eine Verfolgung des Schadenersatzanspruchs im einstweiligen Rechtsschutz schied in Ermangelung eines Verfügungsgrundes aus.

cc) Zur Belehrung über die Handlungsalternativen hat der Beklagte behauptet, sein Sozius habe der Klägerin zur Durchsetzung der Kaufpreisforderung geraten. Von einem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung sei der Klägerin unter Nennung mehrerer Gründe abgeraten worden. So seien ihr Bedenken hinsichtlich des Verfügungsanspruchs entgegengehalten worden, weil allein der Zahlungsverzug dem Vorbehaltskäufer noch keinen durchsetzbaren Herausgabeanspruch gewähre. Das Recht der Vorbehaltskäuferin zum Besitz könne sofort nur mit der erforderlichen Gewissheit durch Erklärung des Rücktritts von den Kaufverträgen beseitigt werden. Durch den Rücktritt entfalle aber die Grundlage für den fälligen Kaufpreisanspruch der Klägerin. Ohne weitere Kenntnis der aktuellen Vermögenslage der Käuferin sei der für den Erlass einer einstweiligen Verfügung erforderliche Verfügungsgrund fraglich.

Ferner dürfe bei Inanspruchnahme einstweiligen Rechtsschutzes die Hauptsache nicht vorweggenommen werden, was bei einem Herausgabeverlangen besonders problematisch sei. Da der Komplementär der Klägerin ungeachtet

des anwaltlichen Abratens darauf bestanden habe, eine einstweilige Verfügung zu beantragen, habe der Beklagte auftragsgemäß den Rücktritt erklärt, um überhaupt die rechtlichen Voraussetzungen für einen Herausgabeanspruch zu schaffen. Für ein ebenfalls erwogenes Vorgehen nach § 326 BGB habe keine ausreichende Zeit zur Verfügung gestanden, weil der Komplementär mit der baldigen Weiterveräußerung der Tiere durch die Käuferin gerechnet und auf eine sofortige Maßnahme gedrängt habe.

Die Klägerin hat demgegenüber unter Beweisantwort vorgebracht, ihr Komplementär habe bereits beim ersten Gespräch Ende Februar 1999 die Dringlichkeit der Angelegenheit zum Ausdruck gebracht, woraufhin ihm die Geltendmachung der Kaufpreisforderung im Wege des Mahnbescheids empfohlen, aber von Seiten des Beklagten bis zum zweiten Gespräch am 10.3.1999 nichts veranlasst worden sei. Die Klägerin sei weder über die Rechtsfolgen des Rücktritts gemäß § 455 BGB noch über die Alternative des § 326 BGB belehrt worden. Soweit der Herausgabeanspruch im Wege der einstweiligen Verfügung verfolgt worden sei, habe der Beklagte keine Bedenken geäußert.

dd) Da das Berufungsgericht hierzu keine Feststellungen getroffen hat, ist für die Revisionsinstanz von dem Beklagtenvorbringen auszugehen.

Das Berufungsgericht hat angenommen, der Beklagte habe die Klägerin unzureichend beraten, weil er nach seiner eigenen Darstellung nicht über das Zurückbehaltungsrecht gemäß §§ 1000, 994 BGB und die daraus folgenden Schwierigkeiten bei der Durchsetzung der Herausgabe- und Wertersatzansprüche aufgeklärt habe. Dies ist rechtlich nicht haltbar; das Berufungsgericht hat **die Anforderungen an die anwaltliche Beratung überspannt**.

Der Beklagte hat der Klägerin die drei Handlungsalternativen aufgezeigt. Selbst wenn die Möglichkeit des Schadenersatzes wegen Nichterfüllung nicht erläutert worden sein sollte, stellt dies kein pflichtwidriges Verhalten dar; denn gegenüber einer Kaufpreisklage oder einer einstweiligen Verfügung bot § 326 BGB keinen erkennbaren Vorteil. Der Vorschlag des Beklagten, die Kaufpreisforderung durchzusetzen, entsprach einem wesentlichen Handlungsziel der Klägerin. Der Komplementär ist diesem Rat indessen nicht gefolgt, weil er unbedingt die Herausgabe der Schweine erreichen wollte. Der Beklagte hat demgegenüber die Risiken und Nachteile des begehrten Antrags auf Erlass einer einstweiligen Verfügung ausreichend dargestellt, indem er drei wesentliche Gesichtspunkte genannt hat, die gegen ein solches Vorgehen sprachen: Vorwegnahme der Hauptsache, fehlender Verfügungsgrund, Beseitigung der Kaufpreisforderung.

Schon aus diesen Gründen war es objektiv nicht sachgerecht, eine einstweilige Verfügung zu beantragen. Daher brauchte der Beklagte die Klägerin nicht zusätzlich darüber zu belehren, dass der Käuferin wegen der Fütterungskosten ein Verwendungsersatzanspruch aus § 994 BGB zustand, der ein Zurückbehaltungsrecht nach § 1000 BGB begründete. Zudem war absehbar, dass das angerufene Gericht diese



Frage nicht behandelt, weil es die einstweilige Verfügung bereits mangels eines Herausgabeanspruchs und/oder eines Verfügungsgrundes ablehnt. Der Beklagte hatte überdies keine Anhaltspunkte dafür, dass die Erwähnung des Zurückbehaltungsrechts wegen der Fütterungskosten für die Abwägung von Vor- und Nachteilen der Handlungsmöglichkeiten wesentlich sein würde. Bei wirtschaftlicher Betrachtung steht im Allgemeinen den Fütterungskosten eine zumindest gleich hohe Wertsteigerung der Schweine gegenüber.

Da die Klägerin über ihre Handlungsmöglichkeiten auf der Grundlage der Behauptungen des Beklagten hinreichend belehrt worden ist und gleichwohl einen entsprechenden Antrag gewünscht hat, stellt die Verfolgung des Herausgabeanspruchs im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes kein pflichtwidriges Verhalten des Beklagten dar. Im Übrigen ermöglichte ein Rücktritt, die Hinterlegung des Erlöses aus der Weiterveräußerung zu erreichen.

2. Die Ausführungen des Berufungsgerichts zum **Schaden** sind ebenfalls nicht rechtsfehlerfrei. Die Annahme, die Klägerin hätte von der Käuferin den Kaufpreis erlangen können, hält rechtlicher Prüfung nicht stand.

**a) Ein Mandant, der infolge eines pflichtwidrigen Verhaltens seines Rechtsanwalts eine Forderung verliert, erleidet einen Schaden im Rechtssinne nur, wenn er bei sachgerechtem Vorgehen des Rechtsanwalts Leistungen erhalten hätte. Trifft dies nicht zu, ist die verlorene Forderung wertlos. In einem solchen Fall kommt die Verurteilung des Rechtsanwalts auf Zahlung von Schadenersatz nicht in Betracht (BGH, Urt. v. 18.3.2004 – IX ZR 255/00, NJW 2004, 1521, 1522).**

**§ 287 ZPO ändert nichts daran, dass der Schadennachweis grundsätzlich dem obliegt, der Schadenersatz fordert.** Der Gegner kann sich – wovon das Berufungsgericht im Ansatz zutreffend ausgegangen ist – darauf beschränken, den Schaden zu bestreiten. Nicht der Beklagte muss darum in allen Einzelheiten den Nachweis führen, dass die Käuferin zahlungsunfähig gewesen wäre. **Vielmehr ist seine Verteidigung schon dann erheblich, wenn er Umstände dargelegt hat, die Zweifel an der Zahlungsfähigkeit begründen können. Zu Nachforschungen ist er nicht verpflichtet (BGH, Urt. v. 19.9.1985 – IX ZR 138/84, NJW 1986, 246, 247).**

**b) Diese Anforderungen erfüllt die Verteidigung des Beklagten. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts bedurfte es zur Begründung von Zweifeln an der Zahlungsfähigkeit der Käuferin nicht der Darlegung von Anhaltspunkten für die Aussichtslosigkeit der Zwangsvollstreckung aufgrund weiterer, nicht unerheblicher Verbindlichkeiten und fehlender Vermögenswerte.**

**aa)** Nach den Feststellungen zum pflichtwidrigen Verhalten im angefochtenen Urteil hatte der Komplementär der Klägerin dem Beklagten am 10.3.1999 oder kurz zuvor mitgeteilt, er befürchte, dass sich die Käuferin in Zahlungsschwierigkeiten befinde und die Kaufpreisforderung nach Weiterverkauf der Schweine nicht mehr realisiert werden könne.

Außerdem hatte die Käuferin, wie aus dem mit der Klageschrift vorgelegten Berufungsurteil des Vorprozesses hervorgeht, behauptet, die Schweine am 15.2.1999 und am 8.3.1999, also nach etwa der Hälfte der Mastzeit, an ihren Geschäftsführer veräußert zu haben. In jenem Urteil ist festgestellt, es gebe für Mastschweine, die vor Erreichen der Schlachtreife veräußert würden, keinen offiziellen Markt und keine verwertbaren Marktdaten.

**bb)** Darüber hinaus hat der Beklagte in der Klageerwidderung und im Schriftsatz vom 23.9.2001 auch bestritten, dass die Käuferin den gegenüber dem Kaufpreis erheblich geringeren Urteilsbetrag aus dem Vorprozess in Höhe von 54.950,94 DM zzgl. Zinsen gezahlt habe bzw. eine Vollstreckung erfolgreich gewesen sei. Obgleich die Klägerin zu näheren Erläuterungen in der Lage sein müsste, hat sie sich auf die Behauptung beschränkt, sie hätte aus einem Urteil über den Kaufpreis zzgl. Zinsen und Kosten erforderlichenfalls mit Erfolg bei der Käuferin vollstrecken können. Im Hinblick darauf hätte das Berufungsgericht auch die – vom Beklagten bestrittenen – Angaben des Prozessbevollmächtigten der Klägerin in der Berufungsverhandlung würdigen müssen, „der Titel über 54.000 EUR“ (gemeint wohl: DM) sei nach dem in einem weiteren Rechtsstreit geschlossenen Vergleich „aus der hinterlegten Summe erfüllt worden“.

**cc)** Schließlich ist in dem angefochtenen Urteil rechtsfehlerhaft nicht zwischen wirklicher und hypothetischer Vermögenslage getrennt worden. Das Berufungsgericht hat angenommen, auf Grund der Hinterlegung sei die Realisierung der Kaufpreisforderungen bereits relativ sicher gewesen. Wäre jedoch kein Rücktritt erklärt und stattdessen die Kaufpreisforderung durchgesetzt worden, so hätte für die Hinterlegung kein Anlass bestanden und auf den entsprechenden Betrag nicht zugegriffen werden können.

III. Das angefochtene Urteil ist danach aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Da die Sache nicht zur Endentscheidung reif ist, ist sie an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

1. Das Berufungsgericht wird nunmehr zunächst im Einzelnen klären müssen, ob und in welcher Weise der Komplementär der Klägerin über die in dieser Sache in Betracht kommenden Vorgehensweisen belehrt worden ist.

2. Falls das Berufungsgericht danach erneut zu dem Ergebnis gelangt, dass eine schuldhaft Pflichtverletzung gegeben ist, wird es sich im Rahmen der zur Feststellung der Kausalität gemäß § 287 ZPO vorzunehmenden Würdigung auch mit den Änderungen im Sachvortrag der Klägerin zu dem aus ihrer Sicht gebotenen Vorgehen auseinanderzusetzen haben. In der Klageschrift ist das pflichtwidrige Verhalten des Beklagten darin erblickt worden, nicht zur Kaufpreisklage oder zum Vorgehen nach § 326 BGB geraten zu haben. Die Ausführungen in der Berufungsbegründung enthalten dagegen – ebenso wie die Streitverkündungsschrift im Vorprozess vom 4.7.2000 – allein den Vorwurf, der Klägerin nicht zum Vorgehen nach § 326 BGB geraten zu haben.

Hat der Beklagte mit zutreffenden Erwägungen von einer einstweiligen Verfügung abgeraten, so liegen schon deshalb Tatsachen vor, die den Anscheinsbeweis entkräften. **Dem Mandanten, der einen richtigen Vorschlag des Anwalts ablehnt, kommt im Haftungsprozess die Vermutung beratungsgemäßen Verhaltens nicht zugute** (BGHZ 123, 311, 319; Fischer in: Zuehör/Fischer/Sieg/Schlee, a.a.O., Rdnr. 1007).

3. Entgegen der Auffassung der Revision fehlt zwischen dem pflichtwidrigen Verhalten des Beklagten und der Auflegung von Kosten des Vorprozesses nicht schon der Zurechnungszusammenhang. Letzterer wird grundsätzlich nicht dadurch unterbrochen, dass nach dem pflichtwidrig handelnden Anwalt eine andere rechtskundige Person mit der Angelegenheit befasst worden ist und noch in der Lage gewesen wäre, den Schadeneintritt zu verhindern, wenn sie die ihr obliegende Sorgfaltspflicht beachtet hätte (Fischer, a.a.O., Rdnr. 1021 f). Die Zurechnungsgrenze ist erst dann überschritten, wenn der erste Anwalt den später mandatierten Kollegen noch rechtzeitig vor Eintritt des Schadens auf den Fehler hinweist und jener trotzdem aus sachwidrigen Erwägungen die gebotene Maßnahme unterlässt (Fischer, a.a.O., Rdnr. 1023). Eine solche Gestaltung liegt hier nicht vor. ■

## Abtretung einer Gebührenforderung

- Anwaltsgebühr, Abtretung an Rechtsanwalt
- Zustimmung des Mandanten?
- Beitreibung durch Dritte
- Informationelle Selbstbestimmung (BGH, Urt v. 1.3.2007 – IX ZR 189/05)

### Leitsatz:

Die Abtretung einer Anwaltsgebührenforderung an einen Rechtsanwalt ist ohne Zustimmung des Mandanten wirksam. ■

### Zum Sachverhalt:

Der klagende Rechtsanwalt macht aus abgetretenem Recht einen Anspruch auf Zahlung von Rechtsanwaltsgebühren geltend. Die Rechtsanwaltskanzlei F., E. und B. (im Folgenden: Zedentin) stellte den Beklagten mit Schreiben vom 8.10.2001 für die Erstellung eines Testamentsentwurfs durch Rechtsanwalt F. einen Betrag von 197.250,81 DM (100.852,73 EUR) in Rechnung. Die Beklagten bestreiten, einen Auftrag erteilt zu haben. Am 3./5.11.2003 unterzeichneten der Kläger und Rechtsanwalt F. als Vertreter der Zedentin eine Vereinbarung, wonach die genannte Anwaltsgebührenforderung an den Kläger abgetreten wird. Die Beklagten haben dieser Abtretung nicht zugestimmt.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Klägers ist ohne Erfolg geblieben. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seinen Anspruch in vollem Umfang weiter.

Die Revision ist begründet; sie führt zur Aufhebung und Zurückverweisung. ■

### Aus den Gründen:

I. Das Berufungsgericht hat die Aktivlegitimation des Klägers verneint. Zur Begründung hat es ausgeführt, die Abtretung der Klageforderung an den Kläger verstoße gegen § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB und sei deshalb gemäß §§ 134, 138 BGB nichtig. Dieser Beurteilung stehe die am 9.9.1994 in Kraft getretene Bestimmung des § 49b Abs. 4 BRAO nicht entgegen.

II. Die Ausführungen des Berufungsgerichts halten rechtlicher Prüfung nicht stand. Die Abtretung ist wirksam, der Kläger aktivlegitimiert.

1. Für die Zeit vor Inkrafttreten des § 49b Abs. 4 BRAO hat der Bundesgerichtshof im Anschluss an die Rechtsprechung zur Abtretung ärztlicher Honorarforderungen (BGHZ 115, 123, 130) und zur Weitergabe einer ärztlichen Patienten- und Berufskartei (BGHZ 116, 268, 272 f) entschieden, dass die Abtretung von Honorarforderungen eines Rechtsanwalts (§§ 398, 675 BGB) ohne Zustimmung des Mandanten in der Regel den objektiven Tatbestand der Strafvorschrift des § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB erfüllt, weil mit der Abtretung die umfassende Informationspflicht des § 402 BGB gegenüber dem neuen Gläubiger verbunden ist. Deshalb waren – vor Einführung des § 49b Abs. 4 BRAO – sowohl das schuldrechtliche Grundgeschäft der Forderungsübertragung als auch die Abtretung als dingliches Erfüllungsgeschäft gemäß §§ 134, 138 BGB nichtig. Dadurch wurde dem durch Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG gewährleisteten Recht auf informationelle Selbstbestimmung Rechnung getragen (BGHZ 122, 115, 119; 148, 97, 101; BGH, Urt. v. 13.5.1993 – IX ZR 234/92, WM 1993, 1251, 1252; v. 8.7.1993 – IX ZR 12/93, WM 1993, 1849, 1850; v. 11.11.2004 – IX ZR 240/03, ZIP 2005, 218; v. 9.6.2005 – IX ZR 14/04).

2. Nach der im Jahr 1994 in Kraft getretenen, im Streitfall anwendbaren Vorschrift des § 49b Abs. 4 BRAO ist ein Rechtsanwalt, der eine Gebührenforderung erwirbt, in gleicher Weise zur Verschwiegenheit verpflichtet wie der beauftragte Rechtsanwalt (Satz 1); die Abtretung von Gebührenforderungen oder die Übertragung ihrer Einziehung an einen nicht als Rechtsanwalt zugelassenen Dritten ist unzulässig, es sei denn, die Forderung ist rechtskräftig festgestellt, ein erster Vollstreckungsversuch fruchtlos ausgefallen und der Anwalt hat die ausdrückliche schriftliche Einwilligung des Mandanten eingeholt (Satz 2).

Aus dieser Vorschrift ergibt sich, dass entgegen der zuvor geltenden Rechtslage nunmehr die Abtretung der Honorarforderung an einen anderen Rechtsanwalt ohne Zustimmung des Mandanten allgemein zulässig ist.

a) Im Entwurf der Bundesregierung für ein Gesetz zur Neuordnung des Berufsrechts der Rechtsanwälte und der Patentanwälte (BT-Drucks. 12/4993) war in § 49b Abs. 4 BRAO folgende Regelung vorgesehen:

„Die Abtretung von Gebührenforderungen oder die Übertragung ihrer Einziehung an einen nicht als Rechtsanwalt zugelassenen Dritten, insbesondere an ein Inkassobüro, ist unzulässig, es sei denn, die Forderung ist rechtskräftig festgestellt, ein erster Vollstreckungsversuch fruchtlos ausgefallen und die Pflicht zur Berufsverschwiegenheit wird nicht beeinträchtigt.“

Zur Begründung wurde ausgeführt, Absatz 4 untersagt grundsätzlich die Abtretung von nicht titulierten Gebührenansprüchen an Personen, die nicht einer Rechtsanwaltskammer angehören, um sicherzustellen, dass die beruflichen Verschwiegenheitspflichten bei der Durchsetzung von Honorarforderungen beachtet werden (*BT-Drucks. 12/4993, S. 7, 31*).

Auf Vorschlag des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages ist in § 49b Abs. 4 BRAO der nunmehr geltende Satz 1 eingefügt und Satz 2 u.a. dahin geändert worden, dass der Rechtsanwalt bei der Abtretung an nicht als Rechtsanwälte zugelassene Dritte auch die ausdrückliche, schriftliche Einwilligung des Mandanten einholen muss (*vgl. BT-Drucks. 12/7656, S. 11*). In der Begründung (*vgl. BT-Drucks. 12/7656, S. 49*) wurde auf die Urteile des Bundesgerichtshofs vom 25.3.1993 (*BGHZ 122, 115*) und 13.5.1993 (*a.a.O.*) verwiesen, aus denen sich ergebe, dass die Abtretung anwaltlicher Gebührenforderungen nur wirksam sei, wenn entweder der Rechtsanwalt die Zustimmung des Mandanten zur Weitergabe von Informationen aus dem Mandatsverhältnis einhole oder Zessionar und Zedent denselben Schweigepflichten unterworfen seien; dem solle mit der gegenüber dem Regierungsentwurf geänderten Fassung klarstellend Rechnung getragen werden.

b) In welcher Weise unter diesen Umständen § 49b Abs. 4 BRAO auszulegen ist, hat der Bundesgerichtshof bisher offengelassen (*vgl. BGH, Urt. v. 11.11.2004, a.a.O.; v. 9.6.2005, a.a.O.*). In Rechtsprechung und Literatur ist die Frage seit Inkrafttreten der Vorschrift umstritten.

Nach einer Auffassung wird durch die Regelung in § 49b Abs. 4 BRAO nur die Verschwiegenheitspflicht des Zessionars geregelt (*OLG Düsseldorf, NJW-RR 1999, 1583, 1584 zur Parallelvorschrift des § 43a Nr. 3 PatentanwaltsO; OLG Koblenz, DStRE 2000, 555, 556; LG Karlsruhe, MDR 2001, 1383, 1384; LG München I, NJW 2004, 451; AG München, NJW-RR 1997, 1559; Erman/Palm, BGB 10. Aufl., § 134 Rdnr. 62; MünchKomm-BGB/Mayer-Maly/Armbruster 4. Aufl., § 134 Rdnr. 55; Hoyer in: Rudolphi/Horn/Günther, SK-StGB 7. Aufl., § 203 Rdnr. 78; Lackner/Kühl, StGB 25. Aufl., § 203 Rdnr. 18 a.E.; Berger, NJW 1995, 1406, 1407; Prechtel, NJW 1997, 1813, 1816*).

Nach anderer Auffassung wird durch die Vorschrift angeordnet, dass die Abtretung ohne Zustimmung des Mandanten erfolgen kann (*OLG Hamburg, OLGR 2001, 74, 76; OLG München, NJW 2000, 2592, 2594; LG Baden-Baden, NJW-RR 1998, 202, 203; Ganter in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch 2. Aufl., Bd. II, § 96 Rdnr. 138; Paulus, NJW 2004, 21, 22; Hirtz, EWIR 2005, 787; MünchKomm-*

*StGB/Ciemiak, § 203 Rdnr. 68; Feuerich/Weyland, BRAO 6. Aufl., § 49b Rdnr. 47 f; Nerlich in: Hartung, Anwaltliche Berufsordnung 3. Aufl., § 49b BRAO Rdnr. 84 ff; Dittmann in: Henssler/Prütting, BRAO 2. Aufl., § 49b Rdnr. 37; Jessnitzer/Blumberg, BRAO 9. Aufl., § 49b Rdnr. 7; im Grundsatz ebenso Zugehör in: Zugehör/Fischer/Sieg/Schlee, Handbuch der Anwaltschaft 2. Aufl., Rdnr. 861 ff*).

c) Die zuletzt genannte Auffassung ist zutreffend.

aa) Die Rechtsprechung zur Nichtigkeit der Abtretung von Honoraransprüchen an Rechtsanwälte ohne Zustimmung des Mandanten hat das Ziel, **das Recht des Mandanten auf informationelle Selbstbestimmung** zu gewährleisten. Dieses aus Art. 2 Abs. 1 und Art. 1 Abs. 1 GG abgeleitete Recht (*BVerfGE 65, 1, 41 ff; 78, 77, 84*), das seine Wirkung auch im Bereich des Privatrechts entfaltet (*BVerfGE 84, 192, 194 ff*), steht unter dem Schrankenvorbehalt der verfassungsmäßigen Ordnung. Darunter sind alle Rechtsnormen zu verstehen, die formell und materiell mit der Verfassung in Einklang stehen (*BVerfGE 65, 1, 43 f; 80, 137, 153; 90, 145, 171 f; 96, 10, 21*).

Die das informationelle Selbstbestimmungsrecht **schützende Norm des § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB** kann jedoch eingeschränkt werden, sofern die entsprechende Vorschrift als gesetzliche Offenbarungsbefugnis im Sinne eines **Rechtfertigungsgrundes** anzusehen ist (*MünchKomm-StGB/Ciemiak, a.a.O., Rdnr. 68; Lenckner in: Schönte/Schröder, StGB 27. Aufl., § 203 Rdnr. 29*). Dies erfordert, dass die **Offenbarungsbefugnis** in ihren Voraussetzungen und ihrem Umfang dem Gesetz eindeutig und für den Bürger erkennbar zu entnehmen ist und damit dem Gebot der Normenklarheit entspricht (*vgl. BVerfGE 65, 1, 44*).

bb) Diesen Anforderungen genügt die in § 49b Abs. 4 getroffene Neuregelung. Aus Inhalt und Entstehungsgeschichte der Vorschrift lässt sich hinreichend deutlich entnehmen, dass der Gesetzgeber die Abtretbarkeit von Honorarforderungen an andere Rechtsanwälte ohne Zustimmung des Mandanten zugelassen hat.

