

Informationen für wirtschaftsprüfende, rechts- und steuerberatende Berufe

GI aktuell

Inhalt

Editorial

GI News

GI Entscheidungen

GI Literaturhinweise

GI Service

GI Leitsätze

Wirtschaftsprüferhaftung

Freiwillige Abschlussprüfung / Belehrungspflicht über Fehler in den eigenen Arbeiten? / Sekundärhaftung des Wirtschaftsprüfers? / Bankbestätigungen / Ersatzprüfungshandlungen / Täuschung durch Geschäftsführer / Mitverschulden (BGH, Urt. v. 10.12.2009 – VII ZR 42/08)

Steuerberaterhaftung

Verjährung des Schadenersatzanspruchs, § 68 StBerG a.F. / Entstehung von Säumniszuschlägen / Verwirkung von Säumniszuschlägen / Vertrauensverhältnis Steuerberater/Mandant (BGH, Versäumnisurt. v. 5.3.2009 – IX ZR 172/05)

Versicherungsschutz

Regulierungszusage des Haftpflichtversicherers / Vollmachtloser Vertreter / Deklaratorisches Anerkenntnis (BGH, Urt. v. 19.11.2008 – IV ZR 293/05)

Anwaltshonorar

Verrechnung mit Fremdgeldern / Vergütungsvereinbarung / Zusammenhängende Aufgaben / Festlegung des Gegenstandswertes (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 7.9.2009 – I-24 U 20/09)

Anwaltshonorar

Honorarvereinbarung / Pauschalhonorar / Vorzeitige Mandatsbeendigung / Kürzung des Pauschalhonorars, § 628 BGB (OLG Düsseldorf, Urt. v. 23.7.2009 – I-24 U 200/08)

Steuerberaterhaftung

Inhalt und Umfang des Auftrags / Belehrungspflicht / Drohender Schaden / Anerkennung von Verträgen mit Familienangehörigen / Fremdvergleich / Monatliche Mietzahlung / Mitverschulden (OLG Köln, Urt. v. 29.11.2006 – 8 U 36/06, rkr. nach Beschl. d. BGH v. 22.10.2009 – IX ZR 237/06, siehe Seite 99)

Haftung des Abschlussprüfers

Insolvenzverschleppung / Manipulationen durch Prokuristen / Keine Schutzwirkung zugunsten der Insolvenzgläubiger / Minderung des Honoraranspruchs (LG Nürnberg-Fürth, Urt. v. 5.10.2009 – 6 O 11424/08)

82 Honoraranspruch des Rechtsanwalts

Rahmengebühr / Angemessene Bemessung / Bestimmungsrecht / Umfang und Schwierigkeit (LG Potsdam, Beschl. v. 16.12.2008 – 24 Qs 113/08)

85 Insolvenz einer Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Faktischer Geschäftsführer / Bericht des Wirtschaftsprüfers / Positive Fortführungsprognose / Bilanzielle Überschuldung / Mitverschulden des Darlehensgebers (LG Kiel, Urt. v. 9.7.2008 – 18 O 483/07)

86

88

92

100

102

102

Editorial

Sehr geehrte Leserin, sehr geehrter Leser,

der BGH hat für Architekten, Rechtsanwälte und Steuerberater eine **Sekundärhaftung** aufgrund deren umfassender Sachwalterstellung entwickelt. Er hat nun klargestellt, dass er diese Grundsätze nicht auf **Wirtschaftsprüfer** anwendet, die als Jahresabschlussprüfer tätig sind. Denn sie haben keine vergleichbare, umfassende Prüfungs- und Beratungspflicht.

Rät ein Steuerberater dem Mandanten, Steuern nicht zu bezahlen, sondern Einspruch und Aussetzung der Vollziehung zu beantragen, so beginnt die Verjährungsfrist für den **Schadenersatzanspruch** wegen der zu entrichtenden **Säumniszuschläge**, sobald die Finanzbehörde beim Mandanten die Zuschläge z.B. durch Mahnung oder Ankündigung einer Vollstreckung einfordert (BGH).

Der **Haftplichtversicherer** hat eine uneingeschränkte **Verhandlungsvollmacht** und ist in der Praxis regelmäßig der maßgebliche **Ansprechpartner des Geschädigten**. Auf dessen Wort kann er sich verlassen und muss nicht prüfen, ob der Versicherer seinem Versicherungsnehmer gegenüber ganz oder teilweise leistungsfrei ist (BGH).

Der Rechtsanwalt kann sich durch **Aufrechnung mit Honorarsansprüchen** aus nicht zweckgebundenen Fremdgeldern befriedigen. Das gilt nicht, wenn die auf dem Konto des Anwalts eingezahlten Fremdgelder zweckgebunden waren, z.B. zur Rückführung eines Darlehens dienten (OLG Düsseldorf).

Kündigt der Mandant **vorzeitig einen Anwaltsauftrag**, kann dieser nur den Teil der Vergütung verlangen, der seiner bis zur Kündigung ausgeführten Tätigkeit entspricht. Das gilt auch im Fall der Vereinbarung einer Pauschalvergütung, wenn bis zum Zeitpunkt der Kündigung Leistungen nur in geringem Umfang erbracht wurden (OLG Düsseldorf).

Das LG Nürnberg-Fürth befasst sich mit der **Haftung eines Abschlussprüfers wegen Insolvenzverschleppung** durch den Mandanten. Es stellt klar, dass der vorsätzlich handelnde Mandant im Verhältnis zum fahrlässig handelnden Abschlussprüfer den Schaden alleine zu tragen hat. Es bestätigt im Übrigen, dass der Auftrag zur Abschlussprüfung **keine Schutzwirkung zugunsten der Insolvenzgläubiger** entfaltet.

Das LG Potsdam räumt dem Anwalt einen Ermessensspielraum bei der Bestimmung der **Angemessenheit** seines Honorars ein und hält eine **Abweichung von 20 bis 30%** von der Mittelgebühr für eine zulässige Abweichung.



Mit freundlichen Grüßen
Ihr Dr. Jürgen Gräfe

GI News

BFH: Besteuerung der Altersrenten verstößt nicht gegen die Verfassung

Der Bundesfinanzhof (BFH) hat mit Urteil vom 19.1.2010 – X R 53/08 seine bisherige Rechtsprechung bestätigt und entschieden, dass die Umstellung der Besteuerung der Alterseinkünfte auf das System der nachgelagerten Besteuerung verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden ist.

Die Besteuerung der Alterseinkünfte ist durch das Alterseinkünftegesetz zum 1.1.2005 neu geregelt worden. Die Renten der gesetzlichen Rentenversicherung und der berufsständischen Versorgungswerke werden ebenso wie die Beamtenpensionen in vollem Umfang – nachgelagert – besteuert; in der Übergangszeit von 2005 bis 2039 wird der steuerbare Anteil der Renten kontinuierlich erhöht, wobei für dessen Höhe das Jahr des Renteneintritts entscheidend ist.

Zur allmählichen Überführung in die volle Besteuerung beträgt der Besteuerungsanteil bei Rentenbeginn bis zum Jahr 2005 50%. Beruhen Altersrenten auf Beiträgen, die oberhalb der gesetzlichen Beitragsbemessungsgrenze geleistet wurden, können die Renten im Rahmen der sog. Öffnungsklausel insoweit weiterhin mit dem (niedrigeren) Ertragsanteil besteuert werden. Im Unterschied zur Auffassung der Finanzverwaltung – so der X. Senat – kommt es nicht darauf an, in welchen Jahren die Zahlungen erfolgt sind; entscheidend ist vielmehr, für welche Jahre die Beiträge geleistet wurden.

Der Kläger, ein selbstständig tätiger Wirtschaftsprüfer, der seit 1996 eine Rente aus der gesetzlichen Rentenversicherung bezieht, hatte geltend gemacht, dass die gleiche Besteuerung seiner Altersrenten im Vergleich zur Besteuerung einer Altersrente eines früheren angestellten Rentners gegen den Gleichheitsgrundsatz verstoße, da seine früher geleisteten Altersvorsorgeaufwendungen steuerlich stärker belastet gewesen seien. Zudem verletze ihn die Neuregelung in seinem Vertrauen auf den Fortbestand der bisherigen Ertragsanteilsbesteuerung seiner Altersrente; er habe als sog. Bestandsrentner keine Chance gehabt, sich auf die neue Rechtslage einzustellen.

Mit seiner Entscheidung hat der X. Senat des BFH seine bisherige Rechtsprechung bestätigt. Bei dem Alterseinkünftegesetz handele sich um die Regelung komplexer Lebenssachverhalte, bei denen dem Gesetzgeber gröbere Typisierungen und Generalisierungen zugestanden werden müssten, so dass die Besteuerung der Renteneinkünfte eines (vormals) Selbstständigen im Rahmen der Übergangsregelung verfassungsrechtlich unbedenklich sei, sofern – wie im Streitfall – nicht gegen das Verbot der Doppelbesteuerung verstoßen werde.

(BFH, Urt. v. 19.1.2010 – X R 53/08)

Pressemitteilung d. BFH v. 31.3.2010 ■

BFH: Von Banken kann Vorlage von Kontoauszügen eines Kunden erst nach vorherigem Auskunftersuchen verlangt werden

Der Bundesfinanzhof (BFH) hat durch Urteil vom 24.2.2010 – II R 57/08 entschieden, dass ein Finanzamt (FA) im Besteuerungsverfahren eines Bankkunden von der Bank im Regelfall erst dann die Vorlage von Kontoauszügen nach § 97 der Abgabenordnung (AO) verlangen darf, wenn die Bank eine zuvor geforderte Auskunft über das Konto nach § 93 AO nicht erteilt hat, die Auskunft unzureichend ist oder Bedenken gegen ihre Richtigkeit bestehen. Im konkreten Fall hatte ein FA im Besteuerungsverfahren einer Bankkundin zunächst von dieser die Vorlage von Kontoauszügen verlangt, um das Vorhandensein regelmäßiger Abhebungen zur Bestreitung ihres Lebensunterhalts überprüfen zu können. Da die Bankkundin die Unterlagen vernichtet hatte, verlangte das FA die Vorlage der Kontoauszüge von der Bank. Weil nach § 107 AO eine Entschädigung nur für Auskunftspflichtige vorgesehen ist, wandte die Bank aber ein, das FA müsse zunächst ein Auskunftersuchen stellen.

Nach § 97 Abs. 2 Satz 1 AO soll die Vorlage von Büchern, Aufzeichnungen, Geschäftspapieren und anderen Urkunden in der Regel erst dann verlangt werden, wenn der Vorlagepflichtige eine Auskunft nicht erteilt hat, die Auskunft unzureichend ist oder Bedenken gegen ihre Richtigkeit bestehen.

Dazu stellt der BFH jetzt klar, dass die Norm der Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes dient und der Gesetzgeber davon ausgegangen ist, dass die Verpflichtung zur Auskunftserteilung nach § 93 AO regelmäßig die weniger in die Persönlichkeitssphäre eingreifende Maßnahme als die Verpflichtung zur Vorlage von Urkunden ist. Ein Abweichen von der in § 97 Abs. 2 Satz 1 AO vorgegebenen Rangfolge kommt deshalb nur in atypischen Fällen in Betracht, in denen das Vorliegen steuerrelevanter Tatsachen nur durch die Vorlage eines Schriftstückes beweisbar oder eine Auskunft zur Wahrheitsfindung untauglich ist.
(BFH, Urt. v. 24.2.2010 – II R 57/08)

Pressemitteilung d. BFH v. 7.4.2010 ■

Gl Leitsätze

Unterschriftserfordernis / Berufungsschrift / Übersendungs-schreiben / Antrag auf Fristverlängerung

1. Dem Unterschriftserfordernis der § 520 Abs. 5, § 130 Nr. 6 ZPO ist genügt, wenn zwar der Berufungsbegründungsschriftsatz nicht unterschrieben ist, dieses aber einem – von einem dazu bevollmächtigten und bei dem Prozessgericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichneten – Schriftsatz beigelegt ist, in dem ausdrücklich darauf hingewiesen wird,

dass die Berufungsbegründung mit beiliegendem Schriftsatz gesendet werde, und beide Schriftsätze zusammen dem Gericht mit einem einheitlichen Telefax übermittelt werden.

2. Der Rechtsmittelführer, der vor Ablauf der Berufungsbegründungsfrist unter Darlegung einer der Gründe des § 520 Abs. 2 Satz 3 ZPO einen ersten Antrag auf Verlängerung dieser Frist um drei Wochen stellt, kann regelmäßig darauf vertrauen, dass die beantragte Fristverlängerung erfolgt, auch wenn er innerhalb dieser Zeitspanne noch keine Nachricht darüber erhalten hat, ob seinem Verlängerungsantrag stattgegeben wurde. Reicht er die Berufungsbegründung vor dem Zeitpunkt ein, bis zu dem er Fristverlängerung beantragt hat, kann ihm auf seinen Antrag – aus prozessökonomischen Gründen ohne vorherige Entscheidung über den Verlängerungsantrag – Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bewilligt werden.
(BGH, Beschl. v. 10.3.2009 – VIII ZB 55/06) ■

Notarhaftung / Betreuende Belehrungspflicht / Formell Beteiligte / Materiell Beteiligte / Schaden, negatives Interesse

1. Die Pflicht des Notars zur Belehrung über die rechtliche Tragweite des Beurkundungsgeschäfts besteht grundsätzlich nur gegenüber den formell Beteiligten; gegenüber materiell Beteiligten kann sich allerdings unter dem Gesichtspunkt der betreuenden Belehrungspflicht im Einzelfall ein eigenständiger Prüfungsbedarf ergeben.

2. Auch im Fall des Abschlusses eines durch die Amtshandlung (mit-)veranlassten – nachteiligen – Vertragsabschlusses ist dem Geschädigten grundsätzlich nur der Vermögensnachteil zu ersetzen, den er im Vertrauen auf die Richtigkeit und Vollständigkeit der Amtstätigkeit erlitten hat (negatives Interesse); die Herstellung des bei inhaltlich richtiger Beratung eingetretenen Vermögensstandes, im Besonderen den Ersatz des aus der Nichterfüllung des vorgesehenen Geschäfts entstandenen Schadens (positives Interesse), kann er hingegen regelmäßig nicht verlangen.

3. Zur Haftungszurechnung beim sowohl durch Amtspflichtverletzung als auch durch unabhängig hinzutretende Pflichtverletzung des Vertragspartners herbeigeführten sog. Urteilschaden.

4. Ein als entgangener Gewinn geltend gemachter Betriebsausfallschaden ist nicht ersatzfähig, wenn der geplante Betrieb (hier: Aktivierung einer intensiven Ammenkuhhaltung auf Pachtfläche) mit zwingenden Vorgaben des Landwirtschafts- und Umweltrechts nicht zu vereinbaren gewesen wäre.

5. Aufwendungen für im Ergebnis erfolglose Prozesse sind im Rahmen des Amtshaftungsanspruchs ersatzfähig, wenn der Geschädigte die Rechtsstreitigkeit nach Lage der Dinge vernünftigerweise für erforderlich und zweckmäßig halten durfte.
(OLG Koblenz, Urt. v. 27.5.2009 – 1 U 596/08) ■

Wirtschaftsprüferhaftung

- Freiwillige Abschlussprüfung
- Belehrungspflicht über Fehler in den eigenen Arbeiten?
- Sekundärhaftung des Wirtschaftsprüfers?
- Bankbestätigungen
- Ersatzprüfungshandlungen
- Täuschung durch Geschäftsführer
- Mitverschulden

(BGH, Urt. v. 10.12.2009 – VII ZR 42/08)

Leitsätze:

1. Der als Jahresabschlussprüfer tätige Wirtschaftsprüfer unterliegt nicht der für Architekten sowie Rechtsanwälte und Steuerberater entwickelten Sekundärhaftung.

2. Der Jahresabschlussprüfer, der von ihm geprüften Gesellschaft wegen Pflichtverletzungen bei der Prüfung zum Schadenersatz verpflichtet ist, kann ihr die Mitverursachung des entstandenen Schadens durch ihren Geschäftsführer grundsätzlich gemäß § 254 Abs. 1, § 31 BGB analog entgegenhalten.

3. Bei der Abwägung sind auch solche Verursachungsbeiträge des Geschäftsführers zu berücksichtigen, die vor der Prüfung des Jahresabschlusses liegen. ■

Zum Sachverhalt:

Die Klägerin verlangt von der Beklagten, einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, Schadenersatz wegen der Verletzung von Abschlussprüferpflichten in den Jahren 1992 bis 2002.

1. Die Klägerin ist eine Kommanditgesellschaft, an der – überwiegend über eine Treuhandgesellschaft – ca. 300 Kapitalanleger als Kommanditisten beteiligt sind. Die Belange der Kommanditisten vertritt ein von ihnen gewählter Verwaltungsrat. Komplementärin der Klägerin ist eine GmbH. Deren Geschäftsführer war seit 1989 Herr St., der 2003 verstarb.

Die Klägerin ist Eigentümerin des S.-Hotels in E., das aufgrund eines Betriebsführungsvertrages von der S.-GmbH auf Rechnung der Klägerin geführt wird. Aus diesem Grund bestehen bei der Klägerin zwei Buchungskreise, die im Jahresabschluss zusammengeführt werden. Der Buchungskreis Besitzgesellschaft beinhaltet die Kosten der Geschäftsführung der Klägerin und die aufgenommenen Darlehen für die Finanzierung des Hotels. Der zweite Buchungskreis betrifft den eigentlichen Hotelbetrieb.

Die Beklagte hatte die Aufgabe, die Jahresabschlüsse der Klägerin zu prüfen, wobei es sich bei der Prüfung der Abschlüsse für die Geschäftsjahre bis einschließlich 1999 um freiwillige Prüfungen handelte, danach, bis zur letzten von der Beklagten vorgenommenen Prüfung des Abschlusses 2002, um Pflichtprüfungen i.S.d. §§ 316 ff HGB.

2. Der Geschäftsführer veranlasste in den Jahren 1992 bis 1997 über seine monatlichen Gehaltszahlungen hinaus zusätzliche Auszahlungen an sich. Dabei ging es um die Erstattung von Büro- und Portokosten, die er nach dem Inhalt seines Anstellungsvertrages selbst zu tragen hatte. Die genaue Höhe und die Berechtigung dieser Auszahlungen sind zwischen den Parteien streitig.

Im Frühjahr 1997 wurde im Verwaltungsrat die Frage einer Erhöhung der Geschäftsführervergütung bzw. einer Pauschalabgeltung von Auslagen erörtert, ein entsprechender förmlicher Beschluss wurde jedoch ausweislich des Verwaltungsratsprotokolls vom 21.4.1997, das der Beklagten bekannt war, nicht gefasst. Es existiert allerdings ein Aktenvermerk des Geschäftsführers, der das Datum 21.4.1997 trägt und der Beklagten vorgelegt worden war. Danach sei schon in der vorangegangenen Verwaltungsratssitzung vom 3.3.1997 über eine Pauschalabgeltung der Bürokosten gesprochen worden, und der Vorsitzende des Verwaltungsrats habe am 21.4.1997 mündlich erklärt, der Geschäftsführer solle künftig eine jährliche Pauschalzahlung in Höhe von 8.000 DM zzgl. Umsatzsteuer erhalten.

In den Jahren 1998 bis 2003 nahm der Geschäftsführer zu Beginn des jeweiligen Geschäftsjahres in größerem Umfang Auszahlungen an sich vor, führte diese jedoch bis einschließlich 2001 bis auf einen Restbetrag von jährlich 8.000 DM zzgl. Umsatzsteuer jeweils am Ende des Geschäftsjahres zurück.

1993 nahm er für sich einen Überziehungskredit in Höhe von 91.200 DM auf einem von ihm angelegten und auf den Namen der Klägerin lautenden Konto bei der D.-Bank in Anspruch. Die hieraus bestehenden Verbindlichkeiten löste er im Jahr 1996 unter Inanspruchnahme eines Überziehungskredits auf einem ebenfalls auf die Klägerin lautenden Konto bei der Sparkasse ab (im Folgenden: „schwarzes Konto“), von dem er später einen weiteren Betrag von rund 35.600 DM abbuchte.

Sowohl das Konto bei der D.Bank als auch das „schwarze Konto“, die beide an sich zum Buchungskreis Besitzgesellschaft gehörten, wurden weder in der Buchhaltung der Klägerin geführt noch waren die entsprechenden Verbindlichkeiten in den Jahresabschlüssen enthalten. Gleichwohl bestätigte der Geschäftsführer gegenüber der Beklagten die Vollständigkeit der Buchführung und des Jahresabschlusses.

Jedenfalls seit 1996 verlangte die Beklagte für die Prüfung der Jahresabschlüsse von dem Geschäftsführer die Einholung von Bankbestätigungen, erhielt diese aber nur für den Buchungskreis Hotelbetrieb, nicht für den Buchungskreis Besitzgesellschaft.

In Abschnitt D II. 4c des damals für Abschlussprüfungen geltenden Fachgutachtens 1/1988 heißt es hierzu: „Es ist zweckmäßig, alle Arten der geschäftlichen Beziehungen des zu prüfenden Unternehmens mit Kreditinstituten (bzw. deren Niederlassung) durch Bankbestätigungen zu erfragen.“ (WPg 1989, 9, 16).

Diese Regelung wurde zum 1.7.2003 durch den Prüfungsstandard IDW PS 302 abgelöst, dessen Textziffer 29 wie folgt lautet: „Bankbestätigungen sind für alle Arten der geschäftlichen Beziehungen des Unternehmens mit Kredit- und Finanzdienstleistungsinstituten (bzw. deren jeweiliger Niederlassung) sowie für alle Geschäftsbeziehungen zu Finanzunternehmen i.S.d. § 1 Abs. 3 KWG einzuholen.“ (WPg 2003, 872, 874).

3. Die Klägerin hat im Dezember 2004 Klage erhoben und von der Beklagten Ersatz ihres Schadens in Höhe von 269.850,22 EUR zzgl. Zinsen verlangt, der ihr durch Pflichtverletzungen der Beklagten bei der Prüfung der Jahresabschlüsse für die Jahre 1992 bis 2002 entstanden sei. Sie macht geltend, die Beklagte habe im Zusammenhang mit den Auszahlungen, die der Geschäftsführer an sich selbst vorgenommen habe, und im Zusammenhang mit dem „schwarzen Konto“ Prüfungs- und Aufklärungspflichten verletzt. Wäre sie ordnungsgemäß von der Beklagten aufgeklärt worden, hätte sie dem Geschäftsführer sofort gekündigt und durch dessen Fehlverhalten keinen weiteren Schaden erlitten. Den zuvor erlittenen Schaden hätte sie von dem Geschäftsführer vor dessen Vermögensverfall noch ersetzt bekommen.

Das Landgericht hat die Beklagte unter Zurückweisung der Klage im Übrigen zur Zahlung von 35.253,17 EUR zzgl. Zinsen verurteilt. Ansprüche wegen Pflichtverletzungen in der Zeit vor dem 17.12.1999 seien verjährt. Infolge der Verletzung ihrer Pflichten bei der Prüfung des Jahresabschlusses für das Jahr 1999 im Frühjahr 2000 habe die Beklagte einen Schaden der Klägerin in Höhe von 105.759,50 EUR verursacht. Da der Geschäftsführer die Beklagte im Zuge der Prüfungen bewusst in die Irre geführt habe, müsse sich die Klägerin jedoch ein anspruchsminderndes Mitverschulden ihrerseits von 2/3 anrechnen lassen.

Die Berufung der Klägerin, mit der sie ihren Schaden in Höhe von 267.587,83 EUR weiterverfolgt hat, und die Anschlussberufung der Beklagten sind ohne Erfolg geblieben. Das Berufungsgericht hat die Revision hinsichtlich der Frage der Verjährung sowie der Frage des Mitverschuldens bzw. eines treuwidrigen Verhaltens der Klägerin zugelassen.

