

Informationen für wirtschaftsprüfende, rechts- und steuerberatende Berufe

# GI aktuell

## Inhalt

Editorial  
GI News  
GI Entscheidungen  
GI Literaturhinweise  
GI Service

### GI Leitsätze

#### Haftung des Wirtschaftsprüfers

Prospektprüfungsauftrag / Nutzung des Prüfberichts  
im Vertrieb / Totalausfallrisiko / Sicherungssysteme /  
Haftung gegenüber dem Anleger  
(BGH, Urt. v. 14.6.2007 – III ZR 300/05)

#### Anwaltshaftung

Zulassung als Kassenarzt, Rückgabe der Zulassung /  
Schaden wegen Fehlberatung / Kausalität, Anscheinsbeweis  
(BGH, Urt. v. 23.11.2006 – IX ZR 21/03)

#### Schriftsatz ohne Unterschrift

Wiedereinsetzung gewährt! / Büroversehen /  
Unterschriftskontrolle / Organisationsanweisung  
(BGH, Urt. v. 15.2.2006 – XII ZB 215/05)

#### Gebührenfestsetzung, § 11 RVG

Einwand der Schlechtleistung des Anwalts /  
Ablehnung der Festsetzung  
(OLG Düsseldorf, Beschl. v. 30.8.2007 – I-24 W 73/07)

#### Honoraranspruch des Rechtsanwalts

Belehrungspflicht über Gebührenhöhe / Belehrung vor  
Abschluss einer Honorarvereinbarung / Vereinbarungen  
im Honorarvordruck / Anspruch auf gesetzliche Gebühren /  
Anspruch auf Befreiung von überhöhten Gebühren  
(OLG Düsseldorf, Urt. v. 19.7.2007 – I-24 U 46/06)

#### Steuerberaterhaftung

Verjährungsbeginn / Zahlung von Beiträgen zur Arbeitslosen-  
versicherung / Sozialversicherungsprüfung / Zulassung der  
Revision zum BGH  
(OLG Koblenz, Urt. v. 6.7.2007 – 10 U 1477/06)

#### Schadenersatzanspruch gegen Steuerberater

Betriebsaufgabe / Mögliche Alternativgestaltungen? /  
Handlungsziele des Mandanten / Kausalität / Beweisführung /  
Vermutung beratungskonformen Verhaltens? /  
Wahrscheinlichkeit einer Handlungsvariante?  
(OLG Celle, Urt. v. 13.6.2007 – 3 U 238/06)

#### Angestellter Anwalt

Regress des Arbeitgebers / Verletzung des Anstellungsvertrages /  
Gesetzwidriger Honorarverzicht / Subsidiäre Inanspruchnahme  
des Anwalts  
(OLG Düsseldorf, Hinweisbeschl. v. 13.3.2007 – I-24 U 161/06)

#### Steuerberaterhaftung

Kenntnis des Steuerrechts / Änderung der Rechtsprechung /  
Abweichen des Finanzgerichtsurteils? / Datenbank-Recherche  
(LG Freiburg, Urt. v. 21.3.2006 – 2 O 243/05)

#### Haftung des Neugesellschafters

Mietrückstände des Altgesellschafters  
(OLG Naumburg, Urt. v. 17.1.2006 – 9 U 86/05)

59

60

63

66

69

38

38

41

70

40

41

44

50

51

52

## Editorial

Sehr geehrte Leserin, sehr geehrter Leser,

der BGH hat erneut deutlich gemacht, dass **Prospekte über ein Beteiligungsangebot** – Filmfonds – in den einzelnen Aussagen die Risiken beschreiben müssen. Es kommt nicht nur auf den sich einem durchschnittlichen Anleger aufdrängenden Gesamteindruck an. Anschließend weist der BGH auf die **Drittsschutzwirkung eines Prospektprüfungsvertrages** hin. Der Schutzbereich des Vertrages umfasst auch Dritte, wenn im Prospekt mitgeteilt wird, dass der Bericht vom Vertrieb interessierten Anlegern zur Verfügung gestellt wird.

Ein **Anscheinsbeweis für ein bestimmtes Verhalten des Geschädigten bei fehlerfreier Beratung** kommt nicht in Betracht, wenn verschiedene Handlungsweisen ernsthaft in Betracht kommen, die unterschiedliche Vor- und Nachteile in sich bergen. Ein Anwalt hatte den in U-Haft befindlichen Mandanten zur Rückgabe seiner Kassenarztlizenz geraten (BGH).

In diesem Heft finden Sie auch eine Entscheidung des OLG Celle, die sich sehr anschaulich mit unterschiedlichen **Handlungsvarianten, Rechtsfolgen** und **Handlungszielen** des Mandanten befasst, nachdem der Steuerberater ohne Absprache eine **Betriebsaufgabe** erklärt hatte.

**Anwaltsgebühren** werden dann nicht gemäß **§ 11 RVG festgesetzt**, wenn der Schuldner Einwendungen erhebt. Nur ausnahmsweise bleibt dessen Einwand unbeachtet, wenn er offenbar aus der Luft gegriffen wurde (OLG Düsseldorf).

Der Anwalt muss i.d.R. nicht über die **Vergütungspflicht** und die **Höhe des Honorars** belehren. Diese Regel ist aber unbeachtlich, wenn er sich ein Honorar versprechen lässt, das die gesetzlichen Gebühren überschreitet (OLG Düsseldorf).

Die Verjährung eines Schadenersatzanspruchs gemäß **§ 68 StBerG a. F.** gegen einen Steuerberater wegen **zu Unrecht gezahlter Beiträge zur Arbeitslosenversicherung** beginnt mit Zahlung der monatlichen Beiträge. Für den Verjährungsbeginn kommt es nicht darauf an, wann die fehlende Sozialversicherungspflicht von der Bundesagentur für Arbeit festgestellt wird. Denn mit Zahlung des monatlichen Beitrags entsteht der Schaden und der Regressanspruch (OLG Koblenz).

Der angestellte Anwalt muss „die Kirche im Dorf lassen“ und darf nicht auf einen Honoraranspruch seines Arbeitgebers verzichten. Bestreitet er einen Verzicht, muss zunächst der Auftraggeber auf Zahlung des Honorars verklagt werden (OLG Düsseldorf).



Mit freundlichen Grüßen  
Ihr Dr. Jürgen Gräfe

## GI News

### BFH: Zugriff des Finanzamts auf datenverarbeitungsgestützte Buchführung

In zwei Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes hat der Bundesfinanzhof (BFH) dazu Stellung genommen, in welchem Umfang die Finanzverwaltung bei Außenprüfungen auf die mit Hilfe von Datenverarbeitungssystemen geführte Buchhaltung des Steuerpflichtigen zugreifen darf. Eine Aktiengesellschaft (AG) hatte bestimmte Einzelkonten ihrer EDV-gestützten Finanzbuchhaltung gegen den Zugriff durch die Prüfer gesperrt, weil eine Prüfung dieser Konten allenfalls zur Festsetzung einer niedrigeren Steuer würde führen können. Außerdem hatte sie sich geweigert, in elektronischen Formaten gespeicherte Ein- und Ausgangsrechnungen über ihr EDV-System lesbar zu machen, und stattdessen den Ausdruck auf Papier angeboten.

Der BFH hat sich nicht der Auffassung der AG angeschlossen und mit Beschluss vom 26.9.2007 – I B 53 und 54/07 deren Antrag auf Aussetzung der Vollziehung der entsprechenden Anordnungen des Finanzamts abgelehnt. Es ist nicht ernstlich zweifelhaft, dass sich das in **§ 147 Abs. 6** der Abgabenordnung geregelte Datenzugriffsrecht der Finanzverwaltung auf sämtliche Konten der Finanzbuchhaltung erstreckt und es nicht im Belieben des Steuerpflichtigen steht, einzelne Konten vor dem Zugriff der Prüfer zu sperren. Auch ist nicht ernstlich zweifelhaft, dass der Steuerpflichtige verpflichtet ist, den Prüfern die in elektronischen Formaten gespeicherten Ein- und Ausgangsrechnungen mit Hilfe seines EDV-Systems über Bildschirm lesbar zu machen.  
(BFH, Beschl. v. 26.9.2007 – I B 53 u. 54/07)

Pressemitteilung d. BFH v. 21.11.2007 ■

### BFH: Strafverteidigungskosten als Erwerbsaufwendungen und als außergewöhnliche Belastung

Nach dem Urteil des Bundesfinanzhofs (BFH) vom 18.10.2007 – VI R 42/04 sind Strafverteidigungskosten Erwerbsaufwendungen, wenn der strafrechtliche Vorwurf, gegen den sich der Steuerpflichtige zur Wehr setzt, durch sein berufliches Verhalten veranlasst war. Dies ist der Fall, wenn die dem Steuerpflichtigen zur Last gelegte Tat in Ausübung der beruflichen Tätigkeit begangen worden ist.

Im Streitfall war das Finanzgericht (FG) hinsichtlich eines Teils der streitigen, nach einer Honorarvereinbarung bemessenen Strafverteidigungskosten zu dem Ergebnis gekommen, dass die dem Steuerpflichtigen vorgeworfene Tat nicht im Rahmen der Berufsausübung als Geschäftsführer einer GmbH begangen worden sei. Die Tat sei auf ein privat veranlasstes Verhalten, nämlich den Erwerb von Privatvermögen in der Gestalt eines Geschäftsanteils an dieser GmbH, zurückzuführen.

Diese revisionsrechtlich nur begrenzt überprüfbare Gesamtwürdigung des FG hat der BFH nicht beanstandet.

Hinsichtlich eines weiteren Teils der streitigen Strafverteidigungskosten hatte die Revision hingegen Erfolg. Zwar hatte das FG auch diesbezüglich darauf abgestellt, ob der Steuerpflichtige die ihm zum Vorwurf gemachten Taten in Ausübung seiner beruflichen Tätigkeit als Geschäftsführer begangen habe. Das FG hatte jedoch das Vorliegen von Werbungskosten mit der Begründung verneint, es gehöre nicht zu den beruflichen Aufgaben eines Geschäftsführers, zugunsten seines Arbeitgebers strafbare Handlungen zu begehen. Nach Auffassung des BFH kam es aber für den Werbungskostenabzug auf die Strafbarkeit dieser Tätigkeit nicht an.

Soweit das FG zu Recht Werbungskosten verneint hat, ist der BFH dem FG auch darin gefolgt, dass keine außergewöhnliche Belastung vorliege. Auf einer Honorarvereinbarung beruhende Strafverteidigungskosten führten nicht zu einer außergewöhnlichen Belastung, soweit sie nach einem Freispruch des Steuerpflichtigen nicht der Staatskasse zur Last fallen.

(BFH, Urt. v. 18.10.2007 – VI R 42/04)

Pressemitteilung d. BFH v. 5.12.2007 ■

#### **BFH: Künstler- und Sportlerbesteuerung verstößt vorläufig nicht gegen Europarecht**

Nach einem Beschluss des Bundesfinanzhofs (BFH) vom 29.11.2007 – I B 181/07 ist die pauschale Einkommensbesteuerung ausländischer Künstler und Sportler ungeachtet eines gegen Deutschland betriebenen Vertragsverletzungsverfahrens mit dem Europarecht vereinbar. Der Beschluss ist im Rahmen eines vorläufigen Eilverfahrens ergangen. Eine grundlegende Entscheidung in der Hauptsache steht noch aus. Konkret ging es dabei um einen in Berlin ansässigen Konzertveranstalter, der die inländischen Auftritte britischer Künstler organisierte.

Ausländische Künstler und Sportler, die in Deutschland auftreten, werden als beschränkt Steuerpflichtige nach § 50a des Einkommensteuergesetzes einem speziellen Steuerabzug unterworfen. Der inländische Veranstalter ist gemeinhin gehalten, bis zu 20% der Auftrittshonorare „an der Quelle“ einzubehalten und an das Finanzamt abzuführen. Bemessungsgrundlage für diesen Steuerabzug sind die Bruttohonorare; Betriebsausgaben werden nicht berücksichtigt.

Seit geraumer Zeit wird darüber diskutiert, ob dieser Steuerabzug in Einklang mit den gemeinschaftsrechtlichen Diskriminierungsverboten steht. Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) hat in zwei Urteilen unlängst verlangt, dass dem Veranstalter mitgeteilte Betriebsausgaben zu berücksichtigen sind. Den Steuerabzug selbst hat der EuGH jedoch gleichwohl als effizientes Mittel der Steuererhebung angesehen und den Abzug unter der Voraus-

setzung gebilligt, dass dem Künstler und Sportler später etwaige Überzahlungen erstattet werden. Der EuGH hat allerdings beiläufig anklingen lassen, die Rechtslage habe sich möglicherweise ab Mitte 2002 geändert; seitdem war die sog. Beitreibungsrichtlinie der Europäischen Gemeinschaft (EG) in Kraft, die die zwischenstaatliche Steuererhebung erleichtern und sicherstellen soll.

Nach Auffassung des BFH verstößt die fortbestehende deutsche Gesetzeslage gleichwohl und nach wie vor nicht gegen Europarecht. Die EG-Beitreibungsrichtlinie habe die Situation nicht verändert. Die zwischenstaatliche Amtshilfe sei in ihrer Intensität und Umsetzung, vor allem angesichts unterschiedlicher Verwaltungsabläufe in den einzelnen Mitgliedstaaten, sprachlicher Schwierigkeiten und ähnlicher Unabgestimmtheiten, gegenwärtig noch unzulänglich und nicht geeignet, die vom EuGH ausdrücklich bestätigte Effizienz des Abzugssystems zu ersetzen. Sie lasse derzeit vielmehr gegenüber unbeschränkt steuerpflichtigen Künstlern und Sportlern gleichheitswidrige Defizite des Steuervollzugs und der Steueraufsicht befürchten. Dass die Kommission der EG am 26.3.2007 gegen Deutschland wegen der Künstler- und Sportlerbesteuerung ein Vertragsverletzungsverfahren eingeleitet habe, stehe dem nicht entgegen; es betreffe lediglich die gebotene Berücksichtigung von Betriebsausgaben. (BFH, Beschl. v. 29.11.2007 – I B 181/07)

Pressemitteilung d. BFH v. 19.12.2007 ■

#### **BFH ruft wegen sog. „Pendlerpauschale“ BVerfG an: Versagung des Werbungskostenabzugs von Aufwendungen für die Wege zwischen Wohnung und Arbeitsstätte ist verfassungswidrig**

Seit dem 1.1.2007 sind Aufwendungen des Arbeitnehmers für die Wege zwischen Wohnung und regelmäßiger Arbeitsstätte keine Werbungskosten mehr. Der Gesetzgeber geht danach davon aus, dass der Weg von und zu der Arbeitsstätte in die private Sphäre fällt (sog. Werkstorprinzip).

Der VI. Senat des Bundesfinanzhofs (BFH) hält die Neuregelung für verfassungswidrig, soweit Aufwendungen des Arbeitnehmers für die Wege zwischen Wohnung und regelmäßiger Arbeitsstätte weder als Werbungskosten noch auf andere Weise abgezogen werden können. Er hat deshalb zwei Verfahren betreffend die Ablehnung eines Lohnsteuerermäßigungsantrags mit Beschlüssen vom 10.1.2008 ausgesetzt und das Abzugsverbot dem Bundesverfassungsgericht (BVerfG) vorgelegt. Der Beschluss VI R 17/07 ist zur amtlichen Veröffentlichung bestimmt und im Volltext auf der Homepage des BFH verfügbar.

Nach Auffassung des BFH sind Aufwendungen des Arbeitnehmers für die Wege zwischen Wohnung und regelmäßiger Arbeitsstätte Erwerbsaufwendungen. Sie seien deshalb bei der Bestimmung der finanziellen Leistungsfähigkeit nach dem sog. objektiven Nettoprinzip zu berücksichtigen. Die vom Gesetzgeber zur Begründung angeführte Haushalts-

konsolidierung biete für sich genommen noch keinen sachlichen Grund für eine Ungleichbehandlung. Der BFH ist ferner der Ansicht, dass der Gesetzgeber das Werkstorprinzip nicht folgerichtig umgesetzt habe. Denn sonstige Mobilitätskosten – wozu u.a. Kosten der doppelten Haushaltsführung zählen – könnten weiterhin als Werbungskosten oder in sonstiger Weise steuerlich geltend gemacht werden.

Selbst wenn man aber das Werkstorprinzip anerkennen sollte, verstößt das Abzugsverbot nach Auffassung des BFH gegen das subjektive Nettoprinzip. In diesem Fall handle es sich um unvermeidbare Ausgaben, denen sich der Arbeitnehmer nicht beliebig entziehen könne. Diese Aufwendungen seien auch nicht durch den Grundfreibetrag abgegolten. Andernfalls bliebe das einkommensteuerliche Existenzminimum hinter dem sozialrechtlichen Mindestbedarf zurück. Danach nämlich zählen Fahrten zwischen Wohnung und Arbeitsstätte zu den notwendigen Ausgaben, die das nach Sozialhilferecht zu berücksichtigende Einkommen mindern. Nach der Rechtsprechung des BVerfG aber muss der Gesetzgeber dem Einkommensbezieher von dessen Erwerbsbezügen mindestens das belassen, was er dem Bedürftigen zur Befriedigung seines existenznotwendigen Bedarfs aus öffentlichen Mitteln zur Verfügung stellt.

Schließlich genüge die Neuregelung im Fall beiderseits berufstätiger Ehegatten nicht dem Gleichheitssatz in Verbindung mit dem verfassungsrechtlichen Gebot zum Schutz von Ehe und Familie.

(BFH, Beschl. v. 10.1.2008 – VI R 17/07 u. 27/07)

Pressemitteilung d. BFH v. 23.1.2008 ■

## Gl Leitsätze

### Notarhaftung / Anderkonto / Empfangsberechtigung

1. Der Notar und die Instanzen des Notarbeschwerdeverfahrens haben im Falle der Abtretung eines Anspruchs auf Auskehrung eines auf einem Anderkonto verwahrten Betrages grundsätzlich die Frage zu prüfen und zu entscheiden, wer Empfangsberechtigter ist.
2. Bei begründeten Zweifeln über die Person des Empfangsberechtigten hat der Notar den hinterlegten Betrag vorläufig in Verwahrung zu nehmen, bis die als empfangsberechtigt in Betracht kommenden Personen übereinstimmende Erklärungen abgegeben haben oder die Frage der Empfangsberechtigung im Zivilprozess entschieden ist.
3. Es bleibt unentschieden, ob die Prüfung des Beschwerdegerichts sich darauf zu erstrecken hat, ob die Entscheidung des Notars in jeder Hinsicht berechtigt oder ob sie lediglich im Rahmen eines ihm einzuräumenden Ermessens fehlerfrei ist.

4. Wird dem Notar ein Ermessensspielraum eingeräumt, so kann ein Ermessensfehler seiner Entscheidung darin liegen, dass er versäumt hat, die Frage der Empfangsberechtigung durch Fragen an die Beteiligten aufzuklären.

(OLG Schleswig, Beschl. v. 15.3.2006 – 2 W 16/06, OLG-Report 2006, 615) ■

### Rechtsanwalt / Widerruf der Zulassung / Anordnung der sofortigen Vollziehung / Vorläufiges Berufsverbot / Unterbrechung des Verfahrens, § 244 ZPO

1. Das Verschulden eines Rechtsanwalts, dessen Zulassung zur Rechtsanwaltschaft mit sofortiger Wirkung widerrufen worden ist, kann der von ihm vertretenen Partei nicht gemäß § 85 II ZPO zugerechnet werden.
  2. Auf die Gründe für das Berufsausübungsverbot kommt es nicht an. Wird die Zulassung eines Rechtsanwalts zur Rechtsanwaltschaft widerrufen und die sofortige Vollziehung der Verfügung im überwiegenden öffentlichen Interesse angeordnet, kommt dem die Wirkung eines vorläufigen Berufsverbots zu (§§ 16, 155 BRAO). Das vorläufige Berufsverbot gegen den Anwalt einer Partei führt im Anwaltsprozess zur Unterbrechung des Verfahrens gemäß § 244 ZPO.
  3. Die zweite Instanz beginnt erst mit Einlegung der Berufung. Eine Unterbrechung des arbeitsgerichtlichen Verfahrens tritt danach nicht ein, wenn der schon für die Berufungsinstanz bestellte Rechtsanwalt nach Zustellung des erstinstanzlichen Urteils, aber vor Berufungseinlegung wegfällt (Nr. 2 und 3: Orientierungssätze der Richterinnen und Richter des BAG).
- (BAG, Urt. v. 18.7.2007 – 5 AZR 848/06) ■

### Haftung des Insolvenzverwalters / Gleichrangige Massegläubiger / Lieferantenforderungen / Betriebsfortführung / Gekündigte Arbeitnehmer

1. Bei Vorhandensein mehrerer fälliger und einredefreier Masseschulden ist der Insolvenzverwalter, dessen verwaltete Masse momentan nicht zur Befriedigung aller Masseverbindlichkeiten ausreicht, verpflichtet, die gleichrangigen Massegläubiger gleichmäßig zu befriedigen. Verstößt er hiergegen, haftet der Verwalter einem benachteiligten Massegläubiger gemäß § 61 Abs. 1 InsO grundsätzlich in Höhe des Betrages, der auf ihn bei anteiliger Befriedigung entfallen wäre.
  2. Der Insolvenzverwalter handelt jedoch dann nicht schuldhaft i.S.v. § 61 Abs. 1 InsO, wenn er bei einer Betriebsfortführung an bereits gekündigte und freigestellte Arbeitnehmer während der Kündigungsfrist keine Zahlungen mehr leistet, sondern die unzureichende Masse nur zur vollständigen Bezahlung der Lieferanten sowie weiterbeschäftigten Arbeitnehmer verwendet.
- (LAG Sachsen-Anhalt, Urt. v. 14.3.2007 – 3 Sa 477/04) ■



## Haftung des Wirtschaftsprüfers

- Prospektprüfungsauftrag
- Nutzung des Prüfberichts im Vertrieb
- Totalausfallrisiko
- Sicherungssysteme
- Haftung gegenüber dem Anleger

(BGH, Urt. v. 14.6.2007 – III ZR 300/05)

### Leitsatz:

Zur Haftung einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft für einen fehlerhaften Prospektprüfungsbericht, wenn der Prospekt die Prüfung ankündigt und mitteilt, dass der Vertrieb den Bericht ernsthaften Interessenten auf Anforderung zur Verfügung stellen soll und der Anleger den Bericht vor seiner Anlageentscheidung erhalten hat. ■

### Zum Sachverhalt:

Der Kläger zeichnete am 16.11.2000 – unter Einschaltung der D. GmbH als Treuhänderin – eine Kommanditeinlage über 100.000 DM zzgl. 5.000 DM Agio an dem Filmfonds Vif Babelsberger Filmproduktion GmbH & Co. Dritte KG (im Folgenden: Fondsgesellschaft). Die Fondsgesellschaft geriet im Jahr 2002 im Zusammenhang mit der Insolvenz der TiMe Film- und TV-Produktions GmbH, der Produktionsdienstleisterin der Vif- und VIP-Fondsgesellschaften, in eine wirtschaftliche Schieflage. Es stellte sich heraus, dass an die Produktionsdienstleisterin überwiesene Gelder nicht zurückzuerlangen waren und Erlösausfallversicherungen für aufgenommene Produktionen nicht abgeschlossen waren.

In der außerordentlichen Gesellschafterversammlung der Fondsgesellschaft vom 5.9.2002 stimmten die Gesellschafter für ein Vergleichsangebot des britischen Versicherungsunternehmens Royal & Sun Alliance, das eine Freistellung des Versicherers von allen tatsächlich und möglicherweise bestehenden Ansprüchen gegen Zahlung von 6,171 Mio. EUR für vier verschiedene Fonds, darunter die Fondsgesellschaft, vorsah. Im Zuge der genannten Schwierigkeiten wurde in die Fondsgesellschaft anstelle der Vif Filmproduktion GmbH eine neue Komplementärin, die Vif Distribution GmbH, aufgenommen.

Wegen behaupteter Mängel des Prospekts begehrt der Kläger Zug um Zug gegen Abtretung aller Ansprüche aus der Beteiligung Rückzahlung des eingezahlten Betrages von 53.685,65 EUR zzgl. Zinsen. Der Kläger hält die Beklagte zu 1) – Tochtergesellschaft einer international tätigen Großbank – als (Mit-)Initiatorin und Hintermann für prospektverantwortlich. Sie war von der Fondsgesellschaft mit der Beratung bei der Auswahl und Heranziehung potenzieller Vertragspartner und der Optimierung des gesamten Vertragswerks sowie der gesamten Koordination des Eigenkapitalvertriebs und von der Vif Medienkonzeptions GmbH, der Herausgeberin des Prospekts, mit der Erstellung eines Prospektentwurfs beauftragt worden und nahm als Einzahlungstreuhänderin für die Fondsgesellschaft die Gelder

der Anleger entgegen. Die Beklagte zu 2), eine Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, nimmt der Kläger wegen behaupteter Fehler bei der ihr von der Beklagten zu 1) aufgetragenen Prüfung des Prospekts sowie im Zusammenhang mit der von ihr wahrgenommenen Mittelverwendungskontrolle in Anspruch.

Die Klage hatte in den Vorinstanzen keinen Erfolg. Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seine Anträge weiter.

Die Revision führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. ■

### Aus den Gründen:

I. Das Berufungsgericht verneint Schadenersatzansprüche des Klägers, weil der Prospekt nicht unrichtig sei. Berücksichtige man den Inhalt des Prospekts insgesamt, entstehe nicht der Eindruck, dass das Sicherheitsnetz für die Beteiligung lückelos sei und das Verlustrisiko maximal 21,6 v.H. des angelegten Betrages ausmache. Bei verständiger Würdigung ergebe sich insbesondere, dass das Unternehmenskonzept den (künftigen) Abschluss von Erlösausfallversicherungen vorsehe und nicht, dass solche Versicherungen bereits abgeschlossen seien. Es könne offenbleiben, ob der Vortrag des Klägers zutrefte, schon zum Zeitpunkt seines Beitritts seien eintrittsbereite Erlösausfallversicherungen kaum zu erlangen gewesen. Ein generelles Risiko müsse im Prospekt nur angegeben werden, wenn es auch den konkreten Fall betreffe.

Hier sei es aber den Initiatoren der Fondsgesellschaft gelungen, zumindest für drei Vorgängergesellschaften einen Rahmenvertrag für solche Erlösausfallversicherungen zu schließen. Selbst wenn dieser Rahmenvertrag die Fondsgesellschaft nicht umfasst habe, wie der Kläger behauptete, sei nicht ersichtlich, dass dieses generelle Risiko für die Initiatoren bestanden habe. Denn es sei nicht vorgetragen, dass der Rahmenversicherer nicht bereit gewesen sei, Produktionen der Fondsgesellschaft zu versichern.

Die Mittelverwendungskontrolle als Sicherheitsvorkehrung sei – neben der hiervon zu unterscheidenden Mittelfreigabe durch eine Fachkommission und weiteren Kontrolleinrichtungen – im Prospekt gut lesbar als nachträgliche Kontrollmaßnahme ausgestaltet und generell geeignet, das Risiko missbräuchlicher Geldverwendung zu senken. Die Restrisikobetrachtung auf Seite 38 des Prospekts könne zwar isoliert betrachtet den Eindruck vermitteln, der Anleger gehe kein höheres Risiko ein, als 21,6 v.H. des von ihm gezahlten Betrages zu verlieren. Es liege jedoch auf der Hand, dass dies nur bei – dem erst noch vorzunehmenden – Abschluss einer entsprechenden Versicherung gelte. Mangels eines Prospektfehlers lasse sich aus der Prospektprüfung eine Haftung der Beklagten zu 2) nicht ableiten. Einen auf einer möglicherweise unzulänglichen Mittelverwendungskontrolle beruhenden Schaden habe der Kläger nicht dargelegt.

Diese Beurteilung hält der rechtlichen Überprüfung in einem maßgebenden Punkt nicht stand.

II. Der Senat teilt nicht die Auffassung der Vorinstanzen, dass der Prospekt nicht zu beanstanden sei.

1. Nach den von der Rechtsprechung entwickelten Prospekthaftungsgrundsätzen **hat der Prospekt über ein Beteiligungsangebot, der für einen Beitrittsinteressenten im Allgemeinen die einzige Unterrichtungsmöglichkeit darstellt, den Anleger über alle Umstände, die für seine Entschließung von wesentlicher Bedeutung sind oder sein können, sachlich richtig und vollständig zu unterrichten** (vgl. BGHZ 79, 337, 344; 116, 7, 12; 123, 106, 109 f; BGH, Urt. v. 29.5.2000 – II ZR 280/98, NJW 2000, 3346; v. 6.2.2006 – II ZR 329/04, NJW 2006, 2042, 2043 Rdnr. 7). Dazu gehört eine Aufklärung über Umstände, die den **Vertragszweck** vereiteln können (vgl. BGHZ 79, 337, 344; Urt. v. 26.9.1991 – VII ZR 376/89, NJW 1992, 228, 230 <insoweit ohne Abdruck in BGHZ 115, 213>). Ob ein Prospekt unrichtig oder unvollständig ist, ist daher nicht allein anhand der wiedergegebenen Einzeltatsachen, sondern nach dem Gesamtbild zu beurteilen, das er von den Verhältnissen des Unternehmens vermittelt (vgl. BGH, Urt. v. 12.7.1982 – II ZR 175/81, NJW 1982, 2823, 2824). Dabei dürfen die Prospektverantwortlichen allerdings eine **sorgfältige und eingehende Lektüre des Prospekts bei den Anlegern** voraussetzen (vgl. BGH, Urt. v. 31.3.1992 – XI ZR 70/91, NJW-RR 1992, 879, 881).