(1) Der Rechtsausschuss des Bundestages und ihm folgend der Bundestag hatten die Absicht, eine Offenbarungsbefugnis des Zedenten gegenüber Rechtsanwälten zu schaffen. Dies kommt bereits in der oben zu a) zitierten Fassung des Entwurfs der Bundesregierung zum Ausdruck. Sie erklärt allein die Abtretung an nicht als Rechtsanwälte zugelassene Dritte für unzulässig, sofern nicht ausnahmsweise die dort genannten Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind. Diese Regelung **zwingt schon vom Wortlaut her zu dem Gegen-schluss, dass die Abtretung an Rechtsanwälte demgegenüber keinen Beschränkungen unterworfen sein soll**.

Dieser Vorschrift wurde auf Empfehlung des Rechtsausschusses der heute geltende Satz 1 nur deshalb vorangestellt, weil der erkennende Senat im Urteil vom 13.5.1993 (*a.a.O., 1252*) erklärt hatte, auch die Abtretung an einen Anwalt sei unwirksam, solange es keine Bestimmung gebe, die die Abtretung erlaube und den Zessionar denselben Schweige-

pflichten unterwerfe wie den Zedenten. Eine entsprechende Verschwiegenheitspflicht des Rechtsanwalts, an den die Abtretung erfolgt, sah das Gesetz bis dahin nicht vor; denn auf den Zessionar des Honoraranspruchs findet § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB auch dann keine Anwendung, wenn er von Beruf Rechtsanwalt ist (BGH, Urt. v. 13.5.1993, a.a.O.; Schönke/Schröder/Lenckner, a.a.O., § 203 Rdnr. 13, 15; Münch-Komm-StGB/Cierniak, a.a.O., § 203 Rdnr. 41, 45; Prechtel, NJW 1997, 1813, 1814). Diesem Umstand trug der neu eingefügte Satz 1 Rechnung, indem er eine berufsrechtliche Verschwiegenheit des anwaltlichen Zessionars begründete. Damit wurde unter Beachtung der genannten Rechtsprechung eine andernfalls bestehende Schutzlücke geschlossen. Aus der Vorschrift kann zudem i.V.m. § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO, § 383 Abs. 1 Nr. 6 ZPO auch ein Zeugnisverweigerungsrecht des Zessionars abgeleitet werden, der andernfalls als Zeuge zur Offenbarung der ihm im Zusammenhang mit der Abtretung bekannt gewordenen Privatgeheimnisse gezwungen wäre.

Dieser Zusatz war jedoch nur erforderlich, **weil die Vorschrift des § 49b Abs. 4 BRAO schon in der von der Bundesregierung vorgeschlagenen Fassung die Abtretung des Honoraranspruchs an einen anderen Anwalt ohne Zustimmung des Mandanten vorsah**. Daher heißt es auch in der Begründung des Rechtsausschusses, den von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gestellten Anforderungen werde mit der veränderten Fassung des § 49b Abs. 4 **klar stellend** Rechnung getragen. Eine solche Klarstellung wäre nicht notwendig gewesen, wenn der Gesetzgeber die Abtretung an Rechtsanwälte im Vergleich zu der in BGHZ 122, 115 ff festgestellten Rechtslage nicht erleichtert hätte.

(2) **Schon nach der ursprünglichen Rechtslage war es zulässig, einen anderen Rechtsanwalt mit der Beitreibung der Gebührenforderung zu beauftragen** (vgl. BGHZ 122, 115, 120; 148, 97, 102; BGH, Urt. v. 11.11.2004 – IX ZR 240/03, ZIP 2005, 218, 219; v. 10.8.1995 – IX ZR 220/94, ZIP 1995, 1678, 1680). **Weiter war die Abtretung an den Erwerber einer Anwaltskanzlei, der zuvor als Mitarbeiter des Zedenten die Angelegenheit umfassend kennengelernt hatte** (vgl. BGH, Urt. v. 10.8.1995 – IX ZR 220/94, WM 1995, 1841), **an den Erwerber einer Anwaltskanzlei, der in die mit ihm bestehende (Außen-)Sozietät eingetreten war** (vgl. BGHZ 148, 97, 101 ff) **und den bereits vor der Abtretung bestellten Abwickler der Kanzlei** (vgl. BGH, Urt. v. 17.10.1996 – IX ZR 37/96, WM 1996, 2244) **nach der ursprünglichen Rechtslage wirksam**. (...)

(3) **Der Gesetzgeber hat folglich in § 49 Abs. 4 BRAO einen Erlaubnistatbestand geschaffen, der eine Strafbarkeit des Zedenten nach § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB sowie eine Unwirksamkeit der Verfügung nach § 134 BGB ausschließt**. Der Gesetztext genügt den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Bestimmtheit eines Gesetzes; denn es reicht aus, wenn Inhalt und Zweck einer Vorschrift aus dem Zusammenhang, in dem der Text steht, sowie den Materialien deutlich wird (BVerfGE 65, 1, 54). Die etwa notwendige Klarstellung durch Auslegung ist vornehmlich Aufgabe der obersten Bundesgerichte (BVerfGE 21, 245, 261). (...)

## Notarhaftung

- Verjährung
  - Anderweitige Ersatzmöglichkeit
  - Streitverkündung
  - Vorprozess
- (BGH, Urt. v. 6.7.2006 – III ZR 13/05)

### Leitsatz:

Zum Beginn der Verjährung eines Amtshaftungsanspruchs gegen den Notar, wenn zwar eine anderweitige Ersatzmöglichkeit in Betracht kommt, die aber, wie der Geschädigte weiß, mit erheblichen Zweifeln und Risiken behaftet ist (Fortführung des Senatsurts v. 3.3.2005 – III ZR 353/04, NJW-RR 2005, 1148). ■

### Zum Sachverhalt:

Die Beklagten sind die Erben der verstorbenen Notarin L. Diese hatte am 26.5.1991 einen Vertrag beurkundet, durch den der Kläger zu 1/5 und Dr. C. zu 4/5 als Miterwerber je zu ideellen Anteilen ein etwa 3,26 ha großes Grundstück von dessen Eigentümer kauften. Von dem Kaufpreis von 80.000 DM sollten der Kläger 15.000 DM und Dr. C. 65.000 DM tragen. Der Vertrag enthielt ferner folgende Klausel: „Die Erschienenen zu 2) (Dr. C.) und zu 3) (der Kläger) vereinbaren im Innenverhältnis, die Teilung des Grundstücks nach Eigentumswechsel dahingehend vornehmen zu lassen, dass der Erschienene zu 3) (der Kläger) aus dem Bestand des Grundstücks eine Teilfläche von 6.000 qm als Alleineigentümer erhält.“

Im Februar 1993 wurden der Kläger zu 1/5 und Dr. C. zu 4/5 als Miteigentümer im Grundbuch eingetragen. Der Kläger errichtete auf einer später katastermäßig abgeschriebenen und nach seinem Vorbringen ihm vereinbarungsgemäß zustehenden Teilfläche von ca. 4.530 qm ein Wohnhaus, während die übrige Fläche wider Erwarten der Erwerber nicht bebaut werden durfte. Darauf kam es zu einer gerichtlichen Auseinandersetzung zwischen dem Kläger und Dr. C. über die Aufteilung des Grundstücks. Der Kläger erhob im Juli 1997 Klage gegen Dr. C. mit dem Antrag, dessen Miteigentumsanteil an dem mit dem Wohnhaus bebauten Grundstücksteil an den Kläger aufzulassen und die Eintragung in das Grundbuch zu bewilligen, Zug um Zug gegen Auflassung und Bewilligung der Eintragung des Miteigentumsanteils des Klägers an der Restfläche an Dr. C.

Die Klage hatte vor dem Landgericht und dem Oberlandesgericht Erfolg, wurde jedoch durch Urteil des II. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 3.6.2002 (II ZR 4/00, NJW 2002, 2560) abgewiesen. Der Kläger nimmt nunmehr die Erben der verstorbenen Notarin auf Schadenersatz wegen Amtspflichtverletzung in Anspruch. Die Pflichtverletzung erblickt er darin, dass entgegen den bei Abschluss des Ursprungsvertrages vom 26.5.1991 getroffenen Absprachen eine wirksame Verpflichtung Dr. C.s im Innenverhältnis, die ihm, dem Kläger, zustehende Grundstücksteilfläche an ihn zu übereignen, infolge eines Beurkundungsmangels nicht



begründet worden sei. Die Beklagten haben eine Amtspflichtverletzung bestritten und die Einrede der Verjährung erhoben. Die Amtshaftungsklage ist am 27.12.2002 beim Landgericht eingegangen und beiden Beklagten jeweils am 14.1.2003 zugestellt worden. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.

Auf die Berufung des Klägers hat das Oberlandesgericht die Beklagten verurteilt, als Gesamtschuldner an den Kläger 26.412,27 EUR zzgl. Zinsen zu zahlen, und festgestellt, dass die Beklagten als Gesamtschuldner verpflichtet seien, dem Kläger sämtliche aus der fehlerhaften Beurkundung des Grundstückskaufvertrages vom 26.5.1991 durch die Notarin L. zukünftig entstehenden Schäden zu ersetzen. Durch Ergänzungsurteil hat das Berufungsgericht die dem Streithelfer des Klägers, dessen Prozessbevollmächtigtem im Vorprozess und im ersten Rechtszug des jetzigen Amtshaftungsprozesses, entstandenen Kosten den Beklagten auferlegt. Mit der vom Senat zugelassenen, gegen das Berufungsurteil und das Ergänzungsurteil gerichteten Revision verfolgen die Beklagten ihren Klageabweisungsantrag weiter. ■

#### Aus den Gründen:

I. Die Revision ist insgesamt zulässig. Dies gilt auch, soweit sie sich gegen das Ergänzungsurteil richtet. Da dieses ausschließlich den Kostenpunkt betrifft, ist die Revision (unabhängig vom Wert der Beschwerde) hiergegen zulässig, wenn sie es – wie hier – auch gegen das vorangegangene Urteil ist (BGH, Urt. v. 4.4.1984 – VIII ZR 313/82, ZIP 1984, 1107, 1113).

II. Die Revision ist auch begründet.

1. Das Berufungsgericht hat mit eingehender Begründung den Tatbestand einer schuldhaften Amtspflichtverletzung der Notarin zulasten des Klägers bei der Beurkundung des Vertrages vom 26.5.1991 bejaht.

a) Der II. Zivilsenat hat in seinem im Vorprozess des Klägers gegen Dr. C. ergangenen Revisionsurteil vom 3.6.2002 (II ZR 4/00, NJW 2002, 2560) entschieden, dass die Klausel in dem notariellen Kaufvertrag, wonach der Kläger eine Teilfläche von 6.000 qm erhalten sollte, mangels hinreichender Kennzeichnung dieser Teilfläche gemäß § 313 Satz 1 BGB a.F. unwirksam ist. Dieser Mangel ist auch nicht dadurch gemäß § 313 Satz 2 BGB a.F. geheilt worden, dass der Kläger und Dr. C. das Eigentum an dem Kaufgrundstück erworben haben. Denn die Teilungsvereinbarung hatte einem selbstständigen Formzwang unterliegen, der mit dem Ursprungskaufvertrag in keinem unmittelbaren sachlichen Zusammenhang gestanden hatte. Deshalb konnte der dingliche Vollzug des Ursprungskaufvertrages insoweit keine Heilungswirkung entfalten.

b) Der Notarin hätte es indessen obgelegen, auch im Innenverhältnis der Grundstückskäufer, d.h. des Klägers und Dr. C.s, klare Verhältnisse zu schaffen und auch insoweit auf die Beurkundung einer formwirksamen Teilungsabrede hinzuwirken. Dies hätte sie bei Beachtung der notariellen Sorgfaltsstandards auch erkennen können.

Die schuldhafte Verletzung dieser Pflicht war daher – zumindest nach dem Sachvortrag des Klägers – geeignet, einen Amtshaftungsanspruch gemäß § 19 BNotO zu begründen.

2. Gegen einen aus diesem Sachverhalt hergeleiteten Amtshaftungsanspruch greift jedoch die von den Beklagten erhobene Verjährungseinrede durch. Der Senat braucht daher auf die Rügen der Revision, soweit sie sich gegen die Amtspflichtverletzung als solche richten, nicht weiter einzugehen.

**a) Schadenersatzansprüche wegen notarieller Amtspflichtverletzung verjähren nach § 19 Abs. 1 Satz 3 BNotO in Verbindung mit dem im Streitfall noch anwendbaren § 852 Abs. 1 BGB a.F. in drei Jahren. Die Frist beginnt mit dem Zeitpunkt, in dem der Verletzte von dem Schaden und der Person des Ersatzpflichtigen Kenntnis erlangt.** Dies war hier nach dem eigenen Sachvortrag des Klägers und seines Streithelfers spätestens im Frühjahr 1997 der Fall.

aa) Der Kläger selbst hat in seiner Berufungsbegründung vorgetragen, der Streitverkündete (sein damaliger Anwalt) habe ihn auf das erhebliche Prozessrisiko „aufgrund der eindeutigen Formnichtigkeit“ der Teilungsklausel hingewiesen. Er habe ihm mit Schreiben vom 19.2.1997 ausdrücklich mitgeteilt, dass die Teilungsklausel formnichtig sei und dass ein Anspruch gegen den Miterwerber nur in Betracht komme, „wenn man sich darauf stützen könnte, dass die Berufung auf die Formvorschriften in diesem Falle gegen Treu und Glauben verstoßen würde“. Dieses Vorbringen hat der Streithelfer in seinem Schriftsatz vom 10.7.2003 noch weiter präzisiert: Der Kläger sei darüber informiert worden, dass die streitbefangene Teilungsvereinbarung in Ermangelung ihrer Bestimmtheit formunwirksam sein dürfte. Dies habe bereits zum Zeitpunkt der Klageerhebung im Vorprozess eindeutig festgestanden. Über die sich daraus ergebenden Risiken des Vorprozesses sei der Kläger aufgeklärt worden.

**bb) Wurde die Amtspflichtverletzung – wie hier – lediglich fahrlässig begangen, stellt auch das Fehlen einer anderweitigen Ersatzmöglichkeit (§ 19 Abs. 1 Satz 2 BNotO) eine zur Klagebegründung gehörende Voraussetzung dar.** Deshalb muss sich die gemäß § 852 Abs. 1 a.F. erforderliche Kenntnis weiter darauf erstrecken, **dass der Schaden jedenfalls nicht vollständig auf andere Weise gedeckt werden kann** (vgl. Senatsurt. v. 3.3.2005 – III ZR 353/04, NJW-RR 2005, 1148, 1149 m.w.N.). **Der Kläger muss fähig sein, schlüssig darzulegen, dass eine Inanspruchnahme Dritter nicht möglich oder nicht zumutbar ist.**

cc) Die schon vor Erhebung der Klage des Vorprozesses, d.h. im Frühjahr 1997, beim Kläger bestehende Kenntnis hätte ausgereicht, ihm eine – sei es nur auf Feststellung der Ersatzpflicht gerichtete – Amtshaftungsklage gegen die Notarin zu ermöglichen. Im Gegensatz zu dem Sachverhalt, der dem Senatsurteil vom 3.3.2005 (a.a.O.) zugrunde gelegen hatte, bei dem die objektive Mangelhaftigkeit des Beurkundungsaktes erst durch das Ergebnis des damals geführten Vorprozesses offengelegt worden war, bestanden hier von vornherein insoweit keinerlei Zweifel. Damit der Vorprozess

Erfolg hätte haben können, war der Kläger auf den rechtlich sehr zweifelhaften – und vom Prozessbevollmächtigten selbst nicht für gangbar erachteten – Weg einer Heilung des Formmangels oder auf den rechtlich noch zweifelhafteren Weg angewiesen, dass die Weigerung seines Miterwerbers, die Teilung vereinbarungsgemäß vorzunehmen, gegen Treu und Glauben verstieß.

Die in Betracht kommende anderweitige Ersatzmöglichkeit war also von vornherein mit ganz erheblichen Zweifeln und Risiken behaftet. **Insoweit ist jedoch anerkannt, dass der Geschädigte sich nicht auf weitläufige, schwierige und unsichere Wege des Vorgehens gegen Dritte verweisen zu lassen braucht** (s. zum allgemeinen Amtshaftungsrecht [§ 839 Abs. 1 Satz 2 BGB] Staudinger/Wurm, BGB 13. Bearb. 2002, § 839 Rdnr. 296, 298).

dd) **Wenn der Kläger sich in klarer Erkenntnis dieser Risiken** – die sich später im Ergebnis auch tatsächlich verwirklicht haben, mochten auch die Entscheidungen des Landgerichts und des Oberlandesgerichts im Vorprozess dem Kläger zunächst günstig gewesen sein – **für eine vorrangige Inanspruchnahme seines Miterwerbers entschieden hat, so kann er sich, was die Verjährung seines Amtshaftungsanspruchs gegen die Notarin betrifft, nicht auf eine Hinausschiebung des Verjährungsbeginns berufen. Dies gilt umso mehr, als ihm im Vorprozess das einfache Instrument einer Streitverkündung an die Notarin zur Verfügung gestanden hätte, um die Verjährung des Amtshaftungsanspruchs zu unterbrechen** (§ 209 Abs. 2 Nr. 4 BGB a.F.; s. dazu insbes. Senatsurt. v. 22.1.2004 – III ZR 99/03, NJW-RR 2004, 1069, 1071).

Denn auch bei voller Würdigung des Umstandes, dass eine vorrangige Inanspruchnahme des Vertragspartners durch den Geschädigten durchaus auch dem wohlverstandenen Interesse des Notars selbst dienen kann (vgl. dazu Senatsurt. v. 3.3.2005 – III ZR 353/04, NJW-RR 2005, 1148, 1149), muss auch der gesetzgeberische Zweck der früheren deliktischen Verjährung des § 852 BGB a.F. im Auge behalten werden, der darin besteht, dass gerade bei unerlaubten Handlungen innerhalb eines überschaubaren Zeitpunkts Rechtsfrieden geschaffen werden muss.

ee) Auch das weitere Argument, dass sich der Kläger in einem etwaigen Amtshaftungsprozess gegen die Notarin deren Einwand hätte ausgesetzt sehen können, er müsse sich vorrangig an seinen Miterwerber halten, hat kein solches Gewicht, als dass er es rechtfertigen könnte, hinsichtlich der Wahrung der Verjährungsfristen gegenüber der Notarin oder deren Erben über einen Zeitraum von mehr als zehn Jahren völlig untätig zu bleiben.

b) Die Verjährung war somit spätestens im Juli 2000 eingetreten, d.h. drei Jahre nach der Erhebung der Klage des Vorprozesses und mehr als zwei Jahre vor Erhebung der jetzigen Amtshaftungsklage.

3. Die Klage war daher unter Aufhebung des Berufungsurteils und im Endergebnis unter Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils als unbegründet abzuweisen. ■

## Steuerberaterhaftung

- Verjährung des Regressanspruchs, § 68 StBerG a.F.
  - Belehrung über Fehler in den eigenen Arbeiten
  - Anwaltsauftrag
- (BGH, Urt. v. 29.6.2006 – IX ZR 227/02)

### Leitsätze (d. Red.):

1. Die sekundäre Hinweispflicht des Steuerberaters auf Fehler in den eigenen Arbeiten und den Lauf der Verjährungspflicht entfällt, wenn der Mandant rechtzeitig wegen der Haftungsfrage einen Rechtsanwalt zur Prüfung der Regressfrage beauftragt hat. Auf die Kenntnis des regresspflichtigen Steuerberaters von dem Anwaltsauftrag kommt es nicht an.

2. Eine nur nebenvertragliche Hinweispflicht des Rechtsanwalts lässt die sekundäre Hinweispflicht des Steuerberaters nicht entfallen.

3. Kommt der Anwalt der nebenvertraglichen Belehrungspflicht über die Regressmöglichkeit gegen den Steuerberater nicht nach, liegt ein Fall der sog. Doppelkausalität vor. Sowohl der Steuerberater als auch der Anwalt haben den Verjährungsschaden verursacht. ■

### Zum Sachverhalt:

Die Klägerinnen, welche die Geschäftsanteile einer GmbH hielten, betrieben deren Umwandlung in eine Kommanditgesellschaft. Insoweit wurden die Klägerinnen von der C.-AG (im Folgenden: Treuarbeit) steuerlich beraten. Die Klägerinnen beantragten, ihnen die auf den Veräußerungsgewinn nach § 21 UmwStG entfallenden Steuern zu stunden. Mit Bescheid vom 3.1.1994, der – ohne mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen zu sein – den Klägerinnen tags darauf zuging, lehnte das Finanzamt diesen Antrag ab. Der Beklagte, der die Klägerinnen in ihren persönlichen Steuerangelegenheiten beriet, teilte ihnen mit, er halte den Ablehnungsbescheid für rechtens. Die Treuarbeit habe den Umwandlungsstichtag falsch bestimmt und damit einer Stundung die Grundlage entzogen. Daraufhin griffen die Klägerinnen den Bescheid nicht an, sondern verklagten – vertreten durch ihre jetzigen Streithelfer – die Treuarbeit auf Schadenersatz. Die Klage wurde in zwei Instanzen rechtskräftig abgewiesen, weil der Bescheid des Finanzamts vom 3.1.1994 falsch, die Beratung der Treuarbeit dagegen richtig gewesen sei. Mit ihrer am 17.11.2000 eingereichten und am 18.12.2000 zugestellten Klage nehmen die Klägerinnen den Beklagten auf Schadenersatz in Anspruch, weil er fehlerhaft geraten habe, gegen den Bescheid vom 3.1.1994 kein Rechtsmittel einzulegen.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben, das Berufungsgericht hat sie abgewiesen. Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgen die Klägerinnen ihren Klageanspruch in vollem Umfang weiter. Der Rechtsstreit der Klägerin zu 2) ist wegen Eröffnung des Insolvenzverfahrens über ihr Vermögen unterbrochen.

Das Rechtsmittel der Klägerin zu 1) führt in der Hauptsache zur Aufhebung und Zurückverweisung, soweit über deren Klage entschieden worden ist. ■

#### Aus den Gründen:

I. Das Berufungsgericht hat die Klage als verjährt abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, die 3-Jahres-Frist der Primärverjährung sei am 5.1.1998 abgelaufen (§ 68 StBerG).

Ein Sekundäranspruch bestehe nicht, weil der Beklagte die Klägerinnen nicht mehr über die eigene Regresshaftung und die dafür geltende kurze Verjährungsfrist habe belehren müssen, nachdem die Klägerinnen die Streithelfer mit der Durchsetzung der Ansprüche gegen die Treuarbeit beauftragt gehabt hätten. Denn diese Anwälte hätten für den geltend gemachten Anspruch prüfen müssen, ob der Bescheid des Finanzamts rechtmäßig war, und hätten ggf. gegen diesen einen Rechtsbehelf einlegen können. Die Sekundärhaftung entfalle aber, wenn der Mandant rechtzeitig vor Ablauf der Primärverjährung in der Haftungsfrage anwaltlich beraten werde. In diesem Falle bedürfe der Mandant keiner weiteren Beratung durch den primär einstandspflichtigen Steuerberater.

Es sei unerheblich, dass das Anwaltsmandat nicht zur Klärung der Haftung des Beklagten erteilt worden sei. Ausreichend sei, dass der Anwalt die Rechtsauskunft des Steuerberaters im Rahmen seines Auftrags überprüfen müsse. Dies sei hier der Fall gewesen. Spätestens mit Erhalt der Klageerwidern hätten die Streithelfer der Klägerinnen bemerken müssen, dass der Fehler möglicherweise nicht der Treuarbeit, sondern dem Beklagten unterlaufen sei. Spätestens nach Bestandskraft des Bescheides hätten sie die Klägerinnen auf mögliche Ansprüche gegen den Beklagten und deren Verjährung hinweisen müssen.

II. Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Prüfung nicht stand. Zwar ist der primäre Schadenersatzanspruch – was von der Revision nicht bezweifelt wird – verjährt. Das Berufungsgericht hat jedoch die Verletzung einer sekundären Hinweispflicht des Beklagten zu Unrecht verneint.

