

Informationen für wirtschaftsprüfende, rechts- und steuerberatende Berufe

GI aktuell

Inhalt

Editorial
GI News
GI Entscheidungen
GI Literaturhinweise
GI Service

GI Leitsätze

Kenntnis des Steuerrechts

Verfassungsmäßigkeit der Steuergesetze / Rechtsprechungs-
änderung / Werdendes Recht / Anhängige Verfahren beim BFH
(BGH, Urt. v. 6.11.2008 – IX ZR 140/07)

Anwalts-/Steuerberaterhaftung

Verjährungseinrede / Schadenentstehung / Fristversäumnis /
Verjährungshemmung durch Mahnbescheid / Konkretisierung
des Mahnanspruchs / Verjährungseinrede in der Berufungsinstanz
(BGH, Urt. v. 16.10.2008 – IX ZR 135/07)

Steuerberaterhaftung

Verjährung gemäß § 68 StBerG a.F. / Verjährungsbeginn /
Meldung sozialversicherungspflichtiger Arbeitnehmer
(BGH, Urt. v. 29.5.2008 – IX ZR 222/06)

Versicherungsschutz

Rechtsanwalt / Treuhandvertrag / Auszahlung vom Anderkonto /
Wissentliche Pflichtverletzung / Bindungswirkung
(OLG Düsseldorf, Urt. v. 10.6.2008 – I-4 U 164/07)

Anwaltschaftung

Rechtsschutzversicherung des Mandanten / Nicht gedeckte
Honoraransprüche / Kostenschaden des Mandanten
(OLG Düsseldorf, Beschl. v. 8.5.2008 – I-24 U 211/07)

Rückzahlung von Honorarvorschüssen

Anspruch des Rechtsschutzversicherers / Mittelgebühr /
Ermessenserwägungen des Anwalts / Aufrechnung mit verjährter
Honorarforderung / Abrechnung des Honorars
(OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11.2.2008 – I-24 U 104/07)

Wirtschaftsprüferhaftung

Rechtsberatung / Wirtschaftsberatung / Honorarrückzahlung /
Ungerechtfertigte Bereicherung / Verjährung, § 51a WPO a.F. /
Sekundärhaftung / Belehrungspflichten
(OLG Düsseldorf, Urt. v. 30.10.2007 – I-24 U 200/06)

Steuerberatungsvertrag

Konkludentes Zustandekommen / Vertrag mit einer GmbH /
Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten des Geschäftsführers?
(OLG Celle, Urt. v. 30.5.2007 – 3 U 260/06)

Steuerberaterhaftung

Kalkulationsschaden des Mandanten / USt. 16% / Darlegungs-
last / Offenlegung der Kalkulation / Vergleichsrechnung
(LG Erfurt, Urt. v. 7.6.2007 – 2 S 212/06)

52

54

59

66

69

49

Editorial

Sehr geehrte Leserin, sehr geehrter Leser, der BGH kommt erneut auf die Frage zurück, wann der Steuerberater bei der Prüfung eines Steuerbescheides **wegen eventueller Verfassungswidrigkeit des Steuergesetzes** zum Einspruch raten muss. Er stellt fest: Wenn eine Vorlage an das Bundesverfassungsgericht erfolgte oder im Bundessteuerblatt ein Urteil des Bundesverfassungsgerichts veröffentlicht wurde oder in Fachkreisen eine Diskussion zur Verfassungsmäßigkeit breit geführt wird, dann muss er dazu raten. Er ist nicht verpflichtet, die Anhängigkeitsliste von Revisionen beim Bundesfinanzhof ohne Anlass zu prüfen.

Die **Verjährung** des Schadenersatzanspruchs gegen den Steuerberater hängt u.a. davon ab, wann beim Mandanten der Schaden entstanden ist. Wenn der Steuerberater die **Lohnabrechnung** falsch erstellt und über einen längeren Zeitraum zuviel Sozialversicherungsbeiträge gezahlt werden, entsteht der Schaden bereits mit der **Zahlung des ersten Beitrags** (BGH).

Das OLG Düsseldorf zeigt auf, dass nicht jede **Treuhandtätigkeit** eines Anwalts vom **Versicherungsschutz** umfasst ist. Nur wenn der Treuhandauftrag einen Bezug zu seiner anwaltlichen Berufsausübung hat, besteht Deckung aus der Berufshaftpflichtversicherung.

Betreut der Anwalt einen rechtsschutzversicherten Mandanten, muss er ihn informieren, wenn sein **Honoraranspruch von der Versicherung nicht gedeckt** ist.

Zahlt der Rechtsschutzversicherer einen **Vorschuss**, der den Honoraranspruch übersteigt, geht der Anspruch des Mandanten gegen den Anwalt auf **Rückzahlung** des überzahlten Betrages auf den Versicherer über.

Das OLG Düsseldorf grenzt bei Wirtschaftsprüfern die **berufsrechtlich zulässige Wirtschaftsberatung** von der unzulässigen Rechtsberatung ab (RBerG a.F.). Es bleibt dabei: Vertragsentwürfe und die Geltendmachung von Forderungen gegen Vertragspartner des Mandanten stehen in keinem unmittelbaren Zusammenhang mit betriebswirtschaftlicher Beratung. Dem Honorarrückforderungsanspruch des Mandanten steht u.U. ein Anspruch des Wirtschaftsprüfers auf Wertersatz in Höhe der vom Mandanten ersparten Vergütung gegenüber.

Der **Steuerberatungsvertrag mit einer GmbH** stellt keinen **Vertrag mit Schutzwirkung** zugunsten des Geschäftsführers oder der Gesellschafter dar. Wenn diese sich vor Steuer Schäden schützen wollen, müssen sie einen eigenen Berater beauftragen (OLG Celle).



Mit freundlichen Grüßen
Ihr Dr. Jürgen Gräfe

GI News

BFH: Besteuerung der Altersrenten verfassungsmäßig

Mit Urteil vom 26.11.2008 – X R 15/07 hat der Bundesfinanzhof (BFH) entschieden, dass es verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden ist, dass der Gesetzgeber die Besteuerung der Alterseinkünfte auf das System der nachgelagerten Besteuerung umgestellt hat.

Durch das Alterseinkünftegesetz ist die Besteuerung der Alterseinkünfte zum 1.1.2005 neu geregelt worden. Danach sollen die Renten der gesetzlichen Rentenversicherung und der berufsständischen Versorgungswerke ebenso wie die Beamtenpensionen – nachgelagert – vollständig besteuert werden. In der Übergangszeit bis zum Jahr 2040 wird der steuerpflichtige Anteil der Renten kontinuierlich erhöht, wobei für die Höhe des steuerpflichtigen Rentenanteils das Jahr des Renteneintritts entscheidend ist.

Gegen diese im Vergleich zur „alten“ Ertragsanteilsbesteuerung der Renten belastendere Besteuerung hatte ein selbstständig tätiger Rechtsanwalt geklagt, der seit 2001 jeweils eine Rente aus der gesetzlichen Rentenversicherung und eine Rente aus dem Rechtsanwaltsversorgungswerk bezieht. Seiner Meinung nach verstößt die gleiche Besteuerung seiner Altersrenten im Vergleich zur Besteuerung einer Altersrente eines früheren angestellten Rentners gegen den Gleichheitsgrundsatz, da seine früher geleisteten Altersvorsorgeaufwendungen eine geringere steuerliche Entlastung erfahren hätten.

Mit seiner Entscheidung hat der BFH die Umstellung auf die nachgelagerte Besteuerung von Alterseinkünften verfassungsrechtlich für zulässig gehalten. Dies gilt nach seiner Auffassung auch für die Übergangsregelung des Alterseinkünftegesetzes. Es handele sich hierbei um die Regelung komplexer Lebenssachverhalte, bei denen dem Gesetzgeber größere Typisierungen und Generalisierungen zugestanden werden müssten. Vor diesem Hintergrund begegne die Besteuerung der Renteneinkünfte eines vormals Selbstständigen im Rahmen der Übergangsregelung keinen verfassungsrechtlichen Bedenken, sofern nicht – wie im Streitfall – gegen das Verbot der Doppelbesteuerung verstoßen werde. (BFH, Urf. v. 26.11.2008 – X R 15/07)

Pressemitteilung d. BFH v. 7.1.2009 ■

BFH: Promotionsberater ist nicht freiberuflich, sondern gewerblich tätig

Der Bundesfinanzhof (BFH) hat mit Urteil vom 8.10.2008 – VIII R 74/05 entschieden, dass ein sog. Promotionsberater nicht freiberuflich, sondern gewerblich tätig ist und somit der Gewerbesteuer unterliegt.

Gewerbetreibende sind gewerbsteuerpflichtig. Keine Gewerbesteuerpflicht besteht hingegen für Freiberufler. Was freiberufliche Tätigkeit ist, regelt das Einkommensteuergesetz in § 18. Danach ist auch die selbstständig ausgeübte wissenschaftliche Tätigkeit freiberuflich.

Der Kläger, der nach dem Studium der Volkswirtschaftslehre promoviert worden war, betrieb ein Unternehmen, mit mehreren, als freie Mitarbeiter tätigen Wissenschaftlern. Unternehmenszweck war, akademisch vorgebildeten Berufstätigen zu einem Dokortitel zu verhelfen. Die Tätigkeit des Klägers bestand darin, aufgrund von Gesprächen mit den Klienten und anhand der Lebensläufe eine „Begabungsanalyse“ zu erstellen, ein geeignetes Dissertationsthema zu finden, die Klienten an einen Doktorvater zu vermitteln sowie durch Einweisung in die wissenschaftliche Methodik und durch begleitende Literaturrecherchen zu unterstützen. Finanzamt (nach einer Außenprüfung) und Finanzgericht (FG) beurteilten diese Tätigkeit als gewerblich und den Kläger damit als gewerbsteuerpflichtig.

Der BFH bestätigte die Entscheidung des FG. In der ganz überwiegenden Zahl der Beratungsfälle habe die Tätigkeit des Klägers mit dem Finden eines Doktorvaters und eines Dissertationsthemas geendet. Nur ausnahmsweise habe der Kläger die Betreuung des Promovenden fortgeführt, wenn sich herausgestellt habe, dass der Doktorvater die Dissertation nicht in dem erforderlichen Umfang betreut habe. Die Leistungen des Klägers hätten deshalb insgesamt keinen Schwierigkeitsgrad und keine solche Gestaltungshöhe erreicht, wie ihn wissenschaftliche Arbeiten aufwiesen. Es habe sich um wissenschaftsbegleitende Vorbereitungsmaßnahmen gehandelt. Die eigentliche wissenschaftliche Arbeit habe nicht der Kläger, sondern der jeweilige Promovend erbracht. (BFH, Urt. v. 8.10.2008 – VIII R 74/05)

Pressemitteilung d. BFH v. 21.1.2009 ■

BFH: Vorsteuerabzug aus den Herstellungskosten eines gemischt genutzten Gebäudes

Der Bundesfinanzhof (BFH) hat mit Urteil vom 8.10.2008 – XI R 58/07 entschieden, dass eine Grundstücksgemeinschaft, die ein Gebäude zum Teil steuerfrei an eine Arztpraxis vermietet und es im Übrigen den Gemeinschaftern für private Wohnzwecke überlässt, keinen Anspruch auf Vorsteuerabzug aus den Herstellungskosten des Gebäudes hat.

Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften hatte mit Urteil vom 8.5.2003 C-269/00 („Seeling“) entschieden, dass die beim Erwerb gemischt unternehmerisch und nicht unternehmerisch genutzter Gegenstände geschuldete Umsatzsteuer grundsätzlich vollständig und sofort als Vorsteuer abziehbar ist, wenn sich der Steuerpflichtige dafür entscheidet, diese Gegenstände seinem Unternehmen zuzuordnen. Im Fall „Seeling“ hatte die unternehmerische Nutzung des Gebäudes zu steuerpflichtigen Umsätzen geführt, so dass die in Rechnung gestellten Leistungen für steuerpflichtige Umsätze

verwendet worden waren. Dagegen waren im nunmehr vom BFH entschiedenen Fall sowohl die Vermietung als auch die Eigennutzung des Gebäudes durch die Gemeinschaftler umsatzsteuerfrei. In einem derartigen Fall scheidet nach Auffassung des BFH der Vorsteuerabzug aus, weil dieser sowohl nach deutschem als auch nach Gemeinschaftsrecht voraussetzt, dass die Lieferungen und sonstigen Leistungen für steuerpflichtige Umsätze verwendet werden.

(BFH, Urt. v. 8.10.2008 – XI R 58/07)

Pressemitteilung d. BFH v. 4.2.2009 ■

Gl Leitsätze

Unterbrechung des Prozesses / Vorläufiges Tätigkeitsverbot / Rechtsanwalt

Ein vorläufiges Tätigkeitsverbot gegen einen Rechtsanwalt gemäß §§ 150, 155 BRAO führt zur Unterbrechung eines Zivilprozesses gemäß § 244 ZPO auch dann, wenn das Gericht dies nicht weiß. Eine durchgeführte Beweisaufnahme ist zu wiederholen, ein ergangenes Urteil ist nicht nichtig, jedoch auf die Berufung hin aufzuheben, und der Rechtsstreit ist an die erste Instanz zurückzuverweisen.

(OLG Hamm, Urt. v. 3.6.2008 – 19 U 26/08) ■

Anwaltschaftung / Arbeitsgerichtsprozess / Verhaltensbedingte Kündigung / Abmahnung

1. Die Kündigung des Arbeitgebers aufgrund verhaltensbedingter Leistungsstörungen des Arbeitsverhältnisses setzt regelmäßig eine Abmahnung voraus und kann nicht auf Abmahnungen wegen anderer Vertragsverletzungen gestützt werden.

2. Hat die entsprechende Kündigungsschutzklage aus Sicht des Regressrichters deshalb Aussicht auf Erfolg und versäumt der Rechtsanwalt schuldhaft die Berufungsbegründungsfrist, so ist sein Fehlverhalten schadenursächlich.

(OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11.9.2008 – I-24 U 64/08) ■

Notaranderkonto / Streit um Auskehrung

Ist der auf das Notaranderkonto hinterlegte Kaufpreis gepfändet und behauptet ein Dritter, durch schon zuvor erfolgte Abtretung Inhaber der gepfändeten Kaufpreisforderung geworden zu sein, so stehen im Streit um die Auskehrung des Verkaufserlöses die Rechtsbehelfe der Notarbeschwerde und der Drittwiderspruchsklage selbstständig nebeneinander; das eine Rechtsmittel schließt das andere nicht aus. (OLG München, Beschl. v. 12.9.2008 – 31 Wx 018/08 u. 020/08) ■

Kenntnis des Steuerrechts

- Verfassungsmäßigkeit der Steuergesetze
- Rechtsprechungsänderung
- Werden des Recht
- Anhängige Verfahren beim BFH
(BGH, Urt. v. 6.11.2008 – IX ZR 140/07)

Leitsätze:

1. Der Steuerberater, der mit der Prüfung eines Steuerbescheides beauftragt ist, muss mit seinem Mandanten die Möglichkeit eines Einspruchs wegen möglicher Verfassungswidrigkeit des anzuwendenden Steuergesetzes nicht erörtern, solange keine entsprechende Vorlage eines Finanzgerichts an das Bundesverfassungsgericht veröffentlicht ist oder sich ein gleich starker Hinweis auf die Verfassungswidrigkeit der Besteuerung aus anderen Umständen, insbesondere einer in ähnlichem Zusammenhang ergangenen, im Bundessteuerblatt veröffentlichten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ergibt.

2. Der Steuerberater ist im Einzelfall noch nicht verpflichtet, die Möglichkeit eines Einspruchs wegen Verletzung der Erhebungsgleichheit mit seinem Mandanten zu erörtern, wenn weder der Gesetzgeber die vorliegenden Hinweise auf die gleichheitswidrige Besteuerung erkennbar zum Anlass genommen hat, dem Mangel abzuhelpen, noch die Fachkreise hierauf in breit geführter Diskussion reagiert haben. ■

Zum Sachverhalt:

Der von dem Beklagten steuerlich beratene vormalige Kläger, der von der Klägerin beerbt wurde (nachfolgend nur: Kläger), erklärte in seiner im Jahr 1999 eingereichten Einkommensteuererklärung für das Veranlagungsjahr 1998 Einkünfte aus Wertpapierveräußerungsgeschäften in Höhe von 4.087.985 DM. Das Finanzamt setzte mit Bescheid vom 7.1.2000 unter voller Berücksichtigung der Einkünfte aus den Veräußerungsgeschäften Einkommensteuer in Höhe von 2.560.516 DM unter dem Vorbehalt der Nachprüfung (§ 164 Abs. 1 AO) fest. Mit Bescheid vom 26.6.2000 hob das Finanzamt den Vorbehalt der Nachprüfung auf. Die Einkommensteuer setzte es auf 2.560.632 DM fest. Dieser Bescheid wurde nicht angegriffen.

Nach einer Betriebsprüfung im Jahr 2002 setzte das Finanzamt die Einkommensteuer mit Bescheid vom 4.4.2002 erhöht fest. Gegen diesen Bescheid legte eine der Sozietaät des Beklagten angehörende Steuerberaterin auf Weisung des Klägers unter Bezugnahme auf ein anhängiges Verfahren vor dem Bundesfinanzhof, von dem dieser aus der Tagespresse erfahren hatte, Einspruch ein. Jenes andere Verfahren führte nach Vorlage an das Bundesverfassungsgericht (Art. 100 Abs. 1 GG) für die Veranlagungsjahre 1997 und 1998 zur Feststellung der Nichtigkeit der Besteuerung von Gewinnen aus privaten Veräußerungsgeschäften von Wertpapieren (BVerfG, Urt. v. 9.3.2004 – 2 BvL 17/02, BVerfGE 110, 94 ff).

Der Einspruch des Klägers hatte nur im Umfang der erhöhten Festsetzung Erfolg.

Der Kläger nimmt den Beklagten auf Schadenersatz in Höhe des auf die Besteuerung der Gewinne aus Wertpapiergeschäften entfallenden im Juni 2000 bestandskräftig festgesetzten Steuerbetrages, des hierauf entfallenden Solidaritätszuschlags und der Zinsen auf den Erstattungsbetrag, insgesamt 1.421.611,43 EUR zzgl. Zinsen, in Anspruch. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Klägers hatte überwiegend Erfolg. Mit seiner vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Beklagte seinen Klageabweisungsantrag weiter. Die Revision des Beklagten hat Erfolg. Sie führt zur Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils. ■

Aus den Gründen:

I. Das Berufungsgericht, dessen Entscheidung in DStRE 2007, 1593 ff, veröffentlicht ist, hat ausgeführt, dem Beklagten falle eine Pflichtverletzung zur Last. Ihn hätten über den Normalfall hinausgehende Beratungspflichten getroffen, weil es sich um eine Angelegenheit von besonderer wirtschaftlicher Bedeutung gehandelt habe. Der Beklagte hätte die Parallelität zwischen dem Zinsurteil des Bundesverfassungsgerichts vom 27.6.1991 (BVerfGE 84, 239) und dem Steuerfall des Klägers erkennen müssen, weil dessen Gewinne aus Wertpapiergeschäften resultierten, die – ebenso wie Zins-einkünfte – über Banken und Bankendepots und damit im Schutz- und Regelungsbereich des § 30a AO in der seit dem 3.8.1988 geltenden Fassung abgewickelt worden seien. Die Parallelität sei derart signifikant, dass sie sich jedem fachkundigen Steuerberater ab der Veröffentlichung dieses Urteils bis zu der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Spekulationssteuer bei Wertpapieren vom 9.3.2004 aufgedrängt hätte.

Die Beanstandungen des Bundesverfassungsgerichts in dem Zinsurteil betrafen nicht die materielle Besteuerungsgrundlage, sondern die Regelungen des Erhebungsverfahrens. Gerügt worden sei die Unzulässigkeit einer mangels wirk-samer Kontrollmöglichkeiten faktisch allein vom Willen des Steuerpflichtigen abhängigen Besteuerung. Das strukturelle Erhebungsdefizit habe das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber zugerechnet und hierbei deutlich gemacht, dass nach Ablauf einer Übergangszeit ohne ausreichende gesetzgeberische Nachbesserung künftig auch die materielle Steuernorm selbst verfassungswidrig werde.

Der Beklagte hätte auch die in der einschlägigen steuerrechtlichen Literatur geäußerten Bedenken gegen eine verfassungskonforme Steuererhebung hinsichtlich der dem Regelungsbereich des § 30a AO unterfallenden Spekulationsgewinne sowie gegen die Verfassungsmäßigkeit dieser Vorschrift zur Kenntnis nehmen und den Kläger über diese unterrichten müssen, um ihm die eigenverantwortliche Entscheidung über die Einlegung von Rechtsbehelfen gegen die Festsetzung zu ermöglichen. Im Jahr 2000 hätte der Beklagte schließlich auf das in der Entscheidungssammlung der Finanzgerichte (EFG) vom 25.2.2000 veröffentlichte Urteil des Schleswig-Holsteinischen Finanzgerichts vom

23.9.1999 und auf die Mitteilung über die Einlegung der Revision gegen dieses Urteil in der Anlage zum Bundessteuerblatt (Liste der beim Bundesfinanzhof anhängigen Revisionsverfahren) vom 10.4.2000 aufmerksam werden müssen.

Es sei davon auszugehen, dass der Kläger bei zutreffender Unterrichtung über die Problematik des § 30a AO den Steuerbescheid nicht hätte bestandskräftig werden lassen. Das Kostenrisiko eines Einspruchs sei mit ca. 350 EUR gering gewesen. Auch die Gefahr, dass im Falle eines Einspruchs vom Finanzamt bisher übersehene Einnahmen der Ehefrau berücksichtigt worden wären, sei zu vernachlässigen gewesen. Schließlich habe der Kläger tatsächlich Einspruch einlegen lassen, nachdem er Kenntnis von dem anhängigen Revisionsverfahren erlangt habe. Der Schadenersatzanspruch sei nicht verjährt.

II. Diese Ausführungen halten rechtlicher Überprüfung nicht stand.

Der Beklagte war nicht verpflichtet, den Kläger bei Prüfung der Steuerbescheide im Jahr 2000 auf eine etwaige Verfassungswidrigkeit des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 lit. b EStG in der vom 29.4.1997 bis zum 31.12.1998 geltenden Fassung (fortan: § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 lit. b EStG a.F.) wegen Verletzung der Erhebungsgleichheit hinzuweisen.

1. Unter welchen Voraussetzungen der Steuerberater seinen Mandanten auf die mögliche Verfassungswidrigkeit einer materiellen Steuernorm hinzuweisen hat, ist vom Bundesgerichtshof bisher nicht entschieden worden. Ähnlich wie der anwaltliche oder steuerliche Berater von dem Fortbestand einer höchstrichterlichen Rechtsprechung ausgehen kann, darf der Steuerberater im Grundsatz **auf die Verfassungsmäßigkeit** der auf den Steuerfall anzuwendenden Gesetze **vertrauen**.

a) Wegen der richtungsweisenden Bedeutung, **die höchstrichterlichen Entscheidungen** für die Rechtswirklichkeit zukommt, hat sich der Berater bei der Wahrnehmung seines Mandats grundsätzlich an dieser Rechtsprechung auszurichten (BGHZ 145, 256, 263; BGH, *Urt. v. 30.9.1993 – IX ZR 211/92, WM 1993, 2129, 2130; v. 21.9.2000 – IX ZR 127/99, WM 2000, 2431, 2435; Zugehör in: Zugehör/Fischer/Sieg/Schlee, Handbuch der Anwaltshaftung 2. Aufl., Rdnr. 545 f.*). Maßgeblich ist die jeweils aktuelle höchstrichterliche Rechtsprechung im Zeitpunkt seiner Inanspruchnahme. **Hierbei darf der Berater in der Regel auf deren Fortbestand vertrauen**, weil von einer gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung nur in Ausnahmefällen abgewichen zu werden pflegt (BGHZ 85, 64, 66; 87, 150, 155 f; BGH, *Urt. v. 30.9.1993 – IX ZR 211/92, a.a.O.; Zugehör, a.a.O., Rdnr. 549; Fahrendorf in: Rinsche/Fahrendorf/Terbille, Die Haftung des Rechtsanwalts 7. Aufl., Rdnr. 488*).

Entgegenstehende Judikatur von Instanzgerichten und vereinzelte Stimmen im Schrifttum verpflichten den Rechtsanwalt regelmäßig nicht, bei der Wahrnehmung seiner Aufgaben die abweichende Meinung zu berücksichtigen (BGH, *Urt. v.*

30.9.1993 – IX ZR 211/92, a.a.O.; Zugehör, a.a.O., Rdnr. 552). Eine **Änderung der Rechtsprechung** hat er allerdings in Betracht zu ziehen, wenn ein oberstes Gericht darauf hinweist oder neue Entwicklungen in Rechtsprechung und Rechtswissenschaft Auswirkungen auf eine ältere Rechtsprechung haben können und es zu einer bestimmten Frage an neueren höchstrichterlichen Entscheidungen fehlt (BGH, *Urt. v. 30.9.1993 – IX ZR 211/92, a.a.O., 2131*).

Eine Verpflichtung des Beraters, die Rechtsprechung der Instanzgerichte und das Schrifttum einschließlich der Aufsatzliteratur heranzuziehen, kann ausnahmsweise auch dann bestehen, wenn ein **Rechtsgebiet aufgrund eindeutiger Umstände in der Entwicklung begriffen** und (neue) höchstrichterliche Rechtsprechung zu erwarten ist (BGH, *Urt. v. 21.9.2000 – IX ZR 127/99, a.a.O., 2435*). Hat ein Rechtsanwalt eine Angelegenheit aus einem solchen Bereich zu bearbeiten, muss er auch **Spezialzeitschriften** in angemessener Zeit durchsehen, wobei ihm ein „**realistischer Toleranzrahmen**“ zuzubilligen ist (BGH, *Urt. v. 21.9.2000 – IX ZR 127/99, a.a.O.*).

Entscheidend sind die besonderen Umstände des Einzelfalls. Grundsätzlich wird darauf abzustellen sein, mit welchem **Grad an Deutlichkeit (Evidenz)** eine neue Rechtsentwicklung in eine bestimmte Richtung weist und eine neue Antwort auf eine bisher anders entschiedene Frage nahelegt. Ferner kann ins Gewicht fallen, mit welchem Aufwand – auch an Kosten – der neuen Rechtsentwicklung im Interesse des Mandanten Rechnung getragen werden kann (vgl. BGH, *Urt. v. 30.9.1993 – IX ZR 211/92, a.a.O., 2131*).

b) An die Sorgfaltspflichten des Steuerberaters bei der Prüfung eines Steuerbescheides auf die Verfassungsmäßigkeit der gesetzlichen Besteuerungsgrundlage sind entsprechende Maßstäbe anzulegen.

aa) Danach darf ein Steuerberater grundsätzlich auf die **Verfassungsmäßigkeit des von der Steuerverwaltung angewendeten Steuergesetzes** vertrauen. Die Verwaltung hat Gesetze trotz bestehender Zweifel an deren Verfassungsmäßigkeit anzuwenden. Gleiches gilt für die mit dem Steuerfall befassten Gerichte. Erst wenn ein Gericht von der Verfassungswidrigkeit einer entscheidungserheblichen Norm überzeugt ist, hat es das Verfahren auszusetzen und nach Art. 100 Abs. 1 GG eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts einzuholen; bloße verfassungsrechtliche Zweifel berechtigen noch nicht zur Vorlage an das Bundesverfassungsgericht (BVerfGE 78, 104, 117; 86, 52, 57 f; Jarass in: Jarass/Pieroth, GG 9. Aufl., Art. 100 Rdnr. 10). Daher wird eine Steuernorm bei bloßen verfassungsrechtlichen Bedenken von der Finanzverwaltung und den Finanzgerichten angewendet werden. Der Mandant kann unter dieser Voraussetzung seine verfassungsrechtlichen Bedenken erst nach Erschöpfung des Rechtsweges im Wege einer Verfassungsbeschwerde (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG) durchsetzen.

bb) Aus der Grundpflicht des Steuerberaters, den Mandanten im Rahmen seines Mandats umfassend und möglichst erschöpfend steuerlich zu beraten, kann sich ausnahmsweise

die Pflicht ergeben, auch auf eine mögliche Verfassungswidrigkeit eines bislang als verfassungsmäßig behandelten Steuergesetzes hinzuweisen.

(1) Ein **Ausnahmefall** kann etwa gegeben sein, wenn das **Bundesverfassungsgericht in einer Senatsentscheidung in ähnlichem Zusammenhang eine Verfassungsfrage behandelt** und dabei eine aussagekräftige Vorentscheidung auch für die verfassungsrechtliche Beurteilung des anhängigen Besteuerungsfalls getroffen hat. Drängt sich ein Zusammenhang auf, hat der Steuerberater den Mandanten hierauf hinzuweisen, um ihm die eigenverantwortliche Entscheidung zu ermöglichen, ob er – gestützt auf die Parallelentscheidung des Bundesverfassungsgerichts – den Weg durch die Instanzen einschlagen will. Auf die Einschätzung der Erfolgsaussichten einer Anfechtung des Steuerbescheides durch den Berater kommt es nicht an (vgl. *BGH, Urt. v. 11.5.1999 – IX ZR 298/97, WM 1999, 1342, 1344*).

(2) Eine Hinweispflicht auf etwaige verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Besteuerungsgrundlage kann auch dann bestehen, wenn ein Gericht einen **Vorlagebeschluss an das Bundesverfassungsgericht nach Art. 100 Abs. 1 GG** gefasst und der Berater hiervon Kenntnis erlangt hat. In diesen Fällen ist es zwar nicht stets naheliegend, dass das Bundesverfassungsgericht die zugrunde liegende Norm für verfassungswidrig erklären wird. Das Verfahren der konkreten Normenkontrolle hat erfahrungsgemäß nur eine geringe Erfolgsquote (vgl. *Zuck in: Lechner/Zuck, BVerfGG 5. Aufl., vor § 80 Rdnr. 10; HK-BVerfGG/Dollinger 2. Aufl., § 81a Rdnr. 2*). Eine Hinweispflicht ist aber gleichwohl anzunehmen, weil in diesen Fällen einer möglichen neuen Rechtsentwicklung mit geringem Aufwand – auch an Kosten – Rechnung getragen werden kann (vgl. hierzu *BGH, Urt. v. 30.9.1993 – IX ZR 211/92, a.a.O., 2131*).