2. Gemessen an diesen Grundsätzen hat das Berufungsgericht die sachliche Richtigkeit und Vollständigkeit des Prospekts nicht rechtsfehlerfrei festgestellt. Bei seiner Sicht berücksichtigt es nämlich nicht hinreichend den sich für einen durchschnittlichen Anleger **aufdrängenden Gesamteindruck**, dass er mit seiner Beteiligung ein **begrenztes Risiko** eingehe.

a) Geht man von verschiedenen Einzelaussagen des Prospekts zu den Risiken des Filmfonds aus, gewinnt eine positive Grundstimmung für den Anleger die Oberhand, die das Gesamtbild eines insgesamt nur begrenzten wirtschaftlichen Risikos vermittelt.

In den Leitgedanken des Prospekts (Seite 3) wird hervorgehoben, dass der Zeichner eines unternehmerischen Medienfonds in eine faszinierende Welt mit **einzigartigen Gewinnperspektiven** einsteige. Nicht ohne Grund werde der Film als das Öl des 21. Jahrhunderts bezeichnet, ein Vergleich, der allerdings auch üblicherweise für das Verlustrisiko gelte, nicht jedoch bei diesem Unternehmen. Denn das **Risiko werde durch ein Sicherheitsnetz begrenzt**, das aus präzise definierten Kriterien für das Tätigen einer Investition und aus einem intelligenten Konzept von Versicherungen und aus einer breiten Risikostreuung bestehe.

Auf Seite 7 des Prospekts werden die Risiken der Beteiligung stichwortartig angesprochen, darunter Produktionskostenüberschreitungen, mangelhafte Verwertungserlöse und Managementfehler, die dazu führen könnten, dass die Produktion nicht die erwarteten Einspielergebnisse erbringe und dadurch im Extremfall das eingesetzte Kapital vollständig verloren sei. Auf derselben Seite heißt es, dass **zur Absicherung der Risiken eine Reihe von Vorsichtsmaßnahmen getroffen**

worden sei, darunter eine Versicherung zur Sicherung der Fertigstellung von Produktionen und eine Erlösversicherung, die den Rückfluss von mindestens 75 v.H. der Nettoproduktionskosten absichere.

Der Senat folgt dem Berufungsgericht in seiner Beurteilung, dass aus der Verwendung des Präteritums (wurde ... getroffen) der Anleger bei verständiger Würdigung des weiteren Prospektinhalts nicht schließen kann, dass eine solche Versicherung bereits im **Zeitpunkt seiner Anlageentscheidung** abgeschlossen war. Denn auf Seite 10 wird im Abschnitt „Investitionskriterien“ u.a. die „Erlösausfallversicherung“ näher behandelt. Dort heißt es, dass die Gesellschaft für die von ihr investierten Mittel in der Regel bei einer Versicherung mit guter Bonität für jede Co-Produktion eine gesonderte Erlösversicherung abschließen werde, wobei der Gegenstand dieser Versicherung und der Betrag des versicherten Risikos näher beschrieben werden.

Derselbe Abschnitt enthält hinsichtlich weiterer Einzelheiten zum Unternehmenskonzept und zu den Investitionskriterien eine Bezugnahme auf die §§ 9 und 19 des Gesellschaftsvertrages, aus deren Lektüre sich (noch einmal) ergibt, dass **für jede Filmproduktion eine Erlösausfallversicherung** abzuschließen ist, was die persönlich haftende Gesellschafterin sicherzustellen hat. Soweit diese im Gesellschaftsvertrag vorgesehenen Mechanismen der Sicherung **nach der Beitrittsentscheidung des Anlegers nicht beachtet worden sind, begründet dies – für sich genommen – eine Haftung der Prospektverantwortlichen nicht.**

b) Unberührt hiervon bleibt jedoch der Eindruck, dass die Erlösausfallversicherung in dem Prospekt als ein zentrales Sicherungsmittel herausgestellt wird, um Anleger für den Medienfonds zu gewinnen. Auch wenn der Prospekt bereits auf Seite 4 in einer Vorbemerkung verdeutlicht, sinnvollerweise solle dieses Angebot von Anlegern mit hohem Einkommen bzw. Vermögen als Beimischung zu einem insgesamt breit gestreuten Anlageportfolio gezeichnet werden – und damit bei einer Mindesteinlage von 100.000 DM und dem Hinweis auf eine breite Streuung offenbar nur „Millionäre“ ansprechen will –, stellt er dem ein Sicherungskonzept entgegen, dass das übliche Risiko solcher Unternehmungen bei diesem Fonds durch ein Sicherheitsnetz begrenzt (Seite 3). Ebenso klar ist, dass die **Erlösausfallversicherung** die ihr zugedachte Sicherungsfunktion **nur dann voll erfüllen kann, wenn sie vor einem Abfluss der Mittel für die Co-Produktionen aus der Fondsgesellschaft abgeschlossen ist.**

Die wesentliche Bedeutung der Erlösausfallversicherung in diesem Zusammenhang wird ferner dadurch besonders herausgestellt, dass der Prospekt im Abschnitt „Risiken der Beteiligung“ auf der Grundlage einer Beteiligung von 100.000 DM und einem persönlichen Steuersatz von 51 v.H./48,5 v.H. (2000/2003) eine **„Restrisikobetrachtung“** anstellt, die als „Worst-case-Szenario“ bezeichnet wird und mit dem Ergebnis schließt, nach Ansicht des Prospektherausgebers werde das Vermögensverlustrisiko des Anlegers in diesem **ungünstigsten Fall auf ein Maximum von ca. 21,6 v.H. beschränkt** (Seite 38).

In diesem Abschnitt werden zwar auch andere Risiken angesprochen, darunter das Produktionskostenrisiko, das Risiko, dass gebundenes Kapital erst verzögert investiert werden kann, weil im laufenden Geschäftsjahr nicht genügend aussichtsreiche Projekte zur Verfügung stehen, das als von untergeordneter Bedeutung bezeichnete Wechselkursrisiko, Managementfehler in Bezug auf Fehlentscheidungen bei künftigen Projekten und der **allgemeine Risikohinweis, nicht vorhersehbare zukünftige Entwicklungen und Ereignisse** könnten die geplanten Ergebnisse negativ beeinflussen und zu einer möglichen Minderung der erwarteten Erträge und im Extremfall auch zu Vermögensverlusten führen (Seiten 36, 37).

c) Der Senat hält diese **Risikodarstellung aber nicht für hinreichend eindeutig**. Der im Abschnitt „Projekt im Überblick“ enthaltene Hinweis (Seite 7), das Risiko der Beteiligung liege im Wesentlichen darin, dass die Produktionen nicht die erwarteten Einspielergebnisse erbringen könnten und dadurch **im Extremfall das eingesetzte Kapital vollständig verloren** sei, wird in dieser Form bei der Betrachtung der Risiken der Beteiligung (Seiten 36 f) nicht wiederholt, obwohl (vor allem) hier der Platz für eine entsprechende Klarstellung gewesen wäre. Der Senat hält eine solche Klarstellung deshalb für geboten, weil bei der Darstellung des Projekts im Überblick (Seite 7) und bei den Leitgedanken (Seite 3) zugleich **Sicherungsmaßnahmen angeführt werden, die für eine Risikobegrenzung, also das Gegenteil eines Totalverlustes, sprechen**.

Diese Risikobegrenzung ist auch der vorherrschende Eindruck, wenn man den Abschnitt „Risiken der Beteiligung“ liest. Denn nach der Einzeldarstellung verschiedener Risiken, die an keiner Stelle einen Hinweis auf die **Möglichkeit eines Totalverlustes** enthält, wird an das Ende dieses Abschnitts – eingeleitet durch die Wendung „Zusammenfassend bleibt festzuhalten“ – das Worst-case-Szenario mit der angeführten Restrisikobetrachtung entwickelt. Das löst bei einem hinreichend sorgfältigen und kritischen Leser des Prospekts die nächstliegende Vorstellung aus, im Extremfall (worst case = ungünstigster Fall) müsse er mit einem Vermögensverlust in der angegebenen Größenordnung rechnen. Dass sich bei einer am Buchstaben haftenden Betrachtung das Rechenbeispiel auf den Verwertungserfolg der Produktionen und damit auf das Verwertungsrisiko beschränkt, tritt bei der Art der gewählten Darstellung nicht hinreichend deutlich hervor.

3. Angesichts des vorstehend beschriebenen Prospektmangels kann offenbleiben, ob der Vortrag des Klägers zutrifft, schon im Zeitpunkt seines Beitritts sei eine eintrittsbereite Erlösausfallversicherung kaum zu erlangen gewesen.

III. Eine Verantwortlichkeit der Beklagten zu 1) für diesen Prospektmangel lässt sich nach dem derzeitigen Sachstand nicht ausschließen.

Zwar ist die Beklagte zu 1) nach Ziffer 3.4.1 und 3.5 des Prospekts (Seiten 18, 21) nicht dessen Herausgeber, sondern die Vif Medienkonzeptions GmbH. Der Kläger hat jedoch geltend gemacht, die Beklagte zu 1) komme als **Hintermann oder Mitinitiatorin als Prospektverantwortliche** in Betracht.

Dies bedarf der weiteren tatrichterlichen Klärung. Der Senat hat in zwei Parallelverfahren, die dieselbe Beteiligung betreffen und in denen die Anleger weitgehend einheitlich vorge-tragen haben, eine Prospektverantwortlichkeit der Beklagten zu 1) – unter bestimmten Voraussetzungen auch eine Haftung nach §§ 31, 826, § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 264a StGB – für möglich gehalten. Auf die in diesen Verfahren ergangenen Urteile vom 14.6.2007 (III ZR 125/06 und III ZR 185/05) nimmt er für das weitere Verfahren Bezug.

IV. Eine Haftung der Beklagten zu 2) kommt wegen einer **Verletzung des Prospektprüfungsvertrages** in Betracht.

1. Grundlage hierfür ist der Auftrag der Beklagten zu 1), das vorliegende Beteiligungsangebot nach Maßgabe der Stellungnahme des Wohnungswirtschaftlichen Fachausschusses des Instituts der Wirtschaftsprüfer in Deutschland (WFA 1/1987) und des Entwurfs des IDW Standards „Grundsätze ordnungsmäßiger Beurteilung von Prospekten über öffentlich angebotene Kapitalanlagen (IDW ES 4)“ in der Fassung vom 24.2.2000 zu beurteilen. Aufgabe der Prospektbeurteilung ist vor allem eine nähere Prüfung und Darlegung, ob der Prospekt die aus der Sicht eines verständigen und durchschnittlich vorsichtigen Anlegers für eine Anlageentscheidung erheblichen Angaben mit hinreichender Sicherheit vollständig und richtig enthält und ob diese Angaben klar, eindeutig und verständlich gemacht werden.

Auf die Durchführung einer Prospektbeurteilung wird der Anleger in Ziffer 6.7 (Seite 39 des Prospekts) hingewiesen, in der es heißt: **„Eine namhafte Wirtschaftsprüfungsgesellschaft ist mit der Beurteilung des Prospekts beauftragt worden und wird über das Ergebnis einen Bericht erstellen. Der Bericht wird nach Fertigstellung den von den Vertriebspartnern vorgeschlagenen ernsthaften Interessenten auf Anforderung zur Verfügung gestellt.“**

2. Nach dem gegenwärtigen Sachstand ist nicht auszuschließen, dass die Beklagte zu 2) diesen Prüfvertrag verletzt hat. Die Beklagte zu 2) macht zwar auf verschiedene Passagen in ihrem Prospektprüfungsgutachten aufmerksam, die für sich gesehen inhaltlich nicht zu beanstanden sind. So wird an mehreren Stellen darauf hingewiesen, dass der Anleger eine unternehmerische Beteiligung eingehe, deren Risiko trotz der in dem Beteiligungsangebot angelegten Sicherungsinstrumente vor allem im Marktrisiko bestehe (Seite 2). Im Zusammenhang mit der Behandlung von Erlösausfallversicherungen kommt zum Ausdruck, dass deren Abschluss in der näher beschriebenen Größenordnung zur Risikoabsicherung beitragen solle, dass die Fondsgesellschaft und die Anleger aber das unternehmerische Risiko trügen, dass sich die Verwertung der Filme schlechter als prospektiert entwickle (Seite 6).

Zu den Risiken und ihrer Absicherung wird die Restrisikobetrachtung auf Seite 38 des Prospekts näher beleuchtet, die für das aus Sicht des Prospektherausgebers wesentliche Risiko des Verwertungserfolges der Filme ein Worst-case-Szenario darstelle. Auf der Basis dieser Betrachtung sei das Risiko des Anlegers für den Fall, dass Erlöse nur aus den

Erlösausfallversicherungen generiert werden könnten, ceteris paribus auf 21,6 v.H. der zu leistenden Einlage (inklusive Agio) beschränkt (Seite 17 f). Aus diesen Ausführungen wird jedoch nicht hinreichend deutlich, dass der Prospekt, wie zu II. 2. c) näher ausgeführt, den Eindruck vermittelt, der Anleger gehe – trotz der Risiken einer unternehmerischen Beteiligung – ein insgesamt nur **begrenztes Risiko** ein.

Hiergegen kann die Beklagte zu 2) auch nicht anführen, sie habe in ihrem Gutachten (Seite 37) darauf hingewiesen, dass sich abzuschließende Co-Produktions- und Vermarktungsverträge und Completion Bond- und Erlösausfallversicherungen noch in der Verhandlungsphase befänden bzw. erst später abgeschlossen würden und deshalb für ihre Beurteilung nicht zur Verfügung gestanden hätten.

**3. Auf die Verletzung des Prospektprüfungsvertrages kann sich auch der Kläger als vertragsfremder Dritter berufen,** denn er ist nach den von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen eines Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter in den Schutzbereich dieses Vertrages einzubeziehen (vgl. *Senatsurt. BGHZ 127, 378, 380; 138, 257, 261; v. 15.12.2005 – III ZR 424/04, NJW-RR 2006, 611, 612 Rdnr. 12; BGHZ 167, 155, 161 f Rdnr. 12; Urt. d. X. Zivilsenats BGHZ 145, 187, 197 f; 159, 1, 4 f; v. 8.6.2004 – X ZR 283/02, NJW 2004, 3420, 3421*).

Die Beklagte zu 2) wird, was für die Einbeziehung der Anleger in den Schutzbereich des Prospektprüfungsvertrages entscheidend ist, durch die vorstehend wiedergegebene Formulierung auf Seite 39 des Prospekts hinreichend darauf hingewiesen, dass ihr Bericht ernsthaften Interessenten auf Anforderung zur Verfügung gestellt wird, um – was sich hieraus ohne weiteres ergibt – Grundlage für deren Anlageentscheidung zu werden (vgl. auch *BGH, Urt. v. 8.6.2004, a.a.O., für eine ähnliche Formulierung im Prospekt*). Darüber hinaus **war ihr bekannt, dass die Beklagte zu 1) ihr diesen Auftrag als Vertriebsorganisation erteilte, also zu dem Zweck, mit dem Prospekt Anleger für eine Beteiligung zu gewinnen.**

Der Anspruch aus einem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter kann auch dann bestehen, wenn der Anleger einen in der Sache nicht gleichwertigen Prospekthaftungsanspruch gegen den Prospektherausgeber hat. Insoweit schließt sich der Senat den vom X. Zivilsenat hierfür angeführten Gründen an (vgl. *Urt. v. 8.6.2004, a.a.O.*). Wie der Kläger vorgetragen und belegt hat, hat er sich das Prospektprüfungsgutachten durch seinen Vermittler eine Woche vor Zeichnung seiner Beteiligung übersenden lassen. Er hat weiter behauptet, das Gutachten sei ebenfalls mit für seine Anlageentscheidung ausschlaggebend gewesen.

Sollte sich das Berufungsgericht hiervon überzeugen – die Beklagte zu 2) hat die Kausalität bestritten –, spricht eine auf die Lebenserfahrung gegründete tatsächliche Vermutung dafür, dass sich der Kläger bei einer deutlichen Aufdeckung des Risikos eines Totalverlustes gegen eine Beteiligung entschieden hätte (vgl. *Senatsurt. v. 9.2.2006 – III ZR 20/05, NJW-RR 2006, 685, 688 Rdnr. 24, 28; v. 22.3.2007 – III ZR 218/06, ZIP 2007, 871, 872 Rdnr. 11*). ■

## Anwaltshaftung

- Zulassung als Kassenarzt, Rückgabe der Zulassung
  - Schaden wegen Fehlberatung
  - Kausalität, Anscheinsbeweis
- (*BGH, Urt. v. 23.11.2006 – IX ZR 21/03*)

### Leitsätze:

1. Der Anwalt verhält sich pflichtwidrig, wenn er zur Rückgabe der Kassenarztzulassung rät, aber nicht darauf hinweist, dass schon aufgrund der persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse die Wiederzulassung des Mandanten ausgeschlossen ist.

2. Kommen für den Mandanten hinsichtlich der Entscheidung über die Rückgabe der Zulassung verschiedene Handlungsweisen ernsthaft in Betracht, die unterschiedliche Vorteile und Risiken in sich bergen, ist grundsätzlich kein Raum für einen Anscheinsbeweis (*Bestätigung von BGHZ 123, 311, 319; BGH, Urt. v. 19.1.2006 – IX ZR 232/01, WM 2006, 927, 930*).

3. Ein Schaden im Rechtssinne entsteht nicht, wenn der Arzt in einem Verfahren auf Entziehung der Zulassung als Kassenarzt aufgrund einer unvollständigen Belehrung die Zulassung freiwillig zurückgibt, die er ansonsten erst nach Abschluss eines gerichtlichen Verfahrens von Rechts wegen verloren hätte (*Fortführung von BGH, Urt. v. 16.12.2004 – IX ZR 295/00, WM 2005, 950, 951*). ■

### Zum Sachverhalt:

Der am 19.3.1943 geborene Kläger war als Frauenarzt in einer auf die Durchführung künstlicher Befruchtung spezialisierten Gemeinschaftspraxis tätig. Am 7.2.1998 wurde er wegen des dringenden Verdachts der Steuerhinterziehung, des Betrugs und der gefährlichen Körperverletzung in Untersuchungshaft verbracht.

Nachdem die Kassenärztliche Vereinigung Bayerns am 12.2.1998 den Entzug der Kassenzulassung des Klägers wegen Nichtausübung der vertragsärztlichen Tätigkeit beantragt hatte, riet ihm der Beklagte als sein Rechtsanwalt bei einer Besprechung in der Justizvollzugsanstalt, die Zulassung umgehend freiwillig zurückzugeben. Die vom Kläger unterzeichnete Rückgabeerklärung leitete der Beklagte am 17.2.1998 an den Zulassungsausschuss der Kassenärztlichen Vereinigung weiter, worauf die Zulassung des Klägers als Vertragsarzt durch Beschluss vom 18. 2.1998 mit Wirkung für den Vortag beendet wurde.

Am 4.6.1998 wurde der Kläger aus der Untersuchungshaft entlassen. Ende 1998 verkaufte er seinen Praxisanteil an seine Mitgesellschafter. Das Amtsgericht – Schöffengericht – verurteilte den Kläger am 20.8.1999 wegen Steuerhinterziehung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und einer Gesamtgeldstrafe von 720 Tagessätzen zu je 500 DM. Die Vollstreckung der Gesamtfreiheitsstrafe wurde zur Be-



währung ausgesetzt. Der den Kassenarztbereich betreffende Teil des Ermittlungsverfahrens war zuvor abgetrennt und im Hinblick auf die wegen Steuerhinterziehung zu erwartende Strafe gemäß § 154 Abs. 1 Nr. 1 und 2 StPO eingestellt worden. Der Antrag des Klägers vom 12.11.1999 auf Wiedenzulassung als Kassenarzt wurde abgelehnt.

Der Kläger hat die Feststellung der Verpflichtung des Beklagten begehrt, ihm sämtlichen materiellen Schaden zu ersetzen, der ihm infolge der Rückgabe der Kassenarztzulassung entstanden sei. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Berufungsgericht hat ihr stattgegeben. 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 Beklagte hätte dem Kläger von einer freiwilligen Rückgabe der Kassenarztzulassung abraten müssen, weil diese ungeeignet gewesen sei, die Presseberichterstattung oder die Untersuchungshaft des Klägers zu beeinflussen. Der Fortbestand der Gemeinschaftspraxis sei ohnehin gesichert gewesen. Außerdem habe der Beklagte den Kläger nicht darüber belehrt, dass es aufgrund der wirtschaftlichen Verhältnisse des Klägers praktisch unmöglich sein werde, nach Vollendung des 55. Lebensjahres als Vertragsarzt wieder zugelassen zu werden.

Der Schaden des Klägers bestehe in den ohne die kassenärztliche Zulassung geschmälernten Verdienstmöglichkeiten jedenfalls bis zu einer zwangsweisen Entziehung nach einer rechtskräftigen Entscheidung des Bundessozialgerichts, welche aufgrund der dem Kläger gegebenen Rechtsbehelfe nicht vor Ablauf mehrerer Jahre zu erwarten gewesen wäre. Für die Schadenursächlichkeit spreche die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens.

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

1. Im Ergebnis zu Recht hat das Berufungsgericht ein pflichtwidriges Verhalten des Beklagten bejaht, weil dieser den Kläger nicht zutreffend über die Voraussetzungen einer Wiedenzulassung nach Vollendung des 55. Lebensjahrs zur Vermeidung von unbilligen Härten belehrt hat.

a) **Soweit der Mandant nicht eindeutig zu erkennen gibt, dass er des Rates nur in einer bestimmten Richtung bedarf, ist der Rechtsanwalt 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).

b) Nach diesen Maßstäben hat das Berufungsgericht das Verhalten des Beklagten im Ergebnis zutreffend als pflichtwidrig gewertet.

aa) **Den Beweis für pflichtwidriges Verhalten des Rechtsanwalts hat der Mandant zu führen, 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 der Mandant darauf reagiert hat** (BGHZ 126, 217, 225; Zuehör/Fischer, Handbuch der Anwaltschaft 2. Aufl., Rdnr. 986).

bb) Eine diesen Maßstäben genügende Belehrung über die Voraussetzungen der Wiedenzulassung nach freiwilliger Rückgabe und Vollendung des 55. Lebensjahrs hat der Beklagte entgegen der Ansicht der Revision nicht behauptet.

(1) Die Zulassung eines Arztes, der das 55. Lebensjahr vollendet hat, ist gemäß § 25 Satz 1 Ärzte-ZV ausgeschlossen. Nach Satz 2 dieser Vorschrift – die mit dem Grundgesetz vereinbar ist (BVerfGE 103, 172, 182) – kann der Zulassungsausschuss hiervon in Ausnahmefällen abweichen, wenn dies zur Vermeidung von unbilligen Härten erforderlich ist. Eine unbillige Härte liegt grundsätzlich nur vor, wenn der betroffene Arzt aus wirtschaftlichen Gründen weiterhin zwingend auf die Berufsausübung als Vertragsarzt angewiesen ist (BSGE 73, 223, 233; 80, 9, 19).

Unabhängig von wirtschaftlichen Gesichtspunkten kann bei Ärzten, die bereits zur kassenärztlichen Versorgung zugelassen waren, eine unbillige Härte gegeben sein, wenn sie ihre kassenärztliche Tätigkeit unfreiwillig, etwa wegen Krankheit oder aus anderen zwingenden persönlichen Gründen, aufgeben mussten und kürzere Zeit später, nachdem diese Umstände weggefallen sind, wieder zugelassen werden wollen (BSG, USK 95115).

(2) Hierüber hat der Beklagte nach seinem eigenen Vorbringen den Kläger nicht belehrt. In der Klageerwiderung hat der Beklagte dargelegt, er habe mit seinem Mandanten beim Gespräch in der Justizvollzugsanstalt ausführlich Vor- und Nachteile der Zulassungsrückgabe erörtert und darauf hingewiesen, die Wiedenzulassung nach der Härtefallregelung setze eine vollständige Rehabilitation des Klägers in Bezug auf die gegen ihn erhobenen Vorwürfe voraus. Eine Belehrung über die weitere Voraussetzung, dass in wirtschaftlicher Hinsicht eine Härte gegeben oder die Tätigkeit unfreiwillig aufgegeben worden sein muss, geht daraus nicht hervor.

Die in der Berufungserwidern behaupteten Belehrungen vermochten den Kläger entgegen der Ansicht der Revision ebenfalls nicht in die Lage zu versetzen, die Möglichkeit einer Wiedenzulassung zutreffend zu beurteilen. Die konkreten Voraussetzungen des Angewiesenseins auf die Kassenarztzulassung aus wirtschaftlichen Gründen oder des unfreiwilligen Verlusts der Zulassung werden darin nicht genannt. Eine Belehrung über den grundsätzlichen Ausschluss der Zulassung nach dem 55. Lebensjahr gemäß § 25 Satz 1 Ärzte-ZV genügte nicht, solange dem Kläger nicht erläutert wurde, dass und warum in seiner Person kein Härtefall vorliegen konnte.

Auch der behauptete Hinweis, der Kläger habe bei freiwilliger Rückgabe und Vollendung des 55. Lebensjahrs faktisch kaum eine Chance auf erneute Zulassung, war nicht geeignet, dem Kläger ein zutreffendes Bild über die konkreten Anforderungen einer Wiedenzulassung zu vermitteln. Aufgabe des Beklagten wäre es gewesen, die Voraussetzungen einer unbilligen Härte nach § 25 Satz 2 ÄrzteZV zu erläutern. Seine Behauptung, zwischen den Parteien sei als „hauchdünne Chance“ die Möglichkeit eines Antrags auf Wiedenzulassung zwischen freiwilliger Rückgabe und Vollendung des 55. Lebensjahrs gesehen worden, belegt ebenfalls kein pflichtgemäßes Verhalten. Durch einen vor Vollendung des 55. Lebensjahrs gestellten Antrag auf Zulassung als Vertragsarzt wird zwar die Zugangsgrenze des § 25 Satz 1 Ärzte-ZV gewahrt (*BSG, USK 2001, 211*). Es ist jedoch nicht einmal ersichtlich, dass ein noch vor dem 19.3.1998 gestellter Antrag auf Wiedenzulassung wenigstens dann Erfolg gehabt hätte, wenn der Beklagte bis dahin bereits aus der Untersuchungshaft entlassen gewesen wäre.

**(3) Das Berufungsgericht hat die freiwillige Rückgabe der Kassenarztzulassung im Ergebnis zutreffend als für die Aufrechterhaltung der Genehmigung zur Durchführung künstlicher Befruchtungen nicht erforderlich angesehen.**

Bei der Genehmigung zur Durchführung künstlicher Befruchtungen handelt es sich um eine gebundene Entscheidung. Die Erteilung hängt grundsätzlich allein davon ab, ob der Arzt oder die ärztlich geleitete Einrichtung die Voraussetzungen gemäß § 121a Abs. 1, Abs. 2 SGB V erfüllt (*BSG, MedR 2006, 370, 371; Hohnholz in: Hauck, SGB V K § 121a Rdnr. 10*). Mit den vom zuständigen Bayerischen Staatsministerium erlassenen Bescheiden vom 16.12.1991 und vom 19.4.1996 war unter Ziffer 2. die Genehmigung zur Durchführung der Maßnahmen im Rahmen der vom Kläger geleiteten und aus ihm und weiteren Ärzten bestehenden Arbeitsgruppe erteilt worden. Nach Ziffer 6. der Bescheide war ein Wechsel des verantwortlichen ärztlichen Leiters oder jede andere Änderung der tatsächlichen, für das Fortbestehen der Genehmigung bedeutsamen Verhältnisse dem Staatsministerium anzuzeigen und waren die fachlichen und persönlichen Mindestvoraussetzungen nachzuweisen.

