

Informationen für wirtschaftsprüfende, rechts- und steuerberatende Berufe

GI aktuell

Inhalt

Editorial

GI News

GI Entscheidungen

GI Literaturhinweise

GI Service

GI Leitsätze

Notarhaftung

Notaranderkonto / Fehlüberweisung / Prüfungspflichten des Notars
(BGH, Beschl. v. 30.4.2008 – III ZR 262/07)

Steuerberaterhaftung

Beweiserleichterung, Anscheinsbeweis / Beratungskonformes Verhalten / Vermögensübertragung zur Steuerersparnis / Feststellungsklage
(BGH, Ur. v. 20.3.2008 – IX ZR 104/05)

Sozietätshaftung

Veruntreuung des Scheinsozius
(BGH, Ur. v. 3.5.2007 – IX ZR 218/05)

Kosten der Schadenersatzklage

Veranlassung zur Klageerhebung / Vergebliche Aufforderung zur Erfüllung / Befristeter Verzicht auf Verjährungseinrede
(OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11.4.2008 – I-23 W 16/08)

Steuerberaterhaftung

Prüfungspflichten / Ergebnisse des Vorberaters / Verjährung / Anlass zur Belehrung über Fehler / Abfluss von Darlehenszinsen, Betriebsausgaben
(OLG Köln, Ur. v. 28.6.2007 – 8 U 43/06)

Anwaltsvertrag

Herausgabe der Handakten / Anspruch gegen den angestellten Anwalt?
(OLG Düsseldorf, Ur. v. 22.5.2007 – I-24 U 12/07)

Anwaltshaftung

Scheidungsmandat / Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten des künftigen Ehegatten? / Vermögensschaden / Splittingtabelle
(OLG Düsseldorf, Hinweisbeschl. v. 22.2.2007 – I-24 U 133/06)

Steuerberaterhaftung

Klage auf Befreiung von Steuerschulden / Feststellungsklage / Rechtsbehelfsverfahren beim Finanzgericht / Belehrungspflichten / Auslandsbezug, Niedrigsteuerland / Schaden?
(KG, Ur. v. 17.11.2006 – 13 U 16/06)

Steuerberatungsvertrag

Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter / Ablehnung eines Steuerberatungsmandats / Entwurf eines Gestaltungsmodells für zwei Seiten
(OLG Hamm, Beschl. v. 3.11.2006 – 25 U 40/06)

Treuhandvertrag mit Rechtsanwalt

Zustandekommen / Sicherung von Zug-um-Zug-Leistung / Konkludenter Abschluss eines Treuhandvertrages neben dem Beratungsmandat / Feststellung des Vertragsinhalts
(OLG Hamm, Ur. v. 16.2.2006 – 28 U 173/05)

Versicherungsschutz des Anwalts

Wissentliche Pflichtverletzung / Auszahlung ohne Prüfung
(LG Düsseldorf, Ur. v. 28.9.2007 – 11 O 242/06)

164

165

168

171

173

176

156

Editorial

Sehr geehrte Leserin, sehr geehrter Leser, der **Notar** muss bei **Geldüberweisungen** vom Anderkonto auch auf die Richtigkeit der Kontonummer achten. Der BGH weist darauf hin, dass er sich nicht auf die Bank verlassen darf, weil für sie allein die Empfängerbezeichnung und nicht die Kontonummer maßgeblich ist.

In der **Beraterhaftung** gilt die Vermutung, dass der Mandant sich bei richtiger Beratung entsprechend verhalten hätte. Wären ihm aber mehrere wirtschaftlich vernünftige Wege möglich gewesen, muss er sich festlegen, was er getan hätte. Ihn trifft dafür die Beweislast. Der BGH bestätigt, dass auch die unentgeltliche Beteiligung von nächsten Familienangehörigen am eigenen Unternehmen zum Zwecke der Steuerersparnis möglich sei. Der Mandant könne sich aber insoweit nicht auf einen Anscheinsbeweis stützen.

Die Sozietät haftet auch für **vorsätzliche unerlaubte Handlungen – Veruntreuung von Geld** – des **Scheinsoziums**, die er bei der Bearbeitung eines Mandats begeht (BGH).

Der **Steuerberater** darf sich nach Übernahme eines Mandats nicht damit begnügen, sich beim Vorberater z.B. nach der Verbuchung von Darlehenszinsen zu erkundigen. Er muss **eigenverantwortlich** prüfen und ggf. den Mandanten belehren. Das OLG Köln bestätigt, dass er den Mandanten über eigene Beratungsfehler informieren muss. Anlass hierfür hat er z.B., wenn ein Fehler in der Betriebsprüfung aufgedeckt wird oder er sich im Folgejahr erneut mit der Frage befassen muss.

Die **Drittschutzwirkung eines Beratervertrages** ist selten. Sie besteht nicht in einem **Scheidungsmandat** zugunsten des künftigen Ehegatten. Es fehlt an der Leistungsnähe. Vermögensnachteile wegen verzögerter Ehescheidung sind allenfalls Reflexe außerhalb des Schutzbereichs der anwaltlichen Dienstleistung (OLG Düsseldorf).

Entwirft ein Steuerberater ein **Gestaltungsmodell** für den Mandanten und einen Dritten, ist Letzterer in den Schutzbereich einbezogen. Gleichgültig ist, ob eine eigenständige Beratungstätigkeit abgelehnt wurde. Denn sein Vertrauen entfällt dadurch nicht (OLG Hamm).

Zum **Prozessrecht**: Wird der Mandant mit einer Steuerschuld belastet, gegen die er beim Finanzgericht klagt und die er nicht erfüllt hat, kann er nur auf Befreiung von einer Verbindlichkeit klagen. Denn mit der finanzgerichtlichen Klage bringt er zum Ausdruck, dass er die Belastung noch nicht für gesichert hält (Kammergericht).



Mit freundlichen Grüßen
Ihr Dr. Jürgen Gräfe

GI News

BFH: Zuschlag für Fahrten zwischen Wohnung und Arbeitsstätte richtet sich nach tatsächlicher Nutzung des Dienstwagens

Wird der geldwerte Vorteil der privaten Nutzung eines Dienstwagens typisierend nach der 1%-Regelung besteuert, so erhöht sich diese Pauschale um monatlich 0,03 % des Listenpreises für jeden Kilometer der Entfernung zwischen Wohnung und Arbeitsstätte, wenn das Fahrzeug auch zu diesem Zweck genutzt werden kann. Für diesen Zuschlag kommt es nach zwei Urteilen des Bundesfinanzhofs (BFH) vom 4.4.2008 darauf an, ob und in welchem Umfang der Dienstwagen tatsächlich für Fahrten zur Arbeitsstätte genutzt wird.

1. Dem Urteil VI R 68/05 lag ein sog. Park-and-Ride-Fall zugrunde, in dem der Kläger, ein Verband, seinem Hauptgeschäftsführer (H) einen Dienstwagen auch für Fahrten zwischen Wohnung und Arbeitsstätte zur Verfügung gestellt hatte. Beim Lohnsteuerabzug ermittelte er den Zuschlag nicht auf der Grundlage der Entfernung von der Wohnung des H zur Arbeitsstätte (118 km), sondern nach der Teilstrecke zum nächstgelegenen Bahnhof (3,5 km), weil er davon ausging, dass H von dort aus mit der Bahn zur Arbeitsstätte gefahren war. Das Finanzamt (FA) legte dem Zuschlag die gesamte Entfernung zur Arbeitsstätte zugrunde.

Der BFH bestätigte (anders als die Vorinstanz) die vom Kläger vorgenommene Ermittlung des Zuschlags. Er sah den Zweck der Zuschlagsregelung darin, den – überschießenden – pauschalen Werbungskostenabzug für die Fahrten zwischen Wohnung und Arbeitsstätte (Entfernungspauschale) zu kompensieren, der dem Arbeitnehmer bei Nutzung eines Dienstwagens zustehe, ohne dass dieser eigene Aufwendungen zu tragen habe. Aus der Korrekturfunktion des Zuschlags ergebe sich, dass für den Zuschlag ebenso wie für die Entfernungspauschale nur auf die tatsächliche Nutzung des Dienstwagens abzustellen sei. Zwar spreche ein Anscheinsbeweis dafür, dass H den Dienstwagen für die gesamte Entfernung zur Arbeitsstätte genutzt habe. Dieser könne jedoch durch Vorlage einer auf H ausgestellten Jahres-Bahnfahrkarte entkräftet werden. Der BFH verwies den Streitfall zur Nachholung entsprechender Feststellungen an die Vorinstanz zurück.

2. Das Urteil VI R 85/04 betraf einen Fall, in dem dem Kläger, einem Außendienstmitarbeiter, von seinem Arbeitgeber für Kundenbesuche ein Dienstwagen überlassen wurde, den dieser auch für Fahrten zwischen Wohnung und Arbeitsstätte nutzen durfte. Der Kläger suchte an einem Arbeitstag in der Woche den Betriebssitz des Arbeitgebers auf. Das FA sah den Betriebssitz als (regelmäßige) Arbeitsstätte an und erhöhte bei der Veranlagung des Klägers den Bruttoarbeitslohn um den Zuschlag für Fahrten zwischen Wohnung und Arbeitsstätte.

Der BFH beurteilte (ebenso wie die Vorinstanz) den Betriebsitz als (regelmäßige) Arbeitsstätte, da diesem Ort durch das fortdauernde und wiederholte Aufsuchen gegenüber den Tätigkeitsstätten des Klägers bei den Kundenbesuchen eine hinreichend zentrale Bedeutung zukomme. Im Gegensatz zur Vorinstanz machte er den Ansatz des Zuschlags aber davon abhängig, dass der Dienstwagen tatsächlich für die Fahrten zum Betriebsitz genutzt wurde.

Zur Klärung dieser Frage verwies der BFH die Streitsache an die Vorinstanz zurück. Für die Nutzung des Dienstwagens bestehe ein Anscheinsbeweis, der vom Kläger entkräftet werden könne. Für den Fall, dass der Kläger den Dienstwagen einmal wöchentlich für die Fahrten zum Betriebsitz genutzt habe, sei bei der Ermittlung des Zuschlags auf die Anzahl der tatsächlich durchgeführten Fahrten abzustellen und entgegen dem Wortlaut des § 8 Abs. 2 Satz 3 des Einkommensteuergesetzes (EStG) eine Einzelbewertung der Fahrten entsprechend § 8 Abs. 2 Satz 5 EStG vorzunehmen. (BFH, Urt. v. 4.4.2008 – VI R 85/04 u. VI R 68/05)

Pressemitteilung d. BFH v. 11.6.2008 ■

BFH: Umsatzsteuer – Leistungsort bei der Tätigkeit eines Steuerberaters als Testamentsvollstrecker und Nachlasspfleger

Der Bundesfinanzhof (BFH) hat mit Urteil vom 3.4.2008 – V R 62/05 entschieden, dass ein Steuerberater, der als gerichtlich bestellter Testamentsvollstrecker und Nachlasspfleger tätig wird, diese Leistungen umsatzsteuerrechtlich auch dann im Inland ausführt, wenn die Erben – wie im Streitfall – nicht in einem Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaften (z.B. Russland, Ukraine) wohnen.

Nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 Umsatzsteuergesetz (UStG) sind entgeltliche Leistungen eines Unternehmers nur dann steuerbar, wenn diese im Inland ausgeführt werden. Der Ort einer Leistung, die nicht in der Verschaffung der Verfügungsmacht an einem Gegenstand besteht (sog. sonstige Leistung), bestimmt sich in der Regel nach dem Ort, von dem aus der Unternehmer sein Unternehmen betreibt (§ 3a Abs. 1 UStG). Abweichend hiervon ist für bestimmte, in § 3a Abs. 4 UStG aufgezählte Tätigkeiten der Leistungsort der Sitz oder Wohnsitz des Leistungsempfängers (§ 3a Abs. 3 UStG). Hierzu gehören u.a. die Tätigkeit als Rechtsanwalt, als Steuerberater und ähnliche Tätigkeiten anderer Unternehmer sowie die Verschaffung von Informationen.

Der BFH bestätigte im Anschluss an die Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) vom 6.12.2007 Rs. C-401/06 seine Rechtsprechung, dass die Testamentsvollstreckung weder eine für einen Rechtsanwalt oder Steuerberater berufstypische noch eine „ähnliche“ Tätigkeit sei.

Ferner entschied der BFH, dass Gleiches für die Nachlasspflege gelte und deshalb auch der Ort dieser Leistungen im Inland liege. Im Streitfall war dem Kläger in seiner Stellung als Nachlasspfleger auch die Ermittlung von Erben übertragen worden. Denn – nach der für den BFH bindenden Würdigung des Finanzgerichts – sei die Erbensuche nur unselbstständige Nebenleistung der für die Nachlasspflege prägenden und im Inland ausgeführten Sicherung und Erhaltung des Nachlasses. Darüber hinaus sei die Erbenermittlung im Rahmen der Nachlasspflege auch keine Überlassung von Informationen i.S.d. § 3a Abs. 4 UStG. (BFH, Urt. v. 3.4.2008 – V R 62/05)

Pressemitteilung d. BFH v. 18.6.2008 ■

BFH: Kein Zugang zur Steuerberaterschaft durch eine sog. Eignungsprüfung für deutsche Hochschulabsolventen, auch wenn sie im Ausland als Steuerberater tätig waren

Bürger der EU, die in einem anderen Mitgliedstaat zur Steuerberatung berechtigt sind, können auch in Deutschland als Steuerberater bestellt werden, ohne die reguläre Steuerberaterprüfung ablegen zu müssen; sie müssen sich lediglich einer sog. Eignungsprüfung unterziehen (§ 37a Abs. 2 Steuerberatungsgesetz).

Der Bundesfinanzhof (BFH) hat mit Urteil vom 1.4.2008 – VII R 13/07 klargestellt, dass zu einer solchen Eignungsprüfung nur Bewerber zugelassen werden können, die das Hochschuldiplom, das sie in dem anderen Mitgliedstaat zur Steuerberatung berechtigt, nicht in Deutschland erworben haben; deutsche Hochschulabsolventen müssen auch dann an der regulären Form der Steuerberaterprüfung teilnehmen, wenn sie aufgrund ihrer Hochschulausbildung in einem anderen Mitgliedstaat zur Steuerberatung berechtigt sind.

Darüber hinaus komme eine Zulassung zur Eignungsprüfung dann von vornherein nicht in Betracht, wenn der Bewerber die reguläre Form der Steuerberaterprüfung nach den zwei zulässigen Wiederholungsversuchen endgültig nicht bestanden hat.

Dem Rechtsstreit lag der Fall eines in Deutschland ausgebildeten Diplom-Betriebswirts zugrunde, der nach drei erfolglosen Versuchen, hier die Steuerberaterprüfung abzulegen, in Belgien den Titel eines Conseil Fiscal erlangt hatte, was der Zulassung zum Steuerberater in Deutschland entspricht. Um jetzt hier in Deutschland als Steuerberater tätig werden zu können, wollte er an der Eignungsprüfung teilnehmen. Das ist ihm nach der Entscheidung des BFH verwehrt worden.

(BFH, Urt. v. 1.4.2008 – VII R 13/07)

Pressemitteilung d. BFH v. 25.6.2008 ■

BFH: Umsatzsteuer beim „Sponsoring“

In seinem Urteil vom 16.4.2008 – XI R 56/06 hat der XI. Senat des Bundesfinanzhofs (BFH) erneut darauf hingewiesen, dass nicht nur der „Verkauf“ von Leistungen, sondern auch Tauschvorgänge der Umsatzsteuer unterliegen können. Im Streitfall ging es um eine Werbeagentur, die Werbeflächen an Kraftfahrzeugen vermietete. Die Werbeagentur stellte das Fahrzeug als „Sponsoring-Mobil“ einer Gemeinde zur Verfügung, die für den werbewirksamen Einsatz des Fahrzeugs durch Verwendung im Straßenverkehr zu sorgen hatte.

Die Werbeagentur versteuerte den Verkauf der Werbefläche und machte aus der Anschaffung des für die Gemeinde erworbenen Fahrzeugs den Vorsteuerabzug geltend. Da die Gemeinde für die Nutzung des Fahrzeugs keine Zahlungen zu leisten hatte, ging die Werbeagentur davon aus, dass im Verhältnis zur Gemeinde kein umsatzsteuerpflichtiger Vorgang vorliege. Dem folgte der BFH nicht. Nach dem Urteil vom 5.5.2008 erbringt die Werbeagentur nach Tauschgrundsätzen eine steuerpflichtige Leistung an die Gemeinde. Die Gegenleistung der Gemeinde besteht in der Verpflichtung zum werbewirksamen Einsatz des Fahrzeugs.

Das Urteil des BFH ist über den entschiedenen Einzelfall hinaus von allgemeiner Bedeutung, da der BFH zu der für die Praxis wichtigen Frage Stellung nimmt, wie Lieferungen von sonstigen Leistungen im Fall der Nutzungsüberlassung voneinander abzugrenzen sind.

Im Streitfall war die Gemeinde berechtigt, das Fahrzeug nach Ablauf einer Nutzungszeit von fünf Jahren unentgeltlich zu erwerben. Dies führt nach dem BFH-Urteil zu einer Lieferung bereits im Zeitpunkt der Übergabe des Fahrzeugs, weshalb die Werbeagentur den Anschaffungswert des Fahrzeugs bereits bei der Übergabe zu versteuern hatte. (BFH, Urt. v. 16.4.2008 – XI R 56/06)

Pressemitteilung d. BFH v. 25.6.2008 ■

BFH: Mit Verlusten verrechenbares „Darlehenskonto“ eines Personengesellschafters ist Eigenkapital der Gesellschaft

Mit Urteil vom 15.5.2008 – IV R 46/05 hat der Bundesfinanzhof (BFH) zu der bei Personengesellschaften immer wieder streitigen Abgrenzung zwischen Forderung des Gesellschafters gegen die Gesellschaft und Eigenkapital der Gesellschaft Stellung genommen. Ein von der Gesellschaft für den Gesellschafter geführtes Konto ist als Eigenkapital der Gesellschaft zu beurteilen, wenn ein Guthaben auf dem Konto mit Verlustanteilen des Gesellschafters verrechnet werden kann. Dabei reicht es aus, wenn eine solche Verrechnung erst bei Austritt des Gesellschafters aus der Gesellschaft vorgesehen ist.

Im Streitfall war zu entscheiden, ob Verlustanteile eines Kommanditisten nach § 15a Einkommensteuergesetz mit anderen positiven Einkünften ausgeglichen werden durften. Einen Ausgleich gestattet das Gesetz nur bis zur Höhe der Einlage des Kommanditisten in das Eigenkapital der Kommanditgesellschaft. Der Kommanditist hatte auf einem als „Darlehenskonto“ bezeichneten und verzinsten Konto Gewinnanteile aus früheren Jahren stehen gelassen. Verluste wurden auf einem besonderen Vortragskonto gebucht, waren aber bei einem Ausscheiden des Gesellschafters mit dem „Darlehenskonto“ zu verrechnen.

Wegen dieser Verrechnungsmöglichkeit behandelte der BFH das Konto entgegen seiner Bezeichnung als Eigenkapital der Gesellschaft. Die gewinnunabhängige Verzinsung des Kontos und das Recht zur Entnahme der Zinsen hielt der BFH für nicht entscheidend. Damit konnte der Gesellschafter auch Verlustanteile in Höhe dieses Kontos mit anderen positiven Einkünften ausgleichen.

(BFH, Urt. v. 15.5.2008 – IV R 46/05)

Pressemitteilung d. BFH v. 6.8.2008 ■

Gl Leitsätze**Briefkopf einer Anwaltspraxis /... & Kollegen /
Kurzbezeichnung / Transparenzgebot**

Wenn in der von einer Anwaltskanzlei verwendeten Kurzbezeichnung eine bestimmte Anzahl der in der Kanzlei aktiven Rechtsanwälte zum Ausdruck kommt, so sollen diese nicht anonym bleiben, sondern entsprechend viele Rechtsanwälte dem rechtsuchenden Publikum namentlich benannt werden.

(BGH, Beschl. v. 13.8.2007 – AnwZ (B) 51/06) ■

**Fristenkontrolle / Auszubildender / Überwachungspflicht
des Anwalts**

1. Ein Rechtsanwalt darf mit der Notierung und Überwachung von Fristen grundsätzlich nur voll ausgebildetes und sorgfältig überwachtes Personal betrauen, nicht dagegen noch auszubildende Kräfte (*Festhaltung BGH, Senatsbeschl. v. 15.11.2000 – XII ZB 53/00, FuR 2001, 273; BGH, Beschl. v. 6.2.2006 – II ZB 1/05, NJW 2006, 1520*).

2. Auch wenn es in Ausnahmefällen wegen Personalmangels zulässig sein sollte, eine Auszubildende mit der Fristüberwachung zu betrauen, muss eine Kontrolle durch den Rechtsanwalt selbst oder andere geeignete Kräfte gewährleistet sein, durch die sichergestellt wird, dass alle von dem Auszubildenden bearbeiteten Fristen überprüft werden.

Bloße Stichproben reichen dafür nicht aus. (BGH, Beschl. v. 11.9.2007 – XII ZB 109/04) ■

Notarhaftung

- Notaranderkonto
 - Fehlüberweisung
 - Prüfungspflichten des Notars
- (BGH, Beschl. v. 30.4.2008 – III ZR 262/07)

Leitsatz:

Zur Haftung des Notars wegen einer Fehlüberweisung vom Notaranderkonto. ■

Aus den Gründen:

I. Die Klägerin verlangt von dem beklagten Notar Schadenersatz wegen einer Fehlüberweisung vom Notaranderkonto.

Am 13.2.2006 kaufte die Klägerin mit einem vom Beklagten beurkundeten Kaufvertrag ein Hausgrundstück in F., wobei zwischen den Parteien streitig ist, ob der Kaufpreis 3 Mio. oder 3,2 Mio. EUR betrug. Vereinbarungsgemäß zahlte die Klägerin zur Erfüllung ihrer Zahlungspflichten 2,5 Mio. EUR auf ein Treuhandkonto des Beklagten.

Die Verkäuferin hatte das Grundstück ihrerseits kurz zuvor in einem ebenfalls vom Beklagten beurkundeten Kaufvertrag für 2,5 Mio. EUR von dem B. Versicherungsverein a.G. gekauft. Der Kaufpreis war noch nicht bezahlt, die Erstkäuferin noch nicht im Grundbuch als Eigentümerin eingetragen.

Nachträglich wiesen die Parteien des zweiten Kaufvertrages den Beklagten an, einen Betrag von 2,5 Mio. EUR unmittelbar an die Erstverkäuferin (B.) auszusahlen. Beim Ausfüllen des Überweisungsauftrags gab eine Mitarbeiterin des Beklagten zwar zutreffend den B. als Zahlungsempfänger an, trug jedoch versehentlich die Kontoverbindung der Erstkäuferin und Zweitverkäuferin (Vertragspartnerin der Klägerin) als das Empfangskonto ein. Die das Anderkonto führende Sparkasse änderte eigenmächtig die Empfängerbezeichnung und führte den Überweisungsauftrag zugunsten der Zweitverkäuferin aus. Nach Gutschrift der Zahlung leitete diese lediglich 2,4 Mio. EUR an die Erstverkäuferin (B.) weiter. Daraufhin leistete die Klägerin, um ihre Eintragung im Grundbuch zu erreichen, weitere 100.000 EUR sowie 15.000 EUR Zinsen an die Erstverkäuferin.

Mit der Klage hat sie den Beklagten zunächst auf Erstattung beider Beträge zzgl. Zinsen in Anspruch genommen. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.

Auf die Berufung der Klägerin, mit der sie ihre Klageforderung auf 50.000 EUR beschränkt hatte, hat das Oberlandesgericht den Beklagten zzgl. Zinsen verurteilt. Der Beklagte habe seine notarielle Amtspflicht dadurch verletzt, dass seine Notargehilfin, deren Verhalten ihm nach § 278 BGB zuzurechnen sei, den Überweisungsbeleg versehentlich falsch ausgefüllt habe. Aus diesem Grund sei es zu einer Überzahlung der Zweitverkäuferin und zu einem Schaden der Klägerin in Höhe von 35.000 EUR gekommen. Die Revision gegen sein Urteil hat das Berufungsgericht nicht zugelassen.

II. Die Beschwerde ist unbegründet. Weder hat die Rechtsache grundsätzliche Bedeutung, noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts (§§ 543 Abs. 2, 544 ZPO). Das Berufungsurteil steht im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs. Gegenteilige Entscheidungen der Instanzgerichte zeigt die Beschwerde nicht auf.

1. Die Nichtzulassungsbeschwerde bezeichnet es zunächst als grundsätzlich klärungsbedürftige Rechtsfrage, ob dem Notar ein Fehlverhalten seines Gehilfen im Zusammenhang mit der Auszahlung verwahrter Gelder gemäß § 278 BGB oder nur unter den strenger Voraussetzungen des § 831 BGB zuzurechnen sei.

Die Frage stellt sich – wenn überhaupt – jedenfalls nicht in dieser Allgemeinheit. Ihre Beantwortung wäre überdies durch das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 23.11.1995 – IX ZR 213/94 (BGHZ 131, 200 = NJW 1996, 464 = JR 1996, 458 m. Anm. Grziwotz) vorgezeichnet. Letztendlich hängt die Entscheidung des Streitfalls von einer alternativen Anwendung des § 278 BGB oder des § 831 BGB auch deshalb nicht ab, weil die Beschwerde nicht geltend macht, dass der Beklagte in den Tatsacheninstanzen einen Entlastungsbeweis nach § 831 Abs. 1 Satz 2 BGB geführt hätte.

a) Der Senat versteht die nicht eindeutigen Feststellungen des Berufungsurteils so, dass zwar **die Notargehilfin die Überweisung vom Anderkonto entworfen, der Beklagte diese aber unterzeichnet und damit den Überweisungsauftrag an die Sparkasse selbst erteilt hat**. Das ergibt sich auch aus der vorgelegten Kopie. Andernfalls läge, da der Notar die ihm aus der Verwahrung hinterlegter Gelder zukommenden Aufgaben persönlich wahrzunehmen hat, bereits in der Übertragung der Verfügungsbefugnis auf die Notargehilfin eine Amtspflichtverletzung (§ 54b Abs. 3 Satz 1 BeurkG; Eylmann/Vaasen/Frenz, BNotO, BeurkG 2. Aufl., § 19 BNotO Rdnr. 55).

b) Bei einem solchen Ablauf der Dinge liegt es jedoch – womit sich weder das Berufungsgericht noch die Parteien befassen haben – nahe, dem Notar eine **Überprüfung seiner Anweisung** anhand der ihm vorliegenden oder leicht zugänglichen Unterlagen aus dem Urkundsgeschäft und dem Verwahrungsgeschäft **auch auf die Richtigkeit der verwendeten Kontonummer** abzuverlangen.

Angesichts der erheblichen Gefahr einer Fehlleitung der Gelder darf er sich nicht darauf verlassen, dass nach gefestigter Rechtsprechung für die beauftragte Bank im beleggebundenen Zahlungsverkehr bei Divergenzen zwischen Empfängerbezeichnung und Kontonummer grundsätzlich die Empfängerbezeichnung maßgebend ist, weil der Name eine wesentlich sicherere Individualisierung ermöglicht (BGHZ 108, 386, 390 f; BGH, Urt. v. 8.10.1991 – XI ZR 207/90, NJW 1991, 3208, 3209; Urt. v. 14.1.2003 – XI ZR 154/02, NJW 2003, 1389 f m.w.N.). Die Einschaltung von Hilfspersonen entbindet den Notar insbesondere bei der **büro-technischen Erledigung** von Amtsgeschäften, wie hier, nicht

von weitgehenden Organisations- und Kontrollpflichten (vgl. etwa *Senatsurt.*, BGHZ 31, 5, 9; BGH, *Urt.* v. 10.11.1988 – IX ZR 31/88, NJW 1989, 586; Ganter in: *Zugehör/Ganter/Hertel, Handbuch der Notarhaftung*, Rdnr. 1545 m.w.N.).

Wollte man dies anders sehen, wäre jedenfalls bei eigenen Angestellten des Notars § 278 BGB entsprechend anzuwenden, um eine unerträgliche Haftungslücke zu schließen (vgl. *Sandkühler in Arndt/Lerch/Sandkühler, BNotO* 6. Aufl., § 23 Rdnr. 21 a.E.). Inwieweit dies auch für sonstige Vorbereitungs-, Unterstützungs- und Ausführungsarbeiten von Gehilfen über die in BGHZ 131, 200 behandelte Grundbucheinsicht hinaus gilt (vgl. dazu etwa *Zugehör in: Zugehör/Ganter/Hertel, a.a.O.*, Rdnr. 352 ff, 355), kann offenbleiben.

2. Rechtsfehlerfrei hat ferner das Berufungsgericht die notariellen Pflichtverletzungen trotz des Umstands, dass sich anschließend auch die kontoführende Sparkasse fehlerhaft verhalten hat, als **ursächlich** für den geltend gemachten Schaden angesehen. **Fehlverhalten Dritter unterbricht den Zurechnungszusammenhang grundsätzlich nicht** (vgl. nur *Senatsurt.* v. 11.11.1999 – III ZR 98/99, NJW 2000, 947, 948). Er kann bei wertender Betrachtung entfallen, **wenn ein Dritter in völlig ungewöhnlicher und unsachgemäßer Weise eine weitere Schadenursache setzt** (*Senatsurt.* v. 11.11.1999, a.a.O.; für die Anwalts- und Notarhaftung BGH, *Urt.* v. 26.4.2001 – IX ZR 453/99, NJW 2001, 2714, 2715; *Urt.* v. 13.3.2003 – IX ZR 181/99, NJW-RR 2003, 850, 856; *Zugehör*, NJW 2003, 3225, 3227 f; *Palandt/Heinrichs, BGB* 67. Aufl., Vorbem. vor § 249 Rdnr. 73 m.w.N.). Dieser zusätzliche Fehler der Sparkasse liegt indes nicht völlig außerhalb des vom Beklagten gesetzten Schadenrisikos.

3. Vergeblich wendet sich die Nichtzulassungsbeschwerde schließlich gegen die tatrichterlichen Feststellungen des Berufungsgerichts zur Höhe des vereinbarten, im Vertragstext widersprüchlich dargestellten Kaufpreises sowie zum Umfang der von der Klägerin hierauf geleisteten Zahlungen mit der Rüge, das Berufungsgericht habe in diesen Punkten wesentlichen Sachvortrag des Beklagten übergangen und dadurch dessen Verfahrensgrundrechte verletzt (Art. 3 Abs. 1, 103 Abs. 1 GG).

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist grundsätzlich davon auszugehen, dass die Gerichte das Parteivorbringen zur Kenntnis genommen und gewürdigt haben. Sie müssen sich nicht mit allen Einzelheiten des Tatsachenvortrags ausdrücklich auseinandersetzen (*BVerfGE* 86, 133, 145 f; 96, 205, 216 f). Im Streitfall besteht keinerlei Anhalt dafür, dass das Berufungsgericht bei seiner eingehenden Beweiswürdigung die von der Beschwerde selbst nur als abweichende Indizien gewerteten Einzelheiten des Beklagtenvortrags nicht mit gewürdigt hätte.

Die inhaltliche Einschätzung aller Umstände einschließlich der Prüfung vorgetragener Indizien auf ihre Schlüssigkeit liegt in der Verantwortung des Tatrichters und gibt für eine Zulassung der Revision hier keinen Anlass. ■

Steuerberaterhaftung

- Beweiserleichterung, Anscheinsbeweis
 - Beratungskonformes Verhalten
 - Vermögensübertragung zur Steuerersparnis
 - Feststellungsklage
- (BGH, *Urt.* v. 20.3.2008 – IX ZR 104/05)

Leitsatz:

Macht der Mandant geltend, er hätte bei sachgerechter steuerlicher Beratung die nachteiligen Folgen einer Betriebsaufspaltung vermieden, indem er wesentliche Teile des Betriebsvermögens auf seine Ehefrau übertragen hätte, muss er dies gemäß § 287 ZPO beweisen. Die Erleichterung eines Anscheinsbeweises kommt ihm nicht zugute. ■

Zum Sachverhalt:

Der am 21.11.2000 verstorbene P. (nachfolgend: Erblasser), der von seiner Ehefrau, der früheren Klägerin zu 1), und den gemeinsamen Kindern, den beiden verbliebenen Klägern, beerbt wurde, hielt als Hauptgesellschafter 80 % der Geschäftsanteile an der G. GmbH (fortan: GmbH). Die im Lauf des Rechtsstreits ebenfalls verstorbene, von den Klägern beerbte frühere Klägerin zu 1) war an dem Unternehmen zu 5 % beteiligt, während die Kläger über eine Beteiligung von jeweils 7,5 % verfügten. Der Erblasser und die GmbH wurden in den Jahren 1979 bis 1995 bzw. 1997 von dem Beklagten steuerlich beraten.

Im Jahr 1978 erwarb der Erblasser Eigentum an einem Grundstück, das er in der Folgezeit mit einer Lagerhalle nebst einem Bürogebäude bebaute und an die GmbH durch Vertrag vom 30.5.1980 zur Ausübung ihres Geschäftsbetriebs vermietete. Die von der GmbH bezogenen Mieteinnahmen versteuerte er als Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung. Das zuständige Finanzamt gelangte anlässlich einer Betriebsprüfung im Jahr 2000 zu dem Ergebnis, dass eine Betriebsaufspaltung vorliegt, und behandelte die Mieteinkünfte des Erblassers rückwirkend ab dem Jahr 1997 als gewerbliche Einnahmen und das Betriebsgrundstück als Betriebsvermögen der GmbH.

Die Kläger meinen, infolge der Betriebsaufspaltung löse jede personelle Veränderung der Eigentumsverhältnisse an dem Grundstück eine Steuerpflicht von mehr als 500.000 EUR aus. Nach ihrer Auffassung hätte zur Vermeidung dieses Nachteils gegen eine Personenidentität des Grundstückseigentümers und des herrschenden Gesellschafters Vorsorge getroffen werden müssen. Wie sie weiter vortragen, hätte der Erblasser im Fall einer sachgerechten steuerlichen Beratung seine Ehefrau an dem Grundstück beteiligt.

Die Kläger haben die Feststellung beantragt, dass der Beklagte verpflichtet ist, den materiellen Schaden zu ersetzen, der ihnen aus der fehlerhaften Beratung im Rahmen der Errichtung und Verpachtung der Immobilie dadurch entsteht, dass das Finanzamt eine Betriebsaufspaltung annimmt.

Das Berufungsgericht hat der von dem Landgericht abgewiesenen Klage stattgegeben. Mit seiner – von dem erkennenden Senat zugelassenen – Revision verfolgt der Beklagte sein Klageabweisungsbegehren weiter.

Die Revision des Beklagten hat Erfolg und führt unter Aufhebung des angefochtenen Urteils zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht (§ 563 Abs. 1 ZPO). ■

Aus den Gründen:

I. Das Oberlandesgericht hat ausgeführt, der Beklagte habe seine Beratungspflichten verletzt, weil er den Erblasser nicht auf die steuerlichen Nachteile einer Betriebsaufspaltung hingewiesen habe. Der Beratungsmangel werde in Zukunft zu einem Schaden der Kläger führen, weil bei einer Veränderung der Eigentumsverhältnisse an dem Grundstück die Differenz zwischen dem Buch- und dem Verkehrswert als Entnahme zu versteuern sei. Es bestünden keine Anhaltspunkte dafür, dass die Immobilie in absehbarer Zeit wertlos werde und aus diesem Grund eine steuerauslösende Differenz zwischen Buch- und Verkehrswert entfalle.

Angesichts der bei einem früheren Tätigwerden auf der Hand liegenden Vorteile einer Beendigung der Betriebsaufspaltung spreche die Lebenserfahrung dafür, dass sich der Erblasser beratungsgerecht verhalten hätte. Es spreche nichts dafür, dass er sich einer Gestaltung verschlossen hätte, Mitglieder seiner Familie entweder an der GmbH oder an der Immobilie in dem für eine Beendigung der persönlichen Verflechtung ausreichenden Umfang zu beteiligen. Die persönlichen Verhältnisse in der Familie des Erblassers seien ungetrübt gewesen, zumal schon zu dessen Lebzeiten der Kläger in dem Betrieb die Nachfolge angetreten habe. Zwar hätte der Erblasser im Falle einer Beteiligung seiner Ehefrau an der Immobilie die Einnahmen mit ihr teilen müssen, im Gegenzug dadurch aber seine Unterhaltsverpflichtung vermindert. Ähnliches gelte für die Beteiligung anderer Familienmitglieder.

II. Diese Ausführungen halten in einem wesentlichen Punkt rechtlicher Prüfung nicht stand.

1. Die Zulässigkeit der **Feststellungsklage** (§ 256 ZPO) hängt ausnahmsweise nicht von der Wahrscheinlichkeit eines Schadeneintritts ab. Schon mit Rücksicht auf die **drohende Verjährung** (§ 68 StBerG a.F.) des Anspruchs kann den Klägern – worauf bereits das Landgericht zutreffend hingewiesen hat – ein Feststellungsinteresse nicht abgesprochen werden (BGH, Urt. v. 21.7.2005 – IX ZR 49/02, WM 2005, 2110; v. 7.2.2008 – IX ZR 149/04, z.V.b.). Da die Kläger beabsichtigen, ihre Erbengemeinschaft auseinanderzusetzen, sind sie auf eine Klärung angewiesen, ob mit der Veräußerung des Betriebsgrundstücks verbundene steuerliche Nachteile durch eine Ersatzpflicht des Beklagten kompensiert werden können.

Im Unterschied zu der von dem Beklagten in der Revisionsverhandlung angeführten Entscheidung (OLG Düsseldorf, Urt. v. 28.1.2008 – I-23 U 64/07 Rdnr. 57, zitiert nach juris) ist im Streitfall der den Erblasser belastende **Verwaltungsakt**

Anfang des Jahres 2000 bekannt gemacht worden und damit ein etwaiger Schaden bereits entstanden (BGHZ 129, 386, 389 ff).

2. Das Oberlandesgericht geht weiter davon aus, dass dem Beklagten ein Beratungsfehler anzulasten ist. Gegen diese Würdigung werden von der Revision Rügen nicht erhoben. Ein Rechtsfehler ist insoweit auch nicht ersichtlich.

3. Das Berufungsgericht hat – wie die Revision mit Erfolg rügt – die an die **haftungsausfüllende Kausalität** zu stellenden Anforderungen verkannt und damit rechtsfehlerhaft eine Schadenwahrscheinlichkeit als Voraussetzung für die Begründetheit einer Feststellungsklage (BGH, Urt. v. 19.1.2006 – IX ZR 232/01, WM 2006, 927, 930 Rdnr. 29) bejaht. **Ein Anscheinsbeweis findet zugunsten der Kläger keine Anwendung.**

a) Eine Vermutung beratungsgerechten Verhaltens greift entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht ein, weil bei vertragsgemäßer Beratung des Erblassers vernünftigerweise nicht nur eine Entscheidung nahegelegen hätte.

aa) Bei einem Schadenersatzanspruch aus Vertragsverletzung gehört der Ursachenzusammenhang zwischen der Pflichtverletzung und dem Schadeneintritt nicht zur haftungsbe gründenden, sondern zur haftungsausfüllenden Kausalität, für deren Nachweis anstelle der strengen Beweisführungsmaßstäbe des § 286 ZPO die Beweiserleichterungen des § 287 ZPO und insbesondere des Anscheinsbeweises Anwendung finden. **In Verträgen mit rechtlichen Beratern gilt die Vermutung, dass der Mandant beratungsgemäß gehandelt hätte, wenn nach der Lebenserfahrung bei vertragsgemäßer Leistung des Beraters lediglich ein bestimmtes Verhalten nahegelegen hätte.** Kommen als Reaktion auf eine zutreffende steuerliche Beratung hingegen mehrere objektiv gleich vernünftige Verhaltensmöglichkeiten in Betracht, **hat der Mandant den Weg zu bezeichnen, für den er sich entschieden hätte.** Ihn trifft in einem solchen Fall die **volle Beweislast, weil der Anscheinsbeweis bei der Möglichkeit alternativer Verhaltensweisen nicht durchgreift** (BGHZ 123, 311, 319; BGH, Urt. v. 30.3.2000 – IX ZR 53/99, WM 2000, 1351 f; v. 21.7.2005, a.a.O., 2111).

bb) Für den Erblasser bestand neben der Möglichkeit, eine Steuerersparnis durch Beteiligung seiner Angehörigen an der Immobilie oder der GmbH zu erzielen, **eine weitere wirtschaftlich vernünftige Alternative** (vgl. BGH, Urt. v. 18.5.2006 – IX ZR 53/65, WM 2006, 1736, 1738 Rdnr. 14 f). Der Erblasser wäre nämlich bei zutreffender steuerlicher Beratung **vor der Frage gestanden, ob er seine Vermögensangelegenheiten allein unter Berücksichtigung steuerlicher Vorteile durch eine Vermögensverlagerung auf nahe Angehörige ordnet oder ob er wegen des mit der Steuerersparnis verbundenen Vermögensopfers auf die steuerlich günstige Gestaltung verzichtet.**

Nach dem bisherigen unstreitigen Parteivorbringen ist davon auszugehen, dass der Erblasser **durch eine Beteiligung seiner Angehörigen an der Immobilie persönlich einen Vermögens-**

nachteil erlitten hätte. Betrogen die Kosten für Erwerb und Bebauung des Grundstücks knapp 603.008 DM und lag der Verkehrswert der Immobilie im Jahr 2000 bei 2.529.848 DM, so errechnen sich stille Reserven von 1.926.840 DM, die bei einer Veräußerung eine Steuerpflicht von 985.915,86 DM (504.090,77 EUR) auslösen. Unter Abzug der Steuerlast verbliebe dem Erblasser nach einer Veräußerung ein Vermögenswert in Höhe von 1.543.932,14 DM. Hätte der Erblasser seine Ehefrau oder seine Kinder unentgeltlich zur Hälfte an der Immobilie beteiligt, hätte er zwar keine steuerlichen Einbußen zu befürchten gehabt, aber persönlich nur noch über einen Wert von 1.264.924 DM verfügt.

Bei dieser Sachlage hätte der Erblasser persönlich im Fall einer Entflechtung der Betriebsaufspaltung im Rahmen des zu erstellenden Gesamtvermögensvergleichs (BGH, Urt. v. 20.1.2005 – IX ZR 416/00, WM 2005, 999 f; v. 17.1.2008 – IX ZR 172/06, z.V.b.) keinen Vermögensvorteil erlangt, sondern im Gegenteil einen beträchtlichen Vermögensverlust hinnehmen müssen.

cc) Trotz solcher Nachteile **sind Selbstständige mitunter bereit, nächste Angehörige unentgeltlich an ihrem Unternehmen zu beteiligen, um im Interesse der gesamten Familie eine Steuerersparnis zu verwirklichen.** Ob ein Unternehmer zum Zweck der Steuerersparnis dauerhaft und rechtlich irreversibel unentgeltlich erhebliche Vermögenswerte auf Familienangehörige überträgt oder unter Inkaufnahme künftiger, konkret noch gar nicht absehbarer steuerlicher Nachteile die Verfügung über sein gesamtes Vermögen behält, **richtet sich nach den Umständen des jeweiligen Einzelfalls und entzieht sich damit einer auf die allgemeine Lebenserfahrung gegründeten generellen Aussage.**

Auch in harmonischen familiären Verhältnissen kann der Steuerpflichtige zur Vorsorge gegen unvorhersehbare Eventualitäten wie Krankheit, wirtschaftliche Schwierigkeiten, aber auch ein niemals ausschließbares familiäres Zerwürfnis davon absehen, sich aus Gründen der Steuerersparnis erheblicher Vermögensbestandteile zugunsten naher Angehöriger zu entäußern. Darum können sich die Kläger, soweit sie eine Bereitschaft des Erblassers behaupten, zur Erreichung von Steuervorteilen Angehörige an seinem Vermögen zu beteiligen, nicht auf einen Anscheinsbeweis stützen.

b) Das Vorbringen der Kläger gestattet nicht bereits für sich genommen die Annahme einer Schadenwahrscheinlichkeit.

Die Kläger haben sich darauf berufen, der Erblasser hätte bei zutreffender Beratung seine Ehefrau an der Immobilie beteiligt. Der Beklagte hat eine Bereitschaft des Erblassers, seine Ehefrau an der Immobilie zu beteiligen, bestritten und auf wirtschaftliche Auseinandersetzungen innerhalb seiner Familie hingewiesen. In diese Richtung könnte die von dem Erblasser in einem Schreiben geäußerte Absicht deuten, mit den Mieteinnahmen seine Altersversorgung zu bestreiten. **Da beide Seiten zu einem möglichen Verhalten des Erblassers substantiiert vorgetragen haben, kann dem Klagevorbringen keine höhere Wahrscheinlichkeit als dem Beklagtenvortrag bemessen werden. Vielmehr haben die Kläger im Rahmen**

ihrer Feststellungsklage die Wahrscheinlichkeit einer Vermögensbeeinträchtigung nach Maßgabe des § 287 ZPO zu beweisen (BGH, Urt. v. 19.1.2006, a.a.O., 930 Rdnr. 25).

4. Vor diesem Hintergrund kann die neben der Kausalität selbstständige weitere Haftungsvoraussetzung der **Wahrscheinlichkeit eines Schadeneintritts** ebenfalls nur angenommen werden, wenn i.S.d. § 287 ZPO der Nachweis geführt wird, dass der Erblasser zur Vermeidung einer Steuerbelastung seine Ehefrau in geeigneter Weise an seinem Vermögen beteiligt hätte. Es ist eine Erfahrungstatsache, dass viele Gewerbetreibende bereit sind, ihre Ehefrau ohne eine gleichwertige Gegenleistung an ihrem Unternehmen zu beteiligen; die Neigung hierzu kann besonders groß sein, wenn damit eine steuerliche Entlastung der Familie verbunden ist. **In einer solchen Vermögensverschiebung kann jedenfalls dann kein Schaden im Rechtssinn, in ihrem Unterbleiben kein mit dem Steuerschaden verrechenbarer Vermögensvorteil gesehen werden, wenn sie im Interesse der Steuerersparnis gewollt und gewünscht ist** (BGH, Urt. v. 28.11.1984 – IVa ZR 224/82, WM 1985, 319; v. 24.9.1986 – IVa ZR 236/84, WM 1986, 1477 f).

5. Der noch in der Person des Erblassers begründete Schadenersatzanspruch ist auf die Kläger als dessen Erben übergegangen (§ 1922 BGB). Ein Schadenersatzanspruch ist jedenfalls vererblich, sofern sich Haftungsgrund und Schaden noch zu Lebzeiten des Erblassers verwirklicht haben (Münch-Komm-BGB/Leipold 4. Aufl., § 1922 Rdnr. 30). Der auf der Fehlberatung beruhende Schadenersatzanspruch ist mit der Bekanntgabe des belastenden Steuerbescheids Anfang des Jahres 2000 und folglich noch vor dem Tod des Erblassers entstanden (BGHZ 129, 386, 389 ff). Die endgültige Höhe des Schadens bemisst sich, weil materiellrechtlich auf den Zeitpunkt der Erfüllung, verfahrensrechtlich auf denjenigen der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung abzustellen ist (BGHZ 99, 81, 86), infolge der eingetretenen zeitlichen Verzögerungen nach den Verhältnissen in der Person der Erben (MünchKomm-BGB/Leipold, a.a.O. Rdnr. 31).

III. 1. Die wiedereröffnete mündliche Verhandlung vor dem Berufungsgericht gibt den Parteien Gelegenheit, unter Berücksichtigung der vorstehenden Ausführungen zur Frage der haftungsausfüllenden Kausalität einschließlich der Schadenhöhe unter Beweisantritt ergänzend Stellung zu nehmen. Bei der Beurteilung der Frage, ob sich der Erblasser bei sachgerechter Beratung für eine Beteiligung seiner Angehörigen entschieden hätte, wird das Berufungsgericht die dem Geschädigten **nach § 287 ZPO zustatten kommenden Beweiserleichterungen zu beachten haben. Insoweit reicht eine deutlich überwiegende, auf gesicherter Grundlage beruhende Wahrscheinlichkeit, dass ein Schaden entstanden ist, für die richterliche Überzeugungsbildung aus.**

2. Sollte das Berufungsgericht abermals zu einer Haftung des Beklagten gelangen, wird es zu beachten haben, dass die Urteilsformel (§ 313 Abs. 1 Nr. 4 ZPO) den Anforderungen an die Bestimmtheit des Klageantrags (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO) zu genügen hat (BGH, Urt. v. 4.5.2005 – I ZR 127/02, NJW 2005, 2550 f).

Handelt es sich um ein Schadenfeststellungsurteil, ist eine bestimmte Bezeichnung des zum Ersatz verpflichtenden Ereignisses geboten (BGH, Urt. v. 10.1.1983 – VIII ZR 231/81, WM 1983, 369, 371), **damit über den Umfang der Rechtskraft des Feststellungsausspruchs keine Ungewissheit herrschen kann** (BGH, Urt. v. 4.10.2000 – VIII ZR 289/99, WM 2001, 378, 380). Insoweit begegnet die bisherige Fassung des Urteilstenors Bedenken, weil Schadenersatz „aus der fehlerhaften Errichtung und Verpachtung“ der Immobilie zuerkannt wurde, obwohl sich der Beratungsfehler erst im Anschluss an die Betriebsprüfung des Jahres 1985 ereignet haben soll. ■

Sozietätshaftung

■ Veruntreuung des Scheinsoziums
(BGH, Urt. v. 3.5.2007 – IX ZR 218/05)

Leitsätze:

1. Für das deliktische Handeln eines Scheinsoziums haftet die Rechtsanwaltssozietät entsprechend § 31 BGB.
2. Haftet eine Rechtsanwaltssozietät für das deliktische Handeln eines Scheinsoziums, müssen auch die einzelnen Sozien mit ihrem Privatvermögen dafür einstehen. ■

Zum Sachverhalt:

Der Streithelfer der Kläger betrieb in den Jahren 1999 bis 2001 getrennte Klageverfahren gegen zwei italienische Unternehmen, gegen die er jeweils Ansprüche aus Handelsvertreterverträgen geltend machte. In beiden Verfahren beauftragte er – wie inzwischen feststeht – mit der Prozessvertretung die aus den Beklagten zu 1) bis 5) bestehende Anwalts(schein)sozietät. Tatsächlich waren nur die Beklagten zu 1) bis 4) in einer Sozietät verbunden; betreut wurden die Mandate von dem Beklagten zu 5), einem Scheinsozium. Später schlossen die Beteiligten in dem einen Verfahren einen gerichtlichen Vergleich; in dem anderen Verfahren einigte man sich außergerichtlich. An den Streithelfer waren danach jeweils 80.000 DM zu entrichten. Die Beträge wurden von den Vergleichsschuldnern auf Weisung des Beklagten zu 5) auf dessen Privatkonto einbezahlt und von diesem veruntreut. Von den Beklagten erhielt der Streithelfer lediglich 18.316 EUR.

Die Kläger ließen sich den restlichen, zuvor von ihnen gepfändeten Anspruch des Streithelfers gegen die Beklagten abtreten. Die Klage gegen den Beklagten zu 4), der bereits zum 1.10.2000 aus der Kanzlei ausgeschieden war, haben sie zurückgenommen. Gegen den Beklagten zu 5) haben sie in erster Instanz ein Versäumnisurteil erwirkt, welches rechtskräftig geworden ist.

Das Landgericht hat auch der Klage gegen die im Rechtsstreit verbliebenen Beklagten zu 1) bis 3) in Höhe von 59.545,47 EUR stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat

deren Berufung zurückgewiesen. Der Senat hat ihre Revision zugelassen, soweit sie zur Zahlung von mehr als 50.972,71 EUR verurteilt worden sind. Die Revision hat keinen Erfolg. ■

Aus den Gründen:

I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, soweit die Beklagten hilfsweise gegen die Klageforderung mit einem titulierten Kostenerstattungsanspruch gegen den Streithelfer aus einem anderen Verfahren in Höhe von 8.572,76 EUR zzgl. Zinsen aufgerechnet hätten, scheitere dies an § 393 BGB. Danach sei die Aufrechnung gegen eine Forderung aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung nicht zulässig. Das Aufrechnungsverbot greife auch dann ein, wenn die anspruchsbegründende Handlung zugleich eine Vertragsverletzung und eine vorsätzliche unerlaubte Handlung darstelle und beide Ansprüche miteinander konkurrierten. Es wirke gegen die Beklagten zu 1) bis 3), obwohl ausschließlich der (frühere) Beklagte zu 5) eine unerlaubte Handlung begangen habe.

II. Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Überprüfung stand.

1. Dass gegen den Streithelfer in Höhe des hilfsweise aufgerechneten Betrages ein titulierter Kostenerstattungsanspruch besteht, hat das Berufungsgericht festgestellt. Dagegen wird in der Revisionsinstanz nichts erinnert.

2. Mit Recht ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass der (Hilfs-)Aufrechnung das Verbot des § 393 BGB entgegensteht. Zwar haben die im Prozess verbliebenen Sozien selbst keine vorsätzliche unerlaubte Handlung begangen. Das deliktische Verschulden des Scheinsoziums (früheren Beklagten zu 5)) müssen sie sich im Rahmen des § 393 BGB jedoch zurechnen lassen.

a) Die Vorschrift gilt auch für eine juristische Person, die für die vorsätzlich unerlaubte Handlung eines verfassungsmäßig berufenen, in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen tätig werdenden Vertreters nach § 31 BGB haftet (BayObLGZ 1984, 269, 272; Staudinger/Gursky, BGB, Neubearb. 2000, § 393 Rdnr. 26; MünchKomm-BGB/Schlüter 4. Aufl., § 393 Rdnr. 5; Palandt/Grüneberg, BGB 66. Aufl., § 393 Rdnr. 2).

b) Soweit die **(Außen-)Gesellschaft bürgerlichen Rechts** durch Teilnahme am Rechtsverkehr eigene Rechte und Pflichten begründet und ihr somit Rechtsfähigkeit zuerkannt wird (BGHZ 146, 341, 344 ff = NJW 2001, 1056), **ist § 31 BGB auf sie entsprechend anwendbar** (BGHZ 154, 88, 93 f = NJW 2003, 1445; BGHZ 155, 205, 210 = NJW 2003, 2984; Staudinger/Weick, BGB, Neubearb. 2005, § 31 Rdnr. 45; MünchKomm-BGB/Ulmer 4. Aufl., § 705 Rdnr. 263; Soergel/Hadding, BGB 13. Aufl., § 31 Rdnr. 7; Schwarz in: Bamberger/Roth, BGB, § 31 Rdnr. 3; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht 4. Aufl., § 60 II 4). Ein zum Schadenersatz verpflichtendes Handeln ihrer geschäftsführenden Gesellschafter muss sich die Gesellschaft also zurechnen lassen (BGHZ 154, 88, 93 = NJW 2003, 1445; BGHZ 155, 205, 210 = NJW 2003, 2984).

c) Dasselbe gilt für Anwaltssozietäten in der Rechtsform einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts.

aa) Die **Anwaltssozietät** ist eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (BGHZ 56, 355, 357 = NJW 1971, 1801; BGH, NJW 1996, 2859), sofern die Rechtsanwälte nicht ausdrücklich eine andere Rechtsform gewählt haben (Sieg in: Zuehör/Fischer/Sieg/Schlee, *Handbuch der Anwaltschaftung* 2. Aufl., Rdnr. 340; vgl. auch BGHZ 157, 361, 364 = NJW 2004, 836). Dies ist hier nicht der Fall.

bb) Früher wurde das deliktische Verschulden des Mitglieds einer Anwaltssozietät dieser nicht analog § 31 BGB als eigenes zugerechnet (BGHZ 45, 311, 312 = NJW 1966, 1807; Zuehör/Sieg, *Handbuch der Anwaltschaftung* 1. Aufl., Rdnr. 389). Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat zwar entschieden (BGHZ 154, 370, 373 ff = NJW 2003, 1803), dass die Grundsätze seiner neuen Rechtsprechung (BGHZ 146, 341 ff = NJW 2001, 1056) auch für Sozietäten von Freiberuflern in der Rechtsform der Gesellschaft bürgerlichen Rechts gelten. Er hat jedoch offengelassen, ob dies auch für berufschaftsrechtliche Verbindlichkeiten der Gesellschaft zutrifft (BGHZ 154, 370, 377 = NJW 2003, 1803; vgl. zuletzt BGH, NJW 2006, 765 = WM 2006, 187, 188).

In der Rechtsprechung der Instanzgerichte (OLG Celle, NJW 2006, 3431, 3433) und im Schrifttum wird dies bejaht (Zuehör in: Zuehör/Fischer/Sieg/Schlee, a.a.O., Rdnr. 1952; Terbille in: Rinsche/Fahrendorf/Terbille, *Die Haftung des Rechtsanwalts* 7. Aufl., Rdnr. 139; Vollkommer/Heinemann, *Anwaltschaftsrecht* 2. Aufl., Rdnr. 378; vgl. auch Borgmann/Jungk/Grams, *Anwaltschaftung* 4. Aufl., Kap. VII Rdnr. 28). Der erkennende Senat hatte sich mit der Frage bislang noch nicht zu befassen.

cc) **Für berufschaftsrechtliche Verbindlichkeiten der Gesellschaft kann keine Ausnahme bei der Anwendung des § 31 BGB anerkannt werden.**

(1) In Ermangelung einer gegenteiligen Regelung ist bei einer Anwaltssozietät jeder Sozius „verfassungsmäßig berufener Vertreter“ i.S.d. § 31 BGB.

In der Gesellschaft bürgerlichen Rechts bestimmt sich die Vertretungsbefugnis nach dem Gesellschaftsvertrag und ohne gesellschaftsvertragliche Regelung nach dem Gesetz. Dieses verknüpft die Vertretungsmacht mit der Befugnis zur Geschäftsführung (§ 714 BGB). Grundsätzlich steht die Führung der Geschäfte der Gesellschaft den Gesellschaftern gemeinschaftlich zu (§ 709 Abs. 1 Halbs. 1 BGB). Ob dies den Gepflogenheiten innerhalb einer Anwaltssozietät entspricht, wonach die Bearbeitung der Mandate meist einzelnen Soziern zur eigenverantwortlichen Erledigung übertragen wird, kann offenbleiben.

Bei der **Auslegung des Begriffs des „verfassungsmäßig berufenen Vertreters“ i.S.d. § 31 BGB** orientiert sich die Rechtsprechung nicht strikt an der gesellschaftsrechtlichen Vertretungsbefugnis. Sie fasst den Begriff vielmehr weiter. Darunter fällt nicht nur der geschäftsführende Gesellschafter

(BGHZ 154, 88, 93 = NJW 2003, 1445). Verfassungsmäßig berufener Vertreter ist vielmehr auch ein Nichtgesellschafter, dem durch allgemeine Betriebsregelung und Handhabung bedeutsame, für die Gesellschaft wesensmäßige **Funktionen zur selbstständigen, eigenverantwortlichen Erfüllung zugewiesen sind**, so dass er die Gesellschaft im Rechtsverkehr repräsentiert (BGHZ 49, 19, 21 = NJW 1968, 391; BGH, NJW 1972, 334; NJW 1998, 1854, 1856). **Sogar das unerlaubte Handeln eines bloßen Sachbearbeiters ist der Gesellschaft zuzurechnen, falls jenem eine wichtige Angelegenheit zur eigenverantwortlichen Erledigung übertragen worden ist** (RGZ 162, 129, 166 ff).

Entgegen der Ansicht der Revision genügt es für die Annahme eines „verfassungsmäßig berufenen Vertreters“, dass einzelnen Soziern die selbstständige und eigenverantwortliche Bearbeitung von Mandaten überlassen worden ist. Die Soziern müssen nicht in Angelegenheiten des „Managements“ tätig geworden sein, welche die Sozietät als solche betreffen, wobei die Revision als Beispiel die Anmietung der Kanzleiräume genannt hat. Die Bearbeitung von Mandaten ist als **anwaltstypische Hauptaufgabe** eine wichtige Angelegenheit der Sozietät.

Es trifft nicht zu, dass – wie die Revision gemeint hat – der Rechtsanwalt hierbei nur den Mandanten, nicht aber die Sozietät vertritt. Vielmehr tritt der Rechtsanwalt bei der Wahrnehmung des Mandats auch als Repräsentant der Sozietät in Erscheinung. Der Mandant, der eine Sozietät beauftragt, will sich in der Regel die Vorteile zunutze machen, die ihm die Gesellschaft im Hinblick auf Organisation, Arbeitsteilung und die Möglichkeit der Beratung der ihr angehörenden Anwälte untereinander bietet (vgl. BGHZ 56, 355, 360 = NJW 1971, 1801).

(2) Aus dem zuvor Gesagten ergibt sich zugleich, dass der Sozius, der die **vorsätzliche unerlaubte Handlung bei der Bearbeitung eines Mandats begangen hat, „in Ausführung einer ihm zustehenden Verrichtung“ i.S.v. § 31 BGB tätig geworden ist**.

d) Die vorstehenden Ausführungen gelten auch für einen berufsrechtlichen Zusammenschluss von Rechtsanwälten, der – ohne eine Gesellschaft zu sein – nach außen hin diesen Anschein erweckt (Scheinsozietät).

aa) Eine **Scheinsozietät** ist für die Zurechnung vertraglicher Haftungstatbestände grundsätzlich ausreichend. Insofern rechtfertigen schon die Grundsätze zur Anscheins- und Duldungsvollmacht, eine Rechtsscheinhafung anzunehmen (vgl. BGH, NJW 1999, 1846 = WM 1999, 1846, 1847; zum Scheingesellschafter einer OHG oder KG vgl. BGHZ 17, 13 ff = NJW 1955, 985; BGH, NJW 1972, 1418, 1419; Baumbach/Hopt, HGB 32. Aufl., § 128 Rdnr. 5).

Die Sozietät, die den Scheinsozius nach außen wie einen Sozius handeln lässt, gibt damit auch zu erkennen, dass sie für dessen Handeln grundsätzlich einstehen will. **Fehler des Scheinsozius bei der Bearbeitung eines Mandats werden als solche der Sozietät behandelt.**

Wollte die Sozietät dies anders sehen, wäre nicht zu recht fertigen, dass sie – ohne dies offenzulegen – ein ihr erteiltes Mandat von jemandem bearbeiten lässt, der nicht Sozios, sondern lediglich Angestellter oder freier Mitarbeiter der Sozietät ist.

bb) Das Ergebnis ist nicht anders, wenn der Scheinsozios deliktisch handelt.

Dass insoweit Anknüpfungspunkte für eine Anwendung der Grundsätze über die Anscheins- oder Duldungsvollmacht fehlen (so *OLG Celle*, *NJW* 2006, 3431, 3433), hat im Rahmen des § 31 BGB keine Bedeutung. Die Organhaftung baut nicht auf Rechtsscheingesichtspunkten auf. Sie knüpft nicht an die scheinbare Vertretungsmacht, sondern an die Fähigkeit des „Organs“ an, für die juristische Person zu handeln (*BGHZ* 98, 148, 151 = *NJW* 1986, 2941). „Organ“ kann – wie ausgeführt – auch ein Nichtgesellschafter sein.

e) Im vorliegenden Fall sind die Beklagten zu 1) bis 3) nicht als Gesellschaft, sondern **persönlich verklagt** und verurteilt worden; sie sollen also gesamtschuldnerisch mit ihrem Privatvermögen für die unerlaubte Handlung des (früheren) Beklagten zu 5) eintreten. **Dies setzt** – neben der (analogen) Geltung des § 31 BGB – **voraus, dass die Vorschrift des § 128 HGB (oder des § 8 PartGG) auf die Gesellschafter bürgerlichen Rechts, namentlich auf anwaltliche Sozien, analog anwendbar ist.**

aa) In der neueren Rechtsprechung des II. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs (*BGHZ* 142, 315, 318 = *NJW* 1999, 3483; *BGHZ* 146, 341, 358 = *NJW* 2001, 1056) und der Instanzgerichte (*OLG Saarbrücken*, *NJW-RR* 2006, 707, 708) wird dies grundsätzlich bejaht. Im Schrifttum sind die Meinungen geteilt (für Analogie: *Erman/Westermann*, *BGB* 11. Aufl., § 714 Rdnr. 22; *Palandt/Sprau*, *BGB* 66. Aufl., § 714 Rdnr. 13; *Jauernig/Stürner*, *BGB* 11. Aufl., § 715 Rdnr. 7; *K. Schmidt*, a.a.O., § 60 III 4; *Grunewald*, *Gesellschaftsrecht* 5. Aufl., Kap. 1 A Rdnr. 112 f; *Habersack*, *BB* 2001, 477, 481; *Ulmer*, *ZIP* 2001, 585, 597; dagegen: *Altmeppen*, *NJW* 2003, 1553, 1554 ff; *Schäfer*, *ZIP* 2003, 1225, 1227; *Canaris*, *ZGR* 2004, 69, 109 ff; *vermittelnd*: *Klerx*, *NJW* 2004, 1907).

Die Bestimmung des § 128 HGB umfasst nach ihrem Wortlaut unterschiedslos **vertragliche und deliktische Verbindlichkeiten** (*MünchKomm-HGB/K. Schmidt*, 2. Aufl., § 128 Rdnr. 10; *Baumbach/Hopt*, a.a.O., § 128 Rdnr. 2). Die Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft sollen für ein „fremdes“ Delikt solidarisch haften, um dem Geschädigten dafür, dass bei Personengesellschaften ein gesicherter Haftungsfonds fehlt, einen Ausgleich zu bieten (*MünchKomm-BGB/Ulmer* 4. Aufl., § 714 Rdnr. 38).

Da sich der deliktische Gläubiger seinen Schuldner nicht aus suchen kann, muss – noch mehr als bei vertraglichen Verbindlichkeiten – das Privatvermögen der Gesellschafter als Haftungsmasse zur Verfügung stehen (*BGHZ* 154, 88, 94 f = *NJW* 2003, 1445; im *Anschl. an Ulmer*, *ZIP* 2001, 585, 597).

Diese Überlegungen treffen auch für die Gesellschafter einer bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft zu. Danach zu unterscheiden, ob die Gesellschaft kaufmännisch organisiert ist (vgl. § 2 Satz 2 und 3, §§ 5, 105 Abs. 2 HGB) – und somit dem Recht der offenen Handelsgesellschaft unterliegt – oder nicht, somit lediglich eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist, wäre der Rechtssicherheit abträglich (*BGHZ* 154, 88, 95 = *NJW* 2003, 1445). Die Befürworter einer analogen Anwendung des § 128 HGB können für sich zudem in Anspruch nehmen, dass die BGB-Gesellschafter auf Auswahl und Tätigkeit der „Organe“ (§ 31 BGB) Einfluss nehmen können und somit – soweit es um die Verteilung des Schadenrisikos geht – „näher dran“ sind als die deliktisch Geschädigten (*BGHZ* 154, 88, 95 = *NJW* 2003, 1445; im *Anschluss an Ulmer*, *ZIP* 2001, 585, 597).

bb) Allerdings hat der II. Zivilsenat wiederum offengelassen, ob das in § 128 HGB zum Ausdruck kommende Haftungsprinzip auf die berufshaftungsrechtlichen Verbindlichkeiten der Gesellschaft zutrifft (*BGHZ* 154, 370, 377 = *NJW* 2003, 11803; vgl. zuletzt *BGH*, *NJW* 2006, 765 = *WM* 2006, 187).

(1) Der erkennende Senat hat sich der neueren Rechtsprechung des II. Zivilsenats im Ansatz bereits angeschlossen (*BGHZ* 157, 361, 364 = *NJW* 2004, 836). Die Erwägung war seinerzeit nicht tragend, weil das anwaltliche Vertragsverhältnis nur zwischen dem Geschädigten und dem bisherigen Einzelanwalt bestand, so dass – ungeachtet des Umstands, dass dessen Pflichtverletzungen während des Bestehens der Sozietät begangen wurden – nur dieser haftete. Auch das berufsrechtliche Schrifttum folgt überwiegend dem II. Zivilsenat (*Terbille in: Rinsche/Fahrendorf/Terbille*, a.a.O., Rdnr. 139; *Vollkommer/Heinemann*, a.a.O., Rdnr. 378; für *Sieg in: Zugehör/Fischer/Sieg/Schlee*, a.a.O., Rdnr. 350, liegt eine Analogie zu § 8 PartGG näher als eine solche zu § 128 HGB, was aber in dem vorliegenden Zusammenhang bedeutungslos ist; kritisch: *Borgmann/Jungk/Grams*, a.a.O., Kap. VII Rdnr. 28).

(2) **Das in § 128 HGB zum Ausdruck kommende Haftungsprinzip trifft auch auf die berufshaftungsrechtlichen Verbindlichkeiten einer Anwaltssozietät zu.** Wenn im Allgemeinen ein Gesellschafter für ein fremdes Delikt eintreten muss, ist nicht einzusehen, weshalb dies bei einem anwaltlichen Sozios anders sein soll. **Die Rechtsanwälte, die sich zu einer Sozietät zusammenschließen und werbend als solche auftreten, nehmen auch das Risiko auf sich, dass ein Sozios das in ihn gesetzte Vertrauen missbraucht.**

(3) Auch insoweit verdient eine Scheinsozietät keine besondere Behandlung. Geben die Sozien der Sozietät den Anschein, größer zu sein, als sie in Wirklichkeit ist, gehen die Folgen mit ihnen heim; denn sie hätten es in der Hand gehabt, dem Mandanten gegenüber rechtzeitig klarzustellen, dass der sachbearbeitende Rechtsanwalt nicht zu den Mitgliedern der Sozietät gehört.

III. Da die Sache zur Endentscheidung reif ist, muss die Revision zurückgewiesen werden (§ 563 Abs. 3 ZPO). ■

Kosten der Schadenersatzklage

- Veranlassung zur Klageerhebung
- Vergebliche Aufforderung zur Erfüllung
- Befristeter Verzicht auf Verjährungseinrede
(*OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11.4.2008 – I-23 W 16/08*)

Leitsätze (d. Red.):

1. Der Kläger trägt das Kostenrisiko einer Schadenersatzklage, wenn er vor einer vergeblichen Aufforderung zur Erfüllung des geltend gemachten Anspruchs binnen angemessener Frist Zahlungsklage erhebt.

2. Der Haftpflichtversicherer, der den Zeitraum des Verzichts auf die Einrede der Verjährung mehrfach verlängerte, hat keinen Anlass, von sich aus weitere Verzichtserklärungen ohne Aufforderung abzugeben. ■

Aus den Gründen:

Die sofortige Beschwerde der Kläger ist gemäß § 99 Abs. 2 ZPO zulässig, in der Sache aber nicht begründet. Das Landgericht hat den Klägern zu Recht ZPO die Kosten des Rechtsstreits auferlegt.

Dem Kläger fallen die Kosten des Rechtsstreits zur Last, wenn der Beklagte durch sein Verhalten keine Veranlassung zur Klageerhebung gegeben hat und er den Anspruch im Prozess sofort anerkennt (§ 93 ZPO). Beide Voraussetzungen liegen vor.

1. Die Beklagte hat den Schadenersatzanspruch **sofort in der Klageerwidderung anerkannt**.

2. Eine Veranlassung zur Erhebung der Zahlungsklage hat die Beklagte nicht gegeben. **Veranlassung zur Klageerhebung** gibt eine Partei, wenn ihr Verhalten vor dem Prozess aus der Sicht des Klägers bei vernünftiger Betrachtung hinreichenden Anlass für die Annahme bietet, er werde ohne Inanspruchnahme der Gerichte nicht zu seinem Recht kommen (*ständige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, vgl. BGH, Beschl. v. 30.5.2006 – VI ZB 64/05, NJW 2006, 2490 m.w.N.*).

Aus der Sicht der Kläger ergab sich aus dem Verhalten der Beklagten kein Anlass für die Annahme, nur mittels eines gerichtlichen Verfahrens die berechtigten Ansprüche durchsetzen zu können. Die Beklagte hat sich, wie die außergerichtliche Korrespondenz mit ihrem Versicherer zeigt, von dem die Kläger Durchschriften erhielten, ihrer Ersatzpflicht nicht entziehen wollen und **ihren Beratungsfehler eingeräumt**. Sie wusste vor Zustellung der Klageschrift aber nicht, **in welcher Höhe die Kläger Schadenersatzansprüche geltend machen**, da die Kläger erstmals mit der Klage ihren Anspruch beziffert haben. Grundsätzlich **trägt der Kläger aber das Kostenrisiko, wenn er vor einer vergeblichen Aufforderung zur Erfüllung binnen angemessener Frist Zahlungsklage erhebt** (*vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 8.9.1992 – 7 W 53/92, NJW-RR 1993, 74; Musielak/Wolst, ZPO 5. Aufl., § 93 Rdnr. 11*).

Die Beklagte hat die Klage auch nicht dadurch veranlasst, dass sie nicht von sich aus über den 30.9.2007 hinaus auf die Einrede der Verjährung verzichtete. Die Beklagte hatte am 29.12.2005 auf die Verjährungseinrede wegen des anhängigen finanzgerichtlichen Verfahrens zunächst bis zum 31.7.2006 verzichtet. Nach Mitteilung der Kläger über die Fortdauer des Verfahrens vor dem Finanzgericht hat die Beklagte den Zeitraum ihres Verzichts mehrfach verlängert. Es besteht kein Grund für die Annahme, dass die Beklagte, wäre sie von der bevorstehenden Entscheidung des Finanzgerichts, die am 17.10.2007 erging, in Kenntnis gesetzt worden, den Zeitraum des Einredeverzichts über den 30.9.2007 hinaus nicht verlängert hätte.

Da der Beklagten im September 2007 aber nicht bekannt war, ob und wie das Finanzgericht entschieden hatte und ob das Verfahren überhaupt noch andauerte, hatte sie keinen Anlass, von sich aus eine weitere Verzichtserklärung hinsichtlich der Verjährungseinrede abzugeben. ■

Steuerberaterhaftung

- Prüfungspflichten
- Ergebnisse des Vorberaters
- Verjährung
- Anlass zur Belehrung über Fehler
- Abfluss von Darlehenszinsen, Betriebsausgaben
(*OLG Köln, Urt. v. 28.6.2007 – 8 U 43/06*)

Leitsätze (d. Red.):

1. Der Steuerberater erfüllt seinen Auftrag eigenverantwortlich. Er muss den Mandanten unabhängig von der Auffassung des Vorberaters belehren. Es genügt nicht, wenn er sich beim Vorberater z.B. über dessen Verbuchung von Darlehenszinsen erkundigt.

2. Die Verjährung einer Steuermehrbelastung erfasst auch die Zinsbelastungen, die hierdurch fortlaufend bei der Bank des Mandanten entstehen.

3. Ein Anlass, Fehler zu erkennen und darüber zu belehren, besteht, wenn in der Steuererklärung des Folgejahres erneut fehlerhaft gearbeitet wird.

4. Die Belehrungspflicht über Fehler entfällt nicht, wenn ein anderer Steuerberater mit dem Steuerproblem befasst ist. ■

Aus den Gründen:

1. Der Kläger nimmt die Beklagten wegen Schlechterfüllung eines Steuerberatervertrages auf Zahlung von Schadenersatz in Anspruch.

Der Kläger ist Inhaber eines Architekturbüros. Der Beklagte zu 1) übernahm im Jahr 1989 die steuerliche Beratung des Klägers. Insbesondere fertigte er seither sämtliche Einkom-

mensteuererklärungen und bearbeitete die Buchführungsvorgänge. Der Beklagte zu 2) trat im Jahr 1993 als Partner in das Büro des Beklagten zu 1) ein. Diese Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist in der Partnerschaftsgesellschaft mit der Bezeichnung „Dr. T., V., W. & Partner Steuerberater“ aufgegangen, nachdem die Beklagte zu 3) am 22.7.2004 in das Partnerschaftsregister des Amtsgerichts ... eingetragen wurde.

Die Beklagten waren auch für die Bauträger GmbH, deren Geschäftsführer die Ehefrau des Klägers war, und für die Ehefrau des Klägers selbst als Steuerberater tätig.

Die Bauträger GmbH gewährte dem Kläger in den Jahren 1983 bis 1987 verschiedene Darlehen in einer Gesamthöhe von 344.000 DM. Zwischen der Bauträger GmbH und dem Kläger war vereinbart, dass die jeweils fälligen Darlehenszinsen dem Darlehenskonto zugebucht werden und damit zu einer Erhöhung der Darlehensvaluta führen sollten. Die geschuldeten Darlehenszinsen wurden von dem Vorberater und auch von dem Beklagten zu 1) bei der Bauträger GmbH als Betriebseinnahmen verbucht und gewinnerhöhend bei der steuerlichen Veranlagung der Gesellschaft berücksichtigt. Bei der Gewinnermittlung für das Architekturbüro des Klägers wurden die Darlehenszinsen indes nicht als Betriebsausgaben einkommensteuermindernd in Ansatz gebracht.

Die Gewinnermittlung für das Architekturbüro des Klägers wurde von den Beklagten gemäß § 4 Abs. 3 EStG durch Einnahmen-Überschuss-Rechnung durchgeführt.

Für die Veranlagungsjahre 1990 bis 2001 wurde das zu versteuernde Einkommen des Klägers und seiner Ehefrau zunächst wie folgt festgesetzt:

für 1990 auf 181.984,00 DM (Bescheid vom 21.7.1992, Eingang 22.7.1992)
 für 1991 auf 87.070,00 DM (Bescheid vom 17.11.1992, Eingang 19.11.1992)
 für 1992 auf 309.098,00 DM (Bescheid vom 7.9.1995, Eingang 8.9.1995)
 für 1993 auf 186.219,00 DM (Bescheid vom 30.3.1995, Eingang 31.3.1995)
 für 1994 auf 137.004,00 DM (Bescheid vom 26.1.1996, Eingang 1.2.1996)
 für 1995 auf 167.482,00 DM (Bescheid vom 4.3.1998, Eingang 5.3.1998)
 für 1996 auf 140.258,00 DM (Bescheid vom 19.6.1998, Eingang 23.6.1998)
 für 1997 auf 152.936,00 DM (Bescheid vom 25.6.1999, Eingang 26.6.1999)
 für 1998 auf 212.752,00 DM (Bescheid vom 10.7.2000, Eingang 11.7.2000)
 für 1999 auf 118.147,00 DM (Bescheid vom 2.2.2001, Eingang 3.2.2001)
 für 2000 auf 22.097,00 DM (Bescheid vom 4.12.2001, Eingang 4.12.2001)
 für 2001 auf 35.871,00 DM (Bescheid vom 17.4.2003)

Aufgrund einer am 10.12.2001 begonnenen Betriebsprüfung des Architekturbüros des Klägers und der Bauträger GmbH durch das Finanzamt für die Veranlagungsjahre 1998 bis 2000 wurde zwischen dem Kläger, den Beklagten und der Finanzverwaltung im Rahmen der Schlussbesprechung Übereinstimmung darüber erzielt, dass im Schätzungsweg 80 % der zugebuchten Zinsaufwendungen dem Architekturbüro des Klägers zuzuordnen und bei der Gewinnermittlung in Abzug zu bringen seien. Daraufhin erließ das Finanzamt für 1994 und die Veranlagungsjahre 1996 bis 2001 unter Berücksichtigung der Darlehensaufwendungen bei der Gewinnermittlung geänderte Einkommensteuerbescheide und setzte das zu versteuernde Einkommen letztlich wie folgt fest:

für 1994 auf 84.143,00 DM (Bescheid vom 19.4.2004)
 für 1996 auf – 168.176,00 DM (Bescheid vom 19.4.2004)
 für 1997 auf 137.164,00 DM (Bescheid vom 19.4.2004)
 für 1998 auf 203.056,00 DM (Bescheid vom 19.4.2004)
 für 1999 auf 124.101,00 DM (Bescheid vom 19.4.2004)
 für 2000 auf 117.206,00 DM (Bescheid vom 26.4.2004)
 für 2001 auf 45.511,00 DM (Bescheid vom 23.3.2005)

Die Einkommensteuerveranlagungen für die Jahre 1990 bis 1993 sowie für das Jahr 1995 wurden wegen der Bestandskraft der Bescheide nicht geändert.

Im Juni 2002 zahlte der Kläger auf Empfehlung der Beklagten das ihm gewährte Darlehen zzgl. aufgelaufener Zinsen in Höhe eines Gesamtbetrags von ca. 400.000 EUR zurück.

Aufgrund der Berücksichtigung von Verlustvorträgen wurden in den Jahren 1990 bis 1993 sowie für das Jahr 1995 angefallenen Darlehenszinsen von dem Beklagten zu 1) in der Gewinnermittlung für die Jahre 2002 und 2003 berücksichtigt. Mit Bescheiden vom 23.3.2005 wurde daraufhin das zu versteuernde Einkommen des Klägers und seiner Ehefrau für 2002 auf –9.760 EUR und für 2003 auf 44.116 EUR festgesetzt.

Der Kläger hat behauptet, dem Beklagten zu 1) sei von Beginn seiner steuerberatenden Tätigkeit für ihn an bekannt gewesen, dass es sich um betriebsbezogene Darlehen gehandelt habe. Der Beklagte zu 1) habe auf mehrfache Nachfragen erklärt, die verbuchten Zinsaufwendungen könnten erst dann im Rahmen der Gewinnermittlung einkommensmindernd in Abzug gebracht werden, wenn tatsächlich Darlehen zzgl. Zinsen rückgeführt werden. Der Kläger hat die Auffassung vertreten, die verbuchten Darlehensaufwendungen hätten jährlich im Rahmen der Einkommensteuererklärung gewinnmindernd berücksichtigt werden können. Die falsche Auskunft des Beklagten zu 1) stelle eine Pflichtverletzung des Steuerberatervertrages dar. Auch die Empfehlung, im Juni 2002 den Gesamtbetrag zurückzuzahlen, sei fehlerhaft gewesen, da dem Kläger – bedingt durch den anstehenden Ruhestand sowie die abbrechende Konjunktur auf dem Bausektor – weder in 2002 noch in den Folgejahren Einkünfte zur Verfügung gestanden hätten, die eine sinnvolle und steuersparende Absetzung der Aufwendungen ermöglicht hätten.

Unter Vorlage einer Schadenaufstellung des von ihm hinzugezogenen Steuerberaters F. hat der Kläger zunächst behauptet, die steuerliche Ersparnis bei Berücksichtigung der Zinsaufwendungen in den Jahren 1990 bis 2001 betrage 81.210,92 EUR zzgl. angefallener Zinsen in Höhe von 106.452,24 EUR. Abzüglich der nach der Betriebsprüfung erstatteten Steuern für 1994 und 1997 bis 2000 von 36.406 EUR sowie unter Abzug einer noch offenen Honorarforderung der Beklagten in Höhe von aufgerundet 20.000 EUR verbleibe – abgerundet – ein erstattungsfähiger Schaden in Höhe von 130.000 EUR. Nach Abschluss der Steuerjahre 2002 und 2003 hat der Kläger sodann seine Schadenberechnung auf einen Gesamtschaden von 157.040,34 EUR korrigiert und hierzu Steuermehraufwendungen in Höhe von 17.780 EUR sowie einen Zinsschaden von 139.260,34 EUR angesetzt.

Der Kläger hat zunächst seinen Zahlungsanspruch gegen die Beklagten zu 1) und 2) mit am 29.12.2004 bei Gericht eingegangenem und am 5./8.1.2005 zugestelltem Antrag im Mahnverfahren geltend gemacht. Mit am 15.11.2005 bei Gericht eingegangenem und am 21.11.2005 zugestelltem Schriftsatz vom 14.11.2005 hat er die Klage gegen die Beklagte zu 3) erweitert.

(Anträge ...)

Die Beklagten haben behauptet, der Beklagte zu 1) habe sich bei Übernahme des Mandats bei dem Vorberater des Klägers danach erkundigt, wie die Darlehensverbindlichkeiten behandelt worden seien. Der Vorberater des Klägers habe ihm erklärt, dass es sich bei den von der Bauträger GmbH dem Kläger gewährten Darlehen um Privatarlehen handle und die Darlehenszinsen nicht im jeweiligen Veranlagungsjahr abgesetzt würden. Diese Praxis habe der Beklagte zu 1) – insoweit unstreitig – daraufhin in den Folgejahren fortgesetzt. Erst im Rahmen der Betriebsprüfung im Jahr 2002 habe der Kläger darauf hingewiesen, dass es sich um seinem Architekturbüro gewährte Darlehen handle, und die bis dahin unbekannten Darlehensverträge vorgelegt.

Die Beklagten haben die Ansicht vertreten, eine ihnen vorwerfbare Pflichtverletzung liege auch deshalb nicht vor, weil die Nichtabzugsfähigkeit von nur verbuchten Zinsen bis zur Entscheidung des Bundesfinanzhofs vom 10.7.2001 (*DStR 2001, 1517 ff*), die erst in den Einkommensteuerrichtlinien im Jahr 2002 Eingang gefunden habe, der bis dahin geltenden Rechtsauffassung und Praxis der Finanzverwaltung entsprochen habe.

Die Höhe des geltend gemachten Schadenersatzanspruchs haben die Beklagten als unsubstantiiert bestritten. Das der Schadenberechnung zugrunde liegende Zahlenwerk stimme insbesondere für die Jahre 1994 und 1997 bis 2000 nicht mit den Angaben zu dem zu versteuernden Einkommen in den genannten Steuerbescheiden überein. Überdies könne der Kläger für die Veranlagungsjahre 1994 und 1997 bis 2000 eine steuerliche Mehrbelastung nicht geltend machen, weil das Finanzamt für diese Jahre die Einkommensteuerbescheide geändert und die Zinsaufwendungen bei der

Gewinnermittlung berücksichtigt habe. „Unverbrauchte“ Zinsaufwendungen seien bei der Gewinnermittlung der Jahre 2002 und 2003 im Weg des Verlustvortrags steuermindernd berücksichtigt worden. Ferner haben die Beklagten den geltend gemachten Zinsschaden der Höhe nach bestritten. Schließlich haben sie die Einrede der Verjährung erhoben. (...)

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Es hat seine Entscheidung im Wesentlichen damit begründet, nach dem substantiierten Einwand der Beklagten, eine Nachfrage bei dem vormaligen Berater des Klägers habe ergeben, dass die Darlehenszinsen als Privatverbindlichkeiten zu behandeln gewesen seien, sei eine Pflichtverletzung des Steuerberaters nicht gegeben. Der Beklagte zu 1) sei nicht verpflichtet gewesen, die Richtigkeit der ihm vom Vorberater unterbreiteten Informationen steuerrechtlich im Einzelnen nachzuprüfen. Soweit der Kläger eine Beratungspflichtverletzung aus der Empfehlung der Rückzahlung des gesamten Darlehensbetrags im Juni 2002 herleitet, habe dieser Vorwurf in der Schadenberechnung keinen Niederschlag gefunden. Zudem habe der Kläger einen Schadenersatzanspruch gegen die Beklagten auch der Höhe nach nicht schlüssig dargetan. Für die Veranlagungszeiträume von 1994 sowie 1997 bis 2000 seien nach dem unstreitigen Beklagtenvortrag nach Änderung der Ursprungsbescheide die Zinsaufwendungen des Klägers vollumfänglich einkommensteuermindernd berücksichtigt worden.

Im Übrigen seien die der Schadenberechnung des Klägers zugrunde liegenden Angaben der zu versteuernden Einkommen nicht nachvollziehbar, da diese mit den Einkommensteuerbescheiden in weiten Teilen nicht in Einklang stünden. Gleichen Bedenken begegne die Berechnung des Zinsschadens. Der Kläger habe die in der Schadenberechnung dargelegten Zinssätze nicht nachgewiesen. Die vorgelegten Kontoauszüge belegten keine Verzinsung der in der Schadenberechnung genannten konkreten Beträge. Der Kläger habe unzulässigerweise Zinseszinsen geltend gemacht.

Schließlich hat das Landgericht in der angefochtenen Entscheidung die Ansicht vertreten, etwaige Schadenersatzansprüche des Klägers seien gemäß § 68 StBerG verjährt. Mit der Bekanntgabe des ersten Steuerbescheids für das Jahr 1990 am 21.7.1992 sei eine einheitliche Verjährungsfrist in Gang gesetzt worden, die auch die nachfolgenden – später entstandenen – Teilschäden erfasst habe. Die Zustellung des Mahnbescheids am 5./8.1.2005 sei daher bereits in rechtsverjährter Zeit erfolgt. (...)

Der Kläger hat gegen das Urteil form- und fristgerecht Berufung eingelegt und sein Rechtsmittel, mit dem er seinen Antrag auf Zahlung von 130.000 EUR zzgl. Zinsen weiterverfolgt, ordnungsgemäß begründet.

Der Kläger rügt zunächst einen Verfahrensfehler des Landgerichts, den er damit begründet, dass bis zur mündlichen Verhandlung am 14.3.2006, die vor dem Einzelrichter stattfand, der gemäß § 348 Abs. 1 Nr. 2d ZPO notwendige Beschluss zur Übertragung der Sache auf den Einzelrichter

nach § 348a ZPO nicht ergangen war. Die mit Beschluss vom 4.4.2006 erfolgte Übertragung des Rechtsstreits auf den Einzelrichter sei aus Gründen der Verfahrensökonomie ebenso unzulässig wie die – mit Zustimmung der Parteien – erfolgte Anordnung des schriftlichen Verfahrens mit Beschluss des Einzelrichters vom 20.4.2006.

Der Kläger behauptet, bei der Mandatsübernahme habe sich der Beklagte zu 1) nicht über die Behandlung der Darlehen als privat- oder betriebsbezogen erkundigt. Der Kläger ist der Ansicht, der Beklagte zu 1) habe sich bei Übernahme des Mandats etwa durch Vorlage der Darlehensverträge verwissern müssen, ob die verbuchten Darlehenszinsen einkommensteuerermindernd berücksichtigt werden können. Er behauptet, in zahlreichen Gesprächen zwischen ihm und dem Beklagten zu 1) sei für Letzteren offenkundig gewesen, dass es sich um betrieblich veranlasste Darlehen handle. Jedoch sei der Beklagte zu 1) rechtsirrig davon ausgegangen, dass wegen des Zu- und Abflussprinzips im Einkommensteuerrecht die Darlehenszinsen erst bei Rückzahlung der Darlehen und der Zinsen steuerermindernd berücksichtigt werden könnten.

Die Voraussetzungen für eine Absetzbarkeit der Darlehenszinsen seien im konkreten Fall gegeben gewesen. Das Zuschlagen der Zinsen zur Darlehensforderung sei im alleinigen oder überwiegenden Interesse der Bauträger GmbH erfolgt und habe auf deren freiem Entschluss beruht. Er habe für die Bauträger GmbH neben abgerechneten Architektenleistungen weitere Leistungen erbracht und sei für diese als freier Mitarbeiter tätig gewesen. Auch sei der Geschäftsbetrieb der Bauträger GmbH über eine Bürogemeinschaft in der Form der Nutzung der Betriebsmittel und der Bürokräfte des Architekturbüros aufrechterhalten worden. Die Bauträger GmbH sei nicht in der Lage gewesen, Zahlungsansprüche des Klägers zu erfüllen, weshalb er seine Leistungen nicht in Rechnung gestellt habe.

Der Vorschlag des Klägers, Ansprüche der Bauträger GmbH auf Zinszahlungen aus den Darlehen mit Ansprüchen des Klägers zu verrechnen, sei vom Beklagten zu 1) mit der Begründung abgelehnt worden, dass eine Verrechnung nicht möglich sei, weil Beträge „tatsächlich fließen“ müssten. Deshalb sei vereinbart worden, dass die Zinsen – wie geschehen – der Darlehenssumme jeweils zugeschlagen werden sollten. Der Kläger meint, hieraus folge ein jedenfalls überwiegendes Interesse der Bauträger GmbH an der Vereinbarung. Er – so behauptet der Kläger weiter – sei zudem leistungsbereit und leistungsfähig gewesen.

Der Kläger beziffert nunmehr seinen Gesamtschaden auf 158.031,71 EUR, wobei er im Rahmen des auf 130.000 EUR begrenzten Klageantrags steuerliche Mehraufwendungen in Höhe von 12.269,30 EUR sowie einen Zinsschaden per 30.9.2006 in Höhe von 145.762,41 EUR beansprucht. Hinsichtlich der ab dem Veranlagungsjahr 1997 geltend gemachten Zinsschadenersatzansprüche hat er zur Begründung seines Anspruchs sodann unter Nennung und Berücksichtigung der Anfangs- und Endzeitpunkte eine von dem von ihm beigezogenen Steuerberater F. gefertigte neue

Aufstellung des Zinsschadens für die Veranlagungsjahre 1997 bis 1999 vorgelegt, woraus sich für diesen Zeitraum rechnerisch unstreitig ein Gesamtbetrag von beim Kläger angeblich angefallenen Zinsen von 29.043,62 DM (= 14.849,77 EUR) ergibt. Von diesem Betrag bringt er unstreitige Erstattungszinsen nach § 233a AO in Höhe von 3.976 EUR in Abzug.

Gegen die Ausführungen des Landgerichts im angefochtenen Urteil zur Verjährung des Schadenersatzanspruchs wendet der Kläger ein, dass jede Pflichtverletzung des Steuerberaters eine besondere Verjährungsfrist auslöse. Die Verjährungsfrist für den gesamten Schaden beginne nicht mit der Bekanntgabe des Steuerbescheids für das Jahr 1990. Die Verjährungsfrist, so meint der Kläger, beginne jeweils mit der Bekanntgabe der jeweiligen Einkommensteuerbescheide. Danach seien jedenfalls die ab 1997 entstandenen Ansprüche unter Einbeziehung der dreijährigen Sekundärverjährung nicht verjährt. Schließlich macht der Kläger geltend, der Einrede der Verjährung stehe § 242 BGB entgegen. (...)

(Anträge ...)

Die Beklagten treten dem Berufungsvorbringen im Einzelnen entgegen und verteidigen das angefochtene Urteil. Sie vertiefen insbesondere ihre Auffassung, dass den Beklagten keine Pflichtverletzung vorzuwerfen sei und die Verjährungseinrede greife. (...)

II. Die formell bedenkenfreie Berufung hat in der Sache keinen Erfolg. Im Ergebnis zu Recht hat das Landgericht die Klage abgewiesen.

1. Die Verfahrensrüge greift nicht. Zwar hat der Einzelrichter beim Landgericht in einer – unstreitig – vorliegenden Kammer Sache gemäß § 348 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2d ZPO, ohne dass die Zivilkammer zuvor die Sache auf den Einzelrichter übertragen hatte, am 14.3.2006 mündlich verhandelt und Termin zur Verkündung einer Entscheidung bestimmt. Jedoch stehen einer Übertragung auf den Einzelrichter nach Verhandlung in einem Haupttermin lediglich Gründe der Verfahrensökonomie entgegen (*Zöller/Greger, ZPO 26. Aufl., § 348a Rdnr. 3*). Die Kammer hat mit Beschluss vom 4.4.2006 den Rechtsstreit gemäß § 348a ZPO auf den Einzelrichter zur Entscheidung übertragen und dieser hat mit Beschluss vom gleichen Tag den anberaumten Verkündungstermin aufgehoben sowie mit Beschluss vom 20.4.2006 mit Zustimmung der Parteien das schriftliche Verfahren gemäß § 128 Abs. 2 ZPO angeordnet.

Selbst wenn man hierin einen Verstoß gegen die Funktionsverteilung zwischen Kammer und Einzelrichter sieht, kann selbst bei unterstellter Fehlerhaftigkeit ein Rechtsmittel gegen die Hauptentscheidung – hier also die Berufung gegen das landgerichtliche Urteil – nicht begründet werden. Gemäß § 348a Abs. 3 ZPO kann auf die Übertragung der Sache auf den Einzelrichter ein Rechtsmittel nicht gestützt werden. Ein – rügbarer – Verstoß gegen den Grundsatz des gesetzlichen Richters liegt nicht vor.

2. In der Sache ist die Klage unbegründet. Auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Kläger und den Beklagten sind die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs in der bis zum 31.12.2001 geltenden Fassung anwendbar, da es vor dem 1.1.2002 entstanden ist (Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB). Die Voraussetzungen für einen demnach in Erwägung zu ziehen den Schadenersatzanspruch des Klägers gegen die Beklagten nach den bis zum 31.12.2001 nicht kodifizierten Grundsätzen der positiven Vertragsverletzung sind – soweit ein solcher nicht allemal von vornherein verjährt ist – nicht hinreichend dargelegt und unter Beweis gestellt.

Soweit der Kläger in erster Instanz eine Beratungspflichtverletzung auch aus der nach seinem Vorbringen fehlerhaften Empfehlung, im Juni 2002 den Gesamtdarlehensbetrag zurückzuzahlen, herleitet, kommt ein Schadenersatzanspruch von vornherein nicht in Betracht. Das Landgericht hat mit zutreffenden Erwägungen einen Anspruch bereits deshalb verneint, weil dieser Vorwurf in der Schadenberechnung des Klägers keinen Niederschlag gefunden hat. Der Kläger, der seine Berufungsangriffe insoweit auch nicht auf diesen Gesichtspunkt ausrichtet, trägt nichts vor, was eine andere Beurteilung zuließe.

Entgegen der Auffassung des Landgerichts in der angefochtenen Entscheidung scheitert ein Anspruch wegen einer Pflichtverletzung aus dem bestehenden Steuerberatungsvertrag indessen nicht von vornherein deshalb, weil sich der Beklagte zu 1) ohne Verletzung einer Informationspflicht die – behauptete – Auskunft des Vorberaters des Klägers zu eigen machen durfte und deshalb davon ausgehen konnte, dass es sich bei dem von der Bauträger GmbH gewährten Darlehen um Privatdarlehen des Klägers gehandelt habe und diese bei dem Architekturbüro nicht einkommensteuermindernd zu berücksichtigen waren.

Im Rahmen seines Auftrags hat der Steuerberater seinen Mandanten umfassend zu beraten und auch ungefragt über alle bedeutsamen steuerlichen Einzelheiten und deren Folgen zu unterrichten (vgl. BGH, DB 2004, 131 ff; BGH, MDR 2003, 689 f; BGH, WM 1998, 301 ff; BGH, WM 1994, 602 ff; jeweils m.w.N.). Insbesondere muss der Steuerberater seinen Auftraggeber **möglichst vor Schaden bewahren und deswegen den relativ sichersten Weg zu dem erstrebten steuerlichen Ziel aufzeigen sowie sachgerechte Vorschläge zu dessen Verwirklichung unterbreiten** (vgl. BGH, DB 2006, 1106 ff; BGH, ZIP 2004, 2058 f; BGH, NJW 2002, 1571 f; BGH, NJW 1995, 2108 ff; Senat, OLGR 2003, 69 ff; OLGR 2005, 521 ff). **Der Steuerberater ist dabei gehalten, bestehende Erkenntnisquellen zu nutzen** (Senat, OLGR 2003, 69 ff). **Diese Belehrungs- und Beratungspflichten hat der Steuerberater eigenverantwortlich, d.h. auch unabhängig von der bisherigen Auffassung seines Vorgängers wahrzunehmen** (Gräfe/Lenzen/Schmeer, *Steuerberaterhaftung* 4. Aufl., Rdnr. 153 m.w.N.).

Die **Eigenverantwortlichkeit** in der Berufsausübung stellt eine allgemeine Berufspflicht i.S.d. § 57 Abs. 1 StBerG dar. Diese Eigenverantwortlichkeit bedeutet auch, dass der Steuerberater die volle Verantwortung für alle seine Handlungen

trägt und damit weder an Anweisungen seines Auftraggebers noch gar an dessen Auffassung gebunden ist (Gehre/v. Borstel, *StBerG*, zu § 57 Rdnr. 28 ff).

Vor diesem Hintergrund waren die Beklagten verpflichtet, eigene Nachforschungen anzustellen, indem sie sich etwa die Darlehensverträge vom Kläger vorlegen ließen und/oder die Konten, auf denen die Darlehen der Bauträger GmbH eingezahlt wurden, überprüften. Bei dieser Überprüfung hätten sie wie letztlich auch die Finanzverwaltung im Rahmen der Betriebsprüfung festgestellt, dass die Darlehensvaluta – zumindest überwiegend – auf ein Betriebskonto des Architekturbüros des Klägers eingegangen war. Auch aufgrund des Umstandes, dass die geschuldeten Darlehenszinsen bei der von dem Beklagten zu 1) ebenfalls steuerberatend vertretenen Bauträger GmbH von ihm richtig als Betriebseinnahmen verbucht und gewinnerhöhend berücksichtigt worden sind, hätte Anlass bestanden, der Frage nachzugehen, ob die Zinsaufwendungen bei der Gewinnermittlung einkommensmindernd zu berücksichtigen waren. Dies ist indes gerade nicht geschehen.

Entgegen der auf den Senatsbeschluss vom 21.12.2006 hin geäußerten Auffassung der Beklagten werden die Anforderungen an die Berufspflichten eines Steuerberaters durch die Annahme der aufgezeigten Pflichten der Beklagten als Nachfolgeberater demnach auch nicht überspannt. **Vielmehr fällt hier die Behandlung der Darlehenszinsen – hinsichtlich derer der Beklagte zu 1) sich nach eigenem Vortrag immerhin beim Vorberater erkundigt hat, was indes nicht ausreicht – unzweifelhaft in den Pflichtenkreis des Steuerberaters.**

Für die Frage der Pflichtverletzung des Steuerberatervertrages kommt es vorliegend auf dieser Grundlage entscheidend darauf an, ob nach der jeweils geltenden Rechtslage die nur verbuchten, tatsächlich jedoch nicht gezahlten Darlehenszinsen bei der Gewinnermittlung für das Architekturbüro in dem jeweiligen Veranlagungsjahr als Betriebsausgaben zu berücksichtigen waren. Der Einwand der Beklagten, bis zum Beginn der Betriebsprüfung im Dezember 2001 und der Entscheidung des Bundesfinanzhofs vom 10.7.2001 (*DStR* 2001, 1517 ff) sei es allgemeine Rechtsauffassung gewesen, dass nur verbuchte Darlehenszinsen nicht als Betriebsausgaben abzugsfähig seien, also eine Abzugsfähigkeit nur bei tatsächlichem Abfluss angenommen werden konnte, greift nicht.

Die Frage der Absetzbarkeit von gutgeschriebenen Schuldzinsen richtet sich bei der auch vom Kläger gemäß § 4 Abs. 3 EStG praktizierten Gewinnermittlung durch **Einnahmen-Überschuss-Rechnung** nach § 11 Abs. 2 EStG. **Danach sind Betriebsausgaben für das Kalenderjahr abzusetzen, in dem sie geleistet worden sind. Der Begriff der Leistung i.S.d. § 11 Abs. 2 EStG ist ebenso wie der Begriff des Zuflusses in § 11 Abs. 1 EStG wirtschaftlich auszulegen.** Dabei entspricht der Abfluss beim Schuldner i.S.d. § 11 Abs. 2 EStG spiegelbildlich dem Zufluss beim Gläubiger i.S.d. § 11 Abs. 1 EStG. **Deshalb kann die Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs zum Zufluss von Einnahmen, die zumindest in das Jahr 1984 zurückgeht, spiegelbildlich auf die vorliegend Streit-**

entscheidende Frage des Abflusses der Schuldzinsen übertragen werden (vgl. *BfH, DStRE 2000, 1012 ff*). Nach den gleichen Kriterien, nach welchen der Bundesfinanzhof in dem vorgenannten Urteil aus dem Jahr 2000 die Frage nach dem Abfluss der gutgeschriebenen Schuldzinsen beim Schuldner i.S.d. § 11 Abs. 2 EStG entschieden hat, hat der Bundesfinanzhof bereits 1984 (*DStR 1984, 467 f*) die spiegelbildlich zu beantwortende Frage nach dem Zufluss der gutgeschriebenen Zinsen beim Gläubiger i.S.d. § 11 Abs. 1 EStG beantwortet. Die entgegenstehende Rechtsansicht der Beklagten findet in der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs mithin keine Stütze.

Auf dieser Grundlage stehen dem Kläger gegen die Beklagten gleichwohl keine Schadenersatzansprüche wegen einer in Erwägung zu ziehenden Pflichtverletzung im Zusammenhang mit der Behandlung der Darlehenszinsen zu, wobei zwischen den Veranlagungsjahren 1990 bis 1996 und jenen ab 1997 zu unterscheiden ist.

a) Einem Schadenersatzanspruch des Klägers für die Veranlagungsjahre von 1990 bis 1996 steht von vornherein die Einrede der Verjährung entgegen. Nach der gemäß Artikel 229 § 6 EGBGB hier maßgeblichen Regelung des § 68 StBerG in der bis zum 14.12.2004 geltenden Fassung verjähren Schadenersatzansprüche gegen einen Steuerberater wegen Verletzung vertraglicher Pflichten in drei Jahren ab dem Zeitpunkt der Entstehung des Anspruchs. Der Anspruch ist entstanden, wenn dem Auftraggeber infolge einer schuldhaften Pflichtverletzung ein Schaden entstanden ist. Das ist bei einer fehlerhaften Beratung des Steuerberaters in einer Steuerangelegenheit mit der Bekanntgabe des belastenden Steuerbescheids der Fall (*BGH, NJW 1996, 1895 ff; BGH, NJW 1995, 2108 ff; jeweils m.w.N.*).

Die Bestandskraft oder Unanfechtbarkeit des Beschlusses ist für den Verjährungsbeginn nicht erforderlich. Ausgehend von den unstreitigen Daten über den Eingang der Steuerbescheide für die Veranlagungsjahre 1990 bis 1996 trat hinsichtlich des am 22.7.1992 eingegangenen Bescheids für 1990 am 22.7.1995 Primärverjährung ein, hinsichtlich der nachfolgenden Bescheide für das Jahr 1991 am 19.11.1995 (Eingang 19.11.1992), für das Jahr 1992 am 8.9.1998 (Eingang 8.9.1995), für das Jahr 1993 am 31.3.1998 (Eingang 31.3.1995), für das Jahr 1994 am 1.2.1999 (Eingang 1.2.1996), für das Jahr 1995 am 5.3.2001 (Eingang 5.3.1998) und für den zeitlich letzten Bescheid für das 1996 am 23.6.2001 (Eingang 23.6.1998).

Auch die **Verjährung des Sekundäranspruchs** gegen die Beklagten ist eingetreten. Hat der Steuerberater vor Ablauf der Verjährung des Primäranspruchs begründeten Anlass zu prüfen, ob er seinen Auftraggeber durch einen Fehler geschädigt hat, und muss er dabei eine durch seinen Fehler eingetretene Schädigung erkennen, so entsteht die Verpflichtung, auf die Möglichkeit der eigenen Haftung sowie auf die kurze Verjährungsfrist des § 68 StBerG hinzuweisen. Diese sekundäre Pflicht ist verletzt, wenn der Steuerberater den gebotenen Hinweis vor Eintritt der Primärverjährung

nicht erteilt hat. Versäumt der haftpflichtige Steuerberater dies schuldhaft, steht dem Geschädigten ein Sekundäranspruch zu, der sich darauf richtet, so gestellt zu werden, als wäre die Verjährung des primären Schadenersatzanspruchs nicht eingetreten (*ständige Rechtsprechung, vgl. nur BGH, NJW 2006, 2635 ff; BGH, NJW 1995, 2108 ff; BGH, NJW 1991, 2828 ff; jeweils m.w.N.; Senat, Urt. v. 3.7.2003 – 8 U 79/02*).

Der Sekundäranspruch entsteht demnach mit dem Eintritt der Verjährung des ursprünglichen Regressanspruchs und beginnt mit dem Eintritt der Primärverjährung. Er ist deshalb seinerseits spätestens 6 Jahre nach Beginn bzw. 3 Jahre nach Vollendung der Verjährung des Primäranspruchs verjährt (*BGH, NJW 1998, 2274 f, m.w.N.*). Der Sekundäranspruch ist damit betreffend die für die Veranlagungsjahre 1990 bis 1996 geltend gemachten Schäden hinsichtlich des zeitlich zuletzt eingegangenen Bescheids für 1996 am 23.6.2004 und hinsichtlich der Veranlagungsjahre 1990 bis 1995 demnach bereits zuvor eingetreten. Der Antrag auf Erlass eines Mahnbescheids gegen die Beklagten zu 1) und 2) ist bei Gericht am 29.12.2004 eingegangen und die Klage mit am 15.11.2005 bei eingegangenem Schriftsatz vom 14.11.2005 gegen die Beklagte zu 3) erweitert. Zu diesem Zeitpunkt war der sekundäre Ersatzanspruch hinsichtlich der für die in Rede stehenden Veranlagungsjahre geltend gemachten Schäden jeweils bereits verjährt.

Von der Verjährung erfasst ist neben einem etwaigen Schadenersatzanspruch wegen der Einkommensteuermehrbelastung auch der für die Jahre bis einschließlich 1996 geltend gemachte Ersatzanspruch wegen eines Zinsschadens. Der Anspruch kann nur dadurch entstanden sein, dass die Beklagten aufgrund einer etwaigen fehlerhaften Beratung eine Steuermehrbelastung aufseiten des Klägers verursacht haben, aufgrund derer der Kläger außerstande war, Salden auf seinem Konto bei der Sparkasse zurückzuführen. Der geltend gemachte Zinsschaden steht damit in unmittelbarem Zusammenhang mit der dem Beklagten vorgeworfenen Pflichtverletzung. Der Zinsschaden ist daher keine Nebenforderung i.S.d. § 4 ZPO, sondern selbst Hauptforderung, nämlich ein selbstständiger Teil des Schadenersatzanspruchs (vgl. *BGH, NJW 1987, 3136 ff; Senatsurt. v. 3.7.2003 – 8 U 79/02*). Der aus positiver Vertragsverletzung des Steuerberatervertrags herzuleitende Zinsschadenersatzanspruch ist hinsichtlich der Verjährung mithin ebenfalls nach § 68 StBerG zu beurteilen.

Die Erhebung der Verjährungseinrede stellt auch keinen Verstoß gegen § 242 BGB dar. Die Verjährung der Regresshaftung kann zwar auch nach Ablauf der Verjährung des Sekundäranspruchs nicht zu berücksichtigen sein, wenn es dem Verpflichteten gemäß § 242 BGB verwehrt ist, sich darauf zu berufen (vgl. *nur OLG Düsseldorf, OLGR 2002, 332 ff, m.w.N.*). **Der Zweck der Verjährungsregelung des § 68 StBerG gebietet es jedoch, strenge Maßstäbe anzulegen und den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung nur bei einem wirklich groben Verstoß gegen Treu und Glauben durchgreifen zu lassen** (*BGH, NJW 2001, 3543 ff; 1996, 1895 ff; 1985, 2250 ff*).

Der Vortrag des Klägers zur Begründung einer unzulässigen Rechtsausübung erschöpft sich im Kern in dem Hinweis, die Beratung der Beklagten, dass die Darlehenszinsen nicht in den jeweiligen Veranlagungsjahren gewinnmindernd berücksichtigt werden könnten, sei fehlerhaft gewesen. Dieser Vortrag beschreibt exakt den im Prozess vorgehaltenen, über Jahre verlaufenden Pflichtverstoß der Beklagten, mit dem der Kläger seine Klageforderung begründet. In diesem Pflichtverstoß kann darüber hinausgehend ein treuwidriges Verhalten des Steuerberaters, welches der Möglichkeit, sich auf die Verjährung zu berufen, entgegenstehen könnte, nicht gesehen werden. **Konkrete Anhaltspunkte, die Anlass zu der Annahme geben könnten, die Beklagten hätten durch ihr Verhalten den Kläger von der rechtzeitigen Klageerhebung abgehalten, sind auch mit dem weiteren Vorbringen nicht dargelegt oder nach den Umständen ersichtlich.**

Die Behauptung, der Beklagte zu 1) habe dem Kläger auf entsprechende Fragen über Jahre hinweg erklärt, die Zinsbelastungen seien letzten Endes bei einer Zahlung der Zinsen noch zu beachten, und den Kläger damit in Sicherheit gewiegt, dass sämtliche Darlehenszinsen noch berücksichtigt würden, wenn eine Zahlung erfolgt, trifft letztlich im Kern wiederum nur die den Beklagten vorzuwerfende Pflichtverletzung selbst. Die behauptete Überzeugung des Klägers, er werde keinen wirtschaftlichen Schaden erleiden, wenn er dem Ratschlag des Beklagten zu 1) folge, stellt ebenfalls keinen Grund dar, die Verjährungseinrede ausnahmsweise als unzulässige Rechtsausübung anzusehen.

b) Für die Tätigkeiten ab dem Jahr 1997 sind etwaige Schadenersatzansprüche zwar nicht verjährt. Indes verhilft dies der Klage nicht zum Erfolg, weil der Kläger nicht hinreichend dargelegt und unter Beweis gestellt hat, dass er durch eine Pflichtverletzung der Beklagten einen Schaden erlitten hätte.

aa) Ausgehend von den unstreitigen Daten über den Eingang der Steuerbescheide für die Veranlagungsjahre 1997 bis 2000 ist allerdings Primärverjährung eingetreten. Der Bescheid für das Jahr 1997 ist am 26.6.1999 bei dem Beklagten eingegangen, weshalb Primärverjährung am 26.6.2002 eingetreten ist. Für den am 11.7.2000 eingegangenen Bescheid für 1998 fällt der Zeitpunkt des Eintritts der Primärverjährung auf den 11.7.2003, für den am 3.2.2001 eingegangenen Bescheid für 1999 auf den 3.2.2004 und schließlich für den Bescheid für das Jahr 2000 nach Eingang am 4.12.2001 auf den 4.12.2004. Der Bescheid für das Jahr 2001 datiert erst unter dem 17.4.2003. Der Antrag auf Erlass eines Mahnbescheids gegen die Beklagten zu 1) und 2) ist bei Gericht am 29.12.2004 eingegangen und die Klage ist mit am 15.11.2005 bei Gericht eingegangenem Schriftsatz vom 14.11.2005 gegen die Beklagte zu 3) erweitert worden. Beides erfolgte in bereits rechtsverjährter Zeit.

Die für die Jahre ab 1997 erhobenen sekundären Schadenersatzansprüche unterliegen indes nicht der Verjährung, da vor Ablauf der Verjährungsfrist von (weiteren) drei Jahren – am 26.6.2005 hinsichtlich des zeitlich am frühesten zugestellten Bescheids für das Jahr 1997 und hinsichtlich der

später zugestellten Bescheide für die Veranlagungsjahre 1998 bis 2001 demnach zu noch späteren Zeitpunkten – am 29.12.2004 der Mahnbescheidsantrag gegen die Beklagten zu 1) und 2) und am 15.11.2005 die Klageerweiterung gegen die Beklagte zu 3) bei Gericht eingegangen und jeweils mit der Folge des § 167 ZPO demnächst zugestellt worden sind. Beides erfolgte daher in nicht rechtsverjährter Zeit mit der Folge der Hemmung der Verjährung (§ 204 Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 229 § 6 Abs. 1 Satz 2 EGBGB).

Der sekundäre Ersatzanspruch setzt wie dargelegt eine neue schuldhaftes Pflichtverletzung voraus, die über das den Primäranspruch auslösende Verhalten hinausgeht. Eine solche erneute Pflichtverletzung kann angenommen werden, wenn der Steuerberater vor Ablauf der Verjährung des Primäranspruchs und vor Ende des Mandats begründeten Anlass hatte zu prüfen, ob er dem Mandanten durch eine frühere Pflichtverletzung einen Schaden zugefügt hat (BGH, NJW 2003, 822 ff; BGH, NJW 2002, 1048 ff; OLG Düsseldorf, GI 2002, 293 ff). **Ein derartiger Anlass, die Pflichtwidrigkeit des eigenen Verhaltens zu erkennen und den Kläger auf den drohenden Ablauf der Verjährungsfrist hinzuweisen, bestand im Streitfall jedenfalls aus Anlass der Betriebsprüfung im Jahr 2002, da in deren Rahmen die Frage der Abzugsfähigkeit der Darlehenszinsen mit der Finanzverwaltung im Sinne der Ansicht des Klägers erörtert wurde.**

Ein weiterer Anlass, die Pflichtwidrigkeit des eigenen Verhaltens zu erkennen und den Kläger auf den drohenden Ablauf der Verjährungsfrist hinzuweisen, ist darin zu sehen, dass die Beklagten als Folge ihres Dauermandats auch in den jeweiligen Folgejahren mit der Erstellung der Einkommensteuererklärung des Klägers befasst waren und dabei jeweils dieselbe Pflichtwidrigkeit erneut begingen. **Hätten die Beklagten ihre Vertragspflicht erfüllt, hätten sie den Kläger über ihre auf einer früheren Pflichtwidrigkeit beruhende Haftung und über die Verjährungsvorschriften belehren müssen (vgl. Senat, Beschl. v. 10.11.2005 – 8 W 21/05; OLG Düsseldorf, GI 2005, 21 ff).**

Der Einwand der Beklagten, der sekundäre Ersatzanspruch des Klägers bestehe nicht, da dieser zu Beginn der Betriebsprüfung Ende 2001 einen anderen Steuerberater konsultiert habe, bleibt ohne Erfolg. Die sekundäre Hinweispflicht des Steuerberaters entfällt allerdings dann, wenn der Mandant rechtzeitig vor Ablauf der Primärverjährung wegen der Haftungsfrage einen anderen Steuerberater eingeschaltet hat. Diesen haftungsausschließenden Umstand muss der in Anspruch genommene Steuerberater darlegen und beweisen. **Die Sekundärhaftung entfällt jedoch nicht bereits dann, wenn der beauftragte Steuerberater lediglich mit den Steuerproblemen befasst worden ist.** Der Wegfall der Sekundärhaftung setzt vielmehr voraus, dass der Steuerpflichtige vor Ablauf der Primärverjährung gerade über die Regressfrage steuerberatende Hilfe in Anspruch genommen hat.

Dies folgt aus dem Schutzzweck der Sekundärhaftung (vgl. BGH, NJW 2006, 2635 ff; BGH, NJW 2003, 822 ff; BGH, NJW 1999, 2183 ff; OLG Düsseldorf, GI 2004, 150 ff; Gräfe/Lenzen/Schmeer, a.a.O., Rdnr. 920 ff m.w.N.).

Die Voraussetzungen dieses haftungsausschließenden Umstands haben die Beklagten bislang nicht substantiiert vorgebracht. Sie machen geltend, dass der Kläger durch einen neuen Steuerberater beraten wurde, der hinsichtlich der Abzugsfähigkeit des jährlichen Zinsaufwands zu einem anderen Ergebnis als sie selbst gekommen ist. Dass der konsultierte Steuerberater vom Kläger gerade mit der Klärung der Frage beauftragt war, ob die Beklagten ihm einen Schaden zugefügt und sich hierdurch regresspflichtig gemacht haben, ergibt sich aus dem Vortrag dagegen nicht.

Die Auffassung des Landgerichts in der angefochtenen Entscheidung, mit dem Eingang des Einkommensteuerbescheids für das Jahr 1990 am 22.7.2002 sei ein erster Teilschaden eines einheitlichen Gesamtschadens eingetreten mit der Folge, dass mit dem Eingang dieses Steuerbescheids eine einheitliche Verjährungsfrist in Gang gesetzt worden sei, die auch die nachfolgenden Teilschäden erfasse, geht fehl. Anders als in den vom Landgericht angenommenen Fällen liegen im Streitfall mehrere, hintereinander folgende Pflichtverletzungshandlungen vor, die die jeweils vorangegangene, in der fehlerhaften Beratung liegende schadenauslösende Pflichtverletzung nicht aufheben, sondern selbstständigen Charakter haben und daher jeweils mit Eingang des Einkommensteuerbescheids einen weiteren, selbstständig verjährenden Schadenersatzanspruch auslösen (vgl. in einem vergleichbaren Fall OLG Düsseldorf, GI 2005, 21 ff). **Demnach begann mit Eingang des jeweiligen Einkommensteuerbescheids stets eine neue Verjährungsfrist zu laufen.**

bb) Dem Kläger ist es indes nicht gelungen, hinreichend darzulegen, dass die Voraussetzung für die Absetzbarkeit der verbuchten Darlehenszinsen in Anwendung des § 11 Abs. 2 EStG nach Maßgabe der zitierten Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs vorgelegen haben, weshalb **im Ergebnis eine den Schaden verursachende Pflichtverletzung und damit die Voraussetzungen für einen Anspruch aus positiver Vertragsverletzung nicht dargelegt sind.** Entscheidend dafür, in welchem Veranlagungszeitraum Ausgaben abzusetzen sind, ist der Verlust der wirtschaftlichen Verfügungsmacht über das Wirtschaftsgut.

Bei einer Gutschrift kann demnach dann ein Abfluss i.S.d. § 11 Abs. 2 EStG beim Schuldner zu bejahen sein, wenn in der Gutschrift nicht nur das buchmäßige Festhalten einer Schuldverpflichtung zu sehen ist, sondern darüber hinaus zum Ausdruck gebracht wird, dass der Betrag dem Berechtigten von nun an zur Verwendung zur Verfügung steht. Voraussetzung ist allerdings, dass der Gläubiger in der Lage ist, den Leistungserfolg ohne weiteres Zutun des im Übrigen leistungsbereiten und leistungsfähigen Schuldners herbeizuführen (BFH, DStRE 2000, 1012 ff, m.w.N.; Littmann/Conradi, Das Einkommensteuerrecht 14. Aufl., Bd. I, § 11 Rdnr. 6 ff; Herrmann/Heuer/Raupach, Einkommensteuer- und Körperschaftsteuerrecht, Bd. VIII, zu § 11 Rdnr. 105 ff).

Daneben kommt nach der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs ein Abfluss i.S.d. § 11 Abs. 2 EStG in Betracht, **wenn durch eine gesonderte Vereinbarung zwischen Schuldner und Gläubiger der Betrag fortan aus einem anderen**

Schuldgrund geschuldet werden soll, etwa im Wege der Schuldumschaffung oder Novation. Die vorliegend erfolgte Abrede, Zinsen der Darlehenssumme zuzuschlagen, wandelt die Zinszahlungsschuld bei Fälligkeit in eine Darlehensschuld um und kann damit zwar an sich geeignet sein, einen Abfluss der Zinsen zu bewirken. Von einem Abfluss der gebuchten Zinsen i.S.d. § 11 Abs. 2 EStG **kann indes in derartigen Fällen der Schuldumschaffung nur dann ausgegangen werden, wenn sich diese als Folge der Ausübung der wirtschaftlichen Verfügungsmacht des Gläubigers über die Forderung darstellt, also auf einem freien Entschluss des Gläubigers beruht.**

Dabei kommt der Frage, in wessen Interesse die Abrede lag, eine wichtige Bedeutung zu. Ein Abfluss i.S.d. § 11 Abs. 2 EStG wäre demnach nur zu bejahen, wenn das Zuschlagen der Zinsen im alleinigen oder überwiegenden Interesse des Gläubigers – hier also der Bauträger GmbH – gelegen haben sollte (vgl. BFH, DStR 1984, 467 f; BFH, DStRE 2000, 1012 ff; jeweils m.w.N.). Auch auf den Hinweis im Senatsbeschluss vom 21.12.2006 hat der Kläger indes nicht hinreichend dazu vorgebracht, dass das Zuschlagen der Zinsen zur Darlehensforderung im alleinigen oder überwiegenden Interesse der Bauträger GmbH erfolgt ist und auf deren freien Entschluss beruhte, was Voraussetzung für die Annahme eines Abflusses wäre.

Der Kläger schlussfolgert dies aus seinem Vortrag, dass er für die Bauträger GmbH neben abgerechneten Architektenleistungen weitere Leistungen erbracht und diese nicht in Rechnung gestellt habe, weil nach Erklärung des Beklagten zu 1) die Bauträger GmbH nicht in der Lage gewesen sei, seine Zahlungsansprüche zu erfüllen. Der weitere Vorschlag des Klägers, Ansprüche der Bauträger GmbH auf Zinszahlungen aus dem Darlehen mit Ansprüchen des Klägers zu verrechnen, sei vom Beklagten zu 1) abgelehnt worden, da eine Verrechnung nicht möglich sei, sondern Beträge „tatsächlich fließen“ müssten. Deshalb sei vereinbart worden, dass die Zinsen – wie geschehen – der Darlehenssumme jeweils zugeschlagen werden. Dies reicht indes für die Darlegung der Voraussetzung des Abflusses nicht.

Die Argumentation erschließt sich nicht. Weshalb es im Interesse der Bauträger GmbH gewesen sein soll, die fälligen Zinsen dem Darlehenskonto zuzuschlagen und die Darlehensvaluta entsprechend zu erhöhen, ist angesichts der vom Kläger behaupteten schlechten finanziellen Situation der Bauträger GmbH nicht ersichtlich. Auch der Zusammenhang mit etwaigen, nicht im Ansatz substantiiert dargelegten Zahlungsansprüchen des Klägers gegen die Bauträger GmbH greift nicht. Es fehlt an jeglicher Darlegung zu den erbrachten Leistungen und zur Höhe etwaiger Zahlungsansprüche des Klägers gegen die Bauträger GmbH. Bereits deshalb genügt auch der Vortrag, dass der Kläger im Fall der Aufforderung zur Zahlung durch die Bauträger GmbH die Leistungen gegenüber der Bauträger GmbH dann abgerechnet und geltend gemacht hätte, nicht.

Weiterhin erschließt sich in diesem Zusammenhang nicht, dass der Kläger einerseits unstreitig seine Architektenleistungen abgerechnet hat, andererseits die vorstehend

angesprochenen angeblichen Leistungen aus den von ihm angeführten Gründen erst gar nicht in Rechnung gestellt haben will. Dies erklärt sich im Gesamtzusammenhang mit dem klägerischen Vortrag zum behaupteten Hintergrund der Vereinbarung nicht. Zudem erschließt sich nicht, warum auch in der Folgezeit – insbesondere etwa im Zuge der Rückzahlung der Darlehen im Jahr 2002 – keine Abrechnung bzw. Berücksichtigung der angeblich erbrachten Leistungen erfolgte.

Auch nachdem die Beklagten die Behauptungen des Klägers bestritten haben, hat dieser im Übrigen mit Erwidernschriftsatz vom 25.4.2007 nichts Tragfähiges zu den behaupteten Leistungen und daraus resultierender Zahlungsverpflichtungen der Bauträger GmbH vorgebracht. Hinsichtlich der angeblich nicht abgerechneten Leistungen reicht das durch nichts konkretisierte Vorbringen nicht.

Ungeachtet dessen, dass der Vortrag zu den Voraussetzungen der Annahme eines Abflusses der Darlehenszinsen nicht hinreichend substantiiert ist, ist der Kläger zudem auch beweisfällig für seine Behauptungen geblieben. Die Beklagten haben – in zulässiger Weise mit Nichtwissen – bestritten, dass es über die abgerechneten Leistungen weitere nicht abgerechnete Leistungen gab, die mit den Verpflichtungen des Klägers gegenüber der Bauträger GmbH hätten verrechnet werden können, und das Vorbringen des Klägers zu diesem Komplex auch im Übrigen bestritten. Beweisantritte für die Behauptungen des Klägers, die nach seiner Meinung die Annahme einer Vereinbarung im Interesse der Bauträger GmbH rechtfertigen, fehlen. Dies geht zulasten des für die Pflichtverletzung und damit für die Voraussetzungen der Abzugsmöglichkeiten nach § 11 Abs. 2 EStG darlegungs- und beweispflichtigen Klägers. (...) ■

Anwaltsvertrag

- Herausgabe der Handakten
 - Anspruch gegen den angestellten Anwalt?
- (OLG Düsseldorf, Urt. v. 22.5.2007 – I-24 U 12/07)

Leitsatz:

Der Mandant hat gegen den Angestellten des von ihm beauftragten Rechtsanwalts keinen Anspruch auf Herausgabe der Handakten, auch wenn der Angestellte selbst Rechtsanwalt ist. ■

Aus den Gründen:

I. Der Beklagte war in der Zeit vom 1.3.2004 bis zum 31.3.2005 für den Prozessbevollmächtigten des Klägers und dessen beim Oberlandesgericht nicht zugelassene Sozilen als angestellter Rechtsanwalt tätig. Während der Dauer seiner Beschäftigung hatte der Beklagte von seinen früheren Arbeitgebern den Auftrag erhalten, für den Kläger einen Prozesstermin in Sachen H. ./ S. (Personalkredit) vor dem Arbeitsgericht München wahrzunehmen. Nach Ausführung

dieses Auftrags erschien der Beklagte nicht mehr zur Arbeit und gab die Handakte jenes Verfahrens seinen damaligen Arbeitgebern nicht zurück.

Im Kündigungsschutzprozess 1 Ca 291/05 vor dem Arbeitsgericht Oberhausen machte der Beklagte Zahlungsansprüche gegen seine früheren Arbeitgeber geltend und berief sich hinsichtlich der genannten Handakte auf ein Zurückbehaltungsrecht. Das Verfahren wurde durch Vergleich vom 23.6.2005 abgeschlossen. In Ziffer 5. jenes Vergleichs verpflichtete sich der Beklagte, die Handakte „H. ./ S. (Personalkredit)“ an seine früheren Arbeitgeber herauszugeben.

Nach Anfechtung des Vergleichs durch die früheren Arbeitgeber stellte das Arbeitsgericht Oberhausen mit Urteil vom 28.7.2005 die Erledigung des Rechtsstreits durch den genannten Vergleich fest. In dem dieser Entscheidung vorausgehenden Sitzungstermin vom 28.7.2005 bot der Beklagte die Übergabe einer mitgeführten Akte, die er als jene Handakte bezeichnete, an; der Prozessbevollmächtigte der früheren Arbeitgeber, Rechtsanwalt H., lehnte die Annahme der Akte ohne Einsichtnahme ab. Wegen dieser Annahmeverweigerung wies das Arbeitsgericht Oberhausen mit Beschluss vom 2.8.2005 den Antrag der früheren Arbeitgeber des Beklagten, ihnen eine vollstreckbare Ausfertigung zu Ziffer 5. des Vergleichs zu erteilen, zurück.

Mit seiner am 23.7.2005 bei dem Landgericht Düsseldorf eingegangenen und dem Beklagten am 29.8.2005 zugestellten Klage hat der Kläger die Herausgabe der Handakte „H. ./ S. (Personalkredit)“ an sich aus eigenem Recht verlangt. Nach am 31.8.2005 erfolgter Übergabe der Handakte an seinen Prozessbevollmächtigten hat der Kläger die Klage in der Hauptsache für erledigt erklärt.

(Anträge ...)

Durch das angefochtene Urteil, auf das wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts verwiesen wird, hat das Landgericht der Klage stattgegeben. Das Landgericht hat überdies durch Beschluss vom 28.2.2006 auf Antrag des Beklagten den Kläger zur Zahlung einer Sicherheit gemäß §§ 110, 112 ZPO in Höhe von 2.500 EUR verpflichtet.

Mit seiner Berufung macht der Beklagte geltend, die Klage sei von Anbeginn unzulässig, jedenfalls unbegründet gewesen. In Form des Prozessvergleichs vom 23.6.2005 habe der Kläger bereits über einen Titel verfügt, so dass eine erneute Klage sinnlos gewesen sei. Das Rechtsschutzbedürfnis sei auch nicht mit Blick auf den Beschluss des Arbeitsgerichts Oberhausen vom 2.8.2005 neu entstanden, da der Prozessbevollmächtigte des Klägers durch sein Verhalten am 28.7.2005 den Vollstreckungstitel mutwillig unbrauchbar gemacht habe.

Überdies sei die Klage auch unbegründet, da eine Anspruchsgrundlage nicht bestanden habe. Ein Anspruch auf Herausgabe der Handakte habe allenfalls den Rechtsanwälten H. & Kollegen als früheren Arbeitgebern zugestanden, mangels Vertragsverhältnisses nicht aber dem Kläger selbst.

Ob dem Kläger aus Eigentum ein Herausgabeanspruch hinsichtlich einzelner von ihm überreichter Unterlagen zugestanden habe, sei ohne Bedeutung, da die Klage auf die Herausgabe der ganzen Handakte gerichtet gewesen sei.

(Anträge ...)

II. Die zulässige Berufung des Beklagten hat in der Sache Erfolg und führt zur Abänderung der angefochtenen Entscheidung sowie zur Abweisung der Klage.

1. Eine Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache ist durch die Übergabe der Handakte „H. ./ S. (Personalkredit)“ am 31.8.2005 nicht eingetreten, da die Klage zwar zulässig, nicht aber begründet war.

a) Im Ergebnis zu Recht ist das Landgericht von der Zulässigkeit der Klage ausgegangen. Bei Klageerhebung durch Zustellung der Klageschrift am 29.8.2005 war der geltend gemachte Herausgabeanspruch noch nicht erfüllt. Der Kläger verfügte auch nicht über einen Vollstreckungstitel, der seiner Herausgabeklage das Rechtsschutzbedürfnis hätte nehmen können. Der von seinem Prozessbevollmächtigten und dessen Sozien im eigenen Namen am 23.6.2005 vor dem Arbeitsgericht Oberhausen mit dem Beklagten geschlossene Vergleich gab dem Kläger keine eigenen Rechte, sondern titulierte lediglich den Herausgabeanspruch seines Prozessbevollmächtigten. Eine Umschreibung des Titels war ohne Abtretung des Anspruchs nicht möglich.

b) Die Klage war nicht begründet.

aa) **Mangels Vertragsverhältnisses** der Parteien hatte der Kläger gegen den Beklagten im Zeitpunkt der Klageerhebung **keinen Anspruch auf Herausgabe** der Handakte aus §§ 667, 675 BGB. Zwischen dem angestellten Rechtsanwalt – hier dem Beklagten – und dem Mandanten kommt kein Vertragsverhältnis zustande (*Zugehör/Fischer/Sieg/Schlee, Handbuch der Anwaltschaft 2. Aufl., Rdnr. 263*). Der Anwaltsdienstvertrag, aus dem sich ein Anspruch auf Herausgabe der Handakte ergibt, ist vielmehr zwischen dem Kläger und den früheren Arbeitgebern des Beklagten (Rechtsanwälte H. & Kollegen) geschlossen worden, nicht aber mit dem lediglich als Erfüllungsgehilfen der beauftragten Rechtsanwälte eingeschalteten Beklagten.

Ohne Bedeutung ist es insoweit, dass der Beklagte für den Kläger als Bevollmächtigter vor dem Arbeitsgericht München aufgetreten ist. Denn auch durch die Vollmachtserteilung ist ein unmittelbares Vertragsverhältnis der Parteien nicht entstanden; ihr lagen vielmehr das den Rechtsanwälten H. & Kollegen vom Kläger erteilte Mandat einerseits und das Arbeitsverhältnis des Beklagten und der genannten Rechtsanwälte andererseits zugrunde.

bb) Für eine **analoge Anwendung der §§ 667, 675 BGB** im Verhältnis zwischen dem Mandanten und dem angestellten Rechtsanwalt ist ein hinreichender Anlass nicht zu erkennen. Der Mandant ist durch den Anspruch gegen seinen Auftragnehmer, den beschäftigenden Anwalt, auf Herausgabe der

Handakte hinreichend geschützt. Ist dieser trotz seines Direktionsrechts faktisch nicht in der Lage, den angestellten Anwalt zur Herausgabe einer von diesem zurückgehaltenen Handakte zu veranlassen, **so kann der Mandant den beschäftigenden Anwalt gemäß § 285 Abs. 1 BGB auf die Herausgabe des Ersatzes, nämlich die Abtretung des arbeitsrechtlichen Herausgabeanspruchs gegen den angestellten Anwalt, in Anspruch nehmen.**

cc) Der Klageanspruch war überdies nicht aus **Eigentümer-Besitzer-Verhältnis** – § 985 BGB – gerechtfertigt. Es mag sein, dass sich in der Handakte einzelne Originalunterlagen des Klägers befanden, deren Herausgabe der Beklagte dem Kläger nicht nach § 986 BGB hätte verweigern dürfen. Solche im Eigentum des Klägers stehenden Originalunterlagen sind aber weder im (ursprünglichen) Klageantrag noch in den Klagegründen bezeichnet.

Der Klageantrag war vielmehr auf die Herausgabe der vollständigen Handakte gerichtet, ohne zwischen einzelnen Teilen der Handakte nach den jeweiligen Eigentumsverhältnissen zu unterscheiden. Vortrag zu etwaigem Eigentum des Klägers ist der Klageschrift nicht zu entnehmen.

dd) Auch aus den **berufsrechtlichen Vorschriften des § 50 Abs. 3 BRAO** und des § 17 BORA war der Beklagte dem Kläger nicht zur Herausgabe der Handakte verpflichtet. Denn diese Normen setzen die aus dem Anwaltsdienstvertrag in Verbindung mit § 667 BGB folgende Herausgabeverpflichtung voraus (vgl. BGHZ 106, 260, 264; *Feuerich/Weyland, Bundesrechtsanwaltsordnung 6. Aufl., § 50 BRAO Rdnr. 17; Hartung/Nerlich, Anwaltliche Berufsordnung 3. Aufl., § 50 BRAO Rdnr. 123, 124*); sie regeln lediglich die Voraussetzungen und Folgen eines Zurückbehaltungsrechts des Anwalts. (...) ■

Anwaltshaftung

- Scheidungsmandat
- Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten des künftigen Ehegatten?
- Vermögensschaden
- Splittingtabelle
(*OLG Düsseldorf, Hinweisbeschl. v. 22.2.2007 – I-24 U 133/06*)

Leitsätze:

1. Der Anwaltsdienstvertrag mit dem scheidungswilligen Ehegatten entfaltet keine Schutzwirkung für dessen künftigen Ehegatten.

2. Der Rechtsanwalt kann sich schadenersatzpflichtig machen, wenn er das Ehescheidungsverfahren so zögernd betreibt, dass dem scheidungswilligen Ehegatten, der alsbald eine neue Ehe eingehen will, daraus resultierende steuerliche Vorteile entgehen. ■

Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel hat keine Erfolgsaussicht (§ 522 Abs. 2 Nr. 1 ZPO). Das Landgericht hat die gegen den beklagten Rechtsanwalt gerichtete Klage auf Schadenersatz (9.634 EUR zzgl. gesetzlicher Zinsen) zu Recht abgewiesen. Die vorgebrachten Berufungsgründe rechtfertigen keine günstigere Entscheidung. Auch die sonstigen Voraussetzungen für eine Entscheidung im Beschlussverfahren sind erfüllt. Die Rechtsache hat nämlich weder grundsätzliche Bedeutung (§ 522 Abs. 2 Nr. 2 ZPO) noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Senats im Urteilsverfahren (§ 522 Abs. 2 Nr. 3 ZPO).

I. Zutreffend ist der rechtliche Ansatz des Landgerichts, der Kläger habe gegen den Beklagten keinen eigenen Schadenersatzanspruch aus Vertrag. **Eine vertragliche Haftung kann grundsätzlich nur der Vertragspartner in Anspruch nehmen. Vertragspartner (Mandant) des Beklagten war aber nicht der Kläger, sondern Frau M.-B. (im Folgenden: Zedentin), deren Ehescheidung der Beklagte erwirken sollte (...).**

Der Kläger war auch nicht als Dritter in dieses Mandatsverhältnis einbezogen. Von einem solchen **Vertrag mit Schutzwirkung** zugunsten Dritter ist im Wege ergänzender Vertragsauslegung (§§ 133, 157 BGB) immer dann auszugehen, wenn der Schuldner **bei Vertragsschluss die bestimmungsgemäße oder vertragstypische Leistungsnähe des Dritten und das Einbeziehungsinteresse des Gläubigers kennt oder wenigstens erkennen kann und der Dritte in gleicher Weise wie der Gläubiger schutzbedürftig ist, insbesondere mangels eigener vertraglicher Ansprüche etwa gegen den Gläubiger des fremden Vertrags ohne Einbeziehung in das fremde Vertragsverhältnis leer ausginge** (vgl. BGH, NJW 1985, 489 u. 2411; NJW 2004, 3630 sub Nr. II. 2. a); Senat, NJW-RR 1997, 1314; ferner Urt. v 12.9.2006 – I-24 U 63/05, Seite 7 f des Umdrucks sub Nr. I. 1. b) aa) [z.V.b.]; Palandt/Heinrichs, BGB 66. Aufl., § 328 Rdnr. 14 ff, m.w.N.; Zugehör, Berufliche „Dritthaftung“, NJW 2000, 1601, 1603 f; ders., Handbuch der Anwaltschaft 2. Aufl., Rdnr. 1383 ff, m.w.N.).

2. Es fehlt schon an der **Leistungsnähe** des Klägers zur behaupteten Fehlleistung des Beklagten. Drittbezogenheit im Bereich der **steuerrechtlichen Beratung** ist von der obergerichtlichen und höchstrichterlichen Rechtsprechung stets nur **innerhalb des familiären Verbandes** (z.B. Ehegatten, Kinder) oder im Rahmen besonderer **vertraglicher Beziehungen zwischen dem Dritten und dem Mandanten** (z.B. Gemeinschaft, Gesellschaft) bejaht worden (vgl. die Nachw. bei Zugehör, Berufliche „Dritthaftung“, NJW 2000, 1601, 1603 f).

Der Kläger hatte während des umstrittenen Mandats zu der Zedentin weder familienrechtliche noch relevante vertragliche Beziehungen. **Seine Absicht, die Zedentin nicht zuletzt der steuerlichen Vorteile wegen (Inanspruchnahme des Ehegattensplittings schon für das Veranlagungsjahr 2003) möglichst frühzeitig zu ehelichen, steht unter keinem rechtlichen Schutz.** Wegen der noch nicht aufgelösten früheren Ehe der Zedentin war nicht nur eine Eheschließung mit ihr verboten

(§ 1306 BGB), sondern auch ein Verlöbnis mit ihr (§ 1297 Abs. 1 BGB) wäre sittenwidrig und nichtig gewesen, § 138 Abs. 1 BGB (vgl. OLG Karlsruhe, NJW 1988, 3023; BayObLG, NJW 1983, 831). **Vermögensnachteile** aus der (angeblich) verzögerten Ehescheidung zulasten des Beklagten sind nicht mehr als ein **Reflex**.

Hierin unterscheidet sich der Streitfall maßgeblich von dem Fall des Standesbeamten, durch dessen schuldhaft zögerliche Amtsausübung die beabsichtigte Eheschließung infolge des Todes des einen Verlobten verhindert wurde, wodurch der überlebende (drittgeschützte) Verlobte einen Vermögensschaden (entgangene gesetzliche Erbfolge, Rentenansprüche) erlitten hat (vgl. Palandt/Sprau, a.a.O., § 839 Rdnr. 141 m.w.N.; vgl. auch BGH, NJW 2002, 1489, wo festgestellt ist, dass der nichteheliche Vater trotz seiner gesetzlichen Unterhaltspflicht nicht in den Schutzbereich des Behandlungsvertrages zwischen der schwangeren Patientin und der Ärztin einbezogen ist).

II. Der Kläger hat aber auch keinen **Anspruch aus abgetretenem Recht** der Zedentin.

1. Formal scheitert der Anspruch, worauf schon der Beklagte in der Berufungserwiderung zu Recht hinweist, bereits daran, dass die Zedentin ausweislich der Abtretungserklärung vom 29.4.2006 einen „fiktiven Steuererstattungsanspruch ... gegenüber dem Finanzamt“ abgetreten hat, der nicht existiert; den behaupteten (und hier maßgeblichen) Schadenersatzanspruch gegenüber dem Beklagten aus der schuldhaften Verletzung des Anwaltsvertrages (§§ 276, 280 Abs. 1 BGB) hat sie indes nicht abgetreten, so dass die vereinbarte Abtretung ins Leere geht (vgl. BGH, NJW 2005, 1192 für den Fall einer nicht mehr existenten Forderung).

2. Doch selbst dann, wenn durch Auslegung der Abtretungsvereinbarung (§§ 133, 157 BGB) das Ergebnis gewonnen werden könnte, dass nicht eine gegenüber dem Finanzamt, sondern die (angeblich) gegenüber dem Beklagten existierende Forderung gemeint ist, besteht kein Anspruch.

a) Allerdings hat der Beklagte die ihm gegenüber der Zedentin obliegenden Pflichten aus dem **Anwaltsvertrag in zweifacher Weise verletzt**, nämlich einmal am 10.10.2003 (Versäumnung des Verhandlungstermins beim Familiengericht) und ein zweites Mal, als er erst am 10.11.2003 seine Bemühungen um einen neuen Verhandlungstermin des Familiengerichts begann; diese Initiative hätte der Beklagte am oder unmittelbar nach dem 13.10.2003 ergreifen müssen, als er von der Zedentin erfuhr, dass sie (unverändert) scheidungswillig sei. Beide Pflichtverletzungen sind indes, wie das Landgericht im Ergebnis zutreffend erkannt hat, für einen Vermögensschaden der Zedentin nicht kausal geworden.

aa) Die **Versäumnung des Verhandlungstermins** vom 10.10.2003 ist für die Verzögerung des Ehescheidungsverfahrens nicht kausal geworden. Wäre der Beklagte erschienen, hätte die Ehe auch dann nicht geschieden werden können, weil die Zedentin ausweislich der gerichtlichen Niederschrift nicht mehr scheidungswillig gewesen ist.

(1) Ohne Erfolg beruft sich der Kläger darauf, das Landgericht hätte sich auf die in Rede stehende Niederschrift nicht stützen dürfen. Das Protokoll ist eine öffentliche Urkunde i.S.d. § 418 Abs. 1 ZPO und erbringt vollen Beweis für die darin bezeugten Tatsachen, also auch für die von ihr protokollierte Erklärung, sie wolle (mit Blick auf die Scheidungsunwilligkeit ihres damaligen Ehemannes) „den Scheidungsantrag nicht aufrechterhalten“. Damit hatte die Zedentin zum Ausdruck gebracht, dass sie nicht mehr geschieden werden wolle.

(2) Erfolglos macht der Kläger geltend, die Zedentin hätte eine solche Erklärung nicht abgegeben, wenn der Beklagte erschienen wäre. Zu Recht hat das Landgericht den angebotenen Beweis (Vernehmung der Zedentin als Zeugin) nicht erhoben. Die Entscheidung, nicht (mehr) geschieden werden zu wollen, ist (wie die Eheschließung) eine höchstpersönliche Angelegenheit der betroffenen Ehegatten, die keiner rechtlichen Beratung bedarf. Der Kläger hätte deshalb schon vortragen müssen, weshalb sich die Zedentin bei Anwesenheit des Beklagten für die Stellung des Scheidungsantrags entschieden hätte. Da solcher Vortrag fehlt, dient der in Rede stehende Beweisantrag der unzulässigen Ausforschung der Zeugin.

(3) Ohne Erfolg beruft sich der Kläger schließlich darauf, die protokollierte „Aussage [habe] nicht dem eigentlichen Willen der [Zedentin] entsprochen“. Das Landgericht hatte keinen hinreichenden Anlass, der erstmals im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 8.5.2006 aufgestellten Behauptung des Klägers nachzugehen, die Zedentin habe „im Jahre 2005 einen Protokollberichtigungsantrag bezüglich des Sitzungsprotokolls vom 10.10.2003 gestellt“. Da der Kläger weder wusste, welchen Inhalt dieser Protokollberichtigungsantrag hatte noch wie er beschieden worden war, war der diesbezügliche Vortrag unsubstantiiert, nicht einlassungsfähig und für die Entscheidung des Rechtsstreits unerheblich. Der im Berufungsrechtszug nachgeschobene Vortrag, dessen Substanz immer noch unzulänglich ist, kann schon aus formalen Gründen (§§ 529, 531 ZPO) keine Berücksichtigung finden.

bb) Auch die anschließende **zögerliche prozessuale Behandlung** der Angelegenheit durch den Beklagten ist für den in der Person der Zedentin eingetretenen Vermögensschaden (entgangener Steuervorteil aus dem Ehegattensplitting 2003) nicht kausal geworden. Hätte sich der Beklagte namens der Zedentin noch am 13.10.2003 um die Anberaumung eines neuen Verhandlungstermins bemüht, besteht keine überwiegende Wahrscheinlichkeit i.S.d. § 287 ZPO dafür, dass noch so rechtzeitig vor dem Ablauf des Jahres 2003 eine rechtskräftige Ehescheidung hätte erwirkt werden können, dass die Zedentin und der Kläger noch im Jahre 2003 hätten die Ehe eingehen können.

(1) Maßgeblich für den hypothetischen Kausalverlauf bei pflichtgemäßem Verhalten des Rechtsanwalts sind die Verhältnisse, die dann wirksam geworden wären. Das Landgericht hat auch diese Frage im Ergebnis zu Recht zulasten des Klägers entschieden.

Dabei ist hypothetisch nicht auf die Verhältnisse beliebiger Familiengerichte, sondern auf diejenigen des zuständigen Familiengerichts abzustellen. Die Richtigkeit der Beurteilung im angefochtenen Urteil ergibt sich unmittelbar aus den Daten, die aus dem weiteren Verlauf des Ehescheidungsverfahrens vor dem Amtsgericht bekannt geworden sind.

(2) Der Beklagte hatte sich mit Schriftsatz vom 10.11.2003 und erneut durch fernmündliche Rücksprache mit dem zuständigen Familienrichter am 20.11.2003 um die Anberaumung eines neuen Verhandlungstermins bemüht. Der bis zur Anberaumung des Termins am 17.12.2003 beanspruchte Zeitraum beträgt fünf Wochen und zwei Tage. Bis zum Eintritt der Rechtskraft der Ehescheidung am 6.2.2004 wurde ein weiterer Zeitraum von sieben Wochen und zwei Tagen beansprucht, insgesamt also eine Zeit von zwölf Wochen und vier Tagen. Wird dieser Zeitablauf gemäß § 287 ZPO hypothetisch projiziert auf den 13.10.2003, hätte ein rechtskräftiges Scheidungsurteil frühestens am 9.1.2004 erlangt werden können.

Ohne Erfolg beruft sich der Kläger darauf, der Zeitraum hätte abgekürzt werden können, wenn sich der Beklagte **energischer und nachhaltiger um einen zeitnahen Termin bemüht** hätte. Der Kläger übersieht dabei zwei Dinge: Zum einen hat der Beklagte die schriftsätzliche Bitte um einen Termin durch die fernmündliche Rücksprache mit dem zuständigen Richter verstärkt. Zum anderen hatte der Beklagte mit Blick auf den Verlauf des Termins am 10.10.2003 keine besonders starke Verhandlungsposition. (...)

In diesem Zusammenhang ist dem Beweiserbieten (Vernehmung des Familienrichters zum Verfahrensablauf) nicht nachzugehen. Maßgeblich ist, in welcher Zeit der Ausgangsprozess unter korrekter Anwendung der Prozessordnung aus der jetzt maßgeblichen Sicht des Regressgerichts ordnungsgemäß hätte zu Ende gebracht werden können (*ständige höchstrichterliche Rechtsprechung, zuletzt BGHZ 163, 223 = NJW 2005, 3071 sub Nr. II. 2.*).

Der Kläger zeigt nicht auf, auf welchem anderen Weg eine beschleunigte Rechtskraft der Ehescheidung hätte herbeigeführt werden können, um der Zedentin und dem Kläger noch eine Eheschließung vor Ablauf des Jahres 2003 zu ermöglichen. Ungerechtfertigt ist in diesem Zusammenhang der (erstmal) im Berufungsverfahren erhobene Vorwurf, der Beklagte habe es schuldhaft versäumt, die Zedentin auf die Möglichkeit hinzuweisen, auf ihre Kosten ihrem früheren Ehemann einen Terminsvertreter zu stellen, der für diesen noch am Tag der Urteilsverkündung auf Rechtsmittel verzichtete. Abgesehen davon, dass der Beklagte die Zedentin ausweislich seiner E-Mail vom 5.12.2003 in diesem Sinne belehrt hat, fehlt jeder Vortrag des Klägers dazu, ob der Ehemann der Zedentin dieses Angebot angenommen hätte.

Dafür gibt es schon deshalb keinen Anschein, weil der Ehemann der Zedentin nicht scheidungswillig gewesen ist. Er konnte zwar nach mehr als dreijähriger Trennung die Ehescheidung nicht verhindern (§§ 1565 Abs. 1, 1566 Abs. 2 BGB), er wollte sie aber evident auch nicht beschleunigen. ■

Steuerberaterhaftung

- Klage auf Befreiung von Steuerschulden
- Feststellungsklage
- Rechtsbehelfsverfahren beim Finanzgericht
- Belehrungspflichten
- Auslandsbezug, Niedrigsteuerland
- Schaden?

(KG, Urt. v. 17.11.2006 – 13 U 16/06)

Leitsätze:

1. Zu den Pflichten des Steuerberaters bei Erstellung von Jahresabschlüssen, insbesondere bei der Buchung von Geschäftsvorgängen mit Auslandsbezug.
2. Zur Anwendbarkeit von Doppelbesteuerungsabkommen und zu dem Begriff der Betriebsstätte. ■

Zum Sachverhalt:

Der Kläger nimmt die Beklagte auf Zahlung von Steuerberatergebühren in Anspruch, die Beklagte hält dem Schadenersatzansprüche wegen positiver Forderungsverletzung des zwischen den Parteien geschlossenen Steuerberatervertrages entgegen.

Die am 27.5.1998 gegründete und am 10.6.1998 im Handelsregister eingetragene Beklagte war mit der Entwicklung, Herstellung und dem Betrieb von Anlagen und Anlagenteilen der Wasseraufbereitung und -reinigung sowie mit dem Handel mit solchen Anlagen und Anlagenteilen und damit zusammenhängenden Geschäften befasst. Zwischenzeitlich befindet sie sich in Liquidation.

Der Kläger ist Steuerberater. Er fordert von der Beklagten Vergütung für unstreitig von ihm erbrachte Leistungen. ■

Aus den Gründen:

(...) Die gegen die dem Grunde und der Höhe nach unstreitigen Gebührenforderungen des Klägers i.S.d. § 611 Abs. 1 BGB, § 1, 9 ff StBGebV erklärte Aufrechnung der Beklagten geht ebenso ins Leere wie ihre Zahlungswiderklage, denn sie sind schon mangels eines substantiierten Vortrags der Beklagten zur Schadenhöhe unbegründet. Abgesehen davon, dass sich die zur Begründung der Schadenersatzforderung von der Beklagten in Ansatz gebrachten Steuerbeträge für das Jahr 1999 nicht mit den durch die Steuerbescheide vom 28.9.2005 festgesetzten Beträgen decken, sind sämtliche Bescheide von der Beklagten angefochten. Nachdem über ihre Einsprüche abschlägig entschieden wurde, hat die Beklagte nunmehr Klage gegen die Steuerfestsetzungen erhoben.

Zwar hat der BGH im Zusammenhang mit **Verjährungsfragen** entschieden, dass ein Schadenersatzanspruch wegen positiver Forderungsverletzung bereits dann entsteht, wenn durch die Verletzungshandlung eines Steuerberaters eine **als Schaden anzusehende Verschlechterung der Vermögenslage** eingetreten ist, ohne dass feststehen muss, ob ein Schaden

bestehen bleibt und damit endgültig wird (BGH v. 23.3.1987 – II ZR 190/86, BGRZ 100,228 = AG 1987, 245 = MDR 1987, 644; BGHZ 114,150; BGH v. 2.7.1992 – IX ZR 268/91, BGHZ 119,69 = MDR 1992, 1088). Eine solche Verschlechterung der Vermögenslage kann bereits **mit Bekanntgabe des Steuerbescheids** vorliegen (BGH v. 11.5.1995 – IX ZR 140/94, BRAK-Mitt 1995, 218 = MDR 1995, 1070 = NJW 1995, 2108; v. 18.12.1997 – IX ZR 180/96, NJW 1998, 1488; v. 12.2.1998 – IX ZR 190/97, NJW-RR 1998, 742; OLG Karlsruhe, OLG-Report 2004, 388; OLG Düsseldorf v. 30.3.2004 – 23 U 80/03, MDR 2004, 1087 = OLG-Report 2004, 309), denn die Finanzbehörde schließt mit dem **Erlass des Steuerbescheids** ihren hauptsächlichen Entscheidungsprozess zuungunsten des Steuerpflichtigen ab, konkretisiert damit den öffentlich-rechtlichen Steueranspruch (§§ 37 Abs. 1, 38, 155 Abs. 1 AO) und schafft gemäß § 218 Abs. 1 AO die Grundlage für die Verwirklichung dieses Anspruchs (vgl. BGH, a.a.O., 1849 f; Gräfe/Lenzen/Rainer, Steuerberaterhaftung 2. Aufl., Rz. 877, 905, 906; Prüfling, WM 1978, 130, 132; Prüfling/Bern, StVj 1992, 224, 230; Stoecker, Die Verjährungsproblematik der vertraglichen Haftung des Rechtsanwalts und des Steuerberaters, 1992, 72).

Daran ändert auch nichts, dass ein solcher Steuerbescheid noch geändert oder aufgehoben werden kann; dies kann im Übrigen auch noch nach Eintritt der Bestandskraft gemäß §§ 172 ff AO und der Unanfechtbarkeit nach § 110 Abs. 2 FGO geschehen. Ein Schaden ist vielmehr auch dann entstanden, wenn noch nicht feststeht, **ob er bestehen bleibt und damit endgültig wird** (BGH v. 2.7.1992 – IX ZR 268/91, BGHZ 119, 69, 71 = MDR 1992, 1088 m.w.N.; v. 11.5.1995 – IX ZR 140/94, BRAK-Mitt 1995, 218 = MDR 1995, 1070 = NJW 1995, 2108).

Allerdings besteht der Schaden bisher allenfalls in Verbindlichkeiten der Beklagten gegenüber dem Finanzamt, denn es ist nicht ersichtlich und wird von ihr auch nicht geltend gemacht, dass sie bereits etwas auf die von ihr angefochtenen Steuerbescheide gezahlt hat. In diesem Fall wäre allenfalls ein **Anspruch auf Befreiung von der Steuerschuld geltend zu machen**. Zwar kann ein solcher auf Befreiung von einer Verbindlichkeit gerichteter Anspruch gemäß § 250 Satz 2 BGB in einen Schadenersatzanspruch übergehen, wenn der Schädiger die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert (BGH v. 11.6.1986 – VIII ZR 153/85, WM 1986, 1115; v. 9.11.1988 – VIII ZR 310/87, MDR 1989, 247 = NJW 1989, 1215; v. 26.2.1991 – XI ZR 331/89, MDR 1991, 1200 = NJW 1991, 2014; v. 10.12.1992 – IX ZR 54/92, BRAK-Mitt 1993, 179 = MDR 1993, 1128 = NJW 1993, 1137). Das würde aber voraussetzen, dass die Beklagte tatsächlich mit einer Verbindlichkeit beschwert ist, sie also die Forderung des Steuerfiskus auch erfüllen muss (BGH v. 11.6.1986 – VIII ZR 153/85, WM 1986, 1115; v. 9.11.1988 – VIII ZR 310/87, MDR 1989, 247 = NJW 1989, 1215).

Wer aber die Forderung, von der er Befreiung verlangt, selbst mit einem Rechtsmittel bekämpft, bringt dadurch grundsätzlich zum Ausdruck, dass er deren Beseitigung noch für möglich hält, den Anspruch des Dritten also nicht für endgültig gesichert hält. Solange die Beklagte also noch gegen

die Steuerbescheide vom 28.9.2005 gerichtlich vorgeht, hat sie folglich kein berechtigtes Interesse daran, vom Kläger bereits Zahlung zu erhalten. In einem solchen Falle ist sie grundsätzlich auf die Freistellungs- oder Feststellungsklage verwiesen (BGH v. 4.12.1980 – IVa ZR 32/80, BGHZ 79, 76 = MDR 1981, 298; v. 13.1.1982 – IVa ZR 162/80, MDR 1982, 559 = WM 1982, 447; v. 10.12.1992 – IX ZR 54/92, BRAK-Mitt 1993, 179 = MDR 1993, 1128 = NJW 1993, 1137).

Der Senat kann auch nicht ohne Weiteres davon ausgehen, dass es bei den mit Bescheiden vom 28.9.2005 festgesetzten Beträgen bleibt und die Beklagte ihre Klage quasi nur um ihrer Schadenminderungspflicht Genüge zu tun eingelegt hat. Zum einen mag sie ja im Klageverfahren in der Lage sein, Weiteres zu den vom Finanzamt für Körperschaften I in der Begründung seines Bescheids vom 11.9.2006 vermissten Angaben über ihre ausländischen Geschäftspartner vorzutragen und – wie bisher vergeblich von ihr gefordert – die Geschäftsbeziehungen im Zusammenhang mit dem von der Firma W. vereinnahmten Geld und den offensichtlich damit verbundenen Provisionszahlungen an ausländische Personen sowie zur Firma M. schriftlich zu erläutern und zu belegen. Warum dies bisher noch nicht geschehen ist, bleibt offen. Die Beklagte geht hierauf im vorliegenden Rechtsstreit ungeachtet der Hinweisverfügung des Senats vom 6.6.2006 überhaupt nicht ein.

Im Übrigen ist offen, ob die Finanzbehörde mit der Hinzurechnung des von der Firma W. vereinnahmten, angeblichen Darlehensbetrages zum Gewinn eine steuerrechtlich zutreffende Entscheidung getroffen hat, was zweifelhaft ist, wenn es sich – wie nunmehr von der Beklagten geltend gemacht – um eine Einlage handelte (vgl. BFH/NV 1988, 208; FG Berlin v. 15.1.2002 – 7 K 8014/00, EFG 2002, 441). Diese Frage ist entgegen der Auffassung der Beklagten im Klageverfahren vor den FG justizabel, wie sich schon aus den vorstehend genannten finanzgerichtlichen Entscheidungen ergibt.

Die Beklagte kann dem unstreitigen Gebührenanspruch des Klägers auch **kein auf § 273 Abs. 1 BGB gestütztes Zurückbehaltungsrecht entgegenhalten**, denn dies würde voraussetzen, dass ihr ein fälliger und damit erfüllbarer Gegenanspruch zusteht. Der von ihr geltend gemachte Schadenersatzanspruch ist jedoch bereits dem Grunde nach nicht gegeben, weshalb die Beklagte auch mit ihren Hilfswiderklagen nicht durchdringen kann.

Ein auf positive Forderungsverletzung (gemäß Art. 229 § 5 EGBGB ist noch altes Recht anwendbar) gestützter Schadenersatzanspruch der Beklagten setzt eine Pflichtverletzung des Klägers voraus, die bei der Beklagten zu einer Vermögenslage führte, die sich verglichen mit derjenigen, die bei sachgerechter Beratung eingetreten wäre, als ungünstig darstellt (BGH v. 10.12.1992 – IX ZR 54/92, BRAK 1993, 179 = MDR 1993, 1128 = NJW 1993, 1137). Diese Voraussetzungen sind vorliegend nicht gegeben, **es fehlt jedenfalls an einem kausalen Schaden**.

Die Pflichten des Steuerberaters richten sich in erster Linie nach dem Inhalt und dem Umfang des erteilten Mandats

(BGH v. 4.3.1987 – IVa ZR 222/85, MDR 1987, 744 = WM 1987, 661; v. 26.1.1995 – IX ZR 10/94, BRAK-Mitt 1995, 218 = MDR 1995, 416 = NJW 1995, 958). Im vorliegenden Falle war der Kläger mit der **Buchführung** und der **Erstellung des Jahresabschlusses** für das Jahr 1998 und mit der Buchführung, der Erstellung des Jahresabschlusses und der Abgabe sämtlicher **Steuererklärungen** für das Jahr 1999 befasst. Dabei stellt die Buchführung zunächst die Dokumentation aller Geschäftsvorfälle dar, auf deren Grundlage der Jahresabschluss erstellt wird.

Zur Erstellung eines Jahresabschlusses ist die Beklagte nicht nur handels-, sondern auch steuerrechtlich verpflichtet (§ 140 AO i.V.m. § 242 HGB). Der Jahresabschluss ist gemäß § 243 Abs. 1 HGB nach den **Grundsätzen einer ordnungsgemäßen Buchführung** zu erstellen, auf seiner Grundlage bestimmt sich das zu versteuernde Einkommen (§ 8 Abs. 1 KStG, § 5 Abs. 1 EStG), d.h., die Steuerfestsetzung richtet sich nach dem Inhalt der Jahresbilanz. Daraus folgt wiederum, dass der Kläger eine ordnungsgemäße Buchführung und Erstellung des Jahresabschlusses auch im Hinblick auf die auf ihrer Grundlage zu erfolgende Steuerfestsetzung schuldete. Obwohl der Kläger nicht mit der Bearbeitung der Steuererklärungen der Beklagten für das Jahr 1998 befasst war, hatte er den Jahresabschluss so zu erstellen, dass es nicht auf der Grundlage des Abschlusses zu fehlerhaften Steuerfestsetzungen gegen die Beklagte kommt. Zu den Grundsätzen einer ordnungsgemäßen Buchführung gehört es, dass jeder Geschäftsvorfall sachlich richtig aufgezeichnet und dazugehörige Belege geordnet aufbewahrt werden (§§ 145–147 AO).

Der Kläger hat insoweit unter Beweisantritt und von der Beklagten letztlich nicht substantiiert bestritten vorgetragen, er habe – wie es zu den Grundsätzen einer ordnungsgemäßen Buchführung gehört – keine Buchungen ohne Beleg vorgenommen und gegenüber der Beklagten **klargestellt, dass nur Rechnungen gebucht würden, denen ein tatsächlicher Leistungsaustausch zugrunde liege**. Für die Überweisungen der drei Provisionen bzw. Aufwandsentschädigungen lagen dem Kläger neben den im Rahmen einer Buchführung **durchaus zulässigen Eigenbelegen** der Beklagten unstreitig entsprechende **Kontoauszüge der Bank** der Beklagten vor, die für den Kläger den **Zahlungsfluss** belegten. Für die Fremdarbeiten der M. lagen unstreitig entsprechende Rechnungen mit dem Hinweis auf das Erfordernis einer Barzahlung bei Rechnungsvorlage vor. Ob ihm darüber hinaus auch Zahlungsnachweise wie Quittungen von der Beklagten übergeben wurden, kann dahinstehen.

Da – anders als bei einer Gewinnermittlung aufgrund Einnahmen-Überschuss-Rechnung – im Rahmen der vom Kläger zu fertigenden Einkommensermittlung durch Betriebsvermögensvergleich i.S.d. § 5 EStG bereits die Verbindlichkeit als solche das Betriebsvermögen mindert, kommt es nicht darauf an, ob die Rechnung im betreffenden Jahr auch beglichen wurde. Da der Geschäftsführer der Beklagten die jeweiligen Barzahlungen an die M. zudem bestätigte, ist die Buchführung des Klägers an sich nicht zu beanstanden. **Für die Richtigkeit der ihm von der Beklagten überlassenen Unter-**

lagen, für deren Beschaffung die Beklagte verantwortlich war (BGH v. 12.3.1986 – IVa ZR 183/84, MDR 1986, 918 = WM 1986, 675), und den ergänzenden Angaben der von ihm zur Wahrheit ermahnten Beklagten steht der Kläger nicht ein.

Soweit die Beklagte in der Berufungsinstanz geltend macht, der Kläger sei von ihrem Geschäftsführer gebeten worden, den in der Bilanz als Darlehen der Firma W. angegebenen Betrag als Einlage und nicht als Darlehen zu buchen, ist dieses Vorbringen angesichts des Umstands, dass dem Kläger zeitgleich für seine Buchführungsarbeiten ein vom Geschäftsführer der Beklagten unterzeichnetes Schriftstück übergeben wurde, in dem die Beklagte im Zusammenhang mit der Überlassung des Betrages von 280.000 US \$ durch die Firma W. als „borrower“, d.h. als Darlehensnehmerin bezeichnet wird und im Weiteren festgehalten ist, dass der Betrag bis zum 31.8.2006 zurückzuzahlen sei, völlig unplausibel. In Ansehung der Unterschrift des Geschäftsführers der Beklagten stellt sich das Schriftstück als eine Vertragsbestätigung und nicht als ein bloßer Vertragsentwurf dar.

Allerdings traf den Kläger neben einer ordnungsgemäßen Buchführung auch die **Pflicht, die Beklagte vor Schaden zu bewahren und ihr den sichersten Weg zu dem von ihr angestrebten steuerlichen Ziel, hier der Steuerfestsetzung aufgrund der von ihm erstellten Jahresbilanzen, aufzuzeigen und sachgerechte Vorschläge zu dessen Verwirklichung zu unterbreiten** (BGH v. 11.5.1995 – IX ZR 140/94, BGHZ 129, 386 = BRAK-Mitt 1995, 218 = MDR 1995, 1070; v. 18.12.1997 – IX ZR 153/96, GmbHR 1998, 282 = AG 1998, 231 = WM 1998, 301; v. 20.2.2003 – IX ZR 384/99, MDR 2003, 686 = BGH-Report 2003, 732 = WM 2003, 1623; WM 2004, 237). Er muss dabei auch ungefragt auf bedeutsame steuerrechtliche Folgen hinweisen (BGH v. 18.12.1997 – IX ZR 153/96, GmbHR 1998, 282 = AG 1998, 231 = WM 1998, 301; WM 2004, 237), und dies auch im Rahmen der Erstellung des Jahresabschlusses, jedenfalls soweit sie für ihn offen zutage liegen (BGH v. 26.1.1995 – IX ZR 10/94, BGHZ 128, 358 = BRAK-Mitt 1995, 218 = MDR 1995, 416).

Nach § 158 AO ist zwar grundsätzlich die Buchführung der Steuerfestsetzung zugrunde zu legen, etwas anderes gilt aber dann, wenn nach den Umständen des Einzelfalles Anlass besteht, ihre sachliche Richtigkeit zu beanstanden. Dann kann die Finanzbehörde – wie vorliegend offensichtlich im Rahmen der Betriebsprüfung geschehen – im Rahmen ihrer Amtsermittlungsbefugnis (§ 88 AO) den Steuerpflichtigen beauftragen, Gläubiger von Verbindlichkeiten bzw. Empfänger von Betriebsausgaben genau zu benennen. Bei **Geschäftsbeziehungen mit einer ausländischen Gesellschaft oder einer im Ausland ansässigen Person**, die mit ihren Einkünften aus dieser Geschäftsbeziehung nicht oder nur unwesentlich besteuert wird, bedarf es nach § 16 AStG zur Benennung der Gesellschaft oder Person der Offenlegung aller Beziehungen, die zwischen dem Steuerpflichtigen und der ausländischen Gesellschaft oder Person bestehen oder bestanden haben.

Aus der **gesteigerten Offenlegungspflicht des § 16 AStG** ergibt sich, dass der Gesetzgeber den darin geregelten

Geschäftsbeziehungen offensichtlich im besonderen Maße misstraut, weshalb ein **Steuerberater bei Buchungen von Geschäftsvorgängen mit Geschäftspartnern aus sog. Niedrigsteuerländern** – wie sie im Streitfall offenbar vorlagen – **immer die Möglichkeit im Auge haben muss, dass die Finanzbehörde die Benennung dieser Geschäftspartner nach § 160 Abs. 1 AO, § 16 AStG fordern wird.** In diesem Rahmen trifft den Steuerpflichtigen eine allumfassende **Beweisvorsorge- und Beweismittelbeschaffungspflicht** (BFH/NV 1994, 688; 1995, 181), weshalb geeignete Beweismittel schon bei Beginn von Auslandsbeziehungen gesammelt werden sollten (vgl. Michael Schmitt, Aufsatz „Internationales Steuerrecht: Prüfung von Auslandsbeziehungen – Offenlegungspflichten (Teil 2)“, veröffentlicht unter www.stb-web.de).

Der Kläger hätte sich mithin nicht auf die bloße Buchung der streitgegenständlichen Positionen anhand der ihm vonseiten der Beklagten überreichten Rechnungs- und Zahlungsbelege sowie des Darlehensvertrages mit der Firma W. beschränken dürfen, sondern die Beklagte darüber hinaus auf die Möglichkeit hinweisen müssen, dass die Finanzbehörde für diese Vorgänge eine Offenlegung i.S.d. § 160 AO, § 16 AStG fordern kann und daher die für eine umfassende Offenlegung aller Beziehungen zwischen der Beklagten und den ausländischen Geschäftspartnern erforderlichen Beweise möglichst zeitnah zu sichern und zu sammeln sind. Er hätte ferner auf die Rechtsfolgen einer unzureichenden Offenbarung, insbesondere auf die Möglichkeit einer gewinn erhöhenden Zurechnung des Darlehensbetrages der Firma W. (vgl. hierzu BFHE 90, 255; BFH/NV 1988, 208; FG Berlin v 15.1.2002 – 7 K 8014/00, EFG 2002, 441), hinweisen müssen. Es ist nicht ersichtlich, dass der Kläger dieser Hinweispflicht nachgekommen ist.

Allerdings führt diese Unterlassung nur dann zu einer Schadenersatzpflicht des Klägers, **wenn es bei pflichtgemäßem Verhalten des Klägers zu einer den Anforderungen der § 160 Abs. 1 AO, § 16 AStG entsprechenden Offenlegung hätte kommen können.** Zwar besteht die Vermutung, dass sich die Beklagte dem Rat des Klägers entsprechend verhalten und die ihr erreichbaren Belege über ihre ausländischen Geschäftsbeziehungen und -partner gesammelt hätte; ob es solche Unterlagen aber gab und diese dann eine anderweitige Entscheidung der Finanzbehörde hätten herbeiführen können, ist nicht ersichtlich. Es ist vor allem nicht dargetan, dass die Beklagte die von der Finanzbehörde **beanstandeten Defizite bei der Benennung** der ausländischen Geschäftspartner und der Darlegung der Geschäftsbeziehung zu diesen bei rechtzeitiger Belehrung des Klägers über die aus § 160 Abs. 1 AO, § 16 AStG resultierende Offenlegungspflicht hätte beheben können.

Die Beklagte legt nicht dar, was sie zum Zeitpunkt der Erstellung der Jahresabschlüsse noch an Beweismitteln hätte sammeln können, welche ihr dann während der ab Dezember 2003 beginnenden, über 14 Monate dauernden Betriebsprüfung und den anschließenden Einspruchsverfahren gegen die Steuerbescheide vom 28.9.2005 nicht mehr zur Verfügung standen und die sie auch jetzt im Klageverfahren nicht mehr vorlegen kann. Wenn die Offenlegung der Ge-

schäftsbeziehung zu der Firma W. tatsächlich daran scheiterte, dass diese Firma nicht im Handelsregister eingetragen ist, dürfte sich an dieser Sachlage seit Erstellung der Jahresabschlüsse 1998 und 1999 nichts geändert haben. Woran schließlich bisher eine ordnungsgemäße Benennung der ausländischen Empfänger der vom Finanzamt nicht anerkannten Betriebsausgaben scheiterte, lässt sich ebenfalls nicht nachvollziehen.

Dass die Beklagte – wie gegenüber dem Finanzamt angegeben – alle ihre Geschäftsunterlagen aus der Verbindung mit der Firma M. im Original an einen zwischenzeitlich verstorbenen Geschäftspartner weitergegeben haben soll, dessen Erben nunmehr die Herausgabe verweigern, widerspricht jeglichem normalen kaufmännischen Geschäftsgebahren und ist ebenso unglaublich wie der Vortrag, deren Wieder- oder Ersatzbeschaffung sei nicht mehr möglich.

Steht aber nicht fest, bzw. wird nicht schlüssig und nachvollziehbar dargelegt, dass die Beweisnot der Beklagten, auf die sich letztlich die Steuerneufestsetzungen gründen, durch die Hinweispflichtverletzung des Klägers eingetreten ist, ist kein Raum für einen auf eine entsprechende Pflichtverletzung gestützten Schadenersatzanspruch.

Letztlich fehlt es an der **Darlegung eines kausalen Schadens**. Vielmehr lässt das Verhalten der Beklagten im Rahmen des Betriebsprüfungs- und Einspruchsverfahrens eher darauf schließen, dass die nicht nachvollziehbar belegten Aufwendungen und die gleichfalls nicht belegte Darlehensrückzahlungsverpflichtung, die der Beklagte mittlerweile selbst nicht mehr geltend macht, tatsächlich nicht erfolgt sind bzw. nicht bestehen, die Steuerfestsetzungen in den Bescheiden vom 28.9.2005 zu Recht erfolgt sind und mithin überhaupt kein Schaden vorliegt.

Selbst wenn dem Kläger durch den unterlassenen Hinweis auf möglicherweise nach § 160 Abs. 1 AO, § 16 AStG auf die Beklagte zukommende Darlegungs- und Beweislasten eine Pflichtverletzung vorzuwerfen ist, ist ein der Beklagten hieraus entstehender **Nachteil aber nur dann erstattungsfähig, wenn ihr dadurch eine tatsächliche oder rechtliche Position verloren gegangen ist, auf die sie einen Anspruch hat** (BGH v. 11.11.1993 – IX ZR 35/93, BGHZ 124, 86 = MDR 1994, 683; v. 27.1.1994 – III ZR 42/92, BGHZ 125, 27 = MDR 1994, 352; v. 28.9.1995 – IX ZR 158/94, MDR 1996, 90 = WM 1995, 2075; v. 20.2.2003 – IX ZR 384/99, MDR 2003, 686 = BGH-Report 2003, 732 = WM 2003, 1623; zuletzt: BGH, Urt. v. 6.7.2006 – IX ZR 88/02, MDR 2007, 215 = UR 2007, 217 = BGH-Report 2006, 1470).

