

Informationen für wirtschaftsprüfende, rechts- und steuerberatende Berufe

# GI aktuell

## Inhalt

Editorial  
GI News  
GI Entscheidungen  
GI Literaturhinweise  
GI Service

### GI Leitsätze

#### Rechtsberatung durch Steuerberater

Dienstleistungsvertrag / Wirtschaftliche Beratung / Regelungsbedürftige rechtliche Frage / Zwingender unmittelbarer Zusammenhang / Hinzuziehung eines Anwalts / Erfüllungsgehilfe des Steuerberaters / Rechtsdienstleistungsgesetz / Honorar (BGH, Urt. v. 3.7.2008 – III ZR 260/07)

#### Honorar des Rechtsanwalts

Honorarvereinbarung / Schriftform/Telefax / Vorbehaltlose Zahlung / Gesetzliche Gebühren / Abrechnung im Prozess (OLG Düsseldorf, Urt. v. 11.11.2008 – I-24 U 36/08)

#### Anwaltshaftung

Regressprozess gegen Mandanten / Abstimmung mit dem Haftpflichtversicherer des Mandanten / Vergleich oder Widerruf (OLG Koblenz, Urt. v. 10.10.2008 – 8 U 1292/05)

#### Versicherungsschutz

Direktanspruch gegen den Haftpflichtversicherer (D & O) / Konsortialversicherung – Mitversicherer / Führungsklausel gemäß AVB / Prozessführungsklausel gemäß AVB / Auslegung / AGB-Prüfung (OLG Köln, Urt. v. 2.9.2008 – 9 U 151/08)

#### Anwaltsvertrag 20

Kündigungsrecht des Rechtsanwalts / Honorar trotz Kündigung? / Auflösung des Vertrages / Verschulden des Mandanten? (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 15.7.2008 – I-24 U 224/07)

#### Steuerberaterhaftung 22

33 Buchführungsauftrag / Umsatzsteuerausweis / Abschlagrechnung/ Schlussrechnung / Belehrung durch Steuerberater / Mitverschulden des Mandanten (OLG Celle, Urt. v. 21.5.2008 – 3 U 26/08)

#### Haftung des Sozius 25

5 Nach dessen Ausscheiden, § 160 HGB / Begründung der Verbindlichkeit / Herausgabeanspruch / Verzug ohne Mahnung / Auskehrung von Fremdgeldern (OLG Saarbrücken, Urt. v. 30.4.2007 – 1 U 148/06)

#### Anwaltschaftung 28

8 Erbrechtsberatung / Gemeinschaftliches Testament / Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten der Kinder / Regelung im Todesfall oder zu Lebzeiten? (LG Freiburg, Urt. v. 7.11.2008 – 6 O 173/07)

#### Steuerberaterhaftung 30

12 Verjährung gemäß § 68 StBerG a.F. / Verjährungshemmende Verhandlungen, § 203 BGB n.F. (LG Köln, Urt. v. 24.1.2008 – 2 O 665/06)

14

## Editorial

Sehr geehrte Leserin, sehr geehrter Leser,  
**Rechtsberatung durch Steuerberater** wird nicht dadurch zulässig, dass im Innenverhältnis ein Anwalt hinzugezogen wird. Das galt für das RBERG a.F. und gilt für das Rechtsdienstleistungsg (RDG). Der Auftraggeber bleibt aber auch bei unzulässiger Rechtsberatung zur Zahlung einer Vergütung verpflichtet, wenn die Dienstleistung nicht wertlos war und er sonst einen Anwalt hätte beauftragen müssen (BGH).

**Honorarvereinbarungen**, die den gesetzlichen Gebührenanspruch übersteigen, bedürfen seit 1.7.2008 gemäß § 4 Abs. 1 Satz 1 RVG nur noch der **Textform**. Bis dahin galt das Erfordernis der Schriftform, dass durch die Übersendung eines Faxes nicht erfüllt war. Bei **nichtiger Honorarvereinbarung** bleibt der Auftraggeber zur Zahlung verpflichtet, wenn er in Kenntnis der konkreten Gebührenüberschreitung gezahlt hat. Darlegungs- und beweispflichtig ist der Anwalt, da er sich auf die Ausnahmebestimmung des § 4 Abs. 1 RVG beruft (vgl. § 4 Abs. 1 StBGebV). Bei nichtiger Honorarvereinbarung besteht zumindest ein **Anspruch auf das gesetzliche Honorar des Anwalts, wenn er eine konkrete Leistungsabrechnung vorlegt** (OLG Düsseldorf).

Will der Berufsangehörige in einem **Haftpflichtprozess einen Vergleich** schließen, muss dieser vorher mit dessen **Haftpflichtversicherer abgestimmt** worden sein. Der Prozessanwalt ist insoweit hinweispflichtig, wenn die Korrespondenz mit dem Versicherer vom Auftraggeber geführt wird, dieser aber von dem Abstimmungserfordernis nichts weiß (OLG Koblenz).

Sind mehrere Versicherer an einem Versicherungsvertrag beteiligt – sog. Konsortialvertrag – kann nur der führende Versicherer vom Versicherungsnehmer verklagt werden. Das OLG Köln hält **Prozessführungsklauseln** für rechtswirksam.

Der Rechtsanwalt kann den **Anwaltsvertrag jederzeit gemäß § 627 BGB kündigen**. Er kann seine Vergütung auch dann verlangen, wenn er durch ein vertragswidriges Verhalten des Auftraggebers dazu veranlasst wurde. Erhebt der Mandant z.B. grundlos Anschuldigungen, benimmt sich anmaßend oder „unziemlich“, kommt ein fehlendes Vertrauensverhältnis zum Ausdruck und berechtigt zur Kündigung aus wichtigem Grund (OLG Düsseldorf).

Der **Sozius** haftet gemäß **§ 160 HGB** auch für Schadenersatzansprüche, die nach seinem **Ausscheiden** entstehen. Maßgeblich ist, ob das Mandat – der Rechtsgrund der Schadenersatzpflicht – gelegt wurde, als er Sozius war. Ohne Bedeutung ist der Zeitpunkt der Pflichtverletzung (OLG Saarbrücken).



Mit freundlichen Grüßen  
 Ihr Dr. Jürgen Gräfe

## GI News

### **BFH: Geländewagen sind für Zwecke der Kraftfahrzeugsteuer unabhängig vom europäischen Verkehrsrecht als PKW zu behandeln**

Mit Urteil vom 1.10.2008 – II R 63/07 hat der Bundesfinanzhof (BFH) entschieden, dass Kombinationskraftwagen unabhängig von der verkehrsrechtlichen Einstufung nach europäischem Gemeinschaftsrecht kraftfahrzeugsteuerrechtlich regelmäßig Personenkraftwagen sind.

Die Klägerin war Halterin eines „Toyota Typ J7 Landcruiser“. Sie hatte das zulässige Gesamtgewicht von ursprünglich 2.805 kg ohne technische Änderungen auf 2.399 kg abgelastet. Das Finanzamt hatte daraufhin das Fahrzeug als Personenkraftwagen (PKW) behandelt und die Kraftfahrzeugsteuer emissionsbezogen nach Hubraum festgesetzt. Die Klägerin war demgegenüber der Auffassung, nach europäischem Gemeinschaftsrecht handele es sich um ein anderes Fahrzeug im Sinne des Kraftfahrzeugsteuergesetzes (KraftStG), das nach Gewicht zu besteuern sei.

Der BFH ist der Klägerin nicht gefolgt. Europäisches Gemeinschaftsrecht, so der BFH, enthalte keine für die Mitgliedstaaten verbindlichen Festlegungen hinsichtlich der Einteilung von Kraftfahrzeugen für die Erhebung von Kraftfahrzeugsteuern und die Einstufung von Kraftfahrzeugen als „PKW“. Für die Kraftfahrzeugsteuer sei ein eigener, steuerrechtlicher Begriff des „PKW“ maßgeblich. Danach müsse die Unterscheidung zwischen PKW und anderen Fahrzeugen i.S.d. KraftStG im Rahmen einer Gesamtwürdigung anhand von Bauart, Ausstattung zur Personenbeförderung und sonstiger Einrichtung des Fahrzeuges, insbesondere zur Beförderung von Gütern, vorgenommen werden. Da Geländewagen wie Kombinationskraftwagen vom Hersteller zur Personenbeförderung konzipiert seien und sich nach Bauart, Einrichtung und äußerem Erscheinungsbild nicht von einem PKW unterscheiden, seien sie kraftfahrzeugsteuerrechtlich regelmäßig PKW.

Dies gelte für Fahrzeuge mit einem zulässigen Gesamtgewicht bis 2,8 t bereits für die Zeit vor dem 1.5.2005, für Fahrzeuge mit einem zulässigen Gesamtgewicht von mehr als 2,8 t, die bis 30.4.2005 als LKW nach Gewicht zu besteuern gewesen seien, erst ab 1.5.2005.

(BFH, Urf. v. 1.10.2008 – II R 63/07)

Pressemitteilung d. BFH v. 5.11.2008 ■

# **BFH: Verlorenes Sanierungsdarlehen erhöht Anschaffungskosten einer GmbH-Beteiligung**

Der Bundesfinanzhof (BFH) hat mit Urteil vom 19.8.2008 – IX R 63/05 entschieden, dass auch ein vom Gesellschafter zur Sanierung einer GmbH gegebenes Darlehen zu den Anschaffungskosten der Beteiligung gehört. Wird das Darlehen später nicht zurückgezahlt, kann der Verlust einkommensteuerlich berücksichtigt werden.

Nach § 17 des Einkommensteuergesetzes (EStG) unterliegt die Veräußerung einer Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft unter bestimmten Voraussetzungen der Besteuerung. Aufwendungen auf die Beteiligung sind bei der Berechnung des Veräußerungsgewinns abziehbar, wenn sie Anschaffungskosten darstellen. Nach ständiger Rechtsprechung des BFH gehören zu den Anschaffungskosten auch sog. eigenkapitalersetzende Darlehen nach den – soeben durch das MoMiG (Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen) abgeschafften – Regelungen in §§ 32a, 32b des GmbH-Gesetzes (GmbHG). Danach ersetzt z.B. ein vom Gesellschafter gegebenes Darlehen Eigenkapital, wenn es zu einem Zeitpunkt gewährt wird, in dem er als ordentlicher Kaufmann Eigenkapital zugeführt hätte (Krise der Gesellschaft).

Im Streitfall hatte sich der Kläger zugleich mit seiner Aufnahme in eine GmbH verpflichtet, dieser im Hinblick auf ihre schlechte Liquiditätslage ein Darlehen (150.000 DM) zu gewähren. Gleichwohl geriet die GmbH weiter in die Krise. Der Kläger gewährte ihr ein weiteres zinsloses Kurzfristdarlehen. Später schloss er mit der GmbH eine Rangrücktrittsvereinbarung hinsichtlich der Darlehen. Die Insolvenz der Gesellschaft konnte jedoch nur durch Übernahme aller Anteile durch einen Dritten vermieden werden, im Zuge derer der Kläger seine Anteile für 1 DM veräußerte und auf die Rückzahlung seines Darlehens wie auch die Zinsen verzichtete.

Den Ausfall der Darlehen beurteilte der BFH als nachträgliche Anschaffungskosten des Klägers. Dabei sah er es als unerheblich an, dass der Kläger als Sanierungsgesellschafter gemäß § 32a Abs. 3 Satz 3 GmbH (sog. Sanierungsprivileg) nicht den Beschränkungen des Eigenkapitalersatzrechts (Auszahlungssperre, Nachrangigkeit seiner Forderungen) unterlag. Denn Zweck des Sanierungsprivilegs sei es, Anreize für die Bereitstellung von Risikokapital zu bieten und sich an Sanierungen zu beteiligen. Dieser Zweck würde unterlaufen, wenn der Sanierungskapital gebende Gesellschafter gegenüber anderen Gesellschaftern steuerrechtlich benachteiligt würde.

(BFH, Urt. v. 19.8.2008 – IX R 63/05)

Pressemitteilung d. BFH v. 5.11.2008 ■

# **BFH: Einkommensteuer-Erstattungsanspruch zusammen veranlagter Eheleute wird auch bei Insolvenz eines Ehegatten hälftig geteilt**

Haben zusammen zur Einkommensteuer veranlagte Eheleute Vorauszahlungen geleistet, ohne dabei anzugeben, dass mit der Zahlung nur die Steuerschuld eines Ehegatten beglichen werden soll, und führt die spätere Veranlagung der Eheleute zu einer Steuererstattung, hat das Finanzamt den Erstattungsbetrag hälftig auf die Eheleute zu verteilen. Mit Urteil vom 30.9.2008 – VII R 18/08 hat der Bundesfinanzhof (BFH) entschieden, dass dies auch gilt, wenn über das Vermögen eines der Ehegatten das Insolvenzverfahren eröffnet ist.

In dem vom BFH entschiedenen Fall hatte das Finanzamt für die zusammen zur Einkommensteuer veranlagten Eheleute Vorauszahlungen für das laufende Steuerjahr festgesetzt, welche die Ehefrau unter Angabe der gemeinsamen Steuernummer und des Verwendungszwecks „Einkommensteuer/Soli“ beglich, während über das Vermögen des Ehemannes das Insolvenzverfahren eröffnet war. Nachdem die Veranlagung der Eheleute zur Einkommensteuer für das betreffende Jahr eine Steuererstattung ergeben hatte, teilte das Finanzamt das Guthaben zwischen der Ehefrau und dem Insolvenzverwalter hälftig auf. Die Ehefrau beanspruchte mit ihrer Klage das gesamte Guthaben und machte geltend, dass es sich trotz des unterbliebenen Hinweises im Zeitpunkt der Vorauszahlungen in Anbetracht der Insolvenz ihres Ehemannes von selbst verstanden habe, dass die von ihr geleisteten Zahlungen nicht auch auf dessen Rechnung hätten bewirkt werden sollen. Im Fall der Insolvenz eines Ehegatten sei es geradezu offensichtlich, dass der andere Ehegatte mit seiner Zahlung nur seine Steuerschulden begleichen wolle.

Der BFH entschied dagegen, dass das Guthaben zu Recht geteilt worden sei. Erstattungsberechtigt sei derjenige, auf dessen Rechnung die Zahlung bewirkt worden sei. Bei nicht dauernd getrennt lebenden zusammen veranlagten Eheleuten könne das Finanzamt nach ständiger Rechtsprechung des BFH davon ausgehen, dass der auf die gemeinsame Steuerschuld zahlende Ehegatte zugleich auch die Steuerschuld des anderen Ehegatten begleichen wolle, falls er im Zeitpunkt der Zahlung keine andere Tilgungsabsicht bekundet habe. Fehle ein solcher Hinweis, müsse das Finanzamt keine Vermutungen über eine bestimmte wirtschaftliche Interessenlage auf Seiten der steuerpflichtigen Eheleute für den Fall anstellen, dass die Vorauszahlungen später zu einem Erstattungsanspruch führen.

Dies sei nicht anders, wenn über das Vermögen eines der Ehegatten das Insolvenzverfahren eröffnet sei. Denn auch in diesem Fall könne es Gründe für den jeweils anderen geben, Steuervorauszahlungen auf Rechnung beider Eheleute zu bewirken. Es obliege in erster Linie den betroffenen Eheleuten zu entscheiden, ob sich die Teilung eines künftigen Steuerguthabens wirtschaftlich nachteilig auf einen der Ehegatten auswirken könnte. Es sei daher ihre Sache, Steuervorauszahlungen ggf. nur auf Rechnung eines der

Ehegatten zu leisten. Dafür bedürfe es lediglich eines entsprechenden Hinweises an das Finanzamt im Zeitpunkt der Steuervorauszahlung.

(BFH, Urt. v. 30.9.2008 – VII R 18/08)

Pressemitteilung d. BFH v. 12.11.2008 ■

### **BFH: Zufluss von „(Schein-)Renditen“ bei Schneeballsystem**

Mit Urteil vom 28.10.2008 – VIII R 36/04 hat der Bundesfinanzhof (BFH) seine Rechtsprechung zum Zufluss von „(Schein-)Renditen“ aus betrügerischen Schneeballsystemen bestätigt.

Im Streitfall beteiligten sich die Kläger mit insgesamt 110.000 DM an einer Gesellschaft, die mit angeblichen Börsentermingeschäften warb und eine Erfolgsbeteiligung von 70% für die Anleger und 30% für die Gesellschaft vorsah. In Wahrheit betrieb die Gesellschaft ein sog. Schneeballsystem, das dadurch gekennzeichnet war, dass – abgesehen von einer Anfangsphase – keine echten Börsengeschäfte getätigt wurden. Stattdessen wurden den Anlegern von diesen zuvor eingezahlte Gelder als Renditen ausgezahlt. In den Streitjahren 1996 bis 2001 erzielten die Kläger Erträge von insgesamt 1.404.284 DM. Tatsächlich ausgezahlt wurden davon (in verschiedenen Jahren) insgesamt 656.500 DM. Die Differenzbeträge zwischen Auszahlungen und Renditen (insgesamt 747.784 DM) wurden den Klägern gutgeschrieben und von ihnen wiederum als Anlagekapital überlassen.

Der BFH geht davon aus, dass sich die Kläger mit ihrer Anlage an einer stillen Gesellschaft gemäß § 230 des Handelsgesetzbuches beteiligt und Einkünfte nach § 20 Abs. 1 Nr. 4 des Einkommensteuergesetzes (EStG) erzielt haben. Die tatsächlich ausgezahlten Zinsen in Höhe von 656.500 DM sind ihnen als Kapitaleinnahmen i.S.v. § 20 Abs. 1 Nr. 4, 1. Alternative EStG zugeflossen und entsprechend zu versteuern (Anschluss an BFH-Urteile vom 22.7.1997 – VIII R 12/96 bzw. VIII R 13/96). Gleiches gilt für die von den Klägern stehen gelassenen, d.h. wiederangelegten (Schein-) Renditen. Der BFH hält daran fest, dass auch Renditen aus Gutschriften bei „Schneeballsystemen“ zu Kapitaleinnahmen führen, wenn der Unternehmer bei entsprechendem Verlangen des Anlegers zur Auszahlung der gutgeschriebenen „Renditen“ fähig gewesen wäre.

Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Initiator eines Schneeballsystems bei einem etwaigen Auszahlungsbegehren eines Anlegers im Stande gewesen wäre, seine sämtlichen Verbindlichkeiten auf einmal auszus zahlen. Ein Missverhältnis zwischen den tatsächlich zur Verfügung stehenden finanziellen Mitteln und den tatsächlich bestehenden Forderungen ändert daran nichts.

(BFH, Urt. v. 28.10.2008 – VIII R 36/04)

Pressemitteilung d. BFH v. 12.11.2008 ■

## **Gl Leitsätze**

### **Übernahme der Beiträge zur Berufshaftpflichtversicherung Arbeitslohn**

Die Übernahme der Beiträge zur Berufshaftpflichtversicherung einer angestellten Rechtsanwältin durch den Arbeitgeber führt zu Arbeitslohn, weil diese gemäß § 51 BRAO zum Abschluss der Versicherung verpflichtet ist und deshalb ein überwiegend eigenbetriebliches Interesse des Arbeitgebers ausscheidet.

(BFH, Urt. v. 26.7.2007 – VI R 64/06) ■

### **Insolvenzverwalter / Freiberufliche oder gewerbliche Einkünfte?**

1. Ob die Einkünfte eines Insolvenzverwalters schlicht aus sonstiger selbstständiger Arbeit herrühren (§ 18 Abs. 1 Nr. 3 EStG) und als freiberuflich gelten oder ob sie bereits als gewerblich anzusehen sind (§ 15 Abs. 2 Satz 1 EStG, § 2 Abs. 1 Satz 2 GewStG), beurteilt sich in erster Linie nach der Art der ausgeübten Tätigkeiten. Wesentlich ist die Frage nach der unmittelbaren, persönlichen und individuellen Arbeitsleistung des Berufsträgers.

2. Das Merkmal der „persönlichen“ Leistungserbringung hat vor allem Bedeutung im sog. „Kernbereich“ der vermögensverwaltenden Tätigkeit. Hier ist eine steuerliche „Vervielfältigung“ der Aufgabenwahrnehmung durch eingeschaltete Dritte vor allem dann anzunehmen, wenn der Insolvenzverwalter die ihm gesetzlich, insbesondere durch die InsO „höchstpersönlich“ übertragenen Aufgaben – vom gesetzlichen Leitbild abweichend – pflichtwidrig an seine Angestellten oder an andere Personen delegiert. Alle organisatorisch wichtigen und verfahrensleitenden Maßnahmen müssen den Stempel allein seiner Persönlichkeit tragen.

3. Dort, wo nach dem gesetzlichen Leitbild ein Insolvenzverwalter nicht höchstpersönlich tätig werden muss, beispielsweise außerhalb des Kernbereiches auf lediglich nachgeordneter Ebene, etwa bei der praktischen Umsetzung seiner höchstpersönlichen Vorgaben, schadet eine Delegation erst dann, wenn bei einer Gesamtschau aller maßgeblichen Umstände des Falles insgesamt keine eigenverantwortliche Berufsausübung mehr vorliegt und der Umfang des Betriebes einen schon gewerblichen Charakter angenommen hat.

Eine rein schematische Betrachtung, nach der allein schon die Beschäftigung von mehr als einer (gleich) qualifizierten Hilfskraft die Einkünfte gewerblich macht, kommt an dieser Stelle nicht infrage.

(FG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 21.6.2007 – 4 K 2063/05, ZinsO 2007, 892; s. dazu den Beitrag von Jens M. Schmittmann in ZinsO 2007, 928) ■



## Rechtsberatung durch Steuerberater

- Dienstleistungsvertrag
- Wirtschaftliche Beratung
- Regelungsbedürftige rechtliche Fragen
- Zwingender unmittelbarer Zusammenhang
- Hinzuziehung eines Anwalts
- Erfüllungsgehilfe des Steuerberaters
- Rechtsdienstleistungsgesetz
- Honorar

(BGH, Urt. v. 3.7.2008 – III ZR 260/07)

### Leitsatz:

Es wird daran festgehalten, dass es für den Erlaubnisvorbehalt nach dem Rechtsberatungsgesetz nicht darauf ankommt, ob der Vertragspartner des Rechtsuchenden sich zur Erfüllung seiner Beratungspflichten eines zugelassenen Rechtsberaters als Erfüllungsgehilfen bedient. Eine verfassungskonforme, in dieser Hinsicht erweiternde Auslegung des Art. 1 § 5 Nr. 1 RBERG kommt nicht in Betracht. ■

### Zum Sachverhalt:

Die Klägerin macht aus abgetretenem Recht der E.-Kleidung KG Ansprüche auf Rückzahlung der an die Beklagte zu 2) geleisteten Honorare wegen eines zwischen dieser und der Zedentin geschlossenen Dienstleistungsvertrages geltend.

Die Zedentin unterhielt in vier deutschen Großstädten Bekleidungshäuser, so u.a. auch in B. sowie in S. Mieterin der entsprechenden Räumlichkeiten war die Klägerin.

Wegen erheblicher wirtschaftlicher Probleme wandte sich die Zedentin an die Beklagte zu 2), eine Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaft, und schloss mit ihr 1999 einen Dienstleistungsvertrag ab. Die Zedentin wollte die Standorte in B. und S. aufgeben. Dem Mitarbeiter der Beklagten zu 2), Herrn F., oblagen nach dem Vertrag die Gespräche mit den Vermietern, aber auch mit potenziellen Nachmietern der Geschäftsräumlichkeiten, um möglichst kostengünstig die Standortaufgabe durchzusetzen. In juristischen Fragen sollte er durch den früheren Beklagten zu 1) als Rechtsanwalt unterstützt werden. In Nummer 6 des Vertrages war festgelegt, dass eine Beratung zu Rechts- oder Steuerfragen nicht erteilt werde. Es wurden alle rechtlichen und amtlichen Handlungen aus der Beratungstätigkeit ausgeschlossen. In Nummer 12 des Vertrages war bestimmt, dass die Beklagte zu 2) berechtigt war, Dritte, wie den früheren Beklagten zu 1), zur Erfüllung der Leistung aus dieser Vereinbarung heranzuziehen. Die Beklagte zu 2) haftete für Verschulden eines Partnerunternehmens wie für eigenes Verschulden. Beratungsleistungen der Partnerunternehmen galten als Leistungen der Beklagten zu 2).

Die Standorte in S. und B. wurden in der Folgezeit von der Klägerin aufgegeben. Für ihre Leistungen stellte die Beklagte zu 2) Rechnungen an die Zedentin in einer Gesamthöhe von 220.230,38 EUR, die von der Klägerin ausgeglichen wurden.

Nachdem eine Schadenersatzklage der Klägerin wegen einer angeblichen Falschberatung in Bezug auf die Schließung des Standortes in S. rechtskräftig abgewiesen wurde, machte die Klägerin geltend, dass der zwischen der Zedentin und der Beklagten zu 2) geschlossene Vertrag wegen Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz unwirksam und deshalb die Beklagte zu 2) um die bezahlten Beträge bereichert sei.

Die Klage ist vor dem Landgericht erfolglos geblieben. Auf die Berufung der Klägerin hat das Berufungsgericht die Beklagte zu 2) bei Abweisung der weitergehenden Klage zur Zahlung von 88.964,79 EUR zzgl. Zinsen verurteilt, weil die Voraussetzungen für die in dieser Höhe abgerechnete Leistung nicht vorgelegen hätten.

Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin den abgewiesenen Teil ihrer Klage weiter. Die Revision ist begründet. Sie führt zur teilweisen Aufhebung des Berufungsurteils und in diesem Umfang zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. ■

### Aus den Gründen:

I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, dass die Klägerin nicht in voller Höhe die an die Beklagte zu 2) geleisteten Zahlungen zurückverlangen könne. Im Gegensatz zur Auffassung der Klägerin sei der zwischen der Zedentin und der Beklagten zu 2) geschlossene Vertrag nicht gemäß §§ 134, 139 BGB wegen Verstoßes gegen Art. 1 § 1 RBERG nichtig.

Zwar unterfalle der zwischen der Zedentin und der Beklagten zu 2) geschlossene Vertrag grundsätzlich dem Erlaubnisvorbehalt des Art. 1 § 1 Abs. 1 RBERG, weil der Beratungsvertrag im Wesentlichen auf die Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten ausgerichtet gewesen sei. Der für die Beklagte zu 2) tätige Berater habe nach eingehender Inaugenscheinnahme der betreffenden Häuser und deren Umfeld in Abstimmung mit der Vertragspartnerin nicht nur geeignete Vorschläge machen, sondern auch **Gespräche mit den Vermietern, aber vor allem auch mit potenziellen Nachmietern mit der Zielsetzung führen sollen, die Standortaufgabe möglichst kostengünstig durchzusetzen**. Beide Parteien seien bei Abschluss der Vereinbarung davon ausgegangen, dass die Tätigkeit der Beklagten zu 2) sich notwendig auch auf **regelungsbedürftige rechtliche Fragen** beziehe. Die Leistungen der Partnerunternehmen, die die Beklagte zu 2) zur Erfüllung ihrer Verpflichtungen habe heranziehen dürfen, hätten ausdrücklich als Leistung der Beklagten zu 2) gelten sollen. Der frühere Beklagte zu 1) sei als Erfüllungsgehilfe der Beklagten zu 2) tätig gewesen.

Gleichwohl sei die Rechtsberatung nach Art. 1 § 5 Nr. 1 RBERG hier zulässig gewesen. Eine Anwendung dieser Norm scheitere nach dem bisherigen Verständnis jedoch daran, dass nicht davon ausgegangen werden könne, dass die Haupttätigkeit der Beklagten zu 2) ohne die Erledigung der rechtlichen Angelegenheiten für die Zedentin nicht sachgerecht hätte vorgenommen werden können. Ein zwingender unmittelbarer Zusammenhang zwischen betriebswirtschaftlicher und rechtlicher Beratung habe nicht bestanden. Das könne im Ergebnis aber dahinstehen, da die Beklagte zu 2)

sich eines Rechtsanwalts zur Durchführung der Rechtsberatung bedient habe. In diesem Fall sei Art. 1 § 5 Nr. 1 RBERG verfassungskonform so auszulegen, dass der Erlaubnisvorbehalt des Rechtsberatungsgesetzes nicht eingreife.

II. Das Berufungsurteil hält den Angriffen der Revision nicht stand. Derzeit kann nicht ausgeschlossen werden, dass der Klägerin aus abgetretenem Recht der Zedentin ein weiterer Zahlungsanspruch bis zu einer Höhe von 121.808,08 EUR gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 erster Fall, § 398 BGB zusteht. Die an die Beklagte zu 2) erfolgten Zahlungen stellen sich als Leistung der Zedentin dar, weil die Klägerin sie in deren Auftrag vorgenommen hat.

1. Als Rechtsgrund kommt insoweit der zwischen der Zedentin und der Beklagten zu 2) geschlossene Dienstleistungsvertrag jedoch nicht in Betracht, da er nach §§ 134, 139 BGB nichtig ist.

a) Die Beklagte zu 2) hat sich in dem Vertrag mit der Zedentin u.a. verpflichtet, deren Rechtsangelegenheiten geschäftsmäßig zu besorgen, obwohl sie nicht im Besitz einer nach Art. 1 § 1 Satz 1 RBERG erforderlichen Erlaubnis war. Das Rechtsberatungsgesetz ist zwar am 1.7.2008 außer Kraft getreten (BGBl I 2007, 2840, 2860), aber auf den vorliegenden Fall noch anwendbar. Die vom Berufungsgericht vorgenommene Auslegung des Vertrages wird von der Revision als ihr günstig hingenommen. Gegen eine Erlaubnispflicht spricht nicht, dass nach den Feststellungen des Berufungsgerichts daneben auch eine **wirtschaftliche Beratung** geschuldet war.