**1. Hat der Steuerberater vor Ablauf der Verjährung des Primäranspruchs begründeten Anlass zu prüfen, ob er seinen Auftraggeber durch einen Fehler geschädigt hat, und muss er dabei eine durch seinen Fehler eingetretene Schädigung erkennen, so entsteht die Verpflichtung, auf die Möglichkeit der eigenen Haftung sowie auf die kurze Verjährungsfrist des § 68 StBerG hinzuweisen.** Diese sekundäre Pflicht ist verletzt, wenn der Steuerberater den gebotenen Hinweis vor Eintritt der Primärverjährung nicht erteilt hat. Versäumt der haftpflichtige Steuerberater dies schuldhaft, steht dem Geschädigten ein Sekundäranspruch zu, der sich darauf richtet, so gestellt zu werden, als wäre die Verjährung des primären Schadenersatzanspruchs nicht eingetreten (st. Rspr., vgl. BGHZ 83, 17, 26 f; 114, 15, 158; 129, 386, 391).

**2. Zutreffend ist allerdings, dass die sekundäre Hinweispflicht entfällt, wenn der Mandant rechtzeitig wegen der Haftungsfrage einen Rechtsanwalt beauftragt; darauf, ob**

**der regresspflichtige Steuerberater davon etwas weiß oder wissen muss, kommt es nicht an.** Dies hat der Senat für die Anwaltshaftung (BGH, Urt. v. 12.12.2002 – IX ZR 99/02, NJW 2003, 822) und die Steuerberaterhaftung (BGH, Urt. v. 13.4.2006 – IX ZR 208/02, Rdnr. 8) entschieden.

3. Nicht gefolgt werden kann dem Berufungsgericht jedoch darin, dass eine spätere Einschaltung eines Rechtsanwalts die Sekundärhaftung entfallen lässt, wenn dieser Rechtsanwalt mit dem Auftrag eingeschaltet ist, Regressansprüche gegen einen anderen Steuerberater geltend zu machen. Nach der Rechtsprechung des Senats ist dies vielmehr nur dann der Fall, **wenn die Einschaltung gerade zu dem Zweck erfolgt ist, einen möglichen Regress gegen den nunmehr in Anspruch genommenen Steuerberater zu prüfen, bei dem der Wegfall seiner sekundären Hinweispflicht infrage steht** (BGHZ 129, 386, 392; ebenso zu Anwaltshaftung BGH, Urt. v. 15.4.1999 – IX ZR 328/97, WM 1999, 1330, 1335 f; v. 14.12.2000 – IX ZR 332/99, NJW 2001, 826, 828; v. 21.6.2001 – IX ZR 73/00, NJW 2001, 3543, 3544, insofern in BGHZ 148, 156 ff nicht abgedr.; v. 12.12.2002, a.a.O., 823; v. 13.4.2006, a.a.O., Rdnr. 9).

a) Wie das Berufungsgericht festgestellt hat, war den Streithelfern der Klägerinnen kein Auftrag erteilt worden, mögliche Regressansprüche gegen den Beklagten zu prüfen und sie insofern zu beraten. **Vielmehr hatten sie den Auftrag, die Klägerinnen in einem Regressprozess gegen die Treuarbeit zu vertreten. Auch bei einem derart eingeschränkten Mandat kann allerdings einen Rechtsanwalt die nebenvertragliche Warn- und Hinweispflicht treffen, auf den möglichen Regress gegen den Steuerberater (oder – bei der Anwaltshaftung – gegen seinen Kollegen) und die kurze Verjährung eines solchen Regressanspruchs aufmerksam zu machen. Voraussetzung ist nur, dass die Gefahr der Verjährung ihm bekannt oder offenkundig, dem Auftraggeber jedoch möglicherweise unbekannt ist** (vgl. BGH, Urt. v. 29.4.1993 – IX ZR 101/92, NJW 1993, 2045; v. 13.3.1997 – IX ZR 81/96, NJW 1997, 2168, 2169; v. 9.7.1998 – IX ZR 324/97, WM 1998, 2246, 2247).

Insbesondere kann ein Rechtsanwalt, dem die Führung eines Rechtsstreits vor dem Finanzgericht oder die Führung eines Regressprozesses gegen einen anderen, zuvor gegenteilig beratenden Steuerberater übertragen worden ist, verpflichtet sein, **für den Fall des negativen Ausgangs dieses Rechtsstreits das Bestehen von Regressansprüchen gegen den zuvor mit der Sache befassten Steuerberater in Betracht zu ziehen und zu prüfen, ob insoweit Verjährung droht** (BGH, Urt. v. 29.4.1993, a.a.O.; v. 13.4.2006, a.a.O., Rdnr. 10).

b) Daraus hat das Berufungsgericht jedoch nicht gerechtfertigte Schlüsse gezogen. **Die nebenvertragliche Hinweispflicht des Rechtsanwalts lässt die Sekundärhinweispflicht des regresspflichtigen Steuerberaters – oder Rechtsanwalts – nicht entfallen** (BGH, Urt. v. 13.4.2006, a.a.O., Rdnr. 11; Fahrendorf in: Rinsche/Fahrendorf/Terbille, Die Haftung des Rechtsanwalts 7. Aufl., Rdnr. 1094; ähnlich Gräfe/Lenzen/Schmeer, Steuerberaterhaftung 3. Aufl., Rdnr. 921). Der Regressschuldner darf den Mandanten nicht darauf ver-

weisen, er sei durch die nebenvertragliche Hinweispflicht des neu mandatierten Rechtsanwalts geschützt. Dieser Schutz ist nur gewährleistet, wenn der Rechtsanwalt auch und gerade wegen der Regressfrage gegen diesen Regressschuldner – nicht gegen andere vermeintliche Regressschuldner – mandatiert worden ist. Dann trifft ihn dieselbe Hinweis- und Warnpflicht wie diesen Regressschuldner. Ist der Rechtsanwalt nicht wegen dieser Regressfrage beauftragt worden, kann sich der Regressschuldner nicht darauf verlassen, dass jener die Gefahr erkennen wird. Auch sind die Voraussetzungen der Warnpflicht des eingeschränkt mandatierten Rechtsanwalts wesentlich enger als die Pflicht des Anwalts, über einen möglichen Regress gegen sich selbst wegen Verletzung seiner Mandatspflichten zu belehren (BGH, Urt. v. 15.4.1999, a.a.O.; v. 13.4.2006, a.a.O., Rdnr. 11).

Zudem kann der Umfang der Pflichten verschieden weit reichen. So kann es zur Erfüllung der nebenvertraglichen Hinweispflicht ausreichen, dass der Rechtsanwalt den ersichtlich gutgläubigen Mandanten durch Hinweis auf einen möglicherweise bestehenden Regressanspruch gegen den Steuerberater problembewusst macht. Über die Verjährung dieses Anspruchs muss er erst dann belehren, wenn er erkennt oder für ihn offenkundig ist, dass die Verjährungsfrist abzulaufen droht, bevor der Mandant verjährungshemmende Schritte unternimmt (BGH, Urt. v. 13.4.2006, a.a.O., Rdnr. 11).

Die Verantwortlichkeit des Regressschuldners und des daneben oder danach – jedenfalls aber mit einer anderen Zielrichtung – eingeschalteten Rechtsanwalts unterscheiden sich auch deshalb, weil der zuerst Genannte die Gefahr heraufbeschworen hat, dass der Mandant aus Unkenntnis von der Pflichtverletzung und dem daraus entstandenen oder zumindest drohenden Schaden den Regressanspruch verjähren lässt und dadurch einen weiteren Schaden erleidet. **Er ist deshalb „näher“ an dem Schaden als der neu mandatierte Rechtsanwalt, der lediglich bei Gelegenheit der Wahrnehmung seines Mandats auf diese Regressfrage stößt. Das Bestehen nebenvertraglicher Pflichten des mit einer anderen Zielrichtung beauftragten Rechtsanwalts ist nur zu rechtfertigen, um einen Mandanten, der sonst in seinen Interessen in hohem Maße gefährdet wäre, vor dem Eintritt eines Schadens zu bewahren.** Hat jedoch bereits der Regresspflichtige dafür zu sorgen, dass dem Mandanten nicht durch die Verjährung des Regressanspruchs ein weiterer Schaden erwächst, ist der Mandant – jedenfalls zunächst – nicht schutzlos.

**Entfiehe schon durch die Einschaltung eines eingeschränkt – unter Ausschluss dieser Regressfrage – mandatierten Rechtsanwalts die sekundäre Hinweispflicht des Regressschuldners, würde die Rechtsposition des Mandanten verschlechtert.** Dieser müsste gegenüber dem Rechtsanwalt beweisen, dass diesem die Gefahr bekannt oder für ihn offensichtlich gewesen ist. Gegenüber dem Regressschuldner obläge ihm diese Beweisführungslast nicht. Eine derartige Verschlechterung der Rechtsposition des Geschädigten ist nicht zu rechtfertigen, solange dieser den Rechtsanwalt nicht gerade wegen dieser Regressfrage eingeschaltet hat (BGH, Urt. v. 13.4.2006, a.a.O., Rdnr. 13).

c) **Daran ändert sich auch dann nichts, wenn die für den Regress maßgebliche Frage zugleich Vorfrage in dem von dem Anwalt zu führenden Prozess ist.** Denn auch dann ist der Hinweis auf eine mögliche Haftung des Steuerberaters für den Fall, dass dessen steuerrechtliche Beurteilung sich als unzutreffend erweist, lediglich eine vertragliche Nebenpflicht, solange der Anwalt nicht gerade mit der Prüfung des Regresses gegen diesen Steuerberater beauftragt ist.

Etwas anderes ergibt sich nicht aus dem Urteil des Senats vom 1.2.1990 (IX ZR 82/89, NJW-RR 1990, 459, 460), auf das sich das Berufungsgericht stützt. Dort ging es um ein Mandat in derselben Angelegenheit. Eine solche identische Angelegenheit lag hier nicht vor. Das Mandat mit dem Beklagten bestand fort. Die Streithelfer hatten lediglich den Prozess gegen die Treuarbeit zu führen.

d) Im vorliegenden Fall haben auch die Streithelfer die Klägerinnen nicht rechtzeitig über die Möglichkeit eines Regressanspruchs gegen den Beklagten belehrt. Sie haben vielmehr nach den Feststellungen des Berufungsgerichts den Regressprozess gegen die Treuarbeit auf der Grundlage der vom Beklagten erteilten steuerlichen Auskünfte geführt.

Das Berufungsgericht hat zutreffend ein auf die Vertretung in einem bestimmten Streitfall beschränktes Mandat angenommen und auf die Rechtsprechung zur Hinweispflicht bei beschränktem Mandat abgestellt. Gleichzeitig hat es aber angenommen, dass die Streithelfer zumindest nach Erhalt der Klageerwiderung im Vorprozess gegen die Treuarbeit hätten prüfen müssen, wem der Fehler bei der Beratung unterlaufen sei.

Dann hätten sie den Klägerinnen trotz des auf die Prozessführung gegen die Treuarbeit beschränkten Mandats raten müssen, gegen den Bescheid des Finanzamts Einspruch einzulegen, oder zumindest nach der Bestandskraft des Bescheides noch vor Eintritt der Primärverjährung die Klägerinnen über die in Betracht kommenden Ansprüche gegen den Beklagten und deren Verjährung belehren müssen.

**Falls es auch den Streithelfern zum Verschulden gereichen sollte, die Klägerinnen nicht vollständig über die Regressmöglichkeit gegen den Beklagten ins Bild gesetzt zu haben, könnte der Beklagte daraus nichts für sich herleiten. Es läge dann ein Fall der sog. Doppelkausalität vor.** Den Verjährungsschaden hätten dann sowohl der Beklagte als auch die Streithelfer verursacht, wobei jeder der Beiträge auch allein für den Schaden kausal wäre (st. Rspr., vgl. BGH, Urt. v. 7.5.2004 – V ZR 77/03, NJW 2004, 2526, 2528; v. 7.4.2005 – IX ZR 132/01, WM 2005, 1812, 1813; v. 13.4.2006, a.a.O., Rdnr. 16).

III. Das Berufungsurteil ist danach hinsichtlich der Klägerin zu 1) in der Hauptsache aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Zur neuen Verhandlung und Entscheidung ist die Sache insoweit an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 ZPO). ■



## Steuerberaterhaftung

- Sozialversicherungsberatung
- Lohnabrechnung
- Phantomlohn
- Schaden
- Gesamtvermögensvergleich

(OLG Düsseldorf, Urt. v. 31.8.2007 – I-23 U 18/07)

### Leitsätze:

1. Ein Steuerberatungsvertrag, der auch die Übernahme der Lohnbuchhaltung umfasst, verpflichtet den Steuerberater grundsätzlich nicht zur Beratung in sozialversicherungsrechtlichen Fragen.

2. Hat es der Steuerberater aber übernommen, Sozialversicherungsbeiträge selbstständig zu berechnen, muss diese Berechnung richtig sein. Er schuldet dann nicht nur die Rechenoperation, sondern auch die Ermittlung von Grundlagen.

3. Eine veränderte Praxis der Sozialversicherungsträger bei der Berechnung der Beiträge (Übergang vom „Zufluss-“ zum „Entstehungsprinzip“) muss der Steuerberater jedenfalls dann beachten, wenn sie in den ihm zugänglichen allgemeinen Quellen, etwa den Informationsschreiben der BfA, bereits bekannt gemacht war. Eine genaue Beobachtung der Entwicklung der Rechtsprechung kann dagegen in sozialversicherungsrechtlichen Fragen nicht von ihm verlangt werden.

4. Die Pflicht des Steuerberaters beschränkt sich in diesem Fall darauf, bei entsprechenden Anhaltspunkten auf die Gefahr einer Änderung der Berechnung mit der Folge einer Überschreitung der Grenzen von Geringverdienerarbeitsverhältnissen hinzuweisen und ggf. konkret zu hinterfragen, ob der geschuldete Tariflohn auch tatsächlich gezahlt wurde. Der Steuerberater muss in diesem Fall nicht selbst die Arbeitsverträge anhand der Tariflöhne überprüfen. Er ist auch nicht verpflichtet, auf die Befolgung seines Rates zu drängen und den Nachdruck seiner Hinweise zu steigern, wenn sich der Mandant nicht aufgeschlossen zeigt. ■

### Aus den Gründen:

I. Von der Darstellung des Sachverhalts wird gemäß §§ 540 Abs. 2, 313a Abs. 1 Satz 1 ZPO abgesehen.

II. Die Berufung der Beklagten ist zulässig, jedoch in der Sache nicht begründet. Die Entscheidung des Landgerichts ist im Ergebnis rechtsfehlerfrei und die gemäß § 529 ZPO zugrunde zu legenden Tatsachen rechtfertigen keine andere Entscheidung (§ 513 ZPO).

1. Das Landgericht hat zu Recht davon abgesehen, das Verfahren gemäß § 148 ZPO bis zur endgültigen Entscheidung über das Widerspruchsverfahren auszusetzen; eine solche Aussetzung kam auch in zweiter Instanz nicht in Betracht.

Die Entscheidung über die Aussetzung liegt im Ermessen des Gerichts. Bei der Ermessensausübung sind der voraussichtliche Erfolg des weiteren Verfahrens und die mit einer Aussetzung verbundene Verfahrensverzögerung gegeneinander abzuwägen (BGH, Beschl. v. 7.5.1992 – V ZR 192/91, NJW 1992, 1149, 1150).

Unter diesen Gesichtspunkten ist die Entscheidung des Landgerichts nicht zu beanstanden. Die Beklagten hatten nämlich bereits erstinstanzlich ausgeführt, dass die Erfolgsaussichten des Widerspruchsverfahrens äußerst gering seien. Soweit der Bescheid zwischenzeitlich geringfügig abgeändert wurde, führt dies zu keinem anderen Ergebnis. Mit der Berufungsbegründung wurde wiederum vorgetragen, dass nicht davon ausgegangen wird, dass weitere Abänderungen erfolgen werden, so dass das Widerspruchsverfahren als abschließend erledigt betrachtet werden kann.

Bei dieser Sachlage spricht die oben dargestellte Abwägung gegen eine Aussetzung des Rechtsstreits bis zum Abschluss des Widerspruchsverfahrens.

2. Der unstreitige Anspruch des Klägers auf Zahlung seines Honorars ist nicht gemäß § 389 BGB durch Aufrechnung erloschen. Den Beklagten steht ein aufrechenbarer Schadenersatzanspruch aus positiver Forderungsverletzung des zwischen den Parteien bestehenden Dienstvertrages nicht zu. Auf das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien ist das BGB in der bis zum 31.12.2001 geltenden Fassung anwendbar (Art. 229 § 5 Satz 1 BGB), da der Steuerberatungsvertrag unter der Geltung des alten Rechts geschlossen wurde und die hier streitigen Handlungen vor dem 1.1.2003 vorgenommen wurden.

a) Der Senat vermag schon nicht mit ausreichender Sicherheit festzustellen, dass der Kläger schuldhaft gegen die ihm gegenüber dem Beklagten obliegenden **Hinweis- und Beratungspflichten** verstoßen hätte. Dies wirkt sich zulasten der Beklagten aus, denen für die anspruchsbegründenden Tatsachen, also auch für das Vorliegen einer schuldhaften Pflichtverletzung, die Darlegungs- und Beweislast oblag.

aa) Der Senat geht weiterhin davon aus, dass vom Kläger jedenfalls vor dem Jahr 2000 keine Kenntnis von dem sozialversicherungsrechtlichen Problem des sog. „Phantomlohns“ und einer eventuellen Änderung in der Verfahrensweise der Rentenversicherungen verlangt werden konnte. Daher bestand für ihn in den Jahren 1998 und 1999 keine Veranlassung, an der Richtigkeit der ihm von den Beklagten übermittelten Zahlen zu zweifeln bzw. diese zu hinterfragen und ggf. weitere Nachprüfungen anzustellen. Insofern wird auf die Ausführungen des Senats im Hinweisbeschluss vom 24.5.2007 verwiesen.

**Der Kläger musste in einem Gebiet, das nicht zu den Kernbereichen seines Faches gehörte, weder die Rechtsprechung beobachten noch seine Mandanten im Vorhinein vor einer eventuellen Änderung der Verwaltungspraxis bei den Sozialversicherungsträgern warnen.** Das ergibt sich bereits daraus, dass der Mandant, der einen Steuerberater beauf-

tragt, keine Tätigkeit verlangen kann, die über die Hilfe in Steuersachen hinausgeht (*Senat, Urt. v. 9.7.2003 – 23 U 222/01, Gl 2003, 66*). Zur Beratung in sozialversicherungsrechtlichen Fragen war der Kläger grundsätzlich nicht verpflichtet.

Soweit sich die Beklagten darauf berufen, das Bundessozialgericht habe entschieden (*Urt. v. 14.7.2004 – B 12 KR 7/04R*), dass der Arbeitgeber sich nicht auf einen Vertrauensstatbestand hinsichtlich des Bestehens oder Nichtbestehens von Beitragspflichten berufen könne, führt dies nicht zu einem anderen Ergebnis. Es geht hier weder um Vertrauensschutz noch um eine Übergangsregelung für Arbeitgeber, sondern lediglich um die Frage, ab wann der Kläger bestimmte Kenntnisse haben musste, um seine Pflichten aus dem Steuerberatungsvertrag ordnungsgemäß zu erfüllen. Eine gesicherte Verwaltungspraxis, die sich vom Zuflussprinzip abwandte und das Entstehungsprinzip vertrat, kann jedoch nach Auffassung des Senats erst mit dem Hinweis der B. Anfang 2000 festgestellt werden.

bb) Das Vorliegen einer Pflichtverletzung ist jedoch auch nach diesem Zeitpunkt zweifelhaft. Allerdings geht der Senat davon aus, dass für den Kläger Veranlassung bestand, die Beklagten über das allgemeine Schreiben vom 23.6.2000 hinaus konkret auf die Gefahr der Überschreitung der Freigrenzen bei untertariflicher Bezahlung hinzuweisen und die Richtigkeit der ihm übermittelten Zahlen zumindest durch konkrete Rückfragen bei den Beklagten zu hinterfragen.

Die Aufgaben eines Steuerberaters ergeben sich aus dem Inhalt und dem **Umfang des ihm erteilten Mandats; in den hierdurch gezogenen Grenzen hat er den Auftraggeber umfassend zu beraten und ungefragt über alle steuerlichen Fragen Auskunft zu geben** (*BGH, Urt. v. 23.10.2003 – IX 249/02, NJW 2004, 444*). Im Rahmen seines Auftrags hat er seinen Mandanten möglichst vor Schäden zu schützen. Dabei hat er geeignete Schritte anzuraten, voraussehbare Nachteile zu vermeiden und den relativ sichersten und am wenigsten gefährlichsten Weg für den Mandanten vorzuschlagen (*BGH, Urt. v. 11.2.1999 – IX ZR 14/98, NJW 1999, 1391*).

Gegen die vertragliche Schadenverhütungspflicht kann der Steuerberater auch verstoßen, wenn er die Lohnabrechnung und Lohnkontenführung übernommen hat und auf der von ihm erarbeiteten Grundlage Beiträge zur Sozialversicherung irrtümlich nicht abführt (*BGH, Urt. v. 12.2.2004 – IX ZR 246/02, NJW-RR 2004, 1358, 1359*). Zwar verpflichten der Steuerberatungsauftrag und die damit im Zusammenhang stehende Lohnbuchhaltung den Steuerberater nicht zur Beratung in sozialversicherungsrechtlichen Fragen. Die Pflicht des Steuerberaters zur erschöpfenden und umfassenden Beratung bezieht sich auf die Hilfeleistung in Steuersachen, **wozu die Beratung in Fragen des Sozialversicherungsrechts nicht gehört** (*Senat, Urt. v. 21.8.2003 – 23 U 222/01, zitiert nach juris, Rdnr. 25; Senat, Urt. v. 9.7.2002 – 23 U 222/01, Gl 2003, 66–70*). **Andererseits kann der Steuerberatungsvertrag auch die Berechnung der Sozialversicherungsabzüge erfassen** (*BGH, Urt. v. 12.2.2004 – IX ZR 246/02, NJW-RR 2004, 1358, 1359*).

Einen solchen Inhalt hatte der Vertrag zwischen den Parteien, der Kläger war verpflichtet, **die Sozialversicherungsbeträge zu berechnen. Hatte er diese Verpflichtung übernommen, musste die Berechnung auch richtig sein. Zur selbstständigen Berechnung der Sozialversicherungsbeiträge gehört aber, anders als der Kläger meint, nicht nur die reine Rechenoperation, sondern auch die Ermittlung der Grundlagen dieser Berechnung.** Diese Grundlagen konnte er aber nur dann zutreffend ermitteln, **wenn ihm die sozialversicherungsrechtliche Problematik des sog. „Phantomlohns“ bewusst war.** Die Kenntnis dieses sozialversicherungsrechtlichen Problems war deshalb in diesem Fall Voraussetzung zur korrekten Ermittlung der Beiträge, zu der er vertraglich verpflichtet war.

Da ihm seit Anfang 2000 bekannt sein musste, dass bei der Berechnung von dem im Steuerrecht geltenden „Zuflussprinzip“ Abstand genommen worden war und **die Sozialversicherungsbeiträge nunmehr auf der Grundlage des geschuldeten, nicht des gezahlten Arbeitsentgeltes berechnet wurden**, durfte er die ihm als Berechnungsgrundlage übermittelten Zahlen jedenfalls dann **nicht kritiklos übernehmen**, wenn er Anhaltspunkte dafür hatte, dass aufgrund der neuen Berechnungsweise bei den Beklagten die Grenzen für die Geringverdienerarbeitsverhältnisse überschritten sein konnten und insofern das Risiko bestand, dass seine Berechnung fehlerhaft war.

Entsprechende Anhaltspunkte lagen für den Kläger jedoch vor. Persönlich vom Senat angehört, hat er selbst bestätigt, dass er aufgrund der Bearbeitung der fest angestellten Kräfte **gewusst habe, dass Tarifverträge existierten.** Ferner war dem Kläger bekannt, dass die Beklagten in großem Umfang Aushilfskräfte im Rahmen von Geringverdienerarbeitsverhältnissen beschäftigten. Angesichts dessen drängte es sich geradezu auf, **konkret zu hinterfragen, ob der geschuldete Tariflohn tatsächlich gezahlt wurde, bzw. auf die Gefahr der Überschreitung der Grenzen hinzuweisen.** Keine Veranlassung bestand dagegen nach den obigen Ausführungen nach Auffassung des Senates dazu, die Arbeitsverträge selbst **anhand der einschlägigen Tarifverträge zu überprüfen und Vorschläge zur Neugestaltung der Arbeitsverhältnisse zu machen**; hierauf erstreckte sich das Mandat des Klägers nicht.