Mit ihrer Revision verfolgt die Klägerin ihren bisherigen Antrag weiter. Die Beklagte begehrt mit ihrer Revision die vollständige Abweisung der Klage. Sie hält die Beschränkung der Revisionszulassung für unwirksam. Beide Revisionen haben keinen Erfolg. ■

Aus den Gründen:

I. Die Revisionen beider Parteien sind uneingeschränkt zulässig.

1. Das Berufungsgericht führt insoweit aus, für die Klägerin werde die Revision zugelassen, soweit es die vor dem 17.12.1999 entstandenen Schadenersatzansprüche für verjährt ansehe. Im Hinblick auf den Einwand des Mitverschuldens bzw. eines treuwidrigen Verhaltens der Klägerin bei späteren Pflichtverletzungen der Beklagten werde die

Revision für beide Parteien zugelassen, soweit dieser Einwand auf das Verhalten des Geschäftsführers gestützt sei. Ein Grund, die Revision für die Parteien in weitergehendem Umfang zuzulassen, bestehe nicht.

2. Diese Beschränkung ist nicht zulässig.

Die Zulassung der Revision kann nur auf einen tatsächlich und rechtlich selbstständigen Teil des Gesamtstreitstoffs beschränkt werden, der Gegenstand eines Teilurteils sein oder auf den der Revisionskläger selbst seine Revision beschränken könnte. Eine Beschränkung auf bestimmte Rechtsfragen ist dagegen unzulässig (BGH, *Urt. v. 8.12.2005 – VII ZR 191/04, BauR 2006, 414 = NZBau 2006, 175 = ZfBR 2006, 237; Urt. v. 17.6.2004 – VII ZR 226/03, Tz. 29, BauR 2004, 1650 = ZfBR 2004, 775 m.w.N.; Urt. v. 22.1.2004 – VII ZR 68/03, BauR 2004, 830 = NZBau 2004, 261*).

Sowohl die Beschränkung auf die Frage der Verjährung als auch die auf den Einwand des Mitverschuldens bzw. eines treuwidrigen Verhaltens der Klägerin ist als Beschränkung auf einen Teil der die Begründetheit der Forderung betreffenden Rechtsfragen unzulässig (vgl. zur Verjährung BGH, *Urt. v. 21.9.2006 – I ZR 2/04, NJW-RR 2007, 182; Urt. v. 27.9.1995 – VIII ZR 257/94, NJW 1995, 3380; zum Mitverschulden Urt. v. 25.3.1980 – VI ZR 61/79, BGHZ 76, 397 m.w.N.*).

Das angefochtene Urteil unterliegt damit in vollem Umfang der revisionsrechtlichen Nachprüfung.

II, Revision der Klägerin bezüglich der Pflichtverletzungen vor dem 17.12.1999

1. Das Berufungsgericht führt aus, etwaige Schadenersatzansprüche der Klägerin, die auf Pflichtverletzungen der Beklagten vor dem 17.12.1999 beruhten, seien verjährt. Bei der Prüfung der Abschlüsse der Geschäftsjahre bis einschließlich 1998 habe es sich um **freiwillige Prüfungen** gehandelt. Für die **Verjährung hieraus entstehender Ansprüche gelte gemäß § 51a WPO** in der bis zum 31.12.2003 geltenden Fassung (im Folgenden: a.F.) eine fünfjährige Verjährungsfrist. Da die Prüfung eines Jahresabschlusses regelmäßig im Frühjahr des Folgejahres erfolgt sei, sei der Abschluss des Jahres 1998 im Frühjahr 1999 geprüft worden, mit der Folge, dass etwaige Ansprüche der Klägerin wegen dieser Prüfung schon im Frühjahr 2004 verjährt seien, bevor im Dezember 2004 die Klage eingereicht worden sei.

Die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze der Sekundärhaftung seien auf Wirtschaftsprüfer nicht anzuwenden. Die Haftung des Wirtschaftsprüfers sei mit derjenigen des Architekten nicht vergleichbar. Der Abschlussprüfer schulde zwar eine pflichtgemäße Prüfung – insoweit noch vergleichbar mit der Pflicht des Architekten, ein mangelfreies Bauwerk entstehen zu lassen –, es fehle jedoch die Pflicht, den Auftraggeber bei der **Mangelbeseitigung** zu unterstützen. Dagegen müsse der Architekt dem Bauherrn auch nach der Fertigstellung des Bauvorhabens bei der Durchsetzung von Ansprüchen behilflich sein.

Eine Übertragung der für Rechtsanwälte und Steuerberater entwickelten Grundsätze zur **sekundären Hinweispflicht** scheide ebenfalls aus, da die Interessenlage insbesondere im Hinblick auf die unterschiedliche Länge der (Primär-)Verjährungsfristen nicht vergleichbar sei. Bei Rechtsanwälten und Steuerberatern betrage die Verjährungsfrist nur drei Jahre (§ 51b BRAO bzw. § 68 StBerG, jeweils in der bis zum 14.12.2004 geltenden Fassung; im Folgenden: a.F.). Ein Bedürfnis für eine Sekundärhaftung der Wirtschaftsprüfer bestehe im Hinblick auf die für sie geltende längere Verjährungsfrist nicht.

2. Das hält der rechtlichen Nachprüfung stand. Das Berufungsgericht hat zu Recht eine Sekundärhaftung der als Jahresabschlussprüferin tätigen Beklagten verneint. Die für den Architekten, Rechtsanwalt und Steuerberater insoweit entwickelten Grundsätze sind auf sie nicht übertragbar.

a) aa) Anknüpfungspunkt für die **Sekundärhaftung des Architekten** ist dessen **Sachwalterstellung** im Rahmen des übernommenen Aufgabenkreises. Dem umfassend beauftragten Architekten obliegt im Rahmen seiner Betreuungsaufgaben nicht nur die Wahrung der Auftraggeberrechte gegenüber dem Bauunternehmer, sondern auch und zunächst die objektive Klärung von Mängelursachen, selbst wenn zu diesen eigene Planungs- oder Aufsichtsfehler gehören. **Die dem Architekten vom Bauherrn eingeräumte Vertrauensstellung gebietet es, diesem im Lauf der Mängelursachenprüfung auch Mängel des eigenen Architektenwerks zu offenbaren, so dass der Bauherr seine Auftraggeberrechte auch gegen den Architekten rechtzeitig vor Eintritt der Verjährung wahrnehmen kann** (BGH, *Urt. v. 16.3.1978 – VII ZR 445/76, Tz. 26, 29, BGRZ 71, 144; Urt. v. 27.9.2001 – VII ZR 320/00, BauR 2002, 108 = NZBau 2002, 42 = ZfBR 2002, 61; Urt. v. 26.10.2006 – VII ZR 133/04, Tz. 10, 17, BauR 2007, 423 = NZBau 2007, 108 = ZfBR 2007, 250; Urt. v. 23.7.2009 – VII ZR 134/08, BauR 2009, 1607 = ZfBR 2009, 781).*

bb) Die Sekundärhaftung des Architekten knüpft damit an seine zentrale Stellung während der Errichtung eines Bauvorhabens an. Eine vergleichbare Sachwalterstellung hat der als Jahresabschlussprüfer tätige Wirtschaftsprüfer nicht. Sein **Aufgabenkreis ist eng umgrenzt. Er hat den Jahresabschluss der Geschäftsleitung seines Auftraggebers unter Einbeziehung der Buchführung zu prüfen (§ 316 Abs. 1, § 317 Abs. 1 Satz 1 HGB)**. Weitergehende Betreuungsaufgaben obliegen ihm auch bei einer freiwilligen Prüfung, die grundsätzlich den gleichen Gegenstand und Umfang wie eine Pflichtprüfung hat (vgl. BGH, *Urt. v. 23.9.1991 – II ZR 189/90, Tz. 7, NJW-RR 1992, 167*), nicht. Zwar dient die Prüfung des Jahresabschlusses auch den Interessen des Auftraggebers. Sie hat aber ebenfalls Bedeutung sowohl für die Gesellschafter als auch für die Gläubiger, die Arbeitnehmer, die Kunden und die Lieferanten des Unternehmens. Insofern nimmt der Abschlussprüfer eine mit einer Sachwalterstellung nicht vereinbare öffentliche Funktion wahr, **da es im öffentlichen Interesse liegt, dass die Rechnungslegung unter Beachtung der Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführung ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögens-**

Finanz- und Ertragslage des Unternehmens vermittelt

(Schulze-Osterloh, *FS für Claus-Wilhelm Canaris, Bd. II, 2007, S. 379, 383 f*). Der Abschlussprüfer ist, wie sich auch aus § 319 HGB ergibt, unparteiischer und unbeteiligter Dritter. Dass der Abschlussprüfer erhebliche Aufklärungspflichten (vgl. § 321 Abs. 1 Satz 3 HGB) hat, rechtfertigt die Sekundärhaftung allein nicht.

b) aa) Die **Sekundärhaftung des Rechtsanwalts** leitet sich daraus her, dass ihm aufgrund des Anwaltsvertrages bei der Beratung Rechtsunkundiger besondere Pflichten obliegen. Bei anwaltlicher Rechtsberatung und Prozessvertretung können in vielfältiger Weise Fehler begangen werden, die eine Vermögensschädigung des Mandanten auslösen, ohne dass dies alsbald zutage tritt. Der Anwalt kann dies aufgrund seiner besseren Rechtskenntnisse eher feststellen als sein Mandant. Für ihn kann sich daher bei fortlaufender Wahrnehmung des Mandats ein begründeter Anlass ergeben zu prüfen, ob er dem Mandanten durch einen eigenen Fehler einen Schaden zugefügt hat. Muss ein sorgfältig arbeitender Anwalt dabei die Möglichkeit einer Regresshaftung erkennen, ist ein Hinweis darauf und auf die kurze Verjährungsfrist des § 51 BRAO a.F. (später § 51b BRAO a.F.) geboten. Unterlässt er das, kann dies den Sekundäranspruch auslösen (BGH, *Urt. v. 23.5.1985 – IX ZR 102/84, Tz. 32, BGHZ 94, 380, 386 m.w.N.*).

Zur Begründung für diese weitgehende Haftung hat der Bundesgerichtshof **insbesondere auf die dreijährige Verjährungsfrist des § 51 BRAO a.F. verwiesen**. Diese trage den Belangen des Anwalts auf Kosten seines Mandanten in einschneidender Weise Rechnung, zumal sie unabhängig von dessen Kenntnis zu laufen beginne. Der Anwalt solle – mit Recht – davor geschützt werden, dass die Folgen berufstypischer Risiken ihn auf unabsehbare Zeit hinaus in nicht überschaubarer Weise wirtschaftlich bedrohen würden. Nicht zuletzt zum Ausgleich dieser im Interesse des Anwalts sehr strengen Verjährungsregelung seien ebenso strenge Anforderungen an die Pflicht des Rechtsanwalts zu stellen, den Mandanten auch über gegen ihn, den Anwalt, selbst gerichtete Ansprüche aufzuklären und ggf. auch deren Verjährung vorzubeugen (BGH, *Urt. v. 20.5.1975 – VI ZR 138/74, NJW 1975, 1655, 1656; Urt. v. 23.5.1985 – IX ZR 102/84, BGHZ 94, 380, 385*).

Diese für den Rechtsanwalt angenommene Sekundärhaftung wurde wegen des **vergleichbaren Berufsbildes und einer ebenfalls dreijährigen Verjährungsfrist** für Schadenersatzansprüche des Auftraggebers (vgl. § 68 StBerG a.F.) auf den **Steuerberater** übertragen (BGH, *Urt. v. 20.1.1982 – IVa ZR 314/80, BGHZ 83, 17, und für den im Bauherrenmodell als Treuhänder tätigen Steuerberater Urt. v. 5.7.1990 – VII ZR 26/89, Tz. 25, BauR 1990, 749 = ZfBR 1990, 238*).

bb) Ob die für Rechtsanwalt und Steuerberater entwickelte Sekundärhaftung auch für Wirtschaftsprüfer gilt, ist in Rechtsprechung und Literatur umstritten (*bejahend OLG Hamburg, WPK-Mitt 1990, 44, 45; LG Köln, GI 1990, 62, 68; verneinend OLG Düsseldorf, MDR 2008, 775, und GI 2000, 270, 272 f; LG Mannheim, GI 1991, 138, 140 f*;

Zugehör, DStR 2001, 1663, 1665; differenzierend nach der Art der Tätigkeit WP Handbuch 2006, Abschn. A Rdnr. 624 mit Fn. 822). Der Senat verneint diese Frage jedenfalls für den **als Jahresabschlussprüfer tätigen Wirtschaftsprüfer**.

(1) Sein Berufsbild ist mit demjenigen des Rechtsanwalts und Steuerberaters nicht vergleichbar. Zwar genießt der Abschlussprüfer aufgrund seines fachlichen Wissens gegenüber dem Auftraggeber eine Vertrauensstellung. Im Gegensatz zu Rechtsanwalt und Steuerberater hat er jedoch den Auftraggeber nicht umfassend rechtlich zu beraten. Vielmehr **beschränkt sich seine Beratungs- und Prüfungspflicht** auf den zu prüfenden Jahresabschluss und die zugehörigen Unterlagen. Eine darüber hinausgehende Beratungspflicht trifft den Abschlussprüfer nicht (vgl. a) bb)).

(2) Damit fehlt es von vornherein an einer tragfähigen Grundlage für die Sekundärhaftung. Diese kann nicht allein daraus hergeleitet werden, dass die Verjährungsfrist für Ansprüche gegen Wirtschaftsprüfer nach altem Recht kenntnisunabhängig läuft, was im Einzelfall dazu führt, dass der Geschädigte keine Möglichkeit hat, den Anspruch durchzusetzen. Diese Gestaltung der Verjährung beruht auf der Entscheidung des Gesetzgebers und ist hinzunehmen. Im Übrigen gilt für Wirtschaftsprüfer gemäß § 51a WPO a.F. bzw. § 323 Abs. 5 HGB a.F. **eine fünfjährige Frist, so dass die Interessen des Auftraggebers nicht in dem Maße beeinträchtigt sind** wie in dem Fall, dass Rechtsanwälte oder Steuerberater in Haftung genommen werden sollen. Die Verjährungsfrist ist zwei Jahre länger, so dass ein Bedürfnis für eine Sekundärhaftung nicht gesehen wird (OLG Düsseldorf, MDR 2008, 775; Zugehör, DStR 2001, 1663, 1665).

(3) **Welche Auswirkungen auf die Sekundärhaftung der Umstand hat, dass nunmehr für die Verjährung der Schadensersatzansprüche gegen Rechtsanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer einheitlich § 199 BGB gilt** (vgl. dazu BT-Drucks. 15/3653, S. 14), muss der Senat nicht entscheiden.

c) Somit sind eventuelle Pflichtverletzungen der Beklagten vor dem 17.12.1999 verjährt. Die im Schriftsatz vom 30.11.2009 erhobene Verfahrensrüge, das Berufungsgericht habe nicht berücksichtigt, dass die Beklagte auch steuerberatend tätig gewesen sei, war nicht zu berücksichtigen, nachdem die Prozessbevollmächtigte der Klägerin in der mündlichen Verhandlung diese fallengelassen hat.

III. Revision der Beklagten bezüglich der Pflichtverletzungen nach dem 17.12.1999

1. Das Berufungsgericht führt aus, die Beklagte habe bei der Prüfung des Jahresabschlusses 1999 im Frühjahr 2000 ihre Pflichten verletzt. Sie habe im Zusammenhang mit den **nur unvollständig eingeholten Bankbestätigungen** pflichtwidrig gehandelt. Der vom Landgericht beauftragte Sachverständige habe dargelegt, dass ein gewissenhafter Prüfer bereits im Jahr 2000, also vor Inkrafttreten des Prüfungsstandards IDW PS 302 zum 1.7.2003, **Saldenbestätigungen der Banken hätte einholen müssen. Die Beklagte habe sich dagegen mit einer Bankbestätigung nur für den Buchungskreis Hotel-**

betrieb begnügt. Dass diese unvollständig gewesen sei, sei offenkundig gewesen, denn dem Jahresabschluss sei zu entnehmen gewesen, dass gerade im Buchungskreis Besitzgesellschaft, für den keine Bankbestätigung vorgelegen habe, erhebliche Bankverbindlichkeiten bestanden hätten. Die Beklagte müsse sich zudem an den von ihr selbst aufgestellten Maßstäben messen lassen. Sie habe nach ihrem eigenen Vortrag bereits seit dem Jahr 1996 den Geschäftsführer um Bankbestätigungen gebeten und regelmäßig in ihren Prüfungsberichten zum Jahresabschluss zu Art und Umfang der Prüfung vermerkt, dass Bankbestätigungen von Kreditinstituten eingeholt worden seien. Das könne nur so verstanden werden, dass Bankbestätigungen auch vollständig vorgelegen hätten.

Dass ihrem Ersuchen hinsichtlich des Buchungskreises Besitzgesellschaft nicht Folge geleistet worden sei, hätte die Beklagte nicht einfach hinnehmen dürfen. **Die von ihr angeführten Ersatzprüfungshandlungen seien, da aus dem Bereich des Unternehmens stammend, nicht ausreichend gewesen**. Gleiches gelte für die **Vollständigkeitserklärungen** des Geschäftsführers. Die Beklagte hätte keinesfalls einen uneingeschränkten Bestätigungsvermerk erteilen dürfen.

Ein weiteres pflichtwidriges Handeln der Beklagten bestehe darin, dass sie in ihrem Prüfbericht **nicht auf die unklare und undurchschaubare Situation hinsichtlich der Zahlungen des Geschäftsführers an sich selbst hingewiesen habe**.

Die Beklagte habe – wie auch bereits bei der Prüfung des Jahresabschlusses 1998 – bemerkt, dass der Geschäftsführer einen über das im Vertrag schriftlich vereinbarte Gehalt hinausgehenden Betrag von **8.000 DM zzgl. Umsatzsteuer pro Jahr** an sich ausbezahlt habe. Auch habe sie bemerkt, dass der Geschäftsführer sich in diesen beiden Jahren jeweils zu Jahresbeginn entgegen seinem Vertrag nicht nur 1/12 des Jahresgehalts, sondern das Mehrfache eines Monatsgehalts ausgezahlt habe. Es habe sich um eine deutliche Abweichung von der schriftlich fixierten Vertragssituation gehandelt. Der Beklagten habe zwar der Aktenvermerk des Geschäftsführers vom 21.4.1997 vorgelegen, **es habe jedoch eine korrespondierende Erklärung des Verwaltungsrats gefehlt**.

Dies sei der Beklagten auch bewusst gewesen, denn sie habe nach ihrem eigenen Vortrag vom Geschäftsführer einen Nachweis über die von ihm behauptete Vereinbarung über eine Auslagenpauschale verlangt. Die Beklagte habe den Grund für die Auszahlungen nicht gekannt, habe also eine Straftat zum Nachteil des Unternehmens nicht ausschließen können. Nachdem sie in diesem Zusammenhang eine Forderung der Klägerin in den „debitorischen Kreditoren“ gebucht habe, obwohl keine Klarheit über die Berechtigung der Zahlungen geherrscht habe, wäre es geboten gewesen, einen entsprechenden Hinweis in den Bericht aufzunehmen und den Bestätigungsvermerk einzuschränken. Dies habe die Beklagte jedoch versäumt.

Von wesentlicher Bedeutung für die an die Beklagte zu stellenden Sorgfaltsanforderungen sei auch die Gesamtschau

der beiden Problembereiche, in denen wesentliche Informationen gefehlt und die beide die Sphäre des Geschäftsführers betroffen hätten.

2. Dies hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

a) Die Ansicht des Berufungsgerichts, der Beklagten falle im Zusammenhang mit dem **vom Geschäftsführer eingerichteten „schwarzen Konto“** eine Pflichtverletzung zur Last, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

Dabei kann dahinstehen, ob, wie die Revision geltend macht, nach dem zum Zeitpunkt der Prüfung geltenden Fachgutachten 1/1988 die Einholung von Bankbestätigungen dem Ermessen des Prüfers überlassen bleiben sollte. Denn das Berufungsgericht sieht eine Pflichtverletzung der Beklagten auch darin, dass sie zwar bereits seit 1996 Bankenbestätigungen für beide Buchungskreise erbeten, diese aber für den Buchungskreis Besitzgesellschaft nie erhalten, trotz fehlender nachvollziehbarer Begründung nicht nachgefragt und dennoch in ihren Prüfungsberichten vermerkt habe, dass Bankbestätigungen vorgelegen hätten.

Das lässt Rechtsfehler nicht erkennen. Entgegen der Ansicht der Revision geht es hier nicht um die Frage, ob in der Anforderung von Bankbestätigungen ein überobligatorisches Verhalten der Beklagten vorgelegen hat und ob dieses geeignet war, ihre Sorgfaltspflichten zu verschärfen. **Sie hatte sich entschieden, Bankbestätigungen einzuholen. Damit oblag ihr die Rücklaufkontrolle** (vgl. *Fachgutachten 1/1988, Abschn. D II, 4c, WPg 1989, 9, 16*). Selbst wenn sie zur Anforderung der Bankbestätigungen nicht verpflichtet gewesen sein sollte, hatte sie nun in diesem Zusammenhang auftretenden Verdachtsmomenten nachzugehen. Sie durfte auch im Hinblick auf das weitere Verhalten des Geschäftsführers bei den Auszahlungen an sich selbst (vgl. hierzu unter b)) **nicht hinnehmen, dass der Geschäftsführer ihre Anforderung ignorierte**, und durfte **vor der sich abzeichnenden Möglichkeit von Unkorrektheiten nicht die Augen verschließen**. Darin liegt keine Überspannung der von ihr zu fordernden Sorgfaltspflichten.

Zutreffend weist das Berufungsgericht ferner darauf hin, dass die Beklagte das Fehlen der Bankbestätigungen in ihrem Prüfungsbericht hätte erwähnen müssen und die Prüfungsbestätigung nur beschränkt oder gar nicht hätte erteilen dürfen. Ihren stattdessen in die Prüfungsberichte aufgenommenen **Vermerk „Bankbestätigungen wurden von Kreditinstituten eingeholt“** durfte das Berufungsgericht dahin verstehen, dass **Bankbestätigungen tatsächlich und vollständig vorgelegen hätten**. Revisionsrechtlich relevante Auslegungsfehler zeigt die Revision nicht auf.

Nicht zu beanstanden ist des Weiteren die Würdigung des sachverständig beratenen Berufungsgerichts, die Beklagte könne sich nicht darauf berufen, sie habe anhand der vorliegenden Kontoauszüge in Verbindung mit der internen Buchhaltung **Ersatzprüfungshandlungen** vorgenommen, und ihr habe eine Vollständigkeitserklärung des Geschäftsführers vorgelegen. Bankbestätigungen sollen eine Vollständigkeits-

kontrolle durch externe Unterlagen ermöglichen. Eine derartige Kontrolle war hier jedenfalls in Hinblick darauf, dass der **Geschäftsführer die angeforderten Bankbestätigungen ohne Begründung nicht übergab**, nicht entbehrlich. Ihr Zweck konnte durch die genannten Ersatzprüfungshandlungen nicht erreicht werden. Erst recht gilt dies für die Vollständigkeitserklärung des Geschäftsführers selbst. **Die Einholung einer solchen Erklärung gehört zwar zur ordnungsgemäßen Durchführung der Abschlussprüfung, stellt aber keinen Ersatz für eigene Prüfungshandlungen dar** (*WP Handbuch Band 1, 2006, Abschn. R Rdnr. 771; Adler/Düring/Schmaltz, Rechnungslegung und Prüfung der Unternehmen 6. Aufl., § 323 Rdnr. 89*).

b) Auch soweit das Berufungsgericht eine Pflichtverletzung der Beklagten im Zusammenhang mit den vertraglich nicht fixierten Zahlungen des Geschäftsführers an sich selbst annimmt, hält das Urteil den Angriffen der Revision stand.

aa) Die Revision räumt ein, dass der Geschäftsführer gegenüber der Beklagten nicht „in formal-ordnungsgemäßer Weise“ nachgewiesen hat, dass diese Zahlungen durch einen schriftlichen Vertrag legitimiert waren, obwohl die Beklagte „aus Gründen einer gewissen prüferischen Strenge“ die Vorlage des Vertrages verlangt hat. Der Geschäftsführer ist dem nicht nachgekommen, sondern hat den selbst gefertigten Aktenvermerk vom 21.4.1997 vorgelegt, nach dem in der Verwaltungsratssitzung vom 3.3.1997 eine Erhöhung seiner Bezüge diskutiert worden und der Vorsitzende des Verwaltungsrats persönlich mit einer Erhöhung einverstanden gewesen sein soll. Selbst wenn dieser Vermerk zutreffend gewesen sein sollte, stand dem das der Beklagten bekannte Protokoll über die Verwaltungsratssitzung vom 21.4.1997 gegenüber, aus dem hervorging, dass in dieser späteren Sitzung gerade keine Entscheidung getroffen worden war.