Ein Verstoß gegen das Rechtsberatungsgesetz liegt schon dann vor, **wenn der Berater neben der wirtschaftlichen Beratung rechtliche Belange von nicht ganz unerheblichem Gewicht zu besorgen hat, weil eine gesetzlich verbotene Handlung nicht allein deshalb erlaubt ist, weil gleichzeitig mit ihr ein nicht verbotenes Ziel verfolgt wird** (vgl. *Senatsurt. v. 18.5.1995 – III ZR 109/94, NJW 1995, 3122 f; Chemnitz/Johnigk, Rechtsberatungsgesetz 11. Aufl., Art. 1 § 1 Rz. 67; Rennen/Calibe, Rechtsberatungsgesetz 3. Aufl., Art. 1 § 1 Rdnr. 19*). Es handelt sich bei den Pflichten der Beklagten zu 2) **hinsichtlich der Mietverträge nicht nur um kaufmännische Hilfstätigkeiten** (vgl. *BGH, Urt. v. 13.3.2003 – I ZR 143/00, NJW 2003, 3046, 3048*) zur wirtschaftlichen Beratung.

Die Rüge der Beklagten zu 2), Nummer 6 des Vertrages stehe einer Verpflichtung zur Rechtsberatung entgegen, weil eine Beratung in Rechts- oder Steuerfragen und rechtliche Handlungen ausgeschlossen gewesen seien, greift nicht durch. Zweifelhaft ist zwar, ob die Auslegung des Berufungsgerichts zutrifft, wonach dieser Teil des Vertrages nicht ernstlich gemeint gewesen (§ 118 BGB) und deshalb nichtig sei. Mit dem Berufungsgericht ist aber davon auszugehen, dass dieser Vertragspassus **die rechtliche Einordnung des Vertrages als eines solchen, der auch auf eine rechtliche Beratung abzielt, nicht in Frage stellt**. Denn bei der Bewertung ist der **übereinstimmende Parteiwille über den Inhalt des Vertrages** in den Vordergrund zu stellen, der im Widerspruch zu dessen Nummer 6 steht. In den Nummern 2 und 12 des

Vertrages hat sich die Beklagte zu 2) nach der rechtlich nicht zu beanstandenden Auffassung des Berufungsgerichts gerade auch zur Rechtsberatung gegenüber der Zedentin verpflichtet. Dass diese **durch die Beklagte zu 2) und nicht durch hinzuzuziehende Partnerunternehmen** gewollt war, ergibt sich nicht nur aus dem Vertrag, wonach die Leistungen der Partnerunternehmen als solche der Beklagten zu 2) galten, sondern wird auch belegt durch die spätere tatsächliche Handhabung. Der von der Beklagten zu 2) hinzugezogene frühere Beklagte zu 1) ist **nicht in unmittelbare Rechtsbeziehungen zur Zedentin** getreten, sondern hat seine Beratungsleistungen als Rechtsanwalt, die in Erfüllung der Verpflichtungen aus dem Dienstleistungsvertrag mit der Zedentin erbracht wurden, gegenüber der Beklagten zu 2) abgerechnet.

b) Im Gegensatz zur Auffassung des Berufungsgerichts war eine Erlaubnis im vorliegenden Fall nicht gemäß Art. 1 § 5 Nr. 1 oder Nr. 2 RBERG entbehrlich; Letztere ist bereits deshalb nicht einschlägig, weil nicht Aufgaben im Sinne dieser Norm Gegenstand des Vertrages waren. Nach Art. 1 § 5 Nr. 1 RBERG stehen die Vorschriften des Rechtsberatungsgesetzes dem nicht entgegen, dass kaufmännische oder sonstige gewerbliche Unternehmer für ihre Kunden rechtliche Angelegenheiten erledigen, die mit dem Geschäft ihres Gewerbebetriebs in unmittelbarem Zusammenhang stehen. Diese Regelung soll sicherstellen, dass Berufe, die ohne gleichzeitige Rechtsberatung nicht ausgeübt werden können, nicht am Rechtsberatungsgesetz scheitern. Sie betrifft daher nicht nur solche Fälle, in denen die Haupttätigkeit des Unternehmers ohne die Erledigung rechtlicher Angelegenheiten für seine Kunden überhaupt unmöglich wäre, sondern gilt auch dann, wenn die Haupttätigkeit sonst nicht sachgemäß erledigt werden könnte (*BGH, Urt. v. 13.3.2003 – I ZR 143/00, NJW 2003, 3046, 3048 m.w.N.; BVerwG, NJW 2005, 1293, 1297*).

aa) Nach den rechtlich nicht zu beanstandenden und von der Revision als für sie günstig hingenommenen Feststellungen des Berufungsgerichts **konnte die Hauptleistung der Beklagten zu 2), die wirtschaftliche Beratung, tatsächlich und sachgemäß ausgeübt werden, auch wenn die rechtliche Beratung nicht durch sie hätte erbracht werden sollen, so dass die Voraussetzungen des Art. 1 § 5 Nr. 1 RBERG nicht vorlagen**. Unerheblich ist, dass diese Feststellungen ausgehend von der Rechtsauffassung des Berufungsgerichts nicht tragend für die Entscheidung waren. Sie sind hier gleichwohl nach § 559 Abs. 2 ZPO zu berücksichtigen, weil eindeutig erkennbar ist, dass sie ohne die vom Berufungsgericht angenommene verfassungskonforme Auslegung des Art. 1 § 5 Nr. 1 RBERG Entscheidungsgrundlage geworden wären (vgl. *BGH, Urt. v. 22.2.1984 – IVb ZR 61/82, NJW 1984, 2353, 2354*).

bb) Einer rechtlichen Überprüfung nicht stand hält dagegen die Auffassung des Berufungsgerichts, im vorliegenden Fall sei Art. 1 § 5 Nr. 1 RBERG verfassungskonform dahingehend erweiternd auszulegen, dass auch die neben einer erlaubnisfreien Beratung vorgenommene Rechtsberatung dann nicht unter den Erlaubnisvorbehalt des Rechtsberatungsgesetzes falle, wenn sie durch einen hinzugezogenen Rechtsanwalt erfolge.

(1) Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kommt es für den Erlaubnisvorbehalt nach dem Rechtsberatungsgesetz nicht darauf an, ob der **Vertragspartner des Rechtsuchenden sich zur Erfüllung seiner Beratungspflichten eines zugelassenen Rechtsberaters bedient** (*Senatsurt. v. 18.5.1995 – III ZR 109/94, NJW 1995, 3122, 3123; BGH, Urt. v. 24.6.1987 – I ZR 74/85, NJW 1987, 3003, 3004; v. 16.3.1989 – I ZR 30/87, NJW 1989, 2125, 2126; v. 22.2.2005 – XI ZR 41/04, NJW 2005, 1488; v. 10.10.2006 – XI ZR 265/05, NJW 2007, 1131, 1132 Rz. 14; BGHZ 167, 223, 227 Rz. 12; zur steuerlichen Beratung BGHZ 98, 330, 335; 132, 229*).

Gründe, hiervon abzuweichen, sind nicht ersichtlich. Das Rechtsberatungsgesetz stellt nicht darauf ab, ob im Einzelfall eine zutreffende Auskunft erteilt wurde oder ein zugelassener Rechtsberater vom Geschäftsbesorger hinzugezogen wurde. Vielmehr will es erreichen, dass die **Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten** zum Schutz des Rechtsuchenden **nur von solchen Personen ausgeübt wird, die selbst dazu befugt sind**. Damit wird sichergestellt, dass keine Umgehung des Rechtsberatungsgesetzes stattfindet und nur Rechtsberater tätig werden, die selbst die erforderliche persönliche und sachliche Zuverlässigkeit besitzen. Es wird auch gewährleistet, dass bei eventueller fehlerhafter Beratung der rechtssuchende Bürger Schadenersatzansprüche erfolgreich geltend machen kann. Hinzu tritt, dass der vom ohne Erlaubnis handelnden Geschäftsbesorger zugezogene Rechtsberater entsprechend seiner vertraglichen Verpflichtung in erster Linie die Interessen seines Auftraggebers und nicht des zu beratenden Rechtsuchenden wahrzunehmen hat. Es kann hier unter Umständen zu **Interessenkollisionen** kommen, die ihrerseits die Unabhängigkeit und Eigenverantwortlichkeit des hinzugezogenen Rechtsberaters gefährden können.

Der Gesetzgeber ging davon aus, dass unter dem Geltungsbereich des Rechtsberatungsgesetzes eine Hinzuziehung eines zugelassenen Rechtsberaters nicht von der Erlaubnispflicht befreite. Die Bundesregierung hat in Abkehr davon dies in Teilbereichen zulassen wollen, soweit die Dienstleistung ausschließlich im Interesse des Rechtsuchenden und frei von Weisungen des Dienstherrn erfolgen sollte (Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechtsberatungsrechts, *BT-Drucks. 16/3655 S. 38, 56 f; § 5 Abs. 3 RDG-E*). **Der Gesetzgeber hat davon jedoch Abstand genommen und eine Tätigkeit des zugelassenen Rechtsberaters als Erfüllungsgehilfe eines nicht anwaltlichen Unternehmens weiterhin nicht zugelassen.** Eine gesonderte Einschaltung eines zugelassenen Rechtsberaters sollte erforderlich bleiben (vgl. Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses zum Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechtsberatungsrechts, *BT-Drucks. 16/6634 S. 6, 51 f*).

(2) Im Gegensatz zur Auffassung des Berufungsgerichts erfordern im vorliegenden Fall auch keine verfassungsrechtlichen Gründe eine andere Beurteilung.

Der Erlaubnisvorbehalt des Rechtsberatungsgesetzes ist durch ausreichende Gemeinwohlbelange gedeckt und verfassungsgemäß (vgl. *BVerfGE 97, 12, 26; 75, 284, 291*).

Grundrechte der Beklagten zu 2) aus Art. 12 Abs. 1, 19 Abs. 3 GG rechtfertigen hier keine erweiternde Auslegung des Art. 1 § 5 Nr. 1 RBERG. Die Erlaubnispflicht stellt sich nicht als unverhältnismäßiger **Grundrechtseingriff** dar. Die Interessen der Klägerin an einer qualifizierten Rechtsberatung sind durch den Vertrag berührt. Die Beratungsleistung sollte nach dem Vertrag durch den Mitarbeiter der Beklagten zu 2), Herrn F., erbracht werden, unterstützt durch den früheren Beklagten zu 1) als Rechtsanwalt. Inwieweit die rechtliche Beratungsleistung tatsächlich durch einen qualifizierten Rechtsberater wie den früheren Beklagten zu 1) und nicht durch Herrn F. erfolgen würde, stand bei Vertragsschluss nicht fest. Auch wenn später die rechtliche Beratung ganz oder teilweise durch den früheren Beklagten zu 1) erbracht wurde, ließe dies die Frage der Wirksamkeit des zuvor geschlossenen Vertrages unberührt, zumal es bei Vertragsschluss nicht in der Hand der Klägerin lag, wer die Beratungsleistungen tatsächlich erbringen würde.

Das Interesse der Klägerin an einer rechtlichen Geschäftsbesorgung durch einen in persönlicher, sachlicher und insbesondere in wirtschaftlicher Sicht zuverlässigen Berater ist ebenso in die Bewertung einzubeziehen wie das Interesse des früheren Beklagten zu 1) als eines hinzugezogenen Rechtsanwalts, der bei einer Beratung in Konflikte zwischen den Interessen der Klägerin und denen seiner Auftraggeberin, der Beklagten zu 2), geraten konnte. **Dass die Klägerin unter Umständen in den Schutzbereich eines zwischen der Beklagten zu 2) und dem früheren Beklagten zu 1) geschlossenen Anwaltsvertrages einbezogen werden würde, ist in dieser Hinsicht nicht von ausschlaggebender Bedeutung, weil es die möglichen Interessenkonflikte nicht ausschließt.**

Demgegenüber treten die Belange der Beklagten zu 2) zurück. Die Einschränkung ihrer Grundrechtsposition wiegt nicht so schwer. Sie konnte nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ihre – erlaubte – Berufstätigkeit ausüben und die wirtschaftliche Beratung unabhängig von der rechtlichen erbringen. **Ein zwingender unmittelbarer Zusammenhang zwischen betriebswirtschaftlicher und rechtlicher Beratung bestand nicht.** Eine sinnvolle **Arbeitsteilung** zwischen rechtlichen und betriebswirtschaftlichen Beratern war möglich. Der der Berufsfreiheit Rechnung tragende Gesetzeszweck des Art. 1 § 5 RBERG, dass Berufe, die ohne gleichzeitige Rechtsberatung nicht ausgeübt werden können, nicht am Rechtsberatungsgesetz scheitern (*BGH, Urt. v. 13.3.2003 – I ZR 143/00, NJW 2003, 3046*), ist vorliegend nicht berührt.

cc) Dem Anspruch der Klägerin steht **§ 814 BGB** nicht entgegen. Für eine **Leistung der Zedentin in Kenntnis der Nichtschuld**, für die die Beklagte zu 2) darlegungspflichtig wäre, bestehen keine Anhaltspunkte.

2. Gleichwohl ist die Sache nicht zugunsten der Klägerin entscheidungsreif. Nicht ausgeschlossen werden nämlich, dass der Beklagten zu 2) ein **Anspruch auf Wertersatz** gegen die Zedentin für die geleisteten Dienste aus § 812 Abs. 1 Satz 1 1. Fall, § 818 Abs. 2 BGB **in Höhe der üblichen oder hilfsweise der angemessenen und ersparten Vergütung**

zusteht. Dass der Rechtsgrund für die Dienstleistung, der Vertrag zwischen der Zedentin und der Beklagten zu 2), wegen Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz nichtig ist, macht sie **nicht wertlos** und steht dem Anspruch auf Wertersatz nicht entgegen, wenn die Zedentin sonst eine andere – zur Geschäftsbesorgung befugte – Person beauftragt hätte und dieser eine entsprechende Vergütung hätte zahlen müssen.

Die Abwicklung nach Bereicherungsrecht soll nicht demjenigen, der eine gesetzwidrige Geschäftsbesorgung übernimmt, auf einem Umweg entgegen § 134 BGB doch eine Vergütung verschaffen, sondern nur verhindern, dass der Empfänger der Leistungen daraus **einen ungerechtfertigten Vorteil zieht, was insbesondere für den Fall gilt, wenn – wie hier – der nichtige Vertrag auch erlaubte Leistungen erfasst** (vgl. BGHZ 70, 12, 17 f; BGH, Urt. v. 17.2.2000, a.a.O.).

Dem Anspruch der Beklagten zu 2) steht auch nicht im gesamten Umfang § 817 Satz 2 BGB entgegen, unbeschadet der Frage, ob dessen Voraussetzungen vorliegen, wofür die notwendigen Feststellungen noch nicht getroffen sind. Auch wenn der Geschäftsbesorgungsvertrag insgesamt nichtig ist, kommt eine Anwendung des § 817 Satz 2 BGB **nur hinsichtlich derjenigen Tätigkeiten in Betracht, die gesetzeswidrig sind**. Soweit solche nicht unter das Verbot des Art. 1 § 1 RBERG fallen, werden sie nicht von § 817 Satz 2 BGB erfasst (BGHZ 50, 90, 92 f). Da hier auch eine erlaubte wirtschaftliche Beratung durch die Beklagte zu 2) erfolgte, kann ein Wertersatzanspruch nicht ausgeschlossen werden, dessen Höhe aber noch nicht feststeht.

3. Weitergehende Ansprüche aus **Geschäftsführung ohne Auftrag** (§§ 683 Satz 1, 670 BGB) stehen der Beklagten zu 2) nicht zu. Zwar ist in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs anerkannt, dass im Falle der Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts wegen eines Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot auf die Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag zurückgegriffen werden kann. Der Umstand, dass sich die Beklagte zu 2) zur Leistung verpflichtet hatte bzw. dafür hielt, steht dem nicht entgegen (*Senatsurt. v. 10.10.1996 – III ZR 205/95, NJW 1997, 47, 48; BGHZ 157, 168, 175*). In Betracht kommen deshalb Ansprüche der Beklagten zu 2) wegen der erlaubten wirtschaftlichen Beratung der Klägerin.

**Soweit die Dienste jedoch unter Verstoß gegen das Rechtsberatungsgesetz geleistet wurden und damit in einer gesetzwidrigen Tätigkeit bestanden, konnte die Beklagte zu 2) sie nicht für erforderlich halten, so dass ein weitergehender Anspruch wegen dieser Leistungen nicht besteht** (vgl. *Senatsurt., BGHZ 118, 142, 150; BGH, Urt. v. 17.2.2000 – IX ZR 50/98, NJW 2000, 1560, 1562*).

4. Das Urteil des Oberlandesgerichts ist im Umfang des Revisionsangriffs aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen (§ 561 Abs. 1, 3 ZPO). Das Berufungsgericht hat die für die Beurteilung eines Anspruchs der Beklagten zu 2) erforderlichen Feststellungen zu treffen. ■

## Honorar des Rechtsanwalts

- Honorarvereinbarung
- Schriftform/Telefax
- Vorbehaltlose Zahlung
- Gesetzliche Gebühren
- Abrechnung im Prozess

(OLG Düsseldorf, Urt. v. 11.11.2008 – I-24 U 36/08)

### Leitsätze:

1. Eine vor dem 1.7.2008 durch Telefax getroffene Vergütungsvereinbarung ist unwirksam.
2. Die Vorschusszahlung des Mandanten stellt regelmäßig keine freiwillige vorbehaltlose Leistung auf das vereinbarte Honorar dar.
3. Hilfsweise begehrte gesetzliche Gebühren kann der Rechtsanwalt nur aufgrund einer formal wirksamen Kostenrechnung, die auch im Rechtsstreit nachgeholt werden kann, durchsetzen. ■

### Aus den Gründen:

Die Berufung des Klägers hat im Wesentlichen Erfolg. Er schuldet dem beklagten Rechtsanwalt für die von diesem in einem gegen den Kläger gerichteten Strafverfahren entfaltete Tätigkeit nicht, wie das Landgericht (in seinem in AGS 2008, 108 veröffentlichten Urteil) mit dem Beklagten rechtsirrtümlich meint, vertragliches Honorar jedenfalls in Höhe des angeblich nicht rückzahlbaren Vorschusses (1.160 EUR), sondern nur gesetzliches Honorar in Höhe der von ihm zugestandenen 313,20 EUR zzgl. Fotokopiekosten und Reisekosten (jeweils zzgl. 16% MwSt.), insgesamt 429,72 EUR. Daraus folgt, dass der Beklagte von dem empfangenen Vorschuss den überwiegenden Teilbetrag von 730,28 EUR (1.160 EUR – 429,72 EUR) an den Kläger zurückzuzahlen hat.

Es handelt sich dabei allerdings nicht, wie das Landgericht im rechtlichen Ansatz irrtümlich meint, um einen bereicherungsrechtlichen Anspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB, sondern um einen Herausgabeanspruch aus § 667 BGB, § 10 Abs. 2 RVG. Denn der von dem Beklagten auf der Grundlage des entgeltlichen Rechtsbesorgungsvertrages (§§ 611, 675 BGB, § 3 BRAO) gemäß § 9 RVG beanspruchte und an ihn auch gezahlte Vorschuss ist nur in Höhe von 429,72 EUR vertragsgemäß für die gesetzlichen Gebühren verbraucht worden, so dass der Überschuss bedingungsgemäß zurückzuzahlen ist (vgl. BGH, NJW-RR 1988, 1264; Palandt/Sprau, BGB 67. Aufl., § 669 Rdnr. 3). Im Einzelnen gilt das Folgende:

1. Richtig ist die Rechtsauffassung des Landgerichts, der Beklagte habe keinen Anspruch auf das von ihm ursprünglich auf der Grundlage der **Vergütungsvereinbarung** vom 26.9.2006 in Rechnung gestellte Zeithonorar, welches – unter Berücksichtigung des gezahlten Vorschusses – in Höhe von restlichen 4.097,23 EUR (5.257,23 EUR – 1.160 EUR) Gegenstand seiner Honorarnoten vom 31.12.2006 gewesen ist.



a) Das vom Kläger (nur) **per Telefax gegebene Honorarversprechen ist unwirksam**, soweit es die gesetzliche Vergütung übersteigt. Eine solche Überschreitung ist im Laufe der Bearbeitung des Mandats durch den Beklagten unstreitig eingetreten. Die Unwirksamkeit eines solchen Honorarversprechens beruht auf § 4 Abs. 1 Satz 1 RVG (in der hier noch maßgeblichen, seit dem 1.7.2004 geltenden Fassung, künftig: RVG a.F.), der vorschreibt, dass es nur verbindlich ist, wenn der Mandant es dem Rechtsanwalt **in Schriftform (§ 125 BGB)** erteilt. **Die Übermittlung per Telefax erfüllt nicht die Schriftform** (vgl. OLG Hamm, OLGR 2006, 336 = MDR 2006, 1139), **sondern allenfalls die Textform** (§ 126b BGB). Erst durch die seit dem 1.7.2008 in Kraft getretene und deshalb hier nicht anwendbare Gesetzesfassung (§ 4 Abs. 1 Satz 1 RVG n.F.) ist das Schriftformerfordernis abgeschwächt und durch die Textform ersetzt worden.

b) Ohne Erfolg kommt der Beklagte auf seinen schon im ersten Rechtszug vorgebrachten Einwand zurück, auf die Einhaltung des Schriftformgebots sei aus Gründen von Treu und Glauben im Rechtsverkehr (§ 242 BGB) zu verzichten, weil der Kläger die von ihm **unterzeichnete Honorarvereinbarung „vorsätzlich“ nur per Telefax übermittelt habe. Damit ist arglistiges Verhalten** des Klägers nicht schlüssig dargelegt. Ein solches könnte nur dann festgestellt werden, wenn dem Kläger die Formunwirksamkeit des nur per Telefax gegebenen Honorarversprechens im Zeitpunkt der Übermittlung bekannt gewesen wäre und er den Beklagten mit diesem Wissen arglistig daran gehindert hätte, auf der schriftlichen Übermittlung des Honorarversprechens zu bestehen (vgl. BGH, NJW 1991, 3095, 3098; 2004, 2818, 2819 m.w.N.).

Davon kann indes keine Rede sein. Der Beklagte nennt kein einziges Indiz, welches den Schluss auf ein solches Wissen des Klägers im maßgeblichen Zeitpunkt zulassen könnte. Im Übrigen ist der **Beklagte nicht schutzwürdig**; von ihm als Rechtsanwalt kann erwartet werden, dass er das Schriftformgebot kennt, den Mandanten darauf aufmerksam macht und aus diesem Grund auf dessen Einhaltung besteht (vgl. BGH, NJW 2004, 2818, 2819).

c) Aus den gleichen Gründen scheitert auch das im Berufungsrechtszug erneute Vorbringen des Beklagten, der Kläger schulde jedenfalls in Höhe des umstrittenen Vorschusses Schadenersatz. Ausreichende Anhaltspunkte für ein schuldhaft vertragspflichtwidriges oder gar vorsätzlich deliktisches Verhalten des Klägers, der juristischer Laie ist, hat der Beklagte nicht vorgebracht. Der bloße und im Prozess hervorgetretene Wille des Klägers, an dem formwidrigen Honorarversprechen nicht festgehalten zu werden, lässt keine i.S.d. § 286 ZPO gesicherten Rückschlüsse auf seine Motive bei Vertragsschluss zu.

2. Das Landgericht meint, der Vorschuss sei jedenfalls gemäß § 4 Abs. 1 Satz 3 RVG a. F. deshalb nicht zurückzuzahlen, weil der Kläger ihn im Sinne dieser Bestimmung **„freiwillig und ohne Vorbehalt“, nämlich in Kenntnis der Gebührenüberschreitung, geleistet habe**.

Dieser Rechtsauffassung folgt der Senat nicht.

a) **Sinn und Zweck von § 4 Abs. 1 Satz 3 RVG a.F. sind es, den Mandanten, der bei der Leistung einer vereinbarten Honorarzahlung positiv weiß, dass sie die gesetzliche Vergütung überschreitet, und dessen vorbehaltloser und freier Wille es ist, dass der Rechtsanwalt diesen Mehrbetrag erhalten soll, nicht zu schützen** (vgl. BGH, NJW 2003, 819, 821 sub Nr. II. 3. a) cc; NJW 2004, 2818, 2819 jeweils m.w.N.). Ob ein vereinbartes Zeithonorar die gesetzliche Vergütung überschreitet, ergibt sich aus einem Vergleich der gesamten gesetzlichen Vergütung mit dem gesamten vereinbarten Zeithonoraraufwand (künftig: Gebührenüberschreitung). Eine solche **Vergleichsrechnung** ist erst dann möglich, wenn sich die Höhe der gesetzlichen Vergütung ermitteln lässt, also regelmäßig erst nach dem Ende der Tätigkeit des Rechtsanwalts.

Von diesem Verständnis geht auch die Bestimmung des § 4 Abs. 1 Satz 1 RVG a.F. aus, wie bereits deren Wortlaut belegt. Denn sie zielt bei einem Schriftformverstoß gerade nicht von vornherein auf die vollständige Nichtigkeit der Honorarabrede oder gar des Anwaltsvertrages ab. Vielmehr erklärt die Vorschrift zum Schutz des Auftraggebers und im Interesse einer klaren Sach- und Beweislage nur die Honorarvereinbarung insofern für unwirksam, als die in Rede stehende Vergleichsrechnung zu einer Gebührenüberschreitung führt (vgl. BGH, NJW 2004, 2818, 2819 sub II. 1. c) zur Vorgängernorm des § 3 Abs. 1 Satz 1 BRAGO; ebenso schon BGH, NJW-RR 2001, 493 zu dem rechtsähnlichen § 4 Abs. 1 StBGebV).

b) Unter Anlegung dieser Kriterien hat der Kläger hinsichtlich des hier umstrittenen Vorschusses seine Schutzbedürftigkeit i.S.d. § 4 Abs. 1 Satz 1 RVG a.F. nicht verloren. Denn bei seiner Zahlung am 2.10.2006 wusste er nicht in feststellbarer Weise (§ 286 ZPO), dass er mit dieser Leistung zur Sicherung der künftigen Honorarforderung (vgl. dazu BGH, NJW 2004, 1043, 1047) des Beklagten schon mehr zahlte, als es der gesetzlichen Vergütung entsprach. Er konnte dies aus den vorgenannten Gründen noch gar nicht wissen, **weil mangels einer im Streitfall noch nicht möglichen Vergleichsrechnung weder im Zeitpunkt der Auftragserteilung noch im Zeitpunkt der Vorschusszahlung bekannt war, wie hoch das gesetzliche Honorar sein würde**. Darauf kommt es aber für die Entscheidung an. In diesem Zusammenhang weist der Kläger mit Recht darauf hin, dass insbesondere ein vorzeitiges Ende des Auftrags, das mit Blick auf § 627 BGB jederzeit möglich ist, durchaus zu einem vereinbarten Honorar unterhalb der gesetzlichen Gebühren hätte führen können. Dies wäre für den Beklagten nur deshalb nicht maßgeblich geworden, weil er sich in der Honorarvereinbarung (in diesem Fall formwirksam) die gesetzliche Vergütung als Mindesthonorar ausbedungen hatte.

aa) Dieser Erkenntnis steht weder entgegen, dass der Beklagte erklärtermaßen den Auftrag zum gesetzlichen Honorar nicht übernehmen wollte, noch dass die Parteien auf der Grundlage der vom Kläger bei Auftragserteilung gegebenen Informationen fest damit rechneten, bei der Erfüllung des Mandatsauftrags würde die vereinbarte Vergütung die gesetzliche übertreffen.

Es kommt nämlich nicht auf die Absichten und Erwartungen oder, wie es an anderer Stelle der Honorarvereinbarung heißt, darauf an, dass es „wahrscheinlich“ zu einer Gebührenüberschreitung kommen werde; **entscheidend ist das positive Wissen des Mandanten von der konkreten Gebührenüberschreitung**. Dabei muss **dieses Wissen bei jedem einzelnen Honorar, um dessen Rückzahlung gestritten wird**, i.S.d. § 286 ZPO festgestellt werden. Darlegungs- und beweispflichtig dafür ist der Beklagte als derjenige, der sich auf die Ausnahmebestimmung beruft (*BGH, NJW 2004, 2818, 2819*).

bb) Dazu fehlt es an konkretem Vortrag des Beklagten. Ihm hilft es auch nicht weiter, in der vorformulierten Honorarvereinbarung darauf hingewiesen zu haben, „dass diese Vereinbarung erheblich von der gesetzlichen Regelung abweicht“. Dieser Hinweis bezieht sich ersichtlich und in abstrakter Weise auf die Honorarermittlung, nämlich darauf, dass sich die Höhe des vereinbarten Honorars nach dem Zeitaufwand richtet, während sich die Höhe der gesetzlichen Vergütung aus der Erfüllung gesetzlich bestimmter Tätigkeitsmerkmale ergibt. Darauf hat der Beklagte in der Honorarvereinbarung schon nicht mehr hingewiesen. Welche Konsequenz der Zeitaufwand konkret für die Honorarhöhe hat, insbesondere wann im Laufe der Mandatsbearbeitung das vereinbarte Honorar das gesetzliche überschreitet, ist dagegen unbestimmt geblieben. Daran hatte sich auch bis zur Zahlung des hier umstrittenen Vorschusses nichts mehr geändert.

