



Informationen für wirtschaftsprüfende, rechts- und steuerberatende Berufe

GI aktuell

Inhalt

Editorial
GI News
GI Entscheidungen
GI Literaturhinweise
GI Service

GI Leitsätze

Haftung einer gemischten Sozietät

Steuerberater, Wirtschaftsprüfer, Rechtsanwälte /
Rechtsberatungsauftrag / Zustandekommen des Vertrages /
Auftrag an die GbR? / Folgeaufträge
(BGH, Urt. v. 5.2.2009 – IX ZR 18/07)

Untreue des Notars

Treuhänderische Verwahrung / Unwiderrufliche Weisung /
Unredliche Zwecke
(BGH, Beschl. v. 29.7.2008 – 4 StR 232/08)

Rechtsschutzversicherung

Risikoausschluss / Schadenersatzanspruch gegen Rechtsanwalt /
Risikoausschluss „Baurisiko“
(BGH, Urt. v. 28.5.2008 – IV ZR 282/07)

Steuerberaterhaftung

Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter / Steuerberatungs-
vertrag mit einer KG / Steuersparmodell / Verschulden der KG /
Einwand des Mitverschuldens gegenüber den Kommanditisten?
(OLG Köln, Urt. v. 13.11.2008 – 8 U 26/08)

Steuerverkürzung durch Steuerberater

Vorbereitung der Steuererklärung / Mitwirkungsvermerk
des Steuerberaters
(OLG Zweibrücken, Beschl. v. 23.10.2008 – 1 Ss 140/08)

Anwaltsvertrag

Kündigung des Anwalts / Anspruch auf Honorar /
Beweislast für vertragswidriges Verhalten des Anwalts
(OLG Rostock, Beschl. v. 12.8.2008 – 1 U 157/08)

Honorarabrechnung

Korrektur / Gegenstandswert / Rahmensatz
(OLG Düsseldorf, Urt. v. 24.6.2008 – I-24 U 204/07)

Haftung des Testamentsvollstreckers

Verjährung der Schadenersatzansprüche / Pachtforderungen
gegen GmbH / Durchsetzbarkeit / Geschäftsübernahme der GmbH
(OLG Bamberg, Urt. v. 30.4.2008 – 3 U 34/07)

Steuerberaterhaftung

Belehrungspflichten / Gewerblicher Grundstückshandel /
Verjährung / Bekanntgabe des Steuerbescheides / Hemmung
der Verjährung / Vertrauenstatbestand
(OLG Koblenz, Urt. v. 22.4.2008 – 11 U 1396/07)

Steuerberaterhaftung

Verjährungsbeginn / Schadenentstehung / Auflagenzahlung,
§ 153 a StPO
(KG Berlin, Urt. v. 31.1.2008 – 27 U 112/07)

Versicherungsschutz

Aufsichtsrat und Steuerberater / Erfüllungssurrogat /
Wissentliche Pflichtverletzung
(OLG Düsseldorf, Urt. v. 16.10.2007 – I-4 U 211/06)

90

92

94

96

99

100

75, 105

76

77

78

80

89

Editorial

Sehr geehrte Leserin, sehr geehrter Leser, bei **gemischten Sozietäten** wird der Steuerberater nicht Auftragnehmer eines Rechtsberatungsauftrags. Bis zur Grundsatzentscheidung des BGH zur Rechtsfähigkeit der GbR vom 29.1.2001 bleibt es bei dieser Rechtsauffassung. Der BGH hat aber offengelassen, ob das auch für Aufträge an eine gemischte Sozietät gilt, die nach der Grundsatzentscheidung erteilt wurden.

Der Notar muss bei der Abwicklung von **Treuhandgeldern** nicht nur auf die Einhaltung der formalen Voraussetzungen für deren Auskehrung achten, sondern auch Anhaltspunkte für unerlaubte Zwecke des Geschäfts beachten (BGH).

Zum **Risikoausschluss** in der Rechtsschutzversicherung bezüglich des „Baurisikos“ stellt der BGH fest, dass dieser nicht gilt, wenn ein Schadenersatzanspruch gegen einen Anwalt in einer Bausache geltend gemacht wird, der sich aus einem Baumantrat ableitet.

Das OLG Köln hat sehr ausführlich die **Drittwirkung des Steuerberatungsvertrages** mit einer Kommanditgesellschaft begründet, wenn deren Zweck darin besteht, den Kommanditisten einen prospektierten Verlust auszuweisen. Die steuerliche Beratungstätigkeit ist drittbezogen im Hinblick auf die Kommanditisten.

Der Steuerberater begeht keine **leichtfertige Steuerverkürzung** gemäß § 378 Abs. 1 Satz 1 AO, wenn er lediglich die **Steuererklärung des Mandanten vorbereitet** und diese vom Steuerpflichtigen unterzeichnet und eingereicht wird. Hier fehlt es nach Auffassung des OLG Zweibrücken an eigenen Angaben des Steuerberaters gegenüber dem Finanzamt.

Die **Honorarabrechnung eines Anwalts** kann nach oben korrigiert werden, wenn der Gegenstandswert verändert werden muss. Die Berichtigung ermöglicht nicht, das ausgeübte Ermessen bei der Berechnung von Rahmengebühren zu verändern (OLG Düsseldorf).

Für **Testamentsvollstrecker** und deren Versicherer von Bedeutung ist eine Entscheidung des OLG Bamberg, wonach **Schadenersatzansprüche** gegen den Testamentsvollstrecker in 30 Jahren (§ 197 Abs. 1 Nr. 2 BGB) verjähren.

Der **Versicherungsschutz eines Steuerberaters** aus einem Auftrag des Mandanten-Unternehmens, indem er **gleichzeitig Aufsichtsratsmitglied** ist, besteht. Der Risikoausschluss für die Tätigkeit des Versicherungsnehmers als Aufsichtsratsmitglied greift in diesem Fall nicht ein (OLG Düsseldorf).



Mit freundlichen Grüßen
Ihr Dr. Jürgen Gräfe

GI News

BFH: EuGH-Vorlage zur Umsatzsteuerpflicht von sonstigen Glücksspielen mit Geldeinsatz

Der Bundesfinanzhof (BFH) hat mit Beschluss vom 17.12.2008 – XI R 79/07 dem Europäischen Gerichtshof die Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt, ob es mit Art. 135 Abs. 1 Buchst. i der Richtlinie 2006/112/EG des Rates über das gemeinsame Mehrwertsteuersystem (MWStSystRL) vereinbar ist, dass nach deutschem Recht nur bestimmte Wetten und Lotterien von der Umsatzsteuer befreit und sämtliche „sonstige Glücksspiele mit Geldeinsatz“ von der Steuerbefreiung ausgenommen sind.

Die Mitgliedstaaten sind nach dem Gemeinschaftsrecht gehalten, Wetten, Lotterien und sonstige Glücksspiele mit Geldeinsatz von der Umsatzsteuer zu befreien. Sie können jedoch Bedingungen und Beschränkungen für die Steuerbefreiung festlegen. Nach dem vom deutschen Gesetzgeber mit Wirkung vom 6.5.2006 neu geregelten § 4 Nr. 9 Buchst. b des Umsatzsteuergesetzes (UStG) sind nur bestimmte unter das Rennwett- und Lotterielgesetz fallende Umsätze (Rennwetten und öffentlich veranstaltete Lotterien, Auspielungen und Oddset-Wetten) von der Umsatzsteuer befreit. Die Mehrzahl der Glücksspiele einschließlich der im vorliegenden Streitfall zu beurteilenden Spiele an Geldspielautomaten ist danach umsatzsteuerpflichtig. Deshalb war bereits im Gesetzgebungsverfahren zur Neufassung des § 4 Nr. 9 Buchst. b UStG umstritten, ob dies mit den Vorgaben des Gemeinschaftsrechts im Einklang steht.

Im Gegensatz zur Vorinstanz hat der BFH Zweifel, ob der deutsche Gesetzgeber den ihm durch das Gemeinschaftsrecht eingeräumten Spielraum bei der Neuregelung des § 4 Nr. 9 Buchst. b UStG eingehalten hat.
(BFH, Beschl. v. 17.12.2008 – XI R 79/07)

Pressemitteilung d. BFH v. 18.2.2009 ■

BFH: Schenkungsteuerbefreiung bei Übertragung des Eigentums an einem nur teilweise als Familienwohnung genutzten Haus

Der Bundesfinanzhof (BFH) hat mit Urteil vom 26.2.2009 – II R 69/06 entschieden, dass die Schenkung eines zum Teil von der Familie selbst bewohnten Hauses in Bezug auf diesen Teil schenkungsteuerfrei ist, wenn ein Ehegatte dem anderen Ehegatten seinen Miteigentumsanteil an dem Grundstück schenkt.

Damit ist der BFH nicht der Auffassung der Finanzverwaltung gefolgt, die bei nicht ausschließlicher Nutzung eines Hauses zu eigenen Wohnzwecken die Steuerbefreiung insgesamt versagt.

Nach § 13 Abs. 1 Nr. 4a des Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetzes (ErbStG) in der bis zum Jahr 2008 geltenden Fassung bleiben u.a. Zuwendungen unter Lebenden steuerfrei, mit denen ein Ehegatte dem anderen Ehegatten Eigentum oder Miteigentum an einem im Inland belegenen, zu eigenen Wohnzwecken genutzten Haus oder einer im Inland belegenen, zu eigenen Wohnzwecken genutzten Eigentumswohnung (Familienwohnheim) verschafft.

Im vom BFH entschiedenen Fall hatte ein Ehegatte seinen Anteil an einem im Miteigentum der Ehegatten stehenden Dreifamilienhaus auf den anderen Ehegatten übertragen. Lediglich zwei Wohnungen wurden aber von den Ehegatten und ihren Kindern zu eigenen Wohnzwecken und in untergeordnetem Umfang von einem Ehegatten als Büro genutzt. Die dritte Wohnung bewohnte die Mutter eines Ehegatten aufgrund eines dinglichen Rechts. Das Büro war an den Arbeitgeber des Ehegatten vermietet.

Der BFH teilte weder die auf R 43 Abs. 1 Satz 5 ff der Erbschaftsteuer-Richtlinien 2003 gestützte Auffassung des Finanzamts, dass die Steuerbefreiung in diesem Fall in vollem Umfang zu versagen sei, noch die Ansicht des Finanzgerichts, die Steuerbefreiung könne in vollem Umfang beansprucht werden. Vielmehr entschied er, dass die Steuerbefreiung anteilig für die von der Familie genutzten Wohnungen einschließlich des Arbeitszimmers beansprucht werden kann. Die Vermietung des Büros an den Arbeitgeber des Ehegatten sah der BFH als unerheblich an, da es innerhalb des Wohnbereichs der Ehegatten gelegen war und tatsächlich von einem der Ehegatten genutzt wurde. Für die dritte Wohnung scheide die Steuerbefreiung hingegen aus, weil der darin wohnende Elternteil keinen gemeinsamen Hausstand mit den Ehegatten führe.

Für die Zukunft hat das BFH-Urteil nur noch eine eingeschränkte Bedeutung. Die Steuerbefreiung nach § 13 Abs. 1 Nr. 4 a ErbStG wurde nämlich durch das Erbschaftsteuerreformgesetz vom 24.12.2008 (*BGBI I, 3018*) neu gefasst. Sie erfasst jetzt alle Ein- und Zweifamilienhäuser, Mietwohngrundstücke, Wohnungs- und Teileigentum, Geschäftsgrundstücke und gemischt genutzte Grundstücke, soweit darin eine Wohnung zu eigenen Wohnzwecken genutzt wird (Familienheim).

Diese neue Regelung entspricht der vom BFH in dem hiesigen Urteil bereits zum bisherigen Recht vertretenen Auffassung, nach der die Steuerbefreiung anteilig für die von den Ehegatten zu eigenen Wohnzwecken genutzte(n) Wohnung(en) zu gewähren ist. Nach wie vor bedeutsam bleiben die Ausführungen des BFH zur Einbeziehung häuslicher Arbeitszimmer in die Nutzung einer Wohnung zu eigenen Wohnzwecken und zur Abgrenzung der eigenen Wohnzwecke der Eheleute von fremden, die Steuerbefreiung anteilig ausschließenden Wohnzwecken auch von Verwandten.

(BFH, Urt. v. 26.2.2009 – II R 69/06)

Pressemitteilung d. BFH v. 18.3.2009 ■

BFH: Zwingende Angabe des Lieferzeitpunkts in einer Rechnung

Der Bundesfinanzhof (BFH) hat mit Urteil vom 17.12.2008 – XI R 62/07 entschieden, dass in einer Rechnung der Zeitpunkt der Lieferung (§ 14 Abs. 4 Satz 1 Nr. 6 Umsatzsteuergesetz – UStG 2005) außer bei Rechnungen über An- oder Vorauszahlungen auch dann zwingend anzugeben ist, wenn er mit dem Ausstellungsdatum der Rechnung identisch ist.

Gemäß § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 UStG 2005 ist für den Vorsteuerabzug der Besitz einer nach den §§ 14, 14a UStG 2005 ausgestellten Rechnung erforderlich. Nach dem Wortlaut des § 14 Abs. 4 Satz 1 Nr. 6 UStG 2005 ist zweifelhaft, ob der Zeitpunkt der Lieferung auch dann anzugeben ist, wenn er mit dem Ausstellungsdatum der Rechnung übereinstimmt.

Der BFH hat die Angabe des Leistungszeitpunkts für erforderlich gehalten, weil dies dem Gemeinschaftsrecht entspricht und weil anderenfalls für die Finanzverwaltung der Zeitpunkt der Entstehung der Umsatzsteuer und des Rechts auf Vorsteuerabzug nicht überprüfbar ist.
(BFH, Urt. v. 17.12.2008 – XI R 62/07)

Pressemitteilung d. BFH v. 4.3.2009 ■

Gl Leitsätze

Schriftsatz des Anwalts / Öffentliches Zitat / Persönlichkeitschutz / Pressefreiheit / Meinungsfreiheit

Die Veröffentlichung eines Zitates aus einem anwaltlichen Schriftsatz kann das in Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich gewährleistete allgemeine Persönlichkeitsrecht des Rechtsanwalts in seiner Ausprägung als Selbstbestimmungsrecht, in bestimmtem Umfang darüber zu entscheiden, ob und wie die Persönlichkeit für öffentlich verbreitete Darstellungen benutzt wird, verletzen. Darüber hinaus kann das Recht auf freie Berufsausübung gemäß Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG verletzt sein, weil der Ruf des Rechtsanwalts beeinträchtigt sowie dessen Tätigkeit des Rechtsanwalts in ein schlechtes Licht gerückt werden kann.

Die Veröffentlichung eines Zitates aus einem anwaltlichen Schriftsatz kann durch ein sachliches und ernsthaftes, für die Allgemeinheit bedeutsames Informationsinteresse im Ergebnis der Güterabwägung mit den schutzwürdigen Interessen der anderen Seite, insbesondere mit der ebenfalls verfassungsrechtlich gewährleisteten Pressefreiheit (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG) sowie der Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG) gerechtfertigt sein (*Abgrenzung zu KG v. 12.1.2007 – 9 U 102/06, KG-Report 2007, 456 = NJW-RR 2007, 842*) ■

Haftung einer gemischten Sozietät

- Steuerberater, Wirtschaftsprüfer, Rechtsanwälte
- Rechtsberatungsauftrag
- Zustandekommen des Vertrages
- Auftrag an die GbR?
- Folgeaufträge

(BGH, Urt. v. 5.2.2009 – IX ZR 18/07)

Leitsatz:

Kommt der Vertrag über eine Rechtsberatung wegen der Beschränkungen des Rechtsberatungsgesetzes allein mit dem einer gemischten Sozietät angehörenden Rechtsanwalt zustande, wird auch nach Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts ein durch die frühere Beratung ausgelöster Folgeauftrag mit ihm geschlossen, sofern er nicht erkennbar zum Ausdruck bringt, nunmehr namens der Sozietät zu handeln. ■

Zum Sachverhalt:

Der Kläger war Alleingesellschafter und Geschäftsführer der H.-GmbH (fortan: GmbH). Anfang des Jahres 1999 trat der Kläger, dem gegen die GmbH eine Darlehensforderung in Höhe von 500.000 DM zustand, in Überlegungen ein, sein Unternehmen nach und nach auf einen seiner leitenden Mitarbeiter zu übertragen. Zur Beratung über die vertragliche Umsetzung dieses Vorhabens wandte sich der Kläger im Februar 1999 an die Beklagte, eine in der Rechtsform einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts geführte, aus drei Gesellschaftern – nämlich einem Rechtsanwalt und Steuerberater, einem Steuerberater und einem Steuerberater und Wirtschaftsprüfer – bestehende Sozietät. Die Betreuung des Klägers übernahm ein bei der Sozietät angestellter Rechtsanwalt.

Auf Anfrage des Klägers bekundete sein Mitarbeiter M.L. Interesse, sich mit einer stillen Einlage von 300.000 DM an der GmbH zu beteiligen und ihr außerdem ein Darlehen von 200.000 DM zu gewähren. Da eine Bankfinanzierung über die ins Auge gefasste stille Beteiligung scheiterte, gewährte der Kläger am 23.7.1999 M.L. und dessen – wegen der vermeintlichen finanziellen Leistungsfähigkeit ihres Stiefvaters in den Vertrag einbezogenen – Ehefrau S.L. ein Darlehen in Höhe von 300.000 DM. Anschließend schloss die GmbH mit M.L. einen Geschäftsführer-Anstellungsvertrag, einen Vertrag über die Errichtung einer stillen Gesellschaft sowie einen Kreditvertrag, nach dessen Inhalt M.L. der GmbH in laufender Rechnung Kredite bis zum Höchstbetrag von 200.000 DM zur Verfügung stellt.

Nachdem die GmbH bereits um den Jahreswechsel 2000/2001 in eine finanzielle Schieflage geraten war, beschloss der Kläger am 7.7.2001 die Abberufung von M.L. als Geschäftsführer und die außerordentliche Kündigung seines Anstellungsvertrages. Mit Schreiben vom 1.10.2001 kündigte der durch den angestellten Anwalt der beklagten Sozietät vertretene Kläger gegenüber den Eheleuten L. den Dar-

lehensvertrag. Die mangels Darlehensrückzahlung von dem nunmehr durch seine hiesigen Instanzbevollmächtigten vertretenen Kläger gegen die Eheleute L. erhobene Klage auf Zahlung von 145.072,83 EUR hatte lediglich gegen den Ehemann Erfolg; die gegen die Ehefrau gerichtete Klage wurde, weil ihre Mitverpflichtung infolge Vermögenslosigkeit gegen § 138 BGB verstoße, rechtskräftig abgewiesen.

Der Kläger wirft der Beklagten vor, ihn nicht darauf hingewiesen zu haben, dass die Mitverpflichtung der Ehefrau wegen ihrer Einkommens- und Vermögenslosigkeit sittenwidrig ist. Mit seiner Klage verlangt der Kläger Schadenersatz in Höhe von 147.198,82 EUR, wobei 145.072,83 EUR auf das Darlehen und 2.125,99 EUR auf den in dem Vorprozess zugunsten der Ehefrau entstandenen Kostenerstattungsanspruch entfallen. Der vor dem Landgericht erfolglosen Klage hat das Berufungsgericht in Höhe von 2.125,99 EUR stattgegeben und sie im Übrigen abgewiesen. Die Beklagte begehrt mit der von dem Berufungsgericht zugelassenen Revision die Wiederherstellung des Urteils des Landgerichts.

Die Revision der Beklagten führt zur Abweisung der gesamten Klage. ■

Aus den Gründen:

I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, nach Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts sei der bisher maßgebliche Grundsatz überholt, wonach bei einem Vertragsschluss mit einer interprofessionellen Sozietät der Anwaltsvertrag nur mit den Mitgliedern zustande komme, die berufsrechtlich und fachlich zur Wahrnehmung des Mandats befugt seien. Vielmehr sei davon auszugehen, dass der Mandant den Vertrag, auch wenn es sich um eine zivilrechtliche Angelegenheit handele, die ein Steuerberater und Wirtschaftsprüfer nicht bearbeiten dürfe, mit der Sozietät schließe. Folglich richte sich der Schadenersatzanspruch des Klägers gegen die Beklagte.

Der Beklagten sei eine Fehlberatung vorzuwerfen, weil sie dem Kläger wegen der Unwirksamkeit einer solchen Mitverpflichtung nicht habe empfehlen dürfen, den Darlehensvertrag auf die vermögenslose Ehefrau zu erstrecken. Da der Kläger bei zutreffender Beratung von einer Einbeziehung der Ehefrau in den Darlehensvertrag abgesehen habe, sei ihm infolge des durch die gerichtliche Inanspruchnahme zu ihren Gunsten entstandenen Kostenerstattungsanspruchs ein Schaden in Höhe von 2.125,99 EUR entstanden.

Die Einrede der Verjährung greife nicht durch, weil die Beklagte einer Sekundärhaftung unterliege. Der Beratungsfehler der Beklagten sei jedoch mangels Anwendbarkeit der Vermutung beratungsgerechten Verhaltens nicht für den Abschluss des Darlehensvertrages zwischen dem Kläger und dem Ehemann ursächlich geworden, so dass der insoweit verfolgte Schadenersatzanspruch über 145.072,83 EUR unbegründet sei.

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

1. a) Handelt es sich – wie im Streitfall – um eine Sozietät von Berufsangehörigen unterschiedlicher Fachrichtung, kommt nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs der **Beratungsvertrag nur mit denjenigen Sozien zustande, die auf dem zu bearbeitenden Rechtsgebiet berufsrechtlich tätig werden dürfen**. Diese rechtliche Bewertung beruht auf der Erwägung, dass einem Steuerberater oder Wirtschaftsprüfer eine reine Besorgung fremder Rechtsangelegenheit i.S.d. Art. 1 § 1 RBERG verwehrt und ein auf einen solchen Gegenstand gerichteter Vertrag gemäß 134 BGB nichtig ist. Bei einer gemischten Sozietät wird der Vertrag mithin dahin ausgelegt, dass seine Erfüllung nur diejenigen Mitglieder der Sozietät übernehmen sollen, die berufsrechtlich und fachlich dazu befugt sind (BGH, Urt. v. 26.6.2008 – IX ZR 145/05, ZIP 2008, 1432 f Rdnr. 8 m.w.N.). Diese Würdigung entspricht dem früheren Verständnis, wonach ein Vertrag ausschließlich mit den Gesellschaftern und mangels einer rechtlichen Selbstständigkeit nicht mit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts geschlossen wird (BGHZ 142, 315, 319 f). Danach ist nicht die Sozietät als solche der dem Mandanten gegenüberstehende Vertragspartner (BGHZ 56, 355, 358).

b) Der Bundesgerichtshof hat ausdrücklich offengelassen, ob diese rechtlichen Maßstäbe über den Vertragsschluss mit einer interprofessionellen Sozietät nach Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die nunmehr selbst Partner eines Beratungsvertrages werden kann (BGH, Urt. v. 26.1.2006 – IX ZR 225/04, WM 2006, 830, 831), aufrechtzuerhalten sind (BGH, Urt. v. 26.6.2008, a.a.O., 1433 Rdnr. 9 f). Aus Gründen des Vertrauensschutzes bleibt es jedenfalls bei der bisherigen Rechtslage, wenn der Vertrag vor Erlass der Grundsatzentscheidung vom 29.1.2001 (BGHZ 146, 341) über die Anerkennung der Rechtsfähigkeit einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts verabredet wurde (BGH, Urt. v. 26.6.2008, a.a.O., 1433 Rdnr. 10).

2. Im Streitfall hatten die Parteien den Anwaltsvertrag bereits im Februar des Jahres 1999 vereinbart.

a) Bei dieser Sachlage kam der Vertrag entsprechend den bislang geltenden Auslegungsregeln ausschließlich mit dem berufsrechtlich zur Rechtsberatung befugten Gesellschafter und nicht mit der hier allein verklagten Sozietät zustande. Nichts anderes folgt daraus, dass der Kläger im Oktober des Jahres 2001 – also nach Erlass der Entscheidung vom 29.1.2001 – den weiteren Auftrag zur Kündigung des den Eheleuten L. gewährten Darlehens erteilte. **Infolge des engen Zusammenhangs mit der früheren, die gleiche rechtliche Angelegenheit betreffenden Beratung ist davon auszugehen, dass der Kläger mit diesem Mandat ebenfalls seinen bisherigen Vertragspartner und nicht die Sozietät betraut hat**. In Einklang mit der Auslegungsregel des § 164 Abs. 2 BGB kommt ein Vertrag mit einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts nur zustande, wenn – woran es hier fehlt – der Handelnde erkennbar namens der Gesellschaft auftritt (MünchKomm-BGB/Ulmer 4. Aufl., § 714 Rdnr. 26, § 718 Rdnr. 18). Diese Würdigung entspricht den Feststellungen des Berufungsgerichts, das aus dem Folgeauftrag eine sekundäre Haftung herleitet, für die nur bei Identität des Vertragspartners Raum ist.

b) Gerade das Zusammenspiel von Primär- und Sekundärhaftung gebietet, bei Erteilung eines neuen Mandats für ein Tätigwerden innerhalb derselben rechtlichen Angelegenheit durch den gleichen rechtlichen Berater mangels anderer ausdrücklicher Erklärungsinhalte von einem Vertragsschluss des Mandanten mit seinem bisherigen Vertragspartner auszugehen. Der Sekundäranspruch kommt nämlich auch dann zum Tragen, wenn der Anwalt nach Beendigung eines Mandats innerhalb der laufenden Verjährungsfrist einen neuen Auftrag über denselben Gegenstand erhält. Die Hinweispflicht folgt dann aus dem neuen Auftrag (BGH, Urt. v. 7.2.2008 – IX ZR 149/04, WM 2008, 946, 948 Rdnr. 34 m.w.N.).

Würde man davon abweichend im Blick auf das neue Mandat von einem Vertragsschluss mit der Sozietät und nicht dem ihr angehörenden Rechtsanwalt ausgehen, würde dies zu dem unangemessenen Ergebnis führen, dass der ursprüngliche, zum Schutz der anderen berufsfremden Sozien allein gegen den Rechtsanwalt begründete Schadenersatzanspruch wegen der späteren Beauftragung der Sozietät und der damit entfallenden sekundären Haftung des selbstständig nicht weiter vertraglich eingebundenen Rechtsanwalts verjährt wäre, nun aber die Sozietät nach Anerkennung ihrer Rechtsfähigkeit für den von dem Rechtsanwalt als ihrem Gesellschafter auf der Grundlage des zunächst nur mit ihm geschlossenen Vertrages verübten Beratungsfehler im Rahmen eines Folgemandats allein haftbar wäre. (...) ■

Untreue des Notars

- Treuhänderische Verwahrung
 - Unwiderrufliche Weisung
 - Unredliche Zwecke
- (BGH, Beschl. v. 29.7.2008 – 4 StR 232/08)

Leitsatz:

Ein Notar, der Gelder zur treuhänderischen Verwahrung angenommen hat, muss – trotz des Vorliegens der formalen Voraussetzungen für die Abwicklung des Treuhandverhältnisses – von der Auszahlung absehen, wenn hinreichende Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass er bei Befolgung der unwiderruflichen Weisung an der Erreichung unerlaubter oder unredlicher Zwecke mitwirken würde. ■

Aus den Gründen:

(...) 1. Die Schuldsprüche wegen Beihilfe zur Untreue in den Fällen 1 bis 3 der Urteilsgründe haben keinen Bestand, da das Landgericht insoweit einen zumindest bedingten Vorsatz des Angeklagten nicht rechtsfehlerfrei festgestellt hat. Nach den Feststellungen verwandte der wegen Untreue in 25 Fällen bereits rechtskräftig verurteilte M. in diesen wie auch in den weiteren Fällen als von den Kaufvertragsparteien bestimmter Treuhänder die Verkaufserlöse weitgehend für eigene Zwecke, obwohl er nach der Treuhandabrede verpflichtet war, mit den Geldern die Verbindlichkeiten der

Veräußerer zu tilgen. **M. wies den Angeklagten, auf dessen Notaranderkonto sich die Gelder befanden, jeweils an, entsprechende Überweisungen zu veranlassen.** Der Angeklagte überwies weisungsgemäß am 21.9.2001 zwei Beträge auf ein Konto des N. (Fälle 1 und 2 der Urteilsgründe). Dieser war ein ehemaliger Geschäftspartner des M. und hatte erhebliche Verbindlichkeiten, die auszugleichen er nicht imstande war. Indes belegen die bisherigen Feststellungen nicht, dass der Angeklagte bereits zu diesem Zeitpunkt von der Verbindung zwischen M. und N. wusste und damit Kenntnis von der treuwidrigen Verwendung des Geldes hatte.

Entsprechendes gilt für den Fall 3 der Urteilsgründe, in dem der Angeklagte am 14.12.2001 eine Auslandsüberweisung über 100.000 DM an die N.-GmbH veranlasste. Zwar diente die Überweisung lediglich persönlichen Zwecken des M. Aus dem Kauf- und Abtretungsvertrag über einen Geschäftsanteil des N. an der L.-Firma an M. konnte der Angeklagte einen solchen Schluss jedoch nicht ziehen, da er diesen Vertrag erst am 23.1.2002 beurkundet hat. Allein die Kenntnis des Angeklagten von der außergewöhnlichen Ausgestaltung der Kauf- und Treuhandverträge, die M. eine Alleinverfügungsbefugnis über die jeweiligen Verkaufserlöse einräumte, belegt nicht, dass er in den Fällen 1 bis 3 die zweckwidrige Verwendung der Gelder durch M. zumindest für möglich hielt und billigend in Kauf nahm. Möglicherweise ist ihm insoweit nur fahrlässiges Handeln vorzuwerfen. Da ergänzende Feststellungen nicht auszuschließen sind, verweist der Senat die Sache an das Landgericht zurück.

2. In den Fällen 4 bis 7 der Urteilsgründe ist ein bedingter Vorsatz des Angeklagten dagegen hinreichend belegt. Das Landgericht hat insoweit rechtsfehlerfrei dargelegt, weshalb der Angeklagte es in diesen Fällen billigend in Kauf genommen hat, dass die Gelder von M. nicht zur Tilgung von Verbindlichkeiten der Treugeber, bei denen es sich um landwirtschaftliche Betriebe in den neuen Bundesländern handelte, sondern treuwidrig verwendet wurden. **Durch die Auszahlungsanweisungen hat der Angeklagte seine Treuepflicht gegenüber den Vertragsparteien verletzt; denn ein Notar nimmt im Rahmen seiner Treuhändertätigkeit als objektiver Sachwalter der Beteiligten fremde Vermögensinteressen kraft eigener Rechtsmacht wahr** (Sandkühler in: Arndt/Lerch/Sandkühler, BNoto 5. Aufl. § 23 Rdnr. 15).

Daran änderte auch die **Einschaltung des Treuhänders M.** nichts, nach dessen Weisungen die Auskehrung des Hinterlegungsbetrages erfolgen sollte. Dadurch wurde der Angeklagte von seiner gesetzlichen Verpflichtung nicht befreit. **Ein Notar, der Gelder zur treuhänderischen Verwahrung angenommen hat, muss – trotz des Vorliegens der formalen Voraussetzungen für die Abwicklung des Treuhandverhältnisses – von der Auszahlung absehen, wenn hinreichende Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass er bei Befolgung der unwiderruflichen Weisung an der Erreichung unerlaubter oder unredlicher Zwecke mitwirken würde** (§ 54d Nr. 1 BeurkG; vgl. Sandkühler, a.a.O., § 23 Rdnr. 143 ff; Renner in: Huhn/v. Schuckmann, BeurkG 4. Aufl., § 54d Rdnr. 2). Dass der Angeklagte auf dieser Grundlage nur wegen Beihilfe zur Untreue des M. verurteilt worden ist, beschwert ihn nicht. (...)

Rechtsschutzversicherung

- Risikoausschluss
- Schadenersatzanspruch gegen Rechtsanwalt
- Risikoausschluss „Baurisiko“
(BGH, Urt. v. 28.5.2008 – IV ZR 282/07)

Leitsatz:

Der Anwendungsbereich des Risikoausschlusses in § 4 (1) k ARB 1975/95 (entspricht § 3 (1) d ARB 94) ist nicht eröffnet, wenn Rechtsschutz für die Geltendmachung eines Schadenersatzanspruchs gegen einen Rechtsanwalt begehrt wird, der in einem Rechtsstreit, welcher Vorhaben oder Finanzierungsverhältnisse i.S.v. § 4 (1) k aa) bis dd) ARB 1975/95 betrifft, anwaltliche Pflichten verletzt haben soll. ■

Zum Sachverhalt:

Der Kläger und seine Ehefrau, die frühere Klägerin zu 2), haben die Feststellung begehrt, dass die Beklagte aus einer bei ihr gehaltenen Rechtsschutzversicherung zur Gewährung von Deckungsschutz für einen Rechtsstreit verpflichtet ist, den er gegen seinen früheren Prozessbevollmächtigten wegen der Verletzung anwaltlicher Pflichten führt.

Der Versicherungsvertrag mit dem Kläger umfasst Familien- und Verkehrsrechtsschutz für Lohn- und Gehaltsempfänger sowie Rechtsschutz für Grundstückseigentum und Miete (§§ 26 bzw. 29 der Allgemeinen Bedingungen für die Rechtsschutzversicherung der Beklagten – ARB 1975/95). In § 4 (1) k dieser Bedingungen findet sich unter der Überschrift „Allgemeine Risikoausschlüsse“ folgende Klausel:

„Der Versicherungsschutz bezieht sich nicht auf die Wahrnehmung rechtlicher Interessen in ursächlichem Zusammenhang mit
aa) dem Erwerb oder der Veräußerung eines zu Bauzwecken bestimmten Grundstücks,
bb) der Planung und Errichtung eines Gebäudes oder Gebäudeteils, das sich im Eigentum oder Besitz des Versicherungsnehmers befindet oder das dieser zu erwerben oder in Besitz zu nehmen beabsichtigt,
cc) der genehmigungspflichtigen baulichen Veränderung eines Grundstücks, Gebäudes oder Gebäudeteils, das sich im Eigentum oder Besitz des Versicherungsnehmers befindet oder das dieser zu erwerben oder in Besitz zu nehmen beabsichtigt,
dd) der Finanzierung eines der unter aa) bis cc) genannten Vorhaben.“

Damit entspricht die Klausel inhaltlich der Regelung in § 3 (1) d ARB 94.

Der Kläger errichtete in den Jahren 1999 bis 2002 gemeinsam mit der Lebensgefährtin seines Sohnes, die drei Viertel der Baukosten tragen sollte, ein Gebäude. Da diese die vereinbarte Zahlung verweigerte, beauftragte der Kläger einen Rechtsanwalt mit der Durchsetzung seiner Ansprüche in

Höhe von 19.298,49 EUR. Dieses Verfahren, für das die Beklagte unter Berufung auf § 4 (1) k ARB 1975/95 Deckungsschutz abgelehnt hatte, wurde mit einem Vergleich beendet, durch den sich die damalige Beklagte verpflichtete, zur Abgeltung aller gegenseitigen Ansprüche 5.000 EUR an den Kläger zu zahlen. Dieser machte daraufhin geltend, sein Prozessbevollmächtigter habe bei der Führung des durch den Vergleich beendeten Rechtsstreits seine anwaltlichen Pflichten verletzt. Er habe unzureichend vorgetragen, Beweis-antritte unterlassen, ihn beim Vergleich nicht auf die Möglichkeit eines Widerrufsvergleichs hingewiesen und nur mangelhaft über das Kostenrisiko aufgeklärt. Der Kläger nahm ihn deshalb auf Schadenersatz in Anspruch und begehrte dafür Deckungsschutz, den die Beklagte – ebenfalls unter Hinweis auf den Risikoausschluss in § 4 (1) k ARB 1975/95 – mit Schreiben vom 27.7. sowie vom 15.9.2007 verweigerte.

Das Amtsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landgericht hat die Berufung der Klägerin zu 2) zurückgewiesen. Auf die Berufung des Klägers zu 1) hat das Landgericht die Beklagte unter Abänderung des Urteils des Amtsgerichts antragsgemäß verurteilt.

Mit der Revision erstrebt die Beklagte insoweit die Wiederherstellung des amtsgerichtlichen Urteils. Die Revision hat keinen Erfolg. ■

Aus den Gründen:

I. Nach Ansicht des Berufungsgerichts fällt der vom Kläger gegen seinen ehemaligen Prozessbevollmächtigten geführte Regressprozess nicht unter die Ausschlussklausel des § 4 (1) k ARB 1975/95. Dem um Verständnis dieses Risiko-ausschlusses bemühten Versicherungsnehmer erschließe sich zwar, dass mit der Regelung Bauprozesse wegen des mit ihnen verbundenen hohen und kaum kalkulierbaren Kostenrisikos vom Versicherungsschutz ausgenommen werden sollen. Er könne jedoch nicht erkennen, dass sich der Risiko-ausschluss auch auf den, einem Bauprozess nachfolgenden Regressprozess wegen anwaltlicher Pflichtverletzungen erstrecke. Insoweit stehe für den Versicherungsnehmer die von ihm behauptete Pflichtverletzung seines Rechtsanwalts im Vordergrund, nicht aber der Umstand, dass sich diese Pflichtverletzung anlässlich eines Bauprozesses ereignet habe.

Auch handele es sich bei einem Anwaltsregress nicht um einen typischerweise mit einem Bauprozess einhergehenden Folgeprozess. Diese Auslegung der Klausel finde der um Verständnis bemühte Versicherungsnehmer bei einem Blick auf § 4 (1) k dd) ARB 1975/95 bestätigt, wonach sich der versprochene Versicherungsschutz auch nicht auf die Wahrnehmung rechtlicher Interessen in ursächlichem Zusammenhang mit der Finanzierung eines in der Klausel zuvor aufgeführten Vorhabens erstrecke. Aus diesem Teil der Klausel könne er nur den (Umkehr-)Schluss ziehen, dass einem Bauprozess nachfolgende Regressprozesse gerade nicht vom Versicherungsschutz ausgenommen seien.

II. Das hält rechtlicher Nachprüfung stand.

Der Kläger beabsichtigt, seinen früheren Prozessbevollmächtigten wegen positiver Vertragsverletzung des mit ihm geschlossenen Geschäftsbesorgungsvertrages auf Schadenersatz in Anspruch zu nehmen. Dass ihm die Beklagte nach § 26 ARB 1975/95 für die Geltendmachung eines solchen Schadenersatzanspruchs grundsätzlich Deckungsschutz zu gewähren hat, ist nicht im Streit. Entgegen der Auffassung der Beklagten greift aber der Risikoausschluss nach § 4 (1) k ARB 1975/95 nicht ein.

1. Nimmt man allerdings zunächst den Vorprozess in den Blick, innerhalb dessen die vom Kläger seinem damaligen Prozessbevollmächtigten angelasteten Pflichtverletzungen begangen worden sein sollen, könnte eine Anknüpfung an den Risikoausschluss in § 4 (1) k ARB 1975/95 in Betracht zu ziehen sein. Denn die Wahrnehmung der rechtlichen Interessen des Klägers in jenem Prozess mag einen Bezug zu § 4 (1) k bb) ARB 1975/95 (Planung oder Errichtung) oder an § 4 (1) k dd) ARB 1975/95 (Finanzierung) aufweisen.

Zu § 3 (1) d ARB 94, dem § 4 (1) k ARB 1975/95 entspricht, hat der Senat bereits ausgesprochen, dass die Regelung den – auch für den Versicherungsnehmer erkennbaren – Zweck verfolgt, die erfahrungsgemäß besonders kostenträchtigen und im Kostenrisiko schwer überschaubaren und kaum kalkulierbaren rechtlichen Streitigkeiten in diesem Bereich bis hin zu den unter Buchst. dd) gesondert aufgenommenen Finanzierungsvorgängen von der Versicherung auszunehmen, weil nur für einen verhältnismäßig kleinen Teil der in der Risikogemeinschaft zusammengeschlossenen Versicherungsnehmer ein solches Risiko entstehen kann (Senatsurt. v. 29.9.2004 – IV ZR 170/03, VersR 2004, 1596 unter II. 2. b)).

Was die Regelung unter § 3 (1) d dd) ARB 94 (Finanzierungsklausel – hier § 4 (1) k dd) ARB 1975/95) anlangt, hat er zudem geklärt, dass dieser Ausschluss selbstständig neben die Grundstückserwerbs- und Baumaßnahmen im eigentlichen Sinne erfassenden Ausschlüsse unter Buchst. aa) bis cc) tritt und den Ausschlussbereich auf damit zusammenhängende Finanzierungsangelegenheiten ausdehnt. Das setzt keinen Bezug zu einem spezifischen Baurisiko voraus. Die Finanzierungsklausel greift vielmehr schon ein, sofern ein ursächlicher Zusammenhang mit den in Buchst. aa) bis cc) genannten Vorhaben des Versicherungsnehmers gegeben ist, und knüpft damit nicht mehr an das Bauvorhaben selbst, sondern an seine Finanzierung an (Senatsurt. v. 29.9.2004, a.a.O., unter II. 2. c) bb); v. 28.9.2005 – IV ZR 106/04, VersR 2005, 684 unter II. 2. b)). Ob für die jeweiligen Risiko-ausschlüsse unter Buchst. aa) bis cc) separat weiterhin ein Bezug zu einem spezifischen Baurisiko zu verlangen ist, hat der Senat bisher offengelassen (Senatsurt. v. 29.9.2004, a.a.O., unter II. 2. c) bb)).

2. Einer solchen näheren Bestimmung des Ursachenzusammenhangs zwischen dem Streitgegenstand eines Regressprozesses und den Ausschlussstatbeständen in § 4 (1) k ARB 1975/95 bedarf es indessen nicht. Der vom Kläger geltend gemachte Schadenersatzanspruch fällt vielmehr von vornherein nicht in den Anwendungsbereich der Klausel in § 4 (1) k ARB 1975/95. Das ergibt die Auslegung der Klausel.

a) Dem vom Kläger verfolgten Schadenersatzanspruch, für den er Versicherungsschutz begehrt, liegt allein zugrunde, **sein damaliger Prozessbevollmächtigter habe im Zuge der Führung des Ausgangsrechtsstreits Pflichten aus dem zwischen ihm und dem Anwalt bestehenden Geschäftsbesorgungsvertrag verletzt**. Der Vorwurf dieser anwaltlichen Pflichtverletzung, aus dem ein Schadenersatzanspruch hergeleitet wird, kennzeichnet die Art der rechtlichen Interessenwahrnehmung durch den Kläger. Sie bildet mithin den Ausgangspunkt für die aus Sicht des durchschnittlichen Versicherungsnehmers (BGHZ 123, 83, 85) vorzunehmende Prüfung, ob diese vom Risikoausschluss des § 4 (1) k ARB 1975/95 erfasst wird. Dafür gibt schon der Wortlaut nichts her. Dabei wird der Versicherungsnehmer zwar erkennen, dass mit den Ausschlüssen unter Buchst. aa) bis cc) der Klausel bestimmte Bauvorhaben erfasst und der Ausschluss unter Buchst. dd) schon dann eingreift, wenn ein ursächlicher Zusammenhang mit solchen Vorhaben gegeben ist. Bezieht sich mithin die Wahrnehmung seiner rechtlichen Interessen auf diesen so umschriebenen „Baurisikobereich“, liegt auch für den durchschnittlichen Versicherungsnehmer offen, dass der Risikoausschluss eingreift.

Das macht ihm aber nicht deutlich, dass sein Anwendungsbereich schon dann eröffnet ist, wenn lediglich im Rahmen eines auf eine anwaltliche Pflichtverletzung gestützten Schadenersatzanspruchs etwa bei der Feststellung des Schadens Fragen aus dem „Baurisikobereich“ Bedeutung erlangen können. **Der verständige Versicherungsnehmer wird vielmehr – vor dem Hintergrund der hier gewählten Klauselfassung – den Bereich des Baurisikos gerade nicht mit dem Risiko gleichsetzen oder in Verbindung bringen, das aus einem mit einem Rechtsanwalt geschlossenen Geschäftsbesorgungsvertrag erwachsen kann.** Deshalb führt ihn auch die einleitende Formulierung in § 4 (1) k ARB 1975/95 „in ursächlichem Zusammenhang mit“ hier zu keiner anderen Betrachtung.

b) In diesem Verständnis der Klausel kann sich der Versicherungsnehmer insbesondere durch die Regelung in § 4 (1) k dd) ARB 1975/95 gestützt sehen. Sie macht ihm deutlich, dass sich dieser Ausschluss auf sämtliche Streitigkeiten aus Finanzierungsverhältnissen bezieht, die ein Versicherungsnehmer zur Realisierung eines Vorhabens gemäß Buchst. aa) bis cc) der Regelung eingegangen ist, und dass er keinen Bezug zu einem spezifischen Baurisiko voraussetzt. Hat eine solche über das spezifische Baurisiko hinausgehende Ausdehnung aber ausdrücklich Aufnahme in § 4 (1) k A RB 1975/95 gefunden, so darf der Versicherungsnehmer davon ausgehen, dass eine weitere Ausdehnung, die auch den hier in Rede stehenden Regressanspruch gegen den einen Bauprozess führenden Rechtsanwalt erfasst, mangels Aufnahme in § 4 (1) k ARB 1975/95 gerade nicht erfolgt ist. Im vorliegenden Fall greift deshalb der Risikoausschluss des § 4 (1) k ARB 1975/95 nicht ein.

c) Ob etwas anderes gelten könnte, wenn dem beauftragten Anwalt schon die rechtliche Betreuung eines Vorhabens i.S.v. § 4 (1) k Buchst. aa) bis dd) ARB 1975/95 obliegt, bedarf hier keiner Entscheidung. ■

Steuerberaterhaftung

- Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter
- Steuerberatungsvertrag mit einer KG
- Steuersparmodell
- Verschulden der KG
- Einwand des Mitverschuldens gegenüber den Kommanditisten?

(OLG Köln, Urt. v. 13.11.2008 – 8 U 26/08)

Leitsätze (d. Red.):

1. Der Steuerberatungsvertrag mit einer KG – Kapitalanlagegesellschaft – ist ein Vertrag zugunsten der Kommanditisten – Anleger.
2. Das Mitverschulden der KG kann in der Regel dem Schadenersatzanspruch der geschützten Kommanditisten entgegengehalten werden. Etwas anderes gilt, wenn die Interessen der KG und der geschützten Kommanditisten nicht deckungsgleich sind. ■

Aus den Gründen:

I. Der Kläger – einer von mehr als hundert Kommanditisten einer Kapitalanlagegesellschaft, die von der Beklagten steuerlich beraten worden ist – nimmt die beklagte Steuerberatungsgesellschaft aus eigenem sowie aus abgetretenem Recht der Gesellschaft wegen angeblicher Verletzungen ihrer Steuerberaterpflichten auf Schadenersatz in Anspruch. Er begehrt die Erstattung von Nachzahlungszinsen, die in Zusammenhang mit seinen Einkommensteuerverfestsetzungen für 1999 bis 2002 stehen, sowie die Erstattung vorgerichtlicher Kosten. Bei dem Rechtsstreit handelt es sich um ein Musterverfahren.

Der Kläger ist Kommanditist der C.-KG mit Sitz in K. (im Folgenden: KG), die von 1996 bis 1998 in B. ein Handels- und Gewerbezentrum errichtet hat und seitdem betreibt. Bei der KG handelt es sich um ein Steuersparmodell, bei dem es um die schnellstmögliche Erzielung von Steuervorteilen ging. Der Kläger hat sich 1997 mit einem Anteil von 1 Mio. DM an der KG beteiligt. Die Beklagte war und ist die Steuerberaterin der KG. Sie war u.a. damit beauftragt, die jährlichen Erklärungen zur gesonderten und einheitlichen Feststellung von Besteuerungsgrundlagen zu erstellen. Mit den Steuererklärungen des Klägers war und ist sie nicht mandatiert.

Die KG hatte mit notariellem Kaufvertrag vom 21.12.1996 ein Büro- und Geschäftsgebäude erworben und den Kaufpreis am 30.12.1996 voll entrichtet. Die Verkäuferin hatte sich vorbehalten, zur Umsatzsteuer zu optieren, was sie am 20.1.1997 für 97,1% des Kaufpreises tat. Mit Schreiben vom 23.3.1997 reichte die Beklagte beim Finanzamt, das für die KG zuständig ist, die Erklärung zur gesonderten und einheitlichen Feststellung für 1996 ein und wies darin einen Verlust aus Einkünften aus Vermietung und Verpachtung aus. Mit Bescheid vom 11.6.1997 veranlagte das Finanzamt zunächst erklärungskonform, änderte den Bescheid aber unter dem 10.9.1997. Es vertrat nun die Auffassung, dass auf-

grund der Optionsausübung auch der im Jahr 1996 gezahlte Kaufpreisannteil einen Vorsteuerbetrag enthalte, und erhöhte den bereits erklärten Verlust um diesen Betrag. Dem war am 1.9.1997 eine Besprechung zwischen einem Vertreter des Finanzamts und dem Geschäftsführer der Beklagten vorausgegangen, deren Inhalt streitig ist.

Am 18.8.1998 reichte die Beklagte die Erklärung zur gesonderten und einheitlichen Feststellung für 1997 ein und erklärte hierbei Verluste aus Einkünften aus Vermietung und Verpachtung, in denen der Vorsteueranteil enthalten war, den das Finanzamt bereits für 1996 anerkannt hatte. Unter dem 10.11.1998 veranlagte das Finanzamt erklärungs-gemäß, ohne zu bemerken, dass dieselben Vorsteuern bereits berücksichtigt worden waren.

Aufgrund einer Prüfungsanordnung vom 4.3.2000 fand bei der KG eine Betriebsprüfung für die Jahre 1996 und 1997 statt, die bis 2005 dauerte. Der Betriebsprüfungsbericht vom 30.10.2001, der der Beklagten mit Schreiben vom 20.11.2001 übersandt worden war, entdeckte die in 1997 zu viel angesetzten Vorsteuern. Deshalb – und weil das Finanzamt der Ansicht war, dass die Grundstücksanzahlung im Jahr 1996 willkürlich erfolgt sei, um sich die bis Jahresende geltende Fördergebietsabschreibung zu erhalten – änderte das Finanzamt mit Bescheid vom 7.8.2002 den Bescheid vom 10.11.1998 ab und erkannte die für 1997 erklärten Verluste nicht mehr an, soweit sie für 1996 schon berücksichtigt worden waren, nämlich in Höhe von rund 16 Mio. DM; zugleich erhöhten sich die Verluste aufgrund weiterer Feststellungen um rund 5 Mio. DM.

Hiergegen legte die Beklagte Einspruch ein und beantragte für 1997 die Aussetzung der Vollziehung des Differenzbetrages zwischen den Verlusten der beiden Bescheide. Mit Bescheid vom 14.10.2002 setzte das Finanzamt die Vollziehung aus. Unter dem 31.10.2002 erging ein geänderter Aussetzungsbescheid. Mit Rundschreiben vom 22.11.2002 wies die Beklagte alle Gesellschafter darauf hin, dass nach der Einspruchsentscheidung Nachzahlungen fällig werden könnten, die mit 6% Jahreszinsen zu verzinsen seien. Je nach den persönlichen steuerlichen und finanziellen Verhältnissen könne es sinnvoll sein, auf die Aussetzung der Vollziehung zu verzichten.

Mit weiterem Rundschreiben vom 24.8.2005 erläuterte die Beklagte den Gesellschaftern, weshalb die Feststellungsbescheide für 1996 und 1997 geändert worden waren und dass sich hierdurch die Verluste für 1999 bis 2002 vermindern würden; dies führe zu Steuernachzahlungen, die zu verzinsen seien. Zuvor hatte sich die Beklagte entschlossen, die Verluste für 1996 bis 1998 zu erhöhen, indem sie eine Sonder-AfA vorzog, die ansonsten für die Jahre 1999 bis 2002 geltend gemacht worden wäre. Damit sollten die durch die Betriebsprüfung gekürzten Werbungskosten ausgeglichen werden, von denen der größte Anteil auf den gekürzten Vorsteuerabzug 1997 entfiel. Es gelang, diese Kürzungen vollständig auszugleichen, wodurch die Aussetzung der Vollziehung im Nachhinein gerechtfertigt wurde, so dass keine Aussetzungszinsen anfielen.

Für die Jahre 1999 bis 2002 waren bereits in den Jahren 2000 bis 2003 Feststellungsbescheide unter Berücksichtigung der Sonder-AfA ergangen. Diese Bescheide mussten 2006 geändert werden, weil die Sonder-AfA durch die Verlagerung auf das Jahr 1997 nicht mehr in vollem Umfang zur Verfügung stand. Dies führte dazu, dass sich die Verluste der KG in den Jahren 1999 bis 2002 verminderten und die Einkommensteuerschuld der Kommanditisten sich entsprechend erhöhte. Die letztgültigen Einkommensteuerbescheide des Klägers für 1999 bis 2002 ergingen unter dem 25.4.2006. Sie belasteten den Kläger mit Nachzahlungszinsen auf die Einkommensteuerschuld, die sich für 1999 bis 2002 auf 14.838 EUR summierten (1999: 8.145 EUR, 2000: 3.372 EUR, 2001: 1.935 EUR, 2002: 1.386 EUR). Von diesem Betrag macht der Kläger sowohl aus eigenem als auch – kraft Abtretungsvertrag vom 5.11.2007 – aus abgetretenem Recht der KG drei Viertel, d.h. 11.128,50 EUR, als Schadenersatz geltend; ein Viertel zieht er als Vorteilsausgleich ab. Darüber hinaus begehrt er Ersatz vorgerichtlicher Anwaltskosten in Höhe von 837,52 EUR wegen einer anwaltlichen Beratung, die er im September 2005 in Anspruch nahm. (...)

Das Landgericht hat die Klage zum Teil für begründet erachtet und die Beklagte verurteilt, an den Kläger 6.361,13 EUR zzgl. Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 28.4.2007 sowie vorgerichtliche Anwaltskosten in Höhe von 603,93 EUR zu zahlen. (...)

II. Beide Berufungen sind zulässig. Die Berufung des Klägers ist zu einem erheblichen Teil begründet, nämlich bezüglich des Beginns der Zinslaufzeit, die jeweils drei Monate früher beginnt, und der Vorteilsausgleichung, die um 50 % fiktive Steuern des Klägers zu mindern ist, was zu einem fiktiven Nettosteuerertrag von lediglich 1,5 % statt 3 % p.a. führt; ohne Erfolg bleibt die Berufung des Klägers nur bezüglich des Fristendes der Nachzahlungszinsen im Oktober 2005. Die Berufung der Beklagten ist unbegründet. (...)

2. Der Kläger hat gegen die Beklagte einen Schadenersatzanspruch wegen der Verletzung von Pflichten, die dieser aufgrund des mit der KG geschlossenen Steuerberatungsvertrages auch gegenüber den Kommanditisten der KG – und damit auch gegenüber dem Kläger – oblagen. Der Schadenersatzanspruch beläuft sich auf 10.256,06 EUR; hinzu tritt ein Anspruch auf Ersatz von Verzugszinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 28.4.2007.

a) Auf das Rechtsverhältnis der Parteien sind die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs in der bis zum 31.12.2001 geltenden Fassung anzuwenden, weil es vor dem 1.1.2002 entstanden ist (Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB) und die zum Schadenersatz verpflichtende Pflichtverletzung vor dem 1.1.2003 begangen wurde (Art. 229 § 5 Satz 2 EGBGB). Es kann dahingestellt bleiben, ob der Kläger auch aus abgetretenem Recht einen Schadenersatzanspruch der KG gegen die Beklagte geltend machen und diesen mit dem bei ihm selbst eingetretenen Schaden auffüllen kann. **Denn der Steuerberatungsvertrag zwischen der KG und der Beklagten ist** – wie das Landgericht zutreffend erkannt hat – **jedenfalls**

insoweit, als er die Erstellung von Feststellungserklärungen zum Inhalt hatte, ein Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten der Kommanditisten – und damit des Klägers – als Dritte. Dem Kläger steht daher gegen die Beklagte ein Schadenersatzanspruch nach den seinerzeit noch nicht kodifizierten Grundsätzen der positiven Vertragsverletzung in Verbindung mit den Grundsätzen des Vertrages mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter zu.

b) Das Landgericht hat die Grundsätze des Vertrages mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter nicht verkannt, als es zulasten der Beklagten auf die Pflichten abstellte, die einem Steuerberater auch gegenüber dem eigenen Mandanten obliegen. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob und inwieweit der steuerliche Berater einer Gesellschaft im Allgemeinen auch die steuerlichen Belange der Gesellschafter im Auge behalten muss und für die Verletzung einer solchen Pflicht den Gesellschaftern selbst schadenersatzpflichtig ist (vgl. BGH, NJW 1983, 1053, 1054). **Denn vor dem Hintergrund des Zwecks der KG als Steuersparmodell und der unmittelbaren Betroffenheit der Kommanditisten durch die Feststellungsbescheide, die auf die Steuererklärungen hin ergingen, die die Beklagte für die KG gefertigt hatte, waren der Kläger und die anderen Gesellschafter erkennbar gläubigergleich von der steuerlichen Beratungstätigkeit der Beklagten betroffen.** Dies reicht aus, um im konkreten Fall eine Haftung der Beklagten nach den Grundsätzen des Vertrages mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter zu bejahen.

aa) Neben dem gesetzlich geregelten Vertrag zugunsten Dritter (§ 328 BGB), bei dem ein Dritter unmittelbar das Recht erwirbt, die Leistung zu fordern, hat die Rechtsprechung den Vertrag mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter herausgebildet, bei dem der Anspruch auf die geschuldete Hauptleistung allein dem Gläubiger zusteht, **der Dritte jedoch in der Weise in die vertraglichen Sorgfalts- und Obhutspflichten, aber auch in die Hauptleistungspflichten, einbezogen ist, dass er bei deren Verletzung vertragliche Schadenersatzansprüche geltend machen kann** (BGH, NJW 2004, 3420, 3421 m.w.N.). Dies ist im Allgemeinen anzunehmen, wenn ein zwischen zwei Parteien bestehendes Schuldverhältnis zwar den Anforderungen des § 328 BGB nicht genügt, aber eine Einbeziehung bestimmter Dritter in seinen Schutzbereich durch den Vertragszweck und wegen der erkennbaren Auswirkung der vertragsgemäßen Leistung auf sie nach Treu und Glauben geboten ist (BGHZ 69, 82 = NJW 1977, 1916). Um eine Ausuferung von Ansprüchen dieser Art in nicht mehr kalkulierbarem Umfang zu vermeiden und eine Grenze zu halten, jenseits deren der Schutz Dritter auf das Recht der unerlaubten Handlung beschränkt bleiben muss, hat die Rechtsprechung bestimmte Kriterien entwickelt.

Für den Regelfall, in dem die Parteien nichts erklärt haben, werden im Allgemeinen folgende vier Voraussetzungen für die Einbeziehung in den vertraglichen Schutzbereich aufgestellt: **Vertragsnähe (Leistungsnähe), Interesse am Schutz des Dritten (Gläubignähe), Erkennbarkeit des geschützten Personenkreises und Schutzbedürfnis** (Gottwald in: MünchKomm-BGB 5. Aufl. 2007, § 328 Rdnr. 119a) Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt.

bb) **Vertragsnähe (Leistungsnähe)** ist gegeben, wenn der Dritte typischerweise mit der geschuldeten Leistung in Berührung kommt. Ein nur zufälliger Leistungskontakt genügt nicht, sondern der Dritte muss sich durch Vermittlung oder mit Willen des primären Gläubigers obligationsmäßig im Leistungsbereich aufhalten (Gottwald, a.a.O., Rdnr. 120 m.w.N.). Dies ist hier der Fall, wo die Beklagte für die Klägerin die Steuererklärungen abgab, aufgrund deren Feststellungsbescheide ergingen, die ihrerseits unmittelbare Grundlage für die Einkommensbesteuerung der Kommanditisten und damit auch des Klägers bildeten. **Die Feststellungsbescheide gingen zwar nur an die KG, wirkten sich aber, was angesichts des Gesellschaftszwecks von der Beklagten vorhergesehen werden konnte, unweigerlich auch auf die Kommanditisten aus.**

Denn die KG war als Steuersparmodell konzipiert, weshalb das zentrale – wenn nicht gar einzige – Interesse der Kommanditisten darin bestand, steuerliche Vorteile aus ihrer Beteiligung zu ziehen. Gefahren aus einer eventuellen Schlechtleistung oder anderen Verletzung der steuerberaterlichen Pflichten der Beklagten waren die Gesellschafter daher von Beginn an in gleicher Weise ausgesetzt wie die KG selbst (ähnlich OLG Celle, NJW-RR 1986, 1315, für den Fall einer Grundstücksgemeinschaft, deren eines Mitglied einen Steuerberater beauftragt hatte).

cc) Zutreffend hat das Landgericht auch ein **Interesse am Schutz des Dritten (Gläubignähe)** bejaht. Nachdem der Bundesgerichtshof zu Beginn der Entwicklung des Instituts des Vertrages mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter die Einbeziehung eines Dritten in den Schutzbereich eines Vertrages davon abhängig gemacht hatte, ob Wohl und Wehe dieses Dritten dem Vertragspartner des Schutzpflichtigen anvertraut waren, hat sich die Rechtsprechung nach und nach von diesem engen Ansatz entfernt und stellt nunmehr lediglich die Frage, unter welchen Voraussetzungen allein aufgrund der objektiven Interessenlage – also ohne einen konkreten Anhaltspunkt in ausdrücklichen Parteierklärungen oder im sonstigen Parteiverhalten – die stillschweigende Vereinbarung einer Schutzpflicht für Dritte anzunehmen ist (BGH, NJW 1986, 484, 486; Gottwald, a.a.O., Rdnr. 122, jeweils m.w.N.). **Entscheidend ist, dass die Vertragsleistung auch zugunsten des Dritten erbracht wird, der oft der eigentlich an der Vertragsleistung Interessierte ist; lediglich mittelbare Auswirkungen des Vertrages auf das Vermögen des Dritten genügen nicht** (Gottwald, a.a.O.).

Der **Zweck des Steuerberatungsvertrages** zwischen der KG und der Beklagten berührte vorliegend unmittelbar das Schutz- und Sicherheitsbedürfnis der Kommanditisten. **Denn die KG war – wie schon das Landgericht zutreffend festgestellt hat – aufgrund des Gesellschaftsvertrages verpflichtet, für die Kommanditisten den prospektierten Verlust auszuweisen, um die beabsichtigten Steuerspareffekte zu erzielen.** Die Steuerersparnis stand im Zentrum der Geschäftsidee der KG. Jede Erklärung, die die KG – beraten durch die Beklagte – gegenüber den Finanzbehörden abgab, war geeignet, die Besteuerungsgrundlagen der Gesellschafter unmittelbar zu beeinflussen.

Die Beziehung zwischen den Interessen der Kommanditisten und der steuerlichen Beratungstätigkeit der Beklagten konnte – außerhalb eines Vertragsverhältnisses – enger nicht sein.

Indem sich die Beklagte darauf beruft, dass die KG überhaupt nicht belehrt zu werden brauchte, weil sie wusste, dass in den Feststellungsbescheiden für 1996 und für 1997 die Vorsteuerbeträge doppelt berücksichtigt worden waren und dies bei „Aufdeckung“ durch das Finanzamt dazu führen musste, dass sie steuerlich und bilanztechnisch würde umdisponieren müssen, weist sie auf die Verschiedenheit der Interessen und Bedürfnisse von KG und Gesellschaftern hin. **Diese Verschiedenheit hindert jedoch nicht die Einbeziehung der Gesellschafter in den Schutzbereich des Steuerberatungsvertrages. Wenn eine Leistung – wie hier die steuerliche Beratungstätigkeit der Beklagten – ausreichend drittbezogen ist, schließt nicht einmal die Gegenläufigkeit der Interessen von Vertragspartner und Dritten eine Schutzwirkung zugunsten des Dritten aus** (vgl. BGH, NJW 1984, 484, 486; BGHZ 127, 378 = NJW 1995, 392; BGH, NJW 1998, 1059, Gottwald, a.a.O., Rdnr. 124 m.w.N.).

Umso weniger vermag hier der Umstand, dass die KG die Informationen, deren die Kommanditisten noch bedurften, bereits erlangt hatte, etwas am Schutzbedürfnis der Kommanditisten zu ändern, zumal die KG eben diese Informationen von der Beklagten erlangt haben musste, die die Steuererklärung für das Jahr 1997 erstellt hatte. Indem die Beklagte das Informationsbedürfnis der KG stillte, erfüllte sich nicht zugleich das Informations- und Schutzbedürfnis der Gesellschafter. Solange nicht auch diese über die doppelte Berücksichtigung der Vorsteuerbeträge informiert waren, war ihr Informations- und Schutzbedürfnis eben nicht gedeckt.

Falls die KG die Gesellschafter nur deshalb nicht über die doppelte Berücksichtigung der Vorsteuerbeträge informiert haben sollte, weil sie nicht riskieren wollte, dass einer oder mehrere der über 100 Kommanditisten das Vorhaben konterkarierte – und sei es dadurch, dass er dem Finanzamt darüber Anzeige gemacht hätte –, hätten KG und Gesellschafter, was die Aufklärung durch die Beklagte anbelangte, sogar gegenläufige Interessen verfolgt. Dies hätte aber ebenfalls nicht zur Folge gehabt, dass die Gesellschafter aus dem Schutzbereich des Steuerberatungsvertrages herausgefallen wären. Denn die Beklagte musste erkennen, dass ihre steuerliche Beratungstätigkeit auch für die Kommanditisten von zentraler Bedeutung war und deren Informationsbedürfnis durch eine Aufklärung der KG, die gegenläufige Interessen verfolgte, gerade noch nicht gedeckt wurde.

dd) Die Beklagte konnte den geschützten Personenkreis, dem neben der KG als ihrer unmittelbaren Vertragspartnerin auch deren Kommanditisten angehörten, auch erkennen. **Dass die Gesellschafter gläubigergleich betroffen waren (Leistungsnähe) und die steuerlichen Beratungsleistungen der Beklagten unweigerlich auch für die Gesellschafter erbracht wurden (Gläubignähe), war für die Beklagte bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses mit der KG problemlos übersehbar, kalkulierbar und ggf. versicherbar** (vgl. zu diesen Kriterien Gottwald, a.a.O., Rdnr. 126 m.w.N.). Denn da es sich

bei der KG ersichtlich um ein Steuersparmodell handelte, das darauf abzielte, den Kommanditisten möglichst große Verlustzuweisungen zu verschaffen, konnte der Beklagten schlechterdings nicht verborgen bleiben, dass ihre steuerlichen Beratungstätigkeiten auch für die Gesellschafter erheblich waren.

ee) Schließlich fehlt dem Kläger auch nicht die **Schutzbedürftigkeit**, die von der Rechtsprechung als Voraussetzung eines Vertrages mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter gefordert wird, um den Kreis der Begünstigten zu beschränken: Einen über das Deliktsrecht hinausgehenden vertraglichen Anspruch gegen den Schuldner soll nur derjenige erhalten, dessen Interesse nicht bereits durch eigene vertragliche Ansprüche abgedeckt ist (vgl. Gottwald, a.a.O., Rdnr. 127 m.w.N.). **Die Schutzbedürftigkeit kann daher fehlen, wenn der geschädigte Dritte eigene vertragliche Ansprüche, auch gegen andere Schuldner, z.B. den Gläubiger, hat, die denselben oder einen gleichwertigen Inhalt haben wie diejenigen, die er auf dem Weg über seine Einbeziehung in den Schutzbereich eines zwischen anderen geschlossenen Vertrages durchsetzen will** (BGH, NJW 2004, 3420, 3421 m.w.N.).

(1) Die Schutzbedürftigkeit ergibt sich vorliegend allerdings nicht schon daraus, dass – worauf das Landgericht abgestellt hat – der Kläger keinen eigenen vertraglichen Anspruch gegen die Beklagte hat. Dass der Dritte gegen den Schuldner – hier die Beklagte – keinen unmittelbaren vertraglichen Anspruch hat, versteht sich im Regelfall von selbst. Entscheidend ist vielmehr, dass der Dritte keinen – zumindest keinen gleichwertigen – vertraglichen Anspruch gegen eine andere Person hat, wobei insbesondere der Hauptgläubiger – hier die KG – als potenzieller Anspruchsgegner in Frage kommt.

Letztlich kann jedoch dahingestellt bleiben, ob der Kläger gegen die KG einen eigenen Schadenersatzanspruch wegen Verletzung gesellschaftsrechtlicher Sorgfaltspflichten hat, die die doppelte Berücksichtigung der Vorsteuerbeträge und die sich daraus ergebenden Folgen kannte, aber weder vor noch nach Abgabe der Steuererklärung für 1997 die Kommanditisten über die damit verbundenen Risiken informiert hatte. Selbst wenn der Kläger – wofür gute Gründe sprechen – deswegen gegen die KG einen eigenen Schadenersatzanspruch haben sollte, wäre er im Verhältnis zur Beklagten schutzbedürftig. Denn dieser Schadenersatzanspruch wäre seinem Anspruch gegen die Beklagte aus dem Steuerberatungsvertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter nicht gleichwertig.

(2) Direkthaftungsansprüche, wie sie hier sowohl gegenüber der KG als auch gegenüber der Beklagten in Rede stehen, dienen nicht nur der Beseitigung von Schadenfolgen, sondern stets auch der Schadenprävention. Schutz erfährt beispielsweise der Dritte im Rahmen eines Vertrages mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter nicht nur – und auch nicht erst –, indem er von dem Schuldner die Wiederherstellung des Zustandes vor Schadeneintritt verlangen kann, sondern in besonderem Maße auch dadurch, dass bereits die Androhung eines vertragsähnlichen Schadenersatzanspruchs den Schuldner davon abhält, eine zum Schadenersatz ver-

pflichtende Handlung vorzunehmen. Das Präventionsinteresse des Klägers wird indessen von dem potenziellen Schadenersatzanspruch gegen die Beklagte in ungleich stärkerem Maße geschützt als von dem potenziellen Schadenersatzanspruch gegen die KG. Damit sind die beiden Schadenersatzansprüche aus Sicht des Klägers, auf dessen Schutzbedürftigkeit abzustellen ist, nicht gleichwertig.

Der Schadenersatzanspruch gegen die Beklagte zeichnet sich dadurch aus, dass er sich gegen einen Steuerberater richtet, der dem Dritten als Experte gegenübertritt, der keine eigenen Interessen verfolgt, grundsätzlich vorsichtig agiert, seinen Pflichten korrekt nachkommt und daher typisiertes Vertrauen genießt. Der Schadenersatzanspruch gegen die KG hingegen beruht zu einem guten Teil darauf, dass die KG eigene Interessen an einer Optimierung ihrer steuerlichen Belange verfolgt, die denen der Kommanditisten durchaus zuwiderlaufen können. So ist die KG darauf angewiesen, Kapital zu sammeln und weitere Kommanditisten zu gewinnen. Weit mehr noch als der einzelne Kommanditist ist die KG daher darauf ausgerichtet, die steuerlichen Versprechen, die sie ihren Anlegern gemacht hat, einzuhalten und nach Möglichkeit sogar zu übertreffen. Besonders augenfällig wird dies im vorliegenden Fall, in dem die KG wusste und billigte, dass in den Feststellungsbescheiden für 1996 und für 1997 die Vorsteuerbeträge doppelt berücksichtigt worden waren und dies bei Aufdeckung durch das Finanzamt dazu führen musste, dass die KG steuerlich und bilanztechnisch würde umdisponieren müssen. Dieses risikobehaftete Verhalten hätte dem Steuersparmodell als Ganzem – allerdings in ungerechtfertigter Weise – vorteilhaft sein können, indem es den Gründungsgesellschaftern einen (ungerechtfertigten) doppelten Steuergewinn verschafft hätte. Den Interessen des einzelnen Kommanditisten – hier des Klägers – wäre hierdurch jedoch nicht in jedem Fall genügt worden.

Dem einzelnen Kommanditisten geht es in erster Linie um seine persönlichen Steuervorteile und um seine persönliche Planungssicherheit. Die ihn betreffenden Steuerbescheide, die aufgrund der Feststellungsbescheide der KG ergehen, müssen nicht unbedingt besonders günstig sein – wofür die KG im vorliegenden Fall ein erhebliches Risiko einzugehen bereit war –, sondern sie müssen in erster Linie richtig und rechtssicher sein; zumindest müsste ihm das Risiko, das er eingehen soll, offenbart werden, damit er selbst entscheiden kann, ob er es tragen will oder nicht. **Als einzelner Kommanditist hat der Kläger ein gesteigertes Präventionsinteresse dahingehend, dass sich der Steuerberater, der ihm als neutraler Experte gegenübertritt, seinen Pflichten korrekt nachkommt und sich nicht von unter Umständen gegenläufigen Interessen der KG vereinnahmen lässt. Das Integritätsinteresse des einzelnen Kommanditisten wird mithin durch die drohende Inanspruchnahme der Beklagten weitaus effektiver geschützt als (lediglich) durch die drohende Inanspruchnahme der KG.**

c) Die Beklagte hat die Pflichten, die ihr aus dem Steuerberatungsvertrag mit der KG auch gegenüber den Kommanditisten und damit gegenüber dem Kläger oblagen, schuldhaft verletzt.

aa) Nach den Grundsätzen der höchstrichterlichen Rechtsprechung, der sich der Senat in ständiger Rechtsprechung angeschlossen hat, ist der Steuerberater im Rahmen seines Auftrages **verpflichtet, seinen Mandanten umfassend zu beraten und ungefragt über alle steuerlichen Einzelheiten und deren Folgen zu unterrichten. Er hat ihn möglichst vor Schaden zu schützen und hierzu den relativ sichersten Weg zu dem angestrebten steuerlichen Ziel aufzuzeigen sowie die für den Erfolg notwendigen Schritte vorzuschlagen** (vgl. nur BGH, NJW 2004, 3487 m.w.N.). **Der Steuerberater hat den Mandanten in die Lage zu versetzen, eigenverantwortlich seine Rechte und Interessen zu wahren und eine Fehlentscheidung vermeiden zu können** (BGH, NJW-RR 2003, 1064, 1065).

Da der Dritte im Rahmen eines Vertrages mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter, wie er hier gegeben ist, anders als im Fall eines echten Vertrages zugunsten Dritter keinen Leistungsanspruch erwirbt, also nicht Mitgläubiger wird, finden diese Pflichten allerdings nicht unmittelbar Anwendung auf das Verhältnis zwischen dem Kläger und der Beklagten. **Der Schutz des Klägers ist hier lediglich Reflex des Vertrages zwischen der Beklagten und der KG. Die Beklagte haftet dem Kläger daher – allgemeinen Grundsätzen folgend (vgl. Gottwald, a.a.O., RdNr. 117, 118 m.w.N.) – lediglich für die Folgen einer gerade ihm drohenden Schlechterfüllung der Hauptleistungspflicht gegenüber der KG sowie für die Verletzung einer sekundären Schutzpflicht ihm gegenüber.**

Das Landgericht hat in der angefochtenen Entscheidung beide Alternativen bejaht: Zum einen hat es eine Verletzung der Hauptpflicht – nämlich die Abgabe einer inhaltlich falschen Steuererklärung für das Jahr 1997 – angenommen und zum anderen auch eine Verletzung der Hinweispflicht der Beklagten gegenüber dem Kläger. Jedenfalls Letzgenanntes trifft zu. Die Beklagte ist zumindest ihrer Schutzpflicht gegenüber dem Kläger nicht gerecht geworden.

bb) Entgegen der Ansicht der Beklagten scheitert die Annahme einer Pflichtverletzung allerdings nicht schon deswegen, weil die Beklagte lediglich als Beraterin der KG fungierte und alle Steuererklärungen von der KG selbst eingereicht wurden. Sie scheitert auch nicht deshalb, weil sich die KG – und nicht die Beklagte – entschlossen hatte, die Verluste der Jahre 1996 bis 1998 durch das „Vorziehen“ der Sonder-Afa zu erhöhen.

Da die Beklagte der KG aufgrund des Steuerberatungsvertrages in erster Linie Beratungsleistungen schuldet, reicht ihre Stellung als „Beraterin“ ohne Weiteres aus, um auch Hinweis- und Schutzpflichten zugunsten der Kommanditisten und somit zugunsten des Klägers zu begründen. Im Übrigen **ist die Steuererklärung, die die KG bei ihrem Finanzamt einreichte und die zu dem falschen Feststellungsbescheid für das Jahr 1997 führte, gerade eben von der Beklagten entworfen worden und daher von ihr zu verantworten.**

cc) Der Beklagten ist des Weiteren auch insoweit nicht zuzustimmen, als sie meint, sie hätte bei der steuerlichen Beratung der KG nur und ausschließlich darauf zu achten

gehabt, das der KG kein Schaden entstehe. Wie dargestellt, entfaltete der zwischen der Beklagten und der KG abgeschlossene Steuerberatungsvertrag nach Treu und Glauben Schutzwirkungen zugunsten der Kommanditisten und damit auch zugunsten des Klägers. Bei der KG handelte es sich – wie für die Beklagte ohne Weiteres erkennbar war – um ein Steuersparmodell, in dessen Zentrum die Interessen der Kommanditisten standen. Diese Interessen waren in erster Linie – wenn nicht gar ausschließlich – steuerlicher Natur, sollten doch die Kommanditisten mit Hilfe hoher Verlustzuweisungen ihre Steuerlast reduzieren können. **Unweigerlich erstreckte sich die Gefahr einer Steuernachzahlung einschließlich des Anfalls von Nachzahlungszinsen auch auf die Interessen der Kommanditisten, die folglich in den Schutzbereich des Steuerberatungsvertrages einzubeziehen waren.**

dd) Ob – wie vom Landgericht bejaht – eine erste Pflichtverletzung der Beklagten bereits darin zu erblicken ist, dass sie die **Vorsteuer doppelt, nämlich sowohl für den Veranlagungszeitraum 1996 als auch für den Veranlagungszeitraum 1997, in Ansatz gebracht hat**, weshalb sie im ursprünglichen Feststellungsbescheid vom 10.11.1998 zu Unrecht ein zweites Mal abgezogen worden ist, ist vor dem Hintergrund des Parteivorbringens zweiter Instanz zweifelhaft. Denn die Beklagte beruft sich hier – unbestritten – darauf, dass die KG gewusst habe, dass in den Feststellungsbescheiden für 1996 und 1997 die Vorsteuerbeträge doppelt berücksichtigt waren und dies bei Aufdeckung durch das Finanzamt dazu führen musste, dass die KG steuerlich und bilanziell würde umdisponieren müssen. Sofern die KG im Vorhinein ihr Einvernehmen mit der nochmaligen Geltendmachung der Vorsteuer für den Veranlagungszeitraum 1997 erklärt haben sollte, fehlte es damit an einer Verletzung der Hauptpflicht durch die Beklagte.

ee) Dies kann aber letztlich dahingestellt bleiben. Denn eine Schutzpflichtverletzung der Beklagten gegenüber dem Kläger liegt jedenfalls darin, dass die Beklagte ihn und die anderen Kommanditisten nicht in gleicher Weise wie die Geschäftsführung der KG darüber aufgeklärt hat, dass die Vorsteuer ein weiteres Mal geltend gemacht werde, dass dies **unter Umständen eine zunächst günstige (ungerechtfertigte) doppelte Berücksichtigung der Vorsteuer durch das Finanzamt zur Folge haben könne, aber im Falle der Aufdeckung eine Steuernachzahlung zzgl. Nachzahlungszinsen nach sich ziehen könne.**

Indem die Beklagte diesen Hinweis unterließ, hat sie die Kommanditisten in die Gefahr gebracht, dass **zu ihren Lasten falsche – nämlich zu günstige – Einkommensteuerbescheide** auf der Grundlage des fehlerhaften Feststellungsbescheides für das Jahr 1997 vom 10.11.1998 ergingen, die im Nachhinein abgeändert wurden, was Steuernachzahlungen und Nachzahlungszinsen auslöste. Zumindest hätte die Beklagte dem Kläger und den anderen Kommanditisten spätestens bei Erlass des Feststellungsbescheides vom 10.11.1998 die Hinweise erteilen müssen, die in dem Schreiben vom 7.10.2005 enthalten waren, um ihnen einen Weg zur Beendigung des Zinslaufs eventueller Nachzahlungszinsen aufzuzeigen.

ff) Entgegen der Auffassung der Beklagten, die sich insoweit auf ein Urteil des erkennenden Senats vom 10.10.2007 – 8 U 24/07 – beruft, wird durch die hier vorgenommene Pflichtenbeschreibung von der Beklagten als Steuerberaterin kein „Taktieren“ verlangt. Der von der Beklagten in Bezug genommene Sachverhalt ist dem hier vorliegenden Sachverhalt in entscheidender Hinsicht unähnlich: Der Beklagten wird hier nicht vorgeworfen, nicht hinreichend „taktiert“ zu haben, sondern ihr wird – im Gegenteil – vorgeworfen, zusammen mit der Geschäftsführung der KG zulasten des Fiskus „taktiert“ zu haben, und zwar ohne die Kommanditisten, die sie in die Gefahr gebracht hatten, zu Steuernachzahlungen herangezogen zu werden, über die Sachlage aufgeklärt zu haben.

gg) Abgesehen davon, dass auch dies die Schutzpflichtverletzung zulasten des Klägers nicht gehindert hätte, trifft es des Weiteren auch nicht zu, dass die KG – beraten durch die Beklagte – bei der Erstellung ihrer Steuererklärung für 1997 – wie die Beklagte meint – ganz konsequent und dem Kläger günstig ihre Rechtsauffassung zugrunde gelegt habe, wonach die Vorsteuerbeträge dem Veranlagungszeitraum 1997 und nicht dem Jahr 1996 zuzuordnen gewesen seien. Konsequenz wäre das Verhalten der KG nur gewesen, wenn sie den Änderungsbescheid bezüglich des Jahres 1996 vom 10.9.1997 angefochten hätte, was sie jedoch nicht getan hat. Hingegen konnte die KG schlechterdings nicht „konsequent“ davon ausgehen, den Vorteil aus der Vorsteuer doppelt vereinnahmen zu dürfen. Indem die KG den Änderungsbescheid vom 10.09.1997 nicht anfocht und denselben Vorsteuerbetrag zugleich für das Jahr 1997 zu erzielen versuchte, versuchte die Beklagte augenscheinlich vielmehr, einen doppelten Vorteil zu erzielen.

hh) Die Beklagte handelte mangels anderer Anhaltspunkte schließlich auch **schuldhaft**. Dass sie mit der doppelten Geltendmachung der Vorsteuer das Ziel verfolgt haben mag, von der Vorsteuerzahlung ein weiteres Mal zu profitieren, vermag sie ersichtlich nicht zu entschuldigen. Nicht nur, dass dieser Vorteil von der KG bzw. ihren Gesellschaftern zu Unrecht erlangt worden wäre. Bis zur Festsetzungsverjährung wäre er auch rückforderbar gewesen, womit sich eben das Risiko verwirklicht hätte, auf das hinzuweisen die Beklagte unterlassen hat. **Dass die Bewirkung eines ungerechtfertigten Steuervorteils zugunsten des eigenen Mandanten noch nicht unbedingt eine Pflichtverletzung des Steuerberaters darstellt, weil dieser kein Hilfsbeamter des Fiskus ist (vgl. Gräfe/Lenzen/Schmeer, Steuerberaterhaftung 4. Aufl. 2006, Rdnr. 1328) und er auch nicht zur Erfolgsabwendung eingreifen muss, weil ihn nicht die Pflichten des Steuerpflichtigen treffen (Gräfe/Lenzen/Schmeer, a.a.O., Rdnr. 1335), ist hier ohne weitere Bedeutung.**

d) Wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, ist dem Kläger aufgrund der Pflichtverletzung der Beklagten auch ein **Schaden** entstanden. (...)

aa) Bei einem Schadenersatzanspruch aufgrund positiver Vertragsverletzung gehört der Ursachenzusammenhang zwischen der Pflichtverletzung und dem Eintritt eines daraus

erwachsenen allgemeinen Vermögensschadens nicht zur haftungsbegründenden, sondern zur **haftungsausfüllenden Kausalität**. Für seinen Nachweis gelten daher **nicht die strengen Beweisanforderungen des § 286 ZPO, sondern dem Mandanten eines Steuerberaters kommen bei der Beurteilung der haftungsausfüllenden Kausalität die Beweiserleichterungen des § 287 ZPO und des Anscheinsbeweises zugute**; dies gilt auch für die Frage, wie er sich bei richtiger Beratung verhalten hätte (BGH, NJW 2004, 444; Senat, z.B. Urt. v. 30.8.2006 – 8 U 30/06; Gräfe/Lenzen/Schmeer, a.a.O., Rdnr. 631, 510). Nichts anderes kann für den Dritten gelten, der in dem Schutzbereich eines Steuerberatungsvertrages mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter steht.

Die „**Vermutung beratergerichtigen Verhaltens**“ gilt bei Verträgen mit Rechtsanwälten und Steuerberatern jedenfalls dann, wenn nach der Lebenserfahrung bei vertragsgemäßer Leistung des Beraters für den Mandanten lediglich eine einzige sinnvolle Entschlussmöglichkeit bestand, durch die der ihm entstandene steuerliche Nachteil vermieden worden wäre (BGH, NJW 2004, 444; BGHZ 123, 311, 315 = NJW 1993, 3259). **Besteht nicht nur eine einzige sinnvolle Entschlussmöglichkeit, sondern kommen verschiedene Handlungsweisen ernsthaft in Betracht, so ist kein Raum für einen Anscheinsbeweis** (BGHZ 123, 311, 315 = NJW 1993, 3259; Gräfe/Lenzen/Schmeer, a.a.O., Rdnr. 631, 511), sondern den Mandanten trifft nur, aber immerhin die durch § 287 ZPO erleichterte Beweislast dafür, dass er die von ihm behauptete Entscheidung bei vertragsgerechter Beratung getroffen hätte. Für die richterliche Überzeugungsbildung reicht insofern eine deutlich überwiegende, auf gesicherter Grundlage beruhende Wahrscheinlichkeit aus (BGH, NJW 2004, 444; Gräfe/Lenzen/Schmeer, a.a.O., Rdnr. 631, 511).

bb) Hätte die Beklagte den Kläger und die anderen Kommanditisten in gleicher Weise wie die Geschäftsführung der KG darüber aufgeklärt, dass die Vorsteuer mit der Steuererklärung für den Veranlagungszeitraum 1997 ein weiteres Mal geltend gemacht worden ist, dass dies eine ungerechtfertigte Steuerbegünstigung sowie im Falle der Aufdeckung eine Steuernachzahlung nach sich ziehen könne, **hätte für den Kläger die einzige sinnvolle Entschlussmöglichkeit darin bestanden, die Nachzahlungszinsen zu vermeiden. Dies hätte – wie noch im Einzelnen auszuführen sein wird – dadurch geschehen können, dass dem Finanzamt für das Veranlagungsjahr 1997 ein Steuermehrbetrag „zur Verwahrung“ gezahlt worden wäre.**

cc) Die Vermutung beratungsgerechten Verhaltens des Klägers wird – entgegen der Ansicht der Beklagten, sie sich insoweit auf die Entscheidung des Oberlandesgerichts Schleswig vom 17.1.2008 – 11 U 27/07 (NJW 2008, 3292) beruft – **auch nicht dadurch widerlegt, dass sich der Kläger später, nämlich nach Zugang des Schreibens vom 7.10.2005, als beratungsresistent erwiesen hätte, weil er der darin enthaltenen Empfehlung nicht gefolgt sei.**

Der Senat verkennt nicht, dass die zweitinstanzliche Argumentation des Klägers zum Ende der Zinslauffrist – weder das Schreiben vom 7.10.2005 noch die darin in Bezug

genommene Anlage zum Schreiben vom 13.9.2005 hätten nachvollziehbar erkennbar gemacht, ob und welche Nachzahlungen er nach Erlass berechtigter Einkommensteuerbescheide würde leisten müssen und selbst wenn er dies gewusst hätte, wäre er nicht in der Lage gewesen, vorzeitige Zahlungen an sein Finanzamt zu leisten, sondern hätte erst den Zugang der berechtigten Einkommensteuerbescheide abwarten müssen – in gewissem Widerspruch zu seiner erstinstanzlichen Ansicht steht, wonach die Beklagte die Gesellschafter schon bei Erlass des Feststellungsbescheides für 1997 darauf hätte hinweisen müssen, dass es vorteilhaft sein könne, einen Steuermehrbetrag „zur Verwahrung“ zu zahlen, um Aussetzungszinsen zu vermeiden.

Indessen reicht der Umstand, dass sich der Kläger acht Jahre nach der Pflichtverletzung (7.10.2005) und damit zu einem Zeitpunkt, als sich der Streit um deren Folgen bereits abzeichnete, nicht unverzüglich so verhielt, wie es idealtypisch gewesen wäre, nicht aus für die Annahme, dass er auch schon 1997, als er noch keine Zweifel an der Richtigkeit der Beratung durch die Beklagte hegen musste, beratungsrichtig verhalten hätte. **Dass der Kläger sich Ende Oktober 2005 von seinen – neuen – Beratern empfehlen ließ, zunächst den Erlass der geänderten Einkommensteuerbescheide vom 25.4.2006 abzuwarten, kann ihm daher unter Kausalitätsgesichtspunkten nicht zum Nachteil gereichen.**

dd) Entgegen der Auffassung der Beklagten fehlt es auch nicht deshalb an der Kausalität der Pflichtverletzung für den geltend gemachten Schaden, weil auch im Falle ordnungsgemäßer Aufklärung über Gefahren und Risiken keiner der Kommanditisten, auch nicht der Kläger, versucht hätte, einen anderen Feststellungsbescheid für 1997 anzustreben. Denn beratungsgerechtes Verhalten der Kommanditisten im Falle ordnungsgemäßer Aufklärung durch die Beklagte wäre nicht der Versuch gewesen, den Feststellungsbescheid für 1997 ändern zu lassen, sondern durch Vorableistung der Nachzahlungszinsen einen Schaden zu vermeiden.

ee) Schließlich trifft es entgegen der Ansicht der Beklagten auch nicht zu, dass in der Gesellschafterversammlung ein Beschluss hätte herbeigeführt werden müssen, um die Geschäftsführer der KG anzuweisen, beim Finanzamt eine – sich auf die Einkommensteuerveranlagungen 1996 der Gründungsgesellschafter ungünstig auswirkende – Änderung des Feststellungsbescheides für 1996 oder eine für ihn ungünstige Änderung des Feststellungsbescheides für 1997 zu beantragen. Selbst wenn man – entgegen den vorstehenden Ausführungen – auf die Überprüfung des Feststellungsbescheides für 1997 abstellen wollte, hätte sich ein Wieder-aufgreifen der Angelegenheit durch das Finanzamt schon durch eine bloße Anzeige erreichen lassen, ohne dass es eines Beschlusses der KG bedurft hätte.

e) Ein **Mitverschulden** des Klägers an der Entstehung des Schadens ist nicht gegeben; ein Mitverschulden der KG ist dem Kläger jedenfalls nicht zuzurechnen.

aa) Der Rechtsansicht der Beklagten, wonach der Kläger gemäß § 153 AO verpflichtet gewesen wäre, die fehlerhafte

zweifache Berücksichtigung der anteiligen Vorsteuerbeträge seinem Wohnsitzfinanzamt zu offenbaren, das dann zumindest vorläufig sein zu versteuerndes Einkommen und damit seine Steuerfestsetzungen erhöht hätte, hält der Kläger zu treffend entgegen, dass Einwendungen gegen fehlerhafte Feststellungsbescheide nicht im nachfolgenden Einkommensteuerverfahren erhoben werden können, sondern nur im Feststellungsverfahren selbst. Denn bei den Feststellungsbescheiden handelt es sich um Grundlagenbescheide gemäß den §§ 179 AO ff, 182 AO, an die das Wohnsitzfinanzamt des betroffenen Gesellschafters gebunden ist.

bb) In Analogie zu den §§ 334, 846 BGB wollen der Bundesgerichtshof (z.B. BGHZ 127, 378 = NJW 1995, 392, 393) und die herrschende Meinung in der Literatur (Nachw. bei Gottwald, a.a.O., Rdnr. 137) dem Dritten allerdings auch ein Mitverschulden des Hauptgläubigers nach § 254 BGB sowohl gegenüber dem vertraglichen als auch dem Deliktsanspruch entgegenhalten, und zwar unabhängig davon, ob der Gläubiger als Erfüllungsgehilfe des Dritten angesehen werden kann (§ 278 BGB). Diese Überlegung fußt auf dem Gedanken, dass dem geschützten Dritten, der seine Rechte aus den Vertragsbeziehungen der unmittelbaren Vertragspartner herleitet, grundsätzlich keine weitergehenden Rechte zustehen als dem unmittelbaren Vertragspartner des Schädigers.

Daraus hat die Rechtsprechung geschlussfolgert, dass sich der durch den Schutzpflichtigen schuldhaft geschädigte Dritte ein Mitverschulden des Vertragspartners seines Schädigers nach § 254 BGB auch dann entgegenhalten lassen muss, wenn dieser Vertragspartner nicht der gesetzliche Vertreter oder Erfüllungsgehilfe des Dritten i.S.d. § 278 BGB ist (BGHZ 127, 378 = NJW 1995, 392, 393 m.w.N.). Diese Begrenzung des Drittschutzes wird dabei sowohl aus dem Rechtsgedanken des § 334 BGB als auch aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) entnommen (BGH, a.a.O.).

Obwohl vorliegend die KG – die Hauptgläubigerin der Beklagten aus dem Steuerberatungsvertrag – von der Beklagten vollständig aufgeklärt worden ist, ist der Schadenersatzanspruch des Klägers nach den Grundsätzen des Vertrages mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter nicht ausgeschlossen. Unter den besonderen Umständen des vorliegenden Falles muss vielmehr davon ausgegangen werden, dass die Vorschrift des § 334 BGB, wonach dem Versprechenden die Einwendungen aus dem Vertrag auch gegenüber dem Dritten zustehen, als dispositives Recht auch (stillschweigend) abbedungen werden kann, was sich insbesondere aus der Natur des Deckungsverhältnisses ergeben kann (BGH, a.a.O.).

Dies ist vorliegend der Fall, weil hier – wie ausgeführt – trotz gegenläufiger, jedenfalls nicht deckungsgleicher Interessen von Hauptschuldner (KG) und Drittem (Kläger) gleichwohl ein Vertrag mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter bejaht worden ist. **In einem solchen Fall durchbricht die „Natur des Vertrages“ den Grundsatz, dass die Haftung des Schutzpflichtigen (Beklage) gegenüber dem Dritten (Kläger) nicht weiter reicht als gegenüber dem unmittelbaren Vertragspartner (KG).**

Der **Steuerberatungsvertrag** zwischen der Beklagten und der KG ist – vor dem Hintergrund der vorstehenden Ausführungen zum Vertrag mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter – **auf Mitverschuldensebene dahin auszulegen, dass das Vertrauen des Klägers in die Korrektheit der Vertragserfüllung durch die Beklagte auch dann geschützt werden soll, wenn die KG von der Beklagten rechtzeitig und umfassend informiert worden ist und selbst keine Pflichtverletzung erleidet.** So wie das objektive Interesse des Dritten einen eigenen, von eventuellen gegenläufigen Interessen des Hauptgläubigers unabhängigen Schutzanspruch gegenüber dem Schuldner begründet, muss es – folgerichtig und spiegelbildlich – auch ein Durchschlagen der Einwendungen ausschließen, die der Schuldner nach dem Vertrag dem Hauptgläubiger entgegenhalten könnte (vgl. allgemein auch Gottwald, a.a.O., Rdnr. 142, für die Fälle der sog. Berufshaftung). Da der Kläger nach dem vorstehend Gesagten trotz des gegenläufigen Interesses der KG einen eigenen, seinem objektiven Interesse folgenden Anspruch gegen die Beklagte hat, muss er sich die gegenläufigen Interessen der KG und deren Kenntnis auch nicht auf der Mitverschuldensebene zurechnen lassen.

f) Im Grundsatz zutreffend hat das Landgericht schließlich festgestellt, dass der zu erstattende **Schaden aus den Nachzahlungszinsen abzüglich des Liquiditätsvorteils** besteht, den der Kläger dadurch erlangt hat, dass er mit dem zu Unrecht erhaltenen Kapital wirtschaften konnte. Der Berechnung des Landgerichts kann indessen nicht in vollem Umfang gefolgt werden. Der Kläger hat gegen die Beklagte einen Anspruch auf Zahlung von insgesamt 10.256,06 EUR, der sich – unter Abweichung von der Berechnung des Landgerichts – wie folgt berechnet:

(Aufstellung ...)

Der Zinslauf beginnt jeweils drei Monate früher als vom Landgericht angenommen mit der Folge, dass sich die Anzahl der vollen Monate um jeweils drei Monate und der Zinssatz folglich um jeweils $3 \times 0,5\%$ erhöht. Die Summe der erstattungsfähigen Zinsen beträgt 13.674,75 EUR. Sie ist im Wege der Vorteilsausgleichung um den Liquiditätsgewinn des Klägers zu kürzen, der nicht – wie das Landgericht meinte – mit der Hälfte, sondern mit einem Viertel zu veranschlagen ist, so dass 10.256,06 EUR verbleiben. Das Viertel ergibt sich daraus, dass 0,5 Nachzahlungszinsen pro Monat, also 6 % Zinsen pro Jahr zu zahlen und 3 % fiktive Festgeldzinsen gegenzurechnen sind, die allerdings um eine fiktive Steuerlast von 50 % zu kürzen sind, so dass nur 1,5 % Zinsen p.a. als potenzieller Liquiditätsgewinn – und potenzieller Abzug – verbleiben (= $1/4$ von 6 %). Im Einzelnen gilt Folgendes:

aa) Unstreitig gehören die Verlustminderungen des Jahres 1997, die nicht im Zusammenhang mit dem Komplex „Vorsteuerabzug“ standen, nicht zu dem ersatzfähigen Schaden. Dies räumt der Kläger selbst ein, hat diese Beträge aber auch bereits bei der Ermittlung des Zinsschadens vorab abgezogen (Klageschrift: „Verlustminderung aus Verminderung anderer Kostenpositionen ohne Ansatz von MehrSonder-Afa: 632.312,12 DM“).

bb) Dem Kläger ist insoweit zuzustimmen, als er kritisiert, dass das Landgericht den **Beginn der Zinslaufzeit** falsch bemessen habe, indem es die Nachzahlungszinsen um jeweils drei Monate nach hinten verlagerte. Der Argumentation des Landgerichts, es sei davon auszugehen, dass das Wohnsitzfinanzamt des Klägers die Nachzahlungszinsen schon seit Eingang der ersten Feststellungsbescheide bei ihm – dem Finanzamt – berechnet bzw. die Einkommensteuerbescheide des Klägers entgegen den bestandskräftigen Feststellungen des Finanzamts falsch ausgelegt habe, ist mangels hinreichender tatsächlicher Anhaltspunkte nicht zu folgen. Die von dem Landgericht jeweils in Abzug gebrachten drei Monate sind daher wieder hinzuzusetzen.

cc) Das **Ende der Zinslauffrist** hat das Landgericht – entgegen der Auffassung des Klägers – zutreffend auf Oktober 2005 gelegt und den für die Zeit von November 2005 bis April 2006 geltend gemachten Zinsschaden zu Recht mit der Begründung verneint, dass der Kläger **spätestens mit dem Rundschreiben der Beklagten vom 7.10.2005 die Möglichkeit gehabt habe, den Zinslauf zu beenden**. Zwar trifft es zu, dass weder dieses Schreiben noch die darin in Bezug genommene Anlage zum Schreiben vom 13.9.2005 im Einzelnen erkennen ließ, ob und welche Nachzahlungen der Kläger nach Erlass berechtigter Einkommenssteuerbescheide im Einzelnen würde leisten müssen. Dies steht der Beendigung des Zinslaufs jedoch nicht entgegen. **Denn von dem Kläger wäre zu erwarten gewesen, dass er sich aufgrund der vorgenannten Schreiben fachlicher Beratung versichert hätte, um den vorab zu leistenden Betrag zu ermitteln.**

dd) Entgegen der Behauptung des Klägers trifft es auch nicht zu, dass dieser gar nicht in der Lage gewesen wäre, vorzeitig Zahlungen an sein Finanzamt zu leisten, sondern erst den Zugang der berechtigten Einkommenssteuerbescheide (25.4.2006) hätte abwarten müssen. **Das Finanzamt hätte ihm eine etwaige À-conto-Zahlung auch nicht einfach wieder zurücküberwiesen.** Insofern ist vielmehr davon auszugehen, dass das Finanzamt gemäß Ziffer 70.1.1 Satz 2 des Anwendungserlasses des Bundesministeriums der Finanzen zur Abgabenordnung vom 2.1.2008, zuletzt geändert unter dem 17.7.2008, zu § 233a AO gehandelt, nämlich den Betrag in Verwahrung genommen hätte mit der Folge, dass jedenfalls Nachzahlungszinsen nicht mehr angefallen wären.

Gemäß Ziffer 70.1.1 des Anwendungserlasses zur AO sind Zinsen nach § 233a AO auch dann festzusetzen, wenn vor Festsetzung der Steuer freiwillige Leistungen erbracht werden (Satz 1). **Nachzahlungszinsen sind aber aus sachlichen Billigkeitsgründen zu erlassen, soweit der Steuerpflichtige auf die sich aus der Steuerfestsetzung ergebende Steuerzahlungsforderung bereits vor Wirksamkeit der Steuerfestsetzung freiwillige Leistungen erbracht und das Finanzamt diese Leistungen angenommen hat** (Ziffer 70.1.1, Satz 2). Nachzahlungszinsen sind daher nur für den Zeitraum bis zum Eingang der freiwilligen Leistung zu erheben (Ziffer 70.1.2, Satz 1).

Nach den Erfahrungen des erkennenden Spezialsenats für Steuerberaterhaftung verfährt die Praxis in solchen Fällen dergestalt, dass – 1. Alternative – die Summe, wenn der

Betrag mit einem Begleitschreiben eingeht, auf „Verwahr“ gebucht und vom Finanzamt behalten wird. Die Verwahrbuchhaltung wird regelmäßig geprüft, der Betrag regelmäßig mit der entstehenden Steuerschuld verrechnet; zurücküberwiesen wird dieses Geld nur, wenn dazu eine konkrete Veranlassung besteht, z.B. keine Nachzahlung entsteht. Kommt der Betrag mit dem Hinweis auf eine bestimmte Einkommensteuerschuld an – 2. Alternative –, ohne dass eine Sollstellung vorliegt und ohne Hinweis auf die freiwillige Zahlung, so wird der Betrag auf dem Steuerkonto des Steuerpflichtigen verbucht und gelangt nach 30 Tagen in die maschinelle Guthabenliste. Ergeben sich Hinweise auf eine Vorabzahlung, z.B. wegen einer vorliegenden, aber noch nicht bearbeiteten Erklärung, so wird der Betrag ebenfalls auf „Verwahr“ umgebucht und wie vorstehend dargestellt behandelt. Nur wenn sich keine Hinweise auf eine zu erwartende Sollstellung ergeben, wird der Betrag erstattet.

Da der Kläger fachmännisch beraten war, ist davon auszugehen, dass das Finanzamt erkannt hätte, dass die gezahlten Beträge eine Vorabzahlung im Vorgriff auf zu erwartende Änderungsbescheide sein sollten. Dann aber hätte es die Beträge nicht sogleich wieder zurücküberwiesen, sondern es hätte sie zunächst verwahrt und später verrechnet.

ee) Der Schadenersatzanspruch des Klägers ist nach den Regeln des **Vorteilsausgleichs** zu mindern, weil der Kläger einen Liquiditätsvorteil dadurch erlangt hat, dass er die Steuern erst später entrichten musste. Dem Schaden in Gestalt der Nachzahlungszinsen steht daher ein Vorteil in Gestalt längerer Verfügungsmöglichkeit über das Kapital gegenüber.

(1) Die für die Schadenberechnung maßgebliche Differenzhypothese bedingt, dass bei der Schadenberechnung die Vorteile schadenmindernd zu berücksichtigen sind, die dem Geschädigten infolge des Schadenereignisses zugeflossen sind (BGH, NJW-RR 2004, 79, 80 m.w.N.). Dabei besteht Einigkeit, dass nicht generell jeder Vorteil den Schaden mindert, sondern dass eine Anrechnung dem Sinn und Zweck der Schadenersatzpflicht entsprechen muss, also den Geschädigten nicht unzumutbar belasten und den Schädiger nicht unbillig begünstigen darf. Wegfall und Minderung eines Schadens sind nur insoweit zu berücksichtigen, wie sie in einem adäquat-ursächlichen Zusammenhang mit dem schädigenden Ereignis stehen (BGH, NJW-RR 1988, 788). **Der einzelne Vorteil muss, soll er zur Anrechnung führen, mit dem einzelnen Nachteil kongruent sein, d.h. ihm seiner Art nach entsprechen** (BGH, NJW-RR 2004, 79, 80 m.w.N.). Diese Grundsätze geltend anerkanntermaßen auch für die Anrechnung von **Steuervorteilen** im Wege der Vorteilsausgleichung (BGH, NJW 2007, 2401 m.w.N.). Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sind daher beispielsweise die aufgrund einer Kapitalanlage erzielten, dauerhaften Steuervorteile anzurechnen, sofern nicht die Ersatzleistung (infolge Prospekthaftung o.dgl.) ihrerseits zu versteuern ist (BGH, DStR 2008, 515 m.w.N.).

(2) Bei der Berechnung des Vorteilsausgleichs ist dem Landgericht im Grundsatz, aber nicht in allen Punkten zu folgen.

(a) Allerdings trifft es nicht zu, dass dem Kläger – wie die Beklagte meint – ein Liquiditätsvorteil von 61.263,85 EUR entstanden ist, den er ertragbringend ab 1.1.1999 bis zu den streitgegenständlichen Zinsfestsetzungen 7 Jahre und 5 Monate habe nutzen können, was selbst bei nur 4 % Zinsen p.a. über 18.000 EUR eingebracht hätte und schon bei einer Verzinsung von lediglich 3,3 % zu einer Egalisierung des angeblichen Schadens geführt hätte. Denn **die Beklagte berücksichtigt bei dieser Berechnung nicht, dass der Liquiditätsvorteil bei dem Kläger nur sukzessive eingetreten ist. Der Rechenweg, den das Landgericht eingeschlagen hat, ist daher im Grundsatz richtig.**

(b) Entgegen der Auffassung des Landgerichts **ist indessen von dem fiktiven (abstrakten) Zinsertrag von 3 %, den sich der Kläger anrechnen lassen muss, die gleichfalls fiktive steuerliche Belastung abzuziehen**, die in der Person des Klägers insgesamt 50 % ausgemacht hätte (Einkommensteuer, Kirchensteuer, Solidaritätszuschlag), so dass lediglich ein Nettoszins von 1,5 % p.a. zugrunde zu legen ist. Vor dem Hintergrund der dargelegten Rechtsprechungsgrundsätze ist kein Grund ersichtlich, warum sich der Kläger – als Geschädigter – zwar auf der einen Seite den fiktiv erlangten Festgeldzins in Höhe von 3 % p.a. anrechnen lassen muss, er aber auf der anderen Seite gehindert sein soll, für diesen Fall auch die ggf. unweigerlich eintretenden Steuernachteile von 50 % geltend zu machen. Diese stellen förmlich die Kehrseite der fiktiven Einnahmen des Klägers dar und sind daher ebenfalls zu berücksichtigen.

Der Trennung zwischen fiktivem abstraktem Zinssatz (1. Stufe) und damit einhergehendem Steuernachteil (2. Stufe) kann – entgegen der Auffassung des Landgerichts – auch nicht mit dem Argument begegnet werden, dass hierin eine konkrete Schadenberechnung läge und der Kläger – wenn er seinen Zinsvorteil konkret berechnen wolle – dies insgesamt tun müsse, also den tatsächlichen Zinseinkünften tatsächliche Steuerbelastungen gegenüberstellen müsse. Da der Kläger unstreitig keine Zinseinkünfte gezogen hat, bleibt keine andere Möglichkeit, als den Schaden abstrakt zu schätzen.

Wie das Landgericht zutreffend feststellt, kommt es hierfür auf die typischerweise zu erwartende Rendite an. Da aber sowohl bei der Schadenberechnung (Schadenschätzung) als auch bei der Bemessung des Vorteilsausgleichs stets auch steuerliche Tatbestände zu berücksichtigen sind (Nachweise zur Rechtsprechung siehe vor, allerdings nur betreffend Steuervorteile), ist kein Grund dafür ersichtlich, warum in die „Renditeberechnung“ nicht auch die unweigerlich eintretenden Steuernachteile eingehen sollten.

Dass der Kläger, wenn er 3 % p.a. Zinsen erzielt hätte, 50 % Steuern hierauf hätte entrichten müssen, ist unbestritten geblieben, so dass im Ergebnis lediglich ein Abzug von 1,5 % p.a. gerechtfertigt ist.

g) Der Schadenersatzanspruch des Klägers ist schließlich auch nicht **verjährt**. Die Verjährungsfrist begann erst im Laufe des Jahres 2006 zu laufen und wurde mit Zustellung der Klageschrift am 21.7.2007 wirksam unterbrochen. (...)

Steuerverkürzung durch Steuerberater

- Vorbereitung der Steuererklärung
- Mitwirkungsvermerk des Steuerberaters
(OLG Zweibrücken, Beschl. v. 23.10.2008 – 1 Ss 140/08)

Leitsatz (d. Red.):

Eine leichtfertige Steuerverkürzung gemäß § 378 Abs. 1 Satz 1 AO ist nicht gegeben, wenn der Steuerberater die Steuererklärung des Mandanten lediglich vorbereitet und diese von ihm unterzeichnet und eingereicht wird. Der Mandant hat durch seine Unterschrift die Verantwortung für seine Steuererklärung übernommen. ■

Aus den Gründen:

Das Amtsgericht hat gegen den Betroffenen wegen leichtfertiger Steuerverkürzung gemäß §§ 378 Abs. 1 Satz 1, 370 Abs. 1 Nr. 1 AO, 18 Abs. 3 UStG eine Geldbuße von 10.000 EUR verhängt. Mit seiner Rechtsbeschwerde rügt der Betroffene die Verletzung sachlichen Rechts. Das Rechtsmittel ist zulässig und begründet.

Nach den Urteilsgründen hat das Amtsgericht im Wesentlichen folgende Feststellungen getroffen:

Der Betroffene ist als selbstständiger Steuerberater tätig. Er hatte für den durch rechtskräftiges Urteil des Landgerichts vom 8.4.2004 wegen Steuerhinterziehung u.a. zu einer Freiheitsstrafe von 4 Jahren und 9 Monaten verurteilten S., der einen Autohandel betrieb, die gesamte steuerliche Beratung übernommen. **Unter Mithilfe einer Büroangestellten wurden die laufende Buchführung und die Umsatzsteuer-voranmeldungen erstellt.**

Die vom Betroffenen gefertigte Umsatzsteuerjahreserklärung 2001 war von S. unterschrieben und von diesem beim Finanzamt eingereicht worden. In ihr waren, wie in dem vom Betroffenen ebenfalls gefertigten und auch unterschriebenen Jahresabschluss zum 31.12.2001, für den Zeitraum Oktober bis Dezember 2001 **unberechtigterweise Vorsteuerbeträge von insgesamt 245.517,29 DM geltend gemacht** worden, obwohl dem Betroffenen **keine nach §§ 14, 14a UStG ausgestellten Rechnungen** vorlagen.

S. hatte für die fraglichen Geschäfte, tatsächlich handelte es sich um **Scheingeschäfte**, lediglich sogenannte „verbindliche Bestellungen“, die nur von ihm unterschrieben waren und keinen Firmenstempel des Verkäufers aufwiesen, dem Betroffenen zur Verfügung gestellt. Auf die fehlenden Eingangsrechnungen, die für den Vorsteuerabzug erforderlich sind, war S. mehrmals durch den Betroffenen und dessen Mitarbeiterin angesprochen worden.

Der Betroffene war von S. über den Umstand der Scheingeschäfte getäuscht worden; das ursprünglich gegen den Betroffenen geführte Ermittlungsverfahren wegen Beihilfe zur Steuerhinterziehung hat die Staatsanwaltschaft daher gemäß § 170 Abs. 2 StPO eingestellt.

Unter Zugrundelegung dieser Feststellungen ist nach Auffassung des Senats der vom Amtsgericht angenommene Tatbestand der **leichtfertigen Steuerverkürzung** des § 378 Abs. 1 Satz 1 AO nicht erfüllt. Dies ergibt sich bereits aus dem tatsächlichen Handlungsablauf, so dass die Frage der „Leichtfertigkeit“ des Verhaltens des Betroffenen, die das Amtsgericht insbesondere gewürdigt hat, offenbleiben kann. Zur bußgeldrechtlichen Verantwortlichkeit der steuerlichen Berater nach dieser Vorschrift folgt der Senat der als herrschend zu bezeichnenden Rechtsprechung des BayObLG (*NStZ 1994, 136*) sowie des Oberlandesgerichts Braunschweig (*NStZ 1998, 44*). **Danach ist der Ordnungswidrigkeitstatbestand betreffend den Steuerberater dann nicht gegeben, wenn er die Steuererklärung seines Mandanten lediglich vorbereitet und diese vom Steuerpflichtigen unterzeichnet und eingereicht wird, weil es an eigenen Angaben des Steuerberaters gegenüber dem Finanzamt fehlt.**

Dies wird mit dem Wortlaut der ab 1.1.1977 geltenden Neuregelung der Vorschrift des § 378 AO begründet. Nach dem Wortlaut der Vorgängerregelung des § 404 RAO („bewirkt“) genügte zur Tatbestandserfüllung die ursächliche Herbeiführung des Erfolges der Steuerverkürzung. Die Neuregelung enthält demgegenüber unter Bezugnahme auf § 370 Abs. 1 AO als zusätzliches Tatbestandsmerkmal das Erfordernis, dass der Steuerpflichtige oder derjenige, der in Wahrnehmung der Angelegenheiten eines Steuerpflichtigen handelt, **gegenüber der Finanzbehörde unrichtige oder unvollständige Angaben macht**. Dies hat einen engeren Anwendungsbereich der Norm zur Folge. Durch die Einreichung der vom Steuerpflichtigen unterzeichneten Steuererklärung hat dieser entsprechend seiner steuerrechtlichen Verpflichtung Angaben gegenüber dem Finanzamt gemacht, **es ist seine Erklärung, für die er mit seiner Unterschrift die Verantwortung übernommen hat, nicht die des Steuerberaters**.

Dies gilt nach der genannten Rechtsprechung selbst im Falle eines sogenannten **Mitwirkungsvermerks des Steuerberaters** (hierzu enthalten die Urteilsgründe keine ausdrückliche Feststellung), weil die Mitwirkung bei der Anfertigung der Steuererklärung nur die Vorbereitung der Steuererklärung des Steuerpflichtigen beinhaltet und eine vom Steuerberater gegenüber seinem Mandanten geschuldete und erbrachte Leistung und gegenüber diesem gemachte Erklärung darstellt. Dem entspricht auch, dass der **Steuerberater nicht als Sachwalter des Finanzamts, sondern Beistand des Steuerpflichtigen anzusehen ist** (*Klein/Gast-de Haan, AO 9. Aufl., § 378 Rdnr. 7*). Nach dieser Rechtsprechung hat der Betroffene den Ordnungswidrigkeitstatbestand nicht erfüllt.

Soweit in der **finanzgerichtlichen Rechtsprechung vom Bundesfinanzhof eine gegenteilige Auffassung vertreten wird** (*Urt. v. 19.12.2002 – IV R 37/01, zitiert nach juris*), die eine weitergehende Verantwortlichkeit des Steuerberaters nach § 378 Abs. 1 AO annimmt, überzeugt diese nicht. Dem abweichenden Wortlaut der Neufassung der Norm wird dabei nach Auffassung des Senats nicht die Bedeutung beigemessen, die unter Berücksichtigung des auch im Ordnungswidrigkeitenrecht geltenden verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebots (Art. 103 Abs. 2 GG, §§ 1 StGB, 3 OWiG)

angebracht ist. Danach ist eine restriktive Auslegung von Straf- und auch Bußgeldnormen geboten, nur solche Handlungen können als tatbestandsmäßig angesehen werden, die sich ohne Weiteres und sicher dem Wortlaut der Bestimmung unterordnen lassen (*BGH, NJW 2008, 2516*). Der Wortlaut des § 378 AO verlangt in objektiver Hinsicht die Begehung einer der in § 378 Abs. 1 bezeichneten Taten. Der Gesetzgeber hat damit gerade die weitergehende vorherige Fassung („bewirkt“) fallengelassen. Dem trägt die Entscheidung des Bundesfinanzhofs nicht Rechnung; dies kommt insbesondere dadurch zum Ausdruck, dass entscheidend auf eine Reichsgerichtsentscheidung aus dem Jahre 1923 abgestellt wird, die naturgemäß auf der Grundlage der weiter gefassten Vorgängerregelung ergangen war (*vgl. hierzu auch Franzen/Gast/Joelcke, Steuerstrafrecht 6. Aufl., § 378 Rdnr. 24*).

Zu berücksichtigen ist auch, dass die Entscheidung des Bundesfinanzhofs nicht unmittelbar die Ahndung einer Tat und Festsetzung einer Geldbuße zum Gegenstand hatte, sondern die Frage der Tatbestandsverwirklichung nur von indirekter Bedeutung für eine weitere Rechtsfrage war (Festsetzungsfrist nach § 169 Abs. 2 Satz 2 AO). Die Voraussetzungen für eine Vorlage an den Bundesgerichtshof nach § 121 Abs. 2 GVG liegen damit nicht vor.

Da der Betroffene somit im Rahmen der fraglichen Umsatzsteuerjahreserklärung 2001 selbst keine Angaben gegenüber der Finanzbehörde gemacht hat, kann der Tatbestand der leichtfertigen Steuerverkürzung nicht bejaht werden. Auch eine Verantwortlichkeit in Form der **mittelbaren Täterschaft** oder der **Mittäterschaft** kommt nicht in Betracht, da diese **vorsätzliches Handeln** voraussetzt (*BayObLG, a.a.O.*), was hier gerade nicht gegeben ist. Das angefochtene Urteil ist daher aufzuheben. Da Anhaltspunkte für weitergehende Feststellungen, die eine Verantwortlichkeit des Betroffenen begründen könnten, nicht ersichtlich sind, ist die Sache nicht an das Amtsgericht zurückzuverweisen, der Betroffene ist durch den Senat freizusprechen. ■

Anwaltsvertrag

- Kündigung des Anwalts
- Anspruch auf Honorar
- Beweislast für vertragswidriges Verhalten des Anwalts (*OLG Rostock, Beschl. v. 12.8.2008 – 1 U 157/08*)

Leitsätze:

1. Hat ein Rechtsanwalt die Kündigung eines geschlossenen Anwaltsvertrages durch vertragswidriges Verhalten veranlasst und muss der Auftraggeber des Rechtsanwalts einen anderen Prozessbevollmächtigten neu bestellen, für den die gleichen Gebühren nochmals entstehen, führt dies zum Untergang des Vergütungsanspruchs des erstbeauftragten Anwalts, ohne dass es einer Aufrechnung des Auftraggebers mit Gegenforderungen bedarf.

2. Der Rechtsanwalt vermag seine Anwaltspflichten bereits dadurch zu verletzen, dass er der Bitte seines Mandanten um einen Besprechungstermin nicht nachkommt und untätig bleibt.

3. Nach den allgemeinen Regeln trifft den Dienstberechtigten die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass der Dienstverpflichtete die Kündigung durch vertragswidriges Verhalten veranlasst hat und dass das Interesse an dessen bisherigen Leistungen entfallen ist. ■

Aus den Gründen:

(...) Zu Recht ist der erstinstanzliche Richter davon ausgegangen, dass der durch die Klägerin mit der Klage verfolgte Vergütungsanspruch aus dem Anwaltsvertrag durch die Kündigung der Beklagten gemäß § 628 Abs. 1 Satz 2 BGB entfallen ist. Alle drei Beklagten haben den mit der Klägerin geschlossenen Anwaltsvertrag über die Rechtsvertretung – in einer Verkehrsrechtssache anlässlich eines Unfalls vom 26.7.2002 – (...) gekündigt. Die Kündigung ist durch die Beklagtenvertreter namens aller drei Beklagten gegenüber der Klägerin schriftlich ausgesprochen worden. Infolge der Kündigung richteten sich die Rechtsbeziehungen der Parteien nach den §§ 627, 628 BGB. Das Rechtsanwaltsvergütungsgesetz schließt die Anwendung dieser Vorschriften nicht aus (BGH v. 8.10.1981 – III ZR 490/79, MDR 1982, 386 = NJW 1982 437; WM 1977, 369, 371).

Davon ist auch das Landgericht zutreffend ausgegangen. **Wird nach Beginn der Dienstleistung das Dienstverhältnis aufgrund des § 627 BGB gekündigt, so kann der Dienstverpflichtete zwar nach dem in § 628 Abs. 1 Satz 1 BGB enthaltenen Grundsatz einen seinen bisherigen Leistungen entsprechenden Teil der Vergütung verlangen.** Hat der Rechtsanwalt aber – was das Landgericht angenommen hat – durch vertragswidriges Verhalten die **Kündigung des Auftraggebers veranlasst, so steht ihm nach § 628 Abs. 1 Satz 2 BGB ein Anspruch auf die Vergütung nicht zu**, soweit seinen bisherigen Leistungen infolge der Kündigung für den anderen Teil kein Interesse mehr haben.

Eine Leistung ist für den Dienstberechtigten ohne Interesse, **wenn er sie nicht mehr wirtschaftlich verwerten kann, sie also für ihn nutzlos geworden ist.** Dieser Lage sieht sich der Auftraggeber eines Rechtsanwalts gegenüber, wenn er wegen einer von dem bisherigen Prozessbevollmächtigten durch vertragswidriges Verhalten veranlassten Kündigung **einen anderen Prozessbevollmächtigten neu bestellen muss, für den die gleichen Gebühren nochmals entstehen.** Die Aufwendungen für den zuerst bestellten Prozessbevollmächtigten sind dann für den Auftraggeber nutzlos geworden. Das führt zum Untergang des Vergütungsanspruchs, ohne dass es einer Aufrechnung des Auftraggebers mit Gegenforderungen bedarf (BGH v. 8.10.1981 – III ZR 190/79, MDR 1982, 386 = VersR 1982, 143; v. 7.6.1984 – III ZR 37/83, MDR 1985, 299 = VersR 1984, 985; WM 1977, 369).

So liegt der Fall hier. Das Landgericht ist in nicht zu beanstandender Art und Weise aufgrund der in erster Instanz

durchgeführten Beweisaufnahme (...) zu dem Ergebnis gelangt, dass die Klägerin durch schwerwiegende schuldhaft Verletzung der ihr aus dem Anwaltsvertrag obliegenden Pflichten die Kündigung der Beklagten verursacht hat.

Einem Rechtsanwalt obliegt aus dem Anwaltsvertrag in erster Linie die Pflicht, die Interessen des Mandanten in den Grenzen des erhaltenen Mandats nach jeder Richtung umfassend wahrzunehmen und sein Verhalten so einzurichten, dass Schädigungen des Mandanten möglichst vermieden werden (Heermann in: MünchKomm-BGB 4. Aufl., § 675 Rz. 28). Zu seinen Pflichten gehört es insbesondere, den Mandanten umfassend zu beraten. Diese **allgemeine Beratungs- und Belehrungspflicht besteht innerhalb wie außerhalb des Prozesses** (Soergel/Wolf, BGB 12. Aufl., § 276 Rz. 179). **Der Mandant muss über die Rechtslage belehrt werden, um ihn vor möglichen Schäden zu bewahren. Bleibt der Anwalt auf ein Schreiben seines Mandanten mit der Bitte, er möge einen Besprechungstermin vorschlagen, untätig, verletzt er damit bereits seine Pflichten** (BGH, VersR 1969, 259; Heermann, a.a.O., § 675 Rz. 30).

Vorliegend hatte die Klägerin aufgrund des Anfang Juni durch das Gericht übersandten Gutachtens als auch wegen des zunächst für Juli 2004 anberaumten Verhandlungstermins Anlass, einen Besprechungstermin mit den Beklagten zu vereinbaren. Wenigstens war sie verpflichtet, das Gutachten an alle drei Beklagten zu übersenden und ihre eigene Erreichbarkeit für zu erwartende Rückfragen sicherzustellen. Nach dem Vortrag der Beklagten ist die Klägerin hingegen nicht nur nicht tätig geworden, sondern auch über einen Zeitraum von wenigstens **fünf Wochen nicht erreichbar gewesen.** Wenngleich eine jederzeitige Erreichbarkeit nicht erforderlich ist, so hätte sie doch angesichts des konkreten Gesprächsbedarfs wenigstens die Möglichkeit einer Terminabsprache gewährleisten müssen. Ihrer Pflicht, die Mandanten optimal auf den Prozess vorzubereiten, ist die Klägerin somit nicht hinreichend nachgekommen.

Die Pflichtverletzung, die sie gegenüber allen drei Beklagten begangen hat, war auch **Anlass für die durch den neuen Prozessbevollmächtigten der Beklagten in deren Namen ausgesprochenen Kündigung.** Das erstinstanzliche Urteil weist auch keine Fehler bei der Tatsachenfeststellung auf. Zu Recht hat der erstinstanzliche Richter den – eine Pflichtverletzung der Klägerin begründenden – Vortrag der Beklagten seiner Entscheidung zugrunde gelegt. Zunächst ist er richtigerweise von der Darlegungs- und Beweislast der Beklagten bezüglich der Voraussetzungen der zur Kündigung führenden Pflichtverletzung ausgegangen. Da § 628 Abs. 1 Satz 2 BGB für die Dienstberechtigten, hier die Beklagten, wenn sie auf Zahlung der nach § 628 Abs. 1 Satz 1 BGB geschuldeten Vergütung in Anspruch genommen werden, eine Einwendung darstellt, müssen sie deren Voraussetzungen darlegen und beweisen.

Nach der allgemeinen Regel muss jede Partei die Voraussetzungen der ihr günstigen Normen darlegen und beweisen, die beklagte Partei also insbesondere diejenigen der rechtsvernichtenden, rechtshindernden und rechtsausschließenden Vorschriften (Zöller/Greger, ZPO 26. Aufl., vor § 284 Rz. 17).

Hiervon ausgehend wird im Schrifttum sowohl zum Anwaltsgebührenrecht (*Gerold/Schmidt/v. Eicken/Madert/Müller-Rabe*, RVG 17. Aufl., § 15 Rz. 75; *Riedel/Sußbauer*, RVG 9. Aufl., § 15 Rz. 44) als auch zum allgemeinen Dienstvertragsrecht **dem Dienstberechtigten die Darlegungs- und Beweislast dafür auferlegt, dass der Dienstverpflichtete die Kündigung durch vertragswidriges Verhalten veranlasst hat und dass das Interesse an dessen bisherigen Leistungen entfallen ist** (*BGH v. 30.3.1995 – IX ZR 182/94*, MDR 1995, 854 = NJW 1995, 1954; *Staudinger/Preis*, BGB 13. Aufl., § 628 Rz. 65; *Henssler, a.a.O.*, § 628 Rz. 26).

Zu derselben Beweislastverteilung führt der Gedanke, dass der Dienstberechtigte, wenn er behauptet, wegen eines vertragswidrigen Verhaltens des Dienstverpflichteten zur Kündigung nach § 628 Abs. 1 Satz 2 BGB berechtigt zu sein, ein solches Verhalten behaupten und erforderlichenfalls beweisen muss, wenn er daraus das Recht herleiten will, von einer Vergütung der bisherigen Leistungen abzusehen.

Im Anschluss hat das erstinstanzliche Gericht rechtsfehlerfrei die Tatsachen festgestellt. An der Richtigkeit und Vollständigkeit der durch das Erstgericht durchgeführten Beweisaufnahme und -würdigung bestehen keine Zweifel. (...) ■

Honorarabrechnung

- Korrektur
- Gegenstandswert
- Rahmensatz

(OLG Düsseldorf, Urt. v. 24.6.2008 – I-24 U 204/07)

Leitsätze:

1. Der Rechtsanwalt ist nicht gehindert, in einer Neuberechnung der Kosten sein höheres Honorar auf einen nach oben korrigierten Gegenstandswert zu stützen.
2. Auch eine inhaltlich unrichtige, aber formal korrekte Kostenrechnung ist wegen der tatsächlich verdienten Gebühren durchsetzbar, sofern diese Gebührenforderung die zuvor abgerechneten Gebühren nicht übersteigt. ■

Aus den Gründen:

A. Durch das angefochtene Urteil (...) ist die Beklagte unter Abweisung der Klage im Übrigen (4.007,34 EUR) verurteilt worden, an den Kläger 1.045,85 EUR zzgl. Zinsen zu zahlen als Rechtsanwalts honorar aus der Vertretung der Beklagten in einem Zwangsverwaltungsverfahren und einem Zwangsversteigerungsverfahren.

Mit seiner (beschränkten) Berufung verfolgt der Kläger noch Honoraransprüche betreffend seine Tätigkeit für die Beklagte im Rahmen von Verhandlungen mit der Volksbank D. (1.303,84 EUR) sowie die Zahlung vorgerichtlicher Anwaltskosten (338,50 EUR).

Erstinstanzlich hat der Kläger seinen Anspruch für die Verhandlungen mit der Volksbank auf die auch vorgerichtlich mit Rechnung vom 24.7.2006 geltend gemachte Abrechnung einer 1,3 Geschäftsgebühr nach VV 2400 RVG zu einem Gegenstandswert von 381.069,34 EUR gestützt. Das Landgericht hat die Klage insoweit abgewiesen und gemeint, die Tätigkeit des Klägers sei nach VV 3311 Nr. 6, 1. Halbsatz zu § 13 RVG abzurechnen. Da der Kläger eine derartige Abrechnung jedoch unterlassen habe, sei sein Anspruch nicht fällig (§ 10 RVG).

Diese Abrechnung hat der Kläger nun in der Berufungsbegründung auf der Grundlage eines Gegenstandswerts von 439.551,95 EUR nachgeholt und einen zu zahlenden Betrag von 1.303,84 EUR ermittelt.

Des Weiteren wendet sich der Kläger gegen die vom Landgericht aberkannte Nebenforderung wegen Verzuges im Hinblick auf seine Geschäftsgebühr nach VV 2300 zzgl. Auslagenpauschale und errechnet diese nunmehr mit 338,50 EUR (erstinstanzlich 239,70 EUR).

(Anträge ...)

B. Die zulässige Berufung des Klägers hat Erfolg, soweit er einen Vergütungsanspruch für seine außergerichtlichen Verhandlungen mit der Volksbank aus dem mit der Beklagten geschlossenen Rechtsanwaltsdienstvertrag (§§ 675, 611 ff BGB) geltend macht. Im Übrigen ist seine Berufung unbegründet.

1. Die Voraussetzungen des Honoraranspruchs liegen vor. Dem Kläger steht für die Verhandlungen mit der Volksbank nach VV 3311 Nr. 6, 1. Halbsatz zu § 13 RVG eine 0,4-Verfahrensgebühr zu.

a) Es ist zwischen den Parteien nicht mehr im Streit, dass der Kläger auch für diese Angelegenheit von der Beklagten mandatiert worden war.

Weiterhin besteht Einigkeit darüber, dass die Tätigkeit des Klägers jedenfalls diesen Gebührentatbestand erfüllt hat, da er für die Beklagte die Verhandlungen mit deren Gläubigerin, der Volksbank D., mit dem Ziel der Aufhebung des Zwangsverwaltungsverfahrens geführt hat. Von diesem Gebührentatbestand ist die Beklagte erstinstanzlich selbst ausgegangen, ebenso wie das Landgericht in seinem angefochtenen Urteil und die Rechtsanwaltskammer Düsseldorf in ihrem Gutachten vom 26.4.2007. Weiterer Ausführungen hierzu bedarf es somit nicht.

b) Soweit der Kläger im Berufungsrechtszug abweichend von seiner zunächst erteilten Abrechnung vom 24.7.2006 einen Gegenstandswert von 439.551,95 EUR zugrunde legt, erläutert er diese Veränderung zwar nicht. Er hatte jedoch bereits in erster Instanz vorgetragen, dass dieser Betrag dem Wert der vollstreckbaren Forderung der die Zwangsvollstreckung betreibenden Gläubigerin entspreche und er (zunächst) aus Entgegenkommen den niedrigeren Wert von 381.069,34 EUR angesetzt habe. Dem Vorbringen zum

Forderungswert ist die Beklagte zu keinem Zeitpunkt entgegengetreten, weshalb der Kläger diesen Wert seiner Abrechnung zugrunde legen kann. **An einer abweichenden Berechnung ist der Kläger nicht gehindert; denn grundsätzlich kann die nachträgliche Korrektur oder Ergänzung einer fehlerhaften Berechnung jederzeit nachgeholt werden** (vgl. *Hartung/Römermann/Schons*, RVG 2. Aufl., § 10 Rdnr. 40 f.).

Dies gilt auch für die nachträglich abweichende Festsetzung des Gegenstandswerts. **Ein Rechtsanwalt ist an eine zunächst niedrigere Festsetzung nicht gebunden** (BGH, NJW-RR 1995, 758; *Gerold/Schmidt/v. Eicken/Madert*, RVG 17. Aufl., § 10 Rdnr. 13; *Hartung/Römermann/Schons*, a.a.O., § 10 Rdnr. 41 m.w.N.; *Bischof/Jungbauer/Podlech-Trappmann*, RVG, § 10 Rdnr. 24; *Göttlich/Mümmeler/Rehberg/Xanke*, RVG, Stichwort „Vergütungsberechnung“ Nr. 5.).

Anders liegen die Dinge, wenn der Rechtsanwalt bei der Berechnung von Rahmengebühren sein Ermessen ausgeübt hat (vgl. hierzu *Gebauer/Schneider*, RVG 2. Aufl., § 10 Rdnr. 64 ff; § 14 Rdnr. 90; siehe auch *Hartung/Römermann/Schons*, a.a.O., § 10 Rdnr. 41; *Hartmann*, Kostengesetze 38. Aufl., § 10 Rdnr. 20 m.w.N.). Dies ist bei dem hier als Gegenstandswert veranschlagten Forderungsbetrag indes nicht der Fall.

c) Rechtsirrtümlich hat das Landgericht dem Kläger mangels Prüfbarkeit und Fälligkeit die geltend gemachte Verfahrensgebühr versagt. Die bislang unrichtige Berechnung seines Vergütungsanspruchs berührt nämlich nicht die Durchsetzbarkeit der tatsächlich verdienten Gebühr. **Die vorgerichtlich und in erster Instanz vom Kläger verfolgte Forderung beruhte auf einer unrichtigen Berechnung und damit einhergehenden rechtsirrigen Bezeichnung der Gebührentatbestände. Dies beeinflusst aber die Wirksamkeit der Mitteilung der Berechnung nach § 10 RVG nicht** (OLG Hamburg, AnwBl 1970, 233; *Gerold/Schmidt/v. Eicken/Madert*, a.a.O.; *Bischof/Jungbauer/Podlech-Trappmann*, RVG § 10 Rdnr. 24; *Göttlich/Mümmeler/Rehberg/Xanke*, RVG, Stichwort „Vergütungsberechnung“ Nr. 5.). Der Kläger war nicht – auch nicht hilfsweise – gehalten, eine inhaltlich richtige Kostenrechnung in den Rechtsstreit einzuführen, um wenigstens die verdiente 0,4-Verfahrensgebühr durchsetzen zu können.

Ist eine bestimmte anwaltliche Tätigkeit in Übereinstimmung mit den Formalien des § 10 RVG (früher § 18 BRAGO) abgerechnet worden, hat das Gericht dem Rechtsanwalt die tatsächlich verdienten Gebühren jedenfalls dann zuzusprechen, wenn sie die zuerst berechneten Beträge nicht übersteigen (*Hartmann*, a.a.O.; *Gerold/Schmidt/v. Eicken/Madert*, a.a.O.). Somit hätte bereits das Landgericht dem Kläger das Honorar auf Basis seiner inhaltlich unrichtigen Abrechnung nach VV 3311 Nr. 6, 1. Halbsatz zu § 13 RVG zuerkennen müssen.

Anders liegen die Dinge dann, wenn eine bisher gar nicht abgerechnete Angelegenheit erstmals im Rechtsstreit geltend gemacht wird. Dann bedarf es einer Abrechnung dieser Tätigkeit nach § 10 RVG, damit diese Gebührenforderung durchsetzbar ist (vgl. BGH, a.a.O.).

2. Die vom Kläger mit 338,50 EUR verfolgte Nebenforderung zur Abgeltung seiner außergerichtlichen Tätigkeit steht ihm nicht zu. Zwar kann der Kläger grundsätzlich die volle Geschäftsgebühr im Rechtsstreit einklagen (vgl. BGH, MDR 2008, 592; NJW 2007, 2049). Dies würde aber voraussetzen, dass sich die Beklagte vorgerichtlich **mit der Zahlung der Honorarforderung in Verzug** befunden hätte. Das war nicht der Fall.

a) Das Landgericht hat die vom Kläger in erster Instanz geltend gemachten vorgerichtlichen Kosten über 239,70 EUR (0,65 Geschäftsgebühr auf der Grundlage der älteren Rechtsprechung) unter Hinweis darauf, dass sich die Beklagte aufgrund der erheblichen Mehrforderung des Klägers nicht in Verzug befunden habe (vgl. BGH, NJW 1991, 1286 ff), nicht zuerkannt. Dies war zutreffend, denn dem Kläger war nur etwa 1/5 dessen zugesprochen worden, was er vorgerichtlich gegen die Beklagte geltend gemacht hat. **Diese unverhältnismäßig hohe Zuvielforderung hat den zu Recht angemahnten Teil so in den Hintergrund treten lassen, dass der Beklagten kein Schuldvorwurf zu machen ist, wenn sie sich nicht als wirksam gemahnt ansah** (vgl. hierzu auch BGH, NJW 1991, 1286 ff; BGHR-BGB, § 284 Abs. 1 – Mahnung 1).

Soweit der Kläger meint, schon aus der in § 8 Abs. 1 RVG getroffenen Fälligkeitsregelung des anwaltlichen Honorars folge ein Verzug der Beklagten, so beruht dies auf einem Rechtsirrtum. Zwar darf der Rechtsanwalt bei Vorliegen der in § 8 Abs. 1 RVG normierten Voraussetzungen die Vergütung abrechnen und einfordern. Damit ist aber nicht schon ein Zahlungsverzug des Mandanten verbunden. Dieser setzt nämlich zunächst eine den Anforderungen des § 10 RVG genügende „Einforderung“ der Vergütung voraus. Außerdem muss die Vorschrift des § 286 BGB erfüllt sein. Daran fehlt es, wie zuvor ausgeführt ist.

b) Der nunmehr im Berufungsrechtzug vom Kläger in Höhe von 338,50 EUR verfolgte Anspruch ist ebenfalls nicht gerechtfertigt. Zwar hat der Kläger im Wege einer zulässigen Klageerweiterung die 1,3 Geschäftsgebühr nach dem Gegenstandswert der berechtigten Honorarforderungen nebst Auslagen berechnet. Diese Forderung scheitert aber ebenfalls daran, dass die Beklagte wegen fehlender Mahnung mit der Leistung des geschuldeten Honorars vorgerichtlich nicht in Verzug geraten ist und deshalb insoweit eine Erstattung der Rechtsanwaltskosten nicht schuldet. Der Verzug begann erst mit der Zustellung der Klage am 8.12.2006; demgemäß war der Zinsanspruch vom Senat zu kürzen.

III. Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 92 Abs. 1, 97 Abs. 1 ZPO.

Eine Auferlegung der Kosten des Berufungsverfahrens auf den Kläger gemäß § 97 Abs. 2 ZPO scheidet aus. Die vorgerichtlich und in erster Instanz vom Kläger verfolgte Forderung beruhte zwar auf einer unrichtigen Berechnung und damit einhergehenden rechtsirrigen Bezeichnung der Gebührentatbestände. Dies beeinflusst aber die Wirksamkeit der Mitteilung der Berechnung nach § 10 RVG nicht (vgl. B. 1. c)). (...)

Haftung des Testamentsvollstreckers

- Verjährung der Schadenersatzansprüche
 - Pachtforderungen gegen GmbH
 - Durchsetzbarkeit
 - Geschäftsübernahme der GmbH
- (OLG Bamberg, Urt. v. 30.4.2008 – 3 U 34/07)

Leitsätze (d.Red.):

1. Schadenersatzansprüche gegen den Testamentsvollstrecker gemäß § 2219 Abs. 1 BGB verjähren nach § 197 Abs. 1 Nr. 2 BGB in 30 Jahren. „Erbrechtliche Ansprüche“ sind auch solche auf Schadenersatz gegen den Testamentsvollstrecker.
2. Eine schadenverursachende Pflichtverletzung im Hinblick auf nicht eingetriebene Pachtforderungen ist nicht gegeben, wenn nicht bewiesen werden kann, dass diese auch tatsächlich bezahlt worden wären. ■

Aus den Gründen:

I. Wegen des unstreitigen Sachverhalts sowie des streitigen Vortrags und der Anträge der Parteien im ersten Rechtszug wird gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen.

Zu ergänzen ist, dass der Beklagte als Vertreter der Einzel-firma H. und die E.-GmbH (künftig: GmbH) unstreitig am 2.1.1997 den erstmals mit der Berufungsbegründung vorgelegten Pachtvertrag geschlossen haben.

Das Landgericht hat die Klage ohne Beweisaufnahme mit Urteil vom 10.1.2007 abgewiesen und dem Kläger die Kosten des Rechtsstreits auferlegt. (...) Der Kläger hat gegen das ihm am 15.1.2007 zugestellte Urteil am 12.2.2007 Berufung eingelegt und sie nach Fristverlängerung bis 16.4.2007 am 12.4.2007 begründet.

Mit dem Rechtsmittel verfolgt der Kläger seinen erstinstanzlichen Klageantrag unter Aufrechterhaltung der Hauptbegründung und der Hilfsbegründungen weiter. Zusätzlich stützt er seine Forderung hilfsweise auf einen Schadenersatzanspruch in Höhe von 30.650 DM. Hierzu trägt er vor, nach dem eigenen Vortrag des Beklagten habe der frühere Geschäftsführer S. der GmbH 30.650 DM unterschlagen. Der Beklagte habe nichts unternommen, um das Geld zurückzuerhalten. Im Übrigen wiederholt der Kläger sein erstinstanzliches Vorbringen. Außerdem rügt er, dass das Landgericht die angebotenen Beweise nicht erhoben habe.

(Anträge ...)

Der Beklagte rügt weiterhin die fehlende Aktivlegitimation des Klägers mit der Begründung, das Amt des Testamentsvollstreckers sei erloschen. Auch erhebt er erneut die Einrede der Verjährung. Die neue Hilfsbegründung der Klageforderung betreffend den früheren Geschäftsführer S. hält er für verspätet. Im Übrigen verteidigt er das angefochtene Urteil.

II. Die nach § 511 ZPO statthafte sowie form- und fristgerecht eingelegte und begründete Berufung (§§ 517, 519, 520 ZPO) hat in der Sache keinen Erfolg.

Das Landgericht ist mit Recht zu dem Ergebnis gelangt, dass dem Kläger der erhobene Schadenersatzanspruch (§ 2219 Abs. 1 BGB i.V.m. § 2212 BGB) nicht zusteht.

1. Allerdings ist der Kläger entgegen der Meinung des Beklagten zur Geltendmachung eines solchen Anspruchs aktivlegitimiert, weil sein Amt als Testamentsvollstrecker noch nicht erloschen ist.

Der Erblasser H. hat **hinsichtlich seines betrieblichen Vermögens Testamentsvollstreckung angeordnet**, bis sein am 6.7.1987 geborener Erbe und Sohn C.H. das 21. Lebensjahr vollendet hat. Diese Frist ist noch nicht abgelaufen.

Die Erlöschensgründe der §§ 2225 bis 2227 BGB sind nicht gegeben. Es sind bislang auch nicht alle dem Kläger als Testamentsvollstrecker zugewiesenen Aufgaben erledigt, wie der vorliegende Rechtsstreit zeigt. Solange noch Forderungen im Raum stehen, die dem betrieblichen Vermögen des Erblassers zuzuordnen sind, sind die Aufgaben des Testamentsvollstreckers nicht vollständig erledigt; darauf hat das Landgericht zutreffend hingewiesen.

2. Etwaige Ansprüche des Klägers nach § 2219 Abs. 1 BGB sind nicht verjährt.

Solche Ansprüche verjähren **vor dem 1.1.2002 in 30 Jahren (§ 195 BGB a.F.)**. Daran hat sich durch die Einführung des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts nichts geändert. Nach § 197 Abs. 1 Nr. 2 BGB n.F. verjähren familien- und erbrechtliche Ansprüche in 30 Jahren, soweit nicht ein Anderes bestimmt ist. Mit „**erbrechtlichen Ansprüchen**“ sind alle Ansprüche gemeint, die sich aus dem mit „Erbrecht“ überschriebenen Buch 5 des Bürgerlichen Gesetzbuches ergeben. **Dazu gehört auch der Schadenersatzanspruch gegen den Testamentsvollstrecker nach § 2219 Abs. 1 BGB** (BGH, Urt. v. 18.4.2007 – IV ZR 279/05, abgedr. in NJW 2007, 2174 f und MDR 2007, 1136 f).

Vorliegend ist somit keine Verjährung eingetreten.

3. Der geltend gemachte Anspruch ist jedoch unbegründet, weil dem Beklagten die vom Kläger behaupteten schadensstiftenden und schuldhaften Pflichtverletzungen nicht angelastet werden können.

a) In erster Linie begründet der Kläger seine Schadenersatzforderung damit, dass der Beklagte nicht dafür Sorge getragen habe, dass die GmbH den von ihr nach § 3 Abs. 1 des Pachtvertrages vom 1.11.1993 bzw. (jetzt) § 3 Abs. 1 des Pachtvertrages vom 2.1.1997 geschuldeten Pachtzins für die Zeit von Dezember 1997 bis einschließlich Dezember 1998 von (13 x 33.784,83 DM =) 224.560,82 EUR netto nicht entrichtet habe.

aa) Der Argumentation des Landgerichts, für den fraglichen Zeitraum fehle es an einer vertraglichen Grundlage für die Pachtzinsforderung, weil der Pachtzins nach § 3 Abs. 5 des Vertrages vom 1.11.1993 spätestens zum 31.12.1996 neu zu bestimmen gewesen sei, ist durch die Vorlage des Pachtvertrages vom 2.1.1997 die Grundlage entzogen worden. Nach § 3 Abs. 1 dieses Vertrages betrug die monatliche Pacht ab 1.1.1997 sogar 38.756,60 DM = 19.815,93 EUR netto. Die Berufung des Klägers auf den vom Beklagten selbst geschlossenen und von ihm im ersten Rechtszug verschwiegenen Vertrag ist nicht als verspätet zurückzuweisen.

Der Kläger hat jedoch **hinsichtlich des von der GmbH nicht gezahlten Pachtzinses keine schadenverursachende Pflichtverletzung** des Beklagten bewiesen. Dieser hat vorgetragen, die Verpächterin, **die Einzelfirma H., habe der GmbH den Pachtzins gestundet, weil die GmbH ab Dezember 1997 nicht mehr zur Zahlung in der Lage gewesen sei und im Fall einer Durchsetzung der Pachtforderungen sofort Konkurs wegen Zahlungsunfähigkeit hätte anmelden müssen.** Der Jahresabschluss 1997 habe per 31.12.1997 einen nicht durch Eigenkapital gedeckten Fehlbetrag von 599.068,98 DM ausgewiesen und die Gewinn- und Verlustrechnung einen Jahresfehlbetrag von 717.274,98 DM. Letzterem entspricht die vom Kläger mit Schriftsatz vom 18.4.2006 vorgelegte Aufstellung. Dass die Gewinne im Jahr 1998 weiter abgesackt seien, trägt der Kläger selbst vor.

Bei dieser Sachlage hätte der Kläger darlegen und beweisen müssen, dass die Verpächterin den Pachtzins in Höhe von 224.560,82 EUR in der Zeit von Dezember 1997 bis Dezember 1998 tatsächlich erhalten hätte, wenn der Beklagte – auf welche Weise auch immer, sei es durch Zahlungsaufforderungen, Klageerhebung oder Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes – für die Zahlung „Sorge getragen“ hätte. Er hat einen entsprechenden Beweis aber nicht angeboten. Es kann deshalb nicht davon ausgegangen werden, dass der Pachtzinsanspruch der Einzelfirma für den fraglichen Zeitraum realisierbar gewesen wäre.

bb) Der Kläger trägt vor, wenn die GmbH zahlungsunfähig gewesen sei, **habe der Beklagte ihr die Busse wegnehmen und diese anderweitig einsetzen müssen.** Die Einzelfirma habe die Pacht selbst erwirtschaften können, insbesondere durch die Übernahme der Linienverträge. Auch habe ein Dritter in die Pachtverträge und Linienverträge eintreten können. Auf diese Weise sei der durch die Nichtzahlung der Pacht seitens der GmbH entstandene Schaden in Höhe von 224.560,82 EUR abwendbar gewesen.

Dieses Vorbringen vermag dem Kläger nicht zum Erfolg zu verhelfen. Wenn der Beklagte der GmbH die Busse „weggenommen“ hätte, **wäre von der GmbH auch keine Pacht mehr gezahlt worden. Weshalb die Einzelfirma, die weder über Personal noch die erforderliche Logistik verfügte, in der Lage gewesen sein soll, den Omnibusbetrieb – und sei es auch nur den Linienbusverkehr – selbst zu führen, legt der Kläger nicht dar und ist auch sonst nicht ersichtlich.** Dass ein Dritter die Busse hätte pachten können, noch dazu zu den Bedingungen der Pachtverträge zwischen der Einzelfirma und der

GmbH, ist eine reine theoretische Möglichkeit, zu deren Realisierbarkeit jeglicher Vortrag des Klägers fehlt. Dieser legt auch nicht dar, weshalb der Einzelfirma bei der Verwirklichung einer der von ihm für möglich gehaltenen Alternativen in dem Zeitraum von Dezember 1997 bis Dezember 1998 ein Betrag in Höhe von 224.560,82 EUR zugeflossen wäre.

b) Auch den Hilfsbegründungen der Klageforderung muss der Erfolg versagt bleiben (sie werden nachfolgend in der Reihenfolge behandelt, in der sie der Kläger seines Schriftsatzes vom 24.8.2007 und seinen Angaben in der Berufungsverhandlung geltend macht).

aa) Der Kläger trägt vor, **der Beklagte habe die Kundenkartei des Einzelunternehmens unter Verstoß gegen § 2205 Satz 3 BGB an den Unternehmer K. verschenkt.** Dadurch sei der Einzelfirma ein Schaden von rund 80.000 EUR entstanden.

Dem ist schon deshalb nicht zu folgen, weil nicht davon ausgegangen werden kann, dass die Kundenkartei der Einzelfirma zustand. Das Landgericht hat zutreffend ausgeführt, dass eine Kundenkartei typischerweise zum Vermögen des Betriebsunternehmens, das das operative Geschäft betreibt, gehöre und auch nicht ersichtlich sei, wie die Einzelfirma, die weder Personal noch Kunden gehabt habe, die Kartei während des Bestehens der GmbH geführt haben soll. Dem schließt sich der Senat an. **Es besteht kein Zweifel daran, dass die Kartei der GmbH zustand und der Einzelfirma deswegen durch die – vom Beklagten bestrittene – Verschenkung kein Schaden entstanden ist.**

Der Einvernahme der vom Kläger insoweit benannten Zeugen bedurfte es nicht. Es kann ohne Weiteres als wahr unterstellt werden, dass die zunächst allein existierende Einzelfirma des Erblassers, die bis zur Gründung der GmbH im Jahr 1993 das Omnibusunternehmen betrieb, die Kundenkartei angelegt und jahrelang fortgeschrieben hat. Ebenso wenig kann aber zweifelhaft sein, **dass die GmbH mit der Übernahme des gesamten operativen Geschäfts auch die Kundenkartei übernommen hat.** Diese konnte ausschließlich der GmbH, welche die Kunden akquirierte und mit denen sie Verträge schloss, von Nutzen sein; was die Einzelfirma mit der Kartei hätte anfangen sollen, ist nicht ersichtlich.

Ob der Konkursverwalter über das Vermögen der GmbH wegen der Kundenkartei Ansprüche geltend machen könnte, bedarf vorliegend keiner Entscheidung.

bb) Gleiches gilt im Ergebnis für den Schaden in Höhe von 400.000 EUR, welcher der Einzelfirma durch die **kostenlose Überlassung der „Linien“ an Herrn K.** entstanden sein soll.

Mit „Linien“ sind die öffentlich-rechtlichen Konzessionen für den Linienverkehr gemeint. Unstreitig **sind diese Konzessionen der GmbH erteilt worden,** die auch die Verträge mit den Linienbuskunden abgeschlossen hat. Weshalb der Einzelfirma durch die behauptete und vom Beklagten bestrittene Überlassung der Konzessionen an Herrn K. ein Schaden entstanden sein soll, ist nicht nachvollziehbar.

cc) Der Vortrag des Klägers, die Klageforderung werde hilfsweise damit begründet, dass der Geschäftsführer S. im Jahr 1998 30.650 DM unterschlagen und der Beklagte insoweit nichts unternommen habe, ist im Berufungsverfahren neu. Er ist nicht zuzulassen, weil keiner der Zulassungsgründe des § 531 Abs. 2 ZPO vorliegt. Der Beklagte hat die Tat des Herrn S. bereits in der Klageerwidern vom 14.2.2006 geschildert. Dass der Kläger die Klage daraufhin im ersten Rechtszug nicht auch auf diesen Vorgang gestützt hat, ist nur mit Nachlässigkeit zu erklären.

dd) **Die Einzelfirma hat im November 2007 einen neuen Reisebus erworben und dafür zwei ältere Reisebusse für insgesamt 240.000 DM in Zahlung gegeben.** Das Finanzamt hat die Inzahlunggabe als Aufdeckung stiller Reserven behandelt; dadurch sind 50.000 DM Steuern angefallen. Der Kläger meint, der Beklagte habe die von der Einzelfirma gezahlte Steuer zu erstatten, weil die in Zahlung gegebenen **Busse durchaus noch im Reiseverkehr hätten benutzt werden können.** Das könnten drei als Zeugen benannte Fahrer der GmbH bestätigen.

Das Landgericht hat mit Recht auch insoweit eine schuldhaftes Pflichtverletzung des Beklagten verneint, weil nicht ersichtlich ist, weshalb die unternehmerische Entscheidung, einen neuen Bus anzuschaffen und dabei zwei ältere Busse zu einem nicht unerheblichen Preis in Zahlung zu geben, erkennbar objektiv gänzlich verfehlt gewesen sein soll. Es mag sein, dass die älteren Busse noch benutzbar waren; der Vernehmung der dazu angebotenen Zeugen bedarf es nicht. Das besagt aber nicht, dass die GmbH mit diesen Bussen noch konkurrenzfähig gewesen wäre.

ee) Die Einzelfirma hat in der Zeit von Mai 1997 bis August 1998 für die GmbH insgesamt 179.053,70 DM Umsatzsteuer gezahlt. Der Kläger trägt vor, der Beklagte habe diese Beträge zulasten der Einzelfirma veruntreut und müsse deshalb Schadenersatz leisten.

Dem kann nicht gefolgt werden. Der Beklagte trägt hierzu vor, die Einzelfirma sei gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 2 UStG zur Zahlung der Umsatzsteuer verpflichtet gewesen, weil zwischen ihr und der GmbH eine Organschaft bestanden habe.

Dieses Vorbringen ist plausibel, weil die ursprüngliche Einzelfirma des Erblassers anlässlich der Gründung der GmbH aufgespalten worden ist in eine Besitzpersonengesellschaft (Einzelfirma H.) und eine Betriebskapitalgesellschaft (GmbH) und die Besitzpersonengesellschaft Organträger der Betriebsgesellschaft sein kann (vgl. *Heidner in: Bunjes/Geist, UStG 7. Aufl., § 2 Rdnr. 112*).

Der Kläger hat demgegenüber keine Tatsachen vorgetragen und unter Beweis gestellt, aus denen sich ergibt, dass der Beklagte gleichwohl durch die Umsatzsteuerzahlungen der Einzelfirma seine Pflichten als Testamentsvollstrecker schuldhaft verletzt hat.

4. Nach alledem ist die Berufung des Klägers als unbegründet zurückzuweisen. (...) ■

Steuerberaterhaftung

- Belehrungspflichten
- Gewerblicher Grundstückshandel
- Verjährung
- Bekanntgabe des Steuerbescheides
- Hemmung der Verjährung
- Vertrauenstatbestand

(*OLG Koblenz, Urt. v. 22.4.2008 – 11 U 1396/07*)

Leitsätze:

1. Zum Beginn der Verjährung von Schadenersatzansprüchen gegen einen Steuerberater, wenn die Pflichtverletzung des Steuerberaters in einer fehlerhaften Beratung in einer Steuerangelegenheit vor einer Entscheidung der Finanzbehörde besteht.

2. Führt der Steuerberater nach Ablehnung von Schadenersatzansprüchen und Kündigung des Steuerberatervertrags das Mandat im finanzgerichtlichen Verfahren fort, um den Eintritt eines Schadens zu verhindern oder den eingetretenen Schaden zu mindern, stellt dies kein Verhandeln über den Anspruch i.S.d. § 203 BGB dar.

3. Zur Sekundärhaftung des Steuerberaters bei anwaltlicher Beratung des Mandanten wegen der Regressfrage. ■

Zum Sachverhalt:

Der Beklagte war der Steuerberater des Klägers. Der Kläger und seine Ehefrau erwarben mit drei weiteren Ehepaaren am 28.6.1994 in A. ein Grundstück, das sie mit einem Wohngebäude mit zehn Wohnungen bebauten und mit notariellem Vertrag vom 12.8.1996 in Wohnungseigentum aufteilten. Der Kläger und seine Ehefrau erhielten zu 1/2 das Eigentum an der Wohnung Nr. 8 und – gemeinsam mit den Eheleuten R. – zu je 1/4 das Eigentum an den Wohnungen Nr. 2, 4 und 10. Der Kläger und seine Ehefrau veräußerten mit Kaufverträgen vom 4.11.1997, 3.7.1998, 21.6.1999 und 30.6.1999 die vier Wohnungen.

Im Jahr 2001 fand bei dem Kläger und seiner Ehefrau eine Außenprüfung des Finanzamts für die Einkommen- und Gewerbesteuer der Jahre 1997 bis 1999 statt. Das Finanzamt stufte sie als **gewerblich** tätig ein, da sie allein und in Gemeinschaft mit den Eheleuten R. innerhalb von fünf Jahren **mehr als drei Grundstücksobjekte** angeschafft bzw. hergestellt und veräußert hätten. Wegen des Erlöses aus dem Verkauf der vier Wohnungen wurden der Kläger und seine Ehefrau mit Einkommensteuerbescheiden vom 6.11.2001 mit einer Einkommensteuernachzahlung in Höhe von 32.765,83 EUR belastet. Zusätzlich wurden Zinsen in Höhe von 6.220 EUR festgesetzt. Die Stadt A. verlangte mit Gewerbesteuerbescheid vom 19.11.2001 eine Gewerbesteuernachzahlung in Höhe von 4.453,04 EUR. Insgesamt mussten der Kläger und seine Ehefrau 43.438,87 EUR nachzahlen.

Der Beklagte legte für den Kläger bei dem Finanzamt M. am 19.11.2001 gegen die Einkommensteuerbescheide 1998 und 1999 Einspruch ein. Auf Vorwürfe des Klägers wegen der Steuernachzahlungen informierte der Beklagte seine Haftpflichtversicherung, ließ mit anwaltlichem Schreiben vom 30.11.2001 die Ansprüche zurückweisen und kündigte am 3.12.2001 das Steuerberatungsmandat. Gleichwohl legte er noch am 4.12.2001 Einspruch gegen den Einkommensteuerbescheid 1997 ein.

Der Kläger suchte die Anwälte ... in K. auf und ließ sich beraten, ob er Schadenersatzansprüche gegen den Beklagten geltend machen könne.

In der ersten Dezemberhälfte 2001 oder im Januar 2002 – das ist zwischen den Parteien streitig – sprach der Kläger in dem Büro des Beklagten vor und führte dort ein Gespräch mit dem Beklagten und seinem Steuerfachangestellten, dem Zeugen R., dessen Einzelheiten streitig sind. Die Parteien einigten sich auf die Fortführung des Mandats durch den Beklagten.

Mit Schreiben vom 4.1.2002 teilte die Haftpflichtversicherung des Beklagten diesem gegenüber mit, es beständen keine Schadenersatzansprüche und er solle die Ansprüche als unbegründet zurückweisen.

Gegen die die Einsprüche zurückweisende Entscheidung des Finanzamts vom 12.5.2002 erhob der Beklagte für die Kläger Klage bei dem FG Rheinland-Pfalz. Diese wurde durch Urteil des FG Rheinland-Pfalz vom 28.10.2003 zurückgewiesen, die Nichtzulassungsbeschwerde hatte gemäß Beschluss des BFH vom 1.8.2005 keinen Erfolg.

Der Kläger verlangt nunmehr aus eigenem und abgetretenem Recht seiner Ehefrau von dem Beklagten Schadenersatz in Höhe von 43.438,87 EUR.

Das Landgericht hat nach Anhörung der Parteien und nach Vernehmung der Zeugen R. und A. ein Grundurteil erlassen und die Klage dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Dagegen wendet sich der Beklagte mit seiner Berufung, mit der er sein Klageabweisungsbegehren weiterverfolgt, hilfsweise die Aufhebung und Zurückverweisung erreichen will.

Das Rechtsmittel hatte Erfolg. ■

Aus den Gründen:

Allerdings war der Erlass eines Grundurteils (§ 304 Abs. 1 ZPO) zulässig. Es ist mit hinreichender Sicherheit davon auszugehen, dass dem Kläger durch die zusätzliche Steuerlast ein Schaden entstanden ist.

Der Beklagte hat gegenüber dem Kläger auch eine Pflichtverletzung begangen. Die Beweiswürdigung des Landgerichts ist nicht zu beanstanden. Danach ist davon auszugehen, dass der Zeuge F., dessen Handlungen sich der Beklagte zurechnen lassen muss (§ 278 BGB), **dem Beklagten vor dem Verkauf der vierten Wohnung auf Nachfrage erklärt hat, die Veräußerung sei steuerlich unbedenklich.**

Damit hat der Beklagte gegen seine Pflicht zur richtigen und vollständigen Beratung verstoßen.

In welcher Höhe dem Kläger und seiner Ehefrau durch die Falschberatung ein Schaden entstanden ist – dies kann, was das Landgericht übersehen hat, nur durch einen Vergleich der Gesamtvermögenssituation mit und ohne den steuerlichen Rat festgestellt werden –, kann dahinstehen. Denn **die Schadenersatzforderung ist verjährt.**

Der Anspruch des Auftraggebers gegen den Steuerberater auf Schadenersatz aus dem Vertragsverhältnis verjährt gemäß § 68 StBerG in drei Jahren von dem Zeitpunkt an, in dem der Anspruch entstanden ist. Dies ist bei Schadenersatzansprüchen gegen den steuerlichen Berater der Fall, **wenn sich die Vermögenslage des Auftraggebers infolge der Pflichtverletzung objektiv verschlechtert hat** (BGH v. 1.2.2007 – IX ZR 180/04, BGH-Report 2007, 554 = MDR 2007, 835 = NJW-RR 2007, 1358 f; BGH v. 4.4.1991 – IX ZR 215/90, BGHZ 114, 150, 152 f = MDR 1991, 726).

Besteht die Pflichtverletzung des Steuerberaters in einer fehlerhaften Beratung des Mandanten in einer Steuerangelegenheit vor einer Entscheidung der Finanzbehörde, dann beginnt die Verjährung **mit der Bekanntgabe des belastenden Steuerbescheides**, weil hierdurch die Verschlechterung der Vermögenslage bereits herbeigeführt wird (st. Rspr.; vgl. BGH v. 2.7.1992 – IX ZR 268/91, MDR 1992, 1088 = NJW 1992, 2766; BGH v. 11.5.1995 – IX ZR 140/94, BRAB 1995, 218 = MDR 1995, 1070 = NJW 1995, 2108; BGH v. 12.2.1998 – IX ZR 190/97, NJW-RR 1998, 742 f; BGH v. 21.3.2000 – IX ZR 183/98, NJW 2000, 2678 f; OLG Düsseldorf, OLG-Report 2006, 518).

Wegen der der Finanzverwaltung jeweils tatsächlich zur Verfügung stehenden Beurteilungs- und gelegentlich auch Ermessensspielräume konkretisiert sich der öffentlich-rechtliche, den Steuerpflichtigen belastende Steueranspruch in einer den Schaden begründenden Weise mit Erlass des Steuerbescheides. Auf die Bestandskraft oder Unanfechtbarkeit eines Steuerbescheides kommt es nicht an.

Die Vorschrift des § 68 StBerG ist anwendbar. Die mit Wirkung ab 15.12.2004 durch das Verjährungsanpassungsgesetz eingefügten Neuerungen finden nach Art. 229 § 12 EGBGB, der die Regelungen des Art. 229 § 6 EGBGB für entsprechend anwendbar erklärt, nur auf solche Ansprüche Anwendung, die am 15.12.2004 bestanden und noch nicht (nach altem Recht) verjährt waren, Art. 229 § 6 Abs. 1 Satz 1 EGBGB analog (BGH v. 1.2.2007 – IX ZR 180/04, BGH-Report 2007, 554 = MDR 2007, 835 = NJW-RR 2007, 1358 f). Der Anspruch des Klägers und seiner Ehefrau waren aber bereits zuvor verjährt. Die Einkommensteuerbescheide waren dem Kläger und seiner Ehefrau kurz nach deren Erlass am 6. bzw. 23.11.2001 zugegangen. Die Verjährung war damit im November 2004 eingetreten.

Der Verlauf der Verjährung war nicht durch Verhandlungen zwischen dem Kläger und dem Beklagten von Dezember 2001/Januar 2002 bis 5.12.2005 gehemmt.

Nach § 203 BGB (n.F.; zu dessen Anwendbarkeit auf am 1.1.2002 bestehende Ansprüche i.S.d. § 68 StBerG vgl. BGH v. 1.2.2007 – IX ZR 180/04, BGH-Report 2007, 554 = MDR 2007, 835 = NJW-RR 2007, 1358 f) ist der Lauf der Verjährung **während der Zeit schwebender Verhandlungen über den Anspruch gehemmt**. Für ein Verhandeln genügt, wie bei § 852 BGB a.F., **jeder Meinungs-austausch** über den Schadenfall zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten, sofern nicht sofort und eindeutig jeder Ersatz abgelehnt wird. Verhandlungen schweben daher schon dann, wenn der in Anspruch Genommene Erklärungen abgibt, die dem Geschädigten die Annahme gestatten, der Verpflichtete lasse sich auf Erörterungen über die Berechtigung von Schadenersatzansprüchen ein. **Nicht erforderlich ist, dass dabei eine Vergleichsbereitschaft oder eine Bereitschaft zum Entgegenkommen signalisiert wird** (st. Rspr.; vgl. BGH v. 1.2.2007 – IX ZR 180/04, BGH-Report 2007, 554 = MDR 2007, 835 = NJW-RR 2007, 1358, 1369; zu § 852 a.F. vgl. BGH v. 17.2.2004 – VI ZR 429/02, MDR 2004, 809 = BGH-Report 2004, 871 = NJW 2004, 1654).

Der Senat vermochte nicht die Überzeugung zu gewinnen, dass zwischen dem Kläger und seiner Ehefrau einerseits und dem Beklagten andererseits Verhandlungen über den Anspruch i.S.d. § 203 BGB (n.F.) stattgefunden haben, die den Lauf der Verjährung gehemmt hätten. Das geht zulasten des beweisbelasteten Klägers.

Der Beklagte hat einen Schadenersatzanspruch des Klägers bereits mit Schreiben von 30.11.2001 ausdrücklich und **unmissverständlich zurückgewiesen**. Hat der Beklagte sofort und eindeutig jeden Ersatz abgelehnt, kann nicht davon ausgegangen werden, dass er alleine durch die Fortsetzung des Steuerberatervertrages nach der Kündigung vom 3.12.2001 zu erkennen gibt, dass er entgegen der zuvor eindeutig erklärten Zurückweisung nunmehr doch bereit sei, seine Einstandspflicht noch einmal zu überprüfen.

Der Kläger hat den Beklagten im Dezember 2001/Januar 2002 aufgesucht, nachdem er sich zuvor bei den Rechtsanwälten ... in K. in der Frage der Schadenersatzpflicht des Beklagten hatte beraten lassen. Diese haben ihm unstreitig erklärt, erst nach Abschluss des finanzgerichtlichen Verfahrens könne abgesehen werden, ob ein Schaden entstanden sei. Ergebnis dieser Beratung war die Empfehlung der Rechtsanwälte, den Beklagten zur Wiederaufnahme des Mandats zu bewegen und ihn in dem finanzgerichtlichen Verfahren zu vertreten. Das Ergebnis des Gesprächs mit seinen Anwälten hat der Kläger dem Beklagten mitgeteilt. **Führt der Beklagte unter diesen Umständen das Mandat auf Bitten des Klägers fort, eröffnet er damit nicht ohne Weiteres einen – zuvor abgelehnten – Meinungs-austausch über seine Haftung.** Das widerspricht der Lebenserfahrung und würde jeden Steuerberater davon abhalten, nach Ablehnung einer Ersatzpflicht im wohlverstandenen Interesse des Mandanten tätig zu werden und schadenabwendende oder schadenmindernde Maßnahmen zu ergreifen.

Das im Zuge der Wiederaufnahme des Mandats geführte Gespräch von Dezember 2001/Januar 2002 lässt ebenfalls

kein Verhandeln über den Anspruch i.S.d. § 203 (n.F.) BGB trotz der zuvor erklärten Ablehnung der Einstandspflicht erkennen.

Da der Beklagte zum Zeitpunkt des Gesprächs bereits Einspruch gegen die Bescheide des Finanzamts eingelegt hatte, entfällt eine wesentliche Anknüpfungstatsache für die Verhandlungen, soweit der Kläger behauptet, dies hätte der Wiederaufnahme des Mandats zur Einlegung von Rechtsbehelfen gedient, um festzustellen, ob überhaupt ein Schaden entstanden sei.

Der Kläger hat aber auch nicht bewiesen, dass der Beklagte im Verlauf des Gesprächs einen **Vertrauenstatbestand geschaffen hat, aufgrund dessen er – der Kläger – den Eindruck gewinnen konnte, dieser lasse sich nach Abschluss des finanzgerichtlichen Verfahrens auf Erörterungen über die Berechtigung von Schadenersatzansprüchen ein.** (...)

Dem Beklagten ist nicht vorzuwerfen, er habe seine sekundäre Hinweispflicht verletzt.

Der Steuerberater hat die Pflicht, den Auftraggeber auf die Möglichkeit des Regressanspruchs gegen ihn und dessen kurze Verjährung so rechtzeitig hinzuweisen, dass der Mandant noch anderweitig Rechtsrat einholen und die Verjährung des Schadenersatzanspruchs verhindern kann. Verletzt der Steuerberater diese sekundäre Hinweispflicht, erlangt der Auftraggeber einen Schadenersatzanspruch mit der Folge, dass dem Steuerberater die Einrede der Verjährung gegen den Regressanspruch verwehrt ist (BGH v. 20.1.1982 – IVa ZR 314/80, BGHZ 83, 17, 23 = MDR 1982, 467; BGH v. 4.4.1991 – IX ZR 215/90, BGHZ 114, 150, 158 = MDR 1991, 726; BGH v. 11.5.1995 – IX ZR 140/94, BGHZ 129, 386, 391 = MDR 1995, 1070).

Die Sekundärhaftung des Beklagten ist entfallen, weil der Kläger im Dezember 2001, also vor Vollendung der Primärverjährung im November 2004, die Rechtsanwälte ... in K. eingeschaltet hat.

Im Rahmen der Sekundärhaftung eines Steuerberaters, die derjenigen des Rechtsanwalts nachgebildet ist, besteht eine Pflicht, den Mandanten auf die eigene Regresspflicht und deren Verjährung hinzuweisen, nicht mehr, sobald dieser rechtzeitig vor Ablauf der Verjährung wegen der Haftungsfrage anwaltlich beraten wird. In einem solchen Fall bedarf der Auftraggeber keiner weiteren Belehrung durch den haftpflichtigen Steuerberater; der Schaden in Gestalt der Primärverjährung ist dann nicht durch eine schuldhaft verursachte (BGH v. 11.5.1995 – IX ZR 140/94, BGHZ 129, 386 f = BRAK 1995, 218 = MDR 1995, 1070; BGH v. 13.4.2006 – IX ZR 208/02, BGH-Report 2006, 1099 = MDR 2006, 1138 = NJW 2006, 2635 f; OLG Düsseldorf, OLG-Report 2006, 518 f).

Vorliegend wurde der Kläger unstreitig durch die Rechtsanwälte ... in K. wegen der Frage, ob der Beklagte wegen Falschberatung schadenersatzpflichtig ist, beraten.

Dies war dem Beklagten auch bekannt. Für eine Pflicht des Beklagten, den Kläger auf seine Haftung und insbesondere die Verjährung des Schadenersatzanspruchs hinzuweisen, ist kein Raum mehr. Es ist daher auch unschädlich, dass der Beklagte dem Kläger erklärt hat, er müsse spätestens nach Abschluss des finanzgerichtlichen Verfahrens klagen. Diese Erklärung ist im Übrigen in zeitlicher Hinsicht so allgemein gehalten, dass der Kläger nicht aus ihr schließen konnte, der Beklagte werde sich auf Verjährung nicht berufen. Auf die Ungewissheit des Ausgangs des Einspruchsverfahrens hatte der Beklagte den Kläger bereits in dem Kündigungsschreiben vom 3.12.2001 hingewiesen. ■

Steuerberaterhaftung

- Verjährungsbeginn
- Schadenentstehung
- Auflagenzahlung, § 153a StPO
(KG Berlin, Urt. v. 31.1.2008 – 27 U 112/07)

Leitsätze (d.Red.):

1. Ein Steuerschaden entsteht, wenn ohne Berücksichtigung steuermindernder Betriebsausgaben eine Steuerfestsetzung erfolgt. Das gilt auch, wenn der Steuerbescheid auch Fehler des Finanzamts zugunsten des Steuerpflichtigen enthält, so dass eine geringere Steuer ausgewiesen wird, als dies materiell-rechtlich geboten gewesen wäre.

2. Ein Schaden wegen überhöhter Auflagenzahlung zur Einstellung eines Ermittlungsverfahrens (§ 153a StPO) ist durch den Steuerberater verursacht worden, wenn die Entscheidung der Finanzverwaltung durch eine fehlerhafte Vertretung im Steuerstrafverfahren verursacht wurde. Der Mandant muss darlegen und beweisen, welche entlastenden Umstände hätten vorgetragen werden müssen, damit anders entschieden worden wäre. ■

Aus den Gründen:

Von der Darstellung der tatsächlichen Feststellungen wird gemäß § 540 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 313a Abs. 1 Satz 1 ZPO abgesehen.

Die zulässige Berufung der Beklagten ist begründet; die ebenfalls zulässige Anschlussberufung der Beklagten ist unbegründet.

1. Die Klägerin kann gegen die Beklagte keinen Schadenersatz aus dem Gesichtspunkt positiver Vertragsverletzung wegen der behaupteten Erstellung fehlerhafter Gewinnermittlungen durch die teilweise Nichterfassung geleisteter Honorar- und Mietzahlungen für die Jahre 1995 bis 1998 verlangen; denn daraus etwa erwachsende Ansprüche sind verjährt, so dass die Beklagte nach § 214 BGB insoweit zur Verweigerung der Leistung berechtigt ist.

Nach dem bis zum 15.12.2004 geltenden § 68 StBerG a. F. – der auf den vorliegenden Fall anwendbar ist, da etwaige Schadenersatzansprüche jedenfalls am 15.12.2004 bestanden haben (*Gräfe/Lenzen/Schmeer, Steuerberaterhaftung 4. Aufl., Rdnr. 850*) – verjähren Schadenersatzansprüche des Auftraggebers gegen den Steuerberater aus dem Steuerberatungsvertrag in drei Jahren von dem Zeitpunkt an, in dem der Anspruch entstanden ist, wobei eine Kenntnis des Berechtigten von den anspruchsbegründenden Tatsachen nicht erforderlich ist. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs beginnt die Verjährung eines vertraglichen Ersatzanspruchs gegen einen Steuerberater, der steuerliche Nachteile seines Mandanten verschuldet hat, dabei regelmäßig mit der Bekanntgabe des belastenden Steuerbescheides, ohne dass es auf dessen Bestandskraft oder Unanfechtbarkeit ankommt, da der Vermögensstand sich infolge der Fehlberatung gegenüber seinem früheren Vermögensstand verschlechtert, indem die Finanzbehörde mit dem Erlass des Steuerbescheides ihren hauptsächlichen Entscheidungsprozess zuungunsten des Steuerpflichtigen abschließt, den öffentlich-rechtlichen Steueranspruch konkretisiert und die Grundlage für die Verwirklichung dieses Anspruchs schafft (*BGH, Urt. v. 11.5.1995 – IX ZR 140/94*).

Nach dem in zweiter Instanz konkretisierten und unstreitig gebliebenen Vortrag der Beklagten ist der Einkommensteuerbescheid für 1995 am 25.9.1997, der Einkommensteuerbescheid für 1996 am 9.2.1998, der Einkommensteuerbescheid für 1997 am 12.8.1998 sowie der Einkommensteuerbescheid für 1998 am 26.8.1999 erlassen worden, wobei mangels anderer Anhaltspunkte davon auszugehen ist, dass die Steuerbescheide zeitnah zum Erlasszeitpunkt bekanntgegeben worden sind. Grundlage der Steuerbescheide waren u.a. jeweils die nach dem Vortrag der Klägerin durch teilweise Nichtberücksichtigung von gewinnmindernden Honorar- und Mietzahlungen unzutreffenden, weil im Ergebnis zu hohen Gewinnermittlungen durch die Beklagte.

Entgegen der Ansicht der Kläger beginnt die Verjährung im vorliegenden Fall nicht erst mit der späteren Bekanntgabe der geänderten Steuerbescheide, weil in den zunächst ergangenen Steuerbescheiden auf der anderen Seite zugunsten der Klägerin zu niedrige Betriebseinnahmen berücksichtigt worden seien, was dazu geführt habe, dass die im Erstbescheid festgesetzte Steuer niedriger als die materiell richtige Steuer gewesen sei, so dass ein Schaden zu diesem Zeitpunkt nicht vorgelegen habe.

Die nach § 68 StBerG für den Verjährungsbeginn maßgebliche **Schadenentstehung** ist anzunehmen, **wenn der Schaden wenigstens dem Grund nach erwachsen ist, mag seine Höhe noch nicht beziffert werden können**, ferner wenn durch die Verletzungshandlung eine als Schaden anzusehende Verschlechterung der Vermögenslage eingetreten ist, ohne dass feststehen muss, ob ein Schaden bestehen bleibt und damit endgültig wird (*BGH, Urt. v. 2.7.1992 – IX ZR 268/91 = BGHZ 119, 69*). Der Schaden ist im vorliegenden Fall durch den Erlass der Erstbescheide bereits dem Grunde nach entstanden, da das Finanzamt **durch diese Bescheide seinen**

Entscheidungsprozess zuungunsten der Beklagten dahin abgeschlossen hat, den öffentlich-rechtlichen Steueranspruch ohne Berücksichtigung der in der Gewinnermittlung als Betriebsausgaben nicht erfassten Honorar- und Mietzahlungen zu konkretisieren. Entgegen der Ansicht der Klägerin lag zum Zeitpunkt des Erlasses der jeweiligen Erststeuerbescheide nicht lediglich eine risikobehaftete Situation vor, in der offen war, ob ein pflichtwidriges, mit einem Risiko behaftetes Verhalten der Beklagten zu einem Schaden führen würde. Vielmehr hatte sich das behauptete Fehlverhalten der Beklagten bereits in den Steuerbescheiden durch die Nichtberücksichtigung der weiteren Betriebsausgaben konkretisiert.

Die Klägerin kann sich zu ihren Gunsten nicht auf die Entscheidung des BGH vom 3.11.2005 – IX ZR 208/04 berufen. Denn diese Entscheidung betrifft die Frage, ob der Verjährungsbeginn auf einen Zeitpunkt vor dem Zugang des belastenden Steuerbescheides vorverlegt werden kann. Diese Frage stellt sich vorliegend aber nicht. Vielmehr ist die Frage, ob es nach dem Erlass der belastenden Steuerbescheide zu Betriebsprüfungen kommt oder nicht, die zur Aufdeckung die Klägerin begünstigender Fehler führen, für die Frage, ob bereits ein Schaden dem Grunde nach durch einen Steuerbescheid entstanden ist, der bestimmte gewinnmindernde Umstände zulasten der Klägerin nicht berücksichtigt, ohne Belang.

Der Annahme des Beginns der Verjährungsfrist mit dem Zugang der Erstbescheide steht auch nicht entgegen, dass der Klägerin zu diesem Zeitpunkt eine **Feststellungsklage** nicht zuzumuten gewesen wäre, weil sie dadurch indirekt zur Selbstbeichtigung hinsichtlich der zu ihren Gunsten zu niedrig angesetzten Betriebseinnahmen gezwungen gewesen wäre. Die Frage des Beginns der Verjährungsfrist der Ansprüche gegen den Steuerberater kann nicht vom Interesse des Steuerpflichtigen abhängen, unrichtige Angaben zu seinen Gunsten in den Steuererklärungen nicht offenbaren zu wollen.

Ist daher von einem Beginn der Verjährungsfrist mit Zugang der jeweiligen Erstbescheide auszugehen, ist die Verjährung auch bei Annahme einer Sekundärhaftung der Beklagten wegen eines schuldhaften Verstoßes gegen die Pflicht zur Belehrung über mögliche Schadenersatzansprüche der Beklagten und der hierfür geltenden Verjährung eingetreten.

Der Sekundäranspruch unterliegt wie der ursprüngliche Schadenersatzanspruch ebenfalls der Verjährung nach § 68 StBerG a.F. (*Gräfe/Lenzen/Schmeer, a.a.O.*). Der Verjährungsbeginn ist dabei identisch mit dem Eintritt der Verjährung des Primäranspruchs (*Kuhls u.a., SteuerberatungsG 2. Aufl., § 68 Rdnr. 18*), so dass eine Verjährung von Primär- und Sekundäranspruch jedenfalls nach Ablauf von sechs Jahren seit Anspruchsentstehung durch den Zugang der belastenden Erstbescheide eingetreten ist. Danach ist die zuletzt beginnende Verjährungsfrist hinsichtlich des Steuerbescheides für 1998 nach dem Erlass am 26.8.1999 im Herbst des Jahres 1999 abgelaufen und die Verjährung somit eingetreten. Die Zustellung der Klage am 25.9.2006 konnte eine Hemmung der Verjährung somit nicht mehr bewirken.

2. Der Klägerin steht auch kein Schadenersatzanspruch in Höhe von 3.000 EUR wegen einer fehlerhaften Vertretung durch die Beklagte im Steuerstrafverfahren zu. Die Klägerin kann sich insoweit nicht mit Erfolg darauf berufen, dass im Falle einer fehlerfreien Vertretung durch die Beklagte die Auflage nach § 153a StPO um mindestens 3.000 EUR niedriger ausgefallen wäre.

Da es sich bei der Frage, in welcher Höhe eine Auflage nach § 153a StPO festzusetzen ist, um eine Einstellung des Strafverfahrens zu ermöglichen, um eine Ermessensentscheidung des Finanzamts handelt, kommt es für die Frage des Eintritts eines Schadens nicht auf eine Rechtsprüfung durch das Regressgericht, sondern auf die Feststellung der maßgeblichen Behördenentscheidung an. Die Klägerin trägt aber nicht konkret unter Beweisantwort dazu vor, in welcher Höhe die Auflage festgesetzt worden wäre, wenn die Beklagte die nach Ansicht der Klägerin sie entlastenden Umstände geltend gemacht hätte.

Eine Feststellung, in welcher Höhe sich die Auflage ermäßigt hätte, ist dem Senat auch nicht im Wege der Schätzung nach § 287 ZPO möglich, da es insoweit an einem hinreichenden Vortrag etwaiger Schätzungsgrundlagen durch die Klägerin fehlt. Abgesehen von der bloßen Behauptung einer geringeren Auflage fehlt dazu jeglicher Sachvortrag der Klägerin, etwa in Form eines Vortrags zu einer sich ausgebildeten Leitlinie der Finanzbehörden zur Höhe der Auflagen nach § 153a StPO. Es liegen daher keinerlei Anhaltspunkte für eine Schätzung dahin vor, ob und inwieweit die Festsetzung der Auflage durch das Finanzamt bei Berücksichtigung der geltend gemachten entlastenden Umstände niedriger ausgefallen wäre. Eine Schätzung des Schadens kommt daher nicht in Betracht. (...) ■

Versicherungsschutz

- Aufsichtsrat und Steuerberater
 - Erfüllungssurrogat
 - Wesentliche Pflichtverletzung
- (*OLG Düsseldorf, Urt. v. 16.10.2007 – I-4 U 211/06*)

Leitsätze (d. Red.):

1. § 4 Nr. 4 AVB schließt Haftpflichtansprüche aus der Tätigkeit des Versicherungsnehmers als Aufsichtsratsmitglied privater Unternehmungen vom Versicherungsschutz aus. Er hat aber Versicherungsschutz, wenn er als Steuerberater für das Unternehmen tätig wird, bei welchem er auch Aufsichtsrat ist.

2. Bei einer vorweggenommenen Deckungsklage, für die bindende Tatsachenfeststellungen aus einem Haftpflichtprozess nicht vorliegen, hat die Beurteilung des Versicherungsschutzes auf die Begründung des Anspruchs durch den angeblich Geschädigten abzustellen.

3. Die an die Stelle der Erfüllungsleistung tretende Ersatzleistung ist dann nicht vom Versicherungsschutz umfasst, wenn der angeblich geschädigte Dritte sein unmittelbares Interesse an der vertraglich geschuldeten Leistung dem Versicherungsnehmer gegenüber verfolgt. Die Beurteilung dieser Frage muss das tatsächlich Verlangte berücksichtigen und dieses im Hinweis auf den Inhalt des vertraglichen Leistungsversprechens bewerten.

4. Zur wissentlichen Pflichtverletzung bei Verbuchung von Scheinumsätzen. ■

Aus den Gründen:

I. Der Kläger nimmt die Beklagte auf Deckungsschutz aus dem zwischen ihnen bestehenden Vermögensschaden-Haftpflichtversicherungsvertrag von Steuerberatern in Anspruch. Grundlage für sein Begehren ist seine Inanspruchnahme durch die C.-AG vor dem Landgericht. Der Kläger war Aufsichtsratsmitglied der Gesellschaft und wurde für sie auch als Steuerberater tätig. Insoweit soll er – so der Vortrag der C.-AG im Haftpflichtprozess – seine Pflichten gegenüber der Gesellschaft in beiden Eigenschaften verletzt haben.

Aufgrund dessen erhebt die C.-AG gegen den Kläger Ansprüche in Höhe von insgesamt 458.607,47 EUR. Hiervon entfällt ein Teilbetrag von 326.332,07 EUR darauf, dass aufgrund des pflichtwidrigen Handelns des Klägers die Jahresabschlüsse für die Jahre 1998 bis 2001 hätten neu erstellt und überprüft werden müssen. (...)

Darüber hinaus ist unstreitig, dass der Kläger sein Aufsichtsratsmandat im Juni 2002 niedergelegt und seine Steuerberater Tätigkeit für die C.-AG im November 2002 eingestellt hat. Im Auftrag der Gesellschaft fand im Jahr 2002 eine Sonderprüfung durch die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft R. & Partner statt, die zur Feststellung umfangreicher Falschbuchungen in den Jahren ab 1998, denen tatsächliche Umsätze nicht zugrunde lagen, führte. Die für die Prüfung der Jahresabschlüsse 1998 bis 2001 zunächst beauftragte Gesellschaft K. widerrief mit Schreiben vom 23.4.2002 ihre Bestätigungsvermerke für die Jahre 1998 bis 2000. Das Mandat zur Prüfung des Jahresabschlusses zum 31.12.2001 kündigte sie mit Schreiben vom 19.2.2002.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und im Wesentlichen ausgeführt, dass Deckungsschutz jedenfalls aus zwei Gründen nicht bestehe, so dass es auf eine nähere Differenzierung zwischen der Tätigkeit des Klägers als Steuerberater und als Aufsichtsratsmitglied nicht ankomme. Zum einen handele es sich bei den Kosten für die Neuerstellung der Jahresabschlüsse, für die eine Korrektur der dem Kläger obliegenden Buchhaltung notwendig gewesen sei, um ein Erfüllungssurrogat, für welches auch im Bereich der Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung Deckungsschutz nicht bestehe. Soweit der Kläger vorbringe, die Kosten seien allein für die erneute Prüfung der Jahresabschlüsse angefallen, fehle es an einer notwendigen Differenzierung und Aufschlüsselung der Rechnung.

Darüber hinaus habe der Kläger eine wissentliche Pflichtverletzung begangen, bei der Versicherungsschutz ebenfalls nicht bestehe. Er habe selbst vorgetragen, die ihm vorgelegten Belege nicht überprüft zu haben. Dies sei zwar grundsätzlich zulässig, jedoch bedürfe es zumindest einer stichprobenartigen Prüfung, wenn die Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit der Belege offensichtlich sei. Diese Voraussetzung habe hier vorgelegen, denn es hätten sich keine Lizenzeinnahmen zugunsten der Gesellschaft wiedergefunden, obwohl die Zahl der Lizenzpartner und die Anzahl der abgesetzten Ware unstreitig stetig gestiegen seien. Der damalige Vorstand der C.-AG habe den Umsatz des Unternehmens betrügerisch höher erscheinen lassen und die Börsenkurse manipuliert. Umsätze mit der Fa. V.E. Ltd. in H.K. habe es mangels tatsächlichen Bestandes des Unternehmens nicht gegeben. Die entsprechenden Ein- und Ausgangsrechnungen der C.-AG seien unstreitig fingiert gewesen. Die Rechnungen hätten als Lieferanschrift nur die C.-AG, nicht jedoch einen Endkunden ausgewiesen. Dies sei über Jahre hinweg geschehen, so dass für den Kläger Anlass zur Nachfrage und Überprüfung bestanden habe, was er unterlassen habe.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die Berufung des Klägers, der unter Wiederholung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vorbringens geltend macht, die Kosten in Höhe von 326.332,07 EUR beträfen ausschließlich die erneute Prüfung und Testierung der Jahresabschlüsse. Hierbei handele es sich nicht um ein Erfüllungssurrogat. Solche Surrogate seien in der Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung auch gar nicht von der Deckungspflicht der Beklagten ausgeschlossen.

Die vom Landgericht herangezogene Entscheidung des Bundesgerichtshofs könne heute unter dem Blickwinkel des AGB-Gesetzes bzw. der §§ 305 ff BGB nicht mehr Geltung haben. Eine wissentliche Pflichtverletzung i.S.d. § 4 Nr. 5 der hier vereinbarten Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB) habe er – der Kläger – nicht begangen. Sie lasse sich aus den vom Landgericht festgestellten Umständen nicht herleiten. Hinsichtlich der fehlenden Lizenzeinnahmen in 1998 und 1999 fehle es bereits an entsprechendem Vortrag der Parteien, so dass das Landgericht diese Feststellung gar nicht habe treffen dürfen. Sie sei auch nicht zutreffend, denn „gesonderte“ Lizenzeinnahmen habe es gar nicht gegeben, so dass dem Kläger insoweit auch nichts Außergewöhnliches habe auffallen können.

(Anträge ...)

Die Beklagte tritt dem gegnerischen Vorbringen unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrags im Einzelnen entgegen. Sie macht geltend, dass der Kläger die Deckungsgrenze unberücksichtigt lasse. Ferner trage er nicht vor, inwieweit er von der C.-AG wegen Pflichtverletzungen in seiner Eigenschaft als Aufsichtsratsmitglied in Anspruch genommen werde, was jedoch erforderlich sei, weil insoweit kein Deckungsschutz bestehe. Die Beklagte hafte aber auch deshalb nicht, weil es Deckungsschutz für Erfüllungssurrogate, die an die Stelle

der vertraglich geschuldeten Leistung des Versicherten getreten seien, nicht gebe. Der Kläger sei auch mit der Erstellung der Jahresabschlüsse beauftragt gewesen. Die geltend gemachten Kosten seien nicht durch die Prüfung bereits erstellter Jahresabschlüsse entstanden, sondern durch die umfangreiche Korrektur der Buchführung und darauf aufbauend durch die Neuerstellung der Jahresabschlüsse.

Schließlich habe das Landgericht zutreffend festgestellt, dass der Kläger eine wissentliche Pflichtverletzung begangen habe. Insoweit trägt die Beklagte in der Berufungserwidernung umfangreich – teilweise über ihren erstinstanzlichen Vortrag hinaus – vor, aus welchen Gründen dies der Fall sei. (...)

II. Die Berufung des Klägers ist zulässig und begründet. Die geltend gemachte Deckungsverpflichtung der Beklagten aus dem Vermögensschaden-Haftpflichtversicherungsvertrag besteht. Die hiergegen erhobenen Einwände sind unbegründet. Ein Ausschlussstatbestand kann nicht festgestellt werden.

A. Der Kläger nimmt die Beklagte auf Deckung aus der Berufshaftpflichtversicherung für Vermögensschäden aus der Tätigkeit des Steuerberaters in Anspruch.

1. Grundlage hierfür ist ein Anspruch, den die C.-AG gegen ihn vor dem Landgericht geltend macht. **Der Haftpflichtprozess wird von den beteiligten Parteien übereinstimmend nicht betrieben. Vielmehr soll vorab die Frage der Deckungsverpflichtung der hiesigen Beklagten geklärt werden.**

2. Nach § 1 Nr. 1. 1. der dem Versicherungsvertrag zugrunde liegenden Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB) gewährt der Versicherer (die Beklagte) dem Versicherungsnehmer (Kläger) Versicherungsschutz für den Fall, dass er wegen eines bei der Ausübung beruflicher Tätigkeit – von ihm selbst oder einer Person, für die er einzutreten hat – begangenen Verstoßes von einem anderen aufgrund gesetzlicher Haftpflichtbestimmungen privatrechtlichen Inhalts für einen Vermögensschaden verantwortlich gemacht wird.

3. Unstreitig besteht insoweit eine Deckungsgrenze von 500.000 DM bzw. 255.645,94 EUR. Dieser Grenze wird im Klageantrag dadurch Rechnung getragen, dass es dort heißt: **„nach Maßgabe des Versicherungsscheins ...“** Versicherungsschutz zu gewähren, auch wenn die gegen den Kläger erhobene Forderung, wegen welcher Versicherungsschutz begehrt wird, die Betragsgrenze überschreitet. Mit der Benennung des Anspruchs, der gegen den Kläger erhoben wird, trägt er lediglich dem Umstand Rechnung, dass der Schadenfall, für den die Deckungspflicht geltend gemacht wird, konkret zu bezeichnen ist. Eine Missachtung der Deckungsgrenze liegt hierin nicht.

B. Die Parteien streiten über das Vorliegen von versicherungsrechtlichen Ausschlussstatbeständen, die zur Leistungsfreiheit der Beklagten führen sollen. Der Vortrag der Beklagten lässt die Feststellung solcher Ausschlüsse indessen nicht zu.

I. Ohne Erfolg macht die Beklagte geltend, der Kläger müsse im vorliegenden Deckungsprozess näher darlegen, inwieweit er für den Schaden von 326.332,07 EUR aufgrund von Pflichtverletzungen in seiner Eigenschaft als **Aufsichtsratsmitglied** der C.-AG in Anspruch genommen wird, um den versicherten Bereich der Steuerberater Tätigkeit von dem nicht versicherten Bereich seiner damaligen Tätigkeit als Aufsichtsratsmitglied trennen zu können.

1. Soweit der Kläger von der C.-AG auch **in seiner Eigenschaft als Aufsichtsratsmitglied in Anspruch genommen** wird, kann er zwar – dies macht die Beklagte zu Recht geltend, wird vom Kläger aber auch gar nicht bestritten – keinen Deckungsschutz verlangen, und zwar schon nach **§ 1 Nr. 1. 1. der AVB** nicht, denn versichert ist allein die **Steuerberater-tätigkeit** des Klägers und keine andere berufliche Tätigkeit. Darüber hinaus schließt **§ 4 Nr. 4 der AVB** Haftpflichtansprüche aus der Tätigkeit des Versicherungsnehmers als Aufsichtsratsmitglied privater Unternehmungen vom Versicherungsschutz aus.

2. **Die Klausel in § 4 Nr. 4 AVB kann jedoch nicht so ausgelegt werden, dass der Kläger schon dann keinen Versicherungsschutz genießt, wenn er als Steuerberater für ein Unternehmen tätig wird, bei welchem er auch Aufsichtsratsmitglied ist.** Vielmehr heißt es dort nur, **„aus der Tätigkeit als Aufsichtsratsmitglied“** bestehe kein Versicherungsschutz.

3. Daher ist – allerdings allein auf der Grundlage des Vortrags der C.-AG im Haftpflichtprozess – zu prüfen, inwieweit dem Kläger tatsächlich vorgeworfen wird, er habe Pflichten aus seiner beruflichen Tätigkeit als Steuerberater verletzt. Maßgeblich, aber auch ausreichend ist nämlich, dass er in seiner Eigenschaft als Steuerberater von einem Dritten für einen Vermögensschaden verantwortlich gemacht wird (§ 1 Nr. 1. 1. der AVB).

a) **Liegen keine für den Deckungsprozess Bindungswirkung entfaltenden Tatsachenfeststellungen aus einem Haftpflichtprozess vor**, ist bei der Beurteilung der Frage, ob ein Versicherer einem Versicherungsnehmer Deckungsschutz für eine Inanspruchnahme durch einen Dritten zu gewähren hat, grundsätzlich auf **dessen Begründung des Anspruchs** abzustellen (BGH, VersR 2001, 90; OLG Hamm, VersR 2007, 980).

Unerheblich ist dabei, ob die erhobenen Ansprüche im Ergebnis begründet sind oder nicht; Deckungsschutz schuldet der Versicherer (bei Vorliegen der Deckungsvoraussetzungen) in beiden Fällen. Nach § 1 Nr. 1. 1. der AVB ist allein maßgeblich, dass der Kläger für einen Vermögensschaden **„verantwortlich gemacht“** wird, nicht hingegen, dass dies auch tatsächlich berechtigt ist. Ob der Vorwurf der Pflichtverletzung begründet ist, ist allein im Haftpflichtprozess zu klären (OLG Köln, VersR 2003, 1166; OLG Stuttgart, OLG-Report 1999, 961).

b) Nach den Ausführungen der C.-AG im Haftpflichtprozess ist der Kläger Steuerberater und Aufsichtsratsmitglied gewesen und soll er in beiderlei Hinsicht Pflichten verletzt haben. Hinsichtlich der **Buchhaltungsarbeiten** und der **Erstellung der**

Jahresabschlüsse, die er nach der Behauptung der C.-AG ebenfalls schuldet, soll er dabei **als Steuerberater** tätig gewesen sein. Dabei sollen ihm zahlreiche schwere Buchungsfehler unterlaufen sein, weshalb letztlich die Jahresabschlüsse von 1998 bis 2001 neu hätten erstellt und geprüft werden müssen, wobei die ersten Prüfungsarbeiten für den Abschluss von 2001 nicht zu Ende geführt, sondern später auf der Grundlage ordnungsgemäßer Buchhaltung und Jahresabschlüsse erneut aufgenommen und beendet worden seien, und zwar anstelle der ursprünglich beauftragten Gesellschaft K. nunmehr durch die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft W. **Insoweit sei dem Kläger eine positive Vertragsverletzung des Steuerberatervertrages vorzuwerfen.** Aus der gesamten **Prüfungstätigkeit** der W. für die Jahre 1998 bis 2001 resultiere ein Schaden in Höhe von 326.332,07 EUR.

Der Kläger hat daher – durch Bezugnahme auf die Ausführungen der C.-AG im Haftpflichtprozess – schlüssig dargelegt, dass er von dieser auf Schadenersatz (in Höhe der hiesigen Klageforderung) wegen Pflichtverletzungen aus seiner **Tätigkeit als Steuerberater** in Anspruch genommen wird. Dass der Kläger selbst bestreitet, mit der Erstellung der Jahresabschlüsse befasst gewesen zu sein, ist für die Frage seiner Inanspruchnahme durch die C.-AG und deren Begründung ihres Anspruchs unerheblich. Maßgeblich ist der Vortrag der C.-AG im Haftpflichtprozess. Dieser ist entgegen den Interpretationsversuchen der Beklagten auch eindeutig, mögen die von der C.-AG gegen den Kläger erhobenen zahlreichen Vorwürfe auch keine klare Differenzierung aufweisen. Die Schadenposition über 326.332,07 EUR wird jedenfalls eindeutig auf Fehler der Steuerberatertätigkeit des Klägers gestützt.

In der Beilage ist von der C.-AG aufgrund des gegnerischen Bestreitens auch ausdrücklich klargestellt worden, dass es sich allein um Kosten „der **erneuten Prüfung und Testierung der Jahresabschlüsse**“ handelt. Es würden – so die C.-AG – keine „kostenlosen Buchführungs- und Jahresabschlussarbeiten“ für die Jahre 1998 bis 2001 geltend gemacht werden. Ob diese eindeutige Erklärung der Klägerin im Haftpflichtprozess tatsächlich zutrifft, bedarf im Deckungsprozess keiner Klärung. Maßgeblich ist die **Anspruchsbegründung** der C.-AG.

II. Der von der Beklagten ausdrücklich geltend gemachte Ausschlussstatbestand des § 4 Nr. 1. 6. AHB, wonach die Erfüllung von Verträgen und die an die Stelle der Erfüllungstretende Ersatzleistung nicht Gegenstand der Haftpflichtversicherung sind, greift hier nicht ein. Dabei bedarf die vom Kläger aufgeworfene Frage, **ob das sogenannte Erfüllungssurrogat in der reinen Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung ohne ausdrückliche Einbeziehung des § 4 Nr. 1. 6. AHB ausgeschlossen ist, hier keiner Antwort, denn der gegen den Kläger geltend gemachte Schaden ist kein Erfüllungssurrogat.**

1. Unter den **Begriff des Erfüllungssurrogats** i.S.d. § 4 Nr. 1. 6. Abs. 3 AHB fallen solche Ansprüche, die auf den Gegenwert derjenigen Leistung gerichtet sind, die der Versiche-

rungsnehmer aufgrund seiner vertraglichen Erfüllungspflichten hätte erbringen müssen (BGH, MDR 1963, 382). Der durchschnittliche Versicherungsnehmer versteht die Regelung dahingehend, dass vom Haftpflichtversicherungsschutz **Ansprüche Dritter ausgenommen sind, mit denen der Dritte sein unmittelbares Interesse an der vertraglich geschuldeten Leistung dem Versicherungsnehmer gegenüber verfolgt** (BGH, VersR 2005, 110, 112; Senat, Urt. v. 4.4.2006 – I-4 U 136/05).

Dieses Interesse wird durch den Inhalt der vertraglich geschuldeten Leistung bestimmt (BGH, a.a.O.). Entscheidend für den Versicherungsschutz ist also, welchen Inhalt der Vertrag hat; die Deckung ist nur insoweit ausgeschlossen, wie die vertragliche Leistungspflicht des Versicherungsnehmers reicht. Nicht allein die geltend gemachte Anspruchsbasis, sondern die **Berücksichtigung des tatsächlich Verlangten und seine Bewertung im Hinblick auf den Inhalt des vertraglichen Leistungsversprechens bestimmen die Einordnung, ob es sich bei der Ersatzforderung um ein Erfüllungssurrogat handelt oder um Schadenersatz im Sinne der gesetzlichen Haftpflichtbestimmungen.** Ist der Umfang des vertraglichen Leistungsversprechens ermittelt, sind alle Ansprüche, die das Zurückbleiben der tatsächlichen Leistung hinter dem Versprochenen ausgleichen sollen, als Erfüllungssurrogate ausgeschlossen (Späte, Haftpflichtversicherung, § 4 AHB Rdnr. 174).

2. Danach stellen die Kosten, welche der C.-AG aufgrund der **Notwendigkeit einer erneuten Prüfungstätigkeit** eines Wirtschaftsprüfers entstanden sind, keinen Gegenwert für die vom Kläger selbst geschuldeten Leistungen dar. Er wird nicht auf Schadenersatz wegen erforderlicher Nachbesserung von Buchhaltung oder Jahresabschlüssen in Anspruch genommen, **sondern auf Ersatz von Kosten, die für eine Leistung eines Dritten aufgewendet werden mussten.**

Bei diesen Kosten handelt es sich nicht um das positive, sondern um das negative Interesse der C.-AG. Hätte der Kläger (nach der Behauptung der C.-AG) seine Pflichten als Steuerberater im Hinblick auf die von ihm zu erstellenden Jahresabschlüsse in vollem Umfang ordnungsgemäß erfüllt, wäre es nicht notwendig gewesen, einen zweiten Wirtschaftsprüfer zu beauftragen. Die C.-AG will daher so gestellt werden, wie sie stünde, wenn der Kläger als Steuerberater ordnungsgemäß gearbeitet, also die Bücher ordnungsgemäß geführt und die Jahresabschlüsse richtig erstellt hätte. Dann nämlich wären ihr die Aufwendungen für die W. nicht entstanden.

Bei dieser Sachlage liegt kein Erfüllungssurrogat im Sinne der Vorschrift vor. Ob dies generell, also auch in anderen Fällen, in denen es um den Ersatz des negativen Interesses geht, gilt, braucht hier nicht geklärt zu werden. Unter den vorliegend gegebenen Umständen ist der Anspruch der C.-AG gegen den Kläger jedenfalls nicht auf ein Erfüllungssurrogat gerichtet.

III. Und schließlich sind auch die Voraussetzungen des Ausschlussstatbestands des § 4 Nr. 5 der AVB nicht gegeben.

1. Nach § 4 Nr. 5 der AVB bezieht sich der Versicherungsschutz nicht auf Haftpflichtansprüche wegen Schadenverursachung durch wissentliches Abweichen von Gesetz, Vorschrift, Anweisung oder Bedingung des Auftraggebers oder durch sonstige **wissentliche Pflichtverletzung**.

2. Derartige Ausschlussklauseln, für deren Erfüllung der **Versicherer die volle Darlegungs- und Beweislast** trägt (BGH, r+s 2001, 408; OLG Hamm, VersR 2007, 980; OLG Frankfurt, OLG-Report 2000, 150), setzen Wissentlichkeit des Versicherten und damit direkten Vorsatz voraus; bedingter Vorsatz genügt somit – im Unterschied zu § 152 VVG – nicht. Allerdings muss der Vorsatz nur die Pflichtwidrigkeit umfassen, nicht hingegen die Schadenverursachung. Voraussetzung für einen wissentlichen Pflichtenverstoß ist demnach (lediglich), **dass dem Versicherungsnehmer ein bestimmtes Verhalten vorgeschrieben ist, er seine Pflicht auch tatsächlich gekannt hat und der Verstoß für den Schaden ursächlich geworden ist** (BGH, r+s 2001, 408; BGH, MDR 1991, 419; BGH, VersR 1987, 174; OLG Köln, VersR 2002, 1371; BGH, r+s 1997, 496; Senat, VersR 1990, 411).

Ein derartiger Pflichtenverstoß lässt sich schlüssig nur mit der Begründung geltend machen, dass aufgezeigt wird, wie sich der Versicherte hätte verhalten müssen. Für einen bewussten Pflichtenverstoß muss darüber hinaus dargelegt werden, der Versicherte habe gewusst, wie er sich hätte verhalten müssen (BGH, MDR 1991, 419). Direkter Vorsatz in diesem Sinne erfordert das **Wissen und Wollen der Pflichtverletzung**. Der Versicherte muss die von ihm verletzte Pflicht positiv gekannt und subjektiv das Bewusstsein gehabt haben, gesetz-, vorschrifts-, anweisungs- oder bedingungswidrig zu handeln (BGH, r+s 2001, 408).

3. Danach kann hier ein wissentlicher, für den gegen den Kläger geltend gemachten Schaden ursächlich gewordener Pflichtenverstoß nicht festgestellt werden.

a) Dass der Kläger **gewusst hat**, dass im Auftrag der Eheleute S. bloße **Scheinumsätze gebucht wurden, will die Beklagte selbst nicht behaupten**. So heißt es in der Berufungserwiderung ausdrücklich, sie wolle nicht behaupten, der Kläger habe der Gesellschaft und den Aktionären vorsätzlich einen Schaden zufügen wollen. Hiervon müsste man aber ausgehen, wenn man seine Kenntnis davon unterstellt, dass es zahlreiche Scheinumsätze gab.

b) Darüber hinaus kommt die Feststellung einer wissentlichen Pflichtverletzung des Klägers aber schon deshalb nicht in Betracht, weil die Beklagte sich für ihre Behauptung an dem Sachvortrag der C.-AG im Haftpflichtprozess orientiert, der jedoch klare und eindeutige Feststellungen im Hinblick darauf, welche Pflichten der Kläger als Steuerberater wissentlich verletzt haben soll, nicht zulässt.

Das gesamte Vorbringen der C.-AG vermengt die Pflichten des Klägers als damaliger Aufsichtsrat der Gesellschaft mit denen in seiner Eigenschaft als Steuerberater. Das mag für den Haftpflichtprozess – auf seinem derzeitigen Stand – (noch) keine besonderen Auswirkungen haben, verhindert aber im hiesigen

Deckungsprozess die Feststellung konkreter Pflichtverletzungen und darauf aufbauend die Feststellung der Wissentlichkeit bestimmter Pflichtverletzungen.

Dabei kommt es nicht – wie die Beklagte irrtümlich meint – hauptsächlich auf Buchhaltungsmängel, sondern vielmehr darauf an, welche Fehler der Kläger bei der Erstellung (bzw. Vorbereitung) der Jahresabschlüsse begangen hat, denn diese mussten neu erstellt und sodann wieder geprüft werden. Nach dem Vorbringen der C.-AG ist aber **nicht klar, welche Pflichtverletzungen der Kläger bei dieser Tätigkeit begangen haben soll**. Es ist nicht ersichtlich, dass dabei bestimmte Steuerberaterpflichten **so evident verletzt wurden, dass auf die Wissentlichkeit des Klägers geschlossen werden könnte**. Die von ihm erstellten (bzw. vorbereiteten) Abschlüsse wiesen offenbar keine derart gravierenden Fehler auf, dass die zunächst beauftragte K. ihre Testate für die Jahre 1998 bis 2000 nicht erteilen konnte. Wären die behaupteten Fehler jedoch so schwerwiegend gewesen, wie die Beklagte meint, wäre die Testatserteilung kaum nachvollziehbar, mag die K. auch – wie die Beklagte vorträgt – vereinzelt Kritik an der Gesellschaft und konkret auch an deren Buchhaltung geübt haben.

Im derzeitigen Stadium des Haftpflichtprozesses sind daher keine konkreten Pflichtverletzungen des Klägers als Steuerberater zu erkennen, welche die Jahresabschlüsse betreffen. Damit scheidet auch die Feststellung einer wissentlichen Pflichtverletzung des Klägers aus. Es mag sein, dass sich wissentliche Pflichtenverstöße aus der weiteren Durchführung des Haftpflichtprozesses ergeben. Darauf kann jedoch im vorgezogenen Deckungsprozess nicht abgestellt werden.

c) Aber selbst im Hinblick auf den Vorwurf der Beklagten, der Kläger habe zahlreiche **Buchungen ohne Vorliegen der entsprechenden Belege** vorgenommen, was sich auch in den von ihm erstellten Jahresabschlüssen niederschlagen habe, ist eine Wissentlichkeit einer Pflichtverletzung nicht festzustellen.

Es kann dahinstehen, inwieweit solche Vorgänge im Einzelfall tatsächlich pflichtwidrig sind. Es muss auch einem Steuerberater konzidiert werden, nach Art und Gewicht von Buchungsvorgängen sowie danach zu differenzieren, ob im Einzelfall bereits die Angaben seines Mandanten für die Berechtigung einer bestimmten Buchung ausreichen. Darauf kommt es hier aber nicht einmal an. **Die Beklagte hat keine konkreten Fälle, die einer Überprüfung zugänglich gewesen wären, dargelegt**. Damit scheidet aber sowohl die Feststellung bestimmter Pflichtverletzungen des Klägers als auch der Wissentlichkeit seines Pflichtenverstoßes aus.

Für die wissentliche Pflichtverletzung muss konkret feststellbar sein, **welche Pflicht der Kläger im Einzelfall hatte**, dass ihm diese **Pflicht auch bewusst war** und er gleichwohl von ihr abgewichen ist. Dazu hat die Beklagte über pauschale Ausführungen hinaus nichts vorgetragen. Sollten in bestimmten Buchungsfällen entsprechende Belege gefehlt haben, muss dies für den Einzelfall überprüfbar aufgezeigt werden.

Da der Kläger geltend macht, die dem im Jahr 2002 tätigen Prüfungsunternehmen R. & Partner vorliegenden Unterlagen entsprächen nicht den Unterlagen, die ihm zur Verfügung standen, hätte nur der Zeugenbeweis für den konkreten Einzelfall das geeignete Beweismittel darstellen können, um das Fehlen von Belegen für bestimmte Buchungen nachvollziehen und feststellen zu können. Dementsprechend hätte auch der unter Beweis gestellte Sachvortrag am Einzelfall orientiert sein müssen. Daran fehlt es.

d) Die weitere Behauptung der Beklagten, **aufgrund fehlen der Endkunden-Angaben in den Rechnungen sei dem Kläger bekannt gewesen, dass ordnungsgemäße Kundenrechnungen nicht bestanden**, reicht ebenfalls nicht für eine wissentliche Pflichtverletzung.

Es bleibt offen, welche Rechnungen der Kläger tatsächlich vorgelegt bekommen hat. Es sollen ihm nach seiner Darstellung auch reine Saldenlisten vorgelegt worden sein. Aus den Listen ergaben sich die Verdachtsmomente jedoch nicht, so dass insoweit auch nicht auf eine Kenntnis des Klägers geschlossen werden kann. Dass bereits das Buchen aufgrund von Listen evident pflichtwidrig war, kann mangels konkreten Vortrags der Beklagten ebenfalls nicht festgestellt werden (in welchen Buchungsvorgängen genau wäre aus welchen Gründen statt Liste welcher Beleg notwendig gewesen, wie hätte sich das auf den Jahresabschluss ausgewirkt).

e) Es trifft auch nicht zu, dass der Kläger Buchungen ohne Rechnungen an die V.E. Ltd. im Haftpflichtprozess nicht bestritten hat. Aus der Beilage ergibt sich etwas anderes.

f) Soweit die Beklagte sich auf der Grundlage der Ausführungen des Landgerichts auf die **Notwendigkeit einer stichprobenartigen Einzelbelegprüfung** beruft, die der Kläger unterlassen habe, **folgt daraus keine wissentliche Pflichtverletzung** des Klägers, die für den eingetretenen Schaden auch tatsächlich ursächlich geworden ist. **Hierfür fehlt jeder überprüfbare und einem Nachweis zugängliche konkrete Sachvortrag**. Es ist nicht feststellbar, **bei welchem Buchungsvorgang** dem Kläger welche Erkenntnisse vorlagen oder von ihm zumindest erzielt werden konnten, er aus welchen Gründen Anlass für eine – wenn auch nur stichprobenartige – Überprüfung hatte und welche tatsächliche Überprüfung welche konkreten Erkenntnisse gebracht hätte.

g) **Der pauschale Vorwurf der Beklagten, die Bücher der C.-AG seien nicht ordnungsgemäß geführt gewesen, das Belegprinzip sei durchbrochen gewesen, eine fortlaufende Kontoauszugsnummerierung und eine systematische Ablage habe es nicht gegeben**, lässt den Schluss auf eine wissentliche, schadenursächliche Pflichtverletzung des Klägers ebenfalls nicht zu.

Es kann nämlich – über die fehlende Konkretisierung einzelner Pflichtverstöße und der Wissentlichkeit ihrer Begehung durch den Kläger hinaus – schon nicht festgestellt werden, dass diese Pflichtverletzungen tatsächlich ursächlich für den von der C.-AG erlittenen und geltend gemachten Schaden

geworden sind. Die Jahresabschlüsse mussten nicht aus diesem Grund, sondern deshalb neu erstellt und geprüft werden, **weil die zahlreichen Fehlbuchungen, denen tatsächliche Umsätze nicht zugrunde lagen, eliminiert werden mussten**.

Aus den vorgelegten Kontounterlagen ohne Buchungstext lassen sich ebenfalls keine Rückschlüsse zulasten des Klägers ziehen. Sie stammen von Januar 2004 und nicht aus der Zeit, als der Kläger für die C.-AG tätig war. Das ist vom Kläger auch ausdrücklich gerügt worden.

h) Die in der Berufungsinstanz erstmals vorgetragenen Umstände, die für eine wissentliche Pflichtverletzung des Klägers sprechen sollen, werden den aufgezeigten rechtlichen Anforderungen ebenfalls nicht gerecht.

Nach den Anforderungen des Bundesgerichtshofs muss konkret aufgezeigt werden, **in welcher Hinsicht der Kläger falsch gearbeitet hat, also auch, was er ordnungsgemäß hätte tun müssen und woraus dies folgt, und dass ihm dies aus konkret zu benennenden Gründen auch klar war**. Dem genügt auch der Vortrag in der Berufungserwidern nicht.

Dies gilt auch für die Behauptung, der Kläger habe die **fehlende Plausibilität des Produktions- und Vorfinanzierungsmodells der Gesellschaft erkannt**. Die hinter der Gesellschaft stehenden Eheleute S. haben Aktionäre, Banken und die K. lange Zeit erfolgreich getäuscht. Dies gilt – mangels Mittäter- oder Gehilfenschaft – auch für den Kläger. Dass dieser nicht nur der Steuerberater der Gesellschaft, sondern darüber hinaus auch deren Aufsichtsratsmitglied war, ändert daran nichts. Die C.-AG wirft dem Kläger insoweit lediglich fahrlässige Pflichtverletzungen vor, insbesondere durch Unterlassen von Kontrollen oder Überprüfungen. Daraus kann für eine wissentliche Pflichtverletzung des Klägers als Steuerberater jedoch nichts hergeleitet werden. (. . .) ■

Gl Leitsätze

Honorar des Rechtsanwalts / Bemessung der Geschäftsgebühr /
Gegenstandswert / Mehrere Angelegenheiten

1. Zu den für die Bemessung der Geschäftsgebühr maßgebenden Kriterien.

2. Hat der Rechtsanwalt die näheren Umstände zu Hinweisen auf den Gegenstandswert der zu bearbeitenden Angelegenheit dargelegt, so ist der Mandant für die Behauptung der unterlassenen Belehrung beweispflichtig.

3. Ob der Rechtsanwalt eine oder mehrere Angelegenheiten zu bearbeiten hat, richtet sich nach dem Inhalt der vereinbarten Geschäftsbesorgung.
(OLG Düsseldorf, Beschl. v. 15.9.2008 – I-24 U 223/07) ■

Literaturhinweise

Anwalts-Handbuch – Einstweiliger Rechtsschutz

Beim einstweiligen Rechtsschutz gilt es, die Rechte des Mandanten effektiv und sehr schnell zu sichern.

Das Werk begleitet den Anwalt im Allgemeinen Teil von den Vorüberlegungen bei Mandatsübernahme über die Besonderheiten der einstweiligen Verfügung bzw. des Arrestes bis hin zur Vollstreckung. Auch die Themen Kosten und Gebühren, Insolvenz, Schiedsverfahren, selbstständiges Beweisverfahren und Auslandsbezug werden detailliert erörtert.

Der Besondere Teil ist den Rechtsgebieten gewidmet, in denen der einstweilige Rechtsschutz erfahrungsgemäß besonders häufig eine Rolle spielt: Mietrecht, Arbeitsrecht, Bau- und Werkvertragsrecht, Wohnungseigentumsrecht, Familienrecht, Gesellschaftsrecht, Vereinsrecht, Unlauterer Wettbewerb, Kartellrecht, Urheberrecht, Presserecht, Markenrecht.

Die breit angelegte Gesamtdarstellung zeichnet sich durch einen klaren und praxisorientierten Aufbau und Stil aus. Die Ausführungen beschränken sich nicht nur darauf, die Rechtslage detailliert zu vermitteln. Zusätzlich konzentrieren sich die Autoren auf die Bedürfnisse der Praktiker: schneller Zugriff auf alle erforderlichen Grundlagen und Besonderheiten durch checklistenartigen Aufbau, Hervorhebung der effektivsten Vorgehensweise durch Praxistipps, Hinweise auf alle vermeidbaren Haftungsrisiken und typischen Fehler.

Kleveman (Hrsg.): Anwalts-Handbuch – Einstweiliger Rechtsschutz, herausgegeben von RA Dr. Dirk Kleveman, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2008, 763 Seiten, Lexikonformat, gebunden, inkl. CD, 99,- €, ISBN 978-3-50447093-7

Der UmwG-Kommentar, der Standards setzt

Unternehmensumwandlungen sind für jeden Berater eine der größten Herausforderungen. Wenn sich außerdem im Gesetz so viel geändert hat, sollte man beim Nachschlagen auf Nummer sicher gehen.

Der „Lutter“ ist der Standardkommentar zum Umwandlungsrecht. Die Autoren sind exzellente Fachleute aus Beratungspraxis und Wissenschaft, deren Kommentierungen seit Inkrafttreten des Umwandlungsgesetzes meinungsbildend in Rechtsprechung und Literatur wirken. So finden die Berater z.B. für die durch das 2. Gesetz zur Änderung des UmwG neu eingefügten §§ 122a-1 bereits eine kompetente und verlässliche Kommentierung. Einerseits Praxiskommentar unter sorgfältiger Auswertung der wichtigen Rechtsprechung und Literatur, andererseits wissenschaftliche fundierter Vordenker hinsichtlich aller offenen Fragen hilft der „Lutter“ bei der Lösung aller umwandlungsrechtlichen Probleme.

Ein Schwerpunkt des Kommentars liegt auch auf dem Umwandlungssteuerrecht. Denn: Keine Umwandlung ohne Berücksichtigung der steuerlichen Auswirkungen. Zu jeder Umwandlungsform werden die steuerrechtlichen Fragen umfassend erläutert, in dieser Auflage erstmals auch mit ausführlichem Blick auf das internationale Recht.

Lutter: Umwandlungsgesetz, herausgegeben von Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Marcus Lutter und RA Dr. Martin Winter, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 4. neu bearbeitete und erweiterte Auflage 2009, 3.707 Seiten, Lexikonformat, gebunden, 2 Bände in Leinen, im Schubert, 228,- €, ISBN 978-3-504-37018-3

Das neue Gesellschafts- und Steuerrecht der GmbH

Das Recht der GmbH befindet sich in einer Zeit großer Umbrüche. Nicht nur die Unternehmensteuerreform 2008 hat steuerrechtlich zu wesentlichen Neuerungen geführt, die zum Teil bereits zum 1.1.2008 in Kraft getreten sind, teilweise erst ab dem 1.1.2009 Wirksamkeit entfalten. Fragen der Rechtsformwahl und -optimierung, der Ausschüttungsplanung und der steuerlichen Vorteilhaftigkeit von Leistungsvergütungen, der Abgeltungsteuer, der gewerbesteuerrechtlichen Hinzurechnung, der Behandlung von verdeckten Einlagen, von nachträglichen Anschaffungskosten und vieles mehr sind durch die jüngsten Gesetzesreformen beeinflusst worden.

Am 1.11.2008 ist zudem das Gesetz zur Modernisierung und Missbrauchsbekämpfung im GmbH-Recht (MoMiG) in Kraft getreten. Neben formalen Aspekten der Gründung und Führung der GmbH wird das GmbH-Recht durch das MoMiG der grundlegendsten Reform seit Jahrzehnten unterzogen. Davon sind nicht nur die Einführung der Unternehmensgesellschaft (haftungsbeschränkt), Neuerungen im Recht der Gründung, der Kapitalaufbringung und -erhaltung, der Finanzierung der GmbH, die Abschaffung des Eigenkapitalersatzrechts und die Begründung genehmigten Kapitals betroffen, sondern auch entscheidende Aspekte der Krisenbewältigung und der Haftungsrisiken für Gesellschafter und Geschäftsführer. Dies bezieht sich beispielsweise auf die Gestaltung von Rangrücktritten, die Neuregelung der eigenkapitalersetzenden Nutzungsüberlassung, Änderungen bei der Insolvenzantragspflicht, der Insolvenzanfechtung und der Insolvenzverursachungshaftung. Der Teufel steckt insoweit – wie immer – im Detail.

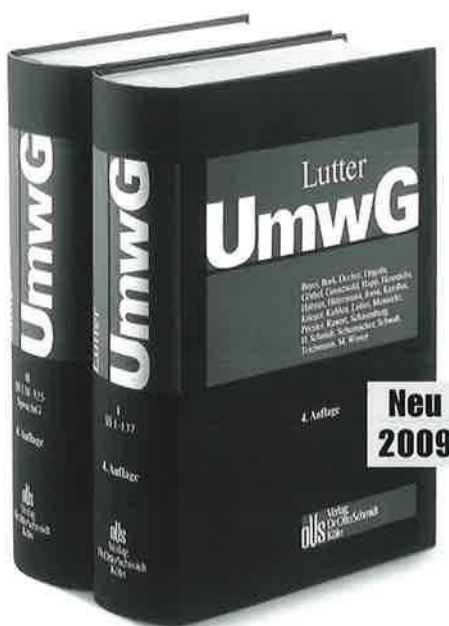
Gestaltung und Beratung der GmbH stehen gesellschafts- und steuerrechtlich vor großen, neuen Herausforderungen, für das dieses Praxisbuch Antworten und Anregungen bietet. **Tillmann/Schiffers/Wälzholz: Die GmbH im Gesellschafts- und Steuerrecht, begründet von RA, FAS Prof. Dr. Bert Tillmann und Regierungsdirektor a.D. Willi Winter, fortgeführt von WP, StB Dr. Joachim Schiffers und Notar Dr. Eckard Wälzholz, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 5. neu bearbeitete und erweiterte Auflage 2009, 583 Seiten, Lexikonformat, gebunden, 59,80 €, für Mitglieder der Centrale für GmbH 49,80 €, ISBN 978-3-504-32165-9**

Hier spielt die Musik.

Umwandlungen sind für jeden Berater eine der größten Herausforderungen. Fehler, die dabei gemacht werden, kommen alle teuer zu stehen. Also greift man besser gleich zum Standardwerk des Umwandlungsrechts, sprich: zum neuen Lutter.

Alle gesetzlichen Änderungen seit der Voraufgabe wurden mit gewohnter Sorgfalt eingearbeitet. Zum Beispiel die zahlreichen Erleichterungen, die das 2. Gesetz zur Änderung des UmwG mit sich gebracht hat, insbesondere der Wegfall der Spaltungsbremse. Oder die Neufassung des UmwStG durch das SEStEG mit seinen gravierenden Auswirkungen auf grenzüberschreitende Umwandlungen.

Was Sie zu Umstrukturierungen wissen müssen, finden Sie in diesem Kommentar: Fundierte wissenschaft-



Lutter **Umwandlungsgesetz** Herausgegeben von Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Marcus Lutter und RA Dr. Martin Winter. Bearbeitet von 24 namhaften Autoren aus Praxis und Wissenschaft. 4., neu bearbeitete und erweiterte Auflage 2009, 3.707 Seiten in 2 Bänden, Lexikonformat, gbd. 228,- €. ISBN 978-3-504-37018-3

liche Erläuterungen und praktische Gestaltungshinweise, die keine Wünsche offen lassen. Das Umwandlungssteuerrecht wird problembezogen im unmittelbaren Zusammenhang mit den Kommentierungen der jeweiligen Umwandlungsform erläutert. Und wegen seiner praktischen Bedeutung wird auch das Spruchverfahrensgesetz komplett kommentiert.

Dieser Kommentar hat das Umwandlungsrecht von Anfang an entscheidend geprägt. Rechtsprechung und Literatur sind den richtungweisenden Rechtsansichten der hochkarätigen Autoren fast immer gefolgt.

Lutter, UmwG. Hier spielt die Musik. Überzeugen Sie sich selbst. Mit einer Leseprobe.

www.otto-schmidt.de

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

☒ Ja, ich bestelle mit 14-tägigem Rückgaberecht Lutter **Umwandlungsgesetz** 4. Auflage 2009, 2 Bände, gbd. 228,- € plus Versandkosten. ISBN 978-3-504-37018-3

Name	Straße	PLZ	Ort
<hr/>			
Telefon	Fax	Datum	Unterschrift
<hr/>			

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

Beginnend mit dieser Ausgabe der GI stellt Ihnen Rechtsanwalt Michael Brügge (HDI-Gerling) im Mittelbeihefter einen Beitrag zum Haftungsrecht/Pflichten im Mandat vor. In dieser Ausgabe wird das Thema Sachverhaltsaufklärung näher beleuchtet.

Die vertraglichen Hauptleistungspflichten des Steuerberaters richten sich nach dem Inhalt und dem Umfang des übernommenen Mandats. In den hierdurch gezogenen Grenzen muss der Steuerberater nach der Rechtsprechung des für die Rechtsanwalts- und Steuerberaterhaftung zuständigen IX. Zivilsenats des BGH den Sachverhalt aufklären, die Rechtslage prüfen und den Mandanten beraten.

Bringen Sie sich wieder auf den aktuellen Stand zu Ihren Pflichten der Sachverhaltsaufklärung

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

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

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

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

Informationen für wirtschaftsprüfende, rechts- und steuerberatende Berufe

GI service

10. 11. Mai 2009

Haftungsrecht – Die Pflichten im Mandat. (Teil I – Sachverhaltsaufklärung)

Die vertraglichen Hauptleistungspflichten des Steuerberaters richten sich nach dem Inhalt und dem Umfang des übernommenen Mandats. In den hierdurch gezogenen Grenzen muss der Steuerberater nach der Rechtsprechung des für die Rechtsanwalts- und Steuerberaterhaftung zuständigen IX. Zivilsenats des BGH den Sachverhalt aufklären, die Rechtslage prüfen und den Mandanten beraten. Neben diesen mandatsbezogenen Hauptpflichten obliegt dem Steuerberater die allgemeine Vertragspflicht, den Mandanten möglichst vor Schäden zu bewahren (Schadensvermeidungspflicht).

Diese Kernaufgaben des Steuerberaters können mit Blick auf § 307 Abs. 1 Nr. 1 und 2 BGB – uneingeschränkte Befähigung – nicht durch allgemeine Auftragsbedingungen (AAB) auf den Mandanten abgewandt werden.

1. Sachverhaltsaufklärung

1.1 Mandatsbeginn

Zu den grundlegenden Pflichten eines Steuerberaters bei Mandatsbeginn gehört die eigenverantwortliche und mandatsbezogene Sachverhaltsaufklärung bei Mandatsbeginn. Hierbei darf der Steuerberater grundsätzlich auf die tatsächlichen Angaben des Mandanten vertrauen, solange er keine gegenteiligen Erkenntnisse hat. Nicht ausreichend ist, wenn sich der Steuerberater bei der Mandatsübernahme lediglich bei dem Vorberater über dessen Verbuchung von Darlehenszinsen erkundigt. Um festzustellen, ob bei teilweise Zinsaufwendungen bei der Gewinnermittlung gewinnmindernd zu berücksichtigen sind, muss er vielmehr eigene Nachforschungen anstellen, indem er sich Darlehensverträge vorlegen lässt oder die Konten prüft, auf denen die Darlehen der Bauzusage eingezahlt worden sind.

1.2 Nachsorgepflicht

Ist für eine zureichende rechtliche Einordnung die Kenntnis weiterer Tatsachen erforderlich und ist deren rechtliche Bedeutung für den Mandanten nicht ohne weiteres ersichtlich, darf sich der Steuerberater nicht mit dem begnügen, was der Mandant berichtet, sondern muss sich durch zusätzliche Fragen um eine ergänzende Aufklärung bemühen. Insbesondere die Mitteilung von Rechtsrückschlüssen durch den Mandanten muss der Steuerberater kritisch hinterfragen. So muss sich der Steuerberater beispielsweise darüber vergewissern, ob der Mandant den Begriff Bareinlage richtig gebraucht.

1.3 Informationspflichten des Mandanten

Die Pflicht zur Sachverhaltsaufklärung geht aber nicht so weit, dass der Steuerberater ohne konkreten Anlass etwaige Änderungen der tatsächlichen Verhältnisse ermitteln muss. Es ist zunächst Sache des Mandanten, den Steuerberater über Änderungen der tatsächlichen Gegebenheiten zu informieren. Erst auf dieser Sachverhaltsgrundlage ist der Steuerberater zur Rechtsprüfung und Beratung verpflichtet. Der Mandant muss demgemäß den Steuerberater von sich aus darüber informieren, dass eine zuvor fremdvermittelte Einliegerwohnung ohne Mietvertrag dem Sohn überlassen worden ist. Das gleiche gilt für Änderungen der Unternehmensverhältnisse. Auch hierüber muss der Mandant den Steuerberater aufklären. Dieser ist nicht verpflichtet, kommentarlos übergebene Belege, die er ausschließlich zur Anfertigung von Jahresabschlüssen und Steuerklärungen angefordert hat, darauf hin zu prüfen, ob sich hieraus eine Änderung der Unternehmensverhältnisse ergibt.

1.4 Anforderung von Unterlagen

Die Einlassung eines Steuerberaters, die nicht rechtzeitige Abgabe der Steuererklärung falle nicht in seinen Verantwortungsbereich, weil er von dem Mandanten nicht die Unterlagen zur Berechnung der Höhe der Sonderbehaltsausgaben für dessen Bauzinsen erhalten habe, hilft ihm hier nicht weiter, wenn er nicht gleichzeitig vorlegen kann, was er zur Aufklärung des Sachverhalts unternommen hat. Der Steuerberater muss deshalb die für die Abgabe einer steuerlichen Erklärung erforderlichen Unterlagen bei seinem Mandanten substantiiert anfordern. In diesem Zusammenhang muss er auch darlegen, wie sich der Verfahrensverlauf voraussichtlich gestalten wird.

Etwas anderes gilt bei einem geschäftlich erfahrenen Steuerpflichtigen. Dieser muss bekannt sein, welche Unterlagen der Steuerberater zur sachgerechten Erledigung der monatlich abzugebenden Lohnsteuer- und Umsatzsteueranmeldungen benötigt, innerhalb welcher Fristen diese Steueranmeldungen abzugeben sind und welche Folgen sich ergeben, wenn die auf den Steuerbescheid genannten Zahlungsfristen nicht eingehalten werden. Hier kommt eine Haltung des Steuerberaters zur Verspätungs- und Säumniszuschläge nicht in Betracht.

Impressum

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

Herausgeber

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

Redaktion

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

Erscheinungsweise

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

Verlag

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

Abonnementservice

Fax: (0221) 144-5155

Layout und Satz

Type Connection, Lechenicher Str. 29, 50374 Ertstadt

Druck

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

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