Das Berufungsgericht hat zutreffend aus diesen Umständen den Schluss gezogen, dass für die Beklagte eine unklare und undurchschaubare Situation bestand, die sie in ihrem Prüfungsbericht hätte darlegen müssen. Es konnte dabei ohne Rechtsfehler auch die Darlegung des gerichtlichen Sachverständigen berücksichtigen, dass die von der Beklagten veranlasste Buchung einer Forderung der Klägerin gegen den Geschäftsführer in den „debitorischen Kreditoren“ allein nicht ausreichend war, um zum Ausdruck zu bringen, dass möglicherweise unberechtigte Auszahlungen des Geschäftsführers an sich selbst erfolgt waren. Die dagegen gerichteten Verfahrensrügen hat der Senat geprüft und für nicht durchgreifend erachtet (§ 564 Satz 1 ZPO). Die Beklagte kann sich auch nicht darauf berufen, der Verwaltungsrat hätte in den jeweiligen Bilanzsitzungen die Gelegenheit und die Verpflichtung gehabt, die anwesenden Vertreter der Beklagten zu befragen, wenn er die Position „debitorische Kreditoren“ als unverständlich empfunden hätte. Es oblag der Beklagten, das Ergebnis ihrer Prüfung mit der gebotenen Klarheit zu präsentieren (§ 321 Abs. 1 HGB).

bb) Die Revision verweist noch auf die Behauptung der Beklagten, dass die Auszahlungen im Januar 2003 vom

Verwaltungsrat nachträglich genehmigt worden seien. Das Berufungsgericht hat insoweit zutreffend darauf hingewiesen, dass entscheidend für eine Pflichtverletzung der Beklagten deren Kenntnisstand im Frühjahr 2000 gewesen sei und nicht eine weit später erfolgte nachträgliche Genehmigung. Dieser käme entgegen der Ansicht der Revision auch keine Indizwirkung dahin zu, dass der Aktenvermerk des Geschäftsführers vom 21.4.1997 zutraf.

IV. Revision beider Parteien bezüglich der Mithaftung der Klägerin

1. Das Berufungsgericht führt aus, der Klägerin stehe grundsätzlich ein Anspruch auf Ersatz des ihr entstandenen Schadens in Höhe von 105.759,50 Euro zu. Dieser Anspruch sei jedoch wegen **vorsätzlicher Handlungen des Geschäftsführers während der Prüfung**, die darauf gerichtet gewesen seien, eine ordnungsgemäße Prüfung zu verhindern bzw. zu erschweren, um 2/3 zu kürzen, so dass die Klägerin Schadenersatz nur in Höhe von 1/3, also 35.253,17 EUR, verlangen könne.

Der Geschäftsführer habe den der Klägerin entstandenen Schaden mitverursacht. Sein tatsächliches **Verhalten sei der Komplementär-GmbH der Klägerin und damit der Klägerin selbst entsprechend § 31 BGB zuzurechnen. Der Geschäftsführer habe unberechtigte Auszahlungen vorgenommen, ein „schwarzes Konto“ angelegt und unrichtige Jahresabschlüsse aufgestellt, in denen seit 1996 die sich aus dem „schwarzen Konto“ ergebende Bankverbindlichkeit der Klägerin gefehlt habe**. Schließlich habe er durch **aktive Täuschungshandlungen** während der Prüfung dazu beigetragen, dass die Beklagte seine vorgenannten Verhaltensweisen nicht aufgedeckt habe. Er habe zum einen dem schon seit 1996 regelmäßig erfolgten Ersuchen der Beklagten, Bankbestätigungen vorzulegen, bezüglich des Buchungskreises Besitztgesellschaft nicht Folge geleistet. Darüber hinaus habe er gegenüber der Beklagten die Vollständigkeit der Buchführung und des Jahresabschlusses bestätigt.

Die Beklagte könne der Klägerin jedoch nur das Verhalten des Geschäftsführers während der Prüfung als anspruchsminderndes Mitverschulden i.S.d. § 254 BGB oder auch als treuwidriges Verhalten i.S.d. § 242 BGB entgegenhalten. **Aufgrund des Zwecks der Abschlussprüfung und des Inhalts des zugrunde liegenden Prüfungsauftrags dürfe hier nicht lediglich nach dem Maß des beiderseitigen Fehlverhaltens differenziert werden.** Dem Auftrag, den eine Gesellschaft dem Abschlussprüfer erteile, liege zugrunde, dass der Prüfer die Gesellschaft und ihren Abschluss in dem Zustand zu prüfen habe, in dem er sie vorfinde. Wer sich mit der Bitte um eine Prüfung der eigenen Verhältnisse an einen sachkundigen Dritten, nämlich den Abschlussprüfer, wende, bringe damit zum Ausdruck, dass er dessen besondere Sachkenntnis gerade auch im Hinblick auf mögliche eigene Fehler und Pflichtwidrigkeiten benötige. **Dies schließe den Einwand des Abschlussprüfers aus, der Jahresabschluss sei zu Beginn seiner Prüfungstätigkeit fehlerbehaftet gewesen, möge dies auch auf vorsätzlichem Verhalten des Geschäftsführers beruht haben.**

Grundlegend anders zu behandeln sei dagegen das **Verhalten der Gesellschaft während der Prüfung**. Dem Prüfungsauftrag liege zugrunde, dass die Gesellschaft an der Prüfung aktiv mitwirke. Wenn die Gesellschaft in der Person ihres Geschäftsführers diese von ihr geschuldeten Mitwirkungshandlungen verweigere oder sie nur scheinbar erbringe, indem sie gegenüber dem Prüfer unrichtige oder unvollständige Angaben mache, ihm Unterlagen vorenthalte etc., könne der Prüfer der Gesellschaft dieses Verhalten anspruchsmindernd entgegenhalten.

Bei der Abwägung sei zu berücksichtigen, dass der Beklagten lediglich einfache Fahrlässigkeit, dem Geschäftsführer dagegen eine vorsätzliche Irreführung der Beklagten während der Prüfung vorzuwerfen sei. Dieses der Klägerin zuzurechnende Verhalten habe ein erhebliches, deutlich über der Hälfte liegendes Gewicht. Andererseits seien die Pflichtverletzungen der Beklagten so gravierend – auch wenn die Grenze zur groben Fahrlässigkeit noch nicht überschritten sei –, dass ein völliger Ausschluss ihrer Haftung nicht angemessen erscheine.

2. Dies hält im Ergebnis der rechtlichen Überprüfung stand.

a) Grundsätzlich muss sich die Klägerin das **Verschulden des Geschäftsführers analog § 31 BGB ohne Entlastungsmöglichkeit zurechnen lassen**. Das kann ihr die Beklagte gemäß § 254 Abs. 1 BGB entgegenhalten (vgl. BGH, Urt. v. 8.2.1952 – I ZR 92/51, NJW 1952, 537; Urt. v. 3.3.1977 – III ZR 10/74, BGHZ 68, 142; Beschl. v. 23.10.1997 – III ZR 275/96, BGHR-BGB § 254 Abs. 1 Abwägung 14; Adler/Düring/Schmaltz, Rechnungslegung und Prüfung der Unternehmen 6. Aufl., § 323 HGB Rdnr. 134; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Wiedmann, HGB 2. Aufl., § 323 Rdnr. 19 f; Zimmer in: GroBkomm. HGB 4. Aufl., § 323 Rdnr. 40; a.A. Bärenz, BB 2003, 1781, 1783 f unter Bezugnahme auf den OGH, AG 2002, 573, 574 f).

b) Zu Unrecht hat das Berufungsgericht bei der gebotenen Abwägung der beiderseitigen Mitverursachungsbeiträge nur die Handlungen des Geschäftsführers während der Jahresabschlussprüfung zugrunde gelegt. Es ist der Meinung, dessen Verhalten vor dieser Prüfung dürfe nicht berücksichtigt werden.

aa) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kommt auch insoweit die Berücksichtigung eines Mitverschuldens in Betracht. Allerdings ist im Hinblick darauf, dass es die **vorrangige Aufgabe des Abschlussprüfers ist, Fehler in der Rechnungslegung des Unternehmens aufzudecken** und den daraus drohenden Schaden von diesem abzuwenden, **bei der Anwendung des § 254 Abs. 1 BGB im Rahmen der Haftung des Abschlussprüfers mehr Zurückhaltung als sonst üblich geboten. Daher lässt auch eine vorsätzliche Irreführung des Prüfers seine Ersatzpflicht nicht ohne Weiteres gänzlich entfallen**. Maßgeblich sind letztlich die Umstände des Einzelfalls (vgl. BGH, Beschl. v. 23.10.1997 – III ZR 275/96, BGHR-BGB § 254 Abs. 1 Abwägung 14, für die Haftung nach § 323 HGB bei Pflichtprüfungen). Auch in der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte (vgl. OLG Hamburg, StB 1982, 200;

OLG Köln, NJW-RR 1992, 1184; OLG Bremen, OLGR 2006, 856) wird eine Differenzierung nicht vorgenommen.

bb) Daran wird auch unter Berücksichtigung der vom Berufungsgericht angeführten Argumente festgehalten. Bei den zu beurteilenden Sachverhalten ist eine **Gesamtschau notwendig**, die es regelmäßig nicht zulässt, die vor der Prüfung liegenden Schadenverursachungen auszublenden. Die schadenstiftenden Ereignisse hängen nämlich in aller Regel eng miteinander zusammen, wie auch dieser Fall belegt. Der Geschäftsführer hat durch sein Verhalten vor der Abschlussprüfung den Schaden mitverursacht. Dieses Verhalten kann nicht losgelöst von demjenigen während der Prüfung betrachtet werden. Schon bei der **Erstellung seines Jahresabschlussberichts** hat der Geschäftsführer diese Vorgänge verschleiert. Diese **Täuschungshandlung setzte sich fort in der Übergabe des Berichts** und der **Vollständigkeitsbestätigung** an die Beklagte. Sie fand ihren Abschluss in den Bemühungen des Geschäftsführers **während der Prüfung, eine Aufdeckung seiner Machenschaften zu verhindern**.

Diese verschiedenen Verursachungsbeiträge bauen aufeinander auf und gehen nahtlos ineinander über. Der eine kann ohne den anderen nicht sachgerecht beurteilt werden. Darin liegt der Unterschied zu den von den Vorinstanzen als Beleg für ihre gegenteilige Meinung angeführten Fällen (vgl. etwa BGH, Urt. v. 21.9.1971 – VI ZR 122/70, NJW 1972, 334; Urt. v. 11.7.1978 – VI ZR 138/76, NJW 1978, 2502), bei denen ein derart enger Zusammenhang nicht bestand. Die vom Berufungsgericht vorgebrachten Argumente fließen in diese für die Bemessung der Haftungsquoten maßgebliche Gesamtschau mit ein.

c) Eine Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht zur erneuten Abwägung ist nicht geboten. Da der Sachverhalt ausreichend geklärt ist, kann der Senat die Abwägung selbst vornehmen (vgl. BGH, Urt. v. 3.10.1989 – XI ZR 163/88, BGHZ 108, 386 m.w.N.).

Der Senat hält, auch wenn man das gesamte Verhalten des Geschäftsführers vor und während der Prüfung des Jahresabschlusses 1999 in die Abwägung nach § 254 Abs. 1 BGB einbezieht, den vom Berufungsgericht angenommenen Mit Haftungsanteil der Klägerin von **2/3 für angemessen**. Eine darüber hinausgehende Haftungsreduzierung erscheint in diesem Fall nicht geboten. Zwar fällt das dem Geschäftsführer anzulastende vorsätzliche Verhalten ganz erheblich ins Gewicht. Dem stehen jedoch gravierende Pflichtverletzungen der Beklagten gegenüber, die das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei als nahe der groben Fahrlässigkeit liegend bewertet hat.

Die insoweit von der Klägerin erhobenen Verfahrensrügen hat der Senat geprüft, aber nicht für durchgreifend erachtet (§ 564 Satz 1 ZPO). **Es gab deutliche Verdachtsmomente im Hinblick auf ein unlauteres Verhalten des Geschäftsführers die sich der Beklagten hätten aufdrängen und denen sie hätte nachgehen müssen.** ■

Steuerberaterhaftung

- Verjährung des Schadenersatzanspruchs, § 68 StBerG a.F.
- Entstehung von Säumniszuschlägen
- Verwirkung von Säumniszuschlägen
- Vertrauensverhältnis Steuerberater/Mandant (BGH, Versäumnisurt. v. 5.3.2009 – IX ZR 172/05)

Leitsatz:

Beruhet der Schadenersatzanspruch des Mandanten auf einer fehlerhaften Beratung hinsichtlich des Entstehens von Säumniszuschlägen, so beginnt der Lauf der Verjährung nicht mit der Verwirkung des Säumniszuschlages, sondern erst dann, wenn die Finanzbehörde den Zuschlag – etwa durch Mahnung oder Ankündigung einer Vollstreckung – einfordert. ■

Zum Sachverhalt:

Das zuständige Finanzamt änderte mit Bescheid vom 18.12.1996 den Einkommensteuerbescheid der Kläger für das Jahr 1991 ab und setzte für die von den Klägern zu erbringenden Nachzahlungen Frist bis zum 27.1.1997. Die klagenden Eheleute legten hiergegen, vertreten durch die Rechtsvorgängerin der beklagten Steuerberatungsgesellschaft, Einspruch ein und beantragten, die Vollziehung auszusetzen. Das Finanzamt setzte die Vollziehung nur wegen eines Teilbetrages aus, im Übrigen lehnte es den Antrag ab. Gleichzeitig wurde eine neue Zahlungsfrist bis zum 18.4.1997 gesetzt.

Die Kläger beantragten daraufhin beim Finanzgericht erfolglos die Aussetzung der Vollziehung. Das Finanzamt kündigte mit Schreiben vom 9.5.2000 wegen der ausstehenden Steuern und Säumniszuschläge die Zwangsvollstreckung an. Mit den hierauf erfolgten Nachzahlungen entrichteten die Kläger Säumniszuschläge in Höhe von 18.496,96 EUR.

Die Kläger verlangen, soweit im Revisionsverfahren noch von Interesse, Schadenersatz in Höhe der von ihnen gezahlten Säumniszuschläge. Sie haben diesen Betrag mit Mahnantrag geltend gemacht, der am 6.2.2003 bei dem Mahngericht eingegangen ist. Die Beklagte beruft sich auf Verjährung. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen; die Berufung hatte keinen Erfolg.

Mit ihrer vom Senat wegen des auf den Säumniszuschlägen beruhenden Schadens zugelassenen Revision verfolgen die Kläger ihren Anspruch weiter. Die Revision führt im Umfang ihrer Zulassung zur Aufhebung und Zurückverweisung. ■

Aus den Gründen:

Da die Beklagte im Termin zur mündlichen Verhandlung trotz dessen ordnungsgemäßer Bekanntgabe nicht vertreten war, ist durch Versäumnisurteil zu erkennen. Das Urteil beruht aber nicht auf der Säumnis, sondern auf einer Sachprüfung (BGHZ 37, 79, 82).

I. Das Berufungsgericht, dessen Urteil in OLG-Report Naumburg 2006, 202 veröffentlicht ist, hat ausgeführt, es könne dahingestellt bleiben, ob den Klägern hinsichtlich der entrichteten Säumniszuschläge ein Schadenersatzanspruch zustehe. Ein etwaiger Anspruch sei jedenfalls verjährt. Die Verjährung sei am 27.1.2000 eingetreten. Sie richte sich nach § 68 StBerG und beginne mit der Entstehung des Anspruchs, mithin der Entstehung des Schadens. Maßgeblich seien die Bestimmungen der § 240 Abs. 1 Satz 1, § 220 Abs. 2 Satz 1 AO, wonach die Fälligkeit der Säumniszuschläge unmittelbar nach Ablauf der gesetzten Frist eintrete. Eine gesonderte Festsetzung der Säumniszuschläge sei nicht erforderlich. Die Vollziehung des Änderungsbescheids sei, soweit im vorliegenden Rechtsstreit von Interesse, nicht ausgesetzt worden. Die vom Finanzamt im Teilabhilfebescheid gesetzte neue Zahlungsfrist bis zum 18.4.2000 wirke sich nach § 240 Abs. 1 Satz 4 AO auf die bereits entstandenen Säumniszuschläge nicht aus. Ob den Klägern ein sekundärer Schadenersatzanspruch gegen die Beklagte zustehe, weil diese sie auf den Schadenersatzanspruch und dessen Verjährung nicht hingewiesen habe, könne wiederum offenbleiben. Ein etwaiger Sekundäranspruch wäre am 27.1.2003 und damit vor Einreichung des Antrags auf Erlass eines Mahnbescheids verjährt.

II. Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung in einem entscheidenden Punkt nicht stand. Die Verjährung der Klageforderung kann nicht mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung bejaht werden.

Der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts trifft allerdings zu. **Die Verjährung richtet sich nach dem zum 15.12.2004 aufgehobenen § 68 StBerG (Art. 229 § 12 Abs. 1 Satz 1 Nr. 13, Satz 2 i.V.m. Art. 229 § 6 Abs. 1, 3 EGBGB, vgl. BGH, Urt. v. 29.5.2008 – IX ZR 222/06, WM 2008, 1416 Rdnr. 12).** Danach verjährt der Anspruch des Auftraggebers auf Schadenersatz aus dem zwischen ihm und dem Steuerberater bestehenden Vertragsverhältnis in drei Jahren von dem Zeitpunkt an, in dem der Anspruch entstanden ist. Macht sich ein Steuerberater schadenersatzpflichtig, weil der Mandant **Säumniszuschläge (§ 240 Abs. 1 Satz 1 AO) entrichten muss, so beginnt die Verjährung des Schadenersatzanspruchs jedoch erst mit der Bekanntgabe der Finanzbehörde, sie werde Säumniszuschläge erheben.**

1. Entstanden ist der Anspruch im Allgemeinen, **wenn der Schaden wenigstens dem Grunde nach erwachsen ist**, mag seine Höhe auch noch nicht beziffert werden können, **ferner wenn durch die Verletzungshandlung eine als Schaden anzusehende Verschlechterung der Vermögenslage eingetreten ist, ohne dass feststehen muss, ob ein Schaden bestehen bleibt und damit endgültig wird, oder wenn eine solche Verschlechterung der Vermögenslage oder auch ein endgültiger Teilschaden entstanden und mit der nicht fernliegenden Möglichkeit weiterer, noch nicht erkennbarer, adäquat verursachter Nachteile bei verständiger Würdigung zu rechnen ist** (BGHZ 114, 150, 152 f.; 119, 69, 70 f.; 129, 386, 388); Unkenntnis des Schadens und damit des Ersatzanspruchs hindert den Verjährungsbeginn nicht (BGHZ 119, 69, 71). Ist dagegen – objektiv betrachtet – noch offen, ob ein pflichtwidriges, mit

einem Risiko behaftetes Verhalten zu einem Schaden führt, ist ein Ersatzanspruch noch nicht entstanden, so dass eine Verjährungsfrist nicht in Lauf gesetzt wird (BGHZ 119, 69, 71).

2. Wenn der Steuerberater einen fehlerhaften Rat in einer Steuersache erteilt und dieser sich in einem für den Mandanten nachteiligen Steuerbescheid niedergeschlagen hat, ist nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs eine als Schaden anzusehende Verschlechterung der Vermögenslage des Mandanten grundsätzlich erst mit der **Bekanntgabe des Bescheids** eingetreten. Das gilt für alle Schadenfälle in Steuersachen, **gleichgültig, ob die Schadenursache dazu führt, dass gegen den Mandanten ein Leistungsbescheid der Finanzbehörde ergeht oder ein Steuervorteil durch einen Feststellungs-(Grundlagen-)Bescheid versagt wird** (BGHZ 119, 69, 73; 129, 368, 389 f.; BGH, v. 3.11.2005 – IX ZR 208/04, WM 2006, 590, 591; v. 13.12.2007 – IX ZR 130/06, WM 2008, 611, 612 Rdnr. 11; v. 10.1.2008 – IX ZR 53/06, WM 2008, 613, 614 Rdnr. 7; v. 7.2.2008 – IX ZR 198/06, WM 2008, 1612, 1613 Rdnr. 14; v. 29.5.2008, a.a.O., 1417 Rdnr. 16). Von welchen tatsächlichen oder rechtlichen Umständen die dem Steuerpflichtigen ungünstige Entscheidung im Einzelfall abhängt, ist danach rechtlich unerheblich. Es kommt grundsätzlich nicht darauf an, welcher Art der vom Steuerberater zu verantwortende, für den nachteiligen Steuerbescheid ursächlich gewordene Fehler ist (BGH, Urt. v. 3.11.2005, a.a.O.; v. 13.12.2007, a.a.O.).

Diese Rechtsprechung hat der Senat auf **Schadenersatzansprüche** gegen einen Steuerberater **wegen eines Fehlers bei der Lohnabrechnung** übertragen: Wenn eine Einzugsstelle (§ 28b Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 SGB IV) oder ein Rentenversicherungsträger (§ 28p Abs. 1 Satz 5 SGB IV) nicht erfüllte Beitragsansprüche mit Bescheid fest- und durchsetzt, entsteht dem Beitragspflichtigen erst mit **Erlass des Beitragsbescheids ein Schaden**; erst jetzt beginnt die Verjährung seines Schadenersatzanspruchs (BGH, Urt. v. 23.9.2004 – IX ZR 148/03, ZIP 2004, 2192 f.; v. 29.5.2008, a.a.O., 1417 Rdnr. 17).

Diese Grundsätze beruhen im Wesentlichen darauf, dass sich nicht allgemein voraussehen lässt, ob die Finanzbehörde einen steuerlich bedeutsamen Sachverhalt aufdeckt, welche Tatbestände sie aufgreift und welche Rechtsfolgen sie aus ihnen herleitet (BGH, Urt. v. 13.12.2007, a.a.O., Rdnr. 12). Deshalb verschlechtert sich die Vermögenslage des Mandanten infolge einer steuerlichen Fehlberatung erst, wenn die Finanzbehörde mit dem Erlass ihres Steuerbescheids ihren Entscheidungsprozess abschließt und auf diese Weise den öffentlich-rechtlichen Steueranspruch konkretisiert (BGH, Urt. v. 13.12.2007, a.a.O.). Die auf den Erlass des Steuerbescheids abstellende Rechtsprechung schafft zudem **Klarheit für alle Beteiligten** (BGH, Urt. v. 13.12.2007, a.a.O.). Sie **schützt ferner das Vertrauensverhältnis** zwischen Steuerberater und Mandant vor unnötigen Belastungen (BGHZ 119, 69, 74; BGH, Urt. v. 13.12.2007, a.a.O.). Bei einer Vorverlegung des Verjährungsbeginns auf den Zeitpunkt der Verwirklichung des Steuertatbestands würden die schutzwürdigen Belange des Mandanten nicht angemessen

gewahrt, weil der Beratungsfehler und die dadurch ausgelösten Steuernachteile häufig erst lange nach der Beratung erkennbar werden (BGH, Urt. v. 26.5.1994 – IX ZR 57/93, WM 1994, 1848, 1850; v. 13.12.2007, a.a.O.).

