



Informationen für wirtschaftsprüfende, rechts- und steuerberatende Berufe

# GI aktuell

## Inhalt

Editorial

GI News

GI Entscheidungen

GI Literaturhinweise

GI Service

GI Leitsätze

### Anwaltsvertrag

Zweckbestimmte Gelder / Kautions / Geldzahlung durch Dritte  
(BGH, Urt. v. 8.1.2009 – IX ZR 229/07)

### Anwaltshaftung

Mietprozess / Unzulängliche Rechtsprüfung / Gleicher Fehler  
des Gerichts / Unkenntnis der BGH-Rechtsprechung /  
Unterbrechung der Kausalität?  
(BGH, Urt. v. 18.12.2008 – IX ZR 179/07)

### Notarhaftung

Beurkundung eines Grundstückskaufvertrages /  
Baubeschreibung / Anderweitige Ersatzmöglichkeit, § 19 BNotO  
(BGH, Urt. v. 3.7.2008 – III ZR 189/07)

### Steuerberatungsvertrag

Umfassender Auftrag / Dienstvertrag/Werkvertrag / Kündigung  
aus wichtigem Grund, § 626 BGB / Konkrete Mängel? / Kündigung  
gemäß § 627 BGB / Jährliches Pauschalhonorar / Einschränkung  
der Kündigungsmöglichkeit / Regelung in Allgemeinen Geschäfts-  
bedingungen / Fälligkeit des Honorars, § 12 StBGebV  
(OLG Düsseldorf, Urt. v. 2.6.2009 – I-23 U 119/08;  
Revision beim BGH – IX ZR 114/09)

### Anwaltshaftung

Nichterkennen einer Untreue / Missbrauch der Vertretungs-  
macht / Geldbetrag auf Anderkonto / Barauszahlung /  
Vollmachtsprüfung  
(OLG Stuttgart, Urt. v. 16.12.2008 – 12 U 172/08)

### Honorar des Rechtsanwalts

Fremdgelder / Informationspflicht des Anwalts / Auskehrung  
und Anderkonto / Aufrechnung mit Honorarforderung /  
Fälligkeit von Forderungen/Gegenforderungen  
(OLG Düsseldorf, Urt. v. 14.10.2008 – I-24 U 146/07)

### Anwaltshaftung

Arbeitsrechtliche Beratung / Kündigungserklärung des  
Arbeitnehmers / Aussichtsreiche Kündigungsschutzklage /  
Schadenschätzung, Bonuszahlungen  
(OLG Düsseldorf, Beschl. v. 2.9.2008 – I-24 U 59/08)

### Anwaltshaftung

Verjährung von Ansprüchen / Übergangsregelung, neues  
Verjährungsrecht / Dauermandat/Einzelauftrag / Verhandlung /  
Informationen an den Berufshaftpflichtversicherer  
(OLG Frankfurt, Beschl. v. 15.8.2008 – 19 U 57/08)

### Steuerberaterhaftung

Falschberatung zur Umsatzsteuerpflicht / Schaden,  
Darlegungslast / Kalkulationsschaden / Gewinnspanne / Sicherung  
der Gewinnerwartung / Durchsetzbarkeit höherer Preise /  
Verjährungsbeginn, Zinsen auf Umsatzsteuer  
(OLG Brandenburg, Urt. v. 31.1.2008 – 7 U 110/07)

### Versicherungsschutz des Steuerberaters

Wissentliche Pflichtverletzung / Nichtbeachtung der Weisung des  
Mandanten / Mehrfache Untätigkeit gegenüber dem Finanzamt  
(OLG Düsseldorf, Urt. v. 28.6.2006 – I-4 U 148/05;  
bestätigt durch Beschl. d. BGH v. 8.4.2009 – IV ZR 113/06)

161

163

165

168

171

174

## Editorial

Sehr geehrte Leserin, sehr geehrter Leser, erhält der Strafverteidiger **von Dritten Gelder zur Stellung einer Kautions** für den Mandanten, kommt kein Anwaltsvertrag zwischen ihnen zustande. Seine Aufgabe ist es, die Gelder zweckentsprechend zu verwenden. Wird eine Kautions nicht gestellt, muss er die Gelder zurückzahlen. Er kann sie nicht mit Honoraransprüchen gegen seinen Mandanten verrechnen (BGH).

Ebenfalls zur Auszahlungspflicht von Fremdgeldern stellt das OLG Düsseldorf fest, dass eine **Aufrechnung mit eigenen Honoraransprüchen** nur möglich ist, wenn die Aufrechnungslage im Zeitpunkt der Fälligkeit des Herausgabeanspruchs bereits bestand. Wurden die Gelder bei Fälligkeit nicht ausgezahlt und entstanden später Honoraransprüche, kann mit ihnen nicht aufgerechnet werden.

Ein **Steuerberatungsvertrag** ist gemäß § 627 BGB **jederzeit kündbar**. Das gilt auch, wenn für einen Teil der Leistungen – hier: Buchführungstätigkeit – eine Jahrespauschale erbracht wird. Das Kündigungsrecht gemäß § 627 BGB kann nicht in Allgemeinen Auftragsbedingungen ausgeschlossen werden (OLG Düsseldorf).

Das OLG Düsseldorf befasst sich mit einer fehlerhaften **arbeitsrechtlichen Beratung**. Der Anwalt riet zu Kündigung des Arbeitsverhältnisses, statt eine aussichtsreiche Kündigungsschutzklage zu führen. Das OLG erörtert, ob auch Bonuszahlungen als Schaden berücksichtigt werden können.

Das OLG Frankfurt befasst sich beim Anwaltsauftrag mit der **Abgrenzung des Dauerauftrags vom Einzelauftrag**. Ergebnis: Es kommt auf den Willen der Vertragsparteien an.

Anschaulich setzt sich das OLG Brandenburg mit der Frage auseinander, wie ein **Kalkulationsschaden** dargelegt werden kann. Der Unternehmer war vom Steuerberater zur Umsatzsteuerpflicht seiner Leistungen falsch beraten worden. Er behauptete, es wäre ihm möglich gewesen den Kaufpreis zu erhöhen und den Aufwand pro Leistung zu senken. Dann muss er die Kalkulation aufdecken, die Marktpreise müssen mit den erhöhten Preisen verglichen werden, etc.

Das Heft schließt mit einer **versicherungsrechtlichen Entscheidung** des OLG Düsseldorf. Der Versicherer hatte Versicherungsschutz wegen wissentlicher Pflichtverletzung abgelehnt. Das OLG bestätigt dessen Auffassung in Anbetracht einer Vielzahl von Versäumnissen des Steuerberaters. Er hatte die Weisung, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu beantragen, nicht erfüllt und diverse Schreiben nicht beantwortet.

## GI News

### **BFH: Rechtsprechungsänderung zur Anfechtbarkeit einer dem Arbeitgeber erteilten Anrufungsauskunft**

Der Bundesfinanzhof (BFH) hat mit Urteil vom 30.4.2009 – VI R 54/07 seine Rechtsprechung zur Rechtsnatur einer Anrufungsauskunft (§ 42e des Einkommensteuergesetzes – EStG) geändert. Der Arbeitgeber kann danach eine ihm erteilte Anrufungsauskunft jetzt auch durch das Finanzgericht inhaltlich überprüfen lassen. Eine dem Arbeitgeber erteilte Anrufungsauskunft stellt nicht nur eine Wissenserklärung des Finanzamts (FA) darüber dar, wie im einzelnen Fall die Vorschriften über die Lohnsteuer anzuwenden sind. Sie ist vielmehr ein feststellender Verwaltungsakt.

In dem vom BFH entschiedenen Streitfall hatte die Klägerin, ein Unternehmen, vom FA Auskunft darüber verlangt, ob ihre Mitarbeiter als Arbeitnehmer oder als Selbstständige zu beurteilen seien. Das FA hatte nach Prüfung einschlägiger Unterlagen mehrfach die Auskunft erteilt, es handele sich um selbstständig Tätige. Unter Änderung seiner Rechtsauffassung widerrief das FA diese Anrufungsauskunft; die Mitarbeiter seien Arbeitnehmer. Im Einklang mit der früheren Rechtsprechung des BFH vertraten sowohl das FA als auch die Vorinstanz die Auffassung, gegen den Widerruf sei kein Rechtsbehelf gegeben. Eine gerichtliche Entscheidung in der Sache könne nur im Steuerfestsetzungs- oder im Haftungsverfahren herbeigeführt werden.

Diese Rechtsprechung hat der BFH aufgegeben. Er vertritt nunmehr die Auffassung, die Anrufungsauskunft stelle – ebenso wie die neu geregelte verbindliche Auskunft (Zusage) nach § 89 Abs. 2 der Abgabenordnung – einen Verwaltungsakt dar, gegen den Einspruch und Klage gegeben sei. § 42e EStG ziele darauf ab, präventiv Konflikte zwischen dem Arbeitgeber und dem FA zu vermeiden und auftretende lohnsteuerliche Fragen, die häufig auch die wirtschaftliche Dispositionen des Arbeitgebers berühren, in einem besonderen Verfahren zeitnah einer Klärung zuzuführen. Es sei mit den Grundsätzen eines fairen Verfahrens nicht vereinbar, dem vom Fiskus in die Pflicht genommenen Arbeitgeber, der mit einer Anrufungsauskunft nicht einverstanden sei, anheimzustellen, die Lohnsteuer zunächst (ggf. rechtswidrig) einzubehalten und abzuführen, Rechtsschutz jedoch erst durch Anfechtung der Lohnsteuer- bzw. Haftungsbescheide zu gewähren.

(BFH, Urt. v. 30.4.2009 – VI R 54/07)

Pressemitteilung d. BFH v. 29.7.2009 ■



Mit freundlichen Grüßen  
Ihr Dr. Jürgen Gräfe

## BFH klärt umsatzsteuerliche Zweifelsfragen bei Ausfuhrlieferungen und innergemeinschaftlichen Lieferungen

Mit drei zeitgleich veröffentlichten Urteilen vom 23.4.2009 – V R 84/07, vom 12.5.2009 – V R 65/06 und vom 28.5.2009 – V R 23/08 hat der Bundesfinanzhof (BFH) eine Reihe von Zweifelsfragen der Umsatzsteuerbefreiungen bei Lieferungen in Drittstaaten (sog. Ausfuhrlieferung gemäß § 6 des Umsatzsteuergesetzes – UStG) und in andere EG-Mitgliedstaaten (sog. innergemeinschaftliche Lieferung gemäß § 6a UStG) geklärt. Insbesondere innergemeinschaftliche Lieferungen gelten in der Praxis als sehr missbrauchsanfällig und sind häufig Streitgegenstand in Prüfungen der Finanzverwaltung und bei Finanzgerichtsverfahren.

Die Steuerbefreiungen für Ausfuhrlieferungen und innergemeinschaftliche Lieferungen setzen u.a. voraus, dass die gelieferte Ware in das Ausland befördert oder versendet wird. Da der Unternehmer die Voraussetzungen der Steuerbefreiungen nur mit unzumutbarem Aufwand vollumfänglich nachweisen kann, ordnet das UStG in Verbindung mit der Umsatzsteuerdurchführungsverordnung (UStDV) an, dass der Unternehmer den Nachweis der Steuerfreiheit bei innergemeinschaftlichen Lieferungen und bei Ausfuhrlieferungen durch Belege und Aufzeichnungen als sog. Beleg- und Buchnachweis zu erbringen hat.

Nach den Urteilen vom 23.4.2009 und vom 12.5.2009 kommt dem Beleg- und Buchnachweis nur vorläufiger Beweischarakter zu. Zwar ist der Unternehmer berechtigt, die Lieferung als steuerfrei zu behandeln, wenn ihm der erforderliche Beleg- und Buchnachweis vorliegt. Die durch den Unternehmer beizubringenden Nachweise unterliegen jedoch der Nachprüfung durch die Finanzverwaltung. Wird dabei die Unrichtigkeit von Beleg- oder Buchangaben festgestellt oder bestehen zumindest begründete Zweifel an der Richtigkeit der Angaben, entfällt die dem Beleg- und Buchnachweis zukommende Vermutung, dass die Voraussetzungen der Steuerfreiheit vorliegen. Die Lieferung ist dann nur steuerfrei, wenn die Voraussetzungen der Steuerfreiheit objektiv feststehen oder der Unternehmer die Lieferung trotz einer Täuschung durch den Abnehmer gutgläubig in Anspruch genommen hat.

Den BFH-Urteilen vom 23.4.2009 und vom 12.5.2009 kommt grundsätzliche Bedeutung zu, da der BFH in beiden Entscheidungen betont, dass sich der Umfang der den Unternehmer treffenden Verpflichtungen abschließend aus der UStDV ergibt. Die Finanzverwaltung ist danach nicht befugt, die Bestimmungen der UStDV um weitere Voraussetzungen zu verschärfen, deren Fehlen für sich allein die Annahme berechtigt, Ausfuhrlieferungen und innergemeinschaftliche Lieferungen seien bereits mangels Beleg- und Buchnachweis umsatzsteuerpflichtig. Holt z.B. ein vom Abnehmer Beauftragter die Ware beim Unternehmer im Inland zum Transport in das Ausland ab, ist der Unternehmer mangels gesetzlicher Anordnung in der UStDV nach beiden Urteilen nicht generell

verpflichtet, die Abholberechtigung eines Beauftragten belegmäßig nachzuweisen. Weitergehende Nachweispflichten bestehen für den Unternehmer aber, wenn an der Steuerfreiheit der Lieferung im Einzelfall begründete Zweifel bestehen.

Mit Urteil vom 12.5.2009 hat der BFH weiter entschieden, dass der Nachweis der Versendung auch durch einen sog. CMR-Frachtbrief geführt werden kann, ohne dass es darauf ankommt, ob der Frachtbrief die in Feld 24 vorgesehene Empfängerbestätigung enthält.

Das Urteil vom 28.5.2009 betrifft schließlich die Frage, bis zu welchem Zeitpunkt der Unternehmer den Buchnachweis durch buchmäßige Aufzeichnungen zu führen hat. Der BFH entschied unter Aufgabe seiner bisherigen Rechtsprechung, dass die erforderlichen Aufzeichnungen bis zum Zeitpunkt der Abgabe der jeweiligen Umsatzsteuer-Voranmeldung zu führen sind. Danach können die buchmäßigen Aufzeichnungen nur noch ergänzt und/oder berichtigt werden. (BFH, Urt. v. 12.5.2009 – V R 65/06)

Pressemitteilung d. BFH vom 5.8.2009 ■

## GI Leitsätze

### Fristenkontrolle / Fristenkalender / Handaktenbogen / Mündliche Weisung

1. Die Verletzung des Anspruchs des Rechtsbeschwerdeführers auf Gewährung rechtlichen Gehörs führt zur Zulässigkeit der Rechtsbeschwerde unabhängig davon, ob sie sich auf das Ergebnis auswirkt.
2. Die Berufungs- und die Berufungsbegründungsfrist und ihre Eintragung im Fristenkalender müssen nicht in jedem Fall auf dem Handaktenbogen notiert werden. Auch die Anbringung entsprechender Vermerke auf dem jeweiligen Schriftstück genügt den an eine ordnungsgemäße Organisation des Fristenwesens zu stellenden Anforderungen.
3. Ein Rechtsanwalt darf sich grundsätzlich darauf verlassen, dass eine ausgebildete und bisher zuverlässig arbeitende Büroangestellte eine konkrete Einzelanweisung, auch wenn sie nur mündlich erteilt wird, befolgt und ordnungsgemäß ausführt (st. Rspr., vgl. z.B. *Senatsbeschl. v. 3.12.2007 – III ZB 20/07, NJW 2008, 576*). Betrifft jedoch die mündlich erteilte Einzelanweisung die Notierung einer Berufungs- oder Berufungsbegründungsfrist, müssen in der Rechtsanwaltskanzlei ausreichende organisatorische Vorkehrungen dagegen getroffen sein, dass eine solche nur mündlich erteilte Weisung in Vergessenheit gerät und die Eintragung der Frist unterbleibt (st. Rspr., vgl. z.B. *BGH, Beschl. v. 4.4.2007 – III ZB 85/06, NJW-RR 2007, 1430, 1431*). (BGH, Beschl. v. 26.1.2009 – II ZB 6/08) ■

## Anwaltsvertrag

- Zweckbestimmte Gelder
- Kautions
- Geldzahlung durch Dritte  
(BGH, Urt. v. 8.1.2009 – IX ZR 229/07)

### Leitsatz:

Der Rechtsanwalt, der selbst oder über einen Dritten für seinen in Untersuchungshaft sitzenden Mandanten Gelder einwirbt zu dem Zweck, eine Kautions zu stellen, darf die ihm zu diesem Zweck zur Verfügung gestellten Mittel nicht anderweitig verwenden. Weitergehende Pflichten, etwa zur Sicherung der Rückführung dieser Mittel nach bestimmungsgemäßer Verwendung oder zur längerfristigen Verwaltung, treffen den Rechtsanwalt in der Regel nicht (*Abgrenzung zu Senat, NJW 2004, 3630, und NJW-RR 2007, 267*). ■

### Zum Sachverhalt:

Der beklagte Anwalt vertrat den Zeugen W. in einem gegen den Zeugen geführten Ermittlungsverfahren wegen des Vorwurfs der Steuerhinterziehung. In diesem Verfahren befand sich der Zeuge seit August 2002 in Untersuchungshaft. Im Oktober 2002 rief der Beklagte bei dem Steuerberater des Klägers an – der auch Steuerberater des Zeugen W. war – und regte an, der Steuerberater solle sich bei Freunden und Bekannten des Beschuldigten um die Aufbringung einer Kautions von insgesamt 50.000 EUR bemühen. Der Kläger erklärte sich gegenüber dem Steuerberater bereit, einen Betrag von 25.000 EUR zu übernehmen. Diesen Betrag überwies er alsbald auf ein Fremdgeldkonto des Beklagten. Auf dem Überweisungsträger vermerkte er entsprechend einem Vorschlag des Steuerberaters die Worte „Darlehen an W. w/Kautions“; der lit. „w“ stand für das Wort „wegen“. Zu einer Anordnung über die Aussetzung des Vollzugs des Haftbefehls gegen Sicherheitsleistung kam es nicht. Der Beklagte verwendete den vom Kläger überwiesenen Betrag für offene Honorarforderungen gegen den Zeugen W.

Der Kläger verlangt vom Beklagten die Rückzahlung des überwiesenen Betrags. Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Auf die Berufung des Beklagten hat das OLG die Klage abgewiesen. Die Revision des Klägers führte zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils. ■

### Aus den Gründen:

I. Das Berufungsgericht (BerGer) hat ausgeführt, der Kläger habe keinen Anspruch gegen den Beklagten, weil zwischen den Parteien ein Auftragsverhältnis nicht zustande gekommen sei.

Der Anwalt, der Fremdgeld in Empfang nehme, welches von einem Dritten zugunsten eines Mandanten eingezahlt werde, handele in der Regel allein als Vertreter des Mandanten. Das stehe der Annahme eines Auftragsverhältnisses, also der Begründung eigener Pflichten des Anwalts gegenüber dem

Dritten, entgegen. Zwar könne sich unter besonderen Umständen etwas anderes ergeben, nämlich wenn diese Umstände den Schluss darauf begründeten, der Anwalt habe eigenständige (Treuhand-)Verpflichtungen gegenüber dem Einzahler übernommen. Solche Umstände seien hier aber nicht zu erkennen.

II. Diese Ausführungen halten rechtlicher Überprüfung nicht stand:

1. Die Annahme des BerGer, der Beklagte habe hinsichtlich der Verwendung des vom Kläger auf das Fremdgeldkonto überwiesenen Betrages keinerlei Bindungen unterlegen, ist unzutreffend. Zwischen dem Kläger und dem Beklagten ist ein **Auftrag zustande gekommen, allerdings beschränkt allein darauf, für die bestimmungsgemäße Verwendung des Geldes Sorge zu tragen**. Da diese Verwendung des Geldes nicht möglich war, hat der Beklagte das Erlangte gemäß § 667 BGB an den Kläger herauszugeben.

Die **Auslegung von Willenserklärungen** der Parteien und von Vertragsbestimmungen obliegt zwar grundsätzlich dem Tatrichter. Sie kann in der Revision nur darauf überprüft werden, ob der Auslegungstoff vollständig berücksichtigt wurde, ob gesetzliche oder allgemein anerkannte Auslegungsregeln, Denkgesetze oder Erfahrungssätze verletzt wurden oder ob die Auslegung auf einem von der Revision gerügten Verfahrensfehler beruht (vgl. z.B. BGH, NJW-RR 2004, 952, 953; NJW-RR 2004, 1356, 1357; BGH, Urt. v. 16.10.2008 – IX ZR 183/06, BeckRS 2008, 26406 Rdnr. 18).

Diese Überprüfung ergibt jedoch vorliegend, dass das BerGer Auslegungsregeln und Erfahrungssätze verletzt und insbesondere die Rechtsprechung des BGH zum Zustandekommen von Auftragsverhältnissen in derartigen Konstellationen missverstanden und zu eng ausgelegt hat.

a) Das BerGer hat auf zwei Urteile des Senats Bezug genommen, die einen ähnlichen Sachverhalt zum Gegenstand hatten (BGH, NJW 2004, 3630, 3631; NJW-RR 2007, 267). Dort ging es jedoch jeweils um die Sicherstellung der Rückführung des als Kautions oder Zahlung auf Steuern tatsächlich bereits bestimmungsgemäß verwendeten Geldes. Hinsichtlich solcher zusätzlicher, über die bestimmungsgemäße Verwendung hinausgehender Pflichten hat der Senat den konkludenten Abschluss eines Anwaltsvertrages abgelehnt.

**Wer als Verteidiger zum Zweck der Hinterlegung einer Kautions bei Gericht bestimmte Gelder von dritter Seite für einen Mandanten entgegennimmt, begründet dadurch keine zusätzlichen vertraglichen Pflichten gegenüber dem Geldgeber, sofern sich nicht aus den getroffenen Absprachen oder den besonderen Umständen des Falls ausnahmsweise etwas anderes ergibt.** Der Rechtsanwalt, der auf einem Anderkonto Geld erhält, welches von einem Dritten in Erfüllung einer mit dem Mandanten getroffenen Vereinbarung geleistet wird, handelt in der Regel **allein als Vertreter seines Auftraggebers**. Das folgt im Ansatz schon aus dem **Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen** (§§ 43a IV, 59b II Nr. 1 lit. e BRAO), weil die Interessen des Dritten in der Regel nicht mit



denjenigen der vom Anwalt vertretenen Partei identisch sind (BGH, NJW 2004, 3630, 3631; NJW-RR 2007, 267 Rdnr. 8).

b) Vorliegend geht es – anders als in den genannten Fällen – nicht darum, ob den Beklagten anwaltliche Beratungs- oder Sicherungspflichten trafen, um die Rückführung des bestimmungsgemäß verwendeten Geldes sicherzustellen oder dieses Geld längerfristig zu verwalten. Vielmehr geht es um die Frage, ob der Anwalt die Zweckbestimmung für das Geld beachten muss oder dieses von vornherein anderweitig verwenden und als freies Vermögen seines Mandanten behandeln darf, etwa nach dessen anderweitigen Weisungen darüber verfügen oder mit seinen eigenen Ansprüchen gegen den Mandanten aufrechnen und sich so befriedigen darf. **Insoweit steht nicht der Abschluss eines Anwaltsvertrages infrage. Nach § 3 I BRAO ist der Rechtsanwalt der berufene unabhängige Berater und Vertreter in allen Rechtsangelegenheiten.** Darum geht es insoweit nicht. Der Beklagte sollte gegenüber dem Kläger zu keiner Rechtsberatung verpflichtet sein.

**2. Ein allgemeiner, nicht mit Rechtsberatung verbundener Auftrag kann auch mit einem Anwalt zustande kommen.** Er kann konkludent geschlossen werden, wenn das Verhalten des einen Teils bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt nach Treu und Glauben gemäß §§ 133, 157 BGB als eine auf den Abschluss eines entsprechenden Vertrages gerichtete Willenserklärung aufzufassen war und das Verhalten des anderen Teils als Annahme des Auftrags gedeutet werden durfte (vgl. für den Anwaltsvertrag BGH, NJW 2004, 3630, 3631).

Der Beklagte hat hier über den Steuerberater des Klägers von den Freunden und Bekannten des Beschuldigten **Geldbeträge zu dem Zweck eingeworben, eine Kautionsstellung für den Beschuldigten stellen zu können.** Die Überweisung des hierzu bereiten Klägers sah als Zweckbestimmung ausdrücklich vor, dass das Geld diesem Zweck der Kautionsstellung dienen sollte. Daran änderte nichts der Umstand, dass die Zahlung **als Darlehen an den Beschuldigten bezeichnet** wurde. Damit wurde lediglich zum Ausdruck gebracht, in welcher Form der Kläger Geld zur Verfügung stellen wollte, nämlich als Darlehen, das nach Verwendung als Kautionsrückzahlung sein sollte, nicht dagegen etwa als Schenkung. Nach Treu und Glauben sowie der Verkehrssitte durfte der Kläger und musste der Beklagte annehmen, dass aufgrund dieser Umstände eine Verwendung des Geldbetrages durch den allein über das Konto Verfügungsberechtigten Beklagten auch im Verhältnis zum Kläger nur zu dem vorgesehenen Zweck erfolgen durfte, insoweit also vom Kläger eine Bindung in Form eines Auftrags erwartet wurde, die der Beklagte auch akzeptiert hat.

**Demgemäß durfte der Beklagte nur zu diesem Zweck über den erlangten Geldbetrag verfügen. Eine Verfügung zu anderen Zwecken hätte der Zustimmung des Klägers bedurft. Weitergehende Pflichten,** etwa zur Beratung des Klägers oder zur Sicherung seiner Rückforderungsansprüche, **hatte er dagegen nicht.** Ein Anwaltsvertrag ist mangels entsprechender Einigung nicht zustande gekommen.

3. Der Senat kann in der Sache selbst entscheiden, weil die Aufhebung des Berufungsurteils nur wegen Rechtsverletzung bei Anwendung des Gesetzes auf das festgestellte Sachverhältnis erfolgt und nach Letzterem zur Sachentscheidung reif ist (§ 563 III ZPO). Eine andere Auslegung des Willens der Parteien ist nach den festgestellten Tatsachen ausgeschlossen.

Der Beklagte hat den in Rede stehenden Betrag i.S.v. § 667 BGB zur Ausführung des Auftrags erhalten. **Von der Verpflichtung, das eingezahlte Geld wieder zurückzuzahlen, wäre der Beklagte nur frei geworden, wenn er das Geld auftragsgemäß weitergeleitet hätte** (BGH, NJW-RR 2004, 121 = ZIP 2004, 171, 172). Da dies nicht geschehen ist, hat er den Betrag an den Kläger zurückzuzahlen.

**Ob der Beschuldigte W. nach seiner Haftentlassung den Beklagten angewiesen hat, den Betrag anderweitig zu verwenden, ist unerheblich.** Die Bindung der Mittelverwendung zwischen den Parteien konnte der Mandant des Beklagten nicht aufheben oder ändern. Der Beschuldigte sollte, ebenso wie der Beklagte, nicht befugt sein, das Geld anderweitig, etwa für seine Lebensführung oder für Anschaffungen oder zur Schuldentilgung, zu verwenden. Derjenige, der darlehenshalber Geld für eine Kautionsstellung stellt, will lediglich dazu beitragen, dass der Beschuldigte wieder auf freien Fuß gesetzt wird. Er erwartet, dass er nach Wegfall dieses Zwecks das Geld wieder zurückerhält. (...) ■

## Anwaltschaftung

- Mietprozess
  - Unzulängliche Rechtsprüfung
  - Gleicher Fehler des Gerichts
  - Unkenntnis der BGH-Rechtsprechung
  - Unterbrechung der Kausalität?
- (BGH, Urt. v. 18.12.2008 – IX ZR 179/07)

### Leitsatz:

Unterlässt es der Berufungsanwalt, auf ein die Rechtsauffassung seines Mandanten stützendes Urteil des BGH hinzuweisen, und verliert der Mandant deshalb den Prozess, wird der Zurechnungszusammenhang zwischen dem Anwaltsfehler und dem dadurch entstandenen Schaden nicht deshalb unterbrochen, weil auch das Gericht die Entscheidung des BGH übersehen hat. ■

### Zum Sachverhalt:

Die Klägerin verlangt Schadenersatz wegen positiver Vertragsverletzung eines Anwaltsvertrages. Die Klägerin, Eigentümerin eines Mehrfamilienhauses, nahm die Mieter einer ihrer Wohnungen auf Zahlung von Nebenkosten für die Jahre 1998 bis 2000 in Anspruch. Streitig war u.a., ob die Mieter zur anteiligen Zahlung von Versicherung und Grundsteuer verpflichtet waren. Vor dem Amtsgericht vertrat die Klägerin sich selbst. Das Amtsgericht gab ihrer Klage in den genannten Punkten mit der Begründung statt, die Mieter

hätten durch jahrelanges widerspruchslos Zahlen der Umlage einer entsprechenden Änderung des schriftlichen Vertrages zugestimmt. Nachdem die Mieter Berufung eingelegt hatten, beauftragte die Klägerin die beklagte Anwaltssozietät mit ihrer Vertretung.

Durch Urteil vom 11.2.2003 wies das Berufungsgericht (BerGer) die Klage in den fraglichen Punkten ab, weil vorbehaltslose Zahlungen von Mietern, die auch auf Rechtsirrtum beruhen könnten, nicht zu einer Vertragsänderung führten. Die Beklagte nahm die Klägerin sodann auf Zahlung von Anwalts Honorar in Anspruch. Die Klage wurde in zwei Instanzen mit der Begründung abgewiesen, die Beklagte habe die Klägerin unzureichend vertreten, insbesondere vor dem BerGer nicht auf die Entscheidung des BGH vom 29.5.2000 (*NJW-RR 2000, 1463 = NZM 2000, 961*) über den stillschweigenden Abschluss einer Vereinbarung über zu tragende Nebenkosten durch jahrelange Übung hingewiesen.

Im vorliegenden Rechtsstreit verlangt die Klägerin Schadensersatz in Höhe von 3.647,53 EUR (1.969,56 EUR entgangene Nebenkosten sowie Gerichts- und Anwaltskosten). In den Vorinstanzen ist ihre Klage erfolglos geblieben. Die Revision der Klägerin hatte Erfolg. Sie führte zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das BerGer. ■

#### Aus den Gründen:

1. Die Beklagte hat die ihr aufgrund des Anwaltsvertrages obliegenden Pflichten verletzt.

a) Nach gefestigter Rechtsprechung des BGH ist der mit der Prozessführung betraute Rechtsanwalt seinem Mandanten gegenüber verpflichtet, dafür einzutreten, dass die zugunsten des Mandanten sprechenden **tatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunkte so umfassend wie möglich ermittelt und bei der Entscheidung des Gerichts berücksichtigt werden** (*BGH, NJW 1988, 3013, 3016; NJW 1996, 2648, 2650; NJW-RR 2007, 1553 = WM 2007, 1425, 1426 f Rdnr. 14; ZMR 2008, 602 = BeckRS 2008, 13083; Zugehör, NJW 2003, 3225, 3226 unter 2. a*). Zwar weist die ZPO die Entscheidung und damit die rechtliche Beurteilung des Streitfalls dem Gericht zu; dieses trägt für sein Urteil die volle Verantwortung. Es widerspräche jedoch der rechtlichen und tatsächlichen Stellung der Prozessbevollmächtigten in den Tatsacheninstanzen, würde man ihre Aufgabe allein in der Beibringung des Tatsachenmaterials sehen.

**Der Möglichkeit, auf die rechtliche Beurteilung des Gerichts Einfluss zu nehmen, entspricht im Verhältnis zum Mandanten die Pflicht, diese Möglichkeit zu nutzen** (*BGH, NJW 1996, 2648*). Mit Rücksicht auf das auch bei Richtern nur unvollkommene menschliche Erkenntnisvermögen und die niemals auszuschließende Möglichkeit eines Irrtums ist es Pflicht des Rechtsanwalts, **nach Kräften dem Aufkommen von Irrtümern und Versehen des Gerichts entgegenzuwirken** (*BGHZ 174, 205, 210 Rdnr. 15 = NJW 2008, 1309; BGH, NJW 1974, 1865, 1866*). Dies entspricht auch dem Selbstverständnis der Anwaltschaft (§ 1 III BORA).

b) Diese Pflicht hat die Beklagte verletzt, indem sie weder in der schriftlichen Berufungserwidernung noch in der mündlichen Verhandlung noch in einem auf ihren Antrag nachzulassenden Schriftsatz auf die Entscheidung des BGH vom 29.5.2000 (*BGH, NJW-RR 2000, 1463 = NZM 2000, 961*) zur konkludenten Vereinbarung über die Umlegung von Nebenkosten durch jahrelange Übung hingewiesen hat.

aa) Im Ausgangsprozess hatte die Klägerin von ihren Mietern die Zahlung anteiliger Versicherungskosten und anteiliger Grundsteuer verlangt. Im schriftlichen Mietvertrag war nicht vorgesehen, dass diese Kosten auf die Mieter umgelegt wurden. Die Klage konnte deshalb nicht auf den schriftlichen Vertrag gestützt werden, sondern nur darauf, dass der Vertrag nachträglich konkludent – durch vorbehaltslos Zahlen der Umlage seit dem Jahr 1988 – geändert worden war. In dem zitierten Beschluss vom 29.5. 2000 hatte der für das gewerbliche Mietrecht zuständige XII. Zivilsenat des BGH eine Vertragsänderung durch jahrelange Übung für möglich gehalten. Ein entsprechendes Urteil des für das Recht der Wohnungsmiete zuständigen VIII. Zivilsenats des BGH erging kurz nach Abschluss des Ausgangsprozesses, nämlich am 7.4.2004 (*BGH, NJW-RR 2004, 877 = NZM 2004, 418*).

bb) Die Beklagte hätte in der Berufungserwidernung auf den genannten Beschluss vom 29.5.2000 hinweisen müssen. Der Senat hat bereits entschieden, dass der Rechtsanwalt, der die Vertretung der beklagten Partei in einem Zivilprozess übernimmt, **zu prüfen hat, ob die gegnerische Klage eventuell schon an der fehlenden Schlüssigkeit scheitert**. Sind bei verkehrsüblicher Sorgfalt solche Mängel erkennbar, so hat der Prozessbevollmächtigte sie grundsätzlich im Rechtsstreit geltend zu machen (*BGH, NJW-RR 2007, 1553*). Übernimmt der Anwalt die **Vertretung eines Berufungsbeklagten, hat er ebenso zu prüfen, ob die mit der Berufung verfolgte Rechtsvertheidigung schon aus Rechtsgründen aussichtslos ist** (oder umgekehrt ohne Weiteres Erfolg hat, so dass eine Klagerücknahme angezeigt ist).

Der Hinweis auf eine die Rechtsauffassung der Klägerin stützende Entscheidung des BGH war geeignet, der gegnerischen Berufung den Boden zu entziehen. Die Mieter hätten durch sie veranlasst werden können, ihre Berufung zurückzunehmen. Das Gericht hätte sich ihr anschließen können. Hätte es abweichen wollen, hätte es zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung (§ 543 II 1 Nr. 2 Fall 2 ZPO) die Revision zulassen müssen; hätte es die Entscheidung deshalb, weil der vom BGH entschiedene Fall das gewerbliche Mietrecht und nicht das Wohnraummietrecht betraf, für nicht einschlägig gehalten, wäre der Zulassungsgrund der grundsätzlichen Bedeutung erfüllt gewesen (§ 543 II 1 Nr. 1 ZPO). Eine unterbliebene Zulassung hätte wegen des Entzugs des gesetzlichen Richters (Art. 101 I GG) und wegen Verletzung des Rechts auf Gewährung effektiven Rechtsschutzes (Art. 2 I i.V.m. Art. 20 III GG; vgl. *BVerfG, NJW 2009, 572 Rdnr. 16*) mit der Verfassungsbeschwerde angegriffen werden können.

Ein mit verkehrsüblicher Sorgfalt arbeitender Anwalt hätte die fragliche Entscheidung im Zuge der Bearbeitung des Mandats auch ohne sonderliche Mühe auffinden und ver-

arbeiten können. **Sie war in dem Zeitpunkt, als die Beklagte die Vertretung der Klägerin übernahm, bereits in mehreren juristischen Zeitschriften veröffentlicht worden** (NJW-RR 2000, 1463 = NZM 2000, 961 = Gl 2000, 1614) und wurde zudem in einem gängigen Kommentar zum BGB nachgewiesen (Palandt/Weidenkaff, BGB 63. Aufl., § 535 Rdnr. 87).

cc) Unabhängig von den an eine sorgfältige Berufungserwiderung zu stellenden Anforderungen war die Beklagte außerdem verpflichtet, auf den Hinweis des BerGer im Ausgangsprozess zu reagieren und dabei die der Rechtsauffassung des Gerichts entgegenstehende Entscheidung des BGH zu zitieren. In der mündlichen Verhandlung über die Berufung der Mieter wies das BerGer darauf hin, dass seiner Ansicht nach eine stillschweigende Abänderung der im schriftlichen Mietvertrag getroffenen Vereinbarungen über die Nebenkosten nicht in Betracht komme. Es bezog sich dabei auf eine „herrschende Meinung“ und zitierte zwei landgerichtliche Urteile aus den Jahren 1982 und 1989 sowie eine Kommentierung aus dem Jahre 1979 (Sternel, MietR 2. Aufl. (1979), II 72; LG Darmstadt, WuM 1989, 582; LG Wuppertal, WuM 1982 H 11).

Bei ordnungsgemäßer Vorbereitung der mündlichen Verhandlung wäre die Beklagte in der Lage gewesen, auf anders lautende jüngere Rechtsprechung und Literatur hinzuweisen. Konnte sie dies nicht, hätte sie Schriftsatznachlass beantragen, sich in das Problem einarbeiten (vgl. BGH, NJW 2006, 501 = WM 2005, 2197, 2198 m.w.N.) und im nachgelassenen Schriftsatz auf den aktuellen Meinungsstand sowie insbesondere die Entscheidung des BGH vom 29.5.2000 hinweisen können. Gemäß § 139 V ZPO soll das Gericht dann, wenn einer Partei eine sofortige Erklärung zu einem gerichtlichen Hinweis nicht möglich ist, eine Frist bestimmen, in der die Partei die Erklärung in einem Schriftsatz nachbringen kann. Einen Antrag auf Schriftsatznachlass hat die Beklagte jedoch nicht gestellt.

dd) Entgegen der Ansicht der Beklagten **entfielen die genannten Pflichten nicht deshalb, weil das Gericht seinerseits zur umfassenden rechtlichen Prüfung des Falls unter Auswertung der einschlägigen Rechtsprechung und Literatur verpflichtet war**. Schon nach der ZPO ist Aufgabe des Anwalts nicht nur die Beibringung der Tatsachengrundlage für die vom Richter zu treffende Entscheidung. Das zeigt etwa die Vorschrift des § 137 II ZPO, die gemäß § 525 ZPO auch im Berufungsrechtszug gilt. Nach § 137 II Halbs. 2 ZPO haben die Vorträge der Parteien das Streitverhältnis auch in rechtlicher Beziehung zu umfassen. Der in diesem Zusammenhang oft zitierte Satz „iura novit curia“ betrifft das Verhältnis der juristisch nicht gebildeten Naturalpartei zum Gericht (vgl. Medicus, AnwBl 2004, 257, 260). Der Anwalt hat dagegen – ebenso wie der Richter – die Befähigung zum Richteramt oder eine gleichwertige Qualifikation (§ 4 I BRAO). Der Anwaltszwang (§ 78 ZPO), der die Prozessparteien mit zusätzlichen Kosten belastet und ihren Zugang zu den staatlichen Gerichten einschränkt, wäre nicht zu erklären, wenn Aufgabe des Anwalts allein die Beibringung des Tatsachenmaterials wäre und nicht auch die rechtliche Durchdringung des Falls.

Vor allem aber richten sich die Pflichten des Anwalts nicht nur nach der ZPO, sondern auch und sogar in erster Linie nach dem zwischen ihm und dem Mandanten geschlossenen Vertrag. Ein Vertrag über die Vertretung in einem Berufungsverfahren umfasst das nach der ZPO für die Wahrung der Rechte des Mandanten notwendige Minimum, also insbesondere die Wahrnehmung der mündlichen Verhandlung und die Antragstellung, erschöpft sich hierin jedoch nicht.

**Nach der Verkehrsauffassung (§§ 133, 157 BGB) kann der Mandant, der einen Anwalt mit der Wahrnehmung seiner Rechte im Berufungsverfahren beauftragt hat, mehr als nur die schlichte Antragstellung verlangen.** Der Mandant erwartet und darf erwarten, dass der Anwalt auch die rechtlichen Grundlagen des Falls durchdenkt. Dass jahrelange vorbehaltslose Zahlungen als konkludente Abänderung eines schriftlichen Mietvertrags verstanden werden konnten, war andererseits nicht so selbstverständlich, dass ein Hinweis aus diesem Grund hätte unterbleiben können (vgl. etwa die krit. Kommentierung von Langenberg in: Schmidt-Futterer, MietR 8. Aufl., § 556 Rdnr. 60). Dies galt umso mehr, nachdem das Gericht des Ausgangsprozesses in der mündlichen Verhandlung hatte erkennen lassen, dass es neuere Rechtsprechung und Literatur nicht berücksichtigt hatte.

2. Durch die genannten Fehler der Beklagten ist der Klägerin der geltend gemachte Schaden – der Verlust des Anspruchs auf die Nebenkosten sowie die anteiligen Kosten des Erstprozesses – entstanden.

a) Um die **Ursächlichkeit der Pflichtverletzung** eines Rechtsanwalts für den geltend gemachten Schaden festzustellen, ist zu prüfen, welchen Verlauf die Dinge bei pflichtgemäßem Verhalten genommen hätten. Ist im Haftpflichtprozess **die Frage, ob dem Mandanten durch eine schuldhaft Pflichtverletzung des Rechtsanwalts ein Schaden entstanden ist, vom Ausgang seines anderen Verfahrens abhängig, muss das Regressgericht selbst prüfen, wie jenes Verfahren richtigerweise zu entscheiden gewesen wäre** (BGHZ 133; 110, 111 = NJW 1996, 2501; BGHZ 145, 256, 261 = NJW 2001, 146; BGHZ 163, 223, 227 = NJW 2005, 3071; BGHZ 174, 205, 209 = NJW 2008, 1309 Rdnr. 9; Fahrendorf in: Rinsche/Fahrendorf/Terbille, Anwaltshaftung 7. Aufl., Rdnr. 801; Fischer in: Zuehör/Fischer/Sieg/Schlee, Handbuch der Anwaltshaftung 2. Aufl., Rdnr. 1062 ff).

Welche rechtliche Beurteilung das mit dem Vorprozess befasste Gericht seiner Entscheidung zugrunde gelegt hätte, ist ohne Belang. Vielmehr ist die Sicht des Regressgerichts maßgeblich. Dies gilt selbst dann, wenn feststeht, welchen Ausgang das frühere Verfahren bei pflichtgemäßem Verhalten des Anwalts genommen hätte (BGHZ 174, 205, 209 = NJW 2008, 1309 Rdnr. 9).

b) Die Klägerin hatte gegen ihre Mieter Anspruch auf Zahlung anteiliger Versicherungskosten und anteiliger Grundsteuer. Nach mittlerweile gefestigter Rechtsprechung des BGH kann die Umlegung einzelner sonstiger Betriebskosten auch aufgrund jahrelanger Zahlung durch stillschweigende Vereinbarung erfolgen (BGH, NJW-RR 2004, 877 = NZM

2004, 418). Die Mieter der Klägerin hatten seit dem Jahr 1988 anteilige Versicherungskosten und anteilige Grundsteuer gezahlt. Der Anspruch wurde jedoch aberkannt, weil das seinerzeit zur Entscheidung berufene Gericht den bereits mehrfach zitierten Beschluss des BGH vom 29.5.2000 (NJW-RR 2000, 1463 = NZM 2000, 961) übersehen hatte. Hätte die Beklagte auf den Beschluss hingewiesen, hätte das nicht geschehen dürfen. Das Gericht hätte sich mit ihm auseinandersetzen müssen. Es hätte entweder die Berufung der Mieter zurückweisen oder aber die Abweisung der Klage mit der Zulassung der Revision verbinden müssen; die Revision der Klägerin hätte Erfolg haben müssen.

c) Entgegen der Ansicht der Beklagten ist eine Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden nicht deshalb ausgeschlossen, weil das Gericht „eigenverantwortlich“ und „autonom“ entschieden hat. **Von einem fehlenden Kausalzusammenhang könnte man ausgehen, wenn das Gericht den Beschluss des BGH vom 29.5.2000 (NJW-RR 2000, 1463 = NZM 2000, 961) gesehen, aber bewusst unberücksichtigt gelassen hätte oder bewusst von ihm abgewichen wäre** (BGHZ 174, 205, 211 f. = NJW 2008, 1309 Rdnr. 19 ff.). Das hat die Beklagte in den Tatsacheninstanzen jedoch nicht behauptet. Die Revisionserwiderung selbst spricht von einer „auf unzureichender Rechtsrecherche zurückgehenden Entschliebung des BerGer“ im Ausgangsverfahren.

3. Entgegen der Ansicht des BerGer ist der Zurechnungszusammenhang zwischen Pflichtverletzung und Schaden nicht durch den in der unzulänglichen rechtlichen Aufarbeitung des Ausgangsprozesses liegenden gerichtlichen Fehler unterbrochen worden.

a) **Beruht ein Schaden haftungsrechtlich auf mehreren Ursachen, die von verschiedenen Personen gesetzt worden sind, so haften diese grundsätzlich als Gesamtschuldner.** Zivilrechtlich wird in diesen Fällen nicht danach unterschieden, ob einzelne Ursachen wesentlicher sind als andere. Das gilt grundsätzlich auch, wenn eine Ursache für sich allein den Schaden nicht herbeigeführt hat, es dazu vielmehr des Hinzutretens weiterer Ursachen im Sinne einer kumulativen Gesamtkausalität bedurfte. **Demgemäß ist der Schaden ebenfalls zu ersetzen, der letztlich erst durch das Eingreifen eines Dritten, hier des Gerichts des Vorprozesses, eintritt** (vgl. BGHZ 174, 205, 209 = NJW 2008, 1309 Rdnr. 11 m.w.N.).

Die Zurechenbarkeit fehlt in derartigen Fällen dann, wenn das Eingreifen des Dritten den Geschehensablauf so verändert, dass der Schaden bei wertender Betrachtung in keinem inneren Zusammenhang zu der vom Rechtsanwalt zu vertretenden Vertragsverletzung steht. Der Zurechnungszusammenhang zwischen der Pflichtverletzung des Anwalts und dem eingetretenen Schaden **kann insbesondere dann unterbrochen sein, wenn dem Gericht des Vorprozesses ein Fehler unterläuft.** Das Gericht ist für die Beachtung der ihm im öffentlichen Interesse obliegenden Verpflichtung, nach den Regeln der Verfahrensvorschriften möglichst zu einer richtigen Entscheidung zu gelangen, unabhängig von der Leistung des Anwalts verantwortlich. Der gerichtliche Aufgabenbereich der Rechtsfindung muss in die im Rahmen der

Zurechnung gebotene wertende Betrachtungsweise einbezogen werden (BGHZ 174, 205, 210 = NJW 2008, 1309 Rdnr. 12). Auf der anderen Seite ist der Anwalt allerdings verpflichtet, seinen Mandanten vor Fehlentscheidungen der Gerichte zu bewahren.

**Soweit sich deshalb in der gerichtlichen Fehlentscheidung das allgemeine Prozessrisiko verwirklicht, das darin liegt, dass das Gericht bei ordnungsgemäßem Vorgehen trotz des Anwaltsfehlers richtig hätte entscheiden können und müssen, ist dem Anwalt der Urteilsschaden haftungsrechtlich zuzurechnen** (BGHZ 174, 205, 210 = NJW 2008, 1309 Rdnr. 15; Fahrendorf in: Rinsche/Fahrendorf/Terbille, Rdnr. 795; Fischer in: Zuehör/Fischer Sieg/Schlee, Rdnr. 1024, 1029).

b) Im vorliegenden Fall haben die Fehler der Beklagten die Rechtsfindung nicht erschwert. Das Gericht war eigenständig zur Prüfung der Sach- und Rechtslage verpflichtet. Es hätte bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt selbst den Beschluss des BGH vom 29.5.2000 (BGH, NJW-RR 2000, 1463 = NZM 2000, 961) finden und sich mit ihm auseinandersetzen müssen.

**Der Schadenbeitrag des Gerichts überwiegt denjenigen der Beklagten jedoch nicht so weit, dass Letzterer dahinter ganz zurücktritt. Dem Gericht ist ein ähnlicher Fehler unterlaufen wie der Beklagten.** Das Gericht hat auch nicht unter völlig ungewöhnlicher, sachwidriger und daher grober, schlechthin unvertretbarer Verletzung seiner besonderen Pflichten eine Schadenursache gesetzt, welche die vorangegangene anwaltliche Pflichtverletzung mit Rücksicht auf Art, Gewicht und wechselseitige Abhängigkeit der Schadenbeiträge so sehr in den Hintergrund rückt, dass bei wertender Betrachtung gleichsam nur der Gerichtsfehler als einzige, endgültige Schadenursache erscheint und der Anwaltsfehler nach dem Schutzzweck der verletzten Vertragspflicht keine ins Gewicht fallende Bedeutung gegenüber der vom Gericht zu verantwortenden Schadenursache hat (vgl. BGHZ 174, 205, 211 = NJW 2008, 1309 Rdnr. 18).

Die Pflicht des Anwalts zur Rechtsprüfung und zu Rechtsausführungen im Prozess dient auch und gerade dazu, den Mandanten vor Fehlentscheidungen infolge nachlässiger Arbeit des zur Entscheidung berufenen Richters zu bewahren; genau dieses Risiko hat sich verwirklicht.

Die Frage, ob ein Anwalt Vorsorge dagegen treffen muss, dass ein Gericht zur Begründung seiner Entscheidung nur 15 bis 20 Jahre alte Rechtsprechung und Literatur heranzieht, stellt sich hier nicht. Es geht nicht darum, welche Entscheidungsgrundlagen das Gericht verwendet hat, sondern darum, dass es eine einschlägige höchstrichterliche Entscheidung aus neuerer Zeit übersehen hat.

**Spätestens nachdem das Gericht den Hinweis erteilt hatte, aus dem sich ergab, dass die von ihm herangezogene Rechtsprechung und Literatur deutlich veraltet war, hätte die Beklagte eingreifen müssen.** ■



## Notarhaftung

- Beurkundung eines Grundstückskaufvertrages
- Baubeschreibung
- Anderweitige Ersatzmöglichkeit, § 19 BNotO (BGH, Urt. v. 3.7.2008 – III ZR 189/07)

### Leitsätze:

1. Ein Notar verletzt seine Amtspflicht zur vollständigen Beurkundung, wenn er bei Beurkundung eines Grundstückskaufvertrages eine Baubeschreibung nicht mit beurkundet.

2. Der Käufer hat keine anderweitige Ersatzmöglichkeit i.S.d. § 19 Abs. 1 Satz 2 BNotO in Form eines Schadenersatzanspruchs gegen seinen Rechtsanwalt, wenn er auf dessen Rat zur Abwehr der restlichen Kaufpreisforderung eine Vollstreckungsabwehrklage erhoben und sich auf die Formnichtigkeit des Kaufvertrages berufen hat. ■

### Zum Sachverhalt:

Die Kläger nehmen den beklagten Notar auf Schadenersatz wegen eines Beurkundungsfehlers in Anspruch.

Im Mai 2000 kauften die Kläger ein Hausgrundstück zum Preis von 454.500 DM. In dem von dem Beklagten beurkundeten Kaufvertrag heißt es u.a., der Kaufpreis enthalte die Kosten für die Herstellung des Kaufobjekts samt Außenanlagen gemäß der Baubeschreibung. Diese wurde jedoch nicht beurkundet. Die Kläger zahlten den Kaufpreis bis auf 30.000 DM. Sie sind nicht als Eigentümer im Grundbuch eingetragen worden.

Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Verkäuferin verlangte deren Insolvenzverwalter von den Klägern den noch offenen Restkaufpreis und betrieb im März 2002 die Zwangsvollstreckung aus der notariellen Urkunde. Die Kläger erhoben Vollstreckungsabwehrklage und beriefen sich zur Begründung u.a. auf die Formnichtigkeit des Grundstückskaufvertrages wegen fehlender Beurkundung der Baubeschreibung. Der Insolvenzverwalter begehrte im Wege der Widerklage Feststellung der Nichtigkeit des Kaufvertrages. Beiden Klagen wurde durch Anerkenntnisurteil stattgegeben.

Die Kläger machen den Beklagten dafür haftbar, dass sie nicht das Eigentum an dem Grundstück erworben haben. Sie verlangen Schadenersatz in Höhe von 227.452 EUR und begehren die Feststellung, dass der Beklagte verpflichtet sei, den ihnen aus einem etwaigen Widerruf der Gewährung der Eigenheimzulage noch entstehenden Schaden zu ersetzen. Der Beklagte meint, die Kläger hätten durch die Vollstreckungsabwehrklage die Heilung des Formmangels verhindert und müssten sich daher einen Mitverschuldensanteil von 50 % anrechnen lassen.

Das Landgericht hat den Beklagten auf der Grundlage einer Haftungsquote von 75 % verurteilt, an die Kläger als

Gesamtgläubiger 170.589 EUR zzgl. Zinsen Zug um Zug gegen Abtretung ihrer in dem Insolvenzverfahren über das Vermögen der Verkäuferin zur Tabelle angemeldeten Forderungen zu zahlen. Außerdem hat es festgestellt, dass der Beklagte verpflichtet sei, den Klägern den aus einem Widerruf der Gewährung der Eigenheimzulage noch entstehenden Schaden bis zur Höhe von 7 % zu ersetzen. Das Oberlandesgericht hat entsprechend dem Berufungsantrag des Beklagten die Verurteilungssumme auf 107.500 EUR herabgesetzt und dem Feststellungsantrag nach Maßgabe einer Haftungsquote von 50 % entsprochen. Die Berufung der Kläger hatte keinen Erfolg. Mit ihrer vom Senat zugelassenen Revision verfolgen sie ihr Klagebegehren in vollem Umfang weiter.

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. ■

### Aus den Gründen:

I. Nach Auffassung des Berufungsgerichts haben die Kläger gegen den Beklagten keinen – die ausgeurteilte Forderung übersteigenden – Schadenersatzanspruch wegen Amtspflichtverletzung nach § 19 Abs. 1 Satz 1 BNotO. Einer Haftung des Beklagten stehe gemäß § 19 Abs. 1 Satz 2 BNotO eine anderweitige Ersatzmöglichkeit entgegen, die sich aus einem Schadenersatzanspruch der Kläger gegen ihren Prozessbevollmächtigten ergebe. Indem dieser den Klägern dazu geraten habe, zur Abwehr der restlichen Kaufpreisforderung eine Vollstreckungsabwehrklage zu erheben und zu deren Begründung die Unwirksamkeit des Kaufvertrages geltend zu machen, habe er gegen die anwaltliche Pflicht verstoßen, unter mehreren möglichen Wegen den sichersten und gefahrlosesten zu wählen, jedenfalls gegen seine Pflicht, seine Mandanten umfassend und rechtsfehlerfrei über die Risiken des vorgeschlagenen Vorgehens zu informieren.

Angesichts der Insolvenz der Verkäuferin habe die Unwirksamkeit des Kaufvertrages das Risiko geborgen, dass die Kläger von dem Insolvenzverwalter auf Herausgabe des Grundstücks in Anspruch genommen würden, ohne über eine werthaltige bereicherungsrechtliche Forderung auf Rückzahlung des Kaufpreises zu verfügen. Dem Prozessbevollmächtigten der Kläger habe klar sein müssen, dass er mit der Erhebung der Vollstreckungsklage und der Berufung auf die Unwirksamkeit des Kaufvertrages zwar die Zahlung der restlichen Kaufpreisforderung abwehren könnte, aber dem Insolvenzverwalter die Möglichkeit des die Masse mehrenden Vorgehens gegen die Kläger aufzeigen werde.

Dieses Risiko hätten die Kläger nur vermeiden können, indem sie durch Zahlung des Restkaufpreises die Voraussetzungen für eine zügige Vollziehung der Eigentumsumschreibung, zu der der Insolvenzverwalter bereit gewesen sei, geschaffen hätten. Dies hätte den Klägern die Chance geboten, den Eintritt des wesentlich größeren Schadens durch Verlust des Grundstücks und eines Großteils des bereits gezahlten Kaufpreises zu vermeiden. Der Prozessbevollmächtigte der Kläger hätte diesen nicht zu dem risikoreichen Weg der Vollstreckungsgegenklage raten dürfen,

sondern ihnen die Zahlung des Restkaufpreises zur Begrenzung des Schadens empfehlen müssen. Nach der Vermutung beratungsgerechten Verhaltens sei davon auszugehen, dass sich die Kläger für die Restkaufpreiszahlung entschieden hätten. Dies hätte mit einer ausreichenden Wahrscheinlichkeit zur Heilung der Formunwirksamkeit des Kaufvertrages geführt.

II. Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Den Klägern steht gegen den Beklagten nach § 19 Abs. 1 Satz 1 BNotO ein Schadenersatzanspruch zu, der weder wegen einer anderweitigen Ersatzmöglichkeit entfällt noch durch ein Mitverschulden gemindert ist.

**1. Der Beklagte ist den Klägern zum Schadenersatz verpflichtet, weil er die Baubeschreibung nicht mit beurkundete.**

a) Dadurch verletzte er seine **Amtspflicht zur vollständigen Beurkundung** gemäß § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, § 13 Abs. 1 Satz 1 BeurkG. Dem Beurkundungserfordernis bei Grundstücksgeschäften (hier nach § 313 Satz 1 BGB a.F.) unterliegen nicht nur die Verpflichtung des Verkäufers zur Eigentumsübertragung, sondern alle Vereinbarungen, aus denen sich nach dem Willen der Vertragspartner das schuldrechtliche Veräußerungsgeschäft zusammensetzt, ggf. auch die Pflicht des Verkäufers zur Erstellung eines Wohnhauses. **Dabei sind die Ausgestaltung und Ausstattung des Hauses in der Regel für den Erwerber ein wesentliches Vertragselement. Wird – wie hier – hinsichtlich der Ausgestaltung des Hauses ausdrücklich auf die Baubeschreibung verwiesen und deren Inhalt zum Vertragsinhalt erklärt, so ist diese mit zu beurkunden** (BGHZ 69, 266, 268 f.; 14, 346, 348 ff.; BGH, Urt. v. 15.12.2000 – V ZR 241/99, NJW-RR 2001, 953 f unter II. m.w.N.; v. 10.2.2005 – VII ZR 184/04, NJW 2005, 1356 unter II. 2. a)).

b) Eine **anderweitige Ersatzmöglichkeit** i.S.d. § 19 Abs. 1 Satz 2 BNotO in Form eines Schadenersatzanspruchs gegen ihren Prozessbevollmächtigten haben die Kläger nicht.

aa) Der Begriff der anderweitigen Ersatzmöglichkeit wird weit verstanden. **Hierfür kommen alle Möglichkeiten der Schadloshaltung tatsächlicher und rechtlicher Art in Betracht** (BGH, Urt. v. 25.2.1999 – IX ZR 240/98, NJW 1999, 2038, 2039 unter III. 2. a) aa) m.w.N.). Dazu gehören auch Schadenersatzansprüche wegen unzureichender oder falscher anwaltlicher Beratung. **Erforderlich ist eine tatsächliche Verknüpfung dergestalt, dass der Schadenersatzanspruch gegen den Rechtsanwalt aus demselben Sachverhalt entspringen ist, aus dem sich die Schadenhaftung des Notars ergibt.** Das ist dann der Fall, wenn der geltend gemachte Schaden in einem Kostenaufwand liegt, der ohne die Amtspflichtverletzung des Notars nicht entstanden wäre und durch sachgerechtes Vorgehen des Rechtsanwalts hätte vermieden werden können (Senatsurt. v. 24.10.2002 – III ZR 107/02, NJW 2003, 202, 203 unter II. 1. b) aa)).