Der Kläger hat einen entsprechenden Hinweis durch die Zeugin T. konkret vorgetragen, die Beklagten konnten diese Behauptung nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme nicht widerlegen, so dass sie im Hinblick auf die Pflichtverletzung beweisfällig geblieben sind. Der Senat geht nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme davon aus, dass den Beklagten ein solcher Hinweis jedenfalls durch die Zeugin T. erteilt worden ist. Insofern **kann dahinstehen, ob die Beklagten das Rundschreiben vom 23.6.2000 erhalten haben.** Es ist ohnehin zweifelhaft, ob angesichts der konkreten Anhaltspunkte dafür, dass die Beiträge fehlerhaft berechnet wurden, ein allgemein gehaltenes Schreiben ausreichend gewesen wäre. Auch wenn sich die Zeugin T. **nicht an den genauen Ablauf der Gespräche erinnerte**, konnte sie bestätigen, dass sie mit dem Beklagten nicht nur über die Einrechnung des Urlaubs- und Weihnachtsgeldes, sondern auch **über die Tariflohnproblematik gesprochen habe.** Man sei sich einig gewesen,

dass man es als falsch empfunden habe, wenn die Beiträge nicht nach dem tatsächlich gezahlten Lohn berechnet würden. Der Beklagte habe ihr gegenüber angegeben, dass er auch weiterhin untertariflich bezahlen würde, wenn er entsprechendes Personal finde. Auch auf die Gefahr einer Nachzahlung habe sie bereits lange vor der Betriebsprüfung hingewiesen.

Die Aussage ist glaubhaft. Die Zeugin konnte sich zwar nicht mehr an Einzelheiten der Gespräche erinnern bzw. diese zeitlich genau einordnen, dies ist jedoch angesichts **des langen zeitlichen Abstands** nachvollziehbar. Sie konnte jedoch andererseits genau zwischen dem Hinweis hinsichtlich der Einrechnung des Weihnachts- und Urlaubsgeldes und der Tariflohnproblematik unterscheiden. Hinsichtlich des zweiten Punktes konnte sie weiterhin angeben, dass sie nicht habe beurteilen können, ob der Beklagte aufgrund des Hinweises seine Lohnpolitik geändert habe. Anhaltspunkte, die gegen die Glaubwürdigkeit der Zeugin sprechen würden, sieht der Senat nicht.

Danach geht der Senat davon aus, dass der Beklagte bereits lange vor der Betriebsprüfung hinreichend genau über die Gefahr informiert war, dass sich die Berechnungsweise der Sozialversicherungsbeiträge geändert hatte, und wer seinerseits Veranlassung hatte, die von ihm geschlossenen Arbeitsverhältnisse und die geltenden Tarifverträge auf ihre Kompatibilität mit der neuen Berechnungsweise zu überprüfen. Der Kläger wusste auch über die Zeugin, dass diese das Thema bei dem Beklagten angesprochen hatte. Er hatte damit in der Folgezeit selbst keine weitere Veranlassung mehr, die Beklagten erneut darauf anzusprechen.

Die Hinweispflicht und die Beratung des Mandanten **dient dessen Information für die eigene freie Entscheidung**. Der Berater **muss nicht auf Befolgung seines Rates drängen und den Nachdruck seiner Hinweise steigern, wenn der Mandant sich für diese nicht aufgeschlossen zeigt** (BGH, Urt. v. 22.9.2005 – IX ZR 205/01, NJW-RR 2006, 195, 196). Wenn die Beklagten auch nach den Gesprächen mit der Zeugin T. weiterhin Zahlen übermittelte, konnte der Kläger nunmehr davon ausgehen, dass der Beklagte die Hinweise berücksichtigt und seiner weiteren Entscheidung, wie die Arbeitsverträge zu gestalten waren, zugrunde gelegt hatte.

b) Selbst wenn der Senat nicht mit ausreichender Genauigkeit feststellen konnte, wann die betreffenden Hinweise erteilt wurden, und insofern die Möglichkeit besteht, dass die Pflichtverletzung in einem verspäteten Hinweis liegt, **haben die Beklagten nicht ausreichend vorgetragen, dass aufgrund einer zutreffenden rechtzeitigen Beratung die durch die Nachzahlung der Sozialversicherungsbeiträge entstandene finanzielle Belastung hätte vermieden werden können**.

Die Beklagten haben vorgetragen, dass sie bei zutreffender Beratung die Beschäftigten nur im Rahmen der jeweiligen Geringverdienergrenze eingesetzt hätten und für die dann frei werdenden Stunden weitere Mitarbeiter eingesetzt bzw. selbst mehr gearbeitet hätten. Legt man die von den Beklagten vorgelegte Berechnung zugrunde, hätte ein solches

Vorgehen jedoch nicht dazu geführt, dass die Vermögenslage der Beklagten schlechter gewesen wäre, als dies durch die Nachzahlung der Sozialversicherungsabgaben der Fall war, so dass ein Schaden für die hier fraglichen Jahre 2000 und 2001 zu verneinen ist.

**Zur Feststellung des Schadens sind die Vermögenslagen mit und ohne schädigendes Ereignis miteinander zu vergleichen** (BGH, Urt. v. 20.1.2005 – IX ZR 416/00, BGH-Report 2005, 784 = MDR 2005, 866 f = DStRE 2005, 548 f; BGH, Urt. v. 19.1.2006 – IX ZR 232/01, NJW-RR 2006, 923 f). Nach dem hier anzuwendenden § 287 ZPO reicht eine deutlich überwiegende, auf gesicherter Grundlage beruhende Wahrscheinlichkeit, dass ein Schaden entstanden sei, für die richterliche Überzeugungsbildung aus. **Hierbei ist grundsätzlich die gesamte Schadenentwicklung bis zum prozessual spätestmöglichen Zeitpunkt, nämlich dem der letzten mündlichen Verhandlung in den Tatsacheninstanzen, in die Schadenberechnung einzubeziehen** (BGH, Urt. v. 23.10.2003 – IX ZR 249/02, NJW 2004, 444, 445).

Die Berechnung der Beklagten ist insofern fehlerhaft, als sie in den Fällen, in denen der Einsatz weiterer Mitarbeiter zu einer höheren finanziellen Belastung führen würde als die Nachzahlung der Sozialversicherungsabgaben, den Schaden mit „0“ beziffern (Hülsmann 2000; Haramati 2000, 2002 – der Rechenfehler im Jahr 2001 wurde zugunsten der Beklagten berichtigt; Rusche 2000; Linden 2000; Saretz 2000; Trautmann 2000; Güll 2000, 2001). Dies entspricht aber nicht der dargestellten Differenzmethode, nach der die Vermögenslagen insgesamt miteinander verglichen werden müssen. Führt die alternative Vorgehensweise teilweise zu einer größeren finanziellen Belastung, so muss dies in den Vermögensvergleich mit eingestellt werden. Berücksichtigt man infolgedessen die hypothetischen Mehrbelastungen im Wege einer Gesamtbetrachtung schadenmindernd, so hätte diese Vorgehensweise das Vermögen der Beklagten in den Jahren 2000 bis 2002 um 1.209,38 DM mehr belastet als der tatsächlich beschrittene Weg.

Soweit die Beklagten vortragen, sie wären differenziert vorgegangen und hätten es in den oben genannten Fällen bei der bisherigen untertariflichen Bezahlung belassen, vermag der Senat dies nicht nachzuvollziehen. **Es wird nämlich nicht vorgetragen, aufgrund welcher Beratung eine derart differenzierte Vorgehensweise gewählt worden wäre**.

Der Kläger war als Steuerberater, wie bereits ausgeführt, nicht zu einer Beratung verpflichtet, wie die Arbeitsverträge ausgestaltet werden und welche zusätzlich abgeschlossen werden sollten. Aus der Aussage der Zeugin T. ist darüber hinaus zu entnehmen, dass der Beklagte trotz ihres Hinweises weiterhin bereit war, auch untertariflich zu bezahlen. Im Übrigen hat er trotz der Belehrung durch die Zeugin T. keine Veranlassung gesehen, seine Vorgehensweise zu ändern. Warum dies der Fall gewesen sein sollte, wenn der betreffende Hinweis bereits Anfang des Jahres 2000 erfolgt wäre und auf welcher Grundlage der Beklagte dann die differenzierte Behandlung der Verträge vorgenommen hätte, ist für den Senat nicht nachvollziehbar. (...) ■

## Steuerberaterhaftung

- Vereidigter Buchprüfer
- MaBV-Prüfung
- Dritthaftung
- MaBV, Schutzgesetz?
- Vorsätzlich sittenwidrige Schädigung, § 826 BGB  
(OLG Saarbrücken, Urt. v. 7.3.2007 – 1 U 555/05-196)

### Leitsätze (d. Red.):

1. Die MaBV-Prüfung begründet keine unmittelbare vertragliche Beziehung zum Kapitalanleger und auch keinen Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter.
2. § 4 MaBV ist Schutzgesetz i.S.v. § 823 Abs. 2 BGB.
3. Zum Umfang der Stichprobenprüfung: Müssen die abgegebenen Erklärungen des Mandanten geprüft werden, d.h., muss den Erklärungen des Geschäftsführers, Kundengelder nicht entgegenezunehmen, miss-  
traut werden? ■

### Zum Sachverhalt:

Der Kläger nimmt die Beklagte wegen des Verlustes zweier im Jahre 2001 bei/über die C.-GmbH Unternehmensberatung und Vermittlung von Kapitalanlagen (fortan: C.) getätigter Geldanlagen über 34.420,17 EUR (zzgl. Zinsen) in Anspruch. Die Beklagte ist vereidigte Buchprüferin und war auf Wunsch der C. mit den Pflichtprüfungen nach der Verordnung über die Pflichten der Makler, Darlehens- und Anlagenvermittler, Bauträger und Baubetreuer (MaBV) betraut. Sie erstellte in den Jahren 1992 bis 1999 für die C. jeweils Berichte über die Durchführung einer Prüfung bei Maklern und Darlehensvermittlern nach § 16 MaBV, in denen der C. bestätigt wurde, dass diese ihre Verpflichtungen nach den §§ 2–14 MaBV erfüllt hat. Unter Ziffer 1: „Sicherungspflichten (§§ 2–8 MaBV)“ ist in den Berichten unter TZ. 15 aufgeführt, dass „der Gewerbetreibende nach seiner Erklärung und nach meinen Feststellungen im Berichtsjahr von Auftraggebern weder Vermögenswerte erhalten hat noch zu deren Verwendung ermächtigt wurde“.

Alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer der am 20.2.1985 gegründeten C. war Herr K. Diese schloss bis in das Jahr 1993 Warendermingeschäfte als Treuhänderin mit Anlagegeldern ab, die sie von ihren Kunden erhielt. Aufgrund von Verlusten, die die C. ihren Kunden verschwieg, ging ihr Geschäftsführer K. ab 1993 dazu über, Warendermingeschäfte teilweise nur noch zum Schein zu betreiben und Auszahlungsforderungen einzelner Kunden mit Einlagegeldern neuer Kunden zu erfüllen. Ab dem Jahr 1998 wurden überhaupt keine Warendermingeschäfte mehr vorgenommen, sondern ein reines Schneeballsystem betrieben.

Ende 1999 überführte die C. formal die Anlagegelder ihrer Kunden rückwirkend ab dem 4.1.1999 in sog. „I.-Pools“. Eine tatsächliche Geldanlage fand aber auch dort nicht statt, vielmehr existierte die „I. Inc.“ zum damaligen Zeitpunkt

noch nicht, obwohl die Kapitalanlagekonten formal auf diese Gesellschaft umgeschrieben wurden. Im Jahr 2001 nahm die Staatsanwaltschaft Ermittlungen auf und nahm den Geschäftsführer der C. im Oktober 2001 fest. Dieser wurde durch das Landgericht Saarbrücken zu einer Freiheitsstrafe verurteilt. Am 2.11.2001 wurde das Insolvenzverfahren über die C. eröffnet.

Das Landgericht hat die Klage durch das nunmehr angefochtene Urteil, auf dessen tatsächliche und rechtliche Feststellungen ergänzend gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO Bezug genommen wird, abgewiesen. Nach der Rechtsauffassung des Landgerichts sind Schadenersatzansprüche gegen die Beklagte weder nach den Grundsätzen des Vertrages zugunsten Dritter, den Vorschriften der §§ 823 Abs. 2 BGB, 4, 6 MaBV, 830 BGB noch nach § 826 BGB begründet. Es fehle jedenfalls an dem erforderlichen Kausalzusammenhang zwischen einer unterstellten Pflichtverletzung der Beklagten und dem beim Kläger eingetretenen Schaden. Da die Beklagte unwidersprochen vorgetragen habe, dass die von ihr erstellten Testate keiner Behörde vorgelegt worden seien, scheide von vornherein die Möglichkeit aus, dass die Geschäftsabschlüsse mit dem Kläger bei einer ordnungsgemäßen Pflichtprüfung durch die Beklagte durch behördliches Einschreiten unterbunden worden wären.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die Berufung des Klägers, mit der er sein erstinstanzlich erfolglos gebliebenes Zahlungsbegehren weiterverfolgt. Zur Begründung seines Rechtsmittels macht er im Wesentlichen geltend:

Zu Unrecht habe das Landgericht die erhobenen Schadenersatzansprüche gegen die Beklagte als nicht gegeben erachtet. Es sei davon auszugehen, dass es sich bei den §§ 4, 6 und 16 MaBV um Schutzgesetze i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB handle, gegen die die Beklagte grobfahrlässig – wenn nicht vorsätzlich – verstoßen habe. Die Auffassung des Landgerichts, die §§ 4, 6 MaBV beschrieben nur Pflichten des Gewerbetreibenden und nicht des Prüfers, sei nicht haltbar. Bei einer stichprobenartigen Überprüfung habe der Beklagten auffallen müssen, dass seitens der C. keine Kundengelder mehr für den vertraglich vorgegebenen Zweck verwandt wurden, sondern vielmehr ein reines Schneeballsystem betrieben wurde.

Im Hinblick darauf habe die Beklagte leichtfertig und grobfahrlässig ihre gegenüber jedem Anleger bestehende Prüfungspflicht verletzt. Der Kläger könne zwar die Annahme des Landgerichts nicht widerlegen, dass die Testate der Beklagten keiner Behörde vorgelegt worden seien, es sei aber davon auszugehen, dass bei einer pflichtgemäßen Überprüfung durch die Beklagte die kriminellen Handlungen des Geschäftsführers der C. offengelegt worden wären, zumindest habe dieser befürchten müssen, dass die Beklagte ihren Bericht gemäß § 16 MaBV der Behörde vorlegt.

Im Übrigen lasse sich dem Sachvortrag der Beklagten entnehmen, dass diese den ihr obliegenden Pflichtenkreis ersichtlich verkannt habe, diese habe sich nicht darauf beschränken dürfen, die ihr vorgelegten Unterlagen zu über-



prüfen. Die erforderlichen Stichproben hätten genügt, um zu der Feststellung zu gelangen, dass die eingegangenen Kundengelder bei der C. versandeten und nicht zweckentsprechend verwandt wurden.

In der mündlichen Verhandlung vom 24.1.2007 hat der Kläger vorgetragen, der jeweilige Prüfbericht der Beklagten sei sehr wohl der zuständigen Behörde vorgelegt worden.

(Anträge ...)

Die Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil hinsichtlich der ihr günstigen Feststellungen und wiederholt und vertieft ihre bereits erstinstanzlich vorgebrachten Argumente. (...) ■

#### Aus den Gründen:

Die Berufung des Klägers ist nach den §§ 511, 513, 517, 519 und 520 ZPO statthaft, form- und fristgerecht eingelegt sowie ordnungsgemäß begründet worden und damit zulässig. Erfolg in der Sache hat das Rechtsmittel des Klägers indes nicht, denn die angefochtene Entscheidung beruht weder auf einer Rechtsverletzung i.S.d. § 546 ZPO noch rechtfertigen die Tatsachen, die der Senat seiner Entscheidung nach §§ 529, 531 zugrunde zu legen hat, eine andere dem Kläger günstigere Entscheidung (§ 513 Abs. 1 ZPO).

Schadenersatzansprüche des Klägers gegen die Beklagte wegen Verlustes der von ihm getätigten Geldanlagen sind nicht begründet.

Soweit die Beklagte erstinstanzlich unwidersprochen vorgetragen hatte, dass die von ihr erstellten Testate keiner Behörde vorgelegt worden sind, scheitern Schadenersatzansprüche des Klägers ersichtlich an der fehlenden Kausalität der behaupteten Pflichtverletzung für den eingetretenen Schaden. Denn die Möglichkeit, dass die Geschäftsabschlüsse mit dem Kläger bei einer ordnungsgemäßen Pflichtprüfung durch die Beklagte durch behördliches Einschreiten unterbunden worden wären, scheidet bei dieser Sachlage von vornherein aus.

Die Berufung des Klägers erweist sich aber auch dann als unbegründet, wenn man zu seinen Gunsten für die weitere rechtliche Prüfung zugrunde legt, dass die von der Beklagten erstellten Prüfberichte auch bei der zuständigen Behörde vorgelegt wurden.

I. Zunächst scheiden vertragliche Schadenersatzansprüche ersichtlich im Verhältnis der Parteien aus. Zwischen diesen bestand/besteht **weder eine unmittelbare vertragliche Beziehung** noch kann der zwischen der (früheren) C. und der Beklagten abgeschlossene Vertrag als **Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter**, hier zugunsten der Anleger, eingestuft werden. Denn für die Anwendung letzteren Institutes fehlt es am Vorliegen mehrerer Kriterien (*im Einzelnen: Palandt/Grüneberg, BGB 65. Aufl., § 328, Rz. 13 ff*). Mit dieser rechtlichen Würdigung stimmt der Kläger im Übrigen überein, der das Klagebegehren im Rahmen seiner Berufungsbegründung ausschließlich auf deliktische Anspruchsgrundlagen stützt.

II. 1. Eine Schadenersatzverpflichtung der Beklagten unter dem rechtlichen Aspekt einer Beteiligung an der von Herrn K. **verübten Untreuehandlung gemäß §§ 823 Abs. 2 BGB, 266 StGB, 830 BGB ist nicht begründet**. Anhaltspunkte für eine **mittäterschaftliche Beteiligung** der Beklagten (§ 830 Abs. 1 BGB) an den Untreuehandlungen des Herrn K. sind nicht ansatzweise ersichtlich.

2. Der Kläger hat aber auch keine hinreichenden Umstände dargelegt und bewiesen, aufgrund derer auf eine Beteiligung der Beklagten an dem von Herrn K. verübten **Untreueatbestand als Gehilfin** – dies ist die einzig denkbare Tatbeteiligung der Beklagten – nach den §§ 823 Abs. 2 BGB, 266 StGB, 830 Abs. 2 BGB geschlossen werden könnte.

**Gehilfe ist, wer vorsätzlich einem anderen bei seiner vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung Hilfe leistet.** Als Vorsatz für Haupttat und Teilnahme reicht der dolus eventualis aus. Bedingt vorsätzlich handelt, wer den als möglich erkannten rechtswidrigen Erfolg billigend in Kauf nimmt (*Palandt, a.a.O., § 830 Rz. 4, 276, Rz 10; MünchKomm-BGB 3. Aufl., § 830 Rz. 14*). Für die Annahme, **dass die Beklagte eine Untreuehandlung des Herrn K. als möglichen rechtswidrigen Erfolg zumindest erkannt hat** und sie eine **Förderung** dieser Untreuehandlungen durch ihr eigenes Tun zumindest billigend in Kauf genommen hat, reichen die vorgetragenen Fakten keineswegs aus.

Es ist nicht belegt, dass dieser Informationen vorlagen, aufgrund deren sie mit der Möglichkeit einer Untreuehandlung des Herrn K. überhaupt rechnete. Dem Abschlussbericht ... der Staatsanwaltschaft ... gegen K. ist zu entnehmen, dass selbst dessen engste Mitarbeiter im Rahmen der C., einschließlich seines Sohnes, keine Kenntnis von den durch diesen begangenen Untreuehandlungen besaßen. Selbst auf der Grundlage der staatsanwaltschaftlich durchgeführten gezielten Ermittlungen kann erst für die Zeit ab 1998 davon ausgegangen werden, dass die C. keinerlei Warengeschäfte oder sonstige Anlagen für ihre Anleger tätigte. Ob und in welchem Umfang dies für den Zeitraum von 1993 bis 1997 Geltung beanspruchen kann, bleibt auch nach dem staatsanwaltschaftlichen Untersuchungsergebnis ungeklärt.

Hinzu kommt, dass die Beklagte – unstreitig – ansonsten mit dem Geschäftsbetrieb der C. in keiner Weise befasst war und für diese **keine buchhalterischen oder steuerberaterlichen Tätigkeiten erledigte**, so dass nicht ersichtlich ist, dass die Beklagte über hinreichende Informationen verfügte, die Rückschlüsse auf die Straftaten des Herrn K. zuließen. Als ausschließlicher Tatbeitrag der Beklagten kommt mithin ernsthaft lediglich eine objektiv unrichtige Erstellung der Prüftate für die C. in den Jahren 1992 bis 1999 in Betracht. Dass die **von ihr zu erstellenden Testate den jeweiligen Kunden nicht im Rahmen der Vertragsanbahnung vorgelegt wurden und diesen keinerlei Außenwirkung in Bezug auf die Anleger zukam**, ist zwischen den Parteien außer Streit, diese waren **ausschließlich zur Vorlage bei der nach § 34c Abs. 1 GewO zuständigen Behörde bestimmt und dienten dem Erhalt bzw. der Erlangung der nach § 34c Abs. 1 GewO für die C. erforderlichen Genehmigung**.

Wie dem Senat aus dem Parallelverfahren ... bekannt ist, hat die Beklagte in den jeweiligen Testaten unter Tz. 15 vermerkt, dass der Gewerbetreibende nach seiner Erklärung und nach ihren Feststellungen im Berichtsjahr von Auftraggebern **weder Vermögenswerte erhalten noch zu deren Verwendung ermächtigt wurde**. Es liegen Erklärungen des Gewerbetreibenden vor, wonach während des zu prüfenden Kalenderjahres **ausschließlich Anlagevermittlungsgeschäfte** betrieben wurden, ferner Vollständigkeitserklärungen des Gewerbetreibenden, in der dieser versichert, dass er alle zur Prüfung erforderlichen Nachweise und Auskünfte gegeben hat. Dafür, dass die Beklagte die Feststellungen in dem Prüfbericht attestierte, obwohl ihr Gegenteiliges bekannt war, sind keine konkreten Anhaltspunkte erkennbar.

Aus Sicht des Senats kann aber auch nicht davon ausgegangen werden, dass diese damit rechnete, dass die Angaben des Gewerbetreibenden insoweit wahrheitswidrig erfolgt sind. Auf der Grundlage der erwähnten schriftlichen Erklärungen des Herrn K. im Zusammenhang mit der von der Beklagten vorzunehmenden Prüfung ist davon auszugehen, dass diese Informationen erkennbar darauf abzielten, der Beklagten **bewusst ein wesentliches Betätigungsfeld der C., die treuhänderische Verwaltung von Anlagegeldern, zu verheimlichen**. Diese Angabe führte zunächst einmal dazu, dass aus Sicht der Beklagten die C. keine weitergehenden Sicherungspflichten nach der MaBV trafen. Soweit die Beklagte die ihr gegebenen Informationen durch die C. anhand von Verträgen, Buchungsunterlagen pp. **stichprobenartig auf ihre Wahrheit hin zu untersuchen hatte**, ist allerdings nicht ersichtlich, dass im Rahmen entsprechender Stichproben der Beklagten Unterlagen zur Verfügung gestellt worden wären, die eine treuhänderische Verwaltung von Anlagegeldern und darüber hinaus – hierauf kommt es entscheidend im Rahmen dieser Anspruchsgrundlage an – **eine Veruntreuung von Kundengeldern nahegelegt hätten**.

