



Informationen für wirtschaftsprüfende, rechts- und steuerberatende Berufe

GI aktuell

Inhalt

Editorial
GI News
GI Entscheidungen
GI Literaturhinweise
GI Service

GI Leitsätze

Auskunft des Finanzamts

Pflicht zur Einholung einer Auskunft / Pflicht zur Belehrung / Inhalt der Auskunft / Objektive Rechtslage / Ermessensentscheidung / Normativer Schadenbegriff
(BGH, Urt. v. 15.11.2007 – IX ZR 34/04)

Notarhaftung

Steuerliche Belehrungspflicht, Auskunft / Unternehmensverkauf, § 25 HGB, § 75 AO / Steuerliche Gefahrenlage / Erweiterte Belehrungspflicht
(BGH, Urt. v. 20.9.2007 – III ZR 33/07)

Rechtsmittel

Schriftsatz an falsches Gericht / Pflicht zur Weiterleitung an das zuständige Gericht / Vertrauen des Anwalts auf Weiterleitung / Kenntnis der falschen Adressierung
(BGH, Beschl. v. 28.6.2007 – V ZB 187/06)

Fristenkontrolle

Aktenvorlage / Vorfrist, Fristende / Prüfungspflichten
(BGH, Urt. v. 25.4.2007 – VI ZB 66/06)

Steuerberaterhaftung

Beratung zur vorweggenommenen Erbfolge / Grundstück unter Nießbrauchsvorbehalt / Vorstellungen und Ziele des Mandanten / Kausalität / Handlungsalternativen, Handlungsziele des Mandanten / Schutzzweck der Beratung / Haftung des eintretenden Sozios
(OLG Düsseldorf, Urt. v. 28.8.2007 – I-23 U 146/06)

Steuerberaterhaftung

Umsatzsteuer, Automatenaufstellung / BFH-Vorlage vom 30.11.2000 / EuGH vom 12.5.2005, betr. Geldspielautomaten / EuGH vom 11.6.1998, betr. unerlaubtes Roulettespiel / Belehrungspflichten des Steuerberaters / Evidenz neuer Rechtsentwicklung
(OLG München, Beschl. v. 8.6.2007 u. 24.7.2007 – 24 U 13/07)

Mandantengelder

Untreue des Anwalts / Anderkonto / Aufrechenbare Gegenansprüche des Anwalts / Aufrechnungserklärung
(KG, Urt. v. 23.3.2007 – [4] 1 Ss 186/05 [94/05])

Anspruch auf Honorarrückzahlung

Anwaltshonorar / Erfolgshonorar / Überschreitung der gesetzlichen Gebühren / Fehlbezeichnung der GbR
(OLG Düsseldorf, Urt. v. 26.9.2006 – I-24 U 185/05, Abweisung der Nichtzulassungsbeschwerde durch BGH, Beschl. v. 8.11.2007 – IX ZR 191/06)

Honorar des Steuerberaters

Darlegungs- und Beweislast / Erbrachte Leistungen / Rahmengebühr / Bestimmung des Rahmensatzes / Mindest- oder Mittelgebühr? / Sachverständiger
(LG Duisburg, Urt. v. 28.6.2007 – 7 S 247/06)

Mediationsvertrag

Honoraranspruch / Übliches Honorar / Schriftform / Wesen der Mediation / Fehler des Mediators / Unterhaltsberechnung / Kein Honorar, § 628 I 2 BGB
(AG Lübeck, Urt. v. 29.9.2006 – 24 C 1853/06)

Gebührenanspruch im FG-Verfahren

Geschäftsgebühr für das Vorverfahren / Anrechnung auf Verfahrensgebühr im Klageverfahren / Erledigungsgebühr / Mindeststreitwert
(FG Köln, Beschl. v. 26.2.2007 – 10 Ko 1308/06)

127

128

130

135

137

139

Editorial

Sehr geehrte Leserin, sehr geehrter Leser,

der Bundesgerichtshof hält es in Ausnahmefällen für notwendig, dass der Steuerberater **die Einholung einer Auskunft beim Finanzamt empfiehlt**. Er ist aber nicht verpflichtet, sich um sie zu bemühen. Die Entscheidung muss – wie immer – dem Mandanten überlassen bleiben.

In einem Urteil zur **Notarhaftung** weist der Bundesgerichtshof darauf hin, dass **keine Belehrungspflichten über steuerliche Folgen** eines beurkundeten Geschäfts bestehen. Ausnahme: Wird in einem Unternehmenskaufvertrag die Haftung des fortführenden Übernehmers aus § 25 Abs. 1 HGB ausgeschlossen, muss er auf die Haftungsfalle des § 75 AO hinweisen. Diese nicht abdingbare Vorschrift führt zur Haftung des Betriebserwerbers für betriebliche Steuern.

Wird fünf Wochen vor Ablauf der Berufungsfrist die **Berufung beim Landgericht** anstatt beim Oberlandesgericht eingereicht, darf der Anwalt darauf vertrauen, dass die Berufungsschrift **rechtzeitig weitergeleitet** wird. Das darf er auch dann, wenn er seinen Fehler bemerkt hat (BGH).

Zur Selbstorganisation des Anwalts in Fristen: Wird ihm eine **Akte als Vorfristsache vorgelegt**, muss er prüfen, wie viel Zeit ihm für die fristgerechte Bearbeitung noch verbleibt. In diesem Zusammenhang muss er das notierte Fristende auf dessen Richtigkeit überprüfen (BGH).

Das Oberlandesgericht Düsseldorf musste sich mit einer vorweggenommenen Erbfolge befassen, die entgegen den Erwartungen des Mandanten zur Schenkungsteuerpflicht führte. Es erörtert ausgiebig die Frage, ob der Mandant den **Nachweis erbracht hat**, er hätte **bei ordnungsgemäßer Beratung von der Schenkung Abstand genommen**.

Zwei Beschlüsse des Oberlandesgerichts München befassen sich mit der Frage, wann eine **neue Rechtsentwicklung für den Steuerberater evident** ist und er seine Beratung hierauf einrichten muss. Es ging um die Besteuerung von Automatenumsätzen, die vom EuGH am 17.2.2005 für unwirksam erklärt wurde. Das OLG München bestätigt, dass der Steuerberater grundsätzlich von der Verfassungsmäßigkeit der Steuergesetze ausgehen darf. Erst nach dem Vorlagebeschluss des BFH vom 30.11.2000 wurde deutlich, dass eine neue Rechtsentwicklung möglich war.

Weitere Entscheidungen in diesem Heft befassen sich mit interessanten Honorarfragen des Anwalts und Steuerberaters.



Mit freundlichen Grüßen
Ihr Dr. Jürgen Gräfe

GI News

BFH: Widerruf der Bestellung als Steuerberater wegen Überschuldung

Mit Urteil vom 4.12.2007 – VII R 64/06 hat der Bundesfinanzhof (BFH) entschieden, dass die Bestellung eines Steuerberaters, der im Schuldnerverzeichnis eingetragen ist, grundsätzlich auch dann zu widerrufen ist, wenn er seinen Beruf als Angestellter einer Steuerberatungsgesellschaft ausübt.

Nach dem Berufsrecht der Steuerberater hat die Steuerberaterkammer die Bestellung eines Steuerberaters zu widerrufen, wenn dieser in Vermögensverfall geraten ist, was i.d.R. anzunehmen ist, wenn ein Insolvenzverfahren über sein Vermögen eröffnet oder er in das Schuldnerverzeichnis eingetragen worden ist. Nur ausnahmsweise kann von dem Widerruf abgesehen werden, wenn die wegen des Vermögensverfalls grundsätzlich zu vermutende Gefährdung der Interessen der Auftraggeber des Steuerberaters im konkreten Fall ausgeschlossen werden kann.

Im Streitfall hatte der in das Schuldnerverzeichnis eingetragene Steuerberater geltend gemacht, dass eine durch seine Vermögenssituation zu besorgende Gefährdung der Interessen der Auftraggeber ausgeschlossen sei, weil er sich als Angestellter einer Steuerberatungsgesellschaft besonderen arbeitsvertraglichen Beschränkungen unterworfen habe, wonach er keinen Zugriff auf Fremdgelder habe und Mandate für eigene Rechnung nicht übernehmen dürfe.

Der BFH entschied dagegen, dass im Einzelfall bestehende arbeitsvertragliche Beschränkungen des angestellten Steuerberaters im Hinblick auf Treuhänder- oder Verwaltungsbefugnisse über Gelder oder sonstige Vermögenswerte der Mandanten nur dann geeignet sein können, den sog. Entlastungsbeweis zu erbringen, wenn ihre Einhaltung vom Arbeitgeber wirksam kontrolliert werden kann.

Im Streitfall war indes eine wirksame Kontrollmöglichkeit nicht gegeben, weil der in Vermögensverfall geratene Steuerberater kein einfacher Angestellter der Steuerberatungsgesellschaft, sondern ihr Geschäftsführer und somit gegenüber den übrigen Angestellten vor Ort weisungsbefugt war, während die ihm gegenüber weisungsberechtigten Gesellschafter nicht am Sitz der Gesellschaft, sondern in einer anderen Stadt ansässig waren.
(BFH, Urt. v. 4.12.2007 – VII R 64/06)

Pressemitteilung d. BFH v. 12.3.2008 ■

BFH: Keine Pflicht der Steuerberatungsgesellschaft zur Namensänderung bei Widerruf der Bestellung des Namenspatrons wegen Vermögensverfalls

Der Bundesfinanzhof (BFH) hat mit Urteil vom 4.3.2008 – VII R 12/07 entschieden, dass eine Steuerberatungsgesellschaft den Namen eines ausgeschiedenen Gesellschafters auch dann in ihrer Firma weiterführen darf, wenn dessen Bestellung als Steuerberater wegen Vermögensverfalls widerrufen worden ist.

In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Streitfall geht es um eine Steuerberatungsgesellschaft mbH, die aus der Einzelpraxis eines Steuerberaters hervorgegangen ist. Die Bestellung dieses Steuerberaters ist inzwischen wegen Vermögensverfalls widerrufen worden. Er hat seinen Gesellschaftsanteil an einen anderen Steuerberater übertragen, ist jedoch Geschäftsführer der GmbH geblieben.

Die GmbH möchte weiterhin seinen Zunamen in ihrer Firma führen. Das hat die Steuerberaterkammer beanstandet. Sie meint, die Berufsordnung der Bundessteuerberaterkammer verbiete die Fortführung des Namens eines ausgeschiedenen Gesellschafters, wenn dessen Bestellung als Steuerberater wegen Vermögensverfalls widerrufen worden ist. Sie befürchtet, der Namenspatron der GmbH wolle seine Beratungstätigkeit trotz des Widerrufs seiner Bestellung unter dem Mantel der GmbH fortsetzen. Da die GmbH sich weigert, ihre Firma zu ändern, hat die Steuerberaterkammer deren Zulassung widerrufen.

Der BFH hat das missbilligt und den Widerrufsbescheid der Steuerberaterkammer aufgehoben. Die Fortführung des Namens eines ausgeschiedenen Gesellschafters in der Firma der Gesellschaft sei nur dann unzulässig, wenn von ihr eine Gefahr für das Ansehen des Berufsstandes ausgehe, wie es z.B. bei einem Widerruf wegen einer strafrechtlichen Verurteilung des namensgebenden Steuerberaters der Fall sein mag. Ein Widerruf wegen Vermögensverfalls beruhe hingegen typischerweise nicht auf einer Verletzung von Berufspflichten oder dem Vorwurf eines sonst anstößigen Verhaltens des Steuerberaters.

Die Berufsordnung biete keine Handhabe, die Fortführung der bisherigen Firma der Gesellschaft allein wegen der abstrakt gegebenen Gefahr zu verbieten, dass der betreffende Steuerberater seine Beratungstätigkeit unter dem Deckmantel der Gesellschaft in unzulässiger Weise fortsetzen könnte. Allenfalls wenn, anders als im Streitfall, tatsächlich festgestellt worden sei, dass die Gesellschaft dies dulde, könne in Betracht kommen, eine Gefahr für das Ansehen des Berufsstandes aufgrund der Beibehaltung der Firma anzunehmen.

(BFH, Urt. v. 4.3.2008 – VII R 12/07)

Pressemitteilung d. BFH v. 23.4.2008 ■

BFH: Steuerberechnung beim Zusammentreffen von Tarifiermäßigung und Progressionsvorbehalt

Der Bundesfinanzhof (BFH) hat mit zwei bereits vor längerer Zeit veröffentlichten und vielfach nachgefragten Entscheidungen dazu Stellung genommen, in welcher Weise die Einkommensteuer zu berechnen ist, wenn die Tarifvorschriften des § 32b des Einkommensteuergesetzes – EStG – (Progressionsvorbehalt) und des § 34 Abs. 1 EStG (Tarifiermäßigung) zusammentreffen, z.B. bei Erhalt einer ermäßig besteuerten Abfindung und nachfolgendem Bezug von steuerfreiem, aber progressionserhöhend wirkendem Arbeitslosengeld. Das EStG sieht für diesen Fall keine eindeutige Berechnungsmethode vor. Der BFH hat sich für eine Berechnungsreihenfolge entschieden, nach der sich die Wirkung der progressionserhöhenden Einkünfte nicht durch die Methode durch Berechnung der Tarifiermäßigung verschärft.

1. Dem Urteil vom 15.11.2007 – VI R 66/03 zum negativen Progressionsvorbehalt lag ein Fall zugrunde, in dem dem Kläger nach einem Arbeitsrechtsstreit Lohn für mehrere Jahre nachgezahlt wurde, der der ermäßigten Besteuerung nach § 34 Abs. 1 EStG unterlag. Hiervon wurde ein Teilbetrag unmittelbar an das Arbeitsamt ausgezahlt, da der Kläger während des Arbeitsrechtsstreits zunächst Arbeitslosengeld erhalten hatte und der Lohnanspruch insoweit auf das Arbeitsamt übergegangen war.

Der BFH nahm (entgegen der Vorinstanz) auch in Höhe des an das Arbeitsamt gezahlten Teilbetrags einen ermäßig zu steuernden Lohnzufluss beim Kläger an. Gleichzeitig sah er in dieser Zahlung die Rückzahlung des Arbeitslosengeldes durch den Kläger, auf die der negative Progressionsvorbehalt anzuwenden war. Die vom Finanzamt unter Anwendung beider Ermäßigungsvorschriften vorgenommene Steuerberechnung wurde vom BFH verworfen, da sie – entgegen dem Begünstigungszweck der Ermäßigungsvorschriften – zu einer höheren Steuerbelastung führte als die alleinige Anwendung des negativen Progressionsvorbehalts. Nach der vom BFH angewandten Berechnungsmethode, bei der die Tarifiermäßigung – in umgekehrter Reihenfolge zur Steuerberechnung der Finanzverwaltung – zur Ermittlung des besonderen Steuersatzes nach § 32b Abs. 2 EStG berücksichtigt wurde, ergab sich dagegen eine geringere Steuerbelastung.

2. Das Urteil vom 17.1.2008 – VI R 44/07 betraf einen Fall, in dem bei der Steuerberechnung neben der Ermäßigungsvorschrift des § 34 Abs. 1 EStG der (positive) Progressionsvorbehalt – gegenläufige – steuererhöhende Wirkung entfaltete. Im Streitfall erhielt die Klägerin ermäßig zu steuernden Arbeitslohn für mehrere Jahre und bezog zugleich Arbeitslosengeld, das dem Progressionsvorbehalt unterlag. Da das zu versteuernde Einkommen der Klägerin geringer war als der ermäßig zu steuernde Arbeitslohn, war die Tarifiermäßigung nach der Sondervorschrift des § 34 Abs. 1 Satz 3 EStG zu berechnen.

Der BFH bestätigte die von der Vorinstanz angewandte Berechnungsmethode, nach der die Progressionseinkünfte – im Streitfall das Arbeitslosengeld – bei der Steuerberechnung im Rahmen der Tarifiermäßigung nach § 34 Abs. 1 Satz 3 EStG nur insoweit steuererhöhend zu berücksichtigen sind, als sich nach einer Verrechnung mit dem negativen verbleibenden zu versteuernden Einkommen ein positiver Differenzbetrag ergibt. Auf diese Weise wird – im Gegensatz zu einer vollen Berücksichtigung der Progressionseinkünfte – verhindert, dass sich bei Anwendung des Progressionsvorbehalts eine höhere Steuerbelastung ergibt als bei Bezug steuerpflichtiger Einkünfte in Höhe der Progressionseinkünfte.

Die Finanzverwaltung hat sich der vom BFH bestätigten Berechnungsmethode bereits im Jahre 2006 angeschlossen. Anlass hierfür war das Revisionsverfahren XI R 15/02, in dem wie im Streitfall VI R 44/07 über die Steuerberechnung beim Zusammentreffen des § 34 Abs. 1 Satz 3 EStG mit § 32b EStG gestritten wurde. In diesem Verfahren trat jedoch – ebenso wie in den gleich gelagerten Revisionsverfahren XI R 48/04 und XI R 12/07 – eine Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache ein, so dass es nicht zu einer Sachentscheidung kam.

(BFH, Urt. v. 15.11.2007 – VI R 66/03;

BFH, Urt. v. 17.1.2008 – VI R 44/07)

Pressemitteilung d. BFH v. 5.6.2008 ■

BFH: EuGH-Vorlage zur Umsatzsteuerbefreiung bei der Übertragung von Versicherungsverträgen

Der Bundesfinanzhof (BFH) hat mit Beschluss vom 16.4.2008 – XI R 54/06 dem Europäischen Gerichtshof zur Vorabentscheidung die Frage vorgelegt, ob die entgeltliche Übertragung von Lebensrückversicherungsverträgen von einer Versicherung auf eine andere ein nach den Vorschriften der Richtlinie 77/388/EWG von der Umsatzsteuer befreiter Versicherungsumsatz ist.

Nach deutschem Recht sind gemäß § 4 Nr. 10 Buchst. a UStG (nur) Leistungen aufgrund eines Versicherungsverhältnisses im Sinne des Versicherungsteuergesetzes umsatzsteuerfrei. Die Übertragung eines Lebensrückversicherungsvertrages auf eine andere Versicherung fällt aber nicht unter das Versicherungsteuergesetz. Für den BFH stellt sich die Frage, ob der gemeinschaftsrechtliche Begriff des „Versicherungsumsatzes“ oder „Rückversicherungsumsatzes“ (Art. 9 Abs. 2 Buchst. e fünfter Gedankenstrich, Art. 13 Teil B Buchst. a der Richtlinie 77/388/EWG) auch die entgeltliche Übertragung von Versicherungsverträgen umfasst und deshalb die Steuerbefreiung nach den Vorschriften des Gemeinschaftsrechts zu gewähren ist.

(BFH, Beschl. v. 16.4.2008 – XI R 54/06)

Pressemitteilung d. BFH v. 11.6.2008 ■

Gl Leitsätze

Steuerberater / Widerruf der Bestellung wegen Vermögensverfalls

1. Beim Vorliegen des Vermögensverfalls des Steuerberaters ist grundsätzlich davon auszugehen, dass dadurch die Interessen seiner Auftraggeber gefährdet sind; nur in Ausnahmefällen ist ein Absehen von dem gebotenen Widerruf der Bestellung gestattet.

2. Ob der Nachweis, dass durch den Vermögensverfall die Interessen der Auftraggeber nicht gefährdet sind, gelungen ist, ist eine Frage der dem Tatrichter vorbehaltenen Tatsachenwürdigung. Dabei darf das Finanzgericht zulasten des Steuerberaters seine Unzuverlässigkeit in eigenen steuerlichen Angelegenheiten berücksichtigen.

(BFH, Beschl. v. 14.11.2007 – VII B 62/07, BFH/NV 2008, 414) ■

Anwaltschaft / Prozessführung 2002 / „Schrottimmobilie“ / HaustürwiderrufsG / Widerruf des Darlehensvertrages

Bis März 2002 musste ein Anwalt in einem Prozess, in dem sein Mandant auf Rückzahlung eines Kredits in Anspruch genommen wurde, den er zur Finanzierung des Beitritts zu einem Immobilienfonds aufgenommen hatte, nicht davon ausgehen, dass der Widerruf des Darlehensvertrages nach dem HWiG dazu führen könnte, dass die Bank seinen Mandanten nicht auf Rückzahlung der Darlehensvaluta in Anspruch nehmen kann.

(OLG Frankfurt/M., Urt. v. 31.1.2007 – 9 U 68/05, OLG-Report 2007, 615) ■

Rechtsschutzversicherung / Schadenersatzanspruch gegen Wirtschaftsprüfer

1. Ist der Versicherungsnehmer als beherrschender Gesellschafter an der Führung von gewerblichen Unternehmen beteiligt, übt er eine selbstständige Tätigkeit i.S.v. § 23 Abs. 1 GKRVB 94.1 (ARB 94) aus.

2. Die Interessenwahrnehmung bei Schadenersatzansprüchen gegen eine Wirtschaftsprüfer- und Steuerberatungsgesellschaft wegen fehlerhafter einkommensteuerrechtlicher Beratung des Versicherungsnehmers im Zusammenhang mit der Errichtung einer Vermögens- und Beteiligungsgesellschaft als Familien-Holding steht im inneren Zusammenhang mit unternehmerischer Tätigkeit und ist nicht dem privaten Bereich zuzuordnen, so dass kein Privat-Rechtsschutz für Selbstständige besteht.

(OLG Köln, Urt. v. 2.10.2007 – 9 U 51/07, OLG-Report 2008, 77) ■

Auskunft des Finanzamts

- Pflicht zur Einholung einer Auskunft
- Pflicht zur Belehrung
- Inhalt der Auskunft
- Objektive Rechtslage
- Ermessensentscheidung
- Normativer Schadenbegriff

(BGH, Urt. v. 15.11.2007 – IX ZR 34/04)

Leitsätze:

1. Ist der Steuerberater verpflichtet, den Mandanten auf die Möglichkeit einer verbindlichen Auskunft des Finanzamts hinzuweisen, hat er jenem doch die Entscheidung, ob er einen solchen Antrag stellen will, zu überlassen (im Anschl. an BGH, NJW-RR 2007, 1556 = NJW 2008, 442 L = WM 2007, 903, 904 = Gl 2003, 140).

2. Kommt es darauf an, ob das zuständige Finanzamt eine von ihm erbetene verbindliche Auskunft erteilt hätte, hat das Regressgericht zu prüfen, wie das Finanzamt sein Ermessen ausgeübt hätte. Hinsichtlich der Frage, welchen Inhalt die verbindliche Auskunft gehabt hätte, ist demgegenüber entscheidend, wie das Regressgericht die objektive Rechtslage beurteilt. ■

Zum Sachverhalt:

Die Klägerinnen sind die Erbinnen des B. (nachfolgend: Erblasser). Die Beklagten betreiben eine Steuerberatersozietät. Der Erblasser war Kommanditist einer GmbH & Co KG, auch an der Komplementär-GmbH beteiligt und Eigentümer des Betriebsgrundstücks. Er veräußerte im Jahr 1996, von dem Beklagten zu 1) steuerlich beraten, einen jeweils 20%igen Anteil seiner Beteiligungen, nicht aber des Grundeigentums. Wegen des zuletzt genannten Umstands beanstandete das Finanzamt aufgrund einer Betriebsprüfung im Jahr 1999 die Inanspruchnahme des ermäßigten Steuersatzes gemäß §§ 16, 34 EStG auf den Veräußerungsgewinn.

Mit dem entsprechend geänderten Steuerbescheid wurden 333.040,19 EUR Mehrsteuern festgesetzt.

Die Klägerinnen nehmen die Beklagten auf Schadensersatz in Anspruch. Sie werfen ihnen vor, den Erblasser nicht auf die unsichere Rechtslage hingewiesen zu haben. Die Veräußerung der Gesellschaftsanteile ohne das zugehörige Betriebsvermögen sei schon damals steuerrechtlich riskant gewesen. Es hätte eine verbindliche Auskunft des Finanzamts eingeholt werden können. Notfalls hätte der Erblasser auch einen Teil des Grundeigentums verkauft. Der Steuerschaden hätte so vermieden werden können.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das OLG Düsseldorf (NJW 2004, 2806) hat ihr, bis auf einen Teil der Zinsen, stattgegeben. Die dagegen gerichtete Revision des Beklagten hatte teilweise Erfolg. Sie führte zur Aufhebung und Zurückverweisung. ■

Aus den Gründen:

I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, die Beklagten hätten ihre Pflichten als steuerliche Berater verletzt.

Die Voraussetzungen der Steuerermäßigung hätten – wie inzwischen vom Bundesfinanzhof geklärt worden sei – nicht vorgelegen, weil der Mitunternehmeranteil des Erblassers das Grundstück als Sonderbetriebsvermögen umfasst habe, jedoch nicht mit einem entsprechenden Bruchteil mitveräußert worden sei. Diese Rechtsprechung hätten die Beklagten zwar nicht voraussehen müssen, zumal ein Finanzgericht noch im Jahr 1998 in für den Erblasser günstigem Sinn entschieden habe. Schon im Beratungszeitraum sei die steuerliche Beurteilung jedoch unsicher gewesen. Wenngleich im hier maßgeblichen Bezirk der Oberfinanzdirektion Düsseldorf die anteilige Mitübertragung des Betriebsvermögens nicht verlangt worden sei, habe es in anderen Teilen des Bundesgebiets eine abweichende Praxis der Finanzverwaltung gegeben. Einschlägige Urteile der Finanzgerichte hätten gefehlt.

Zur Vorsicht habe jedoch ein Urteil des Bundesfinanzhofs aus dem Jahr 1991 mahnen müssen, wonach die Tarifvergünstigung bei der Veräußerung des gesamten Mitunternehmeranteils keine Anwendung gefunden habe, wenn gleichzeitig Wirtschaftsgüter des Sonderbetriebsvermögens zum Buchwert in einen anderen Betrieb des Mitunternehmers überführt worden seien. Auch habe der Bundesfinanzhof bereits vor 1996 ausgesprochen, dass der Mitunternehmeranteil den Gesellschaftsanteil und das dem Mitunternehmer zuzurechnende Sonderbetriebsvermögen umfasse. Im steuerrechtlichen Schrifttum seien die Meinungen geteilt gewesen.

Bei dieser Lage hätten sich für die Beklagten Zweifel ergeben müssen, ob die für den Erblasser zuständige Finanzbehörde die ihm günstige Beurteilung beibehalten werde. Sie hätten deshalb den Erblasser über die Risiken aufklären und darüber hinaus und sogar in erster Linie sich um eine verbindliche Auskunft des Finanzamts bemühen müssen.

Hätten die Beklagten pflichtgemäß vor der Anteilsübertragung im August 1996 eine verbindliche Auskunft beantragt, so hätte das Finanzamt diese nicht verweigern können. Sie wäre mutmaßlich in der Weise erteilt worden, dass die Mitübertragung eines Grundstücksanteils nicht nötig geworden wäre, um den ermäßigten Steuersatz zugebilligt zu bekommen. Da dem Finanzamt ein Ermessensspielraum zugestanden habe, komme es nicht darauf an, wie das Regressgericht die Rechtslage beurteile. Aufgrund der verbindlichen Auskunft wäre die Belastung des Erblassers durch die Steuernachzahlung vermieden worden.

II. Dies hält einer rechtlichen Überprüfung in wesentlichen Punkten nicht stand.

1. Im Ausgangspunkt zutreffend hat das Berufungsgericht angenommen, dass die Beklagten **verpflichtet waren, den Erblasser auf die Möglichkeit hinzuweisen, bei dem zuständigen Finanzamt eine verbindliche Auskunft einzuholen, und ihm ein solches Vorgehen zu empfehlen.**

a) Der Erblasser hatte den Beklagten das Mandat erteilt, ihn umfassend in steuerrechtlicher Hinsicht **bei dem von ihm beabsichtigten Anteilsverkauf zu beraten**. Gegenstand der Beratungspflichten war damit auch, eine **möglichst günstige Versteuerung des Veräußerungsgewinns zu erreichen** (vgl. BGH, NJW 1993, 2799, 2800).

b) Zweck der Steuerberatung ist es, die dem Auftraggeber fehlende Sach- und Rechtskunde auf diesem Gebiet zu ersetzen. **Die pflichtgemäße Steuerberatung verlangt daher sachgerechte Hinweise über die Art, die Größe und die mögliche Höhe eines Steuerrisikos, um den Auftraggeber in die Lage zu versetzen, eigenverantwortlich seine Rechte und Interessen zu wahren und eine Fehlentscheidung zu vermeiden** (BGHZ 129, 386, 396 = NJW 1995, 2108; BGH, NJW 1996, 2571 = WM 1996, 1841, 1843; NJW-RR 2006, 273 = WM 2005, 2345, 2346). Dies kann die Verpflichtung des Steuerberaters einschließen, den Mandanten auf die Möglichkeit einer **verbindlichen Auskunft des Finanzamts** hinzuweisen und diese gegebenenfalls auch zu beantragen (BGH, NJW-RR 2007, 1556 = NJW 2008, 442 L = WM 2007, 903, 904).