Entsprechend ging das für die Erteilung der Genehmigung gemäß § 121a SGB V nach § 2 der Verordnung zur Übertragung von Aufgaben auf dem Gebiet der Sozialversicherung vom 20.10.1992 (*GVBl 1992, 532*) zuständige Staatsminis-

terium mit Schreiben vom 25.2.1998 davon aus, dass aufgrund der nachgewiesenen personellen und sächlichen Voraussetzungen auch nach Ausscheiden des Klägers eine sachgerechte Durchführung der erforderlichen Leistungen in allen Teilgebieten der Arbeitsgruppe gewährleistet ist. Wie sich diesem Schreiben entnehmen lässt, hätte es genügt, wenn die Leitung der Arbeitsgruppe gewechselt hätte und der Kläger ohne Rückgabe der Zulassung als Vertragsarzt aus der Arbeitsgruppe ausgeschieden wäre.

Auch wenn die Rückgabe, wie die Revision geltend macht, die Behörden von weiteren Nachforschungen gegenüber der Gemeinschaftspraxis bzw. der Arbeitsgruppe abgehalten haben mag, ändert dies nichts daran, dass sie nicht die allein denkbare Entscheidung war und der Beklagte den Kläger über die damit verbundenen Nachteile auf der Grundlage seiner eigenen Einlassung nicht hinreichend aufgeklärt hat.

2. Rechtsfehlerhaft sind die Ausführungen des Berufungsgerichts zur **haftungsausfüllenden Kausalität**, wie die Revision mit Recht rügt.

a) **Der Ersatzpflichtige hat nach § 249 Satz 1 BGB a.F. (Art. 229 § 8 Abs. 1 Nr. 2 EGBGB) den Zustand herzustellen, der ohne seine Pflichtverletzung bestünde. Deshalb ist zu prüfen, welchen Verlauf die Dinge bei pflichtmäßigem Verhalten des Rechtsanwalts genommen hätten, insbesondere wie der Mandant auf eine dementsprechende Beratung reagiert hätte und wie seine Vermögenslage dann wäre.** Dabei hat grundsätzlich **der Geschädigte den Ursachenzusammenhang zwischen der Vertragsverletzung und dem Schaden als anspruchsbegründende Voraussetzung darzutun und nachzuweisen** (*BGHZ 123, 311, 313*).

Die Ursächlichkeit einer von dem Berater begangenen Pflichtverletzung für einen dadurch angeblich entstandenen Schaden gehört zur haftungsausfüllenden Kausalität, **für deren Nachweis die in § 287 ZPO vorgesehenen Beweiserleichterungen gelten.** Demnach reicht für die richterliche Überzeugungsbildung eine **überwiegende**, freilich auf gesicherter Grundlage beruhende **Wahrscheinlichkeit**. Das wirkt sich auch auf die Darlegungslast des Geschädigten aus. Es genügt, dass er Tatsachen vorträgt und unter Beweis stellt, die für eine Beurteilung nach § 287 ZPO ausreichende **greifbare Anhaltspunkte** bieten. An die Darlegung eines hypothetischen Geschehens dürfen **keine übertriebenen Anforderungen** gestellt werden (*BGH, Urt. v. 25.11.1999 – IX ZR 332/98, WM 2000, 197, 198 f*).

b) Das Berufungsgericht hat einen **Anscheinsbeweis** zugunsten des Klägers angenommen. Dies ist rechtsfehlerhaft, weil dem Kläger bei vertragsgerechter Belehrung mehrere Entscheidungsmöglichkeiten offenstanden.

aa) Bei Verstößen gegen die anwaltliche Beratungspflicht spricht zugunsten des Mandanten der **Erfahrungssatz**, **dieser hätte sich bei vertragsgerechtem Handeln des Beauftragten beratungsgemäß verhalten, wenn im Hinblick auf die Interessenlage oder andere objektive Umstände eine bestimmte Entschließung des zutreffend informierten Mandanten mit**

**Wahrscheinlichkeit zu erwarten gewesen wäre** (BGH, Urt. v. 19.1.2006, a.a.O., 930). Ein Anscheinsbeweis kommt demnach **nicht nur dann in Betracht, wenn der Rechtsanwalt eine bestimmte Empfehlung zu geben hatte.**

Hatte der Rechtsanwalt seinen Auftraggeber **lediglich umfassend über die Rechtslage zu belehren, verblieb für den Mandanten aber bei vertragsgerechter Information nur eine sinnvolle Entscheidung, so liegt ebenfalls ein in gleicher Weise typischer Sachverhalt vor** (Zugehör/Fischer, a.a.O., Rdnr. 1005, 1008).

Voraussetzung sind aber tatsächliche Feststellungen, die im Falle sachgerechter Aufklärung durch den rechtlichen Berater aus der Sicht eines vernünftig urteilenden Mandanten eindeutig eine bestimmte tatsächliche Reaktion nahegelegt hätten (BGHZ 123, 311, 314 f). Besteht nicht nur eine einzige verständige Entscheidungsmöglichkeit, sondern kommen verschiedene Handlungsweisen ernsthaft in Betracht, die unterschiedliche Vorteile und Risiken in sich bergen, ist grundsätzlich kein Raum für einen Anscheinsbeweis (BGHZ 123, 311, 319; BGH, Urt. v. 19.1.2006, a.a.O.).

bb) Da vorliegend verschiedene Handlungsweisen ernsthaft in Betracht zu ziehen waren, kann dem Kläger eine solche Beweiserleichterung nicht zugute kommen.

(1) In den Schriftsätzen vom 14.8.2001 und vom 23.9.2001 hat der Kläger selbst es als Alternative bezeichnet, die kassenärztliche Zulassung bis zum Abschluss der Ermittlungen bzw. des Strafverfahrens ruhen zu lassen. Ohne freiwillige Rückgabe der Zulassung war die Stellung des Klägers als Vertragsarzt allerdings keineswegs gesichert. Im Februar 1998 waren die Dauer der Untersuchungshaft und die zu erwartende Strafe ungewiss. Ebenso wenig war abzusehen, ob ihm die Zulassung als Vertragsarzt nicht entzogen würde.

Die Nichtrückgabe bot zwar die einzige Chance, in Anbetracht der im März 1998 bevorstehenden Vollendung des 55. Lebensjahrs die Möglichkeit einer Tätigkeit als Vertragsarzt aufrechtzuerhalten. Der Haftbefehl vom 7.2.1998 war indessen nicht nur auf den Straftatbestand der Steuerhinterziehung gestützt. Der Kläger wurde auch dringend verdächtigt, seit 1992 sog. psychologische Transfers an Patientinnen durchgeführt zu haben. Dabei soll er nicht entwicklungs-fähige Embryonen auf Frauen übertragen haben. Diese Transfers soll der Kläger den Patientinnen bzw. ihren Krankenversicherungen gegenüber ohne Hinweis auf die Art des Eingriffs abgerechnet und sich damit des Betruges und der gefährlichen Körperverletzung schuldig gemacht haben.

(2) Zur Beantwortung der Frage, wie der Kläger sich hypothetisch verhalten hätte, kann nicht maßgeblich auf spätere Erkenntnisse, insbesondere das Absehen von der Verfolgung wegen des Verdachts des Betruges und der gefährlichen Körperverletzung durch die Staatsanwaltschaft gemäß § 154 StPO abgestellt werden. **Vielmehr ist die im Zeitpunkt der Beratung durch den Beklagten bestehende Interessenlage von Bedeutung** (BGH, Urt. v. 25.11.1999, a.a.O., 198; v. 19.1.2006, a.a.O., 931).

(3) Darüber hinaus war für den hypothetischen Entschluss des Klägers die durch die damalige Presseberichterstattung und die Untersuchungshaft bewirkte Belastung von Bedeutung. Der Kläger hat in seinem Antrag auf Wiedenzulassung vom 12.11.1999 erklärt, er habe „die ... hohe Geldstrafe ... akzeptiert, um das Verfahren abzukürzen und den Medienrummel zu beenden“; ein jahrelanges Prozessieren wäre ihm aus psychischen und finanziellen Gründen nicht möglich gewesen. Das Berufungsgericht hat nicht festgestellt, ob der Kläger in Anbetracht dessen bereit gewesen wäre, eine längere Auseinandersetzung mit der Kassenärztlichen Vereinigung im Rahmen eines Verfahrens auf Zulassungsentzug auf sich zu nehmen.

cc) Soweit der Kläger vorträgt, er habe dem Beklagten die Bedingung gestellt, dieser dürfe das die Rückgabe der Zulassung enthaltende Schreiben erst absenden, wenn er sich mit Rechtsanwalt P. ins Benehmen gesetzt und dessen Rat eingeholt habe, ändert eine etwaige Nichtbefolgung der damit vorgetragenen Weisung nichts an der den Kläger für die Kausalität treffenden Darlegungs- und Beweislast. Im ersten Rechtszug hat der Kläger ohnehin lediglich behauptet, dem Beklagten aufgegeben zu haben, vor der Rückgabe den Rat des Rechtsanwalts P. einzuholen. Soweit in der Berufungsbegründung darüber hinaus dargelegt worden ist, der Zeuge Rechtsanwalt P. hätte von einer Rückgabe abgeraten, und der Kläger hätte sich entsprechend verhalten und seine Zulassung nicht freiwillig zurückgegeben, greift in Anbetracht der für eine Rückgabe sprechenden, von dem Beklagten seinem Mandanten ebenfalls zu erläuternden Gründe kein Anscheinsbeweis, dass der Kläger dem Rat des Zeugen gefolgt wäre.

c) Die nach § 287 ZPO gebotene tatrichterliche Würdigung der für das hypothetische Verhalten des Klägers maßgeblichen Umstände hat das Berufungsgericht entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung nicht vorgenommen.

3. Das Berufungsgericht hat weiter angenommen, der **Schaden** des Klägers bestehe in den ohne die kassenärztliche Zulassung **geschmälernten Verdienstmöglichkeiten** jedenfalls bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung des Bundessozialgerichts, die – wenn es überhaupt zu einer Zulassungsentziehung gekommen wäre – nicht vor Ablauf mehrerer Jahre ergangen wäre. Dies hält rechtlicher Prüfung ebenfalls nicht stand.

a) Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs **stellt der Verlust einer tatsächlichen oder rechtlichen Position, deren Erhalt der Geschädigte nach der Rechtsordnung nicht beanspruchen kann, keinen ersatzfähigen Schaden dar** (BGHZ 72, 328, 330 ff; 124, 86, 95 f; 125, 27, 34; 145, 256, 262). Der Nachteil alsbaldiger Vollstreckung, den eine unterlegene Partei dadurch erleidet, dass ein von ihr beabsichtigtes, sachlich aussichtsloses Rechtsmittel durch ein Versehen des Prozessbevollmächtigten versäumt, nicht ordnungsgemäß eingelegt oder verspätet begründet wird, wird deshalb nicht als Schaden im Rechtssinn angesehen (RGZ 162, 65, 68 f; BGH, Urt. v. 6.7.1989 – IX ZR 75/88, WM 1989, 1826, 1828 unter 3.; Urt. v. 16.12.2004 – IX ZR 295/00, WM 2005, 950, 951).

Auch bei der Anfechtung eines Verwaltungsaktes hat der Kläger nur ein schützenswertes Interesse an einer richtigen, allenfalls noch an einer nicht unangemessen verzögerten Entscheidung, nicht jedoch an einer Verlängerung des Verfahrens um des bloßen Zeitgewinns willen. Wehrt sich der Kläger im Endergebnis zu Unrecht gegen die Entziehung seiner Zulassung, sind auch die Folgen der aufschiebenden Wirkung seiner Rechtsbehelfe nur ein Reflex der Prozessdauer, an deren Verlängerung kein schützenswertes Interesse besteht. **Dann kann aber der Rechtsanwalt, der den ohnehin unabwendbaren Misserfolg seines Mandanten durch einen Anwaltsfehler lediglich beschleunigt hat, deswegen nicht zum Ersatz des Beschleunigungsschadens verpflichtet sein** (BGH, *Urt. v. 16.12.2004, a.a.O.*).

b) Vorliegend ist die Beratung zur Rückgabe zwar vor einer Entziehung und außerhalb eines gerichtlichen Verfahrens erfolgt. **Gleichwohl hätte das Berufungsgericht nicht offenlassen dürfen, ob dem Kläger ohne Rückgabe die Zulassung entzogen worden wäre.** Für die Verneinung eines Schadens im Rechtssinn kommt es nicht darauf an, ob die Behörde bereits die Zulassung entzogen hat und der ohnehin unabwendbare Misserfolg für den Mandanten aufgrund eines vor- oder außergerichtlichen Verhaltens des Rechtsanwalts eingetreten ist.

**Wenn der Mandant infolge einer – nicht erschöpfenden und damit pflichtwidrigen – rechtlichen Beratung das in der Sache aussichtslose Begehren gar nicht erst im Prozessweg verfolgt, ist ein normativer Schaden ebenso wenig entstanden, wie wenn der Mandant erschöpfend belehrt wird und der unabwendbare Misserfolg erst durch ein pflichtwidriges Verhalten des Rechtsanwalts im Prozess beschleunigt wird.**

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). Dieses wird, nachdem die Parteien Gelegenheit erhalten haben, ihren Vortrag nach den Hinweisen dieses Urteils zu ergänzen, die dann noch erforderlichen Feststellungen zu treffen haben.

1. Zu der Frage, ob die Vertragsarztzulassung des Klägers ohne die Rückgabe entzogen worden wäre, weist der Senat auf Folgendes hin:

a) Da der Mandant nur das ersetzt verlangen darf, was ihm von Rechts wegen zusteht, kommt es allein darauf an, **welche Entscheidung nach Auffassung des über den Schadenersatzanspruch erkennenden Gerichts richtigerweise hätte ergehen müssen.** Die Feststellung, wie der Ausgangsrechtsstreit hätte entschieden werden müssen, ist nach § 287 ZPO zu treffen, weil es sich um ein Element der haftungsausfüllenden Kausalität handelt. Diese Grundsätze kommen auch dann zur Anwendung, **wenn im Ausgangsprozess oder dem behördlichen Verfahren die Amtsermittlungsmaxime galt** (BGHZ 133, 110, 114 f; *Zugehör/Fischer, a.a.O., Rdnr. 1073 ff.*).

Der Regressrichter hat für seine eigene Beurteilung von dem Sachverhalt auszugehen, der dem Gericht bei pflichtgemäßem Verhalten des Rechtsanwalts unterbreitet worden wäre, und dabei die Rechtslage in dem Zeitpunkt zugrunde zu legen, in dem die hypothetische Entscheidung ergangen wäre bzw. hätte ergehen müssen (BGHZ 133, 110, 111 f; 145, 256, 264). **Diese Grundsätze gelten auch bei rechtlich gebundenen Entscheidungen der Verwaltung** (BGHZ 145, 256, 260).

Hinsichtlich der Beweislast tritt der Rechtsanwalt grundsätzlich gleichsam in die Rolle der Gegenpartei des Ausgangsrechtsstreits ein (*Zugehör/Fischer, a.a.O., Rdnr. 1078*).

b) Der Zulassungsausschuss hat gemäß § 27 Ärzte-ZV von Amts wegen über die Entziehung der Zulassung zu beschließen, wenn die Voraussetzungen nach § 95 Abs. 6 SGB V gegeben sind, d.h. der Arzt seine vertragsärztlichen Pflichten gröblich verletzt hat (BSGE 66, 6, 7 f). Eine gröbliche Pflichtverletzung in diesem Sinne liegt vor, wenn durch das Verhalten des Arztes das Vertrauen der Kassenärztlichen Vereinigung und der Krankenkassen insbesondere in die ordnungsgemäße Behandlung der Versicherten so gestört ist, dass diesen eine weitere Zusammenarbeit mit dem Arzt nicht mehr zugemutet werden kann (BSGE 66, 6, 8; 73, 234, 237).

Dabei kann die Rechtmäßigkeit der Zulassungsentziehung nicht davon abhängig sein, ob der betreffende Arzt etwa im Hinblick auf sein Alter schlechtere Chancen als andere Ärzte auf eine Zulassung zur vertragsärztlichen Versorgung hat (BSG, *Beschl. v. 19.6.1996 – 6 BKA 52/95, juris-Dokument Nr. KSRE 049701618 Rdnr. 4; MedR 1997, 86, 87*).

Als gröbliche Verletzung vertragsärztlicher Pflichten kommen insbesondere Abrechnungsmanipulationen oder fortgesetzte Verstöße gegen das Gebot wirtschaftlicher Behandlungs- und Ordnungsweise in Betracht (BVerfGE 69, 233, 244 <zum insoweit gleich lautenden § 368a Abs. 6 RVO>; Quaa/Zuck, *Medizinrecht*, § 18 Rdnr. 47).

Das Vertrauen in die ordnungsgemäße Behandlung der Versicherten und in die Rechtmäßigkeit der Abrechnungen durch den Arzt ist deshalb von so entscheidender Bedeutung, weil ordnungsgemäße Leistungserbringung und peinlich genaue Abrechnung lediglich in einem beschränkten Umfang der Überprüfung durch die Kassenärztlichen Vereinigungen und die Krankenkassen zugänglich sind. Daher gehört vor allem die Verpflichtung zur peinlich genauen Abrechnung zu den Grundpflichten des Arztes.

Der Arzt verstößt hiergegen, wenn er Leistungen abrechnet, die er entweder nicht oder nicht vollständig oder – sofern sie sein Tätigwerden voraussetzen – nicht selbst erbracht hat. Der Verstoß gegen diese Pflicht erweist sich in der Regel als gröbliche Pflichtverletzung, die zur Entziehung der Zulassung führt (BSGE 73, 234, 237). Für die Entziehung bedarf es nicht der vorherigen Einleitung oder Durchführung eines Disziplinarverfahrens (BSGE 66, 6, 8, 11; BSG, *Beschl. v. 5.11.2000 – 6 BKA 54/03 B, juris-Dokument Nr. KSRE 093921718 Rdnr. 21*).



Im Streitverfahren über die Rechtmäßigkeit der Entziehung einer Zulassung kann auch das „Wohlverhalten“ des betroffenen Arztes während der Dauer des Streitverfahrens gewürdigt werden (*BSG, Beschl. v. 27.6.2001 – B 6 KA 7/01 B, juris-Dokument Nr. KSRE 101661618 Rdnr. 11*).

c) Als Gründe für die Entziehung kommen hier die Entgegennahme erheblicher Provisionen durch die Apotheke, die Durchführung und Abrechnung sog. psychologischer Transfers oder die Beschäftigung von Scheinsozien in Betracht.

aa) Dem Arzt ist es gemäß § 32 der Berufsordnung für die Ärzte Bayerns nicht gestattet, für die Verordnung von Arznei-, Heil- und Hilfsmitteln von dem Hersteller oder Händler eine Vergütung oder sonstige wirtschaftliche Vergünstigungen zu fordern oder anzunehmen. Provisionsvereinbarungen sind unzulässig, weil der ärztliche Beruf kein Gewerbe ist (*Heberer, Das ärztliche Berufs- und Standesrecht, S. 351*). Bei der Behandlung von Kassen- oder Privatpatienten können nur die tatsächlich entstandenen Kosten abgerechnet werden, da es sich materiell um Kostenerstattung handelt, die der Arzt unmittelbar gegenüber der Kassenärztlichen Vereinigung bzw. der Krankenkasse geltend macht (*Heberer, a.a.O., S. 350 f.*).

Nach den Feststellungen im Strafurteil erhielt der Kläger aufgrund unzulässiger Vereinbarungen mit einer Apotheke von 1993 bis 1996 in unregelmäßigen Abständen insgesamt 160.000 DM in bar und ohne Quittung als anteilige „Gewinnbeteiligung“ für die Umsätze der Gemeinschaftspraxis in der Apotheke. Auf diese Pflichtverletzung des Klägers hat sich der Beklagte, wie auch die Revision geltend macht, bereits in der Klageerwidlung bezogen.

Darüber hinaus kann die Annahme umsatzbezogener Rückvergütungen durch kassenärztlich zugelassene Ärzte für die von ihnen verordneten Medikamente als Untreue (§ 266 StGB) zum Nachteil der jeweiligen Krankenkassen zu werten sein (*BGH, Beschl. v. 27.4.2004 – 1 StR 165/03, NZSt 2004, 568, 569*).

Geht es um die Entziehung der Zulassung wegen des Verdachts einer Straftat, aus der auf eine gröbliche Pflichtverletzung geschlossen werden kann, hat der Zulassungsausschuss auf der Grundlage des Strafverfahrens und des Vorbringens der Beteiligten eine eigene Aufklärung und Bewertung vorzunehmen (*Großbölting/Jaklin, NZS 2002, 525, 528; vgl. auch OVG des Saarlandes, ZMGR 2006, 14, 22 <zur Anordnung des Ruhens der Approbation gemäß § 6 Abs. 1 Nr. 1 BÄO>*). Ist das Strafverfahren noch nicht beendet, bedarf es der Feststellung, ob eine strafrechtliche Verurteilung des Arztes mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist (*SG Marburg, Urt. v. 31.5.2006 – S 12 KA 42/06, juris-Dokument Nr. JURE 060087087 Rdnr. 27*).

Bei dieser Sachlage und in Anbetracht der konkreten Feststellungen im rechtskräftigen Strafurteil, auf die sich der Beklagte bezogen hat, durfte sich der Kläger im Regressprozess nicht darauf beschränken, eine vertragsärztliche Pflichtverletzung allgemein in Abrede zu stellen. Da den

Feststellungen des Schöffengerichts ein – im Regressprozess nicht bestrittenes – umfassendes Geständnis des Klägers zugrunde lag, hätte der Kläger im Einzelnen darlegen müssen, welche Feststellung aus welchen Gründen unrichtig sein soll.

bb) In dem Beschluss des Zulassungsausschusses vom 2.2.2000, auf den sich die Berufungserwidlung bezogen hat, wird ferner festgestellt, der staatsanwaltlichen Ermittlungsakte sei der Vorwurf der Körperverletzung bzw. des Betruges wegen psychologischer Transfers zu entnehmen. In dem Schreiben der Kassenärztlichen Vereinigung vom 12.1.2000 heißt es, der Kläger habe im Zeitraum von 1992 bis 1997 sog. psychologische Transfers durchgeführt, mit denen die Hoffnungen der Patientinnen aufrechterhalten werden sollten. Dass die übertragenen Embryonen in Wirklichkeit nicht entwicklungsfähig waren, wurde ihnen verheimlicht. Diese vorgeworfenen Pflichtwidrigkeiten, denen der Kläger im Zulassungsverfahren entgegengetreten ist, muss er im Regressprozess nicht gegen sich gelten lassen; sie stehen zur Darlegungs- und Beweislast des Beklagten.

Eine gröbliche Verletzung der vertragsärztlichen Pflichten des Klägers setzt aber auch insoweit kein strafbares Verhalten voraus. Nach § 27a Abs. 1 SGB V umfassen die Leistungen der Krankenbehandlung medizinische Maßnahmen zur Herbeiführung einer Schwangerschaft grundsätzlich nur, wenn diese nach ärztlicher Feststellung erforderlich und Erfolg versprechend sind (*BSGE 88, 62, 63*). Fehlt es daran, so ergibt sich auch dann kein Anspruch, wenn sich als Folge des unerfüllten Kinderwunsches eine krankheitswertige psychische Störung entwickelt haben sollte und diese durch die Herbeiführung einer Schwangerschaft wirksam behandelt werden könnte (*BSG, NJW 2002, 1517*). Eine Abrechnung darf erst recht nicht erfolgen, wenn die Maßnahmen zur Herbeiführung einer Schwangerschaft für den Arzt erkennbar ungeeignet sind.

2. Hätte nach den vom Berufungsgericht zu treffenden Feststellungen dem Kläger die Zulassung nicht wegen gröblicher Verletzung seiner vertragsärztlichen Pflichten entzogen werden können, wird sich das Berufungsgericht mit der Frage zu befassen haben, wie sich das Unterbleiben einer freiwilligen Rückgabe auf die Strafzumessung im Strafverfahren gegen den Kläger ausgewirkt hätte. Hierüber hat das Regressgericht ebenfalls nach den Grundsätzen des § 287 ZPO zu befinden (*OLG Nürnberg, StV 1997, 481, 483; LG Berlin, StV 1991, 310, 311; Fahrendorf in: Rinsche/Fahrendorf/Terbille, Die Haftung des Rechtsanwalts 7. Aufl., Rdnr. 1640 f, 1646; Krause, NZSt 2000, 225, 231 f; a.A. Zwiehoff, StV 1999, 555, 561 f*).

In dem gegen den Kläger ergangenen Strafurteil wurden zu dessen Gunsten die beruflichen Folgen der Rückgabe der Kassenarztzulassung berücksichtigt. Daher ist es durchaus möglich, dass das Strafmaß ohne freiwillige Rückgabe höher ausgefallen und eine Aussetzung der Vollstreckung der Gesamtfreiheitsstrafe zur Bewährung nicht mehr möglich gewesen wäre. Dann aber hätte der Kläger infolge Haft ebenfalls keine Einkünfte als Kassenarzt erzielen können. ■

## Schriftsatz ohne Unterschrift

- Wiedereinsetzung gewährt!
  - Büroversehen
  - Unterschriftskontrolle
  - Organisationsanweisung
- (BGH, Urt. v. 15.2.2006 – XII ZB 215/05)

### Leitsatz:

Ist offenkundig oder hinreichend glaubhaft gemacht, dass das Fristversäumnis auf dem Verstoß einer sonst zuverlässigen Kanzleiangestellten gegen eine allgemein erteilte Büroanweisung beruht (hier: Herausgabe eines zur Fristwahrung bestimmten, aber nicht unterschriebenen Schriftsatzes trotz entsprechender Kontrollanordnung), bedarf es keiner weiteren Darlegung oder Glaubhaftmachung des der Partei nicht zuzurechnenden Verschuldens der Angestellten. ■

### Aus den Gründen:

I. Das Familiengericht hat durch Verbundurteil, das dem Antragsgegner am 24.5.2005 zugestellt wurde, die Ehe der Parteien geschieden, der Antragstellerin die elterliche Sorge für die 1995 geborene gemeinsame Tochter übertragen und den Umgang des Antragsgegners mit ihr für ein Jahr ausgeschlossen.

Die gegen die Sorgerechts- und Umgangsentscheidung gerichtete Beschwerdeschrift des Antragsgegners, die am 24.6.2005 beim Oberlandesgericht einging, und auch die beigefügte beglaubigte Abschrift dieses Schriftsatzes waren vom Prozessbevollmächtigten des Antragsgegners nicht unterschrieben worden.

Auf entsprechenden Hinweis des Gerichts beantragte der Antragsgegner mit am 27.6.2005 bei Gericht eingegangenem Schriftsatz Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Beschwerdefrist und legte die Beschwerde, die er inzwischen mit am gleichen Tag eingegangenem Schriftsatz begründet hatte, erneut ein.

Das Oberlandesgericht wies den Wiedereinsetzungsantrag zurück und verwarf die Beschwerde als unzulässig. Dagegen richtet sich die Rechtsbeschwerde des Antragsgegners.

II. Die nach §§ 629a Abs. 2 Satz 1, 621e Abs. 3 Satz 2, 522 Abs. 1 Satz 4 ZPO (Verwerfung) bzw. §§ 238 Abs. 2 Satz 1, 522 Abs. 1 Satz 4 ZPO (Zurückweisung des Wiedereinsetzungsgesuchs) statthafte Rechtsbeschwerde ist nach § 574 Abs. 2 Nr. 2 ZPO (hier: Sicherung einheitlicher Rechtsprechung) zulässig und zugleich begründet, weil dem Antragsgegner durch die Verwerfung die Rechtsmittelinstanz genommen wurde, und zwar zu Unrecht, weil das Beschwerdegericht die Anforderungen an ein Wiedereinsetzungsgesuch verkannt hat (vgl. *Senatsbeschl. v. 9.2.2005 – XII ZB 225/04, FamRZ 2005, 791, 792*).

1. Das Beschwerdegericht ist der Ansicht, der Antragsgegner habe die eine Wiedereinsetzung rechtfertigenden Umstände, die zur Absendung der nicht unterschriebenen Beschwerdeschrift geführt hätten, nicht hinreichend glaubhaft gemacht.

Zwar habe sein Prozessbevollmächtigter anwaltlich versichert, dass für die bisher stets zuverlässigen Angestellten seiner Kanzlei die allgemeine Büroanweisung bestehe, sämtliche ausgehenden Schriftsätze vor der Kuvertierung und Absendung daraufhin zu überprüfen, ob sie mit der Unterschrift des Anwalts versehen sind. Den für die Fristversäumung ursächlichen Umstand, dass die Büroangestellte K. diese Weisung missachtet, das Fehlen der Unterschrift übersehen und die Beschwerdeschrift ohne die erforderliche Unterschrift kuvertiert und den Umschlag verschlossen habe, könne er durch seine eigene anwaltliche Versicherung nicht glaubhaft machen, da er damit nur solche Tatsachen bekräftigen könne, die Gegenstand seiner eigenen Wahrnehmung gewesen seien. Deshalb hätte er beispielsweise eine eidesstattliche Versicherung seiner Angestellten vorlegen müssen. Daran fehle es.