Der Sachvortrag des Klägers in diesem Zusammenhang lässt jegliche Darlegung dazu vermissen, welche Unterlagen der Beklagten vorlagen, die einen **Rückschluss auf das betriebene Schneeballsystem** zuließen. Selbst wenn die seitens der Beklagten vorgenommenen Prüfungen in der Tat unzureichend gewesen wären und diese bei sorgfältiger Prüfung hätte erkennen können, dass die C. Kundengelder in beträchtlicher Höhe entgegengenommen hat, vermag dies ggf. den Vorwurf einer fahrlässigen Verletzung des Prüfauftrages zu begründen, nicht kann hieraus auf einen bedingten Vorsatz der Beklagten in Bezug auf die Untreuehandlungen des Geschäftsführers der C. geschlossen werden, die darin bestanden, dass eingegangene Kundengelder letztlich nicht für entsprechende Warendermingeschäfte oder sonstige Anlagegeschäfte verwendet wurden. In tatsächlicher Hinsicht kann nicht einmal angenommen werden, dass Letzteres aus Unterlagen, die sie trotz der Erklärungen des Herrn K. hätte beiziehen müssen, ersichtlich war.

III. 1. Das Schadenersatzbegehren des Klägers rechtfertigt sich auch nicht nach den **§§ 823 Abs. 2 BGB, 4 MaBV, 830 Abs. 2 BGB**, denn die Anwendung dieser Vorschriften setzt gleichermaßen voraus, dass der Beklagten zumindest beding-

ter Vorsatz hinsichtlich eines Verstoßes der C. bzw. des Geschäftsführers der C. gegen § 4 MaBV anzulasten ist. Den diesbezüglichen Nachweis hat der hierfür darlegungs- und beweisbelastete Kläger indes nicht zu führen vermocht.

Die C. unterfiel dem Anwendungsbereich der MaBV (§ 1), die für Gewerbetreibende gilt, die nach § 34c Abs. 1 GewO der Erlaubnis der zuständigen Behörde bedürfen. **Nach § 4 MaBV darf der Gewerbetreibende Vermögenswerte des Auftraggebers, die er erhalten hat oder zu deren Verwendung er ermächtigt worden ist**, – in dem hier einschlägigen Fall des § 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GewO – **nur zur Erfüllung des Vertrages verwenden**, der durch die Vermittlung oder Nachweistätigkeit zustande gekommen ist. Nach § 6 MaBV hat der Gewerbetreibende die erlangten Vermögenswerte des Auftraggebers von seinem Vermögen und dem seiner sonstigen Auftraggeber getrennt zu verwalten (Abs. 1). Danach durfte die C. die entgegengenommenen Gelder nur zur Erfüllung des Anlagegeschäftes verwenden, sie musste eine getrennte Vermögensverwaltung vornehmen.

Der Schutzzweck der Verordnung geht gerade dahin, den Auftraggeber vor missbräuchlicher Verwendung von Anlagegeldern durch den Anlagevermittler zu bewahren. **In der Rechtsprechung ist § 4 MaBV als Schutzgesetz zugunsten des Auftraggebers angesehen worden** (OLG Hamm, NJW-RR 1999, 530: zur missbräuchlichen Verwendung von Baugeldern durch den Bauträger). § 4 MaBV richtet sich indes an den Gewerbetreibenden, hier: die C. bzw. deren damaligen Geschäftsführer als ihren gesetzlichen Vertreter, mit der Folge, dass dieser auf die streitige Schadenersatzforderung jedenfalls auch nach diesen Vorschriften haftet hätte.

Die Annahme eines **Gehilfenbeitrags** der Beklagten zu dem Verstoß der C. bzw. ihres Geschäftsführers gegen § 4 MaBV scheitert aber wiederum daran, da dieser nicht nachzuweisen ist, dass sie **wusste oder es zumindest für möglich hielt**, dass die C. – entgegen der Erklärung des Geschäftsführers – **Kundengelder entgegennahm**, diese nicht zur zweckentsprechenden Erfüllung des Anlagegeschäftes verwendete und sie billigend in Kauf nahm, diesen Erfolg durch ihre Prüfberichte zu unterstützen.

Der Senat nimmt Bezug auf seine Ausführungen im Rahmen der Prüfung unter II. 2. Warum die Beklagte, die in keiner Weise an der Geschäftstätigkeit der C. partizipierte und aus den Vorteilen getätigter Anlagegeschäfte profitierte, dies hätte tun sollen, erschließt sich nicht ohne Weiteres. Welche konkreten Unterlagen der Beklagten vorlagen, aufgrund derer sie eine Entgegennahme von Kundengeldern und deren zweckwidrige Verwendung erkannt hat oder zumindest für möglich hielt, hat der Kläger nicht dargetan.

Seine Sachdarstellung, die Prüfung der Beklagten sei nicht hinreichend sorgfältig gewesen, bei ordnungsgemäßer Prüfung habe diese eine Entgegennahme von Kundengeldern erkennen müssen, ist – ihre Richtigkeit einmal unterstellt – keineswegs geeignet, eine vorsätzliche Unterstützung des Verstoßes der C. gegen § 4 MaBV durch die Beklagte darzutun, diese lässt allenfalls den Schluss auf eine fahrlässi-

ge Verletzung des Prüfauftrages zu. In tatsächlicher Hinsicht könnte zudem nicht einmal mit der nötigen Sicherheit davon ausgegangen werden, dass diese bei Vornahme geeigneter Stichproben eine Entgegennahme von Kundengeldern hätte erkennen müssen, denn es ist nicht auszuschließen, dass der Beklagten lediglich der Zugang zu solchen Unterlagen gewährt wurde, die mit den von Herrn K. getätigten Erklärungen in Einklang standen; entscheidend kommt es hierauf aber nicht an.

2. Im Ergebnis lässt sich eine Haftung der Beklagten auch nicht auf der Grundlage der **§§ 823 Abs. 2 BGB, 16 MaBV, 830 Abs. 2 BGB** begründen.

a) § 16 MaBV richtet sich zunächst einmal als Gebotsnorm nur an den Gewerbetreibenden, der danach auf seine Kosten die Einhaltung der §§ 2–14 MaBV durch einen geeigneten Prüfer prüfen zu lassen und der zuständigen Behörde zu übermitteln hat. Als Prüferin kommt für die Beklagte lediglich eine Beihilfehandlung zu dem vorsätzlichen Verstoß des Gewerbetreibenden gegen § 16 MaBV als Schutzgesetz i.V.m. den §§ 823 Abs. 2, 830 Abs. 2 BGB in Betracht.

Ein vorsätzlicher Verstoß des Gewerbetreibenden gegen § 16 MaBV wäre insbesondere anzunehmen, wenn der Gewerbetreibende entgegen § 16 Abs. 1 Satz 1 oder 2 MaBV einen Prüfungsbericht nicht, bewusst nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig vorlegt (§ 18 Abs. 1 Nr. 12 MaBV), ggf. mit der Intention eines Erschleichens der zu erteilenden Genehmigung bzw. einer Freistellung von gewissen Verhaltenspflichten, die die MaBV dem Gewerbetreibenden auferlegt. § 16 MaBV soll ersichtlich die Einhaltung der in §§ 2–14 MaBV normierten Verpflichtungen durch Kontrolle sicherstellen.

Da die C. in dem hier interessierenden Zeitraum 1992 bis 1999 der zuständigen Behörde jeweils entsprechende Prüfungsberichte nach § 16 MaBV vorgelegt hat, kann ein vorsätzlicher Verstoß gegen § 16 MaBV lediglich darin erblickt werden, dass in diesen Jahren der Behörde unrichtige Testate vorgelegt wurden.

b) **Der Senat hegt erhebliche Bedenken, der Regelung des § 16 MaBV Schutzgesetzcharakter i.S.v. § 823 Abs. 2 BGB zugunsten der einzelnen Anleger des Gewerbetreibenden beizumessen.** Schutzgesetz ist eine Rechtsnorm nur dann, wenn sie – sei es auch neben dem Schutz der Allgemeinheit – gerade dazu dienen soll, den Einzelnen oder einzelne Personenkreise gegen die Verletzung eines Rechtsguts zu schützen. Dabei kommt es nicht auf die Wirkung, sondern auf Inhalt und Zweck des Gesetzes sowie darauf an, ob der Gesetzgeber bei Erlass des Gesetzes gerade einen Rechtsschutz, wie er wegen der behaupteten Verletzung in Anspruch genommen wird, zugunsten von Einzelpersonen oder bestimmten Personenkreisen gewollt oder zumindest mit gewollt hat. Nicht ausreichend hingegen ist, dass sich der Schutz der Allgemeinheit mittelbar auch zugunsten des einzelnen Geschädigten auswirkt; eine solche Reflexwirkung des Gesetzes kann eine zivilrechtliche Haftung nicht begründen (BGH, NJW 2004, 2971).

In Anwendung dieser Grundsätze ergibt sich Folgendes: Die eigentlichen Verhaltensanweisungen an den Gewerbetreibenden sind in §§ 4, 6 MaBV geregelt und schützen den einzelnen Vermögensträger unmittelbar. Die Prüfungsverpflichtung nach § 16 MaBV dient demgegenüber erkennbar der staatlichen Aufsicht über den Gewerbetreibenden, der eine Erlaubnis nach der Gewerbeordnung benötigt. Dies ist der typische Bereich, in dem der Einzelne nur reflexartig durch die Aufsicht einer Behörde geschützt werden soll. Zu dem sachlichen Schutzbereich dieser Norm gehören die Vermögensinteressen der Auftragnehmer allenfalls mittelbar, diese sind in den Vorschriften, die die Verhaltensanweisungen an den Gewerbetreibenden konkret normieren, ausreichend und in dem von der Verordnung bezweckten Umfang geschützt.

Für diese Argumentation spricht maßgeblich, dass der bloße Verstoß des Geschäftsführers der C. gegen § 16 MaBV durch die Vorlage eines unrichtigen Testates bei der Behörde nicht dazu führen könnte, dass dieser seinen Vertragspartnern, den Anlegern, aufgrund dieser Vorschrift wegen der Entgegennahme von Kundengeldern und deren zweckwidriger Verwendung auf Ersatz des Verlustes der Gelder schadenersatzpflichtig wäre. Entscheidend abzustellen ist immer auf die zugunsten der Vertragspartner des Gewerbetreibenden in §§ 4, 6 MaBV normierten materiellen Verhaltenspflichten, deren Verletzung nach dem Zweck der Verordnung auch Schadenersatzansprüche auslösen kann.

c) Eine Haftung der Beklagten scheitert aber darüber hinaus selbst dann, wenn man § 16 MaBV Schutzgesetzqualität zugunsten der Anleger beimessen wollte, am Fehlen der subjektiven Voraussetzungen.

Es ist der Beklagten nämlich nicht nachzuweisen, dass sie zumindest damit rechnete, dass die von ihr erstellten Testate falsch waren, und sie damit einen möglichen Verstoß des Geschäftsführers der C. billigend in Kauf nahm. Da die Beklagte mit den Testaten die Beachtung der in §§ 2–14 MaBV normierten Verhaltenspflichten, die diejenigen Auftragnehmer treffen, die fremde Vermögenswerte ihrer Auftragnehmer entgegennehmen, bestätigt hat, **stellt sich die Frage, ob und in welchem Maße die Beklagte verpflichtet war, anhand von Stichproben zu überprüfen, ob die ihr gegenüber abgegebenen Erklärungen zutreffend waren.** Soweit die Beklagte sich im Rahmen ihres Prüfungsauftrages nicht mit den **bloßen Angaben des Gewerbetreibenden** begnügen durfte, handelte sie insoweit indes lediglich fahrlässig.

Aus einer insoweit allenfalls festzustellenden fahrlässigen Entledigung ihres Prüfungsauftrages kann nicht ohne Hinzutreten besonderer Umstände geschlossen werden, dass die Beklagte von der Unrichtigkeit ihrer Prüfung ausging bzw. diese billigend in Kauf nahm. Nach den Feststellungen des Ermittlungsberichtes hat der Geschäftsführer der C. seinen Kunden durch manipulierte Gewinnbescheinigungen über Jahre hinweg erfolgreich vorgetäuscht, ihre Gelder angelegt zu haben. Er hat darüber hinaus nach der Änderung des Kreditwesengesetzes 1999 das Bundesaufsichtsamt durch vorsätzliche Falschinformation von einer Prüfung abgehalten.

Hinzu kommt, dass nach den Feststellungen des Landeskriminalamts sich die Anleger ab 4.1.1999 nicht mehr an der C. GmbH, sondern an der „I.F.T.I.“ beteiligt haben. Zum Zweck des Erwerbs von Beteiligungen unterzeichneten die Anleger – so auch der Kläger – einen eigens hierfür von der I. vorbereiteten Antrag. Die Kapitalanlagekonten wurden datentechnisch per 4.1.1999 offiziell auf die – noch nicht existierende – I.F.T.I. umgestellt. Berücksichtigend, dass der der Beklagten erteilte Prüfungsauftrag ausschließlich die C. betraf, ist bereits zweifelhaft, dass bei entsprechender Stichprobenartiger Prüfung die Beklagte die Entgegennahme der Anlagebeträge des Klägers durch die C. und deren zweckwidrige Verwendung hätte feststellen können. Nachdem diese sich dahingehend eingelassen hat, keine Unterlagen gesehen zu haben, die einen Rückschluss auf die Entgegennahme erheblicher Kundengelder zuließen, hätte Gegenteiliges bewiesen werden müssen. Der Kläger genügt der ihm obliegenden Darlegungslast zum bedingten Vorsatz indes nicht, wenn er sich pauschal darauf beruft, die Beklagte habe bei ordnungsgemäßer Prüfung die Verstöße der C. gegen die MaBV erkennen können.

d) Selbst wenn man zugunsten des Klägers unterstellen wollte, dass die Beklagte mit einer Unrichtigkeit des Testates und ferner damit rechnete, dass die C. entgegen den Erklärungen ihres Geschäftsführers Kundengelder entgegennimmt, **musste sie nicht zwangsläufig auch mit einer zweckwidrigen Verwendung der Gelder rechnen**. Dass sich der Beklagten hierfür hinreichende Anhaltspunkte zeigten, hat der Kläger jedenfalls nicht substantiiert dargetan. Dem Gewerbetreibenden ist es nicht grundsätzlich untersagt, Vermögenswerte des Auftraggebers entgegenszunehmen, ihn treffen in dem Fall, dass er zur Ausführung des Auftrags Vermögenswerte des Auftraggebers übernimmt, lediglich besondere Verpflichtungen (§ 6: Getrennte Vermögensverwaltung, § 4: Verwendung von Vermögenswerten des Auftraggebers). Es unterliegt mithin erheblichen Bedenken, ob der Verstoß gegen die Verpflichtung zur getrennten Vermögensverwaltung, sofern nicht die zweckwidrige Verwendung der Gelder hinzutritt, als schadenstiftende Handlung im Sinne des vom Kläger reklamierten Schadens zu qualifizieren ist. Streitentscheidende Bedeutung kommt dem allerdings nicht zu.

IV. Der Senat stimmt mit dem Landgericht auch darüber überein, dass ein Schadenersatzanspruch des Klägers nach **§ 826 BGB wegen sittenwidriger Schädigung** nicht festzustellen ist.

1. Sittenwidriges Handeln kann bei grob leichtfertigen und gewissenlosem Verhalten vorliegen. Sittenwidrig handelt deshalb nicht nur, wer die haftungsbegründenden **Umstände positiv kennt, sondern auch, wer sich einer solchen Erkenntnis bewusst verschließt**. Dies kann dazu führen, dass bei Sachverständigengutachten und Bilanztestaten unrichtige **Angaben, die auf grober Leichtfertigkeit und Gewissenlosigkeit beruhen**, als Verstoß gegen die guten Sitten angesehen werden. Dabei fällt besonders gravierend ins Gewicht, wenn der Sachverständige aus Eigennutz handelt oder sich in den Dienst eigennütziger Interessen des Auftraggebers stellt,

die ersichtlich zur Beeinträchtigung fremder Vermögensinteressen führen können. Der Umstand, dass ein Gutachten erhebliche Fehler aufweist, reicht allerdings für sich genommen nicht aus. Eine für die Sittenwidrigkeit ausreichende grobe Leichtfertigkeit oder Gewissenlosigkeit wird einem Gutachter aber dann schon vorgeworfen, wenn er bei der Untersuchung besonders wichtiger Fragen im Rahmen eines Gutachtens, von dem weittragende wirtschaftliche Folgen für die Beteiligten abhängen, sorglos verfehlt (*MünchKomm, a.a.O., § 826 Rz. 178*). Weiterhin ist ein **vorsätzliches Handeln** erforderlich, **welches von der Sittenwidrigkeit getrennt festzustellen ist**. Der Nachweis bedingten Vorsatzes lässt sich oft nur durch den Beweis erbringen, der Schädiger habe so leichtfertig gehandelt, dass er eine Schädigung des anderen Teils in Kauf genommen haben muss (*Palandt, a.a.O., § 826 Rz. 9*).

Im Streitfall ist der Beklagten nicht nachzuweisen, dass sie sich, als sie die Prüfberichte nach § 16 MaBV erteilte, leichtfertig und gewissenlos über erkannte Bedenken hinweggesetzt oder auf eine unerlässliche eigene Prüfung bewusst verzichtet hat. Ferner müsste sie den dem Kläger verursachten Schaden billigend in Kauf genommen haben, was wiederum voraussetzt, dass sie mit der Unrichtigkeit des Testates und ferner mit einer zweckwidrigen Verwendung von Kundengeldern durch die C. rechnete. Soweit sie auf die Angaben des Geschäftsführers der C. vertraute, der ihr gegenüber versicherte, dass während des zu prüfenden Kalenderjahres ausschließlich Anlagevermittlungsgeschäfte betrieben wurden, mag dies zwar den Vorwurf der Fahrlässigkeit begründen, **bedeutet aber nicht, dass sie mit der Unrichtigkeit des Prüfberichts und möglichen Schäden für Dritte rechnete** (*OLG Köln, VersR 1991, 565*).

Ihre Sachdarstellung, wonach sich aus den ihr übergebenen Unterlagen kein Hinweis darauf ergeben habe, dass die C. treuhänderisch Kundengelder entgegengenommen hat und deshalb ihre testierten Feststellungen falsch waren, ist nicht widerlegt. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die **Dauer einer Prüfung** nach § 16 MaBV im Allgemeinen zwischen einer Stunde und einem Tag, im Durchschnitt bei 3 bis 5 Stunden liegt (*Landmann-Rohner, GewO, § 16 MaBV Rz. 2*). **Dieser Zeitrahmen zeigt, dass keine gesamte Untersuchung der geschäftlichen Vorgänge des Gewerbetreibenden möglich ist**, sondern grundsätzlich Stichproben ausreichen, wobei insbesondere die Größe des Betriebes und die Anzahl etwa festgestellter Verstöße für den Prüfungsumfang bestimmend sind. Da der Beklagten nicht widerlegt ist, dass ihr **ausweislich der Erklärungen des Geschäftsführers der C. eine bloße Anlageberatungs- und Vermittlungstätigkeit der C. (ohne treuhänderische Entgegennahme von Kundengeldern) vorgespiegelt wurde**, kann nicht festgestellt werden, dass die von ihr vorgenommene Prüfung anhand ihr vorgelegter Unterlagen aufgrund grober Leichtfertigkeit und Gewissenlosigkeit nicht ausreichend war.

Für ein leichtfertiges und gewissenloses Hinwegsetzen über Bedenken bzw. bewusstes Unterlassen jeglicher eigenen Prüfung hat der Klägern keine hinreichenden Tatsachen vorgetragen. Die Angaben der C. gegenüber der Beklagten,



wonach keine Kundengelder entgegengenommen wurden, warnen auch **nicht offensichtlich unglauhaft**. Denn die C. konnte Geldanlagen vermittelt und diesbezüglich beraten haben, ohne selbst Kundengelder treuhänderisch entgegenzunehmen. Bei dieser Sachlage rechtfertigt sich nicht die Annahme, die Beklagte habe jegliche eigene Prüfung unterlassen oder habe sich über erkannte Bedenken leichtfertig hinweggesetzt.

2. Ohne dass es darauf noch entscheidend ankommt, bestehen darüber hinaus erhebliche Zweifel an der **Kausalität** der erstellten – objektiv unrichtigen – Prüfberichte für die bei dem Kläger eingetretene Schädigung. Zu berücksichtigen ist nämlich, dass der Schaden des Klägers durch die vorsätzliche Untreuehandlung des Geschäftsführers der C. entstanden ist und **dieses vorsätzliche Dazwischentreten eines Dritten den Schaden erst verursacht hat. Zwar ist eine Zurechnung bei einer vorsätzlichen Straftat eines Dritten dann nicht ausgeschlossen, wenn die Straftat erst durch das Verhalten des Schädigers ermöglicht wurde** (*MünchKomm, a.a.O., vor § 249 Rz. 57*). Davon, dass durch die Erstellung von objektiv falschen Prüfberichten die vorsätzliche Untreuehandlung des Geschäftsführers der C. erst ermöglicht oder auch nur tendenziell begünstigt wurde, kann indes nicht ausgegangen werden.

Ob die Beklagte in dem Zeitraum von 1992 bis 1997 bei Unterstellung einer ordnungsgemäßen Prüfung das von der C. betriebene Schneeballsystem hätte erkennen können, ist zweifelhaft. Nach dem Abschlussbericht in dem Verfahren ... wurde erst für den Zeitraum ab 1998 festgestellt, dass die C. keinerlei Anlagegeschäfte mehr betrieben hat. Zu strafbaren Handlungen kam es offensichtlich auch vor diesem Zeitpunkt (Erstellung fingierter Abrechnungen, keine zweckentsprechende Verwendung des Anlagebetrages hinsichtlich einzelner Anleger) dazu, ob und in welchem Umfang diese in dem Zeitraum vor 1998 erfolgt sind, enthält der Bericht keine konkreten Feststellungen.

Danach wären die in den Vorjahren erstellten Prüfberichte zwar auch insoweit unrichtig, als die C. entgegen den Angaben ihres Geschäftsführers tatsächlich Kundengelder entgegengenommen hat, nicht aber steht für die Vorjahre fest, ob und in welchem Umfang diese die von ihr entgegengenommenen Gelder nicht zur Erfüllung des Anlagegeschäftes eingesetzt hat, d.h., selbst wenn die Beklagte in den Vorjahren im Rahmen ihrer Prüfung Kenntnis erlangt hätte, dass die C. Kundengelder entgegennimmt, hätte dies nicht zwangsläufig zum Entzug der gewerberechtlichen Erlaubnis geführt, denn ein solcher Geschäftsgegenstand ist zulässig, führt lediglich zu weitergehenden Pflichten, wie der Verpflichtung zur getrennten Vermögensverwaltung und zur zweckgemäßen Verwendung der entgegengenommenen Gelder pp.

Im Hinblick darauf, dass sich dem Abschlussbericht entnehmen lässt, dass Kundengelder ohnehin auf gesonderten Konten geparkt wurden, die C. in diesem Zeitraum teilweise mit fingierten Abrechnungen arbeitete und für die Vorjahre nicht feststeht, dass und in welchem Umfang Untreuehand-

lungen des Geschäftsführers der C. verübt wurden, kommen als schadenstiftende Handlungen allenfalls die letzten Prüfberichte für die Jahre 1998 und 1999 in Betracht. Diese wurden mit Schreiben vom 29.8.2000 übersandt. Selbst wenn die Beklagte einen Prüfbericht erstellt hätte, aus welchem sich ein Verstoß gegen die MaBV ergeben hätte, kann nicht davon ausgegangen werden, dass unter Berücksichtigung des einzuhaltenden gewerberechtlichen Verfahrens und bestehender Rechtsschutzmöglichkeiten der C. dies zur endgültigen Einstellung der Geschäftstätigkeit der C. in einem Zeitraum geführt hätte, der vor der Zeichnung der Anlagen durch den Kläger im Jahr 2001 lag.

**Schäden, die auch beim rechtmäßigen Verhalten des Schädigers entstanden wären, werden vom Schutzzweck der Haftungsnorm regelmäßig nicht erfasst.** Allerdings ist für die Erheblichkeit des rechtmäßigen Alternativverhaltens erforderlich, dass derselbe Erfolg effektiv herbeigeführt worden wäre. Die bloße Möglichkeit, ihn rechtmäßig herbeizuführen, reicht nicht aus (*Palandt, a.a.O., vor § 249 Rz. 105; MünchKomm, a.a.O., vor § 249 Rz. 90*).