Jene abstrakten Hinweise sind deshalb auch weder, wie der Beklagte unter Verkenennung der Senatsrechtsprechung (*Urt. v. 29.6.2006 – I-24 U 196/04, juris = AGS 2006, 530, insoweit in NJW-RR 2007, 129 nicht abgedr.*) meint, Voraussetzung für eine wirksame Gebührenvereinbarung, noch sind sie grundsätzlich als ausreichend zu erachten, um eine gebührenüberschreitende Honorarzahung, die zur Erfüllung einer schriftformwidrigen Honorarvereinbarung geleistet worden ist, gemäß § 4 Abs. 1 Satz 3 RVG a.F. von der Rückforderung auszuschließen. Der Senat hat in der in Bezug genommenen Entscheidung lediglich ausgeführt, dass solch ein vorformulierter Hinweis in einer Honorarvereinbarung nicht gegen § 3 Abs. 1 Satz 1 BRAGO verstößt, der (insoweit enger als § 4 Abs. 1 Satz 1 RVG a.F.) zur Vermeidung der Unwirksamkeit der die gesetzlichen Gebühren überschreitenden Honorarabrede alle Regelungen untersagte, die mit ihr nicht in einem unmittelbaren Zusammenhang stehen.

cc) Der Senat hat daher keine Veranlassung, der abstrakten Frage nachzugehen, unter welchen konkreten Voraussetzungen der Mandant im Falle einer die gesetzliche Gebühren überschreitenden Zahlung auf ein vereinbartes Zeithonorar das in § 4 Abs. 1 Satz 3 RVG a.F. vorausgesetzte Wissen von der Gebührenüberschreitung im Zeitpunkt der Leistung hat bzw. ob und wie es diesem ggf. vermittelt werden kann (*vgl. dazu allg. im Falle eines vereinbarten Pauschalhonorars BGH, NJW 2004, 2818, 2819 m.w.N.*).

dd) Auch auf die weiteren von den Parteien im Zusammenhang mit der Auslegung des § 4 Abs. 1 Satz 3 RVG a.F. auf-

geworfenen Streitfragen kommt es nicht mehr an. Insbesondere kann die Frage offenbleiben, ob die vereinbarte Zahlung des Vorschusses unabhängig vom Wissen des Auftraggebers von der Gebührenüberschreitung schon deshalb keine Leistung im Sinne der genannten Vorschrift ist, weil in diesen Fällen gar nicht auf den Honoraranspruch, sondern allein auf den davon zu unterscheidenden, nach Meinung des Klägers von § 4 Abs. 1 Satz 3 RVG 2004 nicht erfassten Vorschussanspruch geleistet werde. Es braucht auch nicht entschieden zu werden, ob für den Fall, dass Vorschusszahlungen als von § 4 Abs. 1 Satz 3 RVG a.F. umfasst zu behandeln sind, solche Vorschüsse stets unter dem Vorbehalt künftiger Abrechnung (§ 10 Abs. 2 RVG) gezahlt werden, so dass, wie der Kläger meint, zwar im Einzelfall „freiwillig“, aber niemals „vorbehaltlos“ i.S.d. § 4 Abs. 1 Satz 3 RVG a.F. geleistet werde und deshalb der Vorschuss im Fall eines unwirksamen gebührenüberschreitenden Honorarversprechens stets zurückverlangt werden könne (*vgl. dazu Schons, AGS 2008, 109*).

3. Die Unwirksamkeit der Zeithonorarvereinbarung hat allerdings **nicht zur Konsequenz, dass dem Beklagten für seine Leistung gar kein Honorar zusteht**. Vielmehr steht ihm das **gesetzliche Honorar** zu, wenn auch nicht in der Höhe, die er in der „Vergleichsberechnung“ vom 16.4.2007 mit 1.032,92 EUR berechnet hat.

a) Der Senat vertritt in ständiger Rechtsprechung die Auffassung, dass der Rechtsanwalt, **der auf der Grundlage einer unwirksamen Abrede Honorar in einer Höhe verlangt, das die gesetzlichen Gebühren überschreitet, nicht die Abrechnung des gesetzlichen Honorars entbehrlieh macht, wenn er dieses (hilfsweise) beansprucht** (*vgl. Senat, MDR 2000, 420; MDR 2004, 58 = AnwBl 2004, 128; vgl. auch BGH, NJW 1971, 2227f sub Nr. 6; NJW 2002, 2774, 2775*). Zwar sind das vereinbarte und das gesetzliche Honorar nicht prozessual verschiedene Ansprüche (*BGH, NJW 2002, 2774, 2776; 2004, 1169, 1171 sub II. 4. b) bb) a.E.*); denn sie beruhen auf ein und derselben anwaltlichen Leistung. Das gesetzliche Honorar kann aber nicht allein deshalb gefordert werden, weil die Leistung erbracht und gemäß § 8 RVG fällig geworden ist. Vielmehr ist darüber eine nachvollziehbare **Leistungsabrechnung erforderlich**, wie sie durch das Gesetz vorgeschrieben ist (§ 10 Abs. 2 RVG).

Da sich die Abrechnung des vereinbarten Honorars nach Inhalt und Umfang ganz wesentlich von der Abrechnung des gesetzlichen Honorars unterscheidet (*Gerold/Schmidt/Madert, RVG 18. Aufl., § 10 Rdnr. 11*), kann dem Rechtsanwalt, der das nach seiner Meinung wirksam vereinbarte Honorar einklagt, nicht die (wenigstens hilfsweise zu erteilende) Abrechnung des gesetzlichen Honorars erspart werden, wenn er nicht das Risiko eingehen will, mit seiner Klage abgewiesen zu werden (*Senat, MDR 2004, 58 = AnwBl 2004, 128*).

**Eine solche Abrechnung muss nicht förmlich in Gestalt einer Rechnung erfolgen. Sie kann in einem vom Rechtsanwalt unterzeichneten prozessualen Schriftsatz enthalten sein** (*Senat, MDR 2000, 420; BGH, NJW 2002, 2774, 2775*),

etwa in Gestalt eines echten Hilfsvorbringens (*Senat, a.a.O.*) oder als Anlage zu einem solchen Schriftsatz (*BGH, NJW 2002, 2774, 2775*), etwa in Gestalt einer „Vergleichsrechnung“, die dazu dienen soll, die vom Mandanten (etwa auch) geleugnete Angemessenheit des vereinbarten Honorars darzustellen (*BGH, a.a.O.*); vom Rechtsanwalt, der der Überzeugung ist, das von ihm verlangte Honorar sei wirksam vereinbart worden, kann nicht erwartet werden, dass er dem Mandanten gegen seine Überzeugung eine förmliche Rechnung über das gesetzliche Honorar erteilt. Dem geschützten Interesse des Mandanten, in gesetzlicher Weise über das ersatzweise in Betracht kommende gesetzliche Honorar unterrichtet zu werden, kann auch auf die vorbeschriebene Weise entsprochen werden (*Senat, a.a.O.*; *BGH, a.a.O.*). Entscheidend ist, dass die Mitteilung die in § 10 Abs. 2 RVG vorgeschriebenen Merkmale enthält.

b) An diese Vorgaben hat sich der Beklagte mit der als Anlage zur Klageerwidernng überreichten „Vergleichsberechnung“ vom 16.4.2007 gehalten. Bereits sie erfüllt vollständig die Anforderungen des § 10 Abs. 2 RVG und – entgegen der Meinung des Klägers – nicht erst die später überreichte Abrechnung.

c) Der Beklagte hat die in der „Vergleichsrechnung“ abgerechneten Positionen mit Ausnahme der Fotokopie- und Reisekosten, die der Kläger im Senatstermin unstrittig gestellt hat, weder nach ihrem Grund noch nach ihrer Höhe verdient.

aa) Der Beklagte hat das gesetzliche Honorar wie folgt abgerechnet:

Zeile	Nr. des		
	VV RVG	Gebührentatbestand	Gebühr/EUR
01	4100	Verteidigergrundgebühr/Höchstsat	300,00
02	4124	Gebühr für Berufungsverfahren/Höchstsat	
			470,00
03	7001 Nr. 1a		
		393 Fotokopien aus Gerichtsakte ([50 x 0,50 EUR] + [343 x 0,15 EUR])	76,45
04	7002	Telekommunikationspauschale	20,00
05	7004	Reisekosten	24,00
06		Zwischensumme	890,45
07	7008	16% Mehrwertsteuer	142,47
08		Gesamthonorar	1.032,92

bb) Die dagegen von der Berufung erhobenen Einwendungen sind begründet.

(1) Der Senat folgt der Ansicht des Klägers, der Beklagte habe die in Zeile 01 angesetzte Gebühr nicht verdient, weil er nicht als Verteidiger, sondern nur mit einer Einzeltätigkeit beauftragt worden sei. **Der nur mit einer Einzeltätigkeit beauftragte Rechtsanwalt verdient nicht die Grundgebühr** (vgl. nur *Gerold/Schmidt/Burhoff, a.a.O., VV Vorb. 4.3 Rdnr. 10*). Der Beklagte war (noch) **nicht zum Verteidiger bestellt**, weil zum Zeitpunkt seiner Beauftragung (noch) keine Verteidigungstätigkeit erforderlich gewesen war. Der Kläger war in erster Instanz verurteilt worden. Das Landgericht hatte seine

Berufung als unzulässig verworfen, weil nach dessen Ansicht der Kläger im ersten Rechtszug wirksam auf die Einlegung von Rechtsmitteln verzichtet hatte. Die dagegen vom früheren Verteidiger des Klägers eingelegte sofortige Beschwerde hatte das Oberlandesgericht zurückgewiesen. Damit war der Rechtsmittelzug vollständig erschöpft und die Verteidiger-tätigkeit des früheren Prozessbevollmächtigten des Klägers beendet. **Die Aufgabe des Beklagten war es, mithilfe des an das Oberlandesgericht gerichteten außerordentlichen Rechtsbehelfs (künftig: Rechtsbehelf) die inzwischen „verschlossene“ Tür zur (weiteren) Verteidigung des Klägers gegen den Strafvorwurf wieder zu öffnen.** Solange dieses Zwischenziel nicht erreicht war, war der Kläger nicht zu „verteidigen“.

(2) Aus diesen Erwägungen ergibt sich bereits, dass für das Betreiben des Geschäfts nicht eine Gebühr nach VV RVG 4124, sondern nur eine solche nach VV RVG 4302 anzusetzen ist, die für **Einzeltätigkeiten (sonstige Beschwerden und Anträge)** gesetzlich vorgesehen ist. Der Höchstsatz nach dieser Vorschrift beträgt 250 EUR. Dieser ist mit Blick auf den tatsächlichen und rechtlichen Umfang der Angelegenheit, die rechtliche Schwierigkeit der anwaltlichen Tätigkeit, die Bedeutung der Strafsache für den Kläger sowie den erheblichen Zeitdruck, unter dem der Rechtsbehelf zu bearbeiten war, angemessen. Das gesteht auch der Kläger zu, so dass ein Gutachten des Vorstands der zuständigen Rechtsanwaltskammer gemäß § 14 Abs. 2 Satz 1 RVG nicht einzuholen ist.

(3) Das vom Beklagten verdiente Honorar berechnet sich demnach wie folgt:

Zeile	Nr. des		
	VV RVG	Gebührentatbestand	Gebühr/EUR
01	4302	Gebühr für Einzeltätigkeit/Höchstsat	250,00
02	7001 Nr. 1a		
		393 Fotokopien aus Gerichtsakte ([50 x 0,50 EUR] + [343 x 0,15 EUR])	76,45
03	7002	Telekommunikationspauschale	20,00
04	7004	Reisekosten	24,00
05		Zwischensumme	370,45
06	7008	16% Mehrwertsteuer	59,27
07		Gesamthonorar	429,72

4. Soweit der Kläger den Rechtsstreit in Höhe eines Teilbetrags von 313,20 EUR bereits im ersten Rechtszug in der Hauptsache für erledigt erklärt hat, ist antragsgemäß eine entsprechende Feststellung zu treffen. Denn die Klage war bei Vorlage der Vergleichsrechnung vom 16.4.2007 mit der Klageerwidernng zulässig und begründet, wie sich aus den vorstehenden Erwägungen ergibt.

Über das Hilfsbegehren des Beklagten (Erledigung der Hauptsache) ist nicht zu entscheiden, weil es sich mit dem Abweisungsantrag nicht vereinbaren lässt. Wenn der Kläger wie hier mit dem Hauptbegehren durchdringt, kommt eine übereinstimmende Erledigung nicht mehr in Betracht, weil es sich nicht um eine innerprozessuale, sondern um eine unzulässige, von der Entscheidung über den Hauptantrag abhängige gemachte Bedingung handelt (vgl. *BGHZ 106, 369; Zöller/Vollkommer, ZPO 26. Aufl., § 91a Rdnr. 13*). (... ) ■

## Anwaltshaftung

- Regressprozess gegen Mandanten
  - Abstimmung mit dem Haftpflichtversicherer des Mandanten
  - Vergleich oder Widerruf
- (OLG Koblenz, Urt. v. 10.10.2008 – 8 U 1292/05)

### Leitsätze (d. Red.):

1. Ein Vergleichsabschluss ohne vorherige Abstimmung mit dem Haftpflichtversicherer des Mandanten ist pflichtwidrig.
2. Ein Vergleich kann ohne Widerrufsvorbehalt abgeschlossen werden, wenn der Mandant die Abstimmung mit dem Haftpflichtversicherer durchgeführt hat.
3. Ein Pflicht zum Hinweis auf die Gefahr, den Haftpflichtversicherungsschutz zu verlieren, besteht nicht mehr, wenn der Mandant die Korrespondenz mit dem Haftpflichtversicherer führte und wusste, dass vor dem Vergleichsabschluss das Einverständnis des Haftpflichtversicherers einzuholen war. ■

### Aus den Gründen:

Der Kläger ist Architekt und nimmt die beklagten Rechtsanwälte auf Schadenersatz wegen angeblicher Verletzung eines Anwaltsvertrages in Anspruch.

Die Beklagten haben den Kläger in einem Architektenhonorarprozess vor dem Landgericht Trier – 5 O 93/99 – gegen eine Frau S. vertreten. Die Auftraggeberin S. rechnete dort mit Schadenersatzansprüchen wegen Mängeln der vom Kläger erbrachten Planungs- und Überwachungsleistungen auf. Sachbearbeiter bei den Beklagten war der Beklagte zu 3). Am 13.9.2002 schlossen die Parteien des Vorprozesses einen Widerrufsvergleich des Inhalts, dass keine gegenseitigen Ansprüche mehr bestünden.

Der Beklagte zu 3) widerrief namens des Klägers den Vergleich. Unter dem 8.10.2002 schrieb er an den Kläger, der Widerruf sei erforderlich geworden, weil noch keine Äußerung des Haftpflichtversicherers des Klägers vorliege. Nachdem der Kläger die Korrespondenz mit dem Versicherer übernommen habe und ihm, dem Beklagten zu 3), noch nicht einmal eine Schaden-Nr. vorliege, bitte er um Nachricht, damit die weitere Vorgehensweise besprochen werden könne. Am 25.10.2002 schloss der Beklagte zu 3) den widerrufenden Vergleich erneut, jedoch ohne Widerrufsvorbehalt. Der auf Tonträger diktierte Vergleich wurde anschließend nicht vorgespielt.

Die Haftpflichtversicherung des Klägers, von der er die Ausgleichung der nach seiner Meinung nach dem Vergleich nicht mehr durchsetzbaren Honorarforderung anstrebte, lehnte eine Einstandspflicht unter Berufung auf eine Obliegenheitsverletzung ab, weil der Vergleich ohne ihre vorherige Benachrichtigung abgeschlossen worden sei.

Der Kläger wirft den Beklagten vor, den Vergleich voreilig ohne die notwendige Beteiligung des Haftpflichtversicherers geschlossen zu haben. Er verlangt Schadenersatz in Höhe der Honorarforderung von 32.432,78 EUR abzüglich der Selbstbeteiligung sowie der Kosten einer Streitverkündung, insgesamt 28.847,06 EUR. (...)

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und sich auf den Standpunkt gestellt, der formell unwirksame Vergleich vom 25.10.2002 sei auch materiell unwirksam. Den vorgetragenen Umständen sei nicht zu entnehmen, dass die Parteien den Vergleich unabhängig von seiner prozessualen Wirksamkeit gewollt hätten. Durch den Vergleich sei dem Kläger deshalb kein Schaden entstanden. Er könne etwaige ihm zustehende Honoraransprüche gegen die Bauherrin in dem Vorverfahren weiterverfolgen.

Dagegen richtet sich die Berufung des Klägers, der an seinem erstinstanzlich geltend gemachten Anspruch festhält.

Das Landgericht hatte den Kläger bereits in einer prozessleitenden Verfügung vom 13.5.2005 auf die Doppelnatur des Prozessvergleichs und die Möglichkeit auch einer materiell-rechtlichen Unwirksamkeit des Vergleichs vom 25.10.2002 hingewiesen. Der Kläger hat daraufhin den Vorprozess wieder aufgenommen. In dem Vorprozess (nunmehr Az. 4 O 258/05) hat das Landgericht Trier am 12.10.2005 ein Urteil verkündet, in dem die Honorarklage des Klägers abgewiesen worden ist, weil der Vergleich materiell-rechtlich wirksam sei und dem Kläger deshalb keine Honoraransprüche mehr zustünden. Den Beklagten ist in dem Vorprozess der Streit verkündet worden. Sie sind dem Kläger beigetreten, der gegen das erstinstanzliche Urteil Berufung eingelegt hat. Das Berufungsverfahren wird bei dem 10. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Koblenz unter dem Az. 10 U 1628/05 geführt und ruht im Hinblick auf das vorliegende Verfahren seit dem 27.1.2006.

In dem vorliegenden Verfahren hat der Senat die Berufung des Klägers durch Urteil vom 16.2.2007 zurückgewiesen, weil der Kläger nicht bewiesen habe, dass der mit den Beklagten geschlossene Anwaltsvertrag auch die Abstimmung des Vergleichs mit dem Haftpflichtversicherer umfasst habe und des Weiteren davon auszugehen sei, dass der Kläger dem Beklagten zu 3) eine entsprechende Weisung zum Abschluss des Vergleichs erteilt habe.

Auf die Nichtzulassungsbeschwerde des Klägers hat der Bundesgerichtshof durch Beschluss vom 28.2.2008 – IX ZR 49/07 – die Revision zugelassen, das Urteil des Senats aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an den Senat zurückverwiesen. Der Bundesgerichtshof ist zu der Auffassung gelangt, der Senat habe entscheidungserhebliches Vorbringen des Klägers übergangen, weil er zwei Zeugen zu dem Vortrag des Klägers, der Beklagte zu 3) habe am 11.10.2002 erklärt, die Abstimmung mit dem Haftpflichtversicherer zwischenzeitlich vorgenommen zu haben, nicht gehört habe.



Entsprechend der Vorgabe des Bundesgerichtshofs hat der Senat Beweis erhoben gemäß Beweisbeschluss vom 14.5.2008. (...)

Die zulässige Berufung des Klägers ist auch nach der durchgeführten Beweisaufnahme unbegründet.

1. Der geltend gemachte Schadenersatzanspruch steht dem Kläger nach wie vor bereits dem Grunde nach nicht zu, weil der Vergleichsabschluss vom 25.10.2002 nicht auf einer von dem Beklagten zu 3) begangenen Pflichtverletzung beruht.

a) Es kann weiterhin **nicht davon ausgegangen werden, dass die Abstimmung des Vergleichs mit dem Haftpflichtversicherer des Klägers von dem Mandat, das der Kläger den Beklagten erteilt hatte, umfasst war.** Vielmehr durfte der Beklagte zu 3) bei Abschluss des Vergleichs am 25.10.2002 davon ausgehen, dass der Kläger das Einvernehmen mit seinem Haftpflichtversicherer selbst hergestellt hatte.

Ihrer prozessualen Darlegungspflicht, warum das ihnen erteilte Mandat nicht die Abstimmung des Vergleichs mit dem Haftpflichtversicherer des Klägers umfasste, haben die Beklagten genügt. Insoweit hält der Senat an seinen Ausführungen in dem aufgehobenen Urteil fest. Im Rahmen der durchgeführten Zeugenvernehmung konnte der Kläger demgegenüber den ihm obliegenden Nachweis nicht erbringen, dass er die Beklagten auch beauftragt hatte, den Vergleich vor seinem Abschluss mit seinem Haftpflichtversicherer abzustimmen.

Der Zeuge B. hatte nach seinen Angaben im Auftrag des Haftpflichtversicherers zu klären, warum dem Prozessvergleich seitens der Parteien zugestimmt wurde. Zu diesem Zweck hat er am 20.3.2003 im Büro des Klägers ein Gespräch geführt, an dem auch der Beklagte zu 3) teilnahm. Die Angaben des Zeugen zu dem Inhalt des Gesprächs enthalten keinerlei Hinweise auf den von dem Kläger behaupteten Umfang des den Beklagten erteilten Mandats.

Auch der Zeuge R. hat dazu keine Angaben gemacht. Er war nach seiner Darstellung mit der Sache erstmals Ende Oktober 2002 befasst, als er für den Kläger einen Ortstermin an dem besagten Bauvorhaben S. wahrgenommen habe, bei dem es um eine Bestandsaufnahme für einen vom Gericht beauftragten Sachverständigen gegangen sei.

An eine Besprechung vom 11.10.2002 im Zusammenhang mit dem Bauvorhaben S. konnte sich der Zeuge nicht erinnern. Er habe in Bezug auf das Bauvorhaben S. überhaupt keine Gespräche in Bezug auf Haftpflichtschäden geführt und sich mit dem Beklagten zu 3) auch nie gezielt über dieses Bauvorhaben und damit verbundene Haftpflichtfragen unterhalten.

Demnach hat der Kläger nicht bewiesen, dass der Beklagte zu 3) verpflichtet war, vor Abschluss des Vergleichs das Einverständnis des Haftpflichtversicherers einzuholen.

b) Eine Pflichtverletzung durch den Beklagten zu 3) kann auch nicht aus einer fehlenden Weisung zum Vergleichsabschluss hergeleitet werden.

Die von den Beklagten erstinstanzlich in dem Schriftsatz ihrer Prozessbevollmächtigten vom 19.11.2004 vorgetragene Weisungserteilung am 11.10.2002 hat der Kläger in dem Schriftsatz seiner Prozessbevollmächtigten vom 10.1.2005 zugestanden.

Ein **Widerruf (§ 290 ZPO) dieses Geständnisses (§ 288 ZPO)** ist nicht erfolgt. Insbesondere hat die Beweisaufnahme nicht ergeben, dass das Geständnis nicht der Wahrheit entspricht (§ 290 ZPO).

Der Vortrag des Klägers in der Berufungsinstanz, dass die Besprechung nicht am 11. sondern am 25.10.2002 stattgefunden habe, ist von dem Zeugen R., der sich an eine Besprechung im Zusammenhang mit dem Bauvorhaben S. nicht erinnern konnte, nicht bestätigt worden. Soweit mithin durch den geänderten Vortrag in der Berufungsinstanz auch die erstinstanzlich zugestandene Weisungserteilung in Abrede gestellt werden sollte, ist der Nachweis der Richtigkeit der geänderten Darstellung nicht geführt worden.

c) Schließlich liegt eine Pflichtverletzung bei dem Vergleichsabschluss auch nicht darin begründet, dass der Beklagte zu 3) den Kläger zuvor **nicht darauf hingewiesen hat, dass er Gefahr laufe, seiner Haftpflichtversicherung verlustig zu werden**, wenn er sich mit dem Haftpflichtgläubiger ohne Zustimmung des Versicherers vergleiche (Nichtzulassungsbeschwerde und Revisionsbegründung). Eine dahingehende Hinweispflicht des Beklagten zu 3) bestand nicht mehr.

Aus den an ihn gerichteten Schreiben des Beklagten zu 3) vom 7.8.2002 und vom 8.10.2002 konnte der Kläger ohne Weiteres entnehmen, dass vor dem Vergleichsabschluss das Einverständnis des Haftpflichtversicherers einzuholen war. Weiterhin ging für den Kläger insbesondere aus dem Schreiben vom 7.8.2002 hervor, dass der Beklagte zu 3) davon ausging, **dass der Kläger selbst die Korrespondenz mit dem Haftpflichtversicherer führte.** Die Beweisaufnahme hat ein davon abweichendes Ergebnis nicht erbracht.

Dem Beklagten zu 3) ist damit nicht zu widerlegen, dass er von dem Kläger keinen Auftrag zur Einholung der Zustimmung des Haftpflichtversicherers zu dem Vergleich erhalten hat. Andererseits durfte er aufgrund der in den genannten Schreiben erteilten Hinweise davon ausgehen, dass der Kläger die Zustimmung selbst eingeholt hatte. Eines nochmaligen Hinweises bedurfte es deshalb nicht.

Der Bundesgerichtshof hat dies offensichtlich nicht anders gesehen, da er ansonsten eine Pflichtverletzung durch den Beklagten zu 3) selbst hätte bejahen können und es einer Zurückverweisung zur Durchführung einer Beweisaufnahme im Hinblick auf eine Pflichtverletzung nicht bedurft hätte. (...) ■

## Versicherungsschutz

- Direktanspruch gegen den Haftpflichtversicherer (D & O)
- Konsortialversicherung – Mitversicherer
- Führungsklausel gemäß AVB
- Prozessführungsklausel gemäß AVB
- Auslegung
- AGB-Prüfung

(OLG Köln Urt. v. 2.9.2008 – 9 U 151/08)

### Leitsätze:

1. Bei der D & O-Versicherung (nach dem vorliegenden Bedingungswerk) handelt es sich auch für den Fall der sog. Innenhaftung um eine Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung. Die Zubilligung eines auf Befriedigung gerichteten Direktanspruchs würde das Wahlrecht des Versicherers beeinträchtigen und ist im Haftpflichtversicherungsrecht, in dem das Trennungsprinzip gilt, nicht vorgesehen.

2. Zur Auslegung und Wirksamkeit einer Führungsklausel bei Mitversicherung.

3. Eine vereinbarte Prozessführungsklausel schafft nicht nur das Recht, sondern auch die Pflicht des Versicherungsnehmers, im Streiffalle nur den führenden Versicherer zu verklagen. Die Regelung hat u.a. den Sinn, das Kostenrisiko für beide Teile zu vermindern. Es handelt sich um ein pactum de non petendo, das bewirkt, dass eine Klage gegen den mitbeteiligten Versicherer abzuweisen ist, wenn er sich auf diese Klausel beruft.

4. Zum fehlenden rechtlichen Interesse einer Feststellungsklage gegen den mitbeteiligten Versicherer. ■

### Aus den Gründen:

I. Die Klägerinnen nehmen die Beklagte aus einer Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung wegen behaupteten pflichtwidrigen Verhaltens von ehemaligen Vorstandsmitgliedern der Klägerin zu 2) im Zusammenhang mit einem 1998 abgeschlossenen Catering Service Agreement mit dem Konsortium T.A. System E. in Anspruch.

Die Klägerin zu 1) hatte als Versicherungsnehmerin eine Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung von Unternehmensleitern bei dem H.-Konzern als Versicherer abgeschlossen. Es handelt sich um eine sog. F.-Versicherung, bei der alle Unternehmen mitversichert sind, an deren Kapital die M. direkt oder indirekt mit mehr als 50% beteiligt ist, sowie alle Unternehmen, an denen die Versicherungsnehmerin 50% oder weniger, jedoch mehr als 20% der Stimmrechte hält, sofern die Versicherungsnehmerin die unternehmerische Führung ausübt. Zwischen der Klägerin zu 1) und der Klägerin zu 2) besteht ein Unternehmensvertrag mit Gewinnabführungs- und Verlustausgleichsvereinbarung.

Ausweislich der Police vom 14.7.2000 ist Versicherer der „H.-Konzern“. Die Versicherungssumme beträgt 300 Mio.

DM pro Versicherungsfall und für alle Versicherungsfälle eines Versicherungsjahres. Diesem Vertrag trat die BDF-Insurance S.A.-N.V. durch Erklärung vom 19.1.2001 bei und bestätigte das Beteiligungsverhältnis von 15% ab 1.1.2001. Die Beklagte ist Rechtsnachfolgerin der BDF-Insurance S.A.-N.V. durch Bestandsübertragung geworden.