Nach § 363 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 1 AO ruht das Einspruchsverfahren bis zur Entscheidung des Musterverfahrens, wenn wegen der Verfassungsmäßigkeit einer Rechtsnorm ein Verfahren bei dem Bundesverfassungsgericht oder einem obersten Bundesgericht anhängig ist und der Einspruch hierauf gestützt wird (vgl. *Klein/Brockmeyer, AO 9. Aufl., § 363 Rdnr. 22*). Aufgrund dieser verfahrensrechtlichen Besonderheit kann sich der Mandant ohne großen Aufwand die Möglichkeit sichern, von einer späteren Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts Nutzen zu ziehen, ohne dass dem die Bestandskraft des Steuerbescheides entgegensteht (vgl. § 79 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG).

(3) Pflichtwidrig handelt der Steuerberater nur, wenn er das Beratungsgespräch versäumt, obwohl hierzu – für ihn erkennbar – ein **konkreter Anlass** bestand. Dies gilt auch in Fällen **schwerwiegender wirtschaftlicher Bedeutung** (s. hierzu *BGH, Urt. v. 15.11.2007 – IX ZR 34/04, WM 2008, 41, 42 Rdnr. 10*). Ohne hinreichende Veranlassung braucht der Steuerberater **weder nach verfassungsrechtlichen Argumenten** gegen die anzuwendende Steuernorm **noch nach einem Musterverfahren zu suchen**, welches seinem Mandanten die Möglichkeiten des § 363 Abs. 2 AO eröffnet. **Einzelne Stimmen in der Literatur**, welche eine Steuernorm – auch unter

Berufung auf neue Gesichtspunkte – für verfassungswidrig halten, **begründen noch keinen Anlass für ein Rechtsgespräch mit dem Mandanten, weil solche Bedenken in den letzten Jahren vielfach erhoben worden sind und sich in den wenigsten Fällen als zutreffend herausgestellt haben** (vgl. *Lange, DB 2008, 511, 516; Beisel, DStR 1459, 1460; ähnlich bereits Messmer/Späth, DStR 1967, 554, 555; vgl. auch Meixner/Hörnig, DStR 2007, 411*). Gleiches gilt grundsätzlich für eine vereinzelte instanzgerichtliche Entscheidung, welche die Verfassungsmäßigkeit eines Steuergesetzes diskutiert, letztlich aber bestätigt, mag gegen sie auch der Bundesfinanzhof mit dem Ziel angerufen worden sein, eine Vorlage an das Bundesverfassungsgericht zu erreichen.

2. Nach diesen Grundsätzen fällt dem Beklagten kein Verstoß gegen steuerrechtliche Beratungspflichten zur Last. Solche trafen den Beklagten nur in dem Zeitraum von der Abgabe der Steuererklärung über den Zugang des ersten Steuerbescheides vom 7.1.2000 bis hin zum Eintritt der Bestandskraft des am 27.6.2000 zugegangenen Bescheides vom 26.6.2000. Mit der Bestandskraft des zweiten Bescheides, der den Vorbehalt der Nachprüfung aufhob, war die Steuerfestsetzung für die erklärten Gewinne aus der Veräußerung von Wertpapieren nicht mehr abänderbar (vgl. *Klein/Rüsken, a.a.O., § 164 Rdnr. 38*). Eine Beratung nach diesem Zeitpunkt konnte den eingetretenen Steuerschaden selbst bei Nichtigkeit der zugrunde liegenden Steuernorm nicht mehr beseitigen. Denn nach § 79 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG bleiben nicht mehr anfechtbare Entscheidungen, welche auf einer für nichtig erklärten Norm beruhen, unberührt.

a) Bei Abgabe der Steuererklärung und auch noch bei Zugang und Überprüfung des Bescheides vom **7.1.2000 musste der Beklagte nicht mit der Möglichkeit einer Verfassungswidrigkeit der Besteuerung von Gewinnen aus Spekulationsgeschäften nach § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 lit. b EStG a.F.**, die Anlass für ein Beratungsgespräch geboten hätte, rechnen. Das Berufungsgericht hat insoweit die Ausstrahlungswirkung des Zinsurteils vom 27.6.1991 (*BVerfGE 84, 239*) auf den vorliegenden Steuerfall überschätzt.

aa) Das auch im Bundessteuerblatt nahezu vollständig abgedruckte Urteil (*BStBl II 1991, 654 ff*) hätte der Beklagte allerdings in angemessener Zeit nach der Veröffentlichung, mithin noch im Laufe des Jahres 1991, zur Kenntnis nehmen müssen. Kerngedanke dieser Entscheidung ist – ausgehend von der Feststellung, dass bei einem Vergleich zwischen den erklärten und nicht erklärten, aber steuerbaren Kapitalerträgen jedenfalls die Hälfte der Erträge nicht erfasst werden (*BVerfGE 84, 276 f*) – der von dem Gesetzgeber verantwortete Erhebungsmangel, welcher verfassungsrechtliche Relevanz erhält, wenn sich das Verfahrensrecht gegenüber einem Besteuerungstatbestand strukturell gegenläufig auswirkt, so dass der Besteuerungsanspruch weitgehend nicht durchgesetzt werden kann.

Eine Steuerbelastung, die nahezu allein auf der Erklärungsbereitschaft des Steuerpflichtigen beruht, weil die Erhebungsregelungen Kontrollen der Steuererklärungen weit-

gehend ausschließen, trifft nicht mehr alle und verfehlt die steuerliche Leistungsgleichheit (*BVerfGE 84, 272 f.*). Die dadurch bewirkte Gleichheitswidrigkeit führt nach Ablauf einer Nachbesserungsfrist zur Verfassungswidrigkeit auch der materiellen Norm.

bb) Eine sorgfältige Auswertung dieses Urteils hätte einen steuerlichen Berater allerdings auf den Gedanken bringen können, dass die vorgenannten Erwägungen in ähnlicher Weise auch auf die Besteuerung von Gewinnen aus Effektingeschäften zutreffen könnten. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ergab sich ein solcher Zusammenhang in der ersten Jahreshälfte 2000 für den Beklagten jedoch nicht mit einer für den Vorwurf der Pflichtverletzung erforderlichen Stärke.

(1) Das Zinsurteil betrifft den damals rund 19 Jahre zurückliegenden Veranlagungszeitraum 1981, für den noch nicht § 30a AO, sondern der sog. Bankenerlass in der Fassung vom 31.8.1979 (*vgl. BStBl I 1979, 590*) maßgeblich war (*vgl. BVerfGE 84, 248 f.*). Dieser Erlass ist zwar, worüber in dem Zinsurteil auch berichtet wird, als § 30a AO „weitgehend“ in die Abgabenordnung übernommen worden. Zu einer strukturell gegenläufigen Erhebungsregelung im Veranlagungsjahr 1998 verhält sich das Urteil jedoch nicht. Der an die verfassungsmäßige Ordnung gebundene (Art. 20 Abs. 3 GG) Gesetzgeber hat die Parallelen zwischen der Zinsbesteuerung und der Spekulationssteuer für Wertpapiere bei den nach dem Zinsurteil von ihm entfaltenen Aktivitäten nicht zum Anlass genommen, der gleichheitswidrigen Spekulationsbesteuerung abzuweichen. Er hat den ihm erteilten Auftrag, den Gleichheitsgrundsatz bei der Zinsbesteuerung innerhalb angemessener Frist, spätestens jedoch mit Wirkung vom 1.1.1993, durch hinreichende gesetzliche Vorkehrungen für die Zukunft zu gewährleisten, auf andere Weise als durch eine Änderung des § 30a AO erfüllt. Das Gesetz zur Neuordnung der Zinsbesteuerung vom 9.11.1992 (Zinsabschlagsgesetz, *BGBI I, 1853*) lässt § 30a AO der damals geltenden Fassung unberührt.

Dass dies nicht auf eine rechtspolitische Umsetzungsschwäche, sondern auf ein Wahrnehmungsdefizit des Gesetzgebers zurückzuführen war, zeigt dessen rasche Reaktion auf den Vorlagebeschluss des Bundesfinanzhofs vom 16.7.2002 zu § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 lit. b EStG (*BStBl II 2003, 74 ff.*), über die das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil vom 9.3.2004 (*BVerfGE 110, 132*) berichtet (Art. 1 Nr. 9 des Zweiten Gesetzes zur Änderung steuerlicher Vorschriften vom 15.12.2003, *BGBI I, 2645, 2646*). Das Bundesverfassungsgericht selbst hält es in seiner an das Urteil vom 9.3.2004 anknüpfenden Kammerrechtsprechung für unzulässig, die in dem Zinsurteil gesetzte Übergangsfrist bis zum 1.1.1993 auf die Besteuerung privater Veräußerungsgeschäfte bei Wertpapieren nach § 23 EStG zu übertragen (*vgl. BVerfGE, WM 2006, 1168, 1169*).

(2) In Rechtsprechung und Literatur wurden aus dem Zinsurteil auch nach dem Ablauf der dem Gesetzgeber gesetzten Frist zur Behebung der Mängel keine Schlüsse gezogen, die den steuerlichen Berater darauf hätten hinlenken müssen,

dass mit der Einführung der Zinsabschlagsteuer die vom Bundesverfassungsgericht gerügten Erhebungsdefizite in anderen Zusammenhängen möglicherweise noch nicht beseitigt waren. Der Diskussionsstand um die Verfassungsmäßigkeit des § 30a AO war aus dem Urteil des VIII. Senats des Bundesfinanzhofs vom 18.2.1997 (*BFHE 183, 45 ff.*) abzulesen. Die Diskussion wurde allein um die Verfassungsmäßigkeit der Zinsbesteuerung geführt. Rückschlüsse auf die Verfassungsmäßigkeit der Erhebung von Steuern auf Gewinne aus Veräußerungen von Wertpapieren wurden daraus in Fachkreisen nicht verbreitet abgeleitet (*vgl. BVerfGE, WM 2006, 1166, 1169*). Hätte sich die von dem VIII. Senat des Bundesfinanzhofs vertretene einschränkende Auslegung des § 30a AO (*BFHE 183, 55 ff.*) oder die Auffassung von der Verfassungswidrigkeit dieser Norm durchgesetzt, wären die eine Ermittlung durch die Finanzbehörden einschränkenden Wirkungen des § 30a AO entfallen.

Gerade diese Wirkungen hatten aber in dem Zinsurteil zu der Feststellung eines strukturellen Erhebungsdefizits mit der Folge der Verfassungswidrigkeit der materiellen Steuernorm geführt (*vgl. BVerfGE 84, 239, 278 ff.*). Die Diskussion deutet also auf den Weg hin, die Verfassungsmäßigkeit der materiellen Steuernorm dadurch zu sichern, dass die Verfahrensnorm gleichheitswährend angewendet wurde.

(3) Die später von dem Bundesverfassungsgericht angenommene Parallelität zur Zinsbesteuerung ist bis zur Zustellung des Steuerbescheides vom 7.1.2000 auch nicht in einer anderen Weise aufgedeckt worden, die der Beklagte hätte zur Kenntnis nehmen müssen. In der veröffentlichten Rechtsprechung ist seit der Bekanntgabe des Zinsurteils die Frage einer möglichen Verfassungswidrigkeit der Besteuerung von Spekulationsgeschäften aus dem Gesichtspunkt eines strukturellen Vollzugsdefizits **bis zu dem Urteil des Schleswig-Holsteinischen Finanzgerichts vom 23.9.1999, das noch von einer Verfassungsmäßigkeit ausgegangen ist, nicht behandelt worden** (*vgl. hierzu BFHE 199, 451, 458 f.*). In der **Kommentarliteratur** wurde die Thematik lediglich vereinzelt angesprochen. Zwei Kommentierungen bejahten die Verfassungswidrigkeit der Besteuerung von Spekulationsgewinnen unter Berufung auf das Zinsurteil (*Glenk in: Blümich/Glenk, EStG KStG GewStG 15. Aufl., 63. Ergänzungslieferung Juni 1999, § 23 EStG Rdnr. 10; Tipke in: Tipke/Kruse, AO 16. Aufl., 84. Ergänzungslieferung April 1998, Rdnr. 30 a.E., 24 a.E., 25 a.E.*).

Eine weitere Kommentierung äußerte sich andeutungsweise in diese Richtung. Crezelius (*in: Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, Einkommensteuergesetz, 56. Ergänzungslieferung Juni 1995, § 23 Rdnr. A 70*) hat darauf hingewiesen, die dem Anwendungsbereich des § 23 EStG unterfallenden Einkünfte ließen sich relativ leicht verschleiern, wodurch diese Vorschrift regelmäßig leer laufe. Die Konsequenz einer möglichen Verletzung des allgemeinen Gleichheitssatzes wird aber nicht ausgesprochen. Die von dem Berufungsgericht zitierte Fundstelle (*Crezelius in: Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, a.a.O., A 23*) befasste sich in der damaligen Fassung nur mit verfassungsrechtlichen Bedenken im Hinblick auf eine unterschiedliche Besteuerung gewerblicher und privater Veräußerungs-

einkünfte sowie allgemein mit den bestehenden fehlenden staatlichen Kontrollmöglichkeiten aller privaten Veräußerungsgeschäfte. Andere Kommentierungen erwähnten die Problematik nicht (vgl. *Schmidt, EStG 18. Aufl. 1999, § 23 Rdnr. 2*) oder haben keine durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken gesehen (vgl. *Bachem in: Bordewin/Brandt, Kommentar zum EStG, 153. Ergänzungslieferung April 1996, § 23 Rdnr. 30*).

In der **Aufsatzliteratur** wurde eine mögliche Verfassungswidrigkeit der Besteuerung von Spekulationsgeschäften ebenfalls nicht diskutiert. In einer 1991 erschienenen Anmerkung zum Zinsurteil wird das Vollzugsdefizit bei der Versteuerung von Wertpapier-Veräußerungsgewinnen mit nur einem Satz gestreift (*Felix, FR 1991, 389, 390*). Diese Anmerkung ist zunächst vereinzelt geblieben, repräsentierte nicht die Wahrnehmung in den Fachkreisen (vgl. *BFHE 199, 460*) und hat keine bei der steuerlichen Beratung zu beachtende Diskussion in der Literatur ausgelöst. Erst am 23.10.2000 und damit nach dem für den Streitfall maßgeblichen Zeitraum ist ein Aufsatz, der die Problematik vertiefend behandelt, veröffentlicht worden (*Balmes, FR 2000, 1069 ff*).

b) Bis zu der Bestandskraft des Steuerbescheides vom 26.6.2000 war der Stand der Diskussion in der Literatur unverändert. Zwischenzeitlich war allerdings das mit der Revision angegriffene Urteil des Schleswig-Holsteinischen Finanzgerichts vom 23.9.1999 veröffentlicht (*EFG 2000, 178 ff, erschienen am 25.2.2000*) und in die am 10.4.2000 erschienene Liste der beim Bundesfinanzhof anhängigen Verfahren aufgenommen worden (*Beilage Nr. 1/2000 zu BStBl II, 93*). Diese Veröffentlichungen mussten dem Beklagten aber nicht bekannt sein, weil eine entsprechende Recherchetätigkeit von ihm im Juni 2000 aufgrund der bisher vorliegenden, vorstehend unter a) erörterten Hinweise nicht verlangt werden konnte.

Deshalb **brauchte er auch die Anhängigkeitsliste nicht durchzusehen**. Diese hat den Charakter eines Nachschlagewerkes (Umfang der Beilage 1/2000: 168 Seiten mit durchschnittlich ungefähr zehn Entscheidungen je Seite). **Es würde die Pflichten des Steuerberaters übertreiben, wenn er bei drohender Unabänderbarkeit eines Steuerbescheides eines seiner Mandanten die Anhängigkeitsdatei jeweils ohne hinreichenden Anlass darauf durchzusehen hätte, ob ein anhängiges Revisionsverfahren den aktuellen Rechtsstand, welcher der Bearbeitung der Steuersache zugrunde liegt, infrage stellen könnte.**

III. Das angefochtene Urteil kann damit nicht bestehen bleiben. Es ist aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Da die Aufhebung des Urteils nur wegen Rechtsverletzung bei Anwendung des Gesetzes auf den festgestellten Sachverhalt erfolgt und die Sache nach den tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts zur Endentscheidung reif ist, hat der Senat eine ersetzende Sachentscheidung zu treffen (§ 563 Abs. 3 ZPO). Die Voraussetzungen eines Schadenersatzanspruchs aus positiver Vertragsverletzung sind nicht gegeben. Das klageabweisende Urteil des Landgerichts ist wiederherzustellen. ■

Anwalts-/Steuerberaterhaftung

- Verjährungseinrede
- Schadenentstehung
- Fristversäumnis
- Verjährungshemmung durch Mahnbescheid
- Konkretisierung des Mahnanspruchs
- Verjährungseinrede in der Berufungsinanz (BGH, Urt. v. 16.10.2008 – IX ZR 135/07)

Leitsatz:

Sind die die Erhebung der Verjährungseinrede und den Verjährungseintritt begründenden tatsächlichen Umstände unstrittig, ist die erstmals in der Berufungsinanz eines Anwaltshaftungsprozesses erhobene Verjährungseinrede auch dann zuzulassen, wenn zur Frage der Sekundärhaftung weitere Feststellungen erforderlich sind. ■

Zum Sachverhalt:

Die Kläger verlangen vom beklagten Rechtsanwalt Schadenersatz. Sie hatten den Beklagten in den Jahren 1998 bis 2002 mit der Erstellung und Einreichung ihrer Einkommensteuererklärungen für die Jahre 1996 bis 2001 beauftragt und ihm die erforderlichen Unterlagen übermittelt. Der Beklagte gab keine Einkommensteuererklärungen für die genannten Jahre ab. Mit Schreiben vom 18.5.2004 kündigten die Kläger sämtliche bestehenden Mandate.

Am 4.8.2004 reichte der neue Steuerberater der Kläger Einkommensteuererklärungen für die Jahre 1996 bis 2001 beim zuständigen Finanzamt ein. Mit Bescheiden vom 6.8.2004 und vom 21.12.2004 lehnte das Finanzamt die Einkommensteuerveranlagung für die Jahre 1996 und 1998 bis 2001 ab, da die Anträge nach Ablauf der jeweiligen Festsetzungs- bzw. Antragsfrist eingegangen seien.

Im vorliegenden Rechtsstreit verlangen die Kläger Schadenersatz wegen der ihnen entgangenen Steuererstattungen. Am 30.12.2004 haben sie den Erlass eines Mahnbescheides beantragt. Der Mahnbescheid ist am 7.2.2005 erlassen und dem Beklagten am 10.2.2005 zugestellt worden. Nachdem der Beklagte am 22.2.2005 Widerspruch erhoben hat, haben die Kläger ihren Anspruch am 11.8.2005 begründet und die Abgabe an das zuständige Landgericht beantragt.

Das Landgericht hat den Beklagten zur Zahlung von 35.474,96 EUR zzgl. Zinsen verurteilt. Die Berufung des Beklagten, der nach Schluss der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht in einem nicht nachgelassenen Schriftsatz und sodann im Berufungsverfahren die Einrede der Verjährung erhoben hat, ist zurückgewiesen worden. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision will der Beklagte die Abweisung der Klage erreichen, soweit sie auf Schadenersatz wegen der verspäteten Abgabe der Einkommensteuererklärungen für die Jahre 1996, 1998 und 1999 gerichtet ist. Die Verurteilung in Höhe von 11.713,18 EUR zzgl. Zinsen nimmt die Revision hin.

Die Revision führt im Umfang der Anfechtung zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. ■

Aus den Gründen:

I. Das Berufungsgericht hat – teils unter Bezugnahme auf das Urteil des Landgerichts – ausgeführt: Der Beklagte hafte aus positiver Vertragsverletzung auf Schadenersatz, weil er die Einkommensteuererklärungen nicht erstellt und eingereicht habe. Die Schadenhöhe sei unstreitig. Die Einrede der Verjährung sei gemäß § 531 Abs. 2 ZPO in der Berufungsinstanz ausgeschlossen, nachdem sie in erster Instanz erst nach Schluss der mündlichen Verhandlung in einem nicht nachgelassenen Schriftsatz erhoben worden sei.

II. Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Überprüfung in einem wesentlichen Punkt nicht stand. **Wie der Große Senat für Zivilsachen des Bundesgerichtshofs nach Erlass des angefochtenen Urteils entschieden hat, ist die im Berufungszug erstmals erhobene Verjährungseinrede unabhängig von den Voraussetzungen des § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 bis 3 ZPO zuzulassen, wenn die Erhebung der Verjährungseinrede und die den Verjährungseintritt begründenden tatsächlichen Umstände zwischen den Prozessparteien unstreitig sind** (Beschl. v. 23.6.2008 – GSZ 1/08, z.V.b.). Diese Voraussetzungen waren im vorliegenden Fall erfüllt. Der Beklagte hat die Verjährungseinrede im laufenden Rechtsstreit erhoben. Auch die tatsächlichen Umstände, von denen die Verjährung abhängt (s. unter III.), stehen außer Streit.

III. Das Urteil erweist sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig (§ 561 ZPO). Nach derzeitigem Sach- und Streitstand lässt sich nicht ausschließen, dass die Einrede der Verjährung ganz oder teilweise Erfolg hat.

1. Die Verjährung des Anspruchs der Kläger richtet sich gemäß Art. 229 § 12 Abs. 1 Nr. 3, Art. 229 § 6 Abs. 1 EGBGB nach der durch das Gesetz zur Anpassung von Verjährungsvorschriften an das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 9.12.2004 (BGBl I, 3214) mit Wirkung vom 15.12.2004 aufgehobenen Vorschrift des § 51b BRAO. **Entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung findet die – ebenfalls aufgehobene – Vorschrift des § 68 StBerG keine Anwendung, weil der Beklagte Rechtsanwalt, nicht auch Steuerberater ist** (vgl. BGHZ 78, 335, 339; BGH, Urt. v. 27.1.1994 – IX ZR 195/93, WM 1994, 504, 505; Rinsche/Fahrendorf, Die Haftung des Rechtsanwalts 7. Aufl., Rdnr. 977). Die Erstellung der Einkommensteuererklärungen lässt sich ohne Weiteres unter den Tatbestand der Beratung und Vertretung in Rechtsangelegenheiten subsumieren (§ 3 Abs. 1 BRAO).

2. Nach § 51b Satz 1 BRAO verjährte der Anspruch des Auftraggebers auf Schadenersatz aus dem zwischen ihm und dem Rechtsanwalt bestehenden Vertragsverhältnis in drei Jahren von dem Zeitpunkt an, in dem der Anspruch entstanden ist.

a) Entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung ist der Schaden, der neben der Pflichtverletzung Anspruchsvoraussetzung ist, nicht erst mit den Bescheiden vom 6.8.2004

und vom 21.12.2004 eingetreten, in denen das zuständige Finanzamt die Anträge auf Einkommensteuerveranlagung abgelehnt hat.

aa) Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs **entsteht der Schaden dann, wenn sich die Vermögenslage des Betroffenen durch die Pflichtverletzung des Beraters im Vergleich zu seinem früheren Vermögensstand objektiv verschlechtert hat**. Dafür genügt es, dass der Schaden **wenigstens dem Grunde nach** erwachsen ist, mag auch seine Höhe noch nicht beziffert werden können. Es muss nicht feststehen, dass die Vermögenseinbuße bestehen bleibt und damit endgültig wird; es reicht auch aus, dass ein endgültiger Teilschaden entstanden ist und mit weiteren adäquat verursachten Nachteilen gerechnet werden muss (BGHZ 114, 150, 152 f; 119, 69, 70 f; BGH, Urt. v. 13.12.2007 – IX ZR 130/06, WM 2008, 611, 612 Rdnr. 10; v. 28.5.2008 – IX ZR 222/06, WM 2008, 1416 Rdnr. 14). **Unkenntnis** des Schadens und damit des Ersatzanspruchs hindert den Beginn der Verjährung nicht (BGHZ 119, 69, 71; BGH, Urt. v. 13.12.2007, a.a.O.).

Eine **bloße Vermögensgefährdung** reicht für die Annahme eines Schadens dagegen nicht aus. Ein Schaden ist noch nicht eingetreten, solange nur das Risiko eines Vermögensnachteils besteht, bei der gebotenen wertenden Betrachtung allenfalls eine Vermögensgefährdung vorliegt, es also noch nicht klar ist, ob es wirklich zu einem Schaden kommt (BGHZ 119, 69, 71).

bb) **Die Verjährung des Ersatzanspruchs gegen einen Berater, der steuerliche Nachteile seines Mandanten verschuldet hat, beginnt regelmäßig frühestens mit dem Zugang des Bescheids des Finanzamts** (BGHZ 119, 69, 73; 129, 386, 388). Das hat der Senat auch in einem Fall angenommen, in dem der Berater die Ausschlussfrist des § 55 Abs. 5 EStG a.F. versäumt hatte, welche den Antrag auf Ansetzung des höheren Teilwerts für vor dem 1.7.1970 angeschafften Grundbesitz bei der Ermittlung des steuerpflichtigen Werts aufgelöster stiller Reserven betraf (BGH, Urt. v. 29.4.1993 – IX ZR 102/92, WM 1993, 1511, 1513; vgl. auch Urt. v. 3.11.2005 – IX ZR 208/04, WM 2006, 590, 591).

Diese Rechtsprechung beruht im Wesentlichen darauf, dass es sich nicht allgemein voraussehen lässt, ob die Finanzbehörde einen steuerlich bedeutsamen Sachverhalt aufdeckt, welche Tatbestände sie aufgreift und welche Rechtsfolgen sie aus ihnen herleitet. **Deshalb verschlechtert sich die Vermögenslage des Mandanten infolge einer steuerlichen Fehlerberatung erst, wenn die Finanzbehörde mit dem Erlass ihres Steuerbescheids ihren Entscheidungsprozess abschließt und auf diese Weise den öffentlich-rechtlichen Steueranspruch konkretisiert** (BGH, Urt. v. 13.12.2007, a.a.O., Rdnr. 12).

cc) **Der vorliegende Fall liegt anders**. Der Beklagte hat jeweils die (mittlerweile durch Gesetz vom 20.12.2007, BGBl I, 3150, aufgehobene) Ausschlussfrist für die Antragsveranlagung von Arbeitnehmern gemäß § 46 Abs. 2 Nr. 8 Satz 2 EStG in der bis zum 28.12.2007 geltenden Fassung verstreichen lassen, ohne eine Einkommensteuererklärung ein-

zureichen. **Mit Ablauf der jeweiligen Frist kam die Durchführung eines Veranlagungsverfahrens nicht mehr in Betracht. Einer gesonderten Entschließung der zuständigen Finanzbehörde bedurfte es nicht mehr.** Die von den Klägern errechneten Rückerstattungen waren unabhängig davon verloren, ob – wie geschehen – überhaupt noch ein verspäteter und daher abschlägig zu bescheidender Antrag gestellt wurde.

Obwohl es hier um eine Hilfeleistung in Steuerangelegenheiten geht, sind daher die Grundsätze anzuwenden, die allgemein für die Versäumung einer Einspruchs-, Klage- oder Rechtsmittelfrist durch den Berater gelten. Hier ist der Mandant regelmäßig bereits im Augenblick des Fristablaufs geschädigt (vgl. BGH, Beschl. v. 28.3.1996 – IX ZR 197/95, WM 1996, 1108, 1109 zur Versäumung der Frist zur Beantragung einer Investitionszulage; Urt. v. 3.11.2005, a.a.O.; vgl. weiter Rinsche/Fahrendorf, a.a.O., Rdnr. 1035 m.w.N., etwa zur Versäumung der Klagefristen aus § 12 Abs. 3 VVG a.F. oder aus § 4 KSchG).

b) Die unterlassene Einreichung der Anträge auf Veranlagung zur Einkommensteuer hat also in dem Augenblick zum Eintritt eines Schadens geführt, in dem die Antragsfrist des § 46 Abs. 2 Nr. 8 Satz 2 EStG a.F. ablief. Die Anträge waren jeweils durch Abgabe einer Einkommensteuererklärung bis zum Ablauf des auf den Veranlagungszeitraum folgenden zweiten Kalenderjahres zu stellen. Veranlagungszeitraum ist jeweils das Kalenderjahr (§ 25 Abs. 1 EStG). Die Verjährung des Anspruch hinsichtlich der Einkommensteuererstattung für das Jahr 1996 begann folglich mit Ablauf des Jahres 1998, hinsichtlich des Jahres 1998 mit Ablauf des Jahres 2000, hinsichtlich des Jahres 1999 mit Ablauf des Jahres 2001, und endete jeweils drei Jahre danach. Die Verjährung sämtlicher Ansprüche ist frühestens mit Eingang des Antrags auf Erlass des Mahnbescheids bei Gericht am 30.12.2004 gehemmt worden (§ 204 Abs. 1 Nr. 3 BGB, § 167 ZPO).

IV. Das angefochtene Urteil kann damit keinen Bestand haben. Es ist aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Die Sache ist nicht – auch nicht teilweise – entscheidungsreif, so dass die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden muss (§ 563 Abs. 3, 1 ZPO).