Als Folge des rechtmäßigen Alternativverhaltens der Beklagten wäre davon auszugehen, dass die C. kein vorzeigbares Testat gehabt hätte. Aufgrund des sonstigen Verhaltens des Geschäftsführers der C. und dessen zutage getretener hoher krimineller Energie ist davon auszugehen, dass dieser **notfalls auch gegenüber dem Landratsamt die Einstellung seiner Tätigkeit behauptet hätte**. Da die C. gegenüber dem Bundesaufsichtsamt für Kreditwesen in nämlicher Weise verfahren war – Mitteilung der C., dass seit dem 24.5.1998 keine Finanzportfolioverwaltung mehr erbracht werde –, stellt dies keine bloße Hypothese dar, sondern ein vom Geschäftsführer der C. in vergleichbarer Zwangslage praktiziertes Verfahren. Entsprechendes gilt für eine Verlegung der Geschäfte der C. ins Ausland, um sich der Genehmigungspflicht zu entziehen. Auch dies wurde mit einer Überführung der Kapitalanlagen in I.-Pools in die USA praktiziert.

Die Annahme des Klägers, dass es bei einer Feststellung der Verstöße der C. gegen die MaBV durch die Beklagte und deren Anzeige bei der C. letztlich zu einer Einstellung der Tätigkeit der C. und damit nicht zu einer Veruntreuung seines Anlagekapitals gekommen wäre, findet mithin in den zugrunde liegenden Fakten keine hinreichende Stütze.

Die Berufung des Klägers erweist sich somit als unbegründet.

V. (...) Die Voraussetzungen, unter denen die Revision zugelassen wäre (§ 543 Abs. 2 ZPO) liegen nicht vor. Gesichtspunkte zur Fortbildung des Rechts und der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordern nach Auffassung des Senats keine Entscheidung des Revisionsgerichts. Der Senat weicht bei den die Entscheidung tragenden rechtlichen Erwägungen nicht von bewährten Rechtsprechungsgrundsätzen ab. Allein der Umstand, dass noch weitere Rechtsstreite anhängig sind, die sich mit einer möglichen Haftung der Beklagten befassen, begründet keine grundsätzliche Bedeutung der vorliegenden Sache und der mit ihr zu entscheidenden Rechtsfragen. ■

## Anwaltshaftung

- Verwirkung von Trennungsunterhalt
  - Verjährung des Schadenersatzanspruchs
  - Schadeneintritt
- (OLG Düsseldorf, Urt. v. 24.1.2006 – I-24 U 87/05)

### Leitsatz:

Im Falle der Verwirkung von Trennungsunterhalt wegen anwaltlichen Fehlverhaltens begann die dreijährige Verjährungsfrist des Ersatzanspruchs ein Jahr nach Fälligkeit des Unterhalts, und zwar bezüglich aller späteren Unterhaltsschäden. ■

### Aus den Gründen:

Das zulässige Rechtsmittel hat keinen Erfolg. Das Landgericht hat die auf Schadenersatz gerichtete Klage (82.915,13 EUR zzgl. gesetzlicher Zinsen) zu Recht abgewiesen. Die dagegen vorgebrachten Berufungsgründe rechtfertigen keine günstigere Entscheidung. Zur Begründung und zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen wird auf das angefochtene Urteil und die Erwägungen des Senats in seinem Hinweisbeschluss vom 11.11.2005 (nachfolgend Hinweisbeschluss genannt) Bezug genommen.

I. Dort hat der Senat das Folgende ausgeführt:

Unentschieden bleiben kann der unter den Parteien im ersten Rechtszug in erster Linie geführte Streit darüber, ob die Beklagte die Klägerin tatsächlich zum Trennungsunterhalt defizitär beraten und/oder vertreten hat (Pflichtverletzung) und ob der Klägerin daraus ein Schaden in Gestalt des Verlustes begründeter Trennungsunterhaltsansprüche gegen ihren Ehemann in der Zeit von Mitte Dezember 1994 (Verzuseintritt) bis 8.2.2001 (Eintritt der Rechtskraft der Ehescheidung) entstanden ist (Kausalität). Diese Fragen können deshalb unbeantwortet bleiben, weil denkbare Schadenersatzansprüche der Klägerin entgegen der im angefochtenen Urteil (eher beiläufig) geäußerten Ansicht jedenfalls verjährt sind und deshalb gegen den geäußerten Willen der Beklagten nicht mehr durchsetzbar sind (§ 214 Abs. 1 BGB).

1. Gemäß § 51b BRAO, der im Streitfall in seiner bis zum 14.12.2004 geltenden Fassung noch anzuwenden ist (Art. 229 § 6 Abs. 1 Satz 1, § 12 Abs. 1 EGBGB), verjähren gegen Rechtsanwälte gerichtete vertragliche Schadenersatzansprüche (unabhängig davon, ob der Mandant Kenntnis von der Pflichtverletzung und/oder vom Schadeneintritt erhält oder nicht, vgl. BGH, NJW 2001, 3543 sub Nr. II. 2. d)) nach Ablauf von drei Jahren, gerechnet ab Entstehung des Schadens (1. Alt.), spätestens aber drei Jahre nach Ende des Mandats, wenn bis dahin der Schaden noch nicht entstanden sein sollte (2. Alt.). Nach der sog. „**Risiko-Schaden-Formel**“ entsteht ein Schaden dann, wenn er infolge einer (primären) Pflichtverletzung des Rechtsanwalts wenigstens dem Grunde nach entstanden ist, mag er auch der Höhe nach noch nicht bezifferbar sein. Ein solcher Fall tritt ein, wenn sich die Vermögenslage des Mandanten in feststell-

barer Weise verschlechtert, ohne dass feststehen muss, ob der Schaden bestehen bleibt und damit endgültig wird oder ob mit der nicht fernliegenden Möglichkeit weiterer, noch nicht erkennbarer, adäquat verursachter Nachteile bei verständiger Würdigung zu rechnen ist und nicht nur eine erhöhte Risikolage eingetreten ist, die noch keinen Schaden entstehen lässt (vgl. zuletzt BGH, NJW 2006, 1143, WM 2005, 1869 = BB 2005, 2152 m.w.N.; Zugehör, Handbuch der Anwaltshaftung, Rdnr. 1234; Vollkommer/Heinemann, Anwaltshaftungsrecht, Rdnr. 628 ff; Henssler/Prütting; BRAO 2. Aufl., § 51b Rdnr. 41, jeweils m.w.N.).

2. Unter Anlegung dieses Maßstabs ist im Streitfall zur Berechnung der Verjährungsfrist des (primären) Schadenersatzanspruchs § 51b, 1. Alt. BRAO einschlägig, wonach die dreijährige Verjährungsfrist mit der Entstehung des Schadens beginnt. Schaden ist nämlich nach der Behauptung der Klägerin schon im **Oktober 1996** entstanden; **zu diesem Zeitpunkt trat die Verwirkung behaupteter Trennungsunterhaltsansprüche aus der Zeit von Mitte Dezember 1994 bis September 1995 ein.** Die weiteren Unterhaltsansprüche verwirkte die Klägerin sukzessiv jeweils ein Jahr nach Eintritt von deren Fälligkeit, ohne dass dadurch jeweils eine neue Verjährungsfrist für die Folgeschäden in Gang gesetzt worden wäre. Der primäre Schadenersatzanspruch verjährt deshalb bereits im Oktober 1999.

a) Die angebliche Schadenentstehung soll darauf beruhen, dass es die Beklagte vertragswidrig unterließ, begründete Trennungsunterhaltsansprüche der Klägerin gegen ihren Ehemann gerichtlich geltend zu machen, weshalb Verwirkung eingetreten sei. Entgegen der Meinung der Klägerin ist die Verwirkung der frühesten Ansprüche aber nicht erst im Jahr 1998 (rund drei Jahre nach Auftragserteilung im Dezember 1994), sondern bereits im Oktober 1996 eingetreten.

aa) Ein Anspruch ist verwirkt, wenn er längere Zeit hindurch nicht geltend gemacht worden ist, obwohl das möglich gewesen wäre (Zeitmoment), und wenn sich der Schuldner nach den Umständen darauf einstellen durfte und darauf eingestellt hat, dass der Gläubiger seine Rechte zukünftig nicht mehr geltend machen wird (Umstandsmoment, vgl. BGHZ 84, 20 = NJW 1982, 1999 m.w.N.). Verwirkt werden können alle zivilrechtlichen Ansprüche und deshalb auch rückständiger Trennungsunterhalt.

bb) Mit Rücksicht auf **Sinn und Zweck der Unterhaltsansprüche** (Deckung des gegenwärtigen Lebensbedarfs des Bedürftigen und Vermeidung von Vermögensbildung) und mit Blick auf die große Gefahr erheblicher Verschuldung des Pflichtigen bei zeitferner Geltendmachung sind an das Zeitmoment keine hohen Anforderungen zu stellen. Von dem Unterhaltsgläubiger kann deshalb erwartet werden, dass er seine Ansprüche zeitnah geltend macht und durchsetzt. **Schon bei etwas mehr als einjähriger Untätigkeit des Unterhaltsgläubigers nach Eintritt der Fälligkeit der Unterhaltsansprüche kann das Zeitmoment als erfüllt gelten** (BGHZ 103, 62 = NJW 1988, 1137 = FamRZ 1988, 370 sub Nr. 4a; BGHZ 152, 217 = FamRZ 2002, 1698; BGH, FamRZ 2004, 531).

Im Streitfall hatte die Beklagte von dem Ehemann namens der Klägerin mit Schreiben vom 13.12.1994 vorläufig Trennungsunterhalt in Höhe von 6.500 DM monatlich und Auskunft über die Höhe seiner Einkünfte gefordert. Mit Schreiben vom 11.4.1995 hatte sie namens der Klägerin unter Klageandrohung die Vervollständigung der Einkommensauskünfte verlangt. Mit Antrag vom 23.6.1995 hatte sie schließlich namens der Klägerin Sonderunterhalt (Prozesskostenvorschuss) gerichtlich im Wege der einstweiligen Anordnung geltend gemacht, wobei sie die vom Ehemann erteilten Auskünfte verarbeitete. Durch Beschluss vom 11.8.1995, der Klägerin zu Händen der Beklagten am 11.9.1995 zugestellt, wurde der Antrag mangels Bedürftigkeit der erwerbstätigen und vermögenden Klägerin zurückgewiesen.

Auf der Grundlage dieser Umstände durfte sich der Ehemann nach etwas mehr als einjähriger Untätigkeit der Klägerin, also im Oktober 1996, darauf einstellen, dass sie den bis dahin rückständigen Trennungsunterhalt von Mitte Dezember 1994 bis September 1995 auch zukünftig nicht mehr gerichtlich geltend machen wird. **Denn ihr mehr als einjähriges Stillhalten nach dem Verlust der ersten gerichtlichen Auseinandersetzung um Unterhaltsansprüche musste bei dem Ehemann, der einen Trennungsunterhaltsanspruch in Abrede gestellt hatte, den Eindruck erwecken, dass auch die Klägerin inzwischen zu der Überzeugung gelangt war, keinen Anspruch zu haben.**

b) Im Oktober 1996 ist aber nicht nur der schon eingetretene Trennungsunterhaltsschaden aus der Zeit von Mitte Dezember 1994 bis September 1995, sondern der gesamte hier geltend gemachte, auf der behaupteten Pflichtwidrigkeit beruhende und erst künftig sukzessiv eintretende Folgeschaden verjährt. **Verjährungsrechtlich kommt es allein darauf an, ob mit der nicht fernliegenden Möglichkeit weiterer, im Einzelnen noch nicht erkennbarer, adäquat verursachter Nachteile bei verständiger Würdigung zu rechnen ist** (vgl. BGH, NJW 2006, 1143, WM 2005, 1869 = BB 2005, 2152 m.w.N.).

Es spielt deshalb keine Rolle, dass sich im Oktober 1996 erst ein Teil des Unterhaltsschadens verwirklicht hat. Maßgeblich ist, dass mit der unterlassenen Klageeinreichung vor Eintritt des ersten Verwirkungstatbestandes der Schadenverlauf seinen Anfang genommen hat und spätere Beratungsdefizite keinen selbständigen, von der schadenauslösenden Ursache unabhängigen Schaden mehr verursachen konnten (sog. „Spätschäden“; vgl. Palandt/Heinrichs, BGB 64. Aufl., § 199 Rdnr. 14 m.w.N.; Zugehör, a.a.O.; ders., Beraterhaftung nach der Schuldrechtsreform Rdnr. 278).

Das folgt aus dem **Grundsatz der Schadeneinheit**. Danach ist der Schaden, der infolge eines bestimmten Verhaltens des Schädigers eingetreten ist, als ein einheitliches Ganzes aufzufassen. Für den Anspruch auf Ersatz dieses Schadens einschließlich aller weiteren adäquat verursachten, zurechen- und voraussehbaren Nachteile läuft deshalb eine einheitliche Verjährungsfrist, sobald irgendein (Teil-)Schaden entstanden ist. Das gilt auch, soweit das schädigende Verhalten wiederholt und derselbe Schaden ausgelöst wird oder wenn sich

der Schadenzustand durch dauerhaft pflichtwidriges Unterlassen (Dauerhandlung oder -unterlassung) vergrößert (vgl. BGH, NJW 2002, 1414 sub I. 1.a) bb); NJW 1998, 1488, 1489 [Steuerberater]; 1991, 2828; 1993, 1320, 1321; 1985, 1023, 1024; NJW-RR 1998, 742, 743 [Steuerberater], jeweils m.w.N.; Zugehör, a.a.O., Rdnr. 1245 f und 1339 Stichw. „Spätschäden“ und Rdnr. 1776; ders., Beraterhaftung nach der Schuldrechtsreform, Rdnr. 278; a.A. Henssler/Prütting, a.a.O., Rdnr. 42; MünchKomm-BGB/Grothe 4. Aufl. 2001, § 198 Rdnr. 4 unter Berufung auf die Entscheidung BGH, NJW 1982, 1285, die indes insoweit durch die Entscheidungen BGH, NJW 1992, 2828, 2829 und NJW-RR 1998, 742, 743 überholt ist).

Im vorliegenden Fall sollte die Beklagte nach dem Vorbringen der Klägerin rechtzeitig vor dem Eintritt eines Rechtsverlustes tätig werden. Das konnte nur geschehen, indem die unerfüllt gebliebenen Trennungsunterhaltsforderungen gegen den Ehemann gerichtlich geltend gemacht wurden. Mit diesem pflichtgemäßen Vorgehen wären nicht nur die rückständigen, sondern gleichzeitig auch alle zukünftigen Unterhaltsansprüche vor Rechtsverlust bewahrt worden, zumal die Untätigkeit der Beklagten nach ihrem unwiderlegten Vorbringen darauf beruht, dass sie einen Trennungsunterhaltsanspruch aus materiellen Gründen für unbegründet gehalten hat und die Klägerin deshalb nicht klagen wollte. In diesem Zusammenhang ist ohne Bedeutung, ob die Rechtsauffassung zutrifft.

**Verjährungsrechtlich maßgeblich ist, dass die Pflichtverletzung im Kern nicht in der Untätigkeit, sondern in der behaupteten defizitären Beratung zum materiellen Unterhaltsrecht liegt.** Gerade darin spiegelt sich das den Gesamt- und nicht nur einen Teilschaden auslösende (angeblich) pflichtwidrige Verhalten der Beklagten wider. Dass sie nach dem Vorbringen der Klägerin in der Folgezeit gleichsam dauerhaft gegen ihre Vertragspflichten verstoßen und dadurch eine noch mögliche Wendung des eingetretenen Schadenverlaufs zugunsten der Klägerin versäumt haben soll, stellt keine selbständige, eine besondere Verjährungsfrist in Gang setzende Pflichtverletzung dar (vgl. den rechtsähnlichen Fall BGH, NJW 1998, 1488, 1489; Vollkommer/Heinemann, Anwaltschaftsrecht, Rdnr. 629 m.w.N. für eine unterbliebene Mahnung und den dadurch ausgelösten, sich stetig vergrößernden Zinsschaden; ebenso Kammergericht, KGR Berlin 2003, 278).

Das ist im Übrigen keine Besonderheit des Verjährungsrechts im Anwaltsregress. Diese Grundsätze gelten im Schadenrecht allgemein (vgl. BGHZ 100, 228 = NJW 1987, 1887 m.w.N.). Ist – wie hier geschehen – durch den Eintritt eines ersten Teilschadens die regressrechtlich irrelevante Risikozone verlassen, kann die Verjährung erst künftig eintretenden, aber nicht fernliegenden Schadens nur durch die Erhebung einer Feststellungsklage vermieden werden (vgl. BGH, a.a.O.).

Etwas anderes gilt nur dann, wenn sich mehrere selbständige pflichtwidrige Unterlassungen des Schädigers ausgewirkt haben (vgl. BGH, NJW-RR 1998, 742, 743 [Steuerberater], NJW 2002, 1414 sub I. 1. a) bb); Zugehör, Beilage zu NJW

1995, Heft 21, S. 14; ders., *Handbuch der Anwaltschaftung*, Rdnr. 1247). Das ist etwa dann der Fall, wenn der Rechtsanwalt zunächst eine Forderung verjähren lässt und sie anschließend gerichtlich geltend macht. Forderungs- und Kostenschaden sind dann selbständig und lösen eine jeweils unterschiedlich beginnende Verjährungsfrist aus (vgl. BGH, NJW 1988, 1488, 1489; OLG Karlsruhe, OLGR 2004, 388; Zugehör, a.a.O.).

c) Unzutreffend ist auch die Ansicht der Klägerin, die Verjährungsfrist beginne erst mit der ersten nachteiligen gerichtlichen Entscheidung. Ein Verjährungsbeginn zu diesem Zeitpunkt knüpft an eine andere Pflichtverletzung an, nämlich an einen vom Mandanten erlittenen **Rechtsverlust aufgrund einer fehlerhaften Prozesshandlung** oder -führung des Rechtsanwalts, etwa einem unterbliebenen Beweisantritt oder unzureichenden Sachvortrag (BGH, NJW-RR 1998, 742; BGH, NJW 2000, 1498 sub Nr. III, 3, a) aa)). Das steht nicht im Widerspruch zu der schon zitierten Entscheidung des Kammergerichts (KGR Berlin 2003, 278) zum (sich vergrößernden) Zinsschaden. Zu unterscheiden sind stets die zwei Fälle materiellen und prozessualen Rechtsverlustes (BGH, a.a.O.).

Beruhet der Zinsschaden darauf, dass der Rechtsanwalt es versäumte, den Schuldner so frühzeitig wie möglich (außergerichtlich) in Zahlungsverzug zu versetzen (materieller Rechtsverlust), dann tritt der Gesamtschaden und der Verjährungsbeginn in dem Zeitpunkt ein, in dem der Verzug hätte herbeigeführt werden können (vgl. BGH, VersR 1977, 617, 618; Vollkommer/Heinemann, a.a.O., Rdnr. 629). Besteht der Fehler darin, dass es der Rechtsanwalt versäumte, den nach materiellem Recht berechtigten Zinsschaden gerichtlich geltend zu machen (Fall des Kammergerichts Berlin, a.a.O.), dann tritt der Gesamtschaden und der Verjährungsbeginn mit der ersten negativen gerichtlichen Entscheidung ein (prozessualer Rechtsverlust).

3. Ohne Erfolg beruft sich die Klägerin auf einen sekundären Schadenersatzanspruch. Auch ein solcher ist wegen eingetretener Verjährung im Oktober 2002 nicht mehr durchsetzbar (§ 214 BGB).

Der sog. sekundäre Schadenersatzanspruch verjährt gemäß § 51b BRAO nach denselben Grundsätzen wie der primäre Schadenersatzanspruch, nämlich nach Ablauf von drei Jahren, gerechnet ab Entstehung des Schadens (1. Alt.), spätestens aber drei Jahre nach Ende des Mandats (2. Alt.), wenn bis dahin der Schaden noch nicht entstanden sein sollte (BGHZ 94, 380, 390; BGH, NJW 1996, 48 sub Nr. II, 4.; Vollkommer/Heinemann, a.a.O., Rdnr. 644, 646 m.w.N.). Nach dieser Regel ist wiederum die 1. Alternative des § 51b BRAO auch zur Berechnung der Verjährungsfrist des sekundären Schadenersatzanspruchs einschlägig. Danach beginnt die dreijährige Verjährungsfrist mit der Schadenentstehung. Der Schaden ist eingetreten mit der Vollendung der Primärverjährung im Oktober 1999, so dass die erst im Juni 2004 eingereichte und alsbald zugestellte Klage die im Oktober 2002 eingetretene sekundäre Verjährung nicht mehr verhindern konnte.

II. An dieser Beurteilung hält der Senat fest. Die dagegen vorgebrachten Einwendungen der Klägerin führen zu keiner anderen Beurteilung.

1. Der Senat folgt nicht der Einschätzung der Klägerin, die meint, nach den hier zu berücksichtigenden besonderen Umständen sei der **(Erst-)Schaden infolge von Inaktivität nicht schon ein Jahr, sondern erst drei Jahre nach Abweisung des gerichtlich geltend gemachten Trennungs- und Unterhaltsverwirkung**, also nicht schon im Oktober 1996, sondern erst im Oktober 1998. Besondere Umstände, die einen hinausgeschobenen Eintritt der Verwirkung nahelegen könnten, zeigt die Klägerin nicht auf. Insbesondere der Umstand, dass die Klägerin im Ehescheidungsverfahren ab Oktober 1995 für die Zeit ab Eintritt der Rechtskraft der Ehescheidung nachehelichen Unterhalt geltend gemacht hat, beeinflusst den Verlauf der Verwirkung des Trennungs- und Unterhalts nicht zugunsten der Klägerin. Eher das Gegenteil ist der Fall.

a) Der **Bundesgerichtshof** hat in den zuletzt von ihm entschiedenen Fällen (BGHZ 152, 217 = FamRZ 2002, 1698, 1699; BGH, FamRZ 2004, 531) **einen Zeitablauf von etwas mehr als einem Jahr für den Eintritt der Verwirkung regelmäßig ausreichen lassen**, im letztgenannten Fall sogar für titulierte Ehegattenunterhaltsansprüche. Die obergerichtliche Rechtsprechung der jüngeren Zeit ist dem, soweit ersichtlich, durchgehend gefolgt (vgl. z.B. OLG Dresden, Beschl. v. 22.3.2004 – 23 WF 0140/04, JAmt 2004, 337; OLG Brandenburg, Beschl. v. 4.9.2003 – 9 WF 158/03, FamRZ 2004, 972; OLG Hamm, Beschl. v. 8.8.2003 – 11 WF 91/03, FamRZ 2004, 1968; OLG Karlsruhe, Urte. v. 25.1.2002 – 16 UF 137/01, OLGR 2002, 210; OLG München, Beschl. v. 29.8.2001 – 12 UF 1043/01, OLGR 2002, 68; OLG Düsseldorf, Urte. v. 17.11.2000 – 7 UF 133/00, NJWE-FER 2001, 69). Der Streitfall gibt keinen Anlass, das Zeitmoment abweichend zu beurteilen.

b) **Es mag sein, dass im Einzelfall das Vertrauen des Schuldners, rückständiger Trennungs- und Unterhalt werde nicht (mehr) geltend gemacht, dann nicht gebildet werden kann, wenn der Ehegatte (zugleich) nachehelichen Unterhalt verfolgt.** Das gilt aber dann nicht, wenn – wie hier – wegen laufenden Trennungs- und Unterhalts gestritten, solch ein Anspruch schon im Ansatz abgewehrt, als Trennungs- und Unterhalt mangels Bedürftigkeit vom Gericht zurückgewiesen und trotz zuvor erteilter Einkommensauskunft mehr als ein Jahr nicht weiter verfolgt wird und der nacheheliche Unterhalt nicht konkret auf der Grundlage der erteilten Auskünfte, sondern auf der Grundlage einer vertraglichen, vom gesetzlichen Unterhalt abstrahierenden Vereinbarung (Nr. 6 der notariellen Urkunde vom 2.12.1986) berechnet wird (Schriftsatz der Beklagten vom 6.6.1997).

Gerade dieser Umstand war entgegen der Ansicht der Klägerin sogar geeignet, den Ehemann in seiner Haltung noch zu bestärken, die Klägerin werde rückständigen Trennungs- und Unterhalt auf der Grundlage der erteilten Auskünfte nicht mehr geltend machen. Mit Blick auf die vom Ehemann im Trennungs- und Unterhaltsstreit geltend gemachte Leistungsunfähigkeit (rückläufige Umsätze, Kindesunterhaltsverpflichtung)



tung, Hauslasten) sind an die Feststellung, dass der Schuldner seine Lebensführung auf den Wegfall rückständigen Unterhaltsbedarfs auch eingestellt hat, keine besonderen Anforderungen zu stellen (vgl. BGH, BGHZ 152, 217 = FamRZ 2002, 1698, 1699). Darin unterscheidet sich der Streitfall von dem vom Bundesgerichtshof zuletzt entschiedenen Fall (BGH, FamRZ 2004, 531), in dem der Schuldner über ein Nettoeinkommen in Höhe von 13.000 DM monatlich verfügen konnte und es bei den Rückständen um vergleichsweise geringe Unterhaltsspitzen ging.