Es wird aber von der für ihren schadendarlegungs- und beweisbelasteten Beklagten (BGH v. 20.2.2003 – IX ZR 384/99, MDR 2003, 686 = BGH-Report 2003, 732 = WM 2003, 1623 m.w.N.) noch nicht ansatzweise substantiiert und **unter Beweisantritt dargelegt, dass die betroffenen Betriebsausgaben tatsächlich erfolgt und der Betrag von 511.560 DM – wie nunmehr geltend gemacht – tatsächlich eine nicht gewinnerhöhend aufzulösende Einlage darstellt**.

In jedem Fall ist der Beklagte aber ein die Haftung des Klägers wegen Verletzung seiner Hinweispflicht ausschließendes **Mitverschulden i.S.d. § 254 BGB** anzulasten, denn sie hat nicht dargelegt, dass ihr im Rahmen ihrer Offenlegungspflicht bedeutsame Beweismittel durch zwischenzeitlichen Zeitablauf abhanden gekommen sind und diese nicht mehr in die finanzbehördlichen bzw. finanzgerichtlichen Rechtsmittelverfahren eingeführt werden können. Zwar liegt die Darlegungs- und Beweislast für ein Mitverschulden grundsätzlich beim Schädiger, vorliegend also beim Kläger. **Da es aber ausschließlich um Umstände aus der Sphäre der Beklagten geht, hätte sie sich substantiiert dazu erklären müssen, warum sie nicht zumindest nach der Schlussbesprechung der Außenprüfung die Empfänger der beanstandeten Betriebsausgaben und den Gläubiger der Darlehensverbindlichkeit in einer den Anforderungen der Finanzbehörde entsprechenden Weise bezeichnen konnte.** Diese Angaben waren im Rahmen des Steuerfestsetzungsverfahrens nachholbar und sind dies gemäß § 96 Abs. 1 FGO, § 160 AO sogar noch vor dem FG (BGH v. 20.2.2003 – IX ZR 384/99, MDR 2003, 686 BGH-Report 2003, 732 = WM 2003, 1623). Gründe, die gegen die Zumutbarkeit einer solchen Vorgehensweise sprechen, sind nicht erkennbar. (...) ■

Steuerberatungsvertrag

- Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter
- Ablehnung eines Steuerberatungsmandats
- Entwurf eines Gestaltungsmodells für zwei Seiten (OLG Hamm, Beschl. v. 3.11.2006 – 25 U 40/06)

Leitsatz (d. Red.):

Entwirft der Steuerberater ein Gestaltungsmodell für seinen Mandanten und einen Dritten, so ist Letzterer in den Schutzbereich einbezogen. Das gilt auch, wenn die Übernahme der eigenständigen steuerlichen Beratung abgelehnt wird. Dadurch entfällt nicht dessen Vertrauen in das Gestaltungsmodell. ■

Aus den Gründen:

Die Berufung hat keine Aussicht auf Erfolg i.S.d. § 522 Abs. 2 Nr. 1 ZPO. (...) Der Schriftsatz der Beklagten gibt keine Veranlassung, von der in dem Hinweis niedergelegten Beurteilung der Sach- und Rechtslage abzuweichen.

Der Kläger war – wenn man nicht bereits einen konkludenten Auskunftsvertrag annehmen will – jedenfalls in den Schutzbereich des zwischen der Beklagten und der GmbH & Co. KG bestehenden Steuerberatungsvertrag einbezogen.

Der von der Beklagten nunmehr ins Feld geführte Gesichtspunkt, die Beklagte habe durch den Zeugen ... die **Übernahme der steuerlichen Beratung** abgelehnt, ändert daran nichts, denn er lässt die Schutzbedürftigkeit des Klägers nicht entfallen. Unabhängig davon, dass diese Erklärung nach der Bekundung des Zeugen ... erst nach nochmaliger Erläute-

rung des von der Beklagten favorisierten Modells abgegeben wurde, **konnte der Kläger aus dieser Reaktion nur ableiten, dass der Abschluss eines eigenständigen Beratungsvertrages mit ihm von der Beklagten abgelehnt wurde. Daraus musste er aber keinesfalls schließen, dass er auf die vorangegangenen Erläuterungen der Beklagten nicht vertrauen durfte.** Eine Einschränkung der Haftung, wie sie bei eingeschränkten Testaten angenommen werden kann, lag darin in keinem Fall.

Auch kann die Beklagte einen **fehlenden Vertrauensstatbestand** aufseiten des Klägers nicht unter Berufung auf die Entscheidung des BGH (*NW 1995, 392 f*) damit begründen, sie habe anders als in dem der Entscheidung des BGH zugrunde liegenden Sachverhalt nicht ihre besondere objektive Sachkunde in den Vordergrund gestellt. Der Entscheidung des BGH ist nicht zu entnehmen, dass das besondere Herausstellen der Sachkunde notwendiges Erfordernis für eine Einbeziehung des Dritten ist. Vielmehr knüpft der BGH – wie auch der Senat in dem vorgenannten Hinweis – daran an, ob jemand eine durch eine staatliche Anerkennung oder einen vergleichbaren Akt nachgewiesene Sachkunde hat, und begründet lediglich im Folgenden, dass auch ein nicht öffentlich bestellter und vereidigter Sachverständiger eine vergleichbare Qualifikation haben kann, wenn nach den für die Sparkassen geltenden Beleihungsgrundsätzen nur ein mit den örtlichen Verhältnissen besonders vertrauter und vom Vorstand bestellter und verpflichteter Sachverständiger Schätzungen des Beleihungsgegenstandes vornehmen darf.

Hier weist die Beklagte schon aufgrund der beruflichen Qualifikation ihrer Geschäftsführer eine mit einer staatlichen Anerkennung verbundene Sachkunde auf, so dass es des besonderen Herausstellens der Sachkunde für die Inanspruchnahme besonderen Vertrauens nicht bedarf.

Entgegen der Ansicht der Beklagten ist die Entscheidung des OLG Düsseldorf (*NW-RR 1986, 730 f*), in der die **Einbeziehung eines Ehegatten in den auf den Abschluss einer Scheidungsfolgenvereinbarung gerichteten Anwaltsvertrag** zwischen dem Anwalt und dem anderen Ehegatten verneint wurde, mit der vorliegenden Konstellation nicht vergleichbar. Der dieser Entscheidung zugrunde liegende Sachverhalt war gerade nicht dadurch gekennzeichnet, dass der Berater, wie hier die Beklagte nach der Aussage des Zeugen ..., ein **Gestaltungsmodell für beide Seiten entwickelt** hatte.

Auch ist die Einbeziehung des Klägers in den Schutzbereich des Geschäftsbesorgungsvertrages zwischen der Beklagten und der ... für die Beklagte erkennbar gewesen. Angesichts dessen, dass die Beklagte nach der Aussage des Zeugen ... gesondert dazu angehalten wurde, die Abschlussbereitschaft des Klägers durch Entwicklung eines auch seinen finanziellen Interessen dienenden Modells zu fördern, war für sie – nicht zuletzt im Hinblick auf die unzureichende Sachkunde des Zeugen ... – **klar ersichtlich, dass der Kläger auf die Ergebnisse ihrer Tätigkeit vertrauen würde.** Dafür, dass der Kläger anstelle des Zeugen ... einen anderen Berater hinzuziehen würde, hatte sie keinerlei Anhaltspunkte. Vielmehr sprach der Besuch des Klägers bei dem Zeugen ... am 20.6.2001 entschieden gegen diese Möglichkeit.

Vor diesem Hintergrund kann es dahinstehen, ob eine Tätigkeit des Zeugen ... ausschließlich für die GmbH für die Beklagte erkennbar war.

Auch führt die Auffassung des Senats nicht dazu, dass jede Vertragsformulierung eine Beeinflussung des Geschäftsabschlusses wäre, denn die Tätigkeit der Beklagten, die nach der Aussage des Zeugen ... ein Modell für beide Seiten entwickeln sollte, ging ja gerade über die bloße Formulierung des abzuschließenden Vertrages hinaus.

Soweit die Beklagte einwendet, die Miterledigung der Frage der Altersversorgung der Gesellschafter sei zwangsläufig vorzunehmen gewesen und habe mit der Problemlösung, wie sie für den Kläger im Raum stand, nichts zu tun gehabt, führt dies ebenfalls nicht dazu, eine Einbeziehung des Klägers in den Schutzbereich des Vertrages mit ... zu verneinen. Ob dies so ist, kann dahinstehen, denn auch die verbleibenden Argumente allein tragen eine Einbeziehung des Klägers in den Schutzbereich des Vertrages zwischen der Beklagten und ...

Weiterhin ist der Beklagten aus den Gründen des vorgenannten Hinweises der Senatsvorsitzenden auch eine schuldhaftes Pflichtverletzung anzulasten. Ihr Schriftsatz vom 29.9.2006 enthält insoweit keine neue Argumentation. Maßgebend ist, dass der Hinweis der Beklagten nicht eine besondere Eilbedürftigkeit der Umsetzung des entwickelten Modells erkennen ließ.

Schließlich greift die Beklagte die Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schadenentstehung mit nicht tragfähiger Argumentation an. Sie geht nämlich von dem tatsächlichen Ablauf aus, der nicht von der Erkenntnis getragen war, dass die Abwicklung eilbedürftig ist. Es ist nicht ersichtlich, dass die Einigung über die wesentlichen vertraglichen Bestandteile betreffend den Erwerb der Geschäftsanteile an der GmbH und die weiteren Umsetzungshandlungen des Klägers nicht wesentlich forciert worden wären, wenn den Beteiligten bewusst gewesen wäre, dass eine Gesetzesänderung unmittelbar bevorstand, die zu einem Scheitern des für den Kläger entworfenen Gestaltungsmodells führen würde.

Auch kann die Beklagte nicht einwenden, der Kläger habe die hohe Wahrscheinlichkeit eines Schadens für den Fall, dass die beabsichtigte Gestaltung nicht bis zum 15.8.2001 hätte umgesetzt werden können, nicht dargelegt. Zum einen spricht – da der Umsetzung des steuerlichen Gestaltungsmodells keine ernsthaften Hindernisse entgegenstanden – alles dafür, dass bei entsprechender Forcierung eine Umsetzung vor dem 15.8.2001 hätte erfolgen können, auch wenn der genaue Stichtag nicht vorhersehbar war. Zum anderen hat der Kläger in seiner Alternativberechnung, auch wenn diese – worauf die Beklagte zu Recht hinweist – von einem Verkauf in 2002 und nicht in 2001 ausgeht, einen solch umfangreichen Schaden errechnet, dass es jedenfalls hinreichend wahrscheinlich ist, dass im Fall der unmittelbaren Veräußerung der Geschäftsanteile des Klägers an ... im Jahr 2001 irgendeine geringere steuerliche Belastung eingetreten wäre, was für ein Grundurteil ausreichend ist. (...) ■

Treuhandvertrag mit Rechtsanwalt

- Zustandekommen
 - Sicherung von Zug-um-Zug-Leistung
 - Konkludenter Abschluss eines Treuhandvertrages neben dem Beratungsmandat
 - Feststellung des Vertragsinhalts
- (OLG Hamm, Urt. v. 16.2.2006 – 28 U 173/05)

Leitsätze:

1. Für das Zustandekommen eines Treuhandvertrages gelten die allgemeinen Regeln des BGB, für die Rechtsbeziehungen insbesondere die §§ 662 ff BGB. Einen typischen Treuhandvertrag gibt es nicht. Als Fallgestaltung kommt die Sicherung von Zug-um-Zug-Leistungen in Betracht. Aus einem Treuhandvertrag kann sich auch eine Haftung des Anwalts gegenüber Dritten, u.a. dem Gegner des Mandanten, ergeben.

2. Eine Treuhand kann mehrseitig, insbesondere doppelseitig sein, wobei an den konkludenten Abschluss eines Treuhandvertrages neben der ausschließlichen Interessenwahrnehmung der Interessen aus einem bestehenden Mandat besondere Anforderungen zu stellen sind.

3. Ob ein konkludenter Treuhandvertrag abgeschlossen wurde, ist anhand der Gesamtumstände zu ermitteln. Entscheidende Kriterien sind etwa ein objektives Sicherungsbedürfnis, eine Vorleistungspflicht und insbesondere die Schaffung einer Vertrauensbasis für riskante Geschäfte, beispielsweise durch die Verwendung eines Anderkontos einer Rechtsanwältin und Notarin. Maßgebend ist der Empfängerhorizont.

4. Unmaßgeblich für einen konkludent abgeschlossenen Treuhandvertrag ist, ob der Treuhänder subjektiv selbst von einem Treuhandverhältnis ausgegangen ist bzw. ein solches wollte. Es reicht die zurechenbare Duldung des Vertrages. ■

Zum Sachverhalt:

Die Kläger verlangen von der Beklagten Ersatz für von dieser in Empfang genommene und an die Fa. D. weitergeleitete Gelder in Höhe von 8.654 EUR (so die Klägerin zu 1) und 7.508 EUR (Kläger zu 2) für den Kauf zweier Kraftfahrzeuge Volvo, die zu einem Preis von 58 % des Bruttolistenpreises angeboten wurden. Voraussetzung für den Kauf war eine Clubmitgliedschaft, die gegen Zahlung einer einmaligen Aufnahmegebühr von 50 EUR und eines Jahresbeitrags von 200 EUR erworben werden konnte, ferner eine Anzahlung von 20 % des Kaufpreises, die wahlweise direkt an den Club oder gegen Gebühr auf ein von der Beklagten (die Rechtsanwältin und Notarin war) bereitgestelltes Anwaltsanderkonto gegen eine Gebühr von 50 EUR geleistet werden konnte. Die Kläger unterzeichneten das Formular „Technischer Ablauf von der Clubmitgliedschaft bis zur Fahrzeugübergabe“ sowie eine entsprechende Fahrzeugbestellung

und erbrachten am 27.5.2004 sowie am 9.6.2004 die Anzahlungen einschließlich der Anderkontogebühr in der jeweils genannten Höhe auf das angegebene Anderkonto.

Die Kläger haben behauptet, die Beklagte habe dem Zeugen L. vor der Überweisung auf telefonische Anfrage persönlich versichert, dass die Anzahlung der Kläger zu 1) nur Zug um Zug gegen Lieferung der Fahrzeuge an die D. ausgezahlt werde, und gemeint, die Beklagte habe gegen die sich aus einem begründeten Treuhandverhältnis für sie ergebenden Pflichten verstoßen, indem sie die Gelder ohne ihre Einwilligung an die D. ausgezahlt habe.

Die Beklagte hat demgegenüber die Auffassung vertreten, dass ein Treuhandverhältnis mit ihr nicht bestanden habe und eine gesonderte Treuhandvereinbarung nicht getroffen worden sei. Sie habe erst später davon erfahren, dass das Konto von der Fa. D. gegenüber den Kunden anders dargestellt worden sei.

Das Landgericht hat die Klage nach Vernehmung des Zeugen L. abgewiesen, mit der Begründung, dass rechtsgeschäftliche Vereinbarungen zwischen den Parteien könnten nicht festgestellt werden könnten. Ein Treuhandverhältnis zwischen den Parteien sei auch konkludent nicht vereinbart worden. Ebenso wenig ergebe sich ein Schadenersatzanspruch der Kläger nach den Grundsätzen mit Schutzwirkung zugunsten Dritter. (...)

Die Kläger verfolgen ihre Klageanträge mit der von ihnen eingelegten Berufung weiter. Sie machen – auf der Grundlage weiterer, aus den Ermittlungsakten gewonnener Erkenntnisse – ein kollusives Zusammenwirken der Beklagten und der für die D. handelnden Personen geltend. Die Beklagte habe gebilligt und dabei mitgewirkt, dass das von ihr eingerichtete Treuhand- bzw. Anderkonto den Kunden der D. angedient und in einer Weise verwendet worden sei, die bei laienhaftem Verständnis der Adressaten den Eindruck erweckt habe, es handele sich um ein amtlich anerkanntes Sicherungsinstrument, das diejenigen, die sich dessen bedienten, vor einem Verlust ihrer Auszahlung schütze.

Zwischen der Beklagten und dem seinerzeitigen Geschäftsführer der D., dem Zeugen T., sei vereinbart gewesen, dass die Anzahlungen der Käufer treuhänderisch auf ihrem Anderkonto verwaltet würden und so sichergestellt würde, dass die Auszahlungen erst und nur dann erfolgten, wenn der Nachweis durch Vorlage einer Übergabebestätigung erbracht worden sei. Auch diversen Zeugen gegenüber habe die Beklagte ausdrücklich eine entsprechende Sicherung bestätigt. Es seien Ansprüche wegen Verletzung des Treuhandauftrags, aus Auskunftsvertrag, Vertrag zugunsten Dritter, Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, wegen Amtspflichtverletzung (§ 19 I BNotO) sowie aus Delikt (§ 823 II i.V.m. §§ 263, 266 StGB) begründet.

Die Beklagte verteidigt das Urteil mit näheren Ausführungen: Sie habe keinerlei Pflichten aus einem Treuhandverhältnis gehabt. Die Anderkonten seien ausschließlich für die Fa. D. geführt worden. Soweit im Einzelfall Treuhandabreden

getroffen worden seien, sei dies immer schriftlich erfolgt und von ihr auch schriftlich bestätigt worden. Amtspflichten gegenüber den Klägern habe sie nicht gehabt, da sie nicht als Notarin tätig geworden sei. Eine anwaltliche Haftung bestehe nicht. Aus der bloßen Nennung des Anderkontos hätten die Kunden nicht herleiten können, dass sie Treuhandtätigkeiten für diese habe übernehmen wollen. (...) ■

Aus den Gründen:

Die zulässige Berufung der Kläger ist begründet. Sie können von der Beklagten aus der Verletzung eines konkludent abgeschlossenen Treuhandvertrags wegen **weisungswidriger Auszahlung der auf ihr Anderkonto gezahlten Gelder** Zahlung in Höhe von 8.654 EUR (Klägerin zu 1)) und 7.508 EUR (Kläger zu 2)) verlangen (§ 280 I BGB).

Andere mögliche Ansprüche, so aus § 667 1. Alt. BGB, aus einer vertraglichen Dritthaftung (§ 328 I BGB; Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter) oder aus Delikt (§ 823 II i.V.m. §§ 263, 266 StGB) können daneben dahinstehen.

I. Eine **notarielle Tätigkeit** der Beklagten, die zu einer notariellen Haftung ihrerseits nach § 19 I BNotO führen könnte, ist zunächst nicht festzustellen, da die Beklagte nach den Gesamtumständen nicht als Notarin aufgetreten ist. Zum einen ging es nicht um die Vorbereitung oder Ausführung von Amtsgeschäften nach §§ 20 ff BNotO. Auch eine notarielle Verwahrung (§ 23 BNotO) lag nach den Gesamtumständen nicht vor, zumal das fragliche Konto, auch wenn die Beklagte gleichzeitig Notarin war, ausdrücklich – so in der Erklärung zur Clubmitgliedschaft – als „Anwaltskonto“ bezeichnet war. Nach § 24 II 2 BNotO ist sodann im Zweifel anzunehmen, dass der Anwaltsnotar als Rechtsanwalt tätig geworden ist (vgl. dazu BGH, NJW-RR 2001, 1639, 1640; Fahrendorf, in: Rinsche u.a., *Die Haftung des Rechtsanwalts* 7. Aufl. 2005, Rdnr. 1692).

Die Gesamtumstände rechtfertigen die Annahme einer notariellen Tätigkeit im Streitfall nicht. Abgesehen von der Bezeichnung als Anwaltsanderkonto und dem Umstand, dass das Anderkonto keinen Bezug etwa zu einem vom Notar beurkundeten Geschäft hatte, bestand auch aus Sicht der Kläger (§§ 133, 157 BGB) kein hinreichender Anhalt dafür, dass die Beklagte die Anzahlungen in ihrer Funktion als Notarin treuhänderisch verwahren sollte, zumal ihre Beauftragung und die Einrichtung des Anderkontos im Vorfeld der Bestellungen allein im Zusammenwirken mit der Fa. D. erfolgt sind und die Beklagte insofern schwerpunktmäßig jedenfalls zunächst für die Fa. D. tätig geworden ist.

II. Vorliegend ist – anders als das Landgericht es gemeint hat und was im Senatstermin ausführlich erörtert worden ist – von einem konkludent abgeschlossenen **Treuhandvertrag** mit den Klägern (im Sinne einer doppelten Treuhand) auszugehen, der nach dem erkennbaren Sinn und Zweck der Anzahlungen auf das Anderkonto der Beklagten die Sicherung von Zug-um-Zug-Leistungen zum Gegenstand hatte. Die Beklagte hat mit der sofortigen Auszahlung der Gelder an die Fa. D. ohne Bestätigung der Lieferung der Fahrzeuge ihre sich hieraus ergebenden Pflichten schuldhaft verletzt.

1. a) Nach den Gesamtumständen ist zwischen den Parteien ein **Treuhandverhältnis zustande gekommen**, ohne dass es zur Feststellung dessen einer weiteren Beweisaufnahme durch Vernehmung der Zeugen L. u.a. bedarf. Ein solches bedarf zu seiner Begründung übereinstimmender Vertragserklärungen. Für sein Vorliegen wie auch für seinen Inhalt gelten die allgemeinen Regeln des BGB (vgl. Fahrendorf, a.a.O., Rdnr. 1679). Einen typischen Treuhandvertrag gibt es dabei nicht. Ein typischer Inhalt hierfür ist nicht anerkannt. **Die Rechtsbeziehungen richten sich grundsätzlich nach dem Recht des Auftrags (§§ 662 ff)**, beispielsweise nach § 667 BGB (BGH, NJW 2002, 2459, 2460 = BB 2002, 1446, 1447). Ansonsten ist der Inhalt nach dem ausdrücklich Vereinbarten oder einer Auslegung nach den allgemeinen Grundsätzen (§§ 133, 157 BGB) zu bestimmen (vgl. BGH, NJW 1966, 1116; OLG Hamm, AnwBl 1987, 42, 43; Fahrendorf, a.a.O., Rdnr. 1681; Vollkommer/Heinemann, 2. Aufl. 2003, Rdnr. 113, Fn. 511).

Je nach der speziellen Eigenart der jeweiligen Treuhandaufgaben können die Pflichten und Befugnisse unterschiedlich weit gehen. Als typische Fallgestaltung kommt – wie hier – die **Sicherung von Zug-um-Zug-Leistungen** (Fahrendorf, a.a.O., Rdnr. 1683; Borgmann/Jungk/Grams, 4. Aufl. 2005, Kap. VI Rdnr. 34; Vollkommer/Heinemann, a.a.O., Rdnr. 113) in Betracht. Eine Haftung des Anwalts kann sich zudem auch gegenüber Dritten, u.a. gegenüber dem Gegner des Mandanten, aus der Begründung eines Treuhandverhältnisses ergeben (vgl. Terbille, in: Rinsche u.a., a.a.O., Rdnr. 338 ff, 349), so etwa wenn der Anwalt für seinen Mandanten bestimmte **Beträge von dessen Gegner in Empfang nimmt** und der Geldgeber dem Anwalt zu erkennen gibt, dass er ihn nicht lediglich als Vertreter oder Boten des Mandanten ansieht, sondern als Treuhänder mit der Wahrnehmung seiner eigenen Interessen betraut (Senat, Urt. v. 8.11.1984 – 28 O 94/84), oder wenn ein Rechtsanwalt sich vom Gegner seines Mandanten eine bestimmte **Geldsumme** mit dem Versprechen auszahlen lässt, **über diese in bestimmter Weise zu verfügen**. Auch hier haftet dieser, sofern er das Versprechen nicht einhält.

Eine Treuhand kann fernerhin mehrseitig, insbesondere **doppelseitig** sein, wobei an den konkludenten Abschluss eines Treuhandvertrages neben der ausschließlichen Interessenwahrnehmung der Interessen aus einem bestehenden Mandat besondere Anforderungen zu stellen sind (BGH, NJW 2004, 3630; Senat, Urt. v. 1.12.2005 – 28 O 29/05; Fahrendorf, a.a.O., Rdnr. 1688; jeweils m.w.N.).

b) aa) Um einen solchen Fall handelt es sich hier. Auch wenn die Beklagte, worauf die Berufungserwiderung abstellt, das Anderkonto (zunächst) für die Fa. D. geführt und für diese die Gelder eingezogen hat, ergab sich aus den Gesamtumständen, und zwar der Beklagten uneingeschränkt zu rechnen, für die Kunden nach objektivem Empfängerhorizont eine Treuhandbeauftragung. **Es bestand für die Fahrzeugkäufer, somit auch für die Kläger, angesichts der Vorleistungen auf den Kaufpreis auch unter Berücksichtigung des auffälligen und überaus ungewöhnlichen Fahrzeugrabatts von 42%, der klar Anlass zu Misstrauen gegen die fragliche Geschäftsgestaltung gab oder geben konnte, ein nicht zu**

verkennendes, objektives Sicherungsbedürfnis, dem sich die Beklagte nicht verschließen konnte und durfte. Hiermit und mit gleichzeitiger Involvierung der Beklagten wurde, wie auch die weiteren hier anhängigen Parallelverfahren zeigen (ohne dass es hierauf ankommt), ein besonderer Vertrauensstatbestand in die Seriosität des Geschäfts und die Beklagte selbst begründet.

Ansonsten machten das Anderkonto und die Zahlungen hierauf überhaupt keinen Sinn. Andernfalls hätte offen und direkt an die Fa. D. gezahlt werden müssen, wobei die ungesicherte Vorleistung indes deutlich zutage getreten wäre. Eine solche Direktzahlung hätte bei den Kunden völlig zu Recht weitere erhebliche Vorbehalte gegen die Geschäftsabwicklung auslösen können, die auf diese Weise, nämlich durch die Errichtung eines Anderkontos, „ausgeschaltet“ wurden. Es wurde durch die gesondert zu vergütende und vor allem auch wahlweise zur Verfügung gestellte Zahlvariante auf dieses Konto der Beklagten, die damals als Rechtsanwältin und Notarin ausgewiesen war, eine **besondere Besicherung gerade in Bezug und in Richtung auf die Kunden erklärt**, und zwar zumindest mittels Duldung der Beklagten, die sich hierfür und für dieses Unterfangen mit Wirkung nach außen, worauf es allein ankommt, zur Verfügung gestellt hat.

Die internen Vorgänge zwischen der Fa. D. und der Beklagten, insbesondere in Bezug auf die Kontoeröffnung, etwaige Abreden über Auszahlungen etc., sind in diesem Zusammenhang nicht von wesentlichem Belang, ebenso wenig das, was später, etwa im Rahmen des Ermittlungsverfahrens, von den Beteiligten zur Zulässigkeit der Auszahlungen erklärt worden ist. **Maßgebend** ist vielmehr in erster Linie der **damalige Empfängerhorizont**, auch wenn sich die Beklagte möglicherweise in die fragliche Geschäftsgestaltung hat hineinziehen lassen.

Bereits nach den Vertragsunterlagen war das Verhalten der Kläger als Treugeber für die Beklagte bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt nach Treu und Glauben nicht anders zu verstehen, als dass das überlassene Geld nur in einer ihren Sicherungsinteressen entsprechenden Weise weiterzuleiten war und dass das nachfolgende Verhalten des Treuehmers, nämlich durch die Empfangnahme des Geldes, als unmittelbare Annahme des Auftrags zu verstehen war. Bei dieser Sachlage musste die Beklagte die Sicherungsinteressen der Vorkasse zahlenden Kunden berücksichtigen und davon ausgehen, dass ihr die Überweisungsbeträge nur zu treuhänderischen Zwecken überlassen wurden. Sie konnte und durfte die Augen nicht davor verschließen, dass durch ihre Person eine Vertrauensbasis für das auf den ersten Blick zu allermindest riskante Geschäft geschaffen wurde.

Auch soweit die Überweisungen als solche in diesem Fall nicht auf eine erwartete Treuhand hinweisen (vgl. dazu *OLG Bremen, OLG-Report 2000, 64, zur Notarhaftung*), hätte die Beklagte die Kläger, wenn dies nicht gewollt war, darauf hinweisen müssen, dass sie nur eine Treuhandfunktion für die Fa. D. übernommen hatte und sich allein hierauf beschränken wollte, was das Geschäftssystem aber ersichtlich

gefährdet hätte, weil die Kunden oder ein wesentlicher Teil davon dann möglicherweise abgesprungen wären und der nach außen getragene Sinn des Anderkontos zerplatzt wäre. Stattdessen ließ auch die Beklagte die Kunden in dem irrigen Glauben, dass sie entsprechend gesichert seien. Diese Sicht wurde nicht zuletzt dadurch geschaffen, dass dieser Weg wahlweise gegen eine Gebühr, die für die Kunden ohne Besicherung keinen Sinn machte, zur Verfügung gestellt wurde.

bb) Unmaßgeblich ist insofern auch, ob die Beklagte subjektiv selbst ein Treuhandverhältnis (nicht) angenommen bzw. gewollt, ob mit der Fa. D. intern etwas anderes vereinbart war und ob die D. nach außen abgedewidrig eine solche Besicherung vermeintlich ohne ihre Kenntnis vorgetragen hat. **Die Beklagte musste damit rechnen, dass die Kunden erhebliches Vertrauen in ihre unabhängige Position als Rechtsanwältin (und damals Notarin) mit den Begriffen Ander- und (in einigen Fällen ausdrücklich) Treuhandkonto (für das extra eine Gebühr zu entrichten war) setzten und dass ihnen damit eine Zug-um-Zug-Sicherheit suggeriert würde;** ferner dass ihnen gegenüber der Eindruck entstehen konnte und musste, dass es sich hier um ein besonderes Sicherungsinstrument (für sie und in ihrem Interesse) handelt, das sie vor einem Verlust ihrer Anzahlung schützt, zumal eine völlig unbekannte Bonität der Fa. D. bestand und eine Reduktion des Listenpreises von 35% und mehr besondere Vorsicht gebot.