Nach dem Gebot des sichersten Weges (vgl. BGH, NJW 2001, 675 = WM 2000, 2431, 2435) kommt dies insbesondere dann in Betracht, **wenn die Rechtslage nach Ausschöpfung der eigenen Erkenntnismöglichkeiten ungeklärt und die Angelegenheit von schwerwiegender Bedeutung für die Entscheidung des Mandanten ist**. Betrifft die Beratung in einem solchen Fall eine einschneidende, dauerhafte und später praktisch nicht mehr rückgängig zu machende rechtliche Gestaltung, **hat der Steuerberater die Einholung einer Auskunft des Finanzamts zu empfehlen** (BGH, NJW-RR 2007, 1556 = NJW 2008, 442 L).

c) Die Voraussetzungen dieser Pflicht hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei bejaht. Wie es im Einzelnen dargelegt hat, mussten die Beklagten auch nach der gebotenen und ihnen möglichen Prüfung im Zweifel sein, ob ohne Übertragung des Betriebsvermögens der ermäßigte Steuersatz Anwendung finden kann. Es ging um erhebliche wirtschaftliche Folgen für den Mandanten, standen doch 333.000 EUR auf dem Spiel. Waren die Beteiligungen ohne einen entsprechenden Anteil am Betriebsgrundstück übertragen, konnten etwaige steuerliche Nachteile dieser Gestaltung nicht mehr rückgängig gemacht werden.

d) **Unzutreffend ist die Ansicht des Berufungsgerichts, die Beklagten hätten sich „um eine verbindliche Auskunft des Finanzamts bemühen“ müssen**. Dies geht zu weit, weil die Beklagten die Erwägung, eine amtliche Auskunft einzuholen, zunächst einmal dem Erblasser hätten unterbreiten müssen. Die Entscheidung musste – wie stets – dem Mandanten verbleiben.

2. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts darf das Regressgericht jedoch nicht davon ausgehen, dass die ordnungsgemäße Beratung des Erblassers letztlich zu einer ihm günstigen verbindlichen Auskunft geführt und damit den Steuerschaden vermieden hätte.

a) **Es ist bereits offen, ob der Erblasser der Anregung, sich um eine verbindliche Auskunft zu bemühen, gefolgt wäre**. Insoweit greift die Vermutung beratungsgerechten Verhaltens nicht ein. Für diesen Anwendungsfall des Anscheinsbeweises ist kein Raum, wenn nicht nur eine einzige, sondern **mehrere Entscheidungsmöglichkeiten** ernsthaft in Betracht kommen und sämtliche gewisse Risiken in sich bergen, die zu gewichten und untereinander abzuwägen sind (BGHZ 123, 311, 314 ff = NJW 1993, 3259; BGH, NJW-RR 1999, 641 = WM 1999, 645, 646; NJW-RR 2001, 1351 = WM 2001, 741, 743).

Für die Einholung einer verbindlichen Auskunft sprach, dass auf diese Weise, falls sich das Finanzamt darauf einließ, Klarheit zu schaffen war, ob und wie der Erblasser den ermäßigten Steuersatz auf den Veräußerungserlös in Anspruch nehmen konnte. Erteilte das Finanzamt eine positive Auskunft, begründete diese für den Erblasser Vertrauensschutz. War die Auskunft negativ, konnte der Erblasser versuchen, auch einen entsprechenden Grundstücksanteil an den Erwerber der Teil-Beteiligungen zu veräußern und so doch noch den ermäßigten Steuersatz in Anspruch zu nehmen. Es gab jedoch auch Argumente dagegen, sich um eine verbindliche Auskunft zu bemühen. **Ob die Finanzbehörde eine solche erteilen würde, war keineswegs sicher**. Insofern hatte diese einen Ermessensspielraum. Das Ersuchen an die Finanzbehörde war zudem geeignet, die bisherige Praxis einer sorgfältigen kritischen Prüfung zu unterziehen. Immerhin hatte gerade die für den Erblasser zuständige Finanzbehörde bisher stets die dem Steuerpflichtigen günstige Auffassung vertreten. Sollte sie nunmehr eine verbindliche Auskunft erteilen und sich insofern festlegen, konnte dies Anlass für eine **vertiefte Prüfung und die Vorwegnahme der späteren Kehrtwendung** sein.

b) Falls der Erblasser sich um eine verbindliche Auskunft des Finanzamts hätte bemühen wollen, mag man mit dem Berufungsgericht annehmen, dass das angerufene Finanzamt eine positive Auskunft erteilt hätte. Darauf kommt es jedoch nicht an. **Entscheidend ist, welche Auskunft das Finanzamt richtiger Ansicht nach hätte erteilen müssen**. Richtigerweise hätte es den Antragsteller dahin verbescheiden müssen, dass ohne Mitveräußerung eines entsprechenden Anteils des Betriebsgrundstücks der Veräußerungsgewinn dem normalen Steuersatz unterliegt.

aa) Kommt es für die Feststellung der Ursächlichkeit einer Pflichtverletzung darauf an, wie die Entscheidung einer Behörde ausgefallen wäre, ist im Allgemeinen darauf abzustellen, **wie nach Auffassung des über den Ersatzanspruch entscheidenden Gerichts richtigerweise hätte entschieden werden müssen** (BGHZ 124, 86, 95 f = NJW 1994, 453; BGHZ 145, 256, 260 = NJW 2001, 146; BGH, NJW 1996, 48, 49; NJW 1996, 842, 843). Hätte die Verwaltungsbehörde nach Ermessen zu entscheiden gehabt, ist jedoch ausschlaggebend, **welche Ermessensentscheidung die Behörde tatsächlich getroffen hätte** (BGHZ 79, 223, 226 = NJW 1981, 920; BGH, NJW 1993, 2799 = WM 1993, 1677, 1679 f); hätte sich die tatsächlich getroffene Entscheidung nicht im Rahmen des der Verwaltung eingeräumten Ermes-

sens gehalten, ist allerdings wieder darauf abzustellen, wie das Inzidentverfahren nach Meinung des Regressgerichts hätte ausgehen müssen (BGH, NJW 1996, 842).

bb) Das Berufungsgericht hat ferner rechtsfehlerfrei angenommen, das zuständige Finanzamt hätte sein Ermessen dahin ausgeübt, dass eine verbindliche Auskunft nicht verweigert wird. Auf Rechtsirrtum beruht jedoch die Ansicht des Berufungsgerichts, das Finanzamt hätte nicht nur hinsichtlich der Frage, ob es eine solche Auskunft erteilt, sondern auch hinsichtlich des Inhalts der Auskunft Ermessen gehabt. Insofern hatte es eine **rechtlich gebundene Entscheidung** zu treffen, sich also an der objektiven Rechtslage zu orientieren. Deshalb **kommt es darauf an, wie das Regressgericht diese Rechtslage** beurteilt.

cc) Richtiger Ansicht nach hätte das Finanzamt schon im Jahr 1996 die steuerliche Frage zuungunsten des Erblassers beantworten müssen. Die Rechtslage ist inzwischen durch den Bundesfinanzhof geklärt (BFHE 192, 419, 421 = NJW 2001, 534; BFHE 192, 534, 538 = NZG 2001, 698). Umfasst ein Mitunternehmeranteil auch Sonderbetriebsvermögen, das zu den wesentlichen Betriebsgrundlagen zählt, ist danach bei Veräußerung eines Teilanteils der dabei entstehende Gewinn nur dann ermäßigt zu besteuern, wenn auch ein entsprechender Bruchteil des Sonderbetriebsvermögens veräußert wird. Das Betriebsgrundstück gehört zu den wesentlichen Betriebsgrundlagen (BFHE 192, 419, 422 = NJW 2001, 534; vgl. ferner BFHE 192, 534, 537 = NZG 2001, 698). In dem Zeitpunkt, als die verbindliche Auskunft hätte erteilt werden müssen, wenn darum nachgesucht worden wäre und das Finanzamt sich zu der Erteilung entschlossen hätte, wäre eine abweichende Antwort nicht rechters gewesen. Denn die Grundlagen der rechtlichen Beurteilung waren damals keine anderen.

c) **Da der Erblasser nach dem regelgerechten Lauf der Dinge nicht mit einem ihm günstigen Inhalt der verbindlichen Auskunft hätte rechnen können, hätte er sein Ziel einer Besteuerung nach dem ermäßigten Steuersatz nur erreichen können, wenn es ihm gelungen wäre, auch einen Grundstücksteil an den Erwerber zu veräußern.** Insofern haben die Beklagten geltend gemacht, dass der Erwerber finanziell nicht in der Lage gewesen wäre, außer dem Kaufpreis für die Gesellschaftsbeteiligungen auch noch einen Betrag für den Grundstücksteil aufzubringen, Feststellungen hierzu hat der Tatrichter nicht getroffen.

3. Die im Jahre 1996 tatsächlich noch bestehende, rechtlich jedoch unbeachtliche (vgl. II. 2. b) cc), Rdnr. 18) Möglichkeit, dass das Finanzamt – rechtswidrig – die erwünschte verbindliche Auskunft erteilt, könnte im Übrigen keinen Schaden im Rechtssinne begründen. Auszugehen ist von dem **normativen Schadenbegriff**. Ein Geschädigter soll grundsätzlich im Wege des Schadenersatzes nicht mehr erhalten als dasjenige, was er nach der materiellen Rechtslage hätte verlangen können. Der Verlust einer tatsächlichen oder rechtlichen Position, auf die er keinen Anspruch hat, ist grundsätzlich kein erstattungsfähiger Nachteil (BGHZ 125, 27, 34 = NJW 1994, 858; BGHZ 145, 256, 262 = NJW 2001, 146; BGH, NJW-RR 2001,

204 = WM 2000, 1808, 1809; NJW 2001, 673 = WM 2000, 1814, 1816). Durch eine fiktive Entscheidung, die gerade mit diesem Inhalt nicht hätte ergehen dürfen, wird kein schutzwürdiger Besitzstand begründet.

III. Das angefochtene Urteil ist somit aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Die Sache ist zur neuen Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 ZPO), damit geprüft wird, ob der Erblasser bei ordnungsgemäßer Beratung sich dafür entschieden hätte, einen entsprechenden Grundstücksanteil mitzuveräußern, und dieses Vorhaben auch hätte durchführen können.

Gegebenenfalls wird nach § 287 ZPO im Rahmen eines **Gesamtvermögensvergleichs** (vgl. hierzu BGH, NJW-RR 2004, 1210 = WM 2004, 472, 474; WM 2005, 999, 1000) zu untersuchen sein, wie sich die nunmehrige Vermögenslage der Klägerinnen, welche noch Eigentümerinnen des gesamten Betriebsgrundstücks sind und insgesamt dessen Früchte genießen können, zu der fiktiven Vermögenslage verhält, die bestünde, wenn auch ein Grundstücksanteil an den Erwerber mitveräußert worden wäre. ■

Notarhaftung

- Steuerliche Belehrungspflicht, Auskunft
 - Unternehmensverkauf, § 25 HGB, § 75 AO
 - Steuerliche Gefahrenlage
 - Erweiterte Belehrungspflicht
- (BGH, Urt. v. 20.9.2007 – III ZR 33/07)

Leitsätze:

1. Der Notar ist regelmäßig nicht nach § 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG aufgrund seiner Pflicht zur Rechtsbelehrung oder seiner allgemeinen Betreuungspflicht aus § 14 Abs. 1 Satz 2 BNotO gehalten, auf steuerrechtliche Folgen des beurkundeten Geschäfts hinzuweisen (Rdnr. 10). Ihn trifft hinsichtlich des Entstehens einer Umsatzsteuerpflicht keine allgemeine Belehrungspflicht (Rdnr. 11).

2. Korrigiert ein Notar einen Teilaspekt einer ihm von den Urkundsbeteiligten vorgegebenen steuerlichen Gestaltung des Geschäfts, so beschränkt sich seine Prüfungs- und Belehrungspflicht regelmäßig auf diesen Teilaspekt (Rdnr. 17).

3. Den Notar trifft keine allgemeine Belehrungspflicht, wer eine infolge des beurkundeten Rechtsgeschäfts anfallende Umsatzsteuerpflicht zu tragen hat oder dafür haftet, soweit nicht besondere Umstände eine Belehrung erfordern (Rdnr. 19). Ein Hinweis auf die Haftung nach § 75 AO ist jedoch erforderlich, wenn in einem Unternehmenskaufvertrag die Haftung nach § 25 Abs. 1 HGB gemäß § 25 Abs. 2 HGB ausgeschlossen wird (Rdnr. 20). ■

Zum Sachverhalt:

Die Klägerin, eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, erwarb aufgrund des vom beklagten Notar am 17.12.1998 beurkundeten Kaufvertrages Gewerbeimmobilien zum „Festpreis“ von 4.559.338 DM. Der Verkäufer, der bis 1989 als Steuerberater tätig gewesen war, hatte dem Beklagten die Kaufpreise und die Umsatzsteuerbeträge für die jeweiligen gewerblichen Einheiten ausdrücklich vorgegeben. Dabei war in den angeführten Umsatzsteuerbeträgen unberücksichtigt geblieben, dass nach der damaligen Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs bei Übernahme der Grunderwerbsteuer durch den Käufer die Hälfte davon zum umsatzsteuerlichen Entgelt gehörte. Auf Veranlassung des Beklagten, dem diese Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs bekannt war, wurde die Umsatzsteuer einschließlich des Betrages ausgewiesen, der sich unter Berücksichtigung der hälftigen Grunderwerbsteuer ergab. Die Klägerin zahlte 624.338 DM Umsatzsteuer an den Verkäufer, der den Betrag jedoch nicht an das Finanzamt abführte.

Die Grunderwerbsteuer wurde vom zuständigen Finanzamt auf der Grundlage des im Vertrag vereinbarten „Festpreises“ berechnet, in dem die Umsatzsteuer berücksichtigt war, die sich unter Einbeziehung der hälftigen Grunderwerbsteuer im umsatzsteuerlichen Entgelt ergab. Die Grunderwerbsteuer wurde deshalb um 11.172,66 EUR zu hoch festgesetzt.

Die Klägerin machte zunächst die Zahlung der Umsatzsteuer an den Verkäufer erfolgreich als Vorsteuer geltend. Nach einer Umsatzsteuerprüfung lehnte die Finanzverwaltung jedoch mit Bescheid vom Juli 2002 den Vorsteuerabzug ab, da Gewerbegrundstücke unter Fortführung der bestehenden Pacht-/Mietverträge an den Erwerber übertragen worden seien.

Dem Bescheid lag die mit Urteil des Bundesfinanzhofs vom 2.4.1998 geänderte, sechs Wochen vor der Beurkundung im Bundessteuerblatt veröffentlichte und dem Beklagten unbekannt gebliebene Rechtsprechung zugrunde, dass nur die tatsächlich geschuldete Umsatzsteuer als Vorsteuer abziehbar und nicht allein deren Ausweis in der Rechnung Voraussetzung für den Vorsteuerabzug sei.

Die Klägerin beantragte die Aussetzung der Vollziehung des Umsatzsteuerbescheides. Dies lehnte das Finanzgericht ab. Die hiergegen eingelegte Beschwerde wies der Bundesfinanzhof mit der Begründung zurück, es sei nicht ernsthaft zweifelhaft, dass bei der Übertragung verpachteter/vermieteter Gewerbeimmobilien unter Fortführung der Pacht-/Mietverträge durch den Erwerber eine nicht steuerbare Geschäftsveräußerung i.S.d. § 1 Abs. 1a UStG vorliege. Daraufhin nahm die Klägerin die von ihr erhobene Klage auf Änderung des Umsatzsteuerbescheides zurück.

Mit der Klage macht die Klägerin die Beträge geltend, die sie nicht im Wege der Vorsteuer hat abziehen können, des Weiteren Säumniszuschläge, Gerichtskosten, Rechtsanwaltskosten sowie Zinsen und die wegen der im Vertrag höher ausgewiesenen Umsatzsteuer erhöhte Grunderwerbsteuer. Klage und Berufung der Klägerin hatten keinen Erfolg.

Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihr Zahlungsbegehren weiter.

Die Revision ist unbegründet. ■

Aus den Gründen:

I. Nach Auffassung des Berufungsgerichts (*MittBayNot 2007, 423 mit Anm. Stelzer*) steht der Klägerin kein Schadenersatzanspruch gegen den Beklagten zu. Der Beklagte habe seine Pflichten als Notar nicht verletzt. Spezielle Kenntnisse im Umsatzsteuerrecht könnten vom Notar nicht verlangt werden. Der Beklagte habe auch keine Kenntnis von der Änderung der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs haben müssen. Ein allgemeiner Hinweis auf § 75 AG habe nicht zur Belehrungspflicht gehört. Der Umstand, dass der Beklagte die Umsatzsteuerbeträge im Kaufvertrag im Hinblick auf die hälftige Grunderwerbsteuer erhöht habe, habe nicht die Pflicht zur Überprüfung des Umsatzsteuerausweises insgesamt begründet.

II. Das Berufungsurteil hält den Angriffen der Revision im Ergebnis stand.

1. Der Klägerin steht kein Anspruch auf Schadenersatz gemäß § 19 Abs. 1 Satz 1 BNotO wegen eines unterbliebenen Hinweises auf die fehlende Umsatzsteuerpflicht hinsichtlich des vom Beklagten beurkundeten Kaufvertrages zu.

a) Eine allgemeine Pflicht zur Belehrung über die Rechtslage hinsichtlich der Umsatzsteuerpflichten ergab sich nicht aus § 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG oder § 14 Abs. 1 Satz 2 BNotO.

aa) Der Notar ist regelmäßig **nicht nach § 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG aufgrund seiner Pflicht zur Rechtsbelehrung oder seiner allgemeinen Betreuungspflicht aus § 14 Abs. 1 Satz 2 BNotO gehalten, auf steuerrechtliche Folgen des beurkundeten Geschäfts hinzuweisen** (BGH, *Urt. v. 13.6.1995 – IX ZR 203/94, NJW 1995, 2794; v. 14.5.1992 – IX ZR 262/91, NJW-RR 1992, 1178, 1180*). Denn diese gehören typischerweise nicht zum Inhalt eines Kaufvertrages selbst, sondern **ergeben sich kraft Gesetzes als Folgen** daraus.

Eine sichere Beurteilung der steuerlichen Folgen wird dem Notar allein aufgrund der Beurkundung ebenso wenig möglich sein wie die Klärung der für die Beurteilung maßgeblichen tatsächlichen **Verhältnisse des Einzelfalls** mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln (*vgl. Senatsurt. v. 26.3.1953 – III ZR 14/52, DNotZ 1953, 492, 494*). Der Notar ist nicht verpflichtet, Tatsachen zu **ermitteln**, die für das mögliche Eingreifen von Steuertatbeständen von Bedeutung sein können (BGH, *Urt. v. 13.6.1995 – IX ZR 203/94, NJW 1995, 2794*). Im Bedarfsfall müssen sich die Beteiligten über Steuerfragen von Fachkräften gesondert beraten lassen.

Jedoch kann eine **erweiterte Belehrungspflicht** im Hinblick auf eine in besonderen Umständen des Einzelfalls wurzelnde, den Beteiligten unbewusste **steuerliche Gefahrenlage** bestehen, **wenn der Notar diese erkennt oder zumindest erkennen kann**. Inhalt und Umfang der Belehrungspflicht hängen davon ab, wie konkret der Notar die drohenden steuerlichen

Folgen kennt. Kennt er sie positiv, muss er davor **warnen**. Kennt er sie zwar nicht, muss er aber annehmen, dass das geplante Geschäft von allen Beteiligten wegen mangelnder Kenntnis der Rechtslage (BGHZ 58, 343, 348; BGH, Urt. v. 2.6.1981 – VI ZR 148/79, WM 1981, 942, 943) nicht erkannte und nicht gewollte steuerliche Auswirkungen haben könnte, **muss er empfehlen, die steuerliche Seite von einem Fachmann überprüfen zu lassen** (BGH, Urt. v. 22.5.2003 – IX ZR 201/01, NJW-RR 2003, 1498). Der Umfang der Belehrungspflicht richtet sich auch danach, ob die Beteiligten einer notariellen Beurkundung **geschäftsgewandt und einschlägig beraten** sind.

Hinsichtlich des Entstehens einer **Umsatzsteuerpflicht** trifft den Notar keine allgemeine Belehrungspflicht (BGH, Urt. v. 20.4.1971 – VI ZR 225/69, VersR 1971, 740; ablehnend für die Grunderwerbsteuerpflicht BGH, Urt. v. 21.11.1978 – VI ZR 227/77, DNotZ 1979, 228; v. 14.5.1992 – IX ZR 262/91, NJW-RR 1992, 1178, 1180; RG, JW 1932, 2855).

bb) Nach diesen Grundsätzen traf den Beklagten keine Pflicht zur Belehrung über die Frage des Bestehens oder Nichtbestehens einer Umsatzsteuerpflicht. Diese Frage ließ sich nicht allein aufgrund des Inhalts der Urkunde beantworten. Hinzu kam, dass der **Verkäufer selbst Steuerberater** gewesen war, der den Ausweis der Mehrwertsteuer im notariellen Vertrag vorschlug. Hinsichtlich der Klägerin durfte der Beklagte angesichts des beabsichtigten Geschäfts und seines Volumens davon ausgehen, dass sie **geschäftsgewandt und steuerrechtlich beraten** war.

3. Den Beklagten traf auch keine allgemeine Pflicht, die **steuerrechtliche Rechtsprechung zur Umsatzsteuer** zu verfolgen. Schon deshalb kann dem Beklagten nicht vorgeworfen werden, ihm sei das ca. sechs Wochen vor der Beurkundung veröffentlichte Urteil des Bundesfinanzhofs (BFHE 185, 536 = BStBl II 1998, 695) unbekannt gewesen, wonach ein Recht zum Vorsteuerabzug nicht mehr allein dadurch begründet werden konnte, dass die Umsatzsteuer in der Rechnung bzw. im vorliegenden Fall im Kaufvertrag ausgewiesen wurde.

Dass den Parteien wegen Unkenntnis der Rechtslage ein **Schaden** entstehen könnte, brauchte der Beklagte angesichts der sich für ihn darstellenden Situation bei diesen Beteiligten nicht anzunehmen. Eines wegen seiner Unkenntnis über die steuerrechtliche Lage allein in Betracht kommenden Hinweises an die Beteiligten der Beurkundung, sich steuerrechtlich beraten zu lassen, bedurfte es deshalb seitens des Beklagten nicht.

b) Eine Hinweispflichtverletzung bezüglich der Umsatzsteuerlast ist dem Beklagten auch nicht im Hinblick darauf vorzuwerfen, dass er die Umsatzsteuerbeträge im Kaufvertrag nicht allein anhand des Nettokaufpreises, sondern unter Einschluss der hälftigen Grunderwerbsteuer berechnete.

Auch ohne eine allgemeine Pflicht zur Belehrung über steuerrechtliche Fragen kann sich eine solche daraus ergeben, **dass der Notar im Zusammenhang mit dem beurkundeten Rechtsgeschäft über steuerrechtliche Fragen berät und dabei eine**

unrichtige, unklare oder nicht erkennbar unvollständige Auskunft erteilt (BGH, Urt. v. 5.11.1982 – V ZR 217/81, VersR 1983, 181, 182).

Ausgehend von der ihm von den als geschäftsgewandt und steuerlich beraten erscheinenden Beteiligten vorgegebenen steuerlichen Rechtslage war seine Korrektur richtig und sachgemäß. Denn nach der damals maßgeblichen Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs gehörte die hälftige Grunderwerbsteuer zum Kaufpreis, wenn der Käufer sie vollständig trug, und erhöhte insoweit die Bemessungsgrundlage für die Umsatzsteuer (vgl. BFHE 130, 571; anders jetzt BFHE 212, 187). Nach allgemeinen Grundsätzen wäre der Beklagte aufgrund seiner steuerrechtlichen Kenntnis bezüglich dieses Gesichtspunktes bei der ihm steuerlich vorgegebenen Gestaltung sogar verpflichtet gewesen, die Urkundsbeteiligten darauf hinzuweisen, dass die Umsatzsteuer nicht korrekt ausgewiesen ist.

Wenn ein Notar einen Teilaspekt korrigiert und insoweit ein Versehen der Urkundsbeteiligten ausgleicht, so hat dies für die Urkundsbeteiligten erkennbar nicht die Bedeutung, dass er damit für die Richtigkeit der steuerlichen Grundkonzeption des Geschäfts insgesamt haftungsrechtlich einstehen und dafür eine Gewähr übernehmen will. Vielmehr **beschränkt sich seine Prüfungs- und Belehrungspflicht regelmäßig dann allein auf den von ihm korrigierten Teilaspekt**.

c) Eine Schadenersatzpflicht des Beklagten folgt auch nicht aus einer unterbliebenen **Belehrung über § 75 Abs. 1 AO**. Nach dieser Vorschrift haftet ein Erwerber, dem ein Unternehmen oder ein in der Gliederung eines Unternehmens gesondert geführter **Betrieb im Ganzen übereignet wird, für Steuern, bei denen sich die Steuerpflicht auf den Betrieb des Unternehmens gründet, mit gewissen zeitlichen Einschränkungen**. Die Norm erfasst auch die Umsatzsteuer, soweit sie infolge der Betriebsveräußerung anfällt (BFHE 135, 394).

aa) Wenn den Notar keine Belehrungspflicht über die Frage des Bestehens der Umsatzsteuerpflicht trifft, die infolge des beurkundeten Rechtsgeschäfts anfällt, bedarf es auch nicht einer Belehrung darüber, wer eine solche, so sie denn anfällt, zu tragen hat oder dafür haftet, soweit nicht besondere Umstände eine Belehrung erfordern (vgl. RGZ 142, 424, 425; Reithmann in: Reithmann/Albrecht, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung 8. Aufl., Rdnr. 237; Ickenroth, MittRhNotK 1979, 85, 98 zu § 75 AO; ablehnend auch für die Belehrung zur Zweithaftung hinsichtlich der Grunderwerbsteuer nach § 44 Abs. 1 AG Ganter in: Zugehör/Ganter/Hertel, Handbuch der Notarhaftung 2004, Rdnr. 1247; Reithmann, a.a.O., Rdnr. 235).

Eine Belehrung könnte sogar zu einer Rückfrage der Urkundsbeteiligten führen, ob solche Steuern denn anfallen, die der Notar nicht beantworten muss, was die Urkundsbeteiligten ohne konkreten Anlass verunsichern wird.

Umstände, die eine Belehrungspflicht auslösen, werden in der Literatur angenommen, **wenn in einem Unternehmenskaufvertrag die Haftung nach § 25 Abs. 1 HGB gemäß § 25**

Abs. 2 HGB im Vertrag ausgeschlossen wird (Haug, *Die Amtshaftung des Notars* 2. Aufl., Rdnr. 476; Frenz in: *Eylmann/Vaasen, BNotO/BeurkG* 2. Aufl., § 17 BeurkG Rdnr. 19; Sandkühler in: *Arndt/Lerch/Sandkühler, BNotO* 5. Aufl., § 14 Rdnr. 150; Ickenroth, *MittRhNotK* 1979, 85, 98; vgl. auch Ganter in: *Zugehör/Ganter/Hertel, Handbuch der Notarhaftung*, Rdnr. 1049, 1089, 1094; ders. in: *Limmer/Hertel/Frenz/Mayer, Würzburger Notarhandbuch, Teil 1 Kap. 6, Rdnr. 1403 f*). Dann kann sich ein folgeschwerer Irrtum mit einer entsprechenden Gefahrenlage für den Erwerber ergeben, weil sich die von den Parteien gewollte und zur Geschäftsgrundlage gemachte Beschränkung der Haftung des Erwerbers im steuerlichen Bereich wegen der Unabdingbarkeit des § 75 AO nicht verwirklichen lässt,

bb) Eine Belehrung über § 75 AO war hier objektiv nicht erforderlich, da mangels Umsatzsteuerpflichtigkeit des beurkundeten Rechtsgeschäfts keine Haftung nach § 75 AO in Betracht kommen konnte. Im Übrigen war kein Haftungsausschluss für Verbindlichkeiten, die vor Übertragung der Teileigentumsanteile entstanden waren, vereinbart, **so dass sich § 75 AO nicht als Haftungsfall erweisen konnte**. Es bleibt deshalb dabei, dass der Beklagte nicht über das Entstehen bzw. Nichtentstehen der Umsatzsteuerpflicht und dann auch nicht über eine (Zweit-)Haftung für diese zu belehren hatte.

2. Der Klägerin steht auch kein Anspruch aus § 19 Abs. 1 Satz 1 BNotO wegen der Einbeziehung der hälftigen Grunderwerbsteuer in das umsatzsteuerliche Entgelt als Bemessungsgrundlage für die im vertraglich vereinbarten „Festpreis“ eingeflossene Umsatzsteuer und der vom Finanzamt höher ermittelten Grunderwerbsteuer zu. Die von der Klägerin geltend gemachte Verletzung notarieller Amtspflichten durch den Beklagten liegt nicht vor. Ausgehend von der von den Beteiligten der Beurkundung dem Beklagten vorgegebenen Auffassung von der Umsatzsteuerpflicht des Rechtsgeschäfts, die er nicht zu prüfen verpflichtet war, war die Einbeziehung der hälftigen Grunderwerbsteuer korrekt (s. unter II. 1. b)). ■

Rechtsmittel

- Schriftsatz an falsches Gericht
- Pflicht zur Weiterleitung an das zuständige Gericht
- Vertrauen des Anwalts auf Weiterleitung
- Kenntnis der falschen Adressierung (BGH, *Beschl. v. 28.6.2007 – V ZB 187/06*)

Leitsatz:

Ist ein für das Rechtsmittelgericht bestimmter fristgebundener Schriftsatz bei dem mit der Sache befassten erstinstanzlichen Gericht eingereicht worden, darf der Rechtsanwalt auf dessen Weiterleitung im ordentlichen Geschäftsgang auch dann vertrauen, wenn er seinen Fehler noch rechtzeitig vor Fristablauf bemerkt. ■

Aus den Gründen:

I. Die Beklagte ist durch ein am 2.12.2005 verkündetes Urteil des Landgerichts zur Zahlung verurteilt worden. Mit einem an das Landgericht gerichteten Schriftsatz vom 24.4.2006 legte der Prozessbevollmächtigte der Beklagten gegen das noch nicht zugestellte Urteil Berufung ein und beantragte zugleich, ihm das Urteil kurzfristig zu übermitteln. Dies geschah am 2.5.2006. Den Schriftsatz vom 24.4.2006 leitete das Landgericht nicht an das Oberlandesgericht weiter.

Am letzten Tag der Berufungsbegründungsfrist fragte ein Mitarbeiter des Prozessbevollmächtigten der Beklagten bei dem Oberlandesgericht nach dem dortigen Aktenzeichen und erhielt die Mitteilung, dass eine Berufung in dieser Sache nicht registriert sei. Die Beklagte hat ihre rechtzeitig eingegangene Berufungsbegründung mit dem Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die versäumte Berufungsfrist verbunden.

Das Oberlandesgericht hat den Wiedereinsetzungsantrag zurückgewiesen und die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts als unzulässig verworfen. Dagegen richtet sich die Rechtsbeschwerde der Beklagten. Die Klägerin beantragt die Zurückweisung des Rechtsmittels.

II. Das Berufungsgericht meint, die Beklagte könne sich nicht darauf berufen, dass das Landgericht verpflichtet gewesen sei, die Berufungsschrift an das Oberlandesgericht zu senden. Zwar müsse ein zuvor mit dem Verfahren befasstes Gericht nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs eine Rechtsmittelschrift an das zuständige Gericht weiterleiten. Hier gelte aber etwas anderes, weil der Schriftsatz vom 24.4.2006 inhaltlich nicht nur für das Oberlandesgericht, sondern auch für das Landgericht bestimmt gewesen sei. Zudem habe der Prozessbevollmächtigte der Beklagten anlässlich der Zustellung des Urteils am 2.5.2006 die falsche Adressierung der Berufungsschrift bemerken und die rechtzeitige Berufungseinlegung sicherstellen können. Er habe auch damit rechnen müssen, dass das Landgericht den Schriftsatz vom 24.4.2006 durch die Urteilszustellung als beantwortet ansehen und ihn deshalb nicht an das Oberlandesgericht weiterleiten würde.

Der Prozessbevollmächtigte sei deshalb gehalten gewesen, innerhalb der bis zum 2.6.2006 laufenden Berufungsfrist bei dem Oberlandesgericht nachzufragen, ob der Schriftsatz dort eingegangen sei. Da er dies unterlassen habe, sei die Berufungsfrist nicht ohne Verschulden der Beklagten versäumt worden.

III. 1. Die Rechtsbeschwerde ist statthaft (§§ 574 Abs. 1 Nr. 1, 238 Abs. 2 Satz 1, 522 Abs. 1 Satz 4 ZPO) und auch zulässig. Die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordert eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts, weil das Berufungsgericht die Anforderung an das, was eine Partei veranlassen haben muss, um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu erlangen, überspannt und dadurch den Anspruch der Beklagten auf Gewährung wirkungsvollen Rechtsschutzes (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip) verletzt hat (vgl. *Senat, BGHZ 151, 221, 226*).

2. Die Rechtsbeschwerde ist begründet.

a) Das Berufungsgericht geht zwar zutreffend davon aus, dass die Beklagte die Berufungsfrist (§ 517 ZPO) versäumt hat, weil die **Einreichung einer Rechtsmittelschrift bei einem unzuständigen Gericht nicht fristwährend** wirkt und der Schriftsatz vom 24.4.2006 nicht innerhalb eines Monats seit Zustellung des erstinstanzlichen Urteils an das Oberlandesgericht gelangt ist.

b) Der Beklagten ist auf ihren rechtzeitigen Antrag hin jedoch Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren (§§ 233, 234 ZPO).

aa) Nach der auf eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zurückgehenden Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs **darf ein Rechtsuchender darauf vertrauen, dass ein mit der Sache bereits befasstes Gericht einen bei ihm eingereichten, aber für das Rechtsmittelgericht bestimmten Schriftsatz im ordentlichen Geschäftsgang dorthin weiterleiten wird.**

Geht der Schriftsatz dabei so zeitig ein, dass die fristgerechte Weiterleitung an das Rechtsmittelgericht im ordentlichen Geschäftsgang ohne Weiteres erwartet werden kann, darf die Partei auch darauf vertrauen, dass er noch fristgerecht bei dem Rechtsmittelgericht eingeht. Geschieht dies tatsächlich nicht, ist der Partei Wiedereinsetzung in den vorigen Stand unabhängig davon zu gewähren, auf welchen Gründen die fehlerhafte Einreichung beruht (vgl. BVerfGE 93, 99, 115; BGH, Beschl. v. 1.12.1997 – II ZR 85/97, NJW 1998, 908; v. 3.9.1998 – IX ZB 46/98, VersR 1999, 1170, 1171; v. 27.7.2000 – III ZB 28/00, NJW-RR 2000, 1730, 1731; v. 6.6.2005 – II ZB 9/04, NJW-RR 2005, 1373; v. 3.7.2006 – II ZB 24/05, NJW 2006, 3499). **Hiernach durfte die Beklagte darauf vertrauen, dass ihre mehr als fünf Wochen vor Ablauf der Berufungsfrist bei dem Landgericht eingereichte Berufungsschrift an das Oberlandesgericht weitergeleitet werden und dort rechtzeitig eingehen würde.**

bb) Die von dem Berufungsgericht hervorgehobenen Besonderheiten des Sachverhalts rechtfertigen keine Abweichung von diesem Grundsatz.

(1) Die Verpflichtung des Landgerichts, den Schriftsatz vom 24.4.2006 an das Oberlandesgericht weiterzuleiten, entfiel entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht deshalb, weil dieser neben der Berufungseinlegung auch den – zutreffenderweise – an das Landgericht gerichteten Antrag enthielt, das erstinstanzliche Urteil zu übermitteln. Zwar durfte und musste sich das Landgericht zunächst mit dem in seinen Zuständigkeitsbereich fallenden Antrag befassen. Da dieser in der Sache aber nur eine Erinnerung an die Zustellung des verkündeten Urteils enthielt, also nichts erforderlich machte, was nicht ohnehin von Amts wegen zu geschehen hatte (§ 317 Abs. 1 Satz 1 ZPO), hätte das Landgericht feststellen müssen, dass der Antrag die Weiterleitung des Schriftsatzes an das Oberlandesgericht nicht hinderte. Aus diesem Grund und **weil die Einlegung der Berufung – auch der äußeren Gestaltung nach – erkennbar das Haupt-**

anliegen des Schriftsatzes war, musste der Prozessbevollmächtigte der Beklagten auch nicht damit rechnen, dass das Landgericht den Schriftsatz durch die nachfolgende Zustellung des erstinstanzlichen Urteils als beantwortet ansehen würde.

Die Weiterleitung an das Oberlandesgericht durfte, anders als das Berufungsgericht meint, nicht deshalb unterbleiben, weil der Schriftsatz, da er inhaltlich auch für das Landgericht bestimmt war, in die Akte des Landgerichts gehörte. Der Schriftsatz hätte seine **Eigenschaft als Aktenbestandteil** nicht dadurch verloren, dass er an das Oberlandesgericht weitergereicht worden wäre, dieses anschließend die Akten des Landgerichts angefordert und den Schriftsatz dann in diese oder in einen neu anzulegenden Aktenband eingheftet hätte.

(2) Ob der Prozessbevollmächtigte der Beklagten die falsche Adressierung der Berufungsschrift anlässlich der Zustellung des erstinstanzlichen Urteils erkennen konnte oder tatsächlich erkannt hat, ist entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts unerheblich. Es trifft nicht zu, dass die Verpflichtung eines Gerichts, eine Rechtsmittelschrift an das Rechtsmittelgericht weiterzuleiten, nur dann zur Wiedereinsetzung in den vorigen Stand führt, wenn die **falsche Adressierung bis zum Fristablauf unbemerkt bleibt. Der Rechtsuchende darf darauf vertrauen, dass das mit der Sache befasst gewesene Gericht den bei ihm eingegangenen, aber für das Rechtsmittelgericht bestimmten Schriftsatz im ordentlichen Geschäftsgang dorthin weiterleiten wird** (BVerfGE 93, 99, 115).

Wer darauf vertrauen darf, dass sein Fehler korrigiert wird, darf dies auch und gerade dann tun, **wenn er seinen Fehler bemerkt.** Dementsprechend hat der Bundesgerichtshof bereits entschieden, dass es, wenn eine fristgerechte Weiterleitung im ordentlichen Geschäftsgang erwartet werden konnte, ohne Bedeutung ist, ob die Partei oder ihr Prozessbevollmächtigter die falsche Adressierung der Rechtsmittelschrift noch rechtzeitig bemerkt hat und daher selbst in der Lage war, durch Einreichung einer neuen fehlerfreien Berufungsschrift die Frist auch auf anderem Weg zu wahren (BGH, Beschl. v. 1.12.1997 – II ZR 85/97, NJW 1998, 908, 909). ■

Fristenkontrolle

- Aktenvorlage
 - Vorfrist, Fristende
 - Prüfungspflichten
- (BGH, Urt. v. 25.4.2007 – VI ZB 66/06)

Leitsatz:

Zur Pflicht eines Rechtsanwalts, die Eintragung des Fristendes für eine Berufungsbegründung auf ihre Richtigkeit zu überprüfen, wenn ihm die Handakte aufgrund einer notierten Vorfrist vorgelegt wird. ■

Aus den Gründen:

(...) II, 3. Das Berufungsgericht hat den Wiedereinsetzungsantrag des Beklagten zu Recht zurückgewiesen und die Berufung des Beklagten als unzulässig verworfen. Der Beklagte hat die Berufungsbegründungsfrist nicht unverschuldet versäumt. Das Versäumnis beruht auf einem Verschulden seines Prozessbevollmächtigten, das er sich nach § 85 Abs. 2 ZPO anrechnen lassen muss.

a) Nach dem Vortrag des Beklagten unterließ der zuverlässigen Mitarbeiterin seines Prozessbevollmächtigten **beim Notieren der verlängerten Berufungsbegründungsfrist ein Zahlendreher, indem sie statt des 26.6. den 29.6.2006 auf der Akte notierte**. Dieser Fehler fiel dem Prozessbevollmächtigten nicht auf, als ihm die **Akte am Tag der notierten Vorfrist, dem 19.6.2006, vorgelegt** wurde. Er überprüfte nicht die Richtigkeit der notierten Frist, sondern lediglich, ob aufgrund seines Arbeitsplans ausreichend Zeit für die Erledigung der Frist sei, wenn er sich mit der Sache am Tag vor dem Fristablauf befasse.

b) Danach hat der Prozessbevollmächtigte die Versäumung der Frist deswegen verschuldet, weil er die gebotene Fristkontrolle unterlassen hat, als ihm die Akten zu der notierten Vorfrist am 19.6.2006 vorgelegt wurden.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs **hat der Rechtsanwalt die Pflicht zur eigenverantwortlichen Prüfung, ob das Fristende richtig ermittelt und eingetragen worden ist, wenn ihm die Akten – wie hier auf Vorfrist – zur Bearbeitung vorgelegt werden** (vgl. *Senatsbeschl. v. 29.9.1998 – VI ZB 16/98, BRAB-Mitt 1998, 269; v. 9.3.1999 – VI ZB 3/99, VersR 1999, 866; BGH, Beschl. v. 6.7.1994 – VIII ZB 12/94, NJW 1994, 2831; v. 24.10.2001 – VIII ZB 19/01, VersR 2002, 1391 f; jeweils m.w.N.*).

Diese Prüfung muss zwar nicht sofort erfolgen, weil die Vorfrist gerade den Sinn hat, dem Rechtsanwalt einen gewissen Spielraum zur Bearbeitung bis zum endgültigen Ablauf der Frist zu verschaffen. Sie kann daher auch noch am folgenden Tag vorgenommen werden (vgl. *Senatsbeschl. v. 9.3.1999 – VI ZB 3/99, a.a.O.; v. 5.10.1999 – VI ZB 22/99, VersR 2000, 202, 204; BGH, Beschl. v. 24.10.2001 – VIII ZB 19/01, a.a.O.*).

Soll die Prüfung Sinn machen, darf sie jedoch nicht zurückgestellt werden, bis der Rechtsanwalt – gegebenenfalls erst am letzten Tag der Frist (vgl. *Senatsbeschl. v. 27.5.1997 – VI ZB 10/97, VersR 1997, 1252, 1253*) – **die eigentliche Bearbeitung der Sache vornimmt**.

Vielmehr entsteht die Prüfungspflicht mit Vorlage der Akten unabhängig davon, ob sich der Rechtsanwalt daraufhin zur sofortigen Bearbeitung der Sache entschließt (vgl. *Senatsbeschl. v. 29.9.1998 – VI ZB 16/98, a.a.O.; v. 23.1.2007 – VI ZB 5/06, EBE/BGH 2007, 83; BGH, Beschl. v. 11.12.1991 – VIII ZB 38/91, NJW 1992, 841; v. 6.7.1994 – VIII ZB 12/94, a.a.O.; v. 27.2.1997 – I ZB 50/96, NJW 1997, 1708; v. 24.10.2001 – VIII ZB 19/01, a.a.O.*). Dementsprechend **muss sich der Rechtsanwalt, der die eigentliche Sachbearbeitung**

zurückstellen will, bei der Vorlage auf Vorfrist auch davon überzeugen, ob ihm am Tag des Fristablaufs noch Zeit für die Anfertigung der Rechtsmittelbegründung oder für einen Antrag auf Verlängerung der Begründungsfrist verbleibt (*Senatsbeschl. v. 27.5.1997 – VI ZB 10/97; v. 29.9.1998 – VI ZB 16/98, a.a.O.*).

Auch hat der Senat bereits früher ausgeführt, der Rechtsanwalt habe jedenfalls dann Anlass zur eigenverantwortlichen Prüfung, ob das Fristende richtig ermittelt und festgehalten sei, wenn ihm die Sache anlässlich des bevorstehenden Fristablaufs vorgelegt werde; dass diese Verpflichtung auch und gerade dann entstehe, wenn dem Rechtsanwalt die Akten auf Vorfrist zur Anfertigung der Rechtsmittelbegründung vorgelegt werden, sei im Hinblick auf die Warnfunktion der Vorfrist selbstverständlich und bedürfe deshalb keiner näheren Darlegungen (*Senatsbeschl. v. 29.9.1998 – I ZB 16/98, a.a.O.*).

Die Rechtsbeschwerde beruft sich für ihre Auffassung demnach zu Unrecht auf den Senatsbeschluss vom 5.10.1999 (*VI ZB 22/99, a.a.O.*). Auch dort ist betont, dass die **Vorfrist dem Zweck dient, die Einhaltung der Hauptfrist zu sichern**. Dass die Akte nicht bereits am Tag der Vorlage auf die Vorfrist zur Hand genommen werden muss und dass die gesetzliche Frist, deren Einhaltung durch die Notierung der Vorfrist gesichert werden soll, voll ausgeschöpft werden darf, besagt nicht, dass die Akte ohne jegliche Prüfung der notierten Fristen bis zum letzten Tag der notierten Frist wieder weggelegt werden darf.

Auch auf den Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 25.10.2005 (*V ZR 111/05, BGH-Report 2006, 255 f*) beruft sich die Rechtsbeschwerde ohne Erfolg. Dort ist zwar (insoweit in BGH-Report 2006, 255 f nicht abgedruckt) ausgeführt, nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs müsse eine Sache, die aufgrund einer Vorfristenanordnung vorgelegt werde, nicht sofort bearbeitet und auch die vom Büropersonal notierte Frist nicht sofort überprüft werden.

Dabei ist indes Bezug genommen auf den Senatsbeschluss vom 9.3.1999 (*VI ZB 3/99, a.a.O.*), in dem ausgeführt ist, es könne nicht beanstandet werden, wenn der Rechtsanwalt die Bearbeitung der ihm als Vorfristsache vorgelegten Akten erst am Tag nach Vorlage in Angriff nehme und dabei die Fristen überprüfe.

In dem der Entscheidung vom 25.10.2005 zugrunde liegenden Fall endete die Frist bereits am Tag nach Ablauf der Vorfrist, so dass dem Rechtsanwalt ein Verschulden nicht zur Last gelegt werden konnte.

Im vorliegenden Fall geht es im Übrigen weniger darum, innerhalb welchen Zeitraums nach Vorlage auf die Vorfrist die Akte zur Hand genommen werden muss. **Vielmehr ist entscheidend, dass der Prozessbevollmächtigte des Beklagten sich mit der Akte noch am Tag der Vorlage befasst und die Bearbeitung der Berufungsbegründung auf den letzten Tag der notierten Frist verschoben hat, ohne die notierte Frist auf ihre Richtigkeit zu überprüfen.** ■

Steuerberaterhaftung

- Beratung zur vorweggenommenen Erbfolge
- Grundstück unter Nießbrauchsvorbehalt
- Vorstellungen und Ziele des Mandanten
- Kausalität
- Handlungsalternativen, Handlungsziele des Mandanten
- Schutzzweck der Beratung
- Haftung des eintretenden Sozius

(OLG Düsseldorf Urt. v. 28.8.2007 – I-23 U 146/06)

Leitsätze:

1. Wird ein Steuerberater beauftragt, Schenkungsteuer zu berechnen, die mit der unentgeltlichen Übertragung von Miethäusern auf die Enkel des Mandanten verbunden sind, muss der Steuerberater zunächst die Vorstellungen des Mandanten über den Inhalt der geplanten Grundstücksübertragungsverträge und auch aufklären, wer die Schenkungsteuer tragen soll. Will der Mandant zu Lebzeiten den Nießbrauch behalten und auch die Grundschuld- und Hypothekenverbindlichkeiten weiter bedienen, muss der Steuerberater ihn darauf hinweisen, dass bei einer solchen Vertragsgestaltung nach der Rechtsprechung des BFH eine reine Schenkung gemäß § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG vorliegt mit der Folge, dass bei der Ermittlung der durch die Schenkung eingetretenen Bereicherung i.S.d. § 10 ErbStG weder die Verbindlichkeiten noch der Nießbrauchswert berücksichtigt werden. Außerdem muss er, wenn der Mandant die Erbschaftsteuerverbindlichkeit seiner Enkel übernehmen will, ihn darauf hinweisen, dass dies gemäß § 10 Abs. 2 ErbStG als zusätzliche Schenkung berücksichtigt wird.

2. Der Nachweis der Behauptung des Mandanten, er hätte bei ordnungsgemäßer Beratung von der Schenkung Abstand genommen, ist gemäß § 287 ZPO geführt, wenn objektiv die mit der Schenkung verbundenen Nachteile die Vorteile überwiegen und/oder wenn sonstige Indizien vorliegen, die auf diesen hypothetischen Willen schließen lassen, wie etwa die spontane Frage des Mandanten nach Erhalt der Steuerbescheide, ob die Schenkung rückgängig gemacht werden könne.

3. Der Mandant kann gemäß § 249 BGB von dem Steuerberater Ersatz der sofort fälligen Schenkungsteuer und der Vertragskosten verlangen, nicht dagegen die zu seinen Lebzeiten gestundete Schenkungsteuer, die nach dem Nießbrauchswert berechnet wird, da diese Steuer nicht fällig ist und auch im Erbfall nicht vermeidbar wäre.

4. Eine weitere Pflichtverletzung des Steuerberaters ist darin zu sehen, dass er den Mandanten nicht auf die Aussichtslosigkeit von Rechtsmitteln gegen die Schenkungsteuerbescheide und auch nicht darauf hingewiesen hat, dass sich unter diesen Umständen eine Aussetzung wegen der damit verbundenen Aussetzungszinsen nicht empfehle.

5. Durch die Gründung einer Sozietät nach Erledigung des Auftrags werden die Sozietät und die Mitgesellschafter grundsätzlich nicht in das vorherige Einzelmandat einbezogen. ■

Aus den Gründen:

I. Die Kläger nehmen die Beklagten als Gesamtschuldner auf Schadenersatz in Anspruch, und zwar wegen fehlerhafter Berechnung von Schenkungsteuer und Einlegung von aussichtslosen Rechtsmitteln gegen Schenkungsteuerbescheide. (...)

Das Landgericht hat der Klage gegen den Beklagten zu 1) teilweise stattgegeben und die Klage gegen die Beklagten zu 2) und 3) vollständig abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt:

Der Beklagte zu 1) habe die Kläger im Herbst 2002 fehlerhaft beraten, weil er für die geplante Schenkung der Grundstücke der Kläger „H.“ und „K. Str.“ in D. an die Enkelkinder P. und L. die Schenkungsteuer fehlerhaft erheblich zu niedrig berechnet habe. Er habe, obwohl er darüber informiert worden sei, dass die Kläger sich an dem Grundbesitz ein lebenslanges Nießbrauchsrecht vorbehalten und sämtliche Lasten weiter tragen wollten, bei der Berechnung der Schenkungsteuer entgegen der Rechtsprechung des BFH die Verbindlichkeiten und den Nießbrauchswert von den Grundstückswerten in Abzug gebracht. Bei richtiger Berechnung der Schenkungsteuer hätten die Kläger von der Schenkung Abstand genommen. Der Schaden betrage insgesamt 77.593 EUR und setze sich zusammen aus der Differenz zwischen der fälligen Schenkungsteuer und der von dem Beklagten zu 1) berechneten Schenkungsteuer (66.726 EUR), den Notarkosten (6.247,32 EUR), den Pflégenschaftskosten für die minderjährigen Enkelkinder im Zusammenhang mit dem Notarvertrag (1.201,18 EUR) und den Kosten für das finanzgerichtliche Verfahren nach Anfechtung der Schenkungsteuerbescheide (3.418,50 EUR).

Den geltend gemachten weiteren Schaden (zinslos gestundeter Schenkungsteuerbetrag von 98.151 EUR, Aussetzungszinsen von 4.240 EUR und Anwaltskosten von 440 EUR) könnten die Kläger dagegen nicht ersetzt verlangen. Den Beklagten zu 2) und 3) sei die Pflichtverletzung des Beklagten zu 1) nicht zurechenbar, da der Beklagte zu 2) erst zum 1.7.2003 als Gesellschafter der bis dahin bestehenden Einzelpraxis des Beklagten zu 1) beigetreten sei und weder der Beklagte zu 2) noch die Beklagte zu 3) eine Haftung für bestehende Verbindlichkeiten des Beklagten zu 1) aus seiner Einzelpraxis übernommen hätten.

Die Kläger und der Beklagte zu 1) haben Berufung eingelegt. Die Kläger machen mit der Berufung gegenüber dem Beklagten zu 1) zusätzlich zu den ihnen zuerkannten Schadenpositionen den Barablösewert der zinslos gestundeten Schenkungsteuer (57.988 EUR) und die Aussetzungszinsen (4.240 EUR) geltend und nehmen zusätzlich die Beklagten zu 2) und 3) als Gesamtschuldner wegen des gesamten von

ihnen geltend gemachten Schadens (139.821 EUR) in Anspruch. Der Beklagte zu 1) erstrebt mit seiner Berufung die Klageabweisung.

Die Kläger tragen zur Begründung ihrer Berufung und zur Verteidigung gegen die Berufung des Beklagten unter Bezugnahme auf ihr erstinstanzliches Vorbringen vor:

Zutreffend habe das Landgericht festgestellt, dass sich der Beklagte zu 1) pflichtwidrig verhalten habe, weil er bei der Berechnung der Schenkungsteuer ihre Vorstellungen zu den Schenkungsmodalitäten und die Grundsätze des BFH zur Abzugsfähigkeit von Grundstückslasten bei der Grundstücksübertragung gegen Nießbrauchsvorbehalt nicht beachtet habe. Es habe zutreffend berücksichtigt, dass für das Grundstück „K. Str.“ deshalb keine schriftliche Schenkungsteuerberechnung des Beklagten vorliege, weil der Beklagte zu 1) insoweit den Klägern mitgeteilt hatte, dass keine Schenkungsteuer anfalle. Ebenfalls zutreffend habe das Landgericht festgestellt, dass sie bei ordnungsgemäßer Berechnung der sofort fälligen und der zinslos gestundeten Schenkungsteuer von einer Übertragung der Grundstücke auf die Enkel Abstand genommen hätten. Der an die Enkel verschenkte Grundbesitz sei in erheblichem Umfang fremdfinanziert gewesen. Zum 1.10.2002 hätten die Verbindlichkeiten auf dem Grundstück „H.“ 374.992,08 EUR und auf dem Grundstück „K. Str.“ 580.000 EUR betragen. Die Summe der Verbindlichkeiten sei um das ca. 4,66-fache höher als die persönlichen Freibeträge der Enkel gemäß § 16 ErbStG ($51.200 \times 4 = 204.800$ EUR).

Da durch die Schenkung an die Enkel der Abzug der Verbindlichkeiten im Erbfall verloren gegangen sei, seien die streitgegenständlichen Grundstücksübertragungen steuerlich derart nachteilig, dass schon allein deshalb bei ordnungsgemäßer Berechnung der Schenkungsteuer die Abstandnahme von den Übertragungen die einzig vernünftige Handlungsalternative gewesen wäre. Hinzu komme, dass die Übertragung von Vermögen auf die zweite Generation (Enkel) grundsätzlich zur Nachlassplanung durch Testament gehöre, denn nur durch testamentarische Gestaltung könne die weitere Entwicklung der zweiten Generation, insbesondere ein etwaiges Vorversterben, berücksichtigt werden. Auch sei der Druck zur Schenkung nicht besonders hoch gewesen, da im Herbst 2002 die seinerzeitige Steuererhöhungsdiskussion nicht einmal in einem konkreten Gesetzesentwurf manifestiert gewesen sei.

Zu berücksichtigen sei auch, dass die Summe der sofort fälligen Schenkungsteuer und des Ablösebetrages für die zinslos gestundete Schenkungsteuer ca. 7,8-fach höher sei als die vom Beklagten fehlerhaft errechnete Schenkungsteuer. Den Schenkungen an ihren Sohn sei zu entnehmen, dass sie sich bei den Schenkungen regelmäßig an den persönlichen Freibeträgen orientiert hätten, um Schenkungsteuer zu sparen. Dass sie bei ordnungsgemäßer Beratung von der Schenkung an die Enkel Abstand genommen hätten, werde auch dadurch bestätigt, dass der Kläger zu 2) nach Erhalt der Schenkungsteuerbescheide den Beklagten auf die Möglichkeit der Rückabwicklung angesprochen habe. Von der Rückabwick-

lung sei nur deshalb Abstand genommen worden, weil der Beklagte zu 1) dem Kläger zu 2) gesagt habe, das ginge nicht.

Rechtsfehlerhaft habe das Landgericht als Schaden nicht wenigstens den Ablösewert der zinslos gestundeten Schenkungsteuer (57.988 EUR), den sie jederzeit gemäß § 25 Abs. 1 Satz 3 ErbStG ablösen könnten, als nach § 249 Abs. 1 BGB zu erstattenden Schaden anerkannt. Die Schadenberechnung könnte nicht davon abhängig gemacht werden, ob sie von dem Ablöserecht Gebrauch machen. Bestätigt werde das durch die Rechtsprechung des BGH zur sog. Drittschadenliquidation, nach der ein Schädiger aus möglichen Drittbeteiligungen keinen Vorteil ziehen dürfe. Rechtsfehlerhaft habe das Landgericht auch die Aussetzungszinsen (4.240 EUR) nicht als zu erstattenden Schaden anerkannt. Adäquat mit dem Nachteil der Aussetzungszinsen zusammenhängende Steuervorteile seien bei ihnen weder eingetreten noch zu erwarten.

Rechtsfehlerhaft habe schließlich das Landgericht eine gesamtschuldnerische Mithaftung der Beklagten zu 2) und 3) verneint. Die Beklagten zu 2) und 3) seien im Zeitpunkt der Sozietätsgründung am 1.7.2003 durch – zumindest stillschweigende – Einigung mit dem Beklagten zu 1) dem zwischen dem Kläger und dem Beklagten zu 1) im Oktober 2002 geschlossenen Beratungsvertrag beigetreten. Das ergebe sich aus ihrem Schriftverkehr mit dem Kläger nach der Sozietätsgründung, der ausschließlich auf Briefbögen der Beklagten zu 3) geführt worden sei.

(Anträge ...)

Der Beklagte zu 1) trägt zur Berufungsbegründung und die Beklagten zu 1) bis 3) tragen zur Verteidigung gegen die Berufung der Kläger unter Bezugnahme auf ihr erstinstanzliches Vorbringen vor:

Der Beklagte zu 1) habe nicht Pflichten aus dem Steuerberatervertrag mit den Klägern verletzt. Der Sohn der Kläger sei die treibende Kraft für die Übertragung weiterer Vermögenswerte seiner Eltern im Wege der vorweggenommenen Erbfolge gewesen. Er sei es auch gewesen, der die Enkel ins Spiel gebracht habe. Die Kläger und ihr Sohn hätten mit den Schenkungen den im Jahre 2002 anstehenden Änderungen der Gesetze über Erbschaft- und Schenkungsteuer begegnen und Erbschaftsteuer sparen wollen. Der Beklagte zu 1) sei zunächst gebeten worden, für drei Grundstücke, nämlich die Objekte „H.“, „K. Str.“ und „M. Str.“, Schenkungen an den Sohn steuerlich durchzurechnen. Hilfsweise sollte der Beklagte zu 1) die Schenkungsteuer für Übertragungen auf die Enkel berechnen, wobei ihm vorgegeben worden sei, dass die aufruhenden Belastungen durch die Enkel übernommen werden. Unter Berücksichtigung des ihm mitgeteilten Schuldenstandes und der Freibeträge habe er dann die gewünschten Modellrechnungen für die drei Objekte erstellt.

Von einem Nießbrauchsvorbehalt und einer Lastentragung der Kläger sei nie die Rede gewesen. Die anderweitige Feststellung des Landgerichts werde durch die Aussage des

Zeugen G. nicht gedeckt; der Zeuge sei nur unzureichend vernommen worden; die Würdigung seiner Aussage durch das Landgericht sei rechtsfehlerhaft. Es könne zwar nicht ausgeschlossen werden, dass die Kläger und/oder deren Sohn die Frage angesprochen haben oder vom Beklagten zu 1) oder dem Zeugen G. darauf angesprochen worden seien, ob ein Nießbrauchsvorbehalt berücksichtigt werden sollte. Eine solche Erörterung müsse aber mit Nichtwissen bestritten werden. Aus der Nichtberücksichtigung in den Berechnungen des Beklagten zu 1) könne nur geschlossen werden, dass ein solcher Nießbrauchsvorbehalt im Oktober 2002 von den Klägern ausgeschlossen worden sei.

Parallel zum Schenkungsplan hätten die Kläger und ihr Sohn im November 2002 mit dem Beklagten zu 1) und auch ihrem Rechtsberater Rechtsanwalt G. ganz andere Überlegungen angestellt, hinter denen die vorher „angedachten“ Schenkungen völlig in den Hintergrund getreten seien. Diese Überlegungen beträfen die Einbringung des Grundbesitzes der Kläger in eine GmbH & Co. KG, wie sich aus der „kleinen Bettlektüre“ des Sohnes der Kläger, die mit der Klagerwiderrückgabe überreicht wurde, ergebe. Erst 1/4 Jahr später, am 20.2.2003, hätten die Kläger die Schenkungen an die Enkel notariell beurkunden lassen, ohne zuvor den Beklagten zu 1) vom Inhalt der geplanten Verträge in Kenntnis zu setzen und ihn nach deren steuerlichen Folgen zu befragen. Der Inhalt der notariell beurkundeten Verträge entspreche nicht den dem Beklagten zu 1) im Oktober 2002 gemachten Vorgaben.

Rechtsfehlerhaft sei auch die Feststellung des Landgerichts, die Kläger hätten bei ordnungsgemäßer Belehrung von der Schenkung an die Enkel Abstand genommen. Das Landgericht habe nicht berücksichtigt, dass es für die Kläger außer der Abstandnahme von der Schenkung auch die tatsächlich ausgeführte Handlungsalternative gab. Die Schenkungsteuer betrage nur wenig mehr als 4% des Wertes der übertragenen Grundstücke; außerdem sei der zweimalige Anfall von Erbschaftsteuer, nämlich beim Erbfall der Kläger und sodann beim Erbfall des Sohnes, vermieden worden. Dass die Kläger sich für die tatsächliche Schenkung entschieden hätten, werde auch dadurch bestätigt, dass sie nach Erhalt der Steuerbescheide davon abgesehen haben, die Übertragung rückgängig zu machen.

Fehlerhaft sei auch die Schadenberechnung des Landgerichts, das bei der Differenzrechnung nur die vom Beklagten zu 1) für das Objekt „H.“ errechneten Steuern berücksichtigt habe. Zutreffend habe das Landgericht die nicht fällige Schenkungsteuer nicht als Schaden der Kläger angesehen.

Eine Mithaftung der Beklagten zu 2) und 3) scheide aus, da die Gestaltungsberatung des Beklagten zu 1) abgeschlossen gewesen sei, als die GbR gegründet wurde. Die Erstellung der Schenkungsteuererklärungen im Jahr 2004 beruhe auf einem völlig neuen Mandat. Zu diesem Mandat werde von den Klägern keine Pflichtverletzung behauptet und kein dadurch entstandener Schaden geltend gemacht. (...)

Der Senat hat Beweis erhoben. (...)

II. Die Berufungen der Kläger und des Beklagten zu 1) sind zulässig. Die Berufung der Kläger hat in der Sache geringen Erfolg. Die Berufung des Beklagten zu 1) ist unbegründet.

Der Beklagte zu 1) schuldet dem Kläger gemäß § 280 BGB **Ersatz der Differenz zwischen der vom Finanzamt durch mehrere Bescheide vom 19.8.2004 festgesetzten bis zum 23.9.2004 fälligen Schenkungsteuer und der vom Beklagten zu 1) errechneten Schenkungsteuer** i.H.v. (84.876 – 18.150 =) 66.726 EUR, außerdem Ersatz der mit der notariellen Beurkundung der Schenkungen verbundenen **Notarkosten** i.H.v. 6.247,32 EUR und Ergänzungspflegerkosten i.H.v. 1.201,18 EUR, weil er im Jahr 2002 die mit der geplanten Schenkung an die Enkel verbundene Schenkungsteuer fehlerhaft berechnet hat.

Die Beklagten zu 1), 2) und 3) schulden den Klägern zusätzlich als Gesamtschuldner gemäß § 280 BGB Ersatz von **Aussetzungszinsen** i.H.v. 2.826,67 EUR und von **finanzgerichtlichen Kosten** i.H.v. 3.418,60 EUR, weil die Beklagte zu 3) (Sozietät) die Kläger im Jahr 2004 nicht darauf hingewiesen hat, dass Rechtsmittel gegen die Schenkungsteuerbescheide keine Aussicht auf Erfolg haben und die Aussetzung mit 6% Zinsen pro Jahr verbunden ist. Die Beklagten zu 1) und 2) haften für die Sozietätsverbindlichkeiten akzessorisch.

1. Zur Pflichtverletzung

a) Zur Pflichtverletzung des Beklagten zu 1) im Oktober 2002 im Zusammenhang mit der Berechnung der Schenkungsteuer: Der Beklagte zu 1) hat es im Oktober 2002 **pflichtwidrig unterlassen**, im Rahmen der Ermittlung der Schenkungsteuer, die bei der unentgeltlichen Übertragung der Miethäuser der Kläger „H.“ und „K.Str.“ in D. auf ihre Enkel P. und L. anfallen würden, **die Vorstellungen der Kläger zu den Schenkungsmodalitäten sorgfältig aufzuklären und die Kläger auf das Urteil des BFH vom 17.10.2001, das Anfang 2002 im BStBl II 2002, 165, veröffentlicht worden war, hinzuweisen**. Nach diesem BFH-Urteil liegt dann, wenn der Schenker sich den Nießbrauch vorbehält und weiterhin Verbindlichkeiten bedient, eine reine Schenkung gemäß § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG vor; bei der Ermittlung der durch die Schenkung eingetretenen Bereicherung i.S.d. § 10 Abs. 1 ErbStG sind weder die Verbindlichkeit noch das Nießbrauchsrecht zu berücksichtigen.

Die Aufgaben eines Steuerberaters ergeben sich aus dem Inhalt und dem Umfang des ihm erteilten Mandats; in den hierdurch gezogenen Grenzen hat er den Auftraggeber umfassend zu beraten und ungefragt über alle steuerlichen Fragen Auskunft zu geben. Im Rahmen seines Auftrags hat er seinen Mandanten möglichst vor Schäden zu schützen. Hierzu hat er den relativ sichersten Weg zu dem angestrebten Ziel aufzuzeigen und die für den Erfolg notwendigen Schritte vorzuschlagen. **Die mandatsbezogenen erheblichen Gesetzes- und Rechtskenntnisse muss der Steuerberater besitzen oder sich verschaffen** (BGH, Urt. v. 23.3.2006 – IX ZR 140/03, WM 2006, 1304–1306; Urt. v. 15.7.2004 – IX ZR 472/00, NJW 2004, 3487; Urt. v. 23.10.2003 – IX ZR 249/02, NJW 2004, 444).

Hiernach erforderte eine ordnungsgemäße Beratung der Kläger im Rahmen des Auftrags, die bei einer Übertragung des Grundbesitzes der Kläger auf ihre Enkel anfallende Schenkungsteuer zu berechnen, zunächst **eine genaue Aufklärung der Vorstellungen der Kläger über den Inhalt der geplanten Grundstücksübertragungsverträge. Vor allem war aufzuklären, ob Nießbrauch und Lasten sofort auf die Enkel übergehen sollten.** Auch wenn die Kläger auf die Mieteinnahmen der Häuser, die sie verschenken wollten, finanziell nicht angewiesen gewesen sein sollten, war es nicht selbstverständlich, dass der Nießbrauch und die Lasten auf die Beschenkten übergehen sollten, denn die Kläger konnten besondere Gründe haben, hiervon zu ihren Lebzeiten abzusehen.

Tatsächlich ist der Beklagte zu 1) bzw. sein Mitarbeiter G. auch nicht davon ausgegangen, dass die Miethäuser mit Nießbrauch und Lasten auf die Enkel übertragen werden sollten. Das ergibt sich aus den Prämissen, die nach Darstellung der Beklagten im vorprozessualen Schreiben vom 14.12.2004 der Sohn der Kläger dem Mitarbeiter des Beklagten zu 1) G. mitgeteilt hatte – „Schenkungen der beiden Miethäuser minus Nießbrauch, minus derzeit auf den Grundstücken lastende Bank- und Hypothekenschulden“ –, und aus den handschriftlichen Aufzeichnungen des Beklagten zu 1) zu seinen Vertragsgesprächen gemäß Anlage zur Klageerwidern, auf der u.a. steht: „NB-Eltern“. Danach musste der Beklagte zu 1) bzw. sein Mitarbeiter G. davon ausgehen, dass die Kläger vorhatten, sich den Nießbrauch vorzubehalten und die Schulden weiter zu bedienen.

Die Kläger wären auch ohne besondere Vereinbarung mit ihren Enkeln als Nießbraucher gemäß § 1047 BGB verpflichtet gewesen, die Hypotheken- und Grundschuldzinsen zu tragen. Die isolierte Übertragung des Schuldendienstes auf die Enkel wäre einkommensteuerschädlich gewesen, worauf der Beklagte zu 1) ebenfalls hätte hinweisen müssen. Vor diesem Hintergrund ist es nicht zu beanstanden, dass das Landgericht der Aussage des Zeugen G. gefolgt ist, wonach bei den Gesprächen mit dem Beklagten zu 1) davon die Rede gewesen sei, dass sich die Eltern den Nießbrauch vorbehalten und die Schulden weiter bedienen wollten. **Dass die Kläger im Oktober nur Berechnungen für gedachte Übertragungen wünschten und den Beklagten zu 1) nicht an der späteren Formulierung der Schenkungsverträge beteiligten, entband diesen im Oktober 2002 nicht von seiner Pflicht zur Aufklärung der Vertragsvorstellungen der Kläger, denn ohne Berücksichtigung der damaligen Vertragsvorstellungen waren seine Berechnungen für die Kläger unbrauchbar.**

Der Beklagte zu 1) hätte die Kläger auch danach fragen müssen, wer die eventuell anfallende Schenkungsteuer zahlen sollte. Diese Frage war deshalb geboten, weil eine **Übernahme der Schenkungsteuer** durch die Großeltern wegen des fehlenden Einkommens der Enkel nahelag und eine solche Übernahme bei der Berechnung der Schenkungsteuer gemäß § 10 Abs. 2 ErbStG als zusätzliche Schenkung zu berücksichtigen war.

b) Zur Pflichtverletzung der Beklagten zu 3) (Sozietät) im Jahr 2004:

Im Jahr 2004 wurde eine weitere Pflichtverletzung begangen, und zwar dieses Mal von der Sozietät, die nach Erlass der Schenkungsteuerbescheide vom 19.8.2004 Einspruch eingelegt, Antrag auf Aussetzung der Vollziehung gestellt und schließlich Klage vor dem Finanzgericht erhoben hat. **Der Beklagten zu 3) ist vorzuwerfen, es unterlassen zu haben, die Kläger darüber zu belehren, dass angesichts der Entscheidung des BFH vom 17.10.2001 Rechtsmittel keine Aussicht auf Erfolg hätten** und es sich daher auch nicht empfehle, die Vollziehung der Steuerbescheide aussetzen zu lassen, weil hiermit eine weitere Belastung von 6% Aussetzungszinsen pro Jahr auf die Kläger zukomme (zur Pflicht des Steuerberaters, den Mandanten über die Aussichtslosigkeit eines Finanzgerichtsprozesses zu belehren: BGH, Urt. v. 18.12.1997 – IX ZR 180/96, NJW 1998, 1488–1492).

2. Zur haftungsausfüllenden Kausalität

a) Zur Kausalität zwischen der Pflichtverletzung des Beklagten zu 1) im Jahr 2002 und den geltend gemachten Schenkungsteuerbelastungen, Notarkosten und Kosten des Ergänzungspflegers:

Im Rahmen der haftungsausfüllenden Kausalität muss der Mandant darlegen und gemäß § 287 ZPO beweisen, welchen Verlauf die Dinge bei pflichtgemäßem Verhalten des Beraters genommen hätten, insbesondere wie er auf eine entsprechende Beratung reagiert hätte und wie seine Vermögenslage dann wäre. Der Beweis kann durch die Vermutung beratungsgerechten Verhaltens erleichtert werden. Diese Vermutung gilt jedoch nur, wenn nach der Lebenserfahrung bei vertragsgemäßer Leistung des Beraters lediglich ein bestimmtes Verhalten nahegelegen hätte (BGH, Urt. v. 19.1.2006 – IX ZR 232/01, NJW-RR 2006, 923 f.).

Um beurteilen zu können, wie ein Mandant sich nach pflichtgemäßer Beratung verhalten hätte, **müssen alle Handlungsalternativen geprüft werden, die sich ihm gestellt hätten; deren Rechtsfolgen müssen ermittelt werden sowie miteinander und mit den Handlungszielen des Mandanten verglichen werden** (BGH, Urt. v. 21.7.2005 – IX ZR 49/02, NJW 2005, 3275). Kommen mehrere gleich vernünftige Verhaltensweisen mit unterschiedlichen Folgen in Betracht, muss der Mandant den Weg bezeichnen, für den er sich konkret entschieden hätte; auch trifft ihn dann die volle Beweislast gemäß § 287 ZPO, weil der Anscheinsbeweis in einem solchen Fall nicht eingreift (BGH, Urt. v. 29.9.2005 – IX ZR 104/01, BGH-Report 2006, 164 f.).

Hier gab es für die Kläger **zwei Handlungsalternativen**, und zwar die tatsächlich gewählte und die Abstandnahme von der Schenkung. Die Kläger waren unstreitig nicht bereit, auf den Nießbrauch zu verzichten und den Enkeln den Grundbesitz mit Nießbrauch und Lasten zu übertragen.

Nach den unstreitigen Umständen in Verbindung mit dem Ergebnis der Beweisaufnahme geht der Senat davon aus, dass die Kläger mit der gemäß § 287 ZPO ausreichenden überwiegenden Wahrscheinlichkeit bei zutreffender Beratung durch den Beklagten zu 1) von der Schenkung an ihre Enkel Abstand genommen hätten.

aa) Es spricht schon eine gewisse Vermutung für diese Handlungsalternative, da die mit der Schenkung verbundenen **Steuernachteile so gravierend** sind, dass die geringen Vorteile nicht ausreichen, um annehmen zu können, dass die Kläger an ihrem Schenkungsplan festgehalten hätten.

Den Klägern kam es bei der Schenkung in erster Linie darauf an, dem Staat möglichst wenig Schenkungsteuer zukommen zu lassen. Davon gehen auch die Beklagten aus. Darüber hinaus ist zu vermuten, dass die Kläger, da sie die Steuerzahlung im Schenkungsvertrag übernommen hatten, ein Interesse daran hatten, selbst nicht mit hohen Steuern belastet zu werden. Das wird bestätigt durch die Abstandnahme von der anfänglich auch ins Auge gefassten Schenkung des Objektes „M. Str.“

Die Kläger legten Wert darauf, dass sich die **Verbindlichkeiten steuermindernd** auswirken. Die Beklagten verteidigten sich sogar gegen die vom Landgericht festgestellte Pflichtverletzung (erfolglos) damit, dass dem Beklagten zu 1) der Abzug der Verbindlichkeiten von dem klagenden Ehemann bzw. dem Sohn der Kläger vorgegeben worden sei.

Darüber hinaus haben die Kläger auch Wert darauf gelegt, dass der **Wert des Nießbrauchs die Schenkungsteuer vermindert**. Dies ist der Darstellung der Beklagten im vorprozessualen Schreiben vom 14.12.2004, wonach der Sohn der Kläger dem Mitarbeiter des Beklagten zu 1) vorgegeben hat: „Schenkungen der beiden Miethäuser minus Nießbrauch, minus derzeit auf den Grundstücken lastende Bank- und Hypothekenschulden“ zu entnehmen. Entgegen den Erwartungen der Kläger und den entsprechenden Berechnungen des Beklagten zu 1) wirkten sich bei der Schenkung unter Nießbrauchsvorbehalt unter Weiterbedienung der Verbindlichkeiten durch den Schenker weder die Verbindlichkeiten noch der Nießbrauchswert steuermindernd aus.

Es ist nicht ersichtlich, dass den damit für die Kläger verbundenen steuerlichen Nachteilen **Vorteile** gegenüberstanden, die die Kläger dazu bewogen hätten, die sofort fälligen hohen Schenkungsteuern und auch die weiteren gestundeten Steuern hinzunehmen. Der Vorteil der Schenkung, dass die **Freibeträge der Enkel** ausgenutzt werden konnten und die Möglichkeit bestand, den Enkeln nach Ablauf der 10-Jahres-Frist durch Schenkung oder Erbschaft noch einmal unter Ausnutzung ihres Steuerfreibetrages Vermögen zu übertragen und dadurch Erbschaftsteuern zu ersparen, war nicht sicher zu erwarten, da er voraussetzte, dass die Kläger noch 10 Jahre lebten.

Selbst wenn man davon ausgeht, dass die Kläger im Jahr 2003 erwarteten, noch über 10 Jahre zu leben, und durch Tilgungsleistungen die Hypothekenverbindlichkeiten in diesen 10 Jahren etwas reduzieren zu können, war der im Jahr 2003 erwartete Vorteil der zweimaligen Inanspruchnahme der Freibeträge der Enkel von $(2 \times 2 \times 51.200 =) 405.600$ EUR nicht so hoch, dass hierdurch die Nachteile ausgeglichen werden konnten, die mit dem Nichtabzug **der im Jahr 2003 bestehenden Verbindlichkeiten von insgesamt 954.992,08 EUR** verbunden waren.

Es kann auch nicht angenommen werden, dass die Kläger die hohen Schenkungsteuern und den damit verbundenen Kapitalverlust in Kauf genommen hätten, um einer damals für möglich gehaltenen, aber noch völlig ungewissen Erhöhung der Erbschaftsteuer durch den Gesetzgeber zuvorzukommen.

Der Vorteil, den Enkeln Vermögen zukommen zu lassen, fällt gegenüber den hohen Steuerbelastungen ebenfalls nur gering ins Gewicht.

bb) Abgesehen von den aufgezeigten überwiegenden Nachteilen der Schenkungen an die Enkel hat der Kläger zu 2) anlässlich seiner Anhörung und Parteivernehmung durch den Senat auch glaubhaft bestätigt, dass er bei richtiger Berechnung der Schenkungsteuer wegen der Höhe der anfallenden Steuern von den Schenkungen Abstand genommen hätte. Bei der Anhörung und Vernehmung der Klägerin zu 1) hat der Senat den Eindruck gewonnen, dass diese der Entscheidung ihres Ehemannes gefolgt wäre.

Bestätigt wird die Einlassung des klagenden Ehemannes durch seine spontane Reaktion nach Erhalt der Schenkungsteuerbescheide: Er fragte den Beklagten zu 1), ob die Schenkungen rückgängig gemacht werden könnten. Der Beklagte zu 1) hat nach seinen eigenen Angaben anlässlich seiner informatorischen Anhörung durch den Senat darauf die Meinung eines Kollegen eingeholt und dem Sohn der Kläger mitgeteilt, dass die Rückabwicklung als Rück-schenkungen gewertet werden und daher steuernachteilig sein könne.

Die klagende Ehefrau hat bei ihrer Anhörung durch den Senat zwar angegeben, sie könne sich nicht vorstellen, dass sie die Schenkung an ihre Enkel rückgängig gemacht hätte. Diese Aussage lässt jedoch nicht zwingend darauf schließen, dass sie und ihr Ehemann von vornherein auch bei richtiger Aufklärung über den Steueranfall die Grundstücke den Enkeln geschenkt hätten. Außerdem ist nicht auszuschließen, dass sie sich, wäre sie davon überzeugt worden, dass die Rückabwicklung steuerunschädlich möglich ist, doch noch für die Rückabwicklung entschieden hätte.

c) Zur Kausalität zwischen der Pflichtverletzung der Beklagten zu 3) im Jahr 2004 und den als Schaden geltend gemachten Aussetzungszinsen und Kosten des Prozesses vor dem Finanzgericht:

Insoweit ist die Kausalität unzweifelhaft zu bejahen. Es ist zu vermuten, dass die Kläger bei ordnungsgemäßer Aufklärung hiervon Abstand genommen und auch keinen Aussetzungsantrag gestellt hätten.

3. Zum Schaden

Im Rahmen der Schadendarlegung muss der Mandant seine tatsächliche Vermögenslage derjenigen gegenüberstellen, die sich ohne den Fehler des rechtlichen Beraters ergeben hätte. Das erfordert einen **Gesamtvermögensvergleich**, der alle von dem haftungsbegründenden Ereignis betroffenen finanziellen Positionen umfasst. Hierbei ist grundsätzlich die gesamte Schadenentwicklung bis zur letzten mündlichen Verhandlung

in den Tatsacheninstanzen in die Schadenentwicklung einzu-beziehen (BGH, Urt. v. 19.1.2006 – IX ZR 232/01, NJW-RR 2006, 923 f; Urt. v. 20.1.2005 – IX ZR 416/00, MDR 2005, 866; Urt. v. 23.10.2003 – IX ZR 249/02, NJW 2004, 444 f).

a) Aufgrund der Pflichtverletzung des Beklagten zu 1) im Oktober 2002 können die Kläger gemäß § 249 BGB Ersatz der nachfolgend aufgeführten durch die fehlerhafte Beratung des Beklagten zu 1) verursachten Kosten ersetzt verlangen:

– Sofort fällige Schenkungsteuer (84.876 – 18.150 =)	66.726,00 EUR
– Notarkosten	6.247,32 EUR
– Ergänzungspflegerkosten	1.201,18 EUR

Insgesamt: 74.174,50 EUR

b) Zahlung der gestundeten Schenkungsteuer in Höhe der Ablösesumme (57.383 EUR) können die Kläger dagegen nicht verlangen, weil diese Steuer derzeit nicht fällig ist.

Die Kläger hätten auch nicht mit Erfolg einen Feststellungsantrag stellen können, denn die durch fehlerhafte Berechnung des Beklagten verursachten Schenkungsteuern, die erst mit dem Tod des Letztversterbenden der Kläger fällig werden und vorher abgelöst werden können, sind **Steuern, die im Erbfall nicht vermeidbar wären**. Die nach dem Nießbrauchs-wert berechneten gestundeten Steuern würden im Erbfall sofort fällig, weil die Erben mit dem Grundbesitz auch den Nießbrauch erhielten. **Nicht vermeidbare Steuern können aber grundsätzlich nicht gemäß § 249 BGB von einem Steuerberater ersetzt verlangt werden** (BGH, Urt. v. 6.7.2006 – IX ZR 88/02, NJW-RR 2006, 1682–1684). Der Beklagte hat mit seinen Steuerberechnungen den Klägern auch nicht garantiert, dass beim Nießbrauchsvorbehalt die Schenkungsteuer nur nach dem um den Wert des Nießbrauchs geminderten Grundstückswert berechnet wird.

Schließlich wird die **Belastung der Kläger mit den gestundenen Steuern auch nicht vom Schutzzweck der Beratungspflichten des Beklagten zu 1) erfasst**. Der Grundsatz, dass derjenige, der pflichtwidrig ein schädigendes Ereignis verursacht, dem Geschädigten für alle dadurch ausgelösten Schadenfolgen haftet, gilt nicht ohne Einschränkungen. Es ist anerkannt, **dass der Verstoß gegen eine Rechtspflicht nur zum Ersatz des Schadens verpflichtet, dessen Eintritt die Einhaltung der Pflicht verhindern sollte** (BGH, Urt. v. 3.12.1991 – XI ZR 300/90, NJW 1992, 555, 556; Urt. v. 26.6.1997 – IX ZR 233/96, NJW 1997, 2946 f; Urt. v. 13.2.2003 – IX ZR 62/02, NJW-RR 2003, 1035 f).

Der Schutzzweck der Beratung des Beklagten zu 1) ergibt sich aus dem für ihn erkennbaren Ziel der Kläger, einer von ihnen für möglich gehaltenen Erhöhung der Erbschaftsteuern vorzubeugen und die Erbschaftsteuer durch Ausnutzung der für jeweils 10 Jahre geltenden Freibeträge ihrer Nachkommen möglichst niedrig zu halten. **Vom Schutzzweck der Beratung nicht erfasst ist die Ersparnis von Steuern, die aus der damaligen Sicht im Erbfall nicht vermeidbar waren.**

c) **Aussetzungszinsen** sind den Klägern als Folge der unterlassenen Aufklärung über die Aussichtslosigkeit von Rechtsmitteln und die Folgen einer Aussetzung zu ersetzen. Nach einem Teilvergleich im Senatstermin vom 14.8.2007 sind den Klägern Nettokapitalerträge von 2% als Vorteil der Aussetzung anzurechnen. Zieht man von den insgesamt angefallenen Aussetzungszinsen von 4.240 EUR 2/6 ab, verbleibt ein Schaden der Kläger von 2.826,67 EUR.

d) Ebenfalls können die Kläger die Kosten des von der Beklagten zu 3) veranlassten finanzgerichtlichen Verfahrens (3.418,50 EUR) ersetzt verlangen, da auch diese ihnen bei ordnungsgemäßer Aufklärung über die Aussichtslosigkeit von Rechtsmitteln erspart geblieben wären.