3. Der Senat hat deshalb bei Schadenersatzansprüchen gegen Steuerberater **nur ganz ausnahmsweise einen Beginn der Verjährung unabhängig vom Erlass eines Steuerbescheids angenommen**. So beginnt sie bereits vor Erlass und Bekanntgabe des Bescheids, **wenn die vom Steuerberater zu verantwortende Pflichtverletzung keine steuerliche Beratung betrifft** (BGH, Urt. v. 13.12.2007, a.a.O., Rdnr. 13; v. 10.1.2008, a.a.O., Rdnr. 8). Die **Anmeldung der Umsatzsteuer** (§ 18 Abs. 3 Satz 1 UStG) steht gemäß § 168 Satz 1 AO einer Steuerfestsetzung unter dem Vorbehalt der Nachprüfung und damit der Bekanntgabe eines schadenbegründenden Steuerbescheids gleich (BGH, Urt. v. 14.7.2005 – IX ZR 284/01, WM 2005, 2106, 2107). Ferner entsteht einem Arbeitgeber bereits dann ein Schaden, **wenn er Sozialversicherungsbeiträge für einen Arbeitnehmer abführt, der tatsächlich nicht sozialversicherungspflichtig ist**; sein Schadenersatzanspruch gegen den mit der Lohnabrechnung beauftragten Steuerberater beginnt mit der ersten Beitragszahlung zu verjähren (BGH, Urt. v. 29.5.2008, a.a.O., Rdnr. 19).

4. Macht sich ein Steuerberater schadenersatzpflichtig, weil der Mandant Säumniszuschläge (§ 240 Abs. 1 Satz 1 AO) entrichten muss, so beginnt die Verjährung des Schadenersatzanspruchs **erst mit der Bekanntgabe der Finanzbehörde, sie werde Säumniszuschläge erheben**.

a) Einer der Fälle, in denen der Senat ausnahmsweise einen Verjährungsbeginn vor Bekanntgabe eines Steuerbescheids angenommen hat, liegt nicht vor. Der Senat hat im Gegenteil bereits entschieden, dass Ersatzforderungen eines Steuerpflichtigen wegen eines „Verspätungszuschlags“ oder einer „Säumnisgebühr“ frühestens mit dessen/deren Festsetzung entstehen (BGH, Urt. v. 31.1.1991 – IX ZR 124/90, WM 1991, 814, 817).

b) Daran ist festzuhalten.

aa) Die Erwägung des Berufungsgerichts, ein Schaden entstehe bereits mit Fristablauf, weil der Säumniszuschlag nach § 240 Abs. 1 Satz 1 AO von Gesetzes wegen zu entrichten ist, wenn eine Steuer nicht bis zum Ablauf ihres Fälligkeitstages beglichen wird, führt nicht weiter.

Es trifft zwar zu, dass der **Säumniszuschlag mit seiner Verwirkung fällig wird** (§ 220 Abs. 2 Satz 1 AO) und **vom Erlass eines Steuerbescheids nicht abhängt** (§ 240 Abs. 1 Satz 4 AO). **Er bedarf grundsätzlich auch keiner gesonderten Festsetzung**; nur wenn über die Verwirkung von Säumniszuschlägen gestritten wird, hat die Finanzbehörde – auf Antrag des Steuerpflichtigen oder von Amts wegen (BFHE 189, 331, 339) – durch Abrechnungsbescheid nach § 218 Abs. 2 Satz 1 AO zu entscheiden (BFHE 127, 311, 312; 189, 331, 337). Letztlich entstehen alle Ansprüche aus dem Steuerschuldverhältnis, sobald der Tatbestand verwirklicht ist, an den das Gesetz die Leistungspflicht knüpft (§ 38 AO).

Der rechtmäßige Steuerbescheid hat deshalb grundsätzlich nur eine deklaratorische Funktion (vgl. BFHE 58, 294, 297; 192, 405, 408; Schuster in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO § 38 Rdnr. 12). Er wirkt nur gestaltend, sofern und soweit er rechtliche oder tatsächliche Unschärfen reduziert und so das Recht konkretisiert (Schuster, a.a.O., Rdnr. 11; Tipke/Kruse, AO § 38 Rdnr. 23; Beermann/Gosch/Schmieszek, AO § 38 Rdnr. 58). Dieser Unterschied war deshalb für die Rechtsprechung, wann die Verjährung eines Schadenersatzanspruchs wegen der Auslösung steuerlicher Nachteile beginnt, ohne Bedeutung.

Empfiehlt ein Steuerberater, Steuern binnen der dafür gesetzten Frist nicht zu begleichen, schafft er zwar für den Steuerpflichtigen das Risiko, dass Säumniszuschläge verwirkt werden. **Ob sich das Risiko verwirklicht, ist jedoch noch offen**. Die Verwirkung des Säumniszuschlags und damit der Eintritt des Schadens hängen unmittelbar von der **Rechtmäßigkeit des Steuerbescheids** oder von seinen **Auswirkungen auf den Steuerpflichtigen** ab (vgl. § 361 Abs. 1 Satz 2 AO). So verschlechtert sich dessen Vermögenslage trotz Fristablaufs nicht, wenn die **Vollziehung des Steuerbescheids** ausgesetzt wird oder hätte ausgesetzt werden müssen. **Die Finanzbehörde ist verpflichtet, einen Säumniszuschlag zu erlassen (§ 227 AO), wenn bei Fälligkeit die Voraussetzungen einer Aussetzung der Vollziehung (§ 361 Abs. 2 AO, § 69 Abs. 3 FGO) vorliegen, und zwar auch dann, wenn der Aussetzungsantrag keinen Erfolg hatte** (BFH/NV 1999, 908 m.w.N.). Der Erlass lässt damit keinen bereits eingetretenen Schaden wieder entfallen; vielmehr stand von Anfang an fest, dass der Säumniszuschlag nicht erhoben werden darf.

bb) **Die Rechtsprechung des Senats will das Vertrauensverhältnis zwischen Steuerberater und Mandant sowie die schutzwürdigen Belange des Letzteren wahren**. Der Schadenersatzanspruch soll nicht dadurch entwertet werden, dass der Beratungsfehler und die durch ihn ausgelösten Steuernachteile erst lange nach der Beratung erkennbar werden. Diese Interessenabwägung gilt auch hier.

Rät ein Steuerberater seinem Mandanten, gegen ihn festgesetzte Steuern nicht zu entrichten, sondern sich gegen den Steuerbescheid durch Einspruch zu wehren und zu beantragen, dessen Vollziehung auszusetzen, kann der Mandant die Richtigkeit dieses Rats erst nach behördlicher und gerichtlicher Entscheidung über seinen Aussetzungsantrag beurteilen. Er muss auf den Rat seines Beraters vertrauen dürfen. Es ist ihm nicht zuzumuten, sich über ihn hinwegzusetzen und die festgesetzten Steuern zu begleichen. Überdies wird der Mandant in aller Regel nicht wissen, dass bereits der Fristablauf den Säumniszuschlag auslöst. **Wenn die Verjährung bereits mit der Entstehung des Säumniszuschlags begänne, bestünde die Gefahr, dass der Schadenersatzanspruch nach Abschluss der behördlichen und gerichtlichen Verfahren verjährt sein könnte. Der Mandant wäre rechtlos gestellt**.

cc) Dass es regelmäßig an einem Bescheid fehlt, an dessen Bekanntgabe der Verjährungsbeginn anknüpfen könnte, steht dieser Sichtweise nicht entgegen. Die Finanzbehörde soll den Steuerpflichtigen vor der Vollstreckung mahnen

(vgl. § 259 AO). Mit der Mahnung, spätestens mit der Vollstreckung, gibt ihm die Finanzbehörde bekannt, dass von ihm Säumniszuschläge zu entrichten sind. Mit dieser Bekanntgabe wird die Verjährungsfrist für den Schadenersatzanspruch in Lauf gesetzt.

III. Das Urteil ist deshalb aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO); die Sache ist an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

1. Das Berufungsgericht wird zunächst aufzuklären haben, **wann die Finanzbehörde den Klägern bekannt gegeben hat, dass sie Säumniszuschläge entrichten müssen**. Sodann wird zu prüfen sein, ob die Zustellung des Mahnbescheids die Verjährung nach § 204 Abs. 1 Nr. 3 BGB i.V.m. Art. 229 § 6 Abs. 1 Satz 1 EGBGB gehemmt hat (vgl. BGH, Urt. v. 10.7.2008 – IX ZR 160/07, WM 2008, 1935 Rdnr. 7).

2. Ein Sekundäranspruch, der die Beklagte verpflichtete, die Kläger so zu stellen, als sei die Primärverjährung nicht eingetreten (BGHZ 83, 17, 22; 129, 386, 391), kommt nicht in Betracht, wenn die Kläger rechtzeitig vor Ablauf der Verjährung wegen der Haftungsfrage anwaltlich beraten worden sind (vgl. BGH, Urt. v. 28.9.1995 – IX ZR 227/94, WM 1996, 33, 34). ■

Versicherungsschutz

- Regulierungszusage des Haftpflichtversicherers
 - Vollmachtloser Vertreter
 - Deklaratorisches Anerkenntnis
- (BGH, Urt. v. 19.11.2008 – IV ZR 293/05)

Leitsatz:

Die Regulierungszusage des Haftpflichtversicherers gegenüber dem Geschädigten ist dahin zu verstehen, dass der Versicherer seinem Versicherungsnehmer gegenüber deckungspflichtig ist und in dessen Namen den Haftpflichtanspruch anerkennt; darin liegt ein beide Rechtsverhältnisse umfassendes, den Versicherer wie den Versicherungsnehmer verpflichtendes deklaratorisches (kausales) Anerkenntnis gegenüber dem Geschädigten. ■

Aus den Gründen:

(...) Die Begründung, mit der das Berufungsgericht (wie schon das Landgericht) die Haftung des Beklagten **als Vertreter ohne Vertretungsmacht** abgelehnt hat, ist rechtsfehlerhaft. Im Ansatz nimmt das Berufungsgericht zwar zutreffend an, dass die **Garantiehaftung aus § 179 Abs. 1 BGB nicht eingreift, wenn der Vertrag aus anderen Gründen nichtig ist, hier wegen Formnichtigkeit nach §§ 780, 781 i.V.m. § 125 BGB** (Palandt/Heinrichs, BGB 67. Aufl., § 179 Rz. 2; Erman/Palm, BGB 12. Aufl., § 179 Rz. 5; Staudinger/Schilken, BGB 2004, § 179 Rz. 9; RGRK/Steffen, BGB 12. Aufl., § 179 Rz. 4; Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts Bd. II,

Das Rechtsgeschäft 3. Aufl., § 47 3a, S. 804 f). Das behauptete und revisionsrechtlich zu unterstellende Anerkenntnis wäre aber bei vorhandener Vertretungsmacht aus zwei Gründen formlos wirksam gewesen. Das Berufungsgericht hat übersehen, dass die **Formvorschrift der §§ 780, 781 BGB für die C. als Versicherungsverein a.G. nicht gilt** (§ 350 HGB i.V.m. § 16 Satz 1 VAG). Entgegen der Revisionserwiderung handelt es sich nicht um nach § 559 Abs. 1 ZPO ausgeschlossenes Vorbringen, sondern um schlichte Rechtsanwendung. (...)

Davon abgesehen beruht die Annahme des OLG, es hätte kein – formlos gültiges – deklaratorisches Anerkenntnis vorgelegen, auf einem fehlerhaften Verständnis der rechtlichen Grundlagen der Haftpflichtversicherung. Die Regulierungszusage eines Haftpflichtversicherers gegenüber dem von seinem Versicherungsnehmer geschädigten Dritten ist **kein abstraktes (konstitutives) Schuldversprechen/Schuldanerkenntnis**. Ein solches liegt nur vor, wenn die übernommene Verpflichtung von ihrem Rechtsgrund, d.h. von ihren wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhängen gelöst und allein auf den im Versprechen zum Ausdruck gekommenen Leistungswillen des Schuldners gestellt werden soll (BGH, Urt. v. 14.1.2008 – II ZR 245/06, MDR 2008, 395 = NJW 2008, 1589 Tz. 15).

Das ist bei einer Regulierungszusage des Haftpflichtversicherers gegenüber dem Geschädigten nicht der Fall. Sie hat ihren wirtschaftlichen und rechtlichen Grund zum einen in dem Haftpflichtverhältnis zwischen dem Versicherungsnehmer und dem Geschädigten und zum anderen im Deckungsverhältnis zwischen dem Versicherer und dem Versicherungsnehmer.

Der Haftpflichtversicherer ist – auch bei fehlendem Direktanspruch – aufgrund der uneingeschränkten Verhandlungsvollmacht des Versicherungsnehmers aus § 5 Nr. 7 AHB in der Praxis regelmäßig der maßgebliche Ansprechpartner des Geschädigten; dieser soll sich auf das Wort des Versicherers verlassen können, ohne von sich aus nachforschen zu müssen, ob der Versicherer seinem Versicherungsnehmer, dem Schädiger, gegenüber (teilweise) leistungsfrei ist (BGH v. 11.10.2006 – IV ZR 329/05, BGHZ 169, 232, 237 f = MDR 2007, 464; v. 28.11.1990 – XII ZR 130/89, BGHZ 113, 62, 65 f = MDR 1991, 533; v. 7.10.2003 – VI ZR 392/02, VersR 2003, 1547 unter 2. b) aa), bb). Aus der maßgeblichen Sicht des Geschädigten ist die ihm erteilte Regulierungszusage deshalb **dahin zu verstehen, dass der Versicherer seinem Versicherungsnehmer gegenüber deckungspflichtig ist und in dessen Namen den Haftpflichtanspruch anerkennt**. Darin liegt ein beide Rechtsverhältnisse umfassendes, den Versicherer wie den Versicherungsnehmer verpflichtendes deklaratorisches (kausales) Anerkenntnis gegenüber dem Geschädigten (...).

Jedenfalls kann sich der Versicherer, der den Haftpflichtanspruch namens des Versicherungsnehmers anerkannt hat, dem Geschädigten gegenüber nicht auf ihm bis dahin bekannte Einwendungen aus dem Deckungsverhältnis berufen. (...) ■

Anwaltshonorar

- Verrechnung mit Fremdgeldern
- Vergütungsvereinbarung
- Zusammenhängende Aufgaben
- Festlegung des Gegenstandswertes
(*OLG Düsseldorf, Beschl. v. 7.9.2009 – I-24 U 20/09*)

Leitsätze:

1. In einer Vergütungsvereinbarung können der Anwalt und sein Mandant grundsätzlich für den gesamten Auftrag, der mehrere Gegenstände umfasst, einen Gegenstandswert festlegen und Modifikationen des Faktors gesetzlicher Gebühren vereinbaren.

2. Beauftragt der Mandant den Rechtsanwalt, ein Teilungsversteigerungsverfahren erst nach Scheitern einer außergerichtlichen Auseinandersetzung einzuleiten, so verdient der Rechtsanwalt die Verfahrensgebühr nicht, wenn er vor dem Mandatsende Tätigkeit für ein solches Verfahren nicht entfaltet. ■

Aus den Gründen:

I. Die Berufung des Beklagten ist voraussichtlich nach § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen. Sie hat keine Aussicht auf Erfolg. Das Landgericht hat der Klage zu Recht teilweise stattgegeben. Das Vorbringen des Beklagten in der Berufungsinstanz bietet keinen Anlass zu einer für diesen günstigeren Beurteilung.

1. Der Klägerin steht gegen den Beklagten ein Anspruch auf Auskehr der von der S. Versicherung zu ihren Gunsten am 8.3.2007 an den Beklagten gezahlten Versicherungssumme jedenfalls in der ihr vom Landgericht zugesprochenen Höhe von 3.211,22 EUR zu. Dabei kann dahinstehen, ob die Klägerin den Beklagten damit beauftragt hatte, die Versicherungsleistung in Empfang zu nehmen, und der Anspruch damit aus §§ 667, 675, 611 BGB folgt, oder ob es an einem solchen Auftrag fehlte. Denn auch dann, wenn die Klägerin den Beklagten nicht mit der in Empfangnahme der Versicherungsleistung beauftragt hätte bzw. die Vollmacht vom 23.1.2007 nicht oder jedenfalls nicht mit ihrem jetzigen Inhalt unterschrieben hätte, ergäbe sich der Anspruch aus §§ 667, 681 BGB, weil der Beklagte in diesem Fall als Geschäftsführer ohne Auftrag gehandelt hätte.

a) Der Beklagte hat die von ihm vereinnahmte Versicherungsleistung von 40.397,45 EUR unstreitig in Höhe von 30.480,58 EUR an die Klägerin ausgekehrt. Gegenüber dem restlichen Auszahlungsanspruch der Klägerin in Höhe von 9.916,87 EUR durfte er gemäß § 387 BGB mit einer Honorarforderung aus dem ihm am 23.1.2007 erteilten Mandat allenfalls in der vom Landgericht festgestellten Höhe von 6.705,65 EUR aufrechnen, so dass der Klägerin jedenfalls weitere 3.211,22 EUR zustehen.

aa) **Der Rechtsanwalt ist gemäß § 387 BGB grundsätzlich nicht daran gehindert, sich durch Aufrechnung mit Honorar-**

ansprüchen aus nicht zweckgebundenen Fremdgeldern zu befriedigen (vgl. *BGH, NJW 2007, 2640; WM 2003, 92; Senat, MDR 2009, 535; FamRZ 2006, 636; OLG Brandenburg, Urt. v. 8.5.2007 – 11 U 68/05, zitiert nach juris*). Einer besonderen Vereinbarung bedarf es hierzu nicht. Deshalb kommt es auch nicht darauf an, ob der entsprechende Zusatz in den „Erklärungen, Weisungen und Vereinbarungen für das Mandatsverhältnis“ vom 23.1.2007 von der Unterschrift der Klägerin gedeckt war oder nicht. Es ist auch nicht erkennbar, dass die Versicherungsleistung der S. Versicherung zweckgebunden gewesen wäre, also etwa der Rückführung noch bestehender Darlehensschulden hätte dienen sollen. Allerdings **darf ein fremdnütziger Treuhänder nach ständiger Rechtsprechung gegen den Herausgabeanspruch aus §§ 667, 675, 611 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 **Einzahlungsauftrag** begründet aber nicht ohne Weiteres ein der Aufrechnung entgegenstehendes Treuhandverhältnis (vgl. *BGH, WM 2003, 92*). Aus dem Vortrag der Parteien ergeben sich auch keine Anhaltspunkte für ein solches.

bb) Hier ist allerdings streitig, ob ein Einzahlungsauftrag – auch – hinsichtlich der vom Beklagten vereinnahmten Versicherungsleistung vorlag oder ob der Auftrag etwa nur zum Inhalt hatte, eine über den ausgezahlten Betrag hinausgehende Versicherungsleistung geltend zu machen und in Empfang zu nehmen. Für Letzteres spricht immerhin, dass die Klägerin die Versicherungsleistung unter dem 12.1.2007 bereits selbstständig zur Auszahlung an sich gegen die S. Versicherung geltend gemacht hatte und nicht ersichtlich ist, dass die Versicherung in der Zwischenzeit bis zur Mandatserteilung am 23.1.2007 Einwände gegen die Auszahlung erhoben hätte, so dass offenbleibt, weshalb die Klägerin am 23.1.2007 insoweit rechtsanwaltlicher Hilfe bedurft hätte. Demgegenüber sprechen der Umstand, dass die Versicherung gemäß ihrem Abrechnungsschreiben vom 8.3.2007 einen Betrag von 35.790,43 EUR nicht zur Auszahlung gebracht, sondern auf ein in dieser Höhe noch offenes Darlehen verrechnet hat, und die sich daran anschließende Korrespondenz der Parteien, etwa vom 19.3.2007, 21.3.2007 und 24.3.2007 dafür, dass der Beklagte lediglich beauftragt war, den Einwand der Klägerin zu prüfen, auf dieses Darlehen seien bereits 29.967,43 EUR gezahlt gewesen, und diesen weitergehenden Betrag gegen die S. Versicherung geltend zu machen.

Ob der Beklagte nur mit der Geltendmachung und in Empfangnahme der von der Versicherung nicht ausgezahlten 35.790,43 EUR beauftragt war, und ob die **Grundsätze von Treu und Glauben (§ 242 BGB) daher eine Aufrechnung von Honoraransprüchen mit dem Anspruch der Klägerin auf Auszahlung** der tatsächlich in Empfang genommenen 40.397,45 EUR verbieten (vgl. *zur treuwidrigen Herbeiführung einer Aufrechnungslage Senat, MDR 2009, 535*), bedarf letztlich keiner Entscheidung, weil dem Beklagten kein weitergehender Honoraranspruch zusteht als vom Landgericht festgestellt.

b) Der Beklagte konnte aufgrund des Mandats vom 23.1.2007 von der Klägerin keine über die vom Landgericht festgestellten 6.705,65 EUR hinausgehende Vergütung beanspruchen.

aa) Die Klägerin, die mit ihrem geschiedenen und am 30.1.2006 verstorbenen Ehemann Miteigentümerin zu je 1/2 an der Eigentumswohnung U-Str. in D. war, beauftragte den Beklagten am 23.1.2007 mit der **Übernahme sämtlicher mit der Eigentumswohnung zusammenhängender Aufgaben**, die bislang von ihrem verstorbenen und geschiedenen Ehemann geregelt worden waren. Hierzu gehörte die Vertretung der Klägerin gegenüber der C. Bank, bei der zwei Finanzierungsdarlehen bestanden, und gegenüber der Hausverwaltung. Vordringliches Anliegen der Klägerin war die Veräußerung der Eigentumswohnung und die vollständige Tilgung der restlichen Kreditverbindlichkeiten aus dem zu erzielenden Verkaufserlös. Dabei war zu berücksichtigen, dass die Erben des verstorbenen Ehemanns der Klägerin unbekannt waren.

Dieser Auftragsumfang ergibt sich aus dem unstreitigen Vortrag der Parteien wie auch aus dem Schreiben der Klägerin vom 24.3.2007 und wurde vom Landgericht zutreffend festgestellt. Das Mandat betraf daher nicht lediglich einen „Gesamtschuldnerausgleich Immobilie U-Str.“, wie es in der Vergütungsvereinbarung vom 23.1.2007 heißt, zumal auch nicht vorgetragen ist, dass der Klägerin Ausgleichsansprüche gegen die Erben des Ehemanns wegen von ihr erbrachter Tilgungsleistungen an die C. Bank zugestanden hätten.

bb) Nach der **Vergütungsvereinbarung** der Parteien vom 23.1.2007 hatte die Klägerin hierfür auf der Basis eines Gegenstandswerts von mindestens 55.000 EUR eine 1,5fache Geschäftsgebühr, die sich im Fall einer zusätzlichen Besprechung auf den Faktor 3 erhöhte, eine 1,5fache Verfahrensgebühr (bei Anrechnung der Geschäftsgebühr mit dem Faktor 0,5) und eine 2fache Einigungsgebühr zu zahlen.

In einer Vergütungsvereinbarung können der Anwalt und sein Mandant grundsätzlich sowohl einen **Gegenstandswert** festlegen als auch **Modifikationen des Faktors gesetzlicher Gebühren** vereinbaren (vgl. *OLG Hamm, AnwBl 1986, 452; Hartung/Römermann/Schons, RVG 2. Aufl., § 4 Rdnr. 60; Schneider/Wolf/Rick, RVG 4. Aufl., § 3a Rdnr. 53*). Ob die hier getroffene Gebührenvereinbarung gemäß § 4 Abs. 1 RVG in der bis zum 30.6.2008 geltenden Fassung (§ 60 RVG; fortan: a.F.) formell wirksam und auch im Hinblick auf die in den „Erklärungen, Weisungen und Vereinbarungen“ enthaltenen gebührenrechtlichen Regelungen unbedenklich ist, kann dahinstehen, weil dem Beklagten daraus jedenfalls keine weitergehenden Ansprüche zustehen als vom Landgericht festgestellt.

cc) Soweit der Beklagte aufgrund seiner auftragsgemäßen Tätigkeit für die Klägerin eine 3fache Geschäftsgebühr abgerechnet hat, war diese allenfalls unter Zugrundelegung eines Gegenstandswerts 55.000 EUR in Höhe von 3.369 EUR berechtigt, nicht aber nach einem Gegenstandswert von 80.000 EUR. Die Parteien haben **in Kenntnis des beschriebenen Auftragsvolumens den Gegenstandswert auf 55.000 EUR festgelegt**.