2. Dem ist aus Rechtsgründen nicht zu folgen. Dem Antragsgegner ist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren, weil er ohne Verschulden an der Einhaltung der Beschwerdefrist gehindert war (§ 233 ZPO).

a) **Grundsätzlich kann Wiedereinsetzung zwar nur gewährt werden, wenn jedes ursächliche (Mit-)Verschulden der Partei oder ihres Anwalts ausgeräumt wird.** Hier liegt indes ein Verschulden des Prozessbevollmächtigten des Antragsgegners vor, weil er in seiner anwaltlichen Versicherung einräumt, die Beschwerdeschrift sei ihm zusammen mit anderen Schriftsätzen in einer Unterschriftenmappe vorgelegt worden; **er habe ihn aber zu unterschreiben vergessen.**

b) **Ein solches Verschulden steht einer Wiedereinsetzung aber ausnahmsweise dann nicht entgegen, wenn im Rahmen der Büroorganisation durch eine allgemeine Arbeitsanweisung (hier: Kontrolle der Unterzeichnung ausgehender Schriftsätze vor deren Absendung) Vorsorge dafür getroffen wurde, dass bei normalem Verlauf der Dinge die Frist – trotz des Versehens des Rechtsanwalts – mit Sicherheit gewahrt worden wäre** (vgl. *Senatsbeschl. v. 12.12.1984 – IVb ZB 103/84, NJW 1985, 1226*).

Eine solche Anweisung hat der Antragsgegner hier durch anwaltliche Versicherung seines Anwalts hinreichend glaubhaft gemacht, was auch das Beschwerdegericht nicht in Abrede stellt.

c) Einer Glaubhaftmachung der im Wiedereinsetzungsgesuch dargelegten weiteren Umstände, die für das Fristversäumnis ursächlich waren, bedurfte es entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts nicht.

Die Tatsache, dass die Beschwerdeschrift ohne die Unterschrift des Rechtsanwalts hinausging, ist anhand der Akten offenkundig, da sie ohne Unterschrift beim Beschwerdegericht einging. Eine Glaubhaftmachung erübrigte sich daher.

Daraus folgt zugleich zwingend, dass die Beschwerdeschrift **unter Verstoß gegen die allgemeine Büroanweisung trotz fehlender Unterschrift versandt wurde und somit ein der Partei nicht nach § 85 Abs. 2 ZPO zuzurechnendes Verschulden einer Kanzleiangestellten vorlag**. Insoweit kommt es auch nicht darauf an, dass die Beschwerdeschrift hier nicht zur Post gegeben, sondern dem Prozessbevollmächtigten des Antragsgegners auf dessen Anweisung zur Einreichung bei Gericht mitgegeben wurde. Denn **diese Art der Beförderung konnte für das Fristversäumnis nicht mehr mitursächlich werden, weil sich aus der anwaltlichen Versicherung des Prozessbevollmächtigten des Antragsgegners auch ergibt, dass ihm die Beschwerdeschrift in einem verschlossenen Umschlag übergeben wurde**. Er durfte sich darauf verlassen, dass seine allgemeine Büroanweisung befolgt wurde, und hatte daher keine Veranlassung, den Umschlag zwecks erneuter Kontrolle noch einmal zu öffnen.

Unter diesen Umständen kommt es auch nicht darauf an, ob die Kanzleiangestellte, wie im Wiedereinsetzungsgesuch vorgetragen, das Fehlen der Unterschrift bei der Kuvertierung übersehen hat, und wie und warum es ggf. dazu gekommen ist. Wiedereinsetzung ist bereits dann zu gewähren, wenn hinreichend glaubhaft gemacht ist, dass das Fristversäumnis nicht auf einem Verschulden der Partei oder ihres Anwalts, sondern allenfalls auf einem Verschulden des Kanzleipersonals beruht.

**Auf welche Weise und aus welchen Gründen das Kanzleipersonal gegen eine allgemeine Büroanweisung verstoßen hat, ist irrelevant und bedarf keiner Glaubhaftmachung, solange jedenfalls der geschilderte äußere Geschehensablauf, der zur Versäumung der Frist geführt hat, nachvollzogen werden kann. Denn ein der Partei zuzurechnendes Verschulden wäre im vorliegenden Fall selbst dann nicht gegeben, wenn die Büroangestellte etwa das Fehlen der Unterschrift bemerkt und bewusst gegen die bestehende Büroanweisung verstoßen hätte. (...)** ■

## Gebührenfestsetzung, § 11 RVG

- Einwand der Schlechtleistung des Anwalts
- Ablehnung der Festsetzung  
(*OLG Düsseldorf, Beschl. v. 30.8.2007 – I-24 W 73/07*)

### Leitsatz:

Im Verfahren nach § 11 RVG dürfen materiell-rechtliche Einwendungen des Auftraggebers nicht schon außer Betracht bleiben, wenn sie als unschlüssig erscheinen, sondern erst bei näherer Betrachtung offenbar haltlos und unverständlich sind. ■

### Aus den Gründen:

Durch den angefochtenen Beschluss hat der Rechtspfleger zu Recht den Kostenfestsetzungsbeschluss vom 24.7.2006 aufgehoben und die beantragte Festsetzung der von den

Antragstellern für die vor dem LG Düsseldorf – 16 O 473/05 erhobene Gebührenforderung gemäß Kostenrechnung vom 12.12.2005 abgelehnt. Denn die Antragsgegner haben gegen diese Forderung eine Einwendung erhoben, die nicht im Gebührenrecht ihren Grund hat und daher gemäß § 11 Abs. 5 RVG zur Ablehnung der Festsetzung führt.

Die Antragsgegner machen geltend, **die Antragsteller hätten das ihnen angetragene Mandat schuldhaft schlecht erfüllt**. Trifft dies zu, steht den Antragsgegnern möglicherweise gemäß §§ 675, 611, 280 BGB aus dem Anwaltsdienstvertrag ein Schadenersatzanspruch zu, der auf Freistellung von den hier berechneten Gebühren und Auslagen gerichtet ist (*vgl. Senat, OLG-Report 2001, 171*). Die etwaige Ersatzpflicht der Antragsteller richtet sich nicht nach dem Gebührenrecht, sondern allein nach dem materiellen Recht.

**Einwendungen, die auf Vorschriften des allgemeinen Rechts oder auf besondere Abmachungen zwischen Rechtsanwalt und Auftraggeber gestützt sind, sind jedoch nicht gebührenrechtlicher Art und führen grundsätzlich zur Ablehnung der Festsetzung** (*Gerold/Schmidt/v.Eicken/Madert/Müller-Rabe, RVG 16. Aufl., § 11 Rdnr. 47; Hartung/Römermann, RVG 2. Aufl., § 11 Rdnr. 130; OLG Düsseldorf, OLG-Report 2005, 58 zum gleich lautenden § 19 Abs. 5 BRAGO*).

Nur ausnahmsweise kann ein solcher Einwand unbeachtet bleiben, namentlich dann, wenn er offensichtlich aus der Luft gegriffen oder gänzlich haltlos und unverständlich ist (*vgl. Gerold, a.a.O., Rdnr. 58*).

Dies kann hier indessen nicht angenommen werden. Der die Sache bearbeitende Sozius der Antragsteller hatte es auftragsgemäß übernommen, im vorliegenden Rechtsstreit vor dem Landgericht Düsseldorf die Verteidigungsbereitschaft der Antragsgegner (Beklagten) anzuzeigen. Die Frist zur Verteidigungsanzeige lief am 29.11.2005 ab.

Diese Frist hat der Anwalt jedoch nicht gewahrt. Denn die Verteidigungsanzeige ging erst am 30.11.2005 beim Landgericht Düsseldorf ein. Der Eingang dieses Schriftsatzes einen Tag zuvor am 29.11.2005 beim Amtsgericht Düsseldorf – Gerichtsvollzieherverteilungsstelle – vermochte die Frist nicht zu wahren.

Dieser Fehler begründet vielleicht eine Ersatzpflicht der Antragsteller, lässt jedenfalls den materiell-rechtlichen Einwand der Schlechterfüllung des Mandats nicht als hergeholt und gänzlich ausgeschlossen erscheinen.

**Eine weitergehende Schlüssigkeitsprüfung ist nicht angezeigt (so aber Hartung/Römermann, a.a.O., Rdnr. 132, 133). Denn damit soll das Kostenfestsetzungsverfahren gerade nicht belastet werden.** Andernfalls hätte der Gesetzgeber nicht allein gebührenrechtliche Einwendungen zugelassen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO. Für die erfolglose Beschwerde fallen gemäß RVG VV 812 Gerichtsgebühren an. Eine Kostenerstattung findet gemäß § 11 Abs. 2 Satz 5 RVG nicht statt. ■



## Honoraranspruch des Rechtsanwalts

- Belehrungspflicht über Gebührenhöhe
- Belehrung vor Abschluss einer Honorarvereinbarung
- Vereinbarungen im Honorarvordruck
- Anspruch auf gesetzliche Gebühren
- Anspruch auf Befreiung von überhöhten Gebühren  
(OLG Düsseldorf Urt. v. 19.7.2007 – I-24 U 46/06)

### Leitsätze:

1. Wenn der Rechtsanwalt den Mandanten vor Abschluss einer Honorarvereinbarung ungefragt über die erhöhten Gebühren aufklärt (hier in familienrechtlichen Angelegenheiten), so hat dies richtig, vollständig und für einen Laien verständlich zu geschehen.
2. Zum Verbot zusätzlicher Vereinbarungen in einem Honorarvordruck.
3. Lässt sich der Rechtsanwalt in einer weiteren Honorarvereinbarung nach dem allgemeinen Hinweis auf den Umfang und die Schwierigkeit des Mandats sowie die Hinzuziehung eines Steuerberaters nochmals höhere Gebühren zusagen, so hat er den Mandanten ungefragt über die Gebührendifferenzen aufzuklären.
4. Bei unzureichender Aufklärung stehen dem Rechtsanwalt nur die gesetzlichen Gebühren zu. ■

### Aus den Gründen:

Der klagende Rechtsanwalt nimmt die Beklagte aus abgetretenem Recht auf Zahlung von Anwaltshonorar in Anspruch. Die Beklagte hatte am 5.4.2001 Rechtsanwältin B. (künftig: Zedentin), die ihren Beruf mit dem Kläger in Bürogemeinschaft ausübt, beauftragt, ihre rechtlichen Interessen im Trennungs- und Scheidungskonflikt mit ihrem Ehemann (künftig: Ehemann), von dem sie sich Ende September 2000 räumlich getrennt hatte, wahrzunehmen. Die Zedentin vertrat die Beklagte außergerichtlich und gerichtlich im Trennungsunterhaltsverfahren, in der Vermögensauseinandersetzung und im Ehescheidungsverfahren nebst Folgesachen. Mit Schreiben ihrer jetzigen Prozessbevollmächtigten vom 29.7.2003 kündigte die Beklagte alle nicht erledigten Mandate, woraufhin die Zedentin ihre Tätigkeiten einstellte. Zu diesem Zeitpunkt hatten die diversen Angelegenheiten folgenden Stand:

#### Trennungsunterhaltsverfahren (261 F 1141/01 AG Düsseldorf)

In diesem Verfahren, das noch die früheren Rechtsanwälte der Beklagten gegen den Ehemann Mitte März 2001 als Stufenklage anhängig gemacht hatten, verlangte die Beklagte rückständigen Trennungsunterhalt seit Dezember 2000 und ab April 2001 laufenden Trennungsunterhalt, zuletzt in Höhe von monatlich 13.393,06 DM (6.847,76 EUR); darüber wurde im Termin vom 28.7.2003 abschließend mündlich verhandelt. Zuvor hatte die Zedentin namens der Beklagten im Wege der einstweiligen Anordnung vorläufig Trennungs-

unterhalt zunächst in Höhe von 5.000 EUR monatlich, worüber nach Erörterung am 1.7.2002 befristet bis zum 31.12.2002 ein Vergleich abgeschlossen wurde, dann erneut für die Zeit ab 1.1.2003 in Höhe von 3.500 EUR monatlich geltend gemacht. Ferner hatte die Zedentin namens der Beklagten im Wege der einstweiligen Anordnung für das Trennungsunterhaltsverfahren einen Prozesskostenvorschuss in Höhe von 10.460,50 EUR geltend gemacht. Über die beiden letztgenannten Anordnungsanträge ist nicht verhandelt worden. Den endgültigen Streitwert setzte das Gericht durch Beschluss vom 25.6.2004 für das Hauptverfahren auf 75.585,89 EUR (Rückstände: 8.826,94 EUR; lfd. Unterhalt: 66.758,95 EUR), für das Trennungsunterhaltsanordnungsverfahren auf 21.000 EUR fest.

#### Ehescheidungsverfahren (261 F 1079/01 AG Düsseldorf)

Dieses Verfahren hatte der Ehemann Ende März 2001 anhängig gemacht; es wurde am 20.4.2001 rechtshängig. Der Versorgungsausgleich wurde von Amts wegen eingeleitet. In der Folgesache ‚nachehelicher Unterhalt‘ hatte die Zedentin namens der Beklagten monatlichen Unterhalt in Höhe von 6.847,76 EUR ab Rechtskraft der Ehescheidung und in der Folgesache ‚Zugewinnausgleich‘ Zahlung in Höhe von 1.127.516,50 EUR geltend gemacht. Termin in der Verbundsache hat erst nach der Mandatsbeendigung stattgefunden. Die Ehe wurde erst durch das am 28.6.2006 verkündete und am 12.9.2006 insgesamt rechtskräftig gewordene Verbundurteil geschieden und der Versorgungsausgleich durchgeführt, nachdem sich die Eheleute zuvor durch Vergleich im Wesentlichen durch wechselseitigen Verzicht über die übrigen Folgesachen geeinigt hatten. Den endgültigen Streitwert setzte das Gericht durch Beschluss vom 28.6.2006 auf 1.292.562,77 EUR fest (Ehescheidung: 81.563,90 EUR, Versorgungsausgleich: 1.309,25 EUR, Zugewinnausgleich: 1.127.516,50 EUR; nachehelicher Unterhalt: 82.173,12 EUR).

#### Klageverfahren (6 O 389/02 LG Düsseldorf)

Die Zedentin hatte den Ehemann namens der Beklagten auf Zustimmung zur Veräußerung des Grundstücks H. 1 in W. (künftig: Grundstück W.) in Anspruch genommen. Die Ende Juni 2002 anhängig gemachte und nicht rechtshängig gewordene Klage, deren Streitwert das Gericht durch Beschluss vom 10.7.2003 auf 179.000 EUR festgesetzt hat, hatte sie am 22.5.2003 wieder zurückgenommen, nachdem der Ehemann die verlangte Zustimmung außergerichtlich erteilt hatte.

Mit Schreiben vom 16.9.2003 forderte der Kläger unter Beifügung der von der Zedentin gefertigten Rechnung (künftig: Honorarnote) und des Abtretungsvertrages die Beklagte erfolglos zur Honorarzahlung in Höhe von 125.266,51 EUR (245.000 DM) bis zum 3.10.2003 auf. Er stützte sich dabei auf die von der Beklagten und der Zedentin am 28.1.2002 über diesen Pauschalbetrag (netto) unterzeichnete Honorarvereinbarung (Honorarvereinbarung 2002), welche die schriftliche Honorarvereinbarung vom 5.4.2001 (Honorarvereinbarung 2001) ersetzen sollte.



Der Kläger hat die Beklagte, gestützt auf die Honorarvereinbarung 2002, die Honorarnote sowie den Abtretungsvertrag, mit der ihr am 14.4.2004 zugestellten Klage auf Zahlung eines erststelligen Teilbetrags im Urkundsprozess in Anspruch genommen.

(Anträge ...)

Die Beklagte hat u.a. geltend gemacht: Die Honorarvereinbarung 2002 sei unwirksam einerseits wegen Formverstößes, andererseits weil mit ihr verbotswidrig ein Erfolgshonorar vereinbart worden sei; ferner sei die ohne ihre Zustimmung vereinbarte Abtretung unwirksam.

Das Landgericht hat die Beklagte durch das am 15.10.2004 verkündete und rechtskräftig gewordene Vorbehaltsurteil – unter dem Vorbehalt der Ausführung ihrer Rechte im Nachverfahren – antragsgemäß verurteilt.

Im Nachverfahren hat die Beklagte ihre Einwendungen zur Wirksamkeit der Honorarvereinbarung 2002 und der Abtretung wiederholt und ferner, gestützt auf ihre Anfechtungserklärung vom 25.9.2003, geltend gemacht: Sie sei bei Abschluss der Honorarvereinbarung 2002 von der Zedentin arglistig getäuscht worden; diese habe erklärt, die Honorarvereinbarung diene nur der Vereinfachung der Abrechnung, das vereinbarte Honorar entspreche in etwa den gesetzlichen Gebühren. Im Übrigen sei das Honorar unangemessen hoch.

(Anträge ...)

Die erweiterte Forderung berechnet der Kläger wie folgt:

01 Pauschalhonorar/netto (245.000 DM)	125.266,52 EUR
02 Vorbehaltsurteil	– 70.000,00 EUR
03 Zwischensumme 1	55.266,52 EUR
04 16% Mehrwertsteuer auf Zeile 01	20.042,64 EUR
05 Zwischensumme 2	75.309,16 EUR
06 Vorschuss (22.05.2001)	– 3.579,04 EUR
07 Resthonorar	71.730,12 EUR

Der Kläger ist dem Vorbringen der Beklagten entgegengetreten und hat geltend gemacht, das vereinbarte Honorar sei mit Blick auf den erheblichen Arbeitsaufwand und mit Rücksicht auf das Honorar, das die Zedentin dem im Bereich Zugewinnausgleich mitarbeitenden Steuerberater K. schulde, angemessen und nur etwa doppelt so hoch wie die gesetzlichen Gebühren.

(Anträge ...)

Das Landgericht hat nach Einholung eines Gutachtens des Vorstands der Rechtsanwaltskammer Düsseldorf zur Frage der Angemessenheit des Pauschalhonorars das Vorbehaltsurteil für vorbehaltlos erklärt und die Beklagte unter Abweisung eines Zinsteilbetrags antragsgemäß zur weiteren Zahlung verurteilt.

Dagegen richtet sich die Berufung der Beklagten. Unter Wiederholung ihres erstinstanzlichen Vorbringens erhebt

sie nunmehr die Einrede der Verjährung im Ganzen und macht geltend, sie schulde der Zedentin Honorar allenfalls in Höhe der gesetzlichen Gebühren. Die ihr im Lauf des Verfahrens auf der Grundlage der gesetzlichen Gebühren erteilten Honorarrechnungen seien teils hinsichtlich einzelner Gegenstandswerte, teils hinsichtlich der Aufteilung einzelner unselbstständiger Rechnungsposten in selbstständige Angelegenheiten unrichtig. (...)

I. Der Kläger hat keinen Anspruch auf das vereinbarte Pauschalhonorar (245.000 DM [125.266,52 EUR] zzgl. MwSt.), sondern nur auf gesetzliches Honorar in Höhe von 16.320,12 EUR. Das Pauschalhonorar kann der Kläger deshalb nicht verlangen, weil die Beklagte wegen positiver Verletzung des Anwaltsvertrages durch die Zedentin einen Anspruch darauf hat, von diesem freigestellt zu werden.

1. Allerdings ist die Beklagte im Nachverfahren im Umfang des vorbehaltlich titulierten Betrages (70.000 EUR) mit Blick auf die eingetretene Rechtskraft des Vorbehaltsurteils gemäß §§ 322 Abs. 1, 598 f, 600 ZPO mit allen Einwendungen ausgeschlossen, die sie bereits im Urkundenverfahren gegen die Wirksamkeit der Abtretung (Verstoß gegen § 49b Abs. 2 BRAO – Abtretungsverbot –) und gegen die formelle Wirksamkeit der Honorarvereinbarung 2002 (Verstöße gegen § 49b Abs. 4 BRAO – verbotenes Erfolgshonorar – und gegen § 3 Abs. 1 Satz 1 BRAGO – Schriftformverstoß –) vorgebracht hat.

**Sie kann mit diesen im Urkundenverfahren bereits vorgebrachten Einwendungen nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung (BGH, NJW 2004, 1159 m.w.N.), der der Senat folgt, deshalb im Nachverfahren nicht durchdringen, weil sich diese Angriffe – bei insoweit unstreitigem Sachverhalt – auf reine Rechtsfragen bezogen haben (Auslegung des Gesetzes und der Honorarvereinbarung 2002), die das Landgericht, um das Vorbehaltsurteil überhaupt erlassen zu können, schon im Urkundenverfahren behandeln musste und im Übrigen auch behandelt hat (vgl. dazu BGH, a.a.O.; Zöller/Greger, ZPO 26. Aufl., § 600 Rdnr. 19 m.w.N., zur Kritik Rdnr. 20 m.w.N.).** Die Richtigkeit dieser Beurteilung hätte die Beklagte deshalb nur durch einen gegen das Vorbehaltsurteil gerichteten Berufungsangriff überprüfen lassen können, was aber nicht geschehen ist.

2. Im Nachverfahren kommt es deshalb maßgeblich auf die Frage an, ob die Beklagte aus anderen Gründen, deren Prüfung im Urkundenverfahren ausgeschlossen gewesen ist, nicht an das vereinbarte Pauschalhonorar gebunden ist. Darin folgt der Senat der Beklagten im Ergebnis.

a) Allerdings hat die Beklagte nicht ihre Behauptung zu beweisen vermocht, sie sei durch die Zedentin bei Abschluss der Honorarvereinbarung 2002 **arglistig getäuscht** worden. Der Senat verkennt nicht, dass der von der Beklagten bei ihrer Anhörung glaubhaft dargestellte Inhalt des Gesprächs vom 28.1.2002, den sie kurz danach der Zeugin B. weitergegeben und den diese in ihrer Vernehmung glaubhaft bestätigt hat, die Richtigkeit ihrer Behauptung indiziert, Sinn der Pauschalhonorarvereinbarung sei es gewesen, die Hono-

rarabrechnung zu erleichtern und nicht, das Honorar über das gesetzliche Maß hinaus wesentlich zu erhöhen. Dagegen spricht allerdings die ebenso glaubhafte Bekundung der Zedentin als Zeugin, die im Wesentlichen durch die Bekundung des Zeugen K. glaubhaft bestätigt worden ist.

Der Senat ist nicht in der Lage zu entscheiden, welcher Seite der Vorzug zu geben ist. Keiner der Vernommenen ist unbeteiligt, sondern steht der einen oder anderen Seite aus persönlichen und/oder wirtschaftlichen Gründen nahe, so dass jeder ein gewisses Interesse am Ausgang des Verfahrens hat. Die Beklagte ist deshalb mit ihrer Behauptung der arglistigen Täuschung (§ 123 BGB) **beweisfällig geblieben**, was verfahrensrechtlich zu ihren Lasten geht. Es ist deshalb für dieses Verfahren davon auszugehen, dass die Beklagte in ihrer Willensfreiheit bei Abschluss der Honorarvereinbarung 2002 nicht arglistig getäuscht worden ist.

b) Gleichwohl kann sich der Kläger zur Begründung der geltend gemachten Forderung nicht mit Erfolg auf die Honorarvereinbarung 2002 berufen. Das kann er deshalb nicht, weil es die Zedentin bei Abschluss dieses Vertrages **schuldhaft unterlassen hat, die Beklagte darüber aufzuklären, dass die Höhe des zu vereinbarenden Honorars das zu erwartende gesetzliche Maß wesentlich überstieg, woraus ihr ein auf Befreiung von dieser Verbindlichkeit gerichteter Schadenersatzanspruch erwachsen ist**.

aa) Allerdings muss der Rechtsanwalt den Mandanten **in der Regel nicht ungefragt über die Vergütungspflichtigkeit seiner anwaltlichen Tätigkeit und die Höhe des Honorars unterrichten**. Das beruht darauf, dass der rechtliche Beratung suchende Mandant weiß oder jedenfalls wissen muss, dass der Rechtsanwalt seinen Beruf zur Bestreitung seines Lebensunterhalts ausübt und deshalb nicht honorarfrei tätig wird. Zur Honorarhöhe muss der Rechtsanwalt in der Regel nicht aufklären, weil der Rechtsanwaltsdienstvertrag ohne besondere Absprachen stets zu den Bedingungen der gesetzlichen Gebühren (bis zum Ablauf des 30.6.2004 nach der Bundesrechtsanwaltsgebührenordnung – BRAGO –, seither nach dem Rechtsanwaltsvergütungsgesetz – RVG –) zustande kommt, die typischerweise als angemessen gelten (vgl. BGH, FamRZ 2006, 478; Senat, NJW 2000, 1650; vgl. aber die ab 1.7.2004 geltende Hinweispflicht des § 49b Abs. 5 BRAO). **Daraus folgt, dass die genannte Regel uneingeschränkt schon dann nicht mehr maßgeblich ist, wenn sich der Rechtsanwalt ein Honorar versprechen lässt, das die gesetzlichen Gebühren überschreitet.**

Die Aufklärungsbedürftigkeit des Mandanten folgt in diesen Fällen gleichsam aus dem Gesetz. Nach § 3 Abs. 1 Satz 1 BRAGO, die im Streitfall noch anzuwenden ist, kann der Rechtsanwalt nämlich eine höhere als die gesetzliche Gebühr **nur dann verlangen, wenn der Mandant das Versprechen schriftlich gegeben hat**; dabei darf dieses weder in einer Vollmacht noch in einem (vom Rechtsanwalt gestellten) Vordruck enthalten sein, der auch andere Erklärungen umfasst, die mit Honorarversprechen unmittelbar nichts zu tun haben (vgl. Senat, NJW 2007, 129 m.w.N.). **Allerdings wird auch hier die Aufklärung des Mandanten über die Tatsache der**

**gesetzlichen Gebührenüberschreitung und deren Maß nicht kraft Gesetzes zur Wirksamkeitsbedingung des Gebührenversprechens gemacht** (vgl. BGH, NJW 2005, 1266 sub Nr. II. 4. c) cc)). Der Gesetzgeber geht für den Regelfall davon aus, dass der informationsbedürftige Mandant die Unterzeichnung eines Honorarversprechens zum Anlass nehmen wird, den Rechtsanwalt zu Details des Honorars zu befragen.

Im Einzelfall kann aber entgegen der Ansicht des Klägers ebenso eine **vertragliche Nebenpflicht bestehen, den Mandanten auch ungefragt über das Maß der Gebührenüberschreitung aufzuklären** (vgl. dazu allg. Palandt/Heinrichs, BGB 66. Aufl., § 123 Rdnr. 5, § 242 Rdnr. 37, § 280 Rdnr. 30). Ob ein solcher Fall gegeben ist, hängt von den für den Rechtsanwalt erkennbaren Umständen des Einzelfalls unter Berücksichtigung von Treu und Glauben im Rechtsverkehr ab (vgl. BGH, NJW 1998, 136, 137; 2005, 1266; FamRZ 2006, 478 m.w.N.).

bb) Im Streitfall musste die Zedentin die Beklagte anlässlich des Gesprächs vom 28.1.2002 ungefragt über das Maß der gesetzlichen Gebührenüberschreitung aufklären. Die Beklagte war nämlich **unter Berücksichtigung der Umstände, unter denen die Honorarvereinbarung 2002 zustande gekommen ist, in hohem Grade und für die Zedentin erkennbar aufklärungsbedürftig**.

(1) Das war schon deshalb der Fall, weil die Beklagte im Januar 2002 **objektiv falsche Vorstellungen** über die Höhe des der Zedentin auf der Grundlage der Honorarvereinbarung 2001 geschuldeten Honorars hatte. Die diesbezügliche Behauptung der Beklagten, für sie sei es um eine Honorarverbindlichkeit gegenüber der Zedentin im Wesentlichen nur in Höhe der gesetzlichen Gebühren gegangen, ist glaubhaft (§ 286 ZPO). Denn diese (objektiv falsche) Vorstellung hat, wie noch auszuführen sein wird, die Zedentin schuldhaft schon beim Abschluss der Honorarvereinbarung 2001 erzeugt.

Die Ansicht des Klägers, die Zedentin habe bei Abschluss der zweiten Honorarvereinbarung (2002) schon deshalb eine Aufklärungspflicht nicht verletzen können, weil die früher (im April 2001) erteilte Aufklärung rein freiwillig geschehen sei, ist rechtsirrig. Hier kommt es nicht auf die Frage an, ob die Zedentin anlässlich des ersten Vertragsschlusses am 5.4.2001 tatsächlich freiwillig über die gesetzliche Gebührenüberschreitung aufgeklärt hat oder ob sie nur eine dahin gehende im Einzelfall ohnehin bestehende nebenvertragliche Aufklärungspflicht erfüllt hat, wofür hier einiges spricht.