4. Zum Einwand des Mitverschuldens

Dieser Einwand ist unbegründet. Den Klägern kann nicht mit Erfolg entgegengehalten werden, sie hätten es unterlassen, im Einspruchsverfahren gegen die Schenkungsteuerbescheide geltend zu machen, dass sie die Grundstücksübertragungen wegen Irrtums über den Umfang der damit verbundenen Schenkungsteuer gemäß § 29 Abs. 1 Nr.1 ErbStG rückabwickeln wollten. Dabei kann offenbleiben, ob die Kläger rechtlich die Möglichkeit der Rückabwicklung gehabt hätten. Letztlich scheitert ein Mitverschulden der Kläger daran, dass ihnen kein Schuldvorwurf gemacht werden kann. Der Kläger zu 2) hat unstreitig den Beklagten zu 1) nach den Rückabwicklungsmöglichkeiten befragt und von diesem die Antwort erhalten, dass die Rückabwicklung steuerschädlich sein könnte.

5. Zur Passivlegitimation der Beklagten

a) Für die Pflichtverletzung des Beklagten zu 1) aus Oktober 2002 haftet dieser allein. **Durch die Gründung der Sozietät im Juli 2003 ist keine Mithaftung der Beklagten zu 2) und 3) begründet worden.** Eine Anwendung der §§ 130 und 28 HGB scheidet aus (BGH, Urt. v. 22.1.2004 – IX ZR 65/01, NJW 2004, 836, 837). Ist zunächst nur ein Einzelmandat erteilt worden, so führt die spätere Gründung einer Sozietät nicht ohne Weiteres zu einer Erweiterung des Auftragsverhältnisses auf die Sozietät und die Sozietätsmitglieder. **Hierzu bedarf es vielmehr einer zumindest stillschweigenden Einbeziehung der Sozien in das bisherige Einzelmandat** (BGH, Urt. v. 4.2.1988 – IX ZR 20/87, NJW 1988, 1973; Urt. v. 17.10.1989 – XI ZR 158/88, NJW 1990, 827; Senat, Urt. v. 20.12.2001 – 23 U 49/01, Gl 2002, 65). Das setzt voraus, dass die Sozien bei der Ausführung des Auftrags – etwa durch Übersendung eines unter gemeinsamem Briefkopf beider Sozien gefertigten Schreibens – gegenüber dem Mandanten gemeinsam auftreten und das Verhalten beider Seiten dahin zu deuten ist, dass sie sich über die Erstreckung des Mandats auf die Sozietät einig sind.

Hier war der Beratungsauftrag des Beklagten aus Oktober 2002 mit der Erstellung der Steuerberechnungen erledigt. Der Schriftverkehr im Rahmen der Schadensregulierungsverhandlungen belegt keinen Eintritt der Beklagten zu 2) und 3) in die Vertragspflichten des Beklagten zu 1). (...) ■

Steuerberaterhaftung

- Umsatzsteuer, Automatenaufstellung
- BFH-Vorlage vom 30.11.2000
- EuGH vom 12.5.2005, betr. Geldspielautomaten
- EuGH vom 11.6.1998, betr. unerlaubtes Roulettespiel
- Belehrungspflichten des Steuerberaters
- Evidenz neuer Rechtsentwicklung
(OLG München, Beschl. v. 8.6.2007 u. 24.7.2007 – 24 U 13/07)

Leitsätze:

1. Der Steuerberater kann auf die Verfassungsmäßigkeit der Steuergesetze vertrauen.
2. Erst nach dem Vorlagebeschluss des BFH vom 30.11.2000 entstand eine Belehrungspflicht des Steuerberaters. Noch nicht rechtskräftige Steuerbescheide mussten offengehalten werden.
3. Die EuGH-Entscheidung vom 11.6.1998 gab keine Veranlassung, Umsatzsteuerbescheide von Automaten aufstellern offenzuhalten. Denn dieses Urteil betraf unerlaubtes Roulettespiel. In ihm wird eine neue Rechtsentwicklung nicht evident. ■

OLG München, Beschl. v. 8.6.2007 – 24 U 13/07

Aus den Gründen:

Die Berufung hat keine Aussicht auf Erfolg. Das Urteil weist weder Rechtsfehler auf noch rechtfertigen die nach § 529 ZPO zugrunde zu legenden Feststellungen eine andere Entscheidung (§ 513 ZPO).

Zu Recht hat das Landgericht eine Verletzung steuerlicher Beratungspflichten verneint, denn der Beklagte **durfte Anfang des Jahres 2000, als die Steuerbescheide des Klägers rechtskräftig wurden, noch darauf vertrauen, dass dessen Umsätze aus der Aufstellung von Geldspielautomaten der Umsatzsteuer unterliegen.**

Er brauchte nicht damit zu rechnen, dass der **Bundesfinanzhof mit Entscheidung vom 30.11.2000 Zweifel** an der Steuerbarkeit von Geldspielautomaten-Umsätzen geltend machen und diese Frage dem EuGH zur Entscheidung vorlegen würde. Er konnte auch nicht damit rechnen, dass der EuGH sich mit Entscheidung vom 12.5.2005 schlussendlich für eine Steuerfreiheit aussprechen würde.

1. Nach der in Literatur und Rechtsprechung vorherrschenden Meinung muss der Steuerberater auf die Verfassungsmäßigkeit der Steuergesetze grundsätzlich vertrauen können. Wird später ein Gesetz für verfassungswidrig erklärt, so kann ihm nicht vorgeworfen werden, er habe dies vorher erkennen und u.U. deswegen einen Rechtsbehelf gegen einen Steuerbescheid einlegen müssen. **Bis zum Spruch des BVerfG oder des EuGH haben die Gesetze nicht zuletzt wegen der Bindung der Gesetzgebungsorgane an das Rechtsstaats-**

prinzip (Art. 20 GG) die Vermutung der Verfassungsmäßigkeit für sich. Bis zur Information über einen Vorlagebeschluss des Bundesfinanzhofs muss ein Steuerberater deshalb **keine ernstlichen Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit von Steuergesetzen haben** (vgl. Gräfe/Lenzen/Schmeer, *Steuerberaterhaftung* 4. Aufl., Rdnr. 245 zur Verfassungsmäßigkeit der Steuergesetze).

Dieser Meinung folgt auch der Senat.

Nachdem der Vorlagebeschluss des Bundesfinanzhofs mehr als **neun Monate nach Rechtskraft** der klägerischen Steuerbescheide erging, kann dem Beklagten aus diesem Gesichtspunkt eine Pflichtverletzung nicht vorgeworfen werden.

2. Es trifft zwar zu, dass ein Steuerberater auch die Möglichkeiten der Änderung der bisherigen höchstrichterlichen Rechtsprechung berücksichtigen muss; dabei kommt es aber entscheidend darauf an, mit welchem Grad der Deutlichkeit (Evidenz) **die neue Rechtsentwicklung in eine bestimmte Richtung weist** und neue Antworten nahelegt. Nach Auffassung des Bundesgerichtshofs war in einem Fall aus der **Anwaltschaft** die notwendige Evidenz dann gegeben, als **bereits alle zivilrechtlichen Großkommentare abweichende Auffassungen vertraten** (vgl. Gräfe/Lenzen/Schmeer, a.a.O., Rdnr. 248 unter Ausnahmefälle).

Eine solche **Evidenz** ist vorliegend nicht gegeben. Soweit die Berufung auf ein in zweiter Instanz vorgelegtes **Rechtsgutachten** des Rechtsanwalts Dr. B., ehemaliger Richter am Bundesfinanzhof, verweist, ist dieses Gutachten, welches eine eigenständige rechtliche und tatsächliche Würdigung vornimmt, nicht geeignet, dringende Literaturstimmen für die Bejahung einer Evidenz aufzuweisen.

Mit Ausnahme der bereits vom Landgericht zitierten Entscheidung des **EuGH vom 11.6.1998 zum erlaubten und unerlaubten Roulettespiel** verweist der Kläger lediglich auf einen kommentierenden Artikel des Rechtsanwalts Dr. L. vom 8.10.1998, abgedruckt in **Umsatzsteuerrundschau** (Heft 10, 1998) mit dem Titel „Lehrstück zur steuerlichen Neutralität bei der Erhebung der Mehrwertsteuer“. Dieser Artikel setzt sich aber zum einen speziell mit einer steuerlichen Differenzierung zwischen unerlaubten und erlaubten Geschäften bzw. Glücksspielen auseinander und nicht mit der Frage, ob unter die Steuerbefreiung auch – erlaubte – Geschäfte von Geldautomaten aufstellern fallen; zum anderen ist diese Kommentierung offenbar eine vereinzelte Stellungnahme zu dem Rechtsproblem geblieben.

Weder der Kläger selbst noch die gutachterliche Stellungnahme des Dr. B. geben Hinweise auf weitere Veröffentlichungen oder Stellungnahmen in der Tages- bzw. Fachpresse, die vom Beklagten zum Anlass hätten genommen werden müssen, die Frage zum Zeitpunkt des Erlasses der Umsatzsteuerbescheide im Januar 2000 zu vertiefen.

3. Mangels Pflichtverletzung erübrigen sich sowohl weitere Ausführungen zu einer etwaigen Verjährung als auch zur Schadenhöhe.

Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung. Die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordern keine Entscheidung des Senats nach mündlicher Verhandlung. ■

OLG München, Beschl. v. 24.7.2007 – 24 U 13/07

Aus den Gründen:

Die Berufung hat keine Erfolgsaussicht (§ 522 Abs. 2 Nr. 1 ZPO). Auf die Begründung in der Mitteilung des Ergebnisses der vorläufigen Beratung vom 8.6.2007 wird zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen.

Der Schriftsatz vom 17.7.2007 gibt keine Veranlassung, an der bisherigen Einschätzung des Senats etwas zu ändern. Auch unter dem Blickwinkel „Gemeinschaftswidrigkeit der Rechtsanwendung“ bleibt die Berufung ohne Erfolg.

Eine Pflichtverletzung scheitert auch hier daran, dass das Problem, ob die Entscheidung des **EUGH vom 11.6.1998 zum unerlaubten Roulettespiel Auswirkungen auf die Auslegung der 6. Mehrwertsteuer-Richtlinie zur Steuerbefreiung für Glücksspiele auch generell für erlaubte Glücksspiele aller Art hat**, weder in relevanten Fachzeitschriften noch in veröffentlichten einschlägigen Gerichtsentscheidungen aufgegriffen wurde.

Auch wenn aus der Sicht ex post die Auslegungsvariante des EuGH nur konsequent erscheint, kann dem Beklagten nicht zum Vorwurf gemacht werden, dass er bis zur Entscheidung des EuGH vom 17.2.2005 davon ausgegangen ist, dass die Besteuerung erlaubter privater Glücksspiele rechtmäßig und innerhalb des Ermessensspielraums der Mitgliedsstaaten bei der Festlegung der Bedingungen für die Anwendung bestimmter darin vorgesehener Steuerbefreiungen sei (vgl. Ziff. 34 der unter Anlage K3 vorgelegten Entscheidung des EuGH vom 17.2.2005, C-453/02, C-462/02).

Wenn der Klägervertreter diesbezüglich die Ansicht vertritt, dass kein des Umsatzsteuerrechts kundiger Berater aus dem EuGH-Urteil von 1998 entnommen haben konnte, **dass für Umsätze aus erlaubtem Glücksspiel etwas anderes gelten solle als für Umsätze aus unerlaubtem Glücksspiel**, entspricht dies nicht der obergerichtlichen Rechtsprechung zur Evidenztheorie. Es kommt nicht darauf an, welche Schlüsse man aus einer Entscheidung für ähnliche Fälle ziehen müsste, sondern ob eine deutliche Evidenz für eine Rechtsentwicklung vorliegt. An der Deutlichkeit fehlt es aus den oben genannten Gründen.

Die Rechtssache hat auch keine grundsätzliche Bedeutung und die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordern keine Entscheidung des Senats (§ 522 Abs. 2 Nr. 2 und 3 ZPO).

Nachdem es sich vorliegend ausschließlich um eine Rechtsfrage handelt, besteht auch keine Veranlassung, in der Sache mündlich zu verhandeln. ■

Mandantengelder

- Untreue des Anwalts
 - Anderkonto
 - Aufrechenbare Gegenansprüche des Anwalts
 - Aufrechnungserklärung
- (KG, Urt. v. 23.3.2007 – [4] 1 Ss 186/05 [94/05])

Leitsatz:

Beabsichtigt ein Rechtsanwalt, gegen den Anspruch seines Mandanten auf Herausgabe in Empfang genommener Gelder mit eigenen Ansprüchen aufzurechnen, versäumt jedoch die Erklärung der Aufrechnung, kann er sich wegen Untreue strafbar machen. ■

Zum Sachverhalt:

Nach den Feststellungen hatte der Angeklagte, ein Rechtsanwalt, nach einem erfolgreich durchgeführten Rechtsstreit eine Forderung für seine Mandantin, die Zeugin X., eingezogen und schuldete ihr nach Herausgabe eines Teils des empfangenen Geldes noch einen Restbetrag von 35.947 DM. Ihrem Verlangen vom 14.11.1995 nach Auszahlung dieses Betrages kam er nicht nach. Er „entschloss sich sofort nach Freiwerden des Geldes gegen den Herausgabeanspruch mit eigenen Honorar-, Vorschuss- und Auslagenansprüchen aufzurechnen“, und „behielt die 35.947 DM für sich“.

Erst acht Monate nach dem Herausgabeverlangen erteilte er eine Gesamtgebührenabrechnung über verschiedene anwaltliche Leistungen in Höhe von 39.215,79 DM und erklärte damit die Aufrechnung gegen den der Zeugin zustehenden Restbetrag. Die Höhe der einzelnen Gebührenforderungen des Angeklagten sowie der von der Zeugin X. hierauf geleisteten Vorschusszahlungen ist zwischen ihnen streitig geblieben. Nach den Feststellungen des Landgerichts stand dem Angeklagten eine aufrechenbare Gesamtforderung von 35.441,97 DM – mithin ein gegenüber dem Anspruch der Zeugin um 505,03 DM geringerer Betrag – zu.

Das Amtsgericht hat den Angeklagten wegen Untreue zu einer Geldstrafe von 150 Tagessätzen zu je 80 EUR verurteilt. Auf seine Berufung hat ihn das Landgericht freigesprochen. Die auf die Rüge der Verletzung formellen und materiellen Rechts gestützte Revision der StA hatte mit der Verfahrensrüge (vorläufig) Erfolg. (...) ■

Aus den Gründen:

(...) 3. Für die neue Hauptverhandlung weist der Senat auf Folgendes hin:

a) Nach ganz überwiegender Rechtsprechung (vgl. BGH, NSTZ-RR 2004, 54; wistra 1988, 191; BGHSt 15, 342, 344 = NJW 1961, 685; RGSt 73, 283. 284; OLG Karlsruhe, NSTZ 1990, 82, 83), der der Senat folgt, macht sich ein Rechtsanwalt, der Gelder für einen Mandanten in Empfang nimmt und nicht einem **Anderkonto** zuführt, sondern anderweitig verwendet, grundsätzlich wegen Untreue (Treubruchtatbestand) strafbar, weil jeder Verstoß gegen das zivilrechtliche

Gebot auf Auskehrung des empfangenen Geldes (§§ 667, 675 BGB) zugleich einen Verstoß gegen die aus dem Anwaltsvertrag resultierende **Treuepflicht** i.S.d. § 266 StGB bedeutet. Ein solches Verhalten stellt nur dann keinen Verstoß gegen die Treuepflicht dar und führt nur dann nicht zu einem Nachteil i.S.d. § 266 StGB, **wenn der Anwalt uneingeschränkt bereit und jederzeit fähig ist, einen entsprechenden Betrag aus eigenen flüssigen Mitteln vollständig auszukehren.**

Von dieser Rechtsprechung abweichend soll zwar nach der Entscheidung des 2. Strafsenats des BGH vom 30.10.1985 (NStZ 1986, 361; krit. OLG Karlsruhe, NStZ 1990, 82, 83 f) der Verstoß eines Rechtsanwalts gegen seine Verpflichtung, für einen Mandanten empfangenes Geld rechtzeitig herauszugeben, nur als **zivilrechtlicher Vertragsbruch** und nicht als Verletzung einer spezifischen Untreuepflicht i.S.d. § 266 StGB zu qualifizieren sein. Auch nach dieser Entscheidung hätte sich der Angeklagte jedoch wegen Untreue strafbar gemacht, wenn er das Mandantengeld „angegriffen oder dessen Bestand im Tatzeitraum konkret gefährdet hätte“ (vgl. BGH, NStZ 1986, 361).

Das Landgericht hat keine näheren Feststellungen über den Verbleib des einbehaltenen Geldes und die finanzielle Situation des Angeklagten im Tatzeitraum getroffen. Ungeklärt ist daher, ob der Angeklagte das Geld zur Überbrückung von Liquiditätsengpässen verwandt, sonst zu eigenen Zwecken genutzt oder dem drohenden Zugriff seiner Gläubiger ausgesetzt hat – was für eine Untreue spräche (vgl. Feuerich/Weyland, BRAO 6. Aufl., § 43a Rdnr. 90) – oder ob er zum Ausgleich des einbehaltenen Betrags jederzeit bereitstehende Mittel zur Verfügung gehabt hat, was einen Vermögensnachteil i.S.d. § 266 StGB entfallen ließe (vgl. Feuerich, BRAK-Mitt 1988, 167, 173). Dies wird der neue Tatrichter aufzuklären haben.

Er wird außerdem zu berücksichtigen haben, dass eine konkrete **Gefährdung der einbehaltenen Mandantengelder** auch in einer die Geltendmachung von Herausgabeanprüchen erschwerenden **unordentlichen, lückenhaften oder falschen Abrechnung** liegen kann (vgl. BGHSt 20, 304 = NJW 4966, 261; Feuerich, BRAK-Mitt 1988, 167, 173). Anhaltspunkte hierfür ergeben sich aus dem Umstand, dass nach den Feststellungen die Gesamtgebührenabrechnung des Angeklagten Vorschusszahlungen der Zeugin X. von mehr als 2.000 DM nicht berücksichtigt hat.

b) Sofern in der neuen Hauptverhandlung eine Gefährdung des Herausgabeanpruchs nach Maßgabe der unter 3. a) dargelegten Grundsätze festgestellt wird, wäre der hierdurch zugefügte Vermögensnachteil i.S.d. § 266 StGB – entgegen dem angefochtenen Urteil – nicht dadurch entfallen, dass dem Angeklagten aufrechenbare Gegenansprüche zustanden.

aa) **Eine Forderung, mit der aufgerechnet werden soll, muss nicht nur fällig, sondern auch klagbar sein** (vgl. Schlüter in: MünchKomm 4. Aufl., § 387 Rdnr. 37; Palandt/Grüneberg, BGB 66. Aufl., § 387 Rdnr. 11). Ein Rechtsanwalt kann

daher mit einer Gebührenforderung nur aufrechnen, wenn er zuvor gemäß den gesetzlichen Anforderungen – d.h. dem hier zur Tatzeit geltenden § 18 BRAGO, jetzt § 10 RVG – Rechnung gelegt hat (vgl. BGH, AnwBl 1985, 257, 258; KG, AnwBl 1982, 71, 72; Hartmann, KostG 33. Aufl., § 18 BRAGO Rdnr. 24 u. 37. Aufl., § 10 RVG Rdnr. 24 m.w.N.).

Zivilrechtlich erlischt somit die Herausgabeforderung des Mandanten, gegen die aufgerechnet wird, nicht rückwirkend, sondern erst nach erfolgter Rechnungslegung und zeitlich zugleich mit der Aufrechnungserklärung.

Im Ergebnis nicht anders verhält es sich mit **Ansprüchen auf einen Vorschuss**. Der Rechtsanwalt kann zwar gemäß § 17 BRAGO (jetzt § 9 RVG) für die entstandenen und die voraussichtlich entstehenden Gebühren und Auslagen einen angemessenen Vorschuss fordern. Das Vorschussrecht entsteht mit dem Anwaltsvertrag (vgl. BGH, NJW 1989, 1167 = AnwBl 1989, 227, 228; Hartmann, KostG 33. Aufl., § 17 BRAGO Rdnr. 7, u. 37. Aufl., § 9 RVG Rdnr. 7). Nach dem klaren Gesetzeswortlaut muss jedoch eine Vorschuss-„Forderung“ des Anwalts hinzutreten (vgl. Hartmann, KostG 33. Aufl., § 17 BRAGO Rdnr. 7, u. 37. Aufl., § 9 RVG Rdnr. 7).

Diese muss zwar nicht in der Form des § 18 BRAGO/§ 9 RVG erfolgen, setzt aber zumindest voraus, dass der Anwalt seinem Mandanten die Höhe des zu zahlenden Vorschusses mitteilt (vgl. Gerold/Schmidt/Madert, RVG 17. Aufl., § 9 Rdnr. 2; ferner Hartmann, KostG 33. Aufl., § 17 BRAGO Rdnr. 7, u. 37. Aufl., § 9 RVG Rdnr. 7; Aufgliederung ratsam; Bischof/Mathias, RVG, § 9 Rdnr. 37. Empfehlenswert, die Höhe des Vorschusses durch eine Berechnung plausibel zu machen).

Nach den Urteilsfeststellungen hat der Angeklagte eine derartige Mitteilung nicht gemacht. Sein Schweigen auf das wiederholte Herausgabeverlangen seiner Mandantin kann nicht als konkludente Geltendmachung von Vorschussansprüchen und dementsprechend auch nicht als wirksame Aufrechnungserklärung gewertet werden.

bb) Strafrechtlich bedeutet dies, dass ein dem Mandanten zugefügter Vermögensschaden erst in dem Zeitpunkt beseitigt und die Tat i.S.d. § 78a StGB beendet wird, wenn der Rechtsanwalt die Aufrechnung tatsächlich erklärt. **Das Bestehen aufrechenbarer Gegenansprüche kann sich somit lediglich bei der Strafzumessung auswirken** (vgl. BGH, EM § 266 StGB Nr. 35; OLG Köln, AnwBl 1999, 608; Senat, Beschl. v. 29.11.1996 – [4] 1 Ss 272/96 [116/96]; Hühner, LK-StGB 10. Aufl., § 266 Rdnr. 100).

Für die Erfüllung des Untreuetatbestands ist es daher auch unerheblich, dass dem Angeklagten nach den Feststellungen des Urteils eine weitere in der Gesamtgebührenabrechnung nicht berücksichtigte Honorarforderung in Höhe von 7.668,20 DM zugestanden hat; auch dies könnte nur bei der Strafzumessung berücksichtigt werden. (...) ■

Anspruch auf Honorarrückzahlung

- Anwaltshonorar
- Erfolgshonorar
- Überschreitung der gesetzlichen Gebühren
- Fehlbezeichnung der GbR

(OLG Düsseldorf, Urt. v. 26.9.2006 – I-24 U 185/05, Abweisung der Nichtzulassungsbeschwerde durch BGH, Beschl. v. 8.11.2007 – IX ZR 191/06)

Leitsätze:

1. Sind nicht die in der Klageschrift bezeichneten Gesellschafter einer BGB-Gesellschaft, sondern ist diese selbst bei objektiver Würdigung ihrer Prozessklärungen als klagende Partei anzusehen, so ist einer solchen Fehlbezeichnung durch Berichtigung des Rubrums Rechnung zu tragen.

2. Stellt die in einer Honorarvereinbarung versprochene Vergütung ein unzulässiges Erfolgshonorar dar, so ist der Rechtsanwalt nach Bereicherungsgrundsätzen zu dessen Rückzahlung verpflichtet, soweit die gesetzliche Vergütung überschritten wird. ■

Aus den Gründen:

I. Die Parteien streiten um die Rückzahlung gemäß Vereinbarung der Klägerin mit dem Beklagten vom 21.10.1998 gezahlten Anwaltshonorars. Der Beklagte hat überdies in erster Instanz widerklagend die Zahlung weiteren Anwaltshonorars von 10.768,62 EUR zzgl. Zinsen geltend gemacht.

Das Landgericht hat den Beklagten unter Abweisung der weitergehenden Klage zur Zahlung von 57.817,95 EUR zzgl. Zinsen an die Klägerin verurteilt. Wegen der Einzelheiten des Parteivorbringens erster Instanz sowie zur Entscheidung über die Widerklage und zu den Urteilsgründen wird gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO auf die angefochtene Entscheidung mit der Maßgabe verwiesen, dass klagende Partei die H. GbR ist, nicht aber ihre Gesellschafter S. und K.

Mit seiner Berufung wendet sich der Beklagte allein gegen die Entscheidung zur Klage. Er macht geltend, aktivlegitimiert sei allenfalls die H. GbR, nicht aber deren Gesellschafter. Die Vereinbarung vom 21.10.1998 sei auch nicht erfolgsabhängig, zumal ein Erfolg niemals hätte eintreten können. Ferner verweist er auf §§ 815 und 817 BGB und meint überdies, die Klägerin müsse sich Ersparnisse anrechnen lassen, die sie aufgrund seiner – des Beklagten – Anwaltstätigkeit erzielt habe. Auch enthielten die geleisteten Zahlungen Anerkenntnisse, an die die Klägerin gebunden sei. Die Klägerin verhalte sich zudem treuwidrig, weil die Stundung der Hälfte des vereinbarten Honorars und damit die Formulierung der Honorarvereinbarung gerade auf ihren Wunsch zurückgehe. Unter Vorlage nunmehr gefertigter und rückdatierter Kostennoten trägt der Beklagte ergänzend zu den gesetzlichen Gebühren seiner Tätigkeit vor. Schließlich wendet er Verjährung ein und bestreitet den Eingang der Klageschrift bereits am 31.12.2004.

(Anträge ...)

Die Gesellschafter der Klägerin halten sich selbst für aktivlegitimiert, da der Honorarvertrag vor Änderung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Rechtsfähigkeit einer GbR geschlossen worden sei. Hilfsweise bittet die Klägerin um Berichtigung des Rubrums. Die Klägerin behauptet ferner, eine Beratung hinsichtlich der Berufungsaussichten im Vorprozess durch den Beklagten sei nicht erfolgt. Das in der Akte befindliche Beratungsschreiben habe der Beklagte ihr unaufgefordert zugesandt. Im Übrigen ergänzt und vertieft die Klägerin ihr erstinstanzliches Vorbringen. (...)

II. Die zulässige Berufung des Beklagten hat nur teilweise Erfolg. Abweichend von der Entscheidung des Landgerichts sind über die dort als Abzugsposten bereits berücksichtigten gesetzlichen Gebühren hinaus auch die Gebühren für die Beratung der Klägerin hinsichtlich der Berufungsaussichten im Vorprozess (7.707,97 EUR) von ihrem Rückforderungsanspruch in Abzug zu bringen. Zudem sind die für die Verhandlungen mit dem Prozessfinanzierer F. AG geschuldeten Gebühren höher als vom Landgericht errechnet.

A. Die **Bezeichnung der klagenden Partei** war von Amts wegen und auf den Hilfsantrag der Klägerin zu berichtigen. Das Landgericht hat entsprechend der Fassung der Klageschrift die Gesellschafter der H. GbR als klagende Partei angesehen. Dies entspricht nicht dem mit der Klage verfolgten Begehren, da eine Forderung der Gesellschaft geltend gemacht wird. Die Klageerhebung durch die Gesellschafter als Streitgenossen führt dann nicht zur Klageabweisung, wenn hierin lediglich eine fehlerhafte Bezeichnung der klagenden Partei zu sehen ist. **Klagende Partei ist die Gesellschaft selbst, nicht aber sind es ihre Gesellschafter.**

Im Einzelnen:

Zur Geltendmachung des mit der Klage verfolgten Rückzahlungsanspruchs sind materiell nicht die Gesellschafter der Klägerin als Streitgenossen berechtigt; aktivlegitimiert ist vielmehr allein die H. GbR. Im Zivilprozess ist aktivlegitimiert, d.h. die „richtige“ Partei, wer Inhaber des geltend gemachten Rechts ist. Für den hier geltend gemachten Anspruch auf Rückzahlung zu Unrecht geleisteten Anwaltshonorars ist dies die von den beiden gesetzlichen Vertretern der Klägerin gebildete und nach außen auftretende H. GbR. Die den geleisteten Zahlungen zugrunde liegende Honorarvereinbarung vom 21.10.1998 ist – wie aus der Bezeichnung der Vertragspartner ersichtlich – ausdrücklich geschlossen zwischen der „H. GbR, vertreten durch die Geschäftsführer K. und S.“ und dem Beklagten. Die auf das vereinbarte Honorar geleisteten Zahlungen sind unabhängig davon der Gesellschaft zuzurechnen, ob sie von beiden Gesellschaftern gemeinsam oder von jeweils einem der Gesellschafter geleistet worden sind.