Diese Festlegung basierte auf der Annahme eines Verkehrswerts der Wohnung von 110.000 EUR. Der Beklagte hat nicht schlüssig vorgetragen, warum seiner Abrechnung stattdessen ein Gegenstandswert von 80.000 EUR zugrunde zu legen sei.

Soweit im Zeitpunkt des Todes des geschiedenen Ehemanns der Klägerin gegenüber der C. Bank Darlehensverbindlichkeiten in Höhe von insgesamt 114.000 EUR bestanden, für die die Klägerin gesamtschuldnerisch haftete, waren diese zumindest teilweise durch zwei Lebensversicherungen bei der DBV Winterthur und der DEVK gesichert. Die Klägerin hatte die Versicherungsansprüche bereits vor Mandatserteilung selbst geltend gemacht. Die Auszahlung erfolgte auf die Darlehenskonten am 10.1.2007 in Höhe von 14.192,33 EUR und am 30.1.2007 in Höhe von 49.696,34 EUR. Bei Mandatserteilung bestanden daher nur noch Verbindlichkeiten in Höhe von insgesamt ca. 50.000 EUR.

Dementsprechend waren weder diese Versicherungsansprüche noch Verbindlichkeiten, die über 50.000 EUR hinausgingen, vom Mandat des Beklagten umfasst. Im Hinblick auf die noch bestehenden Verbindlichkeiten von 50.000 EUR kann der Auftrag des Beklagten nach dem Vortrag der Parteien nur dahin gegangen sein, die Klägerin von dem auf die Erben ihres geschiedenen Ehemanns im Innenverhältnis entfallenden Hälfteanteil durch Veräußerung der Wohnung und Tilgung der Verbindlichkeiten freizustellen. Dem ist bereits insoweit Rechnung getragen, als sich der Gegenstandswert nach dem unbelasteten Miteigentumsanteil der Klägerin bestimmt.

Der Beklagte war nach seinem Vortrag auch seit Mandatserteilung am 23.1.2007 damit beauftragt, die Versicherungsleistung gegenüber der S. Versicherung geltend zu machen, wenngleich Zweifel daran bestehen, dass der Auftrag die Geltendmachung der gesamten Summe umfasste. **Wenn die Parteien in Kenntnis dessen den Gegenstandswert insgesamt auf (mindestens) 55.000 EUR festgelegt haben, rechtfertigt die diesbezügliche Tätigkeit des Beklagten ebenfalls keine Erhöhung des Gegenstandswerts.** Denn es ist nicht erkennbar, aufgrund welcher später bekannt gewordenen Umstände der festgelegte Gegenstandswert nicht mehr zutreffend gewesen sein soll. Der Beklagte hat auch nicht geltend gemacht, dass diese Tätigkeit nicht von der Vergütungsvereinbarung umfasst gewesen sei, zumal er sie dann auch nicht nach deren Gebührensätzen hätte abrechnen dürfen.

dd) Ob der Beklagte eine 2fache Einigungsgebühr verdient hat, weil er mit der C. Bank am 12.2.2007 einen „Zwischenvergleich“ dahingehend erzielt habe, dass diese mit der Rückführung der Darlehen bis zur Veräußerung der Immobilie zuwarte, kann offenbleiben. Die Klägerin bestreitet dies; Darlehensrückstände sind nicht ersichtlich, und die laufenden Raten waren durch die Mieteinnahmen gedeckt. Jedenfalls beträgt die 2fache Einigungsgebühr allenfalls 2.092 EUR nach dem vereinbarten Gegenstandswert von 55.000 EUR. Ein höherer Gegenstandswert von 80.000 EUR ist auch hier nicht zugrunde zu legen.

ee) Der Beklagte konnte von der Klägerin auch **keine zusätzlichen Geschäftsgebühren für den Antrag auf Einleitung der Nachlasspflegschaft** über den Nachlass des geschiedenen Ehemanns und für die Einholung einer Deckungszusage seitens der Rechtsschutzversicherung beanspruchen. Auch mit diesen Leistungen hatte die Klägerin den Beklagten nach dessen Vortrag bereits am 23.1.2007 beauftragt. Dies ergibt sich auch aus der handschriftlichen Eintragung des Beklagten in den „Erklärungen, Weisungen und Vereinbarungen für das Mandatsverhältnis“ vom 23.1.2007, **wonach sich die Beauftragung auf die „Realisierung aller Ansprüche/Teilungsversteigerung“ bezog**, die die Bestellung eines Nachlasspflegers voraussetzte. Diese Tätigkeiten waren dann ebenfalls Gegenstand der Vergütungsvereinbarung vom selben Tag, zumal der Beklagte etwas anderes nicht vorgetragen hat. Unabhängig von der Frage, ob es sich hierbei – jedenfalls in Bezug auf die Geltendmachung der Versicherungsleistung gegenüber der S. Versicherung – um zusätzliche Angelegenheiten i.S.d. § 15 RVG oder um mit abgegoltene Vorbereitungshandlungen (vgl. hierzu Gerold/Schmidt/Madert, RVG 18. Aufl., § 15 Rdnr. 18; Riedel/Sußbauer/Fraunholz, RVG 9. Aufl., § 15 Rdnr. 19; Schneider/Wolf, a.a.O., § 15 Rdnr. 65) handeln würde, wenn der Beklagte die gesetzliche Vergütung nach dem RVG beanspruchen könnte, sind diese Tätigkeiten jedenfalls auf der Grundlage der Vergütungsvereinbarung von der nach dem Gegenstandswert von 55.000 EUR zu zahlenden Geschäftsgebühr umfasst. Es war gerade der Sinn der Vergütungsvereinbarung, für die gesamte Tätigkeit des Beklagten eine Geschäftsgebühr nach dem Gegenstandswert von 55.000 EUR und zu einem Gebührensatz von 1,5 bzw. 3,0 festzulegen. **Hätten die Parteien den Auftrag des Beklagten in Teilleistungen aufspalten und hierfür jeweils gesonderte Geschäftsgebühren vereinbaren wollen, so hätten sie dies ausdrücklich regeln und hierfür auch jeweils verschiedene Gegenstandswerte festlegen müssen. (...)** ■

Anwaltshonorar

- Honorarvereinbarung
- Pauschalhonorar
- Vorzeitige Mandatsbeendigung
- Kürzung des Pauschalhonorars, § 628 BGB (OLG Düsseldorf, Urt. v. 23.7.2009 – I-24 U 200/08)

Leitsätze:

1. Ein Pauschalhonorar kann bei vorzeitiger Beendigung des Mandats verhältnismäßig gekürzt werden.
2. § 15 Abs. 4 RVG ist auf ein vertragliches Pauschalhonorar nicht anwendbar. ■

Aus den Gründen:

I. Die Klägerin verlangt von dem Beklagten die Bezahlung von Rechtsanwalts honorar aufgrund einer Vergütungsvereinbarung.

Der Beklagte betreibt ein Krankentransport- und Rettungsdienstunternehmen. Er wandte sich Anfang März 2005 an die Klägerin (Partnerschaftsgesellschaft), die ihn seinerzeit auch in anderen Angelegenheiten rechtsbesorgend vertrat, mit der Bitte um Beratung bezüglich der Neustrukturierung und ggf. des Verkaufs seines Unternehmens. Im Rahmen der Vergütungsverhandlungen war zunächst an eine Stundenhonorarvereinbarung gedacht. Weil der Beklagte fürchtete, die dabei entstehenden Kosten nicht bezahlen zu können, schlossen die Parteien am 9.3.2005 eine schriftliche Gebührenvereinbarung über ein Pauschalhonorar von 25.000 EUR zzgl. Auslagenpauschale von 20 EUR und 16% MwSt., insgesamt 29.023,20 EUR, das ab Juli 2005 in zwölfmonatlichen Raten fällig war.

Der Beklagte bedankte sich mit Schreiben vom 27.9.2005 bei Rechtsanwalt Dr. J. „für unser Gespräch“. Mit Schreiben vom 30.9.2005 und 12.10.2005 übersandte er der Klägerin Unterlagen über die finanzielle Situation seines Unternehmens und erklärte, einzig Rechtsanwalt Dr. J. habe dafür gesorgt, dass sein Unternehmen noch existiere. Der Beklagte zahlte am 9.6.2006 5.000 EUR, am 14.9.2006 2.000 EUR und am 7.3.2007 3.000 EUR. Er kündigte den Auftrag mit Schreiben vom 14.5.2007 fristlos, weil die Klägerin das Mandat nicht bearbeitet habe. Diese erteilte unter dem 28.6.2007 Endabrechnung unter Berücksichtigung eines Mehrwertsteuersatzes von 19% und unter Anrechnung insgesamt gezahlter 10.000 EUR.

Die Klägerin hat behauptet: Sie sei in der Angelegenheit „Neustrukturierung, ggf. Verkauf des Unternehmens“ umfangreich tätig geworden. Sie habe mit dem Beklagten zwischen dem 8.2. und dem 26.9.2005 zahlreiche Besprechungstermine durchgeführt und auch vielfach telefoniert, so am 17.1.2006 und 9.2.2006. Unter Bezugnahme auf ein Schreiben an den Beklagten vom 10.10.2005 hat sie weiter behauptet, sie habe diverse Gespräche mit Steuerberatern geführt, um geeignete Investoren zu finden. Als die Steuerberater keine Investoren gefunden hätten, habe Rechtsanwalt Dr. J. selbst dem Beklagten diverse Kontakte zu interessierten Investoren ermöglicht. Die Klägerin habe auch einen Besprechungstermin mit der Sparkasse K. umfassend vorbereitet.

Die Klägerin hat in erster Instanz mit der im Urkundsprozess erhobenen Klage beantragt, (...)

Das Landgericht hat den Beklagten durch Versäumnisurteil vom 27.2.2008 antragsgemäß verurteilt. Mit dem hiergegen gerichteten Einspruch hat der Beklagte der Klageforderung widersprochen und diese nur für den Urkundsprozess anerkannt. Das Landgericht hat daraufhin mit Anerkenntnis-Vorbehalts-Urteil vom 11.6.2008 das Versäumnisurteil aufrechterhalten und dem Beklagten die Ausführung seiner Rechte vorbehalten.

Die Klägerin hat im Nachverfahren beantragt, (...)

Der Beklagte hat behauptet, die Klägerin habe die beauftragten Leistungen bzw. Tätigkeiten nicht erbracht. Die von der

Klägerin genannten Besprechungstermine seien allein im Rahmen des Mandats zur Verteidigung des Beklagten in einem Strafverfahren durchgeführt worden. Im Rahmen des Mandats zur Neustrukturierung des Unternehmens sei nur ein einziger Besprechungstermin durchgeführt worden, in dem Rechtsanwalt Dr. J. dazu geraten habe, den aktuellen Geschäftsführer zu entlassen. Die Klägerin habe keine Gespräche mit Banken und Steuerberatern, insbesondere nicht mit dem langjährigen Steuerberater des Beklagten G., geführt und dem Beklagten auch keine Investoren genannt. Der Beklagte habe auf die Vergütungsvereinbarung insgesamt 13.500 EUR gezahlt, nämlich bereits am 6.4.2005 3.500 EUR.

Mit dem angefochtenen Urteil hat das Landgericht das Anerkenntnis-Vorbehalts-Urteil für vorbehaltlos erklärt. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt: Aus dem vorgelegten Schriftwechsel ergebe sich, dass die Klägerin entsprechend ihrem Auftrag tätig geworden sei. Der Beklagte habe eventuelle Schadenersatzansprüche wegen Pflichtverletzung nicht schlüssig vorgetragen. Auch eine Herabsetzung des Honorars komme nicht in Betracht, weil der Beklagte zu einem groben Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung ebenfalls nicht schlüssig vorgetragen habe. Die von dem Beklagten weitergehend behauptete Zahlung von 3.500 EUR sei nicht anzurechnen, weil dieser nicht unter Beweis gestellt habe dass sie sich auf die Gebührenvereinbarung vom 9.3.005 beziehe.

Hiergegen richtet sich die Berufung des Beklagten. Er macht geltend, die Klägerin habe die ihr übertragene Tätigkeit nicht auftragsgemäß ausgeführt, zumal sie zu seinem Steuerberater G. keinen Kontakt aufgenommen und Banktermine weder vorbereitet noch wahrgenommen habe. Beides sei aber Voraussetzung für die Bearbeitung des Auftrags gewesen. Die Parteien seien bei der Vergütungsvereinbarung davon ausgegangen, dass etwa 100 Stunden anfallen würden und bei einem Zeithonorar der Stundensatz 250 EUR betragen würde. Tatsächlich habe die Klägerin allenfalls zehn Stunden gearbeitet.

(Anträge ...)

II. Die Berufung des Beklagten ist zulässig und hat mit Ausnahme der Säumniskosten auch in der Sache vollen Erfolg.

1. Die Klägerin hat gegen den Beklagten keinen Anspruch auf Zahlung weiteren Anwaltshonorars.

a) Die Parteien haben nach ihrem übereinstimmenden Vortrag Anfang März 2005 einen **Anwaltsvertrag** geschlossen, **der die Beratung des Beklagten im Zusammenhang mit der Neustrukturierung und ggf. dem Verkauf von dessen Unternehmen zum Gegenstand hatte**. Dieser Vertrag ist Dienstvertrag mit Geschäftsbesorgungscharakter i.S.d. §§ 611, 675 BGB. Die Höhe der Vergütung richtet sich grundsätzlich nach der schriftlichen Gebührenvereinbarung der Parteien vom 9.3.2005 über ein **Pauschalhonorar von 25.000 EUR** zzgl. einer Auslagenpauschale von 20 EUR und **16% MwSt.**, insgesamt 29.023,20 EUR. Ob und in welchem Umfang die

Klägerin in Abweichung von der Vereinbarung den unter dem 28.6.2007 in Rechnung gestellten Mehrwertsteuersatz von **19%** verlangen kann, kann dahinstehen, weil sie mit der Klage lediglich den Bruttobetrag nach einem Mehrwertsteuersatz von 16% geltend macht.

Der Klägerin steht jedoch über die vom Beklagten unstreitig bereits gezahlten 10.000 EUR hinaus kein weitergehender Zahlungsanspruch zu. Dabei hat das Landgericht zu Recht die weitere Zahlung des Beklagten von 3.500 EUR vom 6.4.2005 nicht auf die Forderung aus der vorgenannten Gebührenvereinbarung angerechnet. Denn der Beklagte hat dafür, dass die Zahlung auf diese Gebührenvereinbarung erfolgt sei, keinen Beweis angetreten, nachdem die Klägerin behauptet hat, die Zahlung sei auf einen Teilzahlungsvergleich vom 18.10.2004 in anderer Angelegenheit erfolgt, in dem sich der Beklagte verpflichtet habe, auf einen Gesamtbetrag von 44.829,69 EUR zzgl. Zinsen monatliche Raten von 3.500 EUR zu erbringen. Dies greift der Beklagte mit der Berufung auch nicht an.

b) Die Unwirksamkeit der **Gebührenvereinbarung** vom 9.3.2005 lässt sich allerdings nicht feststellen. Diese **genügt den formellen Voraussetzungen des § 4 Abs. 1 RVG** in der gemäß § 60 Abs. 1 RVG maßgeblichen, bis 30.6.2008 gültigen Fassung (fortan: a.F.). Die Vereinbarung eines Pauschalhonorars entspricht auch ohne Weiteres den Anforderungen an die **hinreichende Bestimmtheit** von Honorarvereinbarungen (vgl. BGH, NJW 2005, 2142).

Dass die Honorarvereinbarung wegen **Sittenwidrigkeit** i.S.v. § 138 BGB nichtig wäre, kann nicht festgestellt werden. Die Vorschrift des § 138 BGB ist im Fall einer unangemessen hohen Anwaltsvergütung allerdings grundsätzlich neben dem Herabsetzungsverfahren des § 4 Abs. 4 RVG a.F. anwendbar, weil beide Vorschriften unterschiedliche Voraussetzungen und Rechtsfolgen haben (vgl. zum insoweit gleich lautenden § 3 Abs. 3 BRAGO BGH, NJW 2005, 2142; NJW 2003, 3486; NJW 2003, 2386; NJW 2002, 2774; NJW 2000, 2669; Senat, OLGR Düsseldorf 1996, 211; Gerold/Schmidt/Mayer, RVG 18. Aufl., § 3a Rdnr. 42). Der Bundesgerichtshof hat bei hohen Streitwerten und demzufolge hohen gesetzlichen Gebühren angenommen, dass die anwaltliche Tätigkeit hierdurch angemessen abgegolten ist, so dass ein vereinbartes Honorar von mehr als dem **Fünffachen der gesetzlichen Gebühren** in einem die Sittenwidrigkeit begründenden, offensichtlich krassem Missverhältnis zur anwaltlichen Leistung stehen kann (vgl. BGH, NJW 2005, 2142; NJW 2000, 2669; einschränkend jetzt BGH, NSW BRAGO § 3 (BGH-intern); AGS 2009, 262).

Der Beklagte hat indes nicht vorgetragen, und es liegen auch keine Anhaltspunkte dafür vor, dass das vereinbarte Honorar das gesetzliche um ein derart Vielfaches übersteigt, dass ein auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung anzunehmen ist. Soweit der Beklagte behauptet, die Parteien seien bei Abschluss der Gebührenvereinbarung von einem erforderlichen Zeitaufwand von etwa 100 Stunden und einem Stundensatz von 250 EUR ausgegangen, spricht dies vielmehr gegen ein auffälliges Missverhältnis von Leis-

tung und Gegenleistung. Denn ein Stundensatz von 250 EUR ist in der Regel angemessen (vgl. Gerold/Schmidt/Mayer, a.a.O., § 3a Rdnr. 26).

c) Die Klägerin kann aber gemäß § 628 Abs. 1 BGB nur einen ihren bisherigen Leistungen entsprechenden Teil der Vergütung verlangen. Sie hat einen über die bereits erhaltenen Beträge hinausgehenden Teilvergütungsanspruch nicht schlüssig vorgetragen.

aa) Die vereinbarte Vergütung steht der Klägerin nicht in vollem Umfang zu, weil nach dem übereinstimmenden Vortrag der Parteien **der Auftrag des Beklagten noch nicht erledigt war, als dieser den Anwaltsvertrag mit Schreiben vom 14.5.2007 kündigte**. Dies ergibt sich bereits aus dem Vortrag der Klägerin in der Klageschrift, der Beklagte habe das Mandat beendet, und sie habe aus diesem Grund die Endabrechnung vom 28.6.2007 erstellt. **Die Kündigung des Beklagten war gemäß § 627 BGB wirksam**. Zwischen den Parteien bestand ein Dienstvertrag über Dienste höherer Art, den der Beklagte deshalb jederzeit kündigen konnte (vgl. BGH, NJW 1987, 315; NJW 1978, 2304; Senat, AGS 2009, 6).

Hat der Mandant den Auftrag wirksam vorzeitig gekündigt, so kann der Anwalt grundsätzlich **gemäß § 628 Abs. 1 BGB nur den Teil der Vergütung verlangen, der seiner bis zur Kündigung ausgeführten Tätigkeit entspricht** (vgl. BGH, NJW 1997, 188; NJW 1995, 1954; NJW 1987, 315; NJW 1978, 2304; Senat, AGS 2009, 6; OLG Düsseldorf (22. ZS), NJW 1999, 3129; (8. ZS), MDR 1985, 845; AnwBl 1985, 201; AnwBl. 1985, 259; OLG Zweibrücken, AGS 1999, 26; Gerold/Schmidt/Madert, a.a.O., § 15 Rdnr. 67; Staudinger/Preis, BGB 2002, § 628 Rdnr. 20). Die Vorschrift des § 628 Abs. 1 BGB ist zwar abdingbar (vgl. BGH, NJW 1987, 315; NJW 1978, 2304), jedoch haben die Parteien in der Vergütungsvereinbarung für den Fall der vorzeitigen Mandatsbeendigung keine Regelung getroffen.

bb) Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus **§ 15 Abs. 4 RVG**. Danach ist es zwar auf bereits entstandene Gebühren grundsätzlich ohne Einfluss, wenn der Auftrag endet, bevor die Angelegenheit erledigt ist. **Die Regelung ist aber bei der Vereinbarung einer Pauschalvergütung nicht anwendbar**. In diesem Fall bleibt es bei der Anwendbarkeit von § 628 Abs. 1 BGB, wenn das Mandat vorzeitig endet und die Parteien keine ausdrückliche Regelung getroffen haben (vgl. zum insoweit gleich lautenden § 13 Abs. 4 BRAGO BGH, NJW 1987, 315; NJW 1978, 2304; Gerold/Schmidt/Madert, a.a.O., § 15 Rdnr. 77a).

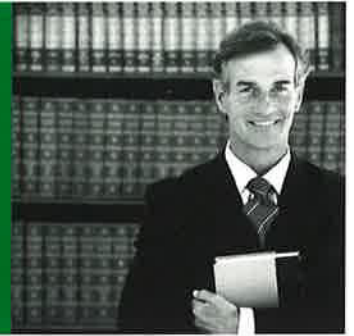
Die Vorschrift des § 15 Abs. 4 RVG beruht auf den Besonderheiten des anwaltlichen Gebührenrechts. Sie ist Ausfluss des Systems der gesetzlichen Verfahrenspauschalgebühren, nach dem der Rechtsanwalt für eine Gruppe gleichartiger Tätigkeiten jeweils eine Gebühr erhält, ohne dass es darauf ankommt, wie oft er die betreffende Tätigkeit ausgeführt hat. **Der Rechtsanwalt hat diese Gebühr bereits mit der ersten Tätigkeit, die die gesetzlichen Voraussetzungen ihres Entstehungsstatbestands erfüllt, in voller Höhe verdient. Auf dieser Grundlage stellt § 15 Abs. 4 RVG klar, dass dem Rechtsanwalt**

auch bei einer vorzeitigen Beendigung seines Auftrags die bereits verdienten Gebühren in voller Höhe verbleiben. Die Vorschrift ist, da sie nur die bereits entstandenen Gebühren sichert, also nicht geeignet, **dem Rechtsanwalt einen vertraglichen Vergütungsanspruch in voller Höhe dessen zu erhalten, was ihm bei umfassender Durchführung des Auftrags zugestanden hätte**. Da der Vergütungsanspruch erst mit der Leistung der vertraglichen Dienste entsteht und somit die Höhe des Entgelts davon abhängt, welche Tätigkeiten der Rechtsanwalt tatsächlich ausgeführt hat, kann der Anwalt keine Gebühr verlangen, die er nicht schon durch irgendeine Tätigkeit verdient hat. Die Regelung des § 15 Abs. 4 RVG verhindert nicht, dass die Vergütung des Anwalts bei vorzeitiger Beendigung des Auftrags geringer ausfällt, als dies bei vollständiger Durchführung der Fall gewesen wäre.

Ein vereinbartes Pauschalhonorar, das nicht **schrittweise mit der Ausführung bestimmter Tätigkeiten anwächst**, sondern von vornherein die gesamte Tätigkeit des Rechtsanwalts abgilt, lässt sich deshalb nicht mit den gesetzlichen Gebühren vergleichen. Eine Gleichsetzung des Gesamthonorars mit einer Gebühr, die bereits bei der ersten noch so geringfügigen Tätigkeit des Anwalts entstanden ist und nach § 15 Abs. 4 RVG erhalten bleibt, hätte die unbillige Folge, dass der Anwalt die gesamte, für eine umfassende Tätigkeit vereinbarte Vergütung fordern könnte, auch wenn er nur einen geringen Teil der vereinbarten Leistung erbracht hat. Dies wäre jedoch mit der gesetzlichen Ausgestaltung des Vergütungsanspruchs des Rechtsanwalts, wie er sich aus der Regelung des § 628 BGB und den Vorschriften des RVG ergibt, nicht vereinbar (vgl. BGH, NJW 1987, 315, zu § 13 Abs. 4 BRAGO).

cc) Die Regelung des § 628 Abs. 1 BGB wird auch nicht durch diejenige des § 4 Abs. 4 RVG a.F. verdrängt. Danach kann eine vereinbarte Vergütung, die unangemessen hoch ist, auf den angemessenen Betrag bis zu Höhe der gesetzlichen Vergütung herabgesetzt werden. **Eine Herabsetzung nach § 4 Abs. 4 RVG a.F. kommt aber erst dann in Betracht, wenn auch das nach § 628 Abs. 1 BGB geschuldete Teilhonorar unangemessen hoch ist** (vgl. zum insoweit gleich lautenden § 3 Abs. 3 BRAGO BGH, NJW 2005, 2142; NJW 1987, 315; OLG Düsseldorf, MDR 1985, 845; AnwBl 1985, 201; OLG Zweibrücken, AGS 1999, 26; Staudinger/Preis, a.a.O., § 628 Rdnr. 20).

Denn das RVG enthält grundsätzlich nur für die Bemessung der Höhe des Vergütungsanspruchs Sonderbestimmungen, die den Vorschriften des BGB vorgehen. Fragen, die zum Rechtsgrund des Vergütungsanspruchs gehören, finden ihre Regelung in den Vorschriften des BGB. Zum Grund des Anspruchs in diesem Sinne gehört auch die Regelung der Frage, ob und in welchem Umfang dem Rechtsanwalt bei einer vorzeitigen Beendigung des Anwaltsvertrages durch Kündigung gegenüber dem Mandanten eine Vergütung zusteht. Als Bestimmung, die nach Beendigung des Vertragsverhältnisses die Anspruchsgrundlage für die Vergütung normiert, **geht § 628 Abs. 1 BGB der nur die Höhe der Vergütung betreffenden Vorschrift des § 4 Abs. 4 RVG a.F. vor** (vgl. BGH, NJW 1987, 315 zu § 3 Abs. 3 BRAGO).



Nr. 3/Mai 2010

Haftungsrisiken in der interprofessionellen Sozietät.

Bei einer interprofessionellen oder gemischten Sozietät zwischen Rechtsanwälten, Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern ist der für die Rechtsanwalts- und Steuerberaterhaftung zuständige IX. Zivilsenat des BGH vor der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) im Wege der Auslegung davon ausgegangen, dass der Mandatsvertrag in der Regel nur mit demjenigen Sozius geschlossen wird, der den Mandatsgegenstand fachlich bearbeiten kann und berufsrechtlich erledigen darf. Er begründete dies damit, dass der Mandant bei einem zivilrechtlichen Beratungsauftrag im Zweifel nicht einen solchen Sozius – Steuerberater – in einen Vertrag über die Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten einbeziehen wolle, der diese Rechtsberatung nicht ausüben darf (BGH DStR 2000, 783). Eine gesamtschuldnerische Haftung sämtlicher Sozien war nach dieser Rechtsprechung damit auf die Fälle einer mangelhaften steuerrechtlichen Beratung begrenzt, da zur Hilfeleistung in Steuersachen gemäß § 33 StBerG sowohl Steuerberater als auch Rechtsanwälte befugt sind (§ 3 Nr. 1 StBerG).

Nach der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR (Sozietät) und der sich hieraus ergebenden Haftung der Gesellschafter (Sozien) analog § 128 HGB durch das Grundsatzurteil des für das Gesellschaftsrecht zuständigen II. Zivilsenats des BGH vom 29.1.2001 (BGH DStR 2001, 310) ist höchstrichterlich nicht geklärt, ob auch bei einer interprofessionellen Sozietät zwischen Rechtsanwälten und Steuerberatern der Mandatsvertrag wie auch sonst mit der Sozietät zustande kommt und die Sozien für sämtliche Verbindlichkeiten der Sozietät akzessorisch unabhängig davon haften, ob sie berufsrechtlich zur Erledigung des erteilten Beratungsauftrages überhaupt befugt waren.

Soweit man bei der gemischten Sozietät ohne Einschränkung eine Haftung der Sozietät und hieraus folgend eine akzessorische Haftung der Sozien gemäß § 128 HGB bejaht, hätte dies zur Konsequenz, dass ein Steuerberater für eine mangelhafte zivilrechtliche Beratung des Anwalts haften würde, obwohl es insoweit um eine Rechtsdienstleistung im Sinne von § 2 RDG geht, die unter den Erlaubnisvorbehalt von § 3 RDG fällt. Umgekehrt müsste ein Rechtsanwalt für eine mangelhafte betriebswirtschaftliche Beratung des Steuerberaters, die der Sozietät zugerechnet wird, haftungsrechtlich einstehen, obwohl es sich insoweit um eine anwaltsfremde Tätigkeit handelt, auf die sich zumindest der Versicherungsschutz seiner Berufshaftpflichtversicherung gemäß § 51 BRAO nicht erstreckt.

Der II. Zivilsenat des BGH hat die Entscheidung hierüber dem für berufliche Haftungsfälle von Rechtsanwälten und Steuerberatern zuständigen IX. Zivilsenat des BGH überlassen (a. a. O.).

Der IX. Zivilsenat des BGH hat sich der Rechtsprechung des II. Zivilsenats des BGH zur Haftungsverfassung der GbR grundsätzlich angeschlossen (BGH DStR 2006, 885). Ob die akzessorische Haftung analog § 128 HGB auch für die interprofessionelle Sozietät gilt, hat er bislang aber ausdrücklich offengelassen.

Mit Urteil vom 26.6.2008 hat er lediglich entschieden, dass zumindest für Mandatsverträge, die vor der Grundsatzentscheidung des II. Zivilsenats des BGH vom 29.1.2001 (a. a. O.) zur erstmaligen Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR zustande gekommen sind, aus Gründen des Vertrauensschutzes eine Haftung von berufsfremden Mitgliedern einer gemischten Sozietät ausscheidet, und aus diesem Grunde eine Entscheidung des OLG München vom 28.7.2005 aufgehoben, wonach eine Steuerberaterin für einen Beratungsfehler eines Rechtsanwalts-Sozius akzessorisch haften sollte (BGH DStR 2008, 1981).

In einer weiteren Entscheidung vom 5.2.2009 hat der BGH klargestellt, dass auch nach der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts von einem anwaltlichen Einzelmandat auszugehen sei, wenn ein Rechtsanwalt nicht erkennbar im Namen der interprofessionellen Sozietät auftritt und es sich um einen Folgeauftrag eines anwaltlichen Einzelmandats aus dem Zeitraum vor dem Erlass des oben erwähnten Grundsatzurteils des BGH vom 29.1.2001 handelt (BGH DStR 2009, 1002). In dieser Entscheidung ging es dem BGH vor allem darum, mit Hilfe des Folgemandats eine Sekundärhaftung des Rechtsanwalts zu begründen, damit dieser sich nicht auf Verjährung gemäß § 51b BRAO a. F. berufen konnte. Zu der Frage, wie nach der Anerkennung der Rechtsfähigkeit die Sozien in einer interprofessionellen Sozietät für berufliche Haftungsfälle haften, hat er sich auch hier nicht geäußert.

Im Schrifttum wird teilweise die Auffassung vertreten, dass mit der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR die Haftungsgrundsätze der §§ 128 ff. HGB auch auf eine interprofessionelle Sozietät ohne Einschränkung Anwendung finden müssen. Entscheidend sei, dass mit der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts der Mandatsvertrag allein mit der Sozietät zustande komme. Die

Frage, ob etwa ein Steuerberater überhaupt zur Rechtsberatung befugt ist, sei insoweit ohne Bedeutung. Lediglich die konkreten Leistungen müssen durch einen zur Berufsausübung befähigten Rechtsanwalt erbracht werden. Soweit diese Voraussetzungen vorliegen, müssten sämtliche Mitglieder akzessorisch für eine Verbindlichkeit der Sozietät haften. Gegen ein „Aufweichen“ der akzessorischen Haftung spreche im Übrigen die Existenz der Partnerschaftsgesellschaft und die hier zur Verfügung stehende gesetzliche Haftungskonzentration gemäß § 8 II PartGG (Lux, DStR 2008, 1982).

Nach anderer Ansicht ist bei einer interprofessionellen Sozietät auch nach der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR das Zustandekommen des Mandatsvertrages und damit die Haftung im Wege der Auslegung auf die Mitglieder der Sozietät zu begrenzen, die zu der Beratung, wegen der Haftpflichtansprüche behauptet werden, befugt sind (Zugehör/Fischer/Sieg/Schlee, Handbuch der Anwaltschaft, 2. Auflage, Rn 354).

Die Auffassung, wonach mit der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR bei einer interprofessionellen Sozietät ein Berufsträger auch für eine für ihn berufsfremde Tätigkeit eines anderen Berufsträgers haftet, ist abzulehnen. Dies gilt vor allem für die Fälle, wo Mandatsgegenstand eine Rechtsdienstleistung ist, die unter den Erlaubnisvorbehalt von § 3 RDG fällt. Ein solcher Mandatsvertrag ist nach § 134 BGH nichtig. Insoweit gilt nichts anderes als bei einem Mandatsvertrag mit einer Steuerberatersozietät, bei der nicht alle Mitglieder zur geschäftsmäßigen Hilfeleistung in Steuersachen befugt sind. Auch dieser Mandatsvertrag ist wegen des Verstoßes gegen § 5 StBerG nichtig (BGH DStRE 2006, 885). Soweit an eine gemischte Sozietät ein Mandatsvertrag herangetragen wird, zu dessen Erledigung nicht alle Mitglieder der Sozietät fachlich befugt sind, muss die Nichtigkeit des Mandatsvertrages demnach wie nach altem Recht dadurch vermieden werden, dass im Wege der Auslegung eine Begrenzung des Mandatsvertrages auf die zur Rechtsberatung befugten Rechtsanwälte erfolgt.

Es bleibt abzuwarten, welcher Rechtsauffassung sich der IX. Zivilsenat des BGH anschließt.

Unabhängig hiervon kann eine gesamtschuldnerische Haftung in der Sozietät vertraglich durch eine Haftungskonzentration gemäß § 67a II StBerG bzw. § 51a II BRAO vermieden werden. Nach diesen Bestimmungen kann die Haftung auf Schadenersatz durch vorformulierte Vertragsbedingungen (AAB) auf einzelne Mitglieder der Sozietät beschränkt werden, wobei die Zustimmungserklärungen zu einer solchen Beschränkung keine andere Erklärung enthalten darf und vom Mandanten unterschrieben werden muss.

Darüber hinaus bietet sich als Alternative zur interprofessionellen Sozietät selbstverständlich die gemeinschaftliche Berufsausübung in einer interprofessionellen Partnerschaftsgesellschaft an (siehe § 3 Nr. 2 StBerG). Hier gilt kraft Gesetzes eine Haftungskonzentration. § 8 II PartGG bestimmt insoweit, dass für berufliche Haftungsfälle neben der Partnerschaft nur der oder die Partner haften, die mit der Bearbeitung des erteilten Mandats befasst waren.

Ein Ausweichen auf eine Kapitalgesellschaft kommt dagegen nicht in Betracht, weil sich das Steuerberatungsgesetz und die Bundesrechtsanwaltsordnung insoweit inkompatibel gegenüberstehen und der Rechtsanwalt in einer anerkannten Wirtschaftsprüfungs- und/oder Steuerberatungs-GmbH auch im Anwendungsbereich des Rechtsdienstleistungsgesetzes nur zur Hilfeleistung im Steuerrecht befugt ist (BGB WM 2009, 1953).

Fazit: Die Frage, ob nach Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts bei einer interprofessionellen Sozietät zwischen Rechtsanwälten und Steuerberatern ein Steuerberater für einen Anwaltsfehler als Gesamtschuldner haftet, ist höchststrichterlich nicht geklärt. Es bleibt zu hoffen, dass der für die Rechtsanwalts- und Steuerberaterhaftung bei seiner bisherigen Rechtsprechung bleibt, wonach ein Mandatsvertrag nur mit dem zur Rechtsberatung befugten Rechtsanwalt und nicht mit der Sozietät zustande kommt und folglich ausschließlich dieser bei einer mangelhaften Rechtsberatung persönlich haftet.

Von Rechtsanwalt Michael Brügge, HDI-Gerling

Vermögensschaden-Haftpflicht für Insolvenzverwalter.

Die Insolvenzordnung ist auf die Fortführung des schuldnerischen Unternehmens ausgerichtet, mit Vorrang vor der Liquidation. Dadurch hat das Haftungsrisiko des Insolvenzverwalters in den letzten Jahren deutlich zugenommen. Die Regelungen der Insolvenzordnung haben gegenüber der früheren Gesetzeslage zu einer Aufgabenverlagerung und -erweiterung und damit zu einer erheblichen Haftungsverschärfung für den Insolvenzverwalter (§§ 60f InsO) geführt.

Umso wichtiger erscheint es für den Insolvenzverwalter, dass er sein Haftungspotenzial im Rahmen der Insolvenztätigkeit richtig einschätzt und mit dem passenden Versicherungsschutz sein persönliches Haftungsrisiko minimiert.

HDI-Gerling bietet als führender Vermögensschaden-Haftpflichtversicherer genau die Kompetenz bei den Fragen des optimalen Versicherungsschutzes. Unabhängig davon, ob es sich um die Absicherung des Insolvenzverfahrens, des Gläubigerausschusses oder Gläubigerbeirats handelt: HDI-Gerling bietet umfassende Lösungen.

Lücken im bestehenden Versicherungsschutz aufdecken.

Für den Rechtsanwalt ist die Tätigkeit als Insolvenzverwalter im Rahmen der bestehenden Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung auf Basis der Anwaltsbedingungen AVB-WSR insoweit mitversichert. Dieser Versicherungsschutz wird aber nur in den seltensten Fällen dem Haftungspotenzial des In-

Insolvenzverwalters gerecht. Denn diese Bedingungen entsprechen den Pflichtversicherungsanforderungen für die freiberufliche Tätigkeit des Rechtsanwalts.

Gegenüber der speziellen Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung für Insolvenzverwalter auf Basis der Insolvenzverwalterbedingungen AVB-I klafft eine deutliche Deckungslücke: Die AVB-I zielen auf die umfassende Absicherung der Insolvenzverwaltertätigkeit ab; diese ist im Gegensatz zur anwaltlichen Tätigkeit keine freiberufliche Tätigkeit.

Die AVB-I bieten gegenüber den AVB-WSR insbesondere Versicherungsschutz für Haftpflichtansprüche aus folgenden Risikobereichen:

- Fortführung des Schuldnerunternehmens
- Kaufmännische und kalkulatorische Tätigkeit im Insolvenzverfahren
- Auszahlung der Insolvenzquote
- Abrechnung des Insolvenzgeldes
- Fehl- oder Doppelüberweisungen
- Nicht ordnungsgemäßer Abschluss, Fortführung oder Erfüllung von Versicherungsverträgen
- Öffentlich-rechtliche Ansprüche, z. B. verspätete Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen
- Insolvenzgeldvorfinanzierung
- Tätigkeiten als Aufsichtsrat von Tochtergesellschaften des Insolvenzschriftstellers
- Straftaten durch Soziern/Mitarbeiter des Insolvenzverwalters unabhängig von der Verletzung der Aufsichtspflicht

HDI-Gerling mit passenden Versicherungslösungen.

Nur der passende Versicherungsschutz zum individuellen Tätigkeitsprofil als Insolvenzverwalter bietet die optimale Absicherung der persönlichen Haftung. Hierfür bietet HDI-Gerling drei unterschiedliche Versicherungslösungen:

■ Produktvariante 1: Verbraucherinsolvenzen und sonstige kleinere Insolvenzverfahren

Wird ein Rechtsanwalt bei der Abwicklung von Privatinsolvenzen oder bei Insolvenzen von kleineren Gewerbetreibenden als Insolvenzverwalter tätig, wird regelmäßig Versicherungsschutz auf Basis der folgenden erweiterten Anwaltsbedingungen AVB-WSR von HDI-Gerling ausreichend sein.

NEU: Deckungserweiterung Insolvenzrisiko

Versichert sind Haftpflichtansprüche aus kaufmännischen Kalkulations- und Organisationstätigkeiten mit einer eigenen Deckungssumme bis zur Höhe der vertraglich vereinbarten Deckungssumme, maximal 500.000 EUR, im Rahmen der anwaltlichen Vermögensschadendeckung. Diese Erweiterung des Versicherungsschutzes gilt für die Tätigkeit des Versicherungsnehmers als (vorläufiger) Insolvenzverwalter, Sachwalter, gerichtlich bestellter Liquidator, Zwangsverwalter, Gläubigerausschussmitglied oder als Treuhänder gemäß InsO.

■ Produktvariante 2: Regelmäßige Durchführung von mittleren Insolvenzverfahren

NEU: Für die regelmäßige Tätigkeit als Insolvenzverwalter bei mittleren Schuldnerunternehmen bietet sich die sogenannte Sammelpolice von HDI-Gerling an.

- Bis zu 10 Verfahren pro Jahr
- Deckungssumme bis 2,0 Mio. EUR, 2-fach max. p. a.

Der Vorteil: Als Insolvenzverwalter genießen Sie den vollumfänglichen Schutz einer Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung für Insolvenzverwalter auf Basis der AVB-I zu günstigen Konditionen. Mit dieser Sammelpolice ist es nicht mehr unbedingt erforderlich, für jedes einzelne Insolvenzverfahren einen eigenen Versicherungsvertrag als Objektdeckung abzuschließen.

■ Produktvariante 3: Insolvenzverwaltung bei größeren Insolvenzverfahren

Größere Insolvenzverfahren stellen besonders hohe Anforderungen an den Insolvenzverwalter, die naturgemäß mit einem erhöhten Haftungspotenzial einhergehen. Gerade die Großinsolvenzen, wie im vergangenen Jahr beispielsweise Arcandor oder Karmann, werden erfahrungsgemäß medienwirksam begleitet, was die Abwicklung nicht erleichtert. Hier ist es oft sinnvoll, jedes einzelne Verfahren separat mit einer Objektdeckung abzusichern; dies gilt grundsätzlich auch dann, wenn das Insolvenzgericht die Kostenerstattung für die Haftpflichtversicherung bewilligt.

Im Schaden richtig versichert.

Der Druck auf die Insolvenzverwalter nimmt weiter zu. Umso wichtiger ist es, bei einem Haftungsvorwurf einen erfahrenen Vermögensschaden-Haftpflichtversicherer an der Seite zu wissen. Dabei kommt wegen der persönlichen Haftung des Insolvenzverwalters der Abwehrfunktion im Rahmen der Haftpflichtversicherung (passiver Rechtsschutz) eine ganz besondere Bedeutung zu.

Neben der Prüfung der Haftungsfrage umfasst der Versicherungsschutz die Befriedigung begründeter Haftpflichtansprüche Dritter sowie die Abwehr unberechtigter Forderungen. Diese Abwehrfunktion tritt jedoch nur in Kraft, soweit die Ansprüche im Leistungsfall von der Haftpflichtpolice tatsächlich gedeckt sind. Dies ist ein wesentlicher Grund, warum der Insolvenzverwalter – neben der anwaltlichen Pflichtversicherung – unbedingt eine separate Insolvenzverwalterpolice auf Basis der AVB-I abschließen sollten.

Jetzt Angebot anfordern.

Profitieren Sie von unserem Know-how als Begleiter zahlreicher großer Insolvenzverfahren und greifen Sie auf unsere Erfahrung zurück.

Wir stellen Ihnen gerne ein passendes Angebot zur Verfügung.

HDI-Gerling Firmen und Privat Versicherung AG
Marketing Vertriebsmanagement
Marion Mahlstedt
Riethorst 2
30659 Hannover

**Ja, ich möchte mehr Informationen.
Fax-Antwort: 0511-645-1113909**

Anschrift

Name _____

Vorname _____

Straße / Nr. _____

PLZ / Ort _____

Mitglied Verband (bitte Namen angeben) _____

Mitgliedsnummer _____

Telefon _____

Telefon mobil _____

E-Mail _____

☐ Ja, ich wünsche Beratung zur Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung für Insolvenzverwalter

☐ Bitte senden Sie mir zukünftig die GI nur noch per E-Mail.
Meine E-Mail-Adresse lautet:

**Ich bitte um Ihren Anruf zur Terminabstimmung
für ein Beratungsgespräch**

am _____

zwischen _____ Uhr und _____ Uhr.

dd) Der Vergütungsanspruch gemäß § 628 Abs. 1 BGB bestimmt sich durch eine Gegenüberstellung der von der Klägerin tatsächlich erbrachten Leistungen und der vereinbarten Leistungen. Dabei trägt die Klägerin als Dienstverpflichtete die Darlegungs- und Beweislast dafür, welche Leistungen vereinbart waren, welche sie erbracht hat und welchen Anteil an den vereinbarten Leistungen diese ausmachen (vgl. Palandt/Weidenkaff, BGB 68. Aufl., § 628 Rdnr. 3).

(1) Nach dem übereinstimmenden Vortrag der Parteien sollte sich die Klägerin **mit der Umwandlung des einzelkaufmännischen Unternehmens des Beklagten in eine juristische Person und ggf. mit dem anteiligen oder vollständigen Unternehmensverkauf befassen**, weil der Beklagte einerseits fürchtete, wegen einer strafrechtlichen Verurteilung die Genehmigung zum Betrieb seines Unternehmens zu verlieren und andererseits sein persönlicher Einsatz auch wegen einer schweren Erkrankung in Frage stand. Welche Tätigkeiten die Klägerin hierzu im Einzelnen erbringen sollte, hat diese nicht vorge-
tragen.

Immerhin lässt sich ihrem Vorbringen, insbesondere ihrem Schreiben vom 10.10.2005 an den Beklagten entnehmen, dass dessen Unternehmen in eine GmbH umgewandelt werden und die Klägerin Investoren suchen sollte, die bereit waren, sich an der GmbH zu beteiligen. Dazu sollte die Klägerin auf Weisung des Beklagten dessen betriebswirtschaftliche Situation anhand der von diesem übersandten Bilanzunterlagen ermitteln und die Finanzierung der Umstrukturierung mit der Sparkasse K. besprechen. Hierzu sollte die Klägerin, wie sich aus ihrem Schreiben vom 10.10.2005 und aus dem Schreiben des Beklagten vom 12.10.2005 ergibt, auch mit dem Steuerberater des Beklagten G. Kontakt aufnehmen. Für den Fall, dass die Umwandlung in eine GmbH nicht in Betracht kam, sollte die Klägerin nach Kaufinteressenten suchen, wie auch das Schreiben des Steuerberaters Dr. P. vom 4.9.2008 belegt.

Dabei ist mit dem Beklagten davon auszugehen, dass die Parteien als Berechnungsgrundlage der Vergütungsvereinbarung einen **Gesamtaufwand von 100 Stunden ins Auge gefasst** haben. Der Beklagte hat substantiiert dargetan, dass die Pauschalvereinbarung auf der Annahme eines solchen Zeitaufwands und eines Stundensatzes von 250 EUR basierte. Die Klägerin, die den Umfang ihres Auftrags darzulegen und zu beweisen hat, durfte sich daher nicht darauf beschränken, diesen Vortrag einfach zu bestreiten. Sie hätte vielmehr ihrerseits darlegen müssen, welcher andere Auftragsumfang vereinbart worden sei bzw. welche anderen Grundlagen für die Vergütungsvereinbarung maßgeblich gewesen seien. Dies gilt insbesondere deshalb, weil sie selbst vorgetragen hat, dass die Parteien an eine Stundenhonorarvereinbarung gedacht hätten, der Beklagte aber befürchtet habe, die dabei entstehenden Kosten nicht bezahlen zu können. Da sie dem Vortrag des Beklagten nicht substantiiert widersprochen hat, ist dieser als unstreitig anzusehen. Damit ist er auch nicht gemäß § 531 Abs. 2 ZPO ausgeschlossen (vgl. BGHZ 161, 138).

Angesichts der Vereinbarung eines solchen zeitlichen Umfangs der anwaltlichen Tätigkeit liegt es nahe, dass die Klägerin über die oben dargestellten Tätigkeiten hinaus Vertragsverhandlungen mit den von ihr gefundenen Investoren führen und Vertragsentwürfe für die Gründung einer GmbH sowie Entwürfe für Geschäftsführerverträge fertigen sollte, alternativ nach entsprechenden von ihr zu führenden Vertragsverhandlungen mit Kaufinteressenten Vertragsentwürfe für den Verkauf des Unternehmens.

(2) Diese **Leistungen hat die Klägerin** bis zum Zeitpunkt der Kündigung durch den Beklagten **nur in geringem Umfang erbracht**.

Von den acht Besprechungsterminen, die die Klägerin zwischen dem 8.2.2005 und dem 26.9.2005 in dieser Sache durchgeführt haben will, entfallen jedenfalls die ersten vier auf andere Mandate, die für den Beklagten zur damaligen Zeit ebenfalls bearbeitet wurden, weil sie vor März 2005 und damit vor Erteilung des hier betroffenen Auftrags stattfanden. (...)

(3) Diese von der Klägerin tatsächlich erbrachten Leistungen sind jedenfalls **mit dem** von dem Beklagten **insgesamt gezahlten Betrag von 10.000 EUR ausreichend abgegoiten**. Dieser Betrag entspricht ca. **einem Drittel** der vereinbarten Bruttovergütung. Dass der von der Klägerin erbrachte Arbeitsaufwand einen Anteil von einem Drittel der vereinbarten Leistungen überschritten hätte, hat diese nicht konkret vorgetragen und ist auch sonst nicht ersichtlich.

Dies gilt insbesondere auch deshalb, weil der mit der **Informationsbeschaffung** verbundene Aufwand deswegen relativ gering war, weil der Klägerin aufgrund der vorangegangenen Mandate wesentliche für die Bearbeitung dieses Auftrags erforderliche Informationen bereits bekannt waren (vgl. hierzu auch Senat, OLGR Düsseldorf 2009, 299). Auch in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat hat die Klägerin, auf diese Umstände hingewiesen, weiteren konkreten Vortrag nicht gehalten.

Dementsprechend hat die Klägerin einen Anspruch auf eine über einen Betrag von 10.000 EUR hinausgehende Teilvergütung nicht schlüssig dargetan. Ob die Klägerin in die Bearbeitung des Mandats tatsächlich nur eine Arbeitszeit von 10 Stunden investiert hat, wie der Beklagte behauptet, bedarf keiner Entscheidung, weil der Beklagte Rückzahlungsansprüche nicht geltend macht.

Für eine Herabsetzung des Honorars gemäß § 4 Abs. 4 RVG a.F. besteht kein Bedürfnis. Hat die Klägerin die vertraglich geschuldeten Leistungen tatsächlich zu einem Anteil von ca. einem Drittel erbracht, so ist ein entsprechender Honoraranspruch auch angemessen. War der Anteil der tatsächlich erbrachten Leistungen geringer, worauf es indes nicht ankommt, wäre auch der sich aus § 628 Abs. 1 BGB ergebende Vergütungsanspruch geringer, so dass das Herabsetzungsverfahren nach § 4 Abs. 4 RVG a.F. ebenfalls nicht zur Anwendung käme. (...) ■

Steuerberaterhaftung

- Inhalt und Umfang des Auftrags
- Belehrungspflicht
- Drohender Schaden
- Anerkennung von Verträgen mit Familienangehörigen
- Fremdvergleich
- Monatliche Mietzahlung
- Mitverschulden

(OLG Köln, Urt. v. 29.11.2006 – 8 U 36/06, rkr. nach Beschl. d. BGH v. 22.10.2009 – IX ZR 237/06, siehe Seite 99)

Leitsätze (d. Red.):

1. Den Steuerberater trifft eine Pflicht zur Belehrung, wenn konkrete Umstände erkennbar sind, nach denen dem Mandanten eine rechtliche oder tatsächliche Situation nicht bewusst ist und daraus ein Vermögensschaden entstehen kann.
2. Der Steuerberater ist verpflichtet, die Mandanten darauf hinzuweisen, dass die Anerkennung eines Mietvertrages unter Familienangehörigen als Geschäft „wie unter fremden Dritten“ eine wortgetreue Erfüllung des Vertrages erfordert.
3. Durch eine tatsächliche Verständigung im Rahmen der Betriebsprüfung unterbricht der Mandant nicht den Zurechnungszusammenhang zwischen der schuldhaften Pflichtverletzung des Steuerberaters und dem dadurch verursachten Schaden. ■

OLG Köln, Urt. v. 29.11.2006 – 8 U 36/06

Aus den Gründen:

I. Die Klägerinnen nehmen den beklagten Steuerberater wegen angeblicher Verletzungen seiner Vertragspflichten auf Schadenersatz in Anspruch.

Die Klägerin zu 1) betreibt in Köln als Alleingesellschafterin der B.L. Theater GmbH eine Kleinkunstabühne (im Folgenden: GmbH). Die GmbH verfolgt steuerbegünstigte gemeinnützige Zwecke im Sinne der Abgabenordnung. Zusammen mit ihrer Tochter – der Klägerin zu 2) – betreibt die Klägerin zu 1) zudem seit 1989 zu je 1/2 die B.L. GbR (im Folgenden: GbR), die das Theater bewirtschaftet. Der Beklagte war seit 1990/1991 Steuerberater der Klägerinnen als Einzelpersonen, der GbR und der GmbH. Er war beauftragt, die Bücher der beiden Gesellschaften zu führen, ihre Jahresabschlüsse zu fertigen sowie die Steuererklärungen für alle vier Mandantinnen abzugeben.

Anlässlich der Gründung der GbR übernahm diese durch Vereinbarung vom 19.12.1989 die Bewirtschaftung des Theaters. Unter Bezugnahme auf eine frühere Vereinbarung vom 9.9.1986 zwischen der Klägerin zu 1) und der GmbH verpflichtete sich die GbR zur Zahlung eines Mietzinses von monatlich 6.250 DM zzgl. MwSt. für die Übernahme der Bereiche „Gastronomie und Garderobe“ des Theaters und

einer allgemeinen Kostenübernahme bezüglich der im Übrigen von der Gastronomie mit verursachten Kosten. Deren Erfassung sollte anlässlich der Erstellung der jeweiligen Jahresabschlüsse erfolgen und betrug seinerzeit jährlich 75.000 DM zzgl. MwSt.

Im Sommer 1997 führte das Finanzamt Köln-Mitte eine Betriebsprüfung bezogen auf die Geschäftsjahre 1990 bis 1995 (GmbH) bzw. 1992 bis 1995 (GbR) durch. In den Betriebsprüfungsberichten vom 14.8.1997, die auf die einvernehmliche Schlussbesprechung in Anwesenheit der Klägerin zu 1) und des Beklagten am 28.7.1997 folgten, wurde u.a. die Buchführung der Gesellschaften als „insgesamt nicht ordnungsgemäß“ bemängelt. Es wurde festgestellt, dass in erheblichem Umfang nicht nachvollziehbare bzw. nicht aufklärbare Buchungen vorgenommen worden seien. Darüber hinaus wurden – „mangels Gestaltung und Durchführung wie unter fremden Dritten“ – die Buchungen der GmbH für Mietaufwand und sonstige Kostenübernahmen nicht anerkannt.

Infolge der Betriebsprüfung kam es zu (bestandskräftigen) Folgebescheiden gegenüber den Gesellschaften und den Klägerinnen persönlich und damit zu einer höheren Festsetzung von Gewerbe- und Einkommensteuer. Die Klägerinnen begehren Ersatz der angefallenen Mehrsteuern. Einen Antrag auf Ersatz der Aufwendungen, die durch die Hinzuziehung eines anderen Steuerberaters entstanden sind, verfolgen sie nach Abweisung der Klage insoweit nicht weiter.

Die Klägerinnen sind der Ansicht gewesen, dass der Beklagte es zu vertreten habe, wenn das Finanzamt die durchgeführte Vertragskonstruktion zwischen GmbH und GbR nicht als „wie unter fremden Dritten“ anerkannt habe. Sie haben behauptet, dass die Zahlungen der GbR an die GmbH nicht als Betriebsausgaben der GbR und Einnahmen der GmbH anerkannt worden seien, sei darauf zurückzuführen, dass die Zahlungen nicht jeweils bei Fälligkeit nach Maßgabe des Vertrages, sondern erst anlässlich der Jahresabschlüsse geleistet und verbucht worden seien. Aufgabe des Beklagten sei es aber gewesen, für ein entsprechend klares Vertragswerk und eine steuerlich strikte Durchführung zu sorgen, damit die Zahlungen der GbR an die GmbH als „wie unter fremden Dritten“ hätten anerkannt werden können.

Die steuerliche Mehrbelastung sei im Wesentlichen hierauf zurückzuführen. Der Gesamtmehrbetrag aus den geänderten Gewerbesteuerbescheiden von 90.143 DM ist von den Klägerinnen jeweils zur Hälfte – mithin in Höhe von 45.071,50 DM (= 23.044,69 EUR) – als Schadenersatz geltend gemacht worden. Als Mehrbelastung hat die Klägerin zu 1) für 1992 bis 1995 an Einkommensteuer 95.146 DM, an Kirchensteuer 8.473,95 DM und an Solidaritätszuschlägen 2.189,39 DM geltend gemacht; zzgl. Zinsnachzahlungen in Höhe von 13.598 DM ergebe sich ein Gesamtschaden von 119.407,34 DM, von dem sie – nach teilweiser Klagerücknahme – 115.238,63 DM (= 58.920,58 EUR) geltend macht. Die Klägerin zu 2) hat als Mehrbelastung für 1992 bis 1995 an Einkommensteuer 91.204 DM, an Kirchensteuer 8.208,36 DM und an Solidaritätszuschlägen

2.111,76 DM geltend gemacht. Zzgl. Zinsnachzahlungen in Höhe von 13.612 DM ergebe sich ein Gesamtschaden von 115.136,62 DM, von dem sie – nach teilweiser Klagerücknahme – 113.896,69 DM (= 58.234,45 EUR) geltend macht.

(Anträge ...)

Der Beklagte, der die Einrede der Verjährung erhoben hat, hat behauptet, dass die Vertragskonstruktion zwischen der GmbH und der GbR im Wesentlichen auf Betreiben des damaligen Rechtsberaters der Klägerin zu 1), Herrn Rechtsanwalt Dr. C., gewählt und schon vor 1990 praktiziert worden sei. Er ist der Ansicht gewesen, seine Vertragspflichten sach- und fachgerecht erfüllt zu haben. Die ihm zur Verfügung gestellten Buchungsunterlagen habe er zutreffend ausgewertet und verbucht. Die Unterlagen auf ihre inhaltliche Richtigkeit zu überprüfen, habe nicht zu seinen Aufgaben gehört. Dass er die Pachtzahlungen nicht monatlich, sondern zum Jahresende gebucht habe, habe allein daran gelegen, dass die Zahlungen der GmbH nicht monatlich geflossen seien. Den Umstand, dass die Buch- und Kassenführung unzulänglich gewesen sei, habe nicht er zu verantworten. Im Gegenteil habe er die Klägerinnen im fraglichen Zeitraum mehrfach auf diese Unzulänglichkeiten hingewiesen. Dass die Klägerinnen die auf Grundlage des Ergebnisses der Betriebsprüfungen erlassenen geänderten Steuerbescheide – entgegen seinem angeblichen ausdrücklichen Rat – nicht angefochten hätten, sei ihnen selbst anzulasten.

Der Beklagte ist schließlich der Ansicht gewesen, den Klägerinnen sei auch kein Schaden entstanden, weil sie die neu festgesetzten Steuern ohnehin zu zahlen gehabt hätten. (...)

Das Landgericht hat die Klage – nach Einholung eines Gutachtens des Sachverständigen R. – nur zum Teil für begründet erachtet und den Beklagten verurteilt, den Klägerinnen jeweils zwei Drittel der geltend gemachten steuerlichen Mehrbelastung – nämlich 54.643,59 EUR an die Klägerin zu 1) und 54.186,09 EUR an die Klägerin zu 2) – zzgl. Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 11.10.2000 zu zahlen; im darüber hinausgehenden Teil hat es die Klage abgewiesen.

Zur Begründung hat es ausgeführt, die Klägerinnen könnten vom Beklagten Schadenersatz verlangen, weil dieser in vorwerfbarer Weise seine Pflichten aus dem zwischen den Parteien bestehenden Steuerberatungsverhältnis verletzt und dadurch ursächlich dazu beigetragen habe, dass ihnen und den von ihnen repräsentierten Gesellschaften Steuernachteile entstanden seien, die ohne sein Verschulden nicht entstanden wären. Jedoch sei den Klägerinnen in diesem Zusammenhang ein eigenes (Mit-)Verschulden vorzuwerfen, so dass sie unter Anrechnung einer Eigenhaftungsquote von einem Drittel nur zwei Drittel des entstandenen Schaden ersetzt verlangen könnten.

Dass die Zahlungen der GbR an die GmbH an Pachtzinsen und Kostenpauschale in den Jahren 1992 bis 1995 vom Finanzamt nicht als Betriebsausgaben anerkannt worden

seien, sei darauf zurückzuführen, dass der Pachtzins nicht monatlich und die Kostenerstattungen nicht nach Anfall, sondern beides jährlich gezahlt worden sei, woraus das Finanzamt den Schluss gezogen habe, dass es sich bei dem Vertragsverhältnis zwischen GmbH und GbR nicht um einen Vertrag „wie unter fremden Dritten“ gehandelt habe. Dies habe dazu geführt, dass den Klägerinnen ein Steuerschaden in der zuletzt geltend gemachten Höhe entstanden sei. Dass die Zahlungen nicht vom Beklagten, sondern von den Klägerinnen veranlasst worden seien, sei ohne Bedeutung. Entscheidend sei, dass dem Beklagten als Fachmann das Kritische der Vertragsstruktur hätte bewusst sein müssen und er dementsprechend gehalten gewesen sei, gegenüber den Klägerinnen darauf hinzuwirken, dass ein – im Verhältnis zum Finanzamt – unverfänglicher Vertragstext gewählt und der Vertrag strikt in der Weise durchgeführt werde, dass das Finanzamt keinen Anlass zur Beanstandung gehabt hätte.

Nach den Ausführungen des Sachverständigen habe die Kammer keinen Zweifel daran, dass es nicht zu der Beanstandung und damit auch nicht zu den neuen Steuerbescheiden für die Jahre 1992 bis 1995 gekommen wäre, wenn der Beklagte den Klägerinnen dies dringend nahegelegt hätte.

Der Beklagte könne auch nicht einwenden, dass die Klägerinnen gegen die neuen Steuerbescheide hätten Einspruch einlegen müssen. Gleichgültig, ob der Beklagte den Klägerinnen dies empfohlen habe und ob die Beanstandung gerichtlich Bestand gehabt hätte, hätte sich ein Rechtsstreit schon deshalb verboten, weil das Finanzamt auch die unzulängliche Kassenführung der Gesellschaften beanstandet habe. Bei einer Anfechtung der Steuerbescheide hätte daher ein (Teil-)Obsiegen bezüglich der Anerkennung der Betriebsausgaben einen mindestens ebenso großen Verlust in dem anderen angreifbaren Komplex der Kassenführung hervorrufen können. Habe aber schon der Sachverständige aus rückblickender Sicht erhebliche Bedenken gegen die Tunlichkeit eines Rechtsmittels gegen die Steuerbescheide gehabt, so könne den Klägerinnen unter dem Gesichtspunkt des Mitverschuldens kein Vorwurf gemacht werden, dass sie die neuen Steuerbescheide haben rechtskräftig werden lassen.

Ein Mitverschulden an der Entstehung des – als bewiesen erachteten – Schaden ist den Klägerinnen nach Ansicht des Landgericht jedoch deswegen anzulasten, weil diese die unzureichende Kassen- und Belegsituation selbst verschuldet und der Beklagte die Bücher nur anhand der ihm übergebenen Unterlagen geführt hätten. Auch ohne besonderen Hinweis hätte sich den Klägerinnen die Notwendigkeit eines geordneten Belegwesens erschließen müssen.

Der Beklagte hat gegen das Urteil form- und fristgerecht Berufung eingelegt und sein Rechtsmittel, mit dem er seinen Antrag auf vollständige Abweisung der Klage weiterverfolgt, ordnungsgemäß begründet. Darin bestreitet er eine Pflichtverletzung und ihre Kausalität für den behaupteten Schaden. Er behauptet ein höheres Mitverschulden der Klägerinnen, bestreitet die Schadenhöhe und bekräftigt die Einrede der Verjährung.

Im Einzelnen rügt der Beklagte, dass in dem angefochtenen Urteil eine substantiierte Definition des Pflichtenkreises des Beklagten und die erforderlichen tatsächlichen Feststellungen einer Pflichtverletzung fehlten. Weder habe sich das Urteil allgemein mit Inhalt und Umfang der dem Steuerberater obliegenden Pflichten und dem Problem einer möglichen Überspannung mandatsbezogener Pflichten auseinandergesetzt, noch lege es substantiiert dar, welches Verhalten des Beklagten schadenursächlich gewesen sein soll. Das Landgericht unterstelle einen Verstoß des Vertragswerks oder dessen Handhabung gegen den sog. Fremdvergleich, obwohl weder die Verträge vom 9.9.1986 und 19.12.1989 noch ihre Durchführung steuerschädlich gewesen seien. Der Umstand allein, dass die Finanzverwaltung einen Verstoß gegen den Fremdvergleich bejaht habe, lasse nicht den Schluss zu, dass dieser auch wirklich vorgelegen habe.

Die Durchführung der Verträge zwischen GmbH und GbR sei in Wirklichkeit nicht zu beanstanden gewesen. Unverständlich sei daher, dass das Landgericht die jährliche anstelle einer monatlichen Pachtzahlung kritisiere, wo doch der Vertrag vom 9.9.1986 ausdrücklich eine Jahrespacht vorgesehen und der Folgevertrag vom 19.12.1989 die Pacht zwar monatlich kalkuliert, aber keine (monatliche) Fälligkeit vereinbart habe. Die Konzeption des Miet- und Kostenübernahmevertrags sei nicht dem Beklagten zuzurechnen, da nicht er, sondern Rechtsanwalt C. diesen Vertrag im Auftrag der Klägerinnen entworfen habe. Er – der Beklagte – habe keinen Anlass gehabt, den Mietvertrag zu beanstanden, weil er den Vertrag weder entworfen noch einen Auftrag zu seiner steuerrechtlichen Überprüfung gehabt habe. Eine Jahrespacht habe nichts Unübliches an sich gehabt.

Der Beklagte bestreitet jeglichen Pflichtverstoß im Zusammenhang mit der Betriebsprüfung 1997. Er meint, dass das von den Klägerinnen in der Schlussbesprechung akzeptierte Verhandlungsergebnis der Betriebsprüfung von vornherein einer Nachprüfung entzogen sei, weil es einem „kaufmännischen Geben und Nehmen“ entspreche. Im Übrigen hätten die Klägerinnen das Ergebnis der Betriebsprüfung persönlich ausdrücklich akzeptiert.

Der Beklagte behauptet, die Klägerinnen „unter dem Strich“ sogar vor einem höheren Schaden bewahrt zu haben, indem er ihnen zur Annahme des Vorschlags des Finanzamts geraten habe, das aus den Mängeln der Buchhaltung keine nachteiligen Konsequenzen ziehen wollte, wenn die Klägerinnen im Gegenzug die Kürzung der zurückgestellten Pachtverbindlichkeiten der GbR gegenüber der gemeinnützigen GmbH akzeptierten. Hätten die Klägerinnen diesen Vorschlag nicht akzeptiert, hätte das Finanzamt die Feststellung im Betriebsprüfungsbericht, wonach die gesamte Buchführung nicht ordnungsgemäß sei, zum Anlass genommen, die Buchführung zu verwerfen und durch eine Schätzung zu ersetzen. Die hieraus zu erwartende Steuermehrbelastung wäre höher gewesen als die Belastung aus der effektiven Nachveranlagung. In diesem Fall wäre zudem die Gemeinnützigkeit der GmbH gefährdet gewesen, was für die Klägerinnen ein hohes wirtschaftliches und persönliches Risiko bedeutet hätte.

Der Beklagte ist der Ansicht, die Klägerinnen hätten die Bestandskraft der Nachveranlagung selbst herbeigeführt, weil sie die Änderungsveranlagungen – gegen seinen Rat – nicht angefochten hätten, obwohl damit zu rechnen gewesen wäre, dass spätestens das Finanzgericht die Änderungsbescheide aufgehoben hätte. Darüber hinaus verdrängten die Mitverschuldensbeiträge der Klägerinnen jedes eventuelle Verschulden des Beklagten. Der Beklagte bestreitet den geltend gemachten Schaden dem Grund und der Höhe nach. Eine substantiierte Vergleichsrechnung der Klägerinnen – der Gesamtvermögensvergleich – fehle. Sie hätte im Übrigen dem Umstand Rechnung tragen müssen, dass es sich bei dem Mietvertrag um einen nichtigen Scheinvertrag gehandelt habe. Der Beklagte erhebt schließlich der Beklagte die Einrede der Verjährung. (...)

(Anträge ...)

Die Klägerinnen verteidigen das angefochtene Urteil, soweit es die Klage zugesprochen hat und bekräftigen ihre Ansicht, dass der Beklagte eine ihm obliegende Pflicht verletzt habe, wodurch ihnen ein Schaden entstanden sei. Sie stellen jegliches Mitverschulden sowie den Eintritt der Verjährung in Abrede.

Die im Rahmen der Betriebsprüfung erhobenen Beanstandungen fielen ihres Erachtens nicht in den Verantwortungsbereich der Klägerinnen, sondern in den des Beklagten. Dessen Pflichtverletzung bestehe zum einen darin, dass dieser die unklare Vereinbarung vom 19.12.1989 zu verantworten habe. Zum anderen hätte er dafür sorgen müssen, dass die Vereinbarung zwischen GmbH und GbR wortgetreu „wie unter fremden Dritten“ durchgeführt werde. Die Pflichtverletzung des Beklagten sei auch für die infolge der Betriebsprüfungen durchgeführten Änderungen der Gewerbesteuer- und Einkommensteuerbescheide kausal gewesen.

Ein Mitverschulden sei den Klägerinnen ihres Erachtens nicht anzulasten. Insbesondere hätten sie nicht dadurch gegen § 254 Abs. 2 BGB verstoßen, dass sie davon absahen, gegen die Neufestsetzung von Gewerbe- und Einkommensteuer Rechtsbehelfe einzulegen. Denn angesichts der strikten Rechtsprechung des BFH zum Fremdvergleich von Verträgen zwischen nahen Angehörigen pp. sei ein Rechtsmittel von vornherein aussichtslos gewesen. Dass ein der herrschenden Meinung entsprechender Steuerbescheid hingenommen werde, könne ihres Erachtens keinen Verstoß darstellen. Letztlich komme es hierauf aber gar nicht an, weil der Beklagte – entgegen der von ihm ohne Beweisantritt aufgestellten Behauptung – den Klägerinnen niemals geraten habe, einen Rechtsbehelf einzulegen. (...)

Die Klägerinnen haben gegen das Urteil form- und fristgerecht Anschlussberufung eingelegt und begründet. Mit ihr verfolgen sie ihren erstinstanzlichen Klageantrag insoweit weiter, als es um die Erstattung des restlichen Drittels ihrer angeblichen steuerlichen Mehrbelastung geht.

(Anträge ...)

II. Die zulässige Berufung des Beklagten und die Anschlussberufung der Klägerinnen haben in der Sache keinen Erfolg. Das Landgericht hat den Beklagten im Ergebnis zu Recht und mit weitgehend zutreffender Begründung dazu verurteilt, an die Klägerinnen Schadenersatz in Höhe von zwei Drittel der angefallenen steuerlichen Mehrbelastung (Mehrsteuern) zu zahlen, nämlich 54.643,59 EUR an die Klägerin zu 1) und 54.186,09 EUR an die Klägerin zu 2).

Auch die zulässige Anschlussberufung ist in der Sache ohne Erfolg. Die Entscheidung des Landgerichts beruht weder auf einer Rechtsverletzung, noch rechtfertigen die im Berufungsverfahren zugrunde zu legenden Tatsachen (§§ 529, 531 ZPO) eine andere Entscheidung (§ 513 ZPO).

Auf das Rechtsverhältnis zwischen den Klägerinnen und dem Beklagten sind die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs in der bis zum 31.12.2001 geltenden Fassung anwendbar, da es vor dem 1.1.2002 entstanden ist (Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB). Zu Recht hat das Landgericht einen Schadenersatzanspruch der Klägerinnen gegen den Beklagten nach den bis zum 31.12.2001 nicht kodifizierten Grundsätzen der positiven Vertragsverletzung in Höhe der ausgerichteten Summe bejaht.

1. Entgegen der Auffassung des Beklagten hindert der Umstand, dass die Klägerinnen anlässlich der **Betriebsprüfung mit dem Finanzamt einvernehmlich zu einem Verhandlungsergebnis** gelangt sind, nicht von vornherein jegliche Nachprüfung einer Pflichtverletzung des Beklagten. Eine Grundlage dafür, dass das Ergebnis der Schlussbesprechung mit den Vertretern des Finanzamts, eine prozessuale Einrede bilden könnte, ist nicht ersichtlich. Selbst wenn in der Vereinbarung eine Art Vergleich sollte gesehen werden könne, würde dies die Prüfung des objektiven und subjektiven Tatbestandes einer positiven Vertragsverletzung durch den Beklagten nicht von vornherein ausschließen, sondern wäre allenfalls dazu geeignet, im Ergebnis („unter dem Strich“) trotz Pflichtverletzung einen Schaden zu verneinen, weil möglicherweise infolge geschickter Verhandlung mit der Finanzverwaltung die Realisierung des Schadens vermieden worden ist. Dies allerdings wäre eine Frage der Kausalität oder der Schadenhöhe.

2. Der Beklagte hat eine ihm aufgrund des Steuerberatervertrages mit den Klägerinnen obliegende Pflicht schuldhaft verletzt.

a) **Inhalt und Umfang der Pflichten des Steuerberaters** im Einzelnen richten sich nach dem erteilten Auftrag und damit nach den Besonderheiten des Einzelfalls (BGH, MDR 1980, 1980, 303). Der Beklagte war hier nicht allgemein mit der Wahrnehmung aller steuerlichen Interessen des Auftraggebers betraut, sondern **er war lediglich ab 1990/1991 damit beauftragt, die Bücher der beiden Gesellschaften zu führen, ihre Jahresabschlüsse zu fertigen sowie die Steuererklärungen für die beiden Gesellschaften und die Klägerinnen persönlich abzugeben**. Im Jahr 1989 hatte er zudem den Entwurf der Vereinbarung vom 19.12.1989 angefertigt. Aber auch wenn der Beklagte den Klägerinnen in der Zeit **von 1990 bis 1995**

daher nicht unmittelbar die Schaffung der vertraglichen Grundlagen für eine möglichst günstige steuerliche Veranlagung schuldete und auch nicht unmittelbar dafür verantwortlich war, die Durchführung der Vereinbarung vom 19.12.1989 zu beaufsichtigen und insbesondere auf einer strikten monatlichen Begleichung (Buchung) der Forderungen der GbR gegen die GmbH zu bestehen, hat eine solche Pflicht des Beklagten doch als nebenvertragliche Schutzpflicht bestanden. Diese Pflicht hat der Beklagte – wie das Landgericht im Ergebnis zu Recht erkannt hat – schuldhaft verletzt.

aa) Den Steuerberater trifft eine **Pflicht zur Belehrung, wenn konkrete Umstände erkennbar sind, nach denen dem Mandanten eine rechtliche oder tatsächliche Situation nicht bewusst ist und daraus ein Vermögensschaden entstehen kann** (BGH, NJW 1998, 1486; Gräfe/Lenzen/Schmeer, Steuerberaterhaftung 4. Aufl. 2006, Rdnr. 259). Grundsätzlich bestehen Belehrungspflichten nur innerhalb eines Steuerberatervertrages; sie richten sich nach dem Vertragsinhalt und dem konkreten Sachverhalt (Gräfe/Lenzen/Schmeer, a.a.O., Rdnr. 260). Indes hat der Steuerberater den Auftraggeber auch ungefragt über die bei der Erledigung des Auftrags auftauchenden steuerlichen Fragen zu belehren, insbesondere über die Möglichkeit der Steuerersparnis (Gräfe/Lenzen/Schmeer, a.a.O., Rdnr. 260 m.w.N.).

Muss der Beklagte den Mandanten belehren, dann hat er dies umfassend und erschöpfend zu tun, ohne dass er aber eine besondere Nachdrücklichkeit oder Eindringlichkeit an den Tag legen müsste (Gräfe/Lenzen/Schmeer, a.a.O., Rdnr. 266, S. 189 m.w.N.). Hat er ihn belehrt, braucht er nicht regelmäßig die Realisierung des Rats zu überprüfen, wenn er hierzu keinen Auftrag erhalten hat.

Fallen ihm im Rahmen der Jahresabschlussarbeiten Fehler bei der Durchführung der von ihm vorgeschlagenen Maßnahme auf, muss er dem Mandanten sachdienliche Hinweise geben. Scheitert beispielsweise die **Anerkennung der Betriebsteilung (unter Ehegatten)** im Wesentlichen an einer unzureichenden Durchführung der Betriebsteilung, weil sie nicht den Erfordernissen des sog. Fremdvergleichs entsprach, ist zu prüfen, ob der Berater während der tatsächlichen Durchführung der Betriebsteilung in dem gebotenen Maße begleitend beraten oder ob der Mandant sich der Beratung entzogen hat (BGH, NJW 1995, 2842; Gräfe/Lenzen/Schmeer, a.a.O., Rdnr. 266, S. 190).

bb) Auf den vorliegenden Fall angewandt folgt aus diesen Grundsätzen, dass der Beklagte im Lauf der Jahre 1990 bis 1995, als er mit der Buchführung, der Erstellung der Jahresabschlüsse und der Fertigung der Steuererklärungen befasst war, auch verpflichtet war, die Klägerinnen darauf hinzuweisen, dass die Anerkennung der Vereinbarung vom 19.12.1989 **als Geschäft „wie unter fremden Dritten“ eine wortgetreue Erfüllung des Vertrages erfordere und es hiermit – nach den strengen Anforderungen, die die Finanzverwaltung an Geschäfte unter Angehörigen anzulegen pflegt – nicht vereinbar sei, den monatlich vereinbarten Mietzins erst nach dem Jahresabschluss zu buchen**. Denn ein „fremder Dritter“

in diesem Sinne würde seinem Mieter den Mietzins nicht ohne vertragliche Vereinbarung und schon gar nicht ohne finanziellen Ausgleich bis zu zwölf Monate stunden.

Als Autor der Vereinbarung vom 19.12.1989 und Fachmann auf dem Gebiet des Steuerrechts mussten dem Beklagten die **strengen Maßstäbe** zumindest bekannt gewesen sein, **unter denen die Finanzverwaltung ausschließlich bereit ist, einen Fremdvergleich zu bejahen**. Auch wenn der Beklagte 1989 nur einen begrenzten Beratungsauftrag (Vereinbarung/Denkmodell) und ab 1990/1991 begrenzte andere Aufträge hatte, kannte er die steuerrechtliche Problematik von GbR und GmbH genau. Aus dieser Kenntnis ergab sich in Verbindung mit der dauerhaften Beschäftigung des Beklagten in den Angelegenheiten Buchführung/Steuererklärung Jahresabschlüsse die dargestellte Aufklärungspflicht des Beklagten.

cc) Eine Belehrung hätte allenfalls entbehrlich gewesen sein können, dies aber nur wenn der Beklagte die Belehrung bereits einmal erteilt hätte und er weder zu einer Wiederholung noch zu besonderem Nachdruck verpflichtet gewesen wäre oder weil die Klägerinnen selbst oder aufgrund anderweitigen Rats hinreichend sachkundig waren und seiner Belehrung nicht bedurften (*vgl. zu den verschiedenen Fallgruppen Gräfe/Lenzen/Schmeer, a.a.O., Rdnr. 267 m.w.N.*). Dies ist jedoch nicht der Fall gewesen.

Dass der Beklagte die Klägerinnen darauf **hingewiesen** hätte, dass eine wortgetreue Erfüllung des Vertrages erforderlich sei und sich deshalb eine jährliche Buchung des auf Monatsraten heruntergebrochenen Mietzinses verbiete, behauptet der Beklagte selbst nicht. Er behauptet lediglich, die Klägerinnen mehrfach auf ihre lückenhafte Buchhaltung angesprochen zu haben, die aber die Verneinung erfolgreichen Fremdvergleichs nicht vermieden hätte.

Über **eigene Sachkunde** verfügten die Klägerinnen, was die Problematik um den Vergleich mit einem „fremden Dritten“ anbelangt, ebenfalls nicht. Dass sie 1989 oder früher – sei es durch den Beklagten oder den damals für sie tätigen Rechtsanwalt C. – über diese Problematik belehrt worden wären, weshalb sie sich als „sachkundig“ hätten behandeln lassen müssen, ist nicht ersichtlich. Gleiches gilt für die Jahre 1990 bis 1995. Mithin bedurfte es unverändert der Beratung durch den Beklagten.

dd) Soweit der Beklagte bestreitet, dass die Durchführung des Vertrages einem Fremdvergleich nicht standgehalten hat und auch nicht zu beanstanden gewesen wäre, dass die Parteien keine monatliche, sondern eine jährliche Buchung des Mietzinses praktizierten, weil der Vorgängervertrag vom 9.9.1986 ausdrücklich eine **Jahrespacht** vorsah und der Folgevertrag vom 19.12.1989 eine monatliche Fälligkeit nicht ausdrücklich vorschrieb, überzeugt dies nicht. Dass die **Beträge monatlich fällig werden sollten**, steht außer Frage. Denn abgesehen von der Präambel, der keine weitere Bedeutung zukommt, unterscheiden sich die Vereinbarungen vom 9.9.1986 und 19.12.1989 gerade eben darin, dass in dem jüngeren Vertrag die Festpacht von vormals 187.500

DM für 15 Monate (9.9.1986) auf monatlich 6.250 DM umgelegt wurde. Auch wenn der Vertrag vom 19.12.1989 die Fälligkeit des Mietzinses nicht ausdrücklich festschreibt, ist diese Vereinbarung zweifelsfrei dahin auszulegen, dass die neuerdings mit einem Monatsbetrag angegebenen Beträge auch monatlich fällig werden sollten (§ 271 BGB).

Darüber hinaus hat auch der Sachverständige festgestellt, dass die mangelnde Anerkennung durch das Finanzamt darauf beruht haben dürfte, dass die Klägerinnen die Vereinbarung nicht förmlich eingehalten haben. Dieser plausiblen Erklärung des Sachverständigen hat der Beklagte nichts Stichhaltiges entgegengesetzt. Zuzustimmen ist dem Beklagten lediglich in der Annahme, dass es unbedenklich gewesen sein dürfte, die „Allgemeine Kostenübernahme“ einmal jährlich zu begleichen. Denn diese Position war auch nach dem Inhalt der jüngeren Vereinbarung vom 19.12.1989 nicht in Monatsbeträgen ausgewiesen. Indes ist dieser Umstand ohne entscheidenden Einfluss auf den Vergleich mit einem „fremden Dritten“, der an nicht eingehaltenen Monatsraten scheiterte.

ee) Auch der Umstand schließlich, dass der Beklagte die Klägerinnen unstreitig **auf die Unzulänglichkeiten ihrer Buchhaltung und Kassenführung hingewiesen** hat, ändert an seiner Pflichtverletzung bezogen auf den Fremdvergleich und die Monatszinsen nichts. Denn dies änderte nichts an der Praxis, den Mietzins jährlich zu buchen.

b) Der Beklagte hat die objektive Pflichtverletzung, die mithin darin besteht, es unterlassen zu haben, die Klägerinnen auf die Erforderlichkeit einer strikten Durchführung des Vertrages vom 19.12.1989 hinzuweisen, auch zu vertreten, da es ihm nicht gelungen ist, die in Analogie zu § 282 BGB a.F. geltende Verschuldensvermutung zu widerlegen.

3. Die Pflichtverletzung des Beklagten ist für den eingetretenen und geltend gemachten **Schaden auch kausal** geworden.

a) Bei einem Schadenersatzanspruch aus Vertragsverletzung gehört der Ursachenzusammenhang zwischen der Pflichtverletzung und dem Eintritt eines daraus erwachsenen allgemeinen Vermögensschadens nicht zur haftungsbegründenden, sondern zur haftungsausfüllenden Kausalität. Für seinen **Nachweis** gelten daher **nicht die strengen Beweis-anforderungen des § 286 ZPO, sondern die in § 287 ZPO vorgesehenen Beweiserleichterungen** (OLG Düsseldorf, GI 2003, 60). Bei der Beurteilung der haftungsausfüllenden Kausalität kommen dem Mandanten eines Steuerberaters die Beweiserleichterungen des § 287 ZPO und des Anscheinsbeweises zugute. Dies gilt auch für die Frage, wie er sich bei richtiger Beratung verhalten hätte. Die **„Vermutung beratergerichtigen Verhaltens“** gilt bei Verträgen mit Rechtsanwälten und Steuerberatern jedenfalls dann, wenn nach der Lebenserfahrung bei vertragsgemäßer Leistung des Beraters für den Mandanten nur eine einzige sinnvolle Entscheidungsmöglichkeit bestand, durch die der ihm entstandene steuerliche Nachteil vermieden worden wäre (*vgl. BGH, NJW 1993, 3259; OLG Düsseldorf, GI 2003, 86*).

b) Dies zugrunde gelegt ergibt sich, dass die unterlassene Aufklärung durch den Beklagten ursächlich ist für die Änderungsbescheide des Finanzamts. Hätte der Beklagte den Hinweis erteilt, hätten sich die Klägerinnen nach dem unwiderlegten Beweis des ersten Anscheins **beratungskonform verhalten, monatliche Zahlungen bzw. Buchungen vorgenommen** und so verhindert, dass das Finanzamt einen Fremdvergleich verneint, den Geschäften zwischen GbR und GmbH also die Anerkennung versagt und die geänderten Feststellungsbescheide vom 30.9.1997 erlässt. Hierdurch wären die Steuernachforderungen vermieden worden, die die Klägerinnen mit Recht als Schaden ersetzt verlangen.

Soweit der Beklagte auch in der Berufungsinstanz bestreitet, dass das Finanzamt bei einer strikten Durchführung des Vertrages vom 19.12.1989 die Steuernachforderungen nicht erhoben hätte, wird auf die überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen R. Bezug genommen, der sich aufgrund seiner beruflichen Erfahrung das Verhalten des Finanzamts nur damit erklären konnte, dass das Finanzamt eben die strikte Einhaltung der formalen Bestimmungen der Vereinbarung vom 19.12.1989 vermisste. An der Richtigkeit dieser Feststellung bestehen – zumal vor dem Hintergrund der bekannten strengen Behandlung von Ehegattenarbeitsverträgen und anderen Geschäften unter Familienangehörigen durch die Finanzverwaltung – keine begründeten Zweifel.

c) Entgegen der Ansicht des Beklagten haben die Klägerinnen die **Kausalkette auch nicht durch eigenes Verhalten durchbrochen**, indem sie die Bestandskraft der Nachveranlagung etwa selbst herbeigeführt hätten. Zwar hält der Beklagte seine Behauptung aufrecht, die Klägerinnen hätten seinem Rat zuwider die Änderungsveranlagungen nicht angefochten, obwohl damit zu rechnen gewesen wäre, dass spätestens das Finanzgericht die Änderungsbescheide aufgehoben hätte. Zu Recht hat jedoch bereits das Landgericht diesen Einwand für unerheblich erachtet, weil ein eventueller Rechtsstreit mit einem den Klägerinnen nicht zumutbaren Risiko verbunden gewesen wäre. Da das Finanzamt auch die unzulängliche Kassenführung der Gesellschaften beanstandet hatte, hätte die Anfechtung der Steuerbescheide selbst im Fall eines (Teil-)Obsiegens bezüglich der Anerkennung der Betriebsausgaben einen ebenso großen oder größeren Verlust in dem Bereich der Kassenführung hervorrufen können, da insoweit ein Steuerschätzung zu befürchten gewesen wäre.

4. Zu Recht hat das Landgericht den Klägerinnen allerdings ein **Mitverschulden** bei der Entstehung des Schadens angelastet, das es mit einem Drittel angemessen bewertet hat.

a) Stellte man allein auf die jährliche anstatt monatliche Mietzinszahlung ab, so wäre ein Mitverschulden der Klägerinnen allerdings zu verneinen, weil den Klägerinnen letztlich nicht vorgeworfen werden kann, die Mieten nicht monatlich, sondern jährlich gebucht zu haben. Zwar haben sie dies bewusst getan. Jedoch ist mangels anderer Anhaltspunkte davon auszugehen, dass sie die hiermit verbundene Gefahr nicht erkannt hatten und nicht erkennen konnten.

Zu bejahen ist ein Mitverschulden der Klägerinnen aber gleichwohl, weil nach der Überzeugung des Senats – in Übereinstimmung mit der angefochtene Entscheidung – **die insgesamt mangelhafte Buch- und Kassenführung der Klägerinnen mitursächlich für die Ablehnung des Fremdvergleichs** war. Zwar steht die Feststellung des Finanzamts, wonach die „im Jahresabschluss eingebuchten Mieterträge und so. Kostenübernahmen der GbR ... mangels Gestaltung und Durchführung wie unter fremden Dritten nicht anzuerkennen (sei)“, nicht unmittelbar im Zusammenhang mit der mangelhaften Buch- und Kassenführung. Jedoch verstärkte sie den **Eindruck eines ungeordneten Wirtschaftens** der Klägerinnen.

Die insgesamt mangelhafte Buch- und Kassenführung rundete das Bild zweier nicht ernstlich auf Trennung angelegter, „wie unter fremden Dritten“ betriebener Unternehmungen ab, das sich den Prüfern bei der Betriebsprüfung bot. Konnten die Prüfer „nur“ wegen der auf das Jahresende verlegten, also gestundeten Mietzinsforderungen noch daran zweifeln, dass kein fremdgeschäftsgleiches Geschäft durchgeführt wurde, so musste doch die in mehrfacher Hinsicht mangelhafte, insgesamt nicht ordnungsgemäße Buch- und Kassenführung den **Eindruck einer bewusst nachlässigen Geschäftsführung hervorrufen, bei der es den Beteiligten nicht ernsthaft auf eine effektive Trennung der Gesellschaften ankam**. Letzte Zweifel daran, dass kein fremdgeschäftsgleiches Geschäft abgewickelt wurde, konnten hierdurch ausgeräumt werden.

Die nicht ordnungsgemäße Buch- und Kassenführung ist den Klägerinnen auch vorwerfbar. Denn die Klägerinnen betätigten sich seit Jahren – die Klägerin zu 1) seit Jahrzehnten – selbstständig im Wirtschaftsleben. Über die elementare Bedeutung einer ordnungsgemäßen Buch- und Kassenführung musste sie niemand besonders aufklären müssen, abgesehen davon, dass der Beklagte dies zudem getan hat.

b) Mit dem Landgericht ist jedoch die Ansicht des Beklagten, die Mitverschuldensbeiträge der Klägerinnen verdrängten jedes denkbare Verschulden des Beklagten, abzulehnen. **Mit einem Drittel ist die Mitverschuldensquote angemessen** festgesetzt. Sie berücksichtigt hinreichend, dass auch die Klägerinnen Berufspflichten, nämlich ihnen als Gesellschafterinnen und Geschäftsführerinnen obliegende Pflichten, verletzt haben. Ihr Mitverschulden beschränkt sich jedoch auf die mangelhafte Buch- und Kassenführung und steht daher vom Verursachungsbeitrag deutlich hinter dem des Beklagten zurück, der sich vorwerfen lassen muss, den Hinweis auf die Erforderlichkeit einer strikten Durchführung des Vertrages unterlassen zu haben. Die doppelte Gewichtung seines Anteils trägt diesem Übergewicht angemessen Rechnung.

Der Umstand, dass der Beklagte angeblich eine Vergütung für seine Tätigkeit bezogen hat, hat indes – entgegen den Ausführungen im angefochtenen Urteil – keinen erkennbaren Einfluss auf die Höhe des Mitverschuldensanteils des Beklagten. Der Umstand mag zwar zutreffen, wirkt sich aber im Ergebnis nicht aus.

c) Entgegen der Ansicht des Beklagten trifft die Klägerinnen kein höherer Mitverschuldensvorwurf, weil der **Vertrag vom 19.12.1989 angeblich von einem Rechtsanwalt entworfen** worden ist, den sie beauftragt hätten (§ 278 BGB). Zum einen hat der Beklagte schon in erster Instanz zugestanden, die Vereinbarung vom 19.12.1989 selbst entworfen zu haben. Vor allem aber ist die Vereinbarung selbst nicht ursächlich für die Änderung der Steuerbescheide gewesen. Nicht die Fassung der Vereinbarung, sondern ihre inkonsequente Durchführung war Grund für die Neufestsetzung der Steuern.

d) Zurückzuweisen ist schließlich auch die Ansicht des Beklagten, ein weiterer Verschuldensbeitrag der Klägerinnen liege darin, das Prüfungsergebnis akzeptiert haben. In der Akzeptanz liegt schon deshalb kein zusätzliches Mitverschuldensmoment, weil die Klägerinnen das Ergebnis der Betriebsprüfung aufgrund der unvollständigen Beratung durch den Beklagten im Vorfeld akzeptiert haben. Dass ihnen die unterlassene Anfechtung der Feststellungsbescheide nicht vorwerfbar ist, ist bereits vorstehend festgestellt worden.

5. Den Klägerinnen ist aufgrund der schuldhaften Pflichtverletzung des Beklagten in Höhe des ausgeteilten Betrages ein **Schaden** in Gestalt der nachträglich festgesetzten Steuern zzgl. Nachforderungszinsen entstanden.

a) Ob und inwieweit ein nach den §§ 249 ff BGB zu ersetzender Schaden vorliegt, beurteilt sich nach einem rechnerischen Vergleich der durch das schädigende Ereignis bewirkten Vermögenslage mit derjenigen, die ohne jenen Umstand eingetreten wäre. Der haftpflichtige Steuerberater hat den Mandanten so zu stellen, wie dieser bei pflichtgemäßem Verhalten des Beraters stünde. **Dazu muss die tatsächliche Gesamtvermögenslage derjenigen gegenübergestellt werden, die sich ohne den Fehler des Steuerberaters ergeben hätte** (BGH, NJW 1998; 982).

Eine berechtigte Steuernachforderung, wie sie hier erhoben worden ist, stellt zwar grundsätzlich keinen Schaden dar (Gräfe/Lenzen/Schmeer, a.a.O., Rdnr. 550). Dies gilt jedoch dann nicht, wenn dem Steuerberater die Verletzung einer Pflicht vorgeworfen wird, deren Erfüllung den Eintritt des Steuertatbestands vermieden hätte. Dies wäre hier der Fall gewesen: Hätte der Beklagte die Klägerinnen durch einen entsprechenden Hinweis dazu **angehalten, die Vereinbarung vom 19.12.1989 wortgetreu auszuführen, wären die Mehrsteuern gar nicht erst angefallen**, weil der Vertrag zwischen GbR und GmbH wie ein echtes Fremdgeschäft behandelt worden wäre.

b) Der Einwand des Beklagten, bei dem Mietvertrