

Informationen für wirtschaftsprüfende, rechts- und steuerberatende Berufe

GI aktuell

Inhalt

Editorial
GI News
GI Entscheidungen
GI Literaturhinweise
GI Service

GI Leitsätze

Anwaltschaftung

Verbraucherinsolvenzverfahren / Berücksichtigung des Absonderungsberechtigten / Beobachtung des Verfahrensforgangs / Regelmäßige Internet-Recherche (BGH, Urt. v. 2.7.2009 – IX ZR 126/08)

Anwaltsvertrag und Prozessvollmacht

Verbot der Wahrnehmung widerstreitender Interessen / Unwirksamkeit des Anwaltsvertrages? / Nichtigkeit der Prozessvollmacht? / Anwaltsvertrag ohne Rechtsberatungsbefugnis / Prozessklärungen (BGH, Urt. v. 14.5.2009 – IX ZR 60/08)

Anwaltsmandat

Erfolgshonorar / Fälligkeitsbestimmung / Wertbemessung, Beratung beim Unternehmenskauf / Vermeidung von Interessenkollisionen / Kündigung des Anwaltsvertrages / Honoraranspruch (BGH, Urt. v. 23.4.2009 – IX ZR 167/07)

Anwaltschaftung

Unterhaltsprozess / Trennungsunterhalt / Elementarunterhalt / Altersvorsorgeunterhalt / Schaden (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 9.6.2009 – I-24 U 133/08)

Honoraranspruch des Rechtsanwalts

- 2 Rückzahlungsanspruch des Mandanten / Zahlungsvorbehalt des Mandanten / Zustandekommen des Anwaltsvertrages /
2 Abgrenzung Erstberatung, Geschäftsgebühr / Auflösungs-
4 verschulden des Anwalts / Kausalität der Pflichtverletzung /
34 Zwischenstatus (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 4.6.2009 – I-24 U 136/08)

Versicherungsschutz

- 3 Verstoßzeitpunkt / Versichererwechsel / Zuständigkeit des
4 Altversicherers / Kausalereignis / Beratungverschulden (KG, Urt. v. 24.4.2009 – 6 U 49/08)

Steuerberatungsgesellschaft als Treuhänder

- 24 Erlaubnispflichtige Rechtsberatung / Erlaubnisfreie Geschäfts-
besorgung / Beitritt zu Immobilienfond / Vertragsabwicklung (OLG Stuttgart, Urt. v. 31.3.2009 – 6 U 156/08)

Steuerberaterhonorar

- 6 Pauschalvereinbarung / Fehlende Schriftform / Vertrauen auf
mündliche Zusage / Rahmensatz / Herausgabeanspruch /
Zurückbehaltungsrecht an den DATEV-Daten (LG Düsseldorf, Urt. v. 15.9.2009 – 2b O 112/06)

Haftung des Wirtschaftsprüfers

- 8 Pflichtprüfung / Prüfungsumfang / Anlass für vertiefte Prüfung /
Insolvenzzreife / Quotenschaden / Ausschlussfrist, AAB-WP (LG München, Urt. v. 14.3.2008 – 14 HK O 8038/06)

Tätigkeit eines Rechtsanwalts

- 14 Unvereinbarkeit, § 14 Abs. 2 Nr. 8 BRAO / Immobilienhändler/
Immobilienentwickler / Immobilienmakler (AnwGH Berlin, Urt. v. 6.4.2009 – I AGH 6/08)

17

20

24

27

30

33

Editorial

Sehr geehrte Leserin, sehr geehrter Leser,

der BGH verpflichtet den Anwalt, die öffentliche **Bekanntmachung des Schlussverzeichnisses** (§ 9 InsO) **im Internet zu beobachten**. Sein absonderungsberechtigter Mandant war nicht berücksichtigt und die 2-Wochen-Frist gemäß § 190 Abs. 1 InsO versäumt worden.

Verstößt der Anwalt gegen das **Verbot der Wahrnehmung widerstreitender Interessen**, führt das nicht zur Nichtigkeit der Prozessvollmacht. Der BGH lässt offen, ob der Verstoß die Nichtigkeit des Anwaltsvertrages bewirkt. Der Honoraranspruch bleibt bestehen, soweit er in einer Zeit begründet wurde, als der Anwalt noch nicht illoyal gehandelt hat.

Verlangt der Mandant **Honorar zurück**, muss er darlegen und beweisen, dass materiell-rechtlich ein Honoraranspruch nicht entstanden war. Sein Zahlungsvorbehalt auf der Überweisung befreit ihn nicht von der Darlegungs- und Beweislast (OLG Düsseldorf).

Das Kammergericht Berlin zeigt die **Zuständigkeit des Vorversicherers** eines Steuerberaters auf, wenn Versicherer gewechselt wurden und Schadenersatzansprüche wegen eines **Beratungsverschuldens** aus „grauer Vorzeit“ geltend gemacht werden. Selbst wenn nach der ersten Fehlberatung weitere Pflichtverletzungen begangen wurden, orientiert sich die Zuständigkeit der Versicherer nach dem Zeitpunkt des ersten Fehlers. Der aktuelle Versicherer hat mit dem Versicherungsfall nichts zu tun.

Die **Bevollmächtigung einer Treuhänderin** – hier: Steuerberatungsgesellschaft –, alle Erklärungen abzugeben und entgegenzunehmen, die für den „wirtschaftlichen Beitritt“ eines Kapitalanlegers zu einem Fonds erforderlich sind, verstößt nicht gegen Art. 1 § 1 RBERG a.F. Geschäftsführungsaufgaben fallen nicht unter den Anwendungsbereich des RBERG (OLG Stuttgart).

Grundsätzlich muss eine **Pauschalvereinbarung** schriftlich geschlossen werden. Der Steuerberater kann sich nicht auf die fehlende Form berufen, wenn er sich mit pauschalen Abrechnungen zufrieden gab und den Mandanten nicht auf die fehlende Schriftform hingewiesen hat. Nochmals zu den **DATEV-Daten**: Sie sind das vertraglich geschuldete Arbeitsergebnis des Steuerberaters und nicht herauszugeben, wenn das Honorar nicht gezahlt wurde (LG Düsseldorf).



Mit freundlichen Grüßen
Ihr Dr. Jürgen Gräfe

GI News

BFH: Gewerbesteuerliche Hinzurechnung von Darlehenszinsen: Vorlage an den EuGH

Der Bundesfinanzhof (BFH) hat mit Beschluss vom 27.5.2009 – I R 30/08 dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) ein bei ihm anhängiges Revisionsverfahren zur Entscheidung darüber vorgelegt, ob die gewerbesteuerliche Hinzurechnung von Darlehenszinsen mit der Richtlinie 2003/49/EG (EU-Zins- und Lizenzrichtlinie) vereinbar ist.

Im Streitfall wurden die von einer inländischen Kapitalgesellschaft an ihre alleinige Anteilseignerin, eine in den Niederlanden ansässige Kapitalgesellschaft, gezahlten Darlehenszinsen entsprechend der im Streitjahr 2004 geltenden Regelung in § 8 Nr. 1 des Gewerbesteuergesetzes (GewStG) der gewerbesteuerlichen Bemessungsgrundlage zur Hälfte wieder hinzugerechnet.

Nach der EU-Zins- und Lizenzrichtlinie sind grenzüberschreitende Zinszahlungen zwischen Unternehmen, die durch eine Beteiligung von mindestens 25 % miteinander verbunden sind, im Sitzstaat des zahlenden Unternehmens von der Steuer befreit. Der BFH hält es für fraglich, ob die in der Richtlinie angeordnete Steuerbefreiung auch die volle steuerliche Abzugsfähigkeit der Zinsen beim zahlenden Unternehmen gebietet.

Der Vorlagebeschluss des BFH hat auch Bedeutung für die ab 2008 geltende Neuregelung der gewerbesteuerlichen Hinzurechnung von Darlehenszinsen in § 8 Nr. 1 Buchst. a GewStG.

(BFH, Beschl. v. 27.5.2009 – I R 30/08)

Pressemitteilung d. BFH v. 21.10.2009 ■

BFH: Frühere Pauschalbesteuerung sog. schwarzer Fonds verstößt gegen EU-Recht

Mit Urteil vom 25.8.2009 – I R 88, 89/07 hat der Bundesfinanzhof (BFH) entschieden, dass die (frühere) pauschale Gewinnbesteuerung für Auslandsfonds (sog. schwarze Fonds) gegen die Kapitalverkehrsfreiheit verstößt und deswegen sowohl für Fonds der anderen EU-Mitgliedstaaten als auch für Fonds aus sog. Drittstaaten nicht anwendbar war.

Bis 2003 unterlagen Erträge aus ausländischen Fonds, die im Inland keine Vertriebszulassung und keinen steuerlichen Vertreter hatten, einer sog. Pauschalbesteuerung nach § 18 Abs. 3 des Auslandsinvestmentgesetzes. Neben der gesamten Ausschüttung der Fonds einschließlich der darin enthaltenen Veräußerungsgewinne führte dies zu beträchtlichen steuerlichen Nachteilen gegenüber den Erträgen aus inländischen Fonds, für die das Gesetz eine solche Pauschalbesteuerung nicht vorsah.

Nachdem der BFH die Pauschalbesteuerung erst kürzlich für Fonds aus EU-Mitgliedstaaten für offenkundig gemeinschaftsrechtswidrig erklärt hatte (Urteil vom 18.11.2008 – VIII R 24/07), hat er diese Wertung nun mit Urteil vom 25.8.2009 – I R 88, 89/07 auf die Besteuerung von Erträgen aus Fonds aus Drittstaaten, die weder der EU noch dem Europäischen Wirtschaftsraum angehören, übertragen. Auch insoweit liegt eine unverhältnismäßige Beschränkung der Freiheit des Kapitalverkehrs vor, die EU-vertraglich auch für den Verkehr mit Drittstaaten verbürgt ist. Die Pauschalbesteuerung darf deswegen nicht erfolgen. Ob die Benachteiligung der Auslandsfonds zusätzlich gegen das Gleichheitsgebot des Grundgesetzes verstieß, konnte deswegen unbeantwortet bleiben.

Im Urteilsfall ging es um die Besteuerung von Erträgen aus chinesischen und südkoreanischen Fonds in den Jahren 1994 und 1995. Seit 2004 ist die Besteuerung der Erträge aus inländischen und ausländischen Fondsbeteiligungen einheitlich im Investmentsteuergesetz geregelt. Die verschärfende Pauschalbesteuerung für Auslandsfonds ist seitdem entfallen. (BFH, Urt v. 25.8. 2009 – I R 88, 89/07)

Pressemitteilung d. BFH v. 4.11.2009 ■

BFH: Zulassung zur Steuerberaterprüfung setzt abgeschlossene Berufsausbildung voraus

Wer keine abgeschlossene Berufsausbildung besitzt, kann zur Steuerberaterprüfung nicht zugelassen werden, selbst wenn er eine langjährige, fachlich einschlägige Berufstätigkeit nachweist. Dies entschied der Bundesfinanzhof mit Beschluss vom 7.10.2009 – VII R 45/07.

Die Bestellung als Steuerberater, welche die Möglichkeit zur geschäftsmäßigen Hilfeleistung in Steuersachen eröffnet, setzt grundsätzlich die erfolgreiche Teilnahme an der Steuerberaterprüfung voraus. Um zu dieser Prüfung zugelassen zu werden, müssen die Bewerber, wie im Einzelnen in § 36 des Steuerberatungsgesetzes (StBerG) geregelt ist, eine Berufsausbildung sowie praktische Berufstätigkeit nachweisen. Den Zugang zur Steuerberaterprüfung eröffnet u.a. eine kaufmännische Ausbildung mit anschließender mindestens 10-jähriger Berufstätigkeit. Neben der erfolgreichen Teilnahme an der Abschlussprüfung in einem kaufmännischen Ausbildungsberuf erwähnt allerdings § 36 StBerG als eine der weiteren Alternativen, um die Voraussetzung für die Zulassung zur Steuerberaterprüfung zu erfüllen, „eine andere gleichwertige Vorbildung“.

Der Bundesfinanzhof hat nun mit Beschluss vom 7.10.2009 geklärt, dass eine solche andere Vorbildung ebenfalls in einer (theoretischen) Berufsausbildung bestehen muss: Bewerber, die keine abgeschlossene Berufsausbildung besitzen, können also zur Steuerberaterprüfung nicht zugelassen werden, selbst wenn sie eine langjährige, fachlich einschlägige Berufstätigkeit nachweisen. Diese gesetzgeberische Entscheidung sei mit dem Grundrecht der Berufsfreiheit vereinbar, auch wenn gemessen an den hohen Anforderungen der Steuer-

beraterprüfung die durch eine Berufsausbildung z.B. in einem kaufmännischen Beruf erworbenen theoretischen Kenntnisse unter Umständen nicht besonders ins Gewicht fielen.

Der Entscheidung liegt das Zulassungsbegehren eines Bewerbers zugrunde, der sein Jurastudium abgebrochen hatte und sich für sein Zulassungsbegehren außer auf die während dieses Studiums erbrachten zahlreichen Prüfungsleistungen darauf berief, dass er fast 30 Jahre lang in unterschiedlichen Funktionen als Geschäftsführer einer eigenen Firma und als Angestellter von Unternehmen und Verbänden auf dem Gebiet des Steuerrechts berufstätig gewesen ist. (BFH, Beschl. v. 7.10.2009 – VII R 45/07)

Pressemitteilung d. BFH v. 18.11.2009 ■

GI Leitsätze

Schuldanerkenntnis des Haftpflichtversicherers / Deklaratorisches Anerkenntnis oder unverbindliche Mitteilung?

Teilt die dem Grunde nach einstandspflichtige gesetzliche Haftpflichtversicherung dem Geschädigten nach vorangegangener Korrespondenz, die auch das Verlangen nach Vorlage von Urkunden und Belegen zum Zweck der Überprüfung der vom Geschädigten geltend gemachten Schadenpositionen zum Gegenstand hatte, mit, dass sie hinsichtlich einzeln aufgeführter Positionen diesen jeweils zugeordnete Beträge zahlen werde, handelt es sich bei dieser Mitteilung um ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis und nicht lediglich um eine ohne Rechtsbindungswillen abgegebene unverbindliche Mitteilung.

(OLG Frankfurt, Beschl. v. 15.8.2008 – 19 U 153/08) ■

Pflichten eines Patentanwalts / Gebrauchsmuster / Priorität der Anmeldung

1. Ein Patentanwalt, der mit der Anmeldung eines Gebrauchsmusters beauftragt ist und Kenntnis davon hat, dass im Ausland eine parallele Schutzrechtsanmeldung des Mandanten vorbereitet wird, ist gehalten zu klären, ob die Anmeldung erfolgt ist, und auf eine positive Antwort hin die Priorität dieser Anmeldung in Anspruch zu nehmen.

2. Zweck dieser Pflicht ist es zu verhindern, dass dem Gebrauchsmuster aufgrund von Beschreibungen oder Benutzungen, die in der Zeit zwischen den Anmeldungen öffentlich zugänglich geworden sind, der Schutz versagt bleibt. Sie hat dagegen nicht den Zweck, einen später mit weiteren Folgeanmeldungen betrauten Patentanwalt darauf aufmerksam zu machen, dass die Anmeldung nicht als erste Anmeldung i.S.v. Art. 87 Abs. 1 EPÜ herangezogen werden kann. (OLG Karlsruhe, Urt. v. 8.4.2009 – 6 U 222/07) ■

Anwaltshaftung

- Verbraucherinsolvenzverfahren
 - Berücksichtigung des Absonderungsberechtigten
 - Beobachtung des Verfahrensfortgangs
 - Regelmäßige Internet-Recherche
- (BGH, Urt. v. 2.7.2009 – IX ZR 126/08)

Leitsatz:

Der Absonderungsberechtigte wird in der Wohlverhaltensphase eines Verbraucherinsolvenzverfahrens nur dann bei der Verteilung berücksichtigt, wenn er innerhalb von zwei Wochen nach der öffentlichen Bekanntmachung des Schlussverzeichnisses eine Erklärung gemäß § 190 Abs. 1 InsO abgegeben hat. ■

Zum Sachverhalt:

Im Zusammenhang mit der Aufnahme gemeinsamer Kredite traf die Klägerin am 1.1.1997 mit ihrem damaligen Lebensgefährten eine Vereinbarung, wonach er sich verpflichtete, an die Klägerin monatlich 1.140 DM zu zahlen, und sein pfändbares monatliches Einkommen an sie abtrat. Mit Beschluss vom 24.7.2003 eröffnete das Insolvenzgericht auf den mit dem Antrag auf Restschuldbefreiung verbundenen Eigenantrag des Lebensgefährten das Verbraucherinsolvenzverfahren. Gleichzeitig wurde ein Treuhänder bestellt.

Die Klägerin meldete ihre Forderung in Höhe von 92.113,50 EUR im Insolvenzverfahren an. Als der Treuhänder Nachweise verlangte, beauftragte die Klägerin den verklagten Rechtsanwalt mit der Wahrnehmung ihrer Interessen im Insolvenzverfahren. Dieser übersandte dem Treuhänder die Vereinbarung vom 1.1.1997. Im Prüftermin vom 20.10.2003, an dem der Beklagte nicht teilnahm, wurde die für die Klägerin angemeldete Forderung als vorläufig bestritten festgestellt. In der Sitzungsniederschrift wurde vermerkt, dass die „Schlussunterlagen“ in etwa drei Monaten eingereicht würden.

Am 16.1.2004 legte der Treuhänder dem Insolvenzgericht seinen Schlussbericht und das Schlussverzeichnis vor. Danach wurde die Forderung der Klägerin „für den Ausfall“ festgestellt. Der Bericht und das Schlussverzeichnis wurden am 22.1.2004 im Internet veröffentlicht. Mit Schreiben vom 19.4.2004 erkundigte sich der Beklagte erstmals beim Treuhänder nach dem Stand des Verfahrens. Mit Beschluss vom 19.7.2004 wurde das Insolvenzverfahren aufgehoben und die Restschuldbefreiung für den Schuldner angekündigt.

Die Klägerin erhielt aus der Abtretung des Schuldners bis Juli 2005 Zahlungen. Danach wurde sie von dem Treuhänder nicht mehr berücksichtigt, weil binnen der Zwei-Wochen-Frist des § 190 Abs. 1 i.V.m. § 189 InsO nicht nachgewiesen worden sei, dass und für welchen Betrag die Klägerin bei der abgesonderten Befriedigung ausgefallen sei.

Die Klägerin macht geltend, bei ordnungsgemäßigem Verhalten des Beklagten hätte der Treuhänder aus dem Gehalt des

Schuldners bis 2010 Beträge an sie ausgekehrt. Ihre auf die Feststellung der Schadenersatzpflicht des Beklagten gerichtete Klage hat das Landgericht für begründet erachtet. Die Berufung des Beklagten ist ohne Erfolg geblieben. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Beklagte seinen Klageabweisungsantrag weiter.

Die Revision des Beklagten hat keinen Erfolg. ■

Aus den Gründen:

I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, dem Beklagten sei anzulasten, dass er dem Treuhänder nicht innerhalb der auch für das Verbraucherinsolvenzverfahren geltenden Ausschlussfrist des § 190 Abs. 1 InsO i.V.m. § 189 InsO nachgewiesen habe, in welcher Höhe die Klägerin mit ihrer Forderung ausgefallen sei. Zu Recht habe der Treuhänder nach Auslaufen der zweijährigen Frist des § 114 InsO weitere Zahlungen an die Klägerin abgelehnt. Gläubiger mit der Berechtigung zur abgesonderten Befriedigung, wie die Klägerin, könnten bei der Verteilung in der Wohlverhaltensphase nur mit ihrem Ausfall berücksichtigt werden. Diesen fristgerecht nachzuweisen – erforderlichenfalls zu schätzen –, sei der Beklagte nach den Grundsätzen des sichersten Weges verpflichtet gewesen.

II. Diese Ausführungen halten rechtlicher Prüfung stand.

1. Der Beklagte hat schuldhaft seine **anwaltlichen Pflichten** verletzt, indem er die Ausschlussfrist des § 190 Abs. 1 i.V.m. § 189 InsO hat verstreichen lassen.

a) Diese **Ausschlussfrist** war im Interesse der Klägerin zu beachten, weil diese nur bei fristgerechtem Nachweis des Ausfalls als Absonderungsberechtigte erwarten konnte, nach dem Unwirksamwerden der Vorauszession (§ 114 Abs. 1 InsO) auf ihre Insolvenzforderung Zahlungen zu erhalten.

aa) Soweit sich – wie im vorliegenden Fall – Sicherungsabtretungen auf einen Zeitraum nach Ablauf der Zwei-Jahres-Frist des § 114 Abs. 1 InsO erstrecken, sind sie nach § 91 Abs. 1 InsO absolut unwirksam (vgl. BGHZ 167, 363, 368 Rdnr. 12). Der Zessionar hat nur noch die Stellung als Insolvenzgläubiger der Forderung, die der Abtretung zugrunde liegt (MünchKomm-InsO/Löwisch/Caspers 2. Aufl., § 114 Rdnr. 24; Moll in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 114 Rdnr. 22; HK-InsO/Linck 5. Aufl., § 114 Rdnr. 10).

bb) Als Insolvenzgläubiger wird der **vormals Absonderungsberechtigte bei der Verteilung im Regelinsolvenzverfahren nur berücksichtigt, soweit er bei der abgesonderten Befriedigung ausgefallen ist** (§ 52 Satz 2, § 190 Abs. 1 Satz 1 und 2 InsO). **Der Nachweis des Ausfalls ist innerhalb der in § 189 Abs. 1 InsO – dort für die Berücksichtigung bestrittener Forderungen – vorgesehenen Ausschlussfrist zu führen, also innerhalb von zwei Wochen nach der öffentlichen Bekanntmachung des Schlussverzeichnisses.**

Allerdings steht der Ausfall zu diesem Zeitpunkt noch nicht endgültig fest, wenn – wie im vorliegenden Fall – die Zwei-Jahres-Frist des § 114 Abs. 1 InsO noch offen ist, das Abson-

derungsrecht also weiter bedient wird. „Für welchen Betrag“ er bei der abgesonderten Befriedigung ausfallen wird, kann der Absonderungsberechtigte nicht sicher beurteilen. Entgegen der Ansicht der Revision hat dies aber nicht zur Folge, dass der Absonderungsberechtigte überhaupt keine Erklärung gemäß § 190 Abs. 1 InsO abgeben muss.

Über deren Inhalt herrscht im Schrifttum Uneinigkeit. Die eine Auffassung geht dahin, der absonderungsberechtigte Sicherungszessionar müsse schätzen, in welcher Höhe die gesicherte Forderung nach Auslaufen der Sicherungsabtretung (§ 114 Abs. 1 InsO) noch nicht getilgt sein werde (*Wenzel in: Kübler/Prütting/Bork, a.a.O., § 292 Rdnr. 9b; FK-InsO/Grote 5. Aufl., § 292 Rdnr. 12; Grote, ZInsO 1999, 31, 33; vgl. auch Uhlenbruck, InsO 12. Aufl., § 190 Rdnr. 10*). Nach anderer Meinung ist die Quotenermittlung auf der Grundlage der Forderungen vorzunehmen, die nach Auslaufen der Forderungsabtretung i.S.d. § 114 Abs. 1 InsO noch offen ist (*Uhlenbruck/Vallender, a.a.O., § 292 Rdnr. 36*). Auch nach der zuletzt genannten Auffassung kann aber die Erstellung des Schlussverzeichnisses nicht so lange aufgeschoben werden, bis die Sicherungsabtretung ausgelaufen ist. Vielmehr ist danach der gesamte zum Ende der Frist des § 189 InsO noch ausstehende Betrag als vorläufiger Ausfall anzugeben und das Schlussverzeichnis, genauer: die auf den vormaligen Absonderungsberechtigten entfallende Quote, später zu berichtigen, wenn der endgültige Ausfall feststeht.

Welcher Ansicht zu folgen ist, braucht hier nicht entschieden zu werden. Damit der Verwalter das Schlussverzeichnis erstellen kann, muss der Absonderungsberechtigte ihm zumindest – rechtzeitig – die Informationen liefern, die der Verwalter zur wenigstens vorläufigen Bemessung der Quote benötigt. Das ergibt sich aus dem Zweck des § 190 InsO, die Befriedigung der Insolvenzgläubiger nicht durch Schwierigkeiten bei der Verwertung von Gegenständen, an denen Absonderungsrechte bestehen, zu verzögern (*MünchKomm-InsO/Füchsl/Weishäupl, a.a.O., § 190 Rdnr. 1*). Entgegen der Auffassung der Revision in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat verfügt der Treuhänder über diese Informationen schon deshalb nicht, weil die Einziehung der sicherungsbedingten Forderung dem Gläubiger selbst obliegt.

cc) **Die Ausschlusswirkung besteht** – entgegen der Auffassung der Revision – auch im Verbraucherinsolvenzverfahren. Für dieses Verfahren gelten nach § 304 Abs. 1 Satz 1 InsO die allgemeinen Vorschriften, soweit im neunten Teil der Insolvenzordnung nichts anderes bestimmt ist. Dies ist nicht der Fall.

dd) Mit Recht hat das Berufungsgericht angenommen, dass die Ausschlusswirkung nach § 190 Abs. 1 i.V.m. § 189 InsO **auch im Restschuldbefreiungsverfahren – also nach Eintritt in die Wohlverhaltensphase** – gilt.

Nach § 292 Abs. 1 Satz 2 InsO hat der Treuhänder die Verteilung der durch die Abtretung erlangten Bezüge des Schuldners aufgrund des Schlussverzeichnisses vorzunehmen. Dieses bleibt somit auch in der Wohlverhaltensphase maßgeblich. Ist eine Forderung nur für den Ausfall fest-

gestellt und der Ausfall nicht rechtzeitig nachgewiesen, darf der Treuhänder sie bei der jährlichen Verteilung nicht berücksichtigen.

Entgegen der Auffassung der Revision scheitert die Anwendbarkeit der Ausschlussfrist in der Wohlverhaltensphase auch nicht an § 190 Abs. 3 InsO. Danach ist Absatz 1 dieser Vorschrift nicht anzuwenden, wenn nur der Insolvenzverwalter zur Verwertung des Gegenstandes berechtigt ist, an dem das Absonderungsrecht besteht. Der Treuhänder ist gemäß § 313 Abs. 3 InsO jedoch nicht zur Verwertung von Gegenständen berechtigt, an denen Absonderungsrechte bestehen.

ee) Der Ansicht der Revision, der Beklagte habe nicht wissen können, dass die Forderung der Klägerin nur für den Ausfall festgestellt worden war, und deswegen keine Kenntnis von dem Schlussverzeichnis nehmen müssen, ist nicht zu folgen. Nachdem der Beklagte selbst dem Treuhänder zum Nachweis der Forderung die Vereinbarung vorgelegt hatte, aus der sich das Bestehen einer Sicherungszession ergab, musste er damit rechnen, dass der Treuhänder ein Absonderungsrecht der Klägerin anerkennen würde mit der Folge, dass fortan das Ausfallprinzip galt.

Dass § 190 InsO auch für das Restschuldbefreiungsverfahren entsprechend anwendbar ist, ergibt sich aus der Systematik der maßgeblichen Verfahrensvorschriften und wurde bereits zum Zeitpunkt der Beauftragung des Beklagten auch im insolvenzrechtlichen Schrifttum vertreten (*Grote, ZInsO 1999, 31, 34; Braun/Buck, InsO 1. Aufl. (2002), § 292 Rdnr. 7*). Im Hinblick hierauf musste sich für den Beklagten der Gedanke aufdrängen, dass für das Anmeldeverfahren die Ausschlussfrist des § 189 InsO zu beachten ist. **Daher war der Beklagte bei ordnungsgemäßer Wahrnehmung der Interessen der Klägerin verpflichtet, den weiteren Fortgang des Verfahrens zeitnah zu beobachten. Dies galt insbesondere für den in der Sitzungsniederschrift des Prüftermins vom 20.10.2003 genannten Zeitpunkt „in etwa drei Monaten“. Tatsächlich wurden der maßgebliche Bericht und das Schlussverzeichnis am 22.1.2004 im Internet gemäß § 9 InsO öffentlich bekannt gemacht.**

b) Das Verhalten des Beklagten war schuldhaft. Dafür spricht sein **objektiv fehlerhaftes Verhalten** (vgl. BGHZ 129, 386, 399; BGH, Urt. v. 20.6.1996 – IX ZR 106/95, WM 1996, 1832, 1835; v. 20.1.2005 – IX ZR 416/00, WM 2005, 999; v. 7.12.2006 – IX ZR 37/04, WM 2007, 564, 566 Rdnr. 20). Er trägt die Darlegungs- und Beweislast, dass er die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat (vgl. BGH, Urt. v. 18.12.2008 – IX ZR 12/05, WM 2009, 369, 370 Rdnr. 16). Ein entsprechender Nachweis ist nicht erbracht.

2. Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht festgestellt, dass die Pflichtverletzung des Beklagten zu einem Schaden der Klägerin geführt hat. Der Beklagte hatte zwar das Bestehen von Zahlungsansprüchen der Klägerin gegen ihren Lebensgefährten unter Beweisantritt bestritten; entgegen der Ansicht der Revision war dieser Vortrag jedoch unerheblich. Dass der Treuhänder den angemeldeten Anspruch als zur abgesonderten Befriedigung berechtigt anerkannt hatte

und der Klägerin somit hierauf nach Auslaufen der Frist des § 114 Abs. 1 InsO die Quote zugefallen wäre, wenn der Beklagte den Ausfall fristgerecht nachgewiesen hätte, war freilich nicht ausschlaggebend. Denn **der Verlust einer tatsächlichen oder rechtlichen Position, auf welche der Betroffene nach der Rechtsordnung keinen Anspruch hatte, bedeutet keinen Schaden im normativen Sinne** (BGHZ 124, 86, 95; 125, 27, 34; 145, 256, 262; BGH, Urt. v. 23.11.2006 – IX ZR 21/03, WM 2007, 419, 422 Rdnr. 37). Indessen hatte bereits das Landgericht in der Vereinbarung vom 1.1.1997 ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis des Lebensgefährten der Klägerin gesehen.

Damit war ein nur möglicherweise bestehendes Schuldverhältnis zwischen ihm und der Klägerin als tatsächlich bestehend bestätigt worden. Der Lebensgefährte hätte gegenüber der Klägerin nicht mehr einwenden können, er schulde ihr nichts (vgl. *Bamberger/Roth/Gehrlein, BGB 2. Aufl., § 781 Rdnr. 10 f*). Dieser Sicht hat sich das Berufungsgericht erkennbar angeschlossen. Stand der Klägerin aber ein durchsetzbarer Anspruch gegen ihren Lebensgefährten zu, wurde sie durch die Pflichtverletzung des Beklagten geschädigt. ■

Anwaltsvertrag und Prozessvollmacht

- Verbot der Wahrnehmung widerstreitender Interessen
 - Unwirksamkeit des Anwaltsvertrages?
 - Nichtigkeit der Prozessvollmacht?
 - Anwaltsvertrag ohne Rechtsberatungsbefugnis
 - Prozesserkklärungen
- (BGH, Urt. v. 14.5.2009 – IX ZR 60/08)

Leitsatz:

Ein Verstoß des Rechtsanwalts gegen § 43a Abs. 4 BRAO berührt nicht die Wirksamkeit der ihm erteilten Prozessvollmacht und der von ihm namens der Partei vorgenommenen Prozesshandlungen. ■

Zum Sachverhalt:

Der Kläger und L. sind Rechtsanwälte, die gemeinsam eine Anwaltssozietät in der Rechtsform einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts betrieben haben. Der Kläger kündigte den Gesellschaftsvertrag; die Gesellschaft befindet sich in Liquidation. Beide Gesellschafter widerriefen wechselseitig alle Vollmachten. Die Beklagte wurde von der Anwaltssozietät in verschiedenen Rechtsangelegenheiten vertreten. Der Kläger begehrt mit der vorliegenden Klage für diese Tätigkeiten von der Beklagten Anwaltsvergütung, zahlbar an die in Liquidation befindliche Anwaltsgesellschaft. Die Beklagte wurde durch Rechtsanwalt L. vertreten.

Das Amtsgericht hat der Klage stattgegeben. Rechtsanwalt L. legte für sie Berufung ein und trat für sie in der Berufungsverhandlung auf. In der mündlichen Verhandlung wies das Berufungsgericht darauf hin, die Rechtsanwalt L. erteilte

Prozessvollmacht könnte unwirksam sein. Das Landgericht hat die Berufung als unzulässig verworfen. Mit seiner vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.

Die Revision ist begründet. ■

Aus den Gründen:

I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, Rechtsanwalt L. habe bei Berufungseinlegung als vollmachtsloser Vertreter gehandelt, so dass mangels wirksamer Prozessvollmacht die Berufung unzulässig sei. Der zwischen der Beklagten und ihrem früheren Prozessbevollmächtigten abgeschlossene Geschäftsbesorgungsvertrag sei gemäß § 138 BGB sittenwidrig; zum Nachteil der Anwaltssozietät liege ein sittenwidriges kollusives Zusammenwirken zwischen der Beklagten und ihrem ehemaligen Prozessbevollmächtigten vor. Mit der Übernahme des Mandats habe Rechtsanwalt L. zudem gegen das Tätigkeitsverbot des § 43a Abs. 4 BRAO verstoßen.

Auch wenn ein starkes Vertrauensverhältnis zwischen der Beklagten und ihrem vormaligen Prozessbevollmächtigten bestanden habe, sei er jedenfalls als gleichzeitiger Gesellschafter der in Liquidation befindlichen Anwaltssozietät in eine Konfliktsituation geraten. Der bestehende Interessenwiderstreit werde auch nicht durch den Umstand behoben, dass sich der ehemalige Prozessbevollmächtigte – nach dem Vorbringen der Beklagten – auf die „richtige“ Seite gestellt habe. Vielmehr hätte es dem Anwalt zur Vermeidung einer Konfliktsituation oblegen, nicht aktiv die Interessen der Beklagten zu vertreten.

Der Verstoß gegen das Tätigkeitsverbot begründe für sich gesehen noch nicht die Unwirksamkeit der erteilten Vollmacht. Hier komme aber hinzu, dass der ehemalige Prozessbevollmächtigte der Beklagten durch die Übernahme des Mandats in kollusivem Zusammenwirken mit ihr die Durchsetzung von Ansprüchen der Anwaltsgesellschaft zu vereiteln versucht habe. Dieses Verhalten sei gemäß § 138 BGB sittenwidrig und führe nicht nur zur Nichtigkeit des Anwaltsvertrages, sondern auch zur Unwirksamkeit der erteilten Prozessvollmacht.

II. Diese Ausführungen halten rechtlicher Prüfung nicht stand.

Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts wurde die Berufung durch den vorinstanzlichen Prozessbevollmächtigten der Beklagten wirksam eingelegt, weil gegen die Wirksamkeit der erteilten Prozessvollmacht keine durchgreifenden Bedenken bestehen. Die Prozessvollmacht ist von dem zugrunde liegenden Geschäftsbesorgungsvertrag unabhängig. Mögliche Mängel des Grundgeschäftes schlagen auf die Prozessvollmacht grundsätzlich nicht durch. Eine Ausnahme ist hier nicht gegeben.

1. Der Bundesgerichtshof hat bislang nicht entschieden, **ob ein Verstoß gegen das Verbot der Wahrnehmung widerstreitender Interessen** (§ 43a Abs. 4 BRAO) **zur Anwendung des**

§ 134 BGB und damit zur Unwirksamkeit des Anwaltsvertrages führt (BGH, Urt. v. 23.10.2003 – IX ZR 270/02, WM 2004, 478, 481; Urt. v. 23.4.2009 – IX ZR 167/07, z.V.b., dazu auch Riedel/ Sußbauer/Fraunholz, BRAGO 7. Aufl., § 1 Rdnr. 15; Kleine-Cosack, BRAO 4. Aufl., § 43a Rdnr. 123). Der Senat muss diese Frage auch vorliegend nicht entscheiden. Selbst wenn allgemein bei der Vertretung widerstreitender Interessen für § 134 BGB Raum wäre (befürwortend Fahrendorf in: Rinsche/Fahrendorf/Terbille, Die Haftung des Rechtsanwalts 7. Aufl., Rdnr. 638), zudem – wie das Berufungsgericht angenommen hat – widerstreitende Interessen nicht nur bei einem Doppelmandat in Betracht kämen und der Anwaltsvertrag unwirksam wäre, **führt dies nicht zur Nichtigkeit der Prozessvollmacht.**

2. Es entspricht anerkannter höchstrichterlicher Rechtsprechung, **dass die Wirksamkeit der einem Rechtsanwalt erteilten Vollmacht und der von ihm namens der Partei vorgenommenen Rechtshandlungen unabhängig vom Zustandekommen oder von der Wirksamkeit des Anwaltsvertrages ist** (BGHZ 56, 355, 358; BGH, Urt. v. 24.1.1978 – VI ZR 220/76, NJW 1978, 1003, 1004; v. 19.3.1993 – V ZR 36/92, NJW 1993, 1926; vgl. ferner OLG Hamm, NJW 1992, 1174, 1175 f; Terbille in: Rinsche/Fahrendorf/Terbille, a.a.O., Rdnr. 61; Sieg in: Zuehör/Fischer/Sieg/Schlee, Handbuch der Anwalts-haftung 2. Aufl., Rdnr. 10).

3. Die Wirksamkeit von Rechtshandlungen eines Rechtsanwalts wird nicht durch einen Verstoß gegen ein berufsrechtliches Tätigkeitsverbot berührt. Selbst bei Zuwiderhandlung gegen umfassende und generelle Tätigkeitsverbote bleiben die Handlungen des Rechtsanwalts wirksam, um die Beteiligten im Interesse der Rechtssicherheit zu schützen (BGH, Urt. v. 19.3.1993 – V ZR 36/92, a.a.O.).

a) **Zwar ist ein ohne die Erlaubnis nach Art. 1 § 1 RBerG abgeschlossener Geschäftsbesorgungsvertrag, der umfassende Befugnisse enthält, nichtig und die Nichtigkeit erfasst neben der umfassenden Abschlussvollmacht auch eine der Geschäftsbesorgerin erteilte Prozessvollmacht zur Abgabe einer Zwangsvollstreckungsunterwerfungserklärung** (BGHZ 154, 283, 286 f, vgl. ferner BGH, Urt. v. 11.10.2001 – III ZR 182/00, WM 2001, 2260, 2262; v. 14.5.2002 – XI ZR 151/01, WM 2002, 1273, 1274; v. 17.10.2006 – XI ZR 185/05, WM 2007, 110, 112; v. 22.5.2007 – XI ZR 338/05, MittBay-Not 2008, 204, 205). Der Verstoß gegen Art. 1 § 1 Abs. 1 Satz 1 RBerG i.V.m. § 134 BGB wirkt sich danach auch auf die prozessuale Vollmacht aus, weil andernfalls Sinn und Zweck des gesetzlichen Verbots nicht zu erreichen wären.

Es muss die Wirksamkeit jeder Rechtshandlung verhindert werden, die seitens des unerlaubt rechtsberatenden Geschäftsbesorgers für seinen Auftraggeber vorgenommen wird. **Es wäre nicht hinzunehmen, könnte die Treuhänderin die Auftraggeber nicht aus einer materiell-rechtlichen Haftungsübernahme (§ 780 BGB) wirksam verpflichten, wohl aber zu ihren Lasten eine prozessuale Unterwerfungserklärung abgeben und auf diese Weise einen – ungleich gefährlicheren – Vollstreckungstitel schaffen.**

Die besonderen rechtlichen Folgen, die mit der Vollstreckungsunterwerfung nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO verbunden sind, gebieten daher die Anwendung des § 134 BGB (vgl. BGHZ 139, 387, 392). Die Wahrnehmung der der Treuhänderin übertragenen Aufgaben setzt auch und gerade **auf prozessualem Gebiet gesicherte Rechtskenntnisse** voraus, über die im allgemeinen nur Rechtsanwälte und – nach behördlicher Sachkundeprüfung – Personen verfügen, denen eine Erlaubnis zur Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten erteilt worden ist. Wird weder ein Rechtsanwalt noch eine Person tätig, die die erforderliche Erlaubnis vorweisen kann, sind die auf prozessualem Gebiet vorgenommenen Handlungen unwirksam (BGHZ 154, 283, 287).

Die gleichen Gesichtspunkte werden dafür angeführt, **dass ein Verlust der Zulassung zur Rechtsanwaltschaft zugleich die einem Rechtsanwalt erteilte Prozessvollmacht entfallen lässt** (BGH, Beschl. v. 22.4.2008 – X ZB 18/07, MDR 2008, 873, 874; vgl. ferner BGHZ 166, 117, 123 Rdnr. 16).

b) Diese Erwägungen sind jedoch auf die hier vorliegende Fallgestaltung nicht übertragbar. Der Schutz des Mandanten gebietet keine Erstreckung der etwaigen Unwirksamkeit des Geschäftsbesorgungsvertrages auf die Prozessvollmacht.

Im Gegensatz zu den vorstehend erörterten Fallgruppen **steht die Eigenschaft des vormaligen Prozessbevollmächtigten der Beklagten als zugelassener Anwalt hier nicht in Zweifel**. Das Bedürfnis, **die Mandanten vor ungeeigneten Rechtsvertretern zu schützen** (BGHZ 166, 117, 123 Rdnr. 16; BGH, Beschl. v. 22.4.2008 – X ZB 18/07, a.a.O.), wird nicht berührt. Bei einer Erstreckung der Nichtigkeitsfolge des Anwaltsvertrages auf die Prozessvollmacht würde das Vertrauen der Beklagten sowie der übrigen Prozessbeteiligten, dass die Prozesshandlungen des von ihr beauftragten Anwalts wirksam sind, außer Acht gelassen (BGH, Urt. v. 19.3.1993 – V ZR 36/92, a.a.O.). Daher ist an der bisherigen Rechtsprechung festzuhalten.

Die Erwägung des Berufungsgerichts, die Unwirksamkeit der Prozessvollmacht ergebe sich auch daraus, dass der vormalige Prozessbevollmächtigte der Beklagten in einem kollusiven Zusammenwirken mit ihr versucht habe, den Vergütungsanspruch der Anwaltssozietät zu vereiteln, ist nicht beachtlich. Materiell-rechtliche Bestimmungen des Vertretungsrechts und hierauf gegründete Erwägungen finden auf die prozessuale Vollmacht keine Anwendung.

Die Vorschriften der §§ 78 ff ZPO bilden für die Prozessvollmacht ein Sonderrecht. Materiell-rechtliche Regelungen über die Vollmacht können daher nur Geltung erlangen, wenn die Zivilprozessordnung auf sie verweist oder in ihnen allgemeine Rechtsgedanken der Stellvertretung zum Ausdruck kommen (BGHZ 154, 283, 287; BGH, Urt. v. 18.12.2002 – VIII ZR 72/02, NJW 2003, 903, 904). Deshalb kann der von der Revisionserwiderung geltend gemachte Schutz des Prozessgegners und der Allgemeinheit keine Ausnahme rechtfertigen. (...) ■

Anwaltsmandat

- Erfolgshonorar
- Fälligkeitsbestimmung
- Wertbemessung, Beratung beim Unternehmenskauf
- Vermeidung von Interessenkollisionen
- Kündigung des Anwaltsvertrages
- Honoraranspruch

(BGH, Urt. v. 23.4.2009 – IX ZR 167/07)

Leitsätze:

1. Lässt sich ein Rechtsanwalt, der mit der Führung von Vertragsverhandlungen beauftragt ist, für den Fall des Abschlusses eines Unternehmenskaufvertrages die Zahlung einer „Vergleichsgebühr“ versprechen, so stellt dies die Vereinbarung eines unzulässigen Erfolgshonorars dar.

2. Ist ein Teil einer Gebührenvereinbarung auf ein unzulässiges Erfolgshonorar gerichtet, so ist diese Vereinbarung insgesamt nichtig, wenn die dort bestimmte Fälligkeit aller Vergütungsteile den gleichen Erfolg voraussetzt.

3. Ein Verstoß des Anwalts gegen die Pflicht zur Vermeidung von Interessenkollisionen führt nicht zum Verlust solcher Honoraransprüche, die schon vor der Pflichtverletzung entstanden sind, es sei denn, die Beratungsleistungen sind für den Auftraggeber ohne Interesse. ■

Zum Sachverhalt:

Die Klägerin, eine Anwaltsgesellschaft bürgerlichen Rechts, macht gegen die Beklagte Honoraransprüche für anwaltliche Beratung und Vertragsgestaltung im Zusammenhang mit dem Verkauf des Unternehmens der Beklagten, einer Herstellerin von Kunststoffspritzgussteilen für die Autoindustrie, geltend.

Im November 2001 nahmen der alleinvertretungsberechtigte Geschäftsführer und Alleingesellschafter M. der Komplementärin der Beklagten, zu dessen Unternehmensgruppe sie gehörte, und die Z. Beteiligungsgesellschaft mbH & Co. KG Gespräche über den Verkauf der Beklagten an eine Gesellschaft der Z.-Gruppe auf. Im Rahmen dieser Gespräche beauftragte die Beklagte die Klägerin am 13.12.2001 mit ihrer anwaltlichen Beratung bei dem Unternehmensverkauf und dessen späterer Abwicklung. Die Parteien schlossen unter diesem Datum eine Vereinbarung, in der über die Honorierung der Tätigkeit der Klägerin Folgendes vereinbart wurde:

„Für die Vorbereitung der Kaufvertragsverhandlungen, die gesellschaftsrechtliche Beratung für möglicherweise noch vor dem Kaufvertrag oder mit dem Kaufvertrag im Zusammenhang stehende gesellschaftsrechtliche Maßnahmen sowie den Entwurf eines Konzepts oder Vertrages entsteht eine 10/10-Gebühr gemäß § 118 Abs. 1 Ziff. 1 BRAGO.

Für die Führung der Verhandlungen und die Teilnahme an den Verhandlungen mit der Käuferin oder den Käufern entsteht eine 10/10-Gebühr gemäß § 118 Abs. 1 Ziff. 2 BRAGO.

Für den rechtsverbindlichen Abschluss eines Unternehmenskaufvertrages entsteht die 15/10-Gebühr des § 23 BRAGO.

Für die Mitwirkung bei der Abwicklung des Unternehmenskaufvertrages entsteht eine 7,5/10-Gebühr gemäß § 118 Abs. 1 Ziff. 1 BRAGO.

Die Gebühren ergeben sich aus dem im Kaufvertrag in Ansatz gebrachten Wert der verkauften Vermögensgegenstände (Aktivseite der Bilanz), unabhängig davon, ob die verkauften Gegenstände sich im Vermögen der Gesellschaft befinden oder aber im Vermögen anderer Gesellschaften, jedoch von dem verkauften Unternehmen genutzt werden. (...)

Unser Honorar wird fällig mit Eintritt der Fälligkeit des für das Unternehmen zu zahlenden Kaufpreises; für den Fall, dass sich unterschiedliche Fälligkeiten ergeben, ist der zuletzt eintretende Fälligkeitstermin maßgebend. Wir sind berechtigt, bis zu 50 % des voraussichtlich entstehenden Honorars nach rechtswirksamem Abschluss des Unternehmenskaufvertrages geltend zu machen.“

Nach weiteren Verhandlungen der Kaufvertragsparteien und ihrer Anwälte, in deren Verlauf die Kaufvertragsparteien von einem ursprünglich beabsichtigten „asset-deal“ zu einem „share-deal“ übergingen, wurde am 13.2.2002 ein umfassendes Vertragswerk über den Verkauf der Beklagten an ein Unternehmen der Z.-Gruppe, die I. GmbH, beurkundet. Im Anschluss an diese Beurkundung kamen Zweifel über die Wirksamkeit des notarieller Kaufvertrags auf. Es erfolgte deshalb am 11.6.2002 eine nochmalige Beurkundung sämtlicher Vertragsbestandteile. Danach stellte die Klägerin gestützt auf die Honorarvereinbarung vom 13.12.2001 und unter Zugrundelegung eines Gegenstandswertes von 33.545.755,92 DM der Beklagten am 28.6.2002 263.357,72 EUR in Rechnung.

Nach Klageerhebung und Bestreiten der Wirksamkeit der Honorarvereinbarung durch die Beklagte rechnete die Klägerin ihren gesetzlichen Gebührenanspruch am 19.12.2002 unter Zugrundelegung eines Gegenstandswertes von 162.336.995,96 DM mit 582.468,24 EUR ab. Hiervon hat sie im ersten Rechtszug einen erstrangigen Teilbetrag in Höhe des Abrechnungsbetrages vom 28.6.2002 zum Gegenstand ihrer Klage gemacht.

Das Landgericht hat die Beklagte zur Zahlung eines Honorars von 111.454,07 EUR verurteilt. Die dagegen gerichtete Berufung der Klägerin hat nur zu einer geringfügigen Änderung geführt. Das Berufungsgericht hat die Beklagte zur Zahlung von 111.727,80 EUR verurteilt. Die Honorarvereinbarung der Parteien haben beide Vorinstanzen als unwirksam angesehen. Die Berufung der Beklagten gegen das erstinstanzliche Urteil ist erfolglos geblieben. Mit der vom Berufungs-

gericht für beide Parteien zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihren in zweiter Instanz primär geltend gemachten Antrag auf Verurteilung der Beklagten entsprechend der Honorarvereinbarung vom 13.12.2001 weiter. Die Beklagte begehrt weiterhin Abweisung der Klage insgesamt.

Die beiderseitigen Revisionen haben keinen Erfolg. ■

Aus den Gründen:

A. Das Berufungsgericht hat im Wesentlichen Folgendes ausgeführt:

Zwischen den Parteien des Rechtsstreits sei ein Anwaltsvertrag zustande gekommen. Zwar spreche der Inhalt der außergerichtlichen Vollmacht eher für eine Mandatierung der Klägerin durch den Alleingesellschafter und Geschäftsführer der Komplementärin der Beklagten persönlich. Letztlich ergebe aber die Auslegung der Honorarvereinbarung vom 13.12.2001, die mit dem Vertretungszusatz für die Beklagte unterzeichnet worden sei, die Auftragserteilung durch die Beklagte. Dieser Vertrag sei nicht nach § 134 BGB i.V.m. § 43a Abs. 4 BRAO nichtig.

Zwar habe die Klägerin gegen das Verbot des § 43a Abs. 4 BRAO verstoßen, als sie die Beklagte namens ihrer früheren Kommanditistin aufgefordert habe, den Abfindungsbetrag für den ermäßigten Kommanditanteil, der Gegenstand des Unternehmenskaufvertrages gewesen sei, zu bezahlen. Auch habe sie dieses Verbot verletzt, indem sie im August 2002 namens der Eigentümerin des Betriebsgrundstücks den Mietvertrag mit der Beklagten außerordentlich gekündigt habe. Diese Verstöße führten aber nicht zur Anwendung des § 134 BGB, soweit es um den ursprünglich abgeschlossenen Anwaltsvertrag und die daraus folgende Honorarforderung gehe. Sie hätten nur zur Konsequenz, dass die unter Missachtung des § 43a Abs. 4 BRAO aufgenommenen Folgemandate nichtig seien und die Klägerin ihre Tätigkeit für den ersten Auftraggeber unverzüglich hätte beenden müssen. Das bedeute aber nicht, dass der Honoraranspruch für die bis dahin erbrachten Leistungen entfalle.

Die Klägerin könne ihre Honorarforderung nicht auf die Vereinbarung vom 13.12.2001 stützen. Diese verstoße gegen § 49b Abs. 2 BRAO a.F. und sei deshalb gemäß § 134 BGB nichtig. Es handele sich um die unzulässige Vereinbarung eines Erfolgshonorars. Die Zahlung des Honorars der Klägerin sei von dem Abschluss des Kaufvertrages abhängig gewesen, es habe sich nicht um eine bloße Fälligkeitsregelung gehandelt. Bei Abschluss der Honorarvereinbarung sei das Zustandekommen des Verkaufs noch keineswegs sicher gewesen. Selbst in dem Vorvertrag vom 19.12.2001 sei noch nicht verbindlich geregelt gewesen, ob ein „share-deal“ oder ein „asset-deal“ habe abgeschlossen werden sollen. Hierüber sei noch bis zum Beurkundungstermin am 13.2.2002 verhandelt worden.

Soweit der Klägerin das gesetzliche Honorar zustehe, sei dies auf der Basis des Kaufpreises von 28,1 Mio. DM zuzüglich eines zu zahlenden Aufgeldes von 1,5 Mio. DM zu berechnen. Die in Anrechnung auf den Kaufpreis übernommenen

Verbindlichkeiten, die Zuwendung einer Gesellschaft der Z.-Gruppe an die Beklagte, die übernommenen Verbindlichkeiten aus Rückstellungen, der Gegenstandswert der übernommenen Verträge mit Kunden und Lieferanten sowie die Übernahme der Arbeitnehmer und das vereinbarte Wettbewerbsverbot erhöhten den Wert nicht. Gleiches gelte für den im Rahmen des Unternehmenskaufvertrages abgeschlossenen Grundstückskaufvertrag zwischen einem anderen Unternehmen, das der Gruppe der Beklagten angehört habe, und der Käuferin. Soweit das Landgericht die Kapitalherabsetzung nebst Abfindungsvereinbarung unberücksichtigt gelassen habe, sei seine Entscheidung nicht angegriffen.

Eine Hilfsaufrechnung der Beklagten mit an sie abgetretenen Schadenersatzansprüchen der Käuferin wegen einer unzutreffenden Garantieerklärung der Verkäuferin, Verbindlichkeiten der Gesellschaften, die nicht aus den Buchführungsunterlagen ersichtlich seien, bestünden nicht, greife nicht durch. Derartige Ansprüche könnten sich nur gegen die Altkomplementärin und/oder deren Alleingesellschafter und Geschäftsführer persönlich, nicht aber gegen die Klägerin richten. Diese sei auch nicht verpflichtet gewesen, bei den Vertragsverhandlungen die Gegenseite über ihre Honoraransprüche aufzuklären.

B. Diese Entscheidung hält einer rechtlichen Überprüfung stand. Der Klägerin steht gegen die Beklagte ein Anspruch auf Zahlung von 111.727,80 EUR aus § 675 Abs. 1, § 611 BGB zu. Auf die Honorarvereinbarung vom 13.12.2001 kann die Klägerin diesen Anspruch zwar nicht stützen. Entsprechend der Entscheidung des Berufungsgerichts stehen der Klägerin jedoch die gesetzlichen Gebühren aus § 118 Abs. 1 Nr. 1 und 2, §§ 28, 26 BRAGO a.F. zu. Die Geltendmachung des Honoraranspruchs durch die Klägerin verstößt nicht deshalb gegen ein gesetzliches Verbot, weil diese im Verlauf der Abwicklung des Vertrages widerstreitende Interessen vertreten hat und für andere Unternehmen der M.-Gruppe tätig geworden ist. Die Geltendmachung der Honorarforderung verstößt auch nicht gegen Treu und Glauben. Die von der Beklagten hilfsweise erklärte Aufrechnung mit einem an sie abgetretenen Schadenersatzanspruch wegen fehlender Aufklärung über das Bestehen eines Vergütungsanspruchs greift nicht durch.

I. Revision der Klägerin

Die Revision der Klägerin ist unbegründet.

1. Das Berufungsgericht ist mit Recht von der **Nichtigkeit der Vergütungsvereinbarung** vom 13.12.2001 ausgegangen. Die Vereinbarung **stellt keine bloße Fälligkeitsregelung dar, sondern enthält einen Verstoß gegen § 49b Abs. 2 BRAO a.F., der gemäß § 134 BGB zu ihrer Nichtigkeit führt**. Zwar hat das Bundesverfassungsgericht (BVerfGE 117, 163 = NJW 2007, 979) § 49b Abs. 2 BRAO in der Fassung vom 2.9.1994 (BGBl I, 2278) insoweit für verfassungswidrig erklärt, als die Vorschrift keine Ausnahme für den Fall zuließ, dass der Rechtsanwalt mit der Vereinbarung einer erfolgsbasierten Vergütung besonderen Umständen in der Person des Auftraggebers Rechnung trägt, die diesen sonst davon ab-

hielten, seine Rechte zu verfolgen. Abgesehen von diesem besonderen Ausnahmefall, der vorliegend nach den zutreffenden Ausführungen des Berufungsgerichts nicht gegeben ist, war die Vorschrift bis zum Inkrafttreten der Neuregelung am 30.6.2008 aber weiter anzuwenden (vgl. BGH, Beschl. v. 15.11.2007 – IX ZR 27/05, BeckRS 2008, 19968 Rdnr. 6, 8).

a) Aufgrund der Vorschrift des § 49b Abs. 2 BRAO a.F. hat der Bundesgerichtshof in ständiger Rechtsprechung Vereinbarungen, durch die eine Vergütung oder ihre Höhe vom Ausgang der Sache oder vom Erfolg der anwaltlichen Tätigkeit abhängig gemacht worden ist (Erfolgshonorar) oder nach der der Rechtsanwalt einen Teil des erstrittenen Betrages als Honorar erhält (quota litis), als unzulässig angesehen. Mit diesem Verbot soll verhindert werden, dass der Rechtsanwalt den Ausgang eines Mandats zu seiner eigenen „wirtschaftlichen“ Angelegenheit macht (vgl. BT-Drucks. 12/4993, S. 31). Danach stellt jede Vereinbarung, durch die das Entstehen oder die Höhe des Vergütungsanspruchs des Rechtsanwalts vom Ausgang der von ihm vertretenen Sache oder sonst vom Erfolg seiner anwaltlichen Tätigkeit abhängig gemacht wird, eine **unwirksame Erfolgshonorarvereinbarung** dar (vgl. BGHZ 34, 64, 71; 39, 142, 145; 51, 290, 293 f; BGH, Urt. v. 4.12.1986 – III ZR 51/85, NJW 1987, 3203, 3204; v. 29.4.2003 – IX ZR 138/02, WM 2003, 1631, 1633 f; v. 23.10.2003 – IX ZR 270/02, WM 2004, 478, 479; v. 18.3.2004 – IX ZR 177/03, WM 2004, 981, 983).

b) Ein entsprechender Fall ist hier gegeben. Das Berufungsgericht hat in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Art und Weise festgestellt, dass die Höhe der von der Beklagten zu zahlenden Vergütung vom Ergebnis der Verhandlungen über den Unternehmenskaufvertrag abhängen sollte. Die Zahlung einer 15/10-Gebühr des § 23 BRAGO sollte für den Fall des rechtsverbindlicher Abschlusses eines Unternehmenskaufvertrages erfolgen. Verhandlungen, die mit einem Vergleich i.S.d. § 779 Abs. 1 Satz 1 BGB enden sollten, durch die mithin der Streit oder die Ungewissheit der Parteien über ein Rechtsverhältnis im Wege gegenseitigen Nachgebens beseitigt werden sollte, waren aber tatsächlich gar nicht zu führen. Streit um den Inhalt und die Abfassung eines bereits geschlossenen Kaufvertrages, der im Wege gegenseitigen Nachgebens hätte geklärt werden können, bestand nicht. Vielmehr ging es um originäre Vertragsverhandlungen mit dem Ziel, einen Unternehmenskaufvertrag abzuschließen.

Eine bloße Teilnichtigkeit (§139 BGB), bei der einzelne Elemente der Vereinbarung, die nicht gegen das Verbot der Verabredung eines erfolgsabhängigen Honorars verstoßen, bestehen bleiben, ist nicht gegeben. Die Nichtigkeit erstreckt sich auch auf den Teil der Vereinbarung, in dem die Fälligkeit des Honorars vom Eintritt der Fälligkeit des für das Unternehmen zu zahlenden Kaufpreises abhängig gemacht wird. Danach kann ein Vergütungsanspruch nur entstehen, wenn es zum Abschluss des Kaufvertrages und damit zur Kaufpreisfälligkeit kommt. Ohne einen Vertragsschluss, der auch Vorbedingung für die Geltendmachung eines 50%igen Vorauszahlungsanspruchs sein soll, ist eine Honorarforderung der Klägerin ausgeschlossen. Dies bezieht sich auf alle in der Vereinbarung enthaltenen Gebühren, die ohne den

Vertragsschluss niemals fällig werden können. **Die Fälligkeitsregelung bildet deshalb die Klammer für das gesamte Vertragswerk und belastet auch die Geschäfts-, Verhandlungs- und Abwicklungsgebühr mit der Nichtigkeitsfolge der Vereinbarung eines unzulässigen Erfolgshonorars.**

aa) Soweit die Klägerin mit ihrer Revision rügt, das Berufungsgericht sei über ihren unter Zeugenbeweis gestellten Vortrag hinweggegangen, die Vertragsbeteiligten seien sich am 13.12.2001 bereits über den Unternehmensverkauf einig gewesen, es sei in der Folgezeit lediglich noch um das Ausformulieren des Vertragstextes gegangen, liegt eine **Gehörsverletzung** nicht vor. Die Nichtberücksichtigung eines erheblichen Sachvortrags und Beweisangebots kann zwar einen Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG darstellen, wenn der Tatrichter das Vorbringen zur Kenntnis genommen hat, das Unterlassen der danach gebotenen Beweisaufnahme im Prozessrecht aber keine Stütze findet (BVerfG NJW 2003, 1655; BGH, Beschl. v. 31.8.2005 – XII ZR 63/03, NJW-RR 2005, 1603; v. 7.12.2006 – IX ZR 173/03, WM 2007, 569, 570).

So verhält es sich hier jedoch nicht. Die Revisionsbegründung legt nicht dar, dass das unter Beweis gestellte Vorbringen erheblich war. **Allerdings kann die Vereinbarung eines Erfolgshonorars ausscheiden, wenn der Rechtsanwalt nur noch eine von den Parteien bereits erzielte Einigung in eine juristische Form zu gießen hat** (vgl. BGH, Urt. v. 29.4.2003, a.a.O.). Indes war das Vorbringen der Klägerin hierzu widersprüchlich und deshalb als Grundlage einer Beweisaufnahme ungeeignet.

Sie hat in einem Schreiben vom 13.8.2002 ausgeführt, vor dem 11.2.2002 sei von einem „share-deal“ noch keine Rede gewesen, es sei erst später zu einem plötzlichen Wechsel von einem „asset-deal“ zu einem „share-deal“ gekommen. Wenn vor dem 13.2.2002, dem Termin der ersten Beurkundung, noch gar nicht feststand, in welcher Form der Unternehmenskauf vollzogen werden sollte, so kann schon deswegen nicht angenommen werden, dass dieser Kauf bei Erteilung des Beratungsmandats am 13.12.2001 bereits unverrückbar feststand. Der Vertragsschluss hätte auch noch scheitern können. Bestätigt wird dies durch die – von der Revision nicht angegriffene – Tatsache, dass ein auf den 11.2.2002 anberaumter Beurkundungstermin abgebrochen wurde, weil „Meinungsverschiedenheiten über den Umfang des Verkaufs“ aufgetreten waren.

bb) Entsprechendes gilt für die ebenfalls erstmals in zweiter Instanz aufgestellte Behauptung, der Alleingeschäftsführer ihrer Komplementärin habe namens der Beklagten die Honorarvereinbarung nur unterzeichnet, weil diese andernfalls nicht in der Lage gewesen wäre, sich bei der Durchführung des Unternehmenskaufvertrages rechtlich beraten zu lassen. Auch hier liegt eine rechtlich relevante Gehörsverletzung nicht vor. Eine Beweisaufnahme zu dieser Behauptung war nicht geboten. Mit der Vereinbarung vom 13.12.2001 haben die Parteien die Fälligkeit der Vergütung zumindest teilweise – hierauf wird in der Revisionserwiderung zutreffend hingewiesen – noch vor den gesetzlichen

Fälligkeitszeitpunkt vorverlegt und Abrechnung von Gebühren vereinbart, die über die gesetzlichen hinausgehen. Ein Ausnahmefall, in dem die Vereinbarung eines Erfolgshonorars der einzige Weg war, um rechtliche Beratung zu erlangen (vgl. BVerfGE 117, 163, 193 ff = NJW 2007, 979, 983 f), ist deshalb nicht erkennbar. Die Klägerin hat überdies nicht schlüssig dargelegt, dass ein anderer Anwalt ohne die Vereinbarung eines Erfolgshonorars die Beratung der Beklagten nicht übernommen hätte.

c) Die Klägerin kann ferner nicht geltend machen, die Parteien hätten lediglich eine vom Gesetz abweichende Fälligkeitsvereinbarung getroffen (BGH, Urt. v. 18.3.2004, a.a.O.; Zugehör in: Zugehör/Fischer/Sieg/Schlee, Handbuch der Anwaltschaft 2. Aufl., Rdnr. 851). Von einer solchen Konstellation wäre nur auszugehen, wenn die Parteien vereinbart hätten, die Fälligkeit der im Übrigen nach dem Gesetz festzusetzenden Gebühren anders zu regeln. Hier haben die Parteien jedoch ein zusätzliches Honorar für den Erfolgsfall vereinbart und dessen Fälligkeit insgesamt – wie vorstehend zu B. I. 1. b) bereits ausgeführt – vom Vertragsschluss abhängig gemacht.

d) Das **im Grundsatz weiterhin bestehende Verbot der Vereinbarung eines Erfolgshonorars** ist entgegen der Auffassung der Revision der Klägerin nicht auf die forensische Tätigkeit des Rechtsanwalts beschränkt, sondern gilt auch für die außergerichtliche Beratung und Interessenwahrnehmung. Bei den Gründen, die für die grundsätzliche Wirksamkeit des Verbots sprechen (BVerfGE 117, 163, 182 ff = NJW 2007, 979, 980 f), ist nicht zwischen dem außergerichtlichen und gerichtlichen Bereich zu unterscheiden. **Die Unabhängigkeit des Rechtsanwalts muss hier wie dort gewahrt werden, wenn es darum geht, das Vertrauen auf eine objektive Beratung zu gewährleisten.** Diese darf nicht dadurch geprägt sein, dass ein vereinbartes Honorar nur im Fall einer bestimmten Entscheidung des Auftraggebers gezahlt wird. Dies birgt in beiden Bereichen die Gefahr eines Einflusses von Gebühreninteressen auf die Beratung, die nicht Maßstab der anwaltlichen Tätigkeit sein soll, in sich. Auch ist der Rechtsuchende in beiden Bereichen vor einer Übervorteilung durch überhöhte Vergütungen zu schützen.

2. Der weitere Angriff der Revision der Klägerin, das Berufungsgericht habe den Gegenstandswert nicht zutreffend festgesetzt, bleibt ebenfalls ohne Erfolg.

a) Das Berufungsgericht ist in rechtlich nicht zu beanstandender Art und Weise von der Anwendbarkeit des § 39 Abs. 2 KostO auf die Bemessung des Gegenstandswertes ausgegangen. Es hat den Wert der Leistungen der Beklagten der Wertbemessung zugrunde gelegt. Auch die Revision der Klägerin hält dies im Ausgangspunkt für zutreffend. Die **Wertbemessung für die anwaltliche Beratung** bei einem Unternehmenskauf war nach dem hier noch anwendbaren § 8 Abs. 2 Satz 1 BRAGO nach den Vorschriften der Kostenordnung vorzunehmen, weil die BRAGO – Gleiches würde im Übrigen auch für den Anwendungsbereich des § 23 Abs. 3 Satz 1 RVG gelten – keine Regelung für die Wertbemessung bei einem Unternehmenskauf enthielt.

b) Ist Gegenstand eines Kaufvertrages die Veräußerung von Gesellschaftsanteilen oder ein Unternehmen insgesamt, so ist anerkannt, dass der Wertbemessung in der Regel der vereinbarte **Kaufpreis** zugrunde zu legen ist (BGH, Urt. v. 17.4.1975 – III ZR 171/72, NJW 1975, 1417, 1418; BayObLGZ 1991, 361; KG, DB 1994, 316; KG, KGR Berlin 1994, 44; Bengel/Tiedtke in: Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, Kostenordnung 17. Aufl., § 39 Rdnr. 11; Hartmann, Kostengesetze 39. Aufl., § 39 KostO Rdnr. 17 „Kaufvertrag“). Demgemäß hat das Berufungsgericht die der Beklagten vertraglich obliegenden Zahlungsverpflichtungen in Höhe von insgesamt 29,6 Mio. DM der Bemessung des Wertes zugrunde gelegt.

c) Andere nach dem Vertrag geschuldete Leistungen hat das Berufungsgericht nicht werterhöhend berücksichtigt; dies ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

Soweit das Berufungsgericht es abgelehnt hat, die **Verbindlichkeiten** von 21,2 Mio. DM hinzuzurechnen, wird dies von der Revision nicht angegriffen. Die Darlehensforderung der Fahrzeugelektronik P. GmbH hat das Berufungsgericht unberücksichtigt gelassen, weil diese Forderung von dem Kaufvertrag unberührt blieb. Dies ist revisionsrechtlich nicht zu rügen. **Rückstellungsverpflichtungen** sind entsprechend der Bewertung der Vertragsparteien im Kaufvertrag in die Bemessung eingeflossen; nachträgliche tatsächliche Veränderungen haben insoweit keine Bedeutung. Entsprechendes gilt für die übergeleiteten Verträge mit Kunden. Auch hier ist der Wert dieser Vertragsbeziehungen bereits Gegenstand der Kaufpreisbildung gewesen. Eine nochmalige Bewertung der einzelnen Vertragsverhältnisse scheidet aus. Hinsichtlich der Übernahme von Arbeitnehmern kann zwar eine Wert-erhöhung stattfinden, wenn der Käufer eines Unternehmens eine zusätzliche **Arbeitsplatzgarantie** abgibt oder Verpflichtungen aus einem Sozialplan übernimmt (LG Berlin, JurBüro 1994, 38, 39). Eine solche zusätzliche Verpflichtung der Beklagten, die über den bloßen Übergang der Arbeitsverhältnisse hinausgeht, hat das Berufungsgericht aber in revisionsrechtlich nicht zu überprüfender tatsächlicher Würdigung verneint.

Der Grundstückskaufvertrag und die Herabsetzung des Kapitals der ursprünglichen Kommanditistin der Beklagten betrafen keine Leistungen, die die Beklagte aufgrund des Kaufvertrages zu erbringen hatte. Eine Werterhöhung konnte damit auch hierauf nicht gestützt werden.

II. Revision der Beklagten

Auch die Revision der Beklagten führt zu keiner Aufhebung oder Änderung der Entscheidung des Berufungsgerichts.

1. Soweit das Berufungsgericht **Verstöße der Beklagten gegen die Pflicht zur Vermeidung von Interessenkollisionen** (§ 43a Abs. 4 BRAO, § 3 BORA, § 356 StGB) festgestellt hat, führt dies jedenfalls im vorliegenden Fall nicht zu einem Verlust des gesetzlichen Vergütungsanspruchs aus dem zuerst erteilten Auftrag. Die Ausführungen des Berufungsgerichts sind auch insoweit rechtlich nicht zu beanstanden.

a) Der Bundesgerichtshof hat bislang nicht entschieden, **ob der Verstoß des Rechtsanwalts gegen die Pflicht aus § 43a Abs. 4 BRAO, keine widerstreitenden Interessen zu vertreten, zur Anwendung des § 134 BGB und damit zur Nichtigkeit des Anwaltsvertrages führt** (BGH, Urt. v. 23.10.2003, a.a.O., 481; dazu auch Riedel/Sußbauer/Fraunholz, BRAGO 7. Aufl., § 1 Rdnr. 15; Kleine-Cosack, BRAO 5. Aufl., § 43a Rdnr. 131; LAG Köln, NZA-RR 2001, 353). Offen ist damit auch, ob bei Abschluss von mehreren Anwaltsverträgen mit gegenläufig interessierten Parteien nur die später abgeschlossenen Verträge oder alle unwirksam sind. Der Senat braucht diese Fragen auch vorliegend nicht abschließend zu entscheiden. Selbst wenn allgemein bei der Vertretung widerstreitender Interessen für § 134 BGB Raum wäre, beträfe dies die hier von der Klägerin geltend gemachte Honorarforderung nicht.

b) **Der Verstoß des Rechtsanwalts gegen die Regelung des § 43a Abs. 4 BRAO führt grundsätzlich weder zur rückwirkenden Nichtigkeit des Anwaltsvertrages noch lässt er den Anspruch auf gesetzliche Gebühren entfallen, wenn der Verstoß zu einem Zeitpunkt geschieht, in dem der Rechtsanwalt die Gebühren bereits verdient hat.** In diesem Fall hat der Rechtsanwalt die das Mandatsverhältnis prägenden Dienstleistungen bereits erbracht. Mit dem Wegfall der vertraglichen Grundlage wäre den Belangen des Mandanten nicht gedient. Es kann im Gegenteil in dessen Interesse liegen, dass diese vertragliche Grundlage – etwa im Hinblick auf Schadensersatzansprüche wegen Schlechtleistung – erhalten bleibt. Durch das Verbot des § 43a Abs. 4 BRAO soll das **Vertrauensverhältnis** des Anwalts zum Mandanten, die **Wahrung der Unabhängigkeit** des Anwalts und das **Interesse des Gemeinwohls** in Gestalt der in der Rechtspflege gebotenen Geradlinigkeit der anwaltlichen Berufsausübung geschützt werden. Es soll sichergestellt werden, dass der Anwalt nur einer Seite dient und sich nicht zum Vertreter widerstreitender Interessen macht (vgl. BT-Drucks. 12/4993, S. 27; BVerfG, NJW 2003, 2520, 2521; BVerfG, ZEV 2006, 413, 414; Feuerich/Weyland/Vossebürger, BRAO 7. Aufl., § 43a Rdnr. 54; Hartung in: Hartung/Römermann, Berufs- und Fachanwaltsordnung 4. Aufl., § 3 BORA Rdnr. 59).

Soweit anwaltliche Dienstleistungen bereits erbracht sind, bevor der Anwalt gegenläufige Interessen vertreten hat, ist es zum Schutze des Mandanten nicht geboten, dem Anwaltsvertrag rückwirkend die rechtliche Anerkennung zu versagen. Bestätigt wird dies dadurch, dass der Rechtsanwalt, sobald er erkennt, widerstreitende Interessen zu vertreten, gemäß § 3 Abs. 4 BORA die Pflicht hat, unverzüglich seine Mandanten davon zu unterrichten und alle Mandate in derselben Rechtssache zu beenden (vgl. Hartung, a.a.O., § 3 BORA Rdnr. 158 ff). Für die Vergangenheit bleiben sie bestehen. Damit wäre es nicht zu vereinbaren, wenn der Rechtsanwalt auch solche Honoraransprüche verlieren würde, die er erlangt hat, bevor ein Verstoß gegen widerstreitende Interessen vorlag. Eine entsprechende Sanktion kann § 43a Abs. 4 BRAO nicht entnommen werden. Die gegenteilige Auffassung der Revisionsbegründung verkennt, dass die Vorschrift nicht die **Bestrafung eines „Überläufers“** durch die rückwirkende Entziehung des gesamten Honoraranspruchs bezweckt, sondern vielmehr den Anwalt zukunftsgerichtet

dazu anhalten soll, widerstreitende Interessen nicht zu vertreten. Die Nichtigkeitsfolge des § 134 BGB – wollte man sie auf den Verstoß gegen § 43a BRAO anwenden (dafür Fahrendorf in: Rinsche/Fahrendorf/Terbille, Die Haftung des Rechtsanwalts 7. Aufl., Rdnr. 638) – ist deshalb jedenfalls nicht rückwirkend anwendbar.

c) Soweit sich die Revisionsbegründung der Beklagten für die von ihr vertretene Ansicht, die Nichtigkeitsfolge erfasse unterschiedslos – und rückwirkend – alle Mandatsverhältnisse, auf eine Entscheidung des LAG Köln (NZA-RR 2001, 253, 254) stützt, kann dieser Entscheidung nicht entnommen werden, dass die Nichtigkeitsfolge auf beide Mandatsverhältnisse anzuwenden ist, wenn der Anwalt diese zeitlich gestaffelt nacheinander wahrnimmt. Im Fall des LAG Köln hatten ein Betriebsratsmitglied und der Betriebsrat den Rechtsanwalt nahezu gleichzeitig mit der Wahrnehmung ihrer Interessen beauftragt und demgemäß wurde der Rechtsanwalt auch gleichzeitig für beide Mandanten tätig. Das ist vorliegend wesentlich anders, auch wenn das Mandat für die Beklagte – weil der Unternehmenskauf noch nicht vollständig abgewickelt war – noch andauerte, als die Klägerin für frühere Gesellschafter mit gegenläufigen Interessen auftrat. Insofern kann der dem LAG Köln zustimmenden Stellungnahme von Kleine-Cosack (a.a.O., Rdnr. 131) auch nicht eindeutig entnommen werden, unter welchen Umständen er die Nichtigkeitsfolge für den gesamten Honoraranspruch annimmt.

d) Ob etwas anderes gilt, wenn sich die frühere Tätigkeit des Anwalts infolge des Seitenwechsels als wertlos erweist, kann vorliegend offenbleiben.

aa) Ein Anwaltsvertrag kann nach § 627 Abs. 1 BGB gekündigt werden, wenn der Rechtsanwalt das Mandat ungeachtet der Vertretung widerstreitender Interessen fortführt und den Mandanten nicht auf den bestehenden Interessenkonflikt hinweist (BGH, Urt. v. 7.6.1984 – III ZR 37/83, NJW 1985, 41). Die Wirkungen einer vorzeitigen Kündigung des Anwaltsvertrages sind in § 628 BGB geregelt. Gemäß § 628 Abs. 1 Satz 1 BGB kann der Anwalt einen seinen bisherigen Leistungen entsprechenden Teil der Vergütung verlangen. **Veranlasst der Rechtsanwalt durch ein vertragswidriges Verhalten die Kündigung des Mandanten, so steht ihm nach § 628 Abs. 1 Satz 2 BGB ein Vergütungsanspruch insoweit nicht zu, als seine bisherigen Leistungen infolge der Kündigung für den Auftraggeber kein Interesse mehr haben** (BGH, Urt. v. 8.10.1981 – III ZR 190/79, NJW 1982, 437, 438; v. 7.6.1984, a.a.O.; MünchKomm-BGB/Henssler 5. Aufl., § 628 Rdnr. 22, 26; Gerold/Schmidt/Madert, RVG 18. Aufl., § 15 Rdnr. 68). Das Vorliegen der Voraussetzungen des Ausnahmetatbestandes des § 628 Abs. 1 Satz 2 BGB hat der Mandant darzulegen und zu beweisen (BGH, Urt. v. 8.10.1981, a.a.O.; v. 17.10.1996 – IX ZR 37/96, NJW 1997, 188, 189).

Nach ständiger Rechtsprechung verliert der Rechtsanwalt seinen Vergütungsanspruch für bereits erbrachte Beratungsleistungen nach einer durch sein vertragswidriges Verhalten verursachten Kündigung insbesondere dann, **wenn ein neuer**

Anwalt bestellt werden muss, für den die gleichen Gebühren nochmals entstehen (BGHZ 174, 186, 192; Urt. v. 30.3.1995 – IX ZR 182/94, NJW 1995, 1954; v. 17.10.1996, a.a.O.). Werden die Mandate trotz Wahrnehmung widerstreitender Interessen nicht gekündigt, weil dieser Umstand zunächst unbemerkt bleibt, kann der Anwalt mit seinen Vergütungsansprüchen zumindest nicht schlechter stehen als im Fall der Kündigung.

bb) Hier hat die Beklagte nichts dafür vorgetragen, dass die anwaltlichen Leistungen der Klägerin, die diese bei der Verhandlung und dem Abschluss des Kaufvertrages erbracht haben, für sie wertlos geworden sind, weil die Klägerin bei dessen Abwicklung andere Unternehmen der M.-Gruppe gegen die Beklagte vertreten hat. Dass sich die Klägerin dabei Wissen zunutze gemacht haben könnte, welches sie im Rahmen ihrer ursprünglichen Beratungstätigkeit für die Beklagte erlangt hat, ist nicht ersichtlich. Soweit das Berufungsgericht der Klägerin Gebührenansprüche aus der Abrechnung vom 19.12.2002 zuerkannt hat, wird von der Beklagten nicht behauptet, dass sie wegen dieser Leistungen einen neuen Anwalt bestellen musste, bei dem die gleichen Gebühren noch einmal entstanden sind.

2. Eine **unzulässige Rechtsausübung** ist in der Geltendmachung der Honorarforderung der Klägerin nicht zu sehen. Es verstößt – wie das Berufungsgericht mit Recht ausgeführt hat – nicht gegen Treu und Glauben, wenn der Rechtsanwalt sein Honorar für erbrachte Leistungen geltend macht, **obwohl er sich nachträglich – nach Verwirklichung der Gebührenstatbestände – als illoyal erwiesen hat**. Die Klägerin hat ihren Honoraranspruch entgegen der von der Revision der Beklagten vertretenen Auffassung nicht in entsprechender Anwendung des § 654 BGB verwirkt.

a) Nach § 654 BGB ist der **Anspruch auf den Maklerlohn** ausgeschlossen, wenn der Makler dem Inhalt des Vertrages zuwider auch für den anderen Teil tätig geworden ist. Ein Makler, der in dieser Weise seine Pflichten verletzt und dadurch den Vertrag nicht erfüllt, soll ohne Lohn bleiben, auch wenn er dem Auftraggeber keinen Schaden zugefügt hat (BGHZ 36, 323, 326 f.; v. 16.10.1980 – IVa ZR 35/80, NJW 1981, 280; v. 15.1.1981 – III ZR 19/80, NJW 1981, 1211, 1212; MünchKomm-BGB/Roth, a.a.O., § 654 Rdnr. 15; D. Fischer, NZM 2001, 873, 875 ff, jeweils m.w.N.; vgl. BGHZ 159, 122, 131; LG Schwerin, NZI 2008, 692, 693, jeweils für den Verlust des Vergütungsanspruchs des Insolvenz-/Gesamtvollstreckungsverwalters).

Das Reichsgericht hat in dieser Bestimmung die Ausprägung eines allgemeinen Rechtsgedankens erblickt und sie daher bei schwerwiegenden Verstößen eines Rechtsanwalts gegen seine Berufspflichten entsprechend angewandt (RGZ 113, 264, 269; RG HRR 1935 Nr. 725). Der Bundesgerichtshof ist dieser Ansicht nicht gefolgt (BGH, Urt. v. 29.4.1963 – III ZR 211/61, NJW 1963, 1301; v. 15.1.1981, a.a.O.; vgl. ferner D. Fischer, a.a.O., 883). Er hat für die dort entschiedenen Rechtsstreitigkeiten dargelegt, dass der **Anwalt kein Makler** sei und der Gedanke des § 654 BGB nach der Interessenlage bei einem Anwalt **nur dann zum Ausschluss einer Gebühren-**

forderung führen könne, wenn der Anwalt pflichtwidrig beiden Parteien gedient und sich des vorsätzlichen Partei- verrats i.S.d. § 356 StGB schuldig gemacht habe. Hieran wird festgehalten.

b) Die Beklagte hat nicht dargetan, dass die Klägerin mit dem Bewusstsein und dem Willen gehandelt hat, pflichtwidrig Parteien mit entgegengesetzten Interessen beruflichen Rat oder Beistand zu gewähren. Nur ein solcher Verstoß würde ihrer Tätigkeit den Wert einer anwaltlichen Leistung nehmen (BGH v. 15.1.1981, a.a.O.). Die bloß fahrlässige oder auch grob fahrlässige Verletzung anwaltlicher Pflichten füllt die Voraussetzungen für einen Verlust des Vergütungsanspruchs nicht aus.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der von der Revisionsbegründung der Beklagten zitierten Entscheidung OLG München (NJW 1997, 1313) und der ebenfalls zitierten Kommentierung von Jessnitzer/Blumberg (BRAO 9. Aufl., § 43a Rdnr. 4 a.E.). Über die Behandlung von zeitlich gestaffelten Tätigkeiten, die sich in Bezug auf die Entstehung des geltend gemachten Gebührenanspruchs nicht überschneiden, wird in diesen Fundstellen nichts ausgeführt.

3. Das Berufungsgericht hat schließlich auch die Hilfsaufrechnung der Beklagten mit an sie abgetretenen Schadenersatzansprüchen der Unternehmenskäuferin mit Recht zurückgewiesen.

Ein **Anwaltsvertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter** (vgl. Terbille in: Rinsche/Fahrendorf/Terbille, a.a.O., Rdnr. 317 ff; Zugehör in: Zugehör/Fischer/Sieg/Schlee, a.a.O., Rdnr. 1659 ff), bei dem der Anwalt nicht nur seinen Mandanten zu beraten hat, sondern auch drittschützende Pflichten gegenüber dem Verhandlungsgegner seines Mandanten wahrnehmen muss, ist nicht anzunehmen (vgl. BGH, Urt. v. 17.5.1990 – IX ZR 85/89, NJW 1991, 32, 33; OLG Düsseldorf, NJW-RR 1986, 730).

Der Vertrag zwischen Rechtsanwalt und Mandant dient im Allgemeinen nicht dem Schutz des Vertragsgegners des Mandanten. Ein solcher Schutz wäre mit der Gegenläufigkeit der Interessen von Auftraggeber und anderem Teil nicht vereinbar. Der rechtliche Berater soll die Interessen seiner Partei wahrnehmen. Er kann nicht gleichzeitig die Pflicht haben, auf die Belange der Gegenseite Rücksicht zu nehmen und auch deren Interessen wahrzunehmen (§ 43a Abs. 4 BRAO). Zu diesem Zweck kann sich die Gegenseite – wie dies vorliegend im Übrigen auch der Fall war – eines eigenen rechtlichen Beraters bedienen.

Sollten wegen des fehlenden Hinweises auf die noch ausstehende Honorarrechnung der Klägerin Schadenersatzansprüche der Käuferin bestehen, kann sie sich deswegen allenfalls an die Verkäuferin, nicht aber die Klägerin als deren rechtliche Beraterin halten. Ein Hinweis der Klägerin, dass auf die Käuferin noch Anwaltskosten zukommen, hätte zum Verlangen der Herabsetzung des Kaufpreises geführt. Er hätte damit im Widerspruch zu den Interessen der eigenen Partei gestanden. ■

Anwaltshaftung

- Unterhaltsprozess
- Trennungsunterhalt
- Elementarunterhalt
- Altersvorsorgeunterhalt
- Schaden

(OLG Düsseldorf, Beschl. v. 9.6.2009 – I-24 U 133/08)

Leitsätze:

1. Der Rechtsanwalt hat den Mandanten bei Erhebung der Klage auf Trennungsunterhalt auch auf die Geltendmachung von Altersvorsorgeunterhalt hinzuweisen.

2. Im Regressprozess ist der durch Verlust des Anspruchs auf Vorsorgeunterhalt entstandene Schaden wie in dem entsprechenden Unterhaltsprozess zu berechnen (Anschl. an BGH, FamRZ 2007, 117). ■

Aus den Gründen:

Nachdem die Klägerin ihre Klage wegen der Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz von 16175,11 EUR für die Zeit vom 6.12.2006 bis zum 6.7.2007 zurückgenommen und der Beklagte dem nicht binnen der Frist des § 269 Abs. 2 Satz 4 ZPO widersprochen hat, bleibt die weitergehende Berufung des Beklagten in der Sache ohne Erfolg.

Die Berufung des Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts ist zwar zulässig. Sie ist aber gemäß § 522 Abs. 2 ZPO durch einstimmigen 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.

I. Zu Recht und mit zutreffenden Gründen, auf die verwiesen wird, hat das Landgericht ihn zur Zahlung eines Schadenersatzbetrages von 75.567,11 EUR zzgl. Zinsen in dem in der Berufungsinstanz noch geltend gemachten Umfang verurteilt.

Das Berufungsvorbringen ist nicht geeignet, eine für den Beklagten günstigere Entscheidung zu rechtfertigen. Der Beklagte haftet der Klägerin auf Schadenersatz in Höhe des vom Landgericht zuerkannten Betrages wegen der Verletzung der ihn treffenden Pflichten aus dem mit der Klägerin geschlossenen Rechtsbesorgungsvertrag gemäß §§ 675, 611, 276, 280 Abs. 1 Satz 1, 249 ff BGB.

1. Grundsätzlich ist der Rechtsanwalt kraft des Anwaltsvertrages in den Grenzen des ihm erteilten Mandats (BGH, MDR 1998, 1378; MDR 1996, 2648 f; Vollkommer/Heinemann, Anwaltshaftungsrecht 2. Aufl., Rdnr. 665) verpflichtet, **die Interessen seines Mandanten nach jeder Richtung und umfassend wahrzunehmen und Schädigungen seines Auftraggebers, mag deren Möglichkeit auch nur von**

einem Rechtskundigen vorausgesehen werden können, zu vermeiden. Soweit der Mandant nicht eindeutig zu erkennen gibt, dass er des Rates nur in einer bestimmten Richtung bedarf, ist der Rechtsanwalt grundsätzlich zur allgemeinen, umfassenden und möglichst erschöpfenden Belehrung des Auftraggebers verpflichtet. **In den Grenzen des Mandats hat er 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 sichersten und gefahrlosesten Weg vorzuschlagen und ihn über mögliche Risiken aufzuklären, damit der Mandant zu einer sachgerechten Entscheidung in der Lage ist (BGH, WM 1993, 1376; WM 1996, 1824; WM 2006, 927; WM 2007, 419; NJW 2007, 2485; WM 2008, 1560).

Der konkrete Umfang der anwaltlichen Pflichten richtet sich nach dem erteilten Mandat und den Umständen des einzelnen Falles (BGH, WM 1996, 1824; 2008, 1560). **Ziel der anwaltlichen Rechtsberatung** ist es, dem Mandanten eigenverantwortliche, sachgerechte (Grund-)Entscheidungen („Weichenstellungen“) in seiner Rechtsangelegenheit zu ermöglichen (BGH, NJW 2007, 2485; WM 2008, 1560; Zugehör in: Zugehör/Fischer/Sieg/Schlee, Handbuch der Anwaltshaftung 2. Aufl., Rdnr. 558).

2. Seine so umrissenen Pflichten hat der Beklagte bei Ausführung des ihm übertragenen Mandats, den **Anspruch der Klägerin gegen ihren damaligen Ehemann auf Zahlung von Trennungsunterhalt** (§1361 Abs. 1 BGB) durchzusetzen, verletzt. Sein Verschulden wird gemäß § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB vermutet.

a) Er hat die Klägerin bei der Übernahme des Mandats wie auch bei der auf die Zahlung von Trennungsunterhalt gerichteten Klageerhebung nicht darauf hingewiesen, **dass sie neben der Zahlung von Elementarunterhalt auch die Zahlung von Altersvorsorgeunterhalt beanspruchen kann.** Der nach § 1361 Abs. 1 Satz 2 BGB bzw. – für den Nachscheidungsunterhalt – nach § 1578 Abs. 3 BGB geschuldete Vorsorgeunterhalt ist dazu bestimmt, als Teil des einheitlichen, den gesamten Lebensbedarf des Berechtigten umfassenden Unterhaltsanspruchs Nachteile auszugleichen, die dem unterhaltsberechtigten Ehegatten aus der Hinderung seiner Erwerbstätigkeit erwachsen. Für die Zeit **ab Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens zieht ein Anspruch auf Elementarunterhalt nach § 1361 Abs. 1 BGB bzw. nach §§ 1570 bis 1573 oder 1576 BGB deswegen in der Regel auch einen Anspruch auf Altersvorsorgeunterhalt nach sich** (BGH, FamRZ 2007, 117; 1988, 145; 1982, 781).

Nach dem Zweck der gesetzlichen Regelungen über den Vorsorgeunterhalt soll dem Ehegatten, der nach Trennung und Scheidung aus den im Gesetz aufgeführten Gründen gehindert ist, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen und so auf den ihm durch den Versorgungsausgleich übertragenen Versorgungsansprüchen aufzubauen, die Möglichkeit verschafft werden, seine **Versorgung im Wege der freiwilligen Weiterversicherung zu erhöhen**, um damit die ansonsten entstehende Lücke in seiner „sozialen Biographie“ zu schließen.

Hierüber hatte der Beklagte, den die Klägerin ohne Einschränkungen mit der Verfolgung und Durchsetzung des ihr für die Trennungszeit zustehenden Unterhaltsanspruchs mandatiert hatte, bereits vor Erhebung der Klage im Januar 2001 unaufgefordert zu belehren und die Entscheidung der Klägerin abzuwarten. Dies hat er unstreitig verabsäumt.

b) Der Beklagte ist überdies pflichtwidrig der ausdrücklichen Weisung der Klägerin, auch für den Zeitraum zwischen Trennung und Scheidung Altersvorsorgeunterhalt geltend zu machen, nicht nachgekommen. Bereits im Jahr 2003 und damit lange vor Abschluss des Trennungsunterhaltsverfahrens hatte die Klägerin den Beklagten schriftlich (undatiertes Schreiben) aufgefordert, ihren Ehemann auf Zahlung von Altersvorsorgeunterhalt in Anspruch zu nehmen. Dem ist der Beklagte nicht gefolgt. Nachvollziehbare Gründe dafür, Altersvorsorgeunterhalt für die Trennungszeit nicht zu beanspruchen, sind weder dargetan noch sonst ersichtlich.

Die Klägerin hatte aus der Einbeziehung von Altersvorsorgeunterhalt in ihren Klageantrag nicht die Kürzung der laufenden Zahlungen für den Elementarbedarf zu gewärtigen. Angesichts der sehr guten wirtschaftlichen Verhältnisse der Eheleute war zu erwarten, dass der Vorsorgebedarf von dem Unterhaltsschuldner neben dem wegen seiner Höhe nicht nach der Quotenmethode, sondern konkret berechneten Elementarbedarf befriedigt werden konnte. **Nachteile** aus der Geltendmachung von Altersvorsorgeunterhalt waren auch nicht etwa deswegen zu befürchten, weil im Rentenalter mit Mitteln des gezahlten Vorsorgeunterhalts erwirtschaftete Rentenzahlungen von dem laufenden Unterhalt nach der Anrechnungsmethode in Abzug zu bringen sind (vgl. BGH, FamRZ 2003, 848). Denn hieraus erwächst dem Unterhaltsberechtigten im Vergleich mit einem Verzicht auf Altersvorsorgeunterhalt kein Nachteil.

Da überdies im Zeitpunkt der Geltendmachung von Altersvorsorgeunterhalt vielfach noch gar nicht abzusehen ist, wie lange der Anspruch auf Zahlung von Elementarunterhalt überhaupt bestehen wird und durchgesetzt werden kann, ist es der für den Unterhaltsberechtigten sicherere Weg, **durch das Verlangen von Altersvorsorgeunterhalt sich eigene Mittel für die Deckung des Lebensbedarfs im Alter zu beschaffen**. Denn der Unterhaltsberechtigte muss in seine Kalkulation einbeziehen, dass der Unterhaltsverpflichtete entweder bereits vor ihm verstirbt oder leistungsunfähig wird. Diese fortdauernde Abhängigkeit von dem Unterhaltsberechtigten und seinen wirtschaftlichen Verhältnissen soll gerade durch die Zahlung von Altersvorsorgeunterhalt reduziert werden.

3. Der Klägerin ist infolge der Pflichtverletzung des Beklagten der mit der Klage geltend gemachte Schaden entstanden.

a) Der Beklagte war – wie ausgeführt – verpflichtet, die Klägerin über die Möglichkeit, auch in der Trennungszeit Altersvorsorgeunterhalt zu beanspruchen, zu belehren und ihr die Erstreckung des Klageauftrags auch auf diesen Teil des einheitlichen Unterhaltsanspruchs anzuraten. Wie sich der Mandant bei vertragsgerechter Beratung verhalten hätte, zählt zur **haftungsausfüllenden Kausalität**, die der Mandant

nach § 287 ZPO zu beweisen hat (BGH, WM 2006, 1736 und BGH, MDR 2009, 656 Urt. v. 5.2.2009 – IX ZR 6/06 zur Steuerberaterhaftung). Es ist davon auszugehen, dass die Klägerin diesem Rat gefolgt wäre; insoweit gilt die **Vermutung beraterrichtigen Verhaltens** (BGH, NJW 2002, 593).

b) Bei rechtzeitiger Beanspruchung auch von Altersvorsorgeunterhalt, und zwar bereits mit Erhebung der Klage auf Zahlung von Trennungsunterhalt im Januar 2002, wäre der frühere Ehemann der Klägerin zur Zahlung folgender **Monatsbeträge allein für den Altersvorsorgeunterhalt** verurteilt worden:

(Ausrechnung ...)

Hieraus errechnet sich der mit der Klage verfolgte Gesamtbetrag von 75.567,11 EUR. (...)

Ohne Erfolg macht die Berufung geltend, die **Bemessung des Altersvorsorgeunterhalts** dürfe sich nicht an der **Höhe des titulierten Elementarunterhalts** ausrichten, da die eigentliche Altersvorsorge der Eheleute – neben der Beitragszahlung des früheren Ehemannes der Klägerin in eine Ärzteversorgung – durch Vermögensbildung praktiziert worden sei. Der Bundesgerichtshof hat es nämlich abgelehnt, den Vorsorgeunterhalt an der Höhe einer später zu erwartenden, den Lebensbedarf des Berechtigten sodann in angemessener Weise deckenden Versorgungsleistung auszurichten und zu bemessen, zumal es in der Regel mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden sein dürfte, den angemessenen Lebensbedarf für den Zeitpunkt des Versicherungsfalls zu beurteilen (BGH, FamRZ 2007, 117; 1981, 442).

Im Hinblick auf die Zielsetzung des Vorsorgeunterhalts ist es vielmehr gerechtfertigt, den Elementarunterhalt zu dem Entgelt aus einer Erwerbstätigkeit und den Vorsorgeunterhalt zu den Versicherungsbeiträgen in Beziehung zu setzen, die im Hinblick auf ein derartiges Erwerbseinkommen zu entrichten wären, und damit den Berechtigten hinsichtlich der Altersvorsorge so zu behandeln, wie wenn er aus einer versicherungspflichtigen Erwerbstätigkeit Einkünfte in Höhe des ihm an sich zustehenden Elementarunterhalts hätte (BGH, FamRZ 2007, 117; 1999, 372, 373 f.).

Diesen Maßgaben entspricht die Berechnung der Klägerin, indem sie den als Elementarunterhalt rechtskräftig zugesprochenen Betrag dem Nettoarbeitsentgelt gleichgestellt und dieses zur Ermittlung der darauf entfallenden Vorsorgebeiträge in ein fiktives Bruttoeinkommen umgerechnet hat.

c) Mit der Scheidung der Eheleute S. am 28.11.2006, rechtskräftig seit diesem Tag, ist der Schaden endgültig entstanden.

aa) **Mit Eintritt der Rechtskraft der Scheidung war der Zeitraum, für den die Klägerin nach § 1361 Abs. 1 Satz 2 BGB Zahlung von Altersvorsorgeunterhalt in der Trennungszeit beanspruchen konnte, beendet.** Die Möglichkeit, den von dem Beklagten pflichtwidrig nicht geltend gemachten

Altersvorsorgeunterhalt nachzufordern, war der Klägerin bereits seit dem rechtskräftigen Abschluss des Trennungsunterhaltsverfahrens durch Urteil des Amtsgerichts Ratingen vom 14.12.2004 (5 F 26/02, rechtskräftig seit dem 5.10.2005) verschlossen. Denn der Unterhaltsberechtigte kann bezogen auf den Zeitpunkt der ersten Verurteilung zum Unterhalt eine Nachforderungsklage nur dann erheben, wenn er sich dies im Erstverfahren – z.B. in der Begründung der Klage – vorbehalten hat (BGH, FamRZ 1985, 690; 1987, 368).

bb) Ist wie hier kein Vorbehalt erfolgt, so spricht die Vermutung gegen eine Teilklage (vgl. BGH, FamRZ 2003, 444; OLG Naumburg, FamRZ 2006, 1046). Denn **bei dem Anspruch auf Zahlung von Vorsorgeunterhalt handelt es sich nicht um einen eigenständigen Anspruch im Sinne eines anderen prozessualen Streitgegenstandes**. Der Vorsorgeunterhalt ist nach allgemeiner Auffassung nur unselbstständiger Teil eines einheitlichen Unterhaltsanspruchs (BGH, FamRZ 1982, 1187).

Ist aber – wie es hier der Fall war – der klagenden Partei im Vorprozess entsprechend ihrem Antrag die ihr nach ihrer Vorstellung zustehende volle Unterhaltsrente zugebilligt worden, so ist ihr der Weg der Leistungsklage auf Zahlung zusätzlichen Vorsorgeunterhalts verschlossen. Der **„vergesene“ Altersvorsorgeunterhalt** kann dann nur noch zusätzlich geltend gemacht werden, wenn sonstige Abänderungsgründe vorliegen (BGH, FamRZ 1985, 690; OLG Karlsruhe, NJW 1995, 2795; Zöller/Vollkommer, ZPO 27. Aufl., § 323 Rdnr. 20; Eschenbruch/Klinkhammer, Der Unterhaltsprozess 5. Aufl., Rdnr. 987; Kalthoener/Büttner, Die Rechtsprechung zur Höhe des Unterhalts 10. Aufl., Rdnr. 425; Wendt/Staudigl/Gutdeutsch, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis 7. Aufl., § 4 Rdnr. 456, 457, 490). Solche Abänderungsgründe sind hier unstreitig bis zur Rechtskraft der Ehescheidung nicht eingetreten.

cc) Die von der Berufung herangezogene Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 7.11.1990 (FamRZ 1991, 320) gibt keinen Anlass zu einer anderen Beurteilung. Denn jener Entscheidung lag eine Teilklage auf Zahlung eines unstreitig über einen freiwillig gezahlten Sockelbetrag hinausgehenden Spitzenbetrags zugrunde mit der Folge, dass der Unterhaltsanspruch noch nicht insgesamt titulierte war. Damit war für eine erneute Klage auf Altersunterhalt noch Raum, ohne dass die Voraussetzungen einer Abänderungsklage hätten erfüllt sein müssen.

Hier aber war der Anspruch der Klägerin durch die notarielle Urkunde vom 27.6.2002 und das Urteil des Amtsgerichts Ratingen vom 14.12.2004 bereits im Ganzen titulierte. Eine Nachforderungsklage war deswegen nur unter den Voraussetzungen des § 323 Abs. 1 ZPO, die nach §§ 323 Abs. 4, 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO auch für die **Abänderung notarieller Urkunden** gelten, möglich.

d) Nach dem Ergebnis der in erster Instanz durchgeführten Beweisaufnahme geht auch der Senat in Anwendung von § 287 ZPO davon aus, dass sich die Pflichtverletzung des

Beklagten für die Klägerin in der Bemessung des im Prozessvergleich der Eheleute S. vom 28.11.2006 zur Unterhaltsabgeltung vereinbarten Betrags von 450.000 EUR nicht vorteilhaft (im Sinne der Grundsätze der Vorteilsausgleichung) ausgewirkt hat. Zwar ist es zutreffend, dass mit Mitteln des Vorsorgeunterhalts erworbene Rentenleistungen zur Kürzung der im Rentenalter geschuldeten Unterhaltszahlungen führen, da sie nach der Anrechnungsmethode in Abzug zu bringen sind (vgl. BGH, FamRZ 2003, 848). Hätte der frühere Ehemann der Klägerin für die Trennungszeit seit Januar 2002 laufenden Altersvorsorgeunterhalt gezahlt, so hätte es durchaus nicht ferngelegen, dies in die Erörterungen zur Höhe der Unterhaltsabfindung mit dem Ziel einfließen zu lassen, den zu zahlenden Betrag zu ermäßigen. Mit Recht aber hat das Landgericht festgestellt, **dass die Parteien des Ehescheidungsverfahrens den tatsächlich geschlossenen Vergleich auch dann nicht anders geschlossen hätten. Denn nach den Bekundungen des Zeugen Rechtsanwalt K. hat Altersvorsorgeunterhalt, der im Rahmen der Folgesache UE durchaus bereits geltend gemacht war, keine Rolle gespielt**. Hierauf deutet auch der rechnerisch nicht nachvollzogene, gleichsam gegriffene Betrag der Abfindung hin.

e) Die Klägerin ist auch nicht auf eine bloße Feststellung der Schadenersatzverpflichtung zu verweisen. Denn mit dem Abschluss des Vergleichs vom 28.11.2006 wäre, wenn Altersvorsorgeunterhalt für die Trennungszeit beansprucht und gezahlt worden wäre, auch die Zweckbindung dieser Zahlungen entfallen. Der gezahlte Altersvorsorgeunterhalt hätte der Klägerin zur freien Verfügung gestanden.

II. Auf sämtliche Erwägungen unter I. ist der Beklagte durch Beschluss des Senats vom 2.4.2009 hingewiesen worden. Seine Einwendungen im Schriftsatz vom 14.5.2009 enthalten nicht irgendwelche Gesichtspunkte, die der Beklagte nicht schon in der Berufungsbegründung geltend gemacht hatte. Diese hat der Senat bereits vollständig berücksichtigt. Die davon abweichenden rechtlichen Schlüsse des Beklagten vermag der Senat auch nach erneuter Prüfung nicht zu ziehen.

Soweit der Beklagte die Beweiswürdigung des Landgerichts angreift, hat der Senat ebenfalls Stellung genommen (vgl. unter I. 2. d)). Ergänzend wird darauf hingewiesen, dass die Beweiswürdigung des Landgerichts ohnehin nur eingeschränkt vom Berufungsgericht überprüft werden darf. **Die vom Landgericht geschaffene Tatsachengrundlage bindet grundsätzlich auch das Berufungsgericht.**

Lediglich die fehlerhafte Erfassung von Tatsachen durch die Verletzung materiellen Rechts (z.B. die Verkennung der Beweislast), die fehlerhafte Tatsachenfeststellung aufgrund von Verfahrensfehlern (z.B. die Verletzung der Hinweispflicht) oder die sonstige Fehlerhaftigkeit des Beweisergebnisses (beispielsweise eine nicht erschöpfende Beweisaufnahme oder Widersprüche zwischen einer protokollierten Aussage und den Urteilsgründen) können die Notwendigkeit erneuter Feststellungen gebieten (vgl. Zöller/Heßler, ZPO 27. Aufl., § 529 Rdnr. 2 m.w.N.). Diese Voraussetzungen liegen hier jedoch nicht vor. (...) ■

Honoraranspruch des Rechtsanwalts

- Rückzahlungsanspruch des Mandanten
- Zahlungsvorbehalt des Mandanten
- Zustandekommen des Anwaltsvertrages
- Abgrenzung Erstberatung, Geschäftsgebühr
- Auflösungsverschulden des Anwalts
- Kausalität der Pflichtverletzung
- Zwischenstatus
(OLG Düsseldorf, Beschl. v. 4.6.2009 – I-24 U 136/08)

Leitsätze:

1. Will der Mandant eine Honorarzahlung, die er auf eine ihm vom Rechtsanwalt erteilte Kostennote erbracht hat, mit der Behauptung zurückfordern, er schulde diesem mangels Auftragserteilung keine Vergütung, muss er darlegen und notfalls beweisen, dass die Honorarverbindlichkeit nicht besteht.

2. Ein Zahlungsvorbehalt des Mandanten soll in diesem Fall den Einwand des Rechtsanwalts aus § 814 BGB ausschließen.

3. Zum Zustandekommen eines Anwaltsdienstvertrages ist eine ausdrückliche Entgeltabrede nicht erforderlich.

4. Zu Umfang und Grenzen der Erstberatung und zur Abgrenzung der entsprechenden Gebühr von der Geschäftsgebühr.

5. Es gereicht dem Rechtsanwalt nicht zum „Auflösungsverschulden“, wenn er den Mandanten vertretbar vor einer notariell zu beurkundenden Vermögensumschichtung warnt. ■

Aus den Gründen:

I. Das Rechtsmittel bleibt ohne Erfolg (§ 522 Abs. 2 Nr. 1 ZPO). Das Landgericht hat die teils auf Bereicherungs-, teils auf Schadenersatzansprüche gestützte Klage in Höhe von insgesamt 5.387,04 EUR (zzgl. Zinsen) zu Recht abgewiesen. Die dagegen vorgebrachten Berufungsgründe rechtfertigen keine der Klägerin günstigere Entscheidung. Zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen nimmt der Senat Bezug auf seinen Hinweisbeschluss vom 20.4.2009. Dort hat der Senat im Wesentlichen ausgeführt:

1. Die Klägerin hat gegen den beklagten Rechtsanwalt **keinen Bereicherungsanspruch**. Der Senat teilt die vom Landgericht vertretene Rechtsauffassung, dass vom Zustandekommen eines anwaltlichen Rechtsbesorgungsvertrages i.S.d. §§ 611, 675 BGB, § 3 Abs. 1 BRAO zwischen den Parteien auszugehen ist.

a) Für das **Zustandekommen eines solchen Vertrages** gelten grundsätzlich keine zivilrechtlichen Besonderheiten. Er kann – und wird in der Praxis in vielen Fällen (vgl. *Vollkommer/Heinemann, Anwaltschaftsrecht* 2. Aufl., Rdnr. 38 Fn. 183) – durch eine **konkludente Willensübereinstimmung**

zustande kommen (vgl. *BGH, NJW* 1991, 2084, 2085; 2004, 3630, 3631), bedarf insbesondere **keiner besonderen Form** (*BGH, a.a.O.*). Mit Blick darauf, dass der Rechtsanwalt beruflich Rechtsrat erteilt und deshalb regelmäßig nicht honorarfrei und mangels besonderer Absprache stets zu den Bedingungen der gesetzlichen Gebühren nach dem Rechtsanwaltsvergütungsgesetz (RVG.) tätig wird, ist eine ausdrückliche **Entgeltabrede nicht erforderlich** (vgl. *BGH, FamRZ* 2006, 478; *Senat, OLG Düsseldorf* 2008, 130 = *FamRZ* 2008, 622 m.w.N.; *NJW* 2000, 1650.).

b) Allerdings trifft es zu, dass den Rechtsanwalt im Honorarprozess nach allgemeinen Grundsätzen die **Darlegungs- und Beweislast** trifft, wenn die Parteien darüber streiten, ob es überhaupt **zum Vertragsschluss** gekommen ist. Richtig ist in diesem Zusammenhang auch, dass es im Honorarprozess beweisrechtlich zulasten des Rechtsanwalts geht, wenn unstreitige oder bewiesene Tatsachen bei Ausübung der anwaltlichen Tätigkeit bezogen auf die umstrittene Mandatserteilung ambivalent bleiben, so dass ihnen eine **unverwechselbare Indizfunktion für den Vertragsabschluss** nicht zukommt (vgl. *BGH, NJW* 1991, 2084, 2085; 2003, 3564, 3565; 2004, 3630, 3631 sub I. 2.; *Senat, MDR* 2008, 414 = *OLG* 2008, 335 sub I. 1. a); *Urt. v. 14.11.2006 – I-24 U 266/03, n.v.*).

c) Von Rechtsirrtum beeinflusst ist aber die Auffassung der Klägerin, die vorgenannten Grundsätze seien uneingeschränkt auch im hier vorliegenden Honorarrückzahlungsprozess anzuwenden. Will der Mandant eine Honorarzahlung, die er auf eine ihm vom Rechtsanwalt erteilte Kostennote erbracht hat, mit der Behauptung zurückfordern, er schulde diesem mangels Auftragserteilung keine Vergütung, geht das grundsätzlich nur unter den (nach Darlegungs- und Beweislast) erschwerten Voraussetzungen des § 812 Abs. 1 Satz 1, 1. Alt. BGB. Nicht der beklagte Rechtsanwalt, sondern **die Klägerin als Bereicherungsgläubigerin muss daher darlegen und notfalls beweisen, dass die Honorarverbindlichkeit sachlich nicht besteht** (vgl. *nur Palandt/Sprau, BGB* 68. Aufl., § 812 Rdnr. 103 m.w.N.; vgl. *BGH, Urt. v. 18.2.2009 – XII ZR 163/07 bei www.bundesgerichtshof.de; BGH, NJW* 1999, 2887 sub 2. a)). Daran ändern im Streitfall weder die Grundsätze etwas, die zur Führung des Negativbeweises entwickelt worden sind, noch der Umstand, dass die Klägerin vor Erfüllung der Kostennote vom 2.9.2004 mit Schreiben vom 27.9.2004 erklärt hat, sie wolle „gern den Betrag ... [überweisen], ohne jedoch irgendein Rechtsanerkennnis damit zu verbinden, das ausdrücklich ausgeschlossen [werde]“ (künftig: **Zahlungsvorbehalt**).

aa) Die Grundsätze, die zur Darlegung und zum Beweis negativer Tatsachen höchstrichterlich entwickelt worden sind (vgl. *BGH, NJW, a.a.O. sub 2. c)*), belasten den Bereicherungsschuldner in den Fällen mit einer sekundären Behauptungslast, als er bei offenem Rechtsgrund den Lebenssachverhalt bezeichnen muss, der ihn zum Behalten der Leistung berechtigen soll, andernfalls der Bereicherungsgläubiger alle möglichen, auch nur entfernt denkbaren Rechtsgründe widerlegen müsste, um den Bereicherungsanspruch schlüssig darzulegen (*BGH, a.a.O.*).

Im Streitfall geht es nicht um einen solchen Fall des offenen Rechtsgrundes. Hier geht es allein um die Frage, ob die vom Beklagten **unstreitig erbrachten anwaltlichen Dienstleistungen** auf der Grundlage eines Anwaltsvertrages, der nach dem beiderseitigen Vorbringen allein als Rechtsgrund für das Behaltendürfen der Geldzahlung in Betracht kommt, erbracht worden sind oder nicht. Da sich der Beklagte nicht auf sonstige (unbenannte) Rechtsgründe stützt, muss die Klägerin nicht alle denkbar möglichen Rechtsgründe, sondern nur den hier allein benannten Rechtsgrund „Anwaltsvertrag“ widerlegen. Das ist ihr als Vertragsbeteiligte, die in gleicher Weise Einblick in die umstrittenen Verhältnisse hat wie der Beklagte, uneingeschränkt zumutbar.

bb) Von dieser Darlegungslast hat sich die Klägerin auch nicht durch ihren Zahlungsvorbehalt befreit. Die gemäß §§ 133, 157 BGB gebotene Auslegung dieser Zahlungsbestimmung (vgl. dazu Palandt/Sprau, a.a.O., § 814 Rdnr. 5 und 10, jeweils m.w.N.) ergibt, dass es der Klägerin aus der maßgeblichen Sicht des Beklagten als Empfängers dieser Willenserklärung (Empfängerhorizont) nur darauf ankam, im gegebenenfalls zu führenden Bereicherungsrechtsstreit den in Betracht zu ziehenden Einwand des Gegners aus § 814 BGB auszuschließen, also zu verhindern, dass die Rückforderung einer sich tatsächlich als rechtsgrundlos herausstellenden Leistung nur an ihrer, der Klägerin, **Kenntnis von der Rechtsgrundlosigkeit** scheitert. Daraus folgt, dass ein solcher Zahlungsvorbehalt an der Darlegungs- und Beweislast im Bereicherungsprozess nichts verändert.

d) Die Klägerin hat den vom Beklagten in Anspruch genommenen Rechtsgrund nicht widerlegt. Im Gegenteil, zahlreiche Indizien, die die Klägerin im Prozess selbst vorgetragen hat, sprechen positiv, worauf der Beklagte mit Recht hinweist, für das Zustandekommen des Anwaltsvertrags, so dass selbst dann, wenn die Darlegungs- und Beweislast beim Beklagten läge, mit guten Gründen vom Bestand des Rechtsgrundes ausgegangen werden kann (nachfolgende Hervorhebungen durch den Senat):

- „Sie [d. i. der Beklagte] **erhielten** am 4.8.2004 ... **den Auftrag** ...“
- „Hiermit entbinde ich Sie [d. i. der Beklagte] **von allen meinen Angelegenheiten** ...“ ... „**Ihre Arbeit** ist für mich damit beendet“
- „Die Klägerin **kündigte** ... **das Mandat** ...“
- „Ursprünglich ist ... am 4.8.2004 ... zwischen den Parteien ein **Beratungsvertrag zustande gekommen**“

2. Vergeblich macht die Klägerin hilfsweise geltend, jedenfalls die für den 4.8.2004 abgerechnete Zeit sei nicht zu vergüten, weil der Beklagte an diesem Tag lediglich in akquisitorischer Absicht Informationen entgegengenommen, aber keine Beratung geleistet habe. **Die Klägerin erkennt, dass ein wesentlicher und wichtiger Teil der vergütungspflichtigen anwaltlichen Tätigkeit darin besteht, die Informationen des Mandanten entgegen- und aufzunehmen sowie Fragen zum Verständnis und zur Schließung von Sachverhaltslücken zu stellen** (vgl. Vorbem. 2.4 Abs. 3 VV RVG Nr. 2400 a.F., jetzt Vorbem. 2.3 Abs. 3 VV RVG Nr. 2300; vgl. auch BGH, NJW 1981, 2741, 2743; NJW 1996, 2648, 2649; NJW 2006, 501,

BGH, NJW-RR 2006, 923; Senat, OLGR Düsseldorf 2008, 130 = FamRZ 2008, 622 sub III. 1.). Das gilt insbesondere bei der Komplexität der hier dem Beklagten am 4.8.2004 unstreitig unterbreiteten Sachverhalte in mindestens **drei gebührenrechtlichen Angelegenheiten**, die wirtschaftlich und rechtlich miteinander verbunden waren und praktisch das gesamte private und betriebliche Vermögen der Klägerin betrafen.

3. Auch die sonstigen (hilfsweise erhobenen) Einwendungen der Klägerin, die die Höhe der bezahlten Vergütung betreffen, greifen nicht durch. Richtig ist zwar, dass die Parteien ein **Zeithonorar nicht vereinbart** haben. Das beschwert die Klägerin indes nicht. Denn das **gesetzliche Honorar**, das stattdessen geschuldet würde, wäre **um ein Vielfaches höher** gewesen als das vom Beklagten liquidierte, von der Klägerin bezahlte und jetzt zurückverlangte Zeithonorar. Die gegen-teilige Rechtsauffassung der Klägerin, sie schulde als Verbraucherin allenfalls das gesetzliche Honorar für eine **Erstberatung** (190 EUR netto), ist von Rechtsirrtum beeinflusst.

a) Schon der rechtliche Ansatz, Gegenstand des Auftrags sei allenfalls eine bloße Beratung gewesen, ist nach dem eigenen Vorbringen der Klägerin im Prozess unzutreffend. **Um eine (Erst-)Beratung** im Sinne der bis zum 30.6.2006 geltenden, hier noch maßgeblichen Gebührenbestimmung VV RVG Nr. 2100 a. F. (jetzt § 34 Abs. 1 RVG) **handelt es sich nur dann, wenn der Rechtsanwalt auftragsgemäß nur im Innenverhältnis zum Mandanten beratend tätig wird, also kein anderes Geschäft, insbesondere keine Vertretung des Mandanten, mit der Beratung verbunden ist** (vgl. Hartmann, KostG 38. Aufl., § 34 RVG Rdnr. 11 f; Fraunholz in: Riedel/SuBbauer, RVG 9. Aufl., Verfügungsverfahren Teil 2 Rdnr. 3; Hartung in: ders./Römermann/Schons, RVG 2. Aufl., § 34 Rdnr. 15; Schons, a.a.O., 2100–2102 (bis 30.6.2006) Rdnr. 3).

Der Beklagte sollte jedoch für die Klägerin auftragsgemäß auch nach außen wirken, insbesondere sollte er nach dem übereinstimmenden Vortrag der Parteien die vermögensrechtlichen Interessen der Klägerin gegenüber deren Tochter und gegenüber den Gesellschaften, deren Geschäftsführerin die Klägerin gewesen ist, vertreten. In diesen Fällen wird von vornherein nicht die Beratungsgebühr, sondern nur die **Geschäftsgebühr** nach VV RVG Nr. 2400 a.F. (jetzt VV RVG Nr. 2300) fällig (vgl. die Schriftumsnachw. a.a.O.), und zwar eine **Satzrahmengebühr** von 0,5 bis 2,5 der vollen Gebühr nach § 13 RVG. Am Tatbestand der Interessenvertretung ändert nichts der Umstand, dass die privaten (persönlichen) Interessen der Klägerin und ihre geschäftlichen Interessen als (Mit-)Gesellschafterin der D. GmbH bzw. der W. GmbH wirtschaftlich (teil-)identisch sind. Die in Rede stehenden Gesellschaften sind eigenständige Rechtspersonlichkeiten, die in rechtlicher Hinsicht durchaus divergierende Interessen im Verhältnis zu den persönlichen Interessen der Klägerin haben können.

Dass es wegen der Kündigung der Mandate (teilweise) nicht mehr zur Ausführung der vereinbarten Interessenvertretung, insbesondere nicht mehr zum (auch in Auftrag gegebenen)

Schenkungswiderruf gegenüber der Tochter gekommen ist, berührt die Art der ausgelösten gesetzlichen Gebühr nicht. **Das Gesetz knüpft nämlich zur Qualifizierung der jeweiligen Gebühr an die Auftragserteilung und nicht daran an, in welchem Umfang es zur Ausführung des Auftrags gekommen ist** (vgl. die *Schriftumsnachw. a.a.O.*). Das ergibt sich unmittelbar aus der Vorbemerkung 2.4 Abs. 3 VV RVG Nr. 2400 a.F. (jetzt Vorbem. 2.3 Abs. 3 VV RVG Nr. 2300), wonach die Geschäftsgebühr durch das Betreiben des Geschäfts einschließlich der Informationserteilung ausgelöst wird.

b) Allein die die angestrebte Beurkundung des Notars Dr. H. in Düsseldorf (künftig: Notar) begleitende anwaltliche Interessenvertretung der Klägerin betreffend die Grundstücksübertragung von der D. GmbH auf sie selbst (Wert: 950.000 EUR) löste bei einem unteren Gebührensatz von 0,5 Mindestgebühren in Höhe von 2.173 EUR netto aus. Unter Berücksichtigung der (hohen) Gegenstandswerte der weiter in Auftrag gegebenen Angelegenheiten besteht kein vernünftiger Zweifel daran, dass das vom Beklagten liquidierte Honorar (netto 2.250 EUR) deutlich unter den verdienten gesetzlichen Gebühren liegt.

4. Das Honorar ist infolge der **vorzeitigen Kündigung des Mandats nach der von dem Notar verweigerten Beurkundung des vom Beklagten geprüften und für bedenklich gehaltenen Vertragsentwurfs** auch nicht gemäß § 628 Abs. 1 Satz 2 BGB zu kürzen oder gänzlich zu versagen, so dass auch unter diesem rechtlichen Gesichtspunkt kein Bereicherungsanspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 2, 1. Alt. BGB in Betracht kommt.

a) Wird die gemäß § 627 BGB beiderseits jederzeit mögliche Kündigung des Anwaltsvertrages erklärt, **behält der Rechtsanwalt gemäß § 628 Abs. 1 Satz 1 BGB grundsätzlich den Vergütungsanspruch, und zwar in dem Umfang, in dem er Leistungen erbracht hat und dadurch gesetzliche Gebührentatbestände ausgelöst worden sind (§ 15 Abs. 4 RVG)**. Im Streitfall hatte der Beklagte im Zeitpunkt der Kündigung des Mandats durch die Klägerin am 30.8.2004 das in der Kostennote vom 2.9.2004 abgerechnete Honorar nach Grund und Höhe durch das Betreiben des Geschäfts verdient. Auf die vorstehenden Erwägungen (sub II. 1.–3.) wird Bezug genommen.

b) **Gemäß § 628 Abs. 1 Satz 2 BGB verliert der Rechtsanwalt seinen Honoraranspruch u.a. aber dann, wenn er durch ein schuldhaft vertragswidriges Verhalten die Kündigung des Mandanten veranlasst hat (sog. Auflösungsver schulden) und wenn seine bisherigen Leistungen für den Mandanten ohne Interesse sind**, etwa weil er wegen der Beendigung des Erstmandats einen anderen Rechtsanwalt beauftragen musste und im Zweitmandat dieselben Gebühren noch einmal angefallen sind (*BGH, NJW 1995, 1954 = MDR 1995, 854; Senat, OLGR Düsseldorf 2001, 233; 2007, 325*). Da dies die Ausnahme von der Regel ist, trägt der Mandant die Darlegungs- und Beweislast für die Tatsachen, die zur Kürzung oder zum Wegfall des Honoraranspruchs führen sollen (*BGH, NJW 1982, 437, 438; 1997, 188; Senat, OLGR Düsseldorf 2007, 325*).

c) Unter Anlegung dieses Maßstabs trifft den Beklagten **kein Auflösungsver schulden**.

aa) Der Beklagte war, wenn nicht sogar verpflichtet, so doch jedenfalls berechtigt, die Klägerin **über alle Risiken aufzuklären**, die mit den von ihr beabsichtigten vielfältigen Vermögensumschichtungen in zivilrechtlicher, steuerrechtlicher und strafrechtlicher Hinsicht in Betracht zu ziehen waren, so wie er es in dem Schriftsatz vom 19.8.2004 getan hatte, und die Klägerin wegen noch fehlender Informationen vor dem Vollzug der bereits am 20.8.2004 angesetzten notariellen Beurkundung zu warnen. Die Klägerin zeigt auch keinen einzigen Gesichtspunkt in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht auf, der diesbezüglich eine Falschberatung belegen könnte, so dass sich hier eine nähere Auseinandersetzung mit den berechtigten Warnhinweisen des Beklagten erübrigt. Dass ein anderer Notar den vom Beklagten geprüften und für bedenklich gehaltenen Vertrag später beurkundet haben soll, besagt gar nichts. Die Klägerin verschweigt nämlich, ob und ggf. welche Tatsacheninformationen dieser andere Notar zu den Hintergründen der Angelegenheit erhalten hat.

bb) Da der Beklagte jedenfalls zu diesem Zeitpunkt auch (noch) keinen hinreichenden Anlass hatte, die Klägerin persönlich zu verdächtigen, sie wolle ihn, den Beklagten, für unredliche Machenschaften instrumentalisieren, hatte er nicht zuletzt mit Blick auf die ihm bis dahin unterbreiteten detaillierten Informationen auch (noch) keinen Anlass, von einer beschränkten Auftragserteilung auszugehen, die die Klägerin erst nach dem Zugang des Schriftsatzes vom 19.8.2004 in der Begründung ihrer Kündigungserklärung mit ihrer Bemerkung insinuiert, sie habe den Beklagten „... nicht gebeten, sich so umfassend in [ihre] privaten Angelegenheiten einzumischen.“

cc) Es war entgegen der Rechtsauffassung der Klägerin auch nicht pflichtwidrig, **dem Notar eine Durchschrift des Schriftsatzes vom 19.8.2004 zu übersenden, dessen Inhalt diesen offenbar veranlasst hat, die vom Beklagten aufgezeigten rechtlichen Bedenken zu teilen** und die Beurkundung abzulehnen, wozu der Notar gemäß § 4 BeurkG verpflichtet gewesen ist.

Entschließt sich – wie hier – ein Mandant, neben dem Notar in gleicher Angelegenheit noch einen Rechtsanwalt zu konsultieren, zudem sogar auf Empfehlung des Notars, besteht **kein Anlass für den Rechtsanwalt, sein Prüfungsergebnis dem Notar vorzuenthalten**, wenn die rechtliche Prüfung eines Vertragsentwurfs von dem Mandanten in der Weise veranlasst wird, dass der Notar wie im Streitfall den Vertragsentwurf dem Rechtsanwalt weisungsgemäß übermittelt (vgl. zur Rolle beider Berufsträger *BGH, NJW 1998, 136, 137 sub 1. b)*). Der Beklagte durfte bis zur Kündigung des Mandats durch die Klägerin nicht nur von deren Redlichkeit und ihrem daraus abzuleitenden Interesse an richtiger und vollständiger Aufklärung ausgehen, sondern mangels anderweitiger Weisung auch davon, dass es aus objektiver Sicht (bei der zu unterstellenden Redlichkeit der Mandantin) keine Gründe gab, dem Notar das Prüfungsergebnis vorzuenthalten.

5. Aus den vorgenannten Gründen hat die Klägerin schließlich auch keinen Schadenersatzanspruch gegen den Beklagten aus dem Gesichtspunkt der Schlechterfüllung des Anwaltsvertrages (§§ 276, 280 Abs. 1, 611, 675 BGB). Dass nach der vom Beklagten in vertragsgemäßer Weise vorgenommenen Rechtsprüfung der Notar es in Kenntnis dieses Ergebnisses abgelehnt hat, die gleichwohl von ihm verlangte Beurkundung des unveränderten (!) Vertragsentwurfs vorzunehmen, erfolgte in Erfüllung seiner Berufspflicht aus § 4 BeurkG. Die daraus entstandenen **Notarkostenrisiken (2.777,04 EUR) gehen zulasten des Klienten, der sich gegen jede richtige Beratung resistent zeigt.**

II. An dieser Beurteilung hält der Senat fest. Die dagegen noch vorgebrachten Einwendungen der Klägerin geben keinen Anlass zu einer abweichenden Beurteilung. Die Klägerin bringt keinen Gesichtspunkt tatsächlicher Art vor, den nicht schon der Senat berücksichtigt hätte. Sie ignoriert die im Hinweisbeschluss genannten Tatsachen, auf die der Senat seine rechtliche Würdigung stützt. Den abweichenden Einschätzungen, Schlussfolgerungen und rechtlichen Würdigungen der Klägerin folgt der Senat auch nach erneuter Prüfung nicht. (...) ■

Versicherungsschutz

- Verstoßzeitpunkt
 - Versichererwechsel
 - Zuständigkeit des Altversicherers
 - Kausalereignis
 - Beratungsverschulden
- (KG, Urt. v. 24.4.2009 – 6 U 49/08)

Leitsätze:

1. Bei der Ermittlung des nach § 5 Abs.1 AVB-WB (Allgemeine Bedingungen für die Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung von Angehörigen der wirtschaftsprüfenden sowie wirtschafts- und steuerberatenden Berufe) versicherungsrechtlich maßgeblichen Verstoßes ist nur dann von einer Pflichtverletzung durch Unterlassen im Sinne der dort in § 2 enthaltenen Bestimmungen über die Vorwärts- und Rückwärtsversicherung auszugehen, wenn sich hinsichtlich des vorgeworfenen Verhaltens im Rahmen der Gesamtbeurteilung ein positives Tun nicht feststellen lässt.

2. Übersieht ein Steuerberater im Rahmen eines steuerrechtlichen Beratungsmandats das Entstehen einer umsatzsteuerlichen Organschaft als Folge einer Betriebsaufspaltung, ist dies als positives Tun und nicht als ein Unterlassen i.S.d. § 2 Abs. 3 AVB-WB zu bewerten, da der Schwerpunkt des Vorwurfs nicht darin besteht, dass der Steuerberater vollständig untätig geblieben ist, sondern darin, dass die Beratung nicht umfassend zu allen zu beachtenden steuerlichen Aspekten einer Betriebsaufspaltung Stellung genommen hat.

3. Darüber hinaus ist der Zeitpunkt des letzten Verstoßes durch Unterlassen gemäß § 2 Abs. 3 AVB-WB nur dann maßgeblich, wenn sich ein früherer Verstoßzeitpunkt durch Unterlassen nicht eindeutig feststellen ließe. ■

Zum Sachverhalt:

Die Klägerin nimmt die Beklagte auf Deckungsschutz aus einer Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung aus ihrer Tätigkeit als Steuerberatungsgesellschaft in Anspruch. Zwischen den Parteien bestand bis zum 31.12.2001 eine Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung, deren Bestandteil die Allgemeinen Bedingungen für die Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung von Angehörigen der wirtschaftsprüfenden sowie wirtschafts- und steuerberatenden Berufe (AVB-WB) waren. Die Klägerin hat zum 1.1.2002 eine Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung bei der G.V. abgeschlossen.

Die Klägerin war als Steuerberaterin für Frau K. tätig. Frau K. betrieb ein Handelsgewerbe als Einzelunternehmerin mit Geschäftssitz in Berlin-Charlottenburg. Zum 1.1.2001 wurde eine Betriebsaufspaltung durchgeführt und die Firma B.E. GmbH (nachfolgend: GmbH) mit Frau K. als alleiniger Gesellschafterin und Geschäftsführerin ins Handelsregister eingetragen. Der laufende Geschäftsbetrieb wurde durch die GmbH ausgeführt. Das verbliebene Anlagevermögen des Einzelunternehmens ist von diesem an die GmbH vermietet worden. Die Umsatzsteuervoranmeldungen wurden in den Jahren 2001 bis 2003 ohne Mitwirkung der Klägerin durch Frau K. für ihre Einzelfirma und für die GmbH abgegeben, ohne dass die entstandene umsatzsteuerliche Organschaft (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 UStG) beachtet wurde. Dies hatte zur Folge, dass durch das Finanzamt Charlottenburg für das Einzelunternehmen zu niedrige Steuerfestsetzungen lediglich auf der Grundlage der Vermietungsumsätze und nicht auch auf der Grundlage der Einzelhandelsumsätze der GmbH erfolgten. Die GmbH erklärte in den jeweiligen Umsatzsteuervoranmeldungen vermeintliche eigene Umsatzsteuerverbindlichkeiten von insgesamt 271.979,21 EUR. Diese wurden im Namen der GmbH an das Finanzamt für Körperschaften I in Berlin abgeführt.

Die Klägerin übernahm für die Jahre ab 2001 die Erstellung der Jahresabschlüsse und der Steuererklärungen für das Einzelunternehmen und für die GmbH, ebenfalls ohne die umsatzsteuerliche Organschaft zu beachten. Von Juni bis September 2003 fand auf Veranlassung des Finanzamts Charlottenburg eine Betriebsprüfung des Einzelunternehmens von Frau K. statt. Aufgrund der Feststellung einer umsatzsteuerlichen Organschaft seit dem 1.1.2001 erfolgten für das Einzelunternehmen im Januar 2004 für die Jahre 2001 bis 2003 neue Festsetzungen der Umsatzsteuer.

Die GmbH stellte im Juni 2003 einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens, das mit Beschluss des Amtsgerichts Osterode vom 1.10.2003 eröffnet wurde. Der Insolvenzverwalter forderte in der Folgezeit die von der GmbH geleis-

teten – und zwischenzeitlich auf das Steuerkonto von Frau K. umgebuchten – Umsatzsteuerzahlungen in Höhe von insgesamt 271.979,21 EUR zurück, die vom Finanzamt für Körperschaften I ausgezahlt wurden. Dieses forderte mit Bescheid vom 28.9.2005 den an den Insolvenzverwalter geleisteten Betrag unter Anrechnung einer Zahlung von Frau K. Die G.V. leistete im Januar 2007 als Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung der Klägerin einen Teilbetrag von 65.045,69 EUR anteilig für das Jahr 2003 an das Finanzamt für Körperschaften I.

Frau K. hat mit Klage vor dem Finanzgericht Berlin-Brandenburg (2 K 7465/05 B) die Aufhebung des Rückforderungsbescheids des Finanzamts vom 28.9.2005 begehrt. Sie hat nach einer Abweisung der Klage Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision beim Bundesfinanzhof eingelegt. Die Klägerin ist mit Urteil des Landgerichts Berlin vom 2.10.2007 (22 O 126/07) rechtskräftig zur Zahlung von Schadenersatz an Frau K. verurteilt worden, Zug um Zug gegen Abtretung möglicher Rückforderungsansprüche gegen das Finanzamt. (...)

Das Landgericht hat der Klage mit Urteil vom 4.3.2008 stattgegeben und die Beklagte verurteilt, die Klägerin von Schadenersatzansprüchen freizustellen, die gegen sie von Frau K. aufgrund einer Pflichtverletzung im November 2000 im Rahmen eines Steuerberatungsvertrages (unterlassene Beratung über das Bestehen einer umsatzsteuerlichen Organschaft seit dem 1.1.2001) erhoben und mit Klage vom 27.3.2007 beim Landgericht Berlin (22 O 126/07) geltend gemacht wurden. (...)

Die Berufung der Beklagten hatte keinen Erfolg. ■

Aus den Gründen:

Die Beklagte ist gegenüber der Klägerin gemäß § 149 VVG a.F., § 1 Abs. 1 AVB-WB zur Gewährung von Deckungsschutz aus dem zwischen den Parteien bis zum 31.12.2001 bestehenden Vertrag über eine Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung in dem begehrten Umfang verpflichtet. Nach § 5 Abs. 1 AVB-WB ist **Versicherungsfall der Verstoß**, der Haftpflichtansprüche gegen den Versicherungsnehmer zur Folge haben kann. Zum Zeitpunkt des für den Eintritt des Versicherungsfalls maßgeblichen Verstoßes hat für die Klägerin ein Deckungsschutz bei der Beklagten bestanden.

1. Die Klägerin ist durch Urteil des Landgerichts Berlin vom 2.10.2007 (22 O 126/07) rechtskräftig verurteilt worden, an Frau K. aufgrund einer Pflichtverletzung aus einem mit dieser geschlossenen Steuerberatungsvertrag Schadenersatz zu leisten. **Steht die Haftpflicht eines Versicherungsnehmers nach Grund und Höhe fest**, ohne dass eine Zahlung an den Dritten erfolgt ist, so ist die Klage im vorliegenden Deckungsprozess auf **Befreiung von der Verbindlichkeit** zu richten (vgl. *Prölss/Martin*, VVG 27. Aufl., § 149 VVG Rdnr. 9).

2. Die Klägerin hat anlässlich eines Gesprächs mit Frau K. im November 2000 aus einem mit dieser geschlossenen Steuerberatungsvertrag eine **Pflichtverletzung durch positives Tun** begangen, indem sie diese im Rahmen der Beratung zu einer

geplanten Betriebsaufspaltung in ein Einzelunternehmen und eine GmbH **nicht darauf hingewiesen hat, dass hierdurch eine umsatzsteuerliche Organschaft i.S.d. § 2 Abs. 2 Nr. 2 UStG entsteht mit der Folge, dass ab dem Jahr 2001 nicht die GmbH, sondern Frau K. als Organträgerin die Umsätze zu versteuern gehabt hätte.**

a) Das Gericht ist im vorliegenden Deckungsprozess an die rechtskräftige Entscheidung des Landgerichts Berlin vom 2.10.2007 (22 O 126/07) im Haftpflichtprozess gebunden. Es ist grundsätzlich im Haftpflichtprozess zu entscheiden, ob und in welcher Höhe der Versicherungsnehmer einem Dritten gegenüber haftet. Ob der Versicherer hierfür eintrittspflichtig ist, ist im Deckungsprozess zu klären. Aus diesem in der **Haftpflichtversicherung** geltenden **Trennungsprinzip** folgt, dass die rechtskräftige Entscheidung des Haftpflichtprozesses für den Deckungsprozess **bindend ist, jedenfalls soweit es um den Haftungstatbestand zwischen dem Versicherungsnehmer und dem Versicherer geht. Dies gilt auch dann, wenn der Versicherer am Haftpflichtprozess nicht mitgewirkt hat** (vgl. *BGH, VersR* 1992, 1504; *VersR* 2001, 1103, zitiert nach *juris*, Rdnr. 16 ff; *Prölss/Martin*, VVG 27. Aufl., § 149 Rdnr. 29 m.w.N.).

b) Das Landgericht hat mit Urteil vom 2.10.2007 (22 O 126/07) im Haftpflichtprozess in den Entscheidungsgründen bindend festgestellt, dass die Klägerin eine Pflicht aus dem Steuerberatungsvertrag mit Frau K. verletzt hat, indem sie die umsatzsteuerliche Organschaft übersehen hat. Es handelt sich damit um einen **Verstoß im Rahmen der versicherten beruflichen Tätigkeit als Steuerberater i.S.d. § 1 Abs. 1 AVB-WB**. Zwar wäre die einem Steuerberater nicht erlaubte **Rechtsberatung** nicht von der Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung umfasst. Unabhängig davon, in welchem Umfang tatsächlich eine Beratung durch die Klägerin erfolgt ist, ist die Beklagte aufgrund der Bindungswirkung des Urteils des Landgerichts im Haftpflichtprozess im vorliegenden Deckungsprozess jedoch daran gehindert, nunmehr einzuwenden, dass die von der Klägerin begangene Pflichtverletzung unter diesem Gesichtspunkt nicht vom Versicherungsschutz umfasst ist. Im Übrigen ergibt sich aus der dem Vertrag zugrunde liegenden Risikobeschreibung, dass der Versicherungsschutz nicht nur die Beratung und Vertretung in Steuersachen beinhaltet, sondern dass sich dieser gemäß Ziffer II 5. a) hierneben auch auf die wirtschaftliche Beratung bei der Gründung und Umwandlung von Unternehmen sowie gemäß Ziffer III auch auf die Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten erstreckt, soweit die Grenzen der erlaubten Tätigkeit nicht bewusst überschritten werden.

c) Der für die Gewährung von Deckungsschutz nach §§ 2, 5 Abs. 1 AVB-WB maßgebliche Pflichtverstoß der Klägerin aus dem Steuerberatungsvertrag ist durch ein **positives Tun** in Form einer unvollständigen Beratung von Frau K. im Zusammenhang mit der geplanten Betriebsaufspaltung im **November 2000** begangen worden.

(1) Das Haftpflichturteil entfaltet im nachfolgenden Deckungsprozess Bindungswirkung insoweit, als es den Haftungstatbestand betrifft. Dieser umfasst die tatsäch-

lichen Elemente, die der Tatrichter des Haftpflichtprozesses der Haftung des Versicherungsnehmers zugrunde gelegt hat (vgl. BGH, VersR 2001, 1103, zitiert nach juris, Rdnr. 19).

Das Landgericht hat im Haftpflichturteil im Tatbestand als unstreitig festgestellt, dass es im November 2000 auf Anraten der hiesigen Klägerin zu einer Betriebsaufspaltung in das Einzelunternehmen von Frau K. und die Firma B.E. GmbH gekommen ist. Die hiesige Klägerin sei weiterhin für das Einzelunternehmen tätig gewesen und habe ab dem Jahr 2001 auch die Erstellung der Jahresabschlüsse und Steuererklärungen für die neu gegründete GmbH übernommen. Die Umsatzsteuerverbindlichkeiten und Vorsteuererstattungsansprüche der GmbH seien hierbei dieser Gesellschaft und nicht Frau K. zugeordnet worden. Die hiesige Klägerin habe übersehen, dass durch die Vermietung von Anlagevermögen und die Position von Frau K. als alleiniger Gesellschafterin und Geschäftsführerin der GmbH eine umsatzsteuerliche Organschaft i.S.d. § 2 Abs. 2 Nr. 2 UStG entstanden sei und nicht die GmbH, sondern Frau K. als Organträgerin die Umsätze zu versteuern gehabt hätte. Zur Frage der Pflichtverletzung durch die hiesige Klägerin ist vom Landgericht weiter in den Entscheidungsgründen festgestellt worden, dass diese eine Pflicht aus dem Steuerberatungsvertrag mit Frau K. verletzt habe, indem sie die umsatzsteuerliche Organschaft übersehen habe.

Das Landgericht hat unter Zugrundelegung dieser Ausführungen **im Haftpflichtprozess bindend festgestellt, dass eine schuldhaft Pflichtverletzung der Klägerin im November 2000 durch ein Übersehen des Entstehens einer umsatzsteuerlichen Organschaft und eine hierdurch bedingte unvollständige Beratung im Zusammenhang mit der von ihr angeratenen Betriebsaufspaltung erfolgt ist.** Zwar macht die Beklagte geltend, dass das Landgericht weiter festgestellt hat, dass die GmbH aufgrund des Übersehens der umsatzsteuerlichen Organschaft für die von ihr ausgeführten Umsätze fälschlich die Umsatzsteuervoranmeldungen in eigenem Namen erstellt habe, und dass die hiesige Klägerin die Steuerverbindlichkeiten in den Jahresabschlüssen der GmbH als deren eigene Verbindlichkeiten erfasst und in den Jahressteuererklärungen 2001 und 2002 als eigene Steuerverbindlichkeiten der GmbH angemeldet habe. Diese Ausführungen führen im Hinblick auf die vom Landgericht bindend festgestellte maßgebliche Pflichtverletzung gegenüber Frau K. jedoch zu keiner anderen Beurteilung.

Das Landgericht hat im Urteil vom 2.10. 2007 sowohl im Tatbestand als auch in den Entscheidungsgründen weiter ausgeführt, dass Frau K. sich darauf eingestellt hätte, wenn die Organschaft von der hiesigen Klägerin rechtzeitig bemerkt worden wäre, indem sie die Umsatzsteuerverbindlichkeiten in ihren eigenen Steuererklärungen bzw. -anmeldungen angegeben und weiter im Innenverhältnis zur GmbH durch entsprechende Vereinbarungen Vorkehrungen getroffen hätte, nach denen letztlich die GmbH mit den Beträgen der Umsatzsteuer belastet gewesen wäre. Aus diesem dargelegten Kausalzusammenhang ergibt sich, dass die vom Landgericht festgestellte Pflichtverletzung der Klägerin **durch ein Übersehen der umsatzsteuerlichen Organschaft im Novem-**

ber 2000 begangen worden ist, da Frau K. im Fall der geschuldeten Aufklärung schon ab dem Jahr 2001 zutreffende Umsatzsteuervoranmeldungen abgegeben und bereits zu diesem Zeitpunkt eine Ausgleichsvereinbarung im Innenverhältnis mit der GmbH getroffen hätte. Dieser vom Landgericht im Haftpflichtprozess festgestellte Pflichtverstoß gegenüber Frau K. unterfällt dem bis zum 31.12.2001 dauernden Vertragsverhältnis mit der Beklagten.

Zwar stellt das Erstellen von falschen Umsatzsteuererklärungen für die GmbH als Folge des Übersehens der umsatzsteuerlichen Organschaft ab dem Jahr 2002 auch einen Pflichtverstoß der Klägerin gegenüber dieser Gesellschaft dar. Hierin liegt aber nicht der vom Landgericht im Haftpflichtprozess festgestellte – für die rechtliche Beurteilung im vorliegenden Fall relevante – Pflichtverstoß gegenüber Frau K.

(2) Der für die Frage des Versicherungsschutzes nach §§ 2, 5 Abs. 1 AVB-WB maßgebliche Pflichtverstoß ist auf der Grundlage der vom Landgericht im Haftpflichtprozess getroffenen Feststellungen nach den Gesamtumständen als positives Tun zu qualifizieren.

(a) Da das Landgericht im Haftpflichtprozess ausdrücklich offengelassen hat, ob eine Pflichtverletzung durch ein Tun oder ein Unterlassen vorliegt, sind hierzu bereits aus diesem Grund im vorliegenden Deckungsprozess Feststellungen zu treffen. Darüber hinaus entfalten Feststellungen im vorangegangenen Haftpflichtprozess zwischen dem Geschädigten und dem Versicherungsnehmer im nachfolgenden Deckungsprozess zwischen dem Versicherungsnehmer und dem Versicherer Bindungswirkung nur im Falle einer **Voraussetzungsidentität**. Geboten ist eine Bindungswirkung nur insoweit, als eine für die Entscheidung im Deckungsprozess maßgebliche Frage sich auch im Haftpflichtprozess nach dem vom Haftpflichtgericht gewählten rechtlichen Begründungsansatz bei objektiv zutreffender rechtlicher Würdigung als entscheidungserheblich erweist, also eine Voraussetzungsidentität vorliegt. Nur dann ist es gerechtfertigt anzunehmen, eine Feststellung sei Grundlage für die Entscheidung im Haftpflichtprozess.

Die Begrenzung der Bindungswirkung auf Fälle der Voraussetzungsidentität ist insbesondere deshalb geboten, weil der Versicherungsnehmer und der Versicherer keinen Einfluss darauf haben, dass der Haftpflichtrichter „überschießende“, nicht entscheidungserhebliche Feststellungen trifft oder nicht entscheidungserhebliche Rechtsausführungen macht (vgl. BGH, VersR 2007, 641, zitiert nach juris, Rdnr. 8; BGH, VersR 2004, 590, zitiert nach juris, Rdnr. 10).

Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze wäre eine Benennung der Pflichtverletzung im vorangegangenen Haftpflichtprozess als Tun oder Unterlassen im vorliegenden Deckungsprozess auch nicht bindend i.S.d. § 2 AVB-WB, da ein für die Überprüfung des Verstoßes maßgeblicher Pflichtverstoß zwar objektiv festgestellt worden ist, die Form der Begehung – und damit eine klare Abgrenzung mit unterschiedlichen Rechtsfolgen – im vorangegangenen Haftpflichtprozess für

die Feststellung einer schuldhaften Pflichtverletzung keine rechtliche Bedeutung hatte. Es sind deshalb im vorliegenden Deckungsprozess keine Gründe ersichtlich, die es ausschließen, bei der Abgrenzung von Tun und Unterlassen auch versicherungsrechtliche Erwägungen einzubeziehen.