**Ein Rechtsanwalt, der anlässlich eines Honorarversprechens auf Nachfrage den Mandanten über das Maß der gesetzlichen Gebührenüberschreitung informiert, muss das in geeigneter Form machen und die erteilten Informationen müssen richtig, widerspruchsfrei, klar und verständlich sein** (vgl. BGHZ 77, 27 = NJW 1980, 2128 = AnwBl 1980, 500 sub Nr. II.), andernfalls wird der Mandant in seiner Entscheidungsfreiheit beeinträchtigt. Im Fall ungefragter Information kann nichts anderes gelten, wobei es keine Rolle spielt, ob diese Angaben freiwillig oder in Erfüllung einer nebenvertraglichen

Aufklärungspflicht erteilt werden (vgl. BGHZ 74, 103; BGH, NJW-RR 1997, 144). Maßgeblich ist, dass **der Rechtsanwalt kraft seiner Vertrauensstellung zum (künftigen) Mandanten und seiner Stellung als Organ der Rechtspflege (§ 1 BRAO) bei der Anbahnung eines Mandats bei seinem Wort genommen werden darf** (BGH, a.a.O.); denn er nimmt maßgeblichen Einfluss auf die Willensbildung des Mandanten.

Die Aufklärung über die Gebühren stellt eine vertragliche Nebenpflicht aus den seit dem 1.1.2002 geltenden §§ 241 Abs. 2, 311 Abs. 1 Nr. 1 BGB n.F. dar und ist mit Blick auf die von der Zedentin nach dem Stichtag herbeigeführte Vertragsänderung abweichend von Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB auf das vor dem 1.1.2002 begründete Vertragsverhältnis anzuwenden (vgl. Palandt/Heinrichs, BGB 66. Aufl., Art. 229 § 5 EGBGB Rdnr. 5 m.w.N.). Doch selbst dann, wenn man zu dem Ergebnis kommen müsste, dass auf das Vertragsverhältnis unverändert und ausnahmslos die bis zum 31.12.2001 geltende Fassung des BGB anzuwenden ist, würde sich am Ergebnis nichts ändern. Denn die §§ 241 Abs. 2, 311 Abs. 1 Nr. 1 BGB n.F. geben nur das wieder, was schon vorher als selbstständige vertragliche Anspruchsgrundlage unter dem Namen „positive Vertragsverletzung“ (pVV) geltendes Recht gewesen ist (Palandt/Heinrichs, a.a.O., § 280 Rdnr. 5; vgl. Senat, NJW 2000, 1650).

Gegen diese Grundsätze hat die Zedentin bei der ersten Honorarvereinbarung 2001 in dem mit „Gebührenhinweise“ überschriebenen Vordruck, in dem sie eine „transparente Kostenregelung“ vorgibt, in Verbindung mit dem vorgedruckten Formular des Honorarversprechens sowie abgedruckter Gebührentatbestände der Bundesrechtsanwaltsgebührenordnung in grober Weise verstoßen (pVV). Die in dem **Vordruck „Gebührenhinweise“** erteilte Information (Absatz 4), dass die von der Zedentin mit den Mandanten getroffenen Honorarvereinbarungen **„teilweise leicht über den gesetzlichen Gebühren der BRAGO liegen“**, ist in doppelter Hinsicht unrichtig. Falsch, zumindest aber verfälschend ist zunächst der Hinweis, die zu vereinbarenden Gebühren überschritten nur „teilweise“ das Maß der gesetzlichen Gebühren. Die Vergütung, die sich die Zedentin in der Honorarvereinbarung 2001 unter Nr. 1 und 2 versprechen ließ, übersteigt, soweit sie im Fall der Beklagten Bedeutung erlangen konnte, vielmehr **in allen wesentlichen Teilen** die gesetzlichen Gebühren. Und das Maß der Überschreitung ist nicht **„leicht“, sondern erheblich**. Das ergibt der folgende Vergleich (die Nummerierung folgt derjenigen, die die Zedentin in der Honorarvereinbarung 2001 verwendet hat):

– Nr. 1a: Die Zedentin verlangt für die **Erstberatung** (§ 20 Abs. 1 Satz 1 BRAGO) stets die Höchstgebühr (350 DM), wobei diese abweichend von § 20 Abs. 1 Satz 3 BRAGO nicht auf nachfolgend fällig werdende Gebühren in der gleichen Angelegenheit angerechnet werden (kompletter Verlust des Festbetrags).

– Nr. 1b, c: Die **Geschäfts- und Besprechungsgebühr**, die nach dem Gesetz (§ 118 Abs. 1 BRAGO) eine Rahmengebühr zwischen 5/10 und 10/10 der vollen Gebühr ist und regelmäßig mit der Mittelgebühr (7,5/10) abgerechnet wird,

beträgt in allen Fällen **13/10** der vollen Gebühr (regelmäßig knapp 75% Mehrforderung), mindestens aber 550 DM, was nach der bis zum 30.6.2004 geltenden Gebührentabelle einem Streitwert von stets mehr als 7.000 DM entsprach.

– Nr. 1d: Das Gleiche, wie oben unter 1c, d ausgeführt, gilt für die hier vereinbarten gerichtlichen **Gebühren in FGG-Sachen**, die ebenfalls nach § 118 BRAGO abzurechnen sind; die gerichtlichen Gebühren in Zivilprozesssachen, die 10/10 der vollen Gebühr betragen (§ 31 BRAGO), lässt sich die Zedentin mit **13/10** der vollen Gebühr vergüten (regelmäßig 30% Mehrforderung; in allen Fällen beträgt die Mindestgebühr 750 DM (Streitwert stets mehr als 14.000 DM)).

– Nr. 1e: Die **Vergleichsgebühr** ist abweichend von § 23 Abs. 1 Satz 1 BRAGO nicht mit 15/10, sondern mit **20/10** der vollen Gebühr zu honorieren (regelmäßig 1/3 Mehrforderung).

– 2a: Die **Vertretung in Sicherungsverfahren** (einstweilige Anordnungen und Verfügungen, Arreste), die wegen ihrer Vorläufigkeit nur mit einem Bruchteil des gesetzlichen Gegenstandswerts der Hauptsache bewertet werden, bei den hier relevanten Unterhaltsanordnungen und -verfügungen regelmäßig nur mit dem sechsfachen Monatsbetrag, lässt die Zedentin mit dem **zwölffachen Monatsbetrag** bewerten (regelmäßig – je nach Degression der Gebührentabelle – bis zu 100% Mehrforderung).

– 2b: Zuverlässige freiwillige Leistungen des Unterhaltsschuldners führen vielfach dazu, dass nur über die umstrittene Unterhaltsspitze prozessiert werden muss, was oft und gebührenrelevant zur erheblichen Herabsetzung des Streitwerts führt; das schließt die Zedentin hier aus (**Gebührenpflichtigkeit für nicht umstrittene Streitteile**).

(2) Die Kostenklauseln sind für einen Laien, wie es die Beklagte ist, nicht transparent. Dazu sind sie viel zu komplex und selbst für Fachleute nicht auf den ersten Blick in den Folgen abschätzbar. Eine hinreichende Aufklärung der Beklagten hat die Zedentin auch nicht durch die Vorlage von Gesetzestexten zum Studium geleistet, die die hier relevanten Gebühren zum Gegenstand haben. **Aufgabe des Rechtsanwalts ist es, dem Mandanten den Sinn einer gesetzlichen Regelung verständlich zu erklären und den konkreten Fall unter das anzuwendende Gesetz so verständlich zu subsumieren, dass auch der juristische Laie die Folgen erkennen und verantwortlich entscheiden kann, ob er sie auf sich nehmen will.** Auf eine detaillierte mündliche Erläuterung, die die Zedentin nicht erbracht hat, konnte zur Erfüllung der Aufklärungspflicht deshalb nicht verzichtet werden.

(3) Bei dem Gespräch am 28.1.2002 ging es der Zedentin zugunsten der Beklagten darum, die Beklagte dazu zu bringen, das in der Honorarvereinbarung 2001 vereinbarte Honorar, das das gesetzliche Maß bereits erheblich überstieg, noch einmal deutlich zu erhöhen. Spätestens zu diesem Zeitpunkt hätte es der Zedentin zunächst obliegen (§ 241 Abs. 2 BGB bzw. pVV), den durch den Vordruck „Gebührenhinweise“ bei der Beklagten hervorgerufenen falschen Eindruck über

die Höhe des bereits vereinbarten Honorars zu beseitigen. Das hätte die Zedentin **nur dadurch herbeiführen können, dass sie der Beklagten die Höhe des gesetzlichen Honorars in bereits verdienter und in zukünftig noch abschätzbarer Höhe darstellte und dem nunmehr geforderten Pauschalhonorar gegenüberstellte.**

Zu einer solchen Gegenüberstellung, die die Zedentin nicht vorgenommen hat, war sie bei Abschluss der Honorarvereinbarung 2002 auch imstande; die maßgeblichen Parameter zur Bestimmung der gesetzlichen Gebühren für die außergerichtliche und gerichtliche Vertretung waren mit Blick auf die bis Ende Dezember 2001 wechselseitig erteilten Auskünfte der Eheleute über Einkommen, Anfangs-, End- und Gesamtvermögen am 28.1.2002 im Wesentlichen bekannt. Auf dieser Basis hatte die Zedentin nämlich die außergerichtlichen Vergleichsverhandlungen über die Folgen des Unterhalts und Zugewinnausgleichs geführt. Da die Vergleichsverhandlungen nach der glaubhaften Aussage des Zeugen K. etwa Mitte Dezember 2001 gescheitert waren, war auch mit der gerichtlichen Durchsetzung dieser Ansprüche zu rechnen, so dass auch die dafür zukünftig noch anfallenden gesetzlichen Gebühren bestimmbar gewesen waren.

(4) Der Aufklärungspflichtverletzung (§ 241 Abs. 2 BGB n.F. bzw. pVV) steht nicht entgegen, dass die Zedentin **allgemein auf den Arbeitsumfang, die Schwierigkeit der Sache und darauf hingewiesen hat, dass aus dem Honorar auch der Zeuge K. bezahlt werden müsse.** Die diesbezüglichen Hinweise, die die Zedentin nach ihrer Bekundung allein zur Begründung der verdeckten Gebührenmehrforderung erteilt hatte, waren im Übrigen im hier relevanten Zusammenhang sogar irreführend.

(a) Geht es, wie hier, um **vergleichsweise hohe Streitwerte** sowohl für die Ehesache als auch für die arbeitsintensiven Folgesachen, **sorgt bereits die Gebührenprogression der gesetzlichen Gebührentabelle für ein steigendes Honorar.** Zudem trifft nicht der von der Zedentin erweckte Eindruck zu, dass die anwaltliche Tätigkeit in der jetzt anstehenden gerichtlichen Auseinandersetzung in den Folgesachen nach ehelicher Unterhalt und Zugewinnausgleich gleichsam kostenlos erbracht werden müsste. Nur die Geschäftsgebühr (§ 118 Abs. 1 Nr. 1 BRAGO) wird auf die Prozessgebühr (§ 31 Abs. 1 Nr. 1 BRAGO) angerechnet, und zwar nur in dem Umfang, in dem außergerichtliche und gerichtliche Tätigkeit sich decken; angefallene Besprechungsgebühren (§ 118 Abs. 1 Nr. 2 BRAGO) werden auf die sonstigen neu entstehenden Gebühren des § 31 Abs. 1 BRAGO nicht angerechnet.

(b) Die durch die Mitarbeit des Zeugen K. verursachten Kosten waren zum Zeitpunkt des Abschlusses der Honorarvereinbarung 2002 im Wesentlichen bereits entstanden. Denn seine Mitarbeit hatte er auf Veranlassung der Zedentin bereits kurz nach Mandatsbeginn (spätestens im Juli 2001) begonnen. Nach dem Scheitern der außergerichtlichen Einigung Mitte Dezember 2001 war **zur Bewertung der Unternehmensbeteiligungen des Ehemannes ohnehin ein**

**Sachverständigengutachten erforderlich** geworden, wie im Januar 2002 absehbar war und das dann auch eingeholt wurde und für das die zur Hälfte kostenpflichtige Beklagte mehr als 13.000 EUR aufwenden musste. Ferner kann die Mitarbeit des Zeugen K. wirtschaftlich ohnehin nur zu einem geringen Teil der Beklagten zugeschrieben werden, nämlich nur zu dem Teil, der spezifisch steuerlichen Fragen gegolten hatte. Der Zeuge K. hat indessen glaubhaft bekundet, dass er **rund 80% der Arbeitslast übernommen** hatte, die der Zugewinnausgleich verursachte. **Daraus erhellt, dass der Zeuge durch seine Mitarbeit zu einem wesentlichen Teil die Zedentin entlastet hatte, was nicht nur rechtlich (wie geschehen), sondern auch wirtschaftlich zu deren Lasten gehen muss.**

cc) Die Aufklärungspflichtverletzung führt gemäß §§ 241 Abs. 2, 276, 280 Abs. 1 BGB n.F. bzw. pVV zu einem **Schadenersatzanspruch der Beklagten mit dem Inhalt, von dem im Januar 2002 vereinbarten Honorar befreit zu werden** (vgl. allg. Palandt/Heinrichs, a.a.O., § 280 Rdnr. 32 m.w.N.; für den Fall der Aufklärungspflichtverletzung durch den Rechtsanwalt Senat, NJW 2000, 1650). Es kann nämlich bei festgestellter Pflichtverletzung (**haftungsbegründende Kausalität, § 286 ZPO**) auf der jetzt maßgeblichen Ebene der haftungsausfüllenden Kausalität (§ 287 ZPO) vermutet werden, dass die Beklagte bei zutreffender Aufklärung die Honorarvereinbarung 2002 nicht unterzeichnet hätte (vgl. Palandt/Heinrichs, a.a.O., Rdnr. 39 m.w.N.; BGH, NJW 1996, 2503).

**Bei Erfüllung der von der Zedentin geschuldeten Aufklärung hätte die Beklagte nämlich erfahren, dass sich das Honorar, das sie nach ihrer bisherigen falschen, aber von der Zedentin hervorgerufenen Vorstellung auf der Grundlage der Honorarvereinbarung 2001 schuldete, mehr als verdoppeln sollte,** wie der Kläger selbst einräumt. Dabei ist noch nicht einmal berücksichtigt, dass die Zedentin einen hohen Anteil der geltend gemachten Gebühren für die vorgerichtliche Beratung und Vertretung nach dem Gesetz nicht verdient hat (vgl. die nachfolgenden Erwägungen sub Nr. III. 1.) Aus der Interessenlage der Beklagten bestand **kein Anlass, eine solche Honorarlast auf sich zu nehmen,** zumal sie auch im Erfolgsfall außerhalb des Anwendungsbereichs des § 93a ZPO in Höhe des Honorars, das die gesetzlichen Gebühren überstieg, **keinen Kostenerstattungsanspruch** gegen den Ehemann hatte. Der Kläger hat keine Tatsachen dargelegt, geschweige denn unter Beweis gestellt, die geeignet sein könnten, die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens der Beklagten zu erschüttern.

II. Der Kläger kann zur Begründung des übergeleiteten Anspruchs auch nicht auf die ursprüngliche Honorarvereinbarung 2001 zurückgreifen. Das scheitert an § 3 Abs. 1 Satz 1 BRAGO. Gegen das **Schriftformgebot** dieser Bestimmung **verstößt der von der Zedentin verwendete Vordruck in mehrfacher Hinsicht.** Das gilt zwar nicht für die schon referierten Regelungen zur Höhe des Honorars (vgl. sub I. 2. b) bb) (1) (b)); Gegenstand dieser Klauseln ist unmittelbar die Honorarhöhe. Anders verhält es sich aber z.B. mit den Klauseln Nr. 6 Satz 1 Halbsatz 2 (Verzicht auf Mahnung), Nr. 6 Satz 2 (Kündigung des Mandats bei Nichtzahlung des



Honorars), Nr. 6 Sätze 3 und 4 (Regelung des Verzugsschadens bei Nichtzahlung des Honorars), Nr. 7 (Aufrechnungsvereinbarung), Nr. 9 (Verzicht auf die Einrede der Verjährung) und Nr. 10 Satz 2 (Bestätigung, über Beratungshilfe und Prozesskostenhilfe aufgeklärt worden zu sein). **Es liegt auf der Hand, dass diese Klauseln mit der Honorarvereinbarung unmittelbar nichts zu tun haben, sondern der Durchführung des Rechtsanwaltsdienstvertrages dienen (vgl. Senat, NIW 2007, 129).**

III. Der Kläger hat **mangels einer wirksamen Honorarvereinbarung deshalb nur Anspruch auf die gesetzlichen Gebühren.** Diese sind nur in Höhe von 16.320,12 EUR durchsetzbar.

1. Dem Kläger stehen aus übergegangenem Recht keine Gebühren zu, die die Zedentin für außergerichtliche Beratung (Rechnung vom 2.2.2005 über 8.869,36 EUR) beansprucht. Gebühren für außergerichtliche Beratungsleistungen im Bereich Zugewinnausgleich (Klage auf Sicherheitsleistung, Sicherung des Ausgleichsanspruchs durch Arrest/einstweilige Verfügung) und im Bereich Unterhalt (Sicherheitsleistung, Sicherung des künftigen Unterhaltsanspruchs durch Arrest/einstweilige Verfügung, Abfindung durch Kapitalzahlung) hat die Zedentin nicht erworben. Es mag sein, dass sie der Beklagten zu Beginn des Mandats diese vom Gesetz vorgesehenen Sicherungs- und Durchsetzungsmöglichkeiten aufgezeigt hat. Das bedeutet indes nicht, dass eine solche Beratung gemäß § 20 Abs. 1 Satz 1 BRAGO auch dann gesondert honoriert wird, wenn sie im Zusammenhang mit einem umfassenden Auftrag steht (vgl. auch § 20 Abs. 1 Satz 4 BRAGO). Ein solcher Zusammenhang besteht hier.

Hintergrund dieser Raterteilung war doch mit Blick auf das im April 2001 rechtshängig gewordene Ehescheidungsverfahren die auftragsgemäße Durchsetzung des Zugewinnausgleichs (§§ 1374, 1378 Abs. 1 BGB) und des nachehelichen Unterhalts (§§ 1569, 1573 f BGB). In diesem Zusammenhang **muss jeder Rechtsanwalt schon zur Vermeidung eines Regresses durch entsprechende Befragung des Mandanten aufklären, ob Anlass besteht, besondere Maßnahmen zur Sicherung des Anspruchs zu ergreifen.**

Wenn der Rechtsanwalt in diesem Zusammenhang auf die dafür im Gesetz geregelten Instrumente aufmerksam macht und ihre Voraussetzungen erläutert, dann ist das nicht eine Geschäftstätigkeit mit einem **besonderen Auftragsgegenstand** (§ 611 BGB, § 7 Abs. 2 BRAGO), geschweige denn eine solche mit einer besonderen Auftragsangelegenheit (§ 611 BGB, § 13 Abs. 2 Satz 1 BRAGO), wie der Kläger meint. **Vielmehr bewegen sich diese Tätigkeiten im Rahmen der Angelegenheit Scheidungsfolgesachen mit den Gegenständen Zugewinnausgleich und nachehelicher Unterhalt (vgl. dazu auch BGH, AGS 2007, 289; Senat, OLG-Report 2005, 651; jeweils m.w.N.),** die, weil sie als Folgesachen im Ehescheidungsverfahren rechtshängig geworden sind, dort gemäß § 7 Abs. 3 BRAGO auch abzurechnen sind.

2. Dem Kläger steht aus abgetretenem Recht ferner keine besondere Geschäftsgebühr für die außergerichtliche Vertretung der Beklagten zu (Rechnung vom 2.2.2005).

a) Auch hier gelten die vorstehenden Erwägungen entsprechend, worauf die Beklagte schon im ersten Rechtszug zu Recht hingewiesen hat. **Der Kläger ist darlegungs- und beweispflichtig dafür, dass die in den Korrespondenzen der Zedentin mit der Rechtsanwältin der Gegenseite angesprochenen Vermögenspositionen einen eigenständigen Auftragsgegenstand (§ 611 BGB, § 7 Abs. 2 BRAGO) oder eine eigenständige Auftragsangelegenheit (§ 611 BGB, § 13 Abs. 2 Satz 1 BRAGO) darstellen.** Das lässt sich ohne Zweifel nur feststellen für die Positionen Zugewinn, Trennungs- und nachehelicher Unterhalt, für die aber eine Geschäftsgebühr (§ 118 Abs. 1 Nr. 1 BRAGO) schon deshalb nicht gesondert abzurechnen ist, weil sie **auf die nachfolgend entstandene Prozessgebühr (§ 31 Abs. 1 Nr. 1 BRAGO) angerechnet wird, also nicht doppelt abgerechnet werden kann.**

b) Ohne Erfolg macht der Kläger geltend, wenigstens im Umfang des nicht deckungsgleichen Teils des Zugewinnausgleichs zwischen der außergerichtlichen und der gerichtlichen Tätigkeit in Höhe von rd. (10 Mio. DM – 2,2 Mio. DM) 7,8 Mio. DM sei eine außergerichtliche Geschäftsgebühr entstanden. Richtig ist, dass der Rechtsanwalt bei fehlender Deckungsgleichheit der Gegenstandswerte außergerichtlicher und gerichtlicher Tätigkeit in derselben Angelegenheit eine Geschäftsgebühr **nach dem Differenzwert abrechnen kann, wenn der außergerichtliche Wert den des gerichtlichen Werts übersteigt.** Eine solche Wertdifferenz kann hier indes nicht festgestellt werden.

Der Wert für die anwaltliche Tätigkeit richtet sich gemäß §§ 7 Abs. 1, 8 Abs. 2 BRAGO, auch wenn sie außergerichtlich stattfindet, nach den für die gerichtliche Tätigkeit geltenden Wertvorschriften, wenn die außergerichtliche auch in eine gerichtliche Tätigkeit hätte übergehen können. Das trifft für die außergerichtliche Verfolgung von Zugewinnausgleichsansprüchen (§ 1378 Abs. 1 BGB) zweifellos zu. **Der Wert richtet sich gemäß § 12 GKG a.F., § 3 ZPO nach dem verfolgten Interesse.** Weder die Zedentin noch die Beklagte hatten in dem hier relevanten frühen Stadium der Auseinandersetzung brauchbare Informationen darüber, in welcher Höhe ein Zugewinnausgleich geltend gemacht werden könnte. **Sollte die Zedentin, wie der Kläger behauptet, in dieser Lage tatsächlich ernsthaft und nicht nur aus taktischen Erwägungen einen Zugewinnausgleich von 10 Mio. DM namens der Beklagten gefordert haben (ein Wert, den auch der Zeuge K. nicht als realistisch bestätigt hat), hätte die Beklagte gegen die Zedentin einen Schadenersatzanspruch wegen positiver Vertragsverletzung, der auf Freihaltung von dem dadurch ausgelösten Gebührenanspruch gerichtet wäre (vgl. Senat, MDR 2005, 1140 = FamRZ 2006, 356 sub II. 2. b) dd).**

c) Bei den übrigen Positionen kann nicht allein aus der Tatsache, dass sie **Gegenstand der Korrespondenz** gewesen sind, festgestellt werden, dass es sich um **selbstständige Angelegenheiten** handelt. Als Beispiel sei die Korrespondenz über das Mietverhältnis G.straße genannt. Ob Ansprüche aus dem Mietverhältnis geltend gemacht wurden oder ob die Nutzung nur in den Unterhaltsangelegenheiten als bedarfsdeckende Position eine Rolle gespielt hatte, trägt der darlegungspflichtige Kläger nicht vor.

d) Im Übrigen sind die Positionen Nr. 14 bis 17 der Aufstellung, sollten sie wirklich Gegenstände selbstständiger Aufträge gewesen sein, **verjährt**. Die **vorgerichtliche Tätigkeit endete in diesen Fällen durchweg im Jahr 2001**, womit der Auftrag erledigt war. Es gilt die **zweijährige Verjährungsfrist, die am 1.1.2002 begann und mit Ablauf des 31.12.2003 endete** (Art. 229 § 6 Abs. 3 EGBGB, §§ 196 Abs. 1 Nr. 15, 201 BGB a.F., § 16 Satz 1 BRAGO).

3. Schließlich hat der Kläger keinen Anspruch auf die geltend gemachte Vergleichsgebühr nach einem kumulierten Wert von 700.000 DM (Rechnung vom 2.2.2005). Ein Vergleich i.S.d. § 779 BGB, dessen Zustandekommen im materiellen Sinne das Entstehen einer Vergleichsgebühr gemäß § 23 BRAGO voraussetzt (*Senat, OLG-Report 2001, 259; 2003, 242 m.w.N.; Hartmann, Kostengesetze 33 Aufl., § 23 BRAGO Rdnr. 4 m.w.N.*), ist von dem Kläger nicht dargelegt worden.

a) Der Ehemann ist außergerichtlich auf die Erteilung der Zustimmung zum Grundstücksverkauf W. in Anspruch genommen worden, die er zunächst verweigert, dann aber doch erteilt hatte, so dass das von der Zedentin eingeleitete Zivilprozessverfahren (6 O 389/02 LG Düsseldorf) nicht fortgesetzt werden musste. Worin hier ein **materielles Nachgeben** der Beklagten erblickt werden soll, ohne das ein Vergleich i.S.d. § 779 BGB nicht zustande kommt (*Senat, a.a.O.*), trägt der Kläger nicht vor.

b) Dass der Ehemann ferner **auf einen Rückübertragungsanspruch betreffend dieses Grundstück verzichtet** hat, beruht ebenfalls nicht auf einem Vergleich im materiellen Sinne.

Es ist unstreitig, dass sich der am Stichtag (20.4.2001) bestehende Rückübertragungsanspruch i.S.d. §§ 1375, 1378 Abs. 1 BGB zugewinnausgleichsrechtlich für den Ehemann negativ (Erhöhung des Endvermögens), für die Beklagte dagegen positiv (Verminderung des Endvermögens) ausgewirkt hätte mit der Folge, dass ihr Anspruch auf Zugewinnausgleich angestiegen wäre. Es liegt nahe, in diesem Umstand das Motiv für den Verzicht des Ehemannes zu erblicken. Maßgeblich ist aber auch hier, dass der Kläger wiederum nicht darlegt, worin das für den Vergleichsschluss **maßgebliche materielle Nachgeben** der Beklagten gelegen haben soll.

4. Die vom Kläger geltend gemachte und dem Grunde nach mangels Anrechenbarkeit berechnete **Besprechungsgebühr (§ 118 Abs. 1 Nr. 2 BRAGO) wegen außergerichtlicher Vertretung** der Beklagten in den Ehescheidungsfolgesachen, im vorläufigen Trennungsunterhalt (einschließlich Prozesskostenvorschuss) und bei der Zustimmung zum Grundstücksverkauf W. ist nicht nach einem kumulierten Gegenstandswert von 10.607.743,39 DM (Rechnung vom 2.2.2005), sondern nur nach einem Wert von 2.691.531,39 DM (1.376.158,15 EUR) entstanden.

a) Entscheidend beruht das darauf, dass der für den Zugewinnausgleich berechnete Einzelwert nicht mit 10 Mio. DM, sondern aus den schon dargelegten Gründen (sub III. 2. b))

nur mit 2,2 Mio. DM und für die „Nutzung G.straße“ aus den ebenfalls schon dargelegten Gründen (sub III. 2. c)) kein Wert anzusetzen ist.

b) Dieser Anspruch ist nicht verjährt. Die Beklagte hatte diesbezüglich entgegen der sie insoweit treffenden Darlegungslast konkret zur Erledigung der außergerichtlichen Verhandlung insbesondere zum Zugewinnausgleich nichts vorgetragen. Der vom Senat im Termin zur Beweisaufnahme erteilte und auf die Bekundung des Zeugen K. gestützte Hinweis, der Auftrag zur außergerichtlichen Vertretung insbesondere im Zugewinnausgleich könnte sich Mitte Dezember 2001 erledigt haben, trifft bei näherer Prüfung nicht zu.

Den Zugewinnausgleich hat die Zedentin namens der Beklagten erst mit Antragschrift vom 26.2.2002 anhängig gemacht, den nachehelichen Unterhalt erst mit Antragschrift vom 28.5.2001 (richtig: 2002), den Antrag auf Zahlung vorläufigen Trennungsunterhalts erst mit Antragschrift vom 28.5.2001 (richtig: 2002), den Antrag auf Zahlung eines Prozesskostenvorschusses erst mit Antragschrift vom 27.6.2002 und die Klage auf Zustimmung zur Grundstücksveräußerung auch erst am 27.6.2002.

Die Beklagte hat sich dazu innerhalb nachgelassener Frist nicht näher geäußert, während der Kläger innerhalb nachgelassener Frist zur Fortsetzung der außergerichtlichen Vergleichsbemühungen auch noch zu Beginn des Jahres 2002 (vor Rechtshängigkeit des Zugewinnausgleichs) in substantiierter Weise vorgetragen hat.

Das wird im Übrigen durch den Schriftsatz der Prozessbevollmächtigten des Ehemannes vom 14.3.2002 im Zugewinnausgleichsverfahren bestätigt. Dort trägt diese vor, dass die außergerichtlichen Einigungsbemühungen andauerten, so dass die Erhebung der Stufenklage im Zugewinnausgleich „mutwillig“ sei.

c) Die vorgerichtlichen Leistungen der Zedentin sind deshalb wie folgt abzurechnen:

Gegenstandswert: 1.376.158,15 EUR

10/10 Besprechungsgebühr,	
§§ 7 Abs. 2, 118 Abs. 1 Nr. 2 BRAGO	5.596,00 EUR
Auslagenpauschale, § 26 BRAGO	20,00 EUR
Zwischensumme	5.716,00 EUR
16% MwSt, § 25 Abs. 2 BRAGO	914,56 EUR
Summe	6.431,56 EUR

5. Des Weiteren hat der Kläger aus abgetretenem Recht Anspruch auf die gesetzlichen Gebühren, die die Zedentin im Rahmen ihrer für die Beklagte entfalteten gerichtlichen Tätigkeit verdient hat. Dieser Gebührenanspruch beläuft sich auf der Grundlage der in allen Angelegenheiten ergangenen gerichtlichen Streitwertfestsetzungen aber nur auf insgesamt 13.145,12 EUR.

Im Einzelnen gilt das Folgende: (...) ■

## Steuerberaterhaftung

- Verjährungsbeginn
  - Zahlung von Beiträgen zur Arbeitslosenversicherung
  - Sozialversicherungsprüfung
  - Zulassung der Revision zum BGH
- (OLG Koblenz, Urt. v. 6.7.2007 – 10 U 1477/06)

### Leitsatz:

Zur Verjährung eines Schadenersatzanspruchs gegen Steuerberater bei zu Unrecht gezahlten Beiträgen zur Arbeitslosenversicherung. ■

### Aus den Gründen:

I. Der Kläger macht Schadenersatzansprüche aus steuerlicher Fehlberatung geltend.

Die Beklagte zu 1) betreibt ein Steuerberaterbüro, deren geschäftsführende Gesellschafterinnen die Beklagte zu 2) und die Beklagte zu 3) sind.

Im Frühjahr 1990 suchten der Kläger und seine Ehefrau S.K. das Büro der Beklagten zu 2), die das Ehepaar bereits etwa zehn Jahre steuerlich beraten hatte, auf. Frau K. beabsichtigte, eine Firma zu gründen, wobei der Kläger den technischen Bereich eigenverantwortlich leiten und Frau K. den kaufmännischen Bereich führen sollte. Zwischen den Parteien ist streitig, ob die Beklagte auf die geplante eigenverantwortliche Tätigkeit des Klägers hingewiesen wurde.

In der Folgezeit wurde das Unternehmen wie beabsichtigt gegründet. Der Kläger unterzeichnete mit Wirkung zum 1.5.1991 einen Arbeitsvertrag als technischer Angestellter, dementsprechend wurden für ihn auch Sozialversicherungsbeiträge abgeführt.

Nach einer Überprüfung im Jahre 2004 stellte die T. Krankenkasse mit Bescheid vom 11.11.2004 fest, dass zu keiner Zeit ein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis des Klägers mit seiner Ehefrau als Firmeninhaberin bestanden hatte. Die Bundesagentur für Arbeit zahlte daraufhin die für den Kläger entrichteten Beiträge zur Arbeitslosenversicherung für die Zeit ab dem 1.12.1999 zurück, hinsichtlich der davor geleisteten Beiträge berief sie sich auf Verjährung.

Der Kläger begehrt deshalb – nach im Jahre 2004 erfolgter Beendigung des Mandatsverhältnisses zu den Beklagten – aus eigenem und von seiner Ehefrau an ihn abgetretenem Recht mit der am 30.12.2005 eingereichten Klage Ersatz der für ihn im Zeitraum 1.5.1991 bis 30.11.1999 geleisteten Arbeitslosenversicherungsbeiträge. Die Beklagten erheben die Einrede der Verjährung.

Der Kläger hat vorgetragen, die Beklagte zu 2) habe zur Verwendung eines Formulararbeitsvertrages geraten und diesen nach Vervollständigung geprüft. Danach habe sie u.a. die Lohnbuchhaltung des Unternehmens geführt und inso-

weit die den Kläger betreffenden Sozialversicherungsbeitragszahlungen veranlasst trotz Kenntnis von Tantiemen-erhalt des Klägers und dessen Bürgschaft für das Unternehmen.

(Anträge ...)

Die Beklagten haben vorgetragen, bei Abschluss des Arbeitsvertrages hätten die von dem Kläger genannten Indizien für dessen Unternehmereigenschaft objektiv nicht vorgelegen. Die Beklagte zu 2) habe die Lohnbuchhaltung erst nach April 2000 übernommen. Im Übrigen haben sie sich auf Verjährung berufen.

Das Landgericht hat die Klage wegen Verjährung eventueller Schadenersatzansprüche abgewiesen. Die dreijährige Verjährungsfrist beginne mit der Entstehung des Anspruchs, folglich mit Eintritt des Schadens, wovon bereits mit den jeweiligen Beitragszahlungen auszugehen sei. Auf den Zeitpunkt des Zugangs des Bescheides der Bundesagentur für Arbeit sei dagegen wegen der schon vor dem Bescheid eingetretenen Verschlechterung der Vermögenslage für den Verjährungsbeginn nicht abzustellen. Da es sich bei den von dem Kläger behaupteten Pflichtverletzungen um eine einmalige Handlung mit der Folge einer dauernden Beeinträchtigung handele, entstehe der Schadenersatzanspruch bereits mit Beginn der Beeinträchtigung.

Hiergegen richtet sich die form- und fristgerecht eingelegte und begründete Berufung des Klägers, mit der er unter Wiederholung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Sachvortrags im Wesentlichen geltend macht, es sei für den Beginn der Verjährungsfrist auf den Zeitpunkt des Eintritts eines endgültigen Schadens abzustellen. Zudem habe die Beklagte zu 2) Abänderungen des Arbeitsverhältnisses des Klägers gefertigt, weshalb von wiederholten Pflichtverletzungen selbstständiger Art auszugehen sei. Jedenfalls seien die Beklagten wegen Nichtaufklärung über den ihnen gegenüber bestehenden Regressanspruch haftbar, so dass die Verjährung der geltend gemachten Ansprüche erst im Jahr 2004 bei Mandatsbeendigung zu laufen begonnen habe.

(Anträge ...)

II. Die zulässige Berufung ist unbegründet. Dem Kläger können die geltend gemachten Schadenersatz- und Feststellungsansprüche nicht zuerkannt werden, da mögliche Ansprüche des Klägers verjährt sind (§ 68 StBerG a.F.).

Zutreffend hat das Landgericht in der angefochtenen Entscheidung ausgeführt, **dass für den Verjährungsbeginn nicht auf den Bescheid der Bundesagentur für Arbeit abzustellen ist, sondern die Verjährung bereits mit der Zahlung der monatlichen Arbeitslosenversicherungsbeiträge für den Kläger als dem Zeitpunkt der Anspruchsentstehung begonnen hatte** und demzufolge der Schadenersatzanspruch wegen der letzten – nicht zurückerstatteten – Beitragszahlung von November 1999 bereits Ende des Jahres 2002, die den vorhergehenden Zeitraum betreffenden Ansprüche dementsprechend früher, verjährt war.



Die Berufung macht ohne Erfolg geltend, bei fortlaufenden, zu Unrecht erfolgten Beitragszahlungen entstehe der Schaden erst mit dem **Festsetzungsbescheid, da zuvor nur eine Vermögensgefährdung** vorliege und erst mit der Festsetzung ein endgültiger Vermögensnachteil eintrete. Das Landgericht hat mit zutreffenden Erwägungen, auf die zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug genommen wird, **eine unmittelbare Vermögensminderung bereits in der jeweiligen Beitragszahlung gesehen** und deshalb die von der Rechtsprechung zur Verjährung von Steuerschäden aus steuerlichen Gestaltungsberatungen entwickelten Rechtsgrundsätzen als auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar erachtet.

Der Bundesgerichtshof hat in seiner Entscheidung vom 12.2.2004 (NJW-RR 2004, 1358) offengelassen, ob die Erwägung eines erst durch einen steuerlichen Leistungsbescheid eintretenden Vermögensnachteils auf Fälle anzuwenden ist, bei denen es eines Leistungsbescheides wegen nach Grund und Höhe gesetzlich bestimmter, **fortlaufend zu entrichtender Krankenversicherungsbeiträge** nicht bedarf. In einer weiteren Entscheidung vom 14.7.2005 – IX ZR 284/01 (MDR 2006, 21, 22) hat der Bundesgerichtshof jedoch dargelegt, dass bei einem Schaden durch **vermeidbare Umsatzsteuern** die Verjährung des Ersatzanspruchs gegen den mitwirkenden Steuerberater bereits mit der jeweiligen Steueranmeldung beim Finanzamt beginnt, da diese Anmeldung einer Steuerfestsetzung unter dem Vorbehalt der Nachprüfung gleichsteht.

Der Senat ist in Übereinstimmung mit dem OLG Brandenburg (Urt. v. 7. 11.2006 – 6 U 23/06) der Auffassung, dass die **fehlende Sozialversicherungspflicht des Klägers von Anfang an – aufgrund der gegebenen Weisungsunabhängigkeit und anderer Gesichtspunkte – feststand und nicht erst mit dem Bescheid der T. Krankenkasse herbeigeführt wurde**. Damit trat jedoch eine unmittelbare Vermögensminderung nicht erst mit dem Bescheid ein, vielmehr wurde das Vermögen des Klägers bzw. seiner Ehefrau jeden Monat um den jeweiligen Beitrag gemindert, so dass ein stetig anwachsender Schaden gegeben war.

Der Schaden ist nicht erst durch die Ermessensentscheidung der Bundesagentur für Arbeit, die Rückzahlung eines Teils der erhaltenen Beiträge wegen Verjährung abzulehnen, entstanden; diese Entscheidung hat im Gegenteil den bereits entstandenen Schaden in Höhe des zurückgezahlten Teils wieder in Wegfall gebracht.

Damit ist der behauptete Schadenersatzanspruch gegen die Beklagten wegen Falschberatung im Zusammenhang mit der zu Unrecht als sozialversicherungspflichtig angesehenen Tätigkeit des Klägers in dem Unternehmen seiner Ehefrau **mit der jeweiligen monatlichen Beitragszahlung** entstanden und gemäß § 68 StBerG a.F. jeweils drei Jahre später verjährt, mithin der letzte Schadenersatzanspruch im November 2002. Da zum Zeitpunkt der Erhebung der vorliegenden Klage die Verjährung bereits eingetreten war, konnte die Klage keine Unterbrechung oder Hemmung der Verjährung mehr herbeiführen.

Entgegen der Ansicht der Berufung kommt auch kein sekundärer Schadenersatzanspruch gegen die Beklagten wegen Verletzung der Hinweispflicht auf die Verjährung von gegen sie begründeten Schadenersatzansprüchen in Betracht, da auch ein derartiger Sekundäranspruch vorliegend verjährt wäre.

Der Sekundäranspruch setzt eine **neue, schuldhaftes Pflichtverletzung** des Steuerberaters voraus. Er kann nur entstehen, wenn diese weitere Pflichtwidrigkeit zu einer Zeit begangen wird, zu welcher der primäre Regressanspruch noch durchgesetzt werden kann, also insbesondere noch nicht verjährt ist (BGH, MDR 2006, 21, 22). (...)

Die Revision wird gemäß § 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO zugelassen wegen der Frage, wann die Verjährungsfrist zu laufen beginnt bei einem Schadenersatzanspruch gegen einen Steuerberater wegen Fehlberatung bei der Ausgestaltung von Arbeitsverhältnissen, wodurch ein Arbeitnehmer zu Unrecht als sozialversicherungspflichtig angesehen wird und deshalb fortlaufend Sozialversicherungsbeiträge für diesen von dem Arbeitgeber entrichtet werden. Dieser Frage kommt grundsätzliche Bedeutung zu. Sie wurde von dem Bundesgerichtshof bisher noch nicht entschieden. ■

## Schadenersatzanspruch gegen Steuerberater

- Betriebsaufgabe
  - Mögliche Alternativgestaltungen?
  - Handlungsziele des Mandanten
  - Kausalität
  - Beweisführung
  - Vermutung beratungskonformen Verhaltens?
  - Wahrscheinlichkeit einer Handlungsvariante?
- (OLG Celle, Urt. v. 13.6.2007 – 3 U 238/06)

### Leitsatz:

Für die Beurteilung der Frage, ob dem Mandanten durch die fehlerhafte Beratung des Steuerberaters ein Schaden entstanden ist, ist festzustellen, wie sich der Kläger bei pflichtgemäßer steuerlicher Beratung verhalten hätte. Hierzu müssen die Handlungsvarianten geprüft werden, die dem Mandanten offengestanden hätten. Deren Rechtsfolgen müssen ermittelt sowie miteinander und mit den Handlungszielen des Mandanten verglichen werden. ■

### Zum Sachverhalt:

Der Kläger nimmt die beklagten Steuerberater, die den Kläger im Zeitraum von 1993 bis 2002 in steuerlichen Angelegenheiten beraten und (jedenfalls) ab 1996 dessen Steuererklärungen gefertigt haben, auf Schadenersatz wegen Schlechterfüllung des zwischen den Parteien geschlossenen Steuerberatungsvertrages in Anspruch.



Der Kläger, von Beruf Rechtsanwalt, war seit 1993 als Einzelanwalt tätig. Hierbei erwirtschaftete er erhebliche Verluste, etwa im Zeitraum von 1995 bis 1998 in Höhe von 321.614 DM, was sich in den Folgejahren fortsetzte. Zudem war er seit 1992 Eigentümer eines land- und forstwirtschaftlichen Betriebes. Zumindest seit 1996 fanden zwischen dem Kläger und dem Beklagten zu 1), dem Steuerberater B., verschiedene Gespräche wegen einer möglichen Aufgabe des landwirtschaftlichen Betriebes statt.

Insgesamt, so der Kläger, wären die aufgeführten Steuerzahlungsverpflichtungen bei zutreffender Beratung durch die Beklagten vermieden worden, da er bei Kenntnis der steuerlichen Folgen von der Betriebsaufgabe abgesehen hätte. Zur Beschaffung der erforderlichen Geldmittel, wie er sie u.a. zum Ausgleich der Verluste aus seiner Rechtsanwalts-tätigkeit benötigte, hätte er dann andere Grundstücke aus seinem Privatvermögen veräußert. Der Kläger hat insoweit darauf hingewiesen, zu einem Viertel Miteigentümer in ungeteilter Erbengemeinschaft einer Vielzahl von Grundstücken zu sein, für die Erbbaurechte bestellt sind und die mit sog. Kaufzwangsklauseln versehen seien sollen. ■

#### Aus den Gründen:

I. Die zulässige Berufung des Klägers hat im Ergebnis keinen Erfolg.

1. Die Berufung des Klägers ist zulässig. Soweit der Kläger nunmehr zur Begründung der geltend gemachten Ansprüche auf ein Schreiben der Beklagten vom 9.11.1998 abstellt, liegt hierin keine unzulässige Klageänderung i.S.v. § 533 ZPO.

Der Kläger verfolgt auch im Berufungsrechtszug weiterhin Schadenersatzansprüche gegenüber den Beklagten mit der Begründung, diese hätten nicht zur Betriebsaufgabe raten und diese nicht erklären dürfen. Lediglich der Schwerpunkt der zur Begründung der Schadenersatzansprüche herangezogenen Pflichtverletzung wird nunmehr auf das – bereits in erster Instanz vorgelegte und den wesentlichen Gegenstand des Verfahrens bildende – Schreiben der Beklagten vom 9.11.1998 gelegt.

2. Ebenfalls zulässig sind die vom Kläger in zweiter Instanz konkretisierten **Feststellungsanträge**.

a) Soweit vom Kläger der unmittelbar aus der Betriebsaufgabeerklärung entstandene Schaden geltend gemacht wird, wie er sich aus der steuerlichen Mehrbelastung durch die Übernahme von Grundstücken in das Privatvermögen des Klägers ergibt, ist der Feststellungsantrag zulässig, da der **Steuerbescheid für das Jahr 1998 noch nicht bestandskräftig** ist.

b) Bezüglich der steuerlichen Auswirkungen, wie sie sich aus dem Verkauf forstwirtschaftlicher Grundstücke im Jahr 2002 an die Stadt H. ergeben, ist jedenfalls im Berufungsverfahren unstreitig festgestellt worden, dass insoweit eine **Rückstellung** nach §§ 6b, 6c EStG gebildet worden und damit bislang keine Steuerbelastung angefallen ist. Dies rechtfertigt die Feststellungsklage.

c) Der Antrag, die Ersatzpflicht der Beklagten für Steuer-schäden, die aus der unterlassenen Geltendmachung von Veräußerungsverlusten in der Einkommensteuer für das Jahr 2000 resultieren, festzustellen, ist in der mündlichen Verhandlung dahingehend konkretisiert worden, dass es (aus-schließlich) um Verrechnung mit Verlusten aus dem Verkauf des Objekts R. geht.

II. In der Sache selbst bleibt die Berufung des Klägers jedoch ohne Erfolg.

1. Allerdings haben die Beklagten gegen ihre sich aus dem mit dem Kläger geschlossenen Steuerberatungsvertrag resultierenden Pflichten verstoßen (pVV i.V.m. § 611 BGB). Die Beklagten haben entgegen ihrer Ankündigung im Schreiben vom 8.11.1998 **für den Kläger die Betriebsaufgabe ohne vorherige Rücksprache erklärt**. Soweit die Beklagten eine ausreichende Belehrung des Klägers behaupten, spricht ihr Vorbringen dafür, dass diese Aufklärung in den Jahren 1996 und 1997, jedenfalls vor Abfassung des Schreibens vom 8.11.1998 stattgefunden haben soll. Hierauf deutet auch die vorgelegte eidesstattliche Versicherung der ge-schiedenen Ehefrau des Klägers hin. Diese nennt keinen konkreten Zeitpunkt, wann die erforderliche Aufklärung des Klägers über die steuerlichen Folgen einer Betriebsaufgabe-erklärung stattgefunden haben soll. Die Versicherung bezieht sich erkennbar auf frühere Gespräche, die zwischen dem Kläger und den Beklagten in den Jahren 1996 und 1997, damals jedoch ohne konkretes Ergebnis, geführt worden sind.

2. Durch die den Beklagten vorzuwerfende Pflichtverletzung ist dem Kläger jedoch **kein Schaden** entstanden.

a) Für die Beurteilung der Frage, ob durch die unterlassene oder fehlerhafte Belehrung der Beklagten ein Schaden im Vermögen des Klägers entstanden ist, ist zunächst festzu-stellen, **wie sich der Kläger als Mandant bei pflichtgemäßer steuerlicher Beratung verhalten hätte**. Hierzu müssen die **Handlungsalternativen** geprüft werden, die dem Kläger bei sachgerechter Belehrung offengestanden hätten. Deren Rechtsfolgen müssen ermittelt sowie miteinander und mit den **Handlungszielen** des Klägers verglichen werden (*ständi-ge Rechtsprechung*, vgl. BGH v. 18.5.2006 – IX ZR 53/05, BGH-Report 2006, 1416 = MDR 2007, 154).

Auf die **Vermutung beratungsgerechten Verhaltens** kann sich der Kläger dabei nur dann berufen, wenn bei zutreffender Belehrung **im Hinblick auf die Interessenlage oder andere objektive Umstände eine bestimmte Entschließung mit Wahr-scheinlichkeit zu erwarten gewesen wäre**. Voraussetzung hierfür sind danach tatsächliche Feststellungen, die im Falle sachgerechter Aufklärung durch den Berater aus der Sicht eines vernünftig urteilenden Mandanten eindeutig eine bestimmte tatsächliche Reaktion nahegelegt hätten. Die Vermutung beratungsgemäßen Verhaltens setzt einen Tatbestand voraus, bei dem der Ursachenzusammenhang zwischen der Pflichtverletzung eines Beraters und einem bestimmten Verhalten seines Mandanten typischerweise gegeben ist, beruht also auf Umständen, die nach der

Lebenserfahrung eine bestimmte tatsächliche Vermutung rechtfertigen (*BGH, a.a.O., m.w.N.*).

b) Zur Frage der Kausalität beschränkt sich die Berufung auf die Behauptung des Klägers, er habe weiteren Privatbesitz gehabt, den er zur Beschaffung der erforderlichen Liquidität hätte nutzen können. Dies allein genügt jedoch nicht zum **Nachweis einer schadenursächlichen Pflichtverletzung** der Beklagten. Die Betriebsaufgabe hat dazu geführt, dass der Kläger sein gesamtes betriebliches Vermögen, insbesondere die im betrieblichen Vermögen gebundenen Grundstücke, in sein Privatvermögen überführt hat. Da der Betriebsaufgabegewinn wegen der bis zum 31.12.1998 geltenden steuerlichen Regelung nur mit dem halben Steuersatz belastet wurde, ist keinesfalls zwingend, dass der Kläger wegen der – mit der Betriebsaufgabe sofort entstehenden – Steuerlast auf die Aufgabe verzichtet hätte. Vielmehr ist insoweit zu berücksichtigen, dass er tatsächlich, und zwar beginnend im Jahr 1999, Grundstücke, die durch die Aufgabeerklärung nicht mehr dem Betriebsvermögen zugehörten, steuerfrei veräußert hat.

Der Kläger ist insoweit der von den Beklagten vorgelegten Liste der Grundstücksverkäufe und auch der Bezifferung der hierbei vermiedenen Steuerbelastungen nicht entgegengetreten. Danach sind bereits durch die bis im Jahr 2002 erfolgten Veräußerungen Steuerentlastungen Höhe von rd. 55.000 EUR zugunsten des Klägers eingetreten. Bezogen auf den Umfang der weiteren, noch durch die Betriebsaufgabe ins Privatvermögen gelangten Grundstücke wäre, so die Beklagten, bei einem vollständigen Verkauf mit weiteren, ganz erheblichen Steuererminderungen zu rechnen, die die Beklagten mit nahezu 500.000 EUR beziffert haben. Zu berücksichtigen ist zudem, dass der Kläger noch 1998 aus seiner Rechtsanwaltschaft erhebliche Verluste erlitten hat, weshalb es sinnvoll erschien, den durch die Betriebsaufgabe verursachten steuerlichen Gewinn in diesem Jahr entstehen zu lassen, da insoweit eine Verrechnung mit den Verlusten aus der Anwaltschaft zur Verminderung seiner Steuerlast führte.

Von Bedeutung ist weiterhin, dass der Kläger **über die steuerlichen Folgen einer Betriebsaufgabe zuvor durch die Beklagten beraten worden war**. Der Umstand, **dass die Beklagten die Aufgabeerklärung im Widerspruch zu ihrem Schreiben vom 8.11.1998 ohne Rücksprache mit dem Kläger und damit pflichtwidrig gegenüber dem Finanzamt abgegeben haben**, ändert nichts daran, dass der Kläger zuvor mit den Beklagten mehrere Gespräche wegen einer Betriebsaufgabe geführt und sodann auf das Schreiben der Beklagten vom 8.11.1998 und deren Hinweis auf den Wegfall der steuerlichen Vergünstigungen nach § 34 EStG von sich aus die Aufgabeerklärung unterzeichnet und den Beklagten übersandt hat. Dies lässt jedenfalls den Schluss zu, dass er nach seinem damaligen Kenntnisstand durchaus zu einer Betriebsaufgabe gewillt war.

c) Etwas anderes wäre im Hinblick auf die vom Kläger nachzuweisende **Kausalität** zwischen Pflichtverletzung der Beklagten und behauptetem Schaden **nur dann anzunehmen, wenn**

**der Kläger, wie er vorträgt, die Möglichkeit gehabt hätte, auch ohne Betriebsaufgabe anderes Privatvermögen in der Größenordnung zu veräußern, wie er es tatsächlich nach der Betriebsaufgabe getan hat und wie es offensichtlich erforderlich war, um aufgelaufene Verluste aus seiner Anwaltschaft auszugleichen.**

Der Vortrag des Klägers erschöpft sich jedoch insoweit in dem Hinweis, dass er zu einem Viertel an einer ungeteilten Erbengemeinschaft, die über erheblichen Grundbesitz verfüge, beteiligt sei. Er sei daher in der Lage gewesen, auf diesen Bestandteil seines Vermögens zuzugreifen; auch habe er die Möglichkeit gehabt, durch Belastung der Grundstücke die erforderliche Liquidität zu schaffen.

Letzteres Vorbringen des Klägers überzeugt schon deshalb nicht, weil, wie aus den vorgelegten Unterlagen ersichtlich, die ihm Kredit gewährenden Banken schon Bedenken hatten, bestehende Darlehen des Klägers zu prolongieren, da den Banken nicht einmal die Zahlung der monatlich geschuldeten Raten gesichert erschien. Das (wohl aus dem Jahr 2002 stammende) Schreiben des Klägers an seine Ehefrau zeigt, dass sich der Kläger **in durchaus schwierigen wirtschaftlichen Verhältnissen befand, jedenfalls seine Liquiditätssituation deutlich angespannt war**. Der Umstand, dass sich der Kläger mit Hilfe seiner – von ihm getrennt lebenden – Ehefrau um ein weiteres Darlehen bemühte, steht der Annahme entgegen, er hätte ohne weiteres seinen 1/4-Anteil an der ungeteilten Erbengemeinschaft veräußern können.

Den Hinweis der Beklagten darauf, dass an den der Erbengemeinschaft gehörenden Grundstücken ein Nießbrauch für die Mutter des Klägers bestellt war, hat der Kläger bestätigt. Dieser Nießbrauch hindert zwar, worauf er zutreffend hinweist, nicht notwendig die rechtliche Verwertung des Miteigentumsanteils, entwertet diesen jedoch in erheblicher Weise.

d) Bei Gesamtbetrachtung aller Umstände spricht damit keine Vermutung für die vom Kläger zu beweisende Behauptung, er hätte bei sachgerechter Aufklärung durch die Beklagten von einer Betriebsaufgabeerklärung abgesehen. Ob die Beklagten den Kläger, wie von ihnen behauptet und unter Beweis gestellt, über die zu erwartende Höhe der steuerlichen Belastung infolge der Betriebsaufgabeerklärung aufgeklärt haben, kommt es mithin nicht an.

3. Ebenfalls unbegründet ist das auf Feststellung gerichtete Begehren des Klägers, die Beklagten seien **zum Ersatz des Schadens verpflichtet, der ihm aus dem Verkauf zweier forstwirtschaftlicher Grundstücke in der Größe von ca. 10 ha an die Stadt H. im Jahr 2002 entstanden ist**.

a) Insoweit ist bereits zweifelhaft, ob überhaupt eine Falschberatung der Beklagten vorliegt. Der Kläger behauptet hierzu lediglich, durch die Beklagten sei ihm der Eindruck vermittelt worden, sämtliches Vermögen befinde sich infolge der Betriebsaufgabe in seinem Privatvermögen. Dafür, dass die Beklagten tatsächlich – irrtümlicherweise – dieser Auffassung waren, spricht die Einspruchsbegründung der Beklagten

vom 22.9.2004 gegenüber dem Finanzamt. Andererseits hat zwischen den Parteien vor dem Verkauf der Flächen keine weitere Besprechung stattgefunden. Darüber hinaus ergab sich bereits aus dem Schätzungsbescheid des Finanzamts vom 22.10.2002 konkret, welche Flächen durch Betriebsaufgabe betroffen waren.

Letztlich kann dies dahinstehen, da das Finanzamt der Stadt H. bereits mit Schreiben vom 24.4.2001 explizit darauf hingewiesen hatte, dass eine Aufgabe von forstwirtschaftlichen Betriebsteilen nicht möglich sei. **Dem Kläger war damit positiv bekannt, dass sich die forstwirtschaftlichen Flächen noch im Betriebsvermögen befanden. Als Rechtsanwalt wusste er zudem, was dies in steuerrechtlicher Hinsicht bedeutete.** Wenn er dennoch jene Flächen verkauft hat, beruhte dies auf einem in Kenntnis der Sachlage gefassten eigenen Beschluss, für dessen Folgen eine Einstandspflicht der Beklagten ausscheidet.

4. Der auf Ersatz des durch die unterlassene Geltendmachung von Veräußerungsverlusten im Jahr 2000 entstandenen Schadens gerichtete Anspruch ist gleichfalls nicht begründet. Der Kläger vertritt insoweit die Auffassung, dass der Verlust aus der Veräußerung des von ihm zunächst im Wege der Zwangsversteigerung erworbenen Hausgrundstücks R., welches er später mit Verlust verkauft hat, mit Gewinnen aus dem Verkauf betrieblicher Flächen hätte verrechnet werden müssen. Die steuerlichen Grundlagen hierfür sind jedoch nicht dargetan und auch nicht gegeben. Die Beklagten haben schon in erster Instanz zutreffend darauf hingewiesen, dass das Einfamilienhaus R. vom Kläger selbst privat genutzt worden ist. Gemäß § 23 EStG ist damit ein Veräußerungsverlust nicht anzusetzen. Selbst bei Vermietung des Grundstücks wäre der Verlust aus dem privaten Verkauf nur mit privaten Veräußerungsgewinnen verrechenbar. Solche, so die Beklagten, hätten jedoch nicht vorgelegen.

5. Ein Schadenersatzanspruch in Höhe von 8.967,80 EUR, den der Kläger mit der Begründung geltend macht, der hälftige **Steuererstattungsanspruch für das Steuerjahr 1996 hätte nach der mit seiner Ehefrau getroffenen Scheidungsfolgenvereinbarung nicht an diese, sondern gemäß Nr. 11 b der Vereinbarung vom 22.10.2001 an ihn selbst ausbezahlt werden müssen**, besteht nicht. Richtig ist zwar, dass es in Nr. 11b der Scheidungsfolgenvereinbarung insoweit heißt, dass etwaige Steuernachzahlungen, die ihre Ursache in vom Ehemann während der Dauer der gemeinschaftlichen Veranlagung veranlassten Grundstücksveräußerungen haben, für Steuernachzahlungen verwendet werden müssen.

Ob allerdings diese Voraussetzungen überhaupt vorlagen, insbesondere Steuernachzahlungsverpflichtungen infolge von Grundstücksveräußerungen bestanden, ist im Einzelnen nicht vorgetragen. Auch dies kann letztlich dahinstehen. Das zur Begründung des Anspruchs vorgelegte Schreiben der Beklagten an die geschiedene Ehefrau des Klägers stellt sich als reines Informationsschreiben dar, welches keine ausreichende Grundlage für die Auszahlung des Erstattungsanspruchs an die Ehefrau des Klägers gewesen ist.

Die für die Auszahlung maßgebliche Ursache hat vielmehr der Kläger selbst gesetzt. Die Beklagten haben hierzu vorgetragen und durch Vorlage von Kopien in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat auch belegt, dass die Auszahlung der Steuererstattung an die geschiedene Ehefrau des Klägers letztlich darauf beruhte, dass der Kläger selbst das entsprechende Formblatt ausgefüllt und gegenüber dem Finanzamt erklärt hat, dass das Guthaben auf das Konto seiner geschiedenen Ehefrau ausbezahlt sei. ■

## Angestellter Anwalt

- Regress des Arbeitgebers
- Verletzung des Anstellungsvertrages
- Gesetzwidriger Honorarverzicht
- Subsidiäre Inanspruchnahme des Anwalts  
(*OLG Düsseldorf, Hinweisbeschl. v. 13.3.2007 – I-24 U 161/06*)

### Leitsätze:

1. Mit einem gesetzwidrigen Honorarverzicht verletzt ein angestellter Rechtsanwalt zugleich Pflichten aus seinem Anstellungsverhältnis.

2. Leugnet ein angestellter Rechtsanwalt, mit einem Mandanten entgegen dessen Darstellung ein Erfolgshonorar vereinbart zu haben, so ist sein Arbeitgeber (Kanzleihinhaber) grundsätzlich gehalten, zunächst den Mandanten wegen des Honorars in Anspruch zu nehmen oder dessen Kostenerstattungsanspruch beim Gegner zu realisieren, und erst bei Fehlschlagen dieser Bemühungen berechtigt, gegen den angestellten Rechtsanwalt vorzugehen. ■

### Aus den Gründen:

Die Berufung beider Parteien hat keine Aussicht auf Erfolg. Das Urteil des Landgerichts ist im Ergebnis zutreffend und auch die Berufungsbegründungen rechtfertigen keine abweichende Entscheidung.

### I. Berufung des Klägers

Die Berufung des Klägers richtet sich ohne Erfolg gegen den von seiner Vergütung in Abzug gebrachten Schadenersatzbetrag. Zu Recht hat das Landgericht die Aufrechnung der Beklagten wegen schuldhafter Verletzung der dienstvertraglichen Verpflichtungen des Klägers im Hinblick auf die erklärten Honorarverzicht gebilligt. Diese bezogen sich auf den Netto-Honoraranteil der Rechnung vom 8.3.2005 (einstweiliges Verfügungsverfahren ...) in Höhe von 4.102 EUR sowie das Netto-Honorar aus der Kostenrechnung vom 20.5.2005 über 568,80 EUR. Von diesem Gesamtbetrag über 4.670,80 EUR steht der Beklagten ein Schadenersatzanspruch in Höhe des hälftigen Honorars zu, welchen das Landgericht zutreffend und von den Parteien unbeanstandet mit 2.335,40 EUR errechnet hat.

1. Der Kläger hat mit den unstreitig erklärten Honorarverzicht gegen seine dienstvertraglichen Verpflichtungen verstoßen (§§ 611, 280 BGB). Der Senat folgt dem Landgericht darin, dass er hierzu nicht befugt war. (...) Das Berufungsvorbringen des Klägers rechtfertigt keine abweichende Beurteilung.

a) Die Gebührenverzichtserklärungen des Klägers gegenüber der T. KG (im Folgenden: Mandantin I) waren gemäß § 134 BGB nichtig, denn sie verstießen gegen § 49b Abs. 1 BRAO. Soweit der Kläger darauf verweist, diese Vorschrift sei im hier vorliegenden Verhältnis zwischen Anwälten nicht anwendbar, kann ihm nicht gefolgt werden. Denn unabhängig von der Frage, welchen Schutzzweck diese berufsrechtlichen Vorschriften haben (vgl. hierzu *BT-Drucks. 12/4933, S. 31; BGH, NJW 2006, 3569 ff = MDR 2007, 180 f; siehe auch Henssler/Prütting/Dittmann, BRAO 2. Aufl., § 49b Rdnr. 5; siehe unter I. 2.*), war der Kläger schon aufgrund der allgemeinen Nebenpflicht zur Rücksichtnahme auf den Vertragspartner (§ 241 Abs. 2 BGB; vgl. auch *Palandt/Weidenkaff, BGB 66. Aufl., § 611 Rdnr. 39 ff*), hier auf die Beklagte, gehalten, rechtswirksame Vergütungsvereinbarungen mit den Mandanten zu erzielen. Denn er war im Rahmen seines Dienstverhältnisses verpflichtet, die Rechte und die Rechtsgüter der Beklagten zu schützen (vgl. hierzu *Palandt/Heinrichs, a.a.O., § 241 Rdnr. 6 f*).

**Dies umfasst auch die Verpflichtung, solche Handlungen zu unterlassen, die den wirtschaftlichen Erfolg der gemeinschaftlichen Berufsausübung gefährden können. Hierzu gehörte auch, nicht zulasten der Beklagten, die dem Kläger die für die Mandatsbearbeitungen notwendige anwaltliche Infrastruktur zur Verfügung stellte, auf erzielbare Einnahmen zu verzichten.** Durch den unstreitigen Verzicht auf die streitgegenständlichen Vergütungen hat der Kläger hiergegen verstoßen und sich damit schadenersatzpflichtig gemacht (§§ 280 Abs. 1, 282 BGB; vgl. *Palandt/Weidenkaff, a.a.O., § 611 Rdnr. 39; Richardi, NZA 2002, 1004 [1010]*).

Der Gebührenverzicht des Klägers war pflichtwidrig. Denn dass im Verhältnis zu der Mandantin I die Voraussetzungen für eine Ermäßigung oder den Erlass von Gebühren gemäß § 49b Abs. 1 Satz 2 BRAO vorgelegen haben, ist weder vorgetragen noch ersichtlich. Für das Vorliegen dieses Ausnahmetatbestands ist der Kläger darlegungs- und beweispflichtig.

b) Die Vertragswidrigkeit dieses Verhaltens des Klägers folgt auch aus einer weiteren Überlegung. Die Beklagte hat in der Berufungsinstanz unbestritten – und damit vom Senat zu berücksichtigen (vgl. *BGH, NJW 2005, 291*) – vorgetragen, dass die Mandantin I sich nach entsprechender Anfrage im Schreiben vom 21.4.2005 für eine Niederlegung des Mandats durch die Beklagte und dessen Fortführung durch den Kläger entschieden habe. Diese Entscheidung traf die Mandantin I in Kenntnis des Umstands, dass eine Mandatsübertragung während eines laufenden Mandats grundsätzlich zu einem erneuten Anfall der bislang angefallenen Gebühren führt. Trotzdem hat sich die Mandantin I für eine Niederlegung des Mandats durch die Beklagte und dessen Über-

tragung an den Kläger entschieden. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass diese Entscheidung der Mandantin I durch den Honorarverzicht des Klägers in den zwei streitgegenständlichen Verfahren beeinflusst wurde, welcher nur wenige Wochen vor dem Ausscheiden des Klägers und damit in engem zeitlichen Zusammenhang hierzu erklärt wurde.

**Ein unter diesen Voraussetzungen erklärter Honorarverzicht kann einem Mandanten den Wechsel zu einem Rechtsanwalt erleichtern, der sich derart „kulant“ verhält.**

Des Weiteren kann nicht ausgeschlossen werden, dass eine abgeschlossene Angelegenheit wider Erwarten ihre Fortsetzung findet. Dann wäre der Mandant aufgrund des Gebührenverzichts in der bevorzugten Situation, dass der durch den Anwaltswechsel bewirkte doppelte Anfall der Gebühren wegfällt und die Beklagte durch den zu ihren Lasten vom Kläger erklärten Honorarverzicht diese Entscheidung quasi „mitfinanziert“ hätte.

2. Durch das pflichtwidrige Verhalten des Klägers ist der Beklagten auch ein **Schaden** entstanden; denn die Gebühren, die Gegenstand des Verzichts waren, kann sie gegenüber der Mandantin I nicht nachträglich mit Erfolg geltend machen. Denn der Beklagten wäre es in einem Prozess gegen den Mandantin I nach den Grundsätzen von Treu und Glauben verwehrt, sich auf die Nichtigkeit zu berufen (§ 242 BGB; vgl. *BGH, NJW 1980, 2407; Senat, JurBüro 2004, 536–540*). **Sinn und Zweck des § 49b BRAO (wie § 52 Standesrichtlinien) ist es, unangemessenen Preiswettbewerb unter Rechtsanwälten zu verhindern** (*BGH, NJW 2006, 3569 ff; NJW 2001, 753*). Der Schutzzweck der Norm richtet sich deshalb in erster Linie an die Rechtsanwälte. Ihr Ziel ist es aber nicht, den rechtsuchenden Mandanten zu benachteiligen. Deshalb verdient der Mandant grundsätzlich Vertrauensschutz, denn regelmäßig ist ihm nicht bekannt, dass Gebührenverzichtserklärungen der hier in Rede stehenden Art gesetzlich verboten sind (vgl. *Senat, a.a.O.*).

3. Soweit sich der Kläger darauf beruft, auch die Beklagte habe immer wieder einmal auf Gebühren bei Mandanten verzichtet, weshalb sie ihm sein angebliches Fehlverhalten nicht vorwerfen könne (§ 242 BGB), ist dem nicht zu folgen. Denn aus einem solchen (unterstellten) Verhalten der Beklagten kann der Kläger für sich nichts herleiten. **Zum einen gibt es keinen allgemeinen Grundsatz, dass nur derjenige Rechte geltend machen kann, der sich selbst rechtstreuhaltend verhalten hat** (*BGH, NJW 1971, 1747; 2000, 505; BAG, NJW 1975, 229; Palandt/Heinrichs, a.a.O., § 242 Rdnr. 46 m.w.N.*). Zum anderen verkennt der Kläger, dass er die Rücksicht auf die Interessen der Beklagten dienstvertraglich schuldete, während es der Beklagten, die insoweit nur sich selbst Rechenschaft schuldet, unbenommen bleibt, wirtschaftlich nachteilige Vergütungsvereinbarungen abzuschließen bzw. auf die Geltendmachung ihres Honorars – aus welchen Gründen auch immer – zu verzichten.

## II. Berufung der Beklagten

Auch die Berufung der Beklagten hat keine Aussicht auf Erfolg. Denn die Beklagte hat wegen eines angeblichen

Honorarverzicht des Klägers in dem Mandat M. ./ S. keinen Ersatzanspruch gemäß §§ 611, 280 Abs. 1 BGB. Ungeachtet einer etwaigen Pflichtverletzung des Klägers ist ein Anspruch der Beklagten ausgeschlossen, weil sie zum einen gegen ihre vertragliche Pflicht zur Rücksichtnahme verstoßen und sich deshalb selbst schadenersatzpflichtig gemacht hat. Zudem liegt ein Verstoß gegen ihre allgemeine Verpflichtung zur Schadenminderung (§ 254 Abs. 2 2. Alt. BGB) vor.

1. Die Beklagte hat, wie auch der Kläger, aus dem geschlossenen Dienstvertrag die Verpflichtung zur Rücksichtnahme (§ 611, 241 Abs. 2 BGB). Hiergegen hat sie verstoßen, indem sie sich nicht um die Realisierung der Ansprüche aus dem Verfahren M. ./ S. hinsichtlich des angefallenen Honorars und der verauslagten Gerichtskosten über 2.568 EUR bemüht hat. Hierzu wäre sie aber vor Inanspruchnahme des Klägers verpflichtet gewesen.

Der zwischen den Parteien bestehende Dienstvertrag erschöpfte sich nicht in der Herbeiführung des geschuldeten Leistungserfolges (Zahlung der Vergütung, Bereitstellung einer anwaltlichen „Infrastruktur“), sondern er ist eine von Treu und Glauben beherrschte Sonderverbindung. Deshalb treten weitere Verhaltenspflichten hinzu, die sicherstellen sollen, dass die Rechte und Rechtsgüter der anderen Vertragspartei geschützt werden. **Schutzgegenstand ist das Integritätsinteresse des anderen Teils, d.h. sein personen- und vermögensrechtlicher Status quo** (vgl. Palandt/Heinrichs, a.a.O., § 241 Rdnr. 6).

**Durch die Inanspruchnahme des Klägers ohne vorherige Beitreibungsbemühungen bei der M., die ggf. in eine Klage hätten münden müssen, hat die Beklagte die Integritätsinteressen des Klägers verletzt.** Sie hat es unterlassen, die Forderung gegenüber der Mandantin zu verfolgen und sich stattdessen das eher fernliegende Vorbringen der Mandantin einseitig zu eigen gemacht. Vorgerichtliche oder gerichtliche Beitreibungsversuche sind weder vorgetragen noch ersichtlich. Vielmehr hat sich die Beklagte offensichtlich mit dem jedenfalls unklaren Vorbringen der Mandantin zum angeblichen Forderungsverzicht zufrieden gegeben und den Forderungsausfall als Schadenersatz ohne weitere Bemühungen unmittelbar gegenüber dem Kläger geltend gemacht.

Auch ist nicht ersichtlich, dass seitens der Beklagten Versuche unternommen wurden, den Kostenerstattungsanspruch bei der Firma S. geltend zu machen. Ob und ab wann dies wegen der Insolvenz dieses Unternehmens sinnvoll war, ist nicht vorgetragen oder sonst ersichtlich.

a) Die Beklagte, die im Laufe des erstinstanzlichen Verfahrens ihr Vorbringen mehrfach geändert hat, behauptet nunmehr, der Geschäftsführer der M. (im Folgenden: Mandantin II), H., sei zwar mit der Klageerhebung einverstanden gewesen, jedoch nicht mit dem in Ansatz gebrachten Streitwert. Nachdem er sich darüber beim Kläger unzufrieden geäußert habe und auf eine möglicherweise bevorstehende Insolvenz des Prozessgegners hingewiesen haben soll, soll der Kläger erklärt haben, den Prozess „auf eigenes Risiko“ führen zu wollen.

Diese Behauptung ist entgegen der von der Beklagten in der Berufungsbegründung vom 30.11.2006 geäußerten Auffassung jedoch nicht unstrittig, sondern vom Kläger bereits erstinstanzlich durchgehend bestritten worden. Nur wenn sie unstrittig wäre, wäre die Beklagte gehindert, diesen Anspruch klageweise gegenüber der Mandantin II geltend zu machen. Insoweit darf auf die Ausführungen unter I. 2. Bezug genommen werden.

**Weiterhin beinhaltet dieses Vorbringen die Vereinbarung eines gemäß § 49b Abs. 2 BRAO unwirksamen Erfolgshonorars.** Der Kläger soll sich bereit erklärt haben, auf Kostenerstattungsansprüche und das Honorar zu verzichten, wenn ein erstattungspflichtiger und zahlungsfähiger Gegner nicht vorhanden ist. **Dies hätte zur Folge, dass der Kläger nur im Erfolgsfall mit dem Eingang von Gebühren und der Erstattung des Gerichtskostenvorschusses rechnen konnte. Auch dies stellt die unwirksame Vereinbarung eines Erfolgshonorars dar** (zu einem vergleichbaren Fall BGH, NJW 1980, 2407). Die Unwirksamkeit ist zurzeit verfassungsrechtlich hinzunehmen (vgl. BVerfG v. 12.12.2006 – 1 BVR 2576/04 B).

Weiterhin bedeuten die von der Beklagten übernommenen Angaben des H. einen entsprechenden Verzicht des Klägers auf die Forderungen, die gegenüber der Mandantin II bestehen. **Grundsätzlich sind an einen solchen Verzicht und an die Feststellung eines entsprechenden Willens strenge Anforderungen zu stellen.** Es besteht ein Erfahrungssatz, dass ein Erlass nicht zu vermuten und im Zweifel eng auszulegen ist (BGH, NJW 1996, 588; 2006, 1511, 1512, st. Rspr.; vgl. auch Palandt/Grüneberg, a.a.O., § 397 Rdnr. 4).

Es ist schon fraglich, ob das Vorbringen der Beklagten, auch im Hinblick auf ihre erstinstanzlich wechselnde Sachverhaltsdarstellung, insoweit überhaupt substantiiert ist. Letztlich kommt es darauf jedoch nicht an. Denn die Beklagte war aufgrund ihrer vertraglichen Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Interessen des Klägers als ihres ehemaligen Mitarbeiters gehalten, zunächst die Mandantin in Anspruch zu nehmen und ggf. zu verklagen. In einem Prozess hätte ihr der Kläger als Zeuge zur Verfügung gestanden. Ob das Gericht den Geschäftsführer der Mandantin II, die für ihre Behauptungen darlegungs- und beweispflichtig wäre, zu dem Gespräch mit dem Kläger überhaupt vernommen hätte, steht nicht fest, da eine Vernehmung der beweispflichtigen Partei nicht in jedem Fall in Betracht kommt (§§ 447 f ZPO).

Außerdem ist die Darstellung der Mandantin II eher fernliegend, nach der der Kläger ohne nachvollziehbaren Grund die Erklärungen zum Honorarverzicht abgegeben haben soll. Denn es ist unstrittig geworden, dass er im Auftrag der Mandantin II die Klage erhoben hat, und zwar zu einem Streitwert, der ihr aus der vorgerichtlichen Korrespondenz bekannt war.

b) Weiterhin ist nicht ersichtlich, dass sich die Beklagte bei der kostenerstattungspflichtigen Firma S. um eine Beitreibung bemüht hat. Auch hierzu war sie jedoch vor einer Inanspruchnahme des Klägers verpflichtet. Da diese Vorgänge allein in den Wahrnehmungsbereich der Beklagten fallen,



die für die Geltendmachung der Kostenerstattungsansprüche zuständig ist, hätte die Beklagte aufgrund ihrer sekundären Darlegungslast hierzu vortragen müssen. Dazu, ob ein solches Vorgehen ab Fälligkeit des Kostenerstattungsanspruchs sinnlos war, fehlt es ebenfalls an Vortrag.

c) Die Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Belange des Klägers und die daraus folgende Obliegenheit, die Beitreibung der Forderung bei der S. bzw. der Mandantin II, traf die Beklagte noch während der Dauer des Dienstverhältnisses des Klägers. Die Rechnungen datieren vom 1.2.2005, während der Dienstvertrag erst drei Monate später, nämlich zum 1.5.2005 endete. Da die Überwachung des Zahlungseingangs und die Entscheidung über ein weiteres Vorgehen beim Ausbleiben desselben allein im Einfluss- und Kompetenzbereich der Beklagten lagen, kann sie sich nicht darauf berufen, aufgrund der Vertragsbeendigung zu einer Rücksichtnahme nicht mehr verpflichtet gewesen zu sein.

d) Aufgrund ihrer Pflichtverletzung ist die Beklagte gemäß § 242 BGB gehindert, den Schadenersatzanspruch gegenüber dem Kläger geltend zu machen. **Denn die Ausübung eines Rechts ist rechtsmissbräuchlich, wenn der Berechtigte es durch ein vertragswidriges Verhalten erworben hat** (BGHZ 57, 111; Palandt/Heinrichs, a.a.O., § 242 Rdnr. 43). Insoweit genügt ein objektiv unredliches Verhalten. Arglist oder Verschulden ist nicht erforderlich (BGH, LM (CD) Nr. 5 zu § 242 BGB; Palandt/Heinrichs, a.a.O., § 242 Rdnr. 43).

**2. Zu Beitreibungsversuchen und einer eventuellen Klageerhebung war die Beklagte auch aus Gründen ihrer Verpflichtung zur Schadenminderung (§ 254 Abs. 2 S.1 BGB) gehalten.** So wie die Schadenminderungspflicht dem Geschädigten den Gebrauch von Rechtsbehelfen gebietet (BGH, ZIP 2003, 803; Palandt/Heinrichs, a.a.O., § 254 Rdnr. 46 m.w.N.), hat er bei Erfolgsaussicht notfalls auch Klage zu erheben (BGHZ 15, 305; MünchKomm-BGB/Oetker 4. Aufl., § 254 Rdnr. 96).

Da die Geltendmachung des Anspruchs gegenüber der Mandantin II Aussicht auf Erfolg gehabt hätte (siehe unter 1. a)), hat die Beklagte durch ihr Unterlassen ihre Verpflichtung zur Schadenminderung verletzt. Im Hinblick auf die genannten Umstände und die guten Erfolgsaussichten begründet dies ein ganz überwiegendes Mitverschulden der Beklagten an der Schadenverursachung, welches den Verursachungsanteil des Klägers zurücktreten lässt.

3. Im Übrigen kann die Beklagte die Vergütung immer noch gegen die Mandantin geltend machen. Gründe, die dies nicht opportun erscheinen lassen, sind weder ersichtlich noch vorgetragen. Insbesondere ist die im Jahr 2005 entstandene Forderung bislang nicht verjährt.

III. Soweit die Beklagte erstinstanzlich weitere Schäden geltend gemacht hat (z.B. den jeweils auf die Honorarforderungen entfallenden Umsatzsteueranteil) und diese vom Landgericht (im Wege der Aufrechnung) nicht berücksichtigt wurden, wurde dies von ihr mit der Berufung angegriffen. Weiterer Ausführungen hierzu bedarf es deshalb nicht. ■

## Steuerberaterhaftung

- Kenntnis des Steuerrechts
  - Änderung der Rechtsprechung
  - Abweichen des Finanzgerichtsurteils?
  - Datenbank-Recherche
- (LG Freiburg, Urt. v. 21.3.2006 – 2 O 243/05)

### Leitsatz:

Ein Steuerberater darf bei der Wahrnehmung seines Mandats in der Regel auf den Fortbestand der höchst-richterlichen Rechtsprechung vertrauen. Er ist nicht verpflichtet, in ihm zugänglichen Quellen nach anhängigen Revisionsverfahren zu forschen, wenn sich nicht aus den regelmäßigen Publikationen für Steuerberater evidente Anhaltspunkte ergeben, die auf eine neue Rechtsentwicklung hindeuten. ■

### Zum Sachverhalt:

Die Klägerin begehrt Schadenersatz wegen fehlerhafter steuerlicher Beratung durch den Beklagten, der als Steuerberater tätig ist.

Die Klägerin lebte seit 1988 mit ihrem Ehemann und ihrer Tochter in der Schweiz, wo ihr Ehemann bei der Bank (...) beschäftigt ist. Er ist in der Schweiz nicht einkommensteuerpflichtig. Auch die Klägerin war als nicht berufstätige Hausfrau nicht einkommensteuerpflichtig. Im Juli 2001 trennten sich die Klägerin und ihr Ehemann und die Klägerin zog mit der Tochter nach Deutschland zurück. Sie bezog ab 1.7.2001 von ihrem Ehemann monatlich 7.000 DM Trennungsunterhalt und 1.000 DM Kindesunterhalt. Ab Januar 2002 betrug der Trennungsunterhalt 3.500 EUR und der Kindesunterhalt 600 EUR. Ihr Ehemann blieb weiterhin in der Schweiz. Diese Umstände waren dem Beklagten, der für die Klägerin in der Folge die Einkommensteuererklärungen für 2001 und 2002 fertigte, bekannt.

Im Auftrag der Klägerin erstellte der Beklagte im Juni 2002 die Einkommensteuererklärung für das Jahr 2001. Dabei trug er in der Anlage SO Sonstige Einkünfte in Zeile 18 „Unterhaltsleistungen, soweit sie vom Geber als Sonderausgaben abgezogen werden können“ Einkünfte von 42.000 DM ein. Das Finanzamt Lörrach setzte durch Einkommensteuerbescheid vom 13.9.2002 Steuernachzahlungen in Höhe von insgesamt 2.889,99 EUR fest, welche die Klägerin bezahlte. Der unmittelbar der Klägerin zugewandene Bescheid wurde am 16.10.2001 bestandskräftig, da kein Einspruch eingelegt wurde.

In gleicher Weise erstellte der Beklagte im Juni 2003 die Einkommensteuererklärung für das Jahr 2002. Die Einkünfte aus Unterhaltsleistungen gab er in der Anlage SO mit 42.000 EUR an. Der wiederum der Klägerin zugewandene Einkommensteuerbescheid vom 28.10.2003 wies für Einkommensteuer, Kirchensteuer und Solidaritätszuschlag eine Steuerbelastung in Höhe von 10.377,52 EUR aus. Auch dieser Bescheid wurde mangels Einspruchs bestandskräftig.

Am 31.3.2004 erging erstmals eine höchstrichterliche Entscheidung des BFH (*X R 18/03, DStR 2004, 1538 = FamRZ 2004, 1286*) zu der Frage, ob Unterhaltseinkünfte eines im Inland dauernd getrennt lebenden Ehegatten nach § 22 Nr. 1 EStG besteuert werden können, wenn die Voraussetzungen der Besteuerung nach Nr. 1a nicht erfüllt sind, weil der im Ausland lebende Geber die Zahlungen mangels Steuerpflicht nicht nach § 10 Abs. 1 Nr. 1a EStG als Sonderausgaben abziehen kann.

Nach § 22 Nr. 1a werden Einkünfte aus Unterhaltsempfängen besteuert, soweit sie nach § 10 Abs. 1 Nr. 1 vom Geber abgezogen werden können. § 10 Abs. 1 Nr. 1 bezeichnet als abzugsfähige Sonderausgaben Unterhaltsleistungen an den geschiedenen oder dauernd getrennt lebenden unbeschränkt einkommensteuerpflichtigen Ehegatten, wenn der Geber dies mit Zustimmung des Empfängers beantragt, begrenzt auf bis zu 13.805 EUR im Kalenderjahr.

In dem vom BFH entschiedenen Fall hatte der zahlende Ehegatte (Geber) seinen Wohnsitz in Monaco und war damit nicht unbeschränkt einkommensteuerpflichtig (§ 1 Abs. 1 EStG). Das FG Nürnberg (Urt. v. 17.10.2002 – VI 69/2002) hatte als Vorinstanz deshalb eine Besteuerung der Einkünfte der Klägerin nach § 22 Nr. 1a verneint, sie aber nach § 22 Nr. 1 als steuerbar angesehen und die Revision nicht zugelassen.

Demgegenüber ließ der BFH im Zulassungsbeschwerdeverfahren mit Beschluss vom 19.5.2003 die Beschwerde zu und entschied durch Urteil im Revisionsverfahren vom 31.3.2004, dass die Vorschrift des § 22 Nr. 1a in ihrem Regelungsbereich, nämlich hinsichtlich sämtlicher Unterhaltsleistungen, die ein getrennt lebender unbeschränkt Steuerpflichtiger von seinem geschiedenen oder dauernd getrennt lebenden Ehegatten bezieht, als Spezialregelung den § 22 Nr. 1 ausschließt und auf diese Norm auch dann nicht zurückgegriffen werden kann, wenn eine Besteuerung nach Nr. 1a mangels Erfüllung der Voraussetzungen für den korrespondierenden Sonderausgabenabzug (§ 10 Abs. 1 Nr. 1) tatsächlich nicht stattfindet.