Nach § 8 der Besonderen Vereinbarungen wird der Versicherungsschutz gemeinsam von den nachstehend aufgeführten Versicherern mit den dabei vermerkten Anteilen gewährt: „H.-Versicherungs-AG 35%, CJI Europe 35%, DIVCC Insurance Company of Europe 15%, BDF-Insurance S.A.-N.V. 15%.“

In § 8 der Besonderen Vereinbarungen heißt es auszugsweise:

„2. Jeder Versicherer haftet nur für seinen Anteil. Es besteht weder eine solidarische Haftung allgemein noch eine Haftung des führenden Versicherers für die mitbeteiligten Versicherer.“

3. Die Führung dieser Versicherung liegt in den Händen der H.-Versicherungs-AG, dessen Maßnahmen sich die mitbeteiligten Versicherer in jeder den Versicherungsvertrag betreffenden Erklärung bei Schuldanerkenntnissen, Vergleichen, Abrechnungen, Bedingungsänderungen, Auslegungen usw. anschließen. Jede Maßnahme, die seitens des führenden Versicherers getroffen wird, gilt stillschweigend als seitens der mitbeteiligten Versicherer selbst getroffen.

4. Der führende Versicherer kann alle Erklärungen, Mitteilungen oder Anzeigen rechtsverbindlich für die mitbeteiligten Versicherer abgeben. Die Versicherungsnehmerin kann alle Erklärungen, Mitteilungen oder Anzeigen dem führenden Versicherer rechtsverbindlich gegenüber den mitbeteiligten Versicherern abgeben.

5. Klagen der Versicherungsnehmerin aus diesem Versicherungsvertrag sind nur gegenüber dem führenden Versicherer unter Beschränkung auf den von ihm übernommenen Anteil zu erheben. Gerichtliche Entscheidungen haben auch gegenüber den mitbeteiligten Versicherern Wirksamkeit.

6. Falls der Anteil des führenden Versicherers die Berufungs- oder Revisionssumme nicht erreicht, ist die Versicherungsnehmerin berechtigt und auf Verlangen des führenden Versicherers verpflichtet, die Klage auf die Mitversicherer auszudehnen. Wird diesem Verlangen nicht entsprochen, so finden die Bestimmungen der Ziff. 5 letzter Satz keine Anwendung.“

Gegenstand der Versicherung gemäß § 1 Ziff. 1 ist die Gewährung von Versicherungsschutz für den Fall, dass versicherte Personen wegen einer bei der Ausübung ihrer Tätigkeiten als Organ begangenen Pflichtverletzung von der Versicherungsnehmerin, mitversicherten Unternehmen oder Dritten aufgrund gesetzlicher Haftpflichtbestimmungen für einen Vermögensschaden in Anspruch genommen werden. Versicherte Personen sind alle jetzigen, ausgeschiedenen

und zukünftigen Mitglieder des Vorstands, des Aufsichtsrats, des Beirats der Geschäftsführung oder ähnlicher Organe nach ausländischer Rechtsprechung und alle leitenden Angestellten der versicherten Unternehmen und deren Tochterunternehmen.

Nach § 2 Ziff. 2 der Besonderen Vereinbarungen begann der Versicherungsschutz am 15.12.1999. Gemäß § 2 Ziff. 3 umfasste der Versicherungsschutz auch Versicherungsfälle wegen vor Beginn des Versicherungsvertrages begangener Pflichtverletzungen, von denen die Versicherungsnehmerin, ein mitversichertes Unternehmen oder eine versicherte Person bei Abschluss der Versicherung keine Kenntnis hatte.

In § 3 der Besonderen Vereinbarungen heißt es u.a.:

„1. Die Leistungspflicht des Versicherers umfasst die Prüfung der Haftpflichtfrage, die Befriedigung begründeter als auch die außergerichtliche und gerichtliche Abwehr unbegründeter Schadenersatzansprüche...“.

In dem Side Letter vom 14.7.2000 heißt es u.a.:

„... 3. a) Die Rechte aus dem Versicherungsvertrag stehen den versicherten Personen zu, unabhängig davon, ob sie im Besitz des Versicherungsscheins sind.

b) Die Versicherungsansprüche können vor ihrer endgültigen Feststellung ohne ausdrückliche Zustimmung des Versicherers nicht übertragen werden.“

Zu den versicherten Personen gehören die ehemaligen Vorstandsmitglieder der Klägerin zu 2), u.a. die Herren X., C. und D.

Mit Schreiben vom 9.8.2001 meldete die I-Versicherungsdienste GmbH als Maklerin für den M.-Konzern einen Schadenfall gegenüber dem führenden Versicherer. Mit gleichlautenden Schreiben vom 21.8.2001 machte der Vorsitzende des Vorstands der Klägerin zu 1) unter Bezugnahme auf einen Revisionsbericht der Konzernrevision und ein Rechtsgutachten der Rechtsanwälte Dr. R. und Prof. Dr. N. Schadenersatzansprüche gegen die Herren X., C. und D. geltend.

Die Einzelheiten zu den vorgeworfenen Sorgfaltspflichtverletzungen sind zwischen den Parteien streitig.

Mit Schreiben vom 15.3.2002 und Ergänzung vom 19.4.2002 erklärte die H.-Versicherung, auch namens der DIVCC Insurance Company of Europe und der BDF Insurance S.A.-N.V., den Rücktritt vom Vertrag wegen Verletzung vorvertraglicher Anzeigepflichten.

Es kam dann in der Folgezeit zu einem Schlichtungsverfahren, das mit einem Schlichterspruch vom 29.9.2004 der Schlichter Prof. S., Prof. Dr. O. und Dr. U. endete. Die Schlichter stellten als Gesamtergebnis fest, dass die dortigen Antragsgegnerinnen in jenem Verfahren nicht wirksam vom Versicherungsvertrag zurückgetreten seien. Das Gremium

hielt es nicht für ausgeschlossen, dass die Voraussetzungen des Risikoausschlusses bei einer gesamten Klärung des Sachverhalts, also auch den die Haftungsfrage bestimmenden Tatsachen, noch festgestellt werden könnten. Das Gremium empfahl den Parteien deshalb, unter Einbezug der Haftungsfrage im Wege des Vergleichs eine gütliche Einigung über die Versicherungsleistung zu suchen. Der Schlichter Dr. U. ergänzte den Schlussbericht mit einer abweichenden Meinung zu einem Teilbereich. Die Beklagte erkannte das Ergebnis des Schlichtungsverfahrens nicht an.

In der Folgezeit wurde im Dezember 2004 ein Schiedsgerichtsverfahren eingeleitet, das noch schwebt. An diesem sind die Klägerinnen und die Mitversicherer (H., DIVCC Insurance und CJI Europe) beteiligt. Die Beklagte hat sich dem Schiedsverfahren nicht angeschlossen.

Gegenstand des Schiedsverfahrens ist im Verhältnis der Vertragsparteien untereinander in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht zu klären, „a) ob und in welcher Höhe H., DIVCC und CJI Versicherungsschutz in Form der Befriedigung begründeter Schadenersatzansprüche unter Berücksichtigung der vertraglichen Bedingungen der F.-Versicherung für den Versicherungsfall zu gewähren haben, sowie b) als Vorfrage zu Buchst. a), ob und in welchem Umfang M. und/oder P. Ansprüche aus dem T.-Engagement gegen die Herren X, C. und D. zustehen.“ Auf den Schiedsvertrag vom 23.12.2004 wird ergänzend Bezug genommen.

Die Klägerinnen haben vorgetragen, die damaligen Vorstandsmitglieder der Klägerin zu 2), die Herren X. als Vorsitzender sowie C. und D., hätten Pflichtverstöße nach § 93 Abs. 1 AktG begangen, die zu einer Haftung nach § 93 Abs. 2 AktG führten. Die Pflichtverletzungen stünden in Zusammenhang mit dem Abschluss eines Catering Service Agreement vom 26.11.1998 mit dem Konsortium T.A. System E., welches aufgrund der darin getroffenen Entgeltregelung zwangsläufig zu massiven Verlusten des M.-Konzerns habe führen müssen. Der Vertrag hätte bei pflichtgemäßem Verhalten nicht in dieser Form abgeschlossen werden dürfen. Die ordnungsgemäße Einschaltung des Aufsichtsgremiums hätte zudem den Vertragsabschluss verhindert. Wegen der weiteren Einzelheiten zu den behaupteten Pflichtverletzungen wird auf den Schriftsatz der Klägerinnen vom 29.5.2006 verwiesen. Die Klägerinnen haben insoweit zunächst behauptet, es seien Verluste von bis 347 Mio. EUR und möglichen weiteren 115 Mio. EUR anzunehmen, sodass die Versicherungssumme bei Weitem überschritten sei. Mit Schriftsatz vom 29.5.2006 haben sie den Gesamtschaden mit 246.935.510 EUR angegeben.

Insoweit ist eine Haftungsklage zwischen der Klägerin zu 2) und den früheren Vorständen bei dem Landgericht Frankfurt am Main anhängig. Eine Entscheidung steht noch aus. Die Klägerinnen haben darüber hinaus die Ansicht vertreten, dass wirksame Rücktritte vom Versicherungsvertrag wegen Verfristung und fehlender Mitwirkung des Mitversicherers CJI nicht vorlägen.

(Anträge ...)

Die Beklagte hat vorgetragen, dass sie nicht bereits zum 14.7.2000, dem Tag der Ausstellung der Police zum 1. Layer, Vertragspartei geworden sei, sondern erst durch Erklärung vom 19.1.2001. Dies sei ein anderer Lebenssachverhalt, der nicht Gegenstand des Klageanspruchs sei. Im Haftpflichtversicherungsrecht könne zudem nicht direkt vom Versicherer Befriedigung verlangt werden. Der Haftpflichtanspruch sei noch nicht festgestellt. Im Falle der Innenhaftung im Rahmen der F.-Versicherung würde die Annahme eines Direktanspruchs einen Verstoß gegen das Trennungsprinzip darstellen.

Die Hilfsanträge seien unzulässig und jedenfalls unbegründet. Der erste Hilfsantrag entspreche dem unzulässigen Hauptantrag und verletze auch das Trennungsprinzip. Außerdem berücksichtige er nicht die anteilige Haftung. Beim zweiten Hilfsantrag, der keine Deckungsklage sei, fehle es an einem Feststellungsinteresse. Der dritte Hilfsantrag sei auf Klärung abstrakter Rechtsfragen gerichtet und deshalb unzulässig. Die Rücktritte seien wirksam. Insbesondere seien den Klägerinnen gefahrrelevante Umstände bekannt gewesen. Die Vorstände hätten – wenn man dem Klagevortrag folge – Elementarpflichten verletzt, so dass Ausschlussgründe, insbesondere wegen Vorsatz und Wissentlichkeit, vorlägen. Der Schaden werde mit Nichtwissen bestritten. Schließlich sei Verjährung eingetreten. (...)

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Es hat im Wesentlichen ausgeführt, die Klage „erscheine“ teilweise unzulässig und sei insgesamt unbegründet. Die Klägerin zu 2) sei nicht aktivlegitimiert, die Beklagte nicht passivlegitimiert, der primär geltend gemachte Zahlungsanspruch sei nicht fällig.

Der Anspruch auf Zahlung sei derzeit unbegründet, denn die Beklagte würde, wenn sie denn passivlegitimiert wäre, zunächst und derzeit nur Rechtsschutz zur Verteidigung der vor dem Landgericht Frankfurt am Main als Beklagte in Anspruch genommenen Vorstände schulden. Der Versicherungsanspruch in der Haftpflichtversicherung sei auf die Befreiung von begründeten und die Abwehr von unbegründeten Schadenersatzansprüchen gerichtet. Die derzeitige Zubilligung eines auf Befriedigung gerichteten Versicherungsanspruchs widerspräche dem Trennungsprinzip und stünde im Widerspruch zu dem der Beklagten eingeräumten Wahlrecht.

Die hilfsweise im Wege der vorweggenommenen Deckungsklage gestellten Feststellungsanträge erschienen unzulässig, jedenfalls mangels Passivlegitimation unbegründet. Dem hilfsweise gestellten Antrag auf Feststellung der Erstattungsverpflichtung dürfte das Feststellungsinteresse fehlen. Dies gelte auch für den äußerst hilfsweise auf Feststellung der Unwirksamkeit des Rücktritts gerichteten Antrag. Die weiterhin äußerst hilfsweise gestellten Feststellungsanträge seien mangels Passivlegitimation unbegründet. Die von der Klägerin zu 2) erhobene Klage sei mangels Aktivlegitimation unbegründet, da sie nicht Versicherungsnehmerin sei. Die Behauptung der Ermächtigung zur Klage ändere nichts, da das Abtretungsverbot nach Ziff. 3. b) des Side Letter eingreife. (...)

Hiergegen wendet sich die Berufung der Klägerinnen, mit der sie eine fehlerhafte Anwendung formellen und materiellen Rechts durch das Landgericht rügen. Sie machen insbesondere geltend, sie seien verpflichtet, eine Leistungsklage zu erheben, da sie möglich und zumutbar sei. Der Schaden könne exakt beziffert werden. Zudem gelte das Trennungsprinzip nicht für die Innenverhältnisdeckung der F.-Versicherung. Von der Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung sei die Eigenschadenversicherung zu unterscheiden. Diese solle den Schaden decken, der dem Versicherungsnehmer durch seine Organe bzw. Mitarbeiter an seinem eigenen Vermögen zugefügt werde. Diese würden in den Deckungsschutz einbezogen, so dass der Rückgriff (außer bei Vorsatz) vermieden werde. Der deutsche Versicherungsmarkt habe sich in Bezug auf die F.-Versicherung von dem Trennungsprinzip gelöst und den Direktanspruch befürwortet. In dem anhängigen Schiedsverfahren werde dementsprechend die aktienrechtliche Haftung als Vorfrage geklärt, um sodann die deckungsrechtlichen Fragen und die Höhe des Schadens abzuhandeln.

Die Hilfsanträge seien zulässig. Sie seien für den Fall gestellt, dass der Zahlungsantrag unzulässig oder derzeit nicht begründet sei. Im Übrigen könne die Passivlegitimation der Beklagten nicht wegen der Führungsklausel verneint werden, weil die Beklagte sich entgegenstehend verhalten habe. Die Beklagte habe nämlich die Deckung unter dem Versicherungsvertrag abgelehnt, den Rücktritt vom Vertrag zweimal erklärt, die Anerkennung des Schlichterspruchs verweigert, die Teilnahme am Schiedsverfahren ihrer Mitversicherer verweigert, dem führenden Versicherer untersagt, irgendwelche Erklärungen mit Wirkung für oder gegen die Beklagte abzugeben, und den Verzicht auf die Einrede der Verjährung verweigert. Dies führe zur Zulässigkeit von Feststellungsklagen. Die Aktivlegitimation der Klägerin zu 2) sei schließlich gegeben, weil die Ermächtigung zur Geltendmachung von Ansprüchen nicht gegen das Abtretungsverbot des Side Letter verstoße.

(Anträge ...)

Die Beklagte hält die Berufung für unzulässig, weil die Berufungsschrift nicht den Voraussetzungen des § 520 Abs. 3 ZPO entspreche. Insbesondere seien die Ausführungen zur Passivlegitimation als unabhängig, selbstständig tragende rechtliche Erwägung nicht in zulässiger Weise geschehen. Die Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil und wiederholt und vertieft ihren erstinstanzlichen Vortrag. Der geschuldete Versicherungsschutz entspreche dem Leitbild der Haftpflichtversicherung. Zudem sei die Führungsklausel in den Besonderen Vereinbarungen wirksam zwischen den Parteien vereinbart. Demnach sei eine Klage gegen die Beklagte ausgeschlossen. Die Klägerinnen wären verpflichtet gewesen, zunächst Klage gegen den führenden Versicherer zu erheben. Die auf Feststellung gerichteten Hilfsanträge seien darüber hinaus unzulässig. Schließlich seien die Ansprüche auf Versicherungsleistung verjährt.

II. Gegen die Zulässigkeit der Berufung bestehen keine Bedenken.



Die inhaltlichen Anforderungen an die Berufungsbegründung richten sich nach § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2–4 ZPO. Zweck des Berufungsbegründungszwangs ist es, eine Zusammenfassung und Beschränkung des Streitstoffs zu erreichen. Die Berufungsbegründung muss erkennen lassen, in welchen Punkten tatsächlicher oder rechtlicher Art das angefochtene Urteil nach Ansicht des Berufungsklägers unrichtig ist. Außerdem muss im Einzelnen angegeben werden, aus welchen Gründen der Berufungsführer die tatsächliche und rechtliche Würdigung des angefochtenen Urteils für falsch hält (vgl. BGH, NJW-RR 2002, 209).

Nach § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 ZPO muss die Berufungsbegründung die Umstände bezeichnen, aus denen sich nach Ansicht des Berufungsklägers die Rechtsverletzung und deren Erheblichkeit für die angefochtene Entscheidung ergibt. Dazu gehört eine aus sich heraus verständliche Angabe, welche bestimmten Punkte des angefochtenen Urteils der Berufungskläger bekämpft und welche Gründe er ihnen entgegensetzt (vgl. BGH, NJW 1998, 3126; NJW 2003, 3345; NJW-RR 2005, 499). Die Darstellung muss auf den Streitfall zugeschnitten sein (vgl. BGH, NJW-RR 2007, 1363). Notwendig ist die auf den Streitfall bezogene Darstellung, in welchen Punkten und aus welchen materiell-rechtlichen oder prozessrechtlichen Gründen das Urteil erster Instanz für unrichtig angesehen wird. Die ausdrückliche Benennung einer bestimmten Norm oder Vertretbarkeit der Rügen wird nicht verlangt (vgl. BGH, NJW 2003, 2531; NJW 2006, 26; Reichold in: Thomas/Putzo, ZPO 28. Aufl., § 520 Rdnr. 22 m.w.N.).

Die Berufung ist insgesamt zulässig, wenn sie zu einem den gesamten Streitgegenstand betreffenden Punkt eine zulässige Begründung enthält, und eröffnet dann uneingeschränkt die sachliche und rechtliche Prüfung des Klageanspruchs.

Diesen Anforderungen genügt die Berufungsbegründung. Sie enthält die erforderlichen Angriffe gegen das erstinstanzliche Urteil. Die Klägerinnen haben sich konkret mit dem angefochtenen Urteil auseinandergesetzt und die in verschiedener Hinsicht maßgebliche Frage der Passivlegitimation in Bezug auf die Anträge angesprochen. Auch zu den einzelnen Hilfsanträgen haben die Klägerinnen im Einzelnen unter Bezugnahme auf ihr erstinstanzliches Vorbringen vorgetragen.

III. Die Berufung ist aber nicht begründet. Das Landgericht hat zu Recht die Klage abgewiesen.

1. Ein Anspruch auf Zahlung von 23.008.134,65 EUR steht den Klägerinnen aus dem Vertrag über die Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung von Unternehmensleitern gegen die Beklagte derzeit nicht zu.

a) Der maßgebende Inhalt des Versicherungsvertrages ergibt sich aus den Besonderen Vereinbarungen zum Versicherungsschein vom 14.7.2000 sowie aus dem Side Letter. Die Rechtsvorgängerin der Beklagten hat mit E-Mail vom 19.1.2001 die Deckung dahingehend bestätigt, dass sie ab dem 1.1.2001 mit einem Anteil von 15% an dem Vertrag

(sog. 1. Layer) beteiligt ist. Eine entsprechende Bestätigung ist im Schreiben der I.-Versicherungsdienste GmbH vom 21.12.2000 an die BDF Insurance S.A.-N.V. enthalten. Es handelt sich um einen **nachträglichen Beitritt eines weiteren Mitversicherers** (vgl. Prölss/Martin, VVG 27. Aufl., vor § 58 Rdnr. 5). Eine solche einverständliche Vertragsänderung ist zulässig. Die von der Beklagten geäußerten Bedenken an der Bezeichnung der Vertragsgrundlage als Streitgegenstand bestehen nicht. Dass die genannten Besonderen Vereinbarungen dem Versicherungsvertrag zugrunde liegen, wird von der Beklagten auch nicht in Abrede gestellt.

b) Ein **Direktanspruch auf Zahlung gegen die Beklagte** besteht im Hinblick auf den Inhalt der Besonderen Vereinbarungen, insbesondere § 3, nicht. Auch für den Fall der sog. Innenhaftung handelt es sich bei der streitgegenständlichen F.-Versicherung um eine Haftpflichtversicherung. Das ergibt sich aus der Auslegung des Bedingungswerkes und aus Sinn und Zweck der Versicherung.

Die Zubilligung eines auf Befriedigung gerichteten Direktanspruchs würde das eingeräumte Wahlrecht des Versicherers beeinträchtigen und ist im geltenden Haftpflichtversicherungsrecht nicht vorgesehen.

Eine Privilegierung des Versicherungsnehmers ist für den Bereich der F.-Versicherung nicht angezeigt. Es handelt sich um eine Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung für Rechnung der versicherten Organe, dessen Schutz bezweckt ist, so dass die Regelungen der §§ 149 ff und 74 ff VVG a.F. Anwendung finden (vgl. OLG München, VersR 2005, 540; Ihlas/Stute, Beilage zu Phi 4/2003; Held, Handbuch FA VersR 2. Aufl., Kap. 33 Rdnr. 35; Beckmann, Versicherungsrechts-Handbuch, § 28 Rdnr. 84). Soweit andere Klauselwerke neuerdings einen unmittelbaren Anspruch vorsehen, worauf die Klägerinnen hinweisen, führt dies nicht zu einer anderen Sicht.

Die vorliegende Versicherung hat zum **Gegenstand**, dass **Versicherungsschutz** gewährt wird für den Fall, dass versicherte Personen wegen einer **bei der Ausübung ihrer Tätigkeit als Organ begangenen Pflichtverletzung von dem Versicherungsnehmer, mitversicherten Unternehmen oder Dritten aufgrund gesetzlicher Haftpflichtbestimmungen für einen Vermögensschaden in Anspruch genommen werden**. Versicherte Personen sind alle jetzigen, ausgeschiedenen und zukünftigen Mitglieder des Vorstandes, des Aufsichtsrats, des Beirats, der Geschäftsführung oder ähnlicher Organe und alle leitenden Angestellten. Die Versicherung für fremde Rechnung dient damit dem Schutz der versicherten Personen, indem diese von der Erfüllung von Schadenersatzpflichten gegenüber der Gesellschaft (Innenhaftung) und Dritten (Außenhaftung) befreit werden.

Dass für den Bereich der **Innenhaftung** eine **Eigenschadenversicherung** vorliegen soll, erschließt sich aus dem Bedingungswerk nicht. Wie sich aus § 1 Ziff. 1 der Besonderen Vereinbarungen ergibt, gelten für Innenhaftung und Außenhaftung keine unterschiedlichen Regelungen. Die Versicherung stellt insgesamt – wie auch die Bezeichnung belegt –

eine Haftpflichtversicherung dar (vgl. Beckmann, a.a.O., § 28 Rdnr. 84). Gesichtspunkte der Prämienzahlung durch das Unternehmen und der Interessenlage (vgl. Säcker, VersR 2005, 10) führen angesichts der eindeutigen vertraglichen Regelungen nicht zu einer anderen Beurteilung. Wenn auch dem versicherten Unternehmen daran gelegen ist, einen Direktanspruch ohne vorherigen Haftungsprozess zu verfolgen, so würde dies dem Interesse des Versicherers an einer Anspruchsabwehr widersprechen.

Dies lässt sich auch aus § 3 Ziff. 1 der Besonderen Vereinbarungen herleiten. Danach umfasst die Leistungspflicht des Versicherers die Prüfung der Haftpflichtfrage, die Befriedigung begründeter als auch die außergerichtliche und gerichtliche Abwehr unbegründeter Schadenersatzansprüche. Soweit im Bereich der Innenhaftung Schadenersatzansprüche gegen ein Organmitglied vorgetragen werden, fallen Ersatzanspruch und die formelle Berechtigung, den Versicherungsanspruch gegen die F.-Versicherung geltend zu machen, in der Gesellschaft zusammen. Dies kann aber nicht zu einem Direktanspruch führen.

Soweit im Bereich der Transportversicherung mit deren speziellen Regelungen ein direkter Anspruch bejaht worden ist (vgl. OLG München, VersR 1994, 422), kann dies nicht auf die F.-Versicherung übertragen werden, weil das Wahlrecht des Versicherers beeinträchtigt würde, seine Vertragspflicht entweder durch Entschädigung begründeter Schadenersatzansprüche oder durch Abwehr unbegründeter Ansprüche zu erfüllen (vgl. OLG München, VersR 2005, 540). Außerdem gilt **im Bereich der Haftpflichtversicherung das Trennungsprinzip**, wonach die Haftpflichtfrage und die Deckungsfrage unabhängig voneinander und in getrennten Prozessen zu verhandeln sind (vgl. BGH, r+s 2006, 149 m.w.N.; Voit/Knapppmann in: Prölss/Martin, VVG 27. Aufl., § 149 Rdnr. 24).

c) Einem Zahlungsanspruch steht außerdem § 8 Ziff. 3–6 der Besonderen Vereinbarungen (**Führungsklausel**) entgegen.

Nach Ziff. 3 liegt die **Führung der Versicherung** in den Händen der H.-Versicherungs-AG, deren Maßnahmen sich die mitbeteiligten Versicherer in jeder den Versicherungsvertrag betreffenden Erklärung **bei Schuldanerkenntnissen, Vergleichen, Abrechnungen, Bedingungsänderungen, Auslegungen** usw. anschließen. Jede Maßnahme, die seitens des führenden Versicherers getroffen wird, gilt stillschweigend als seitens der mitbeteiligten Versicherer selbst getroffen. Es handelt sich bei dieser **sog. Anschlussklausel** (vgl. Möller in: Bruck/Möller, a.a.O., § 58 Anm. 64; Schalosse, VersR 2007, 606) um eine **Ermächtigung i.S.v. § 185 BGB**, deren Zweck es ist, **die Handhabung des Versicherungsvertrages für alle Beteiligten zu vereinfachen** (vgl. Prölss/Martin, a.a.O., vor § 58 Rdnr. 12 a.E.).

Nach Ziff. 5 sind **Klagen** der Versicherungsnehmerin aus diesem Versicherungsvertrag **nur gegenüber dem führenden Versicherer unter Beschränkung auf den von ihm übernommenen Anteil zu erheben. Gerichtliche Entscheidungen haben auch gegenüber den mitbeteiligten Versicherern Wirksamkeit.**

Diese Prozessführungsklausel schafft nicht nur das Recht, sondern auch die **Pflicht des Versicherungsnehmers**, im Streitfall nur den Führenden zu verklagen. Es handelt sich um ein **pactum de non petendo**, das bewirkt, dass eine Klage gegen den oder die mitbeteiligten Versicherer abzuweisen ist, wenn sich diese auf die Klausel berufen (vgl. Möller in: Bruck/Möller, VVG 8. Aufl., § 58 Anm. 68; Prölss/Martin, a.a.O., vor § 58 Rdnr. 9; BK-Schauer, § 58 Rdnr. 32; siehe auch Lange/Dreher, VersR 2008, 289; Schalosse, VersR 2007, 606). So liegt es hier.

Gegen die Annahme eines pactum de non petendo in diesem Sinne bestehen keine Bedenken. Die Regelung betrifft nicht nur die Beschränkung der Klage auf den Anteil im Beteiligungsverhältnis. Allgemeine Versicherungsbedingungen sind so auszulegen, wie ein durchschnittlicher Versicherungsnehmer bei verständiger Würdigung, aufmerksamer Durchsicht und Berücksichtigung des erkennbaren Sinnzusammenhangs sie verstehen muss (vgl. S. in: S./Langheid, VVG 2. Aufl., vor § 1 Rdnr. 16 m.w.N.).

Sieht man die Regelung in Ziff. 5 und 6 im Zusammenhang, so ergibt sich, dass grundsätzlich Klagen nur gegen den führenden Versicherer zu richten sind. Dies zeigt insbesondere der Rückschluss aus **Ziff. 6, wonach die Klage auf die Mitversicherer ausgedehnt werden darf, wenn die Berufungs- oder Revisionssumme nicht erreicht ist**. Auf Verlangen des führenden Versicherers besteht insoweit eine Verpflichtung. Die Regelung hat erkennbar den Sinn, das Kostenrisiko für beide Teile zu vermindern (vgl. Möller in: Bruck/Möller, a.a.O., § 58 Anm. 68), und dient der Vereinfachung der Handhabung (vgl. S. in: S./Langheid, a.a.O., § 58 Rdnr. 6). Sie hat den Vorteil, dass dem Versicherungsnehmer nur der führende Versicherer als Verhandlungspartner zur Verfügung steht (§ 8 Ziff. 4 der Besonderen Vereinbarungen).

Soweit eingewendet wird, eine solche Klausel würde nur die Fallkonstellationen regeln, dass das **Versicherungskonsortium in seiner Gesamtheit Rechte aus dem Versicherungsvertrag ablehne** (vgl. Kretschmer, VersR 2008, 33), kann dem nicht gefolgt werden. Gegen eine solche Interpretation spricht bereits der Wortlaut der **Prozessführungsklausel** und auch die Regelung in Ziff. 3, die die Wirkung der Führung regelt. Aus der Prozessführungsklausel ergibt sich eine Tatbestandswirkung im Verhältnis des Versicherungsnehmers zu den mitbeteiligten Versicherern (Möller, a.a.O.; Prölss/Martin, a.a.O., vor § 58 Rdnr. 9).

**Aus den §§ 305 ff BGB (EGBGB Art. 229 § 5 Satz 2) bzw. §§ 9 ff AGBG lassen sich Bedenken an der Wirksamkeit der Führungsklausel nicht herleiten**, wenn man hinsichtlich der Besonderen Vereinbarungen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen auszugehen hätte (vgl. aber Säcker, VersR 2005, 10 zu III.; Kretschmer, a.a.O.). Weder die Anschlussklausel noch die Prozessführungsklausel ist vor dem Hintergrund des Bedingungswerkes **überraschend oder unklar i.S.v. § 305c BGB**. Solche Klauseln sind im Geschäftsverkehr üblich (vgl. Prölss/Martin, a.a.O., vor § 58 Rdnr. 9 ff; Möller in: Bruck/Möller, a.a.O., § 58 Anm. 62 ff). Es ist bei einer Gesamtbetrachtung der Klauseln deutlich erkennbar, dass eine Klage gegen den

nicht führenden Versicherer im Grundsatz ausgeschlossen sein soll. Schließlich ergibt sich auch **keine unangemessene Benachteiligung i.S.v. § 307 BGB**. Es besteht ein wirtschaftliches Bedürfnis an der Aufteilung der Risiken, was auch der Kostenminderung dient (Möller, a.a.O.). Die Führungsklausel bewirkt eine vereinfachte Handhabung der Anspruchsklärung (vgl. S. in: S./Langheid, a.a.O., § 58 Rdnr. 6).

Die **Kombination von Anschluss- und Prozessführungsklausel** gemäß § 8 Ziff. 3 und Ziff. 5 der Besonderen Vereinbarungen **führt zu einem vereinbarten Stillhalteabkommen und damit zu einem vorübergehenden Leistungsverweigerungsrecht des Mitversicherers** (vgl. Möller in: Bruck/Möller, a.a.O., § 58 Anm. 68; siehe zum Stillhalteabkommen auch BGH, NJW 1999, 1022; NJW 1993, 1320). Damit ist ein Zahlungsanspruch gegen die Beklagte derzeit nicht begründet.

2. Der hilfsweise gestellte Feststellungsantrag zu 1) ist unzulässig. Es fehlt an einem Feststellungsinteresse i.S.v. § 256 ZPO.

Insoweit machen die Klägerinnen geltend, dass für den Fall der Unzulässigkeit oder Unbegründetheit der direkten Zahlungsklage festgestellt werden soll, dass den Herren X., C. und D. Versicherungsschutz unter dem Versicherungsvertrag zwischen der Klägerin zu 1) und der Beklagten zu gewähren ist. Ein rechtliches Interesse an der begehrten Feststellung besteht indes nicht, was wiederum aus dem oben dargestellten Sinn und Zweck der Führungsklausel folgt.

Das Rechtsverhältnis zum führenden Versicherer ist noch nicht abschließend geklärt. Insoweit ist das Schiedsverfahren anhängig, das den Deckungsanspruch und den Haftungsanspruch zum Gegenstand hat. Ein Ergebnis des Schiedsverfahrens liegt noch nicht vor. Aus dem Umstand, dass die Parteien des Schiedsvertrages vereinbart haben, dass das Schiedsverfahren und die in diesem Verfahren getroffenen Regelungen und abgegebenen Erklärungen keine Bindungswirkung für und gegen die Beklagte haben, folgt keine Aufhebung der Führungsklausel.

Dazu hätte es der Mitwirkung aller Beteiligten des Versicherungsvertrages – also auch der an dem Schiedsvertrag nicht beteiligten Beklagten – bedurft. Hieran fehlt es vorliegend, ganz abgesehen davon, dass auch der Schiedsvertrag keine einverständliche Aufhebung der Führungsklausel in Gänze enthält. Wie sich der führende Versicherer nach Abschluss des Schiedsverfahrens zu der Frage der Einstandspflicht mit Blick auf die Führungsklausel letztlich stellen wird, ist – ebenso wie die letztendliche Einstellung der Beklagten hierzu – noch nicht absehbar.

Aufgrund der Anschlussklausel und des pactum de non petendo in § 8 der Besonderen Vereinbarungen sind die Klägerinnen genügend geschützt. Nach § 8 Ziff. 3 der Besonderen Vereinbarungen gilt jede Maßnahme seitens des führenden Versicherers als seitens der mitbeteiligten Versicherer selbst getroffen. Die mitbeteiligten Versicherer schließen sich den Maßnahmen an. **Aufgrund der Reflexwirkung des Verhaltens des Führenden tritt extern im Verhält-**

**nis zum Versicherungsnehmer Tatbestandswirkung ein, und zwar auch dann, wenn der Führende ohne Zustimmung eine außergerichtliche Einigung herbeigeführt hat** (vgl. Möller in: Bruck/Möller, a.a.O., § 58 Anm. 68). **Die mitbeteiligten Versicherer müssen den Versicherungsnehmer so stellen, wie er stehen würde, wenn die Maßnahmen von ihnen selbst getroffen worden wären** (Möller, a.a.O.). Die Führungsregelung dient, wie dargestellt, insbesondere auch dem Schutz der Beteiligten vor unnötigen Kosten. Der daraus folgenden Pflicht der mitbeteiligten Versicherer, nicht etwa eine negative Feststellungsklage zu erheben (vgl. Möller, a.a.O.), steht deshalb die Verpflichtung des Versicherungsnehmers zur Beschränkung der Prozessführung gegenüber.

Eine andere Beurteilung ergibt sich auch nicht aus den Schreiben der Beklagten vom 8.11.2004 an die I.-Versicherungsdienste GmbH – auf das in der Schiedsvereinbarung Bezug genommen wurde – und vom 17.12.2004 an die Klägerin zu 1). Eine Aufhebung der Führungsklausel in Gänze ist nicht beschlossen worden. Der Vorschlag der Beklagten, über die Aufhebung der Führungsklausel zu verhandeln, ist nicht durchgeführt worden.

Soweit die Beklagte in jenen Schreiben Maßnahmen des führenden Versicherers widerspricht, die ohne Zustimmung erfolgt seien und die Interessen der Beklagten berührten, handelt es sich um Hinweise auf die Abstimmungspflicht des Führenden im Rahmen des Führungsvertrages (vgl. zum Pflichtenkreis Möller, a.a.O., § 58 Anm. 72), die im Außenverhältnis zum Versicherungsnehmer keine Bedeutung haben, solange sich die Maßnahmen des führenden Versicherers im Rahmen seiner Befugnisse durch die Führungsklausel bewegen (vgl. Möller, a.a.O., § 58 Anm. 74).

**Irreparable Nachteile aus der Stillhaltepflicht** schließlich sind für die Klägerinnen nicht ersichtlich. **Vor der Verjährung besteht der Schutz des § 205 BGB**. Danach ist die Verjährung gehemmt, solange der Schuldner aufgrund einer Vereinbarung mit dem Gläubiger vorübergehend zur Verweigerung der Leistung berechtigt ist. Dies ist bei einem Stillhalteabkommen wie hier der Führungsklausel nach wie vor der Fall. Ein Feststellungsinteresse ist aus dem Verhalten der Beklagten danach nicht herzuleiten.

3. Für den hilfsweise gestellten Feststellungsantrag zu 2) besteht ebenfalls kein Feststellungsinteresse.

Die Klägerinnen begehren festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, im Rahmen der Gewährung von Versicherungsschutz die berechtigten Schadenersatzansprüche der Klägerin zu 2), die Gegenstand des Haftungsprozesses vor dem Landgericht Frankfurt am Main sind, bis zur Höhe von 23.008.134,65 EUR zu befriedigen. Auch diesem Begehren steht die Prozessführungsklausel mit dem pactum de non petendo entgegen. Klagen des Versicherungsnehmers aus dem Versicherungsverhältnis sind nur gegenüber dem führenden Versicherer unter Beschränkung auf den von ihm übernommenen Anteil zu erheben, was der Minderung der Kosten dient. Für eine Feststellungsklage gegenüber dem mitbeteiligten Versicherer ist insoweit kein Raum.

4. Soweit die Klägerinnen die Feststellung begehren, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihnen als Gesamtgläubigerinnen die durch den Abschluss und die Durchführung des Catering Service Agreement mit der T.A. Systems E. vom 26.11.1998 entstandenen und noch entstehenden Schäden bis zur Höhe von 23.008.134,65 EUR zu erstatten, handelt es sich ebenfalls um einen unzulässigen Feststellungsantrag. Für eine derartige Feststellung besteht aus den genannten Gründen gegenüber der Beklagten kein rechtliches Interesse. Der Zulässigkeit steht ebenfalls das pactum de non petendo – wie ausgeführt – entgegen.

5. Schließlich sind auch die äußerst hilfsweise gestellten Anträge unzulässig. Ein Feststellungsinteresse ist zu verneinen, wenn nicht das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses im Ganzen festgestellt werden soll. Kein Rechtsverhältnis in diesem Sinne sind einzelne Elemente oder Vorfragen eines Rechtsverhältnisses sowie abstrakte Rechtsfragen (vgl. BGHZ 22,48; 68, 331; Reichold in: Thomas/Putzo, a.a.O., § 256 Rdnr. 10; Zöller/Greger, a.a.O., § 256 Rdnr. 3, 5). So liegt es hier.

a) Soweit die Klägerinnen festgestellt wissen wollen, dass die Rücktritte vom 15.3.2002 und 19.4.2002 unwirksam sind, handelt es sich um Wirksamkeitselemente des Versicherungsvertrages und abstrakte Rechtsfragen über die Wirksamkeit. Eine isolierte Feststellung ist insoweit nicht zulässig.

b) Der weiterhin äußerst hilfsweise gestellte Feststellungsantrag zu 1) ist unzulässig. Die Bindungswirkung des Schlichterspruchs der Schlichter Prof. S., Prof. Dr. O. und Dr. U. und der ergänzenden Bemerkung des Schlichters Dr. U. ist eine Rechtsfrage, für deren isolierte Beurteilung kein Raum ist.

c) Dieselben Erwägungen gelten für den weiterhin äußerst hilfsweise gestellten Feststellungsantrag zu 2). Die Frage, ob die Führungsklausel gemäß § 8 Ziff. 3 der Besonderen Vereinbarungen vollen Umfangs für die Beklagte Bindungswirkung entfaltet, ist eine Rechtsfrage und nicht die Feststellung eines Rechtsverhältnisses.

d) Bei dem äußerst hilfsweise gestellten Feststellungsantrag zu 3) geht es um die Frage der Bindungswirkung der bisherigen und zukünftigen Ergebnisse des Schiedsgerichtsverfahrens zwischen der Klägerin zu 1) sowie den beteiligten Versicherern. Auch insoweit handelt es sich nicht um die Feststellung eines Rechtsverhältnisses.

6. Der Klägerin zu 2.) steht darüber hinaus nicht die Verfügungs- und Klagebefugnis zu (vgl. S. in: S./Langheid, a.a.O., §§ 75, 76 Rdnr. 12). Materieller Anspruch und Verfügungsmacht fallen auseinander. Die Klägerin ist mitverschertes Unternehmen i.S.v. Ziff. 1 des Side Letter vom 14.7.2000. Die Erlangung der Verfügungsmacht durch Zustimmung der Versicherungsnehmerin (S., a.a.O., Rdnr. 13) scheitert an dem in Ziff. 3b vereinbarten Abtretungsverbot.

Nach alledem konnte die Berufung keinen Erfolg haben. Auf den Umfang der versicherungsvertraglichen Leistungspflicht kommt es nicht mehr an. (...) ■

## Anwaltsvertrag

- Kündigungsrecht des Rechtsanwalts
- Honorar trotz Kündigung?
- Auflösung des Vertrages
- Verschulden des Mandanten?

(OLG Düsseldorf, Beschl. v. 15.7.2008 – I-24 U 224/07)

### Leitsatz:

Leugnet der Mandant beharrlich und wahrheitswidrig, eine Honorarvereinbarung unterzeichnet zu haben, trifft ihn ein „Auflösungsver schulden“ für die Kündigung des Anwaltsdienstvertrages durch den Rechtsanwalt. ■

### Aus den Gründen:

Die zulässige Berufung des Beklagten hat keinen Erfolg. Der Klägerin steht der geltend gemachte Honoraranspruch in vollem Umfang zu.

Zur Begründung verweist der Senat zunächst auf seinen Beschluss vom 26.6.2008, an dem er festhält. Darin ist im Wesentlichen Folgendes ausgeführt:

Das Landgericht hat der Honorarklage zu Recht stattgegeben. Die Klägerin kann mit Erfolg ihre Ansprüche aus den mit dem Beklagten geschlossenen Anwaltsdienstverträgen gemäß §§ 611 ff, 675 BGB geltend machen. Ihr Vergütungsanspruch wird nicht durch die Regelung des § 628 Abs. 1 Satz 2 BGB ausgeschlossen. Dies hat das Landgericht zutreffend festgestellt.

**1. Wird der Anwaltsvertrag – was beiderseits jederzeit möglich ist – gemäß § 627 BGB gekündigt, behält der Rechtsanwalt gemäß § 628 Abs. 1 Satz 1 BGB grundsätzlich seinen Vergütungsanspruch, und zwar in dem Umfang, in dem er Leistungen erbracht hat (§ 15 Abs. 4 RVG).** Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass die Klägerin für ihre Tätigkeit bis zur Vertragsbeendigung die geltend gemachten Gebühren dem Grund und der Höhe nach verdient hat.

2. Unterschiedlicher Auffassung sind die Parteien darüber, ob die Klägerin aufgrund ihrer Kündigung vom 12.8.2005 ihren Vergütungsanspruch im Hinblick auf § 628 Abs. 1 Satz 2 BGB eingebüßt hat. Nach dieser Bestimmung kann der dienstverpflichtete Rechtsanwalt u.a. dann, wenn er nach §§ 626 oder 627 BGB kündigt, **ohne durch ein vertragswidriges Verhalten des anderen Teils dazu veranlasst worden zu sein, die Vergütung insoweit nicht beanspruchen, als seine bisherigen Leistungen infolge der Kündigung für den dienstberechtigten Mandanten kein Interesse haben.** Dies ist der Fall, wenn der Mandant die Leistungen des Rechtsanwalts nicht mehr wirtschaftlich verwerten kann, sie also für ihn nutzlos geworden sind. **In dieser Situation befindet sich der Mandant regelmäßig, wenn er wegen einer von dem bisherigen Prozessbevollmächtigten veranlassten Kündigung einen anderen Prozessbevollmächtigten bestellen muss, für den die gleichen Gebühren nochmals entstehen.**



**Für den Rechtsanwalt kann dies den Verlust des Vergütungsanspruchs zur Folge haben, ohne dass es einer Aufrechnung bedarf** (BGH, MDR 1977, 476 f; NJW 1982, 437; NJW 1997, 188 f), wenn der Mandant einen anderen Rechtsanwalt beauftragen und vergüten muss (BGH, NJW 1995, 1954; NJW 1997, 188, 189; NJW 2004, 2817; siehe auch Senat, MDR 2005, 1140). Das Rechtsanwaltsvergütungsgesetz (RVG) schließt die Anwendung der §§ 627, 628 BGB nicht aus (vgl. zur BRAGO BGH, NJW 1982, 437; WM 1977, 369, 371; Palandt/Weidenkaff, BGB 67. Aufl., § 628 Rdnr. 4).

a) Das Landgericht hat zutreffend festgestellt, dass die Klägerin aufgrund des vertragswidrigen Verhaltens des Beklagten zur Kündigung berechtigt war. Der Beklagte schuldet somit die Zahlung der Vergütung, obwohl die Leistungen der Klägerin für ihn aufgrund der Notwendigkeit der Beauftragung seines jetzigen Prozessbevollmächtigten ohne Interesse sind.

aa) **Der Beklagte vermochte nicht schlüssig darzulegen, dass die Klägerin grundlos, mithin ohne sein schuldhaft vertragswidriges Verhalten, zur Kündigung veranlasst worden war** (sog. Auflösungsverschulden, vgl. hierzu auch Senat, GI 2007, 89 f). Da dies die Ausnahme von der Regel ist, trägt der Mandant die Darlegungs- und Beweislast für die Tatsachen, die zur Kürzung oder zum Wegfall des Honoraranspruchs führen sollen (BGH, NJW 1982, 437, 439; NJW 1997, 188; Senat, GI 2007, 89 f).

Der Beklagte greift die Würdigung des Landgerichts ohne Erfolg an. Das Landgericht ist in seinem angefochtenen Urteil zutreffend davon ausgegangen, **dass der Beklagte der Klägerin durch seine Behauptung, eine Honorarvereinbarung nicht „gezeichnet“ zu haben, eine strafbare Handlung unterstellt hat und dies auch im Widerspruch zu seinen bis dahin gegebenen Erklärungen steht, entsprechend der Honorarvereinbarung leisten zu wollen.**

Durch die im Zusammenhang mit der Honorarvereinbarung vom 5.4./2.5.2004 (im Folgenden: erste Honorarvereinbarung) abgegebenen Erklärungen stellte der Beklagte in Abrede, eine Stundenvereinbarung unterzeichnet zu haben. Er schreibt: „Wie bereits am Telefon von mir ausgeführt, habe ich eine Stundenvereinbarung, welche Ihnen ein Honorar von 200 EUR pro Stunde vorsieht, nicht gezeichnet. Mein Schreiben vom 2.5.2004 in Verbindung mit Ihrer Honorarvereinbarung zeigt, was damals zwischen uns besprochen worden war.“ (Wortlaut des Schreibens vom 10.7.2007 auszugsweise). **Dies konnte die Klägerin nur so verstehen, dass der Beklagte eine Unterzeichnung leugnete und die Echtheit der vorhandenen Unterschrift bestritt.**

Denn da in der genannten Honorarvereinbarung ausdrücklich ein Stundensatz von 200 EUR genannt worden war, ergab die Behauptung des Beklagten, eine solche „nicht gezeichnet“ zu haben, keinen anderen Sinn. Diese Äußerungen musste die Klägerin gemäß §§ 133, 157 BGB entsprechend dem Wortlaut der Erklärung verstehen (vgl. hierzu Palandt/Heinrichs/Ellenberger, § 133 Rdnr. 14). Daraus durfte sie den Schluss ziehen, dass er nicht nur ein anderes inhalt-

liches Verständnis von der Vereinbarung ausdrücken wollte, sondern auch den schriftlichen Abschluss als solchen bestritt. Das Wort „zeichnen“ bedeutete vom Wortsinn her „unterzeichnen“. In der englischen Sprache, die dem Beklagten als Piloten geläufig ist, bedeutet „to sign“ **ebenfalls unterschreiben**. Die Klägerin musste das Leugnen des Beklagten, eine Honorarvereinbarung, die der Klägerin einen Stundensatz von 200 EUR versprach, „gezeichnet“ zu haben, nicht anders verstehen. Dies ergibt sich auch aus der Situation, die sich der Klägerin zum Zeitpunkt der Kündigungserklärung am 12.8.2005 darbot.

Zu berücksichtigen ist insoweit, dass die Klägerin vor Anspruch der Kündigung in Telefonaten und in dem Schreiben vom 8.8.2005 versucht hatte, die streitige Honorarfrage auch unter Berücksichtigung der finanziell angespannten Situation des Beklagten zu regeln, und ihm den Abschluss einer neuen Honorarvereinbarung angetragen hatte. Gleichzeitig hat sie damit zum Ausdruck gebracht, dass eine entsprechende Regelung für sie unverzichtbar war. Denn die unstreitig zeitaufwändige Bearbeitung der Mandate war aus ihrer Sicht nicht auskömmlich, weshalb eine Abrechnung alleine auf Grundlage der gesetzlichen Gebühren für sie nicht infrage kam. Entweder ließ sich der Beklagte auf eine geänderte Honorarvereinbarung ein oder es blieb bei der ersten Honorarabrede.

Die Überlegungen der Klägerin sind auch anhand folgender Vergleichsberechnung nachvollziehbar: Die Klägerin hat ausweislich ihrer Stundenaufstellung für die Angelegenheiten des Beklagten 170,25 Stunden benötigt (Kostenrechnung vom 20.12.2005). Erhalten hat sie ausweislich der genannten Abrechnung an Zahlungen der Rechtsschutzversicherung und des Beklagten insgesamt 4.999,12 EUR. Weiterhin macht sie ein Honorar auf Grundlage der gesetzlichen Gebühren von 6.045,54 EUR geltend. Insgesamt errechnet sich mithin ein gesetzlicher Vergütungsanspruch von 11.044,66 EUR, der einem Stundenhonorar von 64,88 EUR entspricht. Dies ist weniger als 1/3 dessen, was sie mit dem Beklagten in der Vergütungsvereinbarung vom 5.4./2.5.2004 mit 200 EUR als Stundenhonorar vereinbart hat.

Der Beklagte hat sich diesem Anliegen der Klägerin in dem Zeitraum vor der Kündigung indes vollständig verschlossen. Obwohl er zunächst die Vergütungsvereinbarung vom 5.4./2.5.2004 unterzeichnet hatte, die nach dem unstreitig gebliebenen Vorbringen der Klägerin gerade auch deshalb erforderlich war, weil sich die Bearbeitung der Angelegenheiten des Beklagten zeitintensiver als erwartet erwiesen hatte, rückte er hiervon nachträglich ab. Die Angaben in seinem Schreiben vom 2.5.2004: „Diese Honorarvereinbarung dient lediglich dazu, Ihre ggf. von der Rechtsschutz R. sowie der Vereinigung C. nicht übernommene Kosten für die L. sowie Co. zu sichern.“ durfte die Klägerin ebenfalls als Bestätigung der Stundensatzvereinbarung verstehen. Denn mit diesem Zusatz wird nur zum Ausdruck gebracht, dass die Zahlungen dieser Organisationen bei dem auf Grundlage der Honorarvereinbarung zu ermittelnden Honorar Anrechnung finden sollen, wie dies in Ziff. 5. der Honorarvereinbarung ohnehin vorgesehen war.

Der danach eingetretene „Sinneswandel“ des Beklagten setzte sich damit in Widerspruch und trat für die Klägerin erkennbar anlässlich der zeitnah vor der Kündigung geführten Telefonate und in den genannten Schreiben hervor. Auch hier beruft sich der Beklagte erneut auf die angebliche Verpflichtung der Klägerin, „die ... zur gesetzlichen Vergütungsverordnung angenommenen Mandate weiter zu führen“. Und schreibt weiter: „Zu einer wie von Ihnen offensichtlich zugrunde gelegten Honorarvereinbarung, ist es nicht gekommen, eine solche habe ich nicht gezeichnet.“ (Schreiben vom 11.8.2005).

Auch wenn diese Äußerungen die Klägerin erst nach Versendung des Kündigungsschreibens erreicht haben, hat der Beklagte noch vor dessen Zugang erneut die Unterzeichnung der Honorarvereinbarung und damit den Abschluss der Honorarvereinbarung vollständig in Abrede gestellt.

Unerheblich ist, dass der Beklagte im Laufe dieses Rechtsstreits von seinem Bestreiten abrückte und seine Unterschriftsleistung unstreitig stellte. Auch die nachträglichen Erklärungsversuche des Beklagten, wie er seine Äußerungen verstanden wissen will, ändern an der Berechtigung der erklärten Kündigung nichts.

**Dieses Verhalten des Beklagten, die Unterzeichnung der Honorarvereinbarung in Abrede zu stellen, hätte die Klägerin auch im Hinblick auf das dadurch zum Ausdruck kommende fehlende Vertrauensverhältnis und das Unterstellen strafbaren Verhaltens zur außerordentlichen Kündigung des Anwaltsvertrages aus wichtigem Grund gemäß § 626 Abs. 1 BGB berechtigt** (vgl. insoweit auch Senat, OLGR Düsseldorf 2001, 233; GI 2007, 89 f). Der Klägerin war unter diesem Hintergrund nicht zumutbar, die Mandate für den Beklagten zu Ende zu führen.

Die Behauptungen des Beklagten enthalten den an die Klägerin gerichteten Vorwurf strafbaren Verhaltens. **Ist indes das Vertrauensverhältnis zwischen dem Rechtsanwalt und seinem Mandanten aus von diesem zu vertretenden Gründen erschüttert, berechtigt dies zur Niederlegung des Mandats, ohne dass der Rechtsanwalt seinen Anspruch auf bereits verdiente Gebühren gemäß § 628 Abs. 1 Satz 2 BGB verliert** (OLG Nürnberg, MDR 1973, 135; Staudinger/Preis, BGB Neubearb. 2002, § 628 Rdnr. 24). **Als ausreichend wird auch angesehen, wenn sich der Mandant anmaßend oder „unziemlich“ benimmt** (vgl. OLG München, HRR 1938, 1527; LG Hamburg, AnwBl 1985, 261; MünchKomm/Henssler, BGB 4. Aufl., § 628 Rdnr. 16) **bzw. gegenüber dem von ihm beauftragten Rechtsanwalt – wie hier – grundlose Anschuldigungen erhebt** (MünchKomm/Henssler, a.a.O.).

bb) In dem Schreiben vom 8.8.2005 hat die Klägerin den Beklagten zwar auf die Folgen einer fehlenden Einigung hingewiesen, ihn indes dadurch nicht abgemahnt. Denn sie machte die Kündigung durch sie vom Abschluss einer neuen Honorarvereinbarung abhängig, worauf sie keinen Anspruch hatte. Dem Beklagten stand es frei und er verhielt sich somit nicht vertragswidrig, indem er sich nicht auf diese neue Honorarvereinbarung einließ.

**Eine Abmahnung war indes entbehrlich**, da der Beklagte beharrlich seine Unterschriftsleistung in Abrede stellte (in den genannten Schreiben vom 10.7. und 11.8.2005). Dieses mehrfach wiederholte Verhalten ließ nicht erwarten, dass er von seinen Vorwürfen abrücken würde, weshalb eine Abmahnung keinen Erfolg versprochen hätte (vgl. hierzu Palandt/Weidenkaff, a.a.O., § 626 Rdnr. 18).

b) Soweit der Beklagte im Berufungsrechtszug rügt, das Landgericht sei von der Rechtswirksamkeit der Honorarvereinbarung vom 5.4./2.5.2004 ausgegangen, trifft dies nicht zu. Das Landgericht hat diese Frage (auf die es auch nicht ankommt, da die Klägerin mit ihrer Klage nur die gesetzlichen Vergütungsansprüche geltend macht) offengelassen.

Die Feststellung, dass „die Klägerin von dem Bestehen einer Honorarvereinbarung ausgegangen ist und auch ausgehen durfte“, bezieht sich ersichtlich nur auf den Umstand, dass die Klägerin aufgrund der – nunmehr unstreitigen – Unterschrift des Beklagten vom Abschluss der Vereinbarung ausgehen durfte. Über die materiell-rechtliche Wirksamkeit dieser Vereinbarung trifft das Landgericht keine Aussage. (...)

## Steuerberaterhaftung

- Buchführungsauftrag
  - Umsatzsteuerausweis
  - Abschlagrechnung/Schlussrechnung
  - Belehrung durch Steuerberater
  - Mitverschulden des Mandanten
- (OLG Celle, Urt. v. 21.5.2008 – 3 U 26/08)

### Leitsatz:

Ein Mitverschulden des Mandanten liegt noch nicht darin, dass er einen Hinweis seines Steuerberaters nicht umsetzt, wenn zum Mandat des Steuerberaters gerade gehörte, den begangenen Fehler zu entdecken und zu vermeiden. ■

### Zum Sachverhalt:

Der Kläger macht restliche Schadenersatzansprüche gegen den Beklagten als früheres Mitglied der Rechtsanwalts- und Steuerberatersozietät L. geltend.

Der Kläger ist selbstständiger Architekt. Bei ihm fand eine Betriebsprüfung für die Zeiträume bis einschließlich 1999 statt, anlässlich derer der Beklagte im ersten Quartal 2001 feststellte, dass es in der Rechnungslegung des Klägers zum doppelten Ausweis von Umsatzsteuer kam, nämlich zuerst in den Abschlagsrechnungen und dann nochmals in der Schlussrechnungslegung hinsichtlich der Gesamtrechnungssumme. Im Anschluss an die Betriebsprüfung übertrug der Kläger der Sozietät auch die Erstellung seiner Buchführung, die er bis dahin im eigenen Betrieb hatte erstellen lassen.

Mit Schreiben vom 10.5.2001 teilte die Mitarbeiterin der Sozietät, Frau H., einer Mitarbeiterin des Klägers mit:

„Außerdem füge ich eine korrigierte Kopie einer Ihrer Schlussrechnungen bei mit der Bitte, die Schlussrechnung in Zukunft in der von mir dargestellten Form zu schreiben. Dies hat folgenden Hintergrund: So wie Sie bisher die Rechnungen schreiben, weisen Sie in der Abschlagsrechnung die Umsatzsteuer auf den Abschlagsbetrag aus, in der Schlussrechnung die Umsatzsteuer auf den Gesamtbetrag. Im Sinne des Umsatzsteuergesetzes weisen Sie damit die Umsatzsteuer auf den Abschlagsbetrag doppelt aus und müssten ihn auch doppelt an das Finanzamt abführen. Am besten wir telefonieren darüber nochmal.“

Im Zuge einer neuerlichen Betriebsprüfung durch das Finanzamt in den Jahren 2005/2006 für die Steuerjahre 2000 bis 2002 ergab sich, dass der Kläger für das Jahr 2000 128.990,41 DM und für das Jahr 2001 237.392,71 DM Umsatzsteuer doppelt ausgewiesen hatte. Ungeachtet des Hinweises von Frau H. war dem Büro des Klägers der Fehler der doppelten Ausweisung im Laufe des Jahres 2001 noch in 15 Fällen unterlaufen, bevor er abgestellt wurde.

Es kam zwar letztlich in keinem Fall zu einer dauerhaften Doppelvereinnahmung der Steuer. Ein Schaden entstand dem Kläger aber dadurch, dass er für die Dauer des doppelten steuerlichen Ausweises Zinsen in Höhe von 0,5 % p.m. an das Finanzamt zahlen musste. Einen Antrag des Klägers auf Erlass dieser Zinszahlungen lehnte das Finanzamt mit Bescheid vom 23.4.2007 ab.

Der Beklagte bzw. dessen Haftpflichtversicherer zahlten an den Kläger im August 2007 80.693 EUR. Streitig blieb zwischen den Parteien nur derjenige Schadenbetrag, welcher auf Rechnungsvorgänge entfällt, die zeitlich nach dem Hinweis der Zeugin H. vom 10.5.2001 liegen. (...)

Die zulässige Berufung des Klägers hat Erfolg. Der Beklagte ist ihm zum Ersatz seines gesamten Schadens verpflichtet, so dass die Anschlussberufung erfolglos bleibt. ■

## Aus den Gründen:

### 1. Pflichtverletzung

Der Steuerberater hat im Rahmen seines Auftrags den Mandanten umfassend zu beraten und ungefragt über alle bedeutsamen steuerlichen Einzelheiten und deren Folgen zu unterrichten. Insbesondere muss er seinen Auftraggeber möglichst vor Schaden bewahren. Zu diesem Zweck hat er den sichersten Weg zu dem erstrebten steuerlichen Ziel aufzuzeigen und sachgerechte Vorschläge zu dessen Verwirklichung zu unterbreiten (vgl. BGH, WM 2005, 896; WM 2004, 472). Die Beratung soll den Mandanten in die Lage versetzen, eigenverantwortlich seine Rechte und Interessen zu wahren und eine Fehlentscheidung vermeiden zu können (vgl. BGH, WM 2004, 472).

Der Beklagte hatte – als Mitglied der vom Kläger beauftragten Sozietät – die **Buchhaltung** des Klägers zu erledigen. **Dazu**

**gehörte der Hinweis auf Fehler bei der Rechnungserstellung, wie sie beim Kläger vorgekommen waren, nämlich Umsatzsteuer zuerst in den Abschlagsrechnungen und dann nochmals in der Schlussrechnungslegung hinsichtlich der Gesamtrechnungssumme auszuweisen.**

**Dieser Pflicht ist der Beklagte auch nachgekommen.** Für ihn hat seine Mitarbeiterin H. mit dem Schreiben vom 10.5.2001 aus gegebenem Anlass genau auf diesen Fehler in der Rechnungsstellung beim Kläger hingewiesen. Dabei hat sie sich nicht auf den bloßen Hinweis beschränkt. Sie hat vielmehr weiter mitgeteilt, **welche Folgen der Fehler nach sich zieht**, dass nämlich der doppelte Ausweis von Umsatzsteuer auch dazu führt, dass doppelt Umsatzsteuer an das Finanzamt abzuführen ist. Diese Darstellung des Fehlers und seiner Folgen war auch zutreffend.

Einen zum Schadenersatz führenden Fehler kann man sich dabei nur in zweierlei Hinsicht vorstellen. Zum einen lässt sich fragen, ob der Hinweis auf den doppelten Anfall von Umsatzsteuer ausreichend war oder ob der Beklagte darüber hinausgehend noch auf die **weitere Konsequenz des Anfalls von Zinsen** hinweisen musste. Zum anderen lässt sich noch fragen, ob der Beklagte nach Erteilung des Hinweises dessen **Umsetzung überwachen** musste.

Im Allgemeinen wird ein Steuerberater davon ausgehen dürfen, dass ein Hinweis an den Mandanten, jedenfalls dann, wenn er – wie hier – klar und unmissverständlich war, von diesem auch befolgt wird; dass Frau H. am Ende ihres schriftlichen Hinweises darauf hingewiesen hatte, man könne in dieser Sache nochmals telefonieren, entwertet den Hinweis nicht. **Daraus folgt, dass es jedenfalls keine allgemeine Pflicht des Steuerberaters geben kann, in jedem Fall auch zu überprüfen, ob der Hinweis vom Mandanten befolgt und umgesetzt wird.**

Hier allerdings liefen die im Anschluss an den Hinweis von Frau H. erstellten Rechnungen wieder über den mit der Buchhaltung betrauten Beklagten. Dieser hatte bei dieser Gelegenheit nicht nur die Möglichkeit, sondern auf der Grundlage des bestehenden Vertrages über die Erstellung der Buchhaltung auch die Pflicht, den Kläger auf den nicht abgestellten Fehler hinzuweisen. Aufgrund des in der Vergangenheit vom Kläger bereits begangenen Fehlers hatte der Beklagte sogar allen **Anlass, sich unter dem Aspekt der Doppelbuchung die Rechnungen des Klägers genauer anzusehen**. Dies hat er ersichtlich nicht getan. Die Pflichtverletzung des Beklagten ist folglich zu bejahen.

Das Landgericht hat im angefochtenen Urteil angenommen, in dem Fehlen eines Hinweises auf die anfallenden Zinsen liege eine Pflichtverletzung. Ob dies zutrifft, und insbesondere, ob gerade aufgrund einer solchen Pflichtverletzung dem Kläger ein Schaden entstanden ist, bedarf demgegenüber keiner Entscheidung.

### 2. Mitverschulden

Ein die Haftung des Beklagten minderndes Mitverschulden des Klägers liegt nicht vor.

Im Rahmen der nach § 254 BGB vorzunehmenden Abwägung ist in erster Linie zu berücksichtigen, welches Verhalten den Schaden überwiegend verursacht hat. Sodann ist der Grad des beiderseitigen Verschuldens abzuwägen.

a) Das Mitverschulden ist im Wesentlichen auf den Bereich begrenzt, der in die **Eigenverantwortung des Mandanten** fällt. Die Mitteilung des Sachverhalts ist in diesem Sinne die Sache des Mandanten (vgl. BGH, WM 1991, 1812, 1814). Diese Informationspflicht ist echte Vertragspflicht, die den Pflichten des Steuerberaters vorgeht (BGH, NJW 1997, 2168, 2170; NJW 1996, 2929, 2932). Darum aber geht es vorliegend nicht; den wesentlichen Sachverhalt kannte der Beklagte, jedenfalls war er ihm ohne Weiteres erkennbar.

Geht es – wie hier – jedenfalls im Wesentlichen um rechtliche Fragen, nämlich um die Umsetzung des § 14 Abs. 5 Satz 2 UStG bei der Rechnungsstellung, hat zu gelten, dass derjenige, **der sich auf die Beratung durch einen Fachmann verlässt, sich ein Mitverschulden grundsätzlich nicht anrechnen lassen muss** (vgl. nur BGH, NJW 2002, 1048, 1049), und zwar nicht einmal dann, wenn ihm die Unzulänglichkeit der Beratung bei gehöriger Sorgfalt erkennbar war (vgl. BGH, WM 2000, 1591, 1595).

Derjenige, der – wie hier der Kläger – einen Sachkundigen hinzuzieht, gibt diesem damit zu erkennen, dass er in Ermangelung eigener ausreichender Kenntnisse auf die Hilfe Dritter angewiesen ist. Ist dies – wie hier – dem Beklagten auch erkennbar, genießt das in Anspruch genommene Vertrauen des Mandanten besonderen Schutz. Eine Nachfrage schuldete der Kläger nicht.

Der Kläger hat den Beklagten bzw. die Sozietät, der der Beklagte damals angehörte, gerade wegen der mit dem doppelten Ansatz von Umsatzsteuer entstandenen und durch die (erste) Betriebsprüfung offenkundig gewordenen Probleme mit der Buchhaltung betraut, anstatt sie wie bisher selbst vorzunehmen. Die Pflicht, den eingetretenen Schaden zu verhindern, war Vertragsinhalt. Der Kläger durfte sich darauf verlassen, dass der bislang aufgetretene Fehler nun vermieden werden würde, und für den Fall, dass beim Kläger der Fehler doch wieder auftreten würde, der Beklagte dies bemerken und ihn abstellen würde und eben auch unverzüglich für eine alsbaldige Berichtigung sorgen würde. Dieses Unterbleiben einer alsbaldigen Berichtigung war gerade ein Grund für die Finanzbehörde, mit Bescheid vom 23.4.2007 den klägerischen Antrag auf Erlass der Nachzahlungszinsen zur Umsatzsteuer 2000 und 2001 zurückzuweisen.

**Nun lässt sich zwar zum Mitverschulden die Ansicht vertreten, der Kläger sei durch das Schreiben von Frau H. „bösgläubig“ geworden und habe allen Anlass gehabt, bei der Erstellung der Rechnungen besonderes Augenmerk auf die Vermeidung des Problems des doppelten Ausweises von Umsatzsteuer zu legen.** Das aber gilt für den Beklagten in gleicher Weise. Auch ihm war bekannt, dass das Problem sich ungeachtet der Betriebsprüfung nicht erledigt hatte, so dass Frau H. auf das an sich bekannte Problem (nochmals) hatte hinweisen müssen.

**Anders wäre es bei Vorsatz des Klägers.** Vorsätzliches Handeln des Klägers behauptet der Beklagte zwar. Dafür gibt es freilich nicht nur **keinerlei vernünftige Gründe**, sondern **auch keinerlei konkreten Anhaltspunkte**. Der Umstand, dass es dem Kläger nicht gelungen ist, den bekannten Fehler bei der Rechnungserstellung abzustellen, lässt den Rückschluss auf ein vorsätzliches Handeln hier nicht zu.

b) Nicht zu beanstanden ist, dass das Landgericht ein Mitverschulden (§ 254 Abs. 2 BGB) verneint hat, soweit der Kläger gegen den Bescheid des Finanzamts vom 23. 4.2007, mit dem es den klägerischen Antrag auf Erlass der Nachzahlungszinsen zur Umsatzsteuer 2000 und 2001 zurückgewiesen hat, **Rechtsmittel nicht eingelegt** hat. Es ist weder vorgetragen noch sonst ersichtlich, dass ein Rechtsmittel gegen den Bescheid Erfolg gehabt hätte. Den Bescheid hat das Finanzamt ausführlich unter Bezug auf den konkreten Sachverhalt begründet. Dass ein Einspruch an der Beurteilung des Sachverhalts durch das Finanzamt etwas geändert hätte, hätte der Beklagte darlegen müssen.

Und ein finanzgerichtliches Verfahren wäre ohne Aussicht auf Erfolg gewesen, weil im Hinblick auf die nach § 102 Satz 1 FGO eingeschränkte Überprüfbarkeit von Ermessensentscheidungen der Finanzämter eine Verpflichtung zum Erlass von Nachforderungszinsen nach § 227 AO nur hätte ausgesprochen werden können, wenn eine Ermessensreduktion auf null vorgelegen hätte (vgl. nur BFH, Beschl. v. 17.8.2007 – XI B 22/07, zitiert nach juris), was gleichfalls weder ersichtlich noch dargelegt ist. Und auf völlig ungewisse Prozesse muss sich der Mandant, der erst durch das Verschulden seines Beraters in die Situation gebracht wird, überlegen zu müssen, ob er Streitigkeiten mit Dritten aussieht, nicht einlassen.

Ein Mitverschulden des Klägers scheidet daher aus.

### 3. Kausaler Schaden

Ein kausaler Schaden ist in Höhe der Klageforderung gegeben. Hat der Steuerberater eine Vertragspflicht gegenüber seinem Mandanten schuldhaft verletzt, setzt seine Haftung voraus, dass der geltend gemachte Schaden auf der Pflichtverletzung beruht. Insoweit ist **zu fragen, wie sich der Sachverhalt im Falle eines unterstellten pflichtgemäßen Verhaltens des Steuerberaters im Sinne eines Gesamtvermögensvergleichs entwickelt hätte** (vgl. nur BGH, WM 2004, 475, 476).

a) Bei Prüfung der Kausalität kann dem Mandanten ein **Anscheinsbeweis** (vgl. BGHZ 123, 311) zugutekommen. Es besteht nämlich eine **tatsächliche Vermutung dafür, dass der Mandant sich beratungsgerecht verhalten hätte**. Der Anscheinsbeweis setzt aber voraus, dass eine bestimmte Reaktion des Mandanten auch nahegelegen hätte. Ein Anscheinsbeweis scheidet aus, wenn es nicht nur eine einzige verständige Entschlussmöglichkeit gab, sondern – zwei oder mehr – verschiedene Handlungsweisen des Mandanten mit unterschiedlichen Vor- und Nachteilen ernsthaft in Betracht gekommen wären (vgl. BGH, Urt. v. 23.11.2006 – IX ZR 21/03, BGH-Report 2007, 298).



Die Kausalität der Pflichtverletzung ist damit ohne Weiteres zu bejahen. Für den Kläger gab es keinen vernünftigen Grund, für den Fall, dass der Beklagte den Fehler in den Rechnungen des Jahres 2001 entdecken würde, nicht eine sofortige Berichtigung vorzunehmen und damit insbesondere auch den Anfall von Zinsen zu vermeiden. (...) ■

## Haftung des Sozios

- nach dessen Ausscheiden, § 160 HGB
  - Begründung der Verbindlichkeit
  - Herausgabeanspruch
  - Verzug ohne Mahnung
  - Auskehrung von Fremdgeldern
- (OLG Saarbrücken, Urt. v. 30.4.2007 – 1 U 148/06)

### Leitsatz:

Zur Haftung des ausgeschiedenen Sozios für Verbindlichkeiten, die bis zu seinem Ausscheiden begründet wurden. ■

### Zum Sachverhalt:

Die Beklagten betrieben bis 2001 eine Rechtsanwaltskanzlei in der Form einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR). Mit Schreiben vom 13.6.2001 kündigte der Beklagte zu 1) den Sozietätsvertrag fristlos, hilfsweise fristgerecht zum 31.12.2001. Die Beklagten zu 4) und 5) waren bereits im März 2001 aus der Kanzlei ausgeschieden. Seit dem 18.6.2001 betreibt der Beklagte zu 1) eine andere Kanzlei.

Im Oktober 2000 beauftragte die Klägerin die Kanzlei der Beklagten mit der Wahrnehmung ihrer Interessen gegenüber der Stadt W., und zwar im Hinblick auf eine Hinterbliebenenversorgung für sich und ihre Kinder nach dem Tod ihres Ehemanns im Mai 1996, der bei der Klinik W. GmbH als Direktor der Klinik für N. beschäftigt war. Im August 2001 erhob die Klägerin, vertreten durch die Beklagten zu 2) und 3), vor dem Arbeitsgericht gegen die Stadt W. Klage auf Zahlung von 314.508,60 DM Witwenrente für die Zeit von Juni 1996 bis August 2001 sowie Feststellung der Verpflichtung zur Zahlung einer monatlichen Witwenrente von 4.992,20 DM ab August 2001. Das Verfahren endete am 30.7.2003 mit einem Vergleich, in dem die Klägerin und die Stadt die Hinterbliebenenversorgung regelten und sich die Stadt zur Nachzahlung eines noch zu versteuernden Betrags von 132.903 EUR auf ein Anderkonto der Beklagten zu 2) und 3) verpflichtete. Die Stadt zahlte daraufhin im September 2003 auf ein Konto der Kanzlei 101.957,80 EUR. Der Betrag wurde nicht vollumfänglich an die Klägerin weitergeleitet, die Beklagten zu 2) und 3) leisteten in der Zeit von März bis Dezember 2004 lediglich Zahlungen in Höhe von insgesamt 75.000 EUR.

Mit der Klage fordert die Klägerin den danach noch ausstehenden Betrag zzgl. Zinsen. Unter Zugrundelegung einer Verzinsung in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem

Basiszinssatz ab dem 1.10.2003 und der Verrechnung der Zahlungen zunächst auf die Zinsen berechnet sie ihre Forderung zum 27.12.2004 auf 32.744,95 EUR. Diesen Betrag hat sie im erstinstanzlichen Verfahren als Hauptforderung zum Schluss geltend gemacht, nachdem sie zuvor wegen der Zugrundelegung eines anderen Zahlungszeitpunkts noch 34.155,98 EUR gefordert, die Klage danach indes in Höhe von 1.411,03 EUR zurückgenommen hatte.

Die Beklagten zu 2) und 3) haben die Klageforderung in Höhe von 32.728,63 EUR zzgl. 5% Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 28.12.2004 anerkannt und sind dementsprechend mit Teilerkenntnisurteil vom 24.5.2005 im schriftlichen Vorverfahren verurteilt worden.

Auf den Termin vom 16.1.2006, in dem für die Beklagten zu 4) und 5) trotz ordnungsgemäßer Ladung niemand erschienen war, hat das Landgericht mit Teilversäumnis-, Teilschluss- und Urteil vom 13.2.2006 die Beklagten zu 1), 4) und 5) zur Zahlung von 32.744,95 EUR und die Beklagten zu 2) und 3) zur Zahlung weiterer 16,32 EUR, jeweils zzgl. Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 28.12.2004, verurteilt.

Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, dass (auch) die Beklagten zu 1), 4) und 5) akzessorisch für die Verbindlichkeiten der Sozietät einzustehen hätten, der die deliktischen Handlungen ihrer Gesellschafter zuzurechnen seien. Die in Rede stehende Verbindlichkeit sei noch während der Zugehörigkeit der Beklagten zu 1), 4) und 5) zur Sozietät begründet worden, nämlich durch die Mandatierung im Oktober 2000; eine Änderung des Mandats oder ein neues Mandat sei danach nicht erteilt worden.

Die Beklagten zu 4) und 5) haben gegen das Urteil Einspruch eingelegt. Daraufhin ist das Teilversäumnisurteil mit Schlussurteil vom 18.5.2006 unter Berücksichtigung einer Zahlung des Beklagten zu 2) von 5.000 EUR im Februar 2006 aufrechterhalten worden. Gegen dieses Schlussurteil haben die Beklagten zu 4) und 5) Berufung eingelegt, die der Senat mit Beschluss vom 30.10.2006 mangels Begründung als unzulässig verworfen hat.

Der Beklagte zu 1) hat gegen das ihm am 14.2.2006 zugestellte Urteil vom 13.2.2006 am 10.3.2006 Berufung eingelegt, die er nach entsprechender Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist am 19.6.2006 begründet hat.

Er macht geltend, dass der Kanzlei im August 2001, also nach seinem Ausscheiden, ein völlig neues Mandat erteilt worden sei, nunmehr nämlich die Verfolgung von Zahlungsansprüchen gegen die Stadt. Es könne im Übrigen nicht sein, dass er für die Veruntreuung von Mandantengeldern, zu der es über zwei Jahre nach seinem Ausscheiden aus der Kanzlei gekommen sei und die er gar nicht habe verhindern können, einzustehen habe. Außerdem habe die Klägerin durch ihr Verhalten das Verschwinden des nunmehr geltend gemachten Betrags erst ermöglicht, indem sie nämlich zu keiner Zeit bei der Stadt W. nach dem Verbleib der vereinbarten Zahlung gefragt habe.

Die Klägerin verteidigt das angefochtene Urteil. Im Hinblick auf Zahlungen des Beklagten zu 2) in Höhe von 5.000 EUR am 9.2. und 10.8.2006, die sie zunächst auf die Zinsforderung verrechnet, hat sie den Rechtsstreit insoweit für erledigt erklärt. Der Beklagte zu 1) hat sich der Erledigungserklärung nicht angeschlossen.

(Anträge ...) ■

#### Aus den Gründen:

Die Berufung ist gemäß §§ 511, 513, 517, 519, 520 ZPO zulässig. Sie ist jedoch nicht begründet. Die Entscheidung des Landgerichts beruht weder auf einer Rechtsverletzung (§ 546 ZPO) noch rechtfertigen die gemäß § 529 ZPO der Entscheidung des Senats zugrunde zu legenden Tatsachen eine andere Entscheidung (§ 513 ZPO). Der Klägerin steht bzw. stand gemäß §§ 667, 675 BGB gegen die GbR ein Anspruch auf Auszahlung der seitens der Stadt W. an die Kanzlei geleisteten Nachzahlung auf die Witwenrente zu; für diesen Anspruch haftet der Klägerin auch der Beklagte zu 1) trotz seines Ausscheidens aus der Sozietät gemäß § 736 Abs. 2 BGB, § 160 Abs. 1 Satz 1 HGB (dazu unter I.). Infolgedessen steht der Klägerin die (im Berufungsverfahren noch) geltend gemachte Forderung zu (II.). Hinsichtlich der vom Beklagten zu 2) im Februar und August 2006 geleisteten Zahlungen war die Erledigung des Rechtsstreits auszusprechen (III.).

I. 1. Die Klägerin hat im Oktober 2000 mit der damals noch aus allen Beklagten bestehenden Sozietät einen Rechtsanwaltsvertrag geschlossen. Dass ihr dabei und in der Folge offenbar allein der Beklagte zu 2) entgegentrat, ist nicht von maßgeblicher Bedeutung. Im Allgemeinen **geht der Wille des Rechtsanwalts und des Mandanten dahin, das Mandatsverhältnis mit der Sozietät zu begründen** (vgl. etwa BGH, Urt. v. 5.11.1993 – V ZR 1/93, BGHZ 124, 47 = NJW 1994, 257, unter II. 1. m.w.N.). Hier gilt nichts anderes, wie aus der Vollmacht vom 16.10.2000 und dem Schreiben der Kanzlei vom gleichen Tag folgt. Darüber besteht auch zwischen den Parteien kein Streit.

2. Der Anwaltsvertrag ist typischerweise **Geschäftsbesorgungsvertrag** gemäß § 675 BGB (vgl. nur Staudinger/Martinek (2006) Rdnr. B 165 zu § 675 BGB m.w.N.). Gemäß §§ 667, 675 BGB hat der Geschäftsführer alles, was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt, dem Auftraggeber herauszugeben. Erlangt hat die Kanzlei infolge der Geschäftsbesorgung die Nachzahlung der Stadt W. auf die Witwenrente. Diese Nachzahlung hat sie der Klägerin vollständig auszuzahlen. Dass das Geld offenbar nicht mehr vorhanden ist, sondern wohl vom Beklagten zu 2) nicht bestimmungsgemäß verwendet wurde, steht dem **Herausgabeanspruch aus § 667 BGB** nicht entgegen (vgl. BGH, Urt. v. 4.11.2002 – II ZR 210/00, NZG 2003, 215, unter II.; Senat, Urt. v. 19.12.2001 – I U 398/01-91-, NJW-RR 2002, 622, unter 2. a).

3. Die Gesellschafter einer GbR haften für deren Verbindlichkeiten entsprechend § 128 HGB persönlich (BGH, Urt. v. 29.1.2001 – II ZR 331/00, BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056, unter B.). Freilich ist der Beklagte zu 1) nicht mehr

Gesellschafter der Kanzlei und war es auch zum Zeitpunkt der Nachzahlung schon seit längerer Zeit nicht mehr. **Ein Gesellschafter haftet indes auch nach seinem Ausscheiden noch für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft, wenn diese bis zu seinem Ausscheiden begründet wurden** (§ 736 Abs. 2 BGB, § 160 Abs. 1 Satz 1 HGB). Diese Nachhaftung ist zwar auf fünf Jahre begrenzt (vgl. im Einzelnen § 1260 HGB), diese Begrenzung ist hier jedoch schon deshalb ohne Belang, weil die Nachhaftungsfrist jedenfalls **durch die Klageerhebung gehemmt wurde** (§ 160 Abs. 1 Satz 3 HGB, § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB). Maßgeblich ist hier mithin allein, ob die in Rede stehende Verbindlichkeit noch vor dem Ausscheiden des Beklagten zu 1) begründet wurde. Das ist der Fall. Dabei kann der Entscheidung zugrunde gelegt werden, dass der Beklagte zu 1) im Juni 2001 aus der Sozietät ausgeschieden ist.

a) **Begründet i.S.v. § 160 HGB ist eine Verbindlichkeit nicht etwa erst dann, wenn der Anspruch des Gläubigers entstanden oder fällig ist** (MüKo-Schmidt, Rdnr. 49 zu § 128 HGB; Habersack in: Grobkomm. HGB, § 128 Rdnr. 62). Maßgeblich ist vielmehr, **wann der Rechtsgrund für die Verbindlichkeit gelegt wurde**. Demzufolge ist eine rechtsgeschäftliche Verbindlichkeit bereits dann begründet, wenn das Rechtsgeschäft abgeschlossen ist und sich ohne das Hinzutreten weiterer rechtsgeschäftlicher Akte die konkrete, einzelne Verbindlichkeit ergibt (BGH, Urt. v. 12.12.2005 – II ZR 283/03, NJW 2006, 765, unter II. 1. a); MüKo-Schmidt, Rdnr. 50 zu § 128 HGB; Habersack, a.a.O., Rdnr. 63, jeweils m.w.N.). **Vertragsänderungen** nach dem Ausscheiden des Gesellschafters führen nicht zwangsläufig zur Begründung einer neuen Verbindlichkeit; lediglich **nachträgliche Haftungs-erweiterungen** gehen nicht zulasten des ausgeschiedenen Gesellschafters (vgl. MüKo-Schmidt, Rdnr. 52 zu § 128 HGB; Habersack, a.a.O., Rdnr. 67; vgl. auch BGH, Urt. v. 13.7.1967 – II ZR 268/64, BGHZ 48, 203 = NJW 1967, 2203).

Die Begründung der Verbindlichkeit setzt mithin nicht voraus, dass bereits alle Tatbestandsvoraussetzungen des Anspruchs erfüllt sind. Dementsprechend werden Versorgungsansprüche bereits mit dem Abschluss des Arbeitsvertrages begründet, auch wenn der Versorgungsfall erst nach dem Ausscheiden des Gesellschafters eintritt (BAG, Urt. v. 28.11.1989 – 3 AZR 818/87, BAGE 63, 260, unter II. 1. b), und der Anspruch auf Werklohn bereits mit dem Abschluss des Werkvertrages, auch wenn das Werk erst nach dem Ausscheiden des Gesellschafters fertiggestellt wird (BGH, Urt. v. 21.12.1970 – II ZR 2258/67, BGHZ 55, 267 = NJW 1971, 1268, unter II.).

**Infolgedessen werden auch nach dem Ausscheiden entstandene vertragliche Sekundäransprüche noch vor dem Ausscheiden begründet, wenn der Vertrag vor dem Ausscheiden geschlossen wurde** (vgl. BGH, Urt. v. 21.12.1961 – II ZR 74/59, BGHZ 36, 224 = NJW 1962, 536: Schadenersatzansprüche aus einem vor dem Ausscheiden geschlossenen Depotvertrag wegen nach dem Ausscheiden eingetretener Unmöglichkeit der Herausgabe der Wertpapiere; vgl. auch Habersack, a.a.O., Rdnr. 68; MüKo-Schmidt, Rdnr. 51 zu § 128 HGB).

**Nach dem Ausscheiden entstandene Aufwendungen hat der ausgeschiedene Gesellschafter zu ersetzen, wenn der Anspruch auf Aufwendungsersatz noch vor seinem Ausscheiden begründet wurde** (vgl. BGH, Urt. v. 25.11.1985 – II ZR 80/85, NJW 1986, 1690).

b) Nach diesen Grundsätzen ist die Verpflichtung der GbR, die an sie geflossene Nachzahlung auf die Witwenrente an die Klägerin weiterzuleiten, noch vor dem Ausscheiden des Beklagten zu 1) begründet worden. Ohne Belang ist, dass der Anspruch der Klägerin auf Auszahlung der Nachzahlung erst lange nach dem Ausscheiden des Beklagten zu 1) – nämlich mit der Nachzahlung im September 2003 – entstanden ist. Denn **maßgeblich ist nicht, wann der Anspruch entstanden ist, sondern wann der Rechtsgrund für ihn gelegt wurde**. Das war hier im Oktober 2000 der Fall, als der Anwaltsvertrag zwischen der Klägerin und der Sozietät geschlossen wurde.

aa) Die Klägerin hat die Kanzlei im Oktober 2000 mit der Geltendmachung von Versorgungsansprüchen gegen die Stadt W. beauftragt. Davon ist das Landgericht ausgegangen. Das begegnet keinen Bedenken.

Zwar bezieht sich das Anwaltsschreiben an die Stadt vom 16.10.2000 zunächst nur auf Änderungen zu einem abzuschließenden Versorgungsvertrag. Es fehlt jedoch an jeglichen Anhaltspunkten für die fernliegende Annahme, dass das Mandat zunächst auf die Forderung von Änderungen zu dem von der Stadt vorgelegten Vertrag beschränkt war. Der Vertrag kam als Grundlage für die Versorgungsansprüche in Betracht, so dass die Tätigkeit der Kanzlei zunächst naturgemäß auf die Erwirkung eines den Interessen der Klägerin entsprechenden Vertragsschlusses beschränkt war.

Selbstverständlich ist, dass es der Klägerin nicht allein um den Abschluss des Vertrages, sondern eben um die Erlangung von Versorgungsleistungen nach dem Tod ihres Ehemanns ging. Den Handakten der Kanzlei lässt sich nichts dafür entnehmen, dass die Klägerin diese Versorgungsleistungen nach dem Abschluss des Vertrages selbst fordern, die Kanzlei also nur mit dem Vertragsschluss, nicht aber mit der Geltendmachung der Leistungen betraut werden sollte. Dem entsprechen die Angaben des Beklagten zu 2) im Termin vom 16.1.2006, wonach es von Anfang an um die Versorgungsbezüge dem Grunde und der Höhe nach ging.

Der Beklagte zu 1) rügt diese Angaben auch nicht etwa als fehlerhaft. Er macht zwar geltend, dass nach seinem Ausscheiden aus der Kanzlei und vor der Erhebung der Klage vor dem Arbeitsgericht ein völlig neues Mandat erteilt worden sei. Dabei handelt es sich indes letztlich um eine Wertung des Umstands, dass die Geltendmachung einer konkreten Forderung in einer Klage der Abstimmung nach der Mandatserteilung im Oktober 2000 bedurfte (dazu unter bb)), ohne dass konkret in Zweifel gezogen wird, dass dem Grundsatz nach schon bei Vertragsschluss (auch) die Geltendmachung von Versorgungsansprüchen Gegenstand des Mandats war.

bb) Wenn aber die Kanzlei schon im Oktober 2000 damit beauftragt war, Versorgungsansprüche gegen die Stadt W. geltend zu machen, dann wurde auch die hier streitige Verbindlichkeit schon zu dieser Zeit, mithin vor dem Ausscheiden des Beklagten zu 1), begründet i.S.v. § 160 Abs. 1 Satz 1 HGB.

**Zwar stand im Oktober 2000 sicherlich keineswegs fest, dass es zu einem Anspruch der Klägerin auf Auskehr der an die Kanzlei geflossenen Nachzahlung kommen würde. Insoweit bedurften die Rechtsbeziehungen der Beteiligten noch in mehrfacher Hinsicht der Konkretisierung.** Zu entscheiden war über den Abschluss eines Versorgungsvertrages, über die Geltendmachung konkreter Versorgungsansprüche und über die Bezifferung einer Nachzahlung. Zudem musste noch die Abwicklung der Nachzahlung festgelegt werden, nämlich dahingehend, dass die Stadt auf ein Konto der Kanzlei zahlt. **Gleichwohl wurde der Rechtsgrund für die Verbindlichkeit der GbR schon mit dem Abschluss des auf die Geltendmachung der Versorgungsansprüche gerichteten Anwaltsvertrages gelegt.** Aus diesem Geschäftsbesorgungsvertrag, der in der Folge konkretisiert worden sein dürfte, jedoch jedenfalls keine wesentliche Änderung erfuhr, entstand ohne das Hinzutreten wesentlicher weiterer rechtsgeschäftlicher Akte zwischen der Klägerin und der Sozietät die hier streitige Verbindlichkeit auf Auszahlung der Nachzahlung an die Kanzlei.

Die maßgeblichen Vereinbarungen, die letztlich die konkrete Nachzahlungspflicht der Stadt und infolgedessen den von der Klägerin geltend gemachten Anspruch begründeten, wurden über die beauftragten Rechtsanwälte zwischen der Klägerin und der Stadt geschlossen. Demgegenüber wurden die Rechtsbeziehungen zwischen der Klägerin und der GbR allenfalls dahingehend konkretisiert, dass sich die Klägerin mit der von ihren Rechtsanwälten gewählten Vorgehensweise, namentlich auch mit der Abwicklung der Nachzahlung über ein Konto der GbR, einverstanden erklärte. Diese Konkretisierungen, die sicherlich nach dem Ausscheiden des Beklagten zu 1) erfolgten, erlauben nicht den Schluss, dass der Anwaltsvertrag auf eine neue Grundlage gestellt wurde. **In dem auf Geltendmachung der Ansprüche gerichteten Vertrag war vielmehr von Anfang an angelegt, dass die Kanzlei infolge der Geschäftsbesorgung etwas erlangen würde**, nämlich etwa die Nachzahlung auf die Versorgungsbezüge, die sie an die Klägerin herauszugeben hatte.

4. Auf den vom Beklagten zu 1) im Berufungsverfahren erhobenen Einwand des **Mitverschuldens** der Klägerin kommt es nicht an. Der Beklagte zu 1) haftet der Klägerin nicht auf Schadenersatz, namentlich wegen einer unerlaubten Handlung. Er hat vielmehr persönlich für die gegen die Kanzlei gerichtete Forderung auf Herausgabe des durch die Geschäftsführung Erlangten, die sich aus dem Rechtsanwaltsvertrag ergibt, einzustehen. Für diesen Anspruch ist ein Mitverschulden der Klägerin (§ 254 BGB) ohne Bedeutung.

II. Die Klägerin verlangt nicht die Auszahlung des an die GbR gezahlten Betrages abzüglich der bereits geleisteten Zahlungen. Sie legt ihrer Forderung vielmehr die Verzinsung des Betrages in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basis-

zinssatz ab dem 1.10.2003 zugrunde und verrechnet die Zahlungen zunächst auf die danach angefallenen Zinsen. Das ist nicht zu beanstanden, wie das Landgericht zu Recht entschieden hat.

1. Die Klägerin kann gemäß § 288 Abs. 1 BGB die Verzinsung der Forderung in dem geltend gemachten Umfang beanspruchen. Die Kanzlei befand sich gemäß § 286 Abs. 2 Nr. 4 BGB ab dem 1.10.2003 mit der Auszahlung der Nachzahlung in Verzug, ohne dass es einer Mahnung bedurfte. Für diesen Verzugschaden hat auch der Beklagte zu 1) einzustehen, weil es sich um einen Sekundäranspruch aus dem Anwaltsvertrag handelt (s. unter I. 3. a); vgl. auch *Habersack, a.a.O., Rdnr. 68*).

Nach § 286 Abs. 2 Nr. 4 BGB **bedarf es keiner verzugsbegründenden Mahnung**, wenn aus besonderen Gründen unter Abwägung der beiderseitigen Interessen der sofortige Eintritt des Verzugs gerechtfertigt ist. Solche Gründe werden in der Regel vorliegen, wenn der Schuldner durch sein Verhalten eine Mahnung verhindert (vgl. *die Begründung zum Entwurf der Vorschrift, BT-Drucks. 14/6040, 146*) oder wenn der Schuldner seine unverzügliche Leistungspflicht kennt, gleichwohl aber nicht leistet (vgl. *Palandt/Heinrichs, Rdnr. 25 zu § 286 BGB; MüKo-Ernst, Rdnr. 67, 69 zu § 286 BGB*). Ein solcher Fall liegt hier vor.

Wie das Landgericht zu Recht ausgeführt hat, **ließ die Kanzlei die Klägerin über den Zahlungseingang im Unklaren und verhinderte dadurch eine Mahnung der Klägerin**. Im Übrigen war sie gemäß § 43a Abs. 5 Satz 2 BRAO, § 4 Abs. 2 Satz 1 BORA verpflichtet, den an sie gezahlten Betrag unverzüglich an die Klägerin weiterzuleiten. Mangels anderweitiger Anhaltspunkte ist davon auszugehen, dass den Rechtsanwältinnen dies bekannt war. Gleichwohl sahen sie von einer Auszahlung des Geldes an die Klägerin ab. Diese Umstände rechtfertigen die Annahme des sofortigen Verzugseintritts ohne Mahnung am 1.10.2003. (...) ■

## Anwaltschaftung

- Erbrechtsberatung
  - Gemeinschaftliches Testament
  - Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten der Kinder
  - Regelung im Todesfall oder zu Lebzeiten?
- (LG Freiburg, Urt. v. 7.11.2008 – 6 O 173/07)

### Leitsätze (d. Red.):

1. Die Erbrechtsberatung im Hinblick auf die Übertragung von Wohnungseigentum auf Kinder ist ein Vertrag mit Schutzwirkung zu deren Gunsten.

2. Ein gemeinschaftliches Testament der Eheleute, wonach nach dem Letztversterbenden der Nachlass an die Kinder fällt, kann nicht durch beeinträchtigende Vermächtnisse ergänzt werden. ■

### Zum Sachverhalt:

Der Kläger verlangt Schadenersatz wegen eines anwaltlichen Beratungsfehlers.

Der Kläger ist eines von sieben Kindern der im Jahr 2005 verstorbenen S. (Erblasserin). Diese hatte mit ihrem Anfang 2001 verstorbenen Ehemann und Vater der Kinder im Jahr 1993 ein gemeinschaftliches Testament errichtet, nach dem sich die Ehegatten gegenseitig zu Alleinerben eingesetzt hatten. Nach dem Tod des Zuletztgestorbenen sollte „unser ganzer gemeinsamer Nachlass an unsere Kinder fallen“.

Ende 2002 wandte sich die Erblasserin an den Beklagten, weil sie u.a. dem Kläger und ihren weiteren Söhnen W. und R. jeweils ein Wohnrecht an Wohnungen in dem zur Erbmasse gehörenden Wohnhaus einräumen wollte. Mit Schreiben vom 31.10.2002 übersandte der Beklagte Entwürfe für eine Vorsorgevollmacht und für ein geändertes Testament, nachdem der Kläger und seine Brüder R. und W. im Wege des Vermächtnisses lebenslange, nicht übertragbare dingliche Wohnungsrechte an den Wohnungen ihres Hauses erhalten sollten. Das Pflegekind M. sollte ein Geldvermächtnis erhalten.

Dabei war der Beklagte der Ansicht, dass die Erblasserin das gemeinschaftliche Testament aus dem Jahr 1993 zwar nicht mehr abändern, aber durch Vermächtnisse ergänzen könne. Die Erblasserin errichtete in der Folgezeit anhand des vom Beklagten übersandten Entwurfs ein handschriftliches Testament. Nach dem Tod der Erblasserin akzeptierten die anderen Geschwister die testamentarische Ergänzung der Erblasserin nicht und rügten die Unwirksamkeit der die Erbinsetzung beeinträchtigenden Vermächtnisse. Wohnrechte für den Kläger und seine beiden Brüder wurden daher nicht begründet, vielmehr wurde das Wohnhaus verkauft und die Erbengemeinschaft aufgelöst.

Der Kläger behauptet, der Beklagte habe die Erblasserin fehlerhaft beraten. Diese habe auf jeden Fall erreichen wollen, dass dem Kläger und seinen beiden Brüdern an dem zur Erbmasse gehörenden Wohnhaus lebenslange Wohnrechte eingeräumt werden sollten. Er hätte deshalb im Rahmen einer ordnungsgemäßen Belehrung die Erblasserin darüber aufklären müssen, dass dieses Ziel im Wege eines Vermächtnisses durch letztwillige Verfügung nicht ohne Weiteres möglich wäre. Wenn die Erblasserin aufgeklärt worden wäre, wäre es ihr zu ihren Lebzeiten noch gelungen, ihre anderen Kinder (die Testamentserben) zu veranlassen, die Vermächtniseinsetzung zugunsten des Klägers und seiner beiden Brüder im Rahmen eines eingeschränkten Erbverzichts zu akzeptieren.

Es habe daneben auch die Möglichkeit bestanden, dass die Erblasserin noch zu ihren Lebzeiten dem Kläger und seinen beiden Brüdern jeweils Wohnrechte eingeräumt hätte. So hätte die Erblasserin mit den drei Söhnen, welche ihre Pflege hätten übernehmen sollen, einen dahin ausgerichteten Vertrag schließen können, dass sich die Söhne gegen Einräumung je eines lebenslangen Wohnrechts verpflichtet hätten, ihre Pflege und Altersversorgung zu gewährleisten.

Da die Erblasserin an einer solchen Lösung ein lebzeitiges Eigeninteresse gehabt hätte, hätte auch kein Fall einer beeinträchtigenden Schenkung vorgelegen.

Durch den Verlust des Wohnrechts an der für ihn vorgesehenen Wohnung sei dem Kläger – ausgehend vom Wohnwert der Wohnung, seiner Lebenserwartung sowie abzüglich der auf ihn entfallenden Erlöse aus der Erbengemeinschaft – ein Schaden von 108.666,79 EUR entstanden.

(Anträge ...)

Der Beklagte behauptet, er sei lediglich beauftragt worden, für die Erblasserin eine umfassende Vorsorgevollmacht zu errichten und eine Ergänzung des gemeinschaftlichen Testaments zu formulieren. Die Erblasserin habe sich zu Lebzeiten aber nicht binden wollen und sich jederzeit Änderungen bezüglich der Testamentsgestaltung vorbehalten wollen. Eine Einräumung des Wohnrechts zu Lebzeiten hätte zudem im Todesfall als beeinträchtigende Schenkung gegenüber den Erben keinen Bestand gehabt.

Der Versuch, die anderen Kinder zu einem eingeschränkten Erbverzicht in dem Sinne zu bewegen, dass diese die Vermächtniseinsetzung akzeptiert hätten, sei angesichts der Zerstrittenheit in der Familie aussichtslos gewesen. (...) ■

#### Aus den Gründen:

Die zulässige Klage ist unbegründet.

1. Allerdings hat der Beklagte die Erblasserin **fehlerhaft beraten**.

a) Der Kläger kann aus einer fehlerhaften Beratung grundsätzlich auch Ansprüche gegen den Beklagten geltend machen, obwohl er selbst nicht Vertragspartner war. Insofern **lag ein Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten des Klägers vor, der aufgrund der Vertragsgestaltung Vorteile erlangen sollte** (Zugehör/Fischer/Sieg/Schlee, Handbuch der Anwaltschaft 2. Aufl., Rdnr. 1654 f).

b) Nach dem Ergebnis der Anhörung und der Beweisaufnahme geht das Gericht davon aus, dass die Erblasserin den Beklagten Ende 2002 aufgesucht hat, weil sie dem Kläger und seinen Brüdern W. und R. durch Verfügung von Todes wegen ein Wohnrecht nach ihrem Tod zukommen lassen wollte.

Dass die Erblasserin weitergehend den **Auftrag erteilt hätte, eine Lösung zu erarbeiten, bei der den drei Söhnen die Wohnrechte auf jeden Fall – auch bereits zu ihren Lebzeiten – eingeräumt werden sollten, ist dagegen nicht erwiesen** (zur Beweislast betreffend den Auftragsumfang: Zugehör/Fischer/Sieg/Schlee, a.a.O., Rdnr. 953). Der Kläger hat bei seiner Anhörung selbst angegeben, es sei nie aufgekommen, ob die Mutter ihnen das Wohnrecht zu Lebzeiten eingeräumt hätte – er meinte nur, wenn ihr nichts anderes übrig geblieben wäre, hätte sie dies allerdings getan. Der Beklagte hat dazu erklärt, die Erblasserin sei mit einem Testament aus dem Jahr 2001 und weiteren Entwürfen zu ihm gekommen

und habe um eine Ergänzung des ursprünglichen Testaments in dem Sinne gebeten, dass die drei Söhne ein lebenslangliches Wohnrecht bekommen sollten – über ein lebzeitiges Wohnrecht sei nicht gesprochen worden. Die Frage, ob man „das“ auch zu Lebzeiten irgendwie hätte machen können und ob die Erblasserin dazu bereit gewesen wäre, habe sich nicht gestellt. Im Anschreiben des Beklagten vom 21.10.2002 ist auch nur von Testamentsgestaltung die Rede.

**Aus diesen Angaben folgt kein Auftrag, eine Lösung zu erarbeiten, nach der auf jeden Fall Wege gefunden werden sollten, Wohnrechte für die drei Brüder einzuräumen.** Dass Ziel und Auftrag der Erblasserin die Einräumung eines Wohnrechts, egal auf welchem Weg, gewesen wäre, wird im Übrigen auch nicht durch die Aussage des Zeugen S. belegt. Denn danach sollte das Wohnrecht nicht sofort wirksam werden, sondern erst mit dem Tod der Erblasserin.

c) Die ihm gestellte **Aufgabe** hat der Beklagte **fehlerhaft erfüllt, denn er hat eine Lösung mittels Vermächtnissen vorgeschlagen und dabei übersehen, dass die Ergänzung des bindenden Testaments aus dem Jahr 1993 durch die Vertragserben beeinträchtigende Vermächtnisse nicht möglich war** (Palandt/Edenhofer, BGB 67. Aufl., § 2271 Rdnr. 14).

2. Allein durch die fehlerhafte Ausführung des Auftrags ist dem Kläger aber **kein Schaden** entstanden, denn die Bindungswirkung stand einer wirksamen Änderung des Testaments entgegen. Ein Schaden könnte nur dadurch entstanden sein, dass die Erblasserin, wenn sie ausreichend beraten worden wäre, eine andere Vertragsgestaltung genutzt hätte und dadurch dem Kläger im Ergebnis doch das Wohnrecht zuteilgeworden wäre. Dass die Erblasserin einen solchen Weg beschritten hätte und dieser auch erfolgreich gewesen wäre, ist allerdings nicht erwiesen.

a) Der Kläger hat zwar behauptet, die Erblasserin hätte nach einer richtigen Beratung die übrigen Erben (Kinder) noch zu ihren Lebzeiten veranlassen können, die Vermächtniseinsetzung zugunsten des Klägers und seiner beiden Brüder im Rahmen eines eingeschränkten Erbverzichts zu akzeptieren. Der Beklagte hat aber bestritten, dass die Erblasserin dies angesichts der dadurch in der Familie hervorgerufenen Streitereien überhaupt getan hätte und dass die Erblasserin dabei Erfolg gehabt hätte. Ein Beweis für seine Behauptungen hat der Kläger nicht angeboten. Er hat vielmehr ausdrücklich auf den insoweit zunächst benannten Zeugen St. verzichtet. Gegen die Annahme, die Erblasserin hätte einen solchen Versuch unternommen, und gegen den Erfolg eines – unterstellten – Versuchs spricht im Übrigen nicht nur die Tatsache, dass die anderen Erben die Vermächtnisanordnungen nach der Testamentseröffnung nicht akzeptiert haben, sondern auch die Angabe des Klägers, wonach die Erblasserin über die Wohnrechtseinräumung nur mit den drei begünstigten Söhnen gesprochen habe, da sie keinen Unfrieden habe schaffen wollen.

b) **Der Beklagte haftet auch nicht, weil er die Erblasserin nicht darauf hingewiesen hat, dass sie auch zu ihren Lebzeiten den drei begünstigten Söhnen jeweils ein Wohnrecht an einer**



**Wohnung hätte einräumen können**, wobei die Söhne sich als Gegenleistung hätten verpflichten müssen, die Pflege- und Altersversorgung der Erblasserin zu übernehmen. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob eine solche Lösung an § 2287 BGB gescheitert wäre, insbesondere ob ein schutzwürdiges lebenszeitiges Eigeninteresse an einer solchen Vereinbarung zu Lebzeiten bestanden hätte. **Voraussetzung wäre, dass die Erblasserin aufgrund des Vorschlags dann auch eine solche Vertragsgestaltung gewählt hätte. Dies hat der Kläger nicht nachgewiesen.**

Zunächst spricht zugunsten des Klägers kein **Anscheinsbeweis**. Zwar gilt die Vermutung, dass der Mandant bei pflichtgemäßer Beratung des Anwalts dessen Hinweisen gefolgt wäre, wenn für ihn bei vernünftiger Betrachtungsweise aus damaliger Sicht nur eine Entscheidung nahegelegen hätte (*Zugehör/Fischer/Sieg/Schlee, a.a.O., RdNr. 1005*). Da aber nicht erwiesen ist, dass der Auftrag der Erblasserin an den Beklagten darin bestand (Ziff. 1), den drei Söhnen unter allen Umständen ein Wohnrecht einzuräumen – erwiesen ist vielmehr nur, **dass die Erblasserin dabei eine Regelung nach ihrem Tod im Auge hatte** –, gab es auch nicht nur die einzige Alternative, die Wohnrechte dann eben schon zu Lebzeiten der Erblasserin zu übertragen.

Auch sonst hat der Kläger nicht bewiesen, dass die Erblasserin bereit gewesen wäre, ihm und seinen Brüdern schon zu ihren Lebzeiten jeweils ein Wohnrecht einzuräumen – anstatt von dem Vorhaben insgesamt Abstand zu nehmen. Zwar hat der Kläger behauptet, die Erblasserin hätte sich auch zu Lebzeiten gebunden, wenn ihr nichts anderes übrig geblieben wäre. Ausreichend erwiesen ist diese Behauptung aber nicht. Der Zeuge S. hat insoweit nur ausgesagt, die Erblasserin habe vergelten wollen, was die drei begünstigten Söhne für sie getan hatten und für sie tun sollten. Weiter hat er aber bekundet, das Wohnrecht habe erst nach dem Tod der Erblasserin eingeräumt werden sollen. Dass die Erblasserin einmal erklärt hätte, sie sei auch bereit, sich zu Lebzeiten zu binden, hat er nicht ausgesagt.

**Auch die Erstellung der Vorsorgevollmacht spricht nicht mit der erforderlichen Sicherheit dafür, dass die Erblasserin eine Vereinbarung mit ihren Söhnen bereits zu Lebzeiten getroffen hätte.** So ergibt sich allein aus der Erstellung einer solchen Vollmacht schon nicht mit der erforderlichen Sicherheit ein Bindungswille auch bezüglich des Wohnrechts. Zum anderen waren in der Vollmacht nur zwei der drei Söhne genannt und die Vollmacht sollte nicht sofort, sondern nur dann wirksam sein, wenn die Erblasserin nachgewiesenermaßen nicht mehr in der Lage gewesen wäre, eigene Entscheidungen zu treffen. Sie wollte also so lange wie möglich ihre Geschäfte selbst bestimmen.

Demgegenüber sprechen zahlreiche Gesichtspunkte gegen die Annahme, die Erblasserin sei bereit gewesen, bereits zu ihren Lebzeiten den Söhnen jeweils ein Wohnrecht einzuräumen. So wäre die Erblasserin bei einem solchen Vertragsschluss bereits zu Lebzeiten gebunden gewesen. Sie hätte dann, selbst wenn es zu Streitigkeiten mit einem oder allen Söhnen gekommen wäre, nicht mehr oder nur schwer von

der jeweiligen Zuwendung Abstand nehmen können. Bedenken gegen die Bereitschaft der Erblasserin zu einer solchen Lösung bestehen dabei insbesondere deshalb, weil sie dem Sohn W. sogar das Wohnrecht an der Wohnung im EG – der bisher elterlichen Wohnung – hätte einräumen müssen. Sie hätte danach an der eigenen Wohnung kein Nutzungsrecht mehr gehabt. Auch hätte die Erblasserin damit rechnen müssen, dass die anderen Kinder von der Einräumung eines Wohnrechts erfahren hätten. Im Gegensatz zur heimlichen Änderung des Testaments waren zur Einräumung dinglicher Wohnrechte Eintragungen im Grundbuch erforderlich. Diese konnten beim Rest der Familie ohne Weiteres publik werden.

Dies hätte aber nicht nur zu Streitereien innerhalb der Familie geführt, denen die Erblasserin sich nicht ohne Weiteres stellen wollte. Vielmehr wäre dann auch nicht ausgeschlossen gewesen, dass die anderen Kinder ihrerseits Pflichtteilsrechte gegenüber der Erblasserin nach dem Ableben des verstorbenen Vaters/Ehemanns geltend gemacht hätten. Nachdem der Vater im März 2001 verstorben und zuvor allein als Eigentümer im Grundbuch eingetragen war, hätte dies angesichts der Vermögensverhältnisse sogar dazu führen können, dass die Erblasserin das Wohngrundstück als wesentlichen Vermögenswert hätte veräußern müssen. (...) ■

## Steuerberaterhaftung

- Verjährung gemäß § 68 StBerG a.F.
- Verjährungshemmende Verhandlungen, § 203 BGB n.F. (*LG Köln, Urt. v. 24.1.2008 – 2 O 665/06*)

### Leitsätze (d. Red.):

1. Für Verhandlungen i.S.d. § 203 BGB n.F. genügt jeder Meinungsaustausch über den Anspruch oder seine tatsächlichen Grundlagen.

2. Die Erklärung, der Schaden könne durch Verhandlungen mit der Finanzverwaltung möglicherweise noch abgewendet werden, begründet keine Verhandlung. Denn daraus kann der Geschädigte nicht den Eindruck bekommen, der Steuerberater lasse sich auf Erörterungen über den Schadenersatzanspruch und dessen Berechtigung ein. ■

### Zum Sachverhalt:

Der im Jahr 1931 geborene Kläger beabsichtigte im Jahr 1994, die Nachfolge in seinem einzelkaufmännisch betriebenen Unternehmen zu regeln, das den Handel mit Fenstern und Türen sowie den Betrieb einer Schreinerei und Glaserei zum Gegenstand hatte. Das Betriebsgrundstück gehörte dem Kläger und seiner Ehefrau. Er erteilte dem Beklagten den Auftrag, eine steuerneutrale Unternehmensgestaltung zu finden, mit der er seine Söhne M. und N. in das Unternehmen aufnehmen könne.

Der Beklagte riet dazu, eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) und eine GmbH zu gründen, deren Gesellschafter jeweils der Kläger und die genannten beiden Söhne sein sollten. Die GbR solle sodann in die GmbH eingebracht werden; der GbR solle lediglich der Geschäftswert des vor-maligen Einzelunternehmens verbleiben, den sie an die GmbH verpacken solle. So geschah es auch, wobei alle Beteiligten davon ausgingen, dass das Betriebsvermögen des Einzelunternehmens zu Buchwerten in die GmbH ein-gebracht werde.

Im Jahr 1998 kam es zu einer Betriebsprüfung der Jahre 1994 bis 1996 der GbR, anlässlich derer der Prüfer die Auffassung vertrat, die GbR sei im Jahr 1994 bei Einbringung in die GmbH erloschen. Der Kläger müsse seinen Aufgabegewinn versteuern. Diesem Aufgabegewinn seien auch stille Reserven zugrunde zu legen, die aufgedeckt worden seien.

Auf Basis dieser Ansicht erließ das zuständige Finanzamt am 3.3.1999 geänderte Bescheide zur gesonderten und einheitlichen Feststellung der Einkünfte 1994 bis 1996. Hiergegen legte der Kläger erfolglos Einspruch ein und erhob sodann finanzgerichtliche Klage.

Mit Urteil vom 19.5.2005, das noch nicht rechtskräftig ist, wies das zuständige Finanzgericht Köln die Klage im Wesentlichen ab. Zur Begründung führte es zweierlei aus:

1. Zwischen der GbR und der GmbH habe von Anfang an keine Betriebsaufspaltung bestanden. Die GbR habe keine Vermögenswerte, erst recht keine wesentlichen, behalten. Insbesondere habe sie nicht über den Geschäftswert verfügt. Denn dieser folge denjenigen geschäftswertbildenden Faktoren, in denen er sich verkörpere; der Geschäftswert könne nicht isoliert übertragen werden. Da die GbR aber keine Vermögenswerte gehabt habe, insbesondere keine geschäftswertbildenden Faktoren, könne ihr auch der Geschäftswert nicht verblieben sein.

2. Ebenso wenig habe zwischen dem Kläger bzw. der Ehegattengemeinschaft des Klägers und seiner Ehefrau einerseits sowie der GmbH andererseits eine Betriebsaufspaltung bestanden. Denn der Kläger habe die GmbH nicht beherrscht, da er nur über 40% der Anteile verfügte und nicht deren Geschäftsführer war.

Aufgrund dessen kam das Finanzgericht Köln zu einem Aufgabegewinn des Klägers in Höhe von 263.069,39 EUR. Der Kläger befürchtet, dass ihm hieraus ein Einkommensteuerschaden in Höhe von 101.440,02 EUR entstehen werde, den er indes noch nicht beziffern könne, solange der Bundesfinanzhof über die Revision nicht entschieden habe.

Die Söhne des Klägers haben diesem alle etwaigen Schadenersatzansprüche gegen den Beklagten am 20.11.2007 abgetreten.

Der Kläger ist der Ansicht, die zu erwartende Einkommensteuerbelastung wegen des Aufgabegewinns habe vermieden werden können, da eine Betriebsaufspaltung wirksam

hätte begründet werden können. Dies hätte geschehen können, indem der GbR wesentliche Vermögensgegenstände belassen worden wären oder der Anteil des Klägers an der GmbH mit mindestens 51% bemessen worden wäre. Er ist der Ansicht, es sei rechtlich ohne Belang, dass die Betriebsaufspaltung früher oder später ohnehin ende.

Zudem ist er der Ansicht, seine Ansprüche seien nicht verjährt, u.a. deswegen nicht, weil er und der Beklagte „kontinuierlich ... verhandelt“ hätten. Hierzu behauptet er, in einem Telefonat vom 10.12.1999 habe der Beklagte ihm, dem Kläger, zugesichert, seine, des Beklagten, Haftpflichtversicherung werde zahlen, wenn er einen Fehler begangen habe. In diesem Telefonat habe der Beklagte auch zugesichert, er werde den Rechtsweg abwarten und sich nicht auf Verjährung berufen. Dies habe der Beklagte „in den Folgejahren“ wiederholt. Zudem habe der Beklagte im Einspruchs- und Klageverfahren den Eindruck erweckt, die von ihm gewählte Form der Betriebsaufspaltung sei vertretbar. Auch habe er in den Jahren ab 2002 mehrfach gegenüber dem Kläger erklärt, der Schaden könne möglicherweise durch Verhandlungen mit der Finanzverwaltung abgewendet werden.