(b) Der Pflichtverstoß der Klägerin im Rahmen der Beratung im November 2000 ist nach den Gesamtumständen als positives Tun zu qualifizieren. Bei der **Abgrenzung zwischen Tun und Unterlassen** handelt es sich um eine Wertungsfrage, die nicht nach rein äußerlichen oder formalen Kriterien entschieden werden kann. Ein Steuerberater ist im Rahmen des erteilten Auftrages verpflichtet, den Mandanten umfassend zu beraten und ungefragt über alle steuerlichen Einzelheiten und deren Folgen zu unterrichten. Der Mandant ist in die Lage zu versetzen, eigenverantwortlich seine Rechte und Interessen zu wahren, um eine Fehlentscheidung vermeiden zu können (vgl. BGH, NJW 1995, 2108, zitiert nach juris, Rdnr. 23; NJW-RR 2006, 1070, zitiert nach juris, Rdnr. 7; NJW 2001, 3477, zitiert nach juris, Rdnr. 23). **Bei der von der Klägerin vorgenommenen Beratung handelt es sich um eine einheitlich zu beurteilende Leistung, deren Schwerpunkt es war, die Mandantin umfassend über alle für eine Betriebsaufspaltung maßgeblichen Gesichtspunkte aufzuklären.** Auch wenn auf das Entstehen einer umsatzsteuerlichen Organshaft und damit auf einen Teilaspekt nicht hingewiesen worden ist, stellt sich der Schwerpunkt des zu bestimmenden Verhaltens – nämlich die **geschuldete umfassende vollständige Beratung** – als aktives Tun und nicht als Unterlassen dar.

Darüber hinaus erscheint es nach dem Sinn und Zweck des Verstoßprinzips in der Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung geboten, eine klare Abgrenzung vorzunehmen und ein einheitlich wahrgenommenes Verhalten **nicht in verschiedene Teilaspekte eines Tuns und Unterlassens aufzugliedern**. Es ist deshalb bei der Ermittlung des nach § 5 Abs. 1 AVB-WB versicherungsrechtlich maßgeblichen Verstoßes nur dann von einer Pflichtverletzung durch Unterlassen i.S.d. § 2 Abs. 3 AVB-WB auszugehen, wenn sich hinsichtlich des vorgeworfenen Verhaltens im Rahmen der Gesamtbeurteilung ein positives Tun nicht feststellen lässt (so im Ergebnis auch LG Berlin, VersR 1995, 330; ÖGHÖ, VersR 1993, 862; VersR 1995, 75; zur Architektenhaftpflichtversicherung OLG Hamm, VersR 2001, 633).

In diesem Sinn wird auch ein durchschnittlicher Versicherungsnehmer – wobei es sich hier bei diesem um einen Angehörigen der wirtschaftsprüfenden sowie wirtschafts- und steuerberatenden Berufe handelt – die Bestimmung in § 2 AVB-WB über die Vorwärts- und Rückwärtsversicherung verstehen, da es sich bei § 2 Abs. 3 AVB-WB erkennbar um eine Zweifelsregelung handelt. Der der Klägerin vorzuwerfende Pflichtverstoß ist hiernach als positives Tun und nicht als Unterlassen i.S.d. § 2 Abs. 3 AVB-WB zu bewerten, da der Schwerpunkt des Vorwurfs nicht darin besteht, dass die Klägerin im Sinn eines Unterlassens vollständig untätig geblieben ist, sondern darin, dass eine Beratung als positives Tun erfolgt ist, die jedoch nicht umfassend zu allen zu beachtenden steuerlichen Aspekten einer Betriebsaufspaltung Stellung genommen hat.

Zwar hat die Beklagte die Auffassung vertreten, dass in der Nichterteilung eines gebotenen Hinweises durch einen Steuerberater im Rahmen eines steuerrechtlichen Beratungsmandats eine Pflichtverletzung durch Unterlassen zu sehen sei. Bei den von ihr zitierten Entscheidungen des BGH (NJW 1995, 2108; NJW-RR 1996, 569; NJW 1997, 1008; NJW 2001, 3477; NJW-RR 1990, 918) handelt es sich jedoch um Einzelfallentscheidungen in Haftpflichtprozessen, aus denen sich keine Gesichtspunkte ergeben, die in der im vorliegenden Fall gegebenen Konstellation zwingend die Annahme eines Unterlassens i.S.d. § 2 Abs. 3 AVB-WB rechtfertigen.

Zwar hat der BGH im Rahmen der Prüfung eines Schadenersatzanspruchs eine schuldhafte Pflichtverletzung eines Steuerberaters bejaht, wenn dieser einen gebotenen Hinweis nicht erteilt hat, und insoweit von einem „Unterlassen“ des Hinweises gesprochen. Allerdings war es in diesem Zusammenhang nicht erforderlich, ausdrücklich zwischen einem positiven Tun und einem Unterlassen zu unterscheiden, da sich aus der Form der Begehung keine unterschiedlichen Rechtsfolgen ergeben haben. **Es lassen sich daher den Entscheidungen des BGH im Rahmen der im vorliegenden Einzelfall notwendigen Feststellung des Verstoßzeitpunkts nach §§ 2, 5 Abs. 1 AVB-WB keine bindenden Erwägungen für eine versicherungsrechtlich maßgebliche Abgrenzung zwischen positivem Tun und Unterlassen entnehmen.**

(3) In der Vermögensschadenhaftpflichtversicherung bleibt nach den AVB-WB bei einem positiven Tun der **erste Verstoß** auch dann maßgeblich, wenn der Versicherungsnehmer die Möglichkeit und die Rechtspflicht gehabt hätte, ihn im weiteren Verlauf seiner Tätigkeit zu berichtigen und damit einer schädlichen Auswirkung entgegenzuwirken (vgl. Späte, Haftpflichtversicherung, § 1 Rdnr. 28; zur Architektenhaftung OLG Hamm, VersR 2001, 633). Der nach §§ 2, 5 Abs. 1 AVB-WB maßgebliche Verstoß durch ein positives Tun ist von der Klägerin vor dem Ende des Vertragsverhältnisses mit der Beklagten am 31.12.2001 begangen worden. **Dass durch die Erstellung von falschen Umsatzsteuerjahreserklärungen für die GmbH und das Einzelunternehmen in den Jahren 2002 und 2003 durch die Klägerin weitere Pflichtverletzungen begangen worden sind, führt daher zu keiner anderen Beurteilung.**

d) Schließlich würde sich auch dann kein nach § 5 Abs. 1 AVB-WB maßgeblicher Verstoß nach dem 31.12.2001 ergeben, wenn davon ausgegangen werden würde, dass die Klägerin durch eine unvollständige Beratung im November 2000 einen Pflichtverstoß durch Unterlassen begangen hat. Ein Verstoß gilt nach § 2 Abs. 3 AVB-WB nur dann an dem Tag begangen, **an welchem die versäumte Handlung spätestens hätte vorgenommen werden müssen, um den Eintritt des Schadens abzuwenden, wenn kein positives Tun feststellbar ist und der Verstoß durch Unterlassen nicht zweifelsfrei feststeht** (vgl. Veith/Gräfe-Brügge, Der Versicherungsprozess, § 12 Rdnr. 63). Im vorliegenden Fall ließe sich der vorzuwerfende Pflichtverstoß durch die Unterlassung eines gebotenen Hinweises im Rahmen des Beratungsgesprächs im November 2000 zweifelsfrei zeitlich feststellen. Eine entsprechende Unterlassung hätte sich bereits ab Januar 2001 ausgewirkt,

da Frau K. bereits zu diesem Zeitpunkt falsche Umsatzsteuer-voranmeldungen erstellt und infolgedessen Zahlungen in unzutreffender Höhe an das Finanzamt geleistet hat. Auch ein Verstoß durch Unterlassen i.S.d. § 2 Abs. 3 AVB-WB wäre aus diesem Grund zweifelsfrei vor Ablauf des Versicherungsvertrages mit der Beklagten Ende des Jahres 2001 begangen worden.

e) Der Pflichtverstoß der Klägerin aus dem Beratungsvertrag ist auch **kausal** für den bei Frau K. tatsächlich eingetretenen Schaden. Das Landgericht hat mit Urteil vom 2.10.2007 (22 O 126/07) bindend festgestellt, dass Frau K. durch die Pflichtverletzung der Klägerin ein Schaden in der ausgerichteten Höhe entstanden ist, da sie – wenn die Organschaft rechtzeitig bemerkt worden wäre – im Innenverhältnis zur GmbH Abreden getroffen hätte, nach denen letztlich die GmbH mit den Beträgen der Umsatzsteuer belastet gewesen wäre. Von der Beklagten kann aufgrund dieser Feststellungen im vorliegenden Deckungsprozess eine Kausalität zwischen dem Pflichtverstoß und dem eingetretenen Schaden nicht mehr infrage gestellt werden. Versicherungsfall nach § 5 Abs. 1 AVB-WB ist der Verstoß, der Haftpflichtansprüche gegen den Versicherungsnehmer zur Folge haben könnte.

Das Kausalverhalten ist immer das erste Verhalten, welches in unmittelbarer Kausalkette den Schaden herbeiführt. Sind mehrere Ursachen adäquat kausal, genügt es, dass nur eine davon in die Zeit des materiellen Versicherungsschutzes fällt (vgl. *Späte, Haftpflichtversicherung*, § 1 Rdnr. 28 m.w.N.). Die Beklagte ist hiernach aufgrund der Bindungswirkung daran gehindert, im vorliegenden Deckungsprozess einzuwenden, dass der tatsächliche Schaden bedingt durch die Insolvenz der GmbH aufgrund eines atypischen Geschehensablaufs verursacht worden ist.

3. Die Beklagte kann sich nicht auf einen Risikoausschluss nach § 4 Nr. 6 AVB-WB berufen. Nach dieser Bestimmung bezieht sich der Versicherungsschutz nicht auf Haftpflichtansprüche, die durch eine **wissentliche Pflichtverletzung** begangen worden sind. Der Versicherungsnehmer muss die von ihm verletzte Pflicht positiv gekannt und subjektiv das Bewusstsein gehabt haben, pflichtwidrig zu handeln. Darlegungs- und beweispflichtig für die Verwirklichung der subjektiven Tatbestandsmerkmale des Risikoausschlusses ist der beklagte Versicherer (vgl. *BGH, VersR 2001, 1103*, zitiert nach *juris*, Rdnr. 23).

Das Landgericht hat im Haftpflichtprozess festgestellt, dass von der Klägerin ein Pflichtverstoß begangen worden sei, indem sie das Entstehen einer umsatzsteuerlichen Organschaft übersehen hat. Hiernach ist davon auszugehen, dass die Klägerin die aus dem Steuerberatervertrag geschuldete Beratung nicht mit der erforderlichen Sorgfalt vorgenommen und damit fahrlässig gehandelt hat. Es lässt sich nicht feststellen, dass diese durch das Übersehen des Entstehens einer umsatzsteuerlichen Organschaft eine wissentliche Pflichtverletzung begangen hat. Unabhängig hiervon hat die darlegungs- und beweisbelastete Beklagte auch nicht nachvollziehbar vorgetragen und es ist auch ansonsten nicht ersichtlich, aus welchen Tatsachen sich ergeben soll, dass die

Klägerin ihre Mandantin wissentlich nicht auf das Entstehen einer umsatzsteuerlichen Organschaft hingewiesen hat.

4. Der Anspruch der Klägerin ist **nicht verjährt**. Die Beklagte hat die Einrede der Verjährung in erster Instanz gemäß § 296a ZPO zwar außerhalb der mündlichen Verhandlung erhoben. Allerdings kann auch eine (erstmalig) in der Berufungsinstanz erhobene Verjährungseinrede unabhängig von den Voraussetzungen des § 531 Abs. 2 ZPO zugelassen werden, wenn die Erhebung der Verjährungseinrede und die den Verjährungseintritt begründenden tatsächlichen Umstände zwischen den Prozessparteien unstreitig sind (vgl. *BGH, GS, VersR 2008, 1708*). Die Voraussetzungen für den Eintritt einer Verjährung liegen jedoch nicht vor.

Gemäß § 12 Abs. 1 VVG a.F. verjährt der Anspruch nach § 149 VVG a.F. in zwei Jahren. Die Verjährung beginnt mit dem Schluss des Jahres, in welchem die Leistung verlangt werden kann. Der Rechtsschutzanspruch entsteht mit der Erhebung von Ansprüchen durch einen Dritten, d.h. mit jeder ernstlichen Erklärung des Dritten gegenüber dem Versicherungsnehmer, aus der sich ergibt, dass der Dritte Ansprüche zu haben glaubt und diese verfolgen wird (vgl. *Prölss/Martin, VVG 27. Aufl., § 149 Rdnr. 5 m.w.N.*; *Römer/Langheid, VVG 2. Aufl., § 149 Rdnr. 27 m.w.N.*). Die vorliegende Klage ist am 18.5.2007 eingereicht und am 9.8.2007 zugestellt worden. Die letztlich die Mandantin der Klägerin abschließend belastende erneute Umbuchung durch die Finanzämter ist mit Schreiben vom 7.3.2005 mitgeteilt worden. Der Rückforderungsbescheid des Finanzamts für Körperschaften I ist erst am 28.9.2005 ergangen. Dass Regressansprüche gegen die Klägerin bereits vor dem 1.1.2005 geltend gemacht worden sind, ist nicht ersichtlich und von der Beklagten auch nicht behauptet worden. (...) ■

Steuerberatungsgesellschaft als Treuhänder

- Erlaubnispflichtige Rechtsberatung
 - Erlaubnisfreie Geschäftsbesorgung
 - Beitritt zu Immobilienfond
 - Vertragsabwicklung
- (OLG Stuttgart, Urt. v. 31.3.2009 – 6 U 156/08)

Leitsatz:

Die Bevollmächtigung eines Treuhänders, alle Erklärungen abzugeben und entgegenzunehmen, die für den „wirtschaftlichen Beitritt“ eines Kapitalanlegers zu einem Immobilienfonds erforderlich sind, insbesondere alle zum „wirtschaftlichen Erwerb“ und zur Abwicklung der Gesellschaftsbeteiligung erforderlichen Verträge abzuschließen, und erforderlichenfalls das Ausscheiden von Gesellschaftern bzw. Treugebern einschließlich des Anlegers zu erklären, verstößt nicht gegen Art. 1 § 1 RBERG. ■

Zum Sachverhalt:

Der Kläger begehrt die Rückabwicklung einer kreditfinanzierten Beteiligung an dem geschlossenen Immobilienfonds „Grundbesitz Wohnbaufonds Bayern GbR“.

Der Kläger zeichnete am 15.12.1995 einen „Auftrag und Vollmachten sowie Angebot zum Abschluss eines Treuhandvertrages Grundbesitz Wohnbaufonds Bayern GbR“, mit welchem er die ...-Treuhand-Steuerberatungsgesellschaft mbH beauftragte, seinen Beitritt zu dem vorgenannten Fonds zu bewirken. Die Treuhänderin, welche über keine Erlaubnis nach dem Rechtsberatungsgesetz verfügte, nahm das Angebot an und beteiligte sich in der Folge im Auftrag des Klägers an der vorgenannten Fondsgesellschaft. Am 22.12.1995 unterzeichnete der Kläger einen Darlehensvertrag mit der Rechtsvorgängerin der Beklagten, der Raiffeisenbank O. eG. Zur Tilgung der Darlehensforderung schloss er eine Lebensversicherung bei der T. Lebensversicherung AG ab. Die Ansprüche aus dem Versicherungsvertrag trat er sicherungshalber an die Raiffeisenbank O. eG ab.

Mit Schreiben vom 28.10.2004 hat die Rechtsvorgängerin der Beklagten den Darlehensvertrag wegen Zahlungsverzuges des Klägers gekündigt und den Kläger zur Rückzahlung des Darlehenssaldos zzgl. rückständiger Raten aufgefordert. Mittlerweile hat die Beklagte den Lebensversicherungsvertrag gekündigt und den an sie ausgezahlten Betrag auf den noch offenen Darlehenssaldo verrechnet.

Der Kläger hat vorgetragen, er habe die Verträge, die der Vermittler H. seiner (des Klägers) zukünftigen Ehefrau R. mitgegeben habe, welche damals ebenfalls als Vermittlerin tätig gewesen sei, zu Hause unterschrieben. Es habe keinerlei Beratung stattgefunden. Der Vermittler H. habe gegenüber seiner späteren Ehefrau nur angegeben, dass es sich bei der Anlage um ein ideales Steuersparmodell handle. Der Kläger hat die Auffassung vertreten, er sei zu dem Widerruf sämtlicher Erklärungen berechtigt, weil diese von ihm zu Hause unterschrieben worden seien. Sowohl Treuhandauftrag als auch die dazugehörigen Vollmachten seien wegen Verstoßes gegen Art. 1 § 1 RBERG nichtig. Bei dem Auftrag an die Treuhänderin und dem Darlehensvertrag handle es sich um ein verbundenes Geschäft. Die Beklagte hafte außerdem wegen fehlerhafter Beratung.

Mit dem angefochtenen Urteil hat das Landgericht Stuttgart die Klage abgewiesen. Der Darlehensvertrag sei nicht infolge Widerrufs nach dem Haustürwiderrufsgesetz unwirksam. Der Kläger habe schon eine Haustürsituation nicht ausreichend dargelegt. Unabhängig davon liege kein fristgerechter Widerruf i.S.d. § 1 Abs. 1 HWiG vor. Die Widerrufsbelehrung sei ordnungsgemäß. Auch ein wirksamer Widerruf des Fondsbeitritts des Klägers bzw. der der Treuhänderin erteilten Vollmacht liege nicht vor. Zwar seien der Beitritt zu der Fondsgesellschaft und der Kreditvertrag ein verbundenes Geschäft gemäß § 9 VerbrKRg. Ein Widerruf der Vollmacht sei jedoch nicht erfolgt. Des Weiteren habe der Kläger auch hinsichtlich der Unterzeichnung des Treuhandauftrags keine Haustürsituation dargelegt. Die Annahme einer Haustürsituation bezüglich der Beitrittserklärung scheide schon deshalb

aus, weil dabei auf die Umstände in der Person der Vertreterin abzustellen sei. Abgesehen davon sei das Widerrufsrecht hinsichtlich der Vollmacht zum Fondsbeitritt auch gemäß § 2 Abs. 1 Satz 4 HWiG wegen beiderseitiger vollständiger Leistungserbringung erloschen.

Der Kläger könne sich auch nicht auf eine Nichtigkeit des Treuhandauftrags und der dazugehörigen Vollmachten wegen Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz berufen, weil der Schwerpunkt der Tätigkeit der Treuhänderin auf wirtschaftlichem und nicht auf rechtlichem Gebiet gelegen habe. Die Beklagte hafte auch nicht wegen fehlender Aufklärung über Risiken des Fondsbeitritts. Denn der Kläger habe eine vorsätzliche Täuschung durch den Vermittler H. nicht vorgetragen.

Die Berufung des Klägers blieb ohne Erfolg. ■

Aus den Gründen:

(...) 3. **Der von der Treuhänderin erklärte Beitritt zu der Fondsgesellschaft ist auch nicht wegen fehlender Vollmacht unwirksam.** Die der Treuhänderin in der mit „Auftrag und Vollmachten sowie Angebot zum Abschluss eines Treuhandvertrages Grundbesitzwohnbaufonds Bayern GbR“ überschriebenen Erklärung eingeräumten Vollmachten verstoßen nicht gegen das Rechtsberatungsgesetz (a). Dass der Treuhandvertrag gem. § 134 BGB i.V.m. Art. 1 § 1 RBERG nichtig ist, lässt sich nicht feststellen (b). Gleiches gilt für die dem Geschäftsführer der Fondsgesellschaft erteilte Vollmacht (c).

Nach gefestigter Rechtsprechung des BGH bedarf derjenige, der ausschließlich oder hauptsächlich die rechtliche Abwicklung eines Grundstückserwerbs oder Fondsbeitritts im Rahmen eines Steuersparmodells besorgt, der Erlaubnis nach Art. 1 § 1 RBERG. Ein ohne diese Erlaubnis abgeschlossener Treuhand- bzw. Geschäftsbesorgungsvertrag, der so umfassende rechtliche Befugnisse und Pflichten des Auftragnehmers enthält, ist daher nichtig, wobei die Nichtigkeit nach dem Schutzgedanken des Art. 1 § 1 RBERG auch die dem Treuhänder/Geschäftsbesorger erteilte umfassende Vollmacht erfasst. Dagegen ist eine in einem Zeichnungsschein erteilte Vollmacht nicht wegen Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz nichtig, wenn sie nicht den Abschluss eines ganzen Bündels von Verträgen mit mannigfaltigem rechtlichen Beratungsbedarf zum Gegenstand hat, sondern sich vielmehr auf die Erklärung des Beitritts zur Fondsgesellschaft und auf die Aufnahme der Finanzierungsdarlehen beschränkt und unabhängig von einer umfassenden Geschäftsbesorgungsvollmacht erteilt worden ist, neben der sie eine selbständige Bedeutung haben sollte.

Zur **Abgrenzung** erlaubnisfreier Geschäftsbesorgung von erlaubnispflichtiger Rechtsbesorgung ist **auf den Kern und den Schwerpunkt der Tätigkeit abzustellen**, weil eine Besorgung fremder Geschäfte **außer mit wirtschaftlichen Belangen** vielfach auch **mit rechtlichen Vorgängen** verknüpft ist. Maßgeblich ist, ob die Tätigkeit **überwiegend** auf wirtschaftlichem Gebiet liegt und die Wahrnehmung wirtschaftlicher Belange bezweckt, oder ob die rechtliche Seite der Angelegenheit im Vordergrund steht und es wesentlich um die

Klärung rechtlicher Verhältnisse geht. Bei der insoweit vorzunehmenden Prüfung, ob eine angebotene Dienstleistung als Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten oder nur als kaufmännische Hilfeleistung einzuordnen ist, ist entscheidend, ob die **Teiltätigkeit als sozial abgrenzbare Aktivität** mit eigenem, von dem sonstigen Berufsinhalt geschiedenen charakteristischen Gepräge im Hinblick auf die zu wahren den Gemeinwohlbelange verboten werden muss (BGH, Urt. v. 20.1.2009 – XI ZR 487/07, BGH-Report 2009, 568 = MDR 2009, 517 Rz. 18, 19, 20 m.w.N.).

In Anwendung dieser Grundsätze hat der BGH eine in einem Zeichnungsschein einem Treuhänder erteilte **selbstständige Vollmacht zum Erwerb, zur Verwaltung und zur Abwicklung** einer Fondsbeteiligung einschließlich ihrer Finanzierung als schwerpunktmäßig wirtschaftliche und nicht gegen das Rechtsberatungsgesetzes verstoßende Tätigkeit angesehen (a.a.O., Rz. 21). Unbedenklich ist ferner die Bevollmächtigung des Treuhänders, sowohl für die Gesellschaft als auch für die einzelnen Gesellschafter die erforderlichen Finanzierungskredite aufzunehmen, Konten zu eröffnen und über Eigen- und Fremdmittel zu verfügen (BGH, Urt. v. 25.4.2006 – XI ZR 29/05, MDR 2006, 1004 = BGH-Report 2006, 919 m. Anm. Tophoven = NJW 2006, 1952 Rz. 14; Urt. v. 25.4.2006 – XI ZR 219/04, BGH-Report 2006, 915 = MDR 2006, 1032 = NJW 2006, 1957).

Nach diesen Grundsätzen kann weder von einer Nichtigkeit des Treuhandvertrages noch derjenigen Vollmachten ausgegangen werden, die in der mit „Auftrag und Vollmachten sowie Angebot zum Abschluss eines Treuhandvertrages Grundbesitzwohnbaufonds Bayern GbR“ überschriebenen und vom Kläger unterzeichneten Erklärung vom 15.12.1995 enthalten sind.

a) Die **vorgenannte Erklärung** vom 15.12.1995 enthält das Angebot zum Abschluss eines Treuhandvertrages, wobei einige von dem Treuhandvertrag umfasste Vollmachten exemplarisch und nicht abschließend aufgezählt sind. Daneben enthält sie eine von dem Treuhandvertragsangebot selbstständige Vollmacht an die Treuhänderin. Das ergibt sich aus der Überschrift der Erklärung: „Auftrag und Vollmachten sowie Angebot zum Abschluss eines Treuhandvertrages (...)“. Dem Wortlaut der Überschrift lässt sich entnehmen, dass das Angebot zum Abschluss eines Treuhandvertrages selbstständig neben den in der Erklärung enthaltenen Vollmachten stehen soll. Inhalt der in der Erklärung vom 15.12.1995 erteilten selbstständigen Vollmacht sind die unter Bezugnahme auf den Treuhandvertrag aufgezählten Befugnisse, im Namen des Unterzeichners tätig zu werden. Nur soweit der Kläger als Anleger selbst verpflichtet wird, kann die Vollmacht unter Rechtsberatungsgesichtspunkten relevant sein (vgl. BGH, Urt. v. 8.5.2006 – II ZR 123/05, BGH-Report 2006, 1105 = WM 2006, 1154).

Danach wird die Treuhänderin bevollmächtigt, alle Erklärungen abzugeben und entgegenzunehmen, die für den wirtschaftlichen Beitritt des Klägers und weiterer Zeichner zur Gesellschaft erforderlich sind, und erforderlichenfalls das Ausscheiden von Gesellschaftern bzw. Treugebern und des

Klägers zu erklären. Die Vollmacht beinhaltet weiter den Abschluss eines Steuerberatungsvertrages sowie die Befugnis, alle zum wirtschaftlichen Erwerb und zur Abwicklung der Gesellschaftsbeteiligung erforderlichen Aufgaben gemäß Gesellschaftsvertrag durchzuführen und die erforderlichen Verträge abzuschließen.

Sämtliche vom Kläger der ... **Treuhand-Steuerberatungs-gesellschaft mbH als Treuhänderin erteilten Befugnisse**, in seinem Namen tätig zu werden, **verstoßen nicht gegen Art. 1 § 1 RBERG. Denn sie gehen über die nach den vorgenannten Rechtsprechungsgrundsätzen als unbedenklich anzusehende Vollmacht zum Erwerb, zur Verwaltung und zur Abwicklung der Fondsbeteiligung nicht hinaus**, wozu – entgegen der Auffassung des Klägers – auch die **Erklärung über das Ausscheiden aus der Gesellschaft** gehört. **Die Treuhänderin wird nicht zum Abschluss eines Bündels von Verträgen mit mannigfaltigem rechtlichen Beratungsbedarf ermächtigt.**

Soweit ihr erlaubt wird, die zum Erwerb der Beteiligung erforderlichen Verträge abzuschließen, ist weder ersichtlich noch vom Kläger vorgetragen, dass sie befugt sein sollte, über die Aufnahme von Finanzierungsdarlehen oder die Mitwirkung an Gesellschaftsverträgen hinaus Erklärungen für den Kläger mit vorwiegend rechtlichem Gehalt abzugeben. Insbesondere gibt es keinen Anhaltspunkt dafür, dass sie auch zu **Schuldanerkenntnissen und Zwangsvollstreckungs-unterwerfungserklärungen** ermächtigt wäre (vgl. BGH, Urt. v. 2.12.2003 – XI ZR 421/02, MDR 2004, 522 = BGH-Report 2004, 535 = WM 2004, 372; Urt. v. 17.10.2006 – XI ZR 19/05, MDR 2007, 479 = BRAK 2007, 82 = BGH-Report 2007, 160 = WM 2007, 62). Dem Wortlaut der Erklärung lässt sich dies jedenfalls nicht entnehmen. Dagegen, dass Gegenstand der Vollmacht den Kläger verpflichtende Erklärungen sind, deren Schwerpunkt nicht auf wirtschaftlichem, sondern auf rechtlichem Gebiet liegt, spricht die mehrfach **betonte Einschränkung in der Erklärung auf die für den „wirtschaftlichen“ Beitritt bzw. Erwerb der Beteiligung erforderlichen Tätigkeiten**.

b) Dass der **Treuhandvertrag** wegen Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetzes nichtig ist, lässt sich nicht feststellen. Der Kläger hat den Treuhandvertrag nicht vorgelegt. Soweit der Treuhandvertrag die in der Erklärung vom 15.12.1995 aufgezählten Vollmachten, im Auftrag des Klägers tätig zu werden, enthalten sollte, wären diese unbedenklich (s. vor). Sollten mit dem Treuhandvertrag der Treuhänderin Geschäftsführungsaufgaben betreffend die Gesellschaft übertragen worden sein, worauf einzelne unter Bezugnahme auf den Treuhandvertrag aufgelistete Ermächtigungen in der Erklärung vom 15.12.1995 hindeuten, würde dies jedenfalls dann keinen Verstoß gegen das Rechtsberatungsgesetz darstellen, wenn der Treuhandvertrag zwischen der Treuhänderin und der Fondsgesellschaft geschlossen worden ist. **Denn ein Vertrag, durch den eine GbR einem Nichtgesellschafter Aufgaben der Geschäftsführung überträgt, fällt nicht in den Anwendungsbereich des Rechtsberatungsgesetzes** (vgl. BGH, Urt. v. 17.10.2006 – XI ZR 19/05, MDR 2007, 479 = BRAK 2007, 82 = BGH-Report 2007, 160 = WM 2007, 62).

Dass die Treuhänderin in dem Treuhandvertrag zu darüber hinausgehenden erlaubnispflichtigen Tätigkeiten ermächtigt wird, hat der Kläger nicht substantiiert vorgetragen. Die Frage, ob eine etwaige Nichtigkeit des Treuhandauftrags die Vollmacht in dem Zeichnungsschein erfasst, bedarf daher keiner Erörterung.

c) Unbedenklich ist des Weiteren die in der Erklärung vom 15.12.1995 dem Geschäftsführer der Fondsgesellschaft übertragene Vollmacht, da sie zum einen keine Ermächtigung beinhaltet, Verträge zulasten des Klägers abzuschließen, und zum anderen nach ihrem Wortlaut nicht über die dem Geschäftsführer bereits im Gesellschaftsvertrag erteilten Befugnisse hinausgeht.

Da sich weder eine Nichtigkeit des Treuhandvertrages noch der Erklärung vom 15.12.1995 wegen Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz feststellen lässt und infolgedessen auch die Beitrittserklärung nicht unwirksam ist, stehen dem Kläger keine Bereicherungsansprüche zu, die er der Beklagten entgegenhalten könnte. (...) ■

Steuerberaterhonorar

- Pauschalvereinbarung
- Fehlende Schriftform
- Vertrauen auf mündliche Zusage
- Rahmensatz
- Herausgabeanspruch
- Zurückbehaltungsrecht an den DATEV-Daten
(LG Düsseldorf, Urt. v. 15.9.2009 – 2b O 112/06)

Leitsätze (d. Red.):

1. Eine Pauschalvereinbarung bedarf gemäß § 14 StBGebV der Schriftform.

2. Der Steuerberater kann sich nach Treu und Glauben gemäß § 242 BGB nicht auf fehlende Schriftform berufen, wenn er einen Vertrauenstatbestand gesetzt, sich mit pauschalen Abrechnungen zufrieden zu geben, und den Mandanten nicht darauf hingewiesen hat, dass die Vereinbarung schriftlich erfolgen muss.

3. Erstellt der Steuerberater keine Rechnungen mehr über den monatlichen Pauschalpreis und zahlt der Mandant über einen längeren Zeitraum nichts, kann er sich auf den Vertrauenstatbestand aus der mündlichen Pauschalpreisabrede nicht berufen.

4. Der Steuerberater hat die Unterlagen herauszugeben, die er zur Ausführung des Auftrags vom Mandanten erhält. Die DATEV-Daten sind Bestandteil der Buchführung, an ihnen besteht kein Herausgabeanspruch gemäß §§ 675 Abs. 1, 667 BGB. Sie sind Teil des Arbeitsergebnisses und stehen im Austauschverhältnis des Steuerberatungsvertrages. ■

Zum Sachverhalt:

Die Klägerin beansprucht von dem Beklagten die Zahlung rückständiger Steuerberatervergütung.

Der Beklagte betreibt einen Elektroinstallationsbetrieb. Er beauftragte die Klägerin mit der Führung von Lohnkonten und der Anfertigung der Lohnabrechnung, der Buchführung einschließlich des Kontierens der Belege, der Erstellung von Steuererklärungen sowie der Einnahme-Überschuss-Rechnung.

Zwischen den Parteien bestand eine mündliche Pauschalpreisabrede für Leistungen der Klägerin ab Juli 2002 dahin, dass der Beklagte monatlich netto 120 EUR zahlen sollte, wobei zwischen den Parteien streitig ist, ob die Pauschalpreisabrede auf den Ablauf des Jahres 2004 befristet war. Die Klägerin stellte dem Beklagten den Pauschalpreis für Leistungen ab Juli 2002 bis einschließlich Dezember 2004 an den Beklagten in Rechnung. Ab Januar 2005 erstellte die Klägerin keine monatlichen Rechnungen mehr über den Pauschalpreis. Der Beklagte überwies ab Januar 2005 die monatliche Pauschale von 120 EUR nicht mehr.

Im August 2005 fand bei dem Beklagten eine steuerliche Betriebsprüfung statt, die von zwei Steuerberatern der Klägerin, den Gesellschaftern ... und ... betreut wurde.

Die Klägerin legte mit Schreiben vom 13.12.2005 das Mandat nieder. Zugleich erstellte sie Honorarrechnungen, mit denen sie Steuerberatungsleistungen aus dem Jahr 2005 abrechnete. (...) ■

Der Beklagte verweigert seine Leistung u.a. mit der Begründung, die Klägerin habe seine DATEV-Konten nicht freigegeben und den Ordner mit den Originalen der Buchungsbelege Bank und Kasse der Monate Oktober und November 2005 nicht herausgegeben.

Die Klägerin trägt im Wesentlichen vor:

Die Pauschalpreisabrede habe sich nur auf Leistungen bis zum Ende des Jahres 2004 erstreckt, für das Jahr 2005 sei eine solche Abrede nicht getroffen worden. Die Gesellschafter ... und ... hätten der Betriebsprüferin, der Zeugin ..., für den gesamten Prüfungszeitraum zur Verfügung gestanden. Die hierfür in Rechnung gestellten 15,5 Stunden seien zur Betreuung der Außenprüfung erforderlich gewesen. Der Beklagte könne den Ordner mit den Bank- und Kassenbelegen bei ihr abholen, wovon er bislang keinen Gebrauch gemacht habe.

(Anträge ...)

Der Beklagte trägt im Wesentlichen vor:

Im Herbst 2002 sei eine Pauschalpreisvereinbarung mit der Klägerin vereinbart worden, weil er wegen schlechter Auftragslage finanziell unter Druck geraten sei. Dabei sei besprochen worden, dass eine neue Absprache dann erfolgen könne, wenn dies die Zahlen zuließen. Zu dem Zeitpunkt sei

noch nicht absehbar gewesen, wann es ihm wirtschaftlich wieder besser gehen würde. Dass er keine Abrechnungen mehr über den Pauschalpreis erhalten habe, habe ihn nicht verwundert, da diese in der Vergangenheit unregelmäßig erfolgt seien. Er habe sich jedenfalls diesbezüglich keine Gedanken über eine eventuelle Beendigung der Pauschalregelung gemacht.

Für die Einkommensteuererklärung 2004 sei zudem kein Honorar zu zahlen, weil sie inhaltlich falsch gewesen sei, weshalb sie komplett neu erstellt und überarbeitet worden sei, was mit weiteren Steuerberatungskosten verbunden gewesen sei.

Hinsichtlich des geltend gemachten Zeitaufwands für die Betreuung der Außenprüfung sei nicht nachvollziehbar, aus welchen Gründen eine Arbeitsteilung zwischen mehreren Steuerberatern erfolgt sei und diese dann auch noch mit zwei Personen bei einer Betriebsprüfung des vorliegenden Umfangs anwesend sein müsste. (...)

Das Gericht hat Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugin (...) Des Weiteren hat das Gericht die beiden Gesellschafter ... und ... persönlich zur Klärung des Sachverhalts angehört. (...)

Die Klage ist in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang begründet. Die Klägerin hat gegen den Beklagten einen Anspruch auf Zahlung von Steuerberaterhonorar in Höhe von 5.040,37 EUR gemäß §§ 611 Abs. 1, 675 Abs. 1 BGB i.V.m. den Vorschriften der Steuerberatergebührenverordnung (StBGebV). ■

Aus den Gründen:

1. Der Klägerin steht dem Grunde nach ein Anspruch auf Zahlung von Honorar aus ihren Rechnungen vom 13.12.2005 zu.

Sie ist unstreitig mit der Buchführung, der Lohnbuchführung, der Ermittlung des Überschusses der Betriebseinnahmen über die Betriebsausgaben, der Anfertigung der Steuererklärungen 2004 sowie der Teilnahme an der steuerlichen Außenprüfung beauftragt worden. Der Klägerin ist es dabei nicht verwehrt, ihre Arbeiten entsprechend den nach §§ 9 ff StBGebV formgültigen Rechnungen vom 13.12.2005 zu berechnen. Dem steht nicht eine zwischen den Parteien geschlossene **Pauschalvereinbarung** entgegen. Gemäß § 14 StBGebV bedarf eine Pauschalvereinbarung der **Schriftform**, wobei die **Geltungsdauer** und die genaue Angabe der von der Klägerin zu übernehmenden Tätigkeiten hätten festgelegt werden müssen. Eine derartige schriftliche Vereinbarung ist unstreitig nicht getroffen worden. Vielmehr besteht zwischen den Parteien Einigkeit darüber, dass im Jahr 2002 eine mündliche Abrede dahin getroffen wurde, Leistungen der Klägerin pauschal abzurechnen.

Im Einzelfall kann es dem Steuerberater jedoch nach Treu und Glauben (§242 BGB) verwehrt sein, sich auf die **fehlende Schriftform** zu berufen. Dies kann der Fall sein, wenn der Steuerberater bei seinem Mandanten einen Vertrauens-

tatbestand dahingehend schafft, dass er sich mit den pauschalen Abrechnungen zufrieden gibt. Der Steuerberater verletzt nämlich dann seine ihm gegenüber dem Mandanten bestehenden Pflichten, wenn er diesem gegenüber zu verstehen gibt, dass er nur ein bestimmtes Pauschalhonorar fordern will, **ohne den rechtskundigen Mandanten zugleich darauf hinzuweisen, dass diese Vereinbarung ihm im Streitfall nur etwas nutzen würde, wenn sie schriftlich erfolgt**. In einem solchen Fall kann es ausnahmsweise angebracht sein, die Parteien so zu stellen, als sei eine Pauschalvereinbarung rechtswirksam zustande gekommen (vgl. für das Vorstehende: OLG Hamm, Urt. v. 1.10.1997 – 25 U 137/95 m.w.N.).

Übertragen auf den Rechtsstreit führen diese Grundsätze dazu, dass es der Klägerin für den Zeitraum 2002 bis 2004 nach Treu und Glauben verwehrt wäre, sich auf eine fehlende Schriftform zu berufen. **Denn in diesem Zeitraum hat sie entsprechend der mündlich getroffenen Abrede abgerechnet und monatliche Rechnungen über den vereinbarten Pauschalpreis gestellt.** Im Gegenzug hat der Beklagte den monatlichen **Pauschalpreis entrichtet**.

Anders stellt es sich allerdings für den hier streitgegenständlichen Zeitraum 2005 dar. Denn es ist zwischen den Parteien unstreitig, dass die Klägerin für die Zeit ab Januar 2005 keine Rechnungen mehr über den monatlichen Pauschalpreis erstellt hat und der Beklagte auch nicht mehr die monatliche Pauschale entrichtet hat. Damit fehlt für das Jahr 2005 ein Vertrauensstatbestand, an dem sich die Klägerin festhalten lassen müsste.

Wäre der Beklagte seinerseits davon ausgegangen, dass die Pauschalpreisvereinbarung weiterhin gelten würde, hätte es nahegelegen, sich danach zu erkundigen, warum keine Rechnungen über den Pauschalpreis mehr ausgestellt würden. Stattdessen ließ er ein Jahr verstreichen, ohne die sonst von ihm regelmäßig entrichtete Pauschale an die Klägerin zu zahlen. Ein solches Verhalten **zeigt, dass der Beklagte selbst nicht davon ausgegangen ist, die Pauschalpreisvereinbarung gelte über das Jahr 2004 hinaus.** Im Übrigen wäre das Honorar für die Teilnahme an der Außenprüfung nicht unter die Pauschalpreisvereinbarung gefallen (§ 14 Abs. 2 Nr. 4 StBGebV).

Demgegenüber ist das Honorar für die Ausarbeitung der Steuererklärungen 2004 nicht durch die monatliche Pauschale abgegolten, soweit die Arbeiten durch die Klägerin erst im Jahr 2005 erstellt wurden. Das in diesem Rechtsstreit erkennende Gericht teilt nicht die in dem Berufungsverfahren gegen die Ehefrau des Beklagten geäußerte Auffassung des Landgerichts Düsseldorf (22 S 394/07), nicht der Zeitpunkt der Ausführung der Arbeiten sei entscheidend, sondern vielmehr, dass das Erstellen der Steuererklärungen für das Jahr 2004 einen eindeutigen Bezug zu den steuerlichen Angelegenheiten betreffend das Jahr 2004 aufwiesen.

Im Rahmen der Auslegung der zwischen den Parteien getroffenen mündlichen Vereinbarung ist zu berücksichtigen, dass der Beklagte seinen Gewinn nach dem Zu- und Abflussprinzip (§ 4 Abs. 3 EStG) versteuert, für ihn also Ausgaben

in dem Zeitpunkt entscheidend sind, in dem sie getätigt werden, Steuerberatungskosten sich damit grundsätzlich in dem Jahr steuermindernd auswirken, in dem sie gezahlt werden. Korrespondierend hierzu **ist die Pauschale als Entgelt für die in dem jeweiligen Jahr erbrachte Beratungsleistung zu verstehen. Demzufolge waren Leistungen im Zusammenhang mit den Steuererklärungen 2004, die naturgemäß erst im Folgejahr erstellt werden konnten, nicht Bestandteil der im Jahr 2004 geleisteten Pauschale.**

2. Der Höhe nach ist die Forderung der Klägerin überwiegend begründet. Die Forderung ist unbegründet, soweit Honorar im Zusammenhang mit der Außenprüfung für einen zweiten Steuerberater geltend gemacht wird.

Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme ist das Gericht nicht davon überzeugt, dass die in Rechnung gestellte Stundenzahl für die Tätigkeit beider Gesellschafter ... und ... im Zusammenhang mit der Außenprüfung erforderlich war. So hat die Zeugin ... in ihrer schriftlichen Aussage ausgeführt, dass es bei der Betriebsprüfung nicht einer ständigen Mitwirkung der Herren ... und ... bedurft habe. Persönlich angehört haben die Gesellschafter übereinstimmend erklärt, dass sie bei der Außenprüfung zu zweit aufgetreten seien, da der Gesellschafter ... viel im Außendienst sei.

Danach lässt sich eine aus der Prüfungssituation ergebende sachliche Rechtfertigung für das Auftreten der beiden Gesellschafter nicht feststellen, sondern Grund hierfür lag vielmehr in der Organisation der Klägerin. Dies kann jedoch nicht zulasten des Beklagten gehen.

(Aufstellung ...)

Da es ausweislich des Prüfungsberichts bei der Überprüfung der Erlöse für den Prüfungszeitraum zu einer Kalkulationsdifferenz kam, die durch den Gesellschafter ... aufgeklärt wurde, stellt sich der Arbeitsaufwand von 11,5 Stunden durch den Gesellschafter ... als angemessen dar. Angesichts des Erfordernisses der **Aufklärung der Kalkulationsdifferenz durch das Sichten von Unterlagen und im Hinblick darauf, dass die Differenz mit mehreren Geschäftsvorfällen im Zusammenhang stand, so dass sich die Ursachensuche nicht auf das bloße Abgleichen von Beträgen erschöpfen konnte, ist von einer Tätigkeit mit höherem bis hohem Schwierigkeitsgrad auszugehen**, die nach dem Gutachten der Sachverständigen ... (LG Düsseldorf, 22 S 394/07) eine Gebühr von 39,99 EUR bis 46 EUR rechtfertigt. Damit ist die Abrechnung mit dem **Höchsatz nicht zu beanstanden.**

Die Gebühr beträgt demnach für jede angefangene halbe Stunde 46 EUR und pro Stunde 92 EUR. Bei einem erforderlichen Zeitaufwand von 11,5 Stunden errechnet sich ein Honorar in Höhe von 1.058 EUR netto und ein Gesamtbetrag unter Einberechnung von Auslagen und Mehrwertsteuer von 1.250,48 EUR.

Im Übrigen sind die Gebührensätze der Klägerin nicht zu beanstanden. Den **Ansatz der Höchstgebühr für die Lohnbuchführung** hat die Klägerin durch ihren Vortrag zu dem Umfang

der von ihr erbrachten Einzelleistungen hinreichend dargelegt. Die weiteren erbrachten Leistungen wurden höchstens mit der Mittelgebühr abgerechnet und sind daher angemessen in Ansatz gebracht worden.

3. Soweit der Beklagte Mängel an den steuerberatenden Leistungen behauptet, führen diese zu keiner abweichenden Beurteilung.

Dafür, dass die im Prüfungsbericht angeführte **Kalkulationsdifferenz** auf einer **Falschbuchung der Klägerin** beruhte, sind keine Umstände erkennbar. Aus dem Prüfungsbericht ergeben sich insbesondere keine Anhaltspunkte dafür, dass **Erhaltungsaufwand fälschlicherweise auf das Konto „Werbungskosten“** gebucht wurde.

Auch für den Fall, dass die Behauptung des Beklagten, dass in der seitens der Klägerin gefertigten Steuererklärung 2004 die Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung falsch erklärt worden seien, zutreffen sollte, steht dieser Umstand einer Gebührenforderung der Klägerin nicht entgegen. Denn die zwischen den Parteien bestandene Vertragsbeziehung ist als Dienstvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat, zu beurteilen. **Da das Dienstvertragsrecht keine Gewährleistung kennt (vgl. BGH, NJW 2004, 2817, 2818), kann sich der Beklagte nicht auf den Einwand der Schlechterfüllung berufen.**

Es ist auch nicht erkennbar, dass die Steuererklärung für den Beklagten völlig unbrauchbar war. Zu dem behaupteten Erfordernis der Beauftragung eines „neuen“ Steuerberaters fehlen konkrete Angaben dazu, welche einzelnen Arbeiten infolge der behaupteten mangelhaften Steuererklärung erforderlich wurden und welcher konkrete Mehraufwand hierdurch für den Beklagten entstand.

4. Der Beklagte kann seine Leistung auch nicht deshalb verweigern, weil die Klägerin die **DATEV-Konten bis 2004 nicht freigegeben** hat. Denn gemäß §§ 675 Abs. 1, 667 BGB **hat der Steuerberater seinem Mandanten nur das herauszugeben, was er zur Ausführung des Auftrags erhält und was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt.** Indes steht das vertraglich geschuldete **Arbeitsergebnis** im Austauschverhältnis des gegenseitigen Vertrages – es ist nicht im v.g. Sinne erlangt, sondern Gegenstand des vertraglichen Erfüllungsanspruchs. **Bei den der DATEV übermittelten Datenbeständen handelt es sich vorliegend um körperlich erfassbare Arbeitsergebnisse, die unmittelbar Bestandteil der Buchführung sind. Insoweit hat der Beklagte keinen Anspruch aus §§ 675 Abs. 1, 667 BGB auf deren Herausgabe.**

Soweit der Beklagte geltend macht, die Klägerin sei im Besitz von Ordnern mit den Bank- und Kassenbelegen für Oktober/November 2005 wird ein Leistungsverweigerungsrecht hierdurch nicht begründet, da die Klägerin dem Beklagten unstreitig die Herausgabe der Unterlagen angeboten hat, so dass nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) ein Leistungsverweigerungsrecht nicht besteht, wenn der Beklagte hiervon keinen Gebrauch macht. (...) ■

Haftung des Wirtschaftsprüfers

- Pflichtprüfung
- Prüfungsumfang
- Anlass für vertiefte Prüfung
- Insolvenzureife
- Quotenschaden
- Ausschlussfrist, AAB-WP

(LG München, Urt. v. 14.3.2008 – 14 HK O 8038/06)

Leitsätze:

1. Drängen sich aus dem Zahlenwerk des Jahresabschlusses und einem Kaufvertrag über „Patente“ Zweifel an der Ordnungsgemäßheit des Wertansatzes der „Patente“ auf, ist ein Abschlussprüfer nach § 316 HGB im Hinblick auf den Prüfungsumfang nach § 317 Abs. 1 Satz 2 HGB verpflichtet, wenigstens stichprobenweise die angekauften „Patente“ zu überprüfen.

2. Zu dieser Überprüfung gehört angesichts der mittlerweile einfach vorzunehmenden Online-Abfrage auch die wenigstens stichprobenweise Vergewisserung, dass die „Patente“ auch tatsächlich erteilt worden sind.

3. Stellt sich bei der Überprüfung heraus, dass Patente gar nicht erteilt wurden, sondern nur Patentanmeldungen vorliegen, ist bei gewichtiger Aktivierung dieser gewerblichen Schutzrechte auch eine wirtschaftliche Überprüfung des Wertes dieser Schutzrechte geboten.

4. Unterlässt der Abschlussprüfer diese Maßnahmen, haftet er nach § 323 Abs. 1 Satz 2 HGB. ■

Zum Sachverhalt:

Der Kläger begehrt von der Beklagten Schadenersatz gemäß § 323 Abs. 1 Satz 3 HGB, weil die beklagte Wirtschaftsprüfungsgesellschaft den Jahresabschluss der Schuldnerin zum 29.2.2004 nicht gewissenhaft und sorgfältig durchgeführt und daher erheblichen Schaden bei der Schuldnerin verursacht habe.

Die Beklagte erhielt den Auftrag zur Prüfung des Jahresabschlusses unter Einbeziehung der Buchführung und des Lageberichts der Schuldnerin zum Stichtag des Jahresabschlusses 29.2.2004 am 8.3.2004 erteilt. Es handelte sich hierbei um eine Pflichtprüfung gemäß § 316 HGB.

Die Kennzahl der Liquidität 2. Grades, ermittelt aus der DATEV-Buchhaltung der Schuldnerin, betrug im Jahr 2004 für Januar 0,71, für Februar 1,13, für März 0,68, für April 0,5 und für Mai 0,42. Den Bestätigungsvermerk zu Jahresabschluss und Lagebericht erteilte die Beklagte zum 26.5.2004 und er endete mit folgender Feststellung der Beklagten: „Unsere Prüfung hat zu keinen Einwendungen geführt. Nach unserer Überzeugung vermittelt der Jahresabschluss unter Beachtung der Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführung ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertrags-

lage der Gesellschaft. Der Lagebericht gibt insgesamt eine zutreffende Vorstellung von der Lage der Gesellschaft und stellt die Risiken der künftigen Entwicklung zutreffend dar.“

Zur voraussichtlichen Entwicklung der Gesellschaft hatte die Beklagte als Kernaussage ausgewiesen: „Die Gesellschaft wird sich im kommenden Jahr weiter positiv entwickeln.“ Am 29.10.2004 beantragte die Schuldnerin Eröffnung des Insolvenzverfahrens, in dessen Folge der Kläger zum Insolvenzverwalter bestellt wurde.

Der von der Beklagten geprüfte Jahresabschluss und Lagebericht zum 29.2.2004 enthielt u.a. folgende Feststellungen: „Zwischen der ... GmbH (Käufer) und der ... (Verkäufer) ist am 13.5.2003 mit Wirkung vom 1.3.2003 ein Kaufvertrag geschlossen worden, wonach der Käufer (also hier die Schuldnerin) das gesamte Aktivvermögen der AG abzüglich des Grundbesitzes erwirbt. Der Kaufpreis für Patente betrug 2.520.000 EUR ...“ Bei der die „Patente“ verkaufenden AG handelte es sich um ein Schwesterunternehmen der Schuldnerin. Die Schuldnerin hat jedoch überhaupt keine Patente i.S.v. § 1 Abs. 1 PatG erworben, da die Verkäuferin solche nicht innehatte; bei den 16 erworbenen angeblichen Patenten handelte es sich lediglich um 13 Patentanmeldungen und ein Gebrauchsmuster.

In der Zeit vom Abschlussstichtag 29.2.2004 stieg die Verschuldung der Schuldnerin um mindestens 4,4 Mio. EUR zum 29.10.2004, dem Tag der Insolvenzantragstellung, an.

Im Hinblick auf die Haftungsobergrenze nach § 323 Abs. 2 Satz 1 HGB beantragte der Kläger: Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger als Insolvenzverwalter über das Vermögen der X. GmbH 1 Mio. EUR zu bezahlen. ■

Aus den Gründen:

Die zulässige Klage hat vollen Erfolg. Die Beklagte haftet nach § 323 Abs. 1 HGB dem Kläger auf Schadenersatz. Sie hat vorwerfbar nicht erteilte „Patente“ ohne (sich hier aufdrängender) Prüfung in rechtlicher und wirtschaftlicher unbeanstandet gelassen, wie auch die Liquiditätslage der Schuldnerin falsch beurteilt.

Gegenstand und Umfang der Prüfung bestimmen sich nach § 317 HGB. Danach hat sich die Prüfung darauf zu erstrecken, ob die gesetzlichen Vorschriften und die ergänzenden Bestimmungen von Gesellschaftsvertrag oder Satzung beachtet worden sind; **die Prüfung ist so anzulegen, dass Unrichtigkeiten und Verstöße gegen die in Satz 2 aufgeführten Bestimmungen, die sich auf die Darstellung des sich nach § 264 Abs. 2 HGB ergebenden Bildes der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage des Unternehmens wesentlich auswirken, bei gewissenhafter Berufsausübung erkannt werden.**

Hiergegen hat die Beklagte in erheblichem Maße verstoßen, insbesondere dadurch, dass sie mangels Prüfung nicht erkannt hat, dass die von der Schuldnerin erworbenen „Patente“ keine erteilten Patente waren und lediglich einen wesentlich geringeren Wert als in der Bilanz angesetzt hatten, so dass in Zusammenschau mit den weiteren von

der Beklagten geprüften Zahlen des Jahresabschlusses Insolvenzzreife der Schuldnerin bereits bei Erteilung des Bestätigungsvermerks vorlag.

1. Der Begriff „Patent“ ist, wie sich auch aus § 1 PatG ergibt, besetzt für hoheitlich erteilte gewerbliche Schutzrechte. Solche lagen hier unstreitig nicht vor.

Im Übrigen glaubt das Gericht nicht der heutigen Darstellung der Beklagten unter Berufung auf Prof. Dr. X., wonach der Begriff „Patent“ quasi umgangssprachlich verwendet worden sei „entsprechend dem in klein- und mittelständischen Unternehmen häufig anzutreffenden Sprachgebrauch in unspezifischer Weise“, also auch für Patentanmeldungen. **Eine solche heutige Darstellung passt nicht zum Standing der Beklagten als einer der „Big Four“ der internationalen Wirtschaftsprüfungsgesellschaften.** Im Übrigen verstößt sie gegen die Vorgaben der § 1 PatG und § 317 HGB.

2. Der Beklagten ist grundsätzlich dahin gehend zuzustimmen, dass eine umfassende Prüfung ggf. jedes einzelnen Geschäftsvorfalles nicht möglich und daher nicht Aufgabe der Beklagten war. Wie sich jedoch aus § 317 Abs. 1 Satz 3 HGB ergibt, ist die Prüfung so anzulegen, dass Unrichtigkeiten und Verstöße erkannt werden, soweit sie sich wesentlich auf das Zahlenwerk auswirken. Hiergegen hat die Beklagte verstoßen.

a) Auch bei einer Prüfung nach Maßgabe des § 317 HGB hätte der Beklagten auffallen müssen, dass die angekauften „Patente“ nicht bestanden. Die Beklagte hatte zunächst **erheblichen Anlass, diesen „Patenterwerb“ eingehender zu prüfen.**

aa) Die **Bilanzsumme** der geprüften Schuldnerin betrug nach Feststellungen der Beklagten rd. 17,8 Mio. EUR, wovon die teilabgeschriebenen „Patente“ einen Betrag von rd. 2,2 Mio. EUR ausmachten, also gut **12% der gesamten Bilanzsumme.** Wie die Beklagte durch **Vergleich mit der Vorjahreszahl** feststellen konnte, sprang die entsprechende Bilanzposition von rd. 400.000 EUR auf fast 2,6 Mio. EUR.

bb) Die Beklagte selbst stellte fest, dass der **Erwerb dieser „Patente“** für rd. 2,5 Mio. € von einer namensähnlichen Schwestergesellschaft der Schuldnerin erfolgte, die am gleichen Ort wie die Schuldnerin residierte. Die Beklagte konnte auch feststellen, dass **wesentliche Teile des Kaufpreises nicht flossen**, sondern nur auf Verbindlichkeiten der Verkäuferin bei der Schuldnerin **„verrechnet“** wurden.

cc) Der Beklagten war auch klar, dass durch diesen Verkaufsakt die Möglichkeit geschaffen wurde, entgegen der Regel des § 248 Abs. 2 HGB **erstmalig diese immateriellen Vermögensgegenstände in einer Bilanz zu aktivieren.** Bei dieser Möglichkeit der Erstaktivierung von immateriellen Vermögensgegenständen des Anlagevermögens entgegen § 248 Abs. 2 HGB hätte der Beklagten auch bewusst sein müssen, dass bei den Umständen dieses Kaufvertrages eine Drittkontrolle des Kaufpreises nicht erfolgt war, da zwischen zwei Schwestergesellschaften diese „Patente“ übertragen

worden sind. **In solchen Fällen darf gerade nicht ohne Weiteres das Entgelt, welches im Kaufvertrag genannt wird, als Entgelt aktiviert werden,** sondern nur der Teil, der bei Erwerb von Dritten am Markt bezahlt worden wäre (vgl. *Merkt in: Baumbach/Hopt, HGB, § 248 Rz. 3*). Diesbezügliche Feststellungen unterließ die Beklagte.

dd) **Die Liquiditätslage der Schuldnerin war bereits nach den von der Beklagten testierten Zahlen bedrohlich.** Bei diesen Größenordnungen und bei diesen Gesamtumständen des „Patenterwerbs“ wäre es angesichts § 317 Abs. 1 Satz 3, § 264 Abs. 2 HGB zwingend erforderlich gewesen, wenigstens zunächst **stichprobenweise die Existenz der angeblichen „Patente“ zu überprüfen;** zwischen den Parteien ist nunmehr nach dem Angebot des Sachverständigen in seiner mündlichen Anhörung, eine solche Patentüberprüfung im Internet binnen Minuten vorzunehmen, unstreitig, dass pro Patent eine Internet-Abfrage wenige Minuten, insgesamt einen Prüfungsaufwand von nur ca. einer Stunde zwecks Überprüfung sämtlicher „Patente“ erfordert hätte.

Das Gericht würde von der Beklagten auch nicht verlangen, von vornherein sämtliche Patente auf ihre Erteilung zu überprüfen; jedoch lag der Sachverhalt vorliegend so, dass **gleich, welche Stichprobe gewählt worden wäre, das Ergebnis stets negativ ausgefallen wäre dahingehend, dass ein erteiltes Patent nicht vorlag.**

Spätestens diese Feststellung hätte die Beklagte dazu veranlassen müssen, näher in die Wertprüfung dieser angeblichen „Patente“ einzusteigen. Die Beklagte hat jedoch sowohl eine stichprobenweise Überprüfung der Frage, ob die Schutzrechte überhaupt erteilt worden seien, unterlassen, wie auch eine anschließende wirtschaftliche Bewertung.

Das Gericht geht auch davon aus, dass angesichts dieses speziellen Kaufvertrages zwischen über gemeinsame Familiengeschafter verbundene Unternehmen und der Bilanzrelationen auch ohne stichprobenweise Überprüfung der Erteilung der Patente eine **zumindest stichprobenweise wirtschaftliche Wertüberprüfung der „Patente“ notwendig gewesen wäre.** Dies war schon deshalb nötig, da die **Bilanzrelationen bei der Schuldnerin bereits auch unter Übernahme der von der Beklagten geprüften Zahlen auf Insolvenzzreife der Schuldnerin hindeuteten.**

Die Beklagte berief sich jedoch im Verfahren lediglich darauf, dass sie „einen Bewertungsexperten aus der Grundsatzabteilung“ der Beklagten hinzugezogen habe, weitere Angaben zu einer stichprobenweisen Überprüfung der Werthaltigkeit der Patente machte die Beklagte jedoch nicht.

