

Informationen für wirtschaftsprüfende, rechts- und steuerberatende Berufe

# GI aktuell

## Inhalt

Editorial	38
GI News	38
GI Entscheidungen	40
GI Literaturhinweise	70
GI Service	

GI Leitsatz	39
-------------	----

### Amtsenthörung eines Notars

Zerrüttung der wirtschaftlichen Verhältnisse / Wirtschaftsführung des Notars / Titulierte Ansprüche, Zwangsvollstreckungen / Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens / Steuerschulden (BGH, Beschl. v. 26.10.2009 – NotZ 14/08)

### Anwaltschaftung

Schmerzensgeldanspruch des Mandanten? / Fehlerhafte versicherungsrechtliche Beratung / Schutzzweck der Beratung / Schutz der Gesundheit des Mandanten? (BGH, Ur. v. 9.7.2009 – IX ZR 88/08)

### Unternehmensnachfolge

Schaden / Alternative Gestaltungsmöglichkeiten / Darlegungs- und Beweislast des Mandanten / Verjährungsbeginn, § 68 StBerG a.F. (BGH, Beschl. v. 6.12.2007 – IX ZR 151/05)

### Treuhändertätigkeit des Anwalts

Sozietätsmandat / Einzelmandat / Anwaltstätigkeit (BGH, Beschl. v. 5.7.2007 – IX ZR 257/06)

### Honoraranspruch des Rechtsanwalts

Aufrechnung mit Fremdgeldern / Pflicht zur Kostenschonung / Hinweispflichten / Ein Auftrag, mehrere Angelegenheiten / Verjährung (OLG Düsseldorf, Ur. v. 16.6.2009 – I-24 U 169/08)

### Honoraranspruch des Rechtsanwalts 52

Stundenhonorarvereinbarung / Gebühren nach dem Gegenstandswert / Hinweispflicht gemäß § 49b Abs. 5 BRAO (OLG Hamm, Ur. v. 16.6.2009 – 28 U 1/09)

### Notarhaftung 56

Steuerrechtliche Belehrung / Aufklärung zur Schenkungsteuer / Offenkundigkeit / Amtspflichtverletzung gegenüber den Vertretungsbeteiligten (OLG Oldenburg, Ur. v. 12.6.2009 – 6 U 58/09)

### Anwaltschaftung 58

40 Vollständiger Prozessvortrag / Zurückhaltung eines Privatgutachtens / Beweggrund für Vergleichsabschluss (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 20.4.2009 – I-24 U 204/08)

### Anwaltschaftung 59

43 Unterlassene Belehrung / Beweislast / Schriftliche Belehrung / Versendung als einfacher Brief / Bestreiten des Zugangs (OLG Bremen, Ur. v. 25.5.2008 – 3 U 31/08)

### Steuerberaterhaftung 62

46 Kapitalerhöhung, Einlage von Patenten / Verdeckte Sacheinlage / Beratungspflichten / Schaden / Verjährungsbeginn, § 68 StBerG a.F. (OLG Frankfurt, Ur. v. 7.2.2008 – 16 U 23/07)

### Rechtsdienstleistung 67

46 Steuerberater, vereidigter Buchprüfer / Statusfeststellungsverfahren, § 7a SGB IV / Nebenleistung zur Steuerberatung, § 5 RDG / Beitragsrechtliche Fragen / Vertretungsbefugnis vor den Sozialgerichten, § 73 Abs. 2 Satz 4 SGG (SG Aachen, Ur. v. 27.11.2009 – S 6 R 217/08)

## Editorial

Sehr geehrte Leserin, sehr geehrter Leser, schuldhafte Pflichtverletzungen des Beraters führen zu Schadenersatzansprüchen, wenn dem Mandanten ein Schaden im Rechtssinne entstanden ist. **Schmerzensgeld** ist aber nur zu erstatten, wenn der Anwaltsauftrag einen Bezug zur freien Selbstbestimmung/Gesundheit/körperlichen Integrität des Mandanten hatte. Die Beratung in vermögensrechtlichen Angelegenheiten begründet einen derartigen Zusammenhang nicht. Der BGH hat deshalb bei einem versicherungsrechtlichen Mandat Schmerzensgeldansprüche als nicht vom Schutzzweck umfasst angesehen. Anders sieht er es bei einem falschen Antrag des Anwalts auf Haftverschonung aus.

Aus **Fremdgeldern**, die nicht zweckgebunden sind, kann sich der Anwalt wegen seines fälligen und unstreitigen Honoraranspruchs befriedigen (OLG Düsseldorf).

Gemäß § 49b Abs. 5 BRAO muss der Mandant bei Mandatsanbahnung darauf hingewiesen werden, wenn der Auftrag **nach dem Gegenstandswert abgerechnet** werden wird.

Verletzt der Anwalt die Pflicht, entsteht ein Schadenersatzanspruch, wenn der Mandant nachweist, dass er einen anderen Anwalt gefunden hätte, der gegen ein Stundenhonorar für ihn tätig geworden wäre (OLG Hamm).

Der **Notar** ist nicht verpflichtet, die Vertragsbeteiligten über **steuerliche Fragen** zu belehren. Eine Ausnahme gilt im Hinblick auf die Erbschaft-/Schenkungsteuer (OLG Oldenburg).

Wurde der Mandant **über eine drohende Verjährung nicht belehrt**, muss er das **beweisen**, wenn der Anwalt/Steuerberater darlegt, wann und wie er der Belehrungspflicht nachgekommen ist. An dieser Beweislastregel ändert sich nichts, wenn die Belehrung in einem Brief erfolgte, dessen Zugang vom Mandanten aber bestritten wird (OLG Bremen).

**Steuerberater** müssen bei **Kapitalerhöhungen** erkennen, ob diese als **verdeckte Sacheinlage** zu qualifizieren sind. Sie haben dann über die gesellschaftsrechtliche Problematik zu belehren oder den Mandanten **an einen Rechtsanwalt zu verweisen**. Die **Verjährung** des Schadenersatzanspruchs beginnt, wenn der Insolvenzverwalter die Zahlung der Bareinlage einfordert (OLG Frankfurt).

Das **Sozialgericht** Aachen sieht in der Teilnahme des Steuerberaters/vereidigten Buchprüfers am **Statusfeststellungsverfahren** gemäß § 7a SGB IV eine **Rechtsbesorgung**. Dies sei nicht zulässig, da auch ein unmittelbarer Zusammenhang mit steuerberatender Tätigkeit nicht bestehe.



Mit freundlichen Grüßen  
Ihr Dr. Jürgen Gräfe

## GI News

### BFH: EuGH-Vorlagen zur Abgrenzung von Restaurationsleistungen (Dienstleistungen) und Lieferungen von Nahrungsmitteln

Mit Beschlüssen vom 15.10.2009 – XI R 6/08 und XI R 37/08 und vom 27.10.2009 – V R 3/07 und V R 35/08 hat der Bundesfinanzhof (BFH) dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften mehrere Fragen vorgelegt, die die Abgrenzung von Restaurationsleistungen (Dienstleistungen) und Lieferungen von Nahrungsmitteln betreffen. Eine Lieferung würde dem ermäßigten Umsatzsteuersatz von 7 % unterliegen, nicht hingegen – anders als in anderen Mitgliedstaaten – eine Restaurationsleistung, die mit dem Regelsteuersatz von 19 % besteuert wird. Es hängt deshalb von der Beurteilung als Lieferung oder Dienstleistung ab, ob die Umsätze dem Regelsteuersatz unterliegen oder ermäßigt zu besteuern sind.

In den beiden Verfahren V R 35/08 und XI R 37/08 geht es um die Beurteilung der Abgabe von Speisen aus einem Imbisswagen mit z.T. überdachten Verzehrräumen oder Ablagebrettern. Das Verfahren V R 3/07 betrifft die Abgabe von Speisen in Kino-Foyers, in denen Tische, Stühle und sonstige Verzehrvorrichtungen vorgehalten waren. Im Verfahren XI R 6/08 sind Leistungen eines Party-Service-Unternehmens zu beurteilen.

Die erweiterte Ermächtigung der Mitgliedstaaten zur Einführung eines ermäßigten Steuersatzes in Anhang H zu Art. 12 Abs. 3 Buchst. a) der Richtlinie 77/388/EWG nicht nur – wie bisher – für die Lieferung von Nahrungsmitteln, sondern zusätzlich auch für „Restaurant- und Verpflegungsdienstleistungen“, lässt aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht als zweifelhaft erscheinen, ob es sich bei der Abgabe von Speisen oder Mahlzeiten zum sofortigen Verzehr um eine Lieferung handelt. Sollte dies zu bejahen sein, muss die Frage beantwortet werden, ob unter den Begriff Nahrungsmittel i.S.v. Anhang H Kategorie 1 der Richtlinie 77/388/EWG nur Nahrungsmittel „zum Mitnehmen“ fallen oder auch Speisen oder Mahlzeiten, die durch Kochen, Braten, Backen oder auf sonstige Weise zum sofortigen Verzehr zubereitet worden sind.

Hinsichtlich der Abgrenzung von Restaurationsleistung (Dienstleistung) und Lieferung ist zu klären, ob die Zubereitung der Speisen oder Mahlzeiten als ein wesentliches Dienstleistungselement zu berücksichtigen ist, das zusammen mit einer oder mehreren zusätzlichen Dienstleistungen der einheitlichen Leistung das Gepräge einer Dienstleistung verleiht.

(BFH, Beschl. v. 15.10.2009 – XI R 6/08 u. XI R 37/08; Beschl. v. 27.10.2009 – V R 3/07 u. V R 35/08)

Pressemitteilung d. BFH v. 1.12.1009 ■

**BFH bejaht Verfassungsmäßigkeit der beschränkten Abziehbarkeit von Beiträgen zur gesetzlichen Rentenversicherung, von sonstigen Vorsorgeaufwendungen sowie der Verfassungsmäßigkeit des Grundfreibetrags 2005**

**1. Beiträge zur gesetzlichen Rentenversicherung**

In den nachstehend genannten Urteilen sowie zwei weiteren, nicht zur amtlichen Veröffentlichung bestimmten Entscheidungen hält der Bundesfinanzhof (BFH) an seiner bereits im Beschluss vom 1.2.2006 – X R 166/05 vertretenen Auffassung fest, dass im Anwendungsbereich des Alterseinkünftegesetzes (AltEinkG) ab dem 1.1.2005 geleistete Beiträge zu den gesetzlichen Rentenversicherungen und andere Altersvorsorgeaufwendungen lediglich in beschränktem Umfang als Sonderausgaben abgezogen werden können.

Im AltEinkG beurteilt der Gesetzgeber auf Altersvorsorgeaufwendungen beruhende Renteneinnahmen ab dem Jahr 2005 abweichend von der bis dahin geltenden Rechtslage als steuerbare Einnahmen. Die Altersvorsorgeaufwendungen sind nach Auffassung des BFH begrifflich daher im Wesentlichen Erwerbsaufwendungen; der Gesetzgeber habe diese Aufwendungen aber durch eine gesetzliche Sonderregelung dem Sonderausgabenabzug zugeordnet („Doppelnatur“ der Altersvorsorgeaufwendungen).

Der BFH hält dies für verfassungsgemäß. Ab dem Jahr 2025 seien solche Aufwendungen – von Sonderfällen abgesehen – in vollem Umfang als Sonderausgaben steuerwirksam zu berücksichtigen. Auch die bis dahin geltende Übergangsregelung sei nicht zu beanstanden. Nach dieser seien zwar im Jahr 2005 nur 60 % der Altersvorsorgeaufwendungen anzusetzen, wobei dieser Prozentsatz jährlich um 2 % bis auf 100 % ansteige. Diese gesetzliche Neuregelung sei hinnehmbar, weil in jedem Einzelfall gewährleistet werden müsse, dass Renteneinnahmen, die auf bereits versteuertem Einkommen beruhen, nicht erneut der Besteuerung unterworfen werden dürfen. Ob eine unzulässige Doppelbesteuerung vorliege, werde aber erst in den Jahren geprüft, in denen die Renteneinnahmen zufließen.

**2. Sonstige Vorsorgeaufwendungen**

In dem Urteil vom 18.11.2009 – X R 6/08 hat der BFH auch über die Verfassungsmäßigkeit der Regelung über die Abziehbarkeit von sonstigen Vorsorgeaufwendungen entschieden. Zu den sonstigen Vorsorgeaufwendungen i.S.d. § 10 Abs. 1 Nr. 3 des Einkommensteuergesetzes (EStG) in der ab dem Jahr 2005 geltenden Fassung gehören Beiträge zu Arbeitslosenversicherungen, zu bestimmten Erwerbs- und Berufsunfähigkeitsversicherungen, zu Kranken-, Pflege-, Unfall- und Haftpflichtversicherungen sowie bestimmte Risikolebensversicherungen und vor dem Jahr 2005 abgeschlossene private Renten- und Lebensversicherungen. Solche Beiträge können (vorbehaltlich der sog. Günstigerprüfung gemäß § 10 Abs. 4a EStG) jährlich mit insgesamt höchstens 2.400 EUR, in bestimmten Fällen nur bis zu 1.500 EUR abgezogen werden.

Nach Auffassung des BFH hat der Gesetzgeber in sachgerechter Weise danach differenziert, ob ein Steuerpflichtiger die Aufwendungen für seinen Krankenversicherungsschutz in vollem Umfang allein tragen muss oder ob sich dessen Arbeitgeber hieran durch Beitragszahlungen oder durch Beihilfen im Krankheitsfall beteiligt.

Eine weitergehende steuerliche Freistellung gebiete auch nicht die Steuerfreiheit des Existenzminimums. Nach dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 13.2.2008 – 2 BvL 1/06 (BVerfGE 120, 125) sei die unzureichende steuerliche Berücksichtigung dieser Aufwendungen bis zum 31.12.2009 hinzunehmen. Die Aufwendungen für die übrigen in § 10 Abs. 1 Nr. 3 EStG genannten Versicherungsbeiträge berührten nicht die Steuerfreiheit des Existenzminimums. Dies gelte nach Auffassung des BFH auch für die zwangsweise zu leistenden Beiträge zur Arbeitslosenversicherung; sie dienten nicht der Existenzsicherung, sondern der Erlangung einer Lohnersatzleistung.

**3. Grundfreibetrag**

In dem Urteil vom 18.11.2008 – X R 34/07 hatte der BFH zusätzlich über die Verfassungsmäßigkeit des im Jahr 2005 im Fall der Zusammenveranlagung zu berücksichtigenden Grundfreibetrags zu entscheiden. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts darf das Existenzminimum nicht der Einkommensbesteuerung unterworfen werden. Dies wird durch den Grundfreibetrag berücksichtigt. Messgröße hierfür ist das staatlich garantierte Sozialhilfeniveau. Hierzu legt die Bundesregierung alle zwei Jahre einen Bericht über das Existenzminimum vor. Das sächliche Existenzminimum beträgt danach bei Ehegatten im Jahr 2005 12.240 EUR. Nach Auffassung des BFH ist diese Berechnung nicht zu beanstanden. Dass der Grundfreibetrag für zusammen zu veranlagende Ehegatten im Jahr 2005 den verfassungsrechtlichen Anforderungen entspricht, ergebe sich auch daraus, dass der für Ehegatten im Jahr 2005 geltende Grundfreibetrag von 15.329 EUR erheblich höher sei als das von der Bundesregierung ermittelte sächliche Existenzminimum. (BFH, Urt. v. 18.11.2009 – X R 34/07 u. X R 6/08; Urt. v. 9.12.2009 – X R 28/07)

Pressemitteilung d. BFH v. 13.1.2010 ■

**Gl Leitsatz**

**Hinweispflicht des Anwalts / Wohnraum-Mietprozess mit Auslandsberührung / Zuständigkeit des Oberlandesgerichts**

Der Rechtsanwalt hat in einem Wohnraum-Mietprozess mit Auslandsberührung einer Partei die Zuständigkeit des Oberlandesgerichts für Berufungen zu kennen und darf nicht darauf vertrauen, dass ihn das Landgericht sofort nach Eingang der Rechtsmittelschrift auf seine fehlende Zuständigkeit hinweist.

(OLG Düsseldorf, Beschl. v. 27.6.2008 – I-24 U 72/08) ■

## Amtsenthhebung eines Notars

- Zerrüttung der wirtschaftlichen Verhältnisse
- Wirtschaftsführung des Notars
- Titulierte Ansprüche, Zwangsvollstreckungen
- Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens
- Steuerschulden

(BGH, Beschl. v. 26.10.2009 – NotZ 14/08)

### Leitsätze (d. Red.):

1. Die Voraussetzungen für eine Amtsenthebung sind bei Zerrüttung der wirtschaftlichen Verhältnisse eines Notars oder bei der Gefährdung der Interessen der Rechtsuchenden infolge der Art seiner Wirtschaftsführung gegeben.
2. Die Zerrüttung der wirtschaftlichen Verhältnisse ist anzunehmen, wenn fruchtlose Pfändungsversuche unternommen werden, Haftbefehle zur Erzwingung der eidesstattlichen Versicherung erlassen werden etc.
3. Die Tatsache, dass ein Notar wiederholt erst nach Beantragung von Zwangsvollstreckungsverfahren sich bereit findet oder in der Lage ist, gegen ihn gerichtete, titulierte Forderungen zu begleichen, stellt eine Gefährdung der Interessen der Rechtsuchenden infolge seiner Art der Wirtschaftsführung dar. Gleiches gilt, wenn es mehrfach zu qualifizierten Mahnungen zur Zahlung der Prämie für seine Berufshaftpflichtversicherung kam.
4. Unbeachtlich ist, ob den Notar ein Verschulden an dem Entstehen der wirtschaftlichen Situation trifft. ■

### Aus den Gründen:

I. Der Antragsteller ist seit 1974 als Rechtsanwalt zugelassen und wurde 1988 zum Notar bestellt.

Der Antragsgegner eröffnete ihm mit Verfügung vom 5.2.2008, dass seine Amtsenthebung gemäß § 50 Abs. 1 Nr. 6 und 8, Abs. 3 BNotO in Aussicht genommen sei. Seine wirtschaftlichen Verhältnisse und die Art seiner Wirtschaftsführung gefährdeten die Interessen der Rechtsuchenden. Zudem sei er in Vermögensverfall geraten. Zur Begründung führte der Antragsgegner aus, seit August 2004 sei der Antragsteller wiederholt in Rückstand mit der Zahlung fälliger Beiträge zu seiner Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung geraten. Seit Oktober 2004 habe die Notarkammer dreimal Zwangsvollstreckungsaufträge zur Beitreibung der Kammerbeiträge erteilt. Die Beiträge für 2006 seien verspätet gezahlt worden und stünden für 2007 noch offen. Ab Mitte 2006 hätten verschiedene Gläubiger vier Zwangsvollstreckungsverfahren gegen den Antragsteller angestrengt. Im Januar 2007 sei zudem ein Insolvenzantrag wegen seit 2005 aufgelaufener rückständiger Sozialversicherungsbeiträge für die Beschäftigte des Antragstellers in Höhe von 19.702,20 EUR gestellt worden. Diese Forderung habe er jedoch im Juli 2007 beglichen. Weiterhin seien zum 23.4.2007 Steuerrückstände, die bis zum Jahre 2003 zurück-

reichten, in Höhe von mehr als 88.000 EUR aufgelaufen, weshalb das zuständige Finanzamt diverse Vollstreckungsmaßnahmen ergriffen habe. Bis zum 2.10.2007 seien diese Rückstände allerdings auf 26.585,22 EUR zurückgeführt worden. Schließlich habe auch der Vermieter der Geschäftsräume des Antragstellers wegen rückständiger Mieten am 7.1.2008 Zahlungsklage über 6.815,85 EUR erhoben.

Gegen diese Verfügung des Antragsgegners hat der Antragsteller beim Oberlandesgericht Antrag auf gerichtliche Entscheidung gestellt, mit der er die Feststellung begehrt hat, dass die Voraussetzungen für eine Amtsenthebung nicht vorliegen.

Er hat geltend gemacht, Vollstreckungen seien nur vereinzelt aufgetreten und letztlich ausnahmslos abgewendet worden. Die Rückstände bei Versicherungen, der Notarkammer und der Sozialversicherung seien beglichen worden. Seine Steuerschulden habe er fortlaufend reduziert.

Das Oberlandesgericht hat den Antrag mit dem angefochtenen Beschluss zurückgewiesen und festgestellt, dass die Voraussetzungen für eine Amtsenthebung nach § 50 Abs. 1 Nr. 6 und 8 BNotO vorliegen. (...)

II. Die gemäß § 111 Abs. 4 Satz 1 BNotO i.V.m. § 42 Abs. 4 BRAO zulässige Beschwerde ist unbegründet. Das Oberlandesgericht hat zu Recht den Antrag auf gerichtliche Entscheidung zurückgewiesen und festgestellt, dass die Voraussetzungen für die Amtsenthebung des Antragstellers (§ 50 Abs. 1 Nr. 8, 2. Var., Abs. 3 Satz 3 BNotO) vorliegen. Zwar ist das bisher in § 50 Abs. 3 Satz 3 BNotO geregelte sog. Vorschaltverfahren durch Art. 3 Nr. 8, Art. 10 des Gesetzes zur Modernisierung von Verfahren im anwaltlichen und notariellen Berufsrecht, zur Errichtung einer Schlichtungsstelle der Rechtsanwaltschaft sowie zur Änderung sonstiger Vorschriften vom 30.7.2009 (BGBl I, 2449) mit Wirkung vom 1.9.2009 abgeschafft worden. Jedoch ist vorliegend gemäß § 118 BNotO in der Fassung dieses Gesetzes § 50 Abs. 3 BNotO weiterhin in der bis zum 31.8.2009 geltenden Fassung anzuwenden.

1. Die Art der Wirtschaftsführung des Antragstellers gefährdet die Interessen der Rechtsuchenden (§ 50 Abs. 1 Nr. 8, 2. Var. BNotO).

a) Neben der **Zerrüttung der wirtschaftlichen Verhältnisse eines Notars**, die regelmäßig anzunehmen ist, wenn gegen ihn Zahlungsansprüche in erheblicher Größenordnung bestehen oder gerichtlich geltend gemacht werden, Pfändungs- und Überweisungsbeschlüsse gegen ihn erlassen, fruchtlose Pfändungsversuche unternommen, Verfahren zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung gemäß § 807 ZPO eingeleitet oder Haftbefehle zur Erzwingung dieser Versicherung gegen ihn erlassen worden sind (z.B. *Senatsbeschl. v. 17.11.2008 – NotZ 130/07, NJW-RR 2009, 783 Rdnr. 9; v. 20.3.2006 – NotZ 50/05, ZNOTp 2006, 269 Rdnr. 5; jew. m.w.N.*), **ist bereits eine Wirtschaftsführung des Notars, die Gläubiger dazu zwingt, wegen berechtigter Forderungen Zwangsmaßnahmen zu ergreifen, als solche nicht hinnehmbar**



(Senat, a.a.O.; Beschl. v. 20.11.2000 – NotZ 17/00, NJW-RR 2001, 1212; jew. m.w.N.). Erst recht gilt dies, wenn sich Gläubiger nach vergeblichen Versuchen einer Einzelzwangsvollstreckung veranlasst sehen, einen **Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens** über das Vermögen des Notars zu stellen. **Ohne Belang ist dabei, aus welchen Gründen diese Zwangsmaßnahmen erforderlich werden.** Dies gilt selbst dann, wenn sie nicht auf schlechte wirtschaftliche Verhältnisse, Vermögenslosigkeit oder Überschuldung des Notars zurückzuführen sind (Senatsbeschl. v. 17.11.2008, a.a.O.; 20.3.2006, a.a.O.; 20.11.2000, a.a.O., und v. 16.2.1998 – NotZ 14/97, NJW-RR 1998, 1134, 1135).

Derartige Umstände belegen in aller Regel die von § 50 Abs. 1 Nr. 8 BNotO vorausgesetzte Gefährdung der Interessen der Rechtsuchenden. Zahlungsschwierigkeiten des Notars und insbesondere gegen ihn geführte oder ihm drohende Maßnahmen der Zwangsvollstreckung begründen die Gefahr, dass er etwa Kostenvorschüsse nicht auftragsgemäß verwendet oder gar zur Tilgung eigener Verbindlichkeiten auf ihm treuhänderisch anvertraute Gelder zurückgreift. Hierbei **genügt eine abstrakte Gefährdung der Interessen der Rechtsuchenden**. Es ist nicht erforderlich, dass sich bereits in einem konkreten Fall Anhaltspunkte ergeben haben, der Notar könne aufgrund einer wirtschaftlichen Zwangslage sachwidrigen Einflüssen auf seine Amtsführung nicht entgegentreten oder er habe gar bereits Fremdgelder weisungswidrig für sich verbraucht. Dies folgt daraus, dass die Gefährdung der Interessen der Rechtsuchenden in den beiden ersten Tatbestandsvarianten des § 50 Abs. 1 Nr. 8 BNotO nur allgemein aus den wirtschaftlichen Verhältnissen beziehungsweise der Art seiner Wirtschaftsführung resultieren muss, während der dritte Tatbestand dieser Vorschrift demgegenüber gerade an konkrete Amtstätigkeiten des Notars anknüpft, indem sie als Amtsenthebungsgrund die durch die Art der Durchführung von Verwahrungsgeschäften bedingte Gefährdung der Rechtsuchenden normiert (Senatsbeschl. v. 17.11.2008, a.a.O., Rdnr. 10; v. 20.3.2006, a.a.O., Rdnr. 6 m.w.N.).

b) Gemessen an diesen Maßstäben liegen nach dem im gerichtlichen Vorabverfahren gemäß § 50 Abs. 3 Satz 3 BNotO maßgeblichen Kenntnisstand zum Schluss der mündlichen Verhandlung (Senatsbeschl. v. 3.11.2003 – NotZ 15/03, NJW-RR 2004, 710) die **Voraussetzungen für eine Amtsenthebung** des Antragstellers gemäß § 50 Abs. 1 Nr. 8 BNotO weiterhin vor, obgleich der Senat, indem er das Verfahren fast ein Jahr hat ruhen lassen (vgl. Protokoll der Senatssitzung vom 17.11.2008), dem Antragsteller die Möglichkeit eröffnet hat, seine Wirtschaftsführung zu ordnen.

Nach den Erkenntnissen des Oberlandesgerichts, die der Antragsteller als solche auch nicht in Zweifel zieht, war er **seit Spätsommer 2004 mehrere Jahre lang einer Vielzahl von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen und einem Insolvenzverfahren verschiedener Gläubiger ausgesetzt**.

Die vom Senat ergänzend angestellten Ermittlungen (§ 111 Abs. 4 Satz 2 BNotO i.V.m. § 42 Abs. 6 Satz 2 BRAO und § 12 FGG) haben bestätigt, dass sich die Gläubiger des

Antragstellers nicht nur während einer mittlerweile überwundenen Phase der beruflichen Tätigkeit des Antragstellers veranlasst gesehen haben, ihre Forderungen zwangsweise beizutreiben, so dass eine Gefährdung der Interessen der Rechtsuchenden auch weiterhin besteht. Selbst nach Erlass der angefochtenen Verfügung und bis in die jüngste Zeit sind gegen den Antragsteller Zwangsvollstreckungsaufträge erteilt worden.

Nach dem Bericht des Präsidenten des Landgerichts W. vom 1.10.2008 haben Gläubiger titulierter Forderungen am 23.11.2007, 8.8.2008 und 22.9.2008 noch Zwangsvollstreckungsmaßnahmen gegen den Antragsteller beantragt. Die Notarkammer F. hat, wie sich aus der Akte des Verfahrens NotZ 15/09 ergibt, wegen des gemäß § 73 Abs. 2 BNotO **titulierten Kammerbeitrags** für das Jahr 2008 über 2.300 EUR zzgl. Mahngebühr von 115 EUR im Februar 2009 einen Gerichtsvollzieher mit der Zwangsvollstreckung beauftragt. Überdies hat die Kammer Beiträge von insgesamt 4.715 EUR (darin enthalten die für 2008 festgesetzten 2.415 EUR) zuletzt mit Schreiben vom 23.7.2009 vergeblich mit Fristsetzung zum 7.8.2009 angemahnt und Zwangsvollstreckungsmaßnahmen angekündigt.

Weiterhin war gegen den Antragsteller seit dem 14.11.2007 ein **Insolvenzantrag des Finanzamts W.** anhängig, mit dem dieses Steuerforderungen gegen den Antragsteller verfolgte. Zwar hat der Antragsteller die diesem Verfahren zugrunde liegenden Ansprüche befriedigt, so dass das Amtsgericht die Erledigung der Hauptsache festgestellt hat. Jedoch sind weiterhin **Steuerforderungen in beträchtlicher Höhe aufgelaufen**. Zum 10.9.2009 bestanden nach der Auskunft des Finanzamts vom selben Tag fällige und vollstreckbare Rückstände in Höhe von 75.810,04 EUR (abzüglich per 23.10.2009 gezahlter 4.018 EUR). Seit der mündlichen Verhandlung des Senats am 17.11.2008 sind die Verbindlichkeiten des Antragstellers gegenüber dem Fiskus (Stand 6.11.2008: 5.876,76 EUR) damit nicht nur nicht zurückgeführt worden, sondern beträchtlich gestiegen.

Die vorstehenden Umstände zeigen, dass der Antragsteller, auch wenn er nach seinen eigenen **Einnahmen-/Überschussberechnungen vom 1.9.2009** aus seiner beruflichen Tätigkeit im Jahr 2008 einen **Gewinn vor Steuern von 55.746,88 EUR** und in den Monaten Januar bis Juni 2009 von 31.907,76 EUR erzielt hat, **weiterhin nicht willens oder in der Lage ist, selbst titulierte Ansprüche zu befriedigen**. Die Ursachen dafür, dass sich die Gläubiger des Antragstellers gezwungen sehen, ihre Forderungen zwangsweise durchzusetzen, sind nicht beseitigt. Dies gilt auch **als Prognose für die zumindest nähere Zukunft**. Der Senat sieht sich in dieser Einschätzung – ohne dass es hierauf im Ergebnis noch ankommt – dadurch bestärkt, dass der Antragsteller auch im Übrigen eine nachlässige und unzuverlässige Haltung bei der Erfüllung seiner Verpflichtungen im Zusammenhang mit seiner Wirtschaftsführung gezeigt hat. So hat er trotz der Bedrohung seiner beruflichen Existenz durch das anhängige Amtsenthebungsverfahren die vom Senat gesetzte Frist zur Einreichung einer Vermögensaufstellung und der nach der mündlichen Verhandlung am 17.11.2008 ergangenen Steuerbescheide

kommentarlos verstreichen lassen und erst auf Erinnerung mit mehr als sechswöchiger Verzögerung eine Übersicht und die Bescheide vorgelegt. Die Aufstellung war zudem unvollständig. Insbesondere hat der Antragsteller seine Steuerschulden verschwiegen.

Der Senat hat bei seiner **Würdigung der Wirtschaftsführung** des Antragstellers zu dessen Gunsten noch außer Acht gelassen, dass über die vollstreckbaren Steuerforderungen hinaus weitere, gemäß § 361 AO von der Vollziehung ausgesetzte Ansprüche des Landes Hessen für Steuern in Höhe von 101.587,57 EUR zzgl. Zinsen in Höhe von 11.170 EUR bestehen.

c) Das Beschwerdevorbringen des Antragstellers vermag die Feststellung, dass die Art seiner Wirtschaftsführung die Interessen der Rechtsuchenden gefährdet, nicht zu entkräften.

aa) Zu Unrecht beanstandet er, das Oberlandesgericht habe Zahlungsansprüche „in erheblicher Größenordnung“ erwähnt, ohne diese zu konkretisieren, und es habe nicht berücksichtigt, dass es sich um streitige Forderungen gehandelt habe.

Das Oberlandesgericht hat die Ansprüche, denen der Antragsteller nach den Angaben des Antragsgegners ausgesetzt war, in den Gründen zu I. seiner Entscheidung auch der Höhe nach aufgeführt und sich dessen Darstellung in den Gründen zu II. zu eigen gemacht, indem es festgestellt hat, dass „der Antragsteller die in der Inaussichtstellung der Amtsenthebung angeführten tatsächlichen Umstände nicht bestritten“ habe. Im Übrigen entlastet es den Antragsteller nicht, dass ein Teil der Vollstreckungsaufträge auf die Beitreibung vergleichsweise geringer Ansprüche gerichtet war (z.B. Vollstreckungsantrag vom 8.8.2008: 614,05 EUR und Vollstreckungsantrag vom 22.9.2008: 82,61 EUR). Gerade der Umstand, dass es ein Notar selbst bei geringfügigen Forderungen auf eine zwangsweise Beitreibung ankommen lässt, begründet Bedenken gegen die Art seiner Wirtschaftsführung (*Senatsbeschl. v. 20.11.2000, a.a.O.*).