Die (Außen-)Gesellschaft bürgerlichen Rechts besitzt Rechtsfähigkeit, soweit sie durch Teilnahme am Rechtsverkehr eigene Rechte und Pflichten begründet (BGHZ 146, 341 ff). Dies hat zur Konsequenz, dass die Sachbefugnis für Forderungen der Gesellschaft dieser selbst zusteht und sie selbst

aktivlegitimiert wie prozessführungsbefugt zur Geltendmachung dieser Forderungen ist. Nicht aktivlegitimiert sind hingegen die Gesellschafter als Streitgenossen (*BGH, NJW-RR 2006, 42*).

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist auch bei **äußerlich unrichtiger Bezeichnung** grundsätzlich das Rechtssubjekt als Partei anzusehen, das durch die fehlerhafte Bezeichnung nach deren objektivem Sinn betroffen werden sollte; diese Grundsätze gelten auch dann, wenn sich die klagende Partei selbst fehlerhaft bezeichnet hat (*BGH, NJW 1988, 1585, 1587; NJW 2003, 1043 f; Senat, ZMR 2002, 189*). Nicht die Bezeichnung einer Partei allein ist ausschlaggebend. Vielmehr kommt es darauf an, welcher Sinn der von der klagenden Partei in der Klageschrift gewählten Partei- bezeichnung bei objektiver Würdigung des Erklärungsinhalts aus der Sicht der Empfänger (Gericht und Gegenpartei) zukommt (*BGH, WM 1981, 829; NJW 1987, 1946; NJW 2002, 3110; BGH-Report 2003, 1168 f*). **Einer solchen Fehlbezeichnung ist durch Berichtigung des Rubrums Rechnung zu tragen** (*BGH, NJW-RR 2006, 42; WuM 2005, 792; NJW 2003, 1043 f*).

Aus den objektiven Umständen im Zeitpunkt der Klageerhebung ist hier deutlich, dass die Gesellschafter der Klägerin die Klageforderung in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit geltend machen wollten, obwohl sie sich selbst als Partei bezeichnet haben. Denn der Klageschrift beigelegt war die Vereinbarung der H. GbR mit dem Beklagten vom 21.10.1998, die ihrerseits Grundlage der geleisteten Zahlungen war. Auf die Nichtigkeit dieser Vereinbarung stützt sich die Klage. Die Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit sind aber nichts anderes als die Gesellschaft selbst.

Der Umstand hingegen, dass sich der Gesellschafter S. – obwohl nicht promoviert – in der Klageschrift als „Dr. S.“ bezeichnet hat, ist für die Entscheidung entgegen der Auffassung des Beklagten ohne jede Bedeutung.

B. Die H. GbR ist parteifähig. Zwar hat die Klägerin, worauf der Beklagte hinweist, unstreitig ihren Betriebssitz aufgegeben, ihre Eintragung im GewerbeRegister und ihre Steuer- nummer löschen lassen sowie ihr Konto bei der Kreisspar- kasse aufgegeben. Entgegen der Auffassung des Beklagten hat dies aber nicht etwa zur Folge, dass die Klägerin nicht mehr existent und aus diesem Grund nicht mehr parteifähig wäre. **Auch die beendete Gesellschaft gilt als aktiv partei- fähig, soweit sie ein Vermögensrecht in Anspruch nimmt.**

Im Aktivprozess besteht die aufgelöste und gelöschte Gesell- schaft schon allein deshalb fort, weil sie sich eines Anspruchs berührt. Insoweit kann von der Vermögenslosigkeit der Gesellschaft nicht ausgegangen werden (*BGH, NJW 1968, 297; NJW-RR 1986, 394; KTS 1989, 857; VersR 1991, 121; NJW-RR 1994, 542; OLG Frankfurt, NJW-RR 1991, 318; OLG Hamm, BB 1996, 1029; MDR 1996, 525; BB 1998, 1654; vgl. auch BGH, NJW-RR 1995, 1237; Zöller/Vollkom- mer, ZPO 25. Aufl., § 50 Rdnr. 4a; Musielak, ZPO 4. Aufl., § 50 Rdnr. 18*).

So ist es auch hier: Die Klägerin berührt sich eines Zah- lungsanspruchs gegen den Beklagten. Zur Durchsetzung dieses Anspruchs ist sie ungeachtet der Verteilung ihres übrigen Vermögens und der Aufgabe ihres Geschäftsbetriebs aktiv parteifähig.

C. Die Klage ist in Höhe eines Teilbetrages von 49.880,66 EUR aus ungerechtfertigter Bereicherung (§ 812 Abs. 1 Satz 1 1. Alt, BGB) begründet. Die Klägerin kann Rück- zahlung der von ihr ohne Rechtsgrund auf die Honorar- vereinbarung geleisteten Zahlungen verlangen.

1. Die Honorarvereinbarung vom 21.10.1998 bindet die Höhe des Honorars an den Erfolg anwaltlicher Tätigkeit und **verstößt** deswegen – wie vom Landgericht zutreffend fest- gestellt – **gegen das Verbot der Vereinbarung eines Erfolgs- honorars in § 49b Abs. 2 BRAO. Der Verstoß gegen dieses Verbot hat gemäß § 134 BGB die Nichtigkeit der Honorar- abrede zur Folge** (*Senat, JurBüro 2004, 536*).

a) Als Vereinbarung eines **Erfolgshonorars** ist nicht nur die Absprache anzusehen, dass der Anwalt ein **Honorar nur bei Erfolg erhält (sog. Palmarium) oder dass sein Honorar in einem Streitanteil besteht (sog. quota litis)**. Vielmehr stellt **jede Vereinbarung, durch die die Höhe des Vergütungs- anspruchs des Rechtsanwalts vom Ausgang der von ihm ver- tretenen Sache oder sonst vom Erfolg seiner anwaltlichen Tätigkeit abhängig gemacht wird, eine Erfolgsvereinbarung dar** (*BGH, NJW 1987, 3203 f*). Dies gilt auch dann, wenn die Parteien nicht von vornherein ein erfolgsabhängiges Entgelt vereinbart haben, dies aber **für den Fall eines bestimmten Misserfolgs teilweise rückzahlbar** sein sollte. Entscheidend ist nur, dass die Parteien mit der Verbindung ihrer beiderseiti- gen wirtschaftlichen Interessen die Stellung des Anwalts als eines unabhängigen Organs der Rechtspflege zumindest gefährden (*BGH, a.a.O.*).

b) Ein solches Erfolgshonorar haben die Parteien hier verein- bart. Der Beklagte hat zwar auch hier – ähnlich der genann- ten Entscheidung des Bundesgerichtshofs – zunächst ein festes Monatshonorar von 6.000 DM mit der Klägerin verein- bart. Dieses sollte aber in Höhe von 3.000 DM monatlich zunächst gestundet sein und **im Fall des Ausbleibens eines Erfolges** („kommt es zu keiner für H. GbR günstigen außer- gerichtlichen Einigung oder einem entsprechenden ob- siegenden Urteil ...“) in dieser Höhe **verfallen**. Hierdurch war die Höhe des von der Klägerin endgültig geschuldeten Honorars an den Ausgang des Rechtsstreits gekoppelt.

c) Der Eintritt der für einen möglichen Misserfolg genannten Bedingung stand auch nicht von vornherein in einer solchen Weise fest, **dass die Stellung des Beklagten als eines unab- hängigen Organs der Rechtspflege durch die Erfolgsverein- barung nicht hätte beeinträchtigt werden können**. Die vom Beklagten behauptete Vorstellung beider Vertragsparteien, eine für die H. GbR günstige Regelung werde sich jedenfalls bis zum Abschluss des ersten Rechtszuges nicht erzielen lassen, führte weder zu einer objektiven Unmöglichkeit i.S.d. § 306 a.F. BGB noch schloss sie einen erfolgreichen Ab- schluss der ersten Instanz aus.

Überdies: Der Beklagte verweist – insoweit zutreffend – auf die zeitliche Begrenzung der Honorarvereinbarung auf das Verfahren vor dem Landgericht (undeutlich formuliert: „bis zum Erreichen einer gerichtlichen oder außergerichtlichen Einigung beim zuständigen Landgericht“). An diese zeitliche Begrenzung knüpft allerdings auch die Dauer der vereinbarten Stundung und die aufschiebende Bedingung für den Verfall der zweiten Hälfte des Honorars an. **Ein für die H. GbR ungünstiger Ausgang des landgerichtlichen Verfahrens sollte den Verfall des Honoraranspruchs in Höhe von 3.000 DM zur Folge haben.** Mithin war die Höhe der endgültig geschuldeten Zahlung vom Erfolg der anwaltlichen Tätigkeit im Verfahren erster Instanz abhängig gemacht.

d) **Die Nichtigkeit der Honorarabrede hat allerdings regelmäßig nicht zur Folge, dass der Anwaltsvertrag ebenfalls unwirksam wäre** (vgl. BGH, NJW 1980, 2407; NJW 2004, 1169 ff; Hartung/Holl-Nerlich, Anwaltliche Berufsordnung 2. Aufl., § 49b BRAO Rdnr. 57; Feuerich/Weyland, BRAO 6. Aufl., § 49b BRAO Rdnr. 25; Henssler/Prütting-Dittmann, BRAO 2. Aufl., § 49b BRAO Rdnr. 23). Der anwaltliche Geschäftsbesorgungsvertrag bleibt vielmehr unberührt und ist Rechtsgrund für die von dem Anwalt erbrachten Leistungen. Dem Rechtsanwalt bleibt in einem solchen Fall sein **Anspruch auf die gesetzlichen Gebühren** (BGH, NJW 2004, 1169 ff m.w.N.).

2. Die geleisteten Zahlungen sind mit insgesamt 82.397,22 EUR unstreitig. Die Zahlungen sind – wie ausgeführt – der Gesellschaft selbst zuzurechnen, da sie von den Gesellschaftern im Rahmen ihrer Verbundenheit in der Gesamthandsgemeinschaft erbracht worden sind. Wo die Zahlungen verbucht worden sind (in den Konten der H. GbR oder bei anderen Firmen der beiden Gesellschafter), ist ohne jede Bedeutung.

a) **Der Beklagte ist aus ungerechtfertigter Bereicherung auch zur Rückzahlung des an ihn geleisteten Mehrwertsteueranteils des Honorars verpflichtet.** Es ist weder von Bedeutung, ob er die Mehrwertsteuer an das Finanzamt abgeführt hat oder ob die Klägerin die Zahlung der Mehrwertsteuer im Rahmen des Vorsteuerabzugs verrechnet hat. **Denn nach § 17 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 3 UStG ist im Fall der Rückgängigmachung einer Leistung der geschuldete Steuerbetrag ebenso zu berichtigen wie ein bereits genutzter Vorsteuerabzug.** Wie allgemein für Verkehrssteuern (Umsatzsteuer, Grunderwerbsteuer, Erbschaftsteuer) hat die zivilrechtliche Rückabwicklung einer Leistung zur Folge, dass die Steuern entfallen und vom Finanzamt zurückerstattet werden. Das Abführen der Mehrwertsteuer an das Finanzamt durch den Beklagten führt aus diesem Grund nicht zu einer Entreicherung i.S.d. § 818 Abs. 3 BGB.

b) Der Rückzahlungsanspruch der Klägerin ist allerdings in seiner Höhe begrenzt auf denjenigen Betrag, um den das gezahlte Erfolgshonorar den Anspruch des Beklagten auf Zahlung der gesetzlichen Gebühren und Ersatz seiner Auslagen übersteigt. Nur in diesem Umfang fehlt es an einem Rechtsgrund i.S.d. § 812 Abs. 1 Satz 1 1. Alt. BGB für die von der Klägerin erbrachte Leistung.

Im Einzelnen:

(1) Gebühren des Rechtsstreits T. ./ J. H.

Die gesetzlichen Gebühren des Vorprozesses 12 O 482/98 LG Düsseldorf sind entstanden und unstreitig von dem genannten Betrag von 82.397,22 EUR in Abzug zu bringen. Mit zutreffenden Erwägungen, auf die verwiesen wird, hat das Landgericht abweichend von der Berechnung der Klage eine 13/10 Prozessgebühr in Ansatz gebracht. Es errechnet sich eine Gebührenforderung des Beklagten von:

Gegenstandswert 2.300.000 DM

13/10 Prozessgebühr	
§§ 6 Abs. 1 Satz 2, 31 Abs. 1 Nr. 1 BRAGO	13.162,50 DM
10/10 Verhandlungsgebühr	
§ 31 Abs. 1 Nr. 2 BRAGO	10.125,00 DM
10/10 Beweisgebühr	
§ 31 Abs. 1 Nr. 3 BRAGO	10.125,00 DM
Auslagenpauschale nach § 26 BRAGO	40,00 DM
	33.452,50 DM
16% Mehrwertsteuer	5.352,40 DM
Summe	38.804,90 DM

Als Abzugsposten zu berücksichtigen sind
mithin (umgerechnet) 19.840,63 EUR

(2) Gebühren der Geschäftsbesorgung H. ./ F. AG

Durch die namens der Klägerin geführten Verhandlungen mit der F. AG sind dem Beklagten gegen die Klägerin Gebührenansprüche in nachfolgender Höhe entstanden, die aus den zutreffenden Gründen der angefochtenen Entscheidung als Abzugsposten zu berücksichtigen sind:

Gegenstandswert 403.526,84 DM

10/10 Geschäftsgebühr	
§ 118 Abs. 1 BRAGO	3.975,00 DM
10/10 Besprechungsgebühr	
§ 118 Abs. 2 BRAGO	3.975,00 DM
Kopierkosten	386,28 DM
Auslagenpauschale nach § 26 BRAGO	40,00 DM
	8.376,28 DM
16% Mehrwertsteuer	1.340,20 DM
Summe	9.716,48 DM

Als Abzugsposten zu berücksichtigen sind
mithin (umgerechnet) 4.967,96 EUR

Zwar hat der Beklagte in seiner Kostennote, rückdatiert auf den 4.12.2002, lediglich einen Betrag von 9.270,07 DM = 4.739,71 EUR errechnet. Dort ist aber – ebenso wie in der angefochtenen Entscheidung – übersehen worden, dass die Verhandlungen mit der F. AG ausweislich des vorgelegten Schriftverkehrs bereits in den Jahren 2000 und 2001 und mithin vor Inkrafttreten des KostREuroUG (Gesetz zur Umstellung des Kostenrechts und der Steuerberatergebührenverordnung auf Euro) geführt worden sind.

Gemäß § 134 Abs. 1 BRAGO war deswegen die Gebührenberechnung auf der Grundlage des bis zum 31.12.2001 geltenden Rechts – unter Zugrundelegung der in DM abgefassten Gebührentabelle – vorzunehmen.

Ungeachtet der zu geringen Berechnung in der genannten Kostennote ist der Betrag von 4.967,96 EUR fällig, da die Kostennote die formalen Anforderungen des § 18 BRAGO erfüllt. Der Ansatz von zwei 10/10-Gebühren ist nicht zu beanstanden, da sich die Klägerin gegen die Angemessenheit der vom Beklagten nach § 12 BRAGO getroffenen Bestimmung nicht wendet.

(3) Gebühren für eine gutachtliche Stellungnahme zu den Berufungsaussichten im Verfahren 12 O 482/98 LG Düsseldorf

In Abzug zu bringen sind ferner die gesetzlichen Gebühren für die Beratung der Klägerin zu den Berufungsaussichten im Vorprozess. Die Klägerin hat den Beklagten im zeitlichen Zusammenhang mit der Entscheidung des Landgerichts im Vorprozess gebeten, **schriftlich zu den Aussichten einer Berufung Stellung zu nehmen**. Der Beklagte hat dieser Bitte durch Schreiben vom 19.9.2002 entsprochen.

a) Zwar hat die Klägerin in der Senatssitzung vom 29.8.2006 die Erteilung eines solchen Auftrags bestritten und vorgebracht, das Schreiben vom 19.9.2002 sei ihr unaufgefordert zugesandt worden. Mit diesem Vorbringen ist die Klägerin aber im Berufungsrechtzug gemäß § 531 Abs. 2 ZPO ausgeschlossen. Der Beklagte hat bereits in erster Instanz im Einzelnen vorgetragen, dass und unter welchen konkreten Umständen die Klägerin ihn um Beratung hinsichtlich der Berufungsaussichten gebeten habe.

Dem ist die Klägerin bis zur mündlichen Verhandlung im Berufungsverfahren nicht entgegengetreten; sie hat lediglich – ohne auf die vom Beklagten behauptete Bitte einzugehen – unter Vortrag von Rechtsauffassungen bestritten, dass der Beklagte ein schriftliches Gutachten zu den Berufungsaussichten erstellt habe. Das verspätete Bestreiten erst in zweiter Instanz der vom Beklagten bereits in erster Instanz dezidiert vorgetragenen Bitte der Klägerin um Beratung zu den Berufungsaussichten beruht auf einer Nachlässigkeit der Partei i.S.d. § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO.

b) Entgegen der Auffassung des Landgerichts umfasst der Rechtszug nicht auch die (erbetene) Beratung über die Berufungsaussichten. Der Bundesgerichtshof (*NJW* 1991, 2084) hat nur die unaufgefordert erteilte Beratung über die Berufungsaussichten der ersten Instanz zugerechnet. Nach § 37 Nr. 7 BRAGO gehört, was die erstinstanzliche Entscheidung und ein dagegen eingelegtes Rechtsmittel anbetrifft, nur noch deren Entgegennahme und Mitteilung an den Auftraggeber zum ersten Rechtszug. **Hingegen gehört die Beratung des Mandanten bzw. seines Bevollmächtigten durch den erstinstanzlichen Anwalt über die Aussichten der eigenen oder der gegnerischen Berufung sowie über die im Fall der gegnerischen Berufung einzuschlagende Marschrichtung nicht mehr zum erstinstanzlichen Rechtszug und wird daher nicht durch die erstinstanzliche Prozessgebühr abgegolten.**

Vielmehr erhält der erstinstanzliche Prozessbevollmächtigte für diese Beratungstätigkeit eine Ratsgebühr nach § 20 Abs. 1 BRAGO (*OLG Hamm, AnwBl.* 1992, 286; *KG Berlin, JurBüro* 1982, 604; *Gerold/Schmidt/v. Eicken/Madert, BRAGO* 15. Aufl., § 20 Rdnr. 8).

c) Nach § 20 Abs. 1 BRAGO erhält der Rechtsanwalt für den erteilten Rat eine Gebühr in Höhe von 1/10 bis zu 10/10 einer vollen Gebühr. Da der Beklagte sich schriftlich – Schreiben vom 19.9.2002 – näher zu den Erfolgsaussichten einer Berufung geäußert hat, bestehen keine Bedenken gegen den Ansatz einer **10/10-Gebühr**, zumal sich die Klägerin gegen die Angemessenheit der vom Beklagten nach § 12 BRAGO getroffenen Bestimmung nicht wendet. Die Gebühr erhöht sich gemäß § 11 Abs. 1 Satz 4 BRAGO um 3/10.

Gegenstandswert (2002) 1.175.971,33 EUR

13/10 Gebühr für Raterteilung	
§ 20 Abs. 1 BRAGO	6.624,80 EUR
Auslagenpauschale nach § 26 BRAGO	20,00 EUR
	6.644,80 EUR
16% Mehrwertsteuer	1.063,17 EUR
Summe	7.707,97 EUR

(4) Ersparnisse an Sachverständige zu zahlender Aufwendungen

Gesetzliche Gebühren für die Erwirtschaftung von „Ersparnissen erheblicher an die Sachverständigen zu zahlender Aufwendungen“ stehen dem Beklagten nicht zu. Erstmals mit Schriftsatz vom 22.7.2006 rechnet er Anwaltsgebühren für „Ersparnisse“ ab, die der Klägerin durch Verwertung anderweit bereits eingeholter oder gemeinsam für mehrere Verfahren in Auftrag gegebener Gutachten entstanden seien. Ein gesonderter Auftrag, der über den Prozessauftrag bzgl. des Verfahrens T. ./H. hinausginge, ist nicht dargetan. **Die Korrespondenz mit Sachverständigen im Rahmen des Verfahrens T. ./H. und die Vorlage anderweit bereits eingeholter Gutachten im Prozess sind durch die Gebühren des Rechtsstreits 12 O 482/98 LG Düsseldorf abgegolten.**

(5) Gebühren für eine Prüfung und gutachtliche Stellungnahme zu einem „Veräußerungsvertrag über das Restaurant“

Auch hier ist dem Landgericht zu folgen, da der Beklagte für ein Mandat ebenso wenig Beweis angetreten hat wie für seine behauptete Beratungstätigkeit. Die Berufungsbegründung ist nicht geeignet, eine andere Entscheidung zu rechtfertigen. Weiterhin fehlt jeder Beweisantritt für Mandat und Beratungstätigkeit.

(6) Gebühren für eine gutachtliche Stellungnahme zu einem neuen Mietvertrag zwischen den Erwerbern und den Vermietern

Es hat bei der angefochtenen Entscheidung zu verbleiben. Geeignete Beweisantritte für den von dem Beklagten behaupteten Auftrag und seine anwaltliche Tätigkeit fehlen;

das in der Berufungsbegründung beantragte Gutachten der Rechtsanwaltskammer ist zum Beweis von Auftrag und Anwaltstätigkeit nicht geeignet.

(7) Gutachtliche Prüfung der Vermieterforderung (Einbehalt der Miete) und zum Einbehalt der Franchise-Gebühren

(7.1) Mietminderung:

Der Beklagte hat für seine Beratungstätigkeit in erster Instanz ohne Wertangabe 1.415,20 EUR abgerechnet. Nunmehr legt er erstmals eine spezifizierte Kostennote vor, in die er auch eine weitere Beratung (Franchise-Gebühren) einstellt.

Soweit der Beklagte sich auf den Rat bezieht, die Miete zur Stützung der Liquidität zu mindern, ist dieser unstreitig im Rahmen der Auseinandersetzung mit der T., und zwar im Vorfeld des späteren Prozesses, erteilt worden. **Allein durch diese Raterteilung ist dem Beklagten ein weiteres Mandat nicht übertragen worden.** Durch die im Verfahren H. ./ T. entstandenen Gebühren ist gemäß § 13 Abs. 1 Satz 1 BRAGO auch der **Rat zur Mietminderung abgegolten, da dieser Rat im Zusammenhang mit der Erledigung jener Angelegenheit erteilt worden ist.**

(7.2) Gutachtliche Stellungnahme zum Einbehalt von Franchise-Gebühren:

Auch hier gilt nichts anderes als für die Mietminderung: Der Rat ist im Zusammenhang mit dem Mandat gegen T. erteilt worden und durch die Gebühren jenes Verfahrens abgedeckt; **ein gesonderter Auftrag ist nicht dargetan.**

(8) Auslagen des Beklagten

Auch hier hat es bei der angefochtenen Entscheidung zu verbleiben: Der Beklagte hat nicht dargetan, dass die von ihm aufgelisteten Gutachten überhaupt für das Verfahren H. ./ T. eingeholt worden seien und nicht etwa in einem der Parallelverfahren.

Insbesondere:

– Dem Schreiben des Beklagten vom 15.11.1999 ist zu entnehmen, dass der Sachverständige Dr. M. im Verfahren D. ./ T. beauftragt worden ist. Denn dort heißt es: „Ich habe daher Dr. M. beauftragt, beispielhaft für den Rechtsstreit D. ./ T. das Gutachten zu erstellen“.

– Entsprechendes ergibt sich für den gerichtlichen Sachverständigen Prof. J. aus der Anlage zur Klageerwidern.

– Ein weiteres Gutachten hat der Sachverständige Prof. Dr. M. im Verfahren K. ./ T. erstattet: die Rechnung des Sachverständigen vom 30.8.2001 nennt als Betreff ausdrücklich jenes Verfahren.

– Der Sachverständige Prof. M. hat sein erstes Gutachten (30.000 DM zzgl. MwSt.) ausweislich der zur Klageerwidern vorgelegten Rechnung vom 19.1.2001 im Verfahren M. ./ T. erstattet, und zwar als Standortanalyse. Es ist nicht

vorgetragen, dass der Sachverständige eine gesonderte Rechnung über 5.000 EUR zzgl. MwSt. für ein weiteres Gutachten für das Verfahren der H. ./ T. erstellt hätte. Im Gegenteil: Der zum Schriftsatz vom 22.7.2006 vorgelegten Aufstellung des Beklagten zu Gutachterkosten ist zu entnehmen, dass der Betrag von 5.000 EUR nichts anderes als ein Teilbetrag jener 30.000 EUR ist, die der Sachverständige für das Verfahren M. ./ T. abgerechnet hat. Denn dort heißt es: „... angefordert am 28.12.2000; 1/6 v. 30.000 DM ...“ Hierzu korrespondiert der Zeitpunkt der Rechnung des Sachverständigen drei Wochen später. Dem Vortrag des Beklagten zu einem zwei Monate vor Verkündung der erstinstanzlichen Entscheidung im Vorprozess (Verkündung des Urteils: 28.8.2002) eingeholten Zusatzgutachten individuell für die Klägerin entspricht hingegen allein die Rechnung des Sachverständigen Prof. M. vom 26.5.2002 über 250 EUR zzgl. MwSt. (= 290 EUR). Die dort abgerechneten Kosten hat das Landgericht dem Beklagten allerdings bereits auf die Widerklage rechtskräftig zugesprochen.

Eine Absprache mit der Klägerin, dass diese anteilig auch für die Kosten der Sachverständigen in anderen Verfahren aufkommen wolle, ist nach wie vor nicht dargetan. Die Behauptung, das Gericht des Vorprozesses habe einer solchen anteiligen Kostentragung zugestimmt und andere von dem Beklagten vertretene Mandanten hätten sich beteiligt, löst keine Haftung der Klägerin aus. **Durch die bloße Nutzung der Früchte anderer Verfahren entstehen keine Auslagen i.S.d. § 670 BGB (von Kopiekosten abgesehen).**

3. Ohne Erfolg macht der Beklagte ferner geltend, die Klägerin habe durch seine Tätigkeit erhebliche „Vergünstigungen“ und „Ersparnisse“ erlangt in Gestalt verringerter Gutachterkosten und ersparter Franchise-Gebühren, die der Klageforderung gegenzurechnen sei. „Ersparnisse“ infolge der Verwertung der anderweit bereits eingeholten Gutachten sind ebenso wenig ohne Rechtsgrund erlangt wie die Vorteile des Einbehalts von Franchise-Gebühren. Der zwischen den Parteien geschlossene Anwaltsvertrag bleibt – wie bereits ausgeführt – ungeachtet der Nichtigkeit der Honorarabrede Rechtsgrund auch dieser Ersparnisse und Vorteile aus der anwaltlichen Geschäftsbesorgung.

4. Die Rückforderung der von der Klägerin erbrachten Leistung – Zahlung des Anwaltshonorars – ist nicht gemäß **§ 815 BGB wegen Nichteintritts des mit der Leistung bezweckten Erfolgs** ausgeschlossen. Soweit sich der Beklagte auf § 815 BGB beruft, verkennt dies den Regelungsgehalt der Norm. **Der Rückforderungsanspruch der Klägerin beruht nicht auf einer Zweckverfehlung der von der Klägerin erbrachten Leistung, sondern auf dem (anfänglichen) Fehlen eines Rechtsgrundes.**

5. Die Rückforderung des gezahlten Honorars ist auch nicht durch § 817 BGB ausgeschlossen. Es kann dahingestellt bleiben, ob sich das Verbot eines Erfolgshonorars in § 49b BRAO auch an den Auftraggeber des Rechtsanwalts richtet mit der Folge, dass auch ihm mit der Vereinbarung eines Erfolgshonorars ein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot i.S.d. § 817 BGB zur Last fällt.

Mit zutreffenden Erwägungen, auf die verwiesen wird, hat das Landgericht die Anwendbarkeit des § 817 Abs. 1 Satz 2 BGB auf den Rückforderungsanspruch des Auftraggebers verneint. **Die Verpflichtung des Anwalts zur Rückzahlung der auf eine nichtige Honorarvereinbarung geleisteten Zahlungen entspricht der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs** (vgl. zuletzt BGH, NJW 2004, 1169 ff).

Im Übrigen ist es zunächst Sache des Anwalts selbst, die Vorschriften seiner anwaltlichen Berufsordnung zu beachten. Auch dies stützt die der angefochtenen Entscheidung zugrunde gelegte einschränkende Auslegung des § 817 Satz 2 BGB.