**Die Inanspruchnahme des Rechtsanwalts muss – ebenso wie sonstige anderweitige Ersatzmöglichkeiten – rechtlich und wirtschaftlich begründete Aussicht auf Erfolg bieten und dem**

**Geschädigten zumutbar sein** (Senatsurt. v. 6.10.1994 – III ZR 134/93, NJW-RR 1995, 248, 251 unter II. 1. c); v. 11.11.2004 – III ZR 101/03, NJW-RR 2005, 284 unter II. 3.; BGH, Urt. v. 22.6.1995 – IX ZR 122/94, NJW 1995, 2713, 2714 unter II. 3. b); v. 19.10.1995 – IX ZR 104/94, NJW 1996, 520, 521 f unter I. 4.; v. 6.7.2000 – IX ZR 88/98, NJW-RR 2001, 204, 206 unter II. 1. b); jeweils m.w.N.). Weitläufige, unsichere und im Ergebnis zweifelhafte Wege braucht der Geschädigte nicht einzuschlagen (Senatsurt., BGHZ 120, 124, 126; Senatsurt. v. 6.10.1994, a.a.O.; v. 11.11.2004, a.a.O.; jeweils m.w.N.).

bb) Gemessen daran hat das Berufungsgericht rechtsfehlerhaft einen Schadenersatzanspruch der Kläger gegen deren Prozessbevollmächtigten bejaht.

**(1) Ein um eine Beratung ersuchter Rechtsanwalt ist zu einer umfassenden und möglichst erschöpfenden Beratung seines Mandanten verpflichtet.**UNKUNDIGE muss er über die Folgen ihrer Erklärungen belehren und vor Irrtümern bewahren. Er hat dem Mandanten diejenigen Schritte anzuraten, die zu dem erstrebten Ziel zu führen geeignet sind, und Nachteile für den Auftraggeber zu verhindern, soweit solche voraussehbar und vermeidbar sind. Dazu hat er dem Auftraggeber den relativ sichersten und gefahrlosesten Weg vorzuschlagen und ihn über mögliche Risiken aufzuklären, damit der Mandant zu einer sachgerechten Entscheidung in der Lage ist. **Zweifel und Bedenken, zu denen die Sachlage Anlass gibt, muss der Anwalt darlegen und mit seinem Mandanten erörtern** (st. Rspr., BGH, Urt. v. 20.10.1994 – IX ZR 116/93, NJW 1995, 449, 450 unter I. 2. a); v. 20.6.1996 – IX ZR 106/95, NJW 1996, 2929, 2931 unter II. 1.; v. 19.1.2006 – IX ZR 232/01, NJW-RR 2006, 923, 924 Rdnr. 14; v. 23.11.2006 – IX ZR 21/03, NJW-RR 2007, 569, 570 Rdnr. 10; jeweils m.w.N.).

(2) Gegen diese Pflichten verstieß der Prozessbevollmächtigte der Kläger nicht, indem er diesen riet, zur Abwehr der restlichen Kaufpreisforderung eine Vollstreckungsabwehrklage zu erheben und zu deren Begründung die aus dem Beurkundungsfehler des Beklagten folgende Nichtigkeit des Kaufvertrages geltend zu machen. Die Nichtigkeit des Grundstückskaufvertrages barg das Risiko, dass die Kläger von dem Insolvenzverwalter auf Herausgabe des Grundstücks in Anspruch genommen werden konnten, ohne ihrerseits über eine werthaltige bereicherungsrechtliche Forderung auf Rückzahlung des bereits geleisteten Kaufpreises zu verfügen.

Diese Gefahr hätte sich zwar dann nicht realisiert, wenn die Kläger den Restkaufpreis von 30.000 DM gezahlt hätten und daraufhin der Insolvenzverwalter in Unkenntnis der Formnichtigkeit die Umschreibung des Grundbuchs veranlasst und erreicht hätte. Durch die fortbestehende Auflassung und die Eintragung der Kläger im Grundbuch wäre der nichtige Grundstückstückskaufvertrag gemäß § 313 Satz 2 BGB a.F. geheilt worden. **Diese (vage) Chance hatten die Kläger nicht mehr, nachdem der Insolvenzverwalter durch die Begründung der Vollstreckungsabwehrklage auf die Formnichtigkeit des Grundstückskaufvertrages hingewiesen worden war und**

**seinerseits im Wege der Widerklage die Feststellung der Formnichtigkeit begehrte.** Gleichwohl war das von dem Prozessbevollmächtigten der Kläger vorgeschlagene prozessuale Vorgehen sachgerecht. Es führte zum Erfolg der Vollstreckungsabwehrklage; der Insolvenzverwalter erkannte den Klageanspruch an, und es erging ein entsprechendes Anerkenntnisurteil.

Die Kläger mussten, um eine weitere rechtsgrundlose Zahlung zu vermeiden, den Formfehler im Wege der Vollstreckungsabwehrklage geltend machen. Selbst wenn sie ihre Vollstreckungsabwehrklage ausschließlich mit den von ihnen behaupteten Baumängeln begründet und die Formnichtigkeit des Kaufvertrages nicht erwähnt hätten, hätten sie nicht sicher sein können, noch Eigentümer des Grundstücks zu werden. **Zur Begründung ihrer Vollstreckungsabwehrklage hätten die Kläger ohnehin den Grundstückskaufvertrag vorlegen müssen. Sein Inhalt hätte vom Landgericht zur Kenntnis genommen werden müssen. Dabei hätte auffallen müssen, dass die beurkundungsbedürftige Baubeschreibung nicht mit beurkundet worden war.** Diesen Gesichtspunkt hätte das Landgericht von Amts wegen berücksichtigen und schon deshalb der Vollstreckungsabwehrklage stattgeben müssen.

(3) Die Kläger brauchten im Rahmen der Vollstreckungsabwehrklage nicht deshalb von dem Hinweis auf die Formnichtigkeit des Grundstücksvertrages abzusehen, weil sie dann nicht mehr Eigentümer des Grundstücks werden konnten und ihr Anspruch auf Rückzahlung der bereits geleisteten Kaufpreistraten im Insolvenzverfahren über das Vermögen der Verkäuferin nur eine einfache Insolvenzforderung darstellte.

**Auch wenn die Kläger die Formnichtigkeit nicht geltend gemacht und einfach die von dem Insolvenzverwalter geforderten 30.000 DM gezahlt hätten, hätten sie nicht die Gewissheit gehabt, Eigentümer des Grundstücks zu werden, sondern wären nur das Risiko eingegangen, einen weiteren erheblichen Geldbetrag einzubüßen.** Denn nach Zahlung des Restkaufpreises hätte sich der Insolvenzverwalter immer noch auf die Formnichtigkeit des Kaufvertrages berufen und dessen Erfüllung ablehnen können. Ob die Kläger dann, wie das Berufungsgericht meint, einen bereicherungsrechtlichen Rückzahlungsanspruch als vorrangig zu befriedigende Masseforderung i.S.v. § 53 i.V.m. § 55 Abs. 1 Nr. 3 InsO hätten durchsetzen können, erscheint fraglich.

(4) **Jedenfalls war der Insolvenzverwalter**, um seinen Pflichten gegenüber den Gläubigern nachzukommen und sich nicht seinerseits wegen einer ungerechtfertigten Minderung der Insolvenzmasse schadenersatzpflichtig zu machen, **sogar verpflichtet, den Gesichtspunkt der Formnichtigkeit aufzugreifen und die Umschreibung des Eigentums auf die Kläger zu verhindern.** Er wäre entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht nach Treu und Glauben daran gehindert gewesen, sich auf die Formnichtigkeit des Grundstückskaufvertrages zu berufen. Im Interesse der Rechtssicherheit ist grundsätzlich die **Einhaltung der gesetzlichen Formvorschriften unerlässlich**; im Allgemeinen kann über Formmängel nicht hinweggesehen werden.

Daher dürfen gesetzliche Formvorschriften nicht aus bloßen Billigkeitserwägungen außer Acht gelassen werden.

Eine **Ausnahme** kommt nicht schon dann in Betracht, **wenn die Unwirksamkeit des Vertrages zu einem harten Ergebnis** für den betroffenen Vertragsteil **führt.** Ausnahmen sind nur dann zulässig, wenn es nach den gesamten Umständen mit Treu und Glauben unvereinbar wäre, das Rechtsgeschäft am Formmangel scheitern zu lassen. Das Ergebnis muss für die betroffene Partei schlechthin untragbar sein (BGHZ 149, 326, 331; BGH, Urt. v. 19.1.1979 – II ZR 172/76, DNotZ 1979, 332, 334 unter 2.; v. 9.1.2003 – IX ZR 422/99, NJW 2003, 1940, 1943 unter III. 3. b) bb); v. 16.7.2004 – V ZR 222/03, NJW 2004, 3330, 3331 f unter II. 3. b) aa); jeweils m.w.N.). Das ist dann anzunehmen, wenn entweder die **wirtschaftliche Existenz** des einen Vertragsteils durch die Nichtigkeit des Vertrages gefährdet würde oder wenn dem anderen Teil eine besonders schwere Treupflichtverletzung vorzuwerfen ist (BGHZ 149, 326, 331 m.w.N.; BGH, Urt. v. 16.7.2004, a.a.O.).

Beides ist hier nicht der Fall. Die Kläger werden auch dann, wenn sie weder Eigentümer des Hausgrundstücks werden noch die bereits gezahlten Kaufpreistraten zurückerhalten, nicht in ihrer wirtschaftlichen Existenz gefährdet. Den daraus resultierenden Verlust könnten die Kläger nach ihrer eigenen Darstellung verkraften.

Die Berufung des Insolvenzverwalters auf die Formnichtigkeit des Vertrages ist auch deshalb nicht untragbar für die Kläger, weil ihnen der Ersatz des ihnen entstandenen Schadens durch den Beklagten beziehungsweise die hinter diesem stehende Berufshaftpflichtversicherung sicher ist. **Dem Insolvenzverwalter kann auch keine Treupflichtverletzung vorgeworfen werden. Den Beurkundungsfehler haben nicht er oder die Insolvenzschuldnerin, sondern allein der Beklagte als der beurkundende Notar zu verantworten.**

(5) Vor diesem Hintergrund hat der Prozessbevollmächtigte der Kläger seine **Pflicht zur umfassenden und erschöpfenden Beratung nicht verletzt.** Es war weder ein sicherer noch ein korrekter Weg, darauf zu vertrauen, dass der Insolvenzverwalter – ebenso wie das Gericht – die Formnichtigkeit des Grundstückskaufvertrages nicht bemerken und die Umschreibung des Grundbuchs veranlassen würde.

**Ein Rechtsanwalt muss seinem Mandanten nicht empfehlen zu versuchen, aus der Gutgläubigkeit oder dem Irrtum eines Dritten Vorteile zu ziehen.** Daher mussten die Kläger dem Beklagten auch nicht – wie er erstmals in der mündlichen Verhandlung im Revisionsverfahren geltend gemacht hat – vor Erhebung der Vollstreckungsabwehrklage Gelegenheit geben, den Restkaufpreis an den Insolvenzverwalter zu zahlen. Zudem kann eine anderweitige Ersatzmöglichkeit nicht davon abhängig gemacht werden, dass ein Beurkundungsfehler des Notars aufgrund der Unkenntnis des Vertragspartners oder des für dessen Insolvenzverfahren bestellten Insolvenzverwalters unentdeckt bleibt und infolgedessen geheilt werden kann. Mit Blick darauf kommt auch ein Mitverschulden der Kläger nicht in Betracht. (...) ■

## Steuerberatungsvertrag

- Umfassender Auftrag
- Dienstvertrag/Werkvertrag
- Kündigung aus wichtigem Grund, § 626 BGB
- Konkrete Mängel?
- Kündigung gemäß § 627 BGB
- Jährliches Pauschalhonorar
- Einschränkung der Kündigungsmöglichkeit
- Regelung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen
- Fälligkeit des Honorars, § 12 StBGebV

(OLG Düsseldorf, Urt. v. 2.6.2009 – I-23 U 119/08;  
Revision beim BGH – IX ZR 114/09)

### Leitsätze:

1. Steuerberater, die einen umfassenden Auftrag zur Hilfeleistung in Steuersachen erhalten haben, leisten Dienste höherer Art i.S.d. § 627 BGB.
2. Wird bei einem dauernden Dienstverhältnis nur ein Teil der geschuldeten Dienstleistungen durch eine feste Vergütung abgegolten – hier: Pauschalvergütung für Buchführung –, besteht das Kündigungsrecht des § 627 BGB. Etwas anderes kann nur gelten, wenn die nicht durch die feste Vergütung bezahlten Dienstleistungen lediglich untergeordnete Bedeutung haben und weder bezüglich des Arbeitsaufwandes noch bezüglich des Entgelts umfangreich sind.
3. Die Regelung des § 14 StBGebV, wonach die Pauschalgebühr für die Dauer mindestens eines Jahres vereinbart werden muss, schränkt das Kündigungsrecht gemäß § 627 BGB nicht ein.
4. Das Kündigungsrecht gemäß § 627 BGB kann beim Steuerberatungsvertrag nicht durch Allgemeine Geschäftsbedingungen wirksam ausgeschlossen werden. ■

### Aus den Gründen:

I. Der Kläger verlangt von der Beklagten, die eine Apotheke betreibt, die Zahlung von Steuerberaterhonorar für Lohn- und Finanzbuchführung für das Jahr 2007 in Höhe von 17.071,80 EUR.

Der Kläger war seit 1980 umfassend als steuerlicher Berater der Beklagten tätig. Mit schriftlichem Vertrag vom 5.5.1999 vereinbarte er mit der Beklagten, dass diese für die Finanzbuchführung eine Pauschale von 24.000 DM pro Jahr und für die Lohnbuchführung eine Pauschale von 5.520 DM pro Jahr sowie eine Auslagenpauschale von 480 DM zahlt. Der Gesamtbetrag von 30.000 DM sollte in monatlichen Raten von 2.500 DM gezahlt werden. Hinsichtlich der Vertragsdauer und der Kündigung heißt es in dem Vertrag:

„Die Vereinbarung gilt ab 1.1.1999 und läuft ein Vertragsjahr, also bis 31.12.2000. Sie verlängert sich jeweils um ein weiteres Jahr, wenn sie nicht mit einer Frist von 3 Monaten vor Vertragsende schriftlich gekündigt wird. Wird diese Ver-

einbarung gekündigt, ohne dass das Steuerberatungsverhältnis erlischt, so treten an die Stelle dieser Gebührenvereinbarung die allgemeinen Vorschriften der StBGebV (§§ 16 ff) in der jeweils geltenden Fassung.“

Anfang Februar 2007 kündigte die Beklagte das Steuerberatungsverhältnis insgesamt. Ihre Behauptung, bereits im September 2006 gekündigt zu haben, bestreitet der Kläger. Ab Februar 2007 erbrachte der Kläger keine Steuerberatungsleistungen mehr. Mit Schreiben vom 12.2.2007 rechnete er die bis einschließlich Januar 2007 erbrachten Leistungen mit 1.957,55 EUR ab. Da die Beklagte eine Vorschusszahlung von 2.800 EUR erbracht hatte, ergab sich eine Gutschrift zugunsten der Beklagten von 842,45 EUR. Mit anwaltlichem Schreiben vom 28.3.2007 erteilte der Kläger eine Abrechnung für das Jahr 2007 gemäß der pauschalisierten Vergütungsabrede für Finanz- und Lohnbuchführung. Auf die sich daraus ergebende Forderung lässt der Kläger sich 5 % als ersparte Aufwendungen anrechnen und beziffert den Anspruch mit 17.071,74 EUR.

Das Landgericht hat der Klage unter Abweisung im Übrigen in Höhe von 16.229,35 EUR zzgl. Zinsen stattgegeben und zur Begründung ausgeführt:

Der Anspruch des Klägers folge aus §§ 611, 615 BGB. Hinsichtlich der behaupteten Kündigung im September 2006 sei die Beklagte beweisfällig geblieben. Die Anfang Februar ausgesprochene Kündigung habe das Vertragsverhältnis zum 31.12.2007 beendet. Eine Rechtfertigung für eine außerordentliche fristlose Kündigung nach § 626 BGB ergebe sich aus dem Vortrag der Beklagten nicht. Die fristlose Kündigung könne auch nicht auf § 627 BGB gestützt werden. Gemäß der Vereinbarung vom 5.5.1999 sei das Vertragsverhältnis als dauerndes Dienstverhältnis mit festen Bezügen einzuordnen. Der Hinweis der Beklagten, das Kündigungsrecht gemäß § 627 BGB könne nicht formularmäßig ausgeschlossen werden, greife zu kurz, weil es vorliegend nicht um den Kündigungsausschluss, sondern um die Voraussetzungen des Kündigungsrechts gehe.

Der Forderung des Klägers stehe nicht entgegen, dass er ab Februar 2007 keine Leistungen erbracht habe, denn die Beklagte habe sich in Annahmeverzug befunden. Der Kläger habe seine Leistungsbereitschaft mit Schreiben vom 28.3.2007 erklärt. Höhere Ersparnisse als die 5 % des Honorars, die der Kläger selbst in Abzug bringe, habe die Beklagte weder dargelegt noch unter Beweis gestellt. Auf die Honorarforderung müsse sich der Kläger die Gutschrift von 842,45 EUR gemäß der eigenen Abrechnung für Januar 2007 anrechnen lassen. Danach ergebe sich bei einem Entgeltanspruch von 17.071,74 EUR die ausgerichtete Honorarforderung.

Gegen diese Entscheidung wendet sich die Beklagte mit ihrer Berufung und trägt zur Begründung unter Bezugnahme auf ihren Vortrag aus der ersten Instanz vor:

Ihre Kündigung sei entgegen der Auffassung des Landgerichts als außerordentliche Kündigung gemäß § 626 BGB



begründet. Sie sei zudem zur Kündigung gemäß § 627 BGB berechtigt gewesen. Diese Kündigungsregelung sei anwendbar, weil feste Bezüge für die Beratungstätigkeit des Klägers nicht vereinbart worden seien. Es handele sich um eine Pauschalpreisabrede über eine Jahresvergütung, nicht um eine Vereinbarung über dauernde feste Bezüge. Dabei müsse berücksichtigt werden, dass die Buchführung, auf die sich die Pauschale beziehe, nur einen Teil der insgesamt geschuldeten Beratungsleistungen betreffe. Jedenfalls ergebe sich aus § 14 StBGebV, dass die Pauschalvereinbarung nur eine vereinfachte Abrechnung sei, aber keine Regelung fester Bezüge.

Das Kündigungsrecht sei durch die vorformulierte Vertragsbedingung des Klägers nicht wirksam ausgeschlossen worden. Der Ausschluss des Kündigungsrechts nach § 627 BGB durch Allgemeine Geschäftsbedingungen sei gemäß § 307 BGB unwirksam. Es benachteilige den Mandanten unangemessen, wenn er trotz Verlust des Vertrauensverhältnisses bis zum Ablauf des Vertrages an den Steuerberatungsvertrag gebunden bleibe. Die Klausel über die Vertragslaufzeit schließe nicht nur das außerordentliche, sondern auch das ordentliche Kündigungsrecht gemäß § 621 BGB aus. Auch dies stelle eine unangemessene Benachteiligung des Mandanten dar, so dass die Klausel unwirksam sei. Ihre Kündigungserklärung habe das Vertragsverhältnis jedenfalls als ordentliche Kündigung mit dem Ablauf des Monats Februar 2007 beendet.

Selbst nach der Argumentation des Klägers sei von einer Vertragsbeendigung im Mai 2007 auszugehen. Da der Kläger davon ausgehe, dass die Vergütungsvereinbarung im Februar 2007 gekündigt wurde, das Vertragsverhältnis aber fortbestand, seien feste Bezüge ab Februar nicht mehr geschuldet gewesen. Da sie im Mai gegenüber dem Kläger wiederholt habe, sie nehme keine Leistungen entgegen, habe sie jedenfalls zu diesem Zeitpunkt ein Dienstverhältnis ohne feste Bezüge außerordentlich gekündigt. Letztlich müsste zumindest eine Ersparnis von 10 % des Honorars in Abzug gebracht werden.

(Anträge ...)

Der Kläger nimmt auf seinen Vortrag aus der ersten Instanz Bezug und erwidert auf die Berufung der Beklagten:

Die Begründung für die Berechtigung einer außerordentlichen Kündigung gemäß § 626 BGB bleibe die Beklagte schuldig. Auf § 627 BGB könne sich die Beklagte nicht berufen, da diese Regelung durch die Vertragsklausel ausgeschlossen sei. Die Beklagte verkenne, dass ein Ausschluss des Kündigungsrechts nach § 627 BGB beim Steuerberatungsvertrag auch durch Allgemeine Geschäftsbedingungen zulässig sei. Pauschalvergütungsabreden gemäß § 14 StBGebV seien von außerordentlicher Bedeutung und für den gewerblich tätigen Mandanten immer vorteilhaft. Dieser zahle nur einen Bruchteil des Honorars, das er bei einer Berechnung nach Gegenstandswerten entrichten müsse. Die Regelung des § 14 StBGebV setze selbst schon die mindestens einjährige Geltungsdauer der Vereinbarung voraus.

Die Überlegungen des Landgerichts, dass feste Bezüge geschuldet waren, seien zutreffend. Neben der Buchführung seien die Jahresabschlüsse und die persönlichen Einkommensteuererklärungen der Beklagten und ihres Ehemannes zu erbringen gewesen. Hinzu komme die Teilnahme an Steuerprüfungen und die Vertretung in außergerichtlichen Rechtsbehelfsverfahren. Der Schwerpunkt der Tätigkeit sei die Buchführung gewesen, für die der überwiegende Teil des Gesamthonorars angefallen sei. Die Vergütungsabrede habe ihm für ständige Tätigkeit ein Mindesteinkommen garantiert, was der Anwendbarkeit des § 627 BGB entgegenstehe. Soweit die Beklagte auf § 621 BGB verweise, beachte sie nicht die Regelung des § 14 StBGebV mit der notwendigen Bindung für die Dauer eines Jahres. Die Argumentation der Beklagten zu der Kündigung im Mai 2007 berücksichtige nicht, dass die Kündigung die Pauschalvereinbarung erst zum 31.12.2007 beendet habe. Soweit die Beklagte höhere Ersparnisse als 5 % des Honorars angerechnet haben wolle, habe sie hierzu keinen dies berechtigenden Sachverhalt vorgetragen.

II. Die zulässige Berufung der Beklagten ist begründet. Dem Kläger steht ein Steuerberaterhonorar für das Jahr 2007 nicht zu.

Auf das Schuldverhältnis der Parteien finden die seit dem 1.1.2002 geltenden Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches Anwendung (Art. 229, § 5 Satz 2 EGBGB). Der Steuerberatungsvertrag wurde 1980 geschlossen, mit Wirkung ab dem 1.1.2003 gelten für das Dauerschuldverhältnis die durch das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.1.2001 eingeführten Vorschriften.

Ein Anspruch des Klägers gegen die Beklagte auf Zahlung des Pauschalhonorars ergibt sich nicht aus §§ 611, 615 BGB, da das Vertragsverhältnis durch die außerordentliche Kündigung der Beklagten Anfang Februar 2007 beendet wurde.

1. Auf das Vertragsverhältnis der Parteien findet **Dienstvertragsrecht** Anwendung. Die in erster Instanz von dem Kläger geäußerte Ansicht, es handele sich um einen Werkvertrag, so dass § 649 BGB anzuwenden sei, trifft nicht zu. Der Kläger war beauftragt, die Beklagte umfassend steuerlich zu beraten. Es ist unstreitig, dass dem Kläger die Lohn- und Finanzbuchhaltung oblag, dass er steuerliche Fragen der Beklagten beantworten sollte, die Beklagten in Rechtsbehelfsverfahren vertrat, die Rechte der Beklagten bei Steuerprüfungen wahrnahm, Jahresabschlüsse anfertigte und die Einkommensteuererklärungen der Beklagten und ihres Ehemannes erstellte. Es handelt sich hierbei um einen **einheitlichen Dienstvertrag, der Geschäftsbesorgungen zum Gegenstand hat** (§§ 675, 611 BGB).

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist ein Vertrag, durch den einem Steuerberater allgemein die Wahrnehmung aller steuerlichen Interessen des Auftraggebers übertragen wird, in der Regel als Dienstvertrag anzusehen. Der Steuerberater schuldet im Rahmen eines derartigen Vertrages unterschiedliche Tätigkeiten. Der Vertrag ist deshalb in seiner Gesamtheit nach der vom Auftraggeber

gewählten Zielrichtung zu beurteilen. **Maßgebend bei einer umfassenden Steuerberatung ist für den Mandanten dabei die Erbringung von Dienstleistungen durch den Steuerberater, nicht eine erfolgsbezogene Tätigkeit.** Unter diesem Gesichtspunkt wird nicht schon jede zu erbringende Einzelleistung als Erfolg im Sinne des Werkvertragsrechts geschuldet, selbst wenn sie für sich gesehen auf ein bestimmtes Ergebnis gerichtet ist (*BGH, Urt. v. 11.5.2006 – IX ZR 63/05, NJW 2006, 1490 mit zahlreichen Nachweisen; st. Rspr. des Senats, Urt. v. 20.11.2001 – 23 U 26/01 = Gl 2002, 117, 119; Urt. v. 20.12.2001 – 23 U 49/01; Urt. v. 29.4.2003 – 23 U 101/02; Urt. v. 20.5.2005 – 23 U 209/04*).

Der umfassende Auftrag zur Hilfeleistung in Steuersachen kann auch nicht in einen dienst- und werkvertraglichen Teil aufgespalten werden. Dies würde den Interessen der Vertragsparteien nicht gerecht werden, die nur einen einheitlichen Vertrag schließen wollen. Einzelleistungen treten in ihrer Bedeutung als Glieder einer Kette von Tätigkeiten im Rahmen umfassender steuerlicher Interessenwahrnehmung zurück. **Ein Werkvertrag mit Geschäftsbesorgungscharakter ist nur ausnahmsweise bei Einzelaufträgen anzunehmen,** die auf eine einmalige, in sich abgeschlossene Leistung gerichtet sind, etwa die Anfertigung bestimmter Bilanzen, ein Gutachten oder eine Rechtsauskunft zum Gegenstand haben; denn in derartigen Fällen wird der Steuerberater das Risiko im Allgemeinen hinreichend abschätzen können, um für einen bestimmten Erfolg seiner Tätigkeit als Werkleistung i.S.v. § 631 BGB einzustehen (*BGH, Urt. v. 7.3.2002 – III ZR 12/01, NJW 2002, 1571, 1572*). Ein solcher Fall liegt hier aber nicht vor.

2. Das Vertragsverhältnis ist nicht durch eine Kündigung der Beklagten im September 2006 beendet worden. Für ihre von dem Kläger bestrittene Behauptung, sie habe die Kündigung im Rahmen eines persönlichen Gesprächs mit dem Kläger am 4.9.2006 erklärt, hat die darlegungs- und beweispflichtige Beklagte keinen Beweis angetreten.

3. **Das Vertragsverhältnis ist nicht durch eine fristlose Kündigung aus wichtigem Grund gemäß § 626 BGB beendet worden.** Unstreitig hat die Beklagte Anfang Februar 2007 die Kündigung des Vertrages erklärt. Die Beklagte hat jedoch keine Tatsachen vorgetragen, aus denen sich ein wichtiger Grund zur außerordentlichen, fristlosen Kündigung ergeben könnte. Die Beklagte trägt hierzu lediglich pauschal vor, der Kläger sei den Aufgaben einer Steuerberatung für die von ihr betriebene Apotheke nicht mehr gewachsen gewesen und habe die steuerliche Beratung hinsichtlich einer geplanten Übergabe der Apotheke an den Sohn der Beklagten abgelehnt. Das Landgericht hat bereits zutreffend ausgeführt, dass der Vortrag der Beklagten unsubstantiiert ist, da sich **konkrete Mängel des Kenntnisstandes des Klägers nicht ergeben und es der Beklagten zudem jedenfalls zuzumuten war, bei Auftreten von Mängeln, den Kläger vor einer Kündigung abzumahnern.** Dass sie den Kläger auf Mängel seines Kenntnisstandes in der Apothekenbranche hingewiesen hätte, hat die Beklagte nicht vorgetragen. Es ergibt sich auch nicht, dass sie die Zweiwochenfrist des § 626 Abs. 2 BGB gewahrt hätte.

Es kann im Übrigen dahinstehen, ob der Kläger es abgelehnt hat, die Beklagte für den Fall einer Übergabe der Apotheke an den Sohn der Beklagten zu beraten. Hierbei handelt es sich jedenfalls um die **Ablehnung eines gesonderten, spezifischen Auftrags**, der eine Kündigung des im Übrigen erteilten Mandats nicht rechtfertigt.

4. Das Vertragsverhältnis ist aber gemäß § 627 BGB durch die Kündigungserklärung der Beklagten im Februar 2007 fristlos beendet worden. Die Vorschrift ist auf das vorliegende Vertragsverhältnis anwendbar (dazu unter a)). Das Kündigungsrecht ist weder aus gesetzessystematischen Gründen (dazu unter b)) noch vertraglich wirksam ausgeschlossen (dazu unter c)).

a) Nach **§ 627 Abs. 1 BGB** ist bei einem Dienstverhältnis, das kein Arbeitsverhältnis i.S.d. § 622 BGB ist, die Kündigung ohne die besonderen Voraussetzungen des § 626 BGB zulässig, wenn der zur Dienstleistung Verpflichtete Dienste höherer Art zu leisten hat, die aufgrund besonderen Vertrauens übertragen zu werden pflegen, und nicht in einem dauernden Dienstverhältnis mit festen Bezügen steht. Diese Voraussetzungen liegen hier vor.

aa) Steuerberater leisten, insbesondere bei einem umfassend erteilten Mandat, **Dienste höherer Art i.S.d. § 627 BGB**, weil der Mandant ihnen Einblick in seine Berufs-, Einkommens- und Vermögensverhältnisse gewährt (*BGH, Urt. v. 11.5.2006 – IX ZR 63/05, NJW-RR 2006, 1490; BGH, Urt. v. 19.11.1992 – IX ZR 77/92, NJW-RR 1993, 374 m.w.N.; BGH, Urt. v. 4.6.1970 – VII ZR 187/68, BGHZ 54, 106, 108*).

bb) Bei dem seit 1980 bestehenden Vertrag über die umfassende steuerliche Beratung und Hilfeleistung handelt es sich um ein **dauerndes Dienstverhältnis**. Dies gilt insbesondere auch deshalb, weil die Parteien zu den Buchführungsarbeiten vereinbart haben, dass sich der Vertrag, falls nicht eine Kündigung ausgesprochen wird, um jeweils ein Jahr verlängert. Ein dauerndes Dienstverhältnis ist gegeben, wenn es auf längere Zeit angelegt ist oder tatsächlich bereits längere Zeit besteht (*MünchKomm/Henssler, BGB 5. Aufl. 2009, § 627 Rdnr. 13*). Daher ist ein solches schon anzunehmen, wenn die Dienstpflicht **auf ein Jahr angelegt** ist und die Fortsetzung des Dienstverhältnisses nach den Umständen objektiv möglich ist (*BGH, Urt. v. 8.3.1984 – IX ZR 144/83, BGHZ 90, 280, 282; BGH, Urt. v. 31.3.1967 – VI ZR 288/64 BGHZ 47, 303*). Das Tatbestandsmerkmal „dauerndes Dienstverhältnis“ i.S.d. § 627 BGB setzt weder voraus, dass der Dienstverpflichtete den überwiegenden Teil seiner Arbeitskraft schuldet, noch dass er wirtschaftlich oder sozial von dem Dienstberechtigten abhängig ist (*BGH, Urt. v. 8.3.1984 – X ZR 144/83, BGHZ 90, 280, 282; BAG, Urt. v. 12.7.2006 – 5 AZR 277/06, NJW 2006, 1094; Bamberger/Roth, BGB, § 627 Rdnr. 4; MünchKomm/Henssler, a.a.O., § 627 Rdnr. 14.*).

cc) Die Kündigungsmöglichkeit ist nicht deshalb ausgeschlossen, weil der Kläger für die Finanz- und Buchführung **feste Bezüge** erhielt. Denn diese Bezüge deckten nur einen Teil der Dienstleistungspflichten ab. Erhält der Steuerberater als

Honorar nur einen Teilbetrag in Form von festen Bezügen, während ein erheblicher Honoraranteil je nach Anfall der Tätigkeit vergütet wird, greift der gesetzlich vorgesehene Ausschluss des Kündigungsrechts nicht ein.

Im Rahmen dieses dauernden Dienstverhältnisses erhielt der Kläger seit 1999 für die Buchführungstätigkeiten eine **feste Vergütung von jährlich 30.000 DM**. Es ist, nachdem der Kläger die Jahresabrechnung erläutert hat, unstreitig, dass die Pauschale in der Folgezeit nicht erhöht wurde. Das Pauschalhonorar war in 12 monatlichen Teilbeträgen zu zahlen. Die Vergütungshöhe war danach nicht von außervertraglichen Faktoren oder besonderen Einzelleistungen abhängig; sie war nicht der Höhe nach schwankend und nicht abhängig von einzelnen Dienstleistungen des Klägers, was der Annahme fester Bezüge entgegenstünde (BGH, Urt. v. 13.1.1993 – VIII ZR 112/92, NJW-RR 1993, 505). Die Beklagte vergütete mit den vereinbarten Bezügen vielmehr die gesamte Buchführungstätigkeit des Klägers unabhängig vom Umfang der jeweils anfallenden Arbeiten pro Monat (vgl. hierzu auch BAG, Urt. v. 12.7.2006 – 5 AZR 277/06, NJW 2006, 1094 zu Beratungsleistungen). Für die Annahme fester Bezüge ist es ausreichend, wenn sich der Dienstverpflichtete darauf verlassen kann, dass ihm auf längere Sicht von vornherein festgelegte Beträge in einem Umfang zufließen, die die Grundlage seines wirtschaftlichen Daseins bilden können.

Der Annahme fester Bezüge als Voraussetzung für den Ausschluss des Kündigungsrechts steht aber entgegen, dass die monatliche Bezahlung nicht für die Gesamtdienstleistung erfolgte. Denn neben der Buchführungstätigkeit bezog sich der einheitliche Steuerberatungsvertrag unstreitig auch auf die Erstellung von Jahresabschlüssen, auf die Teilnahme an Steuerprüfungen, auf Beratungsleistungen und Hilfestellungen in außergerichtlichen Rechtsbehelfsverfahren sowie auf die Einkommensteuererklärungen der Beklagten und ihres Ehemannes. **Der Kläger erhielt danach nicht nur feste Bezüge, sondern darüber hinaus jeweils im Einzelfall nach Maßgabe der Steuerberatergebührenverordnung abzurechnenden Honorare.** Sowohl der Umfang der nicht nach der Pauschale abzurechnenden Leistungen als auch die dafür abrechenbare Honorare waren erheblich.

**Grundsätzlich müssen sich die festen Bezüge, die ein Kündigungsrecht nach § 627 BGB ausschließen, als Entgelt auf die Gesamtdienstleistung beziehen.** Es reicht nicht aus, wenn sie nur einzelne Dienstleistungsakte abgelden (OLG Düsseldorf, Urt. v. 22.11.1990 – 18 U 191/94, Gl 1991, 42 zum Steuerberaterhonorar; Staudinger/Preis, BGB, Neubearbeitung 2002, § 627 Rdnr. 16; MünchKomm/Henssler, a.a.O., § 627 Rdnr. 16). Das beruht auf der Überlegung, dass der Ausschluss des Kündigungsrechts durch den Tatbestand der „festen Bezüge“ eine Ausnahmeregelung darstellt. Grundsätzlich gilt, dass das auf dem Vertrauensverhältnis beruhende Kündigungsrecht des Dienstberechtigten nur ausnahmsweise im Hinblick auf die schützenswerten Interessen des Dienstverpflichteten an dem Erhalt der als laufend vereinbarten Bezüge zurücktreten muss. **Der Dienstberechtigte akzeptiert durch die Vereinbarung fester Bezüge die Einschränkung**

**seiner Kündigungsmöglichkeit.** Damit wird die besondere Situation des Verpflichteten, der sich auf den Erhalt der Bezüge einstellt, in diesem Fall höher bewertet als das außerordentliche Kündigungsrecht des Dienstberechtigten.

**Wenn der Dienstverpflichtete aber neben den festen Bezügen für einen fest umrissenen Teil von Dienstleistungen für weitere Dienstleistungen den üblichen Vergütungsanspruch nach §§ 611, 612 BGB für durchgeführte Dienste erhalten soll, gibt es keinen Anlass für den Dienstberechtigten, eine Einschränkung seines Kündigungsrechts hinzunehmen.** Denn ansonsten verlöre er das außerordentliche Kündigungsrecht auch für solche Dienstleistungen, die Dienste höhere Art sind und nicht durch feste Bezüge abgegolten werden. Somit würde der Ausnahmetatbestand der Kündigungsbeschränkung unzulässig auch auf Dienstpflichten ohne feste Bezüge erweitert. Etwas anderes kann allenfalls gelten, wenn die nicht durch feste Bezüge abgegoltenen Dienstleistungen nur einen unerheblichen Teil der Dienstpflichten ausmachen. So verhält es sich hier aber angesichts des oben gezeigten Umfangs der Dienstleistungspflichten des Klägers nicht.

b) Das außerordentliche Kündigungsrecht gemäß § 627 BGB ist entgegen der Auffassung des Klägers nicht dadurch eingeschränkt, dass der Steuerberater gemäß § 14 StBGebV eine **Pauschalgebühr nur für den Zeitraum von mindestens einem Jahr** vereinbaren darf. Die Regelung des § 14 StBGebV und des § 627 BGB schließen sich nicht aus. Die Voraussetzungen für die Vereinbarung eines Pauschalhonorars beschränken nicht die gesetzlichen Möglichkeiten zur vorzeitigen Vertragsbeendigung nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches. Die Notwendigkeit, einen Steuerberatungsvertrag, bei dem Dienstleistungen durch ein Pauschalhonorar abgegolten werden, für die Dauer von mindestens einem Jahr abzuschließen, soll die von den regelmäßigen Gebühren der StBGebV abweichenden Vereinbarungen begrenzen. Darüber, dass damit zugleich die vorzeitige Beendigung des Vertrages eingeschränkt werden soll, verhält sich diese Bestimmung nicht. Insoweit ist zu bedenken, dass durch eine individualvertragliche Absprache das Kündigungsrecht des § 627 BGB abbedungen werden kann.

c) Das Kündigungsrecht der Beklagten ist nicht durch die **Allgemeinen Geschäftsbedingungen** des Klägers im Vertrag wirksam ausgeschlossen. Es ist unstreitig, dass es sich bei der Regelung des Vertrages, wonach das Vertragsverhältnis für ein Jahr läuft und sich jeweils um ein weiteres Jahr verlängert, wenn es nicht mit einer Frist von 3 Monaten vor Vertragsende schriftlich gekündigt wird, um eine von dem Kläger gestellte Allgemeine Geschäftsbedingung handelt. Diese Vertragsklausel ist wegen Verstoßes gegen § 307 BGB unwirksam.

aa) Entgegen der Ansicht der Beklagten ist die Klausel allerdings nicht schon deshalb gemäß § 307 BGB unwirksam, weil dadurch das **Kündigungsrecht des § 621 BGB unzulässig beschränkt** sei. Der Regelung der Kündigungsfrist zum Ende des Vertragsjahres stehen wesentliche Grundgedanken dieser gesetzlichen Bestimmung nicht entgegen (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB).

Die gesetzliche Kündigungsregelung will nicht verhindern und ausschließen, dass Verträge auf bestimmte Zeit abgeschlossen werden und sich wegen des daraus folgenden Interesses und Vertrauens der Vertragspartner an der Beständigkeit der Vertragsbeziehung Einschränkungen hinsichtlich der ordentlichen Kündigung zu einem bestimmten Termin ergeben. Dies gilt gerade im Hinblick darauf, dass das außerordentliche Kündigungsrecht von Klauseln über bestimmte Laufzeiten eines Vertrages nicht berührt wird (vgl. hierzu auch BGH, Urt. v. 17.1.2008 – III ZR 74/07, NJW 2008, 1064 zum Privatschulvertrag).

Die Vertragsklausel stellt auch keinen Verstoß gegen das Verbot der den **Vertragszweck gefährdenden Einschränkung wesentlicher Rechte und Pflichten** i.S.d. § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB dar. Eine formularmäßige Vertragsbestimmung ist unangemessen, wenn der Verwender durch eine einseitige Vertragsgestaltung missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten seines Vertragspartners durchzusetzen versucht, ohne von vornherein auch dessen Belange hinreichend zu berücksichtigen und ihm einen angemessenen Ausgleich zuzugestehen. Die **Unangemessenheit ist zu verneinen**, wenn die Benachteiligung des Vertragspartners durch höherrangige oder zumindest gleichwertige Interessen des Verwenders der Allgemeinen Geschäftsbedingungen gerechtfertigt ist (BGH, Urt. v. 1.2.2005 – X ZR 10/04, NJW 2005, 1774, 1775).

Die längerfristige Bindung hinsichtlich der Lohn- und Finanzbuchhaltung ist für den Dienstberechtigten regelmäßig keine Benachteiligung, vielmehr ist dies wegen des zwischen dem Auftraggeber und dem Steuerberater wachsenden Vertrauensverhältnisses und der damit einhergehende Kenntnis des Steuerberaters von den Geschäftsinterna durchaus gewollt. Scheitert diese Beziehung, wird das Vertrauensverhältnis gestört, bleiben dem Auftraggeber die sich aus §§ 626, 627 BGB ergebenden Kündigungsmöglichkeiten. **Der Steuerberater seinerseits hat ein beachtenswertes Interesse an einer langfristigen Vertragsregelung mit einer Kündigungsklausel, die es ihm ermöglicht, sich rechtzeitig auf geänderte wirtschaftliche Bedingungen einzustellen.** Die Kündigungsfrist ermöglicht es ihm etwa, sich, um einen Verdienstausschlag zu vermeiden, um anderweitige Mandate zu bewerben.

bb) Die Vertragsklausel spricht das Kündigungsrecht des § 627 BGB nicht unmittelbar an. Durch die Beschränkung des Kündigungsrechts auf die ordentliche fristgebundene Kündigung wird zugleich das außerordentliche Kündigungsrecht negiert. Jedenfalls entsteht für den Kunden der Eindruck, dass er auf das ordentliche Kündigungsrecht beschränkt ist (vgl. zur kundenfeindlichen Auslegung einer derartigen Klausel BGH, Urt. v. 5.11.1998 – III ZR 226/97, NJW 1999, 276).

Die Klausel hält einer Inhaltskontrolle gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB nicht stand. Dies gilt auch unter Berücksichtigung des Umstandes, dass die Beklagte als Apothekerin Unternehmerin ist (§ 310 BGB). Die Regelung des § 627 Abs. 1 BGB trägt mit der jederzeitigen Kündigungsmöglichkeit für beide Teile dem gegenseitigen Vertrauensverhältnis in der

Weise Rechnung, dass es für den Fall des Vertrauensverlusts, aus welchem Grund er auch immer eintreten sollte, eine sofortige Beendigung des Vertragsverhältnisses ermöglicht (MünchKomm/Henssler, a.a.O., § 627 Rdnr. 31; Staudinger/Preis, a.a.O., § 627 Rdnr. 8).

Bei derartigen, ganz auf persönliches Vertrauen gestellten und zudem lockeren, nicht auf eine ständige Tätigkeit gerichteten Dienstverhältnissen soll die Freiheit der persönlichen Entschliebung eines jeden Teils im weitesten Ausmaß gewahrt werden (BGH, Urt. v. 5.11.1998 – III ZR 226/97, NJW 1999, 276). Das ist ein auf einem Gerechtigkeitsgebot beruhender Rechtsgrundsatz mit der Konsequenz, dass durch Allgemeine Geschäftsbedingungen das außerordentliche Kündigungsrecht des § 627 BGB nicht ausgeschlossen werden kann (BGH, Urt. v. 19.5.2005 – III ZR 437/04, NJW 2005, 2543; BGH, Urt. v. 1.2.1989 – IVa ZR 354/87, BGHZ 106, 341, 346 = NJW 1989, 1479; jeweils zu Partnerschafts-vermittlungsverträgen; Staudinger/Preis, § 627 Rdnr. 8; MünchKomm/Henssler, a.a.O., § 627 Rdnr. 31).

Der Vertrauensgesichtspunkt und die Kündigungsmöglichkeit bei fehlendem Vertrauen sind für den Steuerberatervertrag von besonderer Bedeutung (BGH, Urt. v. 11.5.2006 – IX ZR 63/05, NJW-RR 2006, 1490). **Daher gilt gerade auch für den stark auf persönliches Vertrauen ausgerichteten Steuerberatervertrag, dass das Kündigungsrecht nicht durch Allgemeine Geschäftsbedingungen ausgeschlossen werden kann** (vgl. BGH, Urt. v. 9.6.2005 – III ZR 436/04, NJW 2005, 509; 511 unter Hinweis auf OLG Koblenz, Urt. v. 18.5.1990 – 2 U 1382/88, NJW-RR 1990, 1530).

5. Der Zahlungsanspruch ist auch nicht unter dem Aspekt begründet, dass der Vergütungsanspruch für das gesamte Jahr 2007 bereits im Zeitpunkt der Kündigung entstanden gewesen wäre.

**Nach § 12 Abs. 4 StBGebV hat die vorzeitige Vertragsbeendigung keinen Einfluss auf einen bereits entstandenen Gebührenanspruch.** Die Gebühr entsteht, sobald der Steuerberater aufgrund des Auftrags tätig geworden ist. Bei monatlich auszuführender Lohnbuchhaltung und Finanzbuchhaltung beginnt die Tätigkeit und entsteht der Honoraranspruch mit Ausführungen der für den jeweiligen Monat anfallenden Arbeiten. Anders verhält es sich nur dann, wenn im Nachhinein für ein abgelaufenes Jahr die Buchhaltung gefertigt wird (vgl. BGH, Urt. v. 6.7.2000 – IX ZR 210/99, NJW-RR 2001, 494).

Da der Kläger unstreitig ab Februar 2007 nicht mehr tätig geworden ist – der Honoraranspruch für die im Jahre 2007 erbrachten Leistungen ist ausgeglichen –, stehen ihm die geltend gemachten Ansprüche nicht zu. (...) ■



## Anwaltshaftung

- Nichterkennen einer Untreue
- Missbrauch der Vertretungsmacht
- Geldbetrag auf Anderkonto
- Barauszahlung
- Vollmachtsprüfung

(OLG Stuttgart, Urt. v. 16.12.2008 – 12 U 172/08)

### Leitsätze:

1. Ein Missbrauch der Vertretungsmacht durch einen Geschäftsführer einer GmbH ist für einen Rechtsanwalt als Geschäftspartner objektiv evident, wenn der Geschäftsführer in Vertretung der Gesellschaft einen hohen Geldbetrag auf ein Anderkonto des Rechtsanwalts überweist, um sich diesen sogleich in bar übergeben zu lassen, ohne dass für die Transaktion ein plausibler Grund vorliegt.

2. Zur Berücksichtigung des Einwands des rechtmäßigen Alternativverhaltens im Fall eines für den Geschäftspartner objektiv evidenten Missbrauchs der Vertretungsmacht. ■

### Zum Sachverhalt:

Die Klägerin nimmt den Beklagten wegen der Übernahme und Durchführung eines Mandats zur Abwicklung eines vermeintlichen Bargeschäfts über dessen Rechtsanwalts-Anderkonto auf Schadenersatz in Höhe von 457.482,12 EUR in Anspruch. ■

### Aus den Gründen:

Die Berufung der Klägerin ist zulässig und begründet. Anders als das Landgericht meint, hat die Klägerin gegen den Beklagten einen Anspruch auf Zahlung von 457.482,12 EUR. Der Anspruch folgt aus § 681 Satz 2 BGB i.V.m. § 667 BGB sowie auch aus § 678 BGB.

1. Der Beklagte handelte als Geschäftsführer ohne Auftrag. Ein Vertrag zwischen der Klägerin und dem Beklagten ist nicht zustande gekommen. Zwar hatte Herr B. nach § 35 GmbHG für den Abschluss des Vertrages Vertretungsmacht. Zu Recht macht die Klägerin jedoch geltend, dass der Geschäftsführer die Vertretungsmacht missbraucht hat und es dem Beklagten nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) verwehrt ist, sich auf die Willenserklärungen des Vertreters zu berufen. Dies hat zur Folge, dass er sich wie ein Geschäftsführer ohne Auftrag behandeln lassen muss (BGH v. 5.12.1983 – II ZR 56/82, GmbHR 1984, 96 = MDR 1984, 646 = NJW 1984, 1461).

a) Die Annahme eines Missbrauchs der Vertretungsmacht setzt in der Person des Vertreters voraus, **dass mit der durch die Vertretungsmacht gewährten Befugnis in treuwidriger Weise verfahren und dem Vertretenen dadurch ein Nachteil zugefügt wird** (vgl. BGH, NJW 2006, 2776 Tz. 3; BGH, NJW 1968, 1379, 1380). Dies ist vorliegend der Fall. Herr B. hat den Vertrag mit dem Beklagten unstreitig abgeschlossen,

um den dann auf das Anderkonto des Beklagten überwiesenen Betrag von 450.000 EUR nach der Auszahlung für sich zu verwenden, diesen also zu veruntreuen. Hierzu war er im Verhältnis zur Klägerin nicht berechtigt.

b) Es liegen auch die in der Person des Geschäftspartners erforderlichen Voraussetzungen dafür vor, dass der Beklagte sich auf die objektiv bestehende Vertretungsmacht nicht berufen darf. Der Missbrauch ist für ihn aufgrund massiver Verdachtsmomente evident gewesen.

aa) **Nach ständiger Rechtsprechung ist das Risiko eines Missbrauchs der Vertretungsmacht allerdings grundsätzlich vom Vertretenen zu tragen** (vgl. etwa BGH v. 29.6.1999 – XI ZR 277/98, MDR 1999, 1279 = NJW 1999, 2883; BGH v. 19.4.1994 – XI ZR 18/93, MDR 1994, 1195 = NJW 1994, 2082, 2083). Dem Vertragspartner obliegt im Allgemeinen keine besondere Prüfungspflicht, ob und inwieweit der Vertreter im Innenverhältnis gebunden ist, von einer nach außen unbeschränkten Vertretungsmacht nur begrenzten Gebrauch zu machen (BGH v. 29.6.1999 – XI ZR 277/98, MDR 1999, 1279 = NJW 1999, 2883; BGH v. 19.4.1994 – XI ZR 18/93, MDR 1994, 1195 = NJW 1994, 2082, 2083; BGH v. 8.3.1989 – IVa ZR 353/87, WM 1989, 1068, 1069). Wer einen Vertrag mit einer GmbH abschließen will, braucht sich daher grundsätzlich nicht darum zu kümmern, **ob der Geschäftsführer die sich aus dem Innenverhältnis ergebenden Schranken seiner Befugnis einhält**. Nachforschungen hierüber sollen dem redlichen Rechtsverkehr erspart bleiben. Darin liegt gerade der Sinn der gesetzlichen Regelung des § 37 Abs. 2 GmbHG, nach der die Vertretungsmacht der Geschäftsführer Dritten gegenüber unbeschränkbar ist (BGH v. 5.12.1983 – II ZR 56/82, GmbHR 1984, 96 = MDR 1984, 646 = NJW 1984, 1461).

Das Vertrauen des Geschäftspartners ist aber dann nicht mehr schutzwürdig, wenn der Missbrauch für den Geschäftspartner aufgrund massiver Verdachtsmomente objektiv evident ist (BGH v. 5.12.1983 – II ZR 56/82, GmbHR 1984, 96 = MDR 1984, 646 = NJW 1984, 1461; vgl. auch BGH v. 29.6.1999 – XI ZR 277/98, MDR 1999, 1279 = NJW 1999, 2883; BGH v. 19.4.1994 – XI ZR 18/93, MDR 1994, 1195 = NJW 1994, 2082, 2083). Dies ist dann der Fall, wenn der Vertreter **von seiner Vertretungsmacht in ersichtlich verdächtigerweise Gebrauch macht**, so dass beim Vertragspartner begründete Zweifel entstehen mussten, ob nicht ein Treuerverstoß des Vertreters gegenüber dem Vertretenen vorliegt (BGH v. 30.1.2002 – IV ZR 23/01, BGH-Report 2002, 408 = MDR 2002, 760 = NJW 2002, 1497, 1498; BGH v. 19.4.1994 – XI ZR 18/93, MDR 1994, 1195 = NJW 1994, 2082, 2083).

Dabei ist an die für § 242 BGB geforderte Evidenz des Vollmachtsmissbrauchs ein strenger Maßstab anzulegen (BGH v. 30.1.2002 – IV ZR 23/01, BGH-Report 2002, 408 = MDR 2002, 760 = NJW 2002, 1497, 1498).

bb) Der Vollmachtsmissbrauch von B. war bereits beim Gespräch am Flughafen im Oktober 2007, als der Vertrag mit dem Beklagten geschlossen wurde, objektiv evident.

(1) Es ist in einem hohen Maße ungewöhnlich, dass ein Unternehmen einen sechsstelligen Geldbetrag auf ein Anderkonto eines Rechtsanwaltes überweist, um diesen sich so gleich in bar übergeben zu lassen.

(a) Zwar mag es zutreffen, dass **Geschäfte mit osteuropäischen Unternehmen** zum Teil noch in bar abgewickelt werden. Es hätte dann aber wesentlich näher gelegen, dass eine derartige Bezahlung noch in der Bank erfolgt. Durch eine solche Vorgehensweise, die auch der Beklagte für die Abwicklung der Transaktion gewählt hat, wäre zum einen das Verlustrisiko ausgeschlossen worden, zum anderen hätte man Zeugen für die Übergabe gehabt. Soweit die Übergabe nicht in H. hätte stattfinden können, wäre eine Abhebung bei entsprechender Vorbereitung auch bei einer C.-Filiale in einer anderen Stadt möglich gewesen. Anhaltspunkte dafür, dass das Geld im Ausland übergeben werden sollte, bestanden für den Beklagten nicht, zumal ein Bargeldtransfer in dieser Größenordnung nicht unproblematisch ist und darüber hinaus auch hierfür zur Vermeidung von Verlustrisiken andere kostengünstige Möglichkeiten bestehen.

(b) Hinzu kommt, dass die Beauftragung des Beklagten unwirtschaftlich war, nachdem dadurch Kosten in Höhe von 7.482,12 EUR entstanden sind. Diese Kosten wären vermieden worden, wenn das Geld bei der C. in bar abgehoben worden wäre. Schließlich gab es auch keinen erkennbaren Grund, die Abwicklung in S. vorzunehmen, nachdem der Sitz der Klägerin in B. ist und das Konto bei einer Bank in H. geführt wird.

**(2) Für die Überweisung auf das Konto des Beklagten mit anschließender Barabhebung gab es – wie die Klägerin zu Recht geltend macht – auch keinen plausiblen Grund.**

(a) Die Erklärung, man wolle den Kauf der M.C. der C. **erst nach Genehmigung der laufenden Kreditanträge** mitteilen und dann **einen Kreditvertrag auf die M.C. umschreiben** lassen, ergibt keinen Sinn. Die Klägerin war – wie der Beklagte wusste – noch nicht lange am Markt tätig. Daher bestand die Gefahr, im Fall einer Verschleierung des Erwerbs das Vertrauen der C. zu verlieren. Vor diesem Hintergrund lag eine Änderung des Kreditantrags wesentlich näher, zumal auch die Auswechslung des Sicherungsgutes bei Antragstellung einen geringeren Aufwand verursachen dürfte als nach Abschluss des Darlehensvertrages. Zwar ist nicht auszuschließen, dass die Änderung eines Antrags zu einer gewissen Verzögerung der Kreditbewilligung geführt hätte. Es war aber offensichtlich genügend Geld für eine Baranzahlung vorhanden, so dass man den Vertrag gleichwohl hätte schließen können. Zudem hätte – wovon jedenfalls der Beklagte ausgegangen ist – aufgrund der von B. angegebenen Eigenmittel der Kaufpreis auch ohne Finanzierung geleistet werden können.

(b) Selbst wenn man die Erklärung, man wolle den Erwerb der M.C. gegenüber der Bank verschleiern, noch als ansatzweise plausibel ansehen würde, bleibt die Frage offen, warum das Geld nicht bei der C. abgehoben, **sondern der wesentlich kostspieligere und aufwendigere Weg über das**

**Anderkonto des Beklagten gewählt wurde.** Die Angabe B., man wolle die Situation hinsichtlich der Kreditanträge der Klägerin bei ihrer Hausbank nicht verschlechtern, vermag dies nicht zu erklären. Für die Kreditwürdigkeit eines Unternehmens ist es in aller Regel völlig **unerheblich, ob das Geld in bar oder durch Überweisung abfließt**. Eine Erklärung dafür, warum dies im konkreten Fall anders sein sollte, hat der Beklagte nicht verlangt und auch nicht erhalten.

(3) Hinzu kommt, dass auch die Beklagte zunächst ein treuwidriges Handeln in Betracht gezogen hat. Dies ergibt sich aus seiner Aktennotiz, in der er festgehalten hat, die Auszahlung nur mit Genehmigung der beiden Gesellschafter vornehmen zu wollen. Soweit der Beklagte ausführt, er habe die Zustimmung der Gesellschafter vor allem deshalb angestrebt, weil bei einer Barabhebung das Risiko bestehe, dass das Geld Herrn B. abhanden komme, ist dies nicht glaubhaft. Nachdem keine überzeugende Erklärung für den Geldfluss über das Anderkonto bestand, war auch aus der damaligen Sicht des Beklagten das Verlustrisiko im Vergleich zu der Gefahr der Veruntreuung überschaubar.

(4) Jedenfalls in der Gesamtschau der Auffälligkeiten ergibt sich ein derart massiver Verdacht eines Missbrauchs der Vertretungsmacht, dass dieser als objektiv evident im Sinne der Rechtsprechung anzusehen ist. Dabei ist auch zu berücksichtigen, **dass die Barauszahlung an den Geschäftsführer diesem die Möglichkeit, Gelder zum Nachteil der Klägerin zu veruntreuen und im Ausland unterzutauchen, erheblich erleichtert hat.** Anders als bei missbräuchlichen Überweisungen ist ein Nachverfolgen des Geldflusses in einer derartigen Konstellation nicht mehr möglich.

cc) Trotz dieser objektiven Evidenz des Missbrauchs der Vertretungsmacht **hat der Beklagte keine Maßnahmen ergriffen, um bestehende Zweifel zu klären.** Daher hat er die durch die Verdachtsmomente ausgelöste Informationspflicht (vgl. BGH v. 29.6.1999 – XI ZR 277/98, MDR 1999, 1279 = NJW 1999, 2883; BGH, WM 1986, 1068; BGH, NJW 1968, 1379, 1380; gegen diese Voraussetzung allerdings Schilken in: Staudinger, BGB 2004, § 167 Rz. 97 m.w.N.; Schramm in: Münch-Komm/BGB 5. Aufl., § 164 Rz. 116) zumindest fahrlässig verletzt. Der Beklagte durfte auch nicht auf die Aussage des Geschäftsführers vertrauen, dass er eine Überweisung in dieser Größenordnung nur mit Zustimmung eines Gesellschafters vornehmen könne. Dies folgt schon daraus, dass der Beklagte nicht wissen konnte, ob dies zutrifft. Es ist auch unerheblich, dass Herr B. auf dem Überweisungsauftrag die Unterschrift eines Mitgesellschafters gefälscht hat, nachdem der Beklagte hiervon keine Kenntnis hatte.

c) Anders als das Landgericht meint, kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Schaden auch bei pflichtgemäßem Verhalten des Beklagten entstanden wäre.

aa) Soweit der Beklagte einwendet, dass B. im Fall des Insistierens auf die Vorlage von schriftlichen Genehmigungen Fälschungen vorgelegt hätte, betrifft dies – wovon auch das Landgericht ausgegangen ist – einen hypothetischen Kausalverlauf im Fall des **rechtmäßigen Alternativverhaltens**, für

den der Beklagte beweispflichtig ist (vgl. BGH v. 15.3.2005 – VI ZR 313/03, BGH-Report 2005, 904 = MDR 2005, 988 = GesR 2005, 255 = NJW 2005, 1718, 1719; BGH v. 25.11.1992 – VIII ZR 170/91, MDR 1993, 119 = NJW 1993, 520, 521). Nachdem vorliegend der Nachweis der haftungsausfüllenden Kausalität zu erbringen ist, gilt § 287 ZPO. Der Beklagte hat diesen Nachweis nicht erbracht. Daher kann offen bleiben, ob der Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens im Falle des Missbrauchs der Vertretungsmacht überhaupt erheblich sein kann.

bb) Das Verlangen einer schriftlichen Bestätigung der Gesellschafter stellt kein rechtmäßiges Alternativverhalten dar, da der Beklagte allein damit seine Pflichten nicht erfüllt hätte. Die durch die objektive Evidenz des Vollmachtsmissbrauchs entstehende Informationspflicht ist nur erfüllt, wenn der Geschäftspartner Maßnahmen ergreift, die grundsätzlich geeignet sind, den Verdacht auszuräumen. Dies wäre im Fall einer schriftlichen Bestätigung nicht gegeben. Der Beklagte hatte unstreitig keine Unterschriftenprobe. Daher hätte B. die Bestätigungen leicht fälschen können, ohne dass der Beklagte dies hätte bemerken können. Soweit aber der Verdacht besteht, dass der Geschäftsführer seine Vertretungsmacht missbraucht, liegt es nicht fern, dass er auch gefälschte Erklärungen der Gesellschafter vorlegt.

cc) Daher war vom Beklagten im konkreten Fall zu verlangen, **dass er vor der Zurverfügungstellung des Anderkontos eine persönliche Kontaktaufnahme mit zumindest einem Gesellschafter vornimmt.**

(1) Eine persönliche Kontaktaufnahme war dem Beklagten auch **zumutbar**. Es stellt gegenüber dem Verlangen einer schriftlichen Bestätigung keine deutlich größere Misstrauensbekundung dar, wenn der Geschäftspartner den persönlichen Kontakt zu einem Gesellschafter sucht. Zudem ging es um einen erheblichen Betrag, so dass der Beklagte angesichts der objektiven Evidenz des Vollmachtsmissbrauchs einen Entzug des Mandats durch B. hätte in Kauf nehmen müssen. Eventuelle Sprachbarrieren hätten mittels eines Dolmetschers überwunden werden können.

(2) Es steht nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit fest, dass B. eine Telefonnummer einer anderen Person angegeben hätte, die dann entsprechende Erklärungen abgegeben hätte. Hiergegen spricht, dass im Vergleich zu einer Fälschung eines Schriftstücks der Aufwand deutlich höher gewesen wäre. B. hätte zunächst eine Person ausfindig machen müssen, die bereit gewesen wäre, unter dem Namen eines Gesellschafters der Klägerin aufzutreten. Zudem wäre B. ein wesentlich größeres Risiko eingegangen, da er diese Person in seine Tat zumindest in den Grundzügen hätte einweihen müssen. Daher wäre es dann, wenn der Beklagte eine persönliche Kontaktaufnahme verlangt hätte, eher wahrscheinlich gewesen, dass B. einen anderen Anwalt beauftragt hätte, um diese Komplikationen möglichst zu vermeiden. Diesem Anwalt hätten dann allerdings die gleichen Pflichten obliegen wie dem Beklagten, so dass auch nicht davon ausgegangen werden kann, dass der Schaden der Klägerin gleichermaßen entstanden wäre.

dd) Eine andere Beurteilung wäre auch dann nicht geboten, wenn man eine persönliche Kontaktaufnahme nicht als geeignet ansehen würde. In diesem Falle hätte der Beklagte, wenn keine Möglichkeit bestand, die erheblichen Verdachtsmomente zu klären, das Mandat ablehnen müssen.

2. Der Kläger kann **sowohl als Schadenersatzanspruch (§ 678 BGB) als auch als Herausgabeanspruch (§ 681 BGB i.V.m. § 667 BGB) die Rückzahlung des auf das Anderkonto überwiesenen Betrages von 450.000 EUR sowie des erlangten Anwaltshonorars i.H.v. 7.482,12 EUR verlangen.** (...) ■

## Honorar des Rechtsanwalts

- Fremdgelder
- Informationspflicht des Anwalts
- Auskehrung und Anderkonto
- Aufrechnung mit Honorarforderung
- Fälligkeit von Forderungen/Gegenforderungen (OLG Düsseldorf, Urt. v. 14.10.2008 – I-24 U 146/07)

### Leitsatz:

Gegen Anspruch des Mandanten auf Auszahlung von Fremdgeldern darf der Rechtsanwalt ausnahmsweise mit der Honorarforderung aus einem anderen Mandat aufrechnen, wenn diese zeitgleich fällig geworden ist. ■

### Aus den Gründen:

A. Durch das angefochtene Urteil ist die Klägerin mit ihrer auf Geldherausgabe (6.938,35 EUR zzgl. Zinsen) gerichteten, auf eine unbestritten gebliebene Forderung gestützten Klage abgewiesen worden, und zwar allein mit Rücksicht auf die vom beklagten Rechtsanwalt nachrangig erklärte Aufrechnung mit einer den Klageanspruch übersteigenden Honorarforderung (Kostennote vom 21.5.2005 über 8.365,92 EUR in der „Angelegenheit A“, künftig: Gegenforderung).

Dagegen richtet sich die Berufung der Klägerin, mit welcher sie die Abweisung der Klage bekämpft. Sie bestreitet die Gegenforderung nach Grund und Höhe und ist der Ansicht, die Aufrechnung sei jedenfalls treuwidrig und im Übrigen im ersten Rechtszug verspätet erklärt worden. Sie beantragt, (...)

Der Beklagte, der die landgerichtliche Abweisung der von ihm vorrangig zur Aufrechnung gestellten weiteren neun Gegenforderungen (Honorare und Auslagen) in einer Gesamthöhe von (4.091,28 EUR + 2.128,72 EUR) 6.220 EUR nicht mit einem Rechtsmittel angegriffen hat, bittet um Zurückweisung der Berufung. (...)

B. Das zulässige Rechtsmittel ist begründet. Das Landgericht hat zu Unrecht angenommen, der Beklagte könne mit der Honorarforderung aus der „Angelegenheit A“ gegen den Herausgabeanspruch aufrechnen; die erklärte Aufrechnung ist unzulässig.



1. Dem Rechtsanwalt, der vom Mandanten auf die Herausgabe von Fremdgeld in Anspruch genommen wird (§§ 675, 667 BGB), ist die Aufrechnung mit Honoraransprüchen aus auftragsfremden Angelegenheiten nur dann gestattet, wenn ein solches Vorgehen nicht gegen Treu und Glauben im Rechtsverkehr (§ 242 BGB) verstößt (vgl. BGH, NJW 1978, 1807, 1808 sub I. 2. b); 1995, 1425, 1426 sub II. 1. b); 2003, 140, 142 sub II. 4. c), bb); 2005, 2927 sub III.; 2007, 2640, 2641).

2. Im Streitfall liegt ein solcher Verstoß vor. Denn der Beklagte hat die **Aufrechnungslage durch Vertragsverstöße** hergestellt.

a) Die von der Klägerin schon in der Klageschrift dargestellte, vom Beklagten im ersten Rechtszug nicht bestrittene Abrechnungspraxis ist rechts- und vertragswidrig. Das Fremdgeld war bei dem Beklagten nach eigenem Vorbringen **am 3.12.2003** eingegangen. **Er hatte die Klägerin davon weder unverzüglich unterrichtet, noch hatte er das Fremdgeld unverzüglich, d.h. spätestens nach zwei Wochen, an sie ausgekehrt** (vgl. BGH, AnwBl 2005, 716 = MDR 2006, 231 sub III. 1. b)) **oder in feststellbarer Weise auf ein für sie einzurichtendes Anderkonto eingezahlt** (vgl. § 43a Abs. 5 Satz 2 BRAO), noch hatte er mit zu diesem Zeitpunkt fälligen und abgerechneten Gegenforderungen die Aufrechnung erklärt.

Selbst wenn seine erst im zweiten Rechtszug aufgestellte Behauptung zutreffen sollte, die Klägerin von der Beitreibung der Forderung durch den zuständigen Gerichtsvollzieher am 5.12.2003 unterrichtet zu haben, fehlen die unverzügliche Mitteilung vom Geldeingang und die geschuldete Abrechnung des Fremdgeldes. Seine erst jetzt im zweiten Rechtszug aufgestellte Behauptung, er habe abgerechnet, ist unsubstantiiert; er legt weder die Abrechnung vor, noch nennt er das Datum der behaupteten Rechnungslegung. Auch trägt er nicht vor, wann er sie der Klägerin übermittelt haben will, so dass es auf die Präklusion dieses bestrittenen Vortrags im Berufungsrechtszug (§§ 529, 531 ZPO) nicht mehr ankommt. Auch nachdem die erst durch eigene Ermittlungen inzwischen vom Geldeingang unterrichtete Klägerin den Beklagten mit Schreiben vom 2.9.2004 aufgefordert hatte, das eingezogene Geld herauszugeben, erfolgte keine Abrechnung. Das geschah in feststellbarer Weise vielmehr erst mit Schriftsatz vom 1.2.2006.

b) Erst durch dieses vertragswidrige Vorgehen ist es dem Beklagten gelungen, die Aufrechnungslage herzustellen. **Die hier relevante Gegenforderung aus der „Angelegenheit A“ ist erst durch die Übersendung der unterzeichneten Kostennote vom 21.5.2005 gemäß § 18 Abs. 1 Satz 1 BRAGO einforder- und aufrechenbar geworden** (vgl. BGH, AnwBl 1985, 257). Daraus folgt, dass der Beklagte die Aufrechnungslage (§ 387 BGB) erst durch schuldhaftes Vertragsverstöße, nämlich etwa 1 1/2 Jahre nach Eintritt der Fälligkeit des Herausgabeanspruchs und erst 3/4 Jahr nach dem Zugang der Zahlungsaufforderung hergestellt hatte. Das ist treuwidrig i.S.d. § 242 BGB (vgl. dazu BGH, AnwBl 2005, 716 = MDR 2006, 231 sub III. 1. b)) und steht der Aufrechnung entgegen.

c) Dabei kann in diesem Zusammenhang offenbleiben, ob die (auch erst im zweiten Rechtszug aufgestellte und unter Beweis gestellte) Behauptung des Beklagten zutrifft, es habe zwischen den Parteien eine Verrechnungsvereinbarung bestanden.

Es versteht sich von selbst, dass **eine vereinbarte Verrechnung nur zeitnah zum Eintritt der Fälligkeit des Herausgabeanspruchs mit zu diesem Zeitpunkt fälligen Honoraransprüchen in Betracht kommt**, und das auch nur dann, wenn der Rechtsanwalt unaufgefordert seinen Informationspflichten (§ 666 Halbs. 1 BGB) und auf entsprechendes Verlangen des Mandanten seinen Rechenschaftspflichten (§§ 666 Halbs. 2, 259 f BGB) unverzüglich nachkommt. Das ist im Streitfall – wie bereits ausgeführt – aber nicht geschehen.

3. Ohne Erfolg kommt der Beklagte auf die vom Landgericht als nicht bestehend zurückgewiesenen vorrangigen Aufrechnungspositionen in einer Gesamthöhe von 6.220 EUR zurück. Das Landgericht hat über diese Gegenforderungen rechtskräftig i.S.d. § 322 Abs. 2 ZPO entschieden, ohne dass diese Feststellungen wirksam angegriffen worden sind.

a) Verteidigt sich die beklagte Partei mit mehreren Gegenforderungen gegen ihre Inanspruchnahme, so hat das Gericht über alle Gegenforderungen nacheinander zu entscheiden, und zwar in der Reihenfolge, in der sie von der beklagten Partei zur Aufrechnung gestellt worden sind und so lange, wie nicht die Hauptforderung durch die bereits geprüften Gegenforderungen als erloschen zu gelten hat (vgl. BGH, NJW-RR 1992, 316; OLG Düsseldorf, NJW-RR 1994, 1279).

aa) Daraus folgt, dass alle vom Gericht mit negativem Ausgang geprüften Gegenforderungen als nicht bestehend i.S.d. § 322 Abs. 2 ZPO gelten, wobei sich die Rechtskraftwirkung jeder einzelnen Gegenforderung der Höhe nach auf die Höhe der Hauptforderung beschränkt (BGH, a.a.O.). Nach dem Eintritt der (Teil-)Rechtskraft des Urteils kann eine solche Gegenforderung nicht mehr Gegenstand einer gerichtlichen Prüfung sein, sei es in einem neuen Prozess, sei es im Rechtsmittelverfahren allein der klagenden Partei (Zöller/Vollkommer, ZPO 26. Aufl., § 322 Rdnr. 21).

bb) Daraus folgt ferner, dass die beklagte Partei im Umfang der rechtskräftig als nicht bestehend zurückgewiesenen Gegenforderungen i.S.d. § 511 ZPO beschwert ist und Rechtsmittel einlegen kann, und zwar auch dann, wenn die Klage nur wegen nachrangiger Gegenforderungen abgewiesen worden ist (vgl. BGH, a.a.O.; Zöller/Gummer/Heßler, a.a.O., vor § 511 Rdnr. 6a m.w.N.).

b) Im Streitfall hat das Landgericht **sämtliche vorrangig zur Aufrechnung gestellten Gegenforderungen, von denen keine der Höhe nach die Hauptforderung übersteigt, geprüft und rechtskräftig als nicht bestehend erkannt**. Der Beklagte hat sie damit durch das nur von der Klägerin angefochtene Urteil verloren. (...) ■



## Anwaltschaftung

- Arbeitsrechtliche Beratung
- Kündigungserklärung des Arbeitnehmers
- Aussichtsreiche Kündigungsschutzklage
- Schadensschätzung, Bonuszahlungen  
(OLG Düsseldorf, Beschl. v. 2.9.2008 – I-24 U 59/07)

### Leitsätze:

1. Rät der Rechtsanwalt fehlerhaft seinem Mandanten (Arbeitnehmer), selbst das Arbeitsverhältnis zu kündigen, und entzieht der Mandant, diesem Rat folgend, damit einer aussichtsreichen Kündigungsschutzklage gegen eine zuvor ausgesprochene Arbeitgeberkündigung die Grundlage, so ist der Rechtsanwalt für den daraus entstehenden Schaden verantwortlich.

2. Im Rahmen der Schadensschätzung kommen dem Mandanten auch Bonuszahlungen zugute, sofern der Rechtsanwalt nicht besondere Umstände für den Fortfall solcher Leistungen des Arbeitgebers vorträgt (z.B. nicht einzuhaltende Zielvorgaben).

3. Zur Zuständigkeit des originären Einzelrichters. ■

### Aus den Gründen:

I. Die Berufung des Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts ist gemäß § 522 Abs. 2 ZPO durch Beschluss zurückzuweisen, weil die Berufung in der Sache keinen Erfolg, die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat und eine Entscheidung des Berufungsgerichts durch Urteil auch zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung nicht erforderlich ist. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird auf den Hinweisbeschluss des Senats vom 3.7.2008 Bezug genommen. Der Senat hat dort im Wesentlichen ausgeführt:

Das Berufungsvorbringen ist nicht geeignet, eine für den Beklagten günstigere Entscheidung zu rechtfertigen.

1. Ohne Erfolg macht die Berufung geltend, das Landgericht habe entgegen § 348 Abs. 1 Nr. 2 lit. d ZPO durch den originären Einzelrichter entschieden. Nach dieser Norm ist die Kammer (statt des Einzelrichters) zur Entscheidung berufen, wenn die Zuständigkeit der Kammer nach dem Geschäftsverteilungsplan des Gerichts wegen der Zuweisung des Rechtsstreits zum Sachgebiet

„Streitigkeiten aus der Berufstätigkeit der Rechtsanwälte, Patentanwälte, Notare, Steuerberater, Steuerbevollmächtigten, Wirtschaftsprüfer und vereidigten Buchprüfer“

begründet ist. Der bei Eintritt der Rechtshängigkeit im Jahr 2006 maßgebliche Geschäftsverteilungsplan des Landgerichts Duisburg sah allerdings – dies hat sich auch in den Folgejahren nicht geändert – eine Aufteilung der Zuständigkeiten der Zivilkammern nach Sachgebieten nicht vor. Der Senat hat sich hierüber im Freibeweisverfahren durch Nach-

frage bei der Verwaltung des Landgerichts gesicherte Kenntnis verschafft. Mangels einer durch den Geschäftsverteilungsplan begründeten Spezialzuständigkeit der Kammer scheidet ein Verstoß gegen § 348 Abs. 1 Nr. 2 lit. d ZPO von vornherein aus.

2. Der Beklagte hat die ihm aus dem mit der Zeugin G. (im Folgenden auch: Zedentin) geschlossenen Anwaltsvertrag obliegenden Pflichten schuldhaft verletzt und sich hierdurch der Zedentin gegenüber gemäß §§ 280 Abs. 1, 675 BGB schadenersatzpflichtig gemacht.

a) Mit Klageschrift vom 5.12.2004 hat der Beklagte auftrags der Zedentin gegen deren damalige Arbeitgeberin, die E. AG, vor dem Arbeitsgericht Hamburg Kündigungsschutzklage erhoben, nachdem die Arbeitgeberin durch Schreiben vom 23.11.2004 den mit der Zedentin am 20.10.2003 geschlossenen „Ergänzungsvertrag“ gekündigt hatte.

Am Folgetag, dem 6.12.2004, hat der Beklagte nach einem mit der Zedentin am 3.12.2004 geführten Telefonat und aufgrund einer ihm gesondert erteilten „Vollmacht zur Kündigung des Anstellungsverhältnisses“ mit einem von ihm auf den 28.7.2003 rückdatierten Schreiben den „Anstellungsvertrag“ der Zedentin bei der E. AG vom 10.7.2001 fristlos gekündigt. Durch diese Kündigung hat der Beklagte dem unmittelbar zuvor erst eingeleiteten Kündigungsschutzprozess die Grundlage entzogen und ein Obsiegen der Zedentin in jenem Verfahren unmöglich gemacht.

b) Die von dem Beklagten auch noch im Berufungsrechtszug vertretene Auffassung, die Kündigung des Anstellungsvertrages vom 10.7.2001 habe nicht automatisch auch zum Erlöschen des Ergänzungsvertrages vom 20.10.2003 geführt, weil jener während der Laufzeit des Ergänzungsvertrages geruht habe, ist von Rechtsirrtum beeinflusst. Das Arbeitsgericht hat bereits mit Beschluss vom 22.5.2005 im Rechtsstreit der Zedentin gegen ihre frühere Arbeitgeberin zutreffend darauf hingewiesen, dass der Ergänzungsvertrag nach seinem Inhalt den Anstellungsvertrag nicht habe ersetzen sollen, sondern neben ihn treten sollte. Dies ergibt sich bereits aus der Präambel des Ergänzungsvertrages, in der auf den Anstellungsvertrag mit den Worten

„Ergänzend zu dem Anstellungsvertrag vom 10.7.2001“

mit der Maßgabe Bezug genommen worden ist, die dort getroffenen Regelungen sollten „ergänzt“ – also modifiziert und/oder erweitert – werden.

Der grundsätzliche Fortbestand des mit Vertrag vom 10.7.2001 begründeten Arbeitsverhältnisses ist überdies klargestellt durch die Klausel Nr. XVI.1. des Ergänzungsvertrages, die für alle nicht in dem Ergänzungsvertrag gesondert geregelten Fragen auf den Anstellungsvertrag verweist. Diese wiederholte Anknüpfung des Vertragstextes an das zugrunde liegende Arbeitsverhältnis – den Anstellungsvertrag – steht der Aufspaltung des Arbeitsverhältnisses in zwei Arbeitsverhältnisse, nämlich ein ruhendes und ein aktives (so die Rechtsauffassung des Beklagten), entgegen. Die Ver-

tragsparteien wollten kein zweites Arbeitsverhältnis begründen und haben dies auch nicht getan. Mit der Kündigung des Anstellungsvertrages entfiel – auch dies hat das Arbeitsgericht zutreffend beurteilt – die Grundlage des Ergänzungsvertrages und damit auch der sich gegen dessen Kündigung richtenden Kündigungsschutzklage. Selbst wenn man dies anders würdigen könnte, hätte der Beklagte den Grundsatz, seiner Mandantin den sichersten Weg zu zeigen (BGH, NJW 1981, 2742; NJW-RR 1990, 205), verletzt.

c) Bereits auf der Grundlage des unstreitigen Sachverhalts steht fest, **dass der Beklagte die Zedentin vor Ausspruch der Kündigung des Anstellungsvertrages unrichtig über die rechtlichen Konsequenzen jener Kündigung belehrt hat. Denn der Beklagte hat die Zedentin anlässlich des Telefonats vom 3.12.2004 pflichtwidrig nicht darüber belehrt, dass die Kündigung des Anstellungsvertrages – wie dargestellt – der zu erhebenden Kündigungsschutzklage die Grundlage entziehen werde.** Dieser Beratungsfehler ist dokumentiert im Schreiben des Beklagten an die Zedentin vom 10.12.2004, in welchem der Beklagte unter Bezugnahme auf eine Erklärung der EMF, alle bestehenden Rechte und Pflichten seien durch die fristlose Kündigung erloschen, ausführt:

„Ihre Kündigungsschutzklage bleibt von dieser Äußerung ohnehin völlig unberührt. Mit dieser Klage verfolgen wir den Zweck, Ihre Ansprüche aus dem Ergänzungsvertrag geltend zu machen: Beschäftigung in Mailand, Fortzahlung der entsprechenden Vergütung, Nutzung des PKW etc. (...) Mehrfach hatte ich Ihnen bereits geschildert, dass sie eine Abfindung in der Größenordnung von ca. 40.000 EUR erwarten können. Vermutlich wird der Betrag aber höher sein. (...)“

Diese Ausführungen geben die Rechtsauffassung wieder, die der Beklagte der Zedentin gegenüber in jenem Telefonat vom 3.12.2004, das der Eigenkündigung vorausging, vertreten hat. Auf die Übereinstimmung der von ihm erteilten Belehrung mit dem Inhalt des Schreibens vom 10.12.2004 hat der Beklagte mit Schriftsatz vom 29.11.2006 ausdrücklich hingewiesen. Da die dort geäußerte Rechtsauffassung, die Kündigungsschutzklage bleibe (von der Eigenkündigung) unberührt, Rechtsirrtum unterliegt, ist auch die auf Grundlage dieser Rechtsauffassung erteilte Belehrung fehlerhaft und damit pflichtwidrig. Das Verschulden des Beklagten wird gemäß § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB vermutet.

Soweit sich der Beklagte auf einen Gesprächsvermerk vom 3.12.2004 bezieht und behauptet, diesen Vermerk unmittelbar nach dem Gespräch mit der Zeugin G. diktiert zu haben, bedarf es keiner Beweiserhebung durch Vernehmung der hierzu von dem Beklagten als Zeugin benannten Sekretärin D. Es kann unterstellt werden, dass der Vermerk tatsächlich in zeitlichem Zusammenhang mit dem Telefonat mit der Zeugin G. vom 3.12.2004 gefertigt worden ist. In der nach § 286 ZPO vorzunehmenden Gesamtwürdigung tritt jener intern (im Kanzleibetrieb des Beklagten) gebliebene Vermerk aber zurück gegenüber dem Schreiben des Beklagten an die Zeugin vom 10.12.2004, das zeitnah und im Außenverhältnis zur Mandantin den Inhalt der ihr erteilten Rechtsbelehrungen wiedergibt.

d) Der Senat tritt im Übrigen der überzeugenden Beweiswürdigung des Landgerichts zum Schadensgrund bei. Da aber die Pflichtverletzung des Beklagten – wie ausgeführt – bereits auf der Grundlage des die Beweiswürdigung bestätigenden unstreitigen Sachverhalts ohnehin feststeht, bedarf es hier keiner vertiefenden Ausführungen zu den einzelnen Berufungsangriffen gegen das Ergebnis der Beweisaufnahme und insbesondere auch nicht einer Erörterung zur Glaubwürdigkeit der Zeugin G. und zur Glaubhaftigkeit ihrer Bekundungen zu dem Inhalt des Telefonats vom 3.12.2004.

e) In Anwendung von § 287 ZPO ist davon auszugehen, dass die Zedentin, **hätte der Beklagte sie pflichtgemäß über die negativen Auswirkungen der Eigenkündigung auf die Aussichten der Kündigungsschutzklage belehrt, beraterichtig verhalten und von der Eigenkündigung Abstand genommen hätte.** Zwar obliegt es der Klägerin, den Ursachenzusammenhang zwischen dem Mangel der anwaltlichen Beratung und dem eingetretenen Schaden darzulegen und zu beweisen. **Ihre Darlegungslast ist aber dadurch gemindert, dass die Feststellung der haftungsausfüllenden Kausalität der richterlichen Beurteilung nach § 287 ZPO unterliegt (vgl. BGH, NJW 2000, 1572; NJW 2004, 2817) und nach den Grundsätzen des Anscheinsbeweises das aufklärungsrichtige Verhalten des Mandanten vermutet wird (vgl. BGH, NJW 1992, 240; BGH, NJW 1998, 749; Palandt/Heinrichs, BGB 65. Aufl., § 280 Rdnr. 39 m.w.N.).**

Bei vernünftiger Betrachtung hätte nur die Entscheidung der Zedentin, nämlich von einer Kündigung Abstand zu nehmen, nahegelegen. **Denn erst durch eine pflichtgemäße Belehrung hätte die Zeugin Kenntnis davon erlangt, dass ihr durch die Eigenkündigung der Verlust der Existenzgrundlage – nämlich auch ihrer mit der Kündigungsschutzklage erstrebten wirtschaftlichen Ziele – drohte.** Von der Eigenkündigung Abstand zu nehmen, lag ferner deswegen nahe, weil die Zedentin wegen der in Nr. 1. 5. des Ergänzungsvertrages vereinbarten Vorankündigungsfrist von 6 Monaten keineswegs sogleich nach Hamburg zurückgerufen werden konnte; das von dem Beklagten für die Eigenkündigung vorgetragene Motiv, eine Rückkehr nach Hamburg zu vermeiden, tritt im Hinblick auf diese Vertragsbestimmung ohnehin in den Hintergrund.

f) Ohne die eigene Kündigung des Anstellungsvertrages wären der Zedentin die ihr aus dem Ergänzungsvertrag zustehenden **Gehaltsansprüche ungeschmälert verblieben;** mit Recht hat das Arbeitsgericht die Kündigung des Ergänzungsvertrages durch die Arbeitgeberin vom 23.11.2004 als unzulässige und deswegen unwirksame Teilkündigung angesehen. Es ist davon auszugehen, dass die Zedentin in dem Kündigungsschutzprozess obsiegt hätte.

Mit Recht hat das Landgericht überdies festgestellt, dass auch der Vergleich vom 3.8.2005, der infolge der Feststellung der Erledigung aller wechselseitigen Ansprüche in Ziff. 4. die Geltendmachung jedweder Gehalts- und Schadenersatzansprüche der Zedentin gegen ihre Arbeitgeberin auch rückwirkend ausschloss, ohne die sachwidrige Eigenkündigung des Anstellungsvertrages überhaupt nicht geschlossen worden wäre.

3. Auch die Berufungsangriffe zur Höhe des Anspruchs bleiben ohne Erfolg.

a) Es kann dahinstehen, ob die (unwirksame) fristlose Kündigung der Arbeitgeberin in einen Rückruf der Zedentin nach Hamburg gemäß Nr. I. 5. des Ergänzungsvertrages umzudeuten ist oder nicht. Dies hätte – entgegen der Auffassung der Berufungsbegründung – nicht zur Folge, dass die Schadenberechnung mit dem 30.6.2005 abzuschließen wäre. Denn die Folgen eines solchen Rückrufs sind in der „Rückkehrklausel“ Nr. XV des Ergänzungsvertrages dahin geregelt, dass der Zedentin in Hamburg eine Stellung anzubieten gewesen wäre, die hinsichtlich Funktion und Vergütung der „bisherigen“ (nämlich der auf Grundlage des Ergänzungsvertrages erlangten) Position der Zedentin entspräche. Die nachfolgende Einschränkung

„Sie erklären sich dazu bereit, vorübergehend auch geringwertige Tätigkeiten auszuüben.“

erweitert lediglich die Direktionsbefugnis der Geschäftsleitung dahin, die Zedentin etwa auch – wie früher – vorübergehend als Empfangsdame oder dergleichen einzusetzen. Sie besagt aber nicht, dass die Zedentin sich auch mit einem entsprechend geringeren Gehalt hätte begnügen müssen. Denn eine abweichende Regelung hinsichtlich der Gegenleistung – der Vergütung – trifft jene Klausel gerade nicht.

b) Zu Recht hat das Landgericht dem der Zedentin entstandenen **Schaden** auch den unter „Vergütung“ in Nr. II. 3. des Ergänzungsvertrages vorgesehenen Bonus zugerechnet und zwar mit Recht den erreichbaren Höchstbetrag von 50 % eines Monatsbruttogehalts.

aa) Allerdings beurteilt sich der **Anspruch auf Bonuszahlung bei unterbliebener Zielvereinbarung** entgegen der vom Landgericht zitierten Auffassung des LAG Köln (*so noch zuletzt LAG Köln, ArbuR 2008, 228*) nicht nach dem Rechtsgedanken des § 162 Abs. 1 BGB. Nach der hierzu klarstellenden Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 12.12.2007 (*NJW 2008, 872*) **steht dem Arbeitnehmer vielmehr in Höhe der versprochenen Bonuszahlung ein Schadenersatzanspruch wegen Nebenpflichtverletzung gemäß §§ 280 Abs. 3, 283 BGB zu, wenn der Arbeitgeber vor Ablauf der Zielperiode die zu erreichenden Zielvorgaben nicht konkretisiert hat** (insoweit durchaus übereinstimmend mit der auf §§ 280, 249 BGB abstellenden Entscheidung des Landgerichts).

bb) Dies ist auch hier der Fall: Die frühere Arbeitgeberin hat sich gegenüber der Zedentin schadenersatzpflichtig gemacht, weil sie es unterlassen hat, für sie rechtzeitig Zielvorgaben zur Bemessung der vereinbarten Bonuszahlung zu konkretisieren. **Die Initiativlast zur Formulierung der zu erreichenden Ziele** gemäß Anlage 2 zur Ergänzungsvereinbarung **lag nicht bei der Zedentin, sondern allein bei ihrer Arbeitgeberin**. Zwar ist dem Ergänzungsvertrag ein nicht ausgefüllter und nicht unterzeichneter Entwurf einer Anlage 2 beigelegt, der mit „Zielvereinbarung“ betitelt ist. Die Formulierung der Vertragsklausel Nr. I. 3. enthält aber keinerlei Hinweis darauf,

dass der Zedentin bei der Formulierung der von ihr zu erreichenden Ziele etwa ein eigenständiges Mitspracherecht zustehen sollte. Der Zedentin wird vielmehr eine „leistungsabhängige Vergütung“ versprochen, die bei einem „Zielerreichungsgrad von 100 %“ die Hälfte eines Monatsbruttogehalts erreichen sollte.

Ein Anspruch der Zedentin auf Mitsprache bei Konkretisierung der die Höhe ihres Vergütungsanspruchs regelnden – auch unternehmerischen – Ziele der Arbeitgeberin ergibt sich weder aus dem Text der Ergänzungsvereinbarung noch dem Sachzusammenhang. Dies rechtfertigt den Schluss, dass die Festlegung der Ziele allein der Arbeitgeberin oblag. Die von der Zeugin G. bei ihrer Vernehmung durch das Landgericht berichtete Äußerung des Geschäftsführers F., er werde die Anlage 2 zu gegebener Zeit ausfüllen, bestätigt diese Auslegung des Ergänzungsvertrages.

Der sie danach treffenden Verpflichtung, die Zielvorgaben für die Bonuszahlungen zu konkretisieren, ist die Arbeitgeberin unstreitig zu keinem Zeitpunkt nachgekommen. Soweit der Beklagte im Berufungsrechtszuge erstmals ein „offensichtliches“ Einverständnis der Zedentin mit dem Unterbleiben von Zielvorgaben behauptet, fehlt es an jeder Substantiierung. Anhaltspunkte dafür sind auch sonst nicht ersichtlich.

cc) Mit der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts **ist in Anwendung von § 287 ZPO davon auszugehen, dass die Zedentin bei ordnungsgemäßer Konkretisierung der Zielvorgaben diese auch erreicht und die Bonuszahlung im Höchstbetrag von 50% eines Monatsgrundgehalts verdient hätte**. Zwar müssen Zielvorgaben und Zielvereinbarungen nicht stets die in Aussicht gestellte Bonuszahlung auslösen. Sie verfehlen jedoch ihren **Motivationszweck** und werden ihrer **Anreizfunktion** nicht gerecht, wenn die festgelegten Ziele vom Arbeitnehmer von vornherein nicht erreicht werden können. Auch kann sich ein Arbeitgeber der in der Rahmenvereinbarung zugesagten Bonuszahlung nicht dadurch entziehen, dass er vom Arbeitnehmer Unmögliches verlangt und nur bereit ist, Ziele zu vereinbaren, die kein Arbeitnehmer erreichen kann.

Dem ist bei der Ermittlung des Schadens nach § 287 Abs. 1 ZPO Rechnung zu tragen. **Hierbei ist grundsätzlich davon auszugehen, dass ein Arbeitnehmer vereinbarte Ziele erreicht hätte, wenn nicht besondere Umstände diese Annahme ausschließen**. Solche besonderen Umstände hat der Arbeitgeber darzutun und ggf. nachzuweisen (*BAG, a.a.O., sub VII. 1. b) dd*)).

Besondere Umstände in diesem Sinne, die eine Zielerreichung durch die Zedentin ausschließen, hat der Beklagte nicht dargelegt, obwohl er im Regressprozess in die Rolle des ehemaligen Prozessgegners, hier der Arbeitgeberin, schlüpft (*vgl. BGH, NJW 2000, 1572*). Auch dem von dem Beklagten vorgelegten Schriftsatz des damaligen Prozessbevollmächtigten der Arbeitgeberin – Rechtsanwalt Dr. G. – vom 16.2.2005 ist hierzu Substantielles nicht zu entnehmen; die dortigen Ausführungen zur „Leistungsprämie“ enthalten

keinen konkreten Tatsachenvortrag zu den Leistungen der Zedentin. Zudem ist davon auszugehen, dass die Zedentin, wären ihr für die Bonuszahlung rechtzeitig Zielvorgaben gemacht worden, ihren Arbeitseinsatz diesen Vorgaben angepasst hätte.

c) Hinsichtlich der Berechnung des Schadens im Einzelnen – insbesondere der fiktiven Berechnung der Sozialabgaben und Einkommensteuern – wird auf das angefochtene Urteil, das insoweit mit der Berufungsbegründung nicht angegriffen ist, verwiesen.

II. An diesen Erwägungen hält der Senat fest. Das tatsächliche und rechtliche Vorbringen des Beklagten im Schriftsatz vom 28.7.2008 gibt keinen Anlass zu einer anderen Beurteilung, weil es gegenüber der Berufungsbegründung, die der Senat vollständig berücksichtigt hat, keine entscheidungserheblichen neuen Gesichtspunkte enthält.

Ergänzend ist Folgendes auszuführen:

1. Ohne Erfolg macht der Beklagte geltend, die Voraussetzungen einer Entscheidung im Verfahren nach § 522 Abs. 2 ZPO lägen nicht mehr vor, da lediglich die Ladung zum Verhandlungstermin 27.11.2007, nicht aber die Ladungen zu den Terminen vom 11.3.2008, 6.5.2008, 24.6.2008, 8.7.2008 und 19.8.2008 mit dem Vorbehalt einer Entscheidung nach § 522 Abs. 2 ZPO verbunden gewesen sei. Diese Erwägungen verkennen, dass der Senat nicht etwa Folgetermine bestimmt, sondern lediglich den ersten Verhandlungstermin vom 27.11.2007 aus dienstlichen Gründen wiederholt auf einen späteren Termintag verlegt hat. An dem für den ersten Verhandlungstermin erteilten Hinweis auf eine noch vorbehaltene Entscheidung nach § 522 Abs. 2 ZPO hat sich durch die Terminverlegungen nichts geändert.

Soweit der Beklagte ferner geltend macht, dass es an einer unverzüglichen Entscheidung nach § 522 Abs. 2 ZPO durch das Berufungsgericht fehle, da die Berufung seit März 2007 anhängig sei, übersieht er, dass „unverzüglich“ nicht bedeutet, dass die Entscheidung an eine bestimmte Frist gebunden wäre (vgl. Zöller/Gummer/Heßler, ZPO 26. Aufl. 2007, § 522 Rdnr. 31), sondern dass die Entscheidung wie in den Fällen des § 121 Abs. 1 Satz 1 BGB ohne schuldhaftes Zögern ergeht (vgl. OLG Brandenburg, Beschl. v. 15.6.2007 – 11 U (Baul) 1/06; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO 65. Aufl. 2007, § 522 Rdnr. 15). Dies ist hier der Fall.

2. Weder zur rechtlichen Einordnung des Ergänzungsvertrages noch zu dem Inhalt des Telefonats vom 3.12.2004 und zur Unzulänglichkeit der von ihm der Zedentin erteilten Belehrungen hat der Beklagte in seiner Stellungnahme Umstände und Gründe dargetan, die der Senat nicht bereits in seinem Hinweisbeschluss berücksichtigt hätte. Er erkennt zudem, dass er mit Schriftsatz vom 29.11.2006 ausdrücklich vorgetragen hat, sein Schreiben vom 10.12.2004 belege den Inhalt des Telefonats. Da sich die Pflichtverletzung aus dem unstrittigen Sachverhalt ergibt, kommt es auf die Bekundungen der Zeugin zu dem Inhalt des Telefonats, die der Beklagte in seiner Stellungnahme erneut angreift, nicht an.

3. Die im Schriftsatz des damaligen Prozessbevollmächtigten der E. AG vom 16.2.2005 erklärte Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch die Arbeitgeberin lässt die Kausalität der Pflichtverletzung des Beklagten für den eingetretenen Schaden nicht entfallen. Für die Laufzeit des Anstellungsvertrages bis 30.6.2006 war eine ordentliche Kündigung ohnehin ausgeschlossen. Eine außerordentliche Kündigung ist in dem genannten Schriftsatz nicht erklärt; insbesondere ist die dort auf Seite 2 vorsorglich erklärte Kündigung nicht auf den später – Seite 5 – geäußerten Anfangsverdacht eines versuchten Prozessbetruges gestützt. Überdies hat der Beklagte keinen Beweis für die angebliche Straftat angetreten.

4. Die nach dem Inhalt der E-Mail vom 2.12.2005 „in der ersten Jahreshälfte 2004“ erfolgte Ankündigung einer Schließung für den Fall, dass kein Geschäft zustande kommt, ist nicht geeignet, die fehlenden Zielvorgaben für den Bonus zu ersetzen. (...) ■

## Anwaltshaftung

- Verjährung von Ansprüchen
- Übergangsregelung, neues Verjährungsrecht
- Dauermandat/Einzelauftrag
- Verhandlung
- Informationen an den Berufshaftpflichtversicherer (OLG Frankfurt, Beschl. v. 15.8.2008 – 19 U 57/08)

### Leitsätze:

1. Zur Frage der Verjährung von Ansprüchen gegen einen Rechtsanwalt wegen Verletzung anwaltlicher Pflichten.

2. Ungeachtet eines bestehenden Dauerberatungsvertrages ist haftungsrechtlich und mithin auch verjährungsrechtlich der Haftungsfall gesondert zu beurteilen, wenn ihm ein gesonderter Auftrag zugrunde liegt, der nicht Gegenstand des Dauerberatungsvertrages ist.

3. Allein die Ankündigung, den Haftpflichtversicherer zu informieren, kann nicht als Schweben von Verhandlungen i.S.d. § 203 BGB angesehen werden, wenn der in Anspruch Genommene seine Haftpflichtversicherung von dem möglichen Regressfall tatsächlich informiert hat. ■

### Aus den Gründen:

(...) Das Landgericht hat mit Recht und zutreffender Begründung einen Anspruch des Klägers gegen die Beklagten auf Schadenersatz wegen Verletzung anwaltlicher Pflichten wegen eingetretener Verjährung der in Betracht kommenden Ansprüche verneint.

1. Der (Primär-)Anspruch gegen die Beklagten auf Schadenersatz wegen **Verletzung ihrer anwaltlichen Pflicht zur fristgerechten Fertigung und Einreichung der Klageerwidern**



ist nach Art. 229 §§ 6 Abs. 1 Satz 2, 12 Abs. 1, § 51b BRAO a.F. verjährt. Danach verjährt der gegen einen Rechtsanwalt gerichtete Schadenersatzanspruch in drei Jahren nach Entstehung des Anspruchs, spätestens jedoch in drei Jahren nach Beendigung des Mandats. Vorliegend kann offenbleiben, ob die dreijährige Verjährungsfrist bereits mit Versäumung der Klageerweiterungsfrist, mit dem Erlass der aufgrund eines Fehlers des Rechtsanwalts nachteiligen und den Schaden der Schuldnerin unmittelbar begründenden für den Mandanten ersten nachteiligen gerichtlichen Entscheidung (§ 51b, Alt. 1 BRAO; vgl. BGH v. 21.2.2002 – IX ZR 127/00, BGH-Report 2002, 458 = FamRZ 2002, 609 = MDR 2002, 879 = NJW 2002, 1414, 1415; v. 9.12.1999 – IX ZR 129/99, MDR 2000, 481 m. Anm. Otten = NJW 2000, 1263, 1264) oder aber erst mit der Beendigung des Mandats (§ 51b, Alt. 2 BRAO) zu laufen begann. Denn der geltend gemachte Schadenersatzanspruch ist auch dann verjährt, **wenn man auf die Mandatsbeendigung abstellt, wobei es nicht darauf ankommt, wann die Beklagten ihre Gebühren abgerechnet haben.**

**Das Mandat hinsichtlich des Prozessvertretungsauftrages endete spätestens mit Eintritt der Rechtskraft des Urteils** am 24.11.2003 und führte wie auch im Fall der Anwendung von § 51b, Alt. 1 BRAO zum Verjährungseintritt am 24.11.2006. Der Verzicht der Beklagten auf die Einrede der Verjährung vom 22.12.2006 erfolgte erst nach Verjährungseintritt und ist daher unbeachtlich.

Das Mandatsende hinsichtlich der Prozessführung in dem Rechtsstreit gegen die X. KG hat den Lauf der dreijährigen Verjährungsfrist in Gang gesetzt. Zutreffend hat das Landgericht insoweit ausgeführt, dass **kein das Mandatsende bis zu dessen Kündigung hinauschiebendes Dauermandat zwischen der Insolvenzschuldnerin und den Beklagten bestand**, vielmehr die Beauftragung durch die Insolvenzschuldnerin zur Vertretung in der gerichtlichen Angelegenheit gegen die X. KG als eigenständiger Vertretungsauftrag zu betrachten ist.

Auch dann, wenn man mit dem nunmehrigen Vortrag des Klägers davon ausgeht, dass den Beklagten hinsichtlich der Beratungstätigkeiten ein Dauermandat erteilt worden sei und zudem die Schuldnerin faktisch in die Honorarvereinbarung von 2002 eingebunden gewesen sei, ist hinsichtlich des streitgegenständlichen Prozessauftrags von einem selbstständigen Einzelvertrag auszugehen. Zwar **kann ein Dauermandat eine rechtliche Klammer für die in seinem Rahmen erbrachten Leistungen sein**. Ob aber selbstständige Einzelaufträge oder ein Dauermandat vorliegen, entscheidet der Wille der Beteiligten, der sich aus Vertragsbestimmungen oder aus dem Verhalten einer Partei ergeben kann. Auch dann, **wenn sich ein Mandant immer wieder desselben Rechtsberaters bedient, können Einzelaufträge erteilt worden sein** (vgl. Zuehör/Fischer/Sieg/Schlee, Handbuch der Anwaltschaft 2. Aufl. 2006, Rz. 480).

Geht man von einem solchen Beratungsdauermandatsverhältnis zwischen den Beklagten und der Schuldnerin aus, bezieht sich dieses nach dem Willen der Vertragsparteien, wie sich vorliegend auch aus der Honorarvereinbarung

ergibt, die der Kläger auch auf die Mandatsverhältnisse der Beklagten zur Schuldnerin übertragen will, auf die reinen Beratungsleistungen der Beklagten, während die Prozessvertretungen einer gesonderten Mandatierung bedurften. Ungeachtet eines bestehenden Dauerberatungsvertrages ist haftungsrechtlich und mithin auch verjährungsrechtlich der Haftungsfall gesondert zu beurteilen, wenn ihm ein gesonderter Auftrag zugrunde liegt, der nicht Gegenstand des Dauerberatungsvertrages ist. Dies gilt insbesondere im Fall einer Beauftragung zur Prozessvertretung.

Bei Mandatsverhältnissen, die eine Prozessvertretung zum Gegenstand haben, endet das Mandat regelmäßig, nämlich dann, **wenn der Prozessanwalt, wie hier, nicht auch mit der Vertretung in der Rechtsmittelinstanz beauftragt wird**, mit der die Instanz abschließenden Entscheidung und der sich daran anschließenden Belehrungspflichten über Rechtsmittel etc. durch den Rechtsanwalt (vgl. Vollkommer/Heinemann, Anwaltschaftsrecht 2. Aufl. 2003, Rz. 125; Borgmann/Jungk/Grams, Anwaltschaft 4. Aufl. 2005, Kap. III, Rz. 98). Dies gilt nach vorstehenden Ausführungen auch dann, wenn – wie vorliegend – zwar ein Dauerberatungsvertrag bestanden haben soll, die Prozessvertretungsaufträge aber gesondert erteilt werden sollten.

Der Hinweis des Klägers auf BGHZ 148, 156 ff führt zu keiner anderen Beurteilung. Zwar liegt dieser Entscheidung ein Mandatsverhältnis zugrunde, in denen die Rechtsanwälte ihren Mandanten in einer Vielzahl von Fällen anwaltlich beraten und vertreten haben. Aber auch für diesen Fall hat der BGH den Verjährungsbeginn nach § 51b BRAO an den Zeitpunkt der durch die Pflichtverletzung begründeten Schadenersatzforderung, in diesem Fall an die Klageerhebung im Fall eines aussichtslosen Rechtsstreits, geknüpft. Der Annahme eines Mandatsendes steht auch nicht der Umstand entgegen, dass die Beklagten von der Insolvenzschuldnerin in der Folgezeit bis zum Anwaltswechsel im Frühjahr 2005 mandatiert wurden. Jedenfalls hinsichtlich des insoweit isoliert zu betrachtenden streitgegenständlichen Auftrags zur Prozessvertretung war das Mandat mit Eintritt der Rechtskraft des Urteils beendet.

Nach der Verjährungsregel des § 51b, 2. Alt. BRAO a.F. ist der (Primär-)Anspruch der Insolvenzschuldnerin zum Zeitpunkt der Erhebung der Regressklage bereits verjährt. **Da das Mandat bereits vor dem 15.12.2004** (Zeitpunkt des Außerkrafttretens des § 51b BRAGO) **beendet war, richtet sich die Verjährung nach der Übergangsregelung der Art. 229 §§ 6 Abs. 1 Satz 2, 12 Abs. 1 Satz 1 EGBGB auch nach diesem Zeitpunkt nach altem Recht** (vgl. Zuehör/Fischer/Sieg/Schlee, Handbuch der Anwaltschaft 2. Aufl. 2006, Rz. 1264 f; OLG Hamm, Urt. v. 17.10.2006 – 28 U 68/06, juris, Rz. 56).

2. Die Verjährung des Primäranspruchs der Insolvenzschuldnerin wurde auch nicht durch **Verhandlungen nach § 203 BGB gehemmt**. Nach Art. 229 § 6 Abs. 1 Satz 2 EGBGB findet § 203 BGB vorliegend für die Zeit ab dem 1.1.2002 Anwendung. **Verhandlungen im Sinne dieser Norm sind bis zum Ablauf der Verjährung am 24.11.2004 jedoch nicht geführt worden.**

Allein die noch vor Erlass des für die Insolvenzschriftnerin nachteiligen Urteils erfolgte Ankündigung der Beklagten, im Fall einer nachteiligen Entscheidung **den Haftpflichtversicherer zu informieren, kann nicht als Schweben von Verhandlungen i.S.d. § 203 BGB angesehen werden**, dies auch dann nicht, wenn die Beklagten ihre Haftpflichtversicherung von dem möglichen Regressfall tatsächlich informiert haben. Zwar ist der **Begriff der Verhandlung** i.S.d. § 203 BGB weit auszulegen. Es genügt jeder Meinungsaustrausch über den Anspruch oder seine tatsächlichen Grundlagen zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner, wenn nicht sofort erkennbar die Verhandlung abgelehnt wird (*BGH, NJW-RR 2001, 1168*). Ein derartiger Meinungsaustrausch kann in der Erklärung, den Haftpflichtversicherer zu informieren, nicht gesehen werden. Eine Erklärung dieses Inhalts beschränkt sich auf die Ankündigung, die entsprechende **Obliegenheit aus dem Haftpflichtversicherungsvertrag** wahrnehmen zu wollen. Eine darüber hinausgehende Bedeutung im Sinne eines Meinungsaustrauschs über den geltend gemachten Anspruch kann ihr nicht entnommen werden (vgl. *OLG Frankfurt, OLG-Report 2005, 51 ff*). Dem steht auch nicht die Entscheidung des BGH vom 1.2.2007 (*IX ZR 180/04, BGH-Report 2007, 554 = MDR 2007, 835 = NJW-RR 2007, 1358, 1360*) entgegen.

Vorliegend fehlt es bereits an einer Geltendmachung des Schadens nach dessen Eintritt mit Erlass des nachteiligen Urteils. Überlegungen hinsichtlich eines etwaigen Schadenersatzanspruchs vor Schadeneintritt können nicht bereits als Meinungsaustrausch über einen bereits geltend gemachten Schaden i.S.d. § 203 BGB verstanden werden. Dass nach Erlass des Urteils die Insolvenzschriftnerin einen Schaden geltend gemacht hat und noch Verhandlungen i.S.d. § 203 BGB geführt wurden, hat der Kläger nicht vorgetragen. Eine solche Geltendmachung eines Schadenersatzanspruchs kann auch nicht in dem E-Mail-Schreiben vom 21.10.2003 gesehen werden.

3. Die Klage ist auch nicht aus dem Gesichtspunkt eines sog. **sekundären Ersatzanspruchs** gegen den Beklagten begründet. Der Mandant, dessen ursprünglicher (primärer) Schadenersatzanspruch wegen schuldhafter Verletzung des Anwaltsvertrages verjährt ist (§ 51b BRAO), hat dann einen weiteren (sekundären) Ersatzanspruch, wenn der Rechtsanwalt den Schaden in Gestalt der Primärverjährung verursacht hat, indem er **im Rahmen der umfassenden vertraglichen Beratungspflicht** eine bis zum Mandatsende entstandene (sekundäre) Pflicht, den Auftraggeber auf die Möglichkeit einer eigenen Regresshaftung und deren kurze Verjährung gemäß § 51b BRAO hinzuweisen, schuldhaft verletzt hat und der Mandant bei ordnungsmäßiger Aufklärung die Primärverjährung verhindert hätte (*BGH v. 9.12.1999 – IX ZR 129/99, MDR 2000, 481 m. Anm. Otten = NJW 2000, 1263, 1264 m.w.N.*).

Vorliegend bestehen bereits Bedenken daran, dass die Beklagten ihre sekundären Hinweispflichten verletzt haben könnten. Dagegen sprechen bereits die Erörterungen über die anwaltlichen Fehler bei der Prozessführung noch vor Erlass des nachteiligen Urteils. Damit war **für die Schuldnerin ohne Weiteres erkennbar, dass ein anwaltliches Fehlverhalten**

**vorgelegen hat oder zumindest haben könnte**, ohne dass sie noch weiterer Hinweise hierauf durch die Beklagten bedurft hätte. Aber auch dann, wenn man das Bestehen einer sog. sekundären Hinweispflicht der Beklagten bejaht, etwa bezogen auf den Ablauf der Verjährungsfrist für etwaige Schadenersatzansprüche wegen anwaltlichen Fehlverhaltens, kann der Kläger hieraus letztlich nichts herleiten. Etwaige Ansprüche aus der Sekundärhaftung der Beklagten wären nämlich gleichermaßen verjährt.

Ist – wie hier – das Mandat des Rechtsanwalts vor der Verjährung des Primäranspruchs beendet, beginnt auch die Frist für die Verjährung des Sekundäranspruchs gemäß der Hilfsregelung des § 51b BRAO mit dem Mandatsende, da der Rechtsanwalt verpflichtet ist, spätestens mit Mandatsende auf einen etwaigen Primäranspruch hinzuweisen (*BGH v. 9.12.1999 – IX ZR 129/99, MDR 2000, 481 m. Anm. Otten = NJW 2000, 1263, 1265; v. 21.2.2002 – IX ZR 127/00, BGH-Report 2002, 458 = FamRZ 2002, 609 = MDR 2002, 879 = NJW 2002, 1414, 1416; v. 23.5.1985 – IX ZR 102/84, MDR 1985, 843 = NJW 1985, 2250, 2252; OLG Frankfurt, OLG-Report 2005, 51 ff*). Der sog. sekundäre Schadenersatzanspruch verjährt mithin gemäß § 51b BRAO nach denselben Grundsätzen wie der primäre Schadenersatzanspruch, nämlich nach Ablauf von drei Jahren, gerechnet ab Entstehung des Schadens, spätestens aber drei Jahre nach Ende des Mandats (vgl. *BGH, NJW 1998, 2245; v. 21.9.1995 – IX ZR 228/94, MDR 1996, 206 = BRAK 1996, 267 = NJW 1996, 48*).

Dem kann der Kläger auch nicht mit Erfolg entgegenhalten, dass sich die **Hinweispflichten der Beklagten im Sinne eines Sekundäranspruchs aus dem den Beklagten nach Beendigung des Prozessführungsmandats erteilten neuen Auftrag ergaben, der in unmittelbarem inneren Zusammenhang mit dem beendeten Auftrag stand** (vgl. hierzu *BGH, Urt. v. 7.2.2008 – IX ZR 149/04, BGH-Report 2008, 635 = MDR 2008, 774, juris, Rz. 33 ff*). Dies folgt bereits daraus, dass sich hinsichtlich des Haftungsgrundes keine neuen Erkenntnisse für die Haftungsfragen ergeben konnten, die der Insolvenzschriftnerin nicht bereits bekannt gewesen wären. Soweit der Kläger geltend macht, die Beklagten hätten die Insolvenzschriftnerin jedenfalls auf die drohende Verjährung des Primäranspruchs nicht hingewiesen und dadurch gegen ihre mit der erneuten Beauftragung entstandenen Hinweispflichten verstoßen, kann er auch damit nicht durchdringen.

Zur Aufklärung über die drohende Verjährung waren die Beklagten auch unter Annahme einer neu entstandenen Sekundärpflicht nach Beendigung des ursprünglichen Mandats erst in dem Zeitpunkt verpflichtet, in dem die Verjährung drohte, aber noch rechtzeitig, um der Mandantin Gelegenheit zu geben, ihre Ansprüche verjährungshemmend geltend zu machen. **Nach Beendigung des Mandats zur Prozessführung bestand eine solche Hinweispflicht auch dann nicht mehr, weil die Beklagten zum Zeitpunkt der drohenden Verjährung im November 2006 bereits (seit Februar 2005) nicht mehr mandatiert waren**, nachdem die Schuldnerin bereits im Februar 2005 andere Anwälte mit der Wahrnehmung ihrer Interessen gegenüber der X. KG beauftragten.

4. Anhaltspunkte dafür, dass die Erhebung der Verjährungseinrede durch die Beklagten **rechtsmissbräuchlich** (§ 242 BGB) sein könnte, sind nicht erkennbar und vom Kläger auch nicht vorgetragen worden. Die Beklagten haben durch ihr Verhalten die Schuldnerin nicht zu der Annahme veranlasst, **ihr Anspruch sei auch ohne Rechtsstreit zu befriedigen und sie dadurch von der rechtzeitigen Klageerhebung abgehalten.** Die Mitteilung über die Unterrichtung ihrer Berufshaftpflichtversicherung beinhaltet kein Anerkenntnis, einen etwaig von der Schuldnerin geltend gemachten Anspruch anzuerkennen. ■

## Steuerberaterhaftung

- Falschberatung zur Umsatzsteuerpflicht
- Schaden, Darlegungslast
- Kalkulationsschaden
- Gewinnspanne
- Sicherung der Gewinnerwartung
- Durchsetzbarkeit höherer Preise
- Verjährungsbeginn, Zinsen auf Umsatzsteuer (OLG Brandenburg, Urt. v. 31.1.2008 – 7 U 110/07)

### Leitsätze:

1. Anforderungen an die Darlegung eines durch steuerrechtliche Falschberatung hinsichtlich der Umsatzsteuerpflicht zu ersetzenden Schaden in Form des entgangenen Gewinns.
2. Zu dem zu ersetzenden Schaden infolge steuerrechtlicher Falschberatung entstandener Umsatzsteuernachforderungen (Zinsen, Rechtsanwaltskosten, Gutachterkosten). ■

### Zum Sachverhalt:

Die Klägerin nimmt den Beklagten wegen fehlerhafter steuerrechtlicher Beratung auf Zahlung von Schadenersatz in Anspruch. (...) Mit dem am 27.4.2007 verkündeten Urteil hat das Landgericht die Klage abgewiesen.

Zur Begründung hat das Landgericht ausgeführt, die Klägerin habe den Schaden, der ihr aus der fehlerhaften Beratung des Beklagten hinsichtlich ihrer Umsatzsteuerpflicht entstanden sein soll, nicht schlüssig dargelegt. Zwar sei davon auszugehen, dass die Klägerin im Fall einer richtigen rechtlichen Beratung durch den Beklagten Überlegungen angestellt hätte, die Gewinnsituation des jeweiligen Geschäftes anders zu gestalten. Zur Darlegung eines einschlägigen Schadens aufgrund der fehlerhaften Beratung hätte sie jedoch darlegen müssen, wie sie sich bei jedem Einzelgeschäft verhalten haben würde, wenn ihr ihre Umsatzsteuerpflicht bekannt gewesen wäre. Eine Typisierung der Vorgänge sei weder aus preispolitischer noch aus psychologischer Sicht möglich. Der Vortrag der Klägerin, sie habe im Rahmen der Baubeschreibung die Möglichkeit gehabt, die Kosten der Bauausführung zu reduzieren, bliebe in einem spekulativen Bereich ohne

tatsächliche Grundlage. Ebenso sei die Preisbildung betreffend die Einzelgeschäfte durch Individualität gekennzeichnet.

Die Klägerin habe auch keinen Anspruch auf Erstattung der von ihr auf die verspätet gezahlten Umsatzsteuerbeträge zu entrichtenden Zinsen. Die Kosten der Einholung eines Gutachtens der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft P. sei nicht erstattungsfähig, weil nicht erkennbar sei, inwiefern die Beauftragung jenes Unternehmens erforderlich gewesen sei.

Die Forderung nach Zahlung entgangenen Gewinns wegen eines der Klägerin aufgrund der Steuernachzahlungen unmöglich gewordenen Erwerbs eines Grundstücks sei nicht begründet, da die Umsatzsteuer ohnehin zu zahlen gewesen sei.

Vorgerichtliche Anwaltskosten seien nicht erstattungsfähig, da es an einem Verzug des Beklagten fehle.

Das Urteil des Landgerichts ist der Klägerin am 7.5.2007 zugestellt worden. Sie hat gegen das Urteil am 4.6.2007 Berufung eingelegt, die sie nach Verlängerung der Frist für die Begründung der Berufung bis zum 7.8.2007 am 6.8.2007 begründet hat.

Die Klägerin beanstandet die rechtliche Würdigung des Sachverhalts durch das Landgericht. Die Forderung des Landgerichts, es habe einer Darlegung der Verhältnisse bezüglich jedes Einzelgeschäftes bedurft, sei rechtsirrig. Aus § 252 Satz 2 BGB ergebe sich, dass im Wege des Schadenersatzes der Gewinn gefordert werden könne, welcher nach dem gewöhnlichem Lauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte. Dies habe sie unter Bezugnahme auf ihre Kalkulation dargelegt. So hätte sie die Preise um ca. 2.500 EUR erhöhen können, ohne dass dies zu einem Umsatzrückgang geführt hätte. Im Übrigen hätte sie auch bei der Ausstattung der einzelnen Bauvorhaben einsparen können.

Das Landgericht habe überdies verkannt, dass § 287 Abs. 1 ZPO dem Gericht die Möglichkeit eröffne zu prüfen, ob und in welchem Umfang im Wege der Schätzung jedenfalls ein Mindestschaden festgestellt werden könne.

Die Klägerin geht nach wie vor von entgangenem Gewinn in Höhe von 112.814,58 EUR aus, von dem allerdings die zu zahlende erhöhte Gewerbesteuer von 18.426,86 EUR abzuziehen sei. Hinzuzurechnen seien vorgerichtliche Anwaltskosten in Höhe von 1.246,45 EUR sowie die Summe der Zinszahlungen auf die Umsatzsteuernachforderungen von 7.770 EUR. Hilfsweise werden der Anspruch auf Ersatz der Kosten der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft und des entgangenen Gewinns aus den Grundstückskaufverträgen weiter verfolgt.

(Anträge ...)

Mit Beschluss vom 17.8.2007 hat der Senat den Rechtsstreit dem Berichterstatter als Einzelrichter zur Entscheidung übertragen. ■

**Aus den Gründen:**

Die zulässige Berufung hat hinsichtlich eines Betrages von 10.453 EUR Erfolg. Im Übrigen bleibt sie ohne Erfolg.

1. Hinsichtlich des Anspruchs auf Schadenersatz wegen entgangenen Gewinns, den die Klägerin zweitinstanzlich nach Abzug der zu zahlenden erhöhten Gewerbesteuer mit 94.387,72 EUR beziffert, ist die Klage nicht begründet.

Bezüglich dieser Forderung steht der Klägerin kein Anspruch auf Schadenersatz wegen Schlechterfüllung (pVV) zu.

Der Klägerin gelingt es nicht, einen **durch die unzutreffende rechtliche Beratung des Beklagten zur Umsatzsteuerpflicht verursachten Schaden hinreichend darzulegen**. (...) Die Angriffe der Berufung führen insoweit nicht zu einer abweichenden rechtlichen Bewertung des Sachverhalts.

Die **Darlegungslast** für die **Höhe** des der Klägerin durch die Falschberatung des Beklagten entstandenen Schadens liegt bei der Klägerin. Dieser hat sie nicht entsprochen.

Es mag der Klägerin mit der Rechtsprechung grundsätzlich zugutezuhalten sein, dass sie sich im Fall richtiger Beratung darum bemüht hätte, die **Gewinnspanne für die einzelnen Bauvorhaben zu erhöhen**, um auf diese Weise ihre Gewinnerwartung abzüglich Umsatzsteuer zu sichern. Diese Vermutung allein hilft der Klägerin jedoch nicht, den reklamierten Schaden darzulegen. Es fehlt an einem ausreichenden Vortrag der von der Klägerin ergriffenen **Maßnahmen zur Sicherung ihrer Gewinnerwartungen** aus den einzelnen Bauvorhaben.

Die Klägerin verweist auf zwei Möglichkeiten, die offenstanden hätten, ihre Gewinnerwartungen trotz bestehen der Umsatzsteuerpflicht zu sichern. Sie habe zum einen einen **höheren Bruttopreis** von ihren Kunden verlangen und durchsetzen und zum anderen den **Aufwand für die einzelnen Bauvorhaben** senken können. Dem Vortrag der Klägerin ist jedoch nicht zu entnehmen, welchen dieser Wege sie bei den einzelnen Verträgen oder jedenfalls generell gegangen wäre.

Das Landgericht hat von der Beklagten verlangt, dass diese für jedes Bauvorhaben vortrage, wie sie konkret auf die richtige Beratung durch den Beklagten reagiert hätte. Es kann an dieser Stelle dahinstehen, ob dieser Weg der Darlegung der Entstehung eines Schadens der Klägerin der einzig zulässige ist. Auch stellt die Klägerin mit der Berufung nicht infrage, dass die Entstehung eines Schadens und sein Umfang auf diese Weise dargelegt werden könnte. An solchem Vortrag fehlt es jedoch.

Für einen ausreichenden Vortrag eines beratungsgerechten Verhaltens im Bezug auf die von der Klägerin geschlossenen Verträge **hätte sie darzulegen gehabt, dass der jeweilige Vertragspartner bereit gewesen wäre, Einbußen bei der zunächst eingeplanten Qualität der Ausstattung des Hauses bzw. einen höheren Preis zu akzeptieren**.

Soweit die Klägerin geltend macht, der Vertragspartner hätte im Einzelfall Qualitätseinbußen nicht bemerkt, weil diese nicht im Vertrag festgeschriebene Ausstattungen zum Gegenstand hätten, so wären die entsprechenden Maßnahmen und das daraus resultierende Einsparvolumen für jedes Bauvorhaben anzugeben gewesen.

Wenn die Klägerin alternativ Preiserhöhungen als durchsetzbar behauptet und dazu ausführt, sie habe im Umkreis von F. unter Berücksichtigung der angebotenen Qualität außerordentlich günstige Preise ausgewiesen, so reicht dieser Vortrag ebenfalls nicht. Die Klägerin nennt in diesem Zusammenhang zwar die Preise von ihr angebotener Haustypen.

**Vortrag zu den Preisen der Mitbewerber** erfolgt lediglich in der Weise, dass auf ein Angebot eines Mitbewerbers mit einer Anzeige verwiesen wird, zu der das Anlagenkonvolut zu den Akten gereicht worden ist. Dieses besteht aus vier Blatt Zeitungsanzeigen, die bereits das Datum ihres Erscheinens nicht erkennen lassen. Wenn das Berufungsgericht nach Durchsicht der Anzeigen zu Recht davon ausgeht, dass es sich bei dem in Bezug genommenen Angebot eines Reihenhauses für 102.500 EUR um das auf Blatt 4 des Konvoluts, links oben, handelt, so ist jedenfalls der Vortrag, dieses habe eine Wohn- und Nutzfläche von ca. 92 qm bei schlechterer Ausstattung ausgewiesen, unzureichend. Es wird nicht erkennbar, welche Ausstattungsparameter hier gegenübergestellt werden. Auch scheint der in Bezug genommene Anzeige zu entnehmen zu sein, dass in dem dort (noch in DM) angegebenen Preis ein Grundstücksanteil von 253 qm enthalten ist.

Allerdings mag es im Rahmen einer einzelfallbezogenen Darlegung reichen darzutun, dass der höhere Preis jedenfalls bei dem oder einem konkreten Vertragspartner durchsetzbar gewesen wäre. Das hat die Klägerin zwar mit Schriftsatz vom 16.11.2006 behauptet und unter Beweis gestellt, indem sie sämtliche Vertragspartner der 62 hier streitgegenständlichen Bauvorhaben als Zeugen benannt hat. Dem Beweisantritt ist gleichwohl nicht nachzugehen, weil es die Klägerin versäumt hat auszuführen, ob und in welchen Fällen sie sich entschieden hätte, statt einer Minderung der Qualität der Bauausführung einen höheren Preis von ihren Kunden zu verlangen.

Des Weiteren ist der einschlägige Vortrag der Klägerin offenbar eine **Behauptung „ins Blaue hinein“**. Es ist nicht erkennbar, dass sich die Klägerin hinsichtlich der Pauschalbehauptung, alle 62 Verträge hätten zu einem 2.500 EUR höheren Preis abgeschlossen werden können, **bei den benannten Zeugen vergewissert** hätte. Dies ist in Ansehung der großen Zahl der Einzelfälle und der Zeugen auch nicht selbstverständlich. Eine Vernehmung der angebotenen Zeugen liefe deshalb auf eine Ausforschung hinaus.

Auch der von der Klägerin mit der Berufungsbegründung verfolgte Ansatz einer **abstrakten Schadenermittlung** gemäß § 252 Satz 2 BGB führt nicht zu einem Erfolg des Schadenersatzanspruchs wegen entgangenen Gewinns.

Nach der zitierten Bestimmung ist zur Ermittlung des entgangenen Gewinns auf den Betrag abzustellen, der nach



dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte.

Die Klägerin macht im Rahmen der von ihr verfolgten abstrakten Schadenermittlung ebenfalls geltend, sie hätte aufgrund der gegebenen Marktverhältnisse eine Preiserhöhung von ca. 2.500 EUR brutto durchsetzen können. Alternativ habe sie die Möglichkeit gehabt, die in jedem Vertrag einkalkulierten 10.000 EUR Gewinnerwartung dadurch zu sichern, dass sie nicht ausdrücklich zugesagte Qualitätsparameter senke.

Auch in diesem Kontext ist die Darlegung beratungsgerechten Verhaltens bereits deshalb nicht schlüssig, **weil die Klägerin letztlich offenlässt, welchen Weg der Sicherung der Gewinnerwartung sie tatsächlich gegangen wäre.**

Des Weiteren ist der Vortrag der Klägerin im Rahmen einer abstrakten Schadenermittlung auch deshalb unzureichend, weil sie behauptet, sie hätte ggf. alle Angebotspreise um ca. 2.500 EUR erhöht. Dieser Vortrag ist nicht plausibel, weil sich aus den vorgelegten Übersichten zu den streitigen Umsätzen ergibt, dass die Vertragspreise – ohne Berücksichtigung des Vertrages „Gn.“ mit einem Volumen von 7.156,09 EUR – zwischen 58.350,86 EUR (Vertrag „Go.“) und 201.235,79 EUR (Vertrag „H.“) schwankten. Es erscheint kaum vorstellbar, dass die Klägerin alle Bauvorhaben mit der gleichen Gewinnerwartung von 10.000 EUR kalkulierte bzw. zur Sicherstellung dieser Gewinnerwartung die Preise gleichförmig um 2.500 EUR erhöht hätte. Eine entsprechende Preisgestaltung ist auch der vorgelegten Übersicht nicht zu entnehmen.

Die Klägerin trägt vor, sie habe im Hinblick auf die vermeintlich nicht bestehende Umsatzsteuerpflicht die Preise ab dem Zeitraum 2000/2001 um einen entsprechenden Betrag gekürzt. Tatsächlich lassen sich zwischen dem vorausgegangenen Zeitraum und dem nachfolgenden bei den angegebenen Haustypen nach dem genannten Zeitpunkt Preissenkungen feststellen. So ist der Haustyp B 1999 zu einem Preis von 132.935,88 EUR verkauft worden (Bauvorhaben „P.“) und im Zeitraum 2000/2001 für 128.000 EUR (Bauvorhaben „W.“). Die Preisdifferenz ist allerdings doppelt so hoch wie die hier in Ansehung einer Umsatzsteuerpflichtigkeit nach Angaben der Klägerin notwendigen von ca. 2.500 EUR.

Gleiches gilt für den Haustyp A, der 1999 für 112.484,02 EUR angeboten wurde (Bauvorhaben „Po.“) und im nachfolgenden Zeitraum für 107.000 EUR (Bauvorhaben „N./Ge.“). Die Preisdifferenz beträgt hier jedoch sogar mehr als das Doppelte des zur Erfüllung der Umsatzsteuerpflicht Erforderlichen.

Der Vortrag der Klägerin, sie habe eine bestimmte – absolute – Gewinnerwartung in jedes Bauvorhaben einkalkuliert, ist auch deshalb nicht nachvollziehbar, weil die Bruttogewinne erheblich divergieren. So betrugen sie in einem Fall 981,87 EUR (Bauvorhaben „R./K.“) und in einem anderen Fall 22.605,28 EUR (Bauvorhaben „Bo.“). Die Klägerin macht

zur Erklärung dieser Unterschiede der erzielten Gewinne geltend, die tatsächliche Abwicklung der Bauvorhaben habe zum Teil unerwartete Kosten mit sich gebracht. Das wird jedoch nicht näher ausgeführt. **Kalkulationen zu den Einzelhäusern** oder zumindest zu den Haustypen, die die behauptete Berücksichtigung eines Gewinns von 10.000 EUR pro Bauvorhaben auswies, hat die Klägerin trotz des Hinweisbeschlusses des Landgerichts vom 12.1.2007 sowie des Beklagten nicht zu den Akten gereicht.

Anlass zu einer Sachaufklärung – evtl. durch Einholung von Sachverständigengutachten – besteht auch deshalb nicht, weil der **Vortrag der Klägerin zur Durchsetzbarkeit höherer Preise unzureichend** ist. Wie bereits vorstehend ausgeführt, fehlt es am Vortrag zum Preisniveau vergleichbarer Angebote von Mitbewerbern im Vertriebsgebiet der Klägerin. Die Behauptung, die Klägerin habe unter Berücksichtigung ihres Leistungsverhältnisses unter dem Preisniveau der Mitbewerber gelegen, reicht nicht, um dieses durch ein Sachverständigengutachten zu ermitteln. Dies gilt umso mehr, als der Behauptung der Klägerin auch insofern Nachvollziehbarkeit fehlt.

Der Beklagte hat bereits mit der Klageerwiderung zu Recht darauf hingewiesen, dass **sich Preise an dem Verhältnis von Angebot und Nachfrage auf dem Markt orientieren**, was dafür spreche, dass die Klägerin ihres Erachtens **am Markt seinerzeit durchsetzbare Preise** verlangte, und zwar unabhängig davon, ob sie gemäß der Beratung des Beklagten Umsatzsteuer in dem hier in Rede stehenden Umfang zu zahlen hatte oder nicht. Hätten die von ihr geforderten Preise tatsächlich – gemessen an der von ihr gebotenen Qualität – unter dem Marktüblichen gelegen, erscheint die Annahme nicht fernliegend, dass sie auf diese Weise ihre Chance, Verträge zu schließen, erhöht hat.

Ein Schadenersatzanspruch wegen Gewinnentgangs ist der Klägerin auch nicht unter Berücksichtigung des § 287 Abs. 1 ZPO zuzuerkennen. Zwar eröffnet diese Bestimmung dem Gericht die Möglichkeit, über das Vorliegen und die Höhe eines Schadens unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung zu entscheiden, wenn dieser unter den Parteien streitig ist. Im vorliegenden Fall ist eine entsprechende Schätzung des Schadens der Klägerin jedoch unzulässig, weil sich dem Gericht **nicht hinreichende Anhaltspunkte für einen Schaden** bieten. Wie vorstehend aufgezeigt, bestehen bereits Bedenken, ob die Klägerin überhaupt eine wirtschaftliche oder rechtliche Möglichkeit gehabt hätte, in Kenntnis ihrer Umsatzsteuerpflicht die behauptete Gewinnerwartung zu sichern.

Auch wenn im Einzelfall nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Klägerin einen höheren Preis oder einen geringeren Aufwand im Einzelfall hätte durchsetzen können, bleibt offen, ob dies bei kleineren oder größeren Bauvorhaben der Fall gewesen wäre und wie groß die Zahl der Fälle ist, auf die eine entsprechende Mutmaßung hätte Anwendung finden können. Hinzu kommt der unzureichende Vortrag der Klägerin zu den einkommensteuerrechtlichen Auswirkungen der Erzielung eines höheren Gewinns.

Unerheblich ist auch der pauschale Vortrag der Klägerin, sie habe trotz erhöhter Preise ab der zweiten Jahreshälfte 2004 eine Zunahme der Vertragsabschlüsse und ihres Umsatzes erfahren. Hieraus kann nicht rückgeschlossen werden, dass die Klägerin in den vorausgegangenen Jahren in gleichem Ausmaß höhere Preise hätte durchsetzen können. Möglich ist ebenso ein Anstieg der Nachfrage nach Einfamilienhäusern. Außerdem ist das Bestreiten des Beklagten erheblich, die nunmehr vertragsgegenständlichen Bauvorhaben seien hinsichtlich ihrer Ausstattung mit den früheren nicht identisch. Dem ist die Klägerin nicht entgegengetreten.

Schließlich ist die Klage hinsichtlich der in der Anlage zum Schriftsatz der Klägerin vom 12.3.2007 aufgeführten Bauvorhaben „Po.“ bis „Br.“ schlicht unschlüssig. Die Klägerin hat mit ihrer Erläuterung hierzu klargestellt, dass die fehlerhafte Beratung des Beklagten nicht zu einem Schaden führte, weil in den vereinbarten Preisen noch anteilige Umsatzsteuer einkalkuliert war.

2. Die Berufung hat Erfolg, soweit die Klägerin im Wege des Schadenersatzes die Erstattung der von ihr zu zahlenden **Zinsen auf die Umsatzsteuernachforderungen** für die Jahre 1999 bis 2001 geltend macht. Insofern ist ihr ein **Vermögensschaden** entstanden.

Soweit der Beklagte diesem Schaden mit dem Einwand entgegnet, aus dem Vortrag der Klägerin auf Blatt 6 der Klageschrift ergebe sich, dass sie die Umsatzsteuerbeträge nicht zeitnah hätte zahlen können, ist dem nicht zu folgen. Eine entsprechende Aussage lässt sich dem zitierten Vortrag der Klägerin nicht entnehmen. Soweit er an der angegebenen Stelle zu fehlender Liquidität der Klägerin vorgetragen hat, bezog sich dies auf die Zahlungsfähigkeit der Klägerin nach Leistung der Steuernachzahlungen im Jahr 2004. Daraus ergibt sich nicht, dass die Klägerin bei zeitnaher Abführung der Umsatzsteuerbeträge ebenfalls auf Kredit angewiesen gewesen wäre.

In Ansehung dieser Schadenersatzforderung greift die Einrede der **Verjährung** unter Bezugnahme auf den bis zum 14.12.2004 geltenden § 68 StBerG nicht durch. Der früheste Teilzeitraum, für den vonseiten des Finanzamts **Zinsen** verlangt werden, ist der **April 2001** hinsichtlich der Umsatzsteuerforderung für 1999. **Hinsichtlich der übrigen Teilbeträge beginnt die entsprechende Zinspflicht jeweils ein Jahr später.**

Da für den **Beginn der Verjährungsfrist insofern auf den Zeitpunkt der Versäumung einer rechtzeitigen Zahlung der Umsatzsteuer abzustellen** ist, ist aufgrund der Bescheide des Finanzamts davon auszugehen, dass der Schaden frühestens zu Beginn des jeweiligen Zinszeitraums eingetreten ist. Insofern kann dahinstehen, ob die Verjährungsfrist des § 68 StBerG zum Zeitpunkt der Geltendmachung des Schadenersatzanspruchs mit der Klage bereits verstrichen war. Jedenfalls war es die Verjährungsfrist für **Sekundäransprüche** gegen den Beklagten wegen Versäumung seiner Verpflichtung, auf Schadenersatzansprüche ihm gegenüber hinzuweisen, noch nicht.

**Diese Pflicht bestand für den Beklagten mit der Erkenntnis der Fehlerhaftigkeit seiner einschlägigen Beratung**, die ihm im ersten Halbjahr 2004, spätestens am 24.6.2004, gekommen sein muss. Aus dem von der Klägerin als Anlage vorgelegten Bericht der Betriebsprüfung, die zu den hier streitgegenständlichen Umsatzsteuernachzahlungen führte, ergibt sich, dass an diesem Tag eine Schlussbesprechung zwischen zwei Vertretern des Finanzamts F., den Gesellschaftern der Klägerin und dem Beklagten stattfand.

Tatsächlich wird die Erkenntnis der Umsatzsteuerpflicht der Klägerin auch beim Beklagten jedoch bereits früher eingetreten sein. Aus dem Bericht ergibt sich, dass der Prüfungsbeginn der 16.1.2004 war. In dem Bericht wird ferner angegeben, dass auch der Beklagte Auskünfte erteilt habe.

Es liegt deshalb nahe, dass der Beklagte seinen Rechtsirrtum bereits im ersten Quartal 2004 erkennen musste. Gegenteiliges wäre von dem Beklagten vorzutragen gewesen, der die Einrede der Verjährung erhoben hat. Anlass dazu bestand jedenfalls, nachdem die Klägerin auf die fehlende Verjährung des Sekundäranspruchs hingewiesen hat.

3. Die Klägerin hat ferner Anspruch auf **Ersatz der Aufwendungen, die ihr für die Einholung der schriftlichen Stellungnahme der P. vom 16.7.2004 entstanden sind**. Die Klägerin muss sich nicht darauf verweisen lassen, dass ihr die Rechtslage bereits von den Vertretern des Finanzamts erklärt worden sei.

4. Die Klägerin hat ferner Anspruch auf Ersatz der nicht anrechenbaren Rechtsanwaltskosten, die entstanden wären, wenn sie den Beklagten ausschließlich mit den hier zustehenden Ansprüchen vorgerichtlich in Anspruch genommen hätte. (...) ■

## Versicherungsschutz des Steuerberaters

- Wissentliche Pflichtverletzung
- Nichtbeachtung der Weisung des Mandanten
- Mehrfache Untätigkeit gegenüber dem Finanzamt  
(*OLG Düsseldorf, Urt. v. 28.6.2006 – I-4 U 148/05; bestätigt durch Beschl. d. BGH v. 8.4.2009 – IV ZR 113/06*)

### Leitsätze (d.Red.):

1. Dem Steuerberater ist bewusst, dass er der Weisung des Mandanten, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu beantragen, nachkommen muss.
2. Aus einer Gesamtwürdigung einer Vielzahl von Versäumnissen des Steuerberaters ergibt sich, dass er das Bewusstsein hatte, gegen die Pflicht zum weisungsgemäßen Handeln verstoßen zu haben.
3. Es kann ein einzelnes Versäumnis als Versehen erklärt werden, nicht jedoch die Vielzahl der Unterlassungen. ■

# Aus den Gründen:

I. Der Kläger nimmt die Beklagte aus einer Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung in Anspruch.

Versicherungsnehmer ist der Streithelfer des Klägers, sein Steuerberater. Dem Versicherungsverhältnis zwischen der Beklagten und dem Streithelfer liegen die Allgemeinen Versicherungsbedingungen für die Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung von Angehörigen der steuerberatenden Berufe (AVB) mit der Bezeichnung S 94 zugrunde. Der Kläger nahm in den Jahren 1998 bis 2000 die Dienste des Streithelfers in Anspruch. Ihm stehen gegenüber dem Streithelfer Ansprüche zu, da dieser schuldhaft seine Verpflichtungen aus dem Steuerberaterverhältnis verletzte.

Der Kläger hatte vor 1998 Kapital nach L. transferiert und die erzielten Kapitalerträge gegenüber dem Finanzamt nicht angegeben. Nach einem entsprechenden Hinweis seiner Bank kündigte der Streithelfer im Auftrag des Klägers gegenüber dem Finanzamt eine Nacherklärung von Einkünften aus Kapitalvermögen an. Durch mehrere Schreiben erbat das Finanzamt von dem Beklagten nähere Angaben und Vorlage von Unterlagen. Dieser Aufforderung kam der Streithelfer nur teilweise nach (Schreiben des Streithelfers 21.1.2000).

Da der Streithelfer für die Jahre 1985 bis 1991 keine Unterlagen vorlegte und auch zur Mittelherkunft keine Angaben machte, kündigte das Finanzamt ihm durch Schreiben vom 15.5.2000 Schätzungen und Zuschätzungen weiterer Kapitalerträge und Erträge an. Auf dieses Schreiben reagierte der Streithelfer nicht. Am 4.12.2000 erließ das Finanzamt gegenüber dem Kläger diverse Bescheide über Vermögen- und Einkommensteuer. Diese Bescheide stellte das Finanzamt dem Streithelfer zu. Dieser leitete die Bescheide weder an den Kläger weiter, noch legte er vorsorglich Einspruch ein.

Nachdem der Kläger vom Finanzamt Zahlungsaufforderungen und Mahnungen erhielt, erteilte er dem Streithelfer den Auftrag, hinsichtlich der versäumten Einspruchsfristen Wiedereinsetzung zu beantragen. Der Streithelfer kam dieser Weisung des Klägers nicht nach.

Der Kläger erhob gegen den Streithelfer Klage auf Zahlung von Schadenersatz wegen seiner Pflichtverletzungen vor dem Landgericht Mannheim. Durch Versäumnisurteil vom 19.9.2003 verurteilte das Landgericht den Streithelfer in dem Verfahren 9 O 260/03, an den Kläger 62.639,73 EUR zzgl. Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 31.5.2003 zu zahlen. Darüber hinaus wurden dem Streithelfer die Kosten des Verfahrens aufgelegt. Durch Urteil vom 26.3.2004 hielt das Landgericht M. das Versäumnisurteil aufrecht. Zur Begründung führte es aus, dass die Nichtbefolgung der Weisung des Klägers, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bezüglich der versäumten Einspruchsfristen zu beantragen, eine schuldhaft Pflichtverletzung darstellte.

Die Beklagte erfuhr als Vermögensschaden-Haftpflichtversicherer des Streithelfers erst von dem Verfahren vor dem Landgericht M., als das Versäumnisurteil bereits ergangen

war. Sie gewährte dem Streithelfer zunächst Deckung, äußerte im Verlauf des Verfahrens jedoch diesbezüglich Bedenken.

Der Kläger erwirkte gegen die Beklagte einen Pfändungs- und Überweisungsbeschluss des Amtsgerichts M. vom 9.6.2004. Dieser bezog sich auf „die im anliegenden Forderungskonto berechnete Forderung von insgesamt 73.339,89 EUR per 4.6.2004 zzgl. weiterer Kosten und Zustellungskosten“. Drittschuldnerin ist die Beklagte. Der Kläger nimmt nunmehr die Beklagte als Drittschuldnerin auf Leistung aus den gepfändeten Forderungen in Anspruch.

Die Parteien streiten darüber, inwieweit durch den vorgenannten Beschluss des Amtsgerichts M. wirksam eine Forderung des Streithelfers gegenüber der Beklagten gepfändet wurde. Darüber hinaus streiten die Parteien über die Höhe der gepfändeten Forderung und über die Frage, inwieweit die Beklagte dem Streithelfer für den Haftungsfall, der dem Urteil des Landgerichts M. vom 26.3.2004 zugrunde liegt, Deckung gewähren muss.

(Anträge ...)

Der Streithelfer ist dem Rechtsstreit durch Schriftsatz vom 19.10.2004 beigetreten.

Er hat die Ansicht geäußert, die Beklagte könne sich nicht auf mangelnde Deckung berufen. Sie habe in dem Verfahren vor dem Landgericht M. zunächst Deckung gewährt und erst im Laufe des Verfahrens deckungsrechtliche Bedenken geäußert. Darüber hinaus habe die Beklagte ihr Einverständnis zum Abschluss eines Vergleichs über die Zahlung einer Summe von 60.000 EUR erteilt. Es sei daher sittenwidrig, wenn die Beklagte sich nunmehr auf mangelnde Deckung beruft.

(Anträge ...)

Die Beklagte ist der Ansicht, der Streithelfer habe wissentlich gegen seine Verpflichtungen aus dem steuerrechtlichen Mandat gegenüber dem Kläger verstoßen. Aufgrund dessen sei sie von ihrer Verpflichtung zur Leistung frei.

Das Landgericht Düsseldorf hat durch Urteil vom 19.5.2005 die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, die Beklagte sei für den Haftpflichtfall nicht eintrittspflichtig. Sie sei nach § 4 Nr. 5 AVB von ihrer Verpflichtung zur Leistung aus dem Versicherungsverhältnis frei, da der Streithelfer wissentlich seine Pflichten verletzt habe und dadurch dem Kläger ein Schaden zugefügt worden sei.

Hiergegen wendet der Kläger sich mit der Berufung.

Das Urteil sei verfahrensfehlerhaft. Das Landgericht habe das nicht einmal unter Beweis gestellte Vorbringen der Beklagten zum angeblichen vorsätzlichen Handeln des Streithelfers trotz des Bestreitens des Klägers seiner Entscheidung zugrunde gelegt. Auch sei das Gericht seiner Hinweispflicht nicht nachgekommen.

Obwohl zwischen den Parteien streitig sei, ob der Pfändungs- und Überweisungsbeschluss sowohl die Forderungen aus dem Urteil als auch aus dem Kostenfestsetzungsbeschluss umfasse, sei kein richterlicher Hinweis ergangen, inwieweit gegebenenfalls die Vorlage weiterer Unterlagen erforderlich sei. Das Gericht habe diesen Punkt in seiner Entscheidung sodann offengelassen. Auch sei ein Hinweis, dass das Gericht seine Entscheidung allein auf den bestrittenen Vortrag der Beklagten stützen werde, nicht erfolgt.

Darüber hinaus sei das Urteil auch in materiell-rechtlicher Hinsicht falsch. Die Klageabweisung werde darauf gestützt, dass die Beklagte für den Haftpflichtfall nicht eintrittspflichtig sei. Dieses sei nicht zutreffend. Der Streithelfer habe nicht wissentlich seine Pflichten verletzt. Er habe nicht mit dem erforderlichen direkten Vorsatz gehandelt. Die Tatsache, dass der Streithelfer die Anfragen des Finanzamts nicht beantwortete, habe viele mögliche Ursachen. Die Beklagte habe lediglich ein äußeres Bild dargelegt, welches keine Rückschlüsse auf die innere Haltung des Streithelfers zulasse. Es sei eine Unterstellung, dass der Streithelfer vorsätzlich – also mit Wissen und Wollen – eine konkrete Berufspflicht verletzt habe.

(Anträge ...)

II. Die zulässige Berufung bleibt erfolglos. Das Landgericht hat richtig entschieden.

Es kann dahinstehen, inwieweit aufgrund des Pfändungs- und Überweisungsbeschluss des Amtsgerichts M. vom 9.6.2004 wirksam eine Forderung des Streithelfers gegenüber der Beklagten gepfändet wurde. Jedenfalls ist das Landgericht zutreffend davon ausgegangen, dass Ansprüche des Streithelfers gegenüber der Beklagten nicht bestehen, **da der Streithelfer seine Pflichten gegenüber dem Kläger aus dem Steuerberaterverhältnis wissentlich verletzt hat und die Beklagte wegen des Haftungsausschlusses nach § 4 Nr. 5 AVB S 94 von ihrer Verpflichtung zur Leistung frei ist.**

An die Feststellungen des Landgerichts, dass der Streithelfer wissentlich gehandelt hat, ist der Senat gemäß § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO gebunden. Konkrete Anhaltspunkte, die Zweifel an der Richtigkeit dieser Feststellung begründen, liegen nicht vor.

Nach den Feststellungen im Haftpflichtprozess vor dem Landgericht M. hat der Streithelfer gegenüber dem Kläger gegen eine Pflicht aus dem Steuerberatungsvertrag verstoßen, indem er **trotz einer ausdrücklichen Anweisung des Klägers hinsichtlich der versäumten Einspruchsfristen gegen die Steuerbescheide vom 4.12.2000 keinen Wiedereinsetzungsantrag gestellt hat.** An diese Feststellung war das Landgericht D. im Deckungsprozess gebunden (BGH, NJW 2006, 289).

Das Landgericht hat zutreffend ausgeführt, dass der Streithelfer wissentlich diese Pflicht verletzt hat und die Beklagte sich aus diesem Grund zu Recht auf einen Haftungsausschluss beruft.

Gemäß § 4 Nr. 5 AVB S 94, die dem Vertragsverhältnis zwischen dem Streithelfer und der Beklagten zugrunde liegen, 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. Hinsichtlich der Frage, ob der Streithelfer die Pflicht wissentlich oder nur fahrlässig verletzt hat, entfaltet die Entscheidung des Landgerichts M. im **Haftpflichtprozess keine Bindungswirkung.** In diesem Haftungsverfahren wurde lediglich festgestellt, dass der Streithelfer in vorwerfbarer Weise einen Wiedereinsetzungsantrag nicht gestellt hat. Diese Feststellung war für die Frage der Haftung des Streithelfers im Verhältnis zum Kläger ausreichend. Die Frage des Grads des Verschuldens des Streithelfers wurde nicht geklärt, da für eine Verurteilung des Streithelfers im Haftungsprozess einfache Fahrlässigkeit ausreichend war. Dementsprechend entfaltet der Haftungsprozess diesbezüglich keine Bindungswirkung für den Deckungsprozess (BGH, NJW-RR 2003, 1311, 1312; OLG Hamm, VersR 2004, 727, 728).

**Wissentlich i.S.d. § 4 Nr. 5 AVB S 94 handelt derjenige, der die verletzte Pflicht positiv gekannt und sie zutreffend gesehen hat (BGH, NJW 2006, 289, 291) und subjektiv das Bewusstsein hatte, pflichtwidrig zu handeln (BGH, NJW 2006, 1311, 1312).** Dass der Streithelfer die haftungsauslösende Pflichtverletzung in diesem Sinne wissentlich begangen hat, ergibt sich bereits aus den Umständen, die zwischen den Parteien unstreitig sind. Aufgrund der Feststellungen im Deckungsprozess ist allein auf die Zuwiderhandlung des Streithelfers gegen die Weisung des Klägers Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu beantragen, abzustellen. Der Deckungsprozess entfaltet auch insoweit Bindungswirkung. Die übrigen Umstände sind jedoch zur Beurteilung der Frage der Wissentlichkeit des Verstoßes heranzuziehen.

**Dem Streithelfer war bewusst, dass er verpflichtet war, der Weisung des Klägers, hinsichtlich der Versäumung der Einspruchsfrist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu beantragen, nachzukommen.** Das stellen sowohl der Kläger als auch der Streithelfer nicht in Abrede.

Darüber hinaus ist davon auszugehen, dass der Streithelfer subjektiv das Bewusstsein hatte, gegen diese Verpflichtung zu verstoßen. Dieses ergibt sich aus einer **Gesamtwürdigung der Vielzahl der Versäumnisse des Streithelfers.** Der Streithelfer beantwortete bereits die Anfragen des Finanzamts vom 15.4.1999 und 28.7.1999 nur unvollständig. Auf die drängende Nachfrage des Finanzamts vom 21.1.2000 reagierte er überhaupt nicht, obwohl dieses Schätzungen konkret ankündigte. Am 4.12.2000 ergingen sodann diverse Bescheide zur Einkommen- und Vermögensteuer. Weder Kläger noch Streithelfer stellen im vorliegenden Verfahren in Abrede, dass diese Bescheide dem Streithelfer zugestellt wurden.

Dementsprechend hat das Landgericht D. die Tatsache der Zustellung der Steuerbescheide an den Streithelfer zutreffend als unstreitig behandelt. Der Streithelfer hat nach deren



Zustellung weder vorsorglich Einspruch gegen die negativen Steuerbescheide eingelegt noch diese dem Kläger innerhalb der Einspruchsfrist weitergeleitet. Der Kläger erhielt alsdann Zahlungsaufforderungen und Mahnungen. Er hielt Rücksprache mit dem Streithelfer und erteilte diesem die Weisung, Wiedereinsetzung wegen Versäumung der Einspruchsfrist zu beantragen. Dieser Weisung kam der Streithelfer unstreitig nicht nach.

**Aufgrund der Vielzahl der Versäumnisse wäre es lebensfremd, davon auszugehen, dass der Wiedereinsetzungsantrag lediglich aufgrund eines Versehens des Streithelfers unterblieb. Es hätte zwar durchaus sein können, dass jedes einzelne Versäumnis für sich allein mit einem bloßen Versehen hätte erklärt werden können, nicht jedoch die Vielzahl der Handlungen, die der Streithelfer unterlassen hat. Deren Gesamtheit lässt nur den Schluss auf ein wissentliches Verhalten des Streithelfers zu.**

Im Übrigen ist insoweit hervorzuheben, dass der Streithelfer bis heute keinerlei Angaben dazu gemacht hat, aus welchem konkreten Grund er den Wiedereinsetzungsantrag nicht gestellt hat.

Der Einwand des Klägers, das Landgericht habe unzulässigerweise seiner Entscheidung das streitige Vorbringen der Beklagten zugrunde gelegt, ist nicht zutreffend. Die Tatsachen hinsichtlich der Versäumnisse des Streithelfers sind nicht streitig.

Ein Verfahrensfehler ergibt sich auch nicht daraus, dass das Landgericht die Beweislast unzutreffend bewertet hat. **Zutreffend ist, dass die Beklagte für den Umstand, dass der Streithelfer wissentlich gehandelt hat, beweisbelastet ist** (BGH, NJW-RR 2001, 1311, 1312). Dieses wurde nicht verkannt. Das Landgericht hat es lediglich bereits aufgrund der unstreitigen Umstände als erwiesen angesehen, dass der Streithelfer wissentlich gehandelt hat. Ausdrückliche Erörterungen zur Beweislast erübrigten sich daher.

Das Landgericht hat auch zutreffend ausgeführt, **dass es der Beklagten nicht verwehrt ist, sich auf den Deckungsausschluss zu berufen.**

**Die Beklagte hat dem Streithelfer zu keinem Zeitpunkt während des Haftpflichtprozesses uneingeschränkte Deckung zugesagt** und hat ihre Bedenken hinsichtlich der Gewährung der Deckung rechtzeitig zum Ausdruck gebracht.

Die Beklagte hat von dem Haftpflichtprozess erst im Laufe des Verfahrens erfahren, nämlich erst nach Erlass des Versäumnisurteils vom 19.9.2003. Durch Schreiben vom 18.11.2003 **hat die Beklagte sich lediglich mit der Mandatierung der Prozessbevollmächtigten des Streithelfers in dem Verfahren vor dem Landgericht M. einverstanden erklärt.** Eine Deckungszusage erhält dieses Schreiben nicht. Zu diesem Zeitpunkt waren der Beklagten lediglich das Versäumnisurteil und die Einspruchsschrift bekannt. Aus Letzterer ergibt sich nur, dass nach dem Vortrag des Streithelfers die Frist zur Stellung des Wiedereinsetzungsantrags aufgrund eines

Kanzleiversehens nicht notiert wurde. Insgesamt ergaben sich für die Beklagte bis zu diesem Zeitpunkt keine Anhaltspunkte dafür, dass unter Umständen die Deckung zu versagen ist.

Durch Schreiben vom 8.3.2004 wurde die Beklagte über den Fortgang des Verfahrens vor dem Landgericht M. unterrichtet. Ihr wurden gleichzeitig die Schriftsätze der Klägervertreter vom 18.12.2003, 29.1.2004, 30.1.2004 und 1.3.2004 übersandt. Erst durch diese wurde die Beklagte auf die Vielzahl der Versäumnisse des Streithelfers aufmerksam. Sie reagierte damit, dass sie durch Schreiben vom 15.3.2004 anfragte, warum der Streithelfer trotz der Aufforderung durch das Finanzamt untätig geblieben ist. Gleichzeitig wies die Beklagte darauf hin, dass auch eine reine Untätigkeit als wissentliche Pflichtverletzung nach § 4 Nr. 5 AVB bewertet werden kann und dass eine solche wissentliche Pflichtverletzung nicht vom Versicherungsschutz umfasst ist. **Hierdurch hat sie rechtzeitig auf ihre Bedenken zur Deckung hingewiesen.**

Die Beklagte hat auch nicht ihr Einverständnis zu einem Vergleich zwischen dem Kläger und dem Streithelfer über eine Summe von 60.000 Euro erklärt. Ihr ist es daher auch aus diesem Grund nicht verwehrt, sich auf die mangelnde Deckung zu berufen. Dem handschriftlichen Zusatz auf dem Schreiben der Beklagten vom 15.3.2004 ist zu entnehmen, dass die Beklagte zwar **mit dem Vergleich „grundsätzlich einverstanden“ ist, sie ihre deckungsrechtlichen Bedenken jedoch aufrechterhält und „im Fall eines Vergleichsabschlusses gesondert zu klären sein wird, inwieweit sie sich an einem künftigen Vergleichsabschluss beteiligen wird“.** Diesem Zusatz ist daher zu entnehmen, dass die Beklagte gerade nicht einem Vergleich über 60.000 EUR zu ihren Lasten zugestimmt hat.

Das Landgericht D. hat auch nicht seine **Hinweispflicht nach § 139 ZPO** verletzt.

Ein Hinweis im Zusammenhang mit der Frage der Wirksamkeit des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses vom 9.6.2004 erübrigte sich, da das Gericht seine Entscheidung nicht auf diesen Umstand gestützt hat.

Auch insoweit, als vonseiten des Landgerichts nicht darauf hingewiesen wurde, dass eine Entscheidung zugunsten der Beklagten ohne Beweisaufnahme ergeht, liegt keine Verletzung der Hinweispflicht nach § 139 ZPO vor. Es bestand diesbezüglich keine Hinweispflicht.

Es liegt keine Verletzung des rechtlichen Gehörs gemäß Art. 103 Abs. 1 GG vor, da das Landgericht lediglich solche Tatsachen seiner Entscheidung zugrunde gelegt hat, zu denen der Kläger Gelegenheit zur Äußerung hatte. Es ist bei der Bewertung der unstreitigen Tatsachen und der Schlussfolgerung aus diesen dem Standpunkt gefolgt, den die Beklagte vertreten hat. Das Ergebnis der Bewertung der Tatsachen war daher für den Kläger nicht überraschend. Eine Hinweispflicht bestand nicht (OLG-Report Koblenz, 2005, 815). (...) ■

## GI Literaturhinweise

### Lutter/Hommelhoff: Die Reformauflage ist erschienen!

Nach der größten Reform des GmbH-Gesetzes seit seinem Erlass im Jahr 1892 durch das MoMiG werden sich Praktiker aller Berufsgruppen die Antworten auf die vielen neuen Rechtsfragen wieder aus dem „Lutter/Hommelhoff“ holen.

Seit vielen Jahren ist dieser Kommentar das Standardwerk, das über die Erkenntnisse der Gerichte ebenso wie über die Ansichten der Literatur informiert, aber auch Tendenzen in der Entwicklung des GmbH-Rechts offenlegt und selbst in die Diskussion um diese Entwicklung eingreift. Trotz dieses anspruchsvollen Programms ist der Kommentar kurz geblieben und weiterhin vor allem der lebendigen Praxis gewidmet: Er unterrichtet in aller Kürze über das im Wesentlichen Unstreitige aus Rechtsprechung und Lehre, so dass Rechtsfragen, die noch im Fluss sind, breiter diskutiert werden können. Vor allem aber macht der Kommentar die Aufgabe und die Funktion jeder wichtigen Norm deutlich und gibt vor diesem Hintergrund selbst Anstöße für neue Entwicklungen im GmbH-Recht.

Die 17. Auflage ist durch und durch geprägt vom MoMiG: Die Einführung der Unternehmergesellschaft als Unterform der GmbH, die Lösung des Problems der verdeckten Sacheinlagen und die Verlagerung der Regeln zum Gesellschafterdarlehen in die InsO seien nur pars pro toto genannt. Die Bilanzrechtsreform (BilMoG) sowie das FamFG sind ebenfalls bereits eingearbeitet. Und viele wichtige Entscheidungen der Gerichte zur Haftung von Gesellschaftern und Geschäftsführern, zur Anteilsveräußerung, zur verdeckten Gewinnausschüttung und verdeckten Einlage – um nur einige wenige zu nennen.

**Lutter/Hommelhoff: GmbH-Gesetz Kommentar**, von Prof. Dr. Walter Bayer, Prof. Dr. Dres. h.c. Peter Hommelhoff, Prof. Dr. Detlef Kleindiek und Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Marcus Lutter, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 17. neu bearbeitete Auflage 2009, 1.779 Seiten, DIN A 5, gebunden, 119,- €, ISBN 978-3-504-32487-2

### Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts – Band 3

Das Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts ist ein umfassendes Standardwerk. Dabei berücksichtigt das Handbuch auch das jeweilige Steuer-, Arbeits- und ggf. Kartellrecht. Der vorliegende Band 3 bietet eine fundierte und übersichtliche, an den Fragen und Informationsansprüchen der Praxis orientierte Darstellung des gesamten GmbH-Rechts ohne Beschränkung auf Einzelaspekte. Rechnungslegung, Konzern- und Steuerrecht werden integriert mitbehandelt.

Die Neuauflage erfolgt aus Anlass der GmbH-Novelle (MoMiG). Insbesondere wird die Gründung einer GmbH wesentlich erleichtert (Mustersatzung), das Recht der Gesellschafterfinanzierung auf neue Grundlagen gestellt und Missbräuche im Vorfeld der Insolvenz einer GmbH werden bekämpft. Zudem hat die Novelle die Möglichkeit einer 1-Euro-GmbH, der Unternehmergesellschaft (UG haftungsbeschränkt) eingeführt. Des Weiteren berücksichtigt die Neuauflage die Unternehmensteuerreform 2008 und im Ausblick das Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz (BilMoG).

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

**Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 3, Gesellschaft mit beschränkter Haftung**, Verlag C.H. Beck, 3. neu bearbeitete Auflage 2009, LXXIII, 1.733 Seiten, in Leinen, 148,- €, Vorzugspreis bei Abnahme aller Bände 140,- €, ISBN 978-3-406-57481-8

### Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn – Handelsgesetzbuch

Dieser Kompakt-Kommentar berücksichtigt das Zusammenwirken von HGB und anderen Gesetzen des Wirtschaftsrechts und ermöglicht damit auch die Lösung von komplexen Streitfällen. Das griffige Werk bezieht das Bilanzrecht und das Bank- und Börsenrecht in die Kommentierung ebenso ein wie das Recht der EU und das internationale Privatrecht. Damit bietet es dem Praktiker die weiterführenden Informationen, die er zu seiner Arbeit braucht.

Die Neuauflage führt die bewährte Konzeption fort und kommentiert neben den Bestimmungen des HGB alle angrenzenden Bereiche des Handelsrechts.

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

- Euro-Bilanzgesetz, ▪ Transparenz- und Publizitätsgesetz,
- Bilanzrechtsreformgesetz, ▪ Gesetz über elektronische Handelsregister (EHUG), ▪ Transparenzrichtlinie-Umsetzungsgesetz (TUG).

Das Werk wendet sich an alle mit dem Handels-, Bank- und Wirtschaftsrecht befasste Juristen, insbesondere Rechtsanwälte, Richter, Notare, Wirtschaftsprüfer und an Steuerberater.

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

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

**Band 2: §§ 343–475h, Transportrechtliche Nebenbestimmungen, Bank- und Börsenrecht, 2009, rund 2.477 Seiten, 240,- €, ISBN 978-3-8006-3382-1**

# Vordenker

Nach der Jahrhundertreform des GmbH-Rechts durch das MoMiG werden sich Praktiker aller Berufsgruppen die Antworten auf die vielen neuen Rechtsfragen, die sie in nächster Zeit beschäftigen, wieder aus diesem Kommentar holen. Seit über einem halben Jahrhundert ist er das Standardwerk, mit dem man in jedem Fall schnell und sicher zu einer fundierten Entscheidung kommt.

Kompakt im Umfang, umfassend in der Problembehandlung: Unstreitiges in Kürze, offene Rechtsfragen werden mit der gebotenen Ausführlichkeit diskutiert und mit wissenschaftlicher Präzision wegweisend gelöst.

Die angesehenen Autoren haben das jetzt geltende Recht komplett neu kommentiert und



Lutter/Hommelhoff **GmbH-Gesetz** Kommentar. Von Prof. Dr. Walter Bayer, Prof. Dr. Dres. h.c. Peter Hommelhoff, Prof. Dr. Detlef Keindiek und Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Marcus Lutter. 17., völlig neu bearbeitete und erweiterte Auflage 2009, 1.779 Seiten DIN A5, gbd. 119,- €. ISBN 978-3-504-32487-2

dabei auch das jüngst verabschiedete BilMoG an allen einschlägigen Stellen eingearbeitet.

Sie haben darüber hinaus zahlreiche BGH-Entscheidungen verarbeitet, die Kernbereiche der GmbH betreffen: zum Beispiel die Gründerhaftung, die Durchgriffshaftung, die Anteilsveräußerung, die verdeckte Gewinnausschüttung und die verdeckte Einlage. Neben kritischen Anmerkungen geben sie wertvolle Empfehlungen für die Gestaltungsberatung.

Bestechend an diesem weit verbreiteten Kommentarwerk ist die Zuverlässigkeit, mit der es die künftige Rechtsentwicklung oft genug vorweggenommen hat. Wir empfehlen Ihnen deshalb eine Leseprobe. Die wird Sie überzeugen. [www.otto-schmidt.de](http://www.otto-schmidt.de)

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

☒ Ja, ich bestelle mit 14-tägigem Rückgaberecht Lutter/Hommelhoff **GmbH-Gesetz** 17. Auflage, gbd. 119,- € plus Versandkosten. ISBN 978-3-504-32487-2

Name	Straße	PLZ	Ort
Telefon	Fax	Datum	Unterschrift

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

## GI Service

# Beihefter

In dieser Ausgabe der GI setzt Herr Rechtsanwalt Michael Brügge (HDI-Gerling) im Mittelbeihefter den Beitrag zum Haftungsrecht/Pflichten im Mandat fort. In dieser Ausgabe wird das Thema **Beratung** näher beleuchtet.

Die Aufgaben des Steuerberaters richten sich nach Inhalt und Umfang des erteilten Mandats. Nur in den hierdurch gezogenen Grenzen muss der Steuerberater deshalb den Mandanten im Anschluss an die Aufklärung der Sach- und Rechtslage ungefragt über alle bedeutsamen steuerrechtlichen und wirtschaftlichen Einzelheiten sowie deren Folgen unterrichten und möglichst vor Schaden schützen.

Informieren Sie sich aktuell in diesem Heft.

## Service-Fax

(0221) 144-5155

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

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

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

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

Informationen für wirtschaftsprüfende, rechts- und steuerberatende Berufe

# GI service

Nr. 5/September 2009

## Haftungsrecht – Die Pflichten im Mandat. (Teil 3 – Beratung)

**3. Beratung**  
**3.1 Mandatsbezogene Beratung**  
Die Aufgaben des Steuerberaters richten sich nach Inhalt und Umfang des erteilten Mandats. Nur in den hierdurch gezogenen Grenzen muss der Steuerberater deshalb den Mandanten im Anschluss an die Aufklärung der Sach- und Rechtslage ungefragt über alle bedeutsamen steuerrechtlichen und wirtschaftlichen Einzelheiten sowie deren Folgen unterrichten und möglichst vor Schaden schützen.<sup>1</sup>

Auf außerhalb des Mandats liegende steuerliche oder wirtschaftliche Risiken muss der Steuerberater den Mandanten grundsätzlich nicht hinweisen. Soweit es etwa um die Beteiligung des Mandanten an einer steuervergünstigten Vermögensanlage geht, schuldet der steuerliche Berater nur eine umfassende Aufklärung über die Chancen und Möglichkeiten der zu erzielenden Verlustzuvermögen und über deren Vorteile, Nachteile und Risiken in steuerlicher Hinsicht. Dagegen fällt ihm die Verpflichtung, wirtschaftlich zu beraten, nur, wenn er ein weiter gehendes, nach der Anlageberatung umfassendes Mandat erhalten hat, oder wenn er von sich aus eine bestimmte Beteiligung empfiehlt.<sup>2</sup>

Eine Ausnahme vom Grundsatz, wonach der Steuerberater nur in den Grenzen des erteilten Auftrags beraten muss, gilt dann, wenn eine außerhalb des Mandats liegende Fehleinschätzung des Mandanten für einen durchschnittlichen Berater bei einer ordnungsgemäßen Bearbeitung auf dem ersten Blick ersichtlich ist. In dem Fall muss der Steuerberater dem Mandanten trotz bestehendem Mandat aufgrund seiner vertraglichen Nebenpflicht, den Mandanten vor Schaden zu bewahren (§ 242 BGB), auf das Offenlegen der Fehleinschätzung hinwirken.<sup>3</sup>

Auf zivil- und sozialversicherungsrechtliche Fragen muss der Steuerberater nur dann eingehen, wenn mit der steuerlichen oder wirtschaftlichen Beratung zugleich zivil-, gesellschafts- oder sozialversicherungsrechtliche Wirkungen beabsichtigt sind. Wenn er die Rechtslage insoweit allerdings nicht überblickt oder ein Verstoß gegen das Nichtberaterleistungsgesetz droht, muss der Steuerberater den Mandanten an einen Rechtsanwalt, wenden.<sup>4</sup>

**3.2 Inhalt der Beratung**  
Der Steuerberater ist in den Grenzen des ihm erteilten Auftrags verpflichtet, den Mandanten umfassend zu beraten und ungefragt

über alle steuerlichen und wirtschaftlichen Einzelheiten und deren Folgen zu unterrichten.<sup>5</sup>

Im Ergebnis muss die Beratung dem Mandanten die notwendige Sach- und Rechtskunde auf steuerlichem und/oder wirtschaftlichem Gebiet vermitteln, damit dieser seine Rechte und Interessen selbstständig wahrnehmen kann und Fehleinschätzungen vermeidet.<sup>6</sup> Nicht zu den Aufgaben des Steuerberaters gehört es, dem Mandanten grundlegende Entscheidungen abzunehmen.<sup>7</sup> Soweit es etwa um eine Steuerungs- oder Gestaltungsmaßnahme geht, muss der Mandant auf der Grundlage der Beratung insoweit selbst abwägen und eine eigenverantwortliche Grundscheidungs- („Weichenstellung“) zu treffen.<sup>8</sup>

Bei einer mandatsbezogenen Beratung muss der Steuerberater davon ausgehen, dass der Mandant in der Regel in steuerlichen Dingen unkundig und damit befragungsbedürftig ist. Dies gilt sogar gegenüber rechtlich und wirtschaftlich erfahrenen Personen.<sup>9</sup> Soweit der Mandant nicht eindeutig zu erkennen gibt, dass er das Recht nur in einer bestimmten Richtung bedarf, ist der Steuerberater wie der Rechtsanwalt zur allgemeinen, umfassenden und möglichst erschöpfenden Beratung des Mandanten verpflichtet.<sup>10</sup> Wendet der Steuerberater „ja“, der Mandant habe die Rechtslage geklärt und sei deshalb nicht befragungsbedürftig, so trifft ihn insoweit die Beweislast.<sup>11</sup>

**3.2.2 Der sicherste Weg**  
Auf der Grundlage der mandatsbezogenen Sachverhaltsaufklärung und Rechtsprüfung muss der Steuerberater die Schritte anordnen, die geeignet sind, das vom Mandanten ersiehbare steuerliche Ziel zu erreichen, und die keine vermeintbaren Nachteile begründen.<sup>12</sup>

Soweit mehrere Wege zur Zielerreichung in Betracht kommen, muss er den relativ sichersten und am wenigsten gefährlichsten Weg vorschlagen, damit der Mandant eine sachgerechte Entscheidung treffen kann.<sup>13</sup> Kommt es etwa für die Inangriffnahme eines ausstehenden Steuererlasses alternative Steuerungsmaßnahmen in Betracht, muss der Steuerberater diejenige empfehlen, bei der die Gefahr einer Minderabgrenzung durch die Finanzverwaltung als eines Gestaltungsmissbrauchs am geringsten ist.<sup>14</sup>

Wenn verschiedene steuerrechtliche Wege mit unterschiedlichen Vor- und Nachteilen in Betracht kommen, ohne dass eine alternative deutlich vorteilhafter oder sicherer ist, hat der Steuerberater sämtliche Möglichkeiten im mit den jeweils verbundenen Risiken zu erläutern, damit der Mandant dann eigenverantwortlich

## Impressum

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

### Herausgeber

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

### Redaktion

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

### Erscheinungsweise

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

### Verlag

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

### Abonnementservice

Fax: (0221) 144-5155

### Layout und Satz

Type Connection, Lechenicher Str. 29, 50374 Erftstadt

### Druck

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

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