Unerheblich ist, dass der Antragsteller die **Forderungen**, deren unterlassene Begleichung ihm angelastet wird, – teilweise – **bestritten** hat. Zwar hat er die Berechtigung des – inzwischen getilgten – ihm für 2007 abverlangten Notarkammerbeitrags und des Beitrags für 2008 mit der Begründung bezweifelt, die Kammer habe im Amtsenthebungsverfahren seinen Interessen zuwidergehandelt, und er sei zeitweise vorläufig des Amtes enthoben gewesen (vgl. auch Verfahren NotZ 15/09). Der Antragsteller hatte diese Beiträge gleichwohl zu entrichten, weil sie titulierte waren (§ 73 Abs. 2 BNotO). Soweit er seine rechtlichen Bedenken im Wege der Anfechtung der Beitragsanforderung für 2008 gemäß § 111 Abs. 1 BNotO geltend macht, fehlt es an der Aussetzung der Vollziehung des Bescheides (§ 111 Abs. 4 Satz 2 BNotO, § 40 Abs. 4 BRAO und § 24 Abs. 3 FGG).

Ebenso ist es ohne Bedeutung, dass der Antragsteller die **Berechtigung der gegen ihn festgesetzten Steuerforderungen bestreitet** und geltend macht, diese beruhten auf überhöhten

Schätzungen des Finanzamts gemäß § 162 AO, welche regelmäßig auf Rechtsmittel hin korrigiert würden (Schriftsatz v. 15.10.2009). Dies ändert nichts an der Vollziehbarkeit der Steuerbescheide und damit an der Verpflichtung des Antragstellers, die festgesetzten Beträge zu begleichen. Dass die Steuer aufgrund von Schätzungen festzusetzen war, beruht jedenfalls auch auf einem Umstand, der seinerseits mit einer ordnungsgemäßen Wirtschaftsführung nicht vereinbar ist. Der Antragsteller ist nach der Mitteilung des Finanzamts W. vom 21.10.2009 seiner Pflicht zur Abgabe der Einkommen- und Umsatzsteuererklärung (§ 25 Abs. 3 Satz 1 EStG und § 18 Abs. 3 Satz 1 UStG) für die Jahre 2006 und 2007 – trotz Festsetzung von Zwangsgeldern für 2007 – nicht nachgekommen, so dass eine Schätzung notwendig wurde.

bb) Soweit er geltend macht, er habe die **Forderungen**, deretwegen Zwangsvollstreckungsaufträge gegen ihn erteilt worden seien, **getilgt, bevor es zu Zwangsmaßnahmen gekommen sei**, ist dies insbesondere hinsichtlich der mit Bericht des Präsidenten des Landgerichts W. vom 1.10.2008 mitgeteilten jüngeren Zwangsvollstreckungsanträge nicht richtig. Nach der Aufstellung des Obergerichtsvollziehers F. vom 24.9.2008 ist es u.a. zu Zwangsvollstreckungsversuchen wegen der am 23.11.2007 und 8.8.2008 erteilten Vollstreckungsaufträge gekommen. Gleiches gilt für den Zwangsvollstreckungsauftrag vom 22.9.2008. Insoweit hat der Obergerichtsvollzieher T. unter dem 1.10.2008 dem Präsidenten des Landgerichts W. berichtet, der Antragsteller habe an ihn, den Gerichtsvollzieher, die Restforderung beglichen. Hieraus ergibt sich, dass Vollstreckungsmaßnahmen bereits eingeleitet waren.

Auch dem Insolvenzantrag des Finanzamts vom 8.11.2007 ging im September 2007 ein fruchtloser Pfändungsversuch seines Vollziehungsbeamten voraus. Überdies hatte das Finanzamt bereits zuvor diverse Pfändungen gegen den Antragsteller ausgebracht. Schließlich ist wegen des – noch nicht getilgten – Notarkammerbeitrags für 2008 ein Zwangsvollstreckungsversuch unternommen worden.

Dessen ungeachtet vermag es den Antragsteller ohnehin nicht von der Feststellung zu entlasten, seine Art der Wirtschaftsführung gefährde die Interessen der Rechtsuchenden, wenn er nach Erteilung von Zwangsvollstreckungsaufträgen die diesen zugrunde liegenden titulierten Forderungen tilgt, um Zwangsmaßnahmen zu vermeiden. Die im Senatsbeschluss vom 20.3.2006 (*a.a.O., Rdnr. 5*) enthaltene, nicht abschließende Aufzählung von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen, die regelmäßig eine Gefährdung der Interessen der Rechtsuchenden indizieren, bezieht sich auf das **Tatbestandsmerkmal der „wirtschaftlichen Verhältnisse“** in § 50 Abs. 1 Nr. 8 BNotO, nicht aber auf das der **„Art der Wirtschaftsführung“**. Schon die Tatsache, dass ein Notar wiederholt erst nach der Beantragung von Zwangsvollstreckungsverfahren sich bereit findet oder in die Lage versetzt wird, gegen ihn gerichtete titulierte Forderungen zu begleichen, begründet aus den unter a) genannten Gründen die Gefährdung der Interessen der Rechtsuchenden infolge der Art der Wirtschaftsführung.

cc) Ebenso unbehelflich ist der Hinweis des Antragstellers, er habe die Beiträge für seine **Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung** zwar verspätet gezahlt, jedoch jederzeit einen bestehenden Versicherungsschutz sichergestellt und zudem seine **berufliche Tätigkeit bislang schadenfrei** ausgeübt.

Ungeachtet dessen, dass es auf die verspätete Entrichtung der Versicherungsbeiträge nicht mehr ankommt, weil bereits die über einen mehrjährigen Zeitraum wiederholt gegen den Antragsteller beantragten Zwangsvollstreckungen und Insolvenzverfahren seine Amtsenthebung rechtfertigen, hat das Oberlandesgericht zu Recht hervorgehoben, dass eine die Belange der Rechtsuchenden gefährdende Art der Wirtschaftsführung auch schon besteht, wenn der Anwaltsnotar es, wie hier, **mehrfach zu qualifizierten Mahnungen** (§ 39 VVG) für seine Berufshaftpflichtversicherung (§ 51 BRAO, § 19a BNotO) kommen lässt und er damit das Risiko eingeht, dass seine Anwaltszulassung widerrufen (§ 14 Abs. 2 Nr. 9 BRAO, vgl. zu den Folgen auch § 47 Nr. 3 BNotO) oder er gemäß § 50 Abs. 1 BNotO seines Notaramts enthoben wird. Ob in der Vergangenheit ein Versicherungsfall nicht eingetreten ist, ist unmaßgeblich, weil die Haftpflichtversicherung Vorsorge für künftige Berufspflichtverletzungen treffen soll, die auch einem ansonsten sorgfältig arbeitenden Rechtsanwalt und Notar immer unterlaufen können.

dd) **Unbeachtlich ist ferner, ob den Antragsteller ein Verschulden an dem Entstehen der wirtschaftlichen Situation trifft**, die ihn zu seiner Art der Wirtschaftsführung veranlasst. Ob der Notar schuldhaft in eine Situation geraten ist, die Bedenken gegen seine Wirtschaftsführung i.S.d. § 50 Abs. 1 Nr. 8 BNotO begründen, ist unmaßgeblich (*Schippel/Bracker/Pülsch, BNotO 8. Aufl., § 50 Rdnr. 28*). Nach dieser Bestimmung kommt es allein auf die objektive Gefährdung der Interessen der Rechtsuchenden an. Ebenso können die Bemühungen des Antragstellers, seine wirtschaftlichen Belastungen zu reduzieren, letztlich das Vorliegen eines Amtsenthebungsgrundes nach dieser Bestimmung nicht ausräumen, da sie, wie das Ansteigen seiner steuerlichen Verpflichtungen zeigt, nicht erfolgreich waren und er damit die Ursachen für die die Interessen der Rechtsuchenden gefährdende Art der Wirtschaftsführung nicht abzustellen vermochte.

ee) Dass der Antragsteller lediglich für eine Eigentumswohnung ein **Bankdarlehen** in Anspruch nimmt, dessen Annuitäten **durch die Mieteinkünfte abgedeckt** werden, vermag ihn ebenfalls nicht zu entlasten. Dies ändert nichts daran, dass er bis in die jüngste Vergangenheit titulierte Forderungen, wenn überhaupt, erst nach der Einleitung von Zwangsvollstreckungsverfahren beglichen hat. Das allein genügt für die Erfüllung der Voraussetzungen des § 50 Abs. 1 Nr. 8 BNotO.

ff) Ebenso ist unmaßgeblich, dass die Amtsführung des Antragstellers **als Notar bislang tadellos** war. § 50 Abs. 1 Nr. 8 BNotO ist ein abstrakter Gefährdungstatbestand. Zu konkreten Missständen bei der notariellen Tätigkeit muss es deshalb auch unter Berücksichtigung des Grundrechts des Notars aus Art. 12 Abs. 1 GG noch nicht gekommen sein (siehe unter a).

gg) Schließlich ist es für die Wirtschaftsführung des Antragstellers nicht von Bedeutung, dass seine **Ehefrau** über ein beträchtliches **Depotvermögen** von mehr als 150.000 EUR verfügt, solange dies nicht für die Tilgung seiner Schulden eingesetzt wird. (...) ■

## Anwaltschaftung

- Schmerzensgeldanspruch des Mandanten?
  - Fehlerhafte versicherungsrechtliche Beratung
  - Schutzzweck der Beratung
  - Schutz der Gesundheit des Mandanten?
- (BGH, Urt. v. 9.7.2009 – IX ZR 88/08)

### Leitsatz:

Die Schlechterfüllung eines Anwaltsvertrages, der nicht den Schutz der Rechtsgüter des § 253 Abs. 2 BGB zum Gegenstand hat, begründet in der Regel keinen Schmerzensgeldanspruch. ■

### Zum Sachverhalt:

Die Klägerin und ihr Ehemann hatten bis 30.11.2004 ein Einfamilienhaus gemietet. Am 26.12.2002 hantierten ihre damals fünfjährigen Zwillingssöhne mit brennenden Wunderkerzen, wodurch in der weiteren Folge das Haus in Brand geriet und nicht mehr bewohnbar war. Die Vermieterin lastete den Brand der Klägerin an und verlangte, die Miete weiterzuzahlen. Hierauf ersuchten die Eheleute die beklagten Rechtsanwälte um Rechtsauskunft. Die Beklagten vertraten die Eheleute in dem von der Vermieterin angestrebten Verfahren auf Zahlung der Miete. Am 25.6.2003 kündigten die Eheleute das Mandat, weil der Beklagte zu 1) sie grob fehlerhaft beraten habe. Er habe erklärt, die private Haftpflichtversicherung müsse für das Schadenereignis nicht eintreten, wenn sich erweise, dass die Eheleute oder deren Kinder-mädchen den Brand grob fahrlässig mit verursacht hätten. Die Eheleute hätten deshalb damit gerechnet, den Wiederaufbau des zerstörten Hauses aus eigenen Mitteln in Höhe von 600.000 EUR übernehmen zu müssen.

Die Klägerin begehrt – soweit im Revisionsverfahren noch von Interesse – aus eigenem sowie aus abgetretenem Recht ihres Ehemanns Schmerzensgeld wegen der fehlerhaften Beratung. Sie und ihr Ehemann hätten sich im Anschluss an den Brand in Dauerpanik und seelischer Auflösung im Sinne einer posttraumatischen Belastungsstörung befunden. Hierfür seien die sie belastenden gänzlich unververtretbaren Rechtsauskünfte mitursächlich gewesen. Wegen ihrer Gesundheitsbeeinträchtigung stehe ihr – der Klägerin – ein Schmerzensgeld von mindestens 4.000 EUR zu; für ihren Ehemann sei ein Betrag von mindestens 2.000 EUR anzusetzen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Klägerin ist ohne Erfolg geblieben. Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt sie ihren Klageantrag weiter. Die Revision der Klägerin hat keinen Erfolg. ■

**Aus den Gründen:**

I. Das Berufungsgericht, dessen Urteil in VersR 2008, 1396, abgedruckt ist, hat ausgeführt, die geltend gemachten Beeinträchtigungen wiesen zwar eine psychische Belastungsstörung mit Krankheitswert auf, gleichwohl scheide eine Ersatzpflicht der Beklagten aus. Es fehle an dem notwendigen Zusammenhang zwischen dem Schutzzweck der verletzen Pflicht und dem eingetretenen Schaden. Die Klägerin laste dem Beklagten zu 1) an, im Rahmen seiner Beratungstätigkeit eine falsche Auskunft erteilt zu haben. Die Pflicht zur ordnungsgemäßen Beratung folge aus dem Anwaltsvertrag, der im vorliegenden Fall allein auf die Vermögensinteressen der Klägerin und ihres Ehemanns ausgerichtet gewesen sei. Nichtvermögensrechtliche Angelegenheiten seien nicht Gegenstand des Mandats gewesen und seien auch nicht anlässlich der Frage, ob die Eheleute den Wiederaufbau des Hauses bezahlen müssten, erörtert worden. Im Rahmen des Anwaltsvertrages hätten deshalb keine Obhutspflichten für die psychische und geistige Verfassung der Mandanten bestanden. Die psychische Verarbeitung fehlerhafter Auskünfte und Hinweise werde im allgemeinen Verkehr regelmäßig dem Empfänger überantwortet, jedenfalls soweit es allein Risiken und Bedrohungen in Bezug auf die eigene Vermögenslage betreffe. Belastungen hieraus müssten dem allgemeinen Lebensrisiko zugerechnet werden.

II. Diese Ausführungen halten rechtlicher Prüfung stand.

Die Ansicht des Berufungsgerichts, der geltend gemachte Nichtvermögensschaden werde vom **Schutzzweck der verletzten Beratungsverpflichtung** der Beklagten nicht erfasst, ist rechtlich zutreffend.

1. Revisionsrechtlich ist vom Vorbringen der Klägerin auszugehen. Danach hat der Beklagte zu 1) nach der Mandatserteilung auf Frage der Klägerin erklärt, sie müssten die Kosten der Haussanierung tragen, wenn das für den Brand kausale Verhalten der Eheleute als grob fahrlässig eingestuft werden sollte. Aus dem von der Klägerin in diesem Zusammenhang vorgelegten Schreiben des Beklagten zu 1) an die Eheleute vom 12.2.2003 geht hervor, dass der Beklagte zu 1) unter Bezugnahme auf § 61 VVG a.F. die Ansicht vertreten hat, die private Haftpflichtversicherung müsse bei einem grob fahrlässigem Fehlverhalten der Klägerin nicht leisten.

Das Berufungsgericht ist auf dieser tatsächlichen Grundlage zutreffend davon ausgegangen, dass die **Auskunft unrichtig** war und der Beklagte zu 1) damit seine **anwaltliche Beratungspflicht verletzt** hat. Ein Rechtsanwalt ist innerhalb der Grenzen des ihm erteilten Mandats verpflichtet, seinen Auftraggeber umfassend und erschöpfend zu belehren, um ihm eine eigenverantwortliche, sachgerechte Entscheidung darüber zu ermöglichen, wie er seine Interessen in rechtlicher und wirtschaftlicher Hinsicht zur Geltung bringen will (BGHZ 171, 261, 263 f Rdnr. 9 f; BGH, Urt. v. 13.3.2008 – IX ZR 136/07, WM 2008, 1560, 1561 Rdnr. 14 f, v. 15.1.2009 – IX ZR 166/07, WM 2009, 571, 572 Rdnr. 10; Zuehör in: Zuehör/Fischer/Sieg/Schlee, Handbuch der Anwaltshaftung 2. Aufl., Rdnr. 483).

Das den Beklagten erteilte vorgerichtliche Beratungsmandat war auf die Wahrnehmung der Interessen der Klägerin und ihres Ehemanns im Zusammenhang mit dem Brandschaden und den hierauf gerichteten Ansprüchen der Vermieterin bezogen und erfasste damit auch die hier in Rede stehende Frage nach einer Einstandspflicht der Haftpflichtversicherung. Die erteilte Auskunft war unrichtig, weil nach § 152 VVG a.F. – jetzt § 103 VVG – für die Haftpflichtversicherung **der subjektive Risikoausschluss nur für vorsätzliches und widerrechtliches Handeln des Versicherungsnehmers gilt** und § 61 VVG a.F. hierdurch eingeschränkt wird (BGH, Urt. v. 30.5.1963 – II ZR 14/61, VersR 1963, 742, 743). Dementsprechend besteht nach § 4 Abs. 2 Nr. 1 Satz 1 AHB ein Risikoausschluss nur für Versicherungsansprüche aller Personen, die den Schaden vorsätzlich herbeigeführt haben. Damit sind die Beklagten zum Ersatz des durch die unzutreffende Auskunft entstandenen Schadens verpflichtet.

2. Rechtsgrundlage für den geltend gemachten Anspruch auf **Ersatz des immateriellen Schadens ist § 253 Abs. 2 BGB** in der Fassung des Zweiten Gesetzes zur Änderung schadenersatzrechtlicher Vorschriften vom 19.7.2002 (BGBl I, 2674), der mit Wirkung zum 1.8.2002 die Vorschrift des § 847 BGB ersetzt hat. Die Neuregelung fasst den Anwendungsbereich der Ersatzpflicht für immaterielle Schäden erheblich weiter. **Sie sieht sowohl bei der Vertragshaftung als auch bei der Gefährdungshaftung den Ersatz immaterieller Schäden vor, während diese Bereiche früher nicht mit umfasst waren** (BAG, NZA 2007, 262, 264 f Rdnr. 23 f; Palandt/Heinrichs, BGB 68. Aufl., § 253 Rdnr. 8; Wagner, NJW 2002, 2049, 2055). Deshalb schließt nunmehr auch die vertragliche Haftung des rechtlichen Beraters aus § 675 Abs. 1 i.V.m. § 280 Abs. 1 BGB einen Anspruch auf eine billige Entschädigung in Geld (Schmerzensgeld) mit ein (Fischer in: Zuehör/Fischer/Sieg/Schlee, a.a.O., Rdnr. 1092; Fahrendorf in: Rinsche/Fahrendorf/Terbille, Die Haftung des Rechtsanwalts 7. Aufl., Rdnr. 769; Vollkommer/Greger/Heinemann, Anwaltshaftungsrecht 3. Aufl., § 20 Rdnr. 43; Zuehör, Grundsätze der zivilrechtlichen Haftung der Rechtsanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer, Rdnr. 103).

Nach dem – bestrittenen – Vortrag der Klägerin, den das Berufungsgericht seiner Beurteilung zugrunde gelegt hat, ist bei der Klägerin sowie ihrem Ehemann ein Nichtvermögensschaden entstanden. Die Klägerin hat in diesem Zusammenhang geltend gemacht, sie habe aufgrund der fehlerhaften Beratung angenommen, für die **Sanierung des Hauses 600.000 EUR** zahlen zu müssen, was für sie und ihre Familie **existenzbedrohend** gewesen wäre. Bis zum Anwaltswechsel im Juni 2003 habe sie **in jeder Nacht stundenlange Schlaflosigkeit**, dauernde schwere **Erschöpfungszustände** sowie Zustände von Verzweiflung, Mutlosigkeit, Dauerpanik und seelischer Auflösung erlitten. In abgeschwächter Form hat sie dies auch für ihren Ehemann behauptet. Eine äquivalente und adäquate (Mit-)Verursachung der geltend gemachten körperlichen und psychischen Beeinträchtigung durch die fehlerhafte Beratung lässt sich unter diesen Umständen nicht verneinen. Nach dem behaupteten Ausmaß der Belastungen handelt es sich **nicht mehr um geringfügige Einwirkungen ohne wesentliche Beeinträchtigung der Lebensführung**, wie



sie etwa bei für das Alltagsleben typische und häufig auch aus anderen Gründen als einem besonderen Schadenfall entstehende Beeinträchtigungen des körperlichen und seelischen Wohlbefindens aufkommen können und die im Einzelfall weder unter dem Blickpunkt der Ausgleichs- noch der Genugtuungsfunktion ein Schmerzensgeld als billig erscheinen lassen (vgl. BGH, Urt. v. 14.1.1992 – VI ZR 120/91, NJW 1992, 1043; v. 27.5.1993 – III ZR 59/92, NJW 1993, 2173, 2175, insoweit in BGHZ 122, 363 nicht abgedruckt). Es ist auch davon auszugehen, dass die beschriebenen **Beeinträchtigungen** trotz der „Vorschädigung“ aufgrund des Brandgeschehens letztlich **erst durch die anwaltliche Fehlinformation ausgelöst** worden sind.

3. Die Kriterien der äquivalenten und adäquaten Verursachung führen nicht in allen Fällen zu einer sachgerechten Eingrenzung der Haftung für schadenursächliches Verhalten. Dem Anspruchsgegner darf deshalb nur der Schaden zugerechnet werden, der innerhalb des Schutzbereichs der verletzten Norm eingetreten ist. Diese Wertung gilt auch im Vertragsrecht.

Die Haftung des Schädigers ist dort durch den Schutzzweck der verletzten vertraglichen Pflicht beschränkt. **Dies bedeutet für den Bereich der Anwalts-(und Steuerberater)haftung, dass der Berater vertraglich nur für solche Nachteile einzustehen hat, zu deren Abwendung er die aus dem Mandat folgenden Pflichten übernommen hat** (BGHZ 116, 209, 212; 163, 223, 230; BGH, Urt. v. 26.6.1997 – IX ZR 233/96, NJW 1997, 2946, 2947; v. 6.2.2002 – III ZR 206/01, NJW 2002, 2459, 2460; v. 13.2.2003 – IX ZR 62/02, WM 2003, 1621, 1622; v. 18.1.2007 – IX ZR 122/04, WM 2007, 567, 568 Rdnr. 8; v. 15.1.2009 – IX ZR 166/07, a.a.O., Rdnr. 9; Fischer in: *Zugehör/Fischer/Sieg/Schlee*, a.a.O., Rdnr. 1033; *Fahrendorf in: Rinsche/Fahrendorf/Terbille*, a.a.O., Rdnr. 756 f.). **Der Schutzzweck der Beratung ergibt sich hierbei aus dem für den Anwalt erkennbaren Ziel, das der Mandant mit der Beauftragung verfolgt, und ist objektiv aus Inhalt und Zweck der vom Anwalt geschuldeten Tätigkeit zu bestimmen** (BGH, Urt. v. 26.6.1997 – IX ZR 233/96, a.a.O.). Nach diesen Grundsätzen scheidet ein Schmerzensgeldanspruch aus.

a) Nach der im Schrifttum vertretenen Ansicht kommt im Rahmen der vertraglichen Anwaltschaftung ein Schmerzensgeldanspruch aus § 253 Abs. 2 BGB nur dann in Betracht, wenn der Schutz der in dieser Bestimmung genannten Rechtsgüter des Mandanten in den Bereich der vom Anwalt übernommenen Pflichten fällt. Dies wird etwa bejaht, wenn der Mandant **infolge eines Fehlers seines Verteidigers in Haft genommen oder ihm die beantragte Haftverschonung versagt wird** (Fischer in: *Zugehör/Fischer/Sieg/Schlee*, a.a.O., Rdnr. 1092; *Fahrendorf in: Rinsche/Fahrendorf/Terbille*, a.a.O., Rdnr. 769; *Chab, AnwBl* 2005, 497, 498). Für den Regelfall wird dagegen angenommen, dass ein Anwaltsauftrag nicht auf die Wahrnehmung oder Förderung eines Interesses zur **Wahrung der Körperintegrität oder Gesundheit** gerichtet ist (*Fahrendorf in: Rinsche/Fahrendorf/Terbille*, a.a.O., Rdnr. 766; *Fischer in: Zugehör/Fischer/Sieg/Schlee*, a.a.O., Rdnr. 1033, 1035 Fallgestaltung 7) und durch Beratungsfehler verursachte Gesundheitsschäden deshalb keinen Schmerzensgeld-

anspruch des Mandanten begründen können (*Vollkommer/Greger/Heinemann*, a.a.O.; *Chab, BRAK-Mitt* 2008, 158, 159). Diese Auffassung schließt an die zu § 847 BGB ergangene Rechtsprechung an, nach der **Gesundheitsschädigungen von Mandanten infolge anwaltlicher Fehler** bei der Rechtsberatung und Rechtsvertretung außerhalb des Schutzzwecks der Anwaltschaftung liegen und deshalb keinen Schmerzensgeldanspruch auslösen können (*OLG Hamm, NJW-RR* 2001, 1142, 1143; *OLG Braunschweig, Urt. v. 2.11.2000 – 2 U 13/00, n.v., m. Anm. Borgmann, BRAK-Mitt* 2001, 290).

b) Der Literaturmeinung ist im Ausgangspunkt zuzustimmen. Die Schlechterfüllung eines Anwaltsvertrages, der nicht den Schutz der Rechtsgüter des § 253 Abs. 2 BGB zum Gegenstand hat, kann nicht Grundlage eines Schmerzensgeldanspruchs sein. **Die Neuregelung des § 253 Abs. 2 BGB schließt es nicht von vornherein aus, die Haftung aus dem Gesichtspunkt des Schutzzwecks der Norm für immaterielle Schäden einzuschränken.** Die Grundsätze über den Schutzzweck der verletzten vertraglichen Pflicht gelten für das gesamte Schadenersatzrecht und lassen sich nicht auf den Bereich von Vermögensschäden beschränken. Sie sind auch im Rahmen der vertraglichen Anwaltschaftung zu berücksichtigen (BGHZ 163, 223, 230; BGH, Urt. v. 26.6.1997 – IX ZR 233/96, a.a.O.; v. 13.2.2003 – IX ZR 62/02, a.a.O.; v. 18.1.2007 – IX ZR 122/04, a.a.O.).

Die von der Revision befürchtete Privilegierung des Anwaltsstandes scheidet auch deshalb aus, weil bei der Berücksichtigung der Grundsätze über den Schutzzweck wie auch bei anderen Schuldverhältnissen zu prüfen ist, ob das in § 253 Abs. 2 BGB aufgeführte und verletzte Rechtsgut in den Schutzbereich der im Einzelfall übernommenen Vertragspflicht fällt.

(1) So kann etwa im Bereich der **Strafverteidigung** das in § 253 Abs. 2 BGB genannte Rechtsgut der Freiheit in den Schutzzweck der verletzten Pflicht fallen. In Betracht kann dies kommen, wenn ein Verteidiger den aussichtsreichen **Antrag auf Verlegung eines Termins zur Hauptverhandlung unterlässt** und sein Mandant infolgedessen nach Ausbleiben im Termin in Untersuchungshaft genommen wird (vgl. *KG, NJW* 2005, 1284, 1285, zu § 847 BGB; *Chab, BRAK-Mitt* 2008, a.a.O.; *allgemein für den Fall der Freiheitsentziehung auch Fahrendorf in: Rinsche/Fahrendorf/Terbille*, a.a.O., Rdnr. 769). Gleiches wird zu gelten haben, falls infolge eines Fehlers des Anwalts die **beantragte Haftverschonung** versagt wird (*Fischer in: Zugehör/Fischer/Sieg/Schlee*, a.a.O., Rdnr. 1092). Entsprechende Erwägungen kommen ferner für Mandate bei Unterbringungsmaßnahmen und sonstigen auf Freiheitsentziehung gerichteten Verfahren in Betracht.

Eine vertragliche Verpflichtung auf Ersatz des Nichtvermögensschadens kann sich schließlich bei Verletzung einer Nebenpflicht (§ 241 Abs. 2 BGB) ergeben. Unter dem Gesichtspunkt der Verkehrssicherungspflicht ist der Anwalt etwa gehalten, seine **Kanzleiräume so einzurichten und zu unterhalten, dass sich seine Mandanten keine Körper- oder Gesundheitsschäden zuziehen** (*Zugehör, Beraterhaftung nach der Schuldrechtsreform, Rdnr. 150*).

Bei unzureichender Verkehrssicherung kann deshalb im Verletzungsfall die Zuerkennung eines Schmerzensgelds infrage kommen, ohne dass es einer unerlaubten Handlung bedarf (vgl. *Fahrendorf in: Rinsche/Fahrendorf/Terbille, a.a.O., RdNr. 766*).

(2) Hiervon unterscheidet sich die vorliegende Fallgestaltung. Der geltend gemachte **Anwaltsfehler betrifft eine Hauptpflicht der Beklagten**. Er bezieht sich auf einen vorgerichtlichen Beratungsauftrag, der eine vermögensrechtliche Angelegenheit zum Gegenstand hatte, nämlich Zahlungs- und Schadenersatzansprüche Dritter abzuwehren. Das Mandat betraf ausschließlich die Wahrnehmung der vermögensrechtlichen Interessen der Klägerin und ihres Ehemanns im Zusammenhang mit den Folgen, die sich aus dem durch die Kinder verursachten Brand des angemieteten Wohnhauses ergaben. Der Inhalt des Vertrages war auf die Erteilung ordnungsgemäßer Rechtsauskünfte in diesem vermögensrechtlichen Bereich gerichtet. Der Schutz der Gesundheit der Mandanten gehörte hingegen nicht zu den von den Beklagten übernommenen Pflichten. ■

## Unternehmensnachfolge

- Schaden
  - Alternative Gestaltungsmöglichkeiten
  - Darlegungs- und Beweislast des Mandanten
  - Verjährungsbeginn, § 68 StBerG a.F.
- (BGH, *Beschl. v. 6.12.2007 – IX ZR 151/05*)

### Leitsatz (d. Red.):

Behauptet der Mandant, die vom Steuerberater begleitete Unternehmensnachfolge sei steuerschädlich gewesen, so trifft ihn die Darlegungs- und Beweislast, wie er sich bei ordnungsgemäßer Belehrung über eine drohende Aufdeckung stiller Reserven verhalten hätte. ■

### Aus den Gründen:

1. Die von der Nichtzulassungsbeschwerde geltend gemachte Abweichung der Entscheidung von dem Urteil des Senats vom 23.10.2003 – IX ZR 249/02 (*WM 2004, 475 ff*) besteht nicht. Während dort der Steuerberater eine wirtschaftlich unsinnige Maßnahme, für die kein Handlungsbedarf bestand, fälschlicherweise als steuerneutral bezeichnet hatte, hat der steuerliche Berater vorliegend die vom Kläger **angestrebte Unternehmensnachfolge begleitet**. Hierbei boten sich – wie die im Verlauf des Prozesses von dem Kläger vorgelegten **alternativen Vertragsentwürfe** belegen – **mehrere vertragliche Gestaltungen** an. In einem solchen Fall gehört es, wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat, zu der nur durch § 287 ZPO erleichterten **Darlegungs- und Beweislast des Klägers, wie er sich bei ordnungsgemäßer Belehrung –** Warnung vor der drohenden Aufdeckung stiller Reserven hinsichtlich der Beteiligung an der GmbH – **verhalten hätte** (vgl. *BGHZ 123, 311, 313 ff; BGH, Urt. v. 16.10.2003 – IX ZR 167/02, WM 2004, 472, 473; st. Rspr.*).

2. Der von der Nichtzulassungsbeschwerde gerügte Gehörsverstoß zu der Alternative **„Aufgabe des Vorhabens“** liegt nicht vor. Der Kläger hätte, wenn er seinen Schadenersatzanspruch daraus herleiten wollte, dass er bei ordnungsgemäßer Belehrung sein Vorhaben aufgegeben hätte, die dann gegebene Vermögenslage mit der tatsächlich eingetretenen vergleichen müssen. Das Berufungsgericht hat mit Recht herausgestellt, dass der Kläger eine hieran orientierte Schadenberechnung nicht vorgelegt hat. (...) ■

## Treuhändertätigkeit des Anwalts

- Sozietätsmandat
  - Einzelmandat
  - Anwaltstätigkeit
- (BGH, *Beschl. v. 5.7.2007 – IX ZR 257/06*)

### Leitsatz (d. Red.):

Übernimmt der Rechtsanwalt eine nicht anwaltstypische Tätigkeit, liegt es nahe, dass ihm ein Einzelmandat übertragen wurde und die Sozietät nicht Vertragspartei wurde. ■

### Aus den Gründen:

Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung, und weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordert eine Entscheidung des Revisionsgerichts (§ 543 Abs. 2 ZPO).

### Eine Treuhändertätigkeit, welche nicht mit einer Rechtsberatung in Zusammenhang steht, stellt keine anwaltstypische Tätigkeit dar.

Das folgt schon aus § 3 Abs. 1 BRAO, § 1 Abs. 2 RVG (vgl. etwa *BGH, Urt. v. 8.7.1999 – IX ZR 338/97, NJW 1999, 3040, 3042*). Die Verjährungsvorschrift des § 51 BRAO a.F. wurde auf reine Treuhandaufträge ebenfalls nicht angewandt (*BGH, Urt. v. 1.12.1994 – III ZR 93/93, WM 1995, 344, 347*). Einer höchststrichterlichen Leitentscheidung bedarf es nicht mehr.

Wird ein Rechtsanwalt mit einer nicht anwaltstypischen Aufgabe betraut, liegt die Annahme eines **Einzelmandats** nahe (*BGH, Urt. v. 8.7.1999, a.a.O., 3041; Beschl. v. 12.10.2006 – IX ZR 69/03, n.v.*). Ob der einzelne Rechtsanwalt oder die Sozietät Vertragspartei geworden ist, ist jedoch auf der Grundlage der besonderen Umstände jedes einzelnen Falles zu entscheiden.

Auch diese von der Nichtzulassungsbeschwerde aufgeworfene Frage ist also nicht klärungsbedürftig.

Die Annahme eines Treuhandvertrages mit der Sozietät im vorliegenden Fall verantwortet der Tatrichter. Zulassungsgründe liegen insoweit nicht vor. Insbesondere ist der Anspruch des Beklagten zu 1) auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) nicht verletzt worden. (...) ■

## Honoraranspruch des Rechtsanwalts

- Aufrechnung mit Fremdgeldern
- Pflicht zur Kostenschonung
- Hinweispflichten
- Ein Auftrag, mehrere Angelegenheiten
- Verjährung

(OLG Düsseldorf, Urt. v. 16.6.2009 – I-24 U 169/08)

### Leitsätze:

1. Der Rechtsanwalt ist nicht gehindert, sich durch Aufrechnung mit Honoraransprüchen aus nicht zweckgebundenen Fremdgeldern zu befriedigen.
2. Zur Umrechnung von Reichs- und Goldmarkforderungen in Euro.
3. Der Gegenstandswert der Löschung von nicht mehr valutierten Grundpfandrechten ist mit 20 % des Nominalwerts anzusetzen.
4. Zur ordnungsgemäßen Beratung des Mandanten gehört der Hinweis des Rechtsanwalts auf geringere notarielle Gebühren, wenn er den Mandanten in der „notariellen“ Angelegenheit nicht sonst anwaltlich zu vertreten hat.
5. Die Verjährung des anwaltlichen Gebührenanspruchs aus einer Tätigkeit in einem Teilungsversteigerungsverfahren beginnt mit der Hinterlegung des Versteigerungserlöses durch das Versteigerungsgericht.
6. Zur Vergleichsrechnung nach § 13 Abs. 3 BRAGO a.E. (= § 15 Abs. 3 RVG). ■

### Aus den Gründen:

I. Die Klägerin begehrt von dem Beklagten mit der Klage zum einen die weitergehende Auszahlung eines zu ihren Gunsten von dem Beklagten eingezogenen Versteigerungserlöses, den der Beklagte teilweise mit Honoraransprüchen verrechnete, zum anderen die Rückzahlung von gezahltem Anwaltshonorar. Der Beklagte rechnet hilfsweise mit weitergehenden Anwaltshonoraransprüchen auf und verfolgt diese auch mit der Hilfswiderklage.

Die Klägerin, ihre Schwester und die gemeinsame Mutter waren in ungeteilter Erbengemeinschaft nach ihrem Vater bzw. Ehemann Eigentümer zu 1/2 des Grundstücks C.-Str. ... Die Mutter übertrug ihr Alleineigentum an dem anderen 1/2-Anteil zu Lebzeiten auf die Klägerin; diese wurde nach deren Versterben Alleinerbin. Die Klägerin beauftragte im Jahr 1998 den bis zum 31.12.1999 in der Sozietät des Beklagten tätigen Rechtsanwalt H. mit der Einleitung des Teilungsversteigerungsverfahrens hinsichtlich des 1/2-Anteils der Erbengemeinschaft und zahlte auf die Vorschussanforderung vom 19.6.1998 am 29.6.1998 1.160 DM = 593,10 EUR. Unter dem 10.11.1999 wurden der Klägerin für die Wahrnehmung von zwei Versteigerungsterminen „gemäß

Vereinbarung“ 3.549,60 DM = 1.814,88 EUR in Rechnung gestellt, die diese am 26.1.2000 zahlte. Die entsprechende Gebührenvereinbarung vom 26.8.1999 wurde zu einem späteren Zeitpunkt unterzeichnet. Die Klägerin ersteigerte den 1/2-Anteil der Erbengemeinschaft unter Übernahme zweier nicht mehr valutierender Grundschulden über 4.000 Goldmark und 11.500 Reichsmark zum Bargebot von 32.500 DM. Der Beklagte sollte die Löschungsbewilligungen einholen, wurde insoweit tätig und stellte hierfür unter dem 27.1.2003 Rechtsanwaltshonorar von 820,92 EUR in Rechnung. Diesen Betrag behielt er von dem von ihm eingezogenen Versteigerungserlös ein. Der an die Klägerin und deren Schwester auszukehrende Versteigerungserlös betrug insgesamt 26.671,80 DM = 13.637,08 EUR und stand jedem zu 1/2 zu.

Im Rahmen der Korrespondenz über die Erbauseinandersetzung machte die Klägerin über ihre Rechtsanwälte verschiedene Ansprüche gegen ihre Schwester geltend, während diese sich auf Pflichtteilsansprüche berief. Die Klägerin und ihre Schwester einigten sich mit Hilfe ihrer Rechtsanwälte darauf, dass die Klägerin vom Versteigerungserlös 8.300 EUR erhielt und ihre Schwester den Restbetrag. Die Hinterlegungsstelle zahlte diese Beträge am 6.3.2003 aus. Auf der Grundlage eines Gegenstandswerts von 13.637,05 EUR wurden der Klägerin von dem Beklagten unter dem 27.1.2003 für die Angelegenheit „Auseinandersetzung Erbengemeinschaft“ weitere 2.352,60 EUR in Rechnung gestellt. Auch dieser Betrag wurde vom Versteigerungserlös einbehalten.

Der Beklagte hat diese Rechnung durch eine neue Rechnung vom 3.8.2004 über einen Betrag von 5.487,64 EUR ersetzt, die nach Abzug der Forderung von 2.352,60 EUR aus der Rechnung vom 27.1.2003 und weiterer Guthaben mit einer Forderung von noch 2.528,37 EUR schließt. Er behielt einen weiteren Betrag von 303,44 EUR vom Versteigerungserlös ein, der der Klägerin ebenfalls unter dem 27.1.2003 für die Angelegenheit „Beratung Schadenersatz bzgl. überlassener Instandhaltung“ in Rechnung gestellt wurde. Eine weitere Rechnung vom 11.3.2003 verhält sich über die Kosten eines in zwei Instanzen geführten Rechtsstreits der Klägerin gegen deren Schwester. Sie schließt nach Abzug von Vorauszahlungen, Erstattungen, von der Gegenseite gezahlter Kosten und Verrechnungen mit einem Guthaben der Klägerin von 123,53 EUR, das von der Summe der anderen Rechnungen in Abzug gebracht wurde, bevor diese vom Versteigerungserlös einbehalten wurde.

Mit der Klage hat die Klägerin von dem Beklagten die Auszahlung weiteren Versteigerungserlöses in Höhe von 820,92 EUR, Rückzahlung gezahlten Honorars von 1.814,83 EUR (Umrechnungsbetrag von 3.549,60 DM = 1.814,88 EUR) sowie Auszahlung weiteren Versteigerungserlöses von 2.352,60 EUR und 303,44 EUR und Erstattung eines Guthabens von 1.291,11 EUR aus der Rechnung vom 11.3.2003 verlangt, insgesamt 6.582,90 EUR. Dazu hat sie geltend gemacht: Der Beklagte sei nicht berechtigt gewesen, für die Einholung der Löschungsbewilligung Rechtsanwaltshonorar zu berechnen. Er sei als Notar tätig geworden oder

habe jedenfalls darauf hinweisen müssen, dass er als Notar kostengünstiger tätig werden könne. Zudem sei der Gegenstandswert falsch berechnet. Der Beklagte sei zur Rückzahlung des Anwaltshonorars von 1.814,83 EUR verpflichtet, weil die Klägerin erst nach Zahlung gebeten worden sei, die Honorarvereinbarung zu unterschreiben; sie sei insoweit auch nicht aufgeklärt worden. Von einem freiwilligen Verhalten könne keine Rede sein.

Der Beklagte habe für die „Auseinandersetzung Erbgemeinschaft“ auch kein Honorar von 2.352,60 EUR berechnet und mit dem Versteigerungserlös verrechnen dürfen. Gegenstandswert und Gebühren seien falsch berechnet. Ein Mandat für die Geltendmachung von Ansprüchen gegen die Schwester sei nicht erteilt worden. Gegenüber der neuen Rechnung vom 3.8.2004 beruft sich die Klägerin zudem auf Verjährung. Auch der Rechnungsbetrag von 303,44 EUR sei unberechtigt einbehalten worden. Es sei nicht nachvollziehbar, wofür diese Gebühren berechnet worden seien. Zudem sei auch dieser Anspruch verjährt. Aus der Rechnung vom 11.3.2003 sei der Klägerin ein Guthaben von 1.291,11 EUR zu erstatten. Es seien falsche Gegenstandswerte zugrunde gelegt worden. Der Beklagte habe nicht darauf hingewiesen, dass die Berufungssumme nicht erreicht sei, und könne deshalb für die Berufungsinstanz keine Gebühren geltend machen. Zudem habe die Klägerin die Kosten der Unterbevollmächtigten bereits unmittelbar an diese gezahlt. Auch wegen dieser Rechnung beruft sich die Klägerin auf Verjährung.

(Anträge ...)

Der Beklagte hat geltend gemacht: Er sei bei der Einholung der Löschungsbewilligungen als Rechtsanwalt beauftragt worden und tätig gewesen und sei an notarieller Tätigkeit auch durch die Vorbefassung von Rechtsanwalt H. gehindert gewesen. Die Klägerin könne die auf die Rechnung vom 10.11.1999 gezahlten 3.549,60 DM = 1.814,88 EUR schon deshalb nicht zurückfordern, weil sie freiwillig und vorbehaltlos geleistet habe. Die jetzige Rechnung vom 3.8.2004 (früher 27.1.2003) sei richtig. Tatsächlich seien die nunmehr angenommenen Gegenstandswerte zugrunde zu legen, weil eine Gesamtbereinigung aller von der Klägerin und deren Schwester im Rahmen der Erbauseinandersetzung geltend gemachten Ansprüche erzielt worden sei. Gegenstand der Rechnung über 303,44 EUR sei die von der Klägerin in Auftrag gegebene Prüfung von Ansprüchen gegen deren Schwester auf Schadenersatz wegen Unterlassens notwendiger Reparatur- und Instandsetzungsarbeiten gewesen. Auch die Rechnung vom 11.3.2003 sei letztlich richtig. Die Kosten der Unterbevollmächtigten zweiter Instanz seien allerdings irrtümlich in die Rechnung aufgenommen worden. Von der Begleichung der Kosten der Unterbevollmächtigten erster Instanz durch die Klägerin wisse er nichts. Er habe die entsprechende Rechnung vom 20.2.2001 vielmehr am 5.4.2001 selbst bezahlt.

Der Beklagte hat mit weitergehenden Ansprüchen aus der Rechnung vom 3.8.2004 in Höhe von 2.528,37 EUR die Hilfsaufrechnung erklärt.

Mit der Widerklage hat der Beklagte zunächst den Restbetrag aus der Rechnung vom 3.8.2004 von 2.528,37 EUR begehrt. Mit Schriftsatz vom 29.6.2006 hat er die Widerklage in Höhe des von der Klägerin gezahlten Vorschusses von 1.160 DM = 593,10 EUR zurückgenommen.

Das Landgericht hat Beweis erhoben durch Einholung von Gutachten des Vorstands der Rechtsanwaltskammer Düsseldorf.

Mit Urteil vom 1.8.2008 hat das Landgericht unter teilweiser Abweisung von Klage und Widerklage den Beklagten verurteilt, (...)

Zur Begründung hat das Landgericht im Wesentlichen ausgeführt, der Beklagte habe aus der Rechnung vom 27.1.2003 über 820,92 EUR nur einen Anspruch in Höhe von 79,75 EUR gehabt, weil der Gegenstandswert nur 792,50 EUR betragen habe und nur eine 7,5/10-Gebühr habe angesetzt werden dürfen. In Höhe der Differenz von 741,17 EUR sei die Klage daher begründet. Soweit die Klägerin die Rechnung vom 10.11.1999 über 3.549,60 DM = 1.814,88 EUR bezahlt habe, könne sie 593,10 EUR zurückfordern, weil ihre Vorschusszahlung von 1.160 DM = 593,10 EUR auf diese Angelegenheit anzurechnen sei. Aus der Rechnung vom 3.8.2004 (früher 27.1.2003) habe der Beklagte nur 2.515,17 EUR verlangen dürfen, weil insgesamt, also auch für die Erbauseinandersetzung, ein Gegenstandswert von 13.637,05 EUR zugrunde zu legen sei und die Gebühr für das Teilungsversteigerungsverfahren schon von der Gebührensvereinbarung umfasst sei.

Über den mit dem Versteigerungserlös verrechneten Betrag von 2.352,60 EUR hinaus, also in Höhe von 162,57 EUR, sei daher die Widerklage begründet. Die Klägerin habe darüber hinaus einen Anspruch auf Zahlung von 303,44 EUR. Die der Rechnung zugrunde liegende Prüfung von Schadenersatzansprüchen sei bereits Gegenstand der Rechnung vom 3.8.2004 (früher 27.1.2003). Aus der Rechnung vom 11.3.2003 ergebe sich nach Abzug der geleisteten Zahlungen und erfolgten Erstattungen ein Guthaben der Klägerin von 1.041,59 EUR, das diese ebenfalls verlangen könne. Es sei sowohl für die erste wie auch für die zweite Instanz von niedrigeren Gegenstandswerten auszugehen.

Gegen dieses Urteil richten sich die Berufungen beider Parteien. (...)

II. Die zulässigen Berufungen beider Parteien haben in der Sache teilweise Erfolg. Die Klage ist infolge der Hilfsaufrechnung lediglich in Höhe von 599,84 EUR begründet. Über die Hilfswiderklage war nicht mehr zu entscheiden.

### 1. Zur Klage

a) Anspruch auf Auskehr weiteren Versteigerungserlöses: Der in Höhe von insgesamt 3.353,43 EUR nicht erfüllte Anspruch der Klägerin gegen den Beklagten auf Auszahlung des auf sie entfallenden Versteigerungserlöses von 8.300 EUR aus §§ 667, 675, 611 BGB bestand zunächst in restlicher Höhe von 1.014,85 EUR.



Im Übrigen ist er gemäß § 389 BGB durch Aufrechnung mit Honorarforderungen der Anwaltssozietät erloschen. Diese durfte den Anspruch mit Honorarforderungen in Höhe von 14,61 EUR aus der Rechnung vom 27.1.2003 über 820,92 EUR, in Höhe von 2.352,60 EUR aus der Rechnung vom 3.8.2004 (früher 27.1.2003) und in Höhe von 94,90 EUR aus der weiteren Rechnung vom 27.1.2003, insgesamt in Höhe von 2.462,11 EUR, reduziert um ein Guthaben von 123,53 EUR aus der Rechnung vom 11.3.2003 auf 2.338,58 EUR, verrechnen.

aa) Die Klägerin ist grundsätzlich berechtigt, die Auszahlung des weiteren Versteigerungserlöses allein von dem Beklagten zu verlangen. **Eine Anwaltssozietät ist eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts i.S.d. der §§ 705 ff BGB** (vgl. BGH, NJW 1996, 2859). **Für Forderungen des Gläubigers einer GbR haftet der einzelne Gesellschafter persönlich, unbeschränkt, unmittelbar, primär und auf die gesamte Leistung in Anlehnung an die akzessorische Haftung des oHG-Gesellschafters aus § 128 HGB** (vgl. Palandt/Sprau, BGB 68. Aufl., § 714 Rdnr. 11 ff m.w.N.).

bb) Die **Verrechnung** des Anspruchs auf Auszahlung des Versteigerungserlöses **mit Honoraransprüchen der Anwaltssozietät** ist gemäß § 387 BGB zulässig. Der Rechtsanwalt ist grundsätzlich nicht gehindert, sich durch Aufrechnung mit Honoraransprüchen **aus nicht zweckgebundenen Fremdgeldern** zu befriedigen (vgl. BGH, NJW 2007, 2640; WM 2003, 92; Senat, MDR 2009, 535; OLG Brandenburg, Urt. v. 8.5.2007 – 11 U 68/05, zitiert nach juris). Zwar darf ein fremdnütziger Treuhänder nach ständiger Rechtsprechung gegen den Herausgabeanspruch des Treugebers aus §§ 667, 675 BGB regelmäßig nicht mit Gegenforderungen aufrechnen, die ihren Grund nicht in dem Treuhandvertrag haben. Diese Grundsätze gelten auch für Rechtsanwälte hinsichtlich der von ihnen als Treuhänder empfangenen Fremdgelder. Der einem Rechtsanwalt erteilte **Einziehungsauftrag begründet aber nicht ohne Weiteres ein der Aufrechnung entgegenstehendes Treuhandverhältnis** (vgl. BGH, WM 2003, 92). Die Klägerin hat die Zulässigkeit der Aufrechnung als solche auch nicht infrage gestellt.

cc) Rechnung vom 27.1.2003 über 820,92 EUR: Der Gebührenanspruch für die Einholung der Löschungsbewilligungen (Rechnung der Anwaltssozietät des Beklagten vom 27.1.2003 über 820,92 EUR) war lediglich in Höhe von 14,61 EUR gerechtfertigt. Er konnte daher nur in dieser Höhe mit dem Anspruch auf Auszahlung des Versteigerungserlöses verrechnet werden.

(1) Unstreitig sollte der Beklagte Löschungsbewilligungen für die beiden Grundpfandrechte über 4.000 Goldmark und 11.500 Reichsmark einholen. Er ist insoweit auch tätig geworden.

Das Landgericht hat für den Gebührenanspruch im Ergebnis zutreffend einen Gegenstandswert von 1.550 DM = 792,50 EUR zugrunde gelegt. Dieser errechnet sich allerdings wie folgt: Richtigerweise waren die gesicherten Forderungen nicht nach § 16 UmstG (Drittes Gesetz zur Neuordnung des

Geldwesens – Umstellungsgesetz vom 20.6.1948, *WiGBl, Beilage Nr. 5, S. 13*) im Verhältnis 10 Reichs- bzw. Goldmark zu 1 DM, sondern nach den in der damaligen sowjetischen Besatzungszone (SBZ) geltenden Bestimmungen umzurechnen. Für das maßgebliche Währungsstatut ist auf den Schwerpunkt der grundpfandrechtlich gesicherten Forderung abzustellen. Dieser liegt mangels anderer Anhaltspunkte am Sitz des Grundpfandrechts, also in der SBZ (später DDR). Demnach hatte nach Ziff. VI Nr. 18 der Verordnung über die Währungsreform in der SBZ vom 21.6.1948 (*abgedr. bei Kohlmeier/Dewey, Bankensystem und Geldumlauf in der DDR 1945–1955, S. 202 ff, bestätigt durch Nr. 7 des SMAD-Befehls Nr. 111 vom 23.6.1948, abgedr. a.a.O., S. 193 ff*) die Umrechnung von Reichs- und Goldmark in Deutsche Mark der Deutschen Notenbank im Verhältnis 1 zu 1 zu erfolgen. Nach Art. 10 Abs. 5 i.V.m. Anlage 1 Art. 7 § 1 Abs. 1 des Vertrages über die Schaffung einer Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der DDR vom 18.5.1990 (*BGBI II 1990, 537*) war dann die Umrechnung im Verhältnis 2 zu 1 in DM durchzuführen (vgl. BGH, NJW-RR 2006, 1091). Dies ergibt sich nunmehr überdies aus § 3 Abs. 1 AFRG (Gesetz zur Regelung bestimmter Altforderungen – Altforderungsregelungsgesetz vom 10.6.2005), wonach Renten-, Reichs- oder Goldmark oder vergleichbare Währungsbezeichnungen im Verhältnis 2 zu 1 auf DM, umgestellt auf Euro, umzurechnen sind.

Danach war der Betrag von insgesamt 15.500 Reichs- bzw. Goldmark auf 7.750 DM = 3.962,51 EUR umzustellen. Da beide Grundpfandrechte unstreitig nicht mehr valutierten, waren lediglich 20% des Nennbetrages als Gegenstandswert anzusetzen, zumal weitergehende konkrete Nachteile für die Klägerin aus der Eintragung dieser Grundpfandrechte nicht vorgetragen sind (vgl. OLG Celle, MDR 2000, 1456; MDR 2005, 1196; OLG Nürnberg, MDR 2009, 217). Dies ergibt einen Gegenstandswert von 1.550 DM = 792,50 EUR. Dass bei nicht mehr valutierenden Grundpfandrechten für den Gegenstandswert der Löschungsbewilligung nicht der Nominalwert der gesicherten Forderung, sondern nur 20% hiervon zugrunde gelegt werden, rechtfertigt sich aus der Feststellung des Bundesverfassungsgerichts (*NJW-RR 2000, 946*), dass der sich aus dem Rechtsstaatsprinzip ergebende Justizgewährungsanspruch verletzt ist, wenn einer Partei aufgrund einer gerichtlichen Streitwertfestsetzung Kosten entstehen, die außer Verhältnis zu dem wirtschaftlichen Wert des Verfahrensgegenstandes stehen. Dabei betraf die Entscheidung auch konkret die am Nominalwert nicht mehr valutierenden Grundpfandrechte orientierte gerichtliche Streitwertfestsetzung in einem Verfahren auf Erteilung von Löschungsbewilligungen.

Dieser Gegenstandswert ist entgegen der Auffassung der Klägerin nicht deshalb weiter zu reduzieren, weil hinsichtlich des Grundpfandrechts über 11.500 Reichsmark nur noch die Löschungsbewilligung von einem der vier berechtigten Miterben einzuholen war, während die übrigen Löschungsbewilligungen bereits vorlagen. Denn das Fehlen der Löschungsbewilligung eines von mehreren Berechtigten steht der Löschung gleichermaßen entgegen wie das Fehlen der Löschungsbewilligung des einzigen Berechtigten.

(2) Bei einer Abrechnung nach den Vorschriften der BRAGO in der bis 30.6.2004 geltenden Fassung, die hier gemäß § 61 RVG anwendbar ist, wäre daher folgender Gebührenanspruch gegeben gewesen:

Gegenstandswert: 1.550,00 DM	
Gebührentatbestand	Betrag
7,5/10-Geschäftsgebühr, § 118 Abs. 1 Nr. 1 BRAGO	97,50 DM
Pauschale, § 26 BRAGO	14,63 DM
Zwischensumme	112,13 DM
16 % MWSt., § 25 Abs. 2 BRAGO	17,94 DM
Summe in DM	130,07 DM
Summe in EUR	66,50 EUR

Nach den nachvollziehbaren und überzeugenden Ausführungen des Vorstands der Rechtsanwaltskammer Düsseldorf im Gutachten vom 1.6.2006 und im Ergänzungsgutachten vom 12.10.2006 war der Ansatz einer durchschnittlichen 7,5/10-Geschäftsgebühr gemäß § 118 Abs. 1 Nr. 1 BRAGO gerechtfertigt. Hiergegen hat die Klägerin auch keine durchgreifenden Einwendungen erhoben.

Der Beklagte, der zugleich Notar ist, ist bei der Einholung der Löschungsbewilligungen auch als Rechtsanwalt tätig geworden. Dies ergibt sich aus der Vermutung des § 24 Abs. 2 Satz 2 BNotO. Die Voraussetzungen des § 24 Abs. 2 Satz 1 BNotO, unter denen ein Notar, der zugleich Rechtsanwalt ist, im Zweifel als Notar tätig geworden ist, liegen nicht vor, da der Beklagte unstreitig nicht den Auftrag hatte, einen Löschantrag der Klägerin zu beurkunden oder einen Löschantrag beim Grundbuchamt zu stellen (vgl. *Hartmann, Kostengesetze* 38. Aufl., § 147 KostO Rdnr. 15). Die Vermutung des § 24 Abs. 2 Satz 2 BNotO ist auch nicht deswegen widerlegt, weil der Beklagte das Schreiben an das Amtsgericht S. vom 27.3.2000 als Notar unterschrieben hat. Dass es sich hierbei um ein Versehen der Schreibkraft handelte, ergibt sich schon aus der Formulierung des Eingangssatzes, dass der Beklagte „die Interessen“ der Klägerin „vertrete“, aber auch aus dem weiteren Schreiben in dieser Angelegenheit an die Volksbank S. vom 18.4.2000, das der Beklagte als Rechtsanwalt verfasst hat.

**(3) Der Beklagte war allerdings verpflichtet, die Klägerin darauf hinzuweisen, dass es für diese kostengünstiger sei, einen Notar mit der Einholung der Löschungsbewilligungen zu beauftragen.**

Es ist zu vermuten, dass sich die Klägerin dann aufklärungsgerecht verhalten hätte und dass sie nicht den Beklagten bzw. dessen Sozietät als Rechtsanwalt hiermit beauftragt hätte, sondern entweder den Beklagten in seiner Eigenschaft als Notar oder einen anderen Notar. Daraus ergibt sich ein Schadenersatzanspruch der Klägerin aus § 280 Abs. 1 BGB, der im Ergebnis dazu führt, dass der Beklagte bzw. seine Sozietät **nur diejenigen Gebühren geltend machen und mit dem Anspruch auf Auszahlung des Versteigerungserlöses verrechnen durfte, die angefallen wären, wenn ein Notar tätig geworden wäre.**

Diese errechnen sich wie folgt:

Gegenstandswert: 1.550,00 DM	
Gebührentatbestand:	Betrag
5/10-Gebühr, § 147 Abs. 2 KostO	10,00 DM
Auslagen, § 152 KostO – geschätzt	14,63 DM
Zwischensumme	24,63 DM
16 % MWSt., § 151a KostO	3,94 DM
Summe in DM	28,57 DM
Summe in EUR	14,61 EUR

Mangels Vollzugstätigkeit i.S.v. § 146 KostO hätte ein Notar lediglich Anspruch auf eine 5/10-Gebühr gemäß § 147 Abs. 2 KostO gehabt (vgl. *BGH, NJW 2007, 3212*; *LG Arnberg, Beschl. v. 15.1.2004 – 2 T 68/03, zitiert nach juris*; *Hartmann, a.a.O., § 146 KostO Rdnr. 19*). Die notariellen Nebenkosten schätzt der Senat gemäß § 287 ZPO auf dieselbe Höhe wie die vom Rechtsanwalt abrechenbare Pauschale.

Der Beklagte war auch verpflichtet, hierauf hinzuweisen. Allerdings muss der Rechtsanwalt **auf die durch einen Vertragsschluss kraft Gesetzes entstehenden Anwaltsgebühren regelmäßig nicht ungefragt hinweisen**, weil kein Mandant ein unentgeltliches Tätigwerden des Fachberaters erwarten darf und dessen gesetzliche Gebühren allgemein zu erfahren sind. Er muss den Mandanten aber dann aufklären, wenn die von diesem **erstrebte Rechtsverfolgung erkennbar wirtschaftlich unvernünftig** ist, weil das zu erreichende Ziel in keinem angemessenen Verhältnis zu den anfallenden Kosten steht.

**Unter diesem Gesichtspunkt ist der Rechtsanwalt regelmäßig zu dem Hinweis verpflichtet, dass die ihm aufgetragenen Urkundsentwürfe der notariellen Beurkundung bedürfen und dass dadurch zusätzliche Kosten entstehen, weil der Mandant in die Lage versetzt werden muss, selbst sachgerecht entscheiden zu können, ob er die gezielte Betreuung durch anwaltliche Tätigkeit zusätzlich zu einem neutralen notariellen Vertragsentwurf wünscht** (vgl. *BGH, NJW 1998, 136*; *LG Hannover, ZEV 2006, 224*). Eine solche Hinweispflicht besteht daher auch dann, wenn die Aufgabe ihrem Inhalt nach zusätzlich zu der neutralen Tätigkeit des Notars eine rechtsanwaltliche Interessenvertretung gar nicht erfordert, wie es bei der **Einholung von Löschungsbewilligungen** der Fall ist. Dies gilt jedenfalls dann, wenn, wie hier, die rechtsanwaltliche Geschäftsgebühr das 10fache der notariellen Gebühr betragen würde.

Der Beklagte war entgegen seiner Auffassung auch nicht gemäß § 16 Abs. 1 BNotO i.V.m. § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 BeurkG deshalb daran gehindert, die Löschungsbewilligungen als Notar einzuholen, weil der zum 31.12.1999 aus der Sozietät ausgeschiedene Rechtsanwalt H. mit dem Versteigerungsverfahren befasst war. Denn **das Mitwirkungsverbot setzt eine bestehende Berufsverbindung voraus**. Scheidet daher der allein aktiv mit der Angelegenheit befasste Sozios aus, so wird die bisherige Sozietät von dem Mitwirkungsverbot auch dann frei, wenn formell auch die anderen Sozien mandatiert waren (vgl. *Staudinger/Hertel, BGB 2004, Vorbem. zu §§ 127a und 128 Rdnr. 299*). Im Übrigen wäre im Falle eines für den Beklagten bestehenden Mitwirkungsverbots die Hinweispflicht dahin gegangen, die Klägerin darüber aufzuklären, dass zwar der Beklagte selbst nicht als

Notar tätig werden könne, dass aber ein anderer Notar die Löschungsbewilligungen kostengünstiger einholen könne als er – der Beklagte – als Rechtsanwalt. Deshalb kommt es auch nicht weiter auf den Vortrag des Beklagten in der mündlichen Verhandlung vom 4.6.2009 an, wonach auch der Beklagte selbst vor Einholen der Löschungsbewilligungen, also vor dem Ausscheiden von Rechtsanwalt H. bis Ende 1999 oder nach dessen Ausscheiden Anfang 2000, als Rechtsanwalt mit dem Teilungsversteigerungsverfahren vorbefasst gewesen sei.

dd) Rechnung vom 3.8.2004 über 5.487,64 EUR (früher Rechnung vom 27.1.2003 über 2.352,60 EUR): Soweit der Beklagte vom Versteigerungserlös den Betrag aus der Rechnung vom 27.1.2003 über 2.352,60 EUR einbehalten hat, hat die Klägerin keinen Anspruch auf weitere Auszahlung.

Der Beklagte hat die Rechnung vom 27.1.2003 über 2.352,60 EUR durch diejenige vom 3.8.2004 über 5.487,64 EUR ersetzt. Die Rechnung vom 3.8.2004 war in Höhe von 9.071,78 DM = 4.638,33 EUR berechtigt. Der Beklagte durfte diese Forderung daher in Höhe von 2.352,60 EUR vom Versteigerungserlös einbehalten.

**(1) Die Klägerin hatte die Sozietät des Beklagten unstreitig damit beauftragt, die Teilungsversteigerung des hälftigen Miteigentumsanteils an dem Grundstück C.-Str. ..., der der Klägerin und ihrer Schwester in ungeteilter Erbengemeinschaft zustand, zu betreiben.** Die Sozietät des Beklagten war daher grundsätzlich berechtigt, der Klägerin für das Verfahren der Teilungsversteigerung eine 3/10-Gebühr gemäß § 68 Abs. 1 Nr. 1 BRAGO nach einem Gegenstandswert von 38.750 DM in Höhe von 379,50 DM und für das Verteilungsverfahren eine 3/10-Gebühr gemäß § 68 Abs. 1 Nr. 3 BRAGO nach einem Gegenstandswert von 32.500 DM in Höhe von 355,50 DM in Rechnung zu stellen.

**Der Gegenstandswert von 38.750 DM für das Teilungsversteigerungsverfahren entspricht 1/4 des Verkehrswerts des Grundstücks** von 155.000 DM, wie er im Teilungsversteigerungsverfahren durch das Amtsgericht S. ermittelt wurde und damit der quotalen Beteiligung der Klägerin an dem versteigerten Miteigentumsanteil von 1/2. Dies steht in Einklang mit § 68 Abs. 3 Nr. 1 BRAGO. Diese Gebühr ist entgegen der Ansicht des Landgerichts auch nicht durch die Gebührenvereinbarung abgegolten. Die Vereinbarung betrifft die Gebühren für die Wahrnehmung von Versteigerungsterminen und ersetzt damit die gesetzliche Gebühr nach § 68 Abs. 1 Nr. 2 BRAGO, nicht aber diejenige nach § 68 Abs. 1 Nr. 1 BRAGO.

**Auch der Gegenstandswert von 32.500 DM für die Gebühr gemäß § 68 Abs. 1 Nr. 3 BRAGO trifft zu. Er entspricht dem zur Verteilung kommenden Erlös i.S.v. § 68 Abs. 3 Nr. 1 BRAGO.** Dies ist der Gesamtbetrag, den der Ersteher zu leisten hat, nicht nur der auf den Mandanten entfallende Anteil. Auch die aus der Teilungsmasse gemäß § 109 Abs. 1 ZVG vorweg zu entnehmenden Kosten werden nicht abgezogen (vgl. Gerold/Schmidt/v. Eicken/Madert, BRAGO 15. Aufl., § 68 Rdnr. 16). Die Gebühr entfällt nach der ausdrücklichen An-

ordnung in § 68 Abs. 1 Nr. 3 BRAGO auch nicht deswegen, weil die Klägerin sich unter Mitwirkung des Beklagten mit ihrer Schwester über die Verteilung des Erlöses außergerichtlich geeinigt hat (vgl. Gerold/Schmidt/v. Eicken/Madert, a.a.O., § 68 Rdnr. 10).

Der Anspruch auf diese erstmals unter dem 3.8.2004 in Rechnung gestellten und gerade nicht mit dem Anspruch auf Auszahlung des Versteigerungserlöses verrechneten Gebühren ist indes **verjährt**, worauf sich die Klägerin zu Recht beruft. Der Gebührenanspruch wurde gemäß § 16 Satz 1 BRAGO im Jahr 2000 fällig. Denn die **Angelegenheit war im Jahr 2000 mit der Hinterlegung des Versteigerungserlöses durch das Amtsgericht S. beendet**. Die zweijährige Verjährungsfrist des § 196 Abs. 1 Nr. 15 BGB a.F. begann daher gemäß §§ 201, 198 BGB a.F. am 1.1.2001 zu laufen und endete gemäß Art. 229 § 6 Abs. 3 EGBGB mit Ablauf des 31.12.2002. Der Lauf der Verjährungsfrist ist gemäß § 18 Abs. 1 Satz 2 BRAGO nicht davon abhängig, wann der Rechtsanwalt die Berechnung der Vergütung mitteilt (vgl. BGH, AnwBl 1985, 257, 258).

Dem steht nicht entgegen, dass der Auftrag des Beklagten erst mit der Einigung zwischen der Klägerin und deren Schwester über die wechselseitig erhobenen Ansprüche und mit der Auszahlung des Versteigerungserlöses im Jahr 2003 erledigt war. Die Erledigung des Auftrags kann mit der Beendigung der Angelegenheit zusammenfallen, muss es aber nicht. Die Angelegenheit bedeutet den durch einen einheitlichen Lebenssachverhalt abgesteckten Rahmen, innerhalb dessen sich die anwaltliche Tätigkeit abspielt. **Ein einziger Auftrag kann daher mehrere Angelegenheiten umfassen, von denen eine jede im Falle ihrer Beendigung eine selbstständige Verjährungsfrist in Gang setzt** (vgl. BGH, NJW-RR 1995, 758).

So lag es hier. Mit der Beendigung des Verteilungsverfahrens durch Hinterlegung des Versteigerungserlöses endete die Angelegenheit „Betreiben der Teilungsversteigerung“, mit der die Klägerin die Sozietät des Beklagten zunächst beauftragt hatte. Danach war der Beklagte nur noch mit der Geltendmachung und Abwehr der übrigen von der Klägerin und deren Schwester wechselseitig erhobenen Ansprüche und mit der Einigung auf eine von der Erbquote abweichende Auszahlung des hinterlegten Versteigerungserlöses unter Einbeziehung aller Ansprüche befasst. Diese Tätigkeit bildete eine neue Angelegenheit.

**(2) Aus der vorliegenden Korrespondenz zwischen dem Beklagten und der Klägerin einerseits sowie zwischen dem Beklagten und den Rechtsanwälten der Schwester der Klägerin andererseits ergibt sich, dass die Klägerin den Beklagten bzw. dessen Sozietät nicht nur mit dem Betreiben der Teilungsversteigerung des hälftigen Miteigentumsanteils der Erbengemeinschaft nach dem Tod des Vaters der Klägerin und ihrer Schwester beauftragt hatte, sondern überdies mit der weitergehenden Erbaueinandersetzung nach dem Tod des Vaters, mit der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen gegen die Schwester und mit der Abwehr von Pflichtteilsansprüchen der Schwester nach dem Tod der Mutter. Für die Ansprüche auf Zahlung von 4.000 DM im**

Zusammenhang mit dem Versterben des gemeinsamen Vaters und auf Schadenersatz von 100.000 DM wegen eines Wertverlusts des Grundstück folgt dies aus dem nicht datierten handschriftlichen Schreiben der Klägerin an den Beklagten, wonach deren Schwester Stellung nehmen sollte, wie sie den „entstandenen Schaden erstatten will“, aber etwa auch aus dem daraufhin vom Beklagten gefertigten Schriftsatz vom 12.9.2000. Dass der Beklagte ebenfalls auftragsgemäß Ansprüche in Höhe von 3.686,91 DM wegen unberechtigter Zahlungen der Schwester der Klägerin von dem Konto der Erbengemeinschaft und in Höhe von 2.159,70 DM wegen Bankkosten und des Austauschs der Schlösser in dem von der Klägerin ersteigerten Objekt geltend gemacht hat, ergibt sich aus dessen Schriftsatz vom 2.8.2002, den die Klägerin mit handschriftlichen Korrekturen versehen hat. Dass der Beklagte Pflichtteilsansprüche der Schwester der Klägerin in Höhe von 18.750 DM abzuwehren hatte, ergibt sich ebenfalls aus seinem Schriftsatz vom 12.9.2000.

Vor diesem Hintergrund stellt sich der Vortrag der Klägerin, es sei nicht darum gegangen, diese Beträge geltend zu machen, als unsubstantiiertes Bestreiten einer Auftragserteilung dar. Die Schreiben der Klägerin an den Beklagten und dessen – teils von der Klägerin korrigierte – Schriftsätze an die Bevollmächtigten ihrer Schwester zeigen nämlich, dass es der Klägerin nicht allein darum zu tun war, unter Behauptung eigener Ansprüche, die aber nicht geltend gemacht werden sollten, lediglich den gesamten Versteigerungserlös für sich zu reklamieren, sondern dass sie diese Ansprüche zusätzlich zu dem auf sie entfallenden Anteil am Versteigerungserlös geltend machen wollte. Dass die Klägerin den Beklagten bzw. dessen Sozietät auch damit beauftragt hat, die Pflichtteilsansprüche ihrer Schwester abzuwehren, ergibt sich daraus, dass sie weiterhin den Versteigerungserlös für sich beansprucht hat.

(3) Der Beklagte war daher berechtigt, eine **Geschäftsgebühr** gemäß § 118 Abs. 1 Nr. 1 BRAGO in Rechnung zu stellen. **Diese entsteht mit der ersten Tätigkeit des Rechtsanwalts nach Erhalt des Auftrags, also regelmäßig mit der Entgegennahme der Information** (vgl. *Gerold/Schmidt/v. Eicken/Madert, a.a.O., § 118 Rdnr. 5*). Dabei hat der Beklagte zutreffend einen Gegenstandswert von 128.596,61 DM, nämlich den Gesamtbetrag der geltend zu machenden und abzuwehrenden Ansprüche außer demjenigen auf den Versteigerungserlös, zugrunde gelegt. Nach den auch insoweit nachvollziehbaren und überzeugenden Ausführungen des Vorstands der Rechtsanwaltskammer Düsseldorf im Gutachten vom 18.6.2007 ist eine 10/10-Geschäftsgebühr angemessen. Diese beträgt 2.285 DM.

Angesichts des Umfangs der Korrespondenz und der sich über mehrere Jahre erstreckenden Dauer der Erbaueinandersetzung ging die Tätigkeit des Beklagten entgegen der Auffassung der Klägerin auch weit über eine bloße Beratung hinaus, so dass der Beklagte nicht auf die Geltendmachung einer **Beratungsgebühr** nach § 20 Abs. 1 BGB beschränkt war, die im Übrigen auch bis zu Höhe von 10/10 angemessen sein kann, erst recht nicht auf die Geltendmachung einer Erstberatungsgebühr.

(4) Auch die **Besprechungsgebühr** gemäß § 118 Abs. 1 Nr. 2 BRAGO ist angefallen, weil der Beklagte über die gewechselten Schriftsätze hinaus die Rechtspositionen der Klägerin und ihrer Schwester auch **telefonisch mit dem gegnerischen Anwalt besprochen** hat, so jedenfalls am 26.9.2002. Sie ist nach dem vorgenannten Gutachten des Vorstands der Rechtsanwaltskammer Düsseldorf, dem der Senat folgt, in Höhe einer 8/10-Gebühr angemessen und beträgt 1.828 DM, wobei ebenfalls der Gegenstandswert von 128.596,61 DM zugrunde zu legen ist.

(5) Schließlich ist auch eine 15/10-**Vergleichsgebühr** nach § 23 Abs. 1 BRAGO angefallen, weil die Klägerin und ihre Schwester sich unter Mitwirkung des Beklagten außergerichtlich abschließend über alle wechselseitig geltend gemachten Ansprüche und die Aufteilung des Versteigerungserlöses geeinigt haben. Dies hat die Klägerin im Termin vom 20.1.2006 auch ausdrücklich unstreitig gestellt. Der Abschluss eines schriftlichen Vergleichs ist hierfür nicht erforderlich. Ein mündlicher, u.U. sogar ein nur durch schlüssiges Verhalten geschlossener Vertrag genügt (vgl. *Gerold/Schmidt/v. Eicken/Madert, a.a.O., § 23 Rdnr. 6*). Dabei tritt die Vergleichsgebühr nach § 23 Abs. 1 BRAGO neben die – hier verjährte – Gebühr für das Verteilungsverfahren gemäß § 68 Abs. 1 Nr. 3 BRAGO (vgl. *Gerold/Schmidt/v. Eicken/Madert, a.a.O., § 68 Rdnr. 10*).

Als Gegenstandswert sind der Gesamtbetrag der geltend gemachten und abgewehrten Ansprüche von 128.596,61 DM und der hinterlegte Versteigerungserlös von 26.671,80 DM zugrunde zu legen, insgesamt 155.268,41 DM. Die Vergleichsgebühr war daher in Höhe von 3.667,50 DM berechtigt.

(6) Der Beklagte bzw. seine Sozietät waren daher berechtigt, folgende Gebühren in Rechnung zu stellen: (...) ■

## Honoraranspruch des Rechtsanwalts

- Stundenhonorarvereinbarung
- Gebühren nach dem Gegenstandswert
- Hinweispflicht gemäß § 49b Abs. 5 BRAO (*OLG Hamm, Urt. v. 16.6.2009 – 28 U 1/09*)

### Leitsatz:

Ist der Rechtsanwalt zum Schadenersatz aus dem Gesichtspunkt des Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen verpflichtet, weil er den Mandanten vor Übernahme des Auftrags schuldhaft nicht darauf hingewiesen hat, dass sich die für seine Tätigkeit zu erhebenden Gebühren nach dem Gegenstandswert richten, gebietet § 287 Abs. 1 ZPO nicht, dass der Mandant, der eine Stundenhonorarvereinbarung behauptet, einen bestimmten anderen Rechtsanwalt benennt, der hypothetisch bereit gewesen wäre, das Mandat zu dem geringeren Stundenhonorar abzurechnen. ■



### Aus den Gründen:

I. Die Parteien streiten im Rahmen der auf Zahlung von Anwaltshonorar gerichteten Klage darum, ob außergerichtliche Beratungstätigkeit des Klägers für den Beklagten nach dem Gegenstandswert oder auf der Grundlage einer vom Beklagten behaupteten mündlichen Stundenhonorarvereinbarung abzurechnen ist.

Der Beklagte war Mitgesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (fortan: GbR) in G. Diese war Vermieterin eines Gewerbeobjekts in F. Im Jahr 2006 näherte sich durch Zeitablauf das Ende einiger Mietverträge. Die GbR hatte Kredite bei der Volksbank G. aufgenommen. Wegen des nahenden Auslaufens von Mietverträgen betrachtete die Volksbank das Kreditengagement kritisch. Verbindlichkeiten der GbR valutierten in Höhe von 5.365.145,96 EUR. Der Beklagte fürchtete im Fall einer Kreditkündigung Vollstreckungshandlungen in seinen sonstigen Immobilienbesitz.

Am 28.8.2006 suchte der Beklagte den Kläger in dessen Kanzlei in H auf. Der Kläger benutzt in seiner Praxis einen besonderen Entwurf für Honorarvereinbarungen, in dem es u.a. heißt: „Dem Auftraggeber ist bekannt, dass die gesetzlichen Gebühren niedriger sind, sollten sie höher sein, so werden diese statt der obigen Vergütung berechnet.“

Unter den Parteien ist streitig, ob der Kläger dem Beklagten ein Exemplar davon ausdrucken ließ und überreicht hat. Streitig ist auch, ob die Parteien am 28.8.2006 eine mündliche Vereinbarung über ein Stundenhonorar von 250 EUR geschlossen haben.

Am 29.8.2006 ließ der Kläger die Handakte „M.-Beratung“ anlegen. Die Zeugin M. ist die Ehefrau des Beklagten. Mit einer E-Mail vom 3.9.2006 meldete sich der Wertgutachter T1 bei dem Beklagten und bot einen Festpreis für ein Wertgutachten für die Privatimmobilien des Beklagten an. Anlässlich eines Urlaubs sah sich der Kläger am 5.10.2006 die Gewerbeimmobilie an. Davon unterrichtete er den Beklagten mit Schreiben vom 17.10.2006. In diesem Zeitraum bot der Mitgesellschafter U1 dem Beklagten an, dessen Gesellschaftsanteil zu übernehmen.

Ein weiterer Besprechungstermin der Parteien, der auch die Übernahme des Gesellschaftsanteils des Beklagten durch den Mitgesellschafter zum Gegenstand hatte, fand am 24.10.2006 statt. Unter den Parteien ist streitig, ob der Kläger dem Beklagten eine vorbereitete Honorarvereinbarung mit dem vorgenannten Inhalt aushändigte.

Mit Schreiben vom 25.10.2006 übersandte der Kläger ein Vollmachtsformular sowie eine Vorschussrechnung vom 24.10.2006 über eine sog. „Akontozahlung“ über 5.000 EUR netto zzgl. 16 % Mehrwertsteuer. Die Vollmacht unterzeichnete der Beklagte am 25.10.2006, die Akontozahlung entrichtete er später.

Am 27.10.2006 bewertete der Gutachter T1 Privatimmobilien des Beklagten. Später übertrug der Beklagte seinen Gesellschaftsanteil an den Mitgesellschafter U1. Der Beklagte

verlangte als Gegenleistung, dass die Rückzahlung von Kreditverbindlichkeiten gegenüber der Kreissparkasse X1 in Höhe von 180.000 EUR sichergestellt werde.

Eine zweite Vorschussrechnung des Klägers, datiert auf den 31.1.2007, beglich der Beklagte nicht. In seinem Schreiben vom 29.3.2007 an den Kläger führte der Beklagte dazu aus: „... Erstaunt waren Sie über meinen Hinweis, dass wir bei unserem ersten Termin im Oktober 2006 einen Stundensatz von 250 EUR vereinbart hatten ...“

Die Volksbank G. stellte dem Beklagten mit Schreiben vom 12.4.2007 von den Kreditverbindlichkeiten der GbR frei.

Mit der Honorarrechnung vom 16.4.2007 verlangte der Kläger eine 1,0-Geschäftsgebühr sowie eine 1,5-Einigungsgebühr, zusammen 43.760 EUR netto zzgl. 19 % Mehrwertsteuer abzüglich einer Vorschusszahlung von 5.000 EUR netto (insgesamt 52.074,40 EUR). Der Kläger legte einen Gegenstandswert von 5.545.145,96 EUR zugrunde (5.365.145,96 EUR plus 180.000 EUR). Im Rahmen eines Begleitschreibens vom 16.4.2007 teilte der Kläger mit, dass er „aus dem anwaltlichen Berufsrecht gemäß § 49b Abs. 1 BRAO“ verpflichtet sei, die höheren gesetzlichen Gebühren abzurechnen.

Mit der Klage hat der Kläger geltend gemacht, Gegenstand des Mandats sei es gewesen, die Inanspruchnahme des Beklagten wegen Darlehensverbindlichkeiten in Höhe von 5.365.145,96 EUR zu vermeiden. Der Kläger hat behauptet, am 28.8.2006 habe lediglich ein Gespräch über die Anbahnung des Mandats stattgefunden. Eine konkrete Absprache über die Vergütung sei am 28.8.2006 noch nicht getroffen worden und habe mangels Kenntnis der zu berücksichtigenden Umstände auch noch nicht getroffen werden können.

Das Mandat sei, so hat der Kläger anfangs behauptet, am 10.11.2006 zustande gekommen. Später hat er behauptet, er sei am 24.10.2006 mandatiert worden; er habe dem Beklagten bei dieser Gelegenheit das vorbereitete Formular einer Stundenhonorarvereinbarung über einen Stundensatz von 250 EUR überreicht. Dieses habe der Beklagte nicht zurückgereicht.

Der Beklagte hat behauptet, ein festes Stundenhonorar von 250 EUR sei am 28.8.2006 mündlich vereinbart worden. Der Kläger habe erklärt, dass er ein Stundenhonorar von 250 EUR berechnen werde. Damit habe er, der Beklagte, sich einverstanden erklärt.

Das Landgericht hat die Parteien persönlich angehört und die Zeugin M. sowie die Zeugin X., eine Kanzleimitarbeiterin des Beklagten, vernommen. Das Landgericht hat der Klage überwiegend – nämlich in Höhe von 48.058,15 EUR zzgl. Verzugszinsen – stattgegeben. Zur Begründung der Verurteilung hat das Landgericht im Wesentlichen darauf abgestellt, dass der Beklagte die von ihm behauptete mündliche Gebührenvereinbarung nicht bewiesen habe. Dem Beklagten stehe auch kein Schadenersatzanspruch gegen den Kläger zu. Zwar habe der Kläger nicht darauf verwiesen, dass sich die

gesetzlichen Gebühren nach dem Gegenstandswert berechneten. Es sei aber nicht ersichtlich, dass dem Beklagten nicht bekannt gewesen sei, dass die gesetzliche Honorarregelung eine Abrechnung nach Gegenstandswert vorsehe. Der Beklagte trage im Übrigen lediglich vor, dass er auf eine Gebührenvereinbarung mit einem Maximalbetrag von 250 EUR gedrungen hätte. Die Übernahme einer Vertretung und Beratung zu diesem niedrigeren Satz sei damit jedoch nicht festgestellt. Weil der Kläger die Höhe der Geschäfts- und Einigungsgebühr rechnerisch falsch ermittelt hatte, hat das Landgericht die Klage teilweise abgewiesen. Auf die tatsächlichen Feststellungen in dem angefochtenen Urteil wird Bezug genommen (§ 540 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO).

Mit der dagegen gerichteten Berufung macht der Beklagte geltend: Über die gezahlten 5.800 EUR hinaus stehe dem Kläger kein weitergehender Anspruch zu. Der Beklagte wiederholt sein erstinstanzliches Vorbringen und greift die Beweiswürdigung des Landgerichts an. Am 28.8.2006 habe er mit dem Kläger mündlich eine Vergütung auf der Basis eines Stundensatzes von 250 EUR vereinbart. Weder am 28.8. noch am 24.10.2006 habe der Kläger ein Schriftstück mit einer Honorarvereinbarung vorgelegt. Jedenfalls könne er dem Anspruch des Klägers einen Schadenersatzanspruch entgegensetzen. Wenn der Kläger auf eine Abrechnung nach Gegenstandswert hingewiesen hätte, hätte er dem widersprochen und einen Stundensatz von 250 EUR zur Bedingung gemacht.

(Anträge ...)

Der Kläger wiederholt seinen erstinstanzlichen Sachvortrag und macht im Wesentlichen geltend: Nur eine schriftliche Honorarvereinbarung sei – schon wegen der Nachweisbarkeit – eine taugliche Abrechnungsgrundlage. Die Wirksamkeit einer Stundenhonorarvereinbarung hänge von der Schriftform ab. Er schließe Stundenhonorarvereinbarungen stets schriftlich ab. Er habe gegenüber dem Beklagten geäußert, dass es in seiner Kanzlei üblich sei, Mandate mit nicht überschaubarem Risiko bzw. nicht kalkulierbarem Zeitaufwand auf der Basis einer Stundenhonorarvereinbarung mit 250 EUR zzgl. gesetzlicher Mehrwertsteuer abzurechnen. Er unterstelle, dass es dem Beklagten bekannt gewesen sei, dass eine Stundenhonorarvereinbarung zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform bedürfe. Das Wesentliche sei jedoch, dass der Stundensatz von 250 EUR verhindern solle, dass er selbst ein nicht rentables Mandant bearbeite. Dem Beklagten habe eine Inanspruchnahme von 5.365.145,96 EUR gedroht. Der Beklagte habe nicht dargelegt, dass er eine andere Anwaltskanzlei gefunden hätte, die auf dieser Basis eine Stundenhonorarvereinbarung geschlossen hätte. (...)

II. Die Berufung des Beklagten ist begründet und führt zur Abweisung der Klage insgesamt. Ein Honoraranspruch gemäß §§ 675, 611, 612 BGB steht dem Kläger nicht zu, weil er den Betrag dem Beklagten als seinem Auftraggeber wegen Verstoßes gegen § 49b Abs. 5 BRAO als Schadenersatz nach den Grundsätzen zum Verschulden bei Vertragsschluss (§ 280 Abs. 1, § 311 Abs. 2 BGB) sogleich wieder zu erstatten hätte.

1. Allerdings hat der Beklagte nicht bewiesen, dass er mit dem Kläger am 28.8.2006 eine mündliche Honorarvereinbarung geschlossen hat.

a) Die vom Beklagten behauptete **mündliche Vereinbarung ist zwar nicht gemäß § 126 Abs. 1 und 2 BGB i.V.m. § 125 Satz 1 BGB formunwirksam, soweit der Anwalt – wie hier – die gesetzliche Vergütung nicht überschreitet** (vgl. N. Schneider, NJW 2006, 1905, 1907; Kilian, NJW 2005, 3104; Hartmann, Kostengesetze 38. Aufl., § 4 RVG Rdnr. 14). § 4 Abs. 2 Satz 1 RVG in der Fassung des Rechtsanwaltsvergütungsgesetzes (Art. 3 des Kostenrechtsmodernisierungsgesetzes vom 5.5.2004, BGBl I, 718) sah bis zum Inkrafttreten des Gesetzes zur Neuregelung des Verbots der Vereinbarung von Erfolgshonoraren vom 12.6.2008 (BGBl I, 1000) am 1.7.2008 in außergerichtlichen Angelegenheiten u.a. eine **Zeitvergütung vor, die niedriger sein konnte als die gesetzlichen Gebühren**.

Zwar empfahl das Gesetz für den Fall der Gebührenunterschreitung eine schriftliche Vereinbarung (§ 4 Abs. 2 Satz 4 Halbs. 1 RVG a.F.). Das Nichtbefolgen dieser Empfehlung war jedoch rechtlich unbedenklich und stellte kein berufswidriges Verhalten dar (BGHZ 152, 153, 161; BGH, Urt. v. 30.9.2004 – I ZR 261/02, NJW 2005, 1266, II. 4. c) bb); siehe auch BGH, Beschl. v. 3.5.2007 – I ZR 137/05, AnwBl 2007, 870, Tz. 7). § 4 Abs. 2 Satz 4 Halbs. 2 RVG a.F. verlagerte lediglich die Beweislast auf den Auftraggeber, sofern streitig war, ob es zu einer solchen Vereinbarung gekommen war. Das Verbot der Gebührenunterschreitung des § 49b Abs. 1 Satz 1 Halbs. 1 BRAO stand einer solchen Vereinbarung mit Rücksicht auf Halbs. 2 der vorgenannten Vorschrift nicht entgegen (Kleine-Cosack, BRAO 5. Aufl., § 49b Rdnr. 9).

b) Der Beklagte ist für seine Behauptung, eine ihm günstige, von der Abrechnung des Klägers abweichende niedrigere Festpreisabrede getroffen zu haben, beweispflichtig. Das entspricht sowohl dem Wortlaut des § 4 Abs. 2 Satz 4 Halbs. 2 RVG a.F. als auch der allgemeinen ungeschriebenen Grundregel der Darlegungs- und Beweislast, nach der jede Partei die Voraussetzungen der ihr günstigen Rechtsfolge darzulegen und zu beweisen hat, wenn sich den Eintritt dieser Rechtsfolge geltend macht.

Der Beklagte hat seine Behauptung nicht bewiesen. Zwar haben der Beklagte und seine Ehefrau, die Zeugin M., bekundet, dass der Kläger bereits am 28.8.2006 einen **Stundensatz von 250 EUR** genannt habe. Dies ist jedoch nicht ausreichend. Zusätzlich müsste feststehen, dass der Kläger dem Beklagten am August 2006 nicht das von ihm verwendete Formular für Honorarvereinbarungen ausgehändigt hat, wonach er berechtigt ist, nach den gesetzlichen Gebühren abzurechnen, sofern diese höher sind. Dies steht jedoch nicht mit der notwendigen Überzeugung fest (§ 286 Abs. 1 ZPO). Zwar haben sowohl der Beklagte als auch die Zeugin M. auch insoweit bekundet, dass der Kläger dem Beklagten weder am 28.8. noch am 24.10.2006 ein entsprechendes Schriftstück ausgehändigt habe. Dem stehen jedoch die gegenteiligen Angaben des Klägers entgegen.



Nr. 2/März 2010

## Haftungsrecht – Die Pflichten im Mandat. (Teil 4 – die nebenvertragliche Schadenverhütungspflicht)

### 4. Nebenvertragliche Schadenverhütungspflicht

#### 4.1 Gesetzliche Grundlage – Treu und Glauben

Nach der Rechtsprechung des BGH besteht neben den vertraglichen Hauptpflichten – Sachverhaltsaufklärung, Rechtsprüfung, Beratung und vertragliche Schadenverhütungspflicht – zusätzlich die nebenvertragliche Verpflichtung, den Mandanten vor Schaden zu bewahren.<sup>1</sup>

Die nebenvertragliche Schadenverhütungspflicht leitet die Rechtsprechung aus § 242 BGB ab. Danach ist der Schuldner verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.<sup>2</sup>

#### 4.2 Hauptanwendungsfall – Warnpflicht trotz beschränkten Mandats

Im Bereich der Rechtsanwalts- und Steuerberaterhaftung kommt der nebenvertraglichen Schadenverhütungspflicht vor allem in den Fällen eine besondere Bedeutung zu, in denen es darum geht, den Mandanten vor Gefahren zu warnen, die außerhalb des Schutzbereiches der vertraglichen Pflichten liegen.

Konkret verlangt die Rechtsprechung, dass der Steuerberater genau wie der Rechtsanwalt trotz beschränkter Auftrags den Mandanten auf eine außerhalb seines Auftrags liegende Fehlentscheidung hinweisen muss, wenn sie für einen durchschnittlichen Berater bei einer ordnungsgemäßen Bearbeitung auf den ersten Blick ersichtlich oder ihm aufgrund seines persönlichen Wissens positiv bekannt ist und er Grund zu der Annahme hat, dass sich der Mandant der ihm drohenden Nachteile nicht bewusst ist.<sup>3</sup> Dies soll insbesondere dann gelten, wenn die Gefahr Interessen des Mandanten betrifft, die mit dem beschränkten Auftragsgegenstand in einem engen Zusammenhang stehen.<sup>4</sup>

#### 4.3 Abgrenzung vertragsbezogener Pflichten

Die nebenvertragliche Schadenverhütungspflicht ist von den vertragsbezogenen Beratungspflichten abzugrenzen. Diese richten sich nach Inhalt und Umfang des erteilten Mandats. In den hierdurch gezogenen Grenzen – Schutzbereich – muss der Steuerberater den Sachverhalt aufklären, die Rechtslage prüfen und den Mandanten über alle bedeutsamen steuer-

rechtlichen und wirtschaftlichen Einzelheiten sowie deren Folgen unterrichten.<sup>5</sup> Neben diesen Hauptpflichten muss der Steuerberater seinen Auftraggeber vor Schaden bewahren – vertragliche Schadenverhütungspflicht – und deshalb den nach den Umständen sichersten Weg zu dem erstrebten steuerlichen Ziel aufzeigen und sachgerechte Vorschläge zu dessen Verwirklichung empfehlen.<sup>6</sup>

Zu beachten ist, dass ein Steuerberater für seinen Mandanten grundsätzlich nur auf dem Gebiet des Steuerrechts tätig werden (§ 33 StBerG) darf. Ein Vertrag, der die Erbringung einer Rechtsdienstleistung im Sinne von § 2 I RDG betrifft, ist gemäß § 134 BGB in Verbindung mit § 3 RDG nichtig.<sup>7</sup>

Eine Ausnahme von dem Grundsatz, wonach die Aufgaben des Steuerberaters auf das Gebiet des Steuerrechts beschränkt sind, gilt nur im Anwendungsbereich von § 5 I 1 RDG. Danach sind Rechtsdienstleistungen im Zusammenhang mit einer anderen Tätigkeit erlaubt, wenn sie als Nebenleistung zum Berufsbild gehören. Ob eine Nebenleistung vorliegt, ist nach ihrem Umfang und sachlichen Zusammenhang mit der Haupttätigkeit unter Berücksichtigung der Rechtskenntnisse zu beurteilen, die für die Haupttätigkeit erforderlich sind.

Entsprechend diesen gesetzlichen Vorgaben sind die mandatsbezogenen Pflichten zur Rechtsprüfung und Beratung in aller Regel auf das Gebiet des Steuerrechts beschränkt. Auf zivil-, gesellschafts- oder sozialversicherungsrechtliche Fragen darf der Steuerberater deshalb nur dann eingehen, wenn mit der steuerlichen oder wirtschaftlichen Beratung zugleich zivil-, gesellschafts- oder etwa sozialversicherungsrechtliche Wirkungen beabsichtigt sind. Überblickt der Steuerberater die Rechtslage insoweit allerdings nicht oder droht ein Verstoß gegen das Rechtsdienstleistungsgesetz, weil die zu erbringende Rechtsdienstleistung nicht bloße Nebenleistung im Sinne von § 5 I RDG ist, muss der Steuerberater den Mandanten an einen mit den notwendigen Rechtskenntnissen ausgestatteten Rechtsanwalt verweisen.<sup>8</sup>

#### 4.4 Mitverschulden

Soweit eine Verletzung der nebenvertraglichen Schadenverhütungspflicht zu bejahen ist, wird regelmäßig ein Mitverschulden

zu prüfen sein. Die Rechtsprechung, wonach ein Mitverschulden nicht in Betracht kommt, wenn die Verhütung des entstandenen Schadens nach dem Inhalt des Vertrages dem in Anspruch genommenen Schädiger allein obliegt, findet im Bereich nebenvertragliche Schadenverhütungspflicht keine Anwendung.<sup>9</sup>

#### 4.5 Warnpflichten in besonderen Fällen

##### 4.5.1 Jahresabschlusserstellung und drohende Überschuldung

Die Frage, ob ein mit der Erstellung des Jahresabschlusses beauftragter Steuerberater vertragsbezogen oder nebenvertraglich verpflichtet ist, den Mandanten bei einer drohenden Insolvenz auf die Erstellung einer Überschuldungsbilanz und die Insolvenzantragspflicht hinzuweisen, ist höchstrichterlich nicht geklärt.

Das OLG Schleswig hat mit Urteil vom 28.5.1993 eine mandatsbezogene Aufklärungspflicht verneint und eine nebenvertragliche Schadenverhütungspflicht nur für den Fall bejaht, dass der Steuerberater annehmen muss, dem Mandanten sei die drohende Insolvenz und etwaige sich hieraus ergebende Haftungsrisiken gegenüber dem Insolvenzverwalter nicht bewusst.<sup>10</sup> Der BGH hat die Revision nicht angenommen, denn die tatrichterliche Würdigung, „dass den Geschäftsführern der Gemeinschuldnerin deren Überschuldung sowohl im März 1987 als auch im April 1988 bewusst war, ist verfahrensfehlerfrei getroffen und jedenfalls unter dieser Voraussetzung brauchte die Beklagte nicht auf die Pflichten hinzuweisen, die den Geschäftsführern der GmbH im Hinblick auf §§ 63, 64 GmbHG obliegen.“<sup>11</sup>

Nach Auffassung von Zugehör schulde ein Steuerberater, der wie üblich alle steuerlichen Interessen des Mandanten wahrnimmt und den Jahresabschluss erstellt, bereits mandatsbezogen einen Hinweis auf die drohende Überschuldung, die Notwendigkeit einer Überschuldungsbilanz und die Insolvenzantragspflicht. Diese Pflicht entfalle nur dann, wenn der Steuerberater im Haftpflichtprozess den Nachweis führen kann, dass der Geschäftsführer die Überschuldung gekannt habe.<sup>12</sup>

Die Auffassung von Zugehör, wonach der Steuerberater den Mandanten bereits mandatsbezogen auf eine drohende Insolvenz und die sich hieraus ergebenden Rechtsfolgen hinweisen muss, ist abzulehnen, denn der Hinweis auf ein einzuleitendes Insolvenzverfahren nach den Vorgaben des Insolvenzrechts liegt außerhalb des eigentlichen Bereichs des erteilten Auftrags auf Erstellung des Jahresabschlusses nach den handels- und steuerrechtlichen Vorgaben.

Der Jahresabschluss eines Unternehmens erfasst oft zahlreiche Vorgänge, die steuerlich, gesellschafts- und eben auch insolvenzrechtlich bedeutsam sind. Wäre der Steuerberater verpflichtet, sie bei der Erstellung der Bilanz im Einzelnen jeweils zu überprüfen, würde ihm ein unzumutbares, auch durch eine Versicherung kaum abzudeckendes Haftungsrisiko aufgebürdet.<sup>13</sup> Aus diesem Grund muss ein Steuerberater, der einen Jahresabschluss zu erstellen hat, beispielsweise nicht nachträglich prüfen, ob etwa die Voraussetzungen für eine Befreiung von der Grunderwerbsteuer vorlagen.<sup>14</sup>

Hinzu kommt, dass die Rechtsdienstleistungsbefugnis des Steuerberaters – wie oben aufgeführt – grundsätzlich auf das Gebiet des Steuerrechts beschränkt ist (§ 33 StBerG). Ein mit der Erstellung des Jahresabschlusses einer GmbH beauftragter Steuerberater, dem kein Nachweis über die Erfüllung einer Bareinlageverpflichtung vorliegt, verletzt danach zwar seine Pflichten aus dem Steuerberatungsvertrag, wenn er in der Bilanz ein Stammkapital ausweist, ohne zugleich eine offene Einlageforderung der GmbH auszuweisen. Er ist aber nicht verpflichtet, den Mandanten darüber aufzuklären, dass er seine Bareinlageschuld aus Gesellschaftsmitteln – sei es durch Aufrechnung oder im Wege eines „Ausschüttungs-Rückhol-Verfahrens“ erfüllen kann. Insoweit schuldet er allenfalls den Hinweis, dass er hierzu keinen Rechtsrat erteilen dürfe und die Empfehlung, einen Anwalt zu befragen.<sup>15</sup>

Der Auffassung des OLG Schleswig, wonach ein mit der Erstellung des Jahresabschlusses beauftragter Steuerberater allenfalls aufgrund der nebenvertraglichen Schadenverhütungspflicht den Mandanten auf eine offenkundig im Raum stehende Überschuldung hinweisen und auffordern muss, wegen der insolvenzrechtlichen Fragestellungen einen mit den notwendigen Kenntnissen ausgestatteten Rechtsanwalt zu beauftragen, ist deshalb zuzustimmen. Zu beachten ist insoweit allerdings, dass die Warn- und Hinweispflicht nur dann besteht, wenn der Steuerberater, der den Jahresabschluss für eine GmbH erstellt hat, annehmen muss, dass dem Geschäftsführer die drohende Überschuldung nicht bekannt ist. Darüber hinaus dürfte im Regelfall ein erhebliches Mitverschulden der Mandantin zu berücksichtigen sein, wobei sich die GmbH ein Verschulden ihres Geschäftsführers nach § 31 BGB anrechnen lassen muss.