6. Soweit der Beklagte geltend macht, die Klägerin habe durch ihre Zahlungen den Honoraranspruch entsprechend der getroffenen Vereinbarung anerkannt, wird auf die Gründe der Entscheidung des Landgerichts verwiesen. Mit Recht hat es das Landgericht **offengelassen, ob die Zahlungen überhaupt Anerkenntnisse enthielten**. Denn diese wären ohnehin aus gleichem Grund nichtig wie die anerkannte Forderung.

7. Die Rückforderung des ohne Rechtsgrund gezahlten Honorars ist der Klägerin nicht nach den Grundsätzen von Treu und Glauben im Rechtsverkehr (§ 242 BGB) verwehrt. Es mag sein, dass die Aufnahme der Stundungsabrede und sogar die Formulierung der Verfallklausel auf einen Wunsch der Klägerin zurückgeht. Hierauf kann sich der Beklagte aber nicht berufen, **da ihm zuvörderst die Beachtung seines eigenen Berufsrechts als Anwalt – nämlich des Verbots des § 49b Abs. 2 BRAÜ – oblag**.

8. Der Klageanspruch ist auch nicht verjährt.

Der gemäß Art. 229 § 6 EGBGB mit dem 1.1.2002 begonnene dreijährige Verjährungslauf des § 195 BGB n.F. wurde durch Eingang der Klage bei Gericht am 31.12.2004 gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB, § 167 ZPO gehemmt. Auf die zutreffenden Erwägungen und Feststellungen der angefochtenen Entscheidung, denen sich der Senat auch zum Eingangszeitpunkt der Klage anschließt, wird verwiesen. (...)

9. Die Forderung der Klägerin ist hiernach in Höhe von 49.880,66 EUR begründet.

D. Die Zinsentscheidung ist aus Verzug (§§ 286 Abs. 1, 288 Abs. 1 BGB) gerechtfertigt.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Revision wird nicht zugelassen, weil die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat und die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts nicht erfordern (§ 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO). ■

Honorar des Steuerberaters

- Darlegungs- und Beweislast
 - Erbrachte Leistungen
 - Rahmengebühr
 - Bestimmung des Rahmensatzes
 - Mindest- oder Mittelgebühr?
 - Sachverständiger
- (LG Duisburg, Urt. v. 28.6.2007 – 7 S 247/06)

Leitsätze (d. Red.):

1. Der Steuerberater trägt die Darlegungs- und Beweislast für die Billigkeit seiner Bestimmung des Rahmensatzes. Das gilt für jede die Mindestgebühr übersteigende Gebührenforderung.
2. Er hat die von ihm erbrachten Leistungen und seinen erhöhten Aufwand konkret vorzutragen.
3. Die Beauftragung eines Sachverständigen zur Ermittlung einer angemessenen Gebühr entfällt, wenn der Steuerberater keinen hinreichenden Sachvortrag unterbreitet hat. ■

Aus den Gründen:

Die Beklagten sind seit 2003 getrennt lebende Eheleute. Der Beklagte zu 2) war früher selbstständig tätig und verfügte über Einnahmen aus mehreren Immobilien.

Die steuerlichen Belange der Beklagten, die bis zur Trennung eine gemeinsame Veranlagung durchführen ließen, wurden durch den Kläger seit 1998 wahrgenommen. Zur Vertretung in den Steuerangelegenheiten unterzeichneten die Beklagten am 10.9.1997 eine Vollmacht für den Kläger, aufgrund derer er auch in den folgenden Jahren für die Beklagten tätig war.

Mit der streitgegenständlichen Rechnung vom 15.1.2002 berechnete der Kläger für die Durchführung von Einkommensteuererklärungen usw. ein Honorar von insgesamt 3.449,46 EUR. Den jeweiligen Honorarforderungen legte er einen Gebührensatz von 6/20, soweit Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung ermittelt wurden, und in Höhe von 3/10 für die Umsatzsteuererklärungen bzw. Einkommensteuererklärungen zugrunde.

Auf die Honorare erbrachten die Beklagten eine Teilzahlung von 1.229,10 EUR. Die weitergehende Forderung in Höhe von 2.220,36 EUR macht der Kläger mit der vorliegenden Klage geltend.

Der Kläger hat vorgetragen, er sei durch beide Beklagten beauftragt worden, was sich auch in der Erteilung der Vollmacht durch beide Beklagten zeige.

Die geltend gemachten Honorarforderungen seien, weil unterhalb der Mittelgebühr liegend, jedenfalls angemessen. Etwaige Schadenersatzansprüche der Beklagten seien nicht nachvollziehbar vorgetragen.

Im Übrigen sei – insoweit unstrittig – durch den Beklagten zu 1) auch die identische Rechnung für das Folgejahr in einem Parallelverfahren anerkannt worden.

Die Beklagten haben demgegenüber vorgetragen, nur der Beklagte zu 1) habe den Kläger mit der Erstellung der Steuererklärungen beauftragt, weil nur dieser über entsprechende Einkünfte verfügt habe. Im Übrigen verwiesen die Beklagten darauf, dass die Gebührenrechnungen nicht nachvollziehbar und überhöht seien, was insbesondere für die 6/20-Gebühr gelte, und dass der Kläger gehalten sei, seine Berechnungen ausführlich zu begründen und die Berechnungsgrundlagen darzulegen.

Im Übrigen erklärt der Beklagte zu 1) die Aufrechnung mit einer übersteigenden Schadenersatzforderung, die sich daraus ergeben soll, dass der Kläger entgegen seinem Auftrag den Einspruch gegen einen die Beklagten betreffenden Steuerbescheid nicht begründet habe.

Das Amtsgericht hat darauf hingewiesen, dass der Kläger dafür darlegungs- und beweispflichtig sei, dass eine Beauftragung auch durch die Beklagte zu 2) erfolgt sei. Zudem hat es mit Beweisbeschluss vom 19.5.2006 die Beweiserhebung über die Angemessenheit der von dem Kläger geltend gemachten Honorarforderungen angeordnet. Den unter Fristsetzung von drei Wochen angeforderten Auslagenvorschuss hat der Kläger trotz mehrfach beantragter Fristverlängerung nicht eingezahlt.

Deshalb hat das Amtsgericht mit dem angefochtenen Urteil vom 29.9.2006 die Klage abgewiesen, weil der Kläger zur Höhe seiner Honorarforderung beweispflichtig geblieben sei.

Hiergegen wendet sich der Kläger mit seiner form- und fristgerechten Berufung. Er verweist darauf, dass die Einholung des Sachverständigengutachtens durch das Amtsgericht nicht erforderlich gewesen sei. Von den Beklagten sei nicht hinreichend bestritten worden, dass der Kläger nicht die Mittelgebühr verlangen könne. Zudem läge auch in der Parallelsache ein Anerkenntnis zur Höhe vor.

Schließlich sei der Auslagenvorschuss nicht gezahlt worden, weil wegen der schlechten wirtschaftlichen Lage der Beklagten mit einer Einbringlichkeit der Rückforderung nicht zu rechnen sei.

(Anträge ...)

Die Kammer hat mit Beschluss vom 16.3.2007 darauf hingewiesen, dass der Kläger zur Geltendmachung einer Gebühr oberhalb der Mindestgebühr die von ihm durchgeführten Arbeiten konkret darzulegen hat. (...)

Die zulässige Berufung des Klägers hat in der Sache keinen Erfolg und ist deshalb zurückzuweisen. Der Kläger kann gegen die Beklagten aus dem von ihm behaupteten Mandatsverhältnis keine weiteren Honorarforderungen geltend machen, weil etwaige Honoraransprüche des Klägers durch die bereits erfolgte Teilzahlung der Beklagten erfüllt sind.

Dabei kann im Ergebnis offenbleiben, ob und in welchem Umfang die Beklagte zu 2) selbst Auftraggeberin des Klägers geworden ist und deshalb für die Honorarforderungen haftet. Die durch die Beklagten geleistete Abschlagszahlung erfüllt sämtliche feststellbaren Honoraransprüche, so dass weitere Ansprüche bereits der Höhe nach ausscheiden.

Der Kläger kann für die von ihm abgerechneten Tätigkeiten jeweils nur die Mindesthonorare fordern, weil er auch auf Hinweis der Kammer und das weitere Bestreiten der Beklagten nicht konkret nachvollziehbar vorgetragen hat, welche konkreten Tätigkeiten er erbracht haben will und wie sich der Wert für diese Leistungen ermittelt.

Gemäß § 11 StBGebV bestimmt bei **Rahmengebühren** der Steuerberater die Gebühr im Einzelfall unter Berücksichtigung aller Umstände, insbesondere der Bedeutung der Angelegenheit, des Umfangs und der Schwierigkeit der beruflichen Tätigkeit **nach billigem Ermessen**. Dabei ist nicht schematisch von einer bestimmten Gebühr, auch nicht von einer „Mittelgebühr“ auszugehen. Entsprechend der Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Düsseldorf (*OLG-Report 2002, 173; NJW-RR 2005, 1152 f*), kennt die StBGebV den Begriff der „Mittelgebühr“ nicht. Noch weniger knüpft sie hieran eine Regelvermutung für eine zutreffende Ermessensausübung i.S.d. § 11 StBGebV. Nach allgemeinen Grundsätzen **trägt vielmehr der Steuerberater als Bestimmungsberechtigter i.S.d. § 31 5 BGB uneingeschränkt die Darlegungs- und Beweislast für die Billigkeit seiner Bestimmung** (*OLG Düsseldorf, a.a.O.*). **Dies gilt im Streitfall für jede die Mindestgebühr übersteigende Gebührenforderung** (*OLG Düsseldorf, a.a.O., sowie Urt. v. 2.10.2001 – 23 U 25/01; OLG Hamm, NJW-RR 1999, 510*).

Auf die Mindestgebühr kann der Steuerberater aber nur dann verwiesen werden, **wenn er eine einfache Angelegenheit mit geringem Umfang bearbeitet** und die Angelegenheit für den Auftraggeber **geringe Bedeutung** hat (z.B. das Fertigen einer einfachen Einkommensteuererklärung, in der neben Einkünften aus unselbstständiger Tätigkeit nur geringe Einkünfte aus Kapitalvermögen zu verzeichnen sind). Handelt es sich dagegen um eine Angelegenheit von durchschnittlicher Bedeutung mit durchschnittlichem Umfang/Schwierigkeitsgrad, ist regelmäßig die Mittelgebühr gerechtfertigt (*OLG Düsseldorf, a.a.O., BGH, NJW-RR 2001, 494*).

In welcher Höhe hier für die vorliegenden Gebührentatbestände nach § 11 StBGebV eine Gebühr oberhalb der Mindestgebühr gerechtfertigt ist, kann im Hinblick auf das unzureichende Vorbringen des Klägers nicht festgestellt werden. Auf den Hinweis der Kammer, dass er die **von ihm erbrachten Leistungen konkret vorzutragen** hat, hat der Kläger nur (unter Hinweis auf das ihn vermeintlich bindende Steuergeheimnis) pauschal zu den einzelnen Gebührentatbeständen erschwerende Umstände vorgetragen. Er hat dieses pauschale Vorbringen auch weder auf das Bestreiten der Beklagten noch auf deren Hinweis, dass eine Bindung an das Steuergeheimnis im Gebührenprozess nicht bestehe, konkretisiert. Dies gilt insbesondere für den von ihm geltend gemachten **erhöhten Aufwand zur Ermittlung der Einkünfte**.

aus Vermietung und Verpachtung. Danach lässt sich aber anhand des Klägervortrags nicht feststellen, welche konkreten Tätigkeiten der Kläger entfaltet hat, die eine höhere Gebühr angemessen erscheinen lassen würden. **Die Beauftragung eines Sachverständigen zur Ermittlung einer angemessenen Gebühr würde danach auf einen unzulässigen Ausforschungsbeweis hinauslaufen.** Denn erst der Sachverständige musste den Sachverhalt durch Beiziehung und Auswertung der Handakten des Klägers ermitteln und sodann bewerten.

Entsprechendes gilt, soweit die Beklagten die vom Kläger zugrunde gelegten Werte bestritten haben. Auch hier hat der Kläger in keiner Weise konkret dargetan, warum die angenommenen Werte als angemessen anzusehen sind. Der pauschale Hinweis darauf, die Beklagten müssten ihre Steuerbescheide einsehen, genügt der ihm obliegenden Darlegungs- und Beweislast nicht.

Lassen sich aber konkrete Umstände, die eine Erhöhung der Rahmengebühr rechtfertigen würden, nicht feststellen, so kann der Kläger lediglich die Mindestgebühren als angemessene Gebühr fordern. Danach ergibt sich – selbst bei Zugrundelegung der vom Kläger angenommenen und bestrittenen Wertangaben sowie der Berechnung der jeweils einzeln erfolgten Überschussermittlung – eine Gebührenforderung von 725,68 EUR, die durch die Abschlagszahlung der Beklagten erfüllt ist. (...) ■

Mediationsvertrag

- Honoraranspruch
- Übliches Honorar
- Schriftform
- Wesen der Mediation
- Fehler des Mediators
- Unterhaltsberechnung
- Kein Honorar, § 628 I 2 BGB

(AG Lübeck, Urt. v. 29.9.2006 – 24 C 1853/06)

Leitsätze (d. Red.):

1. Die Sorgfaltspflicht eines eine Partei vertretenden Rechtsanwalts, eine zutreffende Berechnung eines Unterhaltsanspruchs vorzunehmen, treffen einen Rechtsanwalt, der als Mediator tätig wird, nicht in gleicher Weise.

2. Ein bestimmtes Ergebnis ist aus einem Mediationsvertrag nicht geschuldet. ■

Zum Sachverhalt:

Die Parteien streiten um einen Zahlungsanspruch aus einem Mediationsvertrag. Die Kläger sind Rechtsanwälte und bieten u.a. auch außergerichtliche Mediation an. Der Beklagte wandte sich mit seiner ehemaligen Lebenspartnerin, Frau H., mit der er einen Partnerschaftsvertrag geschlossen hatte, an den Kläger zu 1) zur Durchführung einer Mediation.

Man einigte sich auf eine Vergütung von 150 EUR pro Stunde zzgl. MwSt.

Am 11.11.2005 in der Zeit von 14.15 bis 16.45 Uhr kam es zu einer ersten Mediationssitzung. Das Ergebnis wurde dem Beklagten und Frau H. mit Schreiben des Klägers vom 15.11.2005 dargelegt, beigefügt war die Kostenrechnung über 458,20 EUR, die von dem Beklagten und Frau H. je zur Hälfte beglichen wurde. Am 30.11.2005 in der Zeit von 15.00 bis 18.00 Uhr kam es zu einer weiteren Mediationssitzung, in der es auch um Unterhaltsansprüche gehen sollte. An der Sitzung nahmen, wie auch an der vorangegangenen Sitzung, keine Rechtsanwälte als Parteivertreter teil.

Zur Vorbereitung der Sitzung überließ der Beklagte dem Kläger Steuerbescheide für die Jahre 2002 bis 2004. Mit Schreiben vom 7.12.2005 stellte der Kläger dem Beklagten und Frau H. die Ergebnisse der Sitzung dar. Unter Nrn. 1 bis 3 formulierte der Kläger die Ergebnisse zu Erbschafts-, Zugewinnausgleichs- und Versorgungsausgleichsfragen. Unter Nr. 4 des Schreibens legte der Kläger seine „Rechtsauffassung“ bezüglich des zu zahlenden Unterhalts dar. Dabei stellte der Kläger eine Unterhaltsberechnung vor, die auf den vorliegenden Einkommensteuerbescheiden des Beklagten beruhen sollte, und rechnete konkrete Unterhaltszahlungen für die aus der Beziehung des Beklagten mit Frau H. stammenden Kinder und hinsichtlich des Vorsorgeunterhalts aus. Beigefügt war die Kostenrechnung des Klägers vom 7.12.2005, nach der der Kläger für drei Stunden à 150 EUR 450 EUR Vergütung verlangte, zzgl. Auslagenpauschale in Höhe von 20 EUR und MwSt. insgesamt 545,20 EUR. Streitgegenständlich ist davon die Hälfte, ein Betrag von 272,60 EUR.

Nach Erhalt des Schreibens verlangte der Beklagte auch unter Einschaltung seiner Prozessbevollmächtigten eine Abänderung der Unterhaltsberechnung und lehnte die Durchführung weiterer Mediationssitzungen ab. Der Kläger nahm keine Abänderung der Berechnung vor und mahnte mit Schreiben vom 28. 12.2005 unter Fristsetzung auf den 12.1.2006 die Begleichung der Rechnung an.

Der Kläger behauptet, die von ihm vorgenommene Unterhaltsberechnung sei aufgrund der vorgelegten Steuerbescheide richtig gewesen. Bei einer Unterhaltsberechnung könnten nicht alle steuerlich relevanten Abzüge vorgenommen werden. Änderungswünsche hätte der Beklagte im Übrigen in die Mediation, auch über die Anwälte einbringen können.

Er behauptet, die Unterhaltsberechnung des Klägers sei falsch. Aufgrund der dem Kläger vorliegenden Unterlagen hätten sich für den Kläger erkennbar Abzüge vom Einkommen und damit ein niedrigeres Einkommen des Beklagten ergeben und demzufolge auch niedrigere Unterhaltszahlungen.

Der Beklagte und Frau H. hätten sich an den Kläger als Rechtsanwaltmediator auch gewandt, weil sie in den verschiedenen Fragen auch Rechtsrat haben wollten. Außerdem

sei ein Betrag in Höhe von 272,60 EUR bereits durch Frau H. bezahlt worden. Der Beklagte ist der Ansicht, dass der Kläger aufgrund der falschen Unterhaltsberechnung den Mediationsvertrag schlecht erfüllt habe, weswegen ein Zahlungsanspruch nicht bestünde.

Die Klage hatte Erfolg. ■

Aus den Gründen:

Den Klägern steht gegen den Beklagten ein Anspruch auf Zahlung von 272,60 EUR aus dem Mediationsvertrag zu. Ein mit einem Rechtsanwalt geschlossener Vertrag über die Durchführung einer Mediation ist ein Dienstvertrag i.S.d. § 611 BGB. Er ist auch **als Mediationsvertrag eine besondere Form des Anwaltsvertrages**, was sich aus der Erwähnung der Mediation in § 34 I 1 RVG ergibt. Der Mediationsvertrag wurde zwischen den Parteien unstreitig mündlich geschlossen, mit einer Stundenlohnvereinbarung über **150 EUR pro Stunde**.

Die Vereinbarung einer Zeitvergütung ist nicht etwa wegen Verstoßes gegen § 4 I 1 RVG unwirksam. Danach bedürfen Vergütungsvereinbarungen, durch die eine höhere als die gesetzliche Vergütung gefordert wird, der Schriftform. Eine feststellbare gesetzliche Vergütung nach Gebührensätzen gibt es für Mediationsvereinbarungen mit Anwälten jedoch nicht. Vielmehr bestimmt § 34 I 2 RVG, dass ein Rechtsanwalt Gebühren nach den Vorschriften des Bürgerlichen Rechts erhält, soweit keine besondere Vereinbarung getroffen wird. Das ist so zu verstehen, dass gemäß § 612 II BGB die übliche Vergütung auch als gesetzliche Vergütung anzusehen ist. Eine **schriftliche Vergütungsvereinbarung** im Rahmen der Mediation ist danach **nur dann notwendig, wenn eine höhere als die für eine Mediation übliche Vergütung vereinbart werden soll** (vgl. Gerold/Schmidt/Madert, § 34 RVG Rdnr. 106).

Die abgesprochene Vergütungshöhe von 450 EUR je Stunde ist nach Auffassung des Gerichts als übliche Vergütung für eine Anwaltsmediation anzusehen. Soweit im Anwaltsbereich Vergütungsvereinbarungen für die anwaltliche Interessenvertretung geschlossen werden, bewegen sich die Stundensätze sehr häufig im Bereich um 200 EUR. Für eine Vereinbarung über eine anwaltliche Mediation kann nach Auffassung des Gerichts nichts anderes gelten. Die Gesellschaft für Wirtschaftsmediation und Konfliktmanagement e.V. schlägt Sätze zwischen 150 EUR und 300 EUR je Stunde vor (Hort in: Hdb. Mediation, § 32 Rdnr. 46). Angesichts dieser Bewertung bewegt sich die hier getroffene Vereinbarung im Rahmen des Ortsüblichen.

Die Mediation, deren Bezahlung verlangt wird, hat am 30.11.2005 in der Zeit von 15 bis 18 Uhr stattgefunden, mithin über eine Zeitdauer von drei Stunden. Die Gebührenrechnung der Kläger vom 7.12.2005 entspricht damit den Tatsachen. Die Postpauschale ergibt sich aus Nr. 7002 VV RVG.

Der Beklagte kann zunächst nicht mit dem Einwand durchdringen, die Kosten seien zumindest zur Hälfte von Frau H.

bereits bezahlt worden. Denn der Kläger verlangt ohnehin nur die Hälfte der Gesamtrechnung. Dieser Betrag ist auch im Hinblick auf § 7 II RVG jedenfalls durch den Beklagten zu bezahlen. Schließlich kann der Beklagte mit dem **Einwand der Schlechterfüllung** des Mediationsvertrages nicht durchdringen.

Zunächst kann sich der Beklagte aus Rechtsgründen nicht nur auf den Einwand der Schlechterfüllung berufen. Denn der Auftraggeber eines Rechtsanwalts kann den Vergütungsanspruch nicht kraft Gesetzes wegen einer möglicherweise mangelhaften Dienstleistung kürzen, weil das Dienstvertragsrecht keine Gewährleistung kennt (vgl. BGH, NJW 2004, 2817, 2818).

Etwas anderes ergibt sich aber auch nicht im Zusammenhang mit einer Kündigung des Mediationsvertrages. Zwar kann in der Weigerung des Beklagten, weitere Mediationssitzungen durchzuführen, eine Kündigung des Mediationsvertrages gesehen werden. Eine solche **Kündigung** ist auch jedenfalls **gemäß § 627 BGB jederzeit zulässig**. Grundsätzlich ist aber auch im Fall der Kündigung die Vergütung zu bezahlen.

Der Anspruch auf die Vergütung im Falle der Kündigung entfällt gemäß § 628 I 2 BGB nur dann, wenn der Auftraggeber das Dienstverhältnis aufgrund eines vertragswidrigen Verhaltens des Dienstverpflichteten kündigt und die bisherigen Leistungen infolge der Kündigung für den anderen Teil kein Interesse mehr haben. Diese Vorschrift ist auf einen Anwaltsvertrag anzuwenden. **Sie setzt dann aber voraus, dass ein anwaltliches Fehlverhalten von der Schwere eines wichtigen Grundes i.S.d. § 626 I BGB vorliegt** (vgl. etwa KG, KG-Report 2005, 89, 90; OLG Koblenz, OLG-Report 2005, 686, 688; Weth in: JurisPK, § 628 Rdnr. 15).

Für einen Vertrag über eine anwaltliche Mediation gilt nach Auffassung des Gerichts nichts anderes, da auch dieser Vertrag ein Anwaltsvertrag ist. Wird die Mediation durch einen Anwalt angeboten, dann ist sie eine anwaltliche Dienstleistung, für die der Anwalt im Rahmen der mediationsfachlichen Regelungen genauso einzustehen hat wie für alle anderen anwaltlichen Dienstleistungen auch.

Der danach grundsätzlich mögliche Einwand aus § 628 I 2 BGB greift in der Sache jedoch nicht durch, weil ein Fehlverhalten des Klägers nicht festzustellen ist. **Ein Fehlverhalten liegt insbesondere nicht in einer möglicherweise falschen Unterhaltsberechnung.**

Zwar ist aufgrund eines normalen Anwaltsvertrages der Rechtsanwalt verpflichtet, einen Mandanten bei der Entscheidung über die Annahme eines Vergleichsvorschlags gründlich über das Für und Wider zu beraten und auf der Grundlage der ihm zur Verfügung stehenden Informationen eine Prognose darüber zu treffen, wie sich ein Rechtsstreit möglicherweise entwickeln wird. Eine Verletzung dieser Pflicht kann vorliegen, wenn er seinen Mandanten nicht zutreffend über die Berechnung eines Unterhaltsanspruchs aufklärt (vgl. KG, KG-Report 2005, 89, 90; OLG Köln, FamRZ 1996, 942, 944).

Diese Sorgfaltspflichten eines eine Partei vertretenden Rechtsanwalts treffen einen Rechtsanwalt, der als Mediator tätig wird, jedoch nicht in gleicher Weise. **Wesen einer Mediation** ist es nämlich, dass ein Mediator im Einverständnis beider Parteien mit dem Ziel der **Vermittlung und Schlichtung** tätig wird. Der Anwalt nimmt also nicht die Interessen einer Partei wahr, was sich auch schon daraus ergibt, dass ihm jede weitere Tätigkeit für eine Partei allein generell nach § 43a IV BRAO untersagt wird. Weiter folgerichtig darf ein Rechtsanwalt, der als Mediator tätig war, **nicht für eine der Parteien als Rechtsanwalt auftreten**, § 45 I Nr. 3 BRAO (vgl. *OLG Karlsruhe, NJW 2001, 3197, 3499*).

Hinter alldem steht der Gedanke, dass es Aufgabe eines Mediators ist, **den Kommunikationsprozess zwischen den Parteien zu gestalten und auf einen sachgerechten Interessenausgleich hinzuwirken**, ohne sich in der Sache einer der Parteien zuzuwenden. Die Eigenverantwortlichkeit der Parteien bleibt deshalb im Mediationsverfahren vollständig erhalten und ist eines seiner wesentlichen Elemente (vgl. *Kracht in: Hdb. Mediation, § 15 Rdnrn. 102, 107*). Zwar kann ein Mediator, der sich als sog. „aktiver Mediator“ versteht, eigene Vorschläge einbringen (vgl. *Kracht in: Hdb. Mediation, Rdnr. 104*). Er hat dann aber hinsichtlich der rechtlichen Prüfung darauf zu achten, dass sich die Parteien gegebenenfalls von ihre Interessen vertretenden Anwälten beraten lassen (vgl. *Kracht in: Hdb. Mediation, Rdnr. 83*). **Er kann deswegen diese Beratung nicht auch selbst übernehmen.** Damit würde er letztlich seine Neutralität aufgeben. Hinzu kommt, dass der Anwaltsmediator zu keiner der Parteien in einem besonderen Informationsverhältnis steht. Die Partei kann also gar nicht erwarten, dass eine rechtliche Betrachtung eines Vorschlags unter allen möglichen Gesichtspunkten erfolgt.

Nach alldem kommt es hier nicht darauf an, ob die Unterhaltsberechnung, die der Kläger im Schreiben vom 7.12.2005 aufgemacht hat, nun zutreffend ist oder nicht. Dieses Schreiben, das der Kläger als Mediator verfasst hat, war kein verbindlicher Rechtsrat an den Beklagten, für den der Kläger wie ein Rechtsanwalt zu haften hätte. Soweit darin also eine falsche Berechnung des Unterhalts aufgemacht worden sein sollte, hätte der Kläger damit noch nicht gegen vertragliche Pflichten als Mediator verstoßen. Selbst wenn man dies anders sehen wollte, ergebe sich eine Einwendung für den Beklagten im Ergebnis nicht, denn auch ein Interessenwegfall aufseiten des Beklagten kann nicht festgestellt werden.

Ziel eines Mediationsverfahrens ist es, die widerstreitenden Parteien miteinander in ein Gespräch zu bringen. **Ein bestimmtes Ergebnis oder überhaupt ein Ergebnis ist nicht geschuldet.** Es steht auch grundsätzlich nicht in der Macht eines Mediators, Einigung immer herbeizuführen. Die Einigung ist vielmehr ein freier Willensentschluss der Parteien. Hier kommt hinzu, dass in der Mediationssitzung vom 30.11.2005 auch noch andere Themen besprochen wurden, wie sich aus dem Schreiben des Klägers vom 7.12.2005 zu den Nrn. 1 bis 3 ergibt. Auch das spricht dafür, dass es nicht zu einem Interessenwegfall gekommen ist.

Schließlich kann der Beklagte dem Honoraranspruch auch keinen Schadenersatzanspruch nach § 628 II BGB entgegensetzen. Unabhängig davon, dass er die Aufrechnung mit einem solchen Anspruch nicht erklärt hat, ist auch nicht ersichtlich, woraus dieser resultieren sollte. Denn jedenfalls ist die Unterhaltsberechnung, die der Kläger im Schreiben vom 7.12.2005 aufgemacht hat, nicht zur Umsetzung gekommen. Sie hat insoweit für den Beklagten jedenfalls keine Folgen gehabt. ■

Gebührenanspruch im FG-Verfahren

- Geschäftsgebühr für das Vorverfahren
 - Anrechnung auf Verfahrensgebühr im Klageverfahren
 - Erledigungsgebühr
 - Mindeststreitwert
- (*FG Köln, Beschl. v. 26.2.2007 – 10 Ko 1308/06*)

Leitsätze (d. Red.):

1. Die Geschäftsgebühr des Steuerberaters für das Vorverfahren (§ 41 StBGebV) ist auf die Verfahrensgebühr des Klageverfahrens anzurechnen. Die Geschäftsgebühr eines Rechtsanwalts entspricht der des Steuerberaters (VV Nr. 2300, § 45 StBGebV).
2. Die Erledigungsgebühr nach VV Nr. 1002 muss sich auf die Erledigung des Rechtsstreits beziehen. Wird dem Antrag in vollem Umfang entsprochen, ist sie nicht anzusetzen.
3. Der Mindeststreitwert von 1.000 EUR gemäß § 52 Abs. 4 GKG n.F. ist gemäß § 23 Abs. 1 Satz 1 RVG auch für das finanzgerichtliche Verfahren gültig. ■

Aus den Gründen:

I. Der Beklagte und Erinnerungsführer (im Folgenden: Erinnerungsführer) hatte gegen die Kläger und Erinnerungsgegner (im Folgenden: Erinnerungsgegner) einen Solidaritätszuschlag 2004 in Höhe von 795,74 EUR festgesetzt. Nach zurückweisender Einspruchsentscheidung hatten die Erinnerungsgegner hiergegen die Klage erhoben. Nach einer telefonischen Erörterung zwischen dem Erinnerungsführer und dem Bevollmächtigten der Erinnerungsgegner hob der Erinnerungsführer die Einspruchsentscheidung auf. Daraufhin erklärten die Beteiligten übereinstimmend den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt.

Mit Beschluss vom 26.10.2005 wurden die Kosten des Rechtsstreits dem Erinnerungsführer auferlegt und mit Beschluss vom 15.11.2005 die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für das Vorverfahren für notwendig erklärt.

Am 2.11.2005 beantragten die Erinnerungsgegner, die ihnen vom Erinnerungsführer zu erstattenden Kosten festzusetzen. Dabei legten sie jeweils einen Gegenstandswert von 795,74 EUR sowohl für das Vorverfahren als auch für

das Klageverfahren zugrunde. Die Geschäftsgebühr für den Einspruch setzten sie mit 10/10 (berechnet aus einer vollen Gebühr von 65 EUR) an.

Der Kostenbeamte setzte mit Beschluss vom 3.11.2005 die den Erinnerungsgegnern vom Erinnerungsführer zu erstattenden Kosten fest. Dabei berücksichtigte er die Kosten des Vorverfahrens wie beantragt. Für das Klageverfahren strich er lediglich die geltend gemachte Termingebühr.

Mit der Erinnerung trägt der Erinnerungsführer vor: Die Verfahrensgebühr sei bei vorzeitiger Erledigung und im Übrigen auch dann zu ermäßigen, soweit wegen desselben Gegenstands eine Geschäftsgebühr entstanden sei. Dies gelte auch für die Geschäftsgebühr eines Steuerberaters.

(Anträge ...)

Eine Ermäßigung der Verfahrensgebühr komme nicht in Betracht, da das Vergütungsverzeichnis eine Anrechnung nur der Geschäftsgebühr, die nach den Nrn. 2400 bis 2403 entstanden ist, vorsehe. Außerdem machen die Erinnerungsgegner geltend, dass eine Erledigungsgebühr zu berücksichtigen sei, da der Bevollmächtigte durch den Telefonanruf und die daraufhin erfolgte Aufhebung der Einspruchsentscheidung an der außergerichtlichen Erledigung des Rechtsstreits mitgewirkt habe.

II. Die zulässige Erinnerung ist unbegründet. Der angefochtene Kostenfestsetzungsbeschluss ist im Ergebnis nicht zu Ungunsten des Erinnerungsführers rechtswidrig und verletzt diesen deshalb nicht in seinen Rechten (vgl. § 100 Abs. 1 Satz 1 der Finanzgerichtsordnung – FGO – analog).

1. Verfahrensgebühr für das Klageverfahren

Die **Verfahrensgebühr ist nicht gemäß Nr. 3201 des Vergütungsverzeichnisses – VV – des Rechtsanwaltsvergütungsgesetzes – RVG – zu ermäßigen**. Nach dieser Vorschrift ermäßigt sich die Verfahrensgebühr auf das 1,1-fache, **wenn der Auftrag vorzeitig beendet wird**. Eine vorzeitige Beendigung liegt nach der amtlichen Anmerkung nur vor, **wenn der Auftrag endigt, bevor der Rechtsanwalt das Rechtsmittel eingelegt oder einen Schriftsatz, der Sachanträge, Sachvortrag, die Zurücknahme der Klage oder die Zurücknahme des Rechtsmittels enthält, eingereicht oder bevor er für seine Partei einen gerichtlichen Termin wahrgenommen hat**. Im Streitfall hat der Bevollmächtigte für die Erinnerungsgegner die **Klageschrift eingereicht**. Damit liegt kein Fall einer vorzeitigen Beendigung des Auftrags vor.

b) Nach Auffassung des beschließenden Senats **ist jedoch auf die Verfahrensgebühr die im Vorverfahren nach § 41 der Steuerberatergebührenverordnung – StBGebV – entstandene Geschäftsgebühr anzurechnen**. Vorbemerkung 3 Abs. 4 VV bestimmt: „Soweit wegen desselben Gegenstands eine Geschäftsgebühr nach den Nrn. 2400 bis 2403 entstanden ist, wird diese Gebühr zur Hälfte, jedoch höchstens mit einem Gebührensatz von 0,75, auf die Verfahrensgebühr des gerichtlichen Verfahrens angerechnet.“

Den Erinnerungsgegnern ist zwar zuzugeben, dass diese Bestimmung nur die Anrechnung einer Geschäftsgebühr, die nach den Nrn. 2400 bis 2403 VV entstanden ist, vorseht. Andererseits ist jedoch zu berücksichtigen, dass nach **§ 45 StBGebV** auf die Vergütung des Steuerberaters im Verfahren vor den Gerichten der Finanzgerichtsbarkeit die **Vorschriften des RVG sinngemäß anzuwenden** sind. Sinngemäße Anwendung bedeutet, dass vergleichbare Gebühren vergleichbar zu behandeln sind.

Die Geschäftsgebühr eines Rechtsanwalts nach VV Nr. 2400 entspricht der Geschäftsgebühr eines Steuerberaters nach § 41 StBGebV. Aus der sinngemäßen Anwendung der Vorschriften des RVG und des VV, die in § 45 StBGebV angeordnet ist, ergibt sich, dass Rechtsanwälte und Steuerberater hinsichtlich der im finanzgerichtlichen Verfahren zu berücksichtigenden Gebühren gleichbehandelt werden sollen.

Da die Erinnerungsgegner die Geschäftsgebühr im Vorverfahren mit 10/10 angesetzt haben, ist sie zur Hälfte auf die Verfahrensgebühr anzurechnen. Dabei ist die Geschäftsgebühr nach einem Gegenstandswert von 795,74 EUR zu berechnen. Der Mindeststreitwert von 1.000 EUR kommt für das Vorverfahren, in dem ein Steuerberater Gebühren nach der StBGebV erhält, nicht in Betracht (s. nachfolgend unter 3.). Vorbemerkung 3.4 Satz 21 VV ist nicht einschlägig, da die Geschäftsgebühr höchstens nach dem tatsächlich gegebenen Gegenstandswert berechnet werden darf. Die Bestimmung gilt nur für den umgekehrten Fall, dass der Gegenstandswert des Klageverfahrens niedriger ist als derjenige des Vorverfahrens.

2. Erledigungsgebühr

Eine Erledigungsgebühr ist nicht entstanden. Nach VV Nr. 1002 entsteht eine Erledigungsgebühr nur dann, wenn sich eine Rechtssache ganz oder teilweise nach Aufhebung oder Änderung des mit einem Rechtsbehelf angefochtenen Verwaltungsakts durch die anwaltliche Mitwirkung erledigt. Unter „**Mitwirkung bei der Erledigung**“ versteht der beschließende Senat **eine besondere, über die allgemeine Geschäftsführung hinausgehende, auf die Herbeiführung der materiellen Erledigung ohne Urteil gerichtete und dafür nicht unwesentliche Tätigkeit** (vgl. z.B. *Beschl. v. 4.1.2001 – 10 Ko 6724/00, Entscheidungen der Finanzgerichte – EFG – 2001, 711*). Eine wesentliche Mitwirkung bei der Erledigung scheidet insbesondere dann aus, wenn dem Antrag des Klägers in vollem Umfang entsprochen wurde (*Beschl. d. beschließenden Senats v. 28.6.2004 – 10 Ko 1603/04, EFG 2004, 1642*).

Für diese Auslegung spricht, dass der Bevollmächtigte nach der amtlichen Anmerkung „nach“ der Aufhebung oder Zurücknahme des Verwaltungsaktes bei der Erledigung mitwirken muss. Die Mitwirkung muss sich also auf die Erledigung des Rechtsstreits und nicht auf die Aufhebung oder Zurücknahme des Verwaltungsaktes beziehen. **Obsiegt der Kläger in vollem Umfang, bedarf es keiner besonderen Anstrengungen des Bevollmächtigten, ihn (den Kläger) zur Abgabe der Erledigungserklärung zu veranlassen.**

3. Ermittlung der Geschäftsgebühr für das Vorverfahren und der Verfahrensgebühr für das Klageverfahren

a) Da nach dem unter 1. Ausgeführten die Geschäftsgebühr auf die Verfahrensgebühr anzurechnen ist, musste der Senat prüfen, ob der angefochtene Kostenfestsetzungsbeschluss nicht wegen fehlerhafter Berechnung der Geschäfts- und der Verfahrensgebühr im Ergebnis zutreffend ist (*zur Saldierung s. Brandis in: Tipke/Kruse, AO/FGO, § 149 FGO Tz. 7, 20 [Stand April 2006]*).

Sowohl der Bevollmächtigte der Erinnerungsgegner als auch der Kostenbeamte des Finanzgerichts sind bei der Ermittlung der Gebühren von einem Gegenstandswert in Höhe von 795,74 EUR ausgegangen. Dies ist zumindest für das Klageverfahren fehlerhaft, da für Klageverfahren, die nach dem 30.6.2004 anhängig geworden sind, ein **Mindeststreitwert von 1.000 EUR** gilt (§ 52 Abs. 4 des Gerichtskostengesetzes in der Fassung des Kostenrechtsmodernisierungsgesetzes – GKG n.F.).

Dieser Mindeststreitwert ist gemäß § 23 Abs. 1 Satz 1 RVG auch für die im finanzgerichtlichen Verfahren entstehenden Gebühren eines Bevollmächtigten maßgeblich (*vgl. Niedersächsisches Finanzgericht, Beschl. v. 9.6.2005 – 11 Ko 19/05, EFG 2005, 1804*). Deshalb beträgt für das Klageverfahren eine volle Gebühr 85 EUR.

b) Der Senat braucht nicht zu entscheiden, ob der Mindeststreitwert auch für die Gebührenberechnung eines Rechtsanwalts im Vorverfahren zur Anwendung kommt. Dafür könnte § 23 Abs. 1 Satz 3 RVG sprechen, wonach die Wertvorschriften auch entsprechend für die Tätigkeit außerhalb eines gerichtlichen Verfahrens gelten, wenn der Gegenstand der Tätigkeit auch Gegenstand eines gerichtlichen Verfahrens sein könnte. Der Ansatz des Mindeststreitwerts im Vorverfahren scheidet zumindest für die Berechnung der Gebühren eines Steuerberaters aus.

Die Steuerberatergebührenverordnung sieht anders als § 23 RVG keinen Verweis auf das Gerichtskostengesetz vor. Die sinngemäße Anwendung der Vorschriften des RVG gilt nach § 45 StBGebV ausdrücklich nur für die Vergütung des Steuerberaters im Verfahren vor dem Finanzgericht, d.h. den im gerichtlichen Verfahren entstehenden Gebühren. Dies mag zwar inkonsequent sein und zu einer unterschiedlichen Behandlung von Rechtsanwälten und Steuerberatern führen. Das Gericht kann sich aber nicht über den eindeutigen Wortsinne der Vorschrift hinwegsetzen.

4. Neuberechnung der erstattungsfähigen Kosten

(Ausrechnung ...)

Der Senat darf, wenn lediglich der Kostenschuldner Erinnerung einlegt, nicht über den festgesetzten Kostenerstattungsbetrag hinausgehen. Die Erinnerung ist deshalb in vollem Umfang unbegründet. (...) ■

GI Literaturhinweise

Tipke/Lang: Steuerrecht

Seit 35 Jahren ist der „Tipke/Lang“ der Klassiker zum deutschen Steuerrecht. Er vereint die gesamte Rechtsmaterie zu einer systematischen Gesamtübersicht über das komplexe Normengefüge, erläutert seine Funktionsweise anhand der zugrunde liegenden Prinzipien und stellt die Wechselwirkungen zum Zivilrecht sowie die Bezüge zum europäischen und internationalen Recht dar.

Der Inhalt:

- Grundlagen der Steuerrechtsordnung und das Steuerrechtsverhältnis
- Steuerarten: Einkommensteuer, Kirchensteuer, Körperschaftsteuer, Gewerbesteuer, Bewertungsgesetz, Erbschaft- und Schenkungsteuer, Grundsteuer, Umsatzsteuer, Grunderwerbsteuer, Versicherungsteuer, Kfz.-Steuer, spezielle Verbrauch- und Aufwandsteuern
- Besteuerung der Unternehmen
- Steuervergünstigungen
- Steuerverfahrensrecht
- Steuerstraft- und Steuerordnungswidrigkeitenrecht

Sämtliche Reformen sind bereits zu einem sehr frühen Zeitpunkt in den Gesamtkontext eingeordnet und unter systematischen Gesichtspunkten umfassend gewürdigt, z.B.:

- Unternehmensteuerreform
- Erbschaftsteuerreform
- Gemeinnützigkeitsreform
- Jahressteuergesetz 2008
- Abgeltungssteuer
- Reform des Umwandlungssteuerrechts durch SEStEG
- Auswirkungen des SEStEG auf grenzüberschreitende Umstrukturierungen

Die Autoren:

Professor Dr. Joachim Lang
 Professor Dr. Roman Seer
 Professor Dr. Johanna Hey
 Professor Dr. Wolfram Reiß
 Dipl.-Kfm. Heinrich Montag
 Professor Dr. Joachim Englisch

Tipke/Lang: Steuerrecht, 19. Auflage

Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln

1.272 Seiten, Lexikonformat

Gebundene Ausgabe:

69,80 €, ISBN 978-3-504-20141-8

Studienausgabe (broschiert):

59,80 €, ISBN 978-3-504-20142-5

Anwalts-Formularbuch Arbeitsrecht

Die dritte Auflage des Anwalts-Formularbuches Arbeitsrecht von Bauer/Lingemann/Diller/Haußmann enthält wiederum alle für die anwaltliche Praxis erforderlichen Formulare und Muster, sowohl im Individual- und Kollektivarbeitsrecht als auch im Prozessrecht. Kurze Einführungen zu den Kapiteln sorgen für einen Überblick über die Rechtslage. Ausführliche Erläuterungen zu den einzelnen Mustern und Klauseln, an Ort und Stelle eingearbeitet, setzen den Nutzer in die Lage, Problemfälle zu vermeiden und Alternativlösungen zu entwickeln. Alle Muster und Formulare sind auf der beigefügten CD abrufbar.

Die seit der Voraufgabe erfolgten Gesetzesänderungen und einschlägige Rechtsprechung sind berücksichtigt. Insbesondere die Auswirkungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) und der AGB-Kontrolle von Arbeitsverträgen wurde durchgehend in die Muster eingearbeitet. Die dritte Auflage enthält zudem zahlreiche neue, für die Praxis wichtige Formulare, darunter Muster zu einer Betriebsvereinbarung Ethikrichtlinie und einer Betriebsvereinbarung Whistle-blowing-Hotline, zum Sozialplanarbeitsvertrag, zu einem Widerspruchsschreiben nach § 613a BGB, zur Nichtzulassungsbeschwerde u.v.m.

Bauer/Lingemann/Diller/Haußmann: Anwalts-Formularbuch Arbeitsrecht, von FAArbR Dr. Jobst-Hubertus Bauer, FAArbR und Notar Dr. Stefan Lingemann, FAArbR Dr. Martin Diller und FAinArbR Dr. Katrin Haußmann, 3. überarbeitete Auflage 2008, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 1.179 Seiten, Lexikonformat, gebunden, inkl. CD, 99,- €, ISBN 978-3-504-42666-8

Kapitalisierung und Verrentung

mit Kapitalisierungstabellen und Berechnungsprogramm auf CD-ROM

Kapitalisierung und Verrentung erfordern Mathematik. Dies gilt z.B. für die Berechnung privater oder betrieblicher Kaufpreisrenten, für die Einräumung von Wohn- und Nießbrauchsrechten, für Vermächtnisse, auch im Zusammenhang mit Vergleichen, Abfindungen aus Schadenersatzansprüchen, schuldrechtlichem Versorgungsausgleich oder Kauf/Verkauf auf Leibrente. Bei all diesen Berechnungen hilft das neue Werk.

Das Berechnungshandbuch wendet sich mit seinen Kapitalisierungstabellen und dem Berechnungsprogramm auf CD-ROM gezielt an Juristen auch ohne versicherungsmathematische Kenntnisse. Es erläutert die Berechnungen aus der täglichen juristischen Praxis anhand ausführlicher Beispiele.

Eine CD-ROM mit einem leicht zu bedienenden Berechnungsprogramm ermöglicht alle gängigen Berechnungen, so z.B. frei wählbare Zinssätze unter Zugrundelegung der möglichen Zahlungsweise wie monatlich, vierteljährlich usw.

sowie auch vor- und nachschlüssig für verschiedene Laufzeiten: Zeitrente, Leibrente, lebenslänglich, temporär, aufgeschoben oder z.B. mit Mindestlaufzeit.

Das Werk wendet sich an Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater sowie an Behörden (Steuerprüfer etc.).

Dr. Rudolf Schneider/Kerstin Stahl: Kapitalisierung und Verrentung, Verlag C.H. Beck, 2008, XI, 305 Seiten, gebunden, mit CD-ROM, 120,- €, ISBN 978-3-406-55281-6

Lohnsteuer

Das systematische Handbuch und das ABC der Lohnsteuer sind in erster Linie auf die Bedürfnisse der Praxis zugeschnitten. Es stellt praktisches Recht dar. Dem Werk vorangestellt ist der lohnsteuerrechtlich relevante Teil des EStG, die LStDV sowie die Sozialversicherungsentgeltverordnung.

Die systematische Darstellung beginnt mit einem umfangreichen und detaillierten ABC der Lohnsteuer (rund 1.100 Stichwörter). Danach gliedert sich das Werk in die an der Praxis ausgerichteten Spezialkapitel.

Die meisten Kapitel enthalten zusätzlich informative, umfangreiche Einzel-ABC, z.B. ABC des Arbeitslohns (rund 470 Stichwörter), ABC der steuerfreien Einnahmen (rund 140 Stichwörter) und bieten damit eine detaillierte Einarbeitung in die jeweilige Problemstellung.

Die 43. Ergänzungslieferung enthält:

- Umfassende Einarbeitung der Änderungen durch das Gesetz zur weiteren Stärkung des bürgerschaftlichen Engagements:
 - Anhebung der Übungsleiterpauschale in § 3 Nr. 26 EStG
 - Vereinheitlichung der Förderhöchstsätze bei Zuwendungen in § 10b EStG u.a.m.
- Einführung der elektronischen Lohnsteuerabzugsmerkmale („ElsterLohn II“), letztmalige Ausstellung der Kartons-Lohnsteuerkarte für 2010, u.a. durch § 39e EStG
- Einarbeitung der neuen LStR 2008: u.a. „Auswärtstätigkeit“ (Aufgabe der Differenzierung zwischen Dienstreise, Dienstgang, Einsatzwechseltätigkeit)
- Umfassende Aktualisierung durch neueste Rechtsprechung, einschlägige Verwaltungsschreiben und wichtige Literaturhinweise

Das Werk wendet sich an Steuerberater, Wirtschaftsprüfer, Rechtsanwälte.

Heuermann/Wagner: Lohnsteuer, 43. Ergänzungslieferung, Verlag C.H. Beck, Stand 15.2.2008, 412 Seiten, in Schlaufe: 37,- €, ISBN 978-3-8006-3449-1

Grundwerk mit eingeordneter 43. Ergänzungslieferung, rund 1.190 Seiten, im Leinenordner
Vorzugspreis bei Fortsetzungsbezug:

64,- €, ISBN 978-3-8006-2286-3

Bei Einzelbezug:

82,- €, ISBN 978-3-8006-9902-5

Neuauflage

Seit 35 Jahren ist das der Klassiker zum deutschen Steuerrecht schlechthin: die gesamte Rechtsmaterie in einem einzigen Band. Als systematische Gesamtübersicht über das komplexe Normengefüge. Mit Erläuterung seiner Funktionsweise anhand der zugrunde liegenden Prinzipien. Mit Darstellung der Wechselwirkungen zum Zivilrecht sowie der Bezüge zum europäischen und internationalen Recht.

Sämtliche Reformen wurden bereits zu einem sehr frühen Zeitpunkt in den Gesamtkontext eingeordnet und unter systematischen Gesichtspunkten umfassend gewürdigt. Von der Unter-



Tipke/Lang **Steuerrecht** Begründet von Prof. Dr. Klaus Tipke, fortgeführt von Prof. Dr. Joachim Lang, Prof. Dr. Roman Seer, Prof. Dr. Johanna Hey, Prof. Dr. Wolfram Reiß, Dipl.-Kfm. Heinrich Montag und Prof. Dr. Joachim Englisch. 19., komplett überarbeitete Auflage 2008, 1.272 Seiten Lexikonformat, gbd. 69,80 €. ISBN 978-3-504-20141-8
Paperback ca. 59,80 €. ISBN 978-3-504-20142-5

nehmensteuerreform über Erbschaftsteuer- und Gemeinnützigkeitsreform bis hin zur tief greifenden Reform des Umwandlungssteuerrechts durch das SEStEG.

Es gibt jede Menge Übersichten, Beispiele, Schaubilder und vor jedem Kapitel Hinweise auf sämtliche weiterführende Literatur.

Mit diesem einzigartigen Buch arbeiten einfach alle. Vor allem Steuerberater, angehende Steuerberater, Wirtschaftsprüfer, Steuerjuristen, BWL-Studenten und Studierende der Rechtswissenschaften mit Schwerpunkt Fach Steuerrecht.

Wie wär's mit einer Leseprobe?

www.otto-schmidt.de

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

Ja, ich bestelle mit 14-tägigem Rückgaberecht, jeweils plus Versandkosten, Tipke/Lang **Steuerrecht** 19. Auflage

☐ gbd. 69,80 €. ISBN 978-3-504-20141-8

☐ Paperback 59,80 €. ISBN 978-3-504-20142-5

Name _____ Straße _____ PLZ _____ Ort _____

Telefon _____ Fax _____ Datum _____ Unterschrift _____ 03/08

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

Als Steuerberater sind Sie durch Ihre berufliche Tätigkeit zahlreichen Haftungsrisiken ausgesetzt. Die Flut neuer Rechtsprechung und Gesetzgebung macht die Vermeidung von Haftungsfällen immer schwerer. Hinzu kommt, dass immer mehr Mandanten von der Möglichkeit Gebrauch machen, ihren Steuerberater auf Schadenersatz in Anspruch zu nehmen – zunehmend erfolgreich.

Entscheidend für die Zukunft wird sein, die Risiken frühzeitig zu erkennen, angemessene Vorkehrungen hinsichtlich der Höhe der Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung zu treffen und die verschiedenen Möglichkeiten zur Begrenzung der Haftung zu berücksichtigen.

Im Mittelbeihefter dieser GI-Ausgabe wird anhand von Beispielen geschildert, welche Konsequenzen sich ergeben, wenn der Versicherungsschutz nicht ausreicht oder aus anderen Gründen nicht gegeben ist und welche Haftungsrisiken bei der Schädigung Dritter auftreten.

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

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

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

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

Informationen für wirtschaftsprüfende, rechts- und steuerberatende Berufe

GI service

Nr. 4/ Juli 2008

Möglichkeiten der Haftungsbegrenzung für Steuerberater.

Als Steuerberater sind Sie durch Ihre berufliche Tätigkeit zahlreichen Haftungsrisiken ausgesetzt. Die Flut neuer Rechtsprechung und Gesetzgebung macht die Vermeidung von Haftungsfällen immer schwerer.

Hinzu kommt, dass immer mehr Mandanten von der Möglichkeit Gebrauch machen, ihren Steuerberater auf Schadenersatz in Anspruch zu nehmen – zunehmend erfolgreich.

Entscheidend für die Zukunft wird sein, die Risiken frühzeitig zu erkennen, angemessene Vorkehrungen hinsichtlich der Höhe der Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung zu treffen und die verschiedenen Möglichkeiten zur Begrenzung der Haftung zu berücksichtigen.

Im Folgenden wird anhand von Beispielen geschildert, welche Konsequenzen sich ergeben, wenn der Versicherungsschutz nicht ausreicht oder aus anderen Gründen nicht gegeben ist und welche Haftungsrisiken bei der Schädigung Dritter auftreten.

In § 67a Abs. 1 S. 1 StBerG werden abschließend die Möglichkeiten der Haftungsbegrenzung des Steuerberaters, Steuerbevollmächtigten und von Steuerberatungsgesellschaften geregelt.

§ 67a StBerG

(1) Der Anspruch des Auftraggebers aus dem zwischen ihm und dem Steuerberater oder Steuerbevollmächtigten bestehenden Vertragsverhältnis auf Ersatz eines fahrlässig verursachten Schadens kann beschränkt werden.

1. Durch schriftliche Vereinbarung im Einzelfall bis zur Höhe der Mindestversicherungssumme;
2. Durch informierte Vertragsbedingungen auf den vertragshöchsten Betrag der Mindestversicherungssumme, wenn insoweit Versicherungsschutz besteht.

Grundsätzlich kommt eine solche Haftungsbegrenzung nur bezüglich eines fahrlässigen Verhaltens des Steuerberaters in Betracht. § 276 II BGB schließt eine Beschränkung der Haftung für ein vorsätzliches Verhalten ausdrücklich aus.

Es muss auf die Rechtsprechung zum AGB-Recht zurückgegriffen werden, da § 67a StBerG bisher nicht Gegenstand einer gerichtlichen Überprüfung war. Eine Individualvereinbarung liegt demnach vor, wenn sie nicht vorformuliert und zwischen den Vertragspartnern individuell ausgehandelt ist. Aushandeln bedeutet an dieser Stelle gegenseitiges Nachgeben, also aus Sicht des Steuerberaters auch das einseitige Angebot, sich auf Alternativen einzulassen. Der erfolgreiche Einsatz der Individualvereinbarung erfordert höchste Sensibilität. Denn für den Steuerberater geht es neben den hohen rechtlichen Anforderungen um den „Spagat“ zwischen Risikobegrenzung und dem Interesse der Mandanten.

Beispiel:

Ein Steuerberater wird mit der Prüfung der steuerlichen Auswirkungen beauftragt, die sich im Falle des Erwerbs von Anteilen einer GmbH für deren Erwerber ergeben würden. Diese Gesellschaft ist erheblich überschuldet. Der Steuerberater hält die Nutzung der Verluste unter den Gesichtspunkten der Mantelkauf sowie der Übernahme der Altgesellschafterschulden nicht für steuerschädlich. Die nachfolgende Betriebsprüfung jedoch betrachtet (Hinweis auf § 42 AO) die spätere Auszahlung der Altschulden an die Neugesellschafter (Tilgungsleistungen) als verdeckte Gewinnausschüttung. Die steuerliche Gesamtkonsequenz beläuft sich auf ca. 2,5 Mio. EUR. Die etwa hälftige Körperschaftsteuer von rund 1,2 Mio. EUR wird von der Gesellschaft bzw. den Neugesellschaftern als Schadenersatz geltend gemacht.

Der Steuerberater verfügt über eine Berufshaftpflichtversicherung mit einer Deckungssumme von 250.000 EUR. Er hat mit dem Auftraggeber eine schriftliche Haftungsvereinbarung getroffen, die von beiden Parteien unterschrieben wurde. Hierin erklärt sich der Mandant unter dem Titel „Individualvereinbarung“ in kurzer Form für alle Fälle der Fahrlässigkeit mit einer Haftungsschuldssumme von 250.000 EUR einverstanden.

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

Abbonementsservice

Fax: (0221) 144-5155

Layout und Satz

Type Connection, Lechenicher Str. 29, 50374 Ertstadt

Druck

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

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