Die Klägerin ist der Auffassung, der Beklagte habe schuldhaft seine Beratungspflichten verletzt, weil er die Einkünfte aus Unterhaltsleistungen in der Anlage SO fälschlich als steuerpflichtig deklarierte und nach Eingang der Steuerbescheide die Klägerin nicht darauf hingewiesen habe, dass die Einkünfte weder nach § 22 Nr. 1a EStG noch nach § 22 Nr. 1 steuerpflichtig waren und sie gegen die Bescheide Einspruch einlegen könne.

Diese Rechtslage habe der Beklagte erkennen müssen. Schon die vordruckte Formulierung in Zeile 18 der Anlage SO zeige, dass die vorliegenden Unterhaltsleistungen nicht steuerbar seien. Auch im Hinblick auf das Korrespondenzprinzip habe der Beklagte dies erkennen müssen, da er gewusst habe, dass der Ehemann der Klägerin nicht einkommensteuerpflichtig war, also einen Abzug nach § 10 Abs. 1 Nr. 1 EStG nicht vornehmen könne. Aus dem Wortlaut des bereits 1979 eingefügten § 22 Nr. 1a EStG ergebe sich, dass

es sich um eine Spezialvorschrift handle, was der BFH mit dem genannten Urteil bestätigt habe. Der Umstand, dass bis zu diesem Urteil eine höchstrichterliche Entscheidung zu dieser Frage nicht ergangen sei, entlaste den Beklagten nicht.

Das Urteil stelle auch keine überraschende Änderung der Rechtsprechung dar; insbesondere stehe die Entscheidung des BFH vom 27.9.1973 (*VIII R 77/69, BFHE 111, 37 = WM 74, 329*), in welcher der BFH die Steuerpflichtigkeit der vom im Ausland lebenden Ehemann erbrachten Unterhaltsbezüge bei der Empfängerin nach § 22 Nr. 1 bejahte, nicht entgegen, weil der Gesetzgeber nach dieser Entscheidung durch Einfügung der Nr. 1a mit Steueränderungsgesetz vom 30.11.1978 eine neue Rechtslage geschaffen habe.

Die Klägerin behauptet weiter, sie habe den Beklagten darauf hingewiesen, dass ihr ein zuvor befragter Steuerberater erklärt habe, sie müsse die erhaltenen Unterhaltsleistungen nicht versteuern. Die Steuerbescheide habe sie jeweils vor Ablauf der einmonatigen Einspruchsfrist dem Beklagten zur Überprüfung zugeleitet.

(Anträge ...)

Der Beklagte bestreitet, dass die Klägerin darauf hingewiesen habe, dass ihr ein Steuerberater erklärt habe, ihre Unterhaltseinkünfte müsse sie nicht versteuern. Er bestreitet auch, die Einkommensteuerbescheide vor Ablauf der jeweiligen Einspruchsfrist erhalten zu haben.

Der Beklagte bezweifelt, dass die streitigen Einkünfte der Klägerin nicht steuerbar seien. Die Klägerin lasse außer Acht, dass in dem vom BFH entschiedenen Fall die Unterhaltszahlungen vom Geber aus Monaco geleistet worden seien und mit Monaco – im Gegensatz zur Schweiz – kein Doppelbesteuerungsabkommen bestehe, worauf der BFH in seiner Entscheidung ausdrücklich hingewiesen und die Sache zur Überprüfung auch dieses Punktes an das vorinstanzliche Gericht zurückverwiesen habe.

In jedem Falle könne dem Beklagten nicht zum Vorwurf gemacht werden, dass er die erst nach Erstellung der streitigen Steuererklärungen und auch nach Ablauf der diesbezüglichen Einspruchsfristen ergangene Entscheidung des BFH und die damit verbundene Änderung der bis dahin einhellig geltenden Rechtslage und Rechtsauffassung nicht vorhergesehen habe. So habe das Bundesministerium der Finanzen noch mit Verwaltungsanweisung vom 5.11.1998 zu Art. 21 des Doppelbesteuerungsabkommens mit der Schweiz für Fälle wie den vorliegenden ausdrücklich die Besteuerung nach § 22 Nr. 1 EStG angeordnet.

Auch habe das FG Nürnberg, dessen Urteil vom 17.10.2002 Gegenstand der Entscheidung des BFH war, entsprechend der bis dahin geltenden Rechtslage im Sinne der genannten Verwaltungsanweisung entschieden und wegen der eindeutigen Rechtslage nicht einmal die Revision zugelassen. Noch im Oktober 2004 habe das Finanzamt Lörrach entsprechend dieser Verwaltungsanweisung besteuert. (...) ■

**Aus den Gründen:**

Die Klage ist zulässig, aber unbegründet. Dem Beklagten kann keine Verletzung seiner Beratungspflichten zur Last gelegt werden, da er bis zur Entscheidung des BFH vom 31.3.2004 davon ausgehen durfte, dass die Unterhaltseinkünfte der Klägerin der Einkommensteuer nach § 22 Nr. 1 EStG unterliegen.

1. Ein Steuerberater ist aufgrund des Steuerberatervertrages **verpflichtet, die Interessen seines Auftraggebers in den Grenzen seines erteilten Mandats nach jeder Richtung umfassend wahrzunehmen**. Er muss sein Verhalten so einrichten, dass er Schädigungen seines Auftraggebers tunlichst vermeidet. Sind mehrere Wege möglich, um einen erstrebten Erfolg zu erreichen, hat er denjenigen zu wählen, auf dem dieser am sichersten erreichbar ist. Welche konkreten Pflichten aus diesen allgemeinen Grundsätzen abzuleiten sind, richtet sich nach dem erteilten Mandat und den Umständen des Falles.

Wegen der richtungsweisenden Bedeutung, die höchstrichterlichen Entscheidungen für die Rechtswirklichkeit zukommt, **hat sich ein Steuerberater bei der Wahrnehmung seines Mandats grundsätzlich an dieser Rechtsprechung auszurichten. Er darf in der Regel auf ihren Fortbestand vertrauen. Gleichwohl gibt es Grenzen des Vertrauens auf den Fortbestand einer höchstrichterlichen Rechtsprechung. Der Steuerberater hat abweichende Stimmen im Schrifttum und bei den Gerichten der unteren Instanzen zu beachten, wenn sie evident auf eine neue Rechtsentwicklung hinweisen und eine neue Antwort auf bisher nicht entschiedene Fragen nahelegen** (OLG Düsseldorf, Urt. v. 20.11.2001 – 23 U 20/01, GI 2002, 114; BGH, NJW 1993, 3323).

2. Im vorliegenden Fall konnte ein Steuerberater bis Dezember 2003, dem Eintritt der Bestandskraft des zweiten gegen die Klägerin ergangenen Steuerbescheides, davon ausgehen, dass die Besteuerung der Unterhaltseinkünfte der Klägerin nach § 22 Nr. 1 EStG rechtens war und ein Einspruch gegen die Bescheide erfolglos sein würde.

Die zu diesem Zeitpunkt (und bis zur Entscheidung des BFH vom 31.3.2004) bekannte höchstrichterliche Rechtsprechung zur Frage der Besteuerung der von einem nicht unbeschränkt steuerpflichtigen Geber geleisteten Unterhaltszahlungen lautete dahin, dass diese Unterhaltsleistungen stets dem Empfänger zuzurechnen und bei diesem nach § 22 Nr. 1 EStG zu besteuern seien (BFH, WM 1974, 329; WM 1974, 287).

Allerdings konnten diese Entscheidungen **nicht mehr als feststehende höchstrichterliche Rechtsprechung uneingeschränkte Geltung beanspruchen**, nachdem der Gesetzgeber durch das Steueränderungsgesetz 1979 vom 30.11.1978 (BGBl. I 1978, 1849, 1851) mit Wirkung ab 3.12.1978 in § 22 EStG die Nr. 1a eingefügt und insoweit – über § 10 Abs. 1 Nr. 1 – für Unterhaltsleistungen an den getrennt lebenden Ehegatten eine Sonderregelung getroffen hatte.

**Der Steuerberater konnte zu den hier maßgeblichen Zeitpunkten jedoch ohne Pflichtenverstoß annehmen, dass die Rechtsprechung auch nach der Gesetzesänderung bei dieser**

**Fallgestaltung eine Steuerbarkeit der Unterhaltsleistungen beim Empfänger bejahen werde.** Denn in der Entscheidung vom 27.9.1973 (WM 1974, 287) hatte der BFH ausgeführt: „Diese steuerliche Beurteilung gewährleistet, und darauf kommt es hier an, dass die Unterhaltsleistungen wenigstens einmal im Inland steuerlich erfasst werden.“ Dass dieser tragende Gesichtspunkt der damaligen Entscheidung infolge der Gesetzesänderung nicht mehr durchgreifen sollte, weil – wie der BFH in der späteren Entscheidung vom 31.3.2004 ausgesprochen hat – die vom Gesetzgeber eingefügte Nr. 1a nicht nur eine in ihrem Regelungsbereich anzuwendende Ausnahmeregelung, sondern zugleich eine die Anwendung des § 22 Nr. 1 EStG ausschließende Spezialregelung darstelle, brauchte der Beklagte nicht in Erwägung zu ziehen.

**Auf eine solche rechtliche Bewertung der Neuregelung und eine dahingehende neue Rechtsentwicklung evident hinweisende Stimmen in der Literatur und bei den Finanzgerichten hat die Klägerin nicht dargelegt und sind der Kammer auch nicht ersichtlich.**

Noch mit Verwaltungsanweisung vom 5.11.1998 (BStBl. I 1998, 1392) zum Doppelbesteuerungsabkommen DBA-Schweiz hat der Bundesfinanzminister darauf hingewiesen, dass bei Unterhaltszahlungen eines in der Schweiz ansässigen Gebers „an einen geschiedenen oder getrennt lebenden Ehegatten in Deutschland die Zahlungen nach § 22 Nr. 1 EStG in voller Höhe der Einkommensteuer unterliegen, wenn der Zahlungsverpflichtete nicht unbeschränkt einkommensteuerpflichtig ist“.

Zwar begründet weder das Doppelbesteuerungsabkommen mit der Schweiz einen Steuertatbestand im Inland noch die Verwaltungsanweisung des Bundesfinanzministers eine Bindung der Gerichte bei der Anwendung der Gesetze. **Gleichwohl ist die Verwaltungsanweisung eine für den Steuerberater bedeutende und bei seinen Überlegungen zu berücksichtigende Verlautbarung der Rechtsauffassung der Finanzverwaltung.**

Berücksichtigt man weiter, dass der Gesetzgeber, worauf der BFH in seiner Entscheidung vom 31.3.2004 ausdrücklich hingewiesen hat, anlässlich der Einfügung der Nr. 1a selbst der Auffassung war, Unterhaltszahlungen eines beschränkt Steuerpflichtigen würden „wie bisher“ nach § 22 Nr. 1 Satz 2 EStG in vollem Umfang als wiederkehrende Bezüge der Einkommensteuer unterliegen, **und das FG Nürnberg als Vorinstanz im gleichen Sinne entschieden und wegen vermeintlich klarer Rechtslage die Revision nicht zugelassen hat, so liegt auf der Hand, dass dem Beklagten kein Pflichtenverstoß zur Last gelegt werden kann, wenn er davon ausging, die Einkünfte der Klägerin unterlägen der Besteuerung nach § 22 Nr. 1 EStG.**

Ob diese Annahme unter Berücksichtigung des DBA-Schweiz möglicherweise zutreffen könnte oder die vom BFH im Urteil vom 31.3.2004 ausgesprochenen Grundsätze auch die Steuerbarkeit der Einkünfte im vorliegenden Fall ausschließen, kann unter diesen Umständen letztlich offenbleiben.

Dahinstehen kann auch die Frage, **ob der Beklagte der Klägerin zur Einlegung des Einspruchs gegen den Einkommensteuerbescheid vom 28.10.2003 hätte raten müssen, wenn er zu diesem Zeitpunkt bei entsprechender Nachforschung in der von Steuerberatern benutzten SIS Datenbank Steuerrecht festgestellt hätte, dass beim BFH das Revisionsverfahren gegen das Urteil des FG Nürnberg anhängig war. Denn der Beklagte war nach Auffassung der Kammer bei der dargestellten damaligen Sach- und Rechtslage nicht verpflichtet, solche Nachforschungen anzustellen, da evidente Anhaltspunkte für eine neue Rechtsentwicklung (vgl. OLG Düsseldorf, a.a.O.) zu dieser Frage aus den regelmäßigen Publikationen für Steuerberater, z.B. den Fachzeitschriften „Deutsches Steuerrecht“ und „Der Betrieb“, nicht gegeben waren, jedenfalls von der Klägerin nicht aufgezeigt wurden und der Kammer nicht ersichtlich sind.** (...) ■

## Haftung des Neugesellschafter

■ Mietrückstände des Altgesellschafter  
(OLG Naumburg, *Urt.* v. 17.1.2006 – 9 U 86/05)

### Leitsatz:

Tritt ein Rechtsanwalt in die Kanzlei eines bisherigen Einzelanwalts ein und bilden beide sodann eine Sozietät, so haftet er für den Mietzins als sog. Altverbindlichkeit gegenüber dem Vermieter auch dann gemäß § 28 HGB in analoger Anwendung, wenn er nicht zugleich in den bestehenden Mietvertrag als weitere Mietvertragspartei eintritt (*Abgrenzung zu BGH, Urt. v. 22.1.2004 – IX ZR 65/01, BGHZ 157, 361 = NJW 2004, 836*). ■

### Aus den Gründen:

Die Beklagten zu 1) und zu 3) haften neben dem Beklagten zu 2) als Gesamtschuldner für den vertraglich geschuldeten Mietzins für die Zeit von Juli 2004 bis einschließlich Januar 2005. (...)

Dabei kann dahinstehen, ob die Beklagten zu 1) und zu 3) Mietvertragsparteien geworden sind. Grundsätzlich führt der Eintritt eines Gesellschafter in den Betrieb eines Einzelkaufmanns nicht dazu, dass die neu gegründete Gesellschaft kraft Gesetzes Vertragspartei eines von jenem abgeschlossenen Mietvertrages wird. Zu einem solchen Vertragsübergang ist vielmehr die Mitwirkung des Vermieters erforderlich (*BGH v. 25.4.2001 – XII ZR 43/99, MDR 2001, 862 = ZIP 2001, 1007 f.*).

Dies besagt indes nichts darüber, ob die neu entstandene Gesellschaft und bei persönlicher Haftung (wie bei der BGB-Gesellschaft) auch der neu eintretende Gesellschafter nicht jedenfalls für bestehende Verbindlichkeiten (sog. Altschulden) haften. In Betracht kommt insoweit eine Haftung in entsprechender Anwendung von § 28 Abs. 1 HGB. Ob eine entsprechende Anwendung von § 28 HGB anzunehmen ist,

ist höchstrichterlich nicht geklärt. Der XII. Senat des BGH hat dies (*BGH v. 25.4.2001, a.a.O.*) offengelassen, weil es sich im konkreten Fall nicht um einen Mietzinsanspruch, sondern um eine Nutzungsentschädigung handelte. Bei einem solchen Anspruch handele es sich nicht um eine Altschuld i.S.v. § 28 HGB. Demgegenüber gehört die Verpflichtung zur Zahlung des vertraglich vereinbarten Mietzinses zu den Altverbindlichkeiten (*Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts 9. Aufl., Rz. 1379*).

Der IX. Senat des BGH (*BGH v. 22.1.2004 – IX ZR 65/01, BGHZ 157, 361 = NJW 2004, 836*) hat die **Haftung des neuen Sozios** für Altverbindlichkeiten des bisherigen Einzelanwalts **für den Fall abgelehnt, dass diese Verbindlichkeit aus einem Mandatsvertrag des bisherigen Einzelanwalts stammt, und dies im Wesentlichen damit begründet, dass das Mandat mit einem Einzelanwalt in besonderer Weise von der persönlichen Dienstleistung durch diesen geprägt sei.** Von einer vergleichbaren Situation kann indes in Bezug auf das Mietverhältnis über die Räumlichkeiten, in denen die Kanzlei ihre Tätigkeit erbringt, keine Rede sein.

**Der Abschluss des Mietvertrages hat mit den Besonderheiten, die mit der Erbringung von Dienstleistungen durch die Angehörigen der sog. freien Berufe (im Verhältnis zu gewerblicher Tätigkeit) im Zusammenhang stehen können (insbesondere dem i.d.R. erforderlichen besonderen Vertrauensverhältnis), nicht das Geringste zu tun.** Es ist vor diesem Hintergrund nicht verständlich, unter Berücksichtigung der Gläubigerinteressen des Vermieters danach zu differenzieren, ob sich zwei Angehörige eines freien Berufes oder zwei (nach herkömmlichem Begriffsverständnis) Gewerbetreibende zur gemeinsamen Berufsausübung zusammenschließen.

Mit einer in der Literatur seit langem vertretenen Ansicht (z.B. K. Schmidt, *NJW 2003, 1897 [1903], m.w.N.*) kommt eine analoge Anwendung des § 28 HGB daher jedenfalls dann auch auf Rechtsverhältnisse einer BGB-Gesellschaft von Angehörigen eines freien Berufes in Betracht, wenn diese die Besonderheiten dieser Art der Berufsausübung nicht betreffen. Der Anwendung des § 28 HGB steht auch nicht der Gesichtspunkt entgegen, dass die neu entstandene Gesellschaft aus dem Grund nicht mit der Mietzinsverbindlichkeit belastet werden könne, weil ihr **kein Anspruch auf die Gebrauchsüberlassung zustehe, wenn sie nicht zugleich Mietvertragspartei werde** (z.B. Staub/Hüffner, *HGB 4. Aufl., § 25 Rz. 57*). Dieser Gesichtspunkt kann jedenfalls dann keine Bedeutung haben, wenn ein Mietzinsanspruch für einen Zeitraum geltend gemacht wird, der in der Vergangenheit liegt und der Vermieter seine Gebrauchsüberlassungspflicht im streitigen Zeitraum tatsächlich und damit auch gegenüber der neu entstandenen Gesellschaft und dem eingetretenen Gesellschafter erfüllt hat. ■

### Anmerkung:

Der BGH (IX ZR 65/01) hatte eine Haftung eines Neuzozios gemäß § 28 HGB für Altverbindlichkeiten in Höhe von ca. 1,5 Mio. DM aus einem Mandatsvertrag des Einzelanwalts abgelehnt. Denn der Anwaltsdienstvertrag sei nach dem Willen der Vertragsparteien persönlicher Natur. ■



## GI Literaturhinweise

### Das neue Versicherungsvertragsrecht

Zum 1.1.2008 trat eine grundlegende Reform des Versicherungsvertragsgesetzes (VVG) in Kraft. Durch die Novelle wird das VVG in wesentlichen Bereichen geändert und vollständig neu gefasst, weshalb sich die Berater und Vertreter von Versicherern und Versicherungsnehmern gleichermaßen auf eine völlig neue Rechtslage einstellen müssen.

Das Werk erläutert die Grundlagen der Reform sowie deren konkrete Auswirkungen auf die rechtsberatende und -gestaltende Praxis ausführlich und mandatsorientiert. Neben einer systematischen Einführung beinhaltet es synoptische Darstellungen der einschlägigen Regelungen sowie zahlreiche Praxistipps, Checklisten, Beispiele und Musterformulierungen für die anwaltliche Tätigkeit. Neben juristischen Lesern nutzen auch die Mitarbeiter der Versicherer sowie Versicherungsvermittler das Werk mit Gewinn.

Der Band richtet sich an Rechtsanwälte, Justitiare und Sachbearbeiter auf Seiten der Versicherungsindustrie, Versicherungsvermittler und Verbrauchervertreter.

**Oliver Meixner/Dr. René Steinbeck: Das neue Versicherungsvertragsrecht**, Verlag C.H. Beck, 2008, XXV, 280 Seiten, kartoniert, 35,00 €, ISBN 978-3-406-55398-1

### Besteuerung der Anwaltskanzlei

Steuern stellen einen wesentlichen Kostenfaktor bei der Führung einer Anwaltskanzlei dar und können den Gewinn erheblich schmälern. Steuern sind aber nicht immer ein unabwendbares Übel. Doch entweder in dem Bewusstsein, an der Steuerlast ließe sich ohnehin nichts ändern, oder in dem Vertrauen, der Steuerberater werde sein Bestes tun, vermeidet der Anwalt oftmals die Auseinandersetzung mit dem Steuerrecht. Aber auch der beste Steuerberater kann nur dann optimal beraten, wenn ihm alle steuerrelevanten Sachverhalte zugetragen werden.

Hier setzt das bewährte Buch an: Es gibt dem Anwalt die Möglichkeit, sich rasch und umfassend über die wesentlichen Steuerrechtsprobleme, die seine Kanzlei betreffen, zu informieren. Es dient als Anleitung und Nachschlagewerk, zum einen welche steuerlichen Pflichten zu erfüllen sind, und zum anderen, wie der Anwalt seine Angelegenheiten in der steuerlich günstigsten Weise ordnen kann. Denn den Steuerberater im Nachhinein um Rat zu fragen ist meist zu spät. Steuerlich bedeutsame Lebenssachverhalte lassen sich nachträglich nicht umgestalten.

In 14 Kapiteln stellt der Autor sämtliche steuerlichen Problemfelder dar, die eine Anwaltskanzlei betreffen können, u.a. Umsatzsteuer, Einkommensteuer, Vermögensteuer, Gewinnermittlung, Sonderprobleme bei Gesellschaften,

Kanzleigründung, -beendigung, -erweiterung, Anwalt als Arbeitgeber, Buchführung und Jahresabschluss, Verfahrensrecht und Kosten, Musterformulare und ein Glossar zu den wichtigsten steuerrechtlichen Begriffen runden das Werk ab.

Die vollständig überarbeitete dritte Auflage ist auf dem neuesten Stand. Neueste Rechtsprechung und Gesetzgebung sind eingearbeitet, die Unternehmensteuerreform 2008 bereits berücksichtigt.

**Meyer, H.: Die Besteuerung der Anwaltskanzlei**, von StB Prof. Dr. Holger Meyer, 3. vollständig überarbeitete Auflage 2007, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 377 Seiten, Lexikonformat, gebunden, 49,80 €, ISBN 978-3-504-18963-1

### Der Leasingvertrag

Das erstmals 1980 erschienene Standardwerk zum Leasing liegt nunmehr in sechster Auflage vor. Anders als in den Voraufagen verfasst Graf von Westphalen das Werk nicht mehr in alleiniger Autorenschaft, sondern wird von einem Team aus Praktikern und Hochschullehrern unterstützt. Demzufolge wurde das Buch in weiten Teilen völlig neu geschrieben und wesentlich vertieft. Unverändert ist jedoch die Konzeption des Buches, das den Schwerpunkt auf die zivilrechtlichen Probleme legt, die bei Abschluss und Abwicklung von Leasingverträgen typischerweise auftreten.

Beispielhaft genannt seien hier die eingehend behandelten Problemkreise Unmöglichkeit und Verzug, Haftung für Sach- und Rechtsmängel, Risikotragung und Unterhaltungspflichten sowie Beendigung des Leasingvertrages und fristlose Kündigung. Wie in den Voraufagen werden alle Formen des Leasings umfassend dargestellt. Erheblich erweitert wurden die Kapitel über das Verbraucherleasing, das Pkw-Leasing, das Sale-and-lease-back-Verfahren, das Leasing in Insolvenz und Zwangsvollstreckung sowie die Refinanzierung. Auch die Behandlung des Leasings im Bilanz- und Steuerrecht wurde wesentlich vertieft; die Auswirkungen der Unternehmensteuerreform 2008 auf die Leasingbilanzierung sind bereits dargestellt.

Leasingrecht ist Richterrecht. Dementsprechend steht die Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung im Mittelpunkt. Gleichwohl bietet das Werk auch sorgfältig begründete Lösungsansätze für die zahlreichen kontroversen Fragen, die noch nicht höchstrichterlich entschieden sind.

Auch in der sechsten Auflage ist das Handbuch daher ein unentbehrlicher Ratgeber für alle, die als Rechtsanwalt, Richter oder Steuerberater praktische Lösungsvorschläge auf dem Gebiet des Leasings benötigen.

**Graf von Westphalen (Hrsg.): Der Leasingvertrag**, herausgegeben von Prof. Dr. Friedrich Graf von Westphalen, bearbeitet von RA Stephan Peter Hansen, Prof. Dr. Reinhard Heyd, Prof. Dr. Robert Koch, RA Prof. Dr. Friedrich Graf von Westphalen, Ri Dr. Christopher Woitkewitsch und RA Herbert Zahn, 6. neu bearbeitete Auflage 2008, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 1.065 Seiten, Lexikonformat, gebunden, 129,- €, ISBN 978-3-504-45025-0



# Jetzt bloß keinen Fehler machen: Kaufen!

Anhand von Fallgruppen erschließt Ihnen die 2. Auflage dieses erfolgreichen Buches zum Arzthaftungsrecht wieder systematisch und effizient die gesamte Kasuistik des unübersichtlichen Rechtsgebietes.

Über ein alphabetisches und ein systematisches Inhaltsverzeichnis sowie ein ausführliches Stichwortregister kommen Sie immer im Handumdrehen zu Ihrem Fall. Und über Muster einer Klagschrift und Klageerwiderung, die mit mandatsrelevanten Problemen und Vertiefungshinweisen auf die entsprechenden Fundstellen des Werkes angereichert sind, können Sie das im Buch vermittelte Wissen sofort in die Praxis umsetzen.



Martis/Winkhart **Arzthaftungsrecht** Von RA Rüdiger Martis und RAin Martina Martis-Winkhart. 2., neu bearbeitete und erweiterte Auflage 2007, 954 Seiten Lexikonformat, gbd. 79,80 €. ISBN 978-3-504-18050-8

Aufgrund der überbordenden Rechtsprechung hat die 2. Auflage stark an Inhalt zugelegt. So wurden viele Problemkreise komplett neu und besonders ausführlich dargestellt, andere Kapitel wesentlich erweitert. Dem höchst aktuellen Thema „Sturz im Pflegeheim und im Krankenhaus“ wurde ein ganz neues Kapitel mit umfangreicher Wiedergabe der Rechtsprechung gewidmet.

Das Werk ist für den schnellen Zugriff konzipiert. Die Autoren sind seit vielen Jahren spezialisierte Rechtsanwälte auf diesem Gebiet. – Leseprobe? [www.otto-schmidt.de](http://www.otto-schmidt.de)

Nach dem großen Erfolg der Erstauflage können wir Ihnen nur raten: Jetzt bloß keinen Fehler machen. Kaufen!

----- **Bestellschein** ausfüllen und faxen (02 21) 9 37 38-9 43 ----- ✂

☒ Ja, ich bestelle mit 14-tägigem Rückgaberecht Martis/Winkhart **Arzthaftungsrecht** 2. Auflage, gbd. 79,80 € plus Versandkosten. ISBN 978-3-504-18050-8

Name \_\_\_\_\_ Straße \_\_\_\_\_ PLZ \_\_\_\_\_ Ort \_\_\_\_\_

Telefon \_\_\_\_\_ Fax \_\_\_\_\_ Datum \_\_\_\_\_ Unterschrift \_\_\_\_\_ 2/08

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

## Rente mit 67: Droht das Methusalem-Komplott in der Personalstruktur?

Die „gesetzliche Rente mit 67“ ist beschlossene Sache – aber welche Konsequenzen wird dieser Federstrich langfristig in der unternehmerischen Personalpolitik der unterschiedlichen Branchen auslösen? Wird die Personalstruktur überaltern und an der Lohnkostenschraube drehen? Mit welchen Instrumentarien kann man vorsorgen? Und welche Auswirkungen hat die gesetzliche Rentenalteranpassung auf betriebliche Versorgungssysteme?

In dieser GI finden Sie aktuelle Informationen zum Thema „Rente mit 67“ – insbesondere die Auswirkungen auf die betriebliche Altersvorsorge.

## Neu: 27 Jahre GI-Gesamtausgabe auf CD-ROM

Welche Rechte und Pflichten haben Steuerberater, Wirtschaftsprüfer und Rechtsanwälte gegenüber ihren Mandanten, deren Kreditgebern, Lieferanten und im Zusammen treffen mit anderen Berufskollegen?

Die GI-Gesamtausgabe auf CD-ROM bietet Ihnen sehr übersichtlich die komplette GI-Rechtsprechung der letzten 27 Jahre. Die benutzerfreundliche Software ermöglicht den schnellen Zugriff auf bestimmte Themengebiete sowie eine Volltextsuche.

Bestellen Sie jetzt mit dem beigefügten Bestellfax.

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.



## Impressum

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

### Herausgeber

HDI-Gerling · Marketing/Vertriebsmanagement Freie Berufe  
Marion Mahlstedt, 50597 Köln, Fax: (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

### Abonnementservice

Tel.: (0221) 144-5354, Fax: (0221) 144-5155

### Layout und Satz

Type Connection, Lechenicher Str. 29, 50374 Ertstadt

### Druck

Boysen Offset, Wulf-Isebrand-Platz 1-3, 25746 Heide