Im Übrigen hätte die Überprüfung der angeblichen Patente auch Folgendes ergeben: Jede Stichprobe hätte zu dem Ergebnis geführt, dass Patente nicht erteilt worden sind; mit jeder Negativmeldung hätte die Beklagte nach Ansicht des Gerichts eine weitere Stichprobenüberprüfung durchführen müssen, die letztendlich zu dem zwischenzeitlich unstreitigen Ergebnis geführt hätte, dass kein einziges Patent erteilt worden war. Diese Überprüfung hätte im Übrigen auch

zur Feststellung geführt, dass auch die Rechteinhaberschaft bezüglich der Patentanmeldungen nicht generell zumindest im formalen Bereich bei der Verkäuferin der „Patente“ gelegen hätte.

Die **Pflichtverletzung** i.S.v. § 323 Abs. 1 Satz 3 HGB der Beklagten lag darin, **dass sie die stichprobenweise Überprüfung der erteilten Patente angesichts der Wertverhältnisse in der geprüften Bilanz unterließ und auch angesichts der Bilanzrelationen eine wirtschaftliche Stichprobe hinsichtlich der Werthaltigkeit der gewählten Bilanzansätze nicht vornahm.**

3. Dieser Fehler hat sich auch auf den Jahresabschluss der Schuldnerin in erheblichem Umfang ausgewirkt; wie sich aus den überzeugenden Feststellungen des Sachverständigen ergab, hatten die gewerblichen Schutzrechte der Schuldnerin bei Weitem nicht den in der Bilanz angesetzten Wert.

a) Zunächst geht jedoch das Gericht davon aus, dass wegen des **Vorsichtsprinzips nach § 253 Abs. 1 Nr. 4 HGB die Wertansätze der „Patente“ angesichts eigener fehlender Überprüfung mit Null hätten erfolgen müssen.** Dies resultiert daraus, dass die Beklagte hätte erkennen müssen, dass die Patente allenfalls in Form von Patentanmeldungen vorgelegen hatten, die Rechteinhaberschaft teilweise nicht bei der Verkäuferin gelegen war, zumindest in formaler Hinsicht, und eine eigene wirtschaftliche Bewertung außer „Hinzuziehung eines Experten“ nicht erfolgte – auch vor dem Hintergrund, dass eine **Marktkontrolle der Angemessenheit des Kaufpreises wegen des Verkaufs unter Schwesterunternehmen nicht erfolgte.** Aus diesem Grund hätte in einem ordnungsgemäßen Jahresabschluss eine außerplanmäßige Abschreibung i.S.v. § 253 Abs. 2 Satz 3 HGB erfolgen müssen.

b) Die **Kausalität der Pflichtverletzung** der Beklagten wäre jedoch sehr zweifelhaft gewesen, wenn ein tatsächlicher Marktwert wenigstens in der Nähe der gewählten Bilanzansätze vorhanden gewesen wäre. Dies ist jedoch vorliegend nicht der Fall gewesen. Insbesondere fehlte nach den überzeugenden Feststellungen des Gutachtens, die in diesem Punkt von der Beklagten gar nicht angegriffen worden sind, weitgehend die **„Neuheit“ der „Patente“, die somit schon großteils gar nicht erteilungsfähig gewesen waren, somit der Wert der „Patente“ allenfalls in handwerklichen Verbesserungen lag.**

aa) Das Gericht hat als Sachverständigen ausdrücklich einen Patentanwalt, der sich auch bereits mit der Bewertung von Patenten im Bereich Maschinenbau (wie hier angesichts des Geschäftszwecks der Schuldnerin einschlägig) beschäftigt hatte, ausgewählt; dieser Berufsstand ist gerade im vorliegenden Verfahren, da auch häufig in die Verwertungsproblematik von Patenten eingeschaltet, zur Begutachtung prädestiniert.

bb) Im schriftlichen Gutachten kam der Sachverständige zunächst zu dem Ergebnis, dass **Patentanmeldungen wirtschaftlich in der Regel werthaltiger als gänzlich ungeschützte Erfindungen** seien, da diese aufgrund der Überprüfung schon des

Antragstellers einen ersten Anhaltspunkt über zukünftige, eventuell unter Patentschutz stehende Technologien böten. Der Sachverständige stellte aber auch fest, dass in der Praxis **bei ungeschützten Schutzrechten wie Patentanmeldungen** daher bei der Beurteilung besondere Sorgfalt und besondere Vorsichtsmaßnahmen gehandhabt würden. Deshalb hätten sich so genannte **Validitätsgutachten** etabliert. Angesichts der Komplexität der Sachverhalte seien in der Praxis selten pauschalierte Werte ohne Ansicht der Validität anzuwenden. Dies gelte insbesondere vor dem Hintergrund der Tatsache, dass generell ein Großteil angemeldeter Patente gar nicht erteilt werde, da zumeist Neuheit und/oder erfinderische Tätigkeit i.S.v. §§ 3, 4 PatG nicht vorlägen.

Konkret auf die übertragenen Schutzrechte bei der Schuldnerin wies der Sachverständige zunächst darauf hin, dass die tabellarische Übersicht der Schutzrechte, die dem Kaufvertrag beigelegt worden sei, schon in mehrfacher Hinsicht deutlich erkennbare **Ungereimtheiten und Lücken** aufgewiesen habe, die auch im gewerblichen Rechtsschutz weniger bewanderten Personen förmlich ins Auge hätten fallen müssen. Schon der Rechtsstatus sei gar nicht ersichtlich gewesen, ob eben diese Schutzrechte überhaupt schon überprüft, geschweige denn erteilt worden seien. Schon deshalb sei letztendlich der gewählte Wertansatz in Höhe von rd. 2,5 Mio. EUR (2,2 Mio. EUR nach Abschreibung) in mehrfacher Hinsicht nicht nachvollziehbar.

Die einfach zu erhaltende Statusabfrage online im Internet sei jedermann zugänglich und hätte ohne besonderen Aufwand ergeben, dass alle im Kaufvertrag aufgeführten „Patente“ nur ungeprüfte Patentanmeldungen bzw. ein Gebrauchsmuster gewesen seien; die Nutzung entsprechender **Online-Datenbanken** sei auch ohne gesonderte Fachkenntnisse möglich und **für jeden frei zugänglich.**

cc) Bezüglich der konkreten einzelnen Patente stellte der Sachverständige Folgendes fest: (...)

dd) Letztendlich seien Wertansätze allenfalls insoweit aktivierbar gewesen, als etwaige Überschüsse über den Stand der Technik hinaus Rechtsbeständigkeit hätten erlangen können im patentrechtlichen Sinne, weshalb der Sachverständige sämtliche der Schuldnerin übertragenen Patente mit einem Wert im Bereich von max. 570.000 bis 750.000 EUR ansetzte.

4. Die **Folgen dieses fehlerhaften Ansatzes** für Bilanz- und Jahresabschluss waren **gravierend für die Darstellung der wahren wirtschaftlichen Lage der Schuldnerin** bereits am 29.2.2004. (...)

5. Das **Verschulden** der Beklagten muss angesichts der vor genannten Darlegung positiv zumindest im Bereich der Fahrlässigkeit festgestellt werden; insoweit griffe im Übrigen auch die Vermutung nach § 280 BGB.

6. Die Beklagte haftet daher für den eingetretenen Schaden bei der Schuldnerin, den das Gericht in der Erhöhung der Schulden um gut 4 Mio. EUR bis zum 29.10.2004 sieht.

a) Die Beklagte bestritt nicht, dass **der nicht durch Eigenkapital gedeckte Fehlbetrag der Schuldnerin im Zeitraum vom 31.5.2004 (also nach Übergabe der Prüfung an die Schuldnerin) und dem 31.10.2004 (zwei Tage nach Insolvenzantrag) um rd. 1,786 Mio. EUR angestiegen** ist. Die Beklagte trat auch der Ausführung der Klägersseite nicht entgegen, dass diese **Überschuldung durch Erhöhung der Verbindlichkeiten** über diesen Betrag von rd. 1,786 Mio. EUR entstanden war.

b) Soweit die Beklagte sich darauf beruft, dass sicherlich nicht nach Erhalt einer richtigen Bilanz und eines richtigen Jahresabschlusses Insolvenzantrag gestellt worden wäre, verkennt sie zum einen die Verpflichtung nach §§ 64, 84 GmbHG, unterstellt andererseits einen im deutschen Recht nicht berücksichtigungsfähigen hypothetischen Kausalverlauf. **Es ist vielmehr gerade auch Pflicht der Abschlussprüfer, mit der nötigen Klarheit auf solche Tatbestände wie Insolvenzreife ausdrücklich hinzuweisen und damit den Organen der Gesellschaft die Gesetzeslage auch im Hinblick auf Insolvenzantragspflichten zu verdeutlichen.**

Wenn dies unterlassen wird, haftet die Beklagte eben nach § 323 HGB, jedoch begrenzt durch die Schranke des § 323 Abs. 2 Satz 1 HGB; nachdem im vorliegenden Verfahren Klage nur auf 1 Mio. EUR erhoben wurde, brauchte im vorliegenden Verfahren nicht geprüft zu werden, ob die Beklagte sogar vorsätzlich gehandelt hätte.

c) Der Ansicht der Beklagten, es handele sich bei dem eingetretenen Schaden nicht um einen **Schaden der Schuldnerin**, lediglich um einen **Quotenschaden der Gläubiger**, kann ebenfalls nicht gefolgt werden; die eingegangenen Verbindlichkeiten, die begründet wurden nach Erhalt der falschen Beurteilung der Beklagten, sind Verbindlichkeiten der Schuldnerin. Eine andere Sichtweise würde im Übrigen regelmäßig die Haftung nach § 323 HGB vollständig ins Leere laufen lassen.

7. Der Anspruch war auch nicht zu kürzen wegen eines etwaigen **Mitverschuldens der Schuldnerin**, die ja zunächst in eigener Verantwortung des Jahresabschluss und den Lagebericht erstellen ließ. Ein Mitverschulden aufgrund der Tatsache, dass die Schuldnerin der Beklagten gefälschte Unterlagen oder fingierte Buchhaltung zur Prüfung vorgelegt habe, liegt im Gegensatz zu den Fällen, auf die sich die Beklagte aus der Rechtsprechung bezieht, hier nicht vor. Vielmehr konnte die Beklagte allein aufgrund des ihr vorgelegten Jahresabschlusses und des Kaufvertrags über die „Patente“ eine **vertiefte Prüfungsanforderung bei der Beklagten** erkennen.

Die bedrohliche Liquiditätsslage der Schuldnerin ergibt sich aus dem von der Beklagten geprüften Jahresabschluss schon selbst. Bezüglich der „Patente“ ergab sich dies aus dem Jahresabschluss in Zusammenschau mit dem Kaufvertrag. **Insoweit handelte die Beklagte ausschließlich im eigenen Pflichtenkreis (bzw. unterließ gebotenes Prüfhandeln), welches daher im vorliegenden Fall nicht zu einer Reduktion des klägerischen Anspruchs infolge zuzurechnenden Mitverschuldens führt** (vgl. insoweit Merkt, a.a.O., § 323 Rz. 7).

Hierbei ist auch zu berücksichtigen, dass die **Zuweisung der Pflichtprüfung nach § 316 HGB auch aus öffentlichem Interesse erfolgt**. Um insoweit jedoch eine Haftung des Abschlussprüfers nicht uferlos werden zu lassen, hat der Gesetzgeber die Haftungsbeschränkung des § 323 HGB postuliert, die angesichts der geringen Summen nur dann ihre Rechtfertigung findet, wenn ein Mitverschuldens-einwand generell ausgeschlossen ist.

8. Soweit die Beklagte sich zuletzt im Schriftsatz vom 15.2.08 auf die **Ausschlussfrist** nach § 9 III Satz 1 IDW-AAB beruft, handelte es sich insoweit um neuen Sachvortrag nach Schluss der mündlichen Verhandlung, bezüglich dessen auch keine Schriftsatzfrist mehr gewährt worden war und schon deshalb unbeachtlich ist. **Im Übrigen verstieße dieser Ausschluss auch gegen die zwingende Norm des § 323 Abs. 1 HGB, wie § 323 Abs. 4 HGB zeigt.** ■

Tätigkeit eines Rechtsanwalts

- Unvereinbarkeit, § 14 Abs. 2 Nr. 8 BRAO
 - Immobilienhändler/Immobilienentwickler
 - Immobilienmakler
- (AnwGH Berlin, Urt. v. 6.4.2009 – I AGH 6/08)

Leitsatz:

Die Tätigkeit als Rechtsanwalt ist mit der Tätigkeit als Immobilienhändler und -entwickler unvereinbar. Unrheblich ist dabei, ob das Immobilienunternehmen von dem Rechtsanwalt selbst betrieben wird oder von einer Gesellschaft, deren Geschäftsführer er ist. ■

Aus den Gründen:

(...) Die **ständige Rechtsprechung des BGH zur Unvereinbarkeit der Rechtsanwaltstätigkeit i.S.v. § 14 Abs. 2 Nr. 8 BRAO mit der Immobilienmaklertätigkeit** (so zuletzt BGH v. 8.10.2007 – AnwZ [B] 92/06, MDR 2008, 174 f = NJW 2008, 517 = juris, Rz. 10; v. 13.10.2003 – AnwZ [B] 79/02, MDR 2004, 299 f = NJW 2004, 212 = juris, Rz. 7) ist auf die Tätigkeit eines Immobilienhändlers und -entwicklers entsprechend anzuwenden. Denn der BGH hat seine Rechtsprechung zur Immobilienmaklertätigkeit auf die Erwägung gestützt, „dass Rechtsanwälte bei der Ausübung ihres Berufs vielfach Kenntnis von Geld- oder Immobilienvermögen des Mandanten erhalten [und] ein Rechtsanwalt in seinem Zweitberuf als ... Immobilienmakler an der Umschichtung dieses Vermögens verdienen kann. ... [In diesem Fall] wäre zu befürchten, dass er seine anwaltliche Beratung nicht streng an den rechtlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen des Mandanten ausrichtet, sondern dass sein Provisionsinteresse Einfluss gewinnen kann“ (BGH v. 13.10.2003, Rz. 9, 11; v. 8.10.2007, Rz. 8). Ergänzend führt der BGH an, „Interessenkollisionen liegen vor allem dann nahe, wenn ein kaufmännischer Beruf die Möglichkeit bietet, Informationen zu nutzen, die aus der rechtsberatenden Tätigkeit stammen“ (BGH v. 8.10.2007, Rz. 6).

Die Erwägungen des BGH treffen auf den Immobilienhändler und -entwickler genauso zu wie auf den Immobilienmakler. Beide haben ein erhebliches **Verdienstinteresse** daran, dass der Mandant mit ihnen ein Immobiliengeschäft tätigt. Im Falle des Immobilienhändlers und -entwicklers fällt die Interessenkollision sogar noch schärfer aus als im Fall des Immobilienmaklers. Denn das **Volumen** eines Grundstücksvertrages und damit das Abschlussinteresse an einem solchen Vertrag übersteigt in aller Regel das Volumen und das Abschlussinteresse bei einem Maklervertrag um ein Vielfaches. Auch die **Möglichkeit, Informationen zu nutzen**, die aus der rechtsberatenden Tätigkeit stammen, bietet sich sowohl beim Immobilienmakler als auch beim Immobilienhändler und -entwickler.

Im Übrigen ist für die Frage der **Interessenkollision** der Umstand unerheblich, dass das Immobilienunternehmen nicht durch den Antragsteller betrieben wird, sondern durch eine Gesellschaft, deren Geschäftsführer er ist (*ebenso BGH v. 13.10.2003, a.a.O.; v. 18.10.1999 – AnwZ [B] 97/98, NJW-RR 2000, 437; v. 11.10.2000 – AnwZ [B] 54/99, AnwBl 2001, 115 = juris, Rz. 4*). Denn als Geschäftsführer hat der Antragsteller zumindest mittelbar ein persönliches Interesse an vorteilhaften Geschäftsabschlüssen der Gesellschaft. (...) ■

GI Literaturhinweise

Gemeinnützige GmbH

Die Neuauflage berücksichtigt vor allem die Auswirkungen des MoMiG, aber auch die Änderungen der Abgabenordnung (Einfügung einer Mustersatzung) durch das Jahressteuergesetz 2009. Die Konsequenzen höchstrichterlicher Urteile, vor allem aus dem Steuerrecht, sind in Muster und Erläuterungen nachgezeichnet.

In der Einleitung finden sich zusätzliche Hinweise zur Rechnungslegung sowie zur Unternehmergesellschaft als gGmbH sowie zur Implementierung der Grundsätze des Corporate Governance als Nonprofit Governance. Die Muster sind ergänzt um Regelungen zu Geschäftsanteilen, erweiterte Berichtspflichten der Geschäftsführung, die Teilnahme anderer Organe an der Gesellschafterversammlung sowie Unterrichtung und Widerspruch des Aufsichtsrates, jeweils wie gewohnt ausführlich erläutert. In den Erläuterungen ausführlich behandelt sind daneben die Sonderprobleme der UG als gGmbH, vor allem was die Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung betrifft.

Im Anhang finden sich zusätzliche Musterverträge (ein weiterer Gesellschaftsvertrag, Mediations- und Schiedsklausel) sowie zahlreiche Checklisten (Geschäftsführer-Anstellungsvertrag, Due Dilligence, Geschäftsordnungen, Nonprofit Governance, Selbstevaluation etc.) und Übersichten (Durchgriffshaftungsrisiken, Public Private Partnership etc.).

Beck'sche Musterverträge Band 50 – Thomas von Holt/Christian Koch: *Gemeinnützige GmbH*, Verlag C.H. Beck, 2. Auflage 2009, XVII, 288 Seiten, kartoniert, mit CD-ROM, 34,– €, ISBN 978-3-406-58181-6

Privatinsolvenz

Die Privatinsolvenz ist zum Massengeschäft geworden: Weit mehr als 100.000 Schuldner begeben sich pro Jahr ins Verfahren und hoffen, nach sechs Jahren schuldenfrei zu sein. Für Schuldner und ihre Berater ist eine genaue Kenntnis der Materie unverzichtbar.

Mittlerweile hat sich die Privatinsolvenz fest etabliert. Der BGH hat zu wesentlichen Fragen Stellung genommen und die Privatinsolvenz zu einer facettenreichen Spezial-Materie entwickelt. In der Praxis haben sich bei der Abwicklung dieser Verfahren Usancen herausgebildet, die sich nicht aus dem Gesetz entnehmen lassen.

Die vorliegende dritte Auflage trägt diesen veränderten Rahmenbedingungen Rechnung. Der Handbuch-Teil schildert den Ablauf eines Privatinsolvenzverfahrens vom Gang zur Schuldnerberatungsstelle bis zur Erteilung der Restschuldbefreiung. Praxistipps helfen, typische Fehler und Fallstricke zu vermeiden. Im Ratgeber-Teil werden wichtige Fragen zu den Auswirkungen eines Privatinsolvenzverfahrens auf den Schuldner und sein Umfeld präzise beantwortet.

Der Band wendet sich an Schuldnerberater, Richter, Anwälte und Steuerberater.

Dr. Andreas Schmidt: Privatinsolvenz, Verlag C.H. Beck, 3. Auflage 2009, XIII, 231 Seiten, kartoniert, 39,– €, ISBN 978-3-406-59124-2

Anwalts-Handbuch Arbeitsrecht

Das von Tschöpe herausgegebene Anwalts-Handbuch Arbeitsrecht liegt nunmehr in sechster Auflage vor. An der bewährten Aufteilung des Handbuchs in sieben Kapiteln, die sich am Lauf des Arbeitsverhältnisses und damit des anwaltlichen Mandats orientieren, wurde festgehalten, ebenso an der übersichtlichen Darstellungsweise mit besonders hervor gehobenen Beispielen, Hinweisen für die Praxis, Checklisten und Formulierungsmustern.

Dem Werk beigelegt ist wiederum eine CD, die nicht nur den Text des Handbuchs wiedergibt, sondern darüber hinaus eine Rechtsprechungsdatenbank mit gut 6.000 Urteilen im Volltext sowie den Bestand der wichtigsten arbeitsrechtlichen Gesetze enthält. Auf Gerichtsurteile und Gesetzestexte kann sowohl direkt als auch per Link aus dem Handbuchtext zugegriffen werden.

Tschöpe (Hrsg.): Anwalts-Handbuch Arbeitsrecht, herausgegeben von RA Dr. Ulrich Tschöpe, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 6. neu bearbeitete Auflage 2009, 3.039 Seiten, Lexikonformat, gebunden, incl. CD, 129,– €, ISBN 978-3-504-42038-3

Jedes Rechtsgebiet hat seine guten Seiten.

Nach fünf erfolgreichen Vorauf-
lagen hat sich der Tschöpe, das
original Anwalts-Handbuch Arbeits-
recht, längst als Standardwerk der
Praxis etabliert.

Das gesamte materielle und for-
melle Arbeitsrecht in einem Band,
ganz auf die Bedürfnisse des bera-
tenden Anwalts zugeschnitten; das
heißt: systematisch dargestellt am
zeitlichen Ablauf des Mandats und
des Arbeitsverhältnisses – nach
Praxisrelevanz gewichtet.

Die erfahrenen Autoren geben
Ihnen – optisch hervorgehoben –
alle nötigen Hilfsmittel an die
Hand, um in jedem Fall schnell und
sicher zum richtigen Ergebnis zu
kommen: praktische Beispiele,
wertvolle Hinweise zu Strategie und



Tschöpe (Hrsg.) **Anwalts-Handbuch Arbeitsrecht** Heraus-
gegeben von FAArbR Dr. Ulrich Tschöpe. Bearbeitet von 22
erfahrenen Praktikern des Arbeitsrechts. 6., neu bearbeitete
Auflage 2009, 3.039 Seiten Lexikonformat, gbd., inkl. CD
129,- €. ISBN 978-3-504-42038-3

Taktik, Checklisten, Übersichten,
Formulierungsmuster.

Natürlich ist der neue Tschöpe
rundum auf dem allerneuesten
Stand. Und auf der beiliegenden
CD steht Ihnen der komplette
Text des Handbuchs, komfortabel
verlinkt mit rund 6.000 zitierten
Entscheidungen im Volltext und
Gesetzestexten, zur Verfügung:
eine Datenbank, in der Sie immer
und überall bequem recherchieren
können. Ob in Ihrer Kanzlei oder
unterwegs am Laptop – was für
jeden Praktiker heute von ganz
besonderem Vorteil ist.

Der neue Tschöpe, das original
Anwalts-Handbuch Arbeitsrecht:
jetzt bestellen! Leseprobe bei
www.otto-schmidt.de

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

☒ Ja, ich bestelle mit 14-tägigem Rückgaberecht Tschöpe (Hrsg.) **Anwalts-Handbuch Arbeitsrecht**
6. Auflage, gbd., inkl. CD 129,- € plus Versandkosten. ISBN 978-3-504-42038-3

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

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

Im Beihefter dieser Ausgabe finden Sie ausführliche Informationen zu den Auswirkungen der VVG-Reform im Bereich der Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung.

Die Reform zum VVG bringt zahlreiche Änderungen auch für die Haftpflichtversicherung der wirtschaftsprüfenden, rechts- und steuerberatenden Berufe mit sich. Allerdings wird eine Vielzahl von Versicherungsfällen noch nach dem alten VVG zu beurteilen sein. Ist nämlich bei einem Altvertrag, d.h. bei einem Versicherungsvertrag, der vor dem 1.1.2008 abgeschlossen wurde, bis zum 31.12.2008 der Versicherungsfall eingetreten, so ist nach Art. 1 Abs. 2 EGGVG insoweit das VVG a.F. weiter anzuwenden. Im Rahmen der Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung gilt das sogenannte Verstoßprinzip: Versicherungsfall ist derjenige Verstoß, für dessen Folgen ein Dritter den Versicherungsnehmer auf Schadenersatz in Anspruch nimmt. Wegen des Spätschadenrisikos im Rahmen der Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung wird daher über einen längeren Zeitraum das VVG a.F. noch von Bedeutung sein.

Herr Rechtsanwalt Rafael Meixner (HDI-Gerling) informiert zu diesem Thema.

Informationen für wirtschaftsprüfende, rechts- und steuerberatende Berufe

GI service

Nr. 11 Januar 2010

Auswirkungen der VVG-Reform im Bereich der Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung.

Das am 1.1.2008 in Kraft getretene reformierte VVG bringt zahlreiche Änderungen auch für die Haftpflichtversicherung der wirtschaftsprüfenden, rechts- und steuerberatenden Berufe mit sich. Allerdings wird eine Vielzahl von Versicherungsfällen noch nach dem alten VVG zu beurteilen sein. Ist nämlich bei einem Altvertrag, d.h. bei einem Versicherungsvertrag, der vor dem 1.1.2008 abgeschlossen wurde, bis zum 31.12.2008 der Versicherungsfall eingetreten, so ist nach Art. 1 Abs. 2 EGGVG insoweit das VVG a.F. weiter anzuwenden. Im Rahmen der Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung gilt das sogenannte Verstoßprinzip: Versicherungsfall ist derjenige Verstoß, für dessen Folgen ein Dritter den Versicherungsnehmer auf Schadenersatz in Anspruch nimmt (Philipp/Martin, VVG, 27. Aufl., § 149 Rn. 12). Wegen des Spätschadenrisikos im Rahmen der Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung wird daher über einen längeren Zeitraum das VVG a.F. noch von Bedeutung sein.

Folgende Änderungen im VVG n. F. sind auch für die Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung von Relevanz:

1) Obliegenheitsverletzung
Bisher war danach zu differenzieren, ob die Obliegenheitsverletzung auf einfacher oder grober Fahrlässigkeit oder sogar auf Vorsatz beruhte. Im ersten Fall war der Versicherer zur Leistung verpflichtet; die grobe Fahrlässigkeit hatte zur Folge, dass der Versicherer leistungsfrei wurde, falls der Versicherungsnehmer nicht den Kausalitätsgrundsatz führen konnte (Größe/Bräunle, Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung, Teil II Rn. 59 ff.). Vorsätzliches Verhalten hatte schädlich nach den Versicherungsbedingungen grundsätzlich die Leistungsfreiheit des Versicherers zur Folge. Abgemildert wurde diese Rechtsfolge durch die sogenannte Relevanzrechtsprechung, wonach es darauf ankam, ob die vorsätzliche, aber für den Versicherer folgenlose Obliegenheitsverletzung gemindert geeignet war, die berechtigten Interessen des Versicherers ernsthaft zu gefährden und dem Versicherungsnehmer ein erhebliches Verschulden zur Last fiel (BGH NW 1986, 1108). Die Rechtsfolgen einer Obliegenheitsverletzung nach Eintritt des Versicherungsfalles regeln nunmehr ausdrücklich § 28 Abs. 2 bis 4 VVG. Nunmehr kann der Versicherer bei der grob fahrlässigen Obliegenheitsverletzung entsprechend der Schwere des Verschuldens der Versicherungsnehmer seine Leistung kürzen; die vorsätzliche Obliegenheits-

verletzung führt grundsätzlich zur Leistungsfreiheit. Falls jedoch die Obliegenheitsverletzung für den Umfang der Leistungspflicht des Versicherers nicht ursächlich geworden ist, ist der Versicherer nach wie vor zur Leistung verpflichtet. Dies gilt nur dann nicht, wenn der Versicherungsnehmer die Obliegenheit arglistig verletzt hat. Voraussetzung für die Leistungsfreiheit ist im Übrigen – wie bereits unter Geltung der Relevanzrechtsprechung (OLG Köln VersR 2002, 1409) –, dass der Versicherer den Versicherungsnehmer über die Rechtsfolgen in der Obliegenheitsverletzung belehrt hat.

2) Abschaffung des Anerkenntnisverbots

Eine Vereinbarung, nach welcher der Versicherer nicht zur Leistung verpflichtet ist, wenn ohne seine Einwilligung die Versicherungsnehmer den Dritten belästigt oder dessen Anspruch anerkennt, ist nunmehr gemäß § 105 VVG unwirksam. Diese Regelung hat aber nicht zur Folge, dass der Versicherungsnehmer zulasten des Versicherers einen vermeintlichen Schadenersatzanspruch anerkennen kann; vielmehr stellt das mit dem Versicherer nicht abgestimmte Anerkenntnis keine Obliegenheitsverletzung mehr dar. Es zieht damit keine deckungsrechtlichen Folgen nach sich. Erkennt der Versicherer trägt der Versicherungsnehmer die Darlegungs- und Beweislast, dass der Anspruch in dem Umfang des abgetretenen Schadenersatzanspruch besteht (Roth/Timm, Das neue Versicherungsvertragsgesetz, Teil D Rn. 21).

3) Abschaffung des Abtretungsverbots

Künftig kann die Abtretung des Forderungsanspruchs gemäß § 108 Abs. 2 VVG durch AVB nicht mehr ausgeschlossen werden. Wird der Forderungsanspruch an den geschädigten Dritten abgetreten, hat dieser lediglich einen Direktanspruch gegen den Versicherer; der Forderungsanspruch wandelt sich in der Person des Dritten in einen Zahlungsanspruch um (BGH VersR 1978, 557). Diese Regelung wirft zahlreiche durch die Rechtsprechung noch nicht geklärte Fragen auf. Beispielsweise stellt sich die Frage, ob der Versicherungsnehmer gegen den Versicherer auch nach der Abtretung noch einen Rechtsschutzanspruch hat. Fraglich ist auch, ob der

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

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

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

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

Impressum

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

Herausgeber

HDI-Gerling Firmen und Privat Versicherung AG
Marion Mahlstedt, Riethorst 2, 30659 Hannover, Fax: (0511) 645 111 3909

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

Abbonementsservice

Fax: (0511) 645 111 3909

Layout und Satz

Type Connection, Lechenicher Str. 29, 50374 Erftstadt

Druck

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

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