Unstreitig hatte der Kläger den Beklagten mit Schreiben vom 8.6.2000 aufgefordert, den Vorgang seiner Haftpflichtversicherung zu melden. Dem war der Beklagte mit Schreiben vom 18.8.2000 nachgekommen. Diese schrieb unter dem 28.3.2006 an den Beklagten, dass mögliche Schadenersatzforderungen im März 2005 verjährt seien. Dieses Schreiben sandte der Beklagte in Abschrift an den Kläger. Im Begleitschreiben vom 30.3.2006 heißt es, der Beklagte sei selbst überrascht über die Feststellung, dass der Anspruch auf Schadenersatz verjährt sein solle. Er gehe davon aus, dass der Kläger sich in Kürze bei ihm melden werde.

Die Klage ist am 21.12.2006 bei Gericht eingegangen.

(Anträge ...)

Der Beklagte ist der Ansicht, mögliche Schadenersatzansprüche seien verjährt. (...) ■

#### Aus den Gründen:

Die Klage ist unbegründet.

Der Kläger hat gegen den Beklagten keinen durchsetzbaren Schadenersatzanspruch aus einer etwaigen Pflichtverletzung des Steuerberatungsvertrages bei der Beratung über die Unternehmensnachfolge im Jahr 1994. Ein etwaiger Schadenersatzanspruch ist verjährt. Die Ansicht des Beklagten, mögliche Ansprüche seien verjährt, legt die Kammer als Erhebung der **Einrede der Verjährung** aus.

**Die Primärverjährung begann mit Bekanntgabe des Bescheids, in dem sich der Schaden niederschlägt.** Dies ist der geänderte Bescheid zur gesonderten und einheitlichen Feststellung der Einkünfte 1994 betreffend die GbR vom 3.3.1999, denn aus diesem ergibt sich, dass das Finanzamt eine Betriebsaufspaltung verneinte und so zu einem Aufgabegewinn gelangte,

der in die Bemessung der Einkommensteuer einfließt. Die gesonderte und einheitliche Feststellung der Einkünfte ist gemäß §§ 182 Abs. 1, 171 Abs. 10 Satz 1, 157 Abs. 2 letzter Halbsatz AO insoweit für den Einkommensteuerbescheid bindend, so dass es auf die Bekanntgabe des Letzteren nicht ankommt.

Ebenso wenig spielt die Aussetzung der Vollziehung eine Rolle. Insbesondere ergibt sich aus dem Urteil des BGH vom 2.7.1992 (IX ZR 268/91, *Gl* 1992, 311) nichts zur Aussetzung der Vollziehung. Soweit es dort heißt, der Steuer Schaden entstehe „frühestens“ mit Bekanntgabe des Bescheids, lässt dies nicht offen, ob es nicht auch erst das Ende der Aussetzung der Vollziehung sein könne. Vielmehr heißt es im Urteil ausdrücklich, dass es „spätestens“ die Bestandskraft des Bescheids sei, die den Schaden begründe. Das Wort „frühestens“ wird nur verwendet, um auszuschließen, dass der Schaden schon mit der vorauslaufenden Betriebsprüfung entstanden sein könnte, wie es der VII. Zivilsenat zuvor vertreten hatte (s. dazu *Gräfe/Lenzen/Schmeer, Steuerberaterhaftung* 4. Aufl., Rdnr. 889 f.).

Es ist auch kein sachlicher Grund erkennbar, warum der Geschädigte, der seinen Schaden anhand des belastenden Steuerbescheids erkennen kann, hinsichtlich der Verjährung davon profitieren soll, dass das Finanzamt die Vollziehung zunächst aussetzt.

Die Primärverjährung lief demnach im März 2002 ab.

Es bestand jedoch eine Sekundärhaftung des Beklagten. Der **Sekundäranspruch** setzt eine neue, schuldhaftes Pflichtverletzung voraus. Er kann nur entstehen, wenn diese weitere Pflichtwidrigkeit zu einer Zeit begangen wird, zu welcher der primäre Regressanspruch noch durchgesetzt werden kann, also insbesondere noch nicht verjährt ist (*BGH, WM* 2005, 2106). **Dem sorgfältig arbeitenden Berater muss sich „aufdrängen“, einen zur Schadenentstehung führenden Fehler gemacht zu haben** (*Gräfe/Lenzen/Schmeer, a.a.O., Rdnr. 925*).

Dies war hier aufgrund des Änderungsbescheids vom 3.3.1999 der Fall. Dieser Bescheid ließ auch für den Beklagten erkennen, dass er einen Fehler gemacht hatte.

**Die sekundäre Haftung knüpft an den Ablauf der Primärverjährung an** (*Gräfe/Lenzen/Schmeer, a.a.O., Rdnr. 930*) und beginnt daher mit deren Ablauf. Die Verjährung des Sekundäranspruchs lief damit im März 2005 ab. Nach der Übergangsvorschrift des Art. 229 § 12 Abs. 1 Satz 1 Nr. 13 EGBGB i.V.m. Art. 229 § 6 Abs. 3 EGBGB gilt altes Recht, da die neue Verjährungsfrist länger ist als die alte, weil man in den Vergleich nicht nur die Regelfrist von drei Jahren ab Kenntnis (§§ 195, 199 Abs. 1 BGB), sondern auch die kenntnisunabhängige Höchstfrist von 10 oder 30 Jahren (§ 199 Abs. 3 BGB) einbeziehen muss (*Palandt/Heinrichs* 67. Aufl., Art. 229 § 12 EGBGB Rdnr. 2, 3 m.w.N.).

**Verjährungshemmende Verhandlungen** der Parteien i.S.v. § 203 BGB n.F. sind nicht hinreichend vorgetragen, jedenfalls nicht in einem Umfang, der die Zeitspanne zwischen

Eintritt der Verjährung im März 2005 und Einreichung der Klage im Dezember 2006 überbrücken könnte. Ohnehin kommen nur Verhandlungen in Betracht, die nach dem 1.1.2002, dem Tag der Einführung des § 203 BGB n.F., stattgefunden haben. Für den Verhandlungsbegriff dieser Vorschrift, der weit auszulegen ist, genügt **jeder Meinungsaustausch über den Anspruch oder seine tatsächlichen Grundlagen**.

Hierzu behauptet der Kläger nur, der Beklagte habe in dieser Zeit mehrfach erklärt, **der Schaden könne durch Verhandlungen mit der Finanzverwaltung möglicherweise noch abgewendet werden**. Dies genügt aber selbst für den denkbar weiten Verhandlungsbegriff des § 203 BGB nicht, denn zumindest muss der Gläubiger den berechtigten Eindruck gewinnen, der Schuldner lasse sich auf Erörterungen über die Berechtigung des Anspruchs ein (*Palandt/Heinrichs, a.a.O., § 203 Rdnr. 2 m.w.N.*). Dafür genügt es nicht, wenn man die Ansicht vertritt, der Schaden – der den Anspruch überhaupt erst entstehen lässt – könne noch abgewendet werden. Denn wenn diese Ansicht richtig wäre, müsste über die Berechtigung eines Schadenersatzanspruchs nichts mehr erörtert werden; wenn sie falsch wäre, bliebe offen, ob der Beklagte nach Zerschlagung der Hoffnung bereit wäre, den Anspruch zu erfüllen.

Die Erhebung der Einrede der Verjährung verstößt auch nicht gegen **Treu und Glauben**.

Es kann dahinstehen, ob der Beklagte tatsächlich im Telefonat vom 10.12.1999 einen Verzicht auf die Einrede der Verjährung erklärt hat, wozu sich im Telefonvermerk vom 10.12.1999 nichts findet. Denn mit Schreiben vom 28.3.2006 hat seine Haftpflichtversicherung ihm mitgeteilt, es sei Verjährung eingetreten. Indem der Beklagte dieses Schreiben an den Kläger weiterleitete, hat er konkludent angekündigt, auch er werde sich auf Verjährung berufen. Denn auch dem rechtlich nicht versierten Kläger musste sich die Erkenntnis aufdrängen, dass der Beklagte aufgrund des Schreibens der Haftpflichtversicherung vom 23.3.2006 nicht damit rechnen konnte, diese werde den Schaden tragen. Des Weiteren war offensichtlich, dass der Beklagte einen Schaden in einer Größenordnung von 100.000 EUR, die dem Kläger damals schon bekannt war, nicht selbst würde tragen wollen.

**Der Kläger hätte sodann in angemessener Frist Klage erheben müssen** (*BGH, NJW* 1998, 902), deren Dauer sich nach den Anforderungen des redlichen Geschäftsverkehrs und den Umständen des Falls bemisst. **Die Höchstgrenze liegt im Regelfall bei vier Wochen** (*Palandt/Heinrichs, a.a.O., vor § 194, Rdnr. 20*). Außergewöhnliche Umstände, die eine frühere Klage für den Kläger ausnahmsweise unzumutbar gemacht hätten (vgl. *BGH, Urt. v. 20.1.1976, NJW* 1976, 2344), sind nicht vorgetragen oder ersichtlich. Insbesondere ist ohne Belang, dass das Schreiben des Beklagten vom 30.3.2006 an den rechtsunkundigen Kläger persönlich gerichtet ist. **Denn die Unkenntnis von Beginn und Dauer der Verjährung geht grundsätzlich zulasten des Gläubigers** (*OLG Stuttgart, NJW* 2000, 2680).

Zwar ist der Sachverhalt kompliziert, doch war er durch das Urteil des Finanzgerichts Köln vom 19.5.2005, also bereits zehn Monate vor dem Schreiben des Beklagten vom 30.3.2006, so weit aufbereitet worden, dass die Fertigung einer Klageschrift binnen vier Wochen ab diesem Schreiben für einen Rechtsanwalt keine besondere Schwierigkeit bedeutet hätte, zumal einzelne Aspekte noch in folgenden Schriftsätzen hätten nachgereicht werden können. Es kommt hinzu, dass der Beklagte in seinem Schreiben die Erwartung geäußert hatte, der Kläger werde sich „in Kürze“ bei ihm melden. Es lag also im eigenen Interesse des Klägers, dem nachzukommen, und für den Fall, dass insoweit Zweifel bestanden, für Klarheit zu sorgen, ob der Beklagte sich künftig auf die Einrede der Verjährung berufen werde. Allein die Tatsache, dass der Beklagte nach dem Vortrag des Klägers im Dezember 1999 auf die Erhebung dieser Einrede verzichtet hatte, bedeutet nicht, dass der Kläger hierauf auch dann noch vertrauen konnte, als ihm das Schreiben der Haftpflichtversicherung vom 28.3.2006 bekannt geworden war.

**Es kommt hinzu, dass der Verjährungsverzicht die Forderung nicht unverjährbar macht, sondern eine neue Verjährungsfrist in Gang setzt** (Palandt/Heinrichs, a.a.O., § 202, Rdnr. 7).

Soweit der BGH (Urt. v. 18.9.2007 – XI ZR 447/06, BB 2007, 2591) etwas anderes vertritt, betraf dies einen Fall, in dem der Verjährungsverzicht im Jahr 2004 erfolgte und daher nach neuem Recht zu beurteilen war, das in § 202 Abs. 2 BGB Verjährungserleichterungen erlaubt. Nach altem Recht waren diese hingegen gemäß § 225 Satz 1 BGB verboten; ein etwa am 10.12.1999 erklärter Verjährungsverzicht unterliefe aber dem alten Recht und würde den Ablauf der Sekundärverjährung daher nur bis zum 10.12.2005 hinauschieben. Hinsichtlich der Wiederholung des Verzichts „in den Folgejahren“ – so der Schriftsatz des Klägers vom 29.11.2007 – fehlt hinreichend substantiierter Sachvortrag. (...) ■

## GI Literaturhinweise

### Vertragsbuch Gesellschaftsrecht

Dieses neue Handbuch ermöglicht die qualifizierte gesellschaftsrechtliche Beratung mittelständischer Unternehmen und deren Inhaber. Die tiefgreifenden Änderungen des GmbH-Rechts durch das MoMiG sind bereits in praxistaugliche Lösungen umgesetzt. Anwälte einer international renommierten Kanzlei für Wirtschaftsrecht informieren zu allen wichtigen Rechtsfragen, insbesondere zu Gründung, Finanzierung, Unternehmensnachfolge und Verkauf. Musterklauseln für die Vertragsgestaltung und viele praktische Beispiele steigern den Nutzen des Werkes.

Der Band richtet sich an Fachanwälte für Gesellschaftsrecht, Unternehmensberater, Geschäftsführer sowie Steuerberater, Prof. Dr. Hartmut Hamann/Dr. Axel Sigle, LL.M. (Hrsg.): Vertragsbuch Gesellschaftsrecht, Verlag C.H. Beck, 2008, XLI, 749 Seiten, in Leinen, 98,- €, ISBN 978-3-406-57000-1

### Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht

Die Bedeutung des bürgerschaftlichen Engagements nimmt stetig zu. Der Staat trägt dem Rechnung durch ein Steuerrecht, das zum einen die als gemeinnützig anerkannten Körperschaften durch direkte Steuervergünstigungen fördert und zum anderen die Bürger steuerlich entlastet, die diese Einrichtungen durch Geld oder sonstige Leistungen fördern. Gesetzgebung, Rechtsprechung, Finanzverwaltung und Schrifttum auf diesem Gebiet haben sich dabei in den letzten Jahren rasant entwickelt.

In seiner systematischen Gesamtdarstellung des Gemeinnützigkeits- und Spendenrechts vermittelt Hüttemann aufbauend auf den Grundstrukturen dieses Rechtsgebiets die gesamte geltende Rechtslage. Auch bei einer Fülle von Einzelproblemen stehen immer die gesetzlichen Grundprinzipien und ihr Zusammenwirken im Vordergrund. Von den Grundlagen der Gemeinnützigkeit über gemeinnütziges Handeln und wirtschaftliche Betätigung der gemeinnützigen Körperschaften bis hin zu begünstigten Zuwendungen und anderen Leistungen sind alle steuerlichen Aspekte gründlich erläutert. Rechtsprechung, Verwaltungsauffassung und Lehre werden ausführlich berücksichtigt, kritisch hinterfragt und oft genug mit den besseren Argumenten widerlegt.

Hüttemann: Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht, von Prof. Dr. Rainer Hüttemann, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2008, 739 Seiten, Lexikonformat, gebunden, 99,- €, ISBN 978-3-504-06253-8

### Die Immobilie im Zivil- und Steuerrecht

Die Vermögensanlage in Immobilien ist eine der Triebfedern unseres Wirtschaftslebens. Bei der Gestaltung von entgeltlichen Immobiliengeschäften sind die steuerlichen und die zivilrechtlichen Fragen gleichermaßen von Bedeutung.

Dieses Handbuch verknüpft beide Rechtsmaterien in umfassender Weise. Neben den zivilrechtlichen Grundfragen sind die steuerlichen Probleme rund um Einkommen-, Grundbuch-, Umsatz-, Gewerbe- und Grundsteuer sowie zur Erbschaft- und Schenkungsteuer behandelt. Bauträgerkaufvertrag, Erwerbsrechte, Erwerb durch mehrere Erwerber, Wohnungs- und Teileigentum, Nießbrauch, Erbbaurecht und Dauerwohnrecht sind ebenso Thema wie steuerliche Probleme der Vermietung und Verpachtung, der Abgrenzung von Anschaffungskosten, Herstellungskosten und Erhaltungsaufwand bei Instandsetzungs- und Modernisierungsarbeiten, des Schuldzinsenabzugs, der abziehbaren Werbungskosten, der Vermietung unter Angehörigen, der Besteuerung privater Veräußerungsgeschäfte und des gewerblichen Grundstücksverkehrs. Vertragsmuster und Formulierungshilfen – auch auf CD – runden das Werk ab.

Spiegelberger/Spindler/Wälzholz: Die Immobilie im Zivil- und Steuerrecht, von Notar Dr. Sebastian Spiegelberger, Präsident des BFH, Dr. h.c. Wolfgang Spindler und Notar Dr. Eckhard Wälzholz, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2008, 861 Seiten, gebunden, mit CD, 119,- €, ISBN 978-3-504-25389-9



**Rechtshandbuch Autokauf**

Das neue Handbuch behandelt umfassend und aus einem Guss alle Fragen, die sich beim Neu- und Gebrauchtwagenkauf zwischen Herstellern, Händlern und Käufern ergeben.

Gut verständlich erläutert das Werk

- aktuelle und praktisch bedeutsame Entwicklungen wie den Auslands-, Neu- oder Gebrauchtwagenkauf und den Fahrzeugkauf im Internet sowie Leasing
- die Schadenabwicklung bei Unfällen während der Probefahrt und bei Vorschäden
- wichtige Aspekte des Prozessrechts, z.B. prozessuale Klärung technischer Fragen, gerichtliche Zuständigkeit beim Auslandskauf
- steuerrechtliche Fragen.

Ein Anhang bietet eine Sammlung von Internetadressen sowie ein Glossar technischer Begriffe.

Aus dem Inhalt: • Der Kaufvertrag • Sachmängelhaftung • Finanzierungsfragen und Sicherungsrechte • Garantieverträge • Produkthaftung • Prozessuale Besonderheiten • Steuerrechtliche Fragen • Anhang.

Das Werk wendet sich an Rechtsanwälte, Richter, Kfz-Neu- und Gebrauchtwagenhändler sowie an Sachverständige.  
**Werner Bachmeier: Rechtshandbuch Autokauf, Verlag C.H. Beck, 2008, XXV, 362 Seiten, kartoniert 49,- €, ISBN 978-3-406-57143-5**

**Insolvenzrecht**

Das Praxishandbuch zur Insolvenzordnung betrachtet aus der Sicht des Insolvenzgerichts, des Insolvenzverwalters und der Gläubiger das gesamte Insolvenzverfahren.

Mit über 160 Mustertexten, Entscheidungshilfen und Übersichten enthält das Werk für alle Beteiligten am Insolvenzverfahren wertvolle praktische Arbeitshilfen.

In die 7. Auflage sind bereits eingearbeitet:

- das Gesetz zur Neuregelung des Rechtsberatungsrechts
- das Gesetz zur Vereinfachung des Insolvenzverfahrens
- das Gesetz zum Pfändungsschutz der Altersvorsorge
- das Zweite Gesetz zur Modernisierung der Justiz (2. Justizmodernisierungsgesetz).

Das Werk wendet sich an Rechtsanwälte sowie an Wirtschaftsprüfer, Steuerberater und Insolvenzverwalter.

**Handbuch der Rechtspraxis, Band 3 – Dr. Michael C. Frege/Prof. Ulrich Keller/Ernst Riedel: Insolvenzrecht, Verlag C.H. Beck, 7. völlig neu bearbeitete Auflage 2008, LXIV 1.080 Seiten, in Leinen 88,- €, ISBN 978-3-406-56019-4**

**Prozessführung im Gesellschaftsrecht**

Durch die Beteiligung von Gesellschaften ergeben sich in Prozessen regelmäßig verfahrensrechtliche Besonderheiten. Möglich sind dabei nicht nur Prozesse zwischen Gesellschaftern untereinander, sondern auch – bei rechtsfähigen Gesellschaften – Prozesse zwischen den Gesellschaftern und der Gesellschaft.

Diese Neuerscheinung behandelt alle wichtigen Fragen der Prozessführung im Gesellschaftsrecht im zivilprozessualen Erkenntnisverfahren. Abgehandelt werden dabei alle gängigen Gesellschaftsformen mit einem deutlichen Schwerpunkt auf dem Recht der Personengesellschaften, der AG und der GmbH. Dargestellt werden auch „exotische“ Gesellschaftsformen, wie die Societas Europaea und die englische „Limited“. Ein Kapitel zu Schiedsverfahren bei gesellschaftsrechtlichen Streitigkeiten runden die Darstellung ab.

Der Band wendet sich an Rechtsanwälte, die mit der Prozessführung im Gesellschaftsrecht betraut sind, Fachanwälte für Handels- und Gesellschaftsrecht sowie Wirtschaftsjuristen.

**NJW Praxis, Band 63 –**

**Dr. Erich Waclawik: Prozessführung im Gesellschaftsrecht, Verlag C.H. Beck, 2008, XXIII, 194 Seiten, kartoniert 38,- €, ISBN 978-3-406-56447-5**

**Die Vereinsbesteuerung in der Praxis**

Rund 600.000 eingetragene Vereine nutzen die Vorteile der Gemeinnützigkeit. Hierfür müssen sie aber umfassenden steuerlichen und gemeinnützigkeitsrechtlichen Anforderungen gerecht werden. Fehler können schnell ungeahnte steuerliche Belastungen nach sich ziehen. Das Haftungsrisiko sowohl für die Vereine als auch für die Vorstandsmitglieder persönlich wird oft unterschätzt.

Der Ratgeber behandelt in kompakter Form die wesentlichen Problemfelder, die sich bei der Besteuerung von gemeinnützigen Vereinen in der Praxis ergeben können. Nach den zivilrechtlichen Grundlagen des Vereinsrechts werden das Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht, die Besteuerung der gemeinnützigen Körperschaft sowie die Rechnungslegung von Vereinen und schließlich das EU-Recht behandelt.

In dem wichtigen Kapitel „Gemeinnützigkeit“ führt das Buch wie ein Kommentar durch die Abgabenordnung. Jeweils vorangestellt ist der einschlägige Gesetzestext nebst Anwendungserlass, beides in der neuen Fassung nach der Reform des Gemeinnützigkeitsrechts.

**Fischer/Helios: Die Vereinsbesteuerung in der Praxis, von RA und StB Dr. Daniel J. Fischer und RA Dr. Marcus Helios, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2008, 365 Seiten, Lexikonformat, brosch., 44,80 €, ISBN 978-3-50440068-2**



# Vorsicht, Falle!

Wer bei entgeltlichen Immobiliengeschäften keine bösen Überraschungen erleben möchte, darf neben den zivilrechtlichen Fragen auch nie die steuerlichen Folgen außer Acht lassen. Beides ist unmittelbar miteinander verknüpft und muss deshalb bei jeder Gestaltung angemessen berücksichtigt werden.

Diesem besonders praxisrelevanten Thema hat sich das neue Buch verschrieben. Dazu wurden alle bedeutsamen Vorschriften zusammengetragen, die unter zivil- und steuerrechtlichen Aspekten gleichermaßen erläutert werden.

Das Buch beginnt mit einem ausführlichen Überblick über die zivilrechtlichen Regelungen beim Grundstückskaufvertrag und ihre Auswirkungen auf alle bedeutenden Steuer-



Spiegelberger/Spindler/Wälzholz **Die Immobilie im Zivil- und Steuerrecht** Von Notar Dr. Sebastian Spiegelberger, Präsident des BFH Dr. h.c. Wolfgang Spindler und Notar Dr. Eckhard Wälzholz. 2008, 861 Seiten Lexikonformat, gbd., inkl. CD 119,- €. ISBN 978-3-504-25389-9

arten. Dann werden praxisrelevante Schwerpunkte genauer untersucht. Vom Bauträgerkaufvertrag über Wohnungseigentum bis zu speziellen Nutzungsrechten. Schließlich werden besondere steuerliche Problemfälle vertieft, mit gründlicher Darstellung der einschlägigen Rechtsprechung. Zum Beispiel zu Mietverträgen unter Angehörigen oder zu den Voraussetzungen des gewerblichen Grundstückshandels. Kurzum: Hier kommt kein Aspekt zu kurz.

Die Autoren kennt man. Auf ihre Ausführungen kann man sich verlassen. Sie sind mit vielen praxiserprobten Mustern und rechtssicheren Formulierungshilfen angereichert, die Ihnen selbstverständlich auch auf der mitgelieferten CD zur Verfügung stehen. Leseprobe? [www.otto-schmidt.de](http://www.otto-schmidt.de)

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

☒ Ja, ich bestelle mit 14-tägigem Rückgaberecht Spiegelberger/Spindler/Wälzholz **Die Immobilie im Zivil- und Steuerrecht** gbd., inkl. CD 119,- € plus Versandkosten. ISBN 978-3-504-25389-9

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

## GI Service

# Beihefter

### BilMoG: Auswirkungen auf die betriebliche Altersversorgung

Der Regierungsentwurf wurde Ende September im Bundestag in weniger als 30 Minuten „beraten“ und anschließend an den Rechtsausschuss verwiesen. Der Rechtsausschuss tagte hierzu Mitte Oktober 2008. Auch vor dem Hintergrund der Finanzkrise war die nächste Expertenanhörung im Bundestag für den 17.12.2008 angesetzt.

Die aktuellen Entwicklungen sprechen somit deutlich für eine Verabschiedung des BilMoG erst im Frühjahr 2009. Für Pensionsverpflichtungen oder andere Verpflichtungen könnte sich damit die erstmalige Anwendung des BilMoG auf Geschäftsjahre verschieben, die nach dem 31.12.2009 beginnen.

Im Beihefter dieser GI-Ausgabe finden Sie interessante Informationen zu den möglichen Auswirkungen des BilMoG auf die betriebliche Altersvorsorge.

## Service-Fax

(0221) 144-5155

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 Mahlstadt, 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. 1/Juni 2009

## Award zum bAV-Unternehmer des Jahres – Kooperation von HDI-Gerling mit „impulse“.

In einer umfassenden Medienkooperation zwischen HDI Gerling und dem Unternehmensmagazin „impulse“ wird der erste Award für den besten bAV-Unternehmer des deutschen Mittelstands im März 2009 verliehen. Im Rahmen einer großen Ausschreibung wird die optimale Firmenrente gesucht. Die Kriterien wurden beim bAV-Ideentag in Köln am 21.10.2008 festgelegt.

Wer sich als bAV-Unternehmer des Jahres bewerben möchte, kann sich unter [www.impulse.de/bav](http://www.impulse.de/bav) informieren.

Die langfristig angelegte Initiative zur bAV hat zum Ziel, die Wahrnehmung von betrieblicher Altersversorgung bei den Unternehmen zu stärken und praktische Informationen rund um die bAV zu erhalten. Wobei soll der Unternehmer-Community ein Forum zum Austausch guter bAV-Ideen zur Verfügung gestellt werden. Im Mittelpunkt steht nicht die Größe eines Unternehmens, sondern eine leistungsfähige und zukunftsgerichtete Vorsorgelösung, die sowohl die betriebswirtschaftlichen Ziele des Unternehmens unterstützt als auch die Belange der Arbeitnehmer berücksichtigt. Eine PR-Kampagne mit Anzeigenschaltung und kontinuierlicher Berichterstattung im Magazin „impulse“ wird begleitend eingesetzt. Gestartet ist die Initiative mit dem neuen Onlineportal zur betrieblichen Altersversorgung unter [www.impulse.de/bav](http://www.impulse.de/bav).

Auf der Webseite für Unternehmer sind aktuelle Gesetzesänderungen und neue Produktlösungen zur Betriebsrente online recherchierbar. Berichtet wird insbesondere über Praxisbeispiele erfolgreich umgesetzter bAV-Ideen. Zu den Best-Practice-Fällen gehören die Vorsorgekonzepte von „Leicht Küchen“ und „Möbel Kraft“ – natürlich bAV-Partner von HDI Gerling.

Darüber hinaus kann sich der Unternehmer im Online-Expertenforum Rat von den Spezialisten aus dem Produktmanagement von HDI Gerling Leben einholen.

Und noch ein Highlight: Das Internet bietet einen praktischen Onlinecheck. Dabei kann der Unternehmer prüfen, welche

Vorsorgemodell sich für seinen Betrieb eignen und wie die bereits umgesetzten Maßnahmen zu bewerten sind. Der Onlinecheck ist angelehnt an die Bedarfs- und Risikoanalyse, ein ganzheitliches Beratungskonzept aus dem hauseigenen bAV-Vertrieb.

Am 21. Oktober haben „impulse“ und HDI Gerling gemeinsam den ersten „Ideentag betriebliche Altersversorgung“ in Köln veranstaltet. Unternehmer, die bereits Erfahrungen mit dem Thema bAV haben, konnten mit Experten aus Wirtschaft und Wissenschaft in drei Workshops über die aktuellen Entwicklungen, Neuregelungen sowie rechts- und zukunfts-sichere Gestaltungsmöglichkeiten von Vorsorgemodellen im Betrieb diskutieren. Auf dem Ideentag wurden zusammen mit namhaften Experten, wie z.B. Prof. Dr. Bernd Raffelhösch, Dr. Boy-Jürgen Andriessen von der aba Arbeitsgemeinschaft für betriebliche Altersversorgung e.V., Heidelberg und Franz Thomas (MdB), parlamentarischer Staatssekretär beim Bundesministerium für Arbeit und Soziales in Berlin, die Anforderungen an eine ausgezeichnete Firmenrente diskutiert und die Award-Kriterien dafür festgelegt.

Für interessierte Unternehmen sind die Bewerbungsunterlagen online verfügbar. Die Bewerbungsfrist endet am 22.01.2009. Am 18.03.2009 findet dann die große Preisverleihung in Köln statt. Die drei Unternehmen mit den besten Firmentermen im deutschen Mittelstand werden vor großem Publikum und ausgewählter Presse ausgezeichnet.

Fazit:  
Gerade für Mittelständler ist es schwer, sich in der bAV zu reorientieren. Durch die Medienkooperation mit „impulse“ möchte HDI Gerling das Bewusstsein der Unternehmer für eine praxistaugliche bAV stärken und zum interaktiven Austausch zwischen interessierten Unternehmen und Fachleuten einladen. Praxisbeispiele und der Austausch mit anderen öffnen die Vorstellungswelt und machen Platz für Kreativität. Davon profitieren ebenfalls die Teilnehmer. Und wer den Gedanken ernst nimmt, auch den Mitarbeiter Zusatznutzen zu bieten, der sollte sich damit durchaus präsentieren dürfen.