Dass die Beklagte eine Treuhanderwartung zugunsten der Kunden zurechenbar zumindest geduldet hat, ergibt sich konkret auch daraus, dass sie das vorgelegte schriftliche Bestell- und Abwicklungsformular „Pkw, Lkw, Wohnmobile usw.“ (auch wenn dies in den streitgegenständlichen Fällen nicht unterzeichnet und zugrunde gelegt wurde), nach eigenem Vortrag nicht nur gekannt, sondern ausdrücklich gebilligt hat. Danach erfolgten die Anzahlung und die Zahlung der restlichen 38% des Listenpreises bei Abholung, wie es dort zweimal ausdrücklich heißt, auf das bereitgestellte, zu vergütende Treuhandkonto.

Auch danach wurde nach außen unverkennbar der Eindruck vermittelt, **dass die Funktion des Kontos (jedenfalls) auch im Interesse der Kunden war.** Ansonsten machte dieses – es war im Außenverhältnis ersichtlich in den Vordergrund gestellt – weder im Zusammenhang mit der Bestellung noch mit den weiteren an die Kunden gerichteten Unterlagen Sinn, wenn es sich nur um eine interne Buchungsstelle für die Fa. D. hätte handeln sollen. Vielmehr hat die Beklagte damit erkennbar, zurechenbar und von den Initiatoren nach Sinn und Zweck der Darstellung zweifelsohne entsprechend gewollt, eine besondere Sicherung der Gelder bis zur Abholung der Fahrzeuge – nach außen hin – erklärt. Die Vorleistungen sollten damit vermeintlich gesichert werden.

Die Beklagte kann sich nicht, wie im Senatstermin erörtert, darauf zurückziehen, dass mit der Angabe einer Telefonnummer der Fa. D. auf dieser Bestellerklärung aus ihrer Sicht eine Art „Sicherheitssperre“ vorgelegen habe, weil die dortigen Mitarbeiter den Kunden hätten sagen sollen, dass der Anwalt die Gelder weiterleitet. Abgesehen davon, dass dies dem durch die Vertragsunterlagen hervorgerufenen Eindruck

einer Besicherung diametral entgegensteht, ist nicht erkennbar oder belegt, dass und wie die Beklagte hierfür und für eine Klarstellung im umgekehrten Sinne Sorge getragen hat, zumal dort nur in einem rein technisch die Anschrift und die Bankverbindung erfragt werden sollten.

cc) Unmaßgeblich ist auch ihre Darstellung, dass man, wenn extra gewünscht, **eine besondere Vereinbarung zur Absicherung mit ihr hätte schließen können**, so wie es in einigen Fällen geschehen ist. Aus den Vertragsunterlagen ergab sich hierfür und konkret für die Notwendigkeit einer besonderen Vereinbarung keinerlei Anhaltspunkt.

Überdies ist nicht ersichtlich, dass für gesonderte schriftliche Treuhandvereinbarungen eine entsprechende eigene Vergütung hätte geleistet werden müssen oder von den betreffenden, besonders vorsichtigen Kunden gezahlt worden ist. Im Gegenteil zeigen die vielen schriftlichen Bestätigungen der Beklagten, „dass die Einzahlungen auf dem Anderkonto auf der Bank verbleiben, bis mitgeteilt worden ist, dass das Auto zur Auslieferung bereitsteht bzw. von Ihnen übernommen wurde“ (so beispielsweise ein Schreiben vom 4.5.2004), unmissverständlich, dass die Beklagte immer wieder wie selbstverständlich ihre treuhänderische Verwahrung selbst bestätigt hat, zumal hieraus auch wiederum klar erkennbar wird, dass der Beklagten das Sicherungsbedürfnis der Käufer eindeutig bewusst war.

dd) Eine andere Beurteilung ist, anders als die Beklagte meint, auf der Grundlage der Entscheidung des BGH in NJW 2004, 3630, nicht gerechtfertigt. Denn dort handelte es sich – insofern nicht vergleichbar – **lediglich um eine einseitige Interessenwahrnehmung im Rahmen der Außervollziehung eines Haftbefehls zugunsten des Mandanten**; die Kautions war vom Mandanten persönlich zu leisten und der Dritte war nur in die technische Abwicklung des Zahlungsvorgangs einbezogen. Es bestand nach den Gesamtumständen und der Zweckbestimmung der dortigen Überweisung für die beklagten Anwälte keine Veranlassung, das Verhalten des Einzahlers als Angebot eines Treuhandauftrags auch mit diesem zu deuten. Im vorliegenden Fall ist die Sachlage gerade insofern anders, als die Einzahler, wie ausgeführt, auf die Treuhandeltätigkeit der Beklagten vertrauen durften.

2. Die Pflichtverletzung der Beklagten aus dem Treuhandvertrag ist darin zu sehen, dass sie die **Gelder weisungswidrig – ohne Bestätigung der Lieferung oder Vergewisserung darüber, ob dies dem Willen der Kläger entsprach – an die Fa. D. weitergegeben hat**, mit der Folge, dass das Geld dort jetzt möglicherweise versickert ist.

Die Pflichtverletzung ist schuldhaft erfolgt, **zumindest fahrlässig**, da die Auszahlungen an die Fa. D., wie in den übrigen Fällen der Einbehaltung aufgrund schriftlicher Regelung, bei Beachtung der im Verkehr gebotenen Sorgfalt hätten unterbleiben müssen. (...) ■

Anmerkung:

Vgl. zum fehlenden Versicherungsschutz LG Düsseldorf vom 28.9.2007, S. 176 in diesem Heft. ■

Versicherungsschutz des Anwalts

- Wissentliche Pflichtverletzung
- Auszahlung ohne Prüfung

(LG Düsseldorf, Urt. v. 28.9.2007 – 11 O 242/06)

Leitsätze (d. Red.):

1. Die Eröffnung eines Anderkontos reicht nicht aus, um die Leistung einer anwaltlichen Tätigkeit zu bejahen.

2. Die Verfügung über treuhänderisch überlassene Gelder ohne Prüfung, ob die Auszahlungsvoraussetzungen gegeben sind, begründet eine wissentliche Pflichtverletzung, so dass ein Versicherungsschutz aus der Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung gemäß § 4 Ziff. 5 AVB nicht gegeben ist. ■

Zum Sachverhalt:

Bei der Beklagten besteht für Frau R. eine Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung. Frau R. war zum Schadenszeitpunkt als Rechtsanwältin und Notarin zugelassen.

Die seitens der Kläger zu Ziffer 1) und 2) geltend gemachten Ansprüche sind diesen durch rechtskräftiges Urteil des Oberlandesgerichts Hamm vom 16.12.2006 gegen Frau R. zuerkannt worden. Ziffer 3) der geltend gemachten Ansprüche betrifft die in dem Verfahren gegen Frau R. angefallenen Prozesskosten.

Zum Hintergrund der Verurteilung der Frau R. durch das Oberlandesgericht Hamm wird auf das in Bezug genommene Urteil zu Vermeidung von Wiederholungen verwiesen.

Die Kläger haben die Forderungen der Frau R. gegen die Beklagte aus dem Versicherungsverhältnis gemäß Pfändungs- und Überweisungsbeschluss pfänden lassen.

Die Kläger sind der Ansicht, Frau R. habe anwaltlich oder als Notarin gehandelt, wobei ihr allenfalls der Vorwurf der Fahrlässigkeit zu machen sei.

(Anträge ...)

Die Klage ist unbegründet. ■

Aus den Gründen:

Die Kläger können aus dem Pfändungs- und Überweisungsbeschluss des Amtsgerichts Detmold gegen die Beklagte als Haftpflichtversicherer der Frau R. keine Ansprüche geltend machen.

Zwar besteht für Frau R. bei der Beklagten eine **Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung**. Jedoch ist der Versicherungsfall gemäß § 20 AVB nicht eingetreten, so dass Frau R. ihrerseits aus dem Versicherungsverhältnis keine Ansprüche gegen die Beklagte hat, die die Kläger hätten pfänden können.

Nach dieser Regelung wird Versicherungsschutz zwar auch für den Fall gewährt, dass der Versicherungsnehmer wegen einer fahrlässigen Verfügung über Beträge, die in unmittelbarem Zusammenhang mit einer Rechtsanwalts-tätigkeit auf ein Anderkonto eingezahlt sind, von dem Berechtigten in Anspruch genommen wird. Die Tätigkeit der Frau R. stand hier jedoch gerade nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit einer Rechtsanwalts-tätigkeit: Die Einzahlung der Gelder von den Kunden erfolgte vielmehr zur Erfüllung von deren Verträgen mit der GmbH, und Frau R. wurde bezüglich der Kunden der GmbH **in keiner Weise als Rechtsanwältin tätig**.

Der Umstand, dass sie ein Anderkonto einrichtete, reicht insoweit nicht aus, wie sich bereits aus dem Wortlaut aus § 20 der Versicherungsbedingungen ergibt, wonach **zwischen der rechtsanwaltlichen Tätigkeit und der Einzahlung auf das Anderkonto differenziert wird, so dass die bloße Einrichtung des Anderkontos als solche nicht ausreicht**, um die Leistung einer rechtsanwaltlichen Tätigkeit zu bejahen.

Auch der Umstand, dass Frau R. durch die Einrichtung des Anderkontos bei den Kunden der GmbH Vertrauen erweckte, ist als rechtsanwaltliche Tätigkeit nicht zu qualifizieren. Dass und inwieweit Frau R. gegenüber den Kunden der GmbH auch beratend auftrat, ist nicht dargelegt. Vielmehr fungierte das Konto als bloße Durchgangsstation für die Kundengelder.

Inwieweit Frau R. für die GmbH Rechtsanwalts-tätigkeit leistete, kann hier dahinstehen, da sich aus dem Wortlaut von § 20 der Versicherungsbedingungen ergibt, dass die Rechtsanwalts-tätigkeit gegenüber demjenigen geleistet worden sein muss, der auch die Zahlungen auf das Anderkonto leistet.

Darüber hinaus begründet auch der Umstand, dass Frau R. die involvierte GmbH beraten hatte und Verträge für diese entworfen hatte, einen solchen unmittelbaren Zusammenhang mit der Einzahlung der Gelder durch die Kunden nicht. Hierbei handelt es sich um eine Tätigkeit im Vorfeld, ein unmittelbarer Zusammenhang wird insoweit von den Klägern auch nicht dargelegt.

Darüber hinaus ist der Versicherungsschutz auch gemäß § 4 Ziffer 5 der Versicherungsbedingungen wegen einer wissentlichen Pflichtverletzung durch Frau R. ausgeschlossen.

Das Gericht ist insoweit **an die Feststellungen im Haftpflichtprozess bezüglich der hiesigen Kläger vor dem Landgericht Detmold mit dem Aktenzeichen 1 O 192/05, 28 U 173/05 OLG Hamm gebunden**, als eine Pflichtverletzung durch das OLG-Urteil bzw. durch das Urteil des Landgerichts festgestellt wurde. Diese liegt darin, dass Frau R. im Rahmen des zumindest konkludent abgeschlossenen doppelten Treuhandverhältnisses auch gegenüber den Klägern im hiesigen Verfahren verpflichtet war, sich vor einer Weiterleitung der geleisteten Anzahlung die Lieferung des bestellten Pkw seitens der GmbH bestätigen zu lassen.

Frau R. handelte bezüglich dieser Pflichtverletzung auch wissentlich. Zwar ist in dem genannten Urteil lediglich von einer „zumindest fahrlässigen“ Pflichtverletzung die Rede, jedoch war diese Form des Verschuldens für eine Verurteilung in dem genannten Verfahren ausreichend, wohingegen es hier auf die Frage, ob eine wissentliche Pflichtverletzung vorliegt, ankommt, so dass diese Frage hier auch neu zu prüfen ist.

Eine wissentliche Pflichtverletzung ist gegeben, wenn der Versicherungsnehmer positive Kenntnis von seiner Pflicht und der Ursächlichkeit der Pflichtverletzung für den Schaden hat, Vorsatz ist insoweit nicht erforderlich. Vorliegend wusste Frau R. um die kriminalpolizeilichen Ermittlungen gegen die GmbH zum Zeitpunkt ihrer Verfügung über die Kundengelder, ihr war gemäß Schreiben vom 1.7.2004 seit Februar 2004 bekannt, dass die Kriminalpolizei in den Räumen der GmbH Beschlagnahmen durchgeführt hatte, sie habe sich aber beruhigen lassen, dass Feststellungen über kriminelle Taten nicht getroffen worden seien.

Dass sie **über die Kundengelder** verfügte, steht aufgrund des vorgenannten Verfahrens fest. Der Umstand der Kenntnis der kriminalpolizeilichen Ermittlungen hätte Frau R. Anlass geben müssen, die **Auszahlungsvoraussetzungen der ihr treuhänderisch überlassenen Gelder noch genauer zu prüfen, somit eine Auszahlung erst nach Bestätigung der Lieferung vorzunehmen**.

Als Rechtsanwältin war Frau R. **in geschäftlichen Dingen auch nicht gänzlich unversiert**, es ist vielmehr von ihrer Kenntnis hinsichtlich der wirtschaftlichen Zusammenhänge auszugehen, so dass sie auch Kenntnis von dieser ihrer Verpflichtung hatte, das bei den Kunden der GmbH aufgrund ihrer Position in Anspruch genommene besondere Vertrauen nicht zu enttäuschen. Sie verstieß somit wissentlich gegen ihre Verpflichtung.

Hierdurch entstand auch ursächlich der Schaden bei den Kunden, so dass eine Ersatzpflicht der Beklagten gemäß § 4 Ziffer 5 der Allgemeinen Bedingungen ausgeschlossen ist.

Eine Haftung der Frau R. und somit der Beklagten aufgrund notarieller Tätigkeit entfällt aus eben diesen Gründen, wobei eine notarielle Tätigkeit der Frau R. bereits nicht festzustellen ist.

Zum einen ging es nicht um die Vorbereitung oder Ausführung von Amtsgeschäften nach §§ 20 ff BNotO. Auch eine notarielle Verwahrung gemäß § 23 BNotO lag nach den Gesamtumständen nicht vor, zumal das fragliche Konto als Anwaltskonto bezeichnet war.

Die Gesamtumstände rechtfertigen die Annahme einer notariellen Tätigkeit unter keinem Gesichtspunkt. ■

Anmerkung:

Betr. OLG Hamm v. 16.2.2006, S. 173 in diesem Heft. ■

GI Literaturhinweise

Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn: Handelsgesetzbuch

Dieser Kompakt-Kommentar berücksichtigt das Zusammenwirken von HGB und anderen Gesetzen des Wirtschaftsrechts und ermöglicht damit auch die Lösung von komplexen Streitfällen. Das griffige Werk bezieht das Bilanzrecht und das Bank- und Börsenrecht in die Kommentierung ebenso ein wie das Recht der EU und das internationale Privatrecht. Damit bietet es dem Praktiker die weiterführenden Informationen, die er zu seiner Arbeit braucht. Der „Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn“ hat so schon mit seiner Erstauflage neue Maßstäbe gesetzt und überzeugt durch fundiertes Fachwissen, renommierte Autoren aus verschiedenen Sparten und klare Strukturierung.

Die Neuauflage führt die bewährte Konzeption fort und kommentiert neben den Bestimmungen des HGB alle angrenzenden Bereiche des Handelsrechts. Erläutert werden insbesondere das Konzernrecht der Personengesellschaften, die GmbH & Co. KG sowie die PublikumsKG. Schwerpunkte sind ferner: Handelsklauseln und Incoterms, das CMR-Übereinkommen sowie das Bank- und Börsenrecht einschließlich des allgemeinen Bankvertrags und des Zahlungsverkehrs, des Einlagen-, Kredit-, Finanzierungs-, Emissionsgeschäfts- und des Kapitalmarktrechts.

Das Werk erfasst die neu ergangene Rechtsprechung und berücksichtigt aktuelle gesetzliche Änderungen, u.a.:

- Euro-Bilanzgesetz
- Transparenz- und Publizitätsgesetz
- Bilanzrechtsformgesetz
- Gesetz über elektronische Handelsregister (EHUG)
- Transparenzrichtlinie-Umsetzungsgesetz (TUG)

Das Werk wendet sich an Rechtsanwälte, Richter, Notare, Wirtschaftsprüfer und Steuerberater.

Prof. Dr. Detlev Joost/Dr. Lutz Strohn (Hrsg.): Handelsgesetzbuch, Verlag C.H. Beck/Verlag Franz Vahlen, 2. Auflage 2008, in Leinen, ca. 440,- €, ISBN 978-3-8006-3380-7

Band 1: §§ 1–342e, L. 2.781 Seiten, 240,- €, Vorzugspreis bei Abnahme des Gesamtwerks 220,- €, ISBN 978-3-8006-3381-4

Band 2: §§ 343–475h, Transportrechtliche Nebenbestimmungen, Bank- und Börsenrecht, rund 2.700 Seiten, ca. 240,- €, Vorzugspreis bei Abnahme des Gesamtwerks ca. 240,- €, ISBN 978-3-8006-3382-1

Der Steuerrechtsschutz

Nur derjenige kann die Rechte des Steuerpflichtigen erfolgreich durchsetzen, der die verfahrensrechtlichen Spielregeln beherrscht. Trotzdem findet das Verfahrensrecht häufig nicht genügend Beachtung – mit der Folge, dass etliche Verfahren bloß aus formalen Gründen verloren werden, obwohl doch der angefochtene Bescheid rechtswidrig war.

Hier setzt das bewährte Handbuch an: Es gibt die Orientierung an die Hand, die notwendig ist, um in einem Steuerstreit erfolgreich tätig zu werden, sei es vor dem Finanzamt, dem Finanzgericht, dem BFH, dem BVerfG oder dem EuGH. Es stellt dabei leicht verständlich die Verfahrensstadien und die Möglichkeiten der Einflussnahme durch den Steuerpflichtigen und seinen Berater dar, angereichert mit Empfehlungen und Mustern zum richtigen Vorgehen.

Viele Beispiele machen die Materie besonders anschaulich, umfassende ABCs erleichtern die schnell auffindbare Lösung. Zahlreiche Musterschriftsätze runden das Werk ab. Das Handbuch vermittelt lebendig das als spröde geltende Verfahrensrecht und erleichtert dem Praktiker die Arbeit.

Die Autoren, Präsident des FG Köln Dr. Jürgen Schmidt-Troje und Vizepräsident des FG Köln Dr. Heide Schaumburg, geben damit umfangreiche langjährige Berufserfahrung an die Leser weiter.

Schmidt-Troje/Schaumburg: Der Steuerrechtsschutz, von Dr. Jürgen Schmidt-Troje und Dr. Heide Schaumburg, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2008, 503 Seiten, Lexikonformat, gebunden, 49,80 €, ISBN 978-3-504-16562-8

Rechtsdienstleistungsgesetz

Mit dem neuen Rechtsdienstleistungsgesetz sind viele Unklarheiten beseitigt worden, nicht zuletzt stellt das neue Recht nichtanwaltschaftliche Rechtsdienstleistungen in einen europakonformen Rahmen. Trotz dieses lobenswerten Grundansatzes ist schon während des Gesetzgebungsverfahrens deutlich geworden, dass es am Ende um die Lösung eines ökonomischen Zielkonfliktes geht: Einerseits muss gewährleistet sein, dass der Kernbereich der rechtlichen Beratung und Vertretung allein qualifizierten Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten vorbehalten bleibt – andererseits konnten Tätigkeiten, bei denen Rechtsdienstleistungen nur eine untergeordnete Rolle spielen, nicht monopolisiert bleiben.

Aus diesem Spannungsfeld heraus ist es unvermeidlich, dass die Anwendung des abstrakten Gesetzes auf den konkreten Einzelfall zu hochproblematischen Grenzgängen führen wird. Mit dem Grunewald/Römermann steht dem Leser ein neuer, altlastenfreier Kommentar zur Verfügung, der ihn sicher durch das Dickicht der systematischen, materiell- und verfahrensrechtlichen Neuregelungen führt. Ein hochkarätiges Team von Herausgebern und Autoren bürgt für Seriosität und ambitioniertes juristisches Niveau.

Vor allem aber: Auch bei höchstem fachlichen Anspruch verliert das Werk nie den Bezug zur Praxis. Ganz konkret benennt es Tätigkeiten und Berufsgruppen, arbeitet tatsächliche und rechtliche Abgrenzungskriterien heraus und zeigt auf, was künftig gehen wird und was nicht.

Grunewald/Römermann (Hrsg.): Rechtsdienstleistungsgesetz – Kommentar, herausgegeben von Prof. Dr. Barbara Grunewald und RA Volker Römermann, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2008, 467 Seiten, DIN A 5, gebunden, 49,80 €, ISBN 978-3-504-06254-5

Durchsicht im Dickicht.

Das Rechtsdienstleistungsgesetz wird den jetzt schon bestehenden Markt für Rechtsdienstleistungen durch Nicht-Anwälte deutlich erweitern. Aus den jeweiligen wirtschaftlichen Interessenlagen heraus ergibt sich ein Streitpotential unabsehbaren Umfangs.

Hier setzt das neue Werk von Grunewald/Römermann an: Mit ihm steht dem Leser ein neuer, altlastenfreier Kommentar zur Verfügung, der ihn sicher durch das Dickicht der systematischen, materiell- und verfahrensrechtlichen Neuregelungen führt.

Gleichzeitig bietet es den idealen Einstieg in das Thema: die Besonderheiten des neuen Rechtsdienstleistungsgesetzes werden vollständig und verständlich dargestellt, sämtliche Fragen werden beantwortet.

Ganz konkret benennt das Werk problematische Konstellationen, arbeitet tatsächliche und rechtliche Ab-



Grunewald/Römermann Rechtsdienstleistungsgesetz Kommentar. Herausgegeben von Prof. Dr. Barbara Grunewald und RA Dr. Volker Römermann. Bearbeitet von Dr. Kurt Franz, Prof. Dr. Barbara Grunewald, RA Dr. Bernd Hirtz, Prof. Dr. Hans-Friedrich Müller, RA Dr. Volker Römermann, RA Dr. Rüdiger Suppé. 2008, 467 Seiten DIN A 5 Format, gbd. 49,80 €. ISBN 978-3-504-06254-5.

grenzungskriterien zu allen Zweifelsfällen heraus und macht deutlich, was Sie künftig beachten müssen, z.B. bei außergerichtlichen oder gerichtlichen Rechtsdienstleistungen, im Registrierungsverfahren oder um Interessenkonflikten vorzubeugen. Natürlich ist die unverzichtbare Ausführungsverordnung zum Rechtsdienstleistungsgesetz ebenfalls bereits eingearbeitet!

Ein Team hochkarätiger Herausgeber und Autoren garantiert bei höchstem fachlichem Anspruch vor allem auch die Praxistauglichkeit des neuen Kommentars.

Durchsicht im Dickicht. Mit Grunewald/Römermann **Rechtsdienstleistungsgesetz** Kommentar. Leseprobe gefällt? Unsere Online-Bibliothek ist immer für Sie geöffnet: www.otto-schmidt.de

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

☒ Ja, ich bestelle mit 14-tägigem Rückgaberecht Grunewald/Römermann **Rechtsdienstleistungsgesetz** Kommentar. 2008, gbd. 49,80 €. ISBN 978-3-504-06254-5.

Name

Straße

PLZ

Ort

Telefon

Fax

Datum

Unterschrift

6/08

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

Klimaexperten sehen ihre Prognosen bestätigt. Unwetter haben auch in Deutschland immer fatalere Auswirkungen und haben in den vergangenen Jahren deutlich zugenommen.

Durch die extremeren Unwetter steigen einerseits die Belastungsspitzen, denen Gebäude ausgesetzt sind – und damit grundsätzlich deren Anfälligkeit für Schäden. Andererseits können selbst kleinste Fehler bzw. geringste Mängel – die bisher keine substantiellen Folgen hatten – nun deutlich eher zu gravierenden Schäden führen.

Auch in diesem Sommer waren schon wieder fast alle Landesregionen von Starkregen und Überschwemmung betroffen.

Was jedoch vielen nicht bewusst ist: Gerade für Elementar- und Witterungsschäden ist der bestehende Versicherungsschutz häufig lückenhaft – sowohl im beruflichen als auch im privaten Bereich.

Der Mittelbeiheter dieser Ausgabe beschäftigt sich umfassend mit dem aktuellen Thema „Unwetter in Deutschland – Schützen Sie sich vor den finanziellen Folgen“.

Nutzen Sie die vorbereitete Faxantwort und fordern Sie am besten noch heute eine Überprüfung Ihres Versicherungsschutzes an.

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

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

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

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

Impressum

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

Herausgeber

HDI-Gerling • Marketing/Vertriebsmanagement Freie Berufe
Marion Mahlstedt, 50597 Köln, Fax: (0221) 144-605354

Redaktion

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

Erscheinungsweise

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

Verlag

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

Abonnementservice

Fax: (0221) 144-5155

Layout und Satz

Type Connection, Lechenicher Str. 29, 50374 Erftstadt

Druck

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

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

Informationen für wirtschaftsprüfende, rechts- und steuerberatende Berufe

GI service

Nr. 5/September 2008

Unwetter in Deutschland: Schützen Sie sich vor den finanziellen Folgen.

Unwetter können jeden treffen. Im letzten Jahr haben zahlreiche Naturkatastrophen wieder viel Leid und erneut immense Schäden verursacht. Als beispielsweise im Januar 2007 der Orkan „Kyrill“ mit Windgeschwindigkeiten von bis zu 225 km/h über Deutschland hinwegzieht, hat nahezu jeder in Deutschland auf direkte Weise persönlich erfahren, welche furchtbare Zerstörungskraft ein Unwetter haben kann. Innerhalb weniger Stunden entstand allein hierbei ein Schaden von rund 3 Milliarden Euro, davon ca. 1,3 Milliarden Euro an Wohngebäuden.

Die Prognosen der Klimaforscher sind leider eindeutig: Wir müssen in Zukunft häufiger mit stärkeren Stürmen sowie extremen Niederschlägen rechnen. Zwar helfen viele, selbst nie von einem Unwetter betroffen zu werden – jedoch zeigt die Realität, dass mittlerweile auch in Regionen, die bislang weniger gefährdet waren, unerwartet heftige Stürme auftraten und massiven Schäden verursachen können – so z. B. auch bei „Kyrill“ an unzähligen Orten in Deutschland. Durch die extremen Unwetter steigen einerseits die Belastungsspitzen, denen Gebäude ausgesetzt sind – und damit grundsätzlich deren Anfälligkeit für Schäden. Andererseits können selbst kleinste Fehler bzw. geringste Mängel – die bisher keine substantiellen Folgen hatten – nun deutlich eher zu gravierenden Schäden führen.

Auch in diesem Sommer waren schon wieder fast alle Landesregionen betroffen von Starkregen und Überschwemmungen. Hieraus resultieren zahlreiche Gefahren:

- Rückstau aus überlasteten Abflusssystemen, Abflüssen oder der Kanalisation
- Überschwemmung durch Sturzflüsse oder den Anstieg oberirdischer Binnengewässer
- Erdbeben bzw. Schlammlawen

Neben Stürmen sind weitere Elementar- und Witterungsrisiken für Ihr Hab und Gut:

- Schnee, z. B. aufgrund von Schneelasten oder Lawinen
- Hagel
- Blitzschlag/Überspannung

Allein im ersten Halbjahr 2007 wurden in Deutschland 1,5 Millionen Bürger erfasst. Im Jahr zuvor traten 450.000 Überspannungsschäden auf, wodurch ein Schaden von 240 Millionen Euro entstand. (Quelle: Untersuchung der FA Aachen im Auftrag des GDV)

- Erdbeben, u. a. auf der Schwäbischen Alb, im Rheingraben und in den Norddeutschen

Schäden übersteigen die eigene Finanzkraft. Viele sind sich nicht bewusst, welche existenziellen finanziellen Belastungen Naturgewalten im Eigenen nach sich ziehen und dass sie gravierende Auswirkungen auf betriebliche Abläufe und den privaten Lebensbereich haben können.

Neben dem Kostenaufwand für die Wiederherstellung von Gebäuden bzw. die Reparatur/Neubeschaffung von deren Ausstattung und Einrichtung entstehen zusätzliche Kosten, z. B.

- im Zusammenhang mit Sanierungsmaßnahmen (u. a. für Aufkantung, Abbruch, Dekontamination und Entsorgung)
- für Überbrückungslösungen (Anmietung von Geschäftsbau, Privaträumen und Inventar)
- und zudem für die Wiederherstellung von Geschäftsunterlagen und Datenträgern.

Im beruflichen Bereich können zudem erhebliche Ertragsausfälle entstehen, solange betriebliche Leistungsprozesse eingeschränkt bzw. unterbrochen sind. In der Folge sinken die Erträge, während viele Kosten (Mieten, Gehälter, Zinsen usw.) weiterlaufen. Dieser Unterbrechungsschaden kann schwerwiegender ausfallen als der eigentliche Sachschaden. Jeder Tag kostet Geld – eine schnelle Behebung der Schäden ist deshalb unlässlich.

Vielfach existenzielle Versicherungslücken. Gebäude, sowie deren Ausstattung und Einrichtung stellen erhebliche Werte dar. Da ein Schaden in diesem Bereich die eigene Finanzkraft deutlich übersteigen kann, beziehen meist entsprechende Versicherungsverträge (für konventionelle Gefahren wie z. B. Brand, Leitungswasser, Sturm und Hagel) nicht auf diese Risiken.

Was jedoch vielen nicht bewusst ist: Gerade für Elementar- und Witterungsschäden ist der bestehende Versicherungsschutz häufig lückenhaft – im beruflichen und auch im privaten Bereich.