**2. Entgegen der Meinung der Klägerin ist es nicht „abstrus“, den Lauf der Verjährungsfrist des § 51b, 1. Alt. BRAO zeitlich mit dem Eintritt der ersten Verwirkung (nicht „Verjährung“, wie es im Hinweisbeschluss des Senats evident irrtümlich heißt) zu verknüpfen mit der Folge, dass auch für die erst später und sukzessiv eintretende Verwirkung der Trennungsunterhaltsansprüche ab Oktober 1995 eine einheitliche (Primär-)Verjährung läuft.** Der Senat hat in seinem Hinweisbeschluss den Stand der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu dieser Frage gerade auch für den Fall aufgezeigt, in dem sich die **Pflichtwidrigkeit des Beraters in einem Unterlassen (sog. Dauerpflichtwidrigkeit)** manifestierte. Die Klägerin zeigt keine Gesichtspunkte auf, die eine abweichende Beurteilung rechtfertigen.

3. Der Senat bezweifelt nicht, dass die Beklagte nach dem Vorbringen der Klägerin noch vor Eintritt der Primärverjährung Anlass hatte, ihre Beratung zur Frage des Trennungsunterhalts zu überprüfen, die Klägerin auf den (angeblichen) Beratungsfehler und auf den Lauf der Verjährungsfrist hinzuweisen. Diese zugunsten der Klägerin unterstellte (zweite) Pflichtverletzung löste gerade die sekundäre Haftpflicht mit einer selbständigen Verjährungsfrist von noch einmal drei Jahren aus, nämlich von Oktober 1999 (Eintritt der Primärverjährung) bis zum Oktober 2002. Dass die Beklagte nach dem Vortrag der Klägerin auch während laufender Sekundärverjährung erneut und wiederholt Anlass hatte, ihre Beratungsarbeit zum Trennungsunterhalt zu überprüfen, löste indes **keine „Tertiärhaftung“** aus.

Die Sekundärhaftung beruht auf besonderen, mit der Vertrauensstellung des anwaltlichen Beraters verknüpften Gründen und dehnt die gesetzlich auf nur drei Jahre ausgelegte Verjährungsfrist vielfach, insbesondere bei sog. Dauermandaten faktisch schon auf die doppelte Länge aus (vgl. Zugehör, *Die Verjährung der Berufshaftung für Rechtsanwälte*, NJW 1995, Beilage Heft 21, S. 15 f).

Eine darüber hinausgehende Haftung wäre mit dem gesetzgeberischen Anliegen des § 51b BRAO, die Haftung des anwaltlichen Beraters zeitlich zu beschränken, nicht mehr vereinbar (Zugehör, a.a.O., S. 19 sub III. 2. a); BGHZ 94, 380, 391 = NJW 1985, 2250 unter ausdrücklicher Aufgabe der noch in BGH, NJW 1984, 2204 vertretenen Auffassung, wonach bei „Dauermandaten“ die Sekundärverjährung erst mit dem Mandatsende statt mit dem Eintritt der Primärverjährung einsetze). (...) ■

## Handakten des Steuerberaters

- Arbeitsergebnisse
  - Informationspflicht/Herausgabepflicht
  - Unterlagen des Mandanten
  - Beweislast für Weiterleitung
- (LG Bonn, Beschl. v. 20.6.2007 – 5 T 51/07)

### Leitsätze (d. Red.):

1. Der Steuerberater muss dem Mandanten eine Abschrift seines Arbeitsergebnisses – z.B. die Steuererklärung – übersenden oder sie zur Handakte nehmen. Letztere hat er dem Mandanten auf Verlangen auszuhändigen. Kopierkosten können nicht anfallen.

2. Hat der Steuerberater Originalunterlagen an das Finanzamt weitergeleitet, trägt er dafür die Darlegungs- und Beweislast. ■

### Aus den Gründen:

Zu Recht hat das Amtsgericht dem Beklagten die Kosten des Rechtsstreits auferlegt. Die Kostenentscheidung entspricht der Billigkeit unter Berücksichtigung des Sach- und Streitstandes. Der Beklagte wäre ohne die Erledigungserklärung in dem Rechtsstreit aller Voraussicht nach im vollen Umfang unterlegen.

Vorliegend ist zu differenzieren zwischen den **von dem Beklagten für die Klägerin erstellten Schriftstücken, den „Arbeitsergebnissen“ seiner Tätigkeit**, welche der Beklagte unstreitig in Fotokopie zur Handakte genommen hatte, und den **Belegen und sonstigen Urkunden, welche die Klägerin dem Beklagten als Arbeitsunterlagen zur Verfügung gestellt hatte**:

### Von dem Beklagten erstellte Unterlagen

Hinsichtlich der „Arbeitsergebnisse“ (z.B. Jahresabschluss für 2002) ist der Beklagte offenbar der Ansicht, dass er nur zur Herausgabe der jeweiligen Originale verpflichtet sei. Auf die Herausgabe dieser Originale habe die Klägerin aber keinen Anspruch (mehr), da er diese bestimmungsgemäß dem Finanzamt übersandt habe. Weiter ist er offenbar der Ansicht, dass die Klägerin an den zur Handakte genommenen Fotokopien keine eigenen Rechte habe und er nicht oder allenfalls gegen Erstattung der Fotokopierkosten verpflichtet gewesen sei, der Klägerin Fotokopien dieser Unterlagen zur Verfügung zu stellen.

Diese Rechtsansicht des Beklagten ist falsch: Gemäß §§ 675 Abs. 1, 667 BGB ist der Steuerberater nach Beendigung des Mandats verpflichtet, dem Mandanten die **Handakte** herauszugeben. Zu der Handakte gehören gemäß **§ 66 Abs. 2 StBerG** alle Schriftstücke, die der Steuerberater aus Anlass seiner beruflichen Tätigkeit von dem Auftraggeber oder für ihn erhalten hat mit Ausnahme des Briefwechsels zwischen ihm und dem Mandanten und derjenigen Schriftstücke, die der Mandant bereits in Ur- oder Abschrift erhalten hat. Im letzten Fall ist der Herausgabeanspruch des Mandanten be-

reits (partiell) durch Erfüllung erloschen (§ 362 Abs. 1 BGB). Die bei der Handakte verbliebenen oder für die Handakte gefertigten Doppel sind dann die eigenen Exemplare des Steuerberaters, mögen diese auch zu einer „Handakte“ im körperlichen Sinne genommen worden sein. **Vorliegend hat die Klägerin aber die „Arbeitsergebnisse“ des Beklagten nie erhalten.**

Dafür reicht nicht aus, dass der Beklagte die Originale möglicherweise – dies ist zwischen den Parteien streitig – an das Finanzamt übersandt hat: **Ein Steuerberater ist dazu verpflichtet, jedenfalls eine Abschrift seiner Arbeitsergebnisse, mögen diese auch für das Finanzamt bestimmt sein und diesem übersendet werden, zur Handakte zu nehmen bzw. – ersatzweise – dem Mandanten ein Exemplar zuzuleiten.** Er kann den Mandanten nicht darauf verweisen, dieser möge von den „Arbeitsergebnissen“ durch Einsichtnahme in die Akten des Finanzamts Kenntnis nehmen und dort von den „Originalen“ Kopien fertigen. Vielmehr **hat der Mandant einen Anspruch darauf, dass dritgerichteter Schriftverkehr bzw. zum Verbleib bei Dritten bestimmte Schriftstücke ihm entweder in Ablichtung ausgehändigt werden oder aber jedenfalls zur Handakte genommen werden.**

In der Praxis geht man daher gemeinhin so vor, dass man (mindestens) **drei Exemplare** fertigt. Ein Exemplar (das „Original“) wird bestimmungsgemäß dem Dritten zugeleitet, ein weiteres Exemplar wird dem Mandanten zur Kenntnis übersandt. Das dritte Exemplar wird zur Handakte genommen. Verfährt der Steuerberater in dieser Form, handelt es sich bei dem zur Handakte genommenen Exemplar um „sein“ Exemplar. Der Steuerberater muss es dem Mandanten nach Beendigung des Mandats nicht herausgeben. Übersendet der Steuerberater aber – was ungewöhnlich ist, aber hier offenbar der Fall war – seinem Mandanten kein Exemplar, sondern nimmt er lediglich ein solches zur Handakte, so ist er zur Herausgabe dieses Exemplars verpflichtet.

Er kann die Herausgabe dann nicht von der Erstattung von Kopierkosten für die Fertigung eines weiteren Exemplars abhängig machen. **Denn diese Kopierkosten fallen nicht an, um das Exemplar des Mandanten zu erstellen.** Dieses ist das zur Handakte genommene Exemplar. Vielmehr erstellt der Steuerberater in diesen Fällen ein Exemplar der Handakte für sich selbst und allein im eigenen Interesse, z.B. um damit potenziell drohenden Haftungsansprüchen besser entgegenzutreten zu können und/oder die eigene Arbeit für künftige Streitigkeiten dokumentiert zu haben. **Ein Anspruch auf Kostenerstattung besteht dafür nicht** (vgl. OLG Köln, Urt. v. 16.12.1996, zitiert nach Juris, zur Handakte des Rechtsanwalts).

Das Kopieren erfolgt insbesondere auch nicht deshalb im Interesse des Mandanten, weil den Steuerberater hinsichtlich der Handakte gemäß § 66 Abs. 1 StBerG eine Aufbewahrungspflicht trifft. Denn wenn der Steuerberater die Handakte an seinen Mandanten herausgibt, ist er naturgemäß von der weiteren Aufbewahrung befreit (vgl. OLG Köln, a.a.O., zur Handakte des Rechtsanwalts). Er braucht die Akte dann nicht weiter zu verwahren.

### Originalunterlagen der Klägerin

Auch soweit die Klägerin die Herausgabe von Originalunterlagen (z.B. der Stromrechnung für 2002) gefordert hat, wäre die Klage voraussichtlich erfolgreich gewesen.

Es ist unklar, ob der Beklagte zuletzt behaupten will, dass er nie im Besitz der Belege gewesen ist. Jedenfalls ist sein Vortrag dazu wechselhaft und so pauschal, dass von einem substantiierten Bestreiten i.S.v. § 138 Abs. 2 ZPO nicht ausgegangen werden kann.

Ist mithin davon auszugehen, dass der Beklagte im Besitz der Originalunterlagen der Klägerin gewesen ist, **trägt er dafür, dass er diese bestimmungsgemäß an das Finanzamt übersandt hat, die Darlegungs- und Beweislast.** Bereits seiner Darlegungslast ist der Beklagte nicht nachgekommen: Er hat lediglich ausgeführt, dass die Unterlagen im Original „teilweise“ an das Finanzamt verschickt worden seien. Mitgeteilt, welche Unterlagen konkret und wann dem Finanzamt übersandt worden sind, hat der Beklagte hingegen nicht. Sein Vortrag lässt eine Konkretisierung vermissen. Insbesondere hat er auch keine Anschreiben vorgelegt oder interne Aktenvermerke, aus denen sich die Übersendung ergibt. Dies ist ungewöhnlich, ist es doch gemeinhin so, dass dem Finanzamt die Unterlagen mit einem Anschreiben übersandt werden, aus denen sich auch die übersandten Anlagen ergeben.

2. Das Amtsgericht hat auch zu Recht davon abgesehen, der Klägerin deshalb einen Teil der Kosten aufzuerlegen, weil diese ihre Klage hinsichtlich der Einkommensteuererklärung für 2003 zurückgenommen hat. Dabei handelte es sich um eine geringfügige Zuvieforderung i.S.v. § 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO, die keine Mehrkosten verursachte.

3. Auch die Herausgabe eines „Großteils der Unterlagen“ an den neuen Steuerberater der Klägerin H. am 19.5.2006 führt entgegen der Ansicht des Beklagten nicht dazu, dass die Klägerin einen Teil der Kosten tragen muss. Denn die Herausgabe war gerade Anlass der Erledigungserklärung. **Es kommt allein darauf an, ob die Klage vor Herausgabe erfolgreich gewesen wäre.** Dies war, wie vorstehend ausgeführt, der Fall.

4. Auch kann daraus, dass die Klägerin nicht alle von ihr herausverlangten Unterlagen, insbesondere die Belege, erhalten und dennoch die Klage insgesamt für erledigt erklärt hat, nicht gefolgert werden, sie habe sich insoweit in die Position der Unterlegenen begeben. Vielmehr hat die Klägerin offenbar mangels Interesses darauf verzichtet, das Verfahren gegen den Beklagten fortzuführen, da auch sie nunmehr davon ausgeht, dass der Beklagte nicht mehr im Besitz der fehlenden Originalunterlagen ist. Dies aber führt nicht zu einer Kostenbelastung der Klägerin, da der Beklagte für den Verlust jedenfalls gemäß § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB haften würde. Es entspricht ständiger Rechtsprechung, dass in der Entscheidung gemäß § 91a ZPO auch ein materiell-rechtlicher Kostenerstattungsanspruch berücksichtigt werden kann (Thomas/Putzo, ZPO 27. Aufl., § 91a Rdnr. 48 a.E. m.w.N.). (...) ■

## Belehrungspflicht des Notars

- Wertsicherungsklausel
  - Belehrungsbedürftigkeit
  - Wirtschaftlichkeitsaspekte
- (LG Duisburg, Urt. v. 9.1.2006 – 4 O 306/05)

### Leitsatz (d. Red.):

1. Der Notar muss über die rechtliche Tragweite eines beurkundeten Vertrages belehren.
2. Die Klärung der Wirtschaftlichkeit eines Geschäfts hat nicht zu erfolgen.
3. Eine Wertsicherungsklausel ist in der Regel aus sich selbst heraus verständlich. ■

### Zum Sachverhalt:

Die Kläger machen gegenüber dem Beklagten Schadenersatzansprüche wegen Verletzung von Aufklärungs- und Hinweispflichten aus einem Notarvertrag geltend.

Die Kläger kauften von der Erbbauberechtigten und Zeugin B. ein auf dem Grundstück der Frau P. eingetragenes Erbbaurecht mit notariellem Vertrag des Beklagten vom 17.7.1997. Darin heißt es u.a. in § 1 Abs. 5 und 6:

„Der Erbbauzins ist ursprünglich mit jährlich 1.586 DM vereinbart worden.

Das Erbbaurecht ist bestellt auf die Dauer von 99 Jahren seit dem Tag der Grundbucheintragung (1.6.1973). Der Inhalt des Erbbaurechtsvertrages ist den Käufern bekannt.“

§ 3 Abs. 4 des Kaufvertrages lautet:

„Der in Abt. II des Grundbuches eingetragene Erbbauzins wird von den Käufern übernommen.“

Weil die Eigentümerin des Grundstücks, Frau P., diesen Vertrag nicht genehmigte, schlossen die Kläger und die Verkäuferin des Erbbaurechts, die Zeugin B., am 10.9.1997 vor dem Beklagten einen Zusatzvertrag, in dem sie u.a. im 3. Absatz vereinbarten:

„Die Käufer, Eheleute S., verpflichten sich, den Erbbauzins einschließlich Erhöhungen entsprechend der Erbbauzinsvereinbarung vom 12.1.1973 ... des Notars H. an die Eigentümerin zu zahlen.

Der Inhalt der vorgenannten Notarurkunde vom 13.1.1973 ist uns insoweit bekannt, als es sich um die Wertsicherungsklausel zu dem ursprünglichen Erbbaurechtsvertrag handelt. Auf Vorlesen und Beifügung dieser Urkunde wird demgemäß verzichtet.“

Die Wertsicherungsklausel in dem Vertrag vom 13.1.1973 lautet gemäß Ziffer V Abs. 2 auszugsweise wie folgt:

„Die Beteiligten vereinbaren, dass die Höhe des Erbbauzinses stets bestimmt werden soll durch die Preisindexziffer für die Lebenshaltung von Arbeitnehmerfamilien (...) 1962 = 100%, wie sie vom Statistischen Bundesamt für die Bundesrepublik Deutschland für jeden Kalendermonat des Jahres bekanntgegeben wird. Der Erbbauzins soll sich daher in demselben Verhältnis erhöhen oder ermäßigen, wie sich dieser Lebenshaltungskostenindex gegenüber dem für den Monat Dezember 1970 festgestellten Stand erhöht oder ermäßigt. Für den Monat Dezember 1970 lautet die Preisindexziffer 127,4%. Dabei werden jedoch Änderungen des Lebenshaltungskostenindex um weniger als 5 Punkte gegenüber dem Stand vom Monat Dezember 1970 nach oben oder unten zunächst nicht berücksichtigt. Vielmehr ändert sich der Erbbauzins erst dann, wenn die Summe der Änderungen 5 Punkte oder mehr gegenüber der bisherigen Höhe des Lebenshaltungskostenindex erreicht (...).“

Im Jahr 1997 betrug der von der Eigentümerin P. geltend gemachte Erbbauzins 2.981,68 DM. Dies entspricht dem Stand der Wertsicherungsklausel gemessen am Jahr 1987, d.h., sie machte bis zu diesem Zeitpunkt gegenüber der Verkäuferin B. keine Erhöhungen auf Grundlage der Wertsicherungsklausel geltend. Für das Jahr 1988 und die folgenden Jahre bis 2002 machte die Eigentümerin die zwischenzeitlich aufgrund der Wertsicherungsklausel angefallenen Erhöhungen des Erbbauzinses dann gegenüber den Klägern gerichtlich geltend, nämlich für die Jahre 1998, 1999 und 2000 in Höhe von jeweils 864,27 DM, für die Jahre 2001 und 2002 in Höhe von jeweils 999,18 DM. Als Berechnungsgrundlage für die Berechnung des Erbbauzinses fungierte die Indexziffer des Jahres 1970.

Die Kläger wurden insoweit mit Urteil des Landgerichts D. vom 6.8.2003 rechtskräftig zur Zahlung dieser Beträge verurteilt.

Die Kläger behaupten, der Beklagte habe sie auf diese Folgen der Wertsicherungsklausel nicht hingewiesen, er habe sie offenbar selbst nicht gekannt. Sie, die Kläger, seien davon ausgegangen, dass der Erbbauzins, der im Jahr 1997 zu zahlen war, nur für die Zukunft eine Erhöhung habe erfahren können ausgehend von dem im Jahre 1997 zu zahlenden Erbbauzins.

(Anträge ...)

Der Beklagte erhebt die Einrede der Verjährung. Er behauptet, die Wertsicherungsklausel sei Gegenstand der Erörterung gewesen, dies ergebe sich aus den Urkunden selbst. ■

### Aus den Gründen:

Den Klägern steht gegenüber dem Beklagten kein Anspruch auf Schadenersatz gemäß § 19 Abs. 1 BNotO wegen Verletzung von Aufklärungspflichten in Zusammenhang mit dem Kaufvertrag vom 17.7.1997 oder dem Ergänzungsvertrag vom 10.9.1997 zu.

Es ist bereits nach ihrem Vortrag unklar, welche konkrete Aufklärungspflichtverletzung sie rügen.

In Betracht kommt insoweit zum einen, dass sie über den Inhalt und die Auswirkungen der Wertsicherungsklausel von 1973 nicht aufgeklärt worden sein wollen. Art und Umfang der Aufklärungspflicht eines Notars hängen vom Einzelfall ab, also sowohl von der rechtlichen Schwierigkeit des Falles als auch von dem Kenntnisstand des Mandanten. Allerdings haben die Kläger ausweislich beider von ihnen unterschriebenen Verträge vom 17.7.1997 und 10.9.1997 die Wertsicherungsklausel ihrem konkreten Inhalt nach gekannt. Was konkret sie daran nicht verstanden haben, tragen sie nicht vor. Überdies ist die Klausel selbst eindeutig. Eine Erhöhung des Erbbauzinses sollte immer dann möglich sein, wenn sich der in der Klausel näher beschriebene Lebenshaltungskostenindex um mehr als 5 Punkte gegenüber der bisherigen Höhe erhöhte. Insoweit tragen die Kläger selbst vor, dass sie mit Erhöhungen gerechnet hätten. Wieso dies allerdings auf das Jahr 1997 bezogen sein soll, wenn in der Klausel das Basisjahr 1970 steht, erschließt sich angesichts der Eindeutigkeit nicht. Eine weitere Aufklärung konnten sie daher nicht erwarten.

Soweit der Vortrag der Kläger andererseits dahin verstanden werden kann, dass sie darüber hätten aufgeklärt werden wollen, dass die Eigentümerin zuletzt im Jahr 1987 eine Erhöhung geltend gemacht hat und der von der Verkäuferin im Jahr 1977 gezahlte Erbbauzins noch nicht dem letzten Stand angepasst war, führt dies ebenfalls nicht zu einer Haftung des Beklagten.

Wie bereits ausgeführt, hängen die **Hinweis- und Belehrungspflichten des Notars** vom Einzelfall ab. So hat er die Beteiligten nach § 17 Abs. 1 BeurkG stets **über die rechtliche Tragweite des Geschäftes, d.h. über die allgemeine rechtliche Bedeutung des Geschäftes, seine rechtlichen Voraussetzungen und seine unmittelbaren Rechtsfolgen zu belehren**. Diese Pflicht soll sicherstellen, dass eine rechtswirksame Urkunde über den **wahren Willen der Beteiligten** errichtet wird. Die Belehrungspflicht geht deshalb grundsätzlich nur so weit, wie eine Belehrung für das Zustandekommen einer formgültigen Urkunde erforderlich ist, die den wahren Willen der Beteiligten vollständig und rechtswirksam wiedergibt (vgl. Sandkühler, in: *Notarhaftung* 5. Aufl. 2003, § 19 Rdnr 62).

Danach ist der Beklagte seinen Aufklärungspflichten hinreichend dadurch nachgekommen, dass er den Klägern die Erbbauzinsklausel konkret zur Kenntnis gebracht und diese in den Vertrag einbezogen hat. Dass sie diese selbst nicht verstanden hätten, behaupten die Kläger wie ausgeführt selbst nicht.

Demgegenüber handelt es sich bei der Frage, **inwieweit die Eigentümerin bereits die ihr zustehenden Erhöhungsrechte gegenüber der Verkäuferin geltend gemacht hat**, nicht um eine Frage der allgemeinen rechtlichen Bedeutung des Geschäftes, seiner rechtlichen Voraussetzungen und seiner unmittelbaren Rechtsfolgen. Vielmehr ist dies ein Problem der Tragweite der tatsächlichen wirtschaftlichen Umstände und der Frage, in welcher konkreten Höhe Zahlungspflichten auf die Kläger zukommen würden. Hierbei handelt es sich mithin um **Umstände, die den Wert und die Wirtschaftlichkeit**

**des abgeschlossenen Geschäftes und nicht seine unmittelbare rechtliche Tragweite betreffen**. Dies sind Fragen, die der Käufer eines Rechts nicht mit dem Notar, sondern mit dem Verkäufer vor Abschluss des Geschäftes zu besprechen hat, um das von ihm eingegangene wirtschaftliche Risiko einschätzen zu können. Dementsprechend hätten die Kläger dies gegenüber der Verkäuferin bzw. Eigentümerin im Einzelnen eruieren müssen.

Von dem Notar zu verlangen, dass er auf den bloßen Verdacht hin, dass ein Erbbauzinsgeber/Eigentümer seinen ihm zustehenden Erbbauzins bis dato nicht in voller, ihm aufgrund der Wertsteigerungsklausel zustehender Höhe geltend gemacht hat, **eine Abklärung der Wirtschaftlichkeit des Geschäftes**, insbesondere auch bei dem am Vertragsschluss nicht beteiligten Eigentümer vornimmt, **würde seine Pflichten überspannen**. Dies übersteigt eindeutig die vorgenannten Aufklärungsgrundsätze hinsichtlich der rechtlichen Tragweite des zu beurkundenden Geschäftes. Soweit über die Tatsache der in den Jahren 1987 bis 1997 unterbliebenen Anpassung des Erbbauzinses jemand die Kläger überhaupt hätte aufklären müssen, wäre dies – worauf auch bereits das Landgericht D. in seinem Urteil vom 6.8.2003 indirekt hingewiesen hatte – die Verkäuferin als Vertragspartnerin gewesen.

Nur diese Tatsache und nicht das vom Kläger im Rahmen der mündlichen Verhandlung vom 5.12.2005 unter Beweisantritt gestellte fehlende Bewusstsein der Verkäuferin über die rechtliche Möglichkeit einer entsprechenden Anpassung des Erbbauzinses wäre aufklärungsbedürftig gewesen. Insoweit war dem Beweisantritt nicht nachzugehen.

Selbst wenn man eine Aufklärungspflicht des Beklagten neben derjenigen der Verkäuferin bejahen würde, kann sich der Beklagte vorliegend auf das **Haftungsprivileg gemäß § 19 Abs. 1 Satz 2 BNotO** berufen, wonach der Geschädigte vorrangig andere Schädiger in Anspruch zu nehmen hat. Allerdings wäre ein etwaiger Schadenersatzanspruch gegen die Verkäuferin aus culpa in contrahendo möglicherweise inzwischen verjährt (vgl. Art. 229 § 6 EGBGB i.V.m. § 195 BGB n.F.). Die Kläger können sich indes auf den Wegfall der anderweitigen Ersatzmöglichkeit nur dann berufen, wenn sie selbst daran keine Schuld trifft. Sie genügen daher ihrer Darlegungspflicht nicht schon, wenn sie die jetzige Unmöglichkeit eines anderweitigen Ersatzes dartun, sie müssen auch nachweisen, dass sie eine früher vorhandene Ersatzmöglichkeit nicht schuldhaft versäumt haben.

Die Versäumung einer Ersatzmöglichkeit ist schuldhaft, wenn der Geschädigte von einer ihm nach den Umständen des Falles zumutbaren Möglichkeit, seinen Schaden an anderer Stelle zu decken, keinen Gebrauch gemacht hat. **Schuldhaftes Säumnis liegt in der Regel vor, wenn der Geschädigte den Ersatzanspruch gegen den Dritten hat verjähren lassen** (vgl. BGH, NVwZ 1992, 911, 913 m.w.N. zur entsprechenden Regelung in § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB). Die Kläger haben keine Tatsachen behauptet, aus denen entnommen werden kann, dass sie an der Versäumung der rechtzeitigen Geltendmachung ihrer Schadenersatzansprüche gegenüber der Verkäuferin kein Verschulden trifft. (...) ■



## Wiedereinsetzungsantrag

- Darlegungslast
- Absendung des Schriftsatzes
- Absendevorgang
- Nachweis

(FG Sachsen-Anhalt, Urt. v. 29.8.2007 – 2 K 1013/03)

### Leitsatz (d. Red.):

Der Wiedereinsetzungsantrag legt den rechtzeitigen Versand eines Schriftstücks dar, wenn vorgetragen wird, welche Person zu welcher Zeit in welcher Weise es zur Post gab. ■

### Zum Sachverhalt:

Der Kläger erhielt durch notariell beurkundeten Vertrag vom 7.12.1998 der Notarin F. im Wege einer Schenkung von seinem Bruder einen halben Miteigentumsanteil an einem Grundstück in H. Der Beklagte setzte gegenüber dem Kläger durch Bescheid vom 22.5.2002 Schenkungsteuer in Höhe von 19.661,22 EUR fest. Bei der Ermittlung des steuerpflichtigen Erwerbs berücksichtigte der Beklagte (anteilig) die den Grundpfandrecht zugrunde liegenden Schulden steuermindernd.

Die Prozessbevollmächtigten des Klägers legten am 14.6.2002 Einspruch ein und machten geltend, dass der Verkehrswert des Grundstücks wesentlich niedriger sei als der vom Beklagten zugrunde gelegte Grundbesitzwert und dass noch weitere Schulden steuermindernd zu berücksichtigen seien. Mit Schreiben vom 1.10.2002 wies der Beklagte auf die Möglichkeit der Verböserung hin und forderte die Prozessbevollmächtigten – ohne eine Frist zu setzen – zur Stellungnahme auf. Diese beantragten zunächst eine Stellungnahmefrist bis zum 30.11.2002 und sodann bis zum 15.1.2003.

Eine weitere Reaktion auf die in Aussicht gestellte Verböserung ging bei dem Beklagten nicht ein. Daraufhin ließ er im Einspruchsbescheid vom 14.5.2003 die den Grundpfandrecht zugrunde liegenden Schulden unberücksichtigt und setzte die Steuer auf 37.071,22 EUR herauf.

Hiergegen legte der Kläger, vertreten durch seine Prozessbevollmächtigten, mit Schreiben vom 14.5.2003 – eingegangen beim Beklagten am 21.5.2003 – Einspruch ein. Die Prozessbevollmächtigten machten geltend, dass sie den Einspruch bereits mit Schreiben vom 23.4.2003 zurückgenommen hätten. Sie beantragten unter Vorlage einer Abschrift des Rücknahmeschreibens und des entsprechenden Auszugs ihres Postausgangsbuchs Wiedereinsetzung in den vorigen Stand und erklärten die Einspruchsrücknahme.

Der Beklagte wies mit Schreiben vom 30.5.2003 darauf hin, dass der Einspruchsbescheid vom 14.5.2003 nur im Wege der Klage anfechtbar sei. Den Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand lehnte der Beklagte mit vorgenanntem Schreiben ab, da keine gesetzliche Frist versäumt worden sei.

Daraufhin haben die Prozessbevollmächtigten des Klägers in dessen Namen am 16.6.2003 Klage erhoben und machen geltend, sie hätten den Einspruch mit Schreiben vom 23.4.2003 zurückgenommen. Ihrem Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand hätte entsprochen werden müssen. Bei der Frist zur Rücknahme eines Einspruchs handele es sich um eine gesetzliche Frist. Die Rücknahme eines Einspruchs könne nur bis zur Bekanntgabe des Einspruchsbescheids erfolgen. Dies bedeute, dass die Frist für die Rücknahme des Einspruchs vom Zeitpunkt der Erhebung bis zur Entscheidung über diesen Einspruch gesetzlich festgelegt werde. Diese Frist habe der Kläger versäumt, weil er davon ausgegangen sei, seine Rücknahme habe dem Beklagten vorgelegen. Werde dem Kläger Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt, so wäre die Rücknahme so zu behandeln, als wäre sie innerhalb der gesetzlichen Frist erfolgt. Infolge der Rücknahme läge kein Einspruch mehr vor, so dass eine Entscheidung über den Einspruch nicht mehr zulässig wäre. Mithin wäre die Einspruchsentscheidung aufzuheben.

(Anträge ...)

Der Beklagte vertritt die Auffassung, ein Postausgangsbuch könne allenfalls die Absendung, nicht aber den Zugang eines Schriftstücks beweisen. Im Übrigen sei aus der Kopie des Postausgangsbuchs nicht ersichtlich, dass es sich um die Rücknahme des Einspruchs wegen Schenkungsteuer handele. Mithin sei noch nicht einmal die Absendung der Rücknahmeerklärung des Einspruchs wegen Schenkungsteuer nachgewiesen.

Ergänzend führt der Beklagte aus, im Streitfall handele es sich nicht um eine Frist im Sinne der Vorschriften über die Wiedereinsetzung. Auch sei die Vorlage des Postausgangsbuchs zur Darstellung des Absendevorgangs nicht ausreichend.

Auf den Hinweis der nunmehr zuständigen Berichterstatterin, der Kläger habe innerhalb der Wiedereinsetzungsfrist den Absendevorgang des die Einspruchsrücknahme enthaltenden Schriftsatzes nicht ausreichend substantiiert dargestellt, teilten dessen Prozessbevollmächtigten unter Bezugnahme auf den Beschluss des Senats über die Aussetzung der Vollziehung mit, das Vorbringen des Klägers sei dahingehend zu verstehen, dass die Rücknahmeerklärung auf dem Postweg verloren gegangen sei. Damit werde die Behauptung aufgestellt, ursächlich für die Versäumung der Frist seien allein außerhalb der Person des Klägers liegende Ereignisse.

Die Klage ist unbegründet. ■

### Aus den Gründen:

Die Voraussetzungen für eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand liegen nicht vor. Nach § 110 Abs. 1 und 2 der Abgabenordnung (AO) ist demjenigen, der ohne Verschulden verhindert war, eine gesetzliche Frist einzuhalten, auf Antrag Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren; der Antrag ist binnen eines Monats nach Wegfall des Hindernisses zu begründen.

Im Streitfall kann der Senat mangels Entscheidungsrelevanz dahingestellt lassen, ob der Kläger eine gesetzliche Frist versäumt hat. Denn selbst wenn zugunsten des Klägers angenommen wird, dass er bzw. seine Prozessbevollmächtigten eine gesetzliche Frist nicht eingehalten haben, fehlt es im hier zu entscheidenden Verfahren **an einer ausreichenden Begründung des Wiedereinsetzungsantrags**.

Wenn wie im Streitfall geltend gemacht wird, **ein Schriftsatz sei rechtzeitig abgesandt worden**, ist es erforderlich, den **Absendevorgang näher darzustellen**. Dazu muss im Einzelnen geschildert werden, **welche Person zu welcher Zeit (Tag und Uhrzeit) in welcher Weise (Einwurf in einen bestimmten Briefkasten oder Abgabe bei einem bestimmten Postamt) den Brief, in dem sich das betreffende Schriftstück befunden haben soll, zur Post gegeben hat**. An einer solchen Darstellung des Absendevorgangs innerhalb der Monatsfrist fehlt es im Streitfall. **Die bloße Vorlage des betreffenden Auszugs aus dem Postausgangsbuch genügt nicht** (s. *BFH, Beschl. v. 15.5.2003 – VII B 246/02, 1206 m.w.N. aus der Rechtsprechung*). Mithin scheidet eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand aus, sodass keine wirksame Einspruchsrücknahme vorliegt. (...) ■

## GI Literaturhinweise

### Haftung für Steuerschulden

Durch die Zunahme der Haftungsfälle gewinnt das steuerliche Haftungsrecht für die Steuerberatung immer mehr an Bedeutung. Neben der allgemeinen Verschlechterung der Steuermoral ist die hohe Zahl der Insolvenzen, die meistens mit erheblichen Steuerrückständen verbunden sind, hierfür maßgeblich. Dabei ist die Haftung für Steuern auf vielen Beratungsfeldern von Bedeutung. Neben der Lohnsteuerhaftung nach § 42d EStG, der Haftung der Gesellschafter (z.B. nach § 128 HGB) und der Haftung des Geschäftsführers nach §§ 34, 69 AO, die während der Betriebsführung von ganz besonderer Bedeutung sind, kann es zu Haftungsbescheiden im Zuge eines Betriebsübergangs kommen (z.B. nach § 75 AO oder § 25 HGB).

Die inhaltliche Ordnung der dargestellten Haftungstatbestände richtet sich dabei nach den Haftungssituationen. So erfasst der Leser alle in Betracht kommenden Haftungsnormen auf einen Blick. Im zweiten Teil wird auf das Verfahrensrecht eingegangen. Die Beratungspraxis findet in der zweiten Auflage vermehrt Beraterhinweise und Checklisten sowie eine verbesserte Struktur durch Schaubilder. Ein ABC der Haftungsbegriffe erleichtert das Verständnis.

**Nacke: Die Haftung für Steuerschulden – Beratung, Gestaltung, Verfahren – von Richter am Finanzgericht Dr. Alois Th. Nacke, 2. vollständig überarbeitete Auflage 2007, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 400 Seiten, Lexikonformat, broschiert, 49,80 €, ISBN 978-3-504-20078-7**

### Unternehmensumwandlung

Das Umwandlungsrecht verwöhnt den Berater nicht eben mit benutzerfreundlichen Instrumenten. Was Rechtsanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer in allen Fällen brauchen, ist daher ein Ratgeber für den ersten Zugriff, der ihnen die komplizierte Spezialmaterie des UmwG und UmwStG erschließt. Wie das geht, hat das Werk von Schwedhelm bereits in fünf Voraufagen mit großem Erfolg gezeigt. Jetzt ist die 6. Auflage erschienen, die das Werk wieder umfassend auf den aktuellen Stand bringt und erstmals die Rechtsform der SE behandelt.

Dabei besticht das Buch durch seinen außergewöhnlichen Aufbau, indem es den Weg vom Unternehmen „jetzt“ in das Unternehmen „Zukunft“ zeigt. Aus dem derzeitigen Unternehmen – im Werk aufzuschlagen im ABC – entfalten sich die – ebenfalls im ABC – gegebenen Möglichkeiten der Rechtsformen von der AG über Einzelunternehmen, GmbH, KG bis hin zum Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit. So ist ein Werk entstanden, das etwa 300 Umwandlungsfälle erfasst.

Dem Ordnungssystem des ABC folgend werden für jeden Umwandlungsfall die zivil- und steuerrechtlichen Voraussetzungen und Folgen an Ort und Stelle zusammengeführt und so besonders praxistauglich in Zusammenhang gebracht. Empfehlungen für die optimale Gestaltung und Hinweise auf Kosten für Notare und Richter runden die Darstellung ab.

Es hat sich seit der Voraufage viel getan: Das Umwandlungsgesetz wurde durch das SEStEG grundlegend neu gefasst. Das 2. Änderungsgesetz des Umwandlungsgesetzes hat die Grundlagen für die grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften gelegt. Und schließlich hat das Unternehmensteuerreformgesetz 2008 die Besteuerungsgrundlagen bei der Umwandlung von Kapital- in Personengesellschaften verändert.

Neben der SE wurde die „Europäische Kapitalgesellschaft“ ins ABC der Rechtsformen aufgenommen, mit der zusammengefasst nun auch die Umwandlungsmöglichkeiten in und aus der Limited, SA, SARL, BV etc. behandelt werden.

Und schließlich ist die beigelegte CD nicht zu verachten. Sie enthält nicht nur den gesamten Text des Buches, des UmwG, des UmwStG und der relevanten BMF-Schreiben, sondern auch alle einschlägigen Entscheidungen im Volltext.

Wer sich in der Praxis mit der Unternehmensumwandlung befasst, wird auf diesen prägnanten Ratgeber keinesfalls verzichten wollen.

**Schwedhelm: Die Unternehmensumwandlung – Verschmelzung, Spaltung, Formwechsel, Einbringung – von RA, FSt Dr. Rolf Schwedhelm, 6. Auflage 2008, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 480 Seiten, DIN A5, flex. gebunden, incl. CD, 89,80 €, ISBN 978-3-504-62313-5**

# Ein Buch für alle Fälle.

Auf dieses Buch greift der Berater als erstes zu, wenn er mit Umwandlungsfragen konfrontiert wird, die heute ja zu seinem täglich Brot gehören. Weil es ihm die komplizierte Spezialmaterie auf einfache Weise erschließt.

Das Buch ist nach dem ABC der Rechtsformen aufgebaut. So können Sie sich im Handumdrehen über sämtliche Voraussetzungen und Konsequenzen aller möglichen Umwandlungen von einer Rechtsform in die andere einen Überblick verschaffen.

Dabei wird jeder Umwandlungsvorgang nicht nur unter gesellschaftsrechtlichen, sondern auch unter steuerrechtlichen Gesichtspunkten gewürdigt.

Rund 300 Einzelfälle werden so behandelt. Prägnant, präzise, praxisorientiert. Dazu gibt es Empfehlungen



Schwedhelm **Die Unternehmensumwandlung**  
Verschmelzung, Spaltung, Formwechsel, Einbringung.  
Von RA, FASr Dr. Rolf Schwedhelm. 6., neu bearbeitete  
Auflage 2008, 480 Seiten DIN A5, flex. gbd.,  
inkl. CD 89,90 €. ISBN 978-3-504-62313-5.

für optimale Gestaltung und Hinweise auf Kosten für Berater, Notare und Gerichte.

Ganz aktuell werden neben der SE ins ABC der Rechtsformen die Umwandlung europäischer Kapitalgesellschaften neu aufgenommen. Zusammenfassend als Europäische Kapitalgesellschaft (EU-Kap) bezeichnet, werden die Umwandlungsmöglichkeiten in und aus der Limited, SA, SARL, BV und so weiter ab sofort in diesem Buch bestens behandelt.

Auf der beiliegenden CD sind neben dem gesamten Text des Buches das UmwG, das UmwStG, die einschlägigen BMF-Schreiben und über 300 Entscheidungen zum Umwandlungsrecht im Volltext hinterlegt.

Kurzum: ein gutes Buch von einem guten Autor, das Ihnen immer sehr schnell sagt, was an Umwandlung möglich ist.

----- **Bestellschein** ausfüllen und faxen (02 21) 9 37 38-943 ----- ✂

☒ Ja, ich bestelle mit 14-tägigem Rückgaberecht Schwedhelm **Die Unternehmensumwandlung** 6. Auflage, flex. gbd., inkl. CD 89,90 € plus Versandkosten. ISBN 978-3-504-62313-5

Name

Straße

PLZ

Ort

Telefon

Fax

Datum

Unterschrift

11/07

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

Im aktuellen GI Beihefter dieser Ausgabe finden Sie einen Beitrag von Herrn Rechtsanwalt Michael Brügge (HDI-Gerling Köln) zu den Regressrisiken von Steuerberatern bei Nichtbeachtung **des sichersten Weges** am Beispiel aktueller Urteile des BGH.

Der für die Steuerberaterhaftung zuständige IX. Zivilsenat des BGH verlangt in ständiger Rechtsprechung, dass der Steuerberater dem Mandanten den sichersten Weg zu dem erstrebten steuerlichen Ziel aufzeigt. Soweit verschiedene steuerrechtliche Wege mit unterschiedlichen Vor- und Nachteilen in Betracht kommen, hat der Steuerberater diese Möglichkeiten mit den jeweils verbundenen Risiken zu erläutern, damit der Mandant dann eigenverantwortlich entscheiden kann (BGH, WM 2004, 472 m.w.N.).

Aktuelle Urteile des BGH zeigen, dass die Haftung wegen der Nichtbeachtung des sichersten Weges in vielen Fällen vermeidbar wäre, wenn der Steuerberater bei seiner Beratung bestimmte Bearbeitungsstandards einhalten würde. Dies gilt vor allem dann, wenn die Rechtslage unsicher und die Beratung für den Mandanten von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung ist.

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

### HDI-Gerling – der Name ändert sich, die Qualität bleibt gleich

Unter dem Dach der Talanx haben sich die traditionsreichen Marken HDI und Gerling zusammengeschlossen, um langjährige Erfahrung und versicherungstechnisches Know-how in einem starken Unternehmen zu bündeln. HDI-Gerling steht für umfassende Versicherungs- und Vorsorgelösungen, abgestimmt auf die Bedürfnisse unserer Kunden aus den Privathaushalten, Freien Berufen, mittelständischen Unternehmen und der Industrie. Was uns auszeichnet, sind zukunftsorientierte, effiziente Produktkonzepte mit einem guten Preis-Leistungs-Verhältnis sowie ein exzellenter Service.

Wir bieten ein breites Leistungsspektrum, das alle Bereiche der Sach-, Unfall- und Kraftfahrtversicherung sowie Lebensversicherung abdeckt: Es reicht von unseren führenden Berufshaftpflichtversicherungen für die Freien Berufe, über unseren innovativen Compact-Versicherungsschutz für Firmen bis hin zu anspruchsvollen Lösungen für Privatpersonen.

Informationen für wirtschaftsprüfende, rechts- und steuerberatende Berufe

## GI service

11. Januar 2006

### Haftungsrecht: Regressrisiken bei Nichtbeachtung des sichersten Weges am Beispiel aktueller Urteile des BGH.

Die für die Steuerberaterhaftung zuständige IX. Zivilsenat des BGH verlangt in ständiger Rechtsprechung, dass der Steuerberater dem Mandanten den sichersten Weg zu dem erstrebten steuerlichen Ziel aufzeigt. Soweit verschiedene steuerrechtliche Wege mit unterschiedlichen Vor- und Nachteilen in Betracht kommen, hat der Steuerberater diese Möglichkeiten mit den jeweils verbundenen Risiken zu erläutern, damit der Mandant dann eigenverantwortlich entscheiden kann (BGH, WM 2004, 472 m.w.N.).

Aktuelle Urteile des BGH zeigen, dass die Haftung wegen der Nichtbeachtung des sichersten Weges in vielen Fällen vermeidbar wäre, wenn der Steuerberater bei seiner Beratung bestimmte Bearbeitungsstandards einhalten würde. Dies gilt vor allem dann, wenn die Rechtslage unsicher und die Beratung für den Mandanten von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung ist.

1. In dem vom BGH mit Urteil vom 18.1.2007 (BGH WM 2007, 569) entschiedenen Fall wollte der Mandant am Anfang des Jahres 2001 Wertpapiere verkaufen, um den durch die Veräußerung entstehenden Verlust mit Spekulationsgewinnen aus dem Jahre 2000 zu verrechnen. Der beauftragte Steuerberater teilte auf telefonische Nachfrage mit, dass ein Verlustabzug nicht möglich sei. Daraus leitete der Mandant von der Veräußerung ab. Ein Jahr später stellte er fest, dass eine Veräußerung doch möglich sei. Mandant klagte auf die Wertpapierrestitution. Das OLG Hamm hatte zugunsten des Steuerberaters entschieden. Der Wertverlust in Höhe von € 121.045,38 musste er im Wege des Regresses bei seinem Steuerberater geltend machen.

Das Urteil zeigt in aller Deutlichkeit, dass eine telefonische Beratung keine kann. Auch wenn der Mandant – wie üblich – abfragt, sollte ihm verständlich gemacht werden, dass mit Blick auf die sich ständig ändernde Steuerschuld und die komplexe Rechtslage der Angelegenheit auf die Prüfung der Sach- und Rechtslage eingehend zu sein und erst dann eine qualifizierte Stellungnahme erfolgen könne, in dem vom BGH ersuchten Fall gibt es immerhin um § 23 Abs. 3 S. 1 EStG, dessen genauer Inhalt keineswegs leicht zu sein kann.

praktischen Fällen eines Steuerberaters gehörte. Zum Glück wurde der Beratungsfehler in relativ kurzer Zeit aufgedeckt, ansonsten wäre wohl ein weit höherer Schaden entstanden.

2. Der Entscheidung des BGH vom 7.12.2006 (BGH WM 2007, 564, 567) lag folgender Sachverhalt zu Grunde: Eine Müttergenossenschaft wollte im Jahre 1997 auf einem ehemals bebaubaren Grundstück ein Gebäudekomplex mit 63 Wohnungen, mehrere Läden und Gewerbetreibenden errichten. Diese intendierten und den Gewinn aus der Veräußerung in eine § 6b EStG Rücklage einstellen.

Der allgemeine Steuerberater erklärte mit Schreiben vom 1.6.97, das Bauvorhaben könne von der Genossenschaft selbst umgesetzt werden. Ein von der Müttergenossenschaft beauftragter Steuerberater war anderer Auffassung. Er hielt zur Sicherung der Steuervorteile des § 6b EStG u. a. die Zwischenschaltung einer GmbH für notwendig, um die zum Verkauf bestimmten Miteigentumsanteile zunächst veräußert werden müssen und beantragte insoweit eine verbindliche Auskunft beim Finanzamt.

Trotz dieser Einwände tauchte eine der allgemeinen Steuerberater in einer weiteren Besprechung mit der Mandantin seinen fahrlässigen Vorstoß – Minderheitsanteile von 8 % – und empfahl ebenfalls die Bildung einer verbindlichen Auskunft.

Die Mandanten haben daraufhin den bereits von dem zunächst beauftragten Steuerberater gestellten Antrag auf verbindliche Auskunft zurück und stattdessen Antrag entsprechend den Vorgaben des allgemeinen Steuerberaters gestellt.

Die von dem allgemeinen Steuerberater beantragte verbindliche Auskunft wurde abschlägig beschieden. Die anschließende vom dem zunächst beauftragten Steuerberater erstellte Steuererklärung wurde 2 Monate später positiv beschieden.

Die Mandanten klagten daraufhin, dass die Vorhaben in der von dem zunächst beauftragten Steuerberater vorgelegten GmbH, die

## Impressum

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

### Herausgeber

HDI-Gerling · Marketing/Vertriebsmanagement Freie Berufe  
Marion Mahlstadt, 50597 Köln, Telefax: (0221) 144-605354

### Redaktion

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

### Erscheinungsweise

6-mal im Jahr, jeweils am 10. des Monats

### Verlag

Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Gustav-Heinemann-Ufer 58, 50968 Köln

### Layout und Satz

Type Connection, Lechenicher Str. 29, 50374 Erftstadt

### Druck

Boyens Offset, Wulf-Isebrand-Platz 1–3, 25746 Heide

Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Postfach 511026, 50946 Köln  
Postvertriebsstück G 31191, Entgelt bezahlt