1. Entgegen der Ansicht der Revision kann der Mahnbescheid die Verjährung des Anspruchs auf Ersatz der entgangenen Steuererstattung für das Jahr 1999 gehemmt haben.

a) Die Hemmung der Verjährung von Ansprüchen, die am 15.12.2004 noch nicht verjährt waren, richtet sich nach neuem Recht (Art. 229 § 12 Abs. 1 Satz 1 und 2, § 6 Abs. 1 Satz 1 EGBGB). **Nach § 204 Abs. 1 Nr. 3 BGB wird die Verjährung durch die Zustellung des Mahnbescheids im Mahnverfahren gehemmt.** Soll durch die Zustellung die Verjährung nach § 204 BGB gehemmt werden, **tritt diese Wirkung bereits mit Eingang des Antrags oder der Erklärung ein, wenn die Zustellung demnächst erfolgt (§ 167 ZPO).** Im vorliegenden Fall ist der am 30.12.2004 beantragte Mahnbescheid zwar erst am 10.2.2005 zugestellt worden. Die Verzögerung liegt jedoch nicht im Verantwortungsbereich der Kläger, welche die unter dem 14.1.2005 angeforderten Gerichts-

kosten am 25.1.2005 eingezahlt haben, und ist ihnen deshalb nicht zuzurechnen (vgl. BGH, Urt. v. 15.1.1992 – IV ZR 13/91, NJW-RR 1992, 470, 471).

b) Gemäß § 690 Abs. 1 Nr. 3 ZPO hat der Mahnbescheid den geltend gemachten Anspruch unter bestimmter Angabe der verlangten Leistung zu bezeichnen. **Der Anspruch muss so gegenüber anderen Ansprüchen abgegrenzt werden, dass er Grundlage eines der materiellen Rechtskraft fähigen Vollstreckungstitels sein und der Schuldner erkennen kann, welcher Anspruch oder welche Ansprüche gegen ihn geltend gemacht werden, damit er beurteilen kann, ob und in welchem Umfang er sich zur Wehr setzen will** (BGH, Urt. v. 17.11.2005 – IX ZR 8/04, WM 2006, 592, 594; v. 3.6.2008 – XI ZR 353/07, ZIP 2008, 1624). Der Mahnbescheid selbst erfüllt diese Voraussetzungen nicht. Der Anspruch ist wie folgt bezeichnet: „Schaden aus schuldhafter Verletzung des Steuerberatungsvertrages vom 01.05.1998“. Die Kläger haben den Beklagten ihrem eigenen Vorbringen nach mehrfach mit der Erstellung von Einkommensteuererklärungen beauftragt. Die Aufträge betrafen nicht nur die Erklärungen für die Jahre 1996 sowie 1998 bis 2001, die Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreits sind, sondern auch diejenigen für die Jahre 1995 und 1997. **Welche Ansprüche für welche Jahre geltend gemacht werden sollten, ließ sich dem Mahnbescheid nicht entnehmen.**

Für die verjährungsunterbrechende Wirkung eines Mahnbescheids kommt es jedoch nicht auf den Kenntnisstand eines außenstehenden Dritten an, sondern auf denjenigen des Antragsgegners. Es reicht aus, dass dieser erkennen kann, welche Forderungen gegen ihn erhoben werden. **Zur Individualisierung des Anspruchs ausreichende Kenntnisse können auf Informationen beruhen, auf die im Mahnbescheid nicht hingewiesen wird, die dem Antragsgegner aber zur Verfügung stehen** (BGHZ 172, 42, 57 f Rdnr. 46, 48; vgl. auch BGH, Urt. v. 10.7.2008 – IX ZR 160/07, z.V.b., Rdnr. 7, 13). Nach den unwidersprochenen Angaben der Kläger ist der Beklagte mit Schreiben vom 21.12.2004 zur Zahlung von Schadenersatz aufgefordert worden. Dieses Schreiben kann die erforderlichen Angaben dazu enthalten haben, wegen welcher Jahre welcher Schadenersatz verlangt wird. Bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht ist es allerdings nicht zu den Akten gereicht worden.

2. Unabhängig davon kann es dem Beklagten verwehrt sein, sich auf den Eintritt der Primärverjährung zu berufen, wenn die Voraussetzungen eines sekundären Schadenersatzanspruchs erfüllt waren.

a) Der **Sekundäranspruch** setzt neben dem unterlassenen Hinweis auf begangene Pflichtverletzungen und dem Schaden in Gestalt der eingetretenen Primärverjährung **einen bei der weiteren Wahrnehmung desselben Mandats oder eines neuen Auftrags mit demselben Gegenstand aufgrund objektiver Umstände begründeten Anlass voraus, der den Berater veranlassen musste zu prüfen, ob er den Mandanten geschädigt hat** (BGHZ 94, 380, 385 f; BGH, Urt. v. 7.2.2008 – IX ZR 149/04, WM 2008, 946, 948 Rdnr. 34 f; vgl. Zugehör, Handbuch der Anwaltschaft 2. Aufl., Rdnr. 1384 m.w.N.).

Anlass, sein Verhalten zu prüfen, könnten die von den Klägern unter Beweisantritt behaupteten telefonischen Mahnungen und Nachfragen geboten haben. Allerdings wird zu berücksichtigen sein, **dass der Sekundäranspruch eine neue schuldhaft Pflichtverletzung des Beraters voraussetzt** und eine fehlerhafte Erklärungspraxis nicht ohne Weiteres Anlass dafür bietet, dass der Steuerberater über seine immer auf dem nämlichen Fehler beruhende Haftung zu belehren hat (vgl. BGH, Urt. v. 14.7.2005 – IX ZR 284/01, WM 2005, 2106, 2107; Beschl. v. 17.7.2008 – IX ZR 174/05, n.v.).

b) Entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung führt der Umstand, dass hinsichtlich der Sekundäransprüche weitere Feststellungen erforderlich sind, nicht dazu, dass die Verjährungseinreden insgesamt nicht zuzulassen sind. § 531 Abs. 2 ZPO stellt nicht darauf ab, ob der Rechtsstreit durch die Berücksichtigung des neuen Vortrags verzögert wird. **Neuer unstreitiger Tatsachenvortrag ist in der Berufungsinstanz selbst dann zuzulassen, wenn dies dazu führt, dass vor einer Sachentscheidung eine Beweisaufnahme erforderlich wird** (BGHZ 161, 138, 144; offengelassen allerdings von BGH, Beschl. v. 23.6.2008 – GSZ 1/08, Rdnr. 10). Gleiches gilt für die Einrede der Verjährung.

Die tatsächlichen Voraussetzungen des § 51b BRAO (Beratungsvertrag, Entstehung des Schadenersatzanspruchs) stehen für sich genommen außer Streit. ■

Steuerberaterhaftung

- Verjährung gemäß § 68 StBerG a.F.
- Verjährungsbeginn
- Meldung sozialversicherungspflichtiger Arbeitnehmer (BGH, Urt. v. 29.5.2008 – IX ZR 222/06)

Leitsatz:

Hat der für die Lohnbuchhaltung zuständige Steuerberater einen nicht versicherungspflichtigen Geschäftsführer einer GmbH der Einzugsstelle zu Unrecht als versicherungspflichtigen Arbeitnehmer gemeldet und in der Folgezeit für ihn die monatliche Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen veranlasst, beginnt die Verjährung spätestens mit der Bezahlung des ersten Sozialversicherungsbeitrags. ■

Zum Sachverhalt:

Die Klägerin nimmt die Beklagte, ihre Steuerberaterin, wegen fehlerhafter Abführung von Beiträgen zur Bundesanstalt für Arbeit in Anspruch.

Die Klägerin betreibt ein Reisebüro. Gesellschafter und Geschäftsführer sind S. und F. Die verklagte Steuerberaterin war seit 1991 mit der Klägerin im Dauermandat verbunden. Sie führte auch die Lohnbuchhaltung aus. Daneben war sie ständig in privaten Steuerangelegenheiten für die Gesellschafter und Geschäftsführer tätig.

Aufgrund Gesellschaftsvertrages vom 30.4.1984 hielten S. 49% und F. 51% der Geschäftsanteile. Die Beklagte meldete S. für die Zeit ab 1.5.1984 als sozialversicherungspflichtige Arbeitnehmerin der Klägerin und veranlasste die Abführung der Beiträge zur Arbeitslosenversicherung. Sie erteilte keine Hinweise zur Frage der Sozialversicherungspflicht der Geschäftsführerin.

Nachdem die LVA Brandenburg bei der Klägerin im Zuge einer Betriebsprüfung mit Bescheid vom 16.10.2003 festgestellt hatte, dass die Geschäftsführerin nicht als Arbeitnehmerin im Sinne der Sozialversicherung einzuordnen sei, beantragte die Klägerin am 2.6.2004 die Rückerstattung der gezahlten Beiträge zur Arbeitslosenversicherung bei der Agentur für Arbeit. Mit Bescheid vom 28.2.2005 stellte diese fest, dass seit 1.5.1984 die Beiträge zu Unrecht entrichtet worden seien; wegen der Beiträge bis zum 30.11.1999 in Höhe von 18.441,86 EUR berief sie sich auf Verjährung. Die später abgeführten Beiträge erstattete sie. Der Widerspruch gegen den ablehnenden Bescheid wurde am 23.5.2005 zurückgewiesen.

Die Klägerin meint, die Beklagte habe sie auf die fehlende Versicherungspflicht oder auf eine insoweit erforderliche Rechtsberatung hinweisen müssen und dadurch ihre Pflicht aus dem Steuerberatervertrag schuldhaft verletzt.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Das Berufungsgericht hat sie wegen Verjährung abgewiesen. Mit der zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihren Anspruch in vollem Umfang weiter. Die Revision ist unbegründet. Das Berufungsgericht hat die Klageforderung zutreffend als verjährt angesehen. ■

Aus den Gründen:

I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, die Klageforderung sei nach § 68 StBerG verjährt. Der Schadenersatzanspruch sei im Mai 1984 mit Anmeldung der Geschäftsführerin der Klägerin als sozialversicherungspflichtige Arbeitnehmerin bei der Einzugsstelle für die Sozialversicherungsbeiträge entstanden.

Der entstandene Schaden sei als einheitliches Ganzes aufzufassen, für den eine einheitliche Verjährungsfrist zu laufen begonnen habe, als der erste Schaden entstanden sei. Dies sei mit der Zahlung des ersten Sozialversicherungsbeitrags, welche spätestens am 10.6.1984 für Mai 1984 erfolgt sei, der Fall gewesen.

Damals habe nicht lediglich ein Schadenrisiko bestanden. Deshalb sei nicht auf den Bescheid abzustellen, in dem die LVA die fehlende Sozialversicherungspflicht der Geschäftsführerin festgestellt habe. Diese habe vielmehr von Anfang an nicht bestanden. Durch eine Rückzahlung der zu Unrecht abgeführten Sozialversicherungsbeiträge habe lediglich der bereits eingetretene Schaden wieder beseitigt werden können. Deshalb habe die Ermessensentscheidung der Bundesagentur für Arbeit hinsichtlich der Erhebung der Verjährungseinrede keinen Einfluss auf den Lauf der Verjährung gehabt.

Auf eine sekundäre Pflichtverletzung der Beklagten komme es nicht an. Die Beklagte habe erst nach Eintritt der Primärverjährung Kenntnis von ihrer Pflichtverletzung erlangt, nämlich durch den Bescheid vom 16.10.2003. Zuvor habe sie den Fehler nicht erkennen können und müssen, zumal Betriebsprüfungen in den Jahren 1996 und 1999 keinerlei Beanstandungen ergeben hätten.

II. Diese Ausführungen halten rechtlicher Prüfung stand. Die dagegen erhobenen Rügen der Revision greifen nicht durch.

1. Das Berufungsgericht hat auf die Verjährung die mit Wirkung vom 15.12.2004 aufgehobene Vorschrift des § 68 StBerG angewendet. Dies ist zutreffend, weil die Verjährung vor dem 15.12.2004 eingetreten ist (Art. 229 § 12 Abs. 1 Satz 1 Nr. 13, Satz 2 i.V.m. Art. 229 § 6 Abs. 1, 3 EGBGB).

2. Das Berufungsgericht geht weiter zutreffend davon aus, dass der Schadenersatzanspruch der Klägerin mit der Anmeldung der Tätigkeit der Geschäftsführerin bei der Einzugsstelle als sozialversicherungspflichtige Tätigkeit, spätestens mit Zahlung des ersten Sozialversicherungsbeitrags am 10.6.1984, entstanden ist, und dass damit die Verjährungsfrist des § 68 StBerG zu laufen begonnen hatte. Die von der Revision hiergegen erhobenen Rügen greifen nicht durch.

a) Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats ist geklärt, dass ein Schaden (erst) dann entstanden ist, wenn sich die Vermögenslage des Betroffenen durch die Pflichtwidrigkeit des Beraters gegenüber seinem früheren Vermögensstand objektiv verschlechtert hat. **Dafür genügt, dass der Schaden dem Grunde nach erwachsen ist, mag auch die Höhe noch nicht beziffert werden können. Es muss nicht feststehen, dass eine Vermögenseinbuße bestehen bleibt und damit endgültig wird** (BGHZ 114, 150, 152 f.; 119, 69, 70 ff.; BGH, Urt. v. 12.2.2004 – IX ZR 246/02, WM 2004, 2034, 2037; Beschl. v. 29.3.2007 – IX ZR 102/05, Rdnr. 2, n.v.). Ist dagegen – objektiv betrachtet – noch offen, ob ein pflichtwidriges, mit einem Risiko behaftetes Verhalten zu einem Schaden führt, ist ein Ersatzanspruch noch nicht entstanden, so dass die Verjährungsfrist noch nicht in Lauf gesetzt wird (BGHZ 119, 69, 71; BGH, Urt. v. 12.2.2004, a.a.O.). **Unkenntnis des Schadens** und des Ersatzanspruchs hindern den Verjährungsbeginn nach § 68 StBerG nicht (BGHZ 114, 150, 151; BGH, Urt. v. 12.2.2004, a.a.O.).

b) Bei dem **Anspruch des Sozialversicherungsträgers** gegen den Arbeitgeber auf Zahlung von Sozialversicherungsbeiträgen handelt es sich – wie bei der Erfüllung eines Steuerstatbestandes (§ 38 AO) – um eine **abstrakte gesetzliche Abgabenschuld** (vgl. § 22 Abs. 1 SGB IV). Sie bedarf allerdings für den Regelfall – anders als die Steuererhebung nach den §§ 218, 155 AO – keines Feststellungsbescheides, weil Grund und Höhe der Beitragspflicht von dem Arbeitgeber leicht festgestellt werden können (BGH, Urt. v. 23.9.2004 – IX ZR 148/03, ZIP 2004, 2192). Der Arbeitgeber hat selbstständig die entsprechenden Meldungen an die Einzugsstelle zu erstatten und den Gesamtsozialversicherungsbeitrag an diese abzuführen (vgl. §§ 28a, 28e SGB IV; *zum entsprechenden früheren, mehrfach geänderten Recht vgl. Seewald*

in: Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht, vor § 28a SGB IV Rdnr. 2 ff.; Hauck/Haines/Sehnert, SGB IV, Vorbemerkung zu den §§ 28a bis 28r Rdnr. 1 ff).

c) Regelmäßig beginnt die Verjährung des vertraglichen Ersatzanspruchs gegen den Steuerberater zwar erst mit der **Bekanntgabe eines schadenbegründenden Steuerbescheides**; auf die Unanfechtbarkeit kommt es in diesem Zusammenhang nicht an (BGHZ 119, 69, 73; 129, 386, 389; BGH, Urt. v. 10.1.2008 – IX ZR 53/06, WM 2008, 613, 614 Rdnr. 7; v. 7.2.2008 – IX ZR 198/06, Rdnr. 14).

Diese Rechtsprechung hat der Senat übertragen auf die Fälle, in denen nicht erfüllte **Beitragsansprüche zur Sozialversicherung durch die Einzugsstellen (§ 28b Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 SGB IV) oder die prüfungspflichtigen Rentenversicherungsträger (§ 28p Abs. 1 Satz 5 SGB IV) zur Durchsetzung gegen den Arbeitgeber mit Bescheid festgesetzt werden**. In diesen Fällen bestehen vor Erlass der Bescheide, mit denen noch zu zahlende Beiträge festgesetzt werden, ähnliche Unsicherheiten wie vor der belastenden Konkretisierung eines Steuerschuldverhältnisses durch Steuerbescheid (BGH, Urt. v. 23.9.2004, a.a.O.).

Solche Ungewissheit hinsichtlich des entstandenen Schadens bestand im vorliegenden Fall aber nicht. Der Revision ist zwar zuzugeben, dass auch im Falle bereits abgeführter Sozialversicherungsbeiträge Unsicherheiten bestehen oder eintreten können, ob die zugrunde liegenden Ansprüche berechtigt waren. Dies betrifft aber die Frage, ob der bereits eingetretene Schaden später wieder entfällt. Dies ist, wie bereits ausgeführt, für den Beginn der Verjährung unerheblich (vgl. auch BGHZ 114, 150, 152 f.).

Bei der vergleichbaren Selbstveranlagung zur Umsatzsteuer beginnt die Verjährung des Ersatzanspruchs gegen den mitwirkenden Steuerberater mit der Einreichung der Steueranmeldung beim Finanzamt (BGH, Urt. v. 14.7.2005 – IX ZR 284/01, WM 2005, 2106, 2107). **Für den Fall der Meldung sozialversicherungspflichtiger Arbeitnehmer und der entsprechenden Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen muss Entsprechendes gelten mit der Maßgabe, dass die Verjährung jedenfalls mit der ersten Beitragszahlung beginnt.**

d) Ein **erster Schaden** der Klägerin ist spätestens mit **Zahlung des ersten Beitrags** an den Sozialversicherungsträger entstanden. Darin lag für das Vermögen der Schuldnerin nicht lediglich ein risikobegründender Umstand. Vielmehr war damit bereits eine reale Minderung des Vermögens der Klägerin eingetreten. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts handelt es sich um einen einheitlichen Schaden, weil die Beklagte die Geschäftsführerin für die Klägerin als sozialversicherungspflichtig gemeldet hat und sie sodann fortlaufend als sozialversicherungspflichtig geführt wurde mit der Folge entsprechender monatlicher Beitragszahlung. Dies ist zutreffend und wird von der Revision nicht infrage gestellt.

Da die Verjährungsfrist demgemäß spätestens am 10.6.1984 zu laufen begonnen hat, ist sie am 10.6.1987 abgelaufen. (...)

Versicherungsschutz

- Rechtsanwalt
 - Treuhandvertrag
 - Auszahlung vom Anderkonto
 - Wissentliche Pflichtverletzung
 - Bindungswirkung
- (OLG Düsseldorf, Urt. v. 10.6.2008 – I-4 U 164/07)

Leitsätze:

1. Wird ein Treuhandauftrag nicht außerhalb anwaltlicher Tätigkeit übernommen, sondern in der Funktion als Anwalt, besteht Versicherungsschutz (§ 1 AVB-RA).
2. Durch die Anderkontendeckung in § 20 AVB-RA wird der Versicherungsschutz für die Ausübung beruflicher Tätigkeiten erweitert.
3. Wenn der Haftpflichtprozess dem Versicherungsprozess vorangeht, ist die rechtskräftig ausgeurteilte Haftung bindend. Dies gilt auch dann, wenn der Versicherer im Haftungsprozess nicht mitgewirkt hat.
4. Im Versicherungsprozess ist es nicht möglich, eine andere schadenstiftende Pflichtverletzung zugrunde zu legen, als sie im Haftpflichtprozess festgestellt wurde. ■

Aus den Gründen:

Die zulässige Berufung ist begründet, soweit sie die Klägerin nicht durch die Beschränkung ihres Antrags im Termin zur mündlichen Verhandlung zurückgenommen hat. In diesem Umfang führt sie zur Abänderung der angefochtenen Entscheidung und Verurteilung der Beklagten. Im Übrigen ist das landgerichtliche Urteil durch die Berufungsrücknahme in Rechtskraft erwachsen, so dass es insoweit bei der teilweisen Klageabweisung verbleibt.

I. Die Klägerin hat gegen die Beklagte einen Anspruch auf Deckungsschutz in dem sich aus dem Tenor ergebenden Umfang aus dem zwischen den Parteien bestehenden Vermögensschaden-Haftpflichtversicherungsvertrag.

1. Die Haftung der Klägerin gegenüber den Kunden der C.-Club GmbH P. und K. sind versicherte Schadenfälle im Sinne der dem Versicherungsvertrag der Parteien zugrunde liegenden Allgemeinen Bedingungen für die Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung von Rechtsanwälten und Patentanwälten F 97 der Beklagten (im Folgenden: AVB-RA).

Nach § 1 AVB-RA gewährt die Beklagte Versicherungsschutz für den Fall, dass der Versicherungsnehmer wegen eines bei der Ausübung beruflicher Tätigkeit begangenen Verstoßes von einem anderen aufgrund gesetzlicher Haftpflichtbestimmungen privatrechtlichen Inhalts für einen Vermögensschaden verantwortlich gemacht wird. **Versicherungsfall ist dementsprechend gemäß § 5 I. AVB-RA der Verstoß, der Haftpflichtansprüche gegen den Versicherungsnehmer zur Folge haben kann.** Dabei ist nach der Risikobeschreibung für die

Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung von Rechtsanwälten versichert die gesetzliche Haftpflicht des Versicherungsnehmers **aus der gegenüber seinem Auftraggeber freiberuflich ausgeübten Tätigkeit als Rechtsanwalt.**

a) Die Klägerin ist den ehemaligen Kunden P. und K. der der C.-Club GmbH gemäß § 280 Abs. 1 BGB aufgrund der Verletzung von sich aus einem mit diesen bestehenden **Treuhandverhältnis** ergebenden Pflichten zum Schadenersatz verpflichtet. Dies steht aufgrund der Urteile des Oberlandesgerichts Hamm vom 16.2.2006 (28 U 174/05) und des Landgerichts Detmold vom 24.7.2006 (1 O 165/06) fest. Nach beiden Entscheidungen **haftet** die Klägerin den Kunden P. und K. **wegen der Verletzung konkludent zwischen ihr und diesen abgeschlossener Treuhandverträge durch weisungswidrige Auszahlung der auf ihr Anderkonto gezahlten Gelder an die C.-Club GmbH.** An die diesbezüglichen Feststellungen in diesen Urteilen ist der Senat gebunden.

In der Haftpflichtversicherung gilt grundsätzlich das Trennungsprinzip: Im Haftpflichtprozess des Versicherungsnehmers mit dem geschädigten Dritten ist zu klären, ob der Versicherungsnehmer zu haften hat; im Deckungsprozess ist zu klären, ob der Versicherer dem Versicherungsnehmer Deckungsschutz zu gewähren hat. **Wenn der Haftpflichtprozess dem Deckungsprozess vorangeht, dann ist die dort rechtskräftig ausgeurteilte Haftung für den Deckungsprozess bindend. Diese Bindungswirkung tritt auch dann ein, wenn der Versicherer – wie hier – im Haftungsprozess nicht mitgewirkt hat** (vgl. Senat, VersR 2002, 748).

b) Die Übernahme und Erfüllung der sich aus den Treuhandverhältnissen ergebenden Pflichten erfolgte durch die Klägerin gerade auch in Ausübung ihrer beruflichen Tätigkeit als Rechtsanwältin. § 1 AVB-RA und die Risikobeschreibung für die Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung für Rechtsanwälte dienen dem Zweck, die Haftung des Versicherers auf die Tätigkeit des Versicherungsnehmers als Rechtsanwalt zu beschränken. Nur der Verstoß gegen solche Pflichten, welche den Versicherungsnehmer gerade in seiner Eigenschaft als Rechtsanwalt treffen, sollen einen Deckungsanspruch gegen den Versicherer auslösen. Anderweitige Tätigkeiten des Versicherungsnehmers sind von dem Versicherungsschutz demgegenüber ausgenommen.

Das Bestehen eines Treuhandverhältnisses gegenüber den Kunden P. und K. der C.-Club GmbH leiten das Oberlandesgericht Hamm und das Landgericht Detmold in ihren Entscheidungen gerade auch aus der Stellung der Klägerin als Rechtsanwältin her. **Weil die Klägerin als Rechtsanwältin ausgewiesen gewesen sei, habe die Zahlung auf das eingerichtete Anderkonto aus Sicht der Kunden einer besonderen Versicherung gedient** (vgl. Urt. d. OLG Hamm v. 16.2.2006, S. 6, Bl. 117 R der Beilagen 28 U 174/05). Die Kunden hätten besonderes Vertrauen in die Stellung der Klägerin als Rechtsanwältin gesetzt, wodurch bei ihnen die Vorstellung entstanden sei, bei der Einschaltung der Klägerin handele es sich um ein besonderes Sicherungsinstrument (Urt. d. OLG Hamm v. 16.2.2006, Bl. 118 R. der Beilagen 28 U 174/05; Urt. d. LG Detmold v. 24.7.2006, Bl. 63 f der Beilagen 1 O 165/06).

Damit hat die Klägerin aber die in den Haftpflichtprozessen aus diesem Umstand abgeleiteten **Treuhandverhältnisse nicht im Rahmen einer neben ihrer Tätigkeit als Rechtsanwältin ausgeübten Beschäftigung übernommen, sondern gerade in ihrer Funktion als Rechtsanwältin**. Hieraus resultierte das nach den Entscheidungen in den Haftpflichtprozessen für die Annahme von Treuhandverhältnissen ausschlaggebende Vertrauen der Kunden in eine besondere Sicherung des Zahlungsvorgangs. Dann aber bestand auch **ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen der Tätigkeit der Klägerin als Rechtsanwältin und den Treuhandverhältnissen**, dann hat sie diese gerade in Ausübung dieser Tätigkeit übernommen.

Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die Haftpflichtentscheidungen unterstellen, der Eindruck einer besonderen Kundensicherung sei durch die C.-Club GmbH geschaffen worden. Denn die Vorstellung einer besonderen Sicherung durch die Einschaltung der als Rechtsanwältin ausgewiesenen Klägerin rechnen das Oberlandesgericht Hamm und das Landgericht Detmold der Klägerin gerade zu und gelangen (nur) so zu der ausgeurteilten **rechtsgeschäftlichen Haftung** auch der Klägerin. Dass auch andere Berufsgruppen bei Dritten ein ähnlich erhöhtes Vertrauen hervorrufen können, wie dies bei Rechtsanwälten der Fall ist, rechtfertigt keine abweichende Beurteilung. Denn dies ändert nichts an dem Umstand, dass es vorliegend gerade die Berufsstellung der Klägerin als Rechtsanwältin war, die das nach den Haftpflichturteilen zur Begründung der Treuhandverhältnisse führende Vertrauen der Kunden schuf.

c) Dem Deckungsanspruch der Klägerin steht auch nicht **§ 20 AVB-RA** entgegen. Hiernach wird Versicherungsschutz auch für den Fall gewährt, dass der Versicherungsnehmer wegen einer fahrlässigen Verfügung über Beträge, die in unmittelbarem Zusammenhang mit einer Rechtsanwaltschaft auf ein **Anderkonto** eingezahlt sind, von dem Berechtigten in Anspruch genommen wird.

Diese Vorschrift schränkt den ohnehin bestehenden Versicherungsschutz nicht ein, sie erweitert ihn vielmehr aus. Stellt sich die Verfügung über auf ein Anderkonto eingezahlte Beträge schon nach den übrigen Umständen als anwaltliche Tätigkeit dar, so besteht ohnehin Deckungsschutz nach § 1 AVB-RA. Dies betrifft etwa den Fall, dass im Rahmen einer Rechtsberatungsangelegenheit Gelder auf ein Anderkonto eingezahlt werden und der Rechtsanwalt bei der Verfügung gegenüber seinem Mandanten, dem er auch zur Rechtsberatung verpflichtet ist, gegen bestehende Pflichten verstößt. In diesem Fall ergibt sich der Deckungsanspruch des Rechtsanwalts schon aus § 1 AVB-RA.

Indem § 20 AVB-RA Deckungsschutz auch für den dort geregelten Fall gewährt, will er den Versicherungsschutz gegenüber den allgemeinen Regeln erweitern. Hiernach besteht ein Versicherungsanspruch des Rechtsanwalts damit auch dann, wenn er durch die Verfügung gegen Pflichten verstößt, welche nicht aufgrund seines Anwaltsvertrages zu seinem Mandanten bestehen, sondern sich gegenüber Dritten ergeben, welche die Einzahlung mit einer bestimmten Treuhandanweisung vorgenommen haben. Nur bei

diesem Verständnis macht die Regelung des § 20 AVB-RA einen Sinn und weitet den Versicherungsschutz über den sich aus den übrigen Regelungen bereits ergebenden Umfang hinaus aus.

2. Die Beklagte ist auch nicht gemäß **§ 4 Nr. 5 AVB-RA** von ihrer Leistungspflicht befreit. Die Klägerin hat nicht **wissentlich** gegen ihre sich aus den Treuhandverhältnissen zu P. und K. ergebenden Pflichten verstoßen. **Wissentlich in diesem Sinne handelt nur derjenige, der die verletzten Pflichten positiv kennt.** Bedingter Vorsatz, bei dem er die in Rede stehende Verpflichtung nur für möglich hält, reicht dafür ebenso wenig aus, wie eine fahrlässige Unkenntnis. Es muss vielmehr **feststehen, dass der Versicherte die Pflichten zutreffend gesehen hat** (vgl. BGH, VersR 2006, 106). Maßgeblich ist in diesem Zusammenhang auf die Pflichten abzustellen, deren Verletzung in dem vorangegangenen Haftpflichtprozess für den nachfolgenden Deckungsprozess verbindlich festgestellt wurde. **Es ist im Deckungsverfahren nicht mehr möglich, eine andere schadenstiftende Pflichtverletzung zugrunde zu legen, als dies im Haftpflichtprozess geschehen ist** (vgl. BGH, VersR 2004, 590).