Soweit ein Steuerberater den Gesellschaftern im Anschluss an seinen Warnhinweis zur Überschuldung im Rahmen einer sich anschließenden Sanierungsberatung eine Kapitalerhöhung empfiehlt, muss er diese wegen der rechtlichen Umsetzung der Kapitalerhöhung an einen mit gesellschaftsrechtlichen Fragestellungen vertrauten Rechtsanwalt verweisen,<sup>16</sup>

Wenn der Mandant bei einer erkannten Unternehmenskrise beratungsresistent ist und nicht bereit ist, einen Auftrag zur Erstellung einer Überschuldungsbilanz zu erteilen, muss der Steuerberater das Mandat niederlegen. Die Fortführung eines Mandats trotz erkannter Überschuldung ist nicht nur berufsrechtlich problematisch, sondern kann eine strafbare Beihilfe zur Insolvenzverschleppung mit sich daran anschließenden Schadensersatzansprüchen aus unerlaubter Handlung von Banken und sonstigen Gläubigern des Mandanten zur Folge haben, für die kein Versicherungsschutz über die Berufshaftpflichtversicherung besteht. Bei der Mandatsniederlegung müssen laufende Fristen beachtet werden. Darüber hinaus sollte der Steuerberater das Finanzamt, Banken und sonstige Beteiligte über die Mandatsniederlegung informieren.

##### 4.5.2 Jahresabschlusserstellung und steuersparende Vermögensanlage des Mandanten

Soweit es im Zusammenhang mit den Jahresabschlussarbeiten um die Beteiligung einer steuersparenden Vermögensanlage geht, schuldet der „bloß“ steuerliche Berater man-



datsbezogen nur eine umfassende Aufklärung über die Arten und Möglichkeiten der zu erzielenden Verlustzuweisungen und über deren Vorteile, Nachteile und Risiken in steuerlicher Hinsicht.<sup>17</sup> Dagegen ist er nicht verpflichtet, die zukünftige Gewinnentwicklung des Mandanten zu beurteilen und danach die bei dem Ankauf von Steuersparmodellen notwendigen Gewinnzahlen vorzugeben.<sup>18</sup>

Eine vertragliche Verpflichtung zur wirtschaftlichen Beratung trifft den steuerlichen Berater nur, wenn er einen weitergehenden, auch die Anlageberatung einschließenden Auftrag erhalten hat oder von sich aus eine bestimmte Kapitalanlage empfiehlt.<sup>19</sup>

Aufgrund der nebenvertraglichen Schadenverhütungspflicht muss der bloß steuerliche Berater den Mandanten ausnahmsweise auf wirtschaftliche Risiken hinweisen, wenn diese offenkundig liegen oder er über einen Wissensvorsprung bezüglich der eingeschränkten Marktchancen einer Vermögensanlage verfügt.<sup>20</sup>

#### **4.5.3 Jahresabschlusserstellung und mangelhafte Buchführung durch den Mandanten**

Der nur mit der Erstellung des Jahresabschlusses beauftragte Steuerberater muss den Mandanten, der die Buchführung selbst erstellt hat, auf offenkundige Mängel in der Buchführung hinweisen.

Diese Warnpflicht bleibt auch dann bestehen, wenn die allgemeinen Auftragsbedingungen (AAB) des Steuerberaters vorsehen, dass die Prüfung der Richtigkeit, Vollständigkeit und Ordnungsmäßigkeit der übergebenen Unterlagen und Zahlen, insbesondere der Buchführung und der Bilanz, nur dann zum Auftrag gehört, wenn dies schriftlich vereinbart ist. Denn diese Regelung benachteiligt den Mandanten unangemessen und hält damit eine Inhaltskontrolle gemäß § 307 II BGB nicht stand.

#### **4.5.4 Jahresabschlusserstellung und Hinweis auf § 160 AO/ § 16 AStG**

Ein nur mit der Buchführung und Erstellung des Jahresabschlusses beauftragter Steuerberater muss bei Buchungen von Geschäftsvorgängen mit Geschäftspartnern aus sogenannten Niedrigsteuerländern den Mandanten auf die Möglichkeit hinweisen, dass die Finanzbehörde für diese Vorgänge eine Offenlegung im Sinne von § 160 AO/§ 16 AStG fordern kann und daher die für eine umfassende Offenlegung aller Beziehungen zwischen dem Mandanten und den ausländischen Geschäftspartnern erforderlichen Beweise möglichst zeitnah zu sichern und zu sammeln sind. Ferner muss er auf die Rechtsfolgen einer unzureichenden Offenlegung, insbesondere auf die Möglichkeit einer den Gewinn erhöhenden Zurechnung, hinweisen.<sup>21</sup>

#### **4.5.5 Steuerliche Prospektprüfung und wirtschaftliche Fehlentscheidung des Mandanten**

Ein Steuerberater, der von seinem langjährigen Mandanten den Auftrag erhält, abstrakt darüber Auskunft zu erteilen, ob die in einem Prospekt dargestellten Steuervorteile für Anleger mit einem Einkommen im Bereich der höchsten Steuerpro-

gression erreichbar sind, muss den Mandanten trotz dieses beschränkten Mandats vor einer wirtschaftlichen Fehlentscheidung warnen, wenn er die steuerlichen Verhältnisse des Mandanten kennt und für ihn ohne Weiteres ersichtlich ist, dass der Mandant mit der geplanten Kapitalanlage den damit beabsichtigten Zweck der Steuerersparnis nicht erreichen kann, weil er aufgrund der Zeichnung anderweitiger Kapitalanlagen über keine Gewinne verfügt, mit denen er die Verlustzuweisungen aus der Kapitalanlage verrechnen könnte.<sup>22</sup>

#### **4.5.6 Steuerliche Warnpflicht bei wirtschaftlicher Beratung im Zusammenhang mit dem Verkauf einer Eigentumswohnung**

Ein langjährig mit der Erstellung der Einkommensteuererklärungen beauftragter Steuerberater muss den Mandanten, der eine Eigentumswohnung zum Einstandspreis veräußern möchte und beim Steuerberater nachfragt, ob er etwas über die Immobilienmarktentwicklung sagen könne – beschränktes Mandat –, darauf hinweisen, dass die Anrechnung der Abschreibung auf den Einstandspreis einen Buchgewinn realisiert, der zu einer erheblichen Steuerbelastung führt, wenn der Mandant in offenkundiger Unkenntnis dieser Steuerrechtsfolge den Einstandspreis mit dem voraussichtlichen Verkaufspreis vergleicht.<sup>23</sup>

#### **4.5.7 Umsatzsteuervoranmeldung und Abfärberisiko**

Bei einem auf die Buchführung, die Abgabe von Umsatzsteuervoranmeldungen und die Erstellung des Jahresabschlusses beschränkten Mandats muss der Steuerberater die von ihm betreute Rechtsanwaltssozietät auf das Abfärberisiko hinweisen, wenn sich aus den für die Umsatzsteuervoranmeldung vorgelegten Rechnungen der Kanzlei auch Provisions-einnahmen für Büroraumvermittlung ergeben, die auf eine berufsfremde gewerbliche Tätigkeit hinweisen.<sup>24</sup>

#### **4.5.8 Warnpflichten bei anderweitiger fachkundiger Beratung**

Soweit der Mandant für eine Steuergestaltungsmaßnahme einen Spezialisten beauftragt hat, gilt die Verpflichtung, den Mandanten auch vor außerhalb des Auftrags liegenden steuerlichen Fehlentscheidungen zu warnen, nur sehr eingeschränkt. Der allgemeine Steuerberater muss den Mandanten vor Fehlleistungen des Spezialisten nur dann warnen, wenn er diese erkennt oder erkennen und zugleich annehmen muss, dass der Mandant die Gefahr möglicherweise nicht bemerkt.<sup>25</sup>

Dieser Grundsatz gilt auch dann, wenn das Mandat des Spezialisten beendet ist oder es sich von vornherein nicht auf den Umstand erstreckt, der die Warnpflicht auslösen kann, der Mandant gegenüber dem ersten Steuerberater jedoch den gegenteiligen Eindruck erweckt hat. Auch in diesem Fall darf sich der Steuerberater im Regelfall darauf verlassen, der Mandant werde in der entscheidenden Frage sachkundig anderweitig beraten.<sup>26</sup>

#### **4.5.9 Warnpflichten bei Fehler des Vorberaters**

Eine nebenvertragliche Hinweispflicht des Steuerberaters auf eine steuerschädliche Gestaltungsberatung des Vorberaters, die nicht in unmittelbarem Zusammenhang zu dem von ihm übernommenen Auftrag steht, besteht nur dann, wenn die vorgegebene rechtliche Konstruktion eine auf den ersten Blick ersichtliche steuerliche Fehlentscheidung war oder der Steuer-

berater dies aufgrund seiner persönlichen Kenntnis positiv wusste (nebenvertragliche Schadenverhütungspflicht).<sup>27</sup> Eine insoweit eindeutige steuerliche Fehleinschätzung liegt nicht vor, wenn die vom Vorberater gewählte rechtliche Konstruktion neben gravierenden Nachteilen auch Vorteile hat.<sup>28</sup>

Darüber hinaus ist der Steuerberater aber nicht verpflichtet, den Mandanten auf einen möglichen Schadensersatzanspruch gegen den Vorberater zu belehren, denn die Vertragspflichten eines Steuerberaters beschränken sich in der Regel auf das Steuerrecht; Rechtsdienstleistungen sind ihm grundsätzlich untersagt.<sup>29</sup>

Aus diesem Grunde kann auch die Rechtsprechung des BGH, wonach ein Anwalt, der erkennt oder erkennen muss, dass dem Mandanten im Falle eines ungünstigen Ausgangs des Rechtsstreits vor dem Finanzgericht ein Regressanspruch gegen den steuerlichen Berater zusteht, verpflichtet ist, den Mandanten über die Verjährung dieser Ansprüche zu belehren, nicht auf einen Steuerberater, der ein solches vorgreifliches FG-Verfahren für den Mandanten führt, übertragen werden.<sup>30</sup>

#### 4.5.10 Warnpflichten bei der Durchführung eines Einspruchs- und FG-Verfahrens

Soweit der Steuerberater mittels Einspruchs- und FG-Verfahrens ohne Erfolg versucht, eine von der Finanzverwaltung angenommene Gewerblichkeit aufseiten des Mandanten anzugreifen, weil er der Auffassung ist, der Mandant sei freiberuflich tätig, muss er damit rechnen, dass sein Mandant nicht obsiegt und ihm deshalb parallel zur Bildung von Gewerbesteuerückstellungen und Einspruchseinlegung gegen die Einkommensteuerbescheide raten.<sup>31</sup>

#### 4.5.11 Einkommensteuererklärung und Hinweispflicht auf strafbefreiende Selbstanzeige

Erkennt der Steuerberater bei der Erstellung der privaten Einkommensteuererklärung eine zurückliegende Steuerhinterziehung oder -verkürzung des Mandanten, muss er diesen auf die Möglichkeit einer strafbefreienden Selbstanzeige hinweisen.

#### 4.5.12 Einkommensteuererklärung und Hinweispflicht auf Zweikontenmodell

Ein Steuerberater mit beschränktem Mandat (private Steuererklärungen) hatte ab Anfang 1996 – im Anschluss an die Vorlagebeschlüsse des BFH – die vertragliche Nebenpflicht, den Mandanten zum Zwecke der Steuerersparnis auf die Vorteile eines Zwei-Konten-Modells hinzuweisen.

Von Rechtsanwalt Michael Brügge, HDI-Gerling

- 1 BGH GI 1991, 223
- 2 BGH GI 1991, 223; GI 1995, 65
- 3 BGH GI 1987, 119; GI 2006, 72; DStR 2009, 818
- 4 BGH DStR 2009, 818
- 5 BGH GI 1995, 65
- 6 BGH GI 1998, 268
- 7 DStR 2000, 783 zu Art. 1 § 1 RBRG a. F.
- 8 OLG Köln GI 2006, 24 zu Art. 1 § 1 RBRG a. F.
- 9 BGH GI 1987, 119
- 10 Schleswig-Holsteinisches OLG GI 1993, 373
- 11 BGH GI 1998, 244
- 12 Zugehör, Haftung des Steuerberaters für Insolvenzsverschleppungsschäden, NZI 2008, 652
- 13 BGH GI 1995, 65
- 14 BGH GI 1995, 65
- 15 OLG Düsseldorf vom 26.5.2009, I-23 U 53/06, juris, zu Art. 1 § 1 RBRG a. F.
- 16 BGH GI 2009, 184 zu Art. 1 § 1 RBRG a. F.
- 17 BGH GI 1987, 119
- 18 BGH GI 1987, 119
- 19 BGH GI 1991, 223
- 20 BGH GI 2004, 40
- 21 KG Berlin GI 2008, 168
- 22 BGH GI 1991, 223
- 23 BGH DStR 2009, 818
- 24 BGH GI 2006, 154
- 25 BGH GI 2006, 72
- 26 BGH GI 2006, 72
- 27 OLG Karlsruhe, GI 2001, 93
- 28 OLG Karlsruhe, GI 2001, 93
- 29 BGH GI 1995, 169 zu Art. 1 § 1 RBRG a. F.
- 30 BGH GI 1995, 169
- 31 BGH GI 1987, 119
- 32 BGH NJW 1957, 586
- 33 OLG Karlsruhe GI 2006, 53

Eine höhere Glaubhaftigkeit kommt den Angaben des Beklagten und seiner Ehefrau nicht zu. Es mag sein, dass der Kläger die Übergabe einer von ihm vorbereiteten, ausgedruckten Gebührenvereinbarung nicht mehr im Einzelnen rekonstruieren kann, wie die vom Senat wiederholte Beweisaufnahme ergeben hat. Die als Zeugin vernommene Kanzlei-mitarbeiterin des Klägers, die Zeugin X., hat insoweit nur Schlussfolgerungen bekundet; sie besaß keine eigene Erinnerung an den Vorgang. Das macht die Angaben des Klägers jedoch nicht unglaubhaft.

Für ihn stellt sich die Übergabe des von ihm entworfenen Formulars als eine im Beratungsalltag wiederkehrende, immer so geübte Praxis dar. Dass der Kläger ein Formular mit einem besonderen Inhalt entworfen hat, spricht dafür, dass er es zu nutzen pflegt. Es mag sein, dass die Aushändigung im Einzelfall in Vergessenheit geraten kann. Es ist jedoch wenig wahrscheinlich, dass dies gleich zweimal unterbleibt. Das wiederum beeinträchtigt die Glaubhaftigkeit der Angaben des Beklagten und seiner Ehefrau, wonach ihnen keinerlei Schriftstück ausgehändigt worden sei, weder am 28.8. noch am 24.10.2006.

c) Nach alledem hat der Beklagte die **Vereinbarung eines schlichten Stundensatzes nicht bewiesen**. Danach musste der Beklagte davon ausgehen, dass der Kläger zu einer Honorarvereinbarung nur mit dem besonderen Inhalt des überreichten Entwurfs bereit war, nicht aber zu einer einfachen Honorarvereinbarung, wie der Beklagte sie behauptet. Zwar ist auch die vom Kläger erstrebte besondere, „hilfsweise“ an den gesetzlichen Gebühren orientierte Honorarvereinbarung nicht zustande gekommen, Mangels Honorarvereinbarung ist der Kläger unter diesen Umständen jedoch grundsätzlich berechtigt, nach Gegenstandswert abzurechnen.

2. Der Kläger kann im vorliegenden Fall **Gebühren nach dem Gegenstandswert dennoch nicht fordern, weil er sie dem Beklagten als seinem Auftraggeber als Schadenersatz nach den Grundsätzen zum Verschulden bei Vertragsschluss** (§ 280 Abs. 1, § 311 Abs. 2 BGB) **so gleich wieder zu erstatten hätte**. Im vorliegenden Fall kommt der Gesichtspunkt zum Tragen, dass ein Rechtsanwalt, der seinen Mandanten vor Übernahme des Auftrags **schuldhaft nicht darauf hinweist, dass sich die für seine Tätigkeit zu erhebenden Gebühren nach dem Gegenstandswert richten, dem Mandanten zum Ersatz des hierdurch verursachten Schadens verpflichtet ist** (BGH, *Urt. vom 24.5.2007 – IX ZR 89/06, NJW 2007, 2332*). Es handelt sich dabei nicht um eine Hilfsaufrechnung des Beklagten, denn der Schadenersatzanspruch des Mandanten ist auf Freihaltung von unnötigen Kosten gerichtet. Dies begründet zugunsten des Beklagten die dem § 242 BGB zuzuordnende Einrede des „dolo agit“ (dolo agit, qui petit, quod statim redditurus est).

a) Nach § 49b Abs. 5 BRAO, der mit Wirkung vom 1.7.2004 durch das Kostenrechtsmodernisierungsgesetz vom 5.5.2004 (BGBl I, 718) eingefügt worden ist, muss der Anwalt, wenn sich seine Gebühren nach dem Gegenstandswert richten (§ 2 Abs. 1 RVG), seinen Mandanten vor Übernahme des Auftrags hierauf hinweisen.

Der Kläger hat seine **Hinweispflicht i.S.v. § 49b Abs. 5 BRAO schuldhaft verletzt**. Unter den Parteien ist nicht streitig, dass der Kläger den Beklagten vor Übernahme des Mandats nicht darauf hingewiesen hat, dass er nach Gegenstandswert abzurechnen gedenke. Aus dem vom Kläger verwendeten Entwurf ergibt sich lediglich ein Hinweis auf die „gesetzlichen Gebühren“, aber nicht darauf, dass diese sich nach dem Gegenstandswert richten.

Das Landgericht hat angenommen, dass die Belehrung entbehrlich gewesen sei; es sei nicht ersichtlich, dass dem Beklagten nicht bekannt gewesen sei, dass die gesetzliche Honorarregelung eine Abrechnung nach dem Gegenstandswert vorsehe. **Die Hinweispflicht entfällt jedoch nicht einmal bei Mandanten mit juristischen Grundvorstellungen** (vgl. BGH, *Urt. v. 26.10.2000 – IX ZR 289/99, NJW 2001, 517* unter II. 2. c); *Fahrendorf in: Rinsche/Fahrendorf/Terbille, Die Haftung des Rechtsanwalts 7. Aufl., Rdnr. 527; Zugehör in: Zugehör/Fischer/Sieg/Schlee, Handbuch der Anwaltschaft 2. Aufl., Rdnr. 559*). Zu § 49b Abs. 5 BRAO hat der Senat bereits entschieden, **dass grundsätzlich selbst ein Mandant mit juristischer Vor- und Ausbildung belehrungsbedürftig ist** (Senats-*urt. v. 6.12.2007 – 28 U 58/07, n.v., unter B. 1. b) aa*). Das gilt erst recht für den Beklagten, der kein Jurist ist, sondern gewerblich Immobilien vermietet.

b) Unabhängig von § 49 Abs. 5 BRAO begründet ein besonders hoher Vergütungsanspruch eines Rechtsanwalts (wie hier: **über 50.000 EUR brutto**) aus einer Beauftragung ausnahmsweise auch unter dem **Gesichtspunkt von Treu und Glauben (§ 242 BGB) eine Aufklärungspflicht des Rechtsanwalts gegenüber seinem Mandanten über die Höhe der Vergütung, soweit dieser schutzwürdig ist, weil er mit einer solchen Vergütungshöhe nicht rechnet** (BGH, *Urt. v. 24.5.2007, a.a.O.; Tz. 10; OLG Saarbrücken, NJW-RR 2008, 509, 510*). Auch gegen diese Aufklärungspflicht hat der Kläger verstoßen. Er musste aufgrund der Nachfragen des Beklagten und seiner Ehefrau damit rechnen, dass der Beklagte von einem Stundenhonorar von 250 EUR ausging und nicht mit einer außergewöhnlich hohen Gebührenforderung rechnete, die sich an gesetzlichen Gebühren orientiert, sofern dies für den Anwalt günstiger ist.

c) Der Beklagte kann verlangen, **so gestellt zu werden, wie er bei gehöriger Beratung durch den Kläger stünde (§ 249 BGB)**. Für die richterliche Überzeugungsbildung genügt insoweit eine deutlich überwiegende, auf gesicherter Grundlage beruhende Wahrscheinlichkeit, dass ein Schaden entstanden ist (st. *Rspr.*, BGH, *Urt. v. 20.3.2008 – IX ZR 104/05, NJW 2008, 2647, Tz. 20; v. 23.11.2006 – IX ZR 21/03, NJW-RR 2007, 569, Tz. 21*). Der Mandat muss dazu vortragen und unter Beweis stellen, wie er auf eine allgemeine Information, dass der Anwalt nach Gegenstandswert abzurechnen gedenke, reagiert hätte (siehe BGH, *Urt. v. 24.5.2007, NJW 2007, 2332, Tz. 21*).

Der Beklagte hat in der Berufungsbegründung und insbesondere im Senatstermin glaubhaft dargelegt, dass er auf ein schlichtes Stundenhonorar von 250 EUR gedrungen hätte; ferner hätte er darauf gedrungen, dass der Kläger die Formu-

lierung streicht, wonach er berechtigt sei, gesetzliche Gebühren abzurechnen, wenn diese höher sind. Wenn der Kläger dazu nicht bereit gewesen wäre, so hat der Beklagte weiter einleuchtend vorgetragen, hätte er sich „empfohlen“ und einen anderen Anwalt aufgesucht.

Zur Überzeugung des Senats steht fest, **dass der Beklagte mit überwiegender Wahrscheinlichkeit auch einen anderen Anwalt gefunden hätte, der mit ihm eine schlichte Stundenhonorarvereinbarung zu einem Stundensatz von jeweils 250 EUR – ohne besonderen Öffnungszusatz im Hinblick auf ggf. höhere gesetzlichen Gebühren – getroffen hätte.** Verletzt der Anwalt seine Belehrungspflicht aus § 49b Abs. 5 BRAO, verlangt § 287 Abs. 1 ZPO nicht, dass der Mandant einen bestimmten anderen Anwalt namentlich bezeichnet und behauptet, dass dieser hypothetisch bereit gewesen wäre, das Mandat zu den hier in Rede stehenden Bedingungen abzurechnen. Das käme einem vom Gesetz nicht geforderten Vollbeweis nahe. Für die richterliche Überzeugungsbildung am Maßstab des § 287 Abs. 1 ZPO genügt jedoch, wie ausgeführt, eine deutlich überwiegende, auf gesicherter Grundlage beruhende Wahrscheinlichkeit.

Eine gesicherte Grundlage ist im vorliegenden Fall gegeben, auch ohne dass der Beklagte näher konkretisieren müsste, welchen anderen Anwalt er beauftragt hätte. Zwar duldete die Angelegenheit keinen nachhaltigen Aufschub, weil die gewerblichen Mietverträge der GbR alsbald ausliefen. **Der Kläger hat jedoch auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts und des Rechts der Kredit- und Immobiliarsicherheiten keine Sonderstellung.** Der Beklagte hatte sich lediglich auf Empfehlung seines Steuerberaters an den Kläger gewandt. Beratungsbedarf auf den vorgenannten Gebieten kann von zahlreichen Rechtsanwältinnen gedeckt werden. Es besteht kein durchgreifender Zweifel, dass der Beklagte 2006 einen festen Stundensatz von 250 EUR – ohne weitere Zusatzvereinbarung, wonach „hilfsweise“ gesetzliche Gebühren verlangt werden können – bei einem vergleichbaren Anwalt hätte durchsetzen können.

Das entspricht selbst heute noch den Erfahrungen des schwerpunktmäßig mit Ansprüchen aus der Berufstätigkeit der Rechtsanwältinnen befassten Senats. Zwar werden im oberen Bereich des anwaltlichen Spektrums höhere oder sogar deutlich höhere Stundensätze vereinbart. In diesem Bereich des Spektrums ist das hier zu beurteilende Beratungsmandat jedoch nicht angesiedelt. Die Erfahrung des Senats wird zudem durch wissenschaftliche Erhebungen bestätigt. Danach betrug **der durchschnittliche Stundensatz bundesweit durchschnittlich rund 180 EUR.** Der am meisten genannte Preis lag noch darunter, nämlich bei 150 EUR. Dies hat eine empirische Untersuchung belegt, bei der im Jahr 2005 1.021 Anwälte im Rahmen einer nach Kammern gewichteten Zufallsstichprobe befragt worden sind (*Hommerich/Kilian/Jackmuth/Wolf, Die Vereinbarung der anwaltlichen Vergütung, BRAK-Mitt 2006, 253, 256*). Das entspricht den Ergebnissen einer Befragung im Jahr 2008 unter 6.000 Anwälten (*Hommerich/Kilian, Stundensätze der deutschen Anwaltschaft, NJW 2009, 1569, 1570*).

Ein Stundenhonorar von 250 EUR bot im vorliegenden Fall daher ausreichend Spielraum, einen anderen Anwalt auch unter Berücksichtigung etwaiger besonderer fach-, kanzlei- oder personenbezogener Einflussfaktoren zu finden. Es gibt auch keine Anhaltspunkte dafür, dass der hypothetisch erforderliche und abzurechnende Stundenaufwand nicht mit dem vom Beklagten bereits entrichteten Betrag von 5.800 EUR brutto abgegolten gewesen wäre. Der Kläger hat weder dargelegt, dass er mehr als 20 Arbeitsstunden aufgewendet hat noch dass ein anderer Anwalt mehr Zeit benötigt hätte. (...) ■

## Notarhaftung

- Steuerrechtliche Belehrung
- Aufklärung zur Schenkungsteuer
- Offenkundigkeit
- Amtspflichtverletzung gegenüber den Vertragsbeteiligten (*OLG Oldenburg, Urt. v. 12.6.2009 – 6 U 58/09*)

### Leitsatz:

Ein Notar ist grundsätzlich nicht verpflichtet, die Urkundsbeteiligten über die steuerlichen Folgen des beurkundeten Geschäfts zu belehren. Eine Ausnahme gilt bezüglich der Erbschaftsteuer gemäß § 8 ErbStDV. ■

### Zum Sachverhalt:

Die Klägerin nimmt den Beklagten wegen Verletzung notarieller Belehrungspflichten auf Zahlung von Schadenersatz in Anspruch.

Der Beklagte beurkundete am 8.12.2005 einen Vertrag, mit dem der Schwiegervater der Klägerin sich verpflichtete, sein Eigentum an einem Grundstück gegen Übernahme der bestehenden Belastungen, ansonsten ohne Gegenleistung, zu je 1/2 auf seinen Sohn und die Klägerin zu übertragen.

Gegen die Klägerin wurde aufgrund des Erwerbsvorgangs durch das Finanzamt ... mit Bescheid vom 16.4.2007 Schenkungsteuer in Höhe von 2.268 EUR festgesetzt.

Die Parteien streiten darüber, ob der Beklagte die Klägerin bei der Beurkundung auf die mögliche Verpflichtung zur Zahlung von Schenkungsteuer hätte hinweisen müssen.

Mit der Klage hat die Klägerin die Verurteilung des Beklagten zur Zahlung von Schadenersatz in Höhe der gezahlten Schenkungsteuer abzüglich ersparter Notargebühren für einen zweiten Übertragungsvorgang sowie vorgerichtlicher Anwaltskosten begehrt.

Das Landgericht hat die Klage mit der Begründung abgewiesen, der Beklagte sei nicht verpflichtet gewesen, die Klägerin auf die steuerlichen Folgen des beurkundeten Geschäftes hinzuweisen. ■



**Aus den Gründen:**

Die form- und fristgerecht eingelegte Berufung hat in der Sache Erfolg. Der Klägerin steht gegen den Beklagten ein Anspruch auf Schadenersatz gemäß § 19 Abs. 1 Satz 1 BNotO zu.

Der Beklagte hat seine Pflichten bei der Beurkundung des Vertrages vom 8.12.2005 verletzt, denn **er hatte nach § 8 Abs. 1, Abs. 4 ErbStDV auf die Möglichkeit des Anfalls von Schenkungsteuer hinzuweisen**. Nach dieser Vorschrift hat der Notar bei der Beurkundung von Schenkungen und Zweckzuwendungen unter Lebenden die Beteiligten auf die mögliche Steuerpflicht aufmerksam zu machen. Zwar folgt, wie das Landgericht zutreffend festgestellt hat, weder aus der in § 17 Abs. 1 BeurkG normierten Beratungspflicht noch aus der allgemeinen Betreuungspflicht aus § 14 Abs. 1 Satz 2 BNotO eine allgemeine Amtspflicht des Notars, auch über die steuerlichen Folgen des Geschäftes im Einzelnen zu belehren. **Der Notar hat an sich nicht die Aufgabe eines Wirtschafts- und Steuerberaters** (st. Rspr. des BGH, VersR 1983, 181; VersR 2007, 1659; v. 21.11.1978, BeckRS 1978, 30376567; Huhn/v. Schuckmann, BeurkG 4. Aufl. 2003, § 17 Rz. 113). **§ 8 ErbStDV** stellt zu diesen Grundsätzen allerdings eine **Ausnahmeregelung** dar, die in den genannten Fällen eine Hinweispflicht ausdrücklich begründet (Ganter in: Zuehör/Ganter/Hertel, Handbuch der Notarhaftung 2004, Rz. 1170; Armbrüster/Preuss/Renner, BeurkG 5. Aufl. 2003, § 17 Rz. 113; Winkler, BeurkG 16. Aufl. 2008, § 17 Rz. 264).

Offenbleiben kann daher, ob der Beklagte wegen der Besonderheiten des Einzelfalles auch nach allgemeinen Grundsätzen verpflichtet war, auf die steuerliche Gefahrenlage hinzuweisen.

Entgegen der Auffassung des Beklagten war der Hinweis nicht wegen der **Offenkundigkeit des Anfalls von Schenkungsteuer** entbehrlich, weil der Übertragungsvorgang aufgrund der unterschiedlichen verwandtschaftlichen Beziehungen der Beteiligten zueinander gerade nicht für jeden Erwerber Schenkungsteuer auslöste. Für den Ehemann der Klägerin war der Erwerbsvorgang wegen des ihm zustehenden Freibetrages schenkungsteuerfrei, während dies für die Klägerin als Schwiegertochter des Veräußerers nicht galt.

Es kann auch nicht von einer fehlenden **Belehrungsbedürftigkeit** der Klägerin ausgegangen werden. Für seine Behauptung, der Klägerin sei positiv bekannt gewesen, dass Schenkungsteuer anfallen werde, hat der Beklagte keinen Beweis angetreten. Allein die Tatsache, dass das Grundstück bereits drei Jahre zuvor vom Ehemann der Klägerin und dessen geschiedener Ehefrau auf ihren Schwiegervater schenkweise übertragen worden war, rechtfertigt nicht die Annahme, dass der Klägerin, die nicht Beteiligte des Übertragungsvorganges von 2002 gewesen war, die steuerlichen Konsequenzen im Falle der Übernahme des hälftigen Miteigentumsanteils bewusst waren.

Eine **Zurechnung möglichen Wissens** des ... A. kommt ebenso wenig in Betracht. Bei notariell beurkundeten Verträgen ist allein die Kenntnis und das Verständnis der Vertragsparteien

bzw. der für sie handelnden Vertreter entscheidend (BGH v. 29.3.2000 – VIII ZR 81/99, MDR 2000, 817 = NJW 2000, 2272). **Die Kenntnis von Verhandlungsgehilfen, die den Vertragsschluss vorbereitet haben, ist nicht zuzurechnen** (BGH, NJW 1965, 1174; Palandt/Heinrichs, BGB 67. Aufl. 2008, § 166 Rz. 7). Erst recht scheidet eine Zurechnung möglichen Wissens der veräußernden Partei zum Nachteil der übernehmenden Partei aus. **Erkennt der Notar, dass insoweit ein Wissensgefälle vorliegt, ist er vielmehr im Hinblick auf seine Pflicht zur Neutralität und Unparteilichkeit nach § 14 Abs. 1 Satz 2 BNotO erst recht gehalten, entsprechende Aufklärung zu betreiben.**

**Die schuldhafte Verletzung der in § 8 Abs. 1 und Abs. 4 ErbStDV normierten Hinweispflicht ist grundsätzlich Amtspflichtverletzung gegenüber den Beteiligten** gemäß § 19 Abs. 1 Satz 1 BNotO (OLG Hamm, Urt. v. 14.10.2003 – 28 U 82/03; OLG Schleswig, ZEV 2006, 221). Für eine restriktive Auslegung der Norm dahingehend, dass sie nur dem Schutz der Finanzbehörden diene (so Stelzer, MittBayNot 2005, 517, 519), ist kein Raum. Sie widerspräche dem eindeutigen Wortlaut der Vorschrift. Den Interessen der Finanzverwaltung wird im Übrigen bereits durch die ebenfalls in § 8 ErbStDV geregelten Übersendungs- und Mitteilungspflichten Rechnung getragen. Die zusätzliche Normierung auch einer Hinweispflicht gegenüber den Urkundsbeteiligten kann daher nur deren Schutz bezwecken, selbst wenn die Ermächtigungsgrundlage diese Möglichkeit nicht ausdrücklich vorsah. Darüber hinaus liefe der Regelungsgehalt der Vorschrift leer, wenn man eine Verletzung der durch sie normierten notariellen Pflichten sanktionslos ließe.

Die fahrlässig begangene und damit schuldhafte Verletzung der Hinweispflicht durch den Beklagten war auch für den eingetretenen Schaden ursächlich. **Dass sich die Klägerin bei pflichtgemäßer notarieller Beratung vor der Beurkundung des Vertrages an einen Steuerberater gewandt hätte, kann aufgrund der für ein beratungsgemäßes Verhalten sprechenden Vermutung** (vgl. BGH, NJW 2000, 2814; BGH v. 10.12.1998 – IX ZR 358/97, MDR 1999, 446 = BRAK-Mitt 1999, 74 m. Anm. Jungk = NJW-RR 1999, 641) **festgestellt werden.**

Diese Beratung hätte dann auch dazu geführt, dass die Beurkundung des Übertragungsvertrages unterblieben und durch eine sog. „**Kettenübertragung**“ ersetzt worden wäre. Eine solche wäre steuerrechtlich zulässig gewesen, wenn man die vom BFH aufgestellten Grundsätze (BFH v. 14.7.1982 – II R 102/80, BStBl II 1982, 736) beachtet hätte. (...)

Als **Schaden** kommt bei der Verletzung einer notariellen Amtspflichtverletzung in Gestalt einer Hinweispflicht grundsätzlich auch das **Entstehen einer Steuerpflicht** in Betracht (BGH, VersR 1983, 181). Die Klägerin hat daher Anspruch auf Ersatz der Schenkungsteuer in Höhe von 2.268 EUR, die sie bei Beachtung der notariellen Hinweispflicht – unstreitig – nicht hätte zahlen müssen. Sie muss sich aber diejenigen Kosten anrechnen lassen, welche sie durch die nicht erfolgte zweite Beurkundung erspart hat. Diese belaufen sich – unstreitig – auf 346,74 EUR. Der Klägerin steht daher ein Anspruch in Höhe von 1.921,26 EUR zu. ■

## Anwaltshaftung

- Vollständiger Prozessvortrag
- Zurückhaltung eines Privatgutachtens
- Beweggrund für Vergleichsabschluss  
(OLG Düsseldorf, Beschl. v. 20.4.2009 – I-24 U 204/08)

### Leitsätze:

1. Pflichtwidrig handelt der Rechtsanwalt, wenn er für den Mandanten günstige Umstände (hier private Grundstücksbewertung beim Zugewinnausgleichsverfahren) aus taktischen Erwägungen nicht vorträgt, ohne den Mandanten über die Vor- und Nachteile dieses Vorgehens zu belehren.

2. Das anwaltliche Fehlverhalten wird aber nicht ursächlich, wenn der Mandant im weiteren Verlauf des Rechtsstreits mit seinem Ehegatten einen Vergleich abschließt, für den nicht nur ein geringfügig höherer Grundstückswert, sondern auch unterhaltsrechtliche Tatbestände maßgeblich wurden. ■

### Aus den Gründen:

(...) Das Landgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass dem Kläger keine Schadenersatzansprüche gegen die Beklagten aus mangelhafter Beratung und Vertretung in dem Zugewinnausgleichsverfahren vor dem AG D. zustehen. (...) Die Berufung des Klägers hat (...) keinen Erfolg, weil eine Haftung der Beklagten aus dem mit dem Kläger geschlossenen Anwaltsdienstvertrag (§§ 611 ff BGB) aus materiellrechtlichen Gründen ausscheidet. Denn der Kläger hat weder eine Kausalität zwischen der Pflichtverletzung und dem durch den Vergleichsschluss eingetretenen Schaden dargelegt noch einen eventuell entstandenen Kostenschaden nachvollziehbar dargetan.

1. Entgegen der vom Landgericht vertretenen Auffassung ist allerdings davon auszugehen, dass der Beklagte zu 1) seine Pflichten aus dem Anwaltsdienstvertrag schuldhaft verletzt hat. Denn er hat die sachverständigen Feststellungen des Dipl.-Ing. B. vom 6.8.2004 nicht in das Zugewinnausgleichsverfahren eingeführt und auch die damit zusammenhängende Vorgehensweise nicht mit dem Kläger abgesprochen. (...)

**Grundsätzlich ist es Sache des Rechtsanwalts, einer Partei diejenigen Schritte anzuraten, die zu dem erstrebten Ziel führen (vgl. Zuehör/Fischer/Sieg/Schlee, Handbuch der Anwaltshaftung 2. Aufl., Rz. 940 „Beratung (allgemein)“ m.w.N.). Ein Rechtsanwalt ist deshalb gehalten, für seinen Mandanten günstigen Sachvortrag schriftsätzlich vorzutragen. Er muss auch ein gerichtliches Gutachten durch Vorlage eines bereits vorliegenden Privatgutachtens angreifen, welches – wie hier – zu für seine Partei günstigeren Ergebnissen kommt (vgl. BGH v. 16.6.2005 – IX ZR 27/04, BGH-Report 2005, 1314 m. Anm. Mätzig = BRAK 2005, 230 m. Anm. Jungk = MDR 2005, 1319 = NJW 2005, 3071 ff).** Dass die Ausführungen des Privatgutachters B. für das vom Kläger verfolgte Rechtsschutzziel, einen möglichst geringen Zu-

gewinnausgleich an seine geschiedene Ehefrau zahlen zu müssen, vorteilhaft gewesen wären, steht zwischen den Parteien nicht im Streit. Denn der Gutachter B. kam zu für den Kläger günstigeren Ergebnissen als der vom Familiengericht beauftragte Sachverständige F.

Die Beklagten haben allerdings Gründe aufgeführt, die gegen eine Stellungnahme an das Familiengericht gesprochen haben sollen. Sie begründen dies damit, dass der Kläger in dem Zugewinnausgleichsverfahren behaupten ließ, der Sachverständige F. habe Unterlagen, die ihm zuvor zur Wertermittlung überlassen worden waren, nicht zurückgegeben. Dieses vom Sachverständigen bestrittene Vorbringen mündete letztlich in ein (erfolgloses) Ablehnungsgesuch gegen den Sachverständigen. Die Beklagten meinen im Hinblick auf diesen unstreitigen Sachverhalt, die Vorlage der Stellungnahme des Gutachters B. hätte zulasten des Klägers erkennen lassen, dass die Unterlagen doch an den Kläger zurückgelangt seien und damit offenkundig geworden wäre, dass dieser den Sachverständigen F. zu Unrecht falscher Angaben verdächtige. Deshalb habe der Beklagte zu 1) dem Kläger die Stellungnahme zurückgegeben. Dieser habe sie an sich genommen und auf ihre Verwertung stillschweigend verzichtet.

**Wenn indes ein Rechtsanwalt eine für seinen Auftraggeber vorteilhafte Einwendung nicht schriftsätzlich vorträgt, weil er meint, dieser Vortrag sei für seinen Mandanten unehrenhaft, so handelt er pflichtwidrig, wenn er den Auftraggeber nicht über die Vor- und Nachteile dieses Vorgehens aufgeklärt und dessen Zustimmung eingeholt hat (RGZ 139, 358; Zuehör/Fischer/Sieg/Schlee, a.a.O., Rz. 940 „Schriftsätze (Sachvortrag)“).** So liegt es hier. Denn die Beklagten haben nicht angegeben, den Kläger über die Vor- und Nachteile dieses Vorgehens beraten zu haben. Ihrem Vorbringen muss entnommen werden, dass darüber ausdrücklich gar nicht gesprochen wurde. Vielmehr soll der Beklagte zu 1) davon ausgegangen sein, dass aus der Stellungnahme (die der Beklagte zu 1) allerdings nicht einmal gelesen hatte) hervorgehe, der Kläger habe die Unterlagen vom Sachverständigen zurückerhalten und er, der Beklagte zu 1), sich deshalb nicht habe „bösgläubig“ machen wollen. Eine Beratung bzw. ein Gespräch darüber ist ersichtlich nicht geführt worden. (...)

2. Diese Pflichtverletzung des Beklagten zu 1) ist indes für den vom Kläger behaupteten Schaden von mindestens 20.000 EUR nicht **kausal** geworden.

a) Wird dem Anwalt eine Unterlassung vorgeworfen, so muss untersucht werden, **wie das Geschehen abgelaufen wäre, wenn er die versäumte Handlung pflichtgemäß vorgenommen hätte.** Es kommt also darauf an, wie jenes Verfahren bei pflichtgemäßem Verhalten des Anwalts ausgegangen wäre (BGH v. 22.3.1990 – IX ZR 128/89, MDR 1990, 916 = NJW 1990, 2128, 2129; vgl. auch BGH v. 16.6.1988 – IX ZR 69/87, MDR 1988, 959 = WM 1988, 1454, 1455; BGH v. 2.11.1989 – IX ZR 15/89, NJW-RR 1990, 462, 463; BGH v. 6.12.2001 – IX ZR 124/00, MDR 2002, 300 = BRAK 2002, 65 m. Anm. Chab = BGH-Report 2002, 189 = NJW 2002, 593; Zuehör/Fischer/Sieg/Schlee, a.a.O., Rz. 991). **Dabei**

**hat das Regressgericht seiner Entscheidung den Sachverhalt zugrunde zu legen, der dem Gericht des Vorverfahrens bei pflichtgemäßem Verhalten des Rechtsanwalts unterbreitet und von ihm aufgeklärt worden wäre** (BGH v. 13.6.1996 – IX ZR 233/95, BGHZ 133, 110 = BRAK 1996, 267 = MDR 1996, 1186 = BRAK 1997, 96 = FamRZ 1996, 1001, 1001 f; BGH v. 16.6.2005 – IX ZR 27/04, BGH-Report 2005, 1314 m. Anm. Mätzig = BRAK 2005, 230 m. Anm. Jungk = MDR 2005, 1319 = NJW 2005, 3071, 3072; 2000, 1263; BGH v. 2.7.1992 – IX ZR 256/91, MDR 1992, 1186 = FamRZ 1992, 1409 = NJW 1992, 2694).

Die Feststellung, dass infolge der Pflichtverletzung ein Schaden entstanden ist, gehört zur **haftungsausfüllenden Kausalität** und hat nach ständiger Rechtsprechung des BGH (BGHZ 4, 192, 196; 84, 244, 253; BGH v. 15.6.1993 – XI ZR 111/92, MDR 1994, 830 = NJW 1993, 3073, 3076; 2000, 1572, 1573; NJW 2004, 1521, 1522; vgl. auch Zugehör/Fischer/Sieg/Schlee, a.a.O., Rz. 992 m.w.N.; Zöller/Greger, ZPO 27. Aufl., § 287 Rz. 3), der der Senat folgt (vgl. OLG Düsseldorf v. 6.4.2005 – I-24 U 211/04, BRAK 2005, 110 m. Anm. Jungk = OLG-Report Düsseldorf 2005, 734 ff; 2006, 741 f; 2007, 195 f), unter Heranziehung des § 287 Abs. 1 ZPO zu erfolgen.

Es ist somit zu ermitteln, ob eine überwiegende Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder den besonderen Umständen des Streitfalls mit für den Kläger günstigeren Feststellungen zu rechnen gewesen wäre (vgl. Palandt/Heinrichs, BGB 68. Aufl., § 252 Rz. 5 m.w.N.). Daraus folgt im Gegenschluss, dass ein Schadenersatzanspruch entfällt, wenn die schadenbegründende Handlung überwiegend wahrscheinlich für den konkret geltend gemachten Schaden nicht ursächlich geworden ist (vgl. OLG Düsseldorf, OLG-Report 2002, 376 = VersR 2003, 326; OLG Düsseldorf v. 22.2.2007 – I-24 U 133/06, FamRZ 2007, 1982 = BRAK 2007, 159 m. Anm. Jungk = MDR 2007, 988 = VersR 2008).

b) Unter Heranziehung dieser Grundsätze geht der Senat davon aus, dass die Pflichtverletzung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nicht für den geltend gemachten Schaden ursächlich geworden ist. Nach der gemäß § 287 ZPO vorzunehmenden Würdigung des Sachstands geht der Senat vielmehr davon aus, dass der Kläger **den Vergleich auch geschlossen hätte, wenn die Beklagten die Feststellungen des Privatgutachters B. ordnungsgemäß in das Verfahren eingeführt hätten** und das Familiengericht dann, wie es später im Laufe des Berufungsverfahrens erfolgt ist, weitere Feststellungen getroffen und die vom Sachverständigen D. ermittelten Werte (die ohnehin nur um knapp 3 % von denen des Privatgutachters abweichen: 600.000 DM gemäß B. zu 619.000 DM gemäß D.) zugrunde gelegt hätte.

Hierfür spricht schon der Umstand, dass der anwaltlich beratene Kläger **den Vergleich in Kenntnis einer Tatsachengrundlage geschlossen hat, die in etwa dem von ihm „gewünschten“ Endwert des Hauses entsprach**. Diese Berechnungs- und Vergleichsgrundlage war dem Kläger somit bekannt, als er sich mit dem Vergleich einverstanden erklär-

te. Er hat sich bewusst und in Kenntnis des vom Familiensenat ermittelten Verkehrswertes für 1999 von 619.000 EUR mit einer Zahlung in einer Höhe einverstanden erklärt, die über dem von ihm zunächst erstrebten Rechtsschutzziel lag.

**Maßgebend für dieses „Entgegenkommen“** des Klägers war der Umstand, dass sich die von ihm im Laufe des Verfahrens geleistete Zahlung von 73.000 EUR günstig auf das von ihm gleichfalls vor dem Familiensenat geführte Unterhaltsverfahren gegen seine frühere Ehefrau auswirkte. In diesem Verfahren war der Kläger vom Familiengericht zur Zahlung von Geschiedenenunterhalt verurteilt worden. Die frühere Ehefrau machte indes geltend, sie sei bedürftig, weil der Kläger die auf den Zugewinnausgleichanspruch geleistete Zahlung von 73.000 EUR nur unter Vorbehalt erbracht habe. Daraufhin erklärte der Kläger mit Schriftsatz vom 10.8.2005, diesen Vorbehalt nicht mehr aufrechtzuerhalten und die Berufung nicht erweitern zu wollen. Diese Erklärung hatte zur Folge (worauf der Kläger sich auch ausdrücklich berief), dass sich seine frühere Ehefrau die Zinsen aus dem Kapital unterhaltsmündem anrechnen lassen musste. **Dieser Umstand, der mit der Pflichtverletzung der Beklagten in keinem kausalen Zusammenhang stand, war wesentlicher Beweggrund für den Kläger, den vom Familiensenat vorgeschlagenen Vergleich anzunehmen.** (...) ■

## Anwaltshaftung

- Unterlassene Belehrung
- Beweislast
- Schriftliche Belehrung
- Versendung als einfacher Brief
- Bestreiten des Zugangs  
(OLG Bremen, Urt. v. 25.5.2008 – 3 U 31/08)

### Leitsätze:

1. Nimmt der Mandant einen Rechtsanwalt wegen behaupteter unterlassener Belehrung auf die drohende Verjährung einer Forderung auf Leistung von Schadenersatz in Anspruch, trägt der Mandant die Beweislast für das Unterlassen der Belehrung, auch wenn ihm damit der Beweis einer negativen Tatsache aufgebürdet wird.
2. Diese Beweislast ändert sich nicht dadurch, dass der Rechtsanwalt substantiiert vorträgt, seinen Belehrungspflichten durch einen als einfachen Brief an den Mandanten abgeschicktes Schreiben nachgekommen zu sein, und der Mandant den Zugang dieses Briefes bestreitet. ■

### Zum Sachverhalt:

Der Kläger macht gegen die beklagten Rechtsanwälte Schadenersatz in Höhe von 34.387,80 EUR wegen behaupteter fehlerhafter Belehrung im Rahmen eines Anwaltsvertrages geltend.

Der Kläger gewährte seinem damaligen Lebensgefährten im Jahr 1999 ein Darlehen über 22.000 DM. Am 24.2.2001 schloss der Kläger eine weitere schriftliche Darlehensvereinbarung mit seinem Lebensgefährten über einen Betrag von 48.500 DM. Nachdem es hinsichtlich dieser Vereinbarungen zu Unstimmigkeiten gekommen war, beauftragte der Kläger die Beklagten mit der Durchsetzung seiner Forderungen. Es sollte zunächst ein Betrag in Höhe von 11.248,42 EUR (= 22.000 DM) aus dem ersten Darlehensvertrag geltend gemacht werden und sodann die Forderung aus der zweiten Vereinbarung verfolgt werden. Das Landgericht gab der Klage hinsichtlich des ersten Darlehens mit Urteil vom 14.5.2003 in voller Höhe statt.

Die Beklagten fertigten unter dem 21.2.2003 einen weiteren Klageentwurf betreffend die zweite Darlehensforderung und übersandten diesen dem Kläger. Der Kläger teilte jedoch mit, dass im Hinblick auf eine vom Kläger angestrebte einvernehmliche Lösung mit der Klageerhebung zunächst abgewartet werden solle. In der Folgezeit kam es zu diversen Anfragen seitens der Beklagten hinsichtlich des weiteren Betreibens des Verfahrens, u.a. mit Schreiben vom 15.11. und 28.12.2004. Der Kläger wollte jedoch mit der Klageerhebung weiter abwarten. Am 23.12.2005 stellten die Beklagten schließlich auf Weisung des Klägers einen Mahnantrag. Gegen den daraufhin erlassenen Mahnbescheid legte der ehemalige Lebensgefährte des Klägers Widerspruch ein. Im streitigen Verfahren wies das Landgericht die Klage wegen Verjährung etwaiger Ansprüche mit inzwischen rechtskräftigem Urteil vom 17.3.2007 zurück.

Der Kläger hat behauptet, dass er von den Beklagten zu keinem Zeitpunkt darauf hingewiesen worden sei, dass die Forderungen aus dem zweiten Darlehen mit Ablauf des 31.12.2004 verjähren könnten. Insbesondere habe er das auf den 11.9.2004 datierte Schreiben, mit welchem die Beklagten auf die mögliche Verjährung der Forderung hingewiesen haben wollen, nie erhalten. Der Kläger hat behauptet, dass dieses Schreiben nachträglich verfasst worden sei. Da die Forderung gegen seinen ehemaligen Lebensgefährten begründet gewesen sei, stünde ihm, dem Kläger, ein Schadenersatzanspruch in Höhe des insoweit geltend gemachten Klagebetrages (Darlehensforderung zzgl. kapitalisierter Zinsen) zu.

Die Beklagten haben unter Beweisantritt behauptet, dass sie den Kläger mit Schreiben vom 11.9.2004 auf die drohende Verjährung hingewiesen haben. Dieses Schreiben sei auch abgesandt und nicht nachträglich geschrieben worden. Darüber hinaus habe der zuständige Sachbearbeiter der Beklagten selbst mit dem Kläger am 30.12. und 31.12.2004 telefoniert und diesen auf die drohende Verjährung aufmerksam gemacht. Der Kläger habe jedoch erklärt, dass er ein Klageverfahren nicht einleiten wolle, da er die Angelegenheit mit seinem ehemaligen Lebensgefährten einvernehmlich regeln wolle.

Mit Urteil vom 11.7.2008 hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Die Berufung des Klägers hatte keinen Erfolg. ■

#### **Aus den Gründen:**

Die statthafte (§ 511 Abs. 1 ZPO) und auch im Übrigen zulässige (§§ 511 Abs. 2, 517, 519, 520 ZPO) Berufung des Klägers ist nicht begründet.

Dem Kläger steht ein Anspruch auf Schadenersatz wegen anwaltlicher Pflichtverletzung weder aus § 280 Abs. 1 BGB noch aus anderen Rechtsgrundlagen zu, denn er hat den Nachweis nicht erbracht, dass die Beklagten ihn nicht darauf hingewiesen haben, dass die von ihm gegen seinen ehemaligen Lebenspartner behaupteten Ansprüche mit Ablauf des 31.12.2004 verjähren könnten.

**Der Kläger trägt die Beweislast für seine Behauptung, dass er von den Beklagten nicht auf die drohende Verjährung hingewiesen worden ist.** Der BGH geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass derjenige, der einen zur umfassenden Belehrung und Aufklärung verpflichteten Rechtsanwalt auf Leistung von Schadenersatz in Anspruch nimmt, weil dieser seine Pflichten nicht gehörig erfüllt habe, für dieses Unterlassen die Beweislast trägt, auch wenn ihm damit der **Beweis einer negativen Tatsache** aufgebürdet werde (BGH, Urt. v. 5.2.1987 – IX ZR 65/86, MDR 1987, 666 = NJW 1987, 1322, 1323 m.w.N.). Bei dem Beweis negativer Tatsachen – hier Unterlassung eines Hinweises auf den drohenden Ablauf der Verjährungsfrist – ändert sich an den allgemeinen Beweisregeln nichts. Auch der Charakter der Rechtsbeziehungen zwischen dem Mandanten und dem Anwalt als Vertrauensverhältnis verlangt keine Umkehr der Beweislast (BGH, a.a.O.; Borgmann/Jungk/Grams, *Anwaltschaftung* 4. Aufl. 2005, Kap. IX, Rz. 14 ff; Vollkommer/Heinemann, *Anwaltschaftungsrecht* 2. Aufl. 2003, Rz. 674).

**Die Schwierigkeit dieses sog. Negativbeweises ist vielmehr dadurch zu beheben, dass die andere Partei nach Lage des Falles die Behauptung substantiiert bestreiten und diejenige Partei, welche die Beweislast trägt, die Unrichtigkeit der Gegendarstellung beweisen muss** (vgl. BGH, a.a.O., m.w.N.). Dabei werden die Anforderungen an die Substantiierungspflicht des wegen unzureichender oder unrichtiger Belehrung in Anspruch genommenen Rechtsanwalts durch die Umstände des Einzelfalls bestimmt. **Der Rechtsanwalt kann sich nicht damit begnügen, eine Pflichtverletzung zu bestreiten oder ganz allgemein zu behaupten, er habe den Mandanten ausreichend unterrichtet. Vielmehr muss er im Einzelnen schildern, wann und auf welche Art und Weise er den Mandanten belehrt hat, insbesondere konkrete Angaben darüber machen, welche Belehrungen und Ratschläge er erteilt und wie darauf der Mandant reagiert hat** (vgl. BGH, a.a.O., m.w.N.; Rinsche/Fahrendorf/Terbille, *Die Haltung des Rechtsanwalts* 7. Aufl. 2005, Rz. 656 ff; Vollkommer/Heinemann, a.a.O., Rz. 676 f).

Hier behaupten die Beklagten, den Kläger bereits **durch Schreiben vom 11.9.2004 auf die Verjährungsproblematik hingewiesen zu haben**, das der Kläger nicht bekommen haben will. Dieser Sachverhalt führt nicht zu einer Änderung der Beweislast, denn die Beweislast für ein Unterlassen gebotener Anwaltsbelehrung trifft den Mandanten auch dann, wenn der Rechtsanwalt substantiiert vorträgt, seinen



Belehrungspflichten **durch ein an den Mandanten durch einfachen Brief abgeschicktes Schreiben nachgekommen zu sein, dessen Zugang der Mandant bestreitet.** Der vom Mandanten zu führende Beweis umfasst dabei sowohl die Nichtexistenz einer substantiiert dargelegten Belehrung als auch deren Fehlerhaftigkeit (*OLG Hamm, Urt. v. 9.3.1999 – 28 U 14/98, NRWE Rz. 25 ff; OLG Karlsruhe, Urt. v. 2.11.1978 – 12 U 115/77, AnwBl 1979, 64, 65; Rinsche/Fahrendorf/Terbille, a.a.O., Rz. 664 f*). Dabei ist zu beachten, dass es jedenfalls **im Regelfall nicht pflichtwidrig ist, wenn der Anwalt Belehrungen enthaltende Schreiben mit einfachem Brief an den Mandanten oder seinen Beauftragten sendet.** Diese Form der Übermittlung entspricht der täglichen, bewährten Praxis im Verhältnis zwischen Anwalt und Mandant und ist grundsätzlich zuverlässig (*vgl. OLG Hamm, a.a.O., Rz. 33 m.w.N.*).

Zudem könnte es das Vertrauensverhältnis zwischen Anwalt und Mandant beeinträchtigen, wenn der Anwalt immer bestrebt sein müsste, sich im Hinblick auf mögliche Regressprozesse für erteilte Informationen eine Beweisunterlage zu beschaffen, also bei einer mündlichen Belehrung etwa in der Anfertigung eines von den Beteiligten unterzeichneten Protokolls oder bei einer schriftlichen Aufklärung durch Veranlassung einer förmlichen Zustellung. Gerade dieses wird dem Anwalt aber nicht abverlangt (*OLG Hamm, a.a.O., Rz. 34; OLG Karlsruhe, a.a.O.*). Auch gebieten hier weder die Umstände des Einzelfalls noch der Inhalt der Belehrung eine andere Übermittlungsform als ein einfaches Schreiben. **Die vorangegangene und auch die nachfolgende schriftliche Korrespondenz verliefen ungestört.** Anhaltspunkte dafür, dass die Belehrung den Kläger nicht erreichen würde, waren für die Beklagten nicht ersichtlich.

Versendet der Anwalt jedoch eine Belehrung durch einfachen Brief, so gehört es zu einem substantiierten Vorbringen des Anwalts, **das Datum und den Inhalt sowie die Absendung des Schreibens darzulegen.** Mit dem Absendungsvorgang werden im Regelfall **Büroangestellte des Anwalts** beschäftigt sein. Diese Personen muss der Anwalt im Rahmen seiner Substantiierungspflichten auf Verlangen des Mandanten benennen, damit diese dem Mandanten für seine Behauptung der nicht erfolgten Belehrung als Zeugen zur Verfügung stehen. Auch können hinsichtlich des Zugangs, der notwendig im Bereich des Mandanten oder seines Beauftragten stattfindet, Zeugen zur Verfügung stehen, die für den unter Berücksichtigung üblicher Postlaufzeiten in Betracht kommenden Zeitraum bestätigen können, dass das Schriftstück den Empfänger nicht erreicht hat (*vgl. OLG Hamm, a.a.O., Rz. 27; Rinsche/Fahrendorf/Terbille, a.a.O., Rz. 664*).

Hier haben die Beklagten dargelegt, dass das Schreiben vom 11.9.2004, das den Hinweis darauf enthält, dass die Forderung des Klägers möglicherweise mit Ablauf des 31.12.2004 verjährt, am 11.9.2004 – und nicht etwa nachträglich – erstellt und am übernächsten Tage abgesandt wurde. Als Beweis dafür haben die nicht beweisbelasteten Beklagten zwei ihrer Kanzleimitarbeiter benannt. Außerdem ist von den Beklagten ebenfalls unter Beweisannahme vorgetragen worden, **dass bei der Beklagten die hier in Rede stehende Verjährungs-**

**frist zum Ende des Jahres 2004 notiert worden ist.** Dieses Vorbringen entspricht den eingangs genannten Voraussetzungen, die die Rechtsprechung an die Substantiierungspflicht des Anwalts stellt. Trotz dieser detaillierten Angaben unter Benennung der Mitarbeiter, die die betreffenden Arbeitsschritte vorgenommen haben sollen, hat der Kläger keine Beweismittel dafür benannt, dass das Schreiben nicht abgesandt oder verspätet erstellt wurde oder ihn nicht erreicht hat. Er ist insoweit beweisfällig geblieben.

Entgegen der Ansicht des Klägers existiert auch **kein „umgekehrter“ Anscheinsbeweis dahingehend, dass von einem tatsächlich unvernünftigen Verhalten des Mandanten auf eine tatsächlich von dem Anwalt unterlassene Beratung und Belehrung rückgeschlossen wird** (*vgl. dazu Borgmann/Jungk/Grams, a.a.O., Kap. IX, Rz. 11 f; Rinsche/Fahrendorf/Terbille, a.a.O., Rz. 666 m.w.N.*).

Zwar ist beim Anscheinsbeweis grundsätzlich sowohl der **Schluss von einer bestimmten Ursache auf eine bestimmte Wirkung** als auch umgekehrt der Schluss von einer bestimmten Wirkung auf eine bestimmte Ursache erlaubt, wenn die Kausalverknüpfung nach der Lebenserfahrung auf einem typischen, von den Besonderheiten des Einzelfalls unabhängigen Geschehensablauf beruht. Mag nach der Lebenserfahrung im Allgemeinen auch eine deutlich überwiegende Wahrscheinlichkeit für ein beratungsgemäßes Verhalten des Mandanten sprechen, so ist aber im Einzelfall ein **unvernünftiges Verhalten keineswegs so unwahrscheinlich, dass es ohne beachtliche Zweifel nur auf einer falschen Beratung des Anwalts berufen kann.** Es muss deshalb bei dem Grundsatz verbleiben, dass die reale Verknüpfung einer individuellen Beratung und Belehrung eines Anwalts mit der individuellen Reaktion des Mandanten nicht auf dem Wege des Anscheinsbeweises erfolgen kann (*Rinsche/Fahrendorf/Terbille, a.a.O., m.w.N.*).

Das gilt im vorliegenden Fall umso mehr, als sich eine nicht erfolgte Reaktion des Klägers auf das Schreiben vom 11.9.2004 damit erklären ließe, dass er zu dem Zeitpunkt immer noch versuchte, eine einvernehmliche Lösung mit seinem ehemaligen Lebensgefährten zu erreichen. Das ist zumindest nicht lebensfern, da das Hoffen auf eine einvernehmliche Lösung das gesamte Mandatsverhältnis bezüglich dieser (zweiten) Darlehensforderung prägt. Aus diesem Grund wurde beispielsweise auch der bereits unter dem 21.2.2003 von den Beklagten erstellte Klageentwurf, trotz diverser Anfragen der Beklagten an den Kläger, ob die Klage erhoben werden soll, nicht bei Gericht eingereicht.

Da der Kläger den Beweis schon nicht erbracht hat, dass er von den Beklagten nicht durch Schreiben vom 11.9.2004 auf die drohende Verjährung hingewiesen worden ist, war eine Prüfung, ob die entsprechende Belehrung in den Telefongesprächen am 30./31.12.2004 erfolgte, nicht mehr erforderlich. ■

**Anmerkung:** rechtskräftig durch Nichtannahmebeschluss des BGH vom 19.3.2009 – IX ZR 96/08 ■

## Steuerberaterhaftung

- Kapitalerhöhung, Einlage von Patenten
  - Verdeckte Sacheinlage
  - Beratungspflichten
  - Schaden
  - Verjährungsbeginn, § 68 StBerG a.F.
- (OLG Frankfurt, Urt. v. 7.2.2008 – 16 U 23/07)

### Leitsätze (d. Red.):

1. Der Steuerberater hat den Mandanten umfassend steuerlich zu beraten, den relativ sichersten Weg aufzuzeigen und ihn vor Schaden zu bewahren. Ist die vorgeschlagene Gestaltung einer Kapitalerhöhung als verdeckte Sacheinlage zu qualifizieren, muss er den Mandanten auf die gesellschaftsrechtliche Problematik hinweisen oder, wenn er die zivil- und gesellschaftsrechtliche Sachlage nicht überblickt oder weil Verstöße gegen das Rechtsberatungsgesetz drohen, ihn vorsorglich an einen Anwalt verweisen.
2. Ein Schaden entsteht dadurch, dass der Mandant die Bareinlage doppelt an die Gesellschaft zahlen muss.
3. Verjährungsbeginn ist der Zeitpunkt des Schadeneintritts. Entscheidend ist die Geltendmachung der zum Regress führenden Forderung auf Zahlung der Bareinlage durch den Insolvenzverwalter. ■

### Aus den Gründen:

I. Der Kläger, ein Gesellschafter der sich seit 1.10.2001 in der Insolvenz befindlichen B.-GmbH, nimmt den Beklagten, Steuerberater und Rechtsanwalt, wegen einer Beratungsempfehlung des Beklagten für die B.-GmbH auf Schadenersatz in Anspruch. Gegenstand des Beratungsauftrags war die Prüfung von Gesellschafterbeschlüssen zur Kapitalerhöhung und die Einlage von Patenten, die dem Kläger und seinem Bruder gehörten, in die GmbH unter steuerlichen Gesichtspunkten. Der Beklagte riet, von einer Kapitalerhöhung im Wege der Sacheinlage des Patents abzusehen, den Verkaufserlös des Patents auszuzahlen und die Kapitalerhöhung im Wege der Bareinlage durchzuführen. (...)

Der Kläger war Inhaber einer Firma, zu der auch sein Anteil an den Patenten gehörte. Das Anlagevermögen dieser Firma hatte der Kläger im Juni 1998 veräußert.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, der Beklagte habe zwar eine Pflichtverletzung im Hinblick auf seinen Prüfungsauftrag begangen, die zu einem Schaden des Klägers geführt habe. Dessen Höhe könne aber offenbleiben, da der Anspruch des Klägers verjährt sei. Da die Leistung des Klägers auf die von ihm übernommene Stammeinlage keine schuldbefreiende Wirkung gehabt habe, sei der Schaden des Klägers bereits mit Eintragung und damit mit Wirksamwerden der Kapitalerhöhung am 3.3.1999 entstanden. Damit sei zugleich der Schadenersatzanspruch gegen den Beklagten entstanden.

Die dreijährige Verjährungsfrist des hier anwendbaren § 68 StBerG sei bereits Ende 2002 abgelaufen. Auf weitere Voraussetzungen – wie eine Kenntnis des Klägers von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners – komme es nicht an; § 199 BGB fände keine Anwendung. Unerheblich sei, ob es sich um eine Beratungsleistung durch den Beklagten als Steuerberater oder als Rechtsanwalt handele, da auch nach § 51b BRAO Verjährung eingetreten sei. Die von dem Kläger zitierte Rechtsprechung zur Verjährung von Regressansprüchen bei fehlerhafter Vertragsgestaltung sei nicht einschlägig. Vielmehr sei die hiesige Fallkonstellation mit jener vergleichbar, in der der Steuerberater oder Rechtsanwalt zu einer nachteiligen Vermögenslage geraten habe und bei der der Schaden und damit der Verjährungsbeginn mit der Zeichnung der nachteiligen Anlage eintrete. (...)

Gegen dieses ihm am 8.1.2007 zugestellte Urteil hat der Kläger mit einem am 8.2.2007 bei Gericht eingegangenen anwaltlichen Schriftsatz Berufung eingelegt, die nach Fristverlängerung bis 9.4.2007 mit einem am 3.4.2007 eingegangenen Schriftsatz begründet worden ist.

Der Kläger vertritt weiterhin die Auffassung, in Fällen fehlerhafter Vertragsgestaltung träte der Schaden erst mit der Geltendmachung der Rechte durch den Vertragsgegner ein; damit begänne auch erst in diesem Zeitpunkt die Verjährungsfrist hinsichtlich des Regressanspruchs. Vor einer Geltendmachung des zum Regress führenden Anspruchs durch den Vertragsgegner sei die Gefahrenlage nicht so konkret, dass von einem bereits eingetretenen Schaden dem Grunde nach ausgegangen werden könne; vielmehr sei allenfalls eine Vermögensgefährdung anzunehmen.

Ihm, dem Kläger, sei auch ein Schaden entstanden. Soweit die Einbringung der Patente in die GmbH nichtig gewesen sein und er deshalb ein Aussonderungsrecht gehabt haben könnte, hätten diesem die Eigenkapitalregeln des § 32a GmbHG entgegengestanden.

Im Übrigen ist der Kläger der Auffassung, dass das Steuerprivileg des halben Steuersatzes gemäß §§ 34, 16 EStG auch bei der zunächst beabsichtigten Sacheinlage zur Anwendung gekommen wäre.

(Anträge ...)

Der Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil, soweit es eine Verjährung des geltend gemachten Anspruchs annimmt. Mit der Eintragung der Kapitalerhöhung sei das Vermögen des Klägers trotz der erfolgten Zahlung an die GmbH weiterhin mit der entstandenen Stammeinlageforderung belastet gewesen. Die GmbH bzw. deren Geschäftsführer sei gesetzlich verpflichtet gewesen, die nicht erfüllte Einlagenschuld einzufordern. Jegliche Abschwächung der Einlageverpflichtung sei unzulässig. Zudem habe der Kläger nach wie vor den behaupteten Schaden nicht hinreichend dargelegt. Der Kläger habe einen Anspruch auf Herausgabe der im Übrigen werthaltigen Patente gehabt. Diese seien mit seiner Zustimmung unter Wert veräußert worden, § 32 a GmbHG hätte

einem Aussonderungsrecht nicht entgegengestanden. Im Übrigen hätte der Kläger bei einer Sachkapitalerhöhung den halben Steuersatz gemäß §§ 16, 34 EStG nicht in Anspruch nehmen können. Bei einer Sachkapitalerhöhung hätte der Veräußerungsgewinn aufgrund der erst im Jahr 1999 erfolgten Eintragung der Kapitalerhöhung nicht mehr im Jahr 1998 geltend gemacht werden können; im Jahr 1999 habe der hälftige Steuersatz aber nicht mehr gegolten. Zudem hätte vor dem Hintergrund der im Juni 1998 erfolgten Veräußerung des Anlagevermögens des Betriebs des Klägers die Gewinnrealisierung so schnell wie möglich erfolgen müssen, um noch von einer Betriebsaufgabe sprechen zu können.

## II. Die Berufung des Klägers ist zulässig und begründet.

Der Kläger hat gegen den Beklagten einen noch nicht verjährten Schadenersatzanspruch in Höhe von 40.000 EUR aus positiver Vertragsverletzung eines Steuerberatervertrages.

1. Mit dem Landgericht ist zunächst eine Pflichtverletzung des Beklagten im Hinblick auf den Prüfungsauftrag vom 24.10.1998 anzunehmen.

Das Landgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass der Beklagte zwar mit Schreiben vom 24.10.1998 **zur Prüfung der beabsichtigten Gesellschafterbeschlüsse zur Kapitalerhöhung unter steuerlichen Gesichtspunkten beauftragt worden ist, dieser jedoch als Nebenpflicht des Vertrages darauf hätte hinweisen müssen, dass die vorgeschlagene Gestaltung als verdeckte Sacheinlage betrachtet werden könne** mit der Folge, dass der Kläger von seiner Leistungspflicht hinsichtlich der Einlageverpflichtung nicht befreit würde. Dies wird von dem Beklagten in seiner Berufungserwiderung auch nicht mehr in Abrede gestellt und deckt sich zudem mit der in Rechtsprechung und Literatur vertretenen Auffassung zum Umfang der Beratungspflichten eines Steuerberaters.

Danach hat der Steuerberater zwar auch bei einem umfassenden Steuerberatungsmandat grundsätzlich (nur) die Pflicht, den Mandanten **umfassend steuerlich zu beraten**, dabei den relativ sichersten Weg aufzuzeigen und ihn vor Schaden zu bewahren. Dennoch ergeben sich für ihn weitere Pflichten, wenn mit der von ihm angeratenen Gestaltung neben steuerrechtlichen Zwecken **zugleich zivilrechtliche Wirkungen beabsichtigt sind** oder vom Mandanten offensichtlich angenommen werden **und dem Mandanten im Fall des Scheiterns ein zivilrechtlicher Schaden entstehen kann**. In diesen Fällen hat der Steuerberater – ausnahmsweise – auch die anstehenden zivilrechtlichen bzw. gesellschaftsrechtlichen Fragen zu klären, den Mandanten darauf **hinzuweisen bzw. – wenn er die zivilrechtliche oder gesellschaftsrechtliche Sachlage nicht überblickt oder etwa Verstöße gegen das Rechtsberatungsgesetz drohen – ihn vorsorglich an einen Rechtsanwalt zu verweisen** (vgl. OLG Köln, VersR 2006, 87; Gräfe/Lenzen/Schmeer, Steuerberaterhaftung 4. Aufl. 2006, Rdnr. 101, Rdnr. 319 speziell für den Fall, dass der Steuerberater als Rechtsanwalt auf das gesellschaftsrechtliche Verbot einer „verdeckten Sacheinlage“ und deren Folgen hinweisen muss).

Da hier – wie das Landgericht im Einzelnen zutreffend dargestellt hat – die von dem Beklagten vorgeschlagene Gestaltung als verdeckte Sacheinlage zu qualifizieren ist, hätte der Beklagte, der zugleich Rechtsanwalt ist, den Kläger über die gesellschaftsrechtliche Problematik informieren müssen.

Der Kläger war auch, wie das Landgericht kurz ausführt, **in den Schutzbereich des zwischen der B.-GmbH und dem Beklagten geschlossenen Beratervertrages eingeschlossen**; insofern liegt ein Vertrag mit Schutzwirkung Dritter vor (vgl. dazu Gräfe/Lenzen/Schmeer, Rdnr. 434, Rdnr. 446 Var. 3; BGH, NJW 2000, 725).

2. Die Empfehlung und unterlassene Aufklärung des Beklagten war auch **ursächlich** für die Entscheidung der Gesellschafterversammlung, im Zusammenhang mit der Patentübertragung eine Kapitalerhöhung durch Bareinlage zu beschließen, die sich im Nachhinein als verdeckte Sacheinlage darstellt. Soweit der Beklagte in erster Instanz behauptet hat, eine Kapitalerhöhung mittels Sacheinlage sei gar nicht möglich gewesen, da die Patente überbewertet gewesen seien, vermag der Senat dem nicht zu folgen. Ausweislich eines Gutachtens vom 15.10.1998 betrug der Wert des Patents rund 600.000 DM. Der Beklagte ist in seinem maßgeblichen Schreiben vom 29.10.1998 selber von diesem Wert ausgegangen, so dass nicht ersichtlich ist, warum es nach dem damaligen Kenntnisstand nicht möglich gewesen sein soll, eine Sacheinlage zu empfehlen. Warum die Patente später im Rahmen der Insolvenz zu einem erheblich niedrigeren Preis veräußert wurden, hat der Kläger plausibel dargelegt.

3. Dem Kläger ist auch ein **Schaden** in Höhe von 40.000 EUR entstanden, der darin liegt, dass er in dieser Höhe die Bareinlage doppelt an die Gesellschaft leisten musste.

a) Rechtsfolge einer **verdeckten Sacheinlage** ist zunächst, dass die **Bareinlageleistung erfüllungsuntauglich** ist, so dass der Gesellschafter zu erneuter Leistung der Bareinlage verpflichtet bleibt. Er selbst hat lediglich einen **bereicherungsrechtlichen Anspruch auf Rückgewähr** der erfüllungsuntauglichen Zahlung, mit dem er wegen § 19 Abs. 2 GmbHG nicht aufrechnen kann und der sich im Fall der Insolvenz der Gesellschaft nur auf die Quote richtet (Lutter/Hommelhoff, GmbHG 16. Aufl., § 5 Rdnr. 50).

Dementsprechend war der Kläger durch seine Zahlung in Höhe von 160.000 DM auf die erhöhte Stammeinlage nicht von seiner Verpflichtung zur Bareinlage befreit worden und deshalb verpflichtet, **die Bareinlage** – im Wege des gerichtlichen Vergleichs auf 40.000 EUR reduziert – **nochmals zu entrichten**. Die dadurch entstandene Doppelbelastung in Höhe von 40.000 EUR wird auch nicht durch einen auf die Quote gerichteten Rückgewähranspruch hinsichtlich der erfüllungsuntauglichen Bareinlage von 160.000 DM geschmälert, da ausweislich des gerichtlichen Vergleichs vom 2.12.2005 mit Wirksamkeit des Vergleichs alle Ansprüche zwischen dem Insolvenzverwalter und dem Beklagten erledigt sein sollten und der Kläger deshalb einen Rückgewähranspruch nicht mehr zur Quote anmelden konnte.

b) Der Schaden **entfällt auch nicht deshalb**, weil dem Kläger gegen die Gesellschaft ein **Aussonderungsrecht hinsichtlich der Patente** zugestanden hätte.

Rechtsfolge einer verdeckten Sacheinlage ist – neben der Erfüllungsuntauglichkeit der Bareinlage – im Weiteren, dass der schuldrechtliche Teil des Umsatzgeschäfts nichtig ist, so dass es grundsätzlich zu einer Rückabwicklung kommt. Zudem hat der Bundesgerichtshof im Jahr 2003 (*Urt. v. 7.7.2003, GmbHR 2003, 1051*) entschieden, dass darüber hinaus auch das dingliche Erfüllungsgeschäft unwirksam ist mit der Konsequenz, dass der Insolvenzverwalter zwar weiterhin die Rückzahlung des Kaufpreises bzw. der Gegenleistung an die Gesellschaft fordern kann, dem Gesellschafter seinerseits aber nicht mehr lediglich ein auf die Quote verwiesener Bereicherungsanspruch auf Rücküberweisung, sondern ein Aussonderungsanspruch nach § 47 InsO zusteht (vgl. auch BGH, NJW 2007, 3425).

Unabhängig davon, ob dem Kläger danach ein Aussonderungsrecht zustand und ob diesem Aussonderungsrecht § 32 GmbHG hätte entgegengehalten werden können, hätte der Insolvenzverwalter in jedem Fall seinerseits die von der Gesellschaft an den Kläger geleisteten 250.000 DM zurückfordern können, von denen der Kläger 160.000 DM zwecks Leistung der Bareinlage an die Gesellschaft gezahlt hatte. Ein mögliches Aussonderungsrecht hätte demnach nichts daran geändert, dass der Kläger hinsichtlich der Bareinlage in Höhe von 40.000 EUR doppelt zu zahlen hatte.

c) Der Schaden ist auch nicht deshalb geringer anzusetzen, weil der Kläger allein durch die gewählte Form der verdeckten Sacheinlage hinsichtlich des Aufgabegewinns nach §§ 34, 16 EStG in den **Genuss des damals geltenden halben Steuersatzes** gekommen wäre. Es ist nämlich nicht ersichtlich, dass der ermäßigte Steuersatz nicht zur Anwendung gekommen wäre, wenn statt der Bareinlage und gesonderter Übertragung der Patente eine Sacheinlage durch Einbringung der Patente vorgenommen worden wäre.

Zunächst ist unerheblich, auf welche Weise ein Gewerbebetrieb aufgegeben wird. Nachdem der Kläger bereits das Anlagevermögen seines Betriebs veräußert hatte, spielte es für die Anwendung der §§ 34, 16 EStG keine Rolle, ob er die Patente zur abschließenden Aufgabe seiner Betriebs entgeltlich veräußert oder ob er sie als Sacheinlage in eine andere Gesellschaft einbringt.

Des Weiteren ist auch dann von einer **Betriebsaufgabe** – im Gegensatz zu einer steuerlich nicht begünstigten sukzessiven Abwicklung des Betriebs – auszugehen, wenn man mit dem Beklagten davon ausginge, dass im Fall einer Sacheinlage die Aufgabe des Betriebs erst mit Eintragung der Kapitalerhöhung am 3.3.1999 vollendet worden wäre. Zwar liegt eine Betriebsaufgabe nur vor, wenn sich die Abwicklung innerhalb eines kurzen Zeitraums zwischen der ersten vom Aufgabebeschluss getragenen Aufgabehandlung und der Veräußerung der letzten wesentlichen Betriebsgrundlage vollzieht, wobei sich die Aufgabe auch über mehrere Veranlagungszeiträume erstrecken kann (*Schmidt, EStG*

26. Aufl., § 16 Rdnr. 193; *Kirchhof, EStG 7. S., § 16 Rdnr. 302*). In der Rechtsprechung sind aber Zeiträume von 9 bis im Ausnahmefall 36 Monate als ausreichend angesehen worden (*Schmidt, a.a.O.*), so dass hier bei dem Zeitraum von Juni 1998 bis März 1999 hinsichtlich der Bejahung einer Betriebsaufgabe keine Bedenken bestehen.

Soweit der Beklagte schließlich geltend macht, die Veräußerung der Patente und damit die Betriebsaufgabe wäre bei ordnungsgemäßer Durchführung einer Sacheinlage erst mit Eintragung der Kapitalerhöhung am 3.3.1999 eingetreten mit der Folge, dass der hälftige Steuersatz aufgrund der Gesetzesänderung ab 1.1.1999 dann nicht mehr für den Aufgabegewinn hätte in Anspruch genommen werden können, vermag dies den Senat nicht zu überzeugen.

Maßgebend für die Verwirklichung des Aufgabegewinns bei einer Betriebsaufgabe ist grundsätzlich der Zeitpunkt des einzelnen Aufgabeakts. Damit entsteht der Aufgabegewinn sukzessive und u.U. in verschiedenen Veranlagungszeiträumen (*Schmidt, a.a.O., Rdnr. 262*). Dabei knüpft § 16 EStG – wie der Beklagte zutreffend annimmt – zeitlich an die Realisation durch Übertragungsakte und nicht an einen zugrunde liegenden Verpflichtungsvertrag an (*Kirchhof, a.a.O., Rdnr. 82*). Die Erfüllungshandlung und damit die Betriebsaufgabe wäre aber nicht erst mit der Eintragung der Kapitalerhöhung vollzogen worden. Zwar trifft zu, dass eine Kapitalerhöhung erst mit ihrer Eintragung wirksam wird. Das Eigentum an den Patenten wäre aber bereits mit Übertragung an die Gesellschaft übergegangen, und zwar unabhängig von der Eintragung der Kapitalerhöhung. Damit wäre steuerrechtlich die Übertragung der Patente und damit die Betriebsaufgabe vollzogen worden.

**Maßgebend ist nämlich, dass die Vermögensgegenstände dem Erwerber so übertragen werden, dass sie steuerlich gesprochen in das wirtschaftliche Eigentum des Erwerbers übergehen** (*Kirchhof, a.a.O., Rdnr. 81*). Das ist aber bereits mit der Übertragung der Inhaberschaft an den Patenten und nicht erst mit der Eintragung der Kapitalerhöhung der Fall. Sofern der Beklagte darauf hinweist, dass die Einbringung einer Sacheinlage wegen der erforderlichen Einhaltung der dafür vorgesehenen Vorschriften länger gedauert hätte als die Übertragung der Patente durch einen Übertragungsvertrag, ist nicht ersichtlich, dass die wirtschaftliche Einbringung der Sacheinlage bei beschleunigter Behandlung der Angelegenheit nicht noch im Jahr 1998 hätte erfolgen könne, zumal auch bereits ein Wertgutachten hinsichtlich der Patente vom 15.10.1998 vorlag.

d) Der Beklagte scheitert schließlich mit seinem Einwand, der Kläger könne die 40.000 EUR als **nachträgliche Anschaffungskosten nach § 17 Abs. 2 EStG** steuermindernd geltend machen, was zum **Vorteilsausgleich** führe. Die Vorteilsausgleichung entfällt nämlich, wenn – wovon hier auszugehen ist – die Ersatzleistung gleichfalls der Steuerpflicht unterliegt (*Palandt/Heinrichs 67. Aufl., Vorb. v. § 249 Rdnr. 145*).

4. Der Anspruch des Klägers ist – entgegen der Auffassung des Landgerichts – auch nicht verjährt.



a) Der **Eintritt der Verjährung** richtet sich – entgegen der Auffassung des Beklagten – nach § 68 StBerG in der bis zum 14.12.2004 geltenden Fassung und nicht nach § 51b BRAO in der bis zum 14.12.2004 geltenden Fassung. Beiden Vorschriften ist gemein, dass der Anspruch des Auftraggebers auf Schadenersatz aus dem zwischen ihm und dem Steuerberater bzw. Rechtsanwalt bestehenden Vertragsverhältnis in drei Jahren von dem Zeitpunkt an verjährt, in dem der Anspruch entstanden ist; § 51b BRAO a.F. sieht jedoch darüber hinaus vor, dass der Anspruch gegen den Rechtsanwalt spätestens in drei Jahren nach der Beendigung des Auftrags verjährt. Da die Vertragsverhältnisse des Beklagten mit dem Kläger im Jahr 1999 und mit der B.-GmbH im August 2000 beendet wurden, wäre bei Anwendbarkeit des § 51b BRAO die Regressforderung in jedem Fall bereits verjährt, da dem Beklagten erst mit Klageerwidlungsschriftsatz vom 9.3.2005 in dem Verfahren 5 O 190/04 LG Hanau der Streit verkündet worden ist.

Der Beklagte begründet die von ihm vertretene Auffassung der alleinigen Anwendbarkeit von § 51b BRAO a.F. damit, dass er wegen einer unterbliebenen gesellschaftsrechtlichen Beratung in Anspruch genommen werde, die er nur als Rechtsanwalt habe vornehmen dürfen (sog. Vorbehaltsaufgabe). Dem steht aber die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs entgegen.

**Danach wird man bei einem Steuerberater, der gleichzeitig Rechtsanwalt oder Wirtschaftsprüfer ist, beim Fehlen von hinreichenden Anhaltspunkten für einen abweichenden Willen annehmen müssen, dass er seinen Mandanten die Hilfe und Beratung in Steuersachen in seiner Eigenschaft als Steuerberater versprochen hat, jedenfalls dann, wenn diese der ausschließliche Gegenstand des Vertrages ist oder wenn hierauf der Schwerpunkt der vertraglich geschuldeten Tätigkeit liegt.** Soweit ihm im Rahmen dieser Tätigkeit ein Fehler unterläuft, richtet sich in der Regel die Verjährung nach § 68 StBerG (BGH, NJW 1982, 1866, bestätigt durch NJW 1994, 1405).

Vorliegend war der Beklagte schwerpunktmäßig als Steuerberater tätig. Für in diesem Zusammenhang erfolgte Beratungsfehler ist deshalb § 68 StBerG a.F. einschlägig, unabhängig davon, dass der Beratungsfehler eine gesellschaftsrechtliche Frage betraf.

Dabei werden von § 68 StBerG a.F. auch **Ansprüche Dritter** erfasst, die sich auf einen Steuerberatervertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter stützen (Gräfe/Lenzen/Schmeer, Rdnr. 860; BGH, NJW 1971, 1931).

b) Nach § 68 StBerG a.F. beginnt die Verjährung in dem Zeitpunkt, in dem der Anspruch entstanden ist.

Grundsätzlich entstehen Schadenersatzansprüche mit **Schadeneintritt**. Dieser ist gegeben, wenn sich die Vermögenslage des Auftraggebers infolge der Pflichtverletzung des Steuerberaters objektiv verschlechtert hat (vgl. Gräfe/Lenzen/Schmeer, Rdnr. 872). Dabei ist die objektive Verschlechterung der Vermögenslage von der bloßen, noch keinen Schaden begründenden risikoreichen Lage abzugrenzen-

zen. Eine solche besteht nach der Rechtsprechung, wenn noch offen ist, ob ein pflichtwidriges, ein Risiko begründendes Verhalten zu einem Schaden führt, wenn also die betroffene Rechtsposition bloß gefährdet ist und sich die risikobehaftete Lage noch nicht in der Gesamtbewertung des Vermögens negativ niederschlägt (vgl. beispielsweise BGHZ 119, 69). Im Laufe der Zeit hat sich zu dieser Abgrenzung eine Judikatur gebildet, die in einzelne Fallgruppen unterteilt werden kann.

Der Kläger beruft sich auf die Judikatur des Bundesgerichtshofs zur Verjährung von Regressforderungen **bei fehlerhaften Rechtsgestaltungen, etwa der Erstellung eines fehlerhaften Vertrages**. So hat der Bundesgerichtshof in der im Urteil zitierten Entscheidung (NJW 1996, 2929) in dem Fall eines fehlerhaften Vertragsentwurfs eines Pachtvertrages entschieden, dass der Schaden nicht schon mit dem Abschluss des Pachtvertrages entstanden sei. Zu diesem Zeitpunkt sei es nämlich offen gewesen, ob und ggf. welche Rechte die Pächterin gegen den Kläger geltend machen werde.

Solange diese mögliche Ansprüche aus §§ 537, 538, 581 BGB gegen den Kläger nicht geltend mache, habe bei der gebotenen wertenden Betrachtung allenfalls eine Vermögensgefährdung vorgelegen, die aus Gründen der Rechtsklarheit jedenfalls für das Entstehen eines Regressanspruchs gegen einen Dritten noch nicht einem Schaden gleichgestanden habe.

Ergänzend verweist der Kläger auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu den Fällen der **mangelhaften Gestaltungsberatung, in denen ein Bescheid des Finanzamts ergehen muss**, um die steuerlichen Folgen des Gestaltungsgeschäfts zu regeln. Danach hat der Steuerpflichtige grundsätzlich noch keine Vermögenseinbuße erlitten, solange sich der Beratungsfehler seines Steuerberaters nicht in einem belastenden Bescheid der Finanzbehörde ausgewirkt hat. Der Bundesgerichtshof begründet dies damit, dass bis zu diesem Zeitpunkt die Entstehung des Schadens häufig noch von vielen ungewissen Umständen abhängt. Dabei könne unsicher sein, ob die Finanzbehörde einen steuerlich bedeutsamen Sachverhalt aufdeckt; es läge nämlich in der Regel in ihrem Ermessen, ob sie bestimmte Tatbestände aufgreife und welche Rechtsfolgen sie daraus zöge (vgl. BGHZ 119, 69).

Der Beklagte seinerseits beruft sich auf die – auch vom Landgericht als maßgeblich erachtete – Rechtsprechung zum Verjährungsbeginn bei einer **nachteiligen Vermögensanlageentscheidung** infolge fehlerhafter Beratung durch den Steuerberater. In diesen Fällen beginnt die Verjährungsfrist in dem Zeitpunkt, zu welchem der Mandant sein Geld weggegeben hat und an das Beteiligungsobjekt rechtlich unwiderruflich gebunden ist, so dass er eine Vermögenseinbuße auch tatsächlich nicht mehr vermeiden kann (vgl. nur BGH, NJW 1994, 1405). Außerdem verweist der Beklagte darauf, dass in den Fällen, in denen der mit der Durchsetzung eines Anspruchs seines Mandanten betraute Anwalt diesen Anspruch verjähren lässt, schon der bloße Verjährungseintritt für den Schadeneintritt genügt (BGH, NJW 1994, 2822).

Vorliegend ist davon auszugehen, dass der Schaden nicht bereits mit Eintragung der Kapitalerhöhung am 3.3.1999, sondern **erst mit der Geltendmachung der – zum Regress führenden – Forderung auf Zahlung der Bareinlage durch den Insolvenzverwalter entstanden ist.**

Allerdings lässt sich weder die Rechtsprechung zum Verjährungsbeginn bei fehlerhafter Vertragsgestaltung noch jene zur Verjährung bei der fehlerhaften Anlageberatung ohne Weiteres auf die vorliegende Fallgestaltung übertragen. Der Entscheidung des Bundesgerichtshofs zum fehlerhaften Pachtvertrag lag die Situation zugrunde, dass der Pachtvertrag ein wirksamer Vertrag war, der lediglich **den Keim in sich trug**, dass er sich durch Geltendmachung von Mängelansprüchen wirtschaftlich ungünstig auswirken könnte.

Demgegenüber war das Vermögen des Klägers hier von Anfang an unmittelbar negativ belastet, da der Kläger **durch die Bareinlage von seiner Einlagepflicht überhaupt nicht frei wurde.** Diese **Folge trat von Rechts wegen ein** und war nicht davon abhängig, dass ein Dritter mögliche Rechte geltend macht.

Allerdings hing die tatsächliche Realisierung des Schadens – anders als in den Fällen der fehlerhaften Anlageberatung, bei der aufgrund der tatsächlichen Umstände eine Vermögenseinbuße gar nicht mehr zu verhindern ist – letztlich davon ab, **ob die Gesellschaft bzw. der Insolvenzverwalter einen entsprechenden Anspruch erkennt und geltend macht.** Davon war aber – zumindest hinsichtlich der Gesellschaft – nicht ohne Weiteres auszugehen. Von daher ist die Situation auch nicht ohne Einschränkung mit jener vergleichbar, in der ein Anwalt die Forderung seines Mandanten verjähren lässt.

Hier hat der Bundesgerichtshof den Schadeneintritt bereits mit Verjährungseintritt deshalb bejaht, weil nach der Lebenserfahrung damit gerechnet werden müsse, dass der Schuldner zur Abwehr des erhobenen Anspruchs von der Verjährungseinrede Gebrauch machen werde (BGHZ 119, 69). Von einer solchen Lebenserfahrung wird man hier – insbesondere angesichts der Verquickung zwischen Gesellschafter und Gesellschaft – nicht sprechen können. Letztlich erscheint am ehesten ein Vergleich mit den Fällen sinnvoll, in denen sich ein Beratungsfehler in einem Steuerbescheid auswirkt. Auch in diesen Fällen ist das Vermögen des Betroffenen grundsätzlich von Anfang an mit einer – lediglich noch zu konkretisierenden – Steuerschuld belastet. Dennoch soll wegen der Unsicherheit darüber, ob das Finanzamt dies erkennt und den Schuldner in Anspruch nimmt, der Schaden erst mit Erlass des Steuerbescheids eintreten.

Auch vorliegend war letztlich unklar, **ob die Gesellschaft oder nach einer Insolvenz der Insolvenzverwalter die Bareinlage als verdeckte Sacheinlage erkennt und die daraus folgenden Ansprüche gegen die Gesellschafter macht.**

Im Übrigen hat der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung zum fehlerhaften Pachtvertrag auch die Kriterien der „**wertenden Betrachtung**“ und der „**Gründe der Rechtsklarheit**“ herangezogen, die hier ebenfalls dafür streiten, dass der

Schaden erst mit der Geltendmachung der Forderung durch den Insolvenzverwalter entstanden ist. Nicht verkannt wird dabei, dass diese Auffassung zu einer Ausuferung der Verjährungsfrist führen kann, die der Gesetzgeber mit der Drei-Jahres-Frist auf einen überschaubaren Zeitraum begrenzen wollte. Zudem birgt sie die Gefahr, entgegen dem eindeutigen Wortlaut des § 68 StBerG a.F. das subjektive Element der Erkennbarkeit des Schadens als weiteres (ungeschriebenes) Tatbestandsmerkmal einzuführen.

Auf der anderen Seite berücksichtigt die hier vertretene Auffassung jedoch, dass der Kläger **erst ab Geltendmachung eines Anspruchs gegen ihn ein schutzwürdiges Interesse an einem Rückgriff gegen den Steuerberater hat und zuvor kein Anlass für einen Rückgriff besteht, der das wechselseitige Vertrauens- und Vertragsverhältnis stören würde** (so BGHZ 119, 69).

Soweit der Beklagte auf eine weitere Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 10.10.1985 (NJW 1986, 581) hinweist, steht diese der hier vertretenen Auffassung nicht zwingend entgegen.

Darin hat der Bundesgerichtshof kurz angeführt, dass der Schaden, der einer GmbH dadurch entsteht, dass sie aufgrund eines Anwaltsfehlers nach § 25 HGB mit den Alt-schulden des fortgeführten Unternehmens belastet ist, mit Eintragung der GmbH in das Handelsregister entstanden ist. Abgesehen davon, dass es im Rahmen der Entscheidung auf den Eintritt der Verjährung nicht ankam, handelt es sich um einen speziellen, nicht ohne Weiteres verallgemeinerungsfähigen Fall.

Durch die in § 25 HGB angeordnete **gesetzliche Haftung des Erwerbers** bei einer Firmenfortführung wird sowohl für den Erwerber als auch für die Gläubiger des früheren Inhabers die Frage der Haftung klargestellt. Es verbleiben also keine Ungewissheiten, und ähnlich wie in den Fällen, in denen der Anwalt eine Verjährungsfrist verstreichen lässt, ist nach der Lebenserfahrung davon auszugehen, dass die Altgläubiger ihre Forderungen gegenüber dem Erwerber geltend machen werden, so dass dessen Vermögen real mit Verbindlichkeiten belastet ist.

Da der Schaden damit erst mit der gerichtlichen Inanspruchnahme des Klägers im Jahr 2004 eingetreten ist, hat die Verjährung nach § 68 StBerG a.F. erst zu diesem Zeitpunkt zu laufen begonnen und war im Zeitpunkt der Streitverkündung am 9.3.2005 noch nicht eingetreten.

Der Zinsanspruch folgt aus §§ 291, 288 Abs. 1 Satz 2 BGB. Rechtshängigkeit ist am 7.7.2006 eingetreten.

Der Kläger hat auch einen Anspruch auf Feststellung, dass der Beklagte verpflichtet ist, ihm den Schaden zu ersetzen, der durch unterschiedliche Steuerprogressionen in den betreffenden Jahren des Ansatzes der Zahlung von 40.000 EUR und der Erstattung von 40.000 EUR entsteht. Insofern besteht zumindest die Möglichkeit eines weiteren Schadeneintritts. (...) ■

## Rechtsdienstleistung

- Steuerberater, vereidigter Buchprüfer
  - Statusfeststellungsverfahren, § 7a SGB IV
  - Nebenleistung zur Steuerberatung, § 5 RDG
  - Beitragsrechtliche Fragen
  - Vertretungsbefugnis vor den Sozialgerichten, § 73 Abs. 2 Satz 4 SGG
- (SG Aachen, Urt. v. 27.11.2009 – S 6 R 217/08)

### Leitsatz (d. Red.):

Die Mitwirkung des Steuerberaters und vereidigten Buchprüfers im Statusfeststellungsverfahren stellt die Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten dar. Es fehlt an einem unmittelbaren Zusammenhang mit steuerberatender Tätigkeit (Art. 1 § 5 Nr. 2 RberG a.F., § 5 Abs. 1 RDG). ■

### Zum Sachverhalt:

Die Klägerin wendet sich gegen ihre Zurückweisung als Bevollmächtigte im Verwaltungsverfahren.

Die Klägerin ist als selbstständige Steuerberaterin und vereidigte Buchprüferin in F. tätig. Der Beigeladene ist Gesellschafter und Prokurist einer in F. ansässigen GmbH, die Dienstleistungen im Bereich Kunststoffverarbeitung erbringt.

Zur Klärung seines sozialversicherungsrechtlichen Status leitete die Klägerin unter dem 10.4.2007 ein Antragsverfahren nach § 7a SGB IV bei der Beklagten ein. Nachdem die Beklagte auf das Fehlen einer Vollmacht hingewiesen hatte, übersandte die Klägerin eine schriftliche Vollmacht des Beigeladenen vom 2.7.2007. Mit inzwischen bestandskräftigem Bescheid vom 28.8.2007 stellte die Beklagte das Statusfeststellungsverfahren gegenüber dem Beigeladenen wegen fehlender Mitwirkung ein. Mit weiterem Bescheid vom 28.8.2007 wies sie die Klägerin als Bevollmächtigte zurück.

Zur Begründung führte sie aus, die Tätigkeit für den Beigeladenen stelle eine Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten dar. Die Klägerin sei hierzu nicht befugt, weil sie über keinerlei Erlaubnis nach dem Rechtsberatungsgesetz (RberG) verfüge. Insbesondere fehle es an einem unmittelbaren Zusammenhang i.S.v. Art. 1 § 5 Nr. 2 RberG zwischen der steuerberatenden Tätigkeit der Klägerin und ihrer Tätigkeit für den Beigeladenen im Antragsverfahren.

Die Klägerin legte am 4.9.2007 Widerspruch ein und führte aus, für die Lohnbuchführung beim Arbeitgeber des Beigeladenen müsse sie auch befugt sein, diesen im Verfahren zur Klärung seines sozialversicherungsrechtlichen Status zu vertreten. Anderenfalls verletze sie ihre Pflichten aus dem Steuerberatervertrag und setze sich der Gefahr einer zivilrechtlichen Haftung aus. Hierzu wies sie auf ein Urteil des OLG Brandenburg zur Steuerberaterhaftung vom 7.11.2006 (Az. U 23/06) hin. Mit Widerspruchsbescheid vom 18.2.2008 wies die Beklagte den Widerspruch unter Vertiefung ihrer bisherigen Ausführungen zurück.

Unter dem 16.9.2008 wandte sich die Klägerin erneut an die Beklagte und bat unter Bezugnahme auf das zwischenzeitlich in Kraft getretene Gesetz über außergerichtliche Rechtsdienstleistungen – Rechtsdienstleistungsgesetz (im Folgenden: RDG) um Überprüfung der Entscheidung der Beklagten. Mit Bescheid vom 15.9.2008 lehnte die Beklagte eine Aufhebung des Bescheids vom 28.8.2007 ab.

Zur Begründung führte sie aus, es sei weder das Recht unrichtig angewandt worden noch sei von einem unrichtigen Sachverhalt ausgegangen worden. Die Tätigkeit der Klägerin für den Beigeladenen im Antragsverfahren stelle eine Rechtsdienstleistung dar, die nach Maßgabe des RDG einer Erlaubnis bedürfe. Eine solche Erlaubnis liege jedoch nicht vor, insbesondere sei die Tätigkeit der Klägerin nicht nach § 5 Abs. 1 RDG erlaubt.

Die Klägerin legte am 20.10.2008 Widerspruch ein, den die Beklagte mit Widerspruchsbescheid vom 15.12.2008 unter Vertiefung ihrer bisherigen Ausführungen zurückwies.

Hiergegen richtet sich die am 27.12.2008 erhobene Klage. (...) ■

### Aus den Gründen:

(...) Der Bescheid vom 28.8.2007 stand bei seinem Erlass mit der materiellen Rechtslage in Einklang. Grundlage für die Zurückweisung der Klägerin war § 13 Abs. 5 Satz 1 SGB X (in der bis zum 18.12.2008 geltenden Fassung). Nach dieser Vorschrift waren Bevollmächtigte zurückzuweisen, wenn sie geschäftsmäßig fremde Rechtsangelegenheiten besorgten, ohne dazu befugt zu sein. Nicht befugt waren solche Personen, deren Tätigkeit einer Erlaubnis nach dem Rechtsberatungsgesetz (RberG) bedurfte und die über keinerlei Erlaubnis verfügten.

Diese Voraussetzungen lagen in der Person der Klägerin vor. Sie hat durch Betreiben des **Statusfeststellungsverfahrens** des Beigeladenen geschäftsmäßig eine fremde Rechtsangelegenheit besorgt, die einer Erlaubnis nach dem RberG bedurfte. Die Tätigkeit der Klägerin war **nicht bereits nach Art. 1 § 5 Nr. 2 RberG erlaubnisfrei**. Nach dieser Vorschrift standen die Vorschriften des RberG dem nicht entgegen, dass öffentlich bestellte Wirtschaftsprüfer und vereidigte Buchprüfer sowie Steuerberater und Steuerbevollmächtigte in Angelegenheiten, mit denen sie beruflich befasst sind, auch die rechtliche Bearbeitung übernehmen, soweit diese mit den Aufgaben des Wirtschaftsprüfers, Buchprüfers, Steuerberaters oder Steuerbevollmächtigten in unmittelbarem Zusammenhang steht und diese Aufgaben ohne die Rechtsberatung nicht sachgemäß erledigt werden können.

**An einem solchen unmittelbaren Zusammenhang fehlte es bereits dann, wenn sich die Rechtsbesorgung von der eigentlichen Berufstätigkeit des vereidigten Buchprüfers oder Steuerberaters trennen ließ**, ohne dass Letztere unangemessen erschwert wurde (LSG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 12.2.2002 – L 5 B 34/01 KR = juris). Im vorliegenden Fall indessen ist nicht ersichtlich, dass die Tätigkeit der Klägerin als vereidigte Buchprüferin oder als Steuerberaterin unange-

messen erschwert worden wäre, wenn sie das Statusfeststellungsverfahren des Beigeladenen nicht selbst betrieben hätte. Soweit die Klägerin auf die haftungsrechtlichen Konsequenzen und die in diesem Zusammenhang ergangene Rechtsprechung der Zivilgerichte verweist, so überzeugt dies die Kammer nicht. Denn es kam für die Frage eines unmittelbaren Zusammenhangs lediglich darauf an, ob die Tätigkeit als Steuerberater oder vereidigter Buchprüfer unangemessen erschwert wurde, wenn die Rechtsberatung nicht selbst erledigt wurde (*LSG Nordrhein-Westfalen, a.a.O., Rdnr. 15*).

Hier aber ist kein Grund ersichtlich, **warum die Klägerin nicht hätte im Rahmen der Lohnbuchhaltung für den Beigeladenen auf die sozialversicherungsrechtliche Problematik hinweisen, die konkrete Durchführung des Statusfeststellungsverfahrens aber einem vertretungsbefugten Bevollmächtigten, etwa einem Rechtsanwalt, überlassen können.** Auf dieser Linie liegt es, dass unter Geltung des RberG ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen der Tätigkeit eines Steuerberaters oder vereidigten Buchprüfers und einer **Beratung in Sozialversicherungsangelegenheiten** regelmäßig verneint worden ist (*LSG Nordrhein-Westfalen, a.a.O.; LSG Thüringen, Beschl. v. 27.3.2001 – L 6 B 4/01 RJ = juris; Bayerisches Landessozialgericht, Beschl. v. 4.8.2000 – L 4 B 38/00 KR = juris*).

Die Tätigkeit der Klägerin für den Beigeladenen hätte damit grundsätzlich einer Erlaubnis nach dem RberG bedurft. Über eine solche Erlaubnis verfügte die Klägerin jedoch nicht.

Die Voraussetzungen der damit als Grundlage heranzuziehenden Vorschrift des § 48 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB X liegen nicht vor.

Zwar handelt es sich bei dem gegenüber der Klägerin ergangenen Bescheid der Beklagten vom 28.8.2007 um einen (belastenden) Dauerverwaltungsakt, da er in rechtlicher Hinsicht über den Zeitpunkt seiner Bekanntgabe hinaus Wirkung entfaltet (*zu dieser Voraussetzung allgemein BSG, Urt. v. 28.09.1999 – B 2 U 32/98 R = BSGE 84, 281, 288*). Auch hat sich dieser Verwaltungsakt noch nicht nach § 39 Abs. 2 SGB X erledigt. Hierbei übersieht die Kammer nicht, dass das Verwaltungsverfahren, innerhalb dessen die Zurückweisung erfolgt ist, mit dem an den Beigeladenen adressierten bestandskräftigen Bescheid der Beklagten vom 28.8.2007 endgültig beendet war und die Klägerin zudem im Rahmen der mündlichen Verhandlung erklärt hat, dass das Mandatsverhältnis zum Beigeladenen mittlerweile beendet ist. Die Klägerin hat jedoch gleichfalls dargelegt, sie im Rahmen ihrer Tätigkeit als Steuerberaterin in naher Zukunft zumindest ein weiteres Anfrageverfahren einleiten wird, so dass die Zurückweisung nach wie vor mittelbar Wirkungen auch für die Vertretungsbefugnis der Klägerin in anderen Anfrageverfahren zeitigt.

Es fehlt jedoch an einer wesentlichen Änderung der rechtlichen Verhältnisse nach § 48 Abs. 1 Satz 2 SGB X. Änderung in den rechtlichen Verhältnissen meint jede Änderung der dem Dauerverwaltungsakt zugrunde liegenden Rechtsnormen (*siehe nur BSG, Urt. v. 30.6.1998 – B 2 U 41/97 = BSGE 82, 212, 213*). Wesentlich sind alle Änderungen, die

dazu führen, dass die Behörde den Verwaltungsakt unter den nunmehr objektiv gegebenen Verhältnissen nicht hätte erlassen dürfen, was anhand des materiellen Rechts zu beurteilen ist (*BSG, Urt. v. 6.11.1985 – 10 Rkg 3/84 = BSGE 59, 111, 112; BSG, Urt. v. 6.3.2003 – B 11 AL 39/02 R = juris*).

Selbst unter Geltung von § 13 Abs. 5 SGB X in der ab 18.12.2008 geltenden Fassung sowie den Vorschriften des zum 1.7.2008 in Kraft getretenen **Rechtsdienstleistungsgesetzes (RDG)** hätte die Beklagte jedoch keine andere Entscheidung als eine Zurückweisung der Klägerin im Verwaltungsverfahren des Beigeladenen treffen dürfen.

Gemäß § 13 Abs. 5 SGB X n.F. sind Bevollmächtigte zurückzuweisen, wenn sie entgegen **§ 3 RDG** Rechtsdienstleistungen erbringen. Diese Voraussetzungen liegen in der Person der Klägerin vor. Nach § 3 RDG ist die selbstständige **Erbringung außergerichtlicher Rechtsdienstleistungen nur in dem Umfang zulässig, in dem sie durch das RDG oder durch oder aufgrund anderer Gesetze erlaubt wird.** Diese Vorschrift findet Anwendung, weil das Betreiben eines Anfrageverfahrens nach § 7a SGB IV die Voraussetzungen von § 2 Abs. 1 RDG erfüllt und damit grundsätzlich der in § 3 RDG vorgeschriebenen Erlaubnis bedarf. Denn es handelt sich um eine Tätigkeit in konkreten rechtlichen Angelegenheiten, die eine rechtliche Prüfung des Einzelfalls erfordert.

Soweit die Klägerin argumentiert, schon der Anwendungsbereich des RDG sei nicht eröffnet, weil sich ihre Tätigkeit auf die Beantwortung der im Formular der Beklagten aufgeworfenen Fragen beschränkt habe und somit rein tatsächlicher Natur gewesen sei, so vermag sich die Kammer dem nicht anzuschließen. Denn bereits in diesem frühen Stadium des Anfrageverfahrens ist eine rechtliche Prüfung der Verhältnisse unabdingbar. Hinzu kommt, dass angesichts der Regelung in § 7a Abs. 3 bis 5 SGB IV Entscheidungsgrundlage im Anfrageverfahren ausschließlich die von den Beteiligten vorgelegten Tatsachen bzw. Unterlagen sind (*siehe nur Rittweger in: Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, BeckOK Sozialrecht, Stand 1.11.2009, § 7a SGB IV Rdnr. 16*). Schon aus diesem Grund muss der das Verfahren einleitende Bevollmächtigte die rechtlichen Zusammenhänge durchschauen und ggf. auf eine Vervollständigung der Unterlagen dringen, damit eine zutreffende Bewertung durch die DRV Bund erfolgen kann.

Erfüllt die in Rede stehende Tätigkeit der Klägerin damit die Voraussetzungen für eine außergerichtliche Rechtsdienstleistung i.S.v. § 3 RDG, so kann sich die Klägerin auf keine Erlaubnis durch das RDG berufen. Insbesondere ist § 5 Abs. 1 RDG nicht erfüllt. Nach dieser Vorschrift sind Rechtsdienstleistungen im Zusammenhang mit einer anderen Tätigkeit erlaubt, wenn sie als Nebenleistung zum Berufs- oder Tätigkeitsbild gehören.

Betrachtet man allein den Wortlaut von **§ 5 Abs. 1 RDG, so lässt sich ein Tätigwerden von Steuerberatern in Statusfeststellungsverfahren nach § 7a SGB IV allerdings als Nebenleistung zu ihrer steuerberatenden Tätigkeit auffassen.** Denn nach § 33 des Steuerberatungsgesetzes (StBerG) haben



Steuerberater die Aufgabe, im Rahmen ihres Auftrags ihre Auftraggeber in Steuersachen zu beraten, sie zu vertreten und ihnen bei der Bearbeitung ihrer Steuerangelegenheiten und bei der Erfüllung ihrer steuerlichen Pflichten Hilfe zu leisten. **Da die Beratung in Steuersachen auch Fragen des Einkommensteuerrechts umfasst, lässt sich die Klärung des sozialversicherungsrechtlichen Status als Nebenleistung zur steuerberatenden Tätigkeit ansehen.**

Bereits die Gesetzeshistorie indessen spricht gegen diese Interpretation. Denn ausweislich der Begründung zu § 5 Abs. 1 RDG im Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des Rechtsberatungsrechts ist entscheidend, „ob die Rechtsdienstleistung innerhalb der Gesamtleistung ein solches Gewicht hat, dass für sie die volle Kompetenz eines Rechtsanwalts oder die besondere Sachkunde einer registrierten Person erforderlich ist“ (BT-Drucks. 16/3655, S. 52). Angesichts der erheblichen (auch wirtschaftlichen) Konsequenzen, welche die Klärung der Statusfrage im Rahmen von § 7a SGB IV nach sich zieht, erscheint eine **besondere Sachkunde** erforderlich. Überdies sind neben dem zentralen Merkmal der Beschäftigung weitere Tatbestandsmerkmale in den einzelnen Zweigen der Sozialversicherung zu klären (hierzu jüngst BSG, Urt. v. 11.3.2009 – B 12 R 11/07 R = juris sowie BSG, Urt. v. 4.6.2009 – B 12 R 6/08 R = juris), die **vertiefte rechtliche Kenntnisse des materiellen Sozialrechts** voraussetzen. Die Rechtsfolge „Versicherungspflicht“ in den einzelnen Zweigen der Sozialversicherung kann ohne diese Kenntnisse nicht zuverlässig beurteilt werden.

Normsystematische Überlegungen unterstreichen die aus der Gesetzeshistorie gewonnenen Erkenntnisse. Durch Art. 12 Nr. 3 des Gesetzes zur Neuordnung des Rechtsberatungsrechts ist auch § 73 SGG neu gefasst worden. **Nach § 73 Abs. 2 Satz 4 SGG sind Steuerberater nunmehr in Angelegenheiten nach den §§ 28h und 28p SGB IV vor den Sozialgerichten vertretungsbefugt.** Wenn diese Regelung auch nicht die außergerichtliche Vertretung betrifft, so kommt in ihr doch deutlich zum Ausdruck, dass sich die Vertretungsbefugnis von Steuerberatern lediglich auf **Verfahren gegen die Einzugsstellen** nach § 28h SGB IV bzw. auf **Betriebsprüfungsverfahren** gegen die Rentenversicherungsträger nach § 28p SGB IV beschränkt. Dann aber liegt es nahe, dass in den obligatorisch vorgeschalteten Verwaltungsverfahren auch eine solche sachliche Beschränkung Platz greift, zumal die Änderung des SGG durch das gleiche Gesetz erfolgt ist wie die Neuordnung des außergerichtlichen Rechtsberatungsrechts.

Die Begründung zu Art. 12 Nr. 3 des Gesetzes zur Neuordnung des Rechtsberatungsrechts bestätigt, dass Steuerberater zur außergerichtlichen Vertretung allein in Verfahren nach §§ 28h und 28p SGB IV befugt sind. Dort heißt es: „Neu ist die Vertretungsbefugnis der Steuerberater und Wirtschaftsprüfer sowie der ihnen im Steuerberatungsrecht gleichgestellten Personen und Gesellschaften in sozialgerichtlichen Verfahren, die Angelegenheiten des § 28h und des § 28p des Vierten Buches Sozialgesetzbuch betreffen. Mit diesen Verfahren, die die Einziehung des Gesamtsozialversicherungsbeitrags durch die gesetzlichen Krankenkassen (Ein-

zugsstellen) und die Beitragsprüfung betreffen, sind Steuerberater außergerichtlich regelmäßig befasst. Sie sind hier in besonderer Weise sachkundig (...)“ (vgl. BT-Drucks. 16/3655, S. 95).

Teleologische Erwägungen bestätigen diese Auffassung. **Sinn und Zweck von § 5 RDG** ist es, sicherzustellen, dass sich Rechtsunkundige einer besonderen Sachkunde ihrer Bevollmächtigten sicher sein können. Die Vorschrift soll den erforderlichen Schutz Rechtsuchender vor unqualifiziertem Rechtsrat gewährleisten (vgl. die Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des Rechtsberatungsgesetzes, BT-Drucks. 16/3655, S. 51). Angesichts dieses Gesetzeszwecks hat eine Vertretungsbefugnis von Steuerberatern in Verfahren nach §§ 28h und 28p SGB IV ihre Berechtigung. Denn in diesen Verfahren stehen **beitragsrechtliche Fragen im Vordergrund. Das Beitragsrecht des SGB IV jedoch lehnt sich in besonderem Maße an das materielle Steuerrecht an. Dies ergibt sich z.B. aus §§ 14 bis 17 SGB IV und wird im Übrigen auch durch die Vorschriften der Sozialversicherungs-entgeltverordnung (SvEV) vom 21.12.2006 (BGBl I, 3385) dokumentiert.** Wird aber an das materielle Steuerrecht angeknüpft, verfügen Steuerberater in diesem Bereich über eine besondere Sachkunde, die eine Vertretungsbefugnis in derartigen Verfahren rechtfertigt.

**Demgegenüber spielen beitragsrechtliche Fragen in Anfrageverfahren nach § 7a SGB IV noch keine Rolle.** Im Vordergrund stehen hier vielmehr **Fragen nach der Versicherungspflicht** in den einzelnen Zweigen der Sozialversicherung. Dies dokumentiert insbesondere die Vorschrift des § 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI, die eine Vielzahl tatbestandlicher Feststellungen erfordert, deren Vorliegen erst die Rechtsfolge Versicherungspflicht von Selbstständigen in der gesetzlichen Rentenversicherung auslöst.

Der Vollständigkeit halber weist die Kammer darauf hin, dass eine Gesetzesanalogie ausscheiden muss, da es an einer planwidrigen Regelungslücke fehlt. Stellt nämlich der Gesetzgeber auf konkrete Verfahren innerhalb des SGB IV ab, so ist nicht davon auszugehen, dass er die Frage einer Vertretungsbefugnis von Steuerberatern in Anfrageverfahren nach § 7a SGB IV nicht gesehen hat.

Dieses Ergebnis begegnet schließlich keinen verfassungsrechtlichen Bedenken, insbesondere ist die **Berufsfreiheit** der Klägerin, **Art. 12 Grundgesetz** (GG) nicht verletzt. Zu berücksichtigen ist insoweit, dass sich die Anforderungen, die an die verfassungsrechtliche Rechtfertigung eines Grundrechtseingriffs zu stellen sind, nach der Intensität des Eingriffs bemessen: Je intensiver in eine grundrechtlich geschützte Rechtsposition eingegriffen wird, desto höher sind die Anforderungen an die verfassungsrechtliche Rechtfertigung (st. Rspr., des Bundesverfassungsgerichts, vgl. nur Beschl. v. 5.5.1987 – 1 BvR 981/81, BVerfGE 75, 284 ff m.w.N.). Hier handelt es sich um einen Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit (zur Differenzierung im Rahmen der sog. Stufentheorie st. Rspr. des BVerfG, zuletzt etwa Urt. v. 10.6.2009 – 1 BvR 706/08 u.a. = juris; ferner Urt. v. 13.12.2000 – 1 BvR 335/97 = BVerfGE 103, 1, 10) der Klägerin.

Hinzu kommt, dass lediglich ein kleiner Bereich der Ausübung ihres Berufs „Steuerberaterin“ betroffen ist, zumal es ihr freisteht, Mandanten in Verfahren nach §§ 28h und 28p SGB IV zu vertreten. Die Anforderungen, die an die Fertigstellung des Eingriffs zu stellen sind, sind deshalb vergleichsweise gering. Diesen Anforderungen wird das neue Regelwerk gerecht. Insbesondere stellt der Schutz der Rechtssuchenden vor unqualifiziertem Rechtsrat einen legitimen Zweck dar und der Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit steht nicht außer Verhältnis zur Erreichung dieses Zwecks. (...) ■

#### Anmerkung:

Die Bundessteuerberaterkammer und die Deutsche Rentenversicherung Bund haben sich auf die Führung von fünf Musterverfahren in dieser Frage verständigt. Vier Verfahren sind derzeit bei unterschiedlichen Sozialgerichten anhängig: SG Köln – S 23 R 91/09; SG München – S 47 R 146/09; SG Wiesbaden – S 8 R 153/09; SG Dortmund – S 25 R 284/09. Das vorliegende Verfahren gehörte nicht in den Kreis der Musterverfahren (vgl. *Mitteilungsblatt der Steuerberaterkammer Köln* 04/09, S. 26). ■

## Gl Literaturhinweise

### Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts – Band 1

Der neue Band 1 aktualisiert das Handbuch in wichtigen Teilgebieten. Zusammen mit dem parallel neu aufgelegten Band 2 ist das gesamte Recht der Personengesellschaften umfassend und fundiert dargestellt. Die Neuauflage berücksichtigt vor allem die Reform des Registerrechts, die FGG-Reform und Änderungen im Insolvenzrecht. Zum Inhalt:

#### BGB-Gesellschaft

- Entwicklung, Bedeutung und Erscheinungsformen,
- Rechtliche Grundlagen, ■ Vermögen der Gesellschaft,
- Rechtsbeziehungen zu Dritten, ■ Auflösung, Liquidation und Insolvenz, ■ BGB-Gesellschaften in der wirtschaftsrechtlichen Praxis

#### Partnergesellschaft, Offene Handelsgesellschaft

- Entwicklung, Bedeutung und Erscheinungsformen,
- Geschäftsführung und Vertretung, ■ Allgemeine Rechte und Pflichten der Mitgliedschaft, ■ Eintritt, Ausscheiden und Tod des Gesellschafters, ■ Auflösung, Liquidation und Insolvenz

#### Partenreederei

#### Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung

Der Band richtet sich an Rechtsanwälte, Notare, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer.

*Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 1, BGB-Gesellschaft, Offene Handelsgesellschaft, Partenreederei, EWIV, Verlag C.H. Beck, 3. neu bearbeitete Auflage 2009, LXXV, 2.233 Seiten, in Leinen, 145,- €, ISBN 978-3-406-59041-2*

### Beck'sches Prozessformularbuch

Die 11. neu bearbeitete und erweiterte Auflage des Beck'schen Prozessformularbuchs liefert auf über 2.400 Seiten alle in der Praxis gebräuchlichen Muster – soweit erforderlich mit Tatsachenvortrag und Begründung – zu folgenden Verfahrensarten:

- Zivilprozess (einschließlich zahlreicher Anträge und Klagen zu über 20 für die Praxis besonders wichtigen Gebieten des Zivilrechts), ■ Internationales Zivilprozessrecht, ■ Zwangsvollstreckung und Anfechtungsgesetz, ■ Insolvenzrecht, ■ Schiedsgerichtsverfahren, ■ Arbeitsgerichtsprozess, ■ Verwaltungsprozess, ■ Verfassungsbeschwerde, ■ Finanzgerichtsprozess, ■ Sozialgerichtsprozess, ■ Rechtsschutz vor den Gerichten der Europäischen Union

Dieses verfahrensrechtliche Standardwerk hilft Rechtsanwälten, Notaren und Steuerberatern bei der Formulierung prozessualer Muster. Alle Formulare sind außerdem (ohne Anmerkungen) auf einer dem Buch beiliegenden CD-ROM (für Windows-Rechner) enthalten.

*Beck'sches Prozessformularbuch, Verlag C.H. Beck, 11. neu bearbeitete und erweiterte Auflage 2010, XLVI, 2.412 Seiten, in Leinen, mit CD-ROM, 108,- €, ISBN 978-3-406-59139-6*

### Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht

Das Werk bietet eine Hilfestellung bei der Vertragsgestaltung in Zivil-, Handels- und Gesellschaftsrecht und ergänzt somit Kommentare und Lehrbücher zu diesen Gebieten durch ausführliche Muster für Verträge und rechtsgeschäftliche Erklärungen. Die Gliederung des Werks folgt im Wesentlichen dem System des BGB, HGB, GmbH-Gesetz und Aktiengesetz. Anmerkungen erschließen jedes Formular unter Hinweis auf wichtige Literatur und Rechtsprechung.

Die Neuauflage berücksichtigt alle Neuerungen, insbesondere ■ zum Familienrecht: Unterhaltsrecht, Zugewinnausgleich, Versorgungsausgleich, ■ zum neuen Verjährungs- und Pflichtteilsrecht, ■ zur GmbH-Reform (Unternehmergesellschaft, GmbH-Mustersatzung) sowie ■ zum Wohnungseigentumsrecht

Die Ausführungen zum BGB-AT, Kaufrecht, Mietrecht, Arbeitsrecht, IT-Recht, Wohnungseigentumsrecht und Familienrecht sind völlig neu strukturiert. Neue Muster zum internationalen Rechtsverkehr sowie ausgewählte Formulare in englischer Sprache sind enthalten. Insgesamt enthält das Werk 40 neue Formulare. Das Werk wendet sich an Rechtsanwälte, Notare und Steuerberater.

*Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht (hrsg. von Prof. Dr. Michael Hoffmann-Becking/Prof. Dr. Peter Rawert, LL.M.), Verlag C.H. Beck, 10 neu bearbeitete und ergänzte Auflage 2010, XXXVII, 2.360 Seiten, in Leinen, mit CD-ROM 108,- €, ISBN 978-3-406-59138-9*



In dieser Ausgabe finden Sie die Fortsetzung unserer Aufsatzserie zum Thema Haftungsrecht. Der vierte und letzte Aufsatz behandelt die Pflichten im Mandat zum Thema „Nebenvertragliche Schadenverhütungspflicht“.

Nach der Rechtsprechung des BGH besteht neben den vertraglichen Hauptpflichten – Sachverhaltsaufklärung, Rechtsprüfung, Beratung und vertragliche Schadenverhütungspflicht – zusätzlich die nebenvertragliche Verpflichtung, den Mandanten vor Schaden zu bewahren.

Die nebenvertragliche Schadenverhütungspflicht leitet die Rechtsprechung aus § 242 BGB ab. Danach ist der Schuldner verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.

Informieren Sie sich aktuell zu diesem Thema.

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

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

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

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

Informationen für wirtschaftsprüfende, rechts- und steuerberatende Berufe

## GI service

Nr. 2/März 2010

### Haftungsrecht – Die Pflichten im Mandat. (Teil 4 – die nebenvertragliche Schadenverhütungspflicht)

#### 4. Nebenvertragliche Schadenverhütungspflicht

##### 4.1 Gesetzliche Grundlage – Treu und Glauben

Nach der Rechtsprechung des BGH besteht neben den vertraglichen Hauptpflichten – Sachverhaltsaufklärung, Rechtsprüfung, Beratung und vertragliche Schadenverhütungspflicht – zusätzlich die nebenvertragliche Verpflichtung, den Mandanten vor Schaden zu bewahren.<sup>1</sup>

Die nebenvertragliche Schadenverhütungspflicht leitet die Rechtsprechung aus § 242 BGB ab. Danach ist der Schuldner verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.<sup>2</sup>

##### 4.2 Hauptanwendungsfall – Warnpflicht trotz beschränktem Mandat

Im Bereich der Rechtsanwalts- und Steuerberaterhaltung kommt der nebenvertraglichen Schadenverhütungspflicht vor allem in den Fällen eine besondere Bedeutung zu, in denen es darum geht, den Mandanten vor Gefahren zu warnen, die außerhalb des Schutzbereiches der vertraglichen Pflichten liegen.

Konkret verlangt die Rechtsprechung, dass der Steuerberater genau wie der Rechtsanwalt trotz beschränktem Auftrags den Mandanten auf eine außerhalb seines Auftrags liegende Fehleinschätzung hinweisen muss, wenn sie für einen durchschnittlichen Berater bei einer ordnungsgemäßen Beratung auf den ersten Blick ersichtlich oder ihm aufgrund seines persönlichen Wissens positiv bekannt ist und er Grund zu der Annahme hat, dass sich der Mandant der ihm drohenden Nachteile nicht bewusst ist.<sup>3</sup> Dies soll insbesondere dann gelten, wenn die Gefahr Interessen des Mandanten betrifft, die mit dem beschränkten Auftragsgegenstand in einem engen Zusammenhang stehen.<sup>4</sup>

##### 4.3 Abgrenzung vertragsbezogener Pflichten

Die nebenvertragliche Schadenverhütungspflicht ist von den vertragsbezogenen Beratungspflichten abzugrenzen. Diese richten sich nach Inhalt und Umfang des erteilten Mandats. In den hierdurch gezogenen Grenzen – Schutzbereich – muss der Steuerberater den Sachverhalt aufklären, die Rechtslage prüfen und den Mandanten über alle bedeutsamen steuer-

rechtlichen und wirtschaftlichen Einzelheiten sowie deren Folgen unterrichten.<sup>5</sup> Neben diesen Hauptpflichten muss der Steuerberater seinen Auftraggeber vor Schaden bewahren – vertragliche Schadenverhütungspflicht – und deshalb den nach den Umständen sichersten Weg zu dem erstrebten steuerlichen Ziel aufzeigen und sachgerechte Vorschläge zu dessen Verwirklichung empfehlen.<sup>6</sup>

Zu beachten ist, dass ein Steuerberater für seinen Mandanten grundsätzlich nur auf dem Gebiet des Steuerrechts tätig werden (§ 33 StBerG) darf. Ein Vertrag, der die Erbringung einer Rechtsdienstleistung im Sinne von § 2 I RDG betrifft, ist gemäß § 134 BGB in Verbindung mit § 3 RDG nichtig.<sup>7</sup>

Eine Ausnahme von dem Grundsatz, wonach die Aufgaben des Steuerberaters auf das Gebiet des Steuerrechts beschränkt sind, gilt nur im Anwendungsbereich von § 5 I 1 RDG. Danach sind Rechtsdienstleistungen im Zusammenhang mit einer anderen Tätigkeit erlaubt, wenn sie als Nebenleistung zum Berufsbild gehören. Ob eine Nebenleistung vorliegt, ist nach ihrem Umfang und sachlichen Zusammenhang mit der Haupttätigkeit unter Berücksichtigung der Rechtskenntnisse zu beurteilen, die für die Haupttätigkeit erforderlich sind.

Entsprechend diesen gesetzlichen Vorgaben sind die mandatsbezogenen Pflichten zur Rechtsprüfung und Beratung in aller Regel auf das Gebiet des Steuerrechts beschränkt. Auf zivil-, gesellschafts- oder sozialversicherungsrechtliche Fragen darf der Steuerberater deshalb nur dann eingehen, wenn mit der steuerlichen oder wirtschaftlichen Beratung zugleich zivil-, gesellschafts- oder etwa sozialversicherungsrechtliche Wirkungen beabsichtigt sind. Überschreitet der Steuerberater die Rechtslage insoweit allerdings nicht oder droht ein Verstoß gegen das Rechtsdienstleistungsgesetz, bleibt die Nebenleistung im Sinne von § 5 I RDG aus, muss der Steuerberater den Mandanten an einen mit den notwendigen Rechtskenntnissen ausgestatteten Rechtsanwalt verweisen.<sup>8</sup>

##### 4.4 Mitverschulden

Soweit eine Verletzung der nebenvertraglichen Schadenverhütungspflicht zu bejahen ist, wird regelmäßig ein Mitverschulden

## Impressum

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

#### Herausgeber

HDI-Gerling Firmen und Privat Versicherung AG  
Marion Mahlstädt, 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

#### Abonnementservice

Fax: (0511) 645 111 3909

#### Layout und Satz

Type Connection, Lechenicher Str. 29, 50374 Erftstadt

#### Druck

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

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