Ein wissentlicher Pflichtenverstoß der Klägerin läge damit nur dann vor, wenn sie wusste, dass sie die von den Kunden P. und K. auf das von ihr eingerichtete Konto eingezahlten Beträge wegen mit diesen Kunden abgeschlossener Treuhandverträge nur dann an die C.-Club GmbH weiterleiten durfte, wenn eine Auslieferung der von den Kunden bestellten Fahrzeuge sichergestellt ist. Diese Verpflichtung konnte der Klägerin nur **dann bekannt sein, wenn sie um das Bestehen eines solchen Treuhandverhältnisses wusste**. Dies kann indessen nicht festgestellt werden. Die Klägerin bestreitet eine solche Kenntnis. Vielmehr sei sie davon ausgegangen, Pflichten gegenüber den Kunden der C.-Club GmbH nur dann zu übernehmen, wenn mit diesen eine gesonderte, schriftliche Treuhandvereinbarung getroffen worden sei. **Die für die Wissentlichkeit des Pflichtenverstoßes darlegungs- und beweispflichtige Beklagte hat keinen Beweis dafür angetreten, dass der Klägerin bei Weiterleitung der Geldbeträge der Kunden P. und K. an die C.-Club GmbH bewusst gewesen wäre, auch gegenüber den Kunden aufgrund eines bestehenden Treuhandverhältnisses zur Wahrung ihrer Vermögensinteressen verpflichtet gewesen zu sein.** Insbesondere ist weder dargetan noch unter Beweis gestellt, dass die Klägerin auch mit diesen Kunden eine entsprechende schriftliche Treuhandvereinbarung getroffen hätte.

Ein solches Bewusstsein der Klägerin könnte sich damit allein aus solchen objektiven Umständen des Falles ergeben, welche einen Rückschluss auf eine entsprechende Kenntnis der Klägerin zuließen. Zwar stellen sowohl das Landgericht Detmold in seinem Urteil vom 24.7.2006 als auch das Oberlandesgericht Hamm in seiner Entscheidung vom 16.2.2006 das Bestehen eines Treuhandverhältnisses auch zu den Kunden P. und K. fest. Zu dieser Feststellung sind die Gerichte in den Haftpflichtprozessen aber allein aufgrund einer Gesamtbewertung der Umstände nach den Geboten von Treu und Glauben gelangt. Noch mit seinem Urteil vom 30.9.2005 in dem Rechtsstreit 1 O 302/05 (Bl. 53 ff dieser

Beiakte) hatte das Landgericht Detmold bei gleicher Sachlage das Bestehen unmittelbarer vertraglicher Beziehungen zwischen der Klägerin und dem Kunden P. verneint. Schon dies spricht dagegen, dass die Klägerin positiv um das Bestehen eines solchen Treuhandverhältnisses wusste. Dass die Klägerin nach den Feststellungen in der diesem Urteil nachfolgenden Entscheidung hätte erkennen können und müssen, dass sie auch gegenüber dem Kunden Pflichten übernommen hatte, begründet allenfalls den Vorwurf eines fahrlässigen, eventuell auch grob fahrlässigen, nicht aber eines wissentlichen Pflichtenverstoßes.

Etwas anderes ergäbe sich auch nicht daraus, dass die Klägerin, wie die Beklagte unter Bezugnahme auf die Ermittlungsakten der Staatsanwaltschaft Detmold (31 Js 135/05) geltend macht, die eingezahlten Beträge aller Kunden auf dem eingerichteten Konto verwaltet habe, ohne zwischen Einzahlungen von Kunden mit und ohne gesonderten Treuhandvertrag zu unterscheiden, und darüber hinaus erhebliche Beträge von dem Konto für sich selbst entnommen habe. Aus der Vermengung der Kundengelder auf dem Konto könnte sich allenfalls ein bewusster Verstoß gegen die der Klägerin gegenüber den Kunden mit schriftlicher Treuhandvereinbarung obliegenden Pflichten ergeben.

Dass die Klägerin von bestehenden Treuhandverhältnissen auch bezüglich der übrigen Kunden ausgegangen wäre, folgt hieraus aber nicht. Bei der Entnahme von Beträgen für eigene Zwecke handelt es sich nicht um das der Klägerin in den Haftpflichturteilen angelastete pflichtwidrige Verhalten. Die Einzahlungen der Kunden P. und K. hat sie nach diesen Feststellungen nicht für sich selbst entnommen, sondern an die C.-Club GmbH weitergeleitet.

Ob sich aus der Vereinnahmung von Einzahlungen anderer Kunden für sich selbst der Schluss ergibt, dass die Klägerin an einer betrügerischen auf die Schädigung der Kunden angelegten Vorgehensweise mitgewirkt hat, bedarf keiner Entscheidung. Denn ein solches Verhalten wird der Klägerin in den allein maßgeblichen Haftpflichtentscheidungen nicht als schadenursächlicher Pflichtenverstoß angelastet. Für eine über das hiernach eventuell bestehende Bewusstsein der Klägerin, strafbare Handlungen zu begehen, hinausgehende Kenntnis der Klägerin von rechtsgeschäftlichen Verpflichtungen gegenüber den Kunden aufgrund eines konkludent zustande gekommenen Treuhandverhältnisses ergibt sich hieraus nichts.

Auch die von der Beklagten wiederum unter Bezugnahme auf die Ermittlungsakten der Staatsanwaltschaft Detmold behauptete Vereinbarung der Klägerin mit dem Geschäftsführer der C.-Club GmbH, wonach das Guthaben auf dem Konto stehen bleiben und für Sicherungszwecke bei möglichen Regressansprüchen dienen solle und von der Klägerin für berechnete Rückforderungsansprüche der Kunden verwendet werden dürfe, deutet nicht auf eine wissentliche Pflichtverletzung der Klägerin gegenüber den Kunden P. und K. Denn hierbei handelt es sich allein um eine Vereinbarung zwischen der Klägerin und der C.-Club GmbH. Anhaltspunkte für das Bewusstsein eines Treuhandverhältnisses auch

zu den Kunden der C.-Club GmbH, mit denen die Klägerin eine schriftliche Treuhandvereinbarung nicht getroffen hatte, ergeben sich hieraus nicht. Darauf, ob die Klägerin möglicherweise vorsätzlich an Straftaten mitgewirkt hat, kommt es nicht an. Sie haftet wegen der Treuhandverstöße.

Nach alledem ist nicht ersichtlich, dass die Klägerin von dem Bestehen eines Treuhandverhältnisses auch zu den Kunden P. und K. wusste, als sie die von diesen eingezahlten Beträge an die C.-Club GmbH weiterleitete.

3. Der Deckungsanspruch der Klägerin ist indessen durch die in § 3 Nr. 3 AVB-RA vereinbarten Selbstbehalte begrenzt.

Hiernach ersetzt der Versicherer von der aufgrund eines Urteils durch den Versicherungsnehmer zu zahlenden Summe von den ersten 5.112 EUR 80 %, von dem Mehrbetrag bis 20.451 EUR 90 %. Auf die entsprechenden Beträge hat die Klägerin ihre Berufung in der mündlichen Verhandlung beschränkt.

Der Deckungsanspruch der Klägerin beläuft sich damit auf:

Hauptforderung gemäß Urteil vom 16.2.2006:	7.668,97 EUR
80 % von 5.112,00 EUR:	4.089,60 EUR
90 % von 2.556,97 EUR:	2.301,27 EUR
Gesamt:	6.390,87 EUR
Forderung gemäß KFB v. 18.04.2006:	4.754,52 EUR
90 %:	4.279,07 EUR
Forderung der OJK Hamm:	209,50 EUR
90 %:	188,55 EUR
Hauptforderung gemäß Urteil vom 24.7.2006:	8.590,00 EUR
80 % von 5.112,00 EUR:	4.089,60 EUR
90 % von 3.478,00 EUR:	3.130,20 EUR
Gesamt:	7.219,80 EUR
Forderung gemäß KFB v. 8.8.2006:	1.873,30 EUR
90 %:	1.685,97 EUR

II. Es besteht kein Anlass, die Ermittlungsakten der Staatsanwaltschaft Detmold (31 Js 135/05) beizuziehen und zum Gegenstand einer weiteren mündlichen Verhandlung zu machen. Wie bereits erläutert, vermögen die durch die Beklagte vorgetragenen Inhalte dieser Ermittlungsakten eine abweichende Beurteilung nicht zu rechtfertigen. Welche weitergehenden Erkenntnisse sich aus diesen Akten ergeben sollen, hat die Beklagte nicht dargetan. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der angefochtenen Entscheidung. In dieser hat das Landgericht auf die Akten 31 Js 135/05 der Staatsanwaltschaft Detmold nicht Bezug genommen und keine sich aus diesen Akten ergebenden Erkenntnisse verwertet.

III. Gründe, welche eine Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung nach § 156 Abs. 1, Abs. 2 ZPO rechtfertigen könnten, liegen ebenfalls nicht vor. Der der Beklagten erst nach dem Termin zur mündlichen Verhandlung zugegangene Schriftsatz der Klägerin vom 23.4.2008 enthält keinen neuen entscheidungserheblichen Tatsachenvortrag. Einer Stellungnahme der Beklagten hierzu bedurfte es daher nicht mehr. Dies gilt auch für den nach mündlicher Verhandlung eingegangenen Schriftsatz der Klägerin vom 5.6.2008. (...)

Anwaltshaftung

- Rechtsschutzversicherung des Mandanten
- Nicht gedeckte Honoraransprüche
- Kostenschaden des Mandanten
(*OLG Düsseldorf, Beschl. v. 8.5.2008 – I-24 U 211/07*)

Leitsätze:

1. Ist der Mandant Versicherungsnehmer einer Rechtsschutzversicherung und ist dies dem Rechtsanwalt bekannt, darf der Mandant erwarten, ungefragt über nicht gedeckte Honoraransprüche aufgeklärt zu werden.
2. Zur Verursachung von Kostenschäden des Mandanten durch verfrühte oder überflüssige Klageerhebungen im Arbeitsgerichtsprozess (hier bejaht für Urlaubsabgeltungsansprüche und unterlassene Verbindung von Kündigungsschutzklagen). ■

Aus den Gründen:

Die Berufung des Klägers hat keine Aussicht auf Erfolg. Das landgerichtliche Urteil ist richtig und aus der Berufungsbegründung ergeben sich keine Gründe für die beantragte Abänderung.

I. Dem Kläger steht kein über das vom Landgericht ausgerichtete Honorar hinausgehender Anspruch zu. Denn der Beklagte kann sich mit Erfolg auf Schadenersatzansprüche gemäß § 280 Abs. 1 BGB aus dem zwischen den Parteien geschlossenen anwaltlichen Geschäftsbesorgungsvertrag (§§ 611, 675 BGB) berufen, die gegenüber den Honorarforderungen einen Freistellungsanspruch begründen.

Der Kläger hat es zum einen versäumt, den Beklagten rechtzeitig über die mit seiner Tätigkeit verbundenen und von der Nebenintervenientin (im Folgenden: Rechtsschutzversicherung) nicht übernommenen Kosten aufzuklären. Zum anderen hat er unnötige Kosten durch seine außergerichtliche Tätigkeit und die Erhebung zweier Kündigungsschutzklagen, die in einem Verfahren hätten verbunden werden können, verursacht.

1. Honoraransprüche aus der Rechnung Nr. 08080 vom 10.5.2005 über den noch streitgegenständlichen Betrag von 1.432,60 EUR stehen dem Kläger nicht zu.

a) Der Kläger hat mit der Geltendmachung der Urlaubsabgeltungsansprüche pflichtwidrig gehandelt und dadurch beim Beklagten einen Kostenschaden verursacht, von welchem dieser freizustellen ist.

aa) Das pflichtwidrige Handeln des Klägers folgt aus mehreren Gesichtspunkten.

(1) Der Kläger hat es zum einen unterlassen, den Beklagten über die Gebührenpflichtigkeit seiner Tätigkeit aufzuklären. Der Senat verkennt bei dieser Beurteilung nicht, dass ein

Rechtsanwalt grundsätzlich nicht verpflichtet ist, den rechtssuchenden Mandanten über das Entstehen von gesetzlichen Gebühren und deren Höhe aufzuklären. Das System der gesetzlichen Gebühren beruht gerade auf dem Gedanken, das Beratungsgespräch eingangs nicht gleich mit Fragen der Honorierung zu belasten (*Senat, NJW 2000, 1650 f.*). Unabhängig von einer berufsrechtlichen, in § 49b Abs. 5 RVG normierten Hinweispflicht (*vgl. hierzu BGH, NJW 2008, 371, 372*), gelten für die Aufklärungspflicht **Besonderheiten bei erkennbar aufklärungsbedürftigen Mandanten.**

Derartige Besonderheiten bestanden auch hier, da der Kläger rechtsschutzversichert ist. Denn der Nehmer einer Rechtsschutzversicherung hat regelmäßig ein Interesse an Kostenfragen, nämlich insoweit, ob er Gebührenansprüche des Rechtsanwalts aus eigenem Vermögen zu begleichen hat oder ob sie aus dem Deckungsschutzanspruch gegenüber der Rechtsschutzversicherung befriedigt werden können (*vgl. Senat, NJW 2000, 1650*). **Deshalb darf ein Rechtsanwalt vor der Kostenzusage des Rechtsschutzversicherers nur dann Klage erheben, wenn der Mandant ihn damit ausdrücklich in der Kenntnis beauftragt hat, dass er damit Gefahr läuft, die Kosten des Rechtsstreits selber tragen zu müssen** (*OLG Düsseldorf, VersR 1976, 892; OLG Celle, Urt. v. 19.3.2008 – 3 U 242/07, veröffentlicht in juris.de; Siegfried Fischer/Siegfried Schlee, Handbuch der Anwaltshaftung 2. Aufl., RdNr. 652*).

Das besondere Interesse des Beklagten an derartiger Aufklärung lag auch im hier zu entscheidenden Fall auf der Hand. Dem Kläger war das Bestehen einer Rechtsschutzversicherung unstreitig bekannt. Denn der Beklagte hatte ihm bereits beim ersten Beratungsgespräch mitgeteilt, dass er bereits eine **mündliche Deckungszusage** für den Kündigungsschutzprozess erhalten habe und ihm die zu diesem Vorgang gehörende Schadennummer mitgeteilt. Da erstmals der Kläger die Thematik der weiteren Ansprüche des Beklagten gegenüber seinem Arbeitgeber ansprach, war zugleich eindeutig, dass **insoweit noch keine Deckungszusage von Seiten der Rechtsschutzversicherung** vorliegen konnte. Unstreitig hat der Kläger jedoch die Kostenübernahme durch die Rechtsschutzversicherung nicht thematisiert und den Beklagten nicht über die ihn möglicherweise treffende Kostenlast aufgeklärt.

Soweit der Kläger behauptet, er habe zu einem späteren Zeitpunkt den Beklagten darüber in Kenntnis gesetzt, dass dieser bei unterlassener Deckung durch die Rechtsschutzversicherung seine Honoraransprüche zu befriedigen habe, ändert dies an der zuvor begangenen Pflichtverletzung nichts. Denn die pflichtwidrige Handlung (unterlassene Aufklärung vor Klageerhebung) war zu diesem Zeitpunkt bereits abgeschlossen und hatte zu dem Kostenschaden des Beklagten geführt. Dieser war nämlich mit den durch die Klageerhebung entstandenen Kosten belastet.

(2) Darüber hinaus war der **Anspruch auf Urlaubsabgeltung** in der Klageschrift vom 3.9.2004 an das Arbeitsgericht vom Kläger **nicht schlüssig dargelegt worden**. Eine erfolgreiche Geltendmachung schied deshalb aus. Denn mit der Klage

wurden Zahlungsansprüche verfolgt, die eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses voraussetzen (§ 7 Abs. 4 Bundesurlaubsgesetz), während der Kläger mit der Kündigungsschutzklage die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses festgestellt wissen wollte. Hierauf hat auch die Rechtsschutzversicherung hingewiesen und deshalb den Deckungsschutz verweigert.

Der Kläger hat den **Zahlungsantrag auch nicht als Hilfsantrag für den Fall der Abweisung der Kündigungsschutzklage** formuliert. Dies wäre aber erforderlich gewesen, da ein Anspruch auf Urlaubsabgeltung kraft Gesetzes erst mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses entsteht, sofern ein bis dahin entstehender Urlaubsanspruch nicht oder noch nicht voll erfüllt ist. In einem fortbestehenden Arbeitsverhältnis ist eine Abgeltung des gesetzlichen Mindesturlaubs nicht zulässig, dies gilt auch für Teilurlaubsansprüche (vgl. Küttner, *Personalbuch* 2007, „Urlaubsabgeltung“ Ziff. 422 Rdnr. 3).

(3) Zu der genannten Problematik kommt hinzu, dass der Anspruch jedenfalls nicht zu diesem Zeitpunkt hätte geltend gemacht werden müssen. Ein zeitnahe Verfall der Ansprüche drohte im September 2004 nicht, da das Arbeitsverhältnis gemäß dem Inhalt der vom Arbeitgeber des Beklagten ausgesprochenen Kündigung erst zum 28.2.2005 beendet werden sollte. Erst dann hätte allenfalls der Lauf einer Ausschlussfrist begonnen.

Ein Zuwarten wäre indes auch unter dem Gesichtspunkt der Prozessökonomie sinnvoll gewesen. In Fällen wie diesen (Kündigung, Insolvenz des Arbeitgebers, Kündigungsschutzprozess) werden vor den Arbeitsgerichten häufig Abfindungsvergleiche geschlossen. Im Rahmen dieser Vergleiche werden regelmäßig sämtliche noch bestehenden Ansprüche aus einem Arbeitsverhältnis mit einbezogen. **Ein kostenbewusst handelnder Anwalt hätte diese Möglichkeit in Betracht gezogen, solange Fristversäumnisse nicht drohten.**

Die Kosten eines Verfahrens werden nicht nur dadurch beeinflusst, welche rechtlichen Schritte ergriffen werden, sondern auch davon, wann sie ergriffen werden. Wenn eine vorzunehmende Abwägung ergibt, dass gute Aussichten bestehen, eine akzeptable Lösung unter Verursachung geringerer Kosten zu erreichen, dann ist es dem Rechtsanwalt zuzumuten, einen Teil der Ansprüche nicht bereits im Wege der Antragstellung in den Rechtsstreit mit einzubeziehen, sondern mit der Geltendmachung der Ansprüche zuzuwarten (vgl. OLG Köln, *VersR* 2004, 638 zu einem Anspruch auf Nachteilsausgleich), bis dem Mandanten Rechtsnachteile drohen könnten. Darüber hat er den Mandanten zu belehren und die erforderlichen Weisungen einzuholen.

bb) Die unterlassene Beratung des Klägers ist auch **kausal** für den eingetretenen Schaden geworden. Denn es gilt die Vermutung, dass der Beklagte als Mandant Beratungsgemäß gehandelt hätte, wenn nach der Lebenserfahrung bei vertragsgemäßer Beratung nur ein bestimmtes Verhalten nahegelegen hätte (vgl. nur BGH, *NJW* 1993, 3259; Fischer in: *Zugehör/Fischer/Sieg/Schlee, a.a.O., Rdnr. 1096 „Kausalität“*). Wäre der Beklagte darüber in Kenntnis gesetzt worden, dass

die geltend gemachten Ansprüche auf Urlaubsabgeltung zum Zeitpunkt der Klageerhebung mangels Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht mit Erfolg geltend gemacht werden konnten, die Möglichkeit eines Abfindungsvergleichs unter Einbeziehung dieser Ansprüche bestand und er die Kosten der somit nicht zu erteilenden Deckung durch die Rechtsschutzversicherung auch selbst tragen muss, hätte er den Auftrag zur Klageerhebung nicht erteilt.

cc) Der **Schaden** des Beklagten liegt im **Entstehen der auf die Urlaubsabgeltung bezogenen Honoraransprüche** des Klägers, die dieser in der Rechnung vom 10.5.2005 abgerechnet hat. Hiervon ist der Beklagte freizustellen.

Zugunsten des Klägers kann keine Berücksichtigung finden, dass der Beklagte im Vergleichswege eine Abfindung in Höhe von 4.400 EUR als Nachmasseschuld erhalten hat, die möglicherweise auch seinen Anspruch auf Urlaubsabgeltung mit umfasste. Denn aus den vorgenannten Gründen war es weder tunlich noch erforderlich, den Anspruch mit der Kündigungsschutzklage zu verbinden. Pflichtwidrige Maßnahmen braucht der Beklagte nicht abzugelten.

b) Des Weiteren hat der Kläger durch die unterlassene Verbindung der beiden Kündigungsschutzklagen (Kündigung vom 27.8.2004 durch den Arbeitgeber des Beklagten und vom 2.9.2004 durch den Insolvenzverwalter) unnötige Kosten verursacht und somit ebenfalls pflichtwidrig gehandelt. Das Landgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass die zweite Kündigung im Wege der Klageerweiterung in das erste Kündigungsschutzverfahren hätte eingeführt werden müssen. Dies hätte zu geringeren Kosten geführt, die das Landgericht zutreffend errechnet hat.

Die **Verbindung beider Kündigungsschutzklagen** wäre unschwer möglich gewesen. Der Insolvenzverwalter war nämlich hinsichtlich beider Klagen prozessführungsbefugt, weshalb das Argument des Klägers, eine Verbindung sei aufgrund der unterschiedlichen Parteien nicht in Betracht gekommen, nicht zutrifft. Das Amtsgericht Mönchengladbach hatte mit Beschluss vom 1.9.2004 (19 IN 105/04; veröffentlicht u.a. im Internet in *Insolvenzbekanntmachungen.de*) das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Arbeitgebers des Beklagten eröffnet. Infolgedessen war der Arbeitgeber bereits bei Einreichung der gegen die Kündigung vom 27.8.2004 gerichteten Kündigungsschutzklage vom 3.9.2004 nicht mehr prozessführungsbefugt, denn das Feststellungsbegehren des Beklagten betraf die Insolvenzmasse (vgl. BAG, *NZA* 2007, 765 f; *NZA* 2004, 1392).

Eine Unterbrechung des gegen den Arbeitgeber gerichteten Verfahrens nach § 46 Abs. 2 ArbGG i.V.m. § 240 ZPO ist ebenfalls nicht eingetreten, weshalb auch dieser Gesichtspunkt einer Verbindung nicht entgegenstand. Denn das hätte zur Voraussetzung gehabt, dass die Klage bereits vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens erhoben worden wäre (vgl. OLG Zweibrücken, *Urt. v. 10.1.2008 – 4 U 6/07, veröffentlicht in juris.de*; Zöller/Greger, *ZPO* 26. Aufl., § 240 Rdnr. 4). Dies war jedoch nicht der Fall, da das Insolvenzverfahren am 1.9.2004 eröffnet wurde, während die auf den

3.9.2004 datierte Klage erst danach beim Arbeitsgericht einging. Mit der Verfahrenseröffnung ging gemäß § 80 Abs. 1 InsO die Befugnis des Arbeitgebers, sein zur Insolvenzmasse gehörendes Vermögen zu verwalten, auf den Insolvenzverwalter über. Mit dem Verwaltungs- und Verfügungsrecht erhielt der Insolvenzverwalter die Befugnis, die Insolvenzmasse betreffende Prozesse zu führen, und hatte somit kraft gesetzlicher Prozessstandschaft die uneingeschränkte Prozessführungsbefugnis (vgl. hierzu Zöller/Vollkommer, a.a.O., vor § 50 Rdnr. 21).

Die **zweite Kündigungsschutzklage, diesmal gerichtet gegen die vom Insolvenzverwalter** unter dem 2.9.2004 **ausgesprochene Kündigung, hätte mithin im Wege der Klageerweiterung mit der ersten Kündigungsschutzklage verbunden werden können.**

Die damit verbundene Klageänderung gemäß § 263 ZPO wäre auch sachdienlich und somit, unabhängig von der Zustimmung des Insolvenzverwalters, zulässig gewesen. Auch wenn die Kündigungen auf unterschiedliche Rechtsnormen gestützt worden sind, so ist gleichwohl der Lebenssachverhalt im Wesentlichen identisch, weshalb auch deshalb eine Verbindung der Verfahren sinnvoll war.

Soweit der Kläger dagegen einwendet, Arbeitsrichter würden wegen der besseren Übersichtlichkeit getrennte Kündigungsschutzklagen bevorzugen, kommt es hierauf – sofern es überhaupt zutrifft – nicht an. Denn maßgebend musste für den Kläger die Wahrung der Interessen seines Mandanten sein, zumal dessen Rechtsschutzziel bei der Verbindung beider Klagen kostengünstiger in gleichem Maße zu erreichen gewesen war.

Hinsichtlich der Abrechnung bei Verbindung beider Verfahren darf auf die Ausführungen des landgerichtlichen Urteils verwiesen werden, welches einen Anspruch des Klägers in Höhe von 2.012,60 EUR errechnete, der durch Zahlungen des Beklagten in dieser Höhe erfüllt worden war.

2. Der Kläger kann mit Erfolg auch keine Ansprüche aus der Rechnung Nr. 08103 vom 1.9.2005 über 1.832,80 EUR geltend machen.

Die von ihm in dieser Rechnung abgerechnete Tätigkeit (Angebot der Arbeitskraft des Beklagten an den Insolvenzverwalter nach der zweiten Kündigung sowie Geltendmachung der rückständigen Löhne) war, auch im Hinblick auf das seinerzeit noch anhängige Revisionsverfahren vor dem Bundesarbeitsgericht (Nichtzulassungsbeschwerde – 6 AZN 845/05), ebenfalls pflichtwidrig.

Wäre der Beklagte pflichtgemäß darüber in Kenntnis gesetzt worden, dass diese Tätigkeit wegen des noch nicht abgeschlossenen Rechtsstreits jedenfalls verfrüht und ein Rechtsstreit über diese Ansprüche ohnehin aller Voraussicht nach unausweichlich ist, hätte er einen dahingehenden Auftrag nicht erteilt. Er ist deshalb **von diesem Honoraranspruch freizustellen.** (...) ■

Rückzahlung von Honorarvorschüssen

- Anspruch des Rechtsschutzversicherers
 - Mittelgebühr
 - Ermessenserwägungen des Anwalts
 - Aufrechnung mit verjährter Honorarforderung
 - Abrechnung des Honorars
- (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11.2.2008 – I-24 U 104/07)

Leitsätze:

1. Hat ein Rechtsschutzversicherer die Kostenschuld des versicherten Mandanten übersteigende Vorschüsse an Gericht oder Anwalt geleistet, gehen die Ansprüche des Mandanten gegen den Rechtsanwalt auf Auszahlung überzahlter Beträge auf den Rechtsschutzversicherer über.

2. Wie dem Mandanten selbst hat der Rechtsanwalt dem Rechtsschutzversicherer die bestimmungsgemäße Verwendung eingenommener Fremdgelder darzulegen, wenn er den Mandanten nicht entsprechend informiert.

3. Zur Bestimmung der „Mittelgebühr“ und zur Darlegung und Beweislast des Rechtsanwalts hinsichtlich seiner Ermessenserwägungen.

4. Zur Aufrechnung mit einer verjährten Gebührenforderung ist die Abrechnung innerhalb der Verjährungsfrist erforderlich. ■

Aus den Gründen:

Die Berufung des Beklagten hat keine Aussicht auf Erfolg. Das landgerichtliche Urteil ist richtig, der Senat folgt der ausführlichen Begründung in wesentlichen Teilen. Aus der Berufungsbegründung ergeben sich letztlich keine Gründe für die beantragte Abänderung.

I. Der Beklagte hat von den vereinnahmten Beträgen den vom Landgericht ermittelten Überschuss an die Klägerin auszukehren. Denn ihm steht Anwaltshonorar aus seiner anwaltlichen Tätigkeit für den mitversicherten Ehemann der Versicherungsnehmerin (im Folgenden: Mandant) der Klägerin lediglich in Höhe der vom Landgericht ermittelten Höhe zu.

Dieser Anspruch errechnet sich wie folgt:

1) 7,5/10 Besprechungsgebühr, § 118 Abs. 1 Nr. 2 BRAGO, außergerichtliche Tätigkeit ./ E. W.;	
Gegenstandswert: bis 1,8 Mio. DM	3.307,44 EUR
2) 9/10 Geschäftsgebühr, § 118 Abs. 1 Nr. 1 BRAGO	4.659,15 EUR
9/10 Besprechungsgebühr, § 118 Abs. 1 Nr. 2 BRAGO, jeweils außergerichtliche Tätigkeit ./ E. bzw. E. & Partner	4.659,15 EUR
3) Rechtsstreit ./ E. W., 14e O 98/01 LG Düsseldorf	9.229,02 EUR

4) Rechtsstreit ./ W. (Berufungsverfahren)	18.416,48 EUR
Zwischensumme	40.271,24 EUR
16 % Umsatzsteuer	6.443,40 EUR
Honoraranspruch	46.714,64 EUR
./ Zahlung durch Klägerin	26.762,75 EUR
./ Vorschuss durch Klägerin	11.627,61 EUR
./ Kostenerstattung durch W.	31.984,87 EUR
Zwischensaldo zulasten des Beklagten	- 23.660,59 EUR
Zahlung des Beklagten an die Klägerin	+ 8.581,04 EUR
Zwischenergebnis	- 15.079,55 EUR
./ vom Landgericht zuerkannte Reisekosten des Mandanten	+ 299,11 EUR
Saldo zulasten des Beklagten, also Anspruch der Klägerin:	14.780,44 EUR

Soweit das Landgericht einen Betrag von 14.780,45 EUR ausgeurteilt hat, resultiert dies offensichtlich aus unerheblichen Rundungsdifferenzen.

II. Im Einzelnen gilt Folgendes:

Der Klägerin steht gegen den Beklagten gemäß §§ 667, 675 BGB, § 67 VVG ein restlicher Zahlungsanspruch in Höhe von 14.780,44 EUR zu.

1. Der Rechtsübergang von Ansprüchen des Mandanten gegen den Beklagten ergibt sich aus § 67 Abs. 1 Satz 1 VVG in der bis zum 31.12.2007 geltenden Fassung (VVG a.F.) in Verbindung mit den dem Rechtsschutzversicherungsvertrag zugrunde liegenden ARB. Dass die Parteien den Zeitpunkt des Vertragsschlusses und Versicherungsbeginn nicht mitgeteilt haben, ist unerheblich. Denn der Rechtsübergang folgt aus den § 20 Abs. 2 ARB75 oder § 17 Abs. 8 ARB94. Nach den im Wesentlichen gleichlautenden Klauseln **gehen Kostenerstattungsansprüche des Versicherungsnehmers auf den Versicherer über, soweit dieser Leistungen erbracht bzw. Kosten getragen hat, und zwar mit der Entstehung dieser Kosten** (vgl. Senat, NJW-RR 2005, 1155). Dies gilt gemäß § 11 Abs. 3 ARB75 oder § 15 Abs. 2 ARB94 auch für Ansprüche des mitversicherten Dritten.

Ist der Vorschussbetrag, den der Versicherer dem Versicherungsnehmer oder Versicherten oder dem Rechtsanwalt unmittelbar zur Verfügung gestellt hat, höher als die Kostenschuld, dann entsteht zugunsten des Mandanten ein Anspruch auf Rückzahlung aus §§ 675, 667 BGB. Dieser geht als Anspruch „auf Erstattung“ nach den genannten Klauseln auf den Versicherer über (Senat, a.a.O.; Harbauer, Rechtsschutzversicherung 7. Aufl., § 20 ARB75 Rdnr. 25).

Entsprechend verhält es sich mit Kostenerstattungen, die Dritte an den Rechtsanwalt gezahlt haben. Zunächst geht der Anspruch des mitversicherten Mandanten auf Kostenerstattung gegen Dritte sogleich mit seiner Entstehung auf den Rechtsschutzversicherer als Schadenversicherer über (vgl. OLG Hamm, NJW-RR 2000, 174; OLG München, RuS 1999, 158 f; LG München, VersR 2006, 257). Geht dieser Anspruch durch Zahlung an den einziehungsberechtigten Rechtsanwalt unter, so entsteht wiederum ein Herausgabeanspruch des Mandanten gegen den Rechtsanwalt, der die

Kostenerstattung vereinbahmt und darüber abzurechnen hat. Auch dieser Anspruch geht nach den genannten Bestimmungen als Kostenerstattungsanspruch auf den Versicherer über (vgl. Prölß/Armbrüster, VVG 27. Aufl., § 20 ARB75 Rdnr. 3 m.w.N.).

2. Der Beklagte hat unstreitig von der Klägerin Zahlungen in Höhe von insgesamt 38.390,36 EUR (26.762,75 und 11.627,61 EUR; jeweils Bruttobeträge) erhalten. Darin sind Vorschüsse in Höhe von 25.767,62 EUR enthalten sowie Zahlungen auf frühere Rechnungen des Beklagten in Höhe von 12.622,74 EUR (= 24.687,94 DM). Hinzu kommen die Kostenerstattungen der W. von 31.984,87 EUR.

III. Allerdings hat die Klägerin, was die geleisteten Vorschüsse anbelangt, gegen den Beklagten nur einen **Anspruch auf Rückzahlung der Honoraranteile, welche das dem Beklagten nach der BRAGO zustehende Honorar übersteigen**. Denn der Beklagte schuldet gemäß §§ 667, 670 BGB nur die Beträge, die er nicht zur bestimmungsgemäßen Ausführung des Mandats verwandt hat. **Dabei ist der Beklagte entgegen der von ihm vertretenen Ansicht für die Honorarhöhe darlegungs- und beweispflichtig. Dies resultiert daraus, dass er gegenüber dem Mandanten aus § 667 BGB herausgabepflichtig ist und deshalb die Darlegungs- und Beweislast für die bestimmungsgemäße Verwendung der zur Auftragsausführung (vgl. BGH, NJW-RR 2004, 121; 2004, 927; WM 1988, 763) oder den bestimmungsgemäßen Verbrauch (vgl. BGH, NJW 1997, 47; Palandt/Sprau, BGB 67. Aufl., § 667 Rdnr. 10) zur Verfügung gestellten Gelder hat, seien sie als Vorschuss der Klägerin oder im Wege der Kostenerstattung des Prozessgegners an ihn geflossen.**

An der Darlegungs- und Beweislast ändert sich durch den Rechtsübergang auf die Klägerin als Rechtsschutzversicherung nichts. Denn die Klägerin rückt in die Position des Mandanten ein. Dabei hat sich der Rechtsnachfolger zwar grundsätzlich seiner Informationsrechte, die ihm im Zusammenhang mit dem Rechtsübergang zustehen, zu bedienen (vgl. Senat, MDR 2002, 1148 = ZMR 2002, 588). Dies hätte der Klägerin hier aber nicht weitergeholfen, weil der Mandant vom Beklagten ebenfalls keine Informationen erhalten hat. Dies bedeutet, dass der Beklagte zu den Umständen vortragen muss, aus denen die Höhe des von ihm vereinbarten Honorars folgt.

Unter Heranziehung dieser Grundsätze gilt Folgendes:

1. Auf die Abrechnung des Beklagten ist gemäß § 61 RVG noch die BRAGO in der bis zum 30.6.2004 geltenden Fassung anzuwenden. Dies folgt aus der Mandatserteilung vor dem 1.7.2004.

Die Parteien streiten um die **Angemessenheit der Besprechungsgebühr für die außergerichtliche Tätigkeit** des Beklagten gegenüber der W. Die Klägerin hält eine Gebühr nach § 118 Abs. 1 Nr. 1 BRAGO in Höhe von 7,5/10, der Beklagte eine von 9/10 für angemessen. Weiterhin streiten die Parteien um die Höhe des der Angelegenheit zugrunde zu legenden Gegenstandswerts. Die Klägerin hält gemäß ihrem

vorgerichtlichen Schreiben vom 26.4.2000 einen Wert bis 1,8 Mio. DM für angemessen, während der Beklagte einen Wert von 2.271.476,65 DM zugrunde gelegt hat. Zu beiden Berechnungsgrößen ist der Klägerin zu folgen.

a) Grundsätzlich ist der Beklagte darlegungs- und beweispflichtig für die **Höhe des Gegenstandswerts**. Hierzu hat er jedoch nicht substantiiert vorgetragen.

Das Landgericht hat den in dem Rechtsstreit Mandant ./. W. festgesetzten Streitwert mit 920.311,27 EUR (= 1.799.972,39 DM) errechnet. In der mündlichen Verhandlung vom 14.3.2007 wurden die Parteien darauf hingewiesen. Zwar hat das Landgericht dort als Betrag bis 1,9 Mio. DM genannt, während es im Urteil 1,8 Mio. angesetzt hat. Der höhere Betrag beruhte offensichtlich auf einer nur überschlägig erfolgten Umrechnung des Streitwerts von 920.311,27 EUR in DM. Der Beklagte hat sich sodann im Schriftsatz vom 2.4.2007 mit diesem Streitwert als Gegenstandswert für die außergerichtliche Tätigkeit ausdrücklich einverstanden erklärt und diesen unstreitig gestellt. Hieran ist er gebunden (§§ 288, 529, 535 ZPO).

Soweit der Beklagte nunmehr im Berufungsrechtszug rügt, der Streitwert sei mit dem höheren Wert von 2.271.476,65 DM abzurechnen, ist dies zudem unsubstantiiert. Die Klägerin hat vorgetragen, dass der Gegenstandswert ursprünglich bei bis 1,8 Mio. DM gelegen habe und der vom Beklagten in Ansatz gebrachte Betrag erst nach der Besprechung, deren Honorierung der Beklagte abrechnet, nämlich durch eine im späteren Prozess erfolgte Klageerweiterung, entstanden sei (Schriftsatz vom 9.3.2007). Zwar hat der Beklagte im Schriftsatz 26.2.2007 noch behauptet, der Auftrag sei mehrfach erweitert worden. Dies steht aber der Auffassung der Klägerin nicht entgegen. Denn maßgebend ist, welche Höhe die Forderung hatte, die zum Zeitpunkt der Besprechung von dem Mandanten verfolgt wurde. Hierzu hat der Beklagte aber nichts Nachvollziehbares vorgetragen; er bezieht sich lediglich pauschal auf den Streitwert des späteren Prozesses, ohne auf die behauptete Anspruchserweiterung einzugehen.

b) Ob hinsichtlich der Angemessenheit der Rahmengebühr eine Rechtsschutzversicherung nicht als „Dritte“ i.S.v. § 12 Abs. 1 Satz 2 BRAGO anzusehen ist (so OLG Köln, AGS 2003, 159; Madert in: Gerold/Schmidt/v. Eicken/Madert, BRAGO 15. Aufl., § 12 Rdnr. 6; Harbauer, a.a.O., § 2 ARB75 Rdnr. 157), was im Grundsatz dazu führen würde, dass die Darlegungs- und Beweislast für die Unbilligkeit der Vergütung bei dem Rechtsanwalt läge, braucht hier nicht entschieden zu werden; denn dies würde nicht zu einer abweichenden Beurteilung des Falles führen.

Geht man nämlich mit der Gegenmeinung (N. Schneider in: Gebauer/Schneider, BRAGO, § 12 Rdnr. 67) davon aus, dass auch eine Rechtsschutzversicherung „Dritte“ i.S.v. § 12 Abs. 1 Satz 2 BRAGO ist, so kann gleichwohl den Rechtsanwalt eine Vortragslast zu den Umständen treffen, die eine Erhöhung der Rahmengebühr über den durchschnittlichen Rahmen hinaus rechtfertigen. Hat nämlich der Anwalt entgegen § 18 BRAGO seine Erwägungen, welche Kriterien er

seinem Bestimmungsrecht nach § 12 BRAGO zugrunde legt, in der Berechnung seiner Forderung nicht mitgeteilt, so trifft ihn gleichwohl in einem Gebührenprozess die **Vortragslast zu der von ihm vorgenommenen Ermessensausübung** (so zu treffend Römermann in: Hartung/Römermann/Schons, RVG 2. Aufl., § 14 Rdnr. 84 zum mit § 12 Abs. 1 Satz 2 BRAGO inhaltsgleichen § 14 Abs. 1 Satz 4 RVG). § 18 BRAGO will dem Auftraggeber eine Nachprüfung der Richtigkeit der einzelnen Gebührensätze ermöglichen. Eine solche Nachprüfung ist allerdings nicht möglich, wenn die bei der Bemessung von Rechtsanwalt herangezogenen Kriterien nicht wenigstens stichwortartig vermerkt sind (Harbauer, a.a.O., § 2 ARB75, 156 m.w.N.). Der Auftraggeber hat einen aus dem Anwaltsdienstvertrag gemäß §§ 675, 666 BGB folgenden Anspruch auf Erteilung einer Abrechnung unter Beachtung der Vorgaben des § 18 BRAGO. Hierzu gehört auch, dass der Anwalt einen, jedenfalls von der Mittelgebühr abweichenden, Gebührensatz begründen muss.

Diese Auffassung vertritt im Übrigen auch der Prozessbevollmächtigte des Beklagten im einschlägigen Schrifttum (N. Schneider in: Gebauer/Schneider, BRAGO, § 18 Rdnr. 19 und RVG, § 10 Rdnr. 25): „Bei einer Mittelgebühr wird man u.U. auf Ausführungen verzichten können. Weicht der Anwalt jedoch von der Mittelgebühr ab und verlangt er einen höheren Betrag, sollte er den Gebührensatz auf jeden Fall angeben und dies in seinem Anschreiben kurz begründen. Dies erspart ihm – insbesondere bei der Korrespondenz mit Rechtsschutzversicherern – spätere Nachfragen oder Kürzungen seines Honorars.“

Das Bestehen einer solchen Vortragslast folgt auch aus der Heranziehung allgemeiner zivilprozessualer Grundsätze. Es ist anerkannt, dass sich für eine Partei eine **sekundäre Beauptungslast** ergeben kann, wenn eine darlegungspflichtige Partei außerhalb des von ihr darzulegenden Geschehensablaufs steht und keine nähere Kenntnis der maßgebenden Tatsachen besitzt, während der Prozessgegner sie hat und ihm nähere Angaben zumutbar sind (vgl. nur Zöller/Greger, ZPO 26. Aufl., § 138 Rdnr. 8b). Der Beklagte hat die Rahmengebühren jedoch in seiner Abrechnung und auch in der vorgerichtlichen Korrespondenz nicht näher erläutert.

Dass der Mandant gegenüber dem Beklagten auf die Erteilung einer die Rahmengebühren begründenden Abrechnung verzichtet hat, legt der Beklagte nicht substantiiert dar, zumal an die **Erklärung eines Verzichts** grundsätzlich strenge Anforderungen zu stellen sind. Dem Vorbringen des Beklagten ist nicht im Ansatz zu entnehmen, wann und bei welcher Gelegenheit der Mandant dahingehende Erklärungen abgegeben haben soll. Ein **stillschweigender Verzicht** durch eine unterlassene Beanstandung kann nicht ohne Weiteres angenommen werden, zumal der Mandant rechtsschutzversichert ist und davon ausgehen durfte, dass sich die Klägerin um die Einzelheiten der Abrechnung kümmern werde. Im Übrigen war der Beklagte auch wegen der Rechtsschutzversicherung gehalten, dem Mandanten Rechnungen zu erteilen. Wollte er dies vermeiden, hatte er ihn über die Folgen der daraus entstehenden Obliegenheitsverletzungen (vgl. § 15 Abs. 1e ARB75) zu belehren.

aa) Soweit der Beklagte eine Rahmengebühr von 9/10 schon deshalb für gerechtfertigt hält, weil sich diese innerhalb eines „Toleranzrahmens“ von 20 % zu der von der Klägerin zugestandenen 7,5/10-Gebühr bewege, kann dem nicht gefolgt werden. Der Senat folgt vielmehr der auch vom Landgericht herangezogenen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (NJW 2006, 247 ff; NJW-RR 2002, 73), **wonach allein die Bestimmung des Mittelwerts einer gesetzlichen Rahmengebühr billigem Ermessen entspricht, wenn keine besonderen Umstände vorliegen** (vgl. auch BGH, NJW 2004, 1043, 1046 zur Mindestgebühr). Für die Berücksichtigung einer darüber hinausgehenden Toleranzgrenze ist in einem solchen Fall kein Raum.

Der Mittelwert lässt sich nicht in der Weise mit dem Ermessensspielraum des Rechtsanwalts nach § 12 Abs. 1 BRAGO (jetzt § 14 Abs. 1 RVG) verbinden, dass der Rechtsanwalt für berechtigt gehalten wird, diesen Wert ohne weitere Begründung um 20 % zu erhöhen. Denn durch die Maßgeblichkeit des Mittelwerts im Normalfall wird der Ermessensspielraum des Rechtsanwalts nach § 12 Abs. 1 Satz 1 BRAGO im Interesse einer sachgerechten und gleichmäßigen Ermessensausübung begrenzt. Wäre es dem Rechtsanwalt gestattet, bei der Gebührenbestimmung auch in durchschnittlichen Fällen immer um bis zu 20 % über den mittleren Gebührensatz hinauszugehen, so würde dieser Gebührensatz in der Rechtspraxis weitgehend durch eine Gebühr in der Nähe der vollen Gebühr abgelöst werden. Dadurch würde der zur Verfügung stehende Gebührenrahmen nach oben verzerrt und der Zweck des Mittelwerts, in einem Großteil der Fälle deren zutreffende Einordnung innerhalb dieses Rahmens zu ermöglichen, vereitelt werden (so zutreffend BVerwG, NJW 2006, 247).

Hiernach muss der mittlere Gebührensatz in den ihm zugeordneten durchschnittlichen Fällen als ein fester, vom Rechtsanwalt nicht zu überschreitender Wert verstanden werden. Unterscheidet sich die zu beurteilende Tätigkeit des Rechtsanwalts unter den maßgeblichen Gesichtspunkten nicht vom Normalfall, so ist allein die Bestimmung der Mittelgebühr billig, die Bestimmung einer höheren Gebühr hingegen unbillig und darum für den erstattungsverpflichteten Dritten gemäß § 12 Abs. 1 Satz 2 BRAGO nicht verbindlich. **Ein Spielraum des Rechtsanwalts zur Bestimmung einer höheren Gebühr besteht folglich nur dann, wenn besondere Umstände vorliegen, die geeignet sind, eine solche Gebührenbestimmung zu rechtfertigen.** Anderenfalls hat es mit der Mittelgebühr sein Bewenden, weil auch in Anbetracht des grundsätzlichen Ermessensspielraums des Rechtsanwalts seine Tätigkeit nur mit dieser Gebühr zutreffend bewertet ist (so zu Recht BVerwG, a.a.O., ferner bei Buchholz 311 § 20 WBO Nr. 2 = NVwZ-RR 2002, 73; BSG, JurBüro 1984, 1511, 1514; Urt. v. 26.2.1992 – 9a RVs 3/90, Rechtsbeistand 1994, 31, 32; OLG Celle, Beschl. v. 31.8.2001 – 15 WF 170/01, AGS 2001, 268; OLG Düsseldorf, 4. Familiensenat, MDR 2002, 666; vgl. auch BFH, BFH/NV 2005, 561).

bb) Mithin sind hier für die Bemessung der Angemessenheit der Rahmengebühr allein die Kriterien des § 12 BRAGO heranzuziehen, wonach grundsätzlich die Bedeutung der

Angelegenheit, der Umfang und die Schwierigkeit der anwaltlichen Tätigkeit sowie die Vermögens- und Einkommensverhältnisse des Auftraggebers zu berücksichtigen sind (vgl. BGH, a.a.O., 1046).

Die Abwägung dieser Gesichtspunkte führt dazu, dass mit dem Landgericht von einer Mittelgebühr in Höhe von 7,5/10 auszugehen ist.

Von einer „**schwierigen Rechtsmaterie**“, welche generell eine Erhöhung des Gebührenrahmens über den Mittelsatz rechtfertigen würde, kann nicht ausgegangen werden. Das Landgericht hat zutreffend ausgeführt, dass das Tätigwerden eines Rechtsanwalts in einer bestimmten Sachmaterie für sich genommen nicht geeignet ist, grundsätzlich eine überdurchschnittliche Schwierigkeit zu rechtfertigen. Ausgenommen sind hiervon entlegene Spezialmaterien (oder auch Tätigkeiten auf nicht juristischem Gebiet), zu welchen das **Kapitalanlagerecht** indes nicht gezählt werden kann. Die Bedeutung dieser Rechtsmaterie im Zivilrecht ist so groß, dass nicht nur der Beklagte, sondern viele andere Rechtsanwälte dort einen Tätigkeitsschwerpunkt haben. Dies wird auch dadurch deutlich, dass es für Rechtsanwälte neuerdings die Möglichkeit gibt, den Titel eines „Fachanwalts für Bank- und Kapitalmarktrecht“ zu erwerben.

Im Übrigen haben generelle Erwägungen, zu denen auch die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Rechtsmaterie zählt, generell unberücksichtigt zu bleiben (vgl. auch N. Schneider in: Gebauer/Schneider, BRAGO, § 12 Rdnr. 22).

Zwar mag die **Bedeutung der Angelegenheit** im Hinblick auf den **hohen Streitwert** für den Mandanten groß gewesen sein. Dies allein rechtfertigt aber keine über dem Mittelwert anzusetzenden Gebühren. Abgesehen davon, dass die Höhe des Gegenstandswerts nicht ohne Weiteres die Bedeutung der Angelegenheit erhöht (Madert in: Gerold/Schmidt/v. Eicken/Madert, a.a.O., § 12 Rdnr. 11), hat der Beklagte, der über die genauen Hintergründe und Folgen der Auseinandersetzungen informiert gewesen sein müsste, **zu einer existenzbedrohenden Situation oder vergleichbaren persönlichen Konsequenzen für den Mandanten nichts vorgetragen**. Da der Beklagte auch **zum Umfang seiner anwaltlichen Tätigkeit (Vielzahl von Besprechungen, umfangreiche, schwierige Schriftsätze)** nichts dargetan hat, kann auch insoweit allenfalls von einem durchschnittlichen Rahmen ausgegangen werden.

Die schließlich von der Klägerin nicht in Abrede gestellten **überdurchschnittlichen Vermögensverhältnisse des Mandanten**, können ebenfalls nicht die Rahmengebühren erhöhend berücksichtigt werden. Die Vermögensverhältnisse bleiben nämlich außer Betracht, wenn der Mandant rechtsschutzversichert ist (AG Hagen, ZfSch 2003, 38; N. Schneider in: Gebauer/Schneider, BRAGO, § 12 Rdnr. 43 unter Hinweis auf LG Kaiserslautern, AnwBl 1989, 289; Madert in: Gerold/Schmidt/v. Eicken/Madert, a.a.O., § 12 Rdnr. 14; Riedel/Sußbauer, BRAGO 8. Aufl., § 12 Rdnr. 10). Dies ist auch sachgerecht; denn dem Rechtsanwalt ist das **Bestehen einer Rechtsschutzversicherung** regelmäßig bereits zu Beginn

seiner Tätigkeit bekannt und er weiß, **dass sich deren Leistungen nicht nach den Vermögensverhältnissen des Versicherten richten**, sondern nach dem Umfang des versicherten Risikos. Ein Rechtsanwalt, der einen rechtsschutzversicherten, vermögenden Mandanten betreut, hat zudem stets die Möglichkeit, auf den Abschluss einer Honorarvereinbarung hinzuwirken.

cc) Entgegen der vom Beklagten vertretenen Auffassung ist ein **Gutachten der Rechtsanwaltskammer** nach § 12 Abs. 2 BRAGO nicht einzuholen, weil diese Vorschrift nur im Honorarprozess zwischen dem Anwalt und dem Auftraggeber gilt und nicht im Prozess gegen einen Dritten (*N. Schneider in: Gebauer/Schneider, BRAGO, § 12 Rdnr. 5 und 75; siehe auch Madert in: Gerold/Schmidt/v. Eicken/Madert, a.a.O., § 12 Rdnr. 20*).

2. Der Beklagte kann nicht mit Erfolg den Anfall einer **Vergleichsgebühr** in dem Verfahren Mandant ./ E. & Partner geltend machen. Diese ist nicht dadurch entstanden, dass er für den Mandanten mit dem Anspruchsgegner eine Vereinbarung über einen unter einer Bedingung stehenden und auch zeitlich beschränkten Verzicht auf die Geltendmachung der Einrede der Verjährung und ein **pactum de non petendo (Nichtangriffsabrede)** getroffen hat. Diese Absprache stellt, wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, noch **keinen Vergleich** dar, der eine Gebühr nach § 23 BRAGO rechtfertigt.

Die Parteien der Vereinbarung haben hier keinen Streit über ein Rechtsverhältnis beigelegt, sondern eine **Abrede über die weitere Vorgehensweise** getroffen. Diese Vereinbarung ist vergleichbar mit einer nur vorläufigen Regelung dahingehend, einen Rechtsstreit einstweilen nicht weiterzuführen, sondern es bei dem bisherigen Prozessstand zu belassen oder einen besonders vereinbarten Schwebezustand zu schaffen. Dies jedoch genügt zum Anfall einer Gebühr nach § 23 BRAGO nicht (*OLG Hamm, JurBüro 1976, 913; OLG Köln, JurBüro 1973, 963; OLG Karlsruhe, JurBüro 1998, 591; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 26.4.2005, Az. 11-10 WF 6/05 bei Juris; v. Eicken in: Gerold/Schmidt/v. Eicken/Madert, a.a.O., § 23 Rdnr. 16*).

3. Im Ergebnis zu Recht hat das Landgericht die vom Beklagten in Ansatz gebrachte **Geschäftsgebühr** gemäß § 118 Abs. 1 Nr. 1 BRAGO für die **Anfechtung des Vermögensverwaltungsvertrages** gegenüber der E. & Partner GmbH außer Betracht gelassen. Zwar spricht manches dafür, dass es hierbei um **eine eigene Angelegenheit nach § 13 BRAGO** gehandelt hat, was schon aus der Verschiedenheit der Anspruchsgegner deutlich wird. Dies bedarf jedoch keiner abschließenden Entscheidung; denn ein dahingehender Honoraranspruch des Beklagten ist verjährt, weshalb die Klägerin insoweit zur Leistungsverweigerung berechtigt ist (§ 214 Abs. 1 BGB).

a) Die Verjährungseinrede ist hier zu berücksichtigen, weil es in der Angelegenheit „Anfechtung des Vermögensverwaltungsvertrages gegenüber der E. & Partner GmbH“ nicht mehr um die bestimmungsgemäße Verwendung von Vor-

schüssen, sondern um die Aufrechnung gegenüber dem auf die Klägerin übergegangenen Kostenerstattungsanspruch aufgrund der Zahlungen der W. in Höhe von 31.984,87 EUR geht.

Der Rückforderung eines Vorschusses nach § 667 BGB kann der Rechtsanwalt stets mit dem Einwand begegnen, er habe den Vorschuss für seine Tätigkeit in der entsprechenden Angelegenheit verdient und verbraucht. Darum geht es in der Angelegenheit „Anfechtung des Vermögensverwaltungsvertrages“ jedoch nicht. Denn der Beklagte hat für diese Angelegenheit von der Klägerin einen Vorschuss nicht erhalten, der hätte abgerechnet werden können. Aus der Kostenrechnung vom 10.11.2004 folgt dies nicht. Denn in dieser Berechnung sind sämtliche Angelegenheiten aufgeführt, für die der Beklagte Honorar beansprucht. Er hat aus allen Zahlungen der Klägerin „Vorschüsse“ gemacht, obwohl es sich teilweise um Schlusszahlungen gehandelt hat.

Ein Vergleich mit den anderen Kostenrechnungen zeigt, dass der Beklagte nur für Angelegenheiten Mandant ./ W. Vorschüsse erhalten und berücksichtigt hat. So findet sich in der Rechnung vom 23.3.2000 ein Abzug von gezahlten Vorschüssen in Höhe von 27.655,44 DM (= 14.140,01 EUR), ferner in der Abrechnung Mandant ./ W. (Berufungsinstanz) vom 4.11.2004 ein entsprechender Abzug von 11.627,61 EUR.

Da die Rechnungen nach § 18 Abs. 2 BRAGO jeweils gezahlte Vorschüsse enthalten müssen, ist von der Vollständigkeit der Kostenrechnungen des Beklagten auszugehen. Weitere Vorschüsse sind auch nicht gezahlt worden, wie die Auswertung der übrigen Kostenrechnungen belegt. So enthält die Kostenrechnung vom 22.3.2000 in Sachen Mandant ./ E. & Partner einen derartigen Abzug nicht. Vielmehr ist sie gestellt und von der Klägerin, soweit sie sie anerkannt hat, bezahlt worden (21.187,40 DM), wie den Vermerken der Klägerin auf der von ihr überreichten Rechnungskopie vom 22.3.2000 zu entnehmen ist. Für die weitere Rechnung vom 23.3.2000 in Sachen Mandant ./ W. gilt Entsprechendes.

Aus der Rechnungskopie geht hervor, dass die Klägerin die Differenz des Rechnungsbetrages zu dem ausgewiesenen Vorschuss bezahlt hat, soweit sie nicht Einwände gegen eine Gebührenposition erhoben hat. Diese Zahlung beläuft sich auf 3.500,54 DM. Insgesamt erreichen die Schlusszahlungen einen Betrag von 24.687,94 DM, mithin 12.622,74 EUR.

Diese Zahlungen konnte der Beklagte auch nicht durch Aufnahme in seine Gesamtabrechnung vom 10.11.2004 in „Vorschüsse“ umwandeln, weil er im Jahr 2000 schon einmal abgerechnet hatte. Aus den Vorschüssen von 14.140,01 EUR und den Zahlungen von 12.622,74 EUR errechnet sich der vom Beklagten in der Gesamtabrechnung ausgewiesene „Vorschuss“ von 26.762,75 EUR.

Zu dem Vorschuss von 11.627,61 EUR in Sachen Mandant ./ W. (Berufungsinstanz) gemäß Rechnung vom 4.11.2004 ist dann keine Zahlung mehr erfolgt, sondern eine einvernehmliche Verrechnung vorgenommen worden.

b) Die **Verjährungsfrist** in der Angelegenheit „Anfechtung des Vermögensverwaltungsvertrages gegenüber der E. & Partner GmbH“ **beginnt mit dem Eintritt der Fälligkeit des Anwaltshonorars zu laufen**. Nach § 16 BRAGO kann sich der Eintritt der Fälligkeit nach mehreren Tatbeständen richten (**z.B. Erledigung des Auftrags, Beendigung der Angelegenheit**), wobei es für den Eintritt der – die Verjährungsfrist in Gang setzenden – Fälligkeit erforderlich ist, dass der erste Fälligkeitstatbestand erfüllt ist (BGH, AnwBl 1985, 257; LM BGB § 198 Nr. 10; N. Schneider in: Gebauer/Schneider, BRAGO, § 16 Rdnr. 111). Hier behauptet der Beklagte, er habe für den Mandanten die Anfechtung des Vermögensverwaltungsvertrages gegenüber E. im Jahr 1999 erklärt. Gemäß § 196 Abs. 1 Nr. 15 BGB a.F. betrug die Verjährungsfrist zwei Jahre und begann gemäß § 201 BGB mit dem Schluss des Jahres zu laufen. Sie endete folglich mit Ablauf des 31.12.2001.

Der Beklagte hat diesen Anspruch in unverjährter Zeit weder gegenüber dem Mandanten noch gegenüber der Klägerin abgerechnet. Er wurde erstmals mit der Abrechnung vom 10.11.2004 gegenüber dem Mandanten geltend gemacht. Zu diesem Zeitpunkt war der Mandant schon nicht mehr Gläubiger des Erstattungsanspruchs, so dass der Beklagte ihm gegenüber nicht verrechnen konnte. Nach §§ 215, 406 BGB kann mit einer verjährten Forderung zwar auch gegenüber dem Zessionar aufgerechnet werden, wenn die Aufrechnungslage bereits zu nicht verjährter Zeit bestand. Bis zum 31.12.2001 mögen zwar gegen den Mandanten weitere Honoraransprüche entstanden sein. **Mit diesen Forderungen konnte der Beklagte aber so lange nicht aufrechnen, wie sie nicht fällig waren.**

Das war in der Angelegenheit „Anfechtung E.“ erstmals mit der Übersendung der Kostenrechnung vom 10.11.2004 möglich. Denn die Aufrechnung mit einer Vergütungsforderung ist erst zulässig, wenn dem Auftraggeber eine ordnungsgemäße Berechnung nach § 18 BRAGO zugegangen war (BGH, AnwBl 1985, 257, 258; Schneider in: Gebauer/Schneider, a.a.O., BRAGO, § 16 Rdnr. 115). Vorher besteht nur eine erfüllbare Gebührenforderung, die für den Rechtsanwalt noch keine Aufrechnungslage ergibt.

Ohne Belang ist in diesem Zusammenhang, dass sich der Mandant nicht auf die Einrede der Verjährung berufen hat, sondern dass dies erst von Seiten der Klägerin erfolgt. Denn dies folgt schon aus der Systematik der §§ 215, 406 BGB, die allein die Aufrechnungslage voraussetzen. Zudem ist die Aufrechnung nach § 390 BGB bereits ausgeschlossen, wenn die Einrede besteht. Es ist nicht erforderlich, dass sie bereits erhoben ist (vgl. BGH, NJW 2001, 287; NJW 2002, 3541; ZIP 2005, 1559, 1560; Palandt/Grüneberg, BGB 67. Aufl., § 390 Rdnr. 1).

4. Ansprüche des Beklagten aus dem Verfahren erster Instanz Mandant ./ W. (Verfahren nach Abstandsannahme) sind ebenfalls verjährt. Insofern gelten auch hier zunächst die Ausführungen unter 3. a) zur Abgrenzung von Abrechnung und Aufrechnung, weil auch in dieser Sache ein Vorschuss nicht gezahlt worden ist. (...) ■

Wirtschaftsprüferhaftung

- Rechtsberatung
 - Wirtschaftsberatung
 - Honorarrückzahlung
 - Ungerechtfertigte Bereicherung
 - Verjährung, § 51a WPO a.F.
 - Sekundärhaftung
 - Belehrungspflichten
- (OLG Düsseldorf, Urt. v. 30.10.2007 – I-24 U 200/06)

Leitsätze:

1. Wenn die Parteien einen abtrennbaren Teil des Rechtsstreits nicht betreiben, ist der Erlass eines Teilsurteils über den Rest zulässig.
2. Schadenersatzansprüche gegen einen Wirtschaftsprüfer verjähren nach früherem Recht binnen fünf Jahren, ohne dass eine Sekundärverjährung in Betracht kam.
3. Unerlaubte Rechtsberatung einer Wirtschaftsprüfergesellschaft liegt vor, wenn sie für ihren Mandanten Vertragswerke (Gesellschafts- oder Pachtverträge) vorbereitet oder Ansprüche gegen Vertragspartner des Mandanten geltend macht, und zwar auch dann, wenn dies durch einen als Rechtsanwalt handelnden Gesellschafter oder einen angestellten Rechtsanwalt geschieht.
4. Zur bereicherungsrechtlichen Abwicklung von Honoraransprüchen eines Wirtschaftsprüfers bei unerlaubter Rechtsberatung. ■

Aus den Gründen:

A. Der Kläger nimmt die Beklagten zu 1) bis 3) (im Folgenden auch: Beklagte) auf Schadenersatz sowie auf Rückzahlung von Honorar in Anspruch.

Mit notariellem Vertrag vom 27.10.1994 (im Folgenden: Grundstückskaufvertrag) hatte der Kläger zusammen mit seiner Mutter handelnd als Gesellschaft bürgerlichen Rechts von der R.-GmbH (Veräußerer) einen Grundbesitz in W. zum Zweck der Errichtung einer Senioren-Wohnanlage gekauft. In diesem Vertrag (§ 12 Abs. 10) war zugunsten beider Vertragspartner ein Rücktrittsrecht festgelegt. Als Betreiber der Anlage war der A.-Verband vorgesehen.

Den Gesellschaftsanteil seiner Mutter übernahm der Kläger später mit Vertrag vom 8.6.1995. Der Kaufpreis für den Grundbesitz einschließlich der vom Veräußerer zu errichtenden Senioren-Wohnanlage in Höhe von 28.526.851 DM wurde vollständig finanziert. Im Jahr 1995 verkaufte der Kläger seine Geschäftsanteile an der H.-KG für ca. 38 Mio. DM und setzte diese Finanzmittel – auch – zur Abdeckung der für die Errichtung der Senioren-Wohnanlage aufgenommenen Kredite ein.

Bei der Veräußerung der Geschäftsanteile und der anschließenden Anlage und Verwaltung des Veräußerungserlöses wurde der Kläger u.a. von der Beklagten zu 1), deren persönlich haftende Gesellschafter (neben weiteren Gesellschaftern) der als Wirtschaftsprüfer und Steuerberater tätige Beklagte zu 2) ist, beraten. Unter dem 16.2.1996 erteilte der Kläger dem Beklagten zu 2) Generalvollmacht. In jene Beratung eingeschaltet war auch der als Rechtsanwalt und Steuerberater tätige Beklagte zu 3), damals noch Angestellter und Kommanditist der Beklagten zu 1) und seit Februar 2004 ebenfalls deren Komplementär. Die Beklagte zu 4) vermittelte die Investition „W.“ und deren Finanzierung.

Im Verlauf des Jahres 1996 – noch vor der sodann am 29.8.1996 erfolgten Übergabe des Grundbesitzes – ergaben sich Differenzen mit dem zunächst vorgesehenen Betreiber der Senioren-Wohnanlage. Aus diesem Grund wurde dem Kläger in einer notariellen Ergänzungsvereinbarung vom 26.6.1996 ein erweitertes Recht zum Rücktritt vom Grundstückskaufvertrag bis zum 31.12.1996 eingeräumt. Auf Betreiben der R.-GmbH wurde sodann der Betrieb der Anlage der vom Geschäftsführer der R.-GmbH zu diesem Zweck neu gegründeten A.-GmbH übertragen

Obwohl die neue Betreibergesellschaft – nach der Behauptung des Klägers – im Jahr 1996 überschuldet war, erklärte der Beklagte zu 2) mit Schreiben vom 23.12.1996 namens des Klägers den Verzicht auf das dem Kläger in jener Ergänzungsvereinbarung eingeräumte Rücktrittsrecht.

In der Folgezeit führte die unzureichende Liquidität der Betreibergesellschaft zu Schwierigkeiten in der Abwicklung des Vertragsverhältnisses zwischen dem Kläger und dem Veräußerer. Beraten durch die Beklagten zu 1) bis 3) und vertreten durch den Beklagten zu 2) schloss der Kläger am 1.12.1998 mit der R.-GmbH einen Vergleichsvertrag zur Abgeltung aller gegenseitigen Erfüllungsansprüche. Mit Schreiben vom 6.1.1999 unterrichteten die Beklagten den Kläger über den Vergleichsabschluss und übersandten ihm den Vergleichsvertrag nebst zugehöriger, die Regelungen des Vergleichs vollziehender Vertragsdokumente.

Die Beklagten berieten den Kläger ferner im Zusammenhang mit einer von ihm am 16.7.1999 mit seiner damaligen Ehefrau geschlossenen Trennungs- und Scheidungsfolgenvereinbarung.

Die laufende Geschäftsbeziehung der Parteien ist seit Juli 2002 beendet.

Der Kläger hat in erster Instanz geltend gemacht, die Beklagten hätten ihre Pflichten aus der ihnen übertragenen Vermögensverwaltung beim Verzicht auf das Rücktrittsrecht und beim Abschluss des Vergleichsvertrages verletzt, woraus ihm ein noch zu beziffernder Schaden entstanden sei. Die Beklagten seien ferner zur Rückzahlung der ihnen gezahlten Honorare verpflichtet, soweit diese Honorare für eine gegen das Rechtsberatungsgesetz verstößende Rechtsberatung der Beklagten bezahlt worden seien.

Der Kläger hat die Beklagten überdies wegen – nach seiner Auffassung – defizitärer und gegen das Rechtsberatungsgesetz verstößender Beratung im Zusammenhang mit dem Abschluss der Trennungs- und Scheidungsfolgenvereinbarung vom 16.7.1999 auf Schadenersatz in Anspruch genommen. Insoweit haben die Parteien in der mündlichen Verhandlung erster Instanz vom 16.8.2006 keinen Sachantrag gestellt, sondern übereinstimmend beantragt, das Verfahren insoweit im Hinblick auf ein anderweit anhängiges Anfechtungsverfahren zum Ruhen zu bringen. Das Landgericht hat das Ruhen dieses Teils des Verfahrens angeordnet.

Durch das angefochtene Teilurteil (...) hat das Landgericht die Feststellungs- und die Zahlungsklage, soweit sie den Komplex „W.“ betrifft, gegen die Beklagten zu 1) bis 4) abgewiesen.

Mit seiner Berufung macht der Kläger geltend, das Teilurteil sei wegen der Gefahr einander widersprechender Entscheidungen unzulässig; das Teilurteil sei deshalb aufzuheben und die Sache an das Landgericht zurückzuverweisen.

In der Sache beanstandet er, das Landgericht habe zu Unrecht Verjährung angenommen. Den Beklagten sei nicht eine reine Wirtschaftsprüfertätigkeit, sondern eine weitergehende, umfassende Verwaltung seines Vermögens übertragen worden. Hierfür spreche zum einen die Erteilung der Generalvollmacht für den Beklagten zu 2). Zum anderen ergebe sich dies aus den Umständen des den Beklagten erteilten Auftrags. Denn er – der Kläger – habe bereits seit 1994 Alkohol in exzessiven Mengen zu sich genommen und sei seit 1995 so schwer alkoholkrank gewesen, dass er zu einer eigenverantwortlichen Willensbetätigung nicht mehr in der Lage gewesen sei. Das Landgericht habe die hierzu angebotenen Beweise nicht erhoben.

Für die den Beklagten übertragene umfassende, zeitlich nicht begrenzte und Außenvertretung mit einschließender Vermögensverwaltungstätigkeit passe die kurze Verjährungsfrist nach der WPO nicht. Zudem stütze er seinen nicht verjährten Schadenersatzanspruch auf Deliktsrecht, weil die Beklagten sowohl im Zusammenhang mit der Nichtausübung des Rücktrittsrechts wie auch hinsichtlich des Abschlusses des Vergleichs von 1998 unerlaubte Rechtsberatung betrieben hätten.

Seine zunächst auch gegen die den Beklagten zu 4) betreffende Entscheidung des Landgerichts eingelegte Berufung hat der Kläger zurückgenommen.

(Anträge ...)

Die Beklagten wiederholen und vertiefen ihren erstinstanzlichen Vortrag zu der von ihnen erhobenen Einrede der Verjährung, beanstanden zur Schlüssigkeit der Klage das Fehlen eines Gesamtvermögensvergleichs und legen überdies Leistungsnachweise zu den bereits in erster Instanz vorgelegten Kostenrechnungen vor. (...)

B. Die zulässige Berufung des Klägers hat in der Sache nur geringen Erfolg. Zu Recht hat das Landgericht den auf Feststellung eines Schadenersatzanspruchs im Komplex „W.“ gerichteten Klageantrag abgewiesen, weil der geltend gemachte Anspruch verjährt ist. Abzuändern ist das angefochtene Urteil allerdings hinsichtlich des Zahlungsantrags in Höhe eines Teilbetrags von 18.952,12 EUR.

I. Die Voraussetzungen für eine Aufhebung des angefochtenen Urteils und Zurückverweisung der Sache an das Landgericht liegen nicht vor. Das Landgericht hat im angefochtenen Teilurteil zulässig nur über den Komplex „W.“ einschließlich der Rückforderung des hierauf entfallenden Honorars für rechtliche/wirtschaftsrechtliche Beratung entschieden, nicht aber über den Komplex „Trennungs- und Scheidungsfolgenvereinbarung“.

1. Zwar spaltet ein **Teilurteil** den Prozess in zwei selbstständige Teile. Es darf daher nur ergehen, wenn zwischen dem entschiedenen Teil des Rechtsstreits und dem Streit über den noch anhängigen Rest kein materiell-rechtlicher Zusammenhang besteht, der die Entscheidung über den noch anhängigen Teil berührt. Ebenso darf umgekehrt die Entscheidung über den Rest nicht mehr von der Entscheidung über den durch Teilurteil entschiedenen Streitstoff berührt werden. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGHZ 107, 236, 242; BGHZ 120, 376, 380; VersR 1996, 779, 780; VersR 1999, 734 f; FamRZ 2002, 1097; NJW 2004, 1452 ff) darf entsprechend nach § 301 ZPO ein Teilurteil nur dann erlassen werden, **wenn die Entscheidung durch das über den Rest ergehende Schlussurteil nicht mehr berührt werden kann, so dass die Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen, auch durch das Rechtsmittelgericht, ausgeschlossen ist.**

2. Die Gefahr einander widersprechender Entscheidungen besteht im Ergebnis hier nicht. Dieser Einschätzung sind auch die Parteien nach eingehender Erörterung in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat nicht mehr entgegengetreten. Zwar mögen die äußeren Rahmenbedingungen für Auftragserteilung und -durchführung in den Komplexen „W.“ und „Trennungs- und Scheidungsfolgenvereinbarung“ gleichgelagert gewesen sein, insbesondere hinsichtlich der Alkoholkrankheit des Klägers und hinsichtlich der Überschreitung der in Art. 1 §§ 1 und 5 Nr. 2 RBerG, § 1 Abs. 3 Nr. 2 und 3 WPO gezogenen Grenzen zulässiger Rechtsberatung durch Wirtschaftsprüfer. Gleichwohl handelte es sich um rechtlich getrennte Mandate/Angelegenheiten. Der Gegenstand der notariellen Vereinbarung vom 16.7.1999 (Vereinbarung der Gütertrennung, Abfindung des Zugewinnausgleichs, Vermögensauseinandersetzung, Unterhalt, Versorgungsausgleich, Hausrat) hatte inhaltlich mit der Beratung und Betreuung des Klägers durch die Beklagten in der Angelegenheit „W.“ nichts gemein.

3. Überdies bedarf der vorstehend unter Ziff. 1. dargestellte Grundsatz dann der Einschränkung, wenn die Parteien nur einen Teil des Verfahrens betreiben, den Prozess im Übrigen aber – wie hier hinsichtlich des Komplexes „Trennungs- und Scheidungsfolgenvereinbarung“ geschehen – übereinstim-

mend zum Ruhen bringen. Die Anordnung des Ruhens eines abgrenzbaren Teils des Verfahrens führt **ähnlich der Insolvenz eines einfachen Streitgenossen zu einer faktischen Trennung der Verfahren, deren Dauer ungewiss ist.** Gerade für diese Fälle aber ist nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (NJW-RR 2003, 1003; BGHZ 148, 214, 216; NJW 1988, 2113; NJW 1987, 2367) eine Entscheidung durch Teilurteil ungeachtet der Gefahr einander widersprechender Entscheidungen geboten.

Es wäre unnötiger und das dem Instanzgericht in § 145 Abs. 1 ZPO eingeräumte Ermessen verkennender Formalismus, in einem solchen Fall – soweit die Voraussetzungen einer Entscheidung nach Lage der Akten gemäß § 251a ZPO nicht vorliegen – zwingend die Abtrennung des von den Parteien nicht verhandelten Prozessteils zu verlangen, zumal dies für die Parteien bei Fortführung des zum Ruhen gebrachten Prozessteils mit erhöhten Gesamtkosten verbunden wäre. Gerade zur Vermeidung unnötiger Prozesskosten muss es dem Instanzgericht möglich sein, unter Aufrechterhalten der Verbindung mehrerer Ansprüche in einem Prozess über den von den Parteien nicht zum Ruhen gebrachten Verfahrensteil durch Teilurteil zu entscheiden.

II. Ohne Erfolg wendet sich der Kläger gegen die Abweisung seines Feststellungsantrags. Denn seine etwaigen Schadenersatzansprüche gegen die Beklagten aus deren ihn beratender und betreuender Tätigkeit im Komplex „W.“ sind jedenfalls verjährt. Die Beklagten sind deswegen berechtigt, die Leistung zu verweigern (§ 214 Abs. 1 BGB).

1. Für die Verjährung eines Ersatzanspruchs des Klägers aus positiver Vertragsverletzung ist **§ 51a WPO a.F.** maßgebend. Nach dieser – mit Wirkung vom 1.1.2004 aufgehobenen – Vorschrift verjährte der Anspruch des Auftraggebers auf Schadenersatz aus dem zwischen ihm und dem Wirtschaftsprüfer bestehenden Vertragsverhältnis in fünf Jahren von dem Zeitpunkt an, in dem der Anspruch entstanden ist.

a) Ungeachtet der zwischen den Parteien streitigen Frage, ob den Beklagten die umfassende Verwaltung des klägerischen Vermögens übertragen war oder ob sie nur in Einzelbereichen aufgrund jeweils gesonderter Aufträge für ihn tätig waren, ist § 51a WPO a.F. auf das Vertragsverhältnis der Parteien anzuwenden:

aa) Diese Vorschrift bezieht sich bereits nach ihrem Wortlaut auf alle Verträge, in denen sich ein Wirtschaftsprüfer zu einer Leistung verpflichtet, die zum Berufsbild des Wirtschaftsprüfers gehört (BGHZ 100, 132; 78, 335). Die von den Beklagten im Komplex „W.“ übernommenen Aufgaben sind zumindest teilweise selbst dann dem Berufsbild des Wirtschaftsprüfers zuzuordnen, wenn die Beklagten über den Komplex „W.“ hinaus **auch in die Verwaltung des übrigen Vermögens des Klägers eingebunden** waren.

Es kann hier dahingestellt bleiben, ob die in § 2 WPO unter der Überschrift „Inhalt der Tätigkeit“ aufgeführten Merkmale das Berufsbild des Wirtschaftsprüfers abschließend beschreiben (dagegen allerdings zur früheren Fassung der

Norm unter Hinweis auf die geschichtliche Entwicklung und die Verkehrsauffassung: BGHZ 100, 132). **Denn in § 2 Abs. 3 Nr. 2 WPO sind unter den Tätigkeiten, zu denen der Wirtschaftsprüfer befugt ist, auch die Beratung in wirtschaftlichen Angelegenheiten und das Wahren fremder Interessen aufgeführt.** Unstreitig war den Beklagten im Komplex „W.“ die wirtschaftliche Beratung des Klägers und das Wahren seiner Interessen übertragen; die ihnen eingeräumte Befugnis zu selbstständigem Handeln trug sogar **Züge einer Treuhand** (§ 2 Abs. 3 Nr. 3 WPO), wenngleich sie lediglich im Namen des Klägers und nicht – wie es ein Treuhandverhältnis erfordern würde – sogar im eigenen Namen verfügen konnten.

bb) Für die § 51a WPO a.F. entsprechende Rechtslage der Anwaltschaft (bis zur Neuregelung des Verjährungsrechts 2004) entspricht es der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und der ganz hohen Meinung, dass § 51b BRAO a.F. auch dann eingreift, wenn der Rechtsanwalt nicht ausschließlich rechtsberatend und -vertretend tätig wird.

Die anwaltstypische Aufgabe, rechtlichen Beistand zu leisten, muss noch nicht einmal der Schwerpunkt der anwaltlichen Tätigkeit sein. Ein Vertrag i.S.d. § 51 BRAO a.F. kann sich auch auf eine anwaltsuntypische Tätigkeit – etwa die eines Maklers – erstrecken, wenn diese in einem engen inneren Zusammenhang mit der rechtlichen Beistandspflicht steht und jedenfalls auch rechtliche Fragen aufwerfen kann. Etwas anderes gilt nur dann, wenn die Rechtsberatung und -vertretung völlig in den Hintergrund tritt und deswegen als unwesentlich erscheint (BGH, NJW 1985, 2642; 1994, 1405; 1998, 3486; 1999, 3040; 2004, 1169; Zuehör, Handbuch der Anwaltschaft 2. Aufl., Rdnr. 1306).

Ein Haftpflichtanspruch gegen einen Rechtsanwalt aus einem Vertrag, der eine anwaltsfremde Tätigkeit in den Vordergrund rückt, verjährt nach damaligem Recht einheitlich nach § 51b BRAO, falls der Anwalt seinem Auftraggeber auch in nennenswertem, nicht ganz unwesentlichem Umfang rechtlichen Beistand zu leisten hatte (Zuehör, a.a.O.). Auch in Zweifelsfällen war vom Vorliegen eines Anwaltsvertrages auszugehen.

cc) Diese Grundsätze beanspruchen Gültigkeit auch für die – bis auf die mit fünf Jahren längere Verjährungsdauer – vergleichbar gestaltete Verjährungsregelung für Wirtschaftsprüfer in § 51a WPO a.F. Wie bei der Beauftragung eines Anwalts erwartet auch derjenige, der einen Wirtschaftsprüfer mit einer für diesen untypischen Aufgabe betraut, dass dieser bei seiner gesamten Tätigkeit auch die wirtschaftlichen Belange des Auftraggebers i.S.d. § 2 Abs. 3 Nr. 2 WPO wahren werde. Die von dem Kläger behauptete Einbindung der Beklagten in die Verwaltung seines gesamten Vermögens ist – nach dem Vortrag des Klägers – vor dem Hintergrund positiver Erfahrungen mit der Beratung durch die Beklagten bei Veräußerung der Geschäftsanteile an der K.-KG erfolgt. **Dies zeigt, dass den Beklagten ihre Verwalteraufgabe gerade mit Rücksicht auf ihre berufsspezifische Sachkunde und Erfahrung auf betriebswirtschaftlichem Gebiet übertragen worden ist** (vgl. zu § 2 Abs. 3 Nr. 3 WPO: BGH, NJW 2007, 1130).

dd) Die Anwendung der genannten Grundsätze hat zur Konsequenz, dass sich die Verjährung etwaiger Schadenersatzansprüche des Klägers aus dem Geschäftsbesorgungsverhältnis der Parteien nach § 51a WPO a.F. richtet, auch wenn die Verwaltungstätigkeit der Beklagten den Rahmen des § 2 WPO überschritten haben sollte und sogar – wie noch auszuführen sein wird – die Grenzen erlaubter Rechtsberatung (Art. 1 § 1 RBerG) überschritt. Auf die vom Landgericht für maßgeblich gehaltene Frage, ob die Beklagten als umfassende „Vermögensverwalter“ eingesetzt waren, kommt es danach ebenso wenig an wie auf die vom Kläger als indizielle Tatsache für den Charakter des den Beklagten erteilten Auftrags behauptete Alkoholkrankheit.

b) Spätestens mit Abschluss des Vergleichs vom 1.12.1998 war der letzte mit der Feststellungsklage geltend gemachte Schaden entstanden, ohne dass es auf die Kenntnis des Klägers von der Schadenentstehung ankäme. Die Verjährung des vertraglichen Schadenersatzanspruchs beginnt, wenn der Schaden wenigstens dem Grunde nach entstanden ist, mag seine Höhe auch noch nicht beziffert werden können. Das trifft zu, sobald durch die Verletzungshandlung eine als Schaden anzusehende Verschlechterung der Vermögenslage eingetreten ist, ohne dass feststehen muss, ob der Schaden bestehen bleibt und damit endgültig wird, oder ob mit der nicht fernliegenden Möglichkeit weiterer, noch nicht erkennbarer, adäquat verursachter Nachteile bei verständiger Würdigung zu rechnen ist (BGH, NJW-RR 2006, 280; NJW 1993, 1320 für die Anwaltschaft nach § 51 BRAO a.F.; Zuehör, a.a.O., Rdnr. 1047).

Für die von dem Kläger behaupteten rechtlichen Nachteile aus dem Verzicht auf sein Rücktrittsrecht ist eine solche Verschlechterung seiner Vermögenslage mit Zugang der Verzichtserklärung vom 23.12.1996 der Beklagten zu 1) und 2) eingetreten. Soweit sich durch die nachfolgenden von den Beklagten zu 1) bis 3) geführten Vergleichsverhandlungen mit der R.-GmbH und den Abschluss des Vergleichs überhaupt weitere Verschlechterungen der Vermögenslage des Klägers ergeben haben, war der Schaden jedenfalls mit Vergleichsabschluss am 1.12.1998 dem Grunde nach entstanden. Die sich anschließende Verjährungsfrist von fünf Jahren ist ohne Eintritt eines Unterbrechungs- oder Hemmungstatbestandes Anfang Dezember 2003 abgelaufen. Gleichwohl ist die Klage erst im Dezember 2004 anhängig gemacht worden.

c) Die für Steuerberater und Rechtsanwälte entwickelte **Sekundärhaftung ist von der Rechtsprechung für Wirtschaftsprüfer nicht anerkannt** (OLG Düsseldorf, GI 2000, 270; vgl. auch BGH, NJW 1995, 3248, 3251 sub Nr. III.). Dem folgt der Senat. Denn die **Verjährungsfrist der Wirtschaftsprüferhaftung ist mit fünf Jahren erheblich länger** als die dreijährige Verjährungsfrist für Anwälte und Steuerberater (ebenso Zuehör, Beraterhaftung nach der Schuldrechtsreform, Rdnr. 286). In seiner Entscheidung zur Verjährung der Wirtschaftsprüferhaftung vom 11.3.1987 (BGHZ 100, 132, 136 a.E.) hat der Bundesgerichtshof eine Sekundärhaftung des Wirtschaftsprüfers und eine sich hieraus ergebende Verdoppelung der Verjährungsfrist noch nicht einmal erwogen.

d) Eine andere Beurteilung rechtfertigt sich im Ergebnis auch dann nicht, wenn zugunsten des Klägers im Hinblick auf die von den Beklagten entfaltete (unerlaubte) Rechtsberatung die Verjährungsvorschriften der BRAO zugrunde gelegt würden (vgl. dazu BGH, NJW 1981, 401 f sub Nr. 3.). Denn der Anspruch des Auftraggebers auf Schadenersatz aus dem zwischen ihm und dem Rechtsanwalt bestehenden Vertragsverhältnis verjährte nach § 51b BRAO a.F. in drei Jahren von dem Zeitpunkt an, in dem der Anspruch entstanden war, spätestens jedoch in drei Jahren nach der Beendigung des Auftrags.

Ausgehend von fiktiven Anwaltsmandaten war das zeitlich letzte Mandat – nämlich das Mandat zum Abschluss eines Vergleichs mit der R.-GmbH – spätestens mit der durch Schreiben der Beklagten vom 6.1.1999 erfolgten Mitteilung über den Abschluss des Vergleichs nebst Übersendung des Vergleichsvertrages und zugehöriger Urkunden beendet. Die dreijährige Verjährungsfrist für einen Regressanspruch aus Anwaltsrecht wäre danach, da Unterbrechungs- oder Hemmungstatbestände nicht eingetreten sind, Anfang Januar 2002 abgelaufen. Dies gilt im Übrigen auch für die Verjährung des Sekundäranspruchs, weil sie ebenfalls vom Mandatsende abhängig ist (vgl. BGH, NJW 1985, 2250; Zugehör, a.a.O., Rdnr. 1404).

2. Etwaige **Ansprüche des Klägers aus Delikt – § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. Art. 1 §§ 1 und 8 RBerG – sind nach Ablauf der Verjährungsfrist des § 51a WPO a.F. ebenfalls verjährt.**

a) Begründet ein schadenstiftendes Verhalten Schadenersatzansprüche sowohl aus Vertrag wie auch aus unerlaubter Handlung, so ist zwar regelmäßig **jeder Anspruch bezüglich seiner Voraussetzungen und seiner Durchsetzung selbstständig zu beurteilen**; das gilt auch für die Verjährung. **Anders** ist das jedoch dann, wenn die vertragliche Haftung **gesetzliche Besonderheiten aufweist, die nach ihrem Zweck eine erschöpfende Regelung darstellen und sich daher auch auf die deliktischen Ansprüche auswirken** (BGH, NJW 1987, 2008; NJW 1992, 1679; NJW 1998, 2282; Zugehör, a.a.O., Rdnr. 1439).

b) Zweck der Regelung des § 51a WPO a.F. ist es jedenfalls auch, den Wirtschaftsprüfer vor einer langen Bedrohung durch Schadenersatzansprüche infolge etwaiger Pflichtverletzungen bei Ausübung seines Berufes zu schützen. Mit der in Rechtsprechung und Schrifttum zur Anwaltschaftung zum Verhältnis von § 852 BGB a.F. und § 51b BRAO a.F. ganz überwiegend vertretenen Auffassung ist deshalb davon auszugehen, **dass zumindest ein fahrlässig begangenes Delikt gegen den Mandanten, das gleichzeitig eine Verletzung des Wirtschaftsprüfervertrages darstellt, allein nach der berufsrechtlichen Regelung verjährt** (vgl. zur Anwaltschaftung OLG Hamm, NJW-RR 2001, 1142; Borgmann, Anwaltschaftung 4. Aufl., S. 345; Rinsche u.a., Die Haftung des Rechtsanwalts 7. Aufl., Rdnr. 969 ff; Zugehör, Handbuch der Anwaltschaftung 2. Aufl., Rdnr. 1439 ff m.w.N.).

Ob dies bei vorsätzlicher Schädigung des Mandanten durch den Wirtschaftsprüfer anders zu beurteilen ist (vgl. Zugehör, a.a.O., Rdnr. 1440), kann dahinstehen, da für ein solches

Verhalten der Beklagten genügende Anhaltspunkte nicht ersichtlich sind. Eine andere Beurteilung rechtfertigt sich überdies nicht aus der Rechtsprechung des BGH zu Prospekthaftungsansprüchen (vgl. BGHZ 126, 166), da sich diese Rechtsprechung ausdrücklich auf das Fehlen einer vertraglichen oder persönlichen Beziehung zwischen Anlegern und dem prospektverantwortlichen Wirtschaftsprüfer stützt. Eine solche Sonderverbindung bestand hier aber.

III. Der Berufungsantrag zu 2) hat hingegen in Höhe eines Teilbetrags von 18.952,12 EUR Erfolg. Die Beklagte zu 1) ist wegen **Verstoßes gegen Art. 1 Abs. 1 RBerG aus § 812 Abs. 1 Satz 1 1. Alt. BGB zur Rückzahlung des Honorars** in dieser Höhe verpflichtet, da sie es für unerlaubte Rechtsberatung/-besorgung erhoben hat.

1. Für dem Kläger erteilte unerlaubte Rechtsberatung hat die Beklagte zu 1) Honorarzählungen des Klägers (nur) in Höhe von 18.952,12 EUR erlangt. Die diesen Betrag übersteigende Rückforderungsklage ist bereits unschlüssig. Denn den im Senatstermin vorgelegten Anlagen zu den Rechnungen vom 26.3.1997, 1.7.1998 und 28.7.1998 (Leistungsnachweise) ist zu entnehmen, dass lediglich die nachstehend aufgeführten **Teilbeträge jener Rechnungen auf Rechtsberatung entfallen**, sie im Übrigen aber keine durch das Rechtsberatungsgesetz erfassten Gegenstände betreffen.

Der in den Leistungsnachweisen niedergelegten Zuordnung der aufgelisteten Einzeltätigkeiten hinsichtlich ihrer unterschiedlichen Gegenstände (Allgemeine Rechtsberatung; allgemeine betriebswirtschaftliche Beratung; Finanz, Versicherung; Feststellung steuerpflichtiger Einkünfte etc.) ist der Kläger nicht entgegengetreten. Unter Berücksichtigung der sich hieraus ergebenden Differenzierung ist die Klageforderung (Klageantrag zu 2)) nur in folgender Höhe schlüssig:

Rg. vom 26.03.1996	318,75 + 15 % =	366,56 DM
Rg. vom 26.03.1997	3.450,00 + 15 % =	3.967,50 DM
Rg. vom 01.07.1998	2.662,50 + 15 % =	3.061,87 DM
Rg. vom 28.07.1998	(230,00 + 9.440) + 16 % =	11.217,20 DM
Rg. vom 21.04.1999	9.287,50 + 16 % =	10.773,50 DM
Rg. vom 09.10.1995		
(Gesellschaftsvertrag)	3.350,00 + 15 % =	3.852,50 DM
Rg. vom 04.04.2000		
(Güterrecht)	3.300,00 + 16 % =	3.828,00 DM
Summe:		37.067,13 DM

Dies entspricht 18.952,12 EUR.

Die Ausführungen des Klägers im nachgelassenen Schriftsatz vom 13.9.2007 rechtfertigen keine für ihn günstigere Beurteilung. Soweit er dort hinsichtlich der Anlagen Nr. 3 bis 6 auf weitere unter dem jeweils gleichen Rechnungsdatum erstellte Honorarrechnungen verweist, übersieht dies die aus den Rechnungen ersichtlichen Zuordnungskennzeichen. Die von den Beklagten vorgelegten Leistungsnachweise zu ihren Rechnungen vom 26.3.1997, 1.7.1998 und 28.7.1998 sind durch das jeweils gleich lautende Betreff „Mandant 69802“ genau denjenigen Rechnungen zugeordnet, auf deren Bezahlung der Kläger seinen Rückforderungsanspruch stützt.

Die von ihm nunmehr vorgelegten – unter gleichem Datum gefertigten – weiteren Rechnungen tragen hingegen den Betreff „Mandant 69800“ und sind deswegen jenen Leistungsnachweisen nicht zuzuordnen.

Deshalb hat es hinsichtlich des Klageantrags zu 3) (Zahlungsklage), soweit durch das angefochtene Teilurteil über diesen Antrag bereits entschieden worden ist (in Höhe von 31.041,76 EUR), bei der Klageabweisung zu verbleiben. Abzuweisen war der Zahlungsantrag danach in Höhe von 31.041,76 EUR – 18.952,12 EUR = 12.089,64 EUR.

2. Die Beklagte zu 1) hat die Honorarzahlen von 18.952,12 EUR ohne Rechtsgrund erlangt. Denn die von ihr in Ausführung der ihr übertragenen Geschäftsbesorgung ausgeübte Rechtsberatung und sonstige Rechtsbesorgung verstieß gegen das **Verbot des Art. 1 § 1 RBERG**.

a) Von der in dieser Norm geregelten Erlaubnispflicht werden Tätigkeiten erfasst, die darauf gerichtet und geeignet sind, konkrete fremde Rechte zu verwirklichen oder konkrete Rechtsverhältnisse zu gestalten (BGH, NJW 2007, 1130; NJW 2003, 3046; MDR 1988, 26; MDR 2000, 178). Aber nicht jede fremde und geschäftsmäßig ausgeübte Rechtsbesorgung ist deshalb schon erlaubnispflichtig.

Ob erlaubnispflichtige Rechtsbesorgung oder eine erlaubnisfreie Geschäftsbesorgung vorliegt, **hängt wesentlich davon ab, ob der Kern und der Schwerpunkt der zu entfaltenden Tätigkeit auf der Ebene der Rechtsbesorgung oder der der wirtschaftlichen Beratung liegt, so dass die mit ihr verbundene Rechtsbesorgung als Hilfs- und Nebengeschäft erscheint** (BGH, NJW 1999, 1715; BB 2002, 1510). Denn jede Beratung auf wirtschaftlichem Gebiet wird auch auf der Ebene des Rechts reflektiert, weil nahezu alle Lebensbereiche rechtlich durchdrungen sind.

Spielt sich deshalb im Rahmen wirtschaftlicher Beratung Rechtsbesorgung in jedermann geläufigen Formen ab, stellt sie, weil sie schon ihrer Art nach nicht mehr als Betätigung auf rechtl. Gebiet empfunden wird, keine erlaubnispflichtige Rechtsbesorgung dar (BGH, MDR 1987, 908; 1995, 865; 2000, 1447).

Eine nach dem Rechtsberatungsgesetz erlaubnispflichtige Rechtsbesorgung liegt hingegen vor, wenn die ordnungsgemäße Erfüllung der Tätigkeit eine umfassende Beratung auf mindestens einem Teilgebiet des Rechts auf der Grundlage von Kenntnissen und Fertigkeiten erfordert, die durch ein Studium oder durch langjährige Berufserfahrung vermittelt werden (BGH, NJW 2003, 3046).

b) **Konkrete fremde Rechtsverhältnisse** werden insbesondere auch durch den **Abschluss von Verträgen** geschaffen und gestaltet, die von einem Geschäftsbesorger im Namen eines Dritten abgeschlossen werden. Nicht minder stellt das Tätigwerden des Geschäftsbesorgers im Außenverhältnis zur **Durchsetzung vertraglicher Ansprüche gegenüber Geschäftspartnern** fraglos die Besorgung fremder Rechtsverhältnisse dar. Beides ist hier unstreitig in vielfältiger Weise geschehen.

So hat die Beklagte zu 1) (handelnd durch den Beklagten zu 2) oder den Beklagten zu 3)) – beispielhaft –:

- den Gesellschaftsvertrag der „W. GbR“ erstellt (Honorarrechnung vom 9.10.1995 über netto 3.350 DM),
- den Pachtergänzungsvertrag vom 26.6.1996 und
- den Vergleichsvertrag vom 1.12.1998 vorbereitet

sowie mit den Finanzierungsinstituten und der Vertragspartnerin R.-GmbH namens des Klägers korrespondiert und zur Verwirklichung seiner Ansprüche verhandelt. Die von der Beklagten zu 1) geleistete Rechtsberatung (**Entwurf eines Gesellschaftsvertrages**) erreichte ersichtlich Dimensionen, die ein juristisches Hochschulstudium notwendig voraussetzte.

c) Die von der Beklagten zu 1) ausgeübte Rechtsbesorgung war auch nicht durch die **Ausnahmevorschrift des Art. 1 § 5 Nr. 2 RBERG** gedeckt.

aa) Nach dieser Bestimmung steht der Erlaubniszwang des Rechtsberatungsgesetzes dem nicht entgegen, dass öffentlich bestellte Wirtschaftsprüfer in Angelegenheiten, mit denen sie beruflich befasst sind, auch die rechtliche Bearbeitung übernehmen, **soweit diese mit den Aufgaben des Wirtschaftsprüfers in unmittelbarem Zusammenhang steht** und diese Aufgaben ohne die Rechtsberatung nicht sachgemäß erledigt werden können.

Diese Ausnahmevorschrift **bezweckt**, Berufe, die sich sachgerecht nicht immer ohne gleichzeitige Rechtsberatung oder sonstige Rechtsbesorgung ausüben lassen, von dem Erlaubniszwang des Art. 1 § 1 RBERG freizustellen. Die Ausübung solcher Berufe soll nicht deshalb unmöglich gemacht oder doch unangemessen erschwert werden, weil mit ihnen nach ihrer Eigenart eine rechtliche Tätigkeit verbunden ist. Dabei muss es sich um eine Hilfs- oder Nebentätigkeit handeln, die sich im Rahmen der eigentlichen Berufsaufgabe vollzieht und deren Zweck dient, ohne dass sie untergeordnet zu sein braucht.

Die Rechtsbesorgung darf jedoch nicht selbstständig neben die anderen Berufsaufgaben treten oder gar im Vordergrund stehen. Die Ausnahmeregelung setzt demnach voraus, dass der Unternehmer überhaupt zwei Geschäfte besorgt, und zwar ein zu seiner eigentlichen Berufsaufgabe gehörendes Hauptgeschäft, das keine Rechtsbesorgung darstellt, und ein notwendiges Hilfsgeschäft, das an sich nach Art. 1 § 1 RBERG erlaubnispflichtig ist. Wird die Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten als Hauptgeschäft oder einziges Geschäft betrieben, so entfällt, wenn die notwendige Erlaubnis fehlt, ohne Weiteres die Möglichkeit einer Anwendung des Art. 1 § 5 RBERG. Dasselbe gilt, wenn die Rechtsbesorgung selbstständiger Gegenstand eines Auftrags ist (BGH, NJW 2007, 1130; BGHZ 145, 265, 272 m.w.N.).

bb) Unter Anlegung dieser Maßstäbe des Bundesgerichtshofs hat die Beklagte zu 1) die Grenzen jener Ausnahmevorschrift hier deutlich überschritten. Der Gesetzgeber hat die originären Aufgaben des Wirtschaftsprüfers in § 2 Abs. 1 WPO erschöpfend festgelegt (vgl. Chemnitz/Johnigk, RBERG

11. Aufl., Art. 1 § 5 Rdnr. 577 ff). Hiernach haben Wirtschaftsprüfer die berufliche Aufgabe, betriebswirtschaftliche Prüfungen, insbesondere solche von Jahresabschlüssen wirtschaftlicher Unternehmer, durchzuführen und Bestätigungsvermerke über die Vornahme und das Ergebnis solcher Prüfungen zu erteilen. Damit ist klargestellt, dass die **Rechtsbesorgung einem Wirtschaftsprüfer nur in unmittelbarem Zusammenhang mit einer betriebswirtschaftlichen Prüfung erlaubt sein kann** (OLG Frankfurt, OLGR 2005, 584; Chemnitz/Johnigk, a.a.O., Rdnr. 580; Rennen/Calibe, RBERG 3. Aufl., Art. 1 § 5 Rdnr. 60 f). Ein solcher Zusammenhang ist im Streitfall jedoch nicht gegeben.

Das Entwerfen von Gesellschaftsverträgen und notariellen Verträgen stellt ebenso wenig ein notwendiges Hilfsgeschäft der Wirtschaftsprüfertätigkeit i.S.d. § 1 Abs. 3 Nr. 2 und 3 WPO dar wie das Geltendmachen von Ansprüchen gegenüber Vertragspartnern. So hat die Rechtsprechung (OLG Koblenz, NJW-RR 1998, 1675) eine **verbotene Rechtsberatung durch Wirtschaftsprüfer in der Überarbeitung eines Gesellschaftsvertragsentwurfs gesehen**. Ebenso hat das Oberlandesgericht Stuttgart (ZIP 2006, 2364) **die Aufnahme eines Kredits durch einen Wirtschaftsprüfer namens des Auftraggebers als Verstoß gegen das Rechtsberatungsgesetz beurteilt**.

Auch § 2 Abs. 3 WPO, der die Befugnisse der Wirtschaftsprüfer dahin erweitert, in wirtschaftlichen Angelegenheiten zu beraten und fremde Interessen zu wahren (Nr. 2) sowie treuhänderisch zu verwalten (Nr. 3), rechtfertigt hier keine andere Beurteilung. Weil hierdurch der Aufgabenbereich der Wirtschaftsprüfer nach § 2 Abs. 1 WPO nicht ausgedehnt wird, können die in § 2 Abs. 3 WPO genannten Tätigkeiten den Anwendungsbereich der erlaubnisfreien Rechtsbesorgung nach Art. 1 § 5 RBERG auch nicht erweitern (OLG Frankfurt, a.a.O.; Chemnitz/Johnigk, a.a.O., Rdnr. 583.1).

d) Eine andere Beurteilung begründet sich schließlich auch nicht daraus, dass die Beklagte zu 1) zur Erfüllung der ihr übertragenen Aufgaben Rechtsanwälte (Rechtsanwalt K. und Rechtsanwalt M.) eingeschaltet hatte. Die unerlaubte Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten wird nicht dadurch gerechtfertigt, dass sich der Berater dabei der **Hilfe eines Rechtsanwalts** bedient. **Wer fremde Rechtsangelegenheiten besorgt, muss dazu in eigener Person befugt sein** (BGH, NJW 1987, 3003; NJW-RR 1997, 564; a.A.: Kleine-Cosack, Rechtsberatungsgesetz 2002, Art. 1 § 1 Rdnr. 68 ff).

Dies ist bei der Beklagten zu 1) als Wirtschaftsprüfer- und Steuerberatergesellschaft in der Rechtsform einer KG nicht gegeben. Ihr kommt auch nicht das Privileg des Art. 1 § 3 Nr. 2 RBERG zugute, da sie keine Rechtsanwaltsgesellschaft im Sinne dieser Norm ist. Auch die Tätigkeit des Beklagten zu 3) als Rechtsanwalt ändert hieran nichts, **da es Voraussetzung für die Anwendung des Art. 1 § 3 Nr. 2 RBERG ist, dass der Rechtsanwalt seine Tätigkeit als freier Anwalt ausgeübt hat** (vgl. Chemnitz/Johnigk, a.a.O., Art. 1 § 3 Rdnr. 379; Rennen/Calibe, a.a.O., Art. 1 § 3 Rdnr. 34). Dies war bei dem damals als Angestellten und Kommanditisten der Beklagten zu 1) tätigen Beklagten zu 3) nicht der Fall.

3. Dem Anspruch des Klägers aus § 812 Abs. 1 Satz 1 1. Alt. BGB auf Rückzahlung des von ihm für unerlaubte Rechtsberatung gezahlten Honorars steht nicht ein hiermit zu saldierender Vergütungsanspruch der Beklagten zu 1) aus ungerechtfertigter Bereicherung entgegen.

Zwar hat der Kläger die Rechtsberatungsleistungen der Beklagten zu 1) auf deren Kosten ohne rechtlichen Grund erlangt, sodass die Beklagte zu 1), soweit nicht § 817 Satz 2 BGB entgegensteht, grundsätzlich einen Anspruch auf Wertersatz hat (§§ 812, 818 Abs. 2 BGB), der sich nach der Höhe der üblichen oder hilfsweise nach der angemessenen, vom Kläger ersparten Vergütung richtet (BGH, NJW 2000, 1560). **Die Dienstleistung aufgrund eines nichtigen Geschäftsbesorgungsvertrages ist nicht wertlos, wenn der Leistungsempfänger sonst eine andere – zur Geschäftsbesorgung befugte – Person beauftragt hätte und dieser eine entsprechende Vergütung hätte zahlen müssen** (BGHZ 70, 12).

Diese Abwicklung nach Bereicherungsrecht soll nicht demjenigen, der eine gesetzwidrige Geschäftsbesorgung vornimmt, auf einem Umweg entgegen § 134 BGB doch eine Vergütung verschaffen, sondern **nur verhindern, dass der Empfänger der Leistungen daraus einen ungerechtfertigten Vorteil zieht**. Einer Umgehung dieser Vorschrift soll insbesondere § 817 Satz 2 BGB vorbeugen; **war sich der Leistende bewusst, dass er gegen das gesetzliche Verbot verstieß, so schließt diese Bestimmung einen Bereicherungsanspruch aus** (BGH, NJW 2000, 1560; BGHZ 50, 90; NJW-RR 1992, 1100; NJW 1996, 1954). Für ein solches Wissen der für die Beklagte zu 1) handelnden Beklagten zu 2) und 3) von der Rechtswidrigkeit der dem Kläger erteilten Rechtsberatung ist allerdings hier nichts vorgetragen oder sonst ersichtlich.

Es mag durchaus sein, dass der Kläger infolge der ihm durch die Beklagte zu 1) erteilten Rechtsberatung und -besorgung die Kosten eines ansonsten von ihm beauftragten Rechtsanwalts erspart hat. Dem Sachvortrag der Beklagten ist aber eine zureichende Grundlage zur Feststellung der Höhe der ersparten Vergütung – auch unter Heranziehen von § 287 ZPO – nicht zu entnehmen. Denn die ersparte Vergütung ist nach den Vorschriften der BRAGO a.F. (gültig bis 30.6.2004) in Abhängigkeit vom Gegenstandswert der jeweiligen Angelegenheit, in der die Beklagte zu 1) tätig geworden ist, zu bemessen. Weder die nachfolgend genannten Rechnungen der Beklagten zu 1) noch die von den Beklagten mit Schriftsatz vom 27.8.2007 vorgelegten Leistungsnachweise ergeben aber **Anhaltspunkte für den Gegenstandswert** der dort abgerechneten Angelegenheiten. Die Leistungsnachweise listen durchgängig nur den nach Stundenhonoraren abgerechneten Zeitaufwand für die Rechtsberatung auf; dieser aber ist für die Bemessung der ersparten Vergütung kein tauglicher Anhalt. (...)

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

Steuerberatungsvertrag

- Konkludentes Zustandekommen
- Vertrag mit einer GmbH
- Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten des Geschäftsführers?

(OLG Celle, Urt. v. 30.5.2007 – 3 U 260/06)

Leitsätze:

1. Zum konkludenten Zustandekommen eines Steuerberatungsvertrages.

2. Der Steuerberatungsvertrag mit einer GmbH ist jedenfalls in der Regel kein Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten des GmbH-Geschäftsführers. ■

Zum Sachverhalt:

Der Kläger macht mit seiner Klage Schadenersatzansprüche gegen die Beklagte wegen fehlerhafter steuerlicher Beratung im Zusammenhang mit der Veräußerung von GmbH-Anteilen des Klägers geltend.

Der Kläger war Geschäftsführer der V.-GmbH. Die Beklagte war seit Mitte der 80er-Jahre für die GmbH als Abschlussprüferin und Steuerberaterin tätig.

Ende des Jahres 1989 beschlossen der Kläger und sein Mitgeschäftsführer R., die Anteilmehrheit an der V.-GmbH zu übernehmen. Am 22.12.1989 erwarb der Kläger Geschäftsanteile in Höhe von nominal 759.500 DM, sodass sich aufgrund des Stammkapitals von 4,9 Mio. DM eine Beteiligung von 15,5 % ergab.

1996 wurde die V.-GmbH auf die V.-Vermittlungs-GmbH als übernehmender Rechtsträger verschmolzen. Die V.-Vermittlungs-GmbH wurde in V.-GmbH umfirmiert. Das Stammkapital der neuen V.-GmbH betrug 4,91 Mio. DM.

Durch Erhöhung des Stammkapitals auf 7,91 Mio. DM im Dezember 1996 sank der Anteil des Klägers auf 9,6 %.

Zu Beginn des Jahres 2001 führte der Kläger erste Gespräche mit Vertretern eines US-Unternehmens hinsichtlich der Veräußerung seiner Anteile, wobei der Kläger von der Anwaltskanzlei L. beraten wurde, und zwar durch Rechtsanwalt G.

Mit notariellem Vertrag vom 17.7.2001 veräußerte der Kläger zum 30.9.2001 seine Geschäftsanteile an das US-Unternehmen zu einem Kaufpreis von 2.255.945 DM.

Mit Datum vom 26.7.2004 erließ das Finanzamt O. gegenüber dem Kläger einen Einkommensteuerbescheid für das Jahr 2001, wonach der Kläger aufgrund § 17 EStG Einkommensteuer in Höhe von 435.718 EUR nachzuzahlen hatte. Ein Einspruch gegen den Steuerbescheid blieb ohne Erfolg.

Der Kläger hat gemeint, die Beklagte habe ihn im Zusammenhang mit der Veräußerung der Geschäftsanteile beraten,

und zwar dahingehend, dass Gewinne aus dem Verkauf der Anteile nicht zu versteuern seien.

Der Kläger hat ursprünglich Ersatz eines Schadens in Höhe von 435.718 EUR zzgl. außergerichtlicher Rechtsverfolgungskosten in Höhe von 1.740 EUR geltend gemacht, zuletzt aber nur noch 196.828,17 EUR.

Das Landgericht hat zu der Frage, ob die Beklagte den Kläger beraten habe, den Geschäftsführer der Beklagten als Partei vernommen.

Es hat sodann die Klage als unbegründet abgewiesen. Der Kläger habe nicht darlegen und beweisen können, dass es zwischen ihm und der Beklagten zum Abschluss eines Steuerberatungsvertrages gekommen sei. Die vom Kläger herangezogenen Hilfstatsachen reichten nicht aus, um sichere Rückschlüsse auf den Abschluss eines Vertrages zu ziehen, was die Kammer im Einzelnen ausgeführt hat. Auch ein Schadenersatzanspruch aus einem nicht vertraglichen Gefälligkeitsverhältnis bestehe nicht, § 675 Abs. 2 BGB; es fehle auch an einem Verpflichtungswillen, der ausnahmsweise Schadenersatzansprüche auslösen könnte.

Dagegen wendet sich die Berufung des Klägers, mit der er seinen in erster Instanz zuletzt gestellten Zahlungsantrag weiterverfolgt.

Das Landgericht habe verkannt, dass die Beklagte selbst in ihren Stundennachweisen zu ihren Honorarrechnungen vom 29.6. und 3.8.2001 Steuerberaterleistungen aufgeführt und abgerechnet habe, die ausschließlich steuerliche Interessen des Klägers im Zusammenhang mit dem Verkauf seiner Gesellschaftsanteile betroffen hätten. Die Rechnung der Beklagten vom 3.8.2001 betreffe eine Tätigkeit im Umfang von vier Stunden für ein Gespräch im alleinigen steuerlichen Interesse des Klägers aus Anlass der Veräußerung seiner B.-Anteile. Weiter habe die Kammer auch das Schreiben der Beklagten vom 10.6.2001 übergegangen, welches ebenfalls die steuerliche Beratung im alleinigen Verkäuferinteresse betroffen habe. Es sei auch eine nicht unübliche Vorgehensweise bei Unternehmen, auch Steuerberatungsleistungen, die nur einen äußeren Bezug zum Unternehmen aufweisen, jedoch im alleinigen steuerlichen Interesse eines Gesellschafters liegen, über das Unternehmen abzurechnen.

Der Kläger verweist weiter auf ein Telefax der Beklagten, in dem diese am 11.5.2001 über § 17 EStG informiert habe.

Und selbst wenn Auftraggeber die GmbH gewesen sein sollte, hätte es sich, soweit das Mandat Interessen des Klägers betroffen hätte, um einen Vertrag zugunsten Dritter, zumindest aber mit Schutzwirkung zugunsten Dritter gehandelt.

Die Argumentation der Beklagten von ihrer Befangenheit bzw. berufsrechtlicher Hinderung an der Ausübung einer Tätigkeit für den Kläger träfen nicht zu. Selbst wenn, ändere dies nichts am Erbringen von Leistungen der Beklagten gegenüber dem Kläger.

Die Äußerung des Klägers in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht, sein Steuerberater in Privatangelegenheiten sei damals und bis heute der Steuerberater K., sei nicht dahingehend zu verstehen, dass K. mit der Beratung hinsichtlich des Verkaufs der Geschäftsanteile befasst gewesen wäre. Auf ihr abweichendes Verständnis dieser Aussage hätte die Kammer gemäß § 139 ZPO hinweisen müssen.

Der Aussage des Geschäftsführers B. sei unrichtig. Die Beklagte habe selbst eingeräumt, im Zusammenhang mit der Anteilsveräußerung tätig geworden zu sein, wobei der Anteilskaufvertrag für die Kapitalgesellschaft steuerlich irrelevant gewesen sei. Der Geschäftsführer müsse erneut vernommen werden, um ihm Unterlagen vorhalten zu können.

(Anträge ...)

Die Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil. Hinsichtlich neuen Vortrags rügt sie Verspätung. Sie verweist weiter darauf, dass der Kläger für seine persönlichen Belange zwei Steuerberater gehabt habe. Unzutreffend sei die Annahme des Klägers, die Regelungen zum Übergang vom Anrechnungsverfahren zum Halbeinkünfteverfahren beträfen nicht die Körperschaft. Das Faxschreiben datiere tatsächlich vom 5.11.2001 und damit nach erfolgter Beurkundung der Anteilsveräußerung. Auch in der Angelegenheit B. sei die Beklagte allein für die GmbH tätig geworden. (...)

Die zulässige Berufung des Klägers bleibt in der Sache ohne Erfolg. ■

Aus den Gründen:

1. Zutreffend ist das Landgericht davon ausgegangen, dass das Zustandekommen eines (Steuerberatungs-)Vertrages mit dem Kläger, den die Beklagte durchweg nachdrücklich bestritten hat, seitens des Klägers nicht bewiesen worden ist.

Dass der Kläger nach allgemeinen Grundsätzen **darlegungs- und beweispflichtig** dafür ist, dass ein Vertrag, auf dessen Verletzung der Kläger seine Schadenersatzansprüche stützt, geschlossen worden ist, nimmt auch der Kläger nicht in Abrede.

Unstreitig ist ein **schriftlicher Vertrag nicht geschlossen** worden. Ein Steuerberatungsvertrag kann aber auch **konkludent**, also durch schlüssiges Verhalten der Vertragsparteien, geschlossen werden. Eine solche Annahme setzt aber voraus, dass aufgrund einer umfassenden Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalls das Verhalten des Auftraggebers vom Steuerberater nach Treu und Glauben als entsprechendes Vertragsangebot zu werten ist und sein eigenes nachfolgendes Verhalten als dessen Annahme gedeutet werden darf. **Insoweit sind im Interesse der Rechtssicherheit aber strenge Anforderungen zu stellen** (vgl. *Zugehör, WM-Sonderbeil. Nr. 3/2006, S. 5, Fn. 23 m.w.N.*).

Insoweit fehlen im Vortrag des Klägers schon Angaben dazu, durch welche Erklärungen oder welches tatsächliches Tun Angebot und Annahme erklärt worden sein sollen.

Wie das Landgericht im Einzelnen ausgeführt hat, rechtfertigen allein die vom Kläger bezeichneten **Indizien** keinesfalls den Abschluss eines Steuerberatungsvertrages zwischen den Parteien.

Die **Rechnung** vom 29.6.2001 richtet sich nicht an den Kläger, sondern **an die V.-GmbH**, für die die Beklagte seit vielen Jahren tätig war. Aus dem der Rechnung beigelegten Stundennachweis, der nur stichwortartig die erfasste Tätigkeit der Beklagten bezeichnet, ergibt sich nicht, dass die Beklagte gerade für den Kläger und nicht für die GmbH tätig geworden ist.

Nichts anderes gilt für die weitere Rechnung vom 3.8.2001. Der Kläger legt auch nicht näher dar, woraus er entnimmt, dass es sich insoweit um Beratung gerade für ihn gehandelt haben soll und warum es aus Sicht der GmbH gleichgültig gewesen sein soll, ob und wann Anteile verkauft werden sollen. Gerade die Ansicht des Klägers, die Umstellung vom Anrechnungsverfahren zum Halbeinkünfteverfahren zum Jahreswechsel 2001/2002 sei aus der Sicht der GmbH ohne Bedeutung gewesen, trifft nicht zu. Der Stundennachweis als Anlage zur Rechnung vom 3.8.2001 zeigt, dass die Beklagte sich mit dieser Frage im Hinblick gerade auf die GmbH („intensive Prüfung der Steuersituation V.“) ausführlich beschäftigt hat.

Der Übergang vom Anrechnungsverfahren zum Halbeinkünfteverfahren hat auch für die Körperschaft erhebliche Bedeutung. Wurde im Anrechnungsverfahren die (höhere) Körperschaftsteuer auf die Einkommensteuer des Anteilseigners verrechnet, geht das Halbeinkünfteverfahren dahin, dass Gewinne der Körperschaft nur noch zu einem Teil von dieser, zum anderen Teil aber vom Anteilseigner versteuert werden (§ 8 KStG, § 20 Abs. 1 Nr. 1, 3 Nr. 40 EStG). Auch soweit der Kläger behauptet, die Rechnung vom 3.8.2001 habe eine vierstündige Beratung betreffend die Veräußerung der B.-Anteile des Klägers zum Gegenstand, ergibt sich daraus nicht, dass gerade auf der Grundlage eines besonderen Vertrages nicht die GmbH, sondern der Kläger beraten wurde.

Nichts anderes gilt für das Schreiben der Beklagten an die Rechtsanwälte L., dort Rechtsanwalt Dr. G. Es liegt auf der Hand, dass die Veräußerung der GmbH-Geschäftsanteile des Klägers sowohl die Interessen des Klägers als auch der GmbH berührten. Diesem Umstand hat auch der Gesetzgeber Rechnung getragen. In § 15 Abs. 5 GmbHG ist bestimmt, dass durch den Gesellschaftsvertrag die Abtretung der Geschäftsanteile an weitere Voraussetzungen geknüpft, insbesondere von der Genehmigung der Gesellschaft abhängig gemacht werden kann. **Dies bedeutet aber eben auch, dass eine Beratung durch die langjährige Steuerberaterin der GmbH dieser gegenüber nicht zwingend zu der Annahme führen kann, gleichzeitig sei im Rahmen eines nur konkludent geschlossenen Beratungsvertrages auch der Kläger von der Beklagten beraten worden.**

Es kann dahinstehen, ob es gemäß dem Vortrag des Klägers eine nicht unübliche Vorgehensweise bei Unternehmen ist, dass auch Steuerberatungsleistungen, die nur einen äußeren

Bezug zum Unternehmen aufweisen, tatsächlich aber im steuerlichen Interesse eines Gesellschafters liegen, über das Unternehmen abgerechnet werden. Der Senat kann aus seiner Tätigkeit jedenfalls keine solche Praxis bestätigen, wenn es auch Einzelfälle geben mag. Solche Einzelfälle geben aber für den vorliegenden Sachverhalt nichts her, taugen insbesondere **nicht als Nachweis dafür, dass die an die GmbH adressierten Rechnungen der Beklagten der Adressierung ungeachtet „eigentlich“ eine Tätigkeit für den Kläger betreffen.** Dass der Kläger in die Beratung eingebunden war, ist für sich genommen ebenso selbstverständlich wie im Hinblick auf den Vortrag des Klägers irrelevant, denn eine GmbH kann nicht selbst handeln, sondern wird durch ihre Geschäftsführer vertreten (§ 35 GmbHG).

Ohne Aussagekraft ist auch das erstmals in der Berufungsinstanz vorgelegte Telefax der Beklagten. Der Vortrag des Klägers belegt schon nicht, dass es tatsächlich vom 11.5.2001 (und nicht vom 5.11.2001) datiert. Davon unabhängig gibt das Übersenden eines Gesetzestextes, den sich jedermann auf vielfältige Weise beschaffen kann, selbst wenn die Übersendung nicht an den Kläger in seiner Funktion als Geschäftsführer erfolgt sein sollte und ein Kommentarauszug beiliegte, nichts für die Annahme eines Beratungsvertrages her, zumal es nach der klarstellenden Äußerung des Klägersvertreters in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat nicht einmal ein Anschreiben zu diesem Telefax gibt. Selbst wenn der Kläger gemeint haben sollte, dass damit gerade ihm gegenüber (d.h. nicht in seiner Funktion als Geschäftsführer) die Beklagte eine Leistung erbracht hätte, ergäbe sich aus der Entgegennahme dieser Leistung durch den Kläger noch kein Vertrag (vgl. BGH, NJW 1997, 1982).

2. Der Vertrag zwischen der GmbH und der Beklagten stellt auch weder einen Vertrag zugunsten des Klägers noch einen Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten des Klägers dar.

a) Von vornherein kommt die Annahme **eines echten, berechtigenden Vertrages zugunsten Dritter** nicht in Betracht. Es ist nichts dafür ersichtlich, dass der Kläger als Dritter (und nicht in seiner Funktion als für die GmbH handelnder Geschäftsführer) nach dem übereinstimmenden Willen der Vertragsparteien einen eigenen Anspruch gegen die Beklagte „unmittelbar“ (§ 328 Abs. 1 BGB) hätte erwerben sollen.

Die Beklagte war seit Mitte der 80er-Jahre laufend für die GmbH bzw. deren Rechtsvorgängerin als Abschlussprüferin und Steuerberaterin tätig gewesen. Der Kläger behauptet selbst nicht, dass von Anfang an diese Vertragsbeziehung „ermächtigenden“ Charakter zugunsten des Klägers gehabt hätte. Aber auch später bestand für die Vertragsparteien kein übereinstimmendes Interesse und kein übereinstimmender Wille, dem Kläger, auf dessen Interesse es dabei nicht ankommt, einen eigenen vertraglichen Anspruch gegen die Beklagte entsprechend dem vertraglichen Anspruch der GmbH zu gewähren.

b) Der Vertrag zwischen der Beklagten und der GmbH stellt aber auch **keinen Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter** – hier des Klägers – dar.

Die Praxis hat mehrere Kriterien entwickelt, die den Zweck verfolgen, eine angemessene Begrenzung des Drittschutzes auf bestimmte Personenkreise zu erreichen, nämlich **Leistungsnähe, Gläubignähe und Erkennbarkeit.** Der Dritte muss der Leistung des Schuldners so nahestehen, dass er mehr oder minder zwangsläufig mit ihr in Berührung kommt, was vorliegend allenfalls für einen Teilbereich der Leistung der Beklagten gelten kann. Außerdem muss der Dritte dem Gläubiger so nahestehen, dass dem Gläubiger eine ordnungsgemäße Erfüllung aller Haupt- und Nebenpflichten gegenüber dem Dritten so wichtig ist wie gegenüber sich selbst, insbesondere, weil der Gläubiger für das „Wohl und Wehe“ des Dritten mitverantwortlich ist und diesem Schutz und Fürsorge schuldet. Schließlich muss diese besondere Nähe für den Schuldner erkennbar sein.

Dabei kann von vornherein keinem Zweifel unterliegen, dass Drittschutz nicht jedem gewährt werden kann, der – irgendwie – durch eine mangelhafte Vertragserfüllung beeinträchtigt wird. Für den Steuerberater wie für den Rechtsanwalt gilt insoweit, dass gegenüber dem Dritten, anders als gegenüber dem Mandanten, kaum eine Möglichkeit rechtsgeschäftlicher Haftungsbeschränkung besteht, andererseits aber Haftungsrisiken entstehen, ohne dass diesen Gebührenansprüche korrespondieren. Ob im Einzelfall ein Vertrag als ein solcher „mit Schutzwirkung für Dritte“ ausgelegt werden kann, bedarf mithin sorgfältiger Prüfung schon deshalb, weil sich für den Schuldner daraus eine nicht vereinbarte **Haftungserweiterung ergibt, die eines rechtfertigenden Grundes bedarf.**

Die „Wohl und Wehe“-Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs passt auf das Verhältnis von Kapitalgesellschaft und Gesellschafter von vornherein nicht. Es müsste nämlich die GmbH „sozusagen für das Wohl und Wehe des Dritten“ mitverantwortlich sein, weil deren Schädigung auch ihn trifft, indem sie ihm gegenüber zu Schutz und Fürsorge verpflichtet ist (vgl. BGHZ 51, 91, 96), was am ehesten für die familienrechtliche Unterhalts- und Fürsorgepflicht gilt, nicht aber für das Verhältnis der GmbH zu ihren Gesellschaftern und Geschäftsführern. Der Bundesgerichtshof hat nicht nur darauf hingewiesen, dass die Ausweitung vertraglicher Sorgfaltspflichten über den Kreis der Vertragsparteien hinaus von vornherein nur in engen Grenzen in Betracht kommen kann; er hat darüber hinausgehend betont, dass bei bloßen Sach- und Vermögensschäden ein besonders strenger Maßstab zu gelten hat (BGH, NJW 1968, 1929, 1931).

Dem Kläger ist auch im Hinblick auf die mündliche Verhandlung lediglich einzuräumen, dass der Bundesgerichtshof den Anwendungsbereich des drittschützenden Vertrages nicht mehr strikt auf die „Wohl und Wehe“-Fälle beschränkt, auch wenn die Wurzeln dieser Rechtsprechung insbesondere im Bereich der Miet- und Beförderungsverträge liegen und dort die Notwendigkeit, den Anwendungsbereich deliktsrechtlicher Vorschriften, insbesondere des § 831 BGB, einzuschränken, am größten ist. Von irgendeiner Notwendigkeit der Einbeziehung des Klägers in den Schutzbereich des Vertrages zwischen der GmbH und der Beklagten kann freilich keine Rede sein.

Anders als dies etwa für den minderjährigen Sohn eines Mieters gilt, konnte der Kläger ohne Weiteres selbst einen Steuerberatungsvertrag schließen und auf diese Weise seine Interessen wahren. Er hat doch auch selbst vorgetragen, einen „eigenen“ Steuerberater zu haben.

Der **Bundesgerichtshof ist in letzter Zeit zunehmend zurückhaltend** damit, Dritte in den Schutzbereich eines Vertrages einzubeziehen, insbesondere dort, wo es lediglich um Vermögensschäden geht. In einem Urteil vom 6.4.2006 (III ZR 256/04) spricht er im Zusammenhang mit der Dritthaftung von Wirtschaftsprüfern für falsche Testate ausdrücklich von einer „restriktiven“ Anwendung der Grundsätze der vertraglichen Dritthaftung. Hohe Anforderungen an eine Einbeziehung Dritter in den Schutzbereich eines Vertrages finden sich auch in einem weiteren Urteil vom 15.12.2005 (III ZR 424/04).

Das vom Kläger in seiner Berufungsbegründung angeführte Urteil des Bundesgerichtshofs vom 29.9.1982 (*NJW* 1983, 1053) trifft keine Aussage, aus der der Kläger für sich etwas herleiten könnte. Es ging dort gerade darum, dass eine Kapitalgesellschaft einen Steuerberater beauftragt hatte, damit der Anfall von Steuern bei den Gesellschaftern vermieden würde. Im unstreitigen Teil des Tatbestandes heißt es ausdrücklich, dass der Beklagte in einem Gutachten die Möglichkeiten aufzeigen sollte, wie die Darlehen der Gesellschaft an ihre Gesellschafter ohne steuerlichen Nachteil für die GmbH und ihre Gesellschafter zurückgeführt werden könnten.

Es ist aber nicht ersichtlich und auch nicht substantiiert vorgetragen, **dass der Inhalt des Vertrages zwischen der GmbH und der Beklagten gerade oder auch nur neben anderen Aufgaben dazu gedient hätte, den Anfall von Steuern beim Kläger zu vermeiden.** In der genannten Entscheidung hat der Bundesgerichtshof gerade nicht ausgesprochen, dass der steuerliche Berater einer Kapitalgesellschaft auch die steuerlichen Belange der Gesellschafter im Auge behalten müsse.

Ansprüche aus einem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter müssen daher vorliegend ausscheiden (s. auch *Senat, WM* 2007, 740, 741).

3. Um die Frage berufsrechtlicher Implikationen geht es vorliegend nicht. Selbst wenn die Beklagte aus (berufs-)rechtlichen Gründen nicht an der Begründung eines Beratungsvertrages mit dem Kläger gehindert gewesen sein sollte, sagt dies nicht das Mindeste darüber aus, ob tatsächlich auch ein solcher Vertrag zustande gekommen ist. Ausführungen zum Berufsrecht bzw. zu einer „Befangenheit“ der Beklagten (etwa nach § 49 WPO) sind daher entbehrlich.

4. Es kommt auch nicht darauf an, ob und in welchen Angelegenheiten sich der Kläger anderweitig steuerrechtlich hat beraten lassen. In der mündlichen Verhandlung hat der Kläger persönlich erklärt, sein Steuerberater in Privatangelegenheiten sei damals der Steuerberater K. gewesen und sei dies bis heute. Ob dieser Steuerberater oder ein Dritter den Kläger wegen der Veräußerung seiner GmbH-Anteile beraten hat, kann dahingestellt bleiben.

Selbst wenn dies nicht der Fall gewesen sein sollte, ergäbe sich daraus nicht, dass aus diesem Umstand auf einen Beratungsvertrag zwischen den Parteien geschlossen werden könnte. Man mag die Auffassung vertreten, dass es nicht sehr wahrscheinlich ist, dass sich der Kläger schon wegen der wirtschaftlichen Bedeutung der Sache gar nicht steuerrechtlich hat beraten lassen. Die Indizwirkung eines solchen Umstandes ist freilich ganz gering, sodass daraus keinesfalls auf den Abschluss des vom Kläger behaupteten Vertrages geschlossen werden kann. (...) ■

Steuerberaterhaftung

- Kalkulationsschaden des Mandanten
 - USt. 16 %
 - Darlegungslast
 - Offenlegung der Kalkulation
 - Vergleichsrechnung
- (LG Erfurt, Urt. v. 7.6.2007 – 2 S 212/06)

Leitsätze (d. Red.):

1. Eine zu entrichtende Steuer begründet keinen Schaden.
2. Ein Kalkulationsschaden verlangt die Offenlegung der in dem Nachzahlungszeitraum getätigten Warengeschäfte und die Vorlage einer Vergleichsrechnung. ■

Aus den Gründen:

Die zulässige, insbesondere form- und fristgerecht eingelegte und begründete Berufung ist in der Sache ohne Erfolg.

Das Amtsgericht hat die Klage zu Recht und mit zutreffender Begründung abgewiesen. Ein Schadenersatzanspruch des Klägers aus einem mit der Beklagten geschlossenen Steuerberatungsvertrag wegen Falschberatung durch einen ihrer vorgeblichen Mitarbeiter scheitert bereits daran, dass der Kläger einen Schaden trotz gerichtlichen Hinweises nicht ausreichend dargetan hat. Ein solcher Schaden kann nicht, wie beantragt, in der Summe der Steuernachforderung des Finanzamts in Höhe von insgesamt 3.837,36 EUR bestehen, denn der Kläger hätte unabhängig von der Beratung durch einen Steuerberater und des Ergebnisses dessen Auskünfte, die vom Finanzamt verlangte Steuer für die von ihm getätigten Warengeschäfte entrichten müssen.

Die Höhe der zu entrichtenden Steuer ist gesetzlich vorgeschrieben und vermag sich nicht als Schaden im Rechtssinne darzustellen, mit anderen Worten, der Kläger hätte die nunmehr zu entrichtende Steuer mit oder ohne Falschberatung sowieso zu entrichten gehabt. Ein möglicher Schaden des Klägers kann **allenfalls in einem Kalkulationsschaden** bestehen. Der Eintritt eines solchen Schadens wird vom Kläger zwar behauptet, indes nicht mit entsprechendem Vortrag untersetzt. So hat der Kläger seine Kalkulation hinsichtlich der von ihm **im streitgegenständlichen Zeitraum getätigten Warengeschäfte** nicht dargetan.

Zur Beurteilung der Frage des Eintritts eines Kalkulationschadens wäre erforderlich gewesen, dass der Kläger seine Kalkulation hinsichtlich der einzelnen **Einkaufs- wie Verkaufsgeschäfte offenlegt, damit im Rahmen einer Vergleichsberechnung ermittelt werden kann, wie sich seine finanzielle Situation dargestellt hätte, wenn ihm eine richtige Auskunft erteilt worden wäre und er von vorneherein eine Mehrwertsteuer von 16 % eingestellt hätte**. Entsprechenden Vortrag ist der Kläger trotz Hinweises des Amtsgerichts im Beschluss vom 23.2.2003 schuldig geblieben.

Anknüpfungstatsachen zur Verkaufstätigkeit und Preiskalkulation der Geschäfte des Klägers hat dieser vielmehr nur lückenhaft dargelegt, so dass keine ausreichende Beurteilungsgrundlage zur Einholung eines Sachverständigen-gutachtens gegeben ist. Entgegen der Auffassung des Klägers werden seine Darlegungs- und Substantiierungspflichten für den von ihm behaupteten Schaden nicht überspannt, vielmehr erfordert eine verlässliche Beurteilungsgrundlage zur Frage, ob ein solcher und bejahenden falls in welcher Größenordnung er entstanden ist, die umfassende Offenlegung der Verkaufsvorgänge; dies gilt sowohl für eine Schadenberechnung durch einen Sachverständigen als auch für eine Schadensschätzung durch das Gericht.

Die Berufung war nach alledem zurückzuweisen. Dies gilt auch für den geltend gemachten Schadenbetrag von 120 EUR sowie den erstinstanzlich bereits abgewiesenen Feststellungsantrag. Abgesehen davon, dass seitens des Klägers insoweit lediglich pauschal ohne Substantiierung im Einzelnen behauptet wird, er habe **12 Stunden für die Korrektur seiner Buchführungsunterlagen** erbracht, vermag sich der Kammer angesichts der vorliegenden Bescheide des Finanzamts eine Erforderlichkeit i.S.v. § 249 Abs. 2 Satz 1 BGB nicht zu erschließen.

Hinsichtlich des Feststellungsantrags wird auf die zutreffenden Ausführungen des Amtsgerichts zu einem mangelnden Feststellungsinteresse Bezug genommen. (...) ■

GI Literaturhinweise

Der Kommentar mit dem gewissen Extra

Das Konzept hat sich bewährt: Angesiedelt zwischen Handkommentar und Großkommentar, hat sich der einbändige HGB-Kommentar ganz den Bedürfnissen der Praxis verschrieben.

Sie geben Inhalt und Umfang der Darstellung vor. Daher konzentriert sich die Kommentierung auf die wesentlichen Teile betreffend Handelsstand, Handelsgesellschaften und Handelsgeschäfte. Ausgespart bleiben ausgesprochene Spezialmaterien wie Bilanz-, Transport- und Seerecht. Stattdessen gibt es das bei den Lesern beliebte „Extra“:

Die Erläuterung der besonderen Handelsverträge, die im Gesetz nicht geregelt, im Wirtschaftsleben aber von großer Bedeutung sind, nämlich Factoring, Forschungs- und Entwicklungsverträge, Franchising, Leasing, Lizenzverträge, Qualitätssicherungsvereinbarungen und Vertragshändlerverträge.

Ein Team namhafter Experten steht für Qualität und bietet zuverlässige Auslegungshilfen und praxisgerechte Lösungen für Beratung, Gestaltung und Streitentscheidung, Leitlinie ist die höchstrichterliche Rechtsprechung.

Die Neuauflage ist umfassend überarbeitet und auf aktuellen Stand gebracht. Die Umstellung auf das elektronische Handelsregister, die registerrechtlichen Änderungen durch das TUG und die Auswirkungen zahlreicher Gesetze und Entscheidungen auf europäischer Ebene sind besonders hervorzuheben. Das MoMiG ist bereits komplett eingearbeitet. **Röhrich/Graf von Westphalen (Hrsg.): HGB – Kommentar zu Handelsstand, Handelsgesellschaften, Handelsgeschäften und besonderen Handelsverträgen (ohne Bilanz-, Transport- und Seerecht), hrsg. von Dr. h.c. Volker Röhrich und Prof. Dr. Friedrich Graf von Westphalen, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 3. neu bearbeitete Auflage 2008, 2.842 Seiten, Lexikonformat, gebunden in Leinen, 149,- €, ISBN 978-3-50445513-2**

Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Band 5

Das nun fünfbändige Handbuch bietet eine systematische und umfassende Darstellung der Gesellschaftsformen, zugeschnitten auf die besonderen Bedürfnisse der juristischen Praxis.

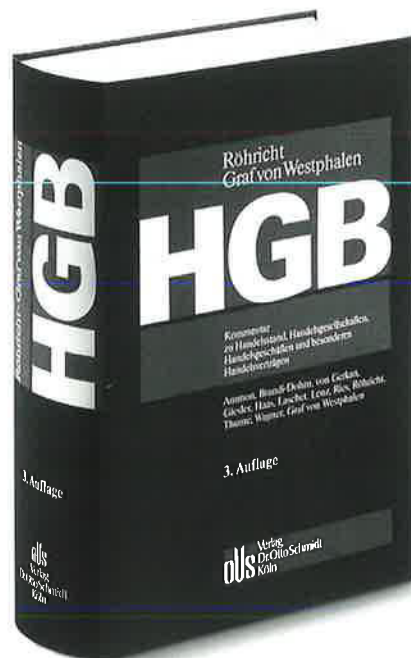
Der neue Band spiegelt die erhebliche Bedeutung wider, die die Gestaltungsformen „Verein“ (speziell als Großverein bzw. Verband mit unterschiedlichen Aufgaben) und „Stiftung bürgerlichen Rechts“ (etwa als Unternehmensträgerstiftung) in der Praxis erlangt haben. Es wird geschätzt, dass in Deutschland derzeit mehr als 80.000 eingetragene Vereine und 15.000 rechtsfähige Stiftungen existieren; hinzu kommen zahlreiche nicht rechtsfähige Vereine und Stiftungen. Entsprechend groß ist der Informations- und Beratungsbedarf. Die Gliederung des Werkes orientiert sich gedanklich am „Leben“ des Vereins bzw. der Stiftung von der Gründung bis zur Liquidation und berücksichtigt auch das spezifische Steuer-, Register-, Umwandlungs- und Insolvenzrecht.

Der Band wendet sich an Rechtsanwälte, Notare, Richter, Wirtschaftsprüfer, Steuer- und Anlageberater. **Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts (hrsg. von Prof. Dr. Volker Beuthien/Dr. Hans Gummert), Band 5 – Verein, Stiftung bürgerlichen Rechts, Verlag C.H. Beck, 3. Auflage 2009, LX, 1.861 Seiten, in Leinen, 145,- €, ISBN 978-3-406-53229-0 Gesamtwerk (Bände 1–5): in Leinen, ca. 669,- €, ISBN 978-3-406-53130-9**

Der Kommentar mit dem gewissen Extra.

Jetzt ist sie wieder auf dem neuesten Stand. Die praxisgerechte HGB-Kommentierung namhafter Experten, die das gewisse Extra hat: die systematische Erläuterung aller bedeutenden Vertragstypen, die im Gesetz gerade nicht geregelt sind, dafür im Wirtschaftsleben aber eine umso größere Rolle spielen – Factoring, Forschungs- und Entwicklungsverträge, Franchising, Leasing, Lizenzverträge, Qualitätssicherungsvereinbarungen, Vertragshändlerverträge.

Da der prägnante, wissenschaftlich fundierte Kommentar ganz und gar auf die Bedürfnisse der Praxis abgestimmt ist, konzen-



Röhrich/Graf von Westphalen (Hrsg.) **HGB** Kommentar zu Handelsstand, Handelsgesellschaften, Handelsgeschäften, und besonderen Handelsverträgen (ohne Bilanz-, Transport- und Seerecht). Herausgegeben von Dr. h.c. Volker Röhrich und Prof. Dr. Friedrich Graf von Westphalen. Bearbeitet von 13 ausgezeichneten Autoren. 3. Auflage 2008, 2.842 Seiten Lexikonformat, gbd. 149,- €. ISBN 978-3-504-45513-2

triert er sich auch auf die wirklich wesentlichen Teile des HGB und verzichtet dabei bewusst auf die ausgesprochenen Spezialmaterien von Bilanz-, Transport- und Seerecht.

Kurzum: Mit dieser praxisorientierten Darstellung auf der Basis höchstrichterlicher Rechtsprechung erledigen Sie alles, was man im Alltag von Ihnen im allgemeinen Handels- und Wirtschaftsrecht erwarten kann: kompetente Beratung im Einzelfall, schnelle Entscheidung von Streitfragen, gute Gestaltung von Verträgen.

Röhrich/Graf von Westphalen (Hrsg.), HGB. Leseprobe?

www.otto-schmidt.de

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

☒ Ja, ich bestelle mit 14-tägigem Rückgaberecht Röhrich/Graf von Westphalen (Hrsg.) **HGB** 3. Auflage, gbd. 149,- € plus Versandkosten. ISBN 978-3-504-45513-2

Name _____ Straße _____ PLZ _____ Ort _____

Telefon _____ Fax _____ Datum _____ Unterschrift _____ 12/08
Bestellen Sie bei Ihrer Buchhandlung oder beim Verlag Dr. Otto Schmidt · Postfach 51 10 26 · 50946 Köln

Zeitwertkonten bieten eine attraktive Lösung für Unternehmen, die nach sinnvollen Alternativen zur Altersteilzeit suchen. Dem Arbeitgeber steht es zudem frei, zusätzliche Arbeitgeberbeiträge – regelmäßig oder einmalig – als Zuschuss in das Zeitwertkonto einzubringen, um die Motivation der Beschäftigten und die Attraktivität als Arbeitgeber zu erhöhen.

Mit dem zum 1.1.2009 in Kraft getretenen Gesetz zur Verbesserung der Rahmenbedingungen für die Absicherung flexibler Arbeitszeitregelungen – kurz „Flexi II“ – wurden nunmehr neben der besseren Sicherung und Portabilität von Wertguthaben insbesondere Regelungen zur Abgrenzung der Wertguthabenvereinbarungen von anderen Formen flexibler Arbeitszeitmodelle, zum Anspruch auf Wertguthabenverwendung sowie zur Wertguthabenführung und -anlage getroffen.

Einige der wesentlichen Neuerungen stellen wir Ihnen im Beihefter dieser Ausgabe vor.

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. 2/März 2009

Zeitwertkonten: personalpolitische Zukunftsmodelle mit verbesserten gesetzlichen Rahmenbedingungen.

Schon seit vielen Jahren zeichnet sich ein ernst zu nehmen- der Fachkräftemangel am deutschen Arbeitsmarkt ab. Inner- dingsuchen Unternehmen neue Wege, hochqualifizier- te Mitarbeiter erfolgreich zu rekrutieren und an das Unter- nehmen zu binden. Auch aus Sicht der Arbeitnehmer ist alle- nig die Bewertung eines Grundgehaltes oftmals nicht mehr ausre- chend, gelagert sind Zusatzleistungen oder Modelle, die der Erhöhung der zeitlichen Flexibilität oder individuellen Ge- staltung der persönlichen Lebensarbeitszeit dienen. Dies gilt umso mehr, als ein heute dreißigjähriger Arbeitnehmer in Folge der Anhebung des gesetzlichen Rentenalters erst mit 67 Jahren in Rente gehen kann. Ein Gedanke, der nicht nur der Mehrzahl der Beschäftigten widersteht, son- dern auch für viele Unternehmen ein Scheiternschild zeich- net. Insbesondere in körperlich belastenden Berufen ist dies aus rein gesundheitlichen Gründen auch in der Regel nicht dar- stellbar. Hier bieten mit Mitteln der Bundesagentur für Arbeit geförderte Altersarbeitslösungen bisher zielgerichtete Anreize. Allerdings können Förderlängen Anträge nur noch bis zum 31. 12. 2009 eingereicht werden.

Im Ergebnis wird sich langfristig für alle Arbeitnehmer – ins- besondere durch die Anhebung des gesetzlichen Rentenalters – und dem Wegfall der Möglichkeiten des vorge- zogenen Rentenbezugs – eine erhebliche Verlängerung der Lebensarbeitszeit ergeben. Hierdurch stehen auch Arbeitge- ber in einem schwierigen Spannungsfeld: einerseits muss das Know-how der älteren Beschäftigten im Betrieb gehalten werden, andererseits gilt es eine Überalterung der Belegschaft zu vermeiden. Gleichzeitig müssen potentiell höhere Krankheits- und Fehlzeiten älterer Mitarbeiter kompensiert werden. Die Personalabteilungen sind somit aufgefordert, flexible Lösungsansätze zu gestalten und einzurichten. Zeit- wertkonten stellen in diesem Zusammenhang eine zielgerich- tete Alternative dar.

Leistungsmerkmale von Zeitwertkonten

Zeitwertkonten ermöglichen es dem Arbeitnehmer, während seiner Berufslebenszeit, Zinsen oder Gehaltsbestandteile steuer- und sozialabgabenfrei anzusparen. Der Mitarbeiter bringt beispielsweise Tantiemen, Wohnzuschuss und Urlaubsgeld oder Zeitwerte wie z. B. Resturlaubstage oder Überstunden in ein Zeitwertkonto ein. Welche Gehaltsbestandteile und Zeitwerte eingesetzt werden dürfen, kann jedes Unter-

nehmen in einer Wertguthabenvereinbarung – unter Berücksichtigung ggf. bestehender tarifvertraglicher Regelungen – individuell festlegen. Die eingesetzten Werte werden brutto angepasst, da während der Ansparphase die Sozialversiche- rungsbeiträge gestundet und der lohnsteuerliche Zulusspunkt verschoben werden. Mit dem aufgebauten Wertguthaben kann sich der Arbeitnehmer eine Freistellung von der Arbeitsleistung „vor“ finanzieren. Das Arbeitsverhältnis und damit einhergehend auch der Sozialversicherungsschutz blei- ben während einer solchen Freistellungsphase bestehen. Der Mitarbeiter kann die flexible Freistellungsphase je nach Regle- lung in der Wertguthabenvereinbarung unmittelbar vor Ein- tritt in den Ruhestand oder während des Erwerbsalters in Anspruch nehmen. Es sei denn das Wertguthaben in Anspruch genommen wird, sind Lohnsteuer und Sozialversicherungs- beiträge abzuführen.

Zeitwertkonten bieten somit eine attraktive Lösung für Unternehmen, die nach sinnvollen Alternativen zur Altersteil- zeit suchen. Dem Arbeitgeber steht es zudem frei, zusätz- liche Arbeitgeberbeiträge – regelmäßig oder einmalig – als Zuschuss in das Zeitwertkonto einzubringen, um die Motiva- tion der Beschäftigten und die Attraktivität als Arbeitgeber zu erhöhen.

Flexi II: Neue gesetzliche Regelungen bringen mehr Sicher- heiten für Arbeitnehmer.

Bereits zum 1. 1. 1998 trat das Gesetz zur sozialrechtlichen Absicherung flexibler Arbeitszeitregelungen in Kraft. Seitdem wurden die geschaffenen Regelungen zum Sozialversiche- rungsschutz flexibler Arbeitszeiten mehrfach angepasst.

Mit dem zum 01. 01. 2009 in Kraft getretenen Gesetz zur Verbesserung der Rahmenbedingungen für die Absicherung flexibler Arbeitszeitregelungen – kurz „Flexi II“ – wurden nunmehr neben der besseren Sicherung und Portabilität von Wertguthaben insbesondere Regelungen zur Abgrenzung der Wertguthabenvereinbarungen von anderen Formen fle- xibler Arbeitszeitmodellen, zum Anspruch auf Wertguthabenverwendung sowie zur Wertguthabenführung und -anlage getroffen.

Einige der wesentlichen Neuerungen stellen wir Ihnen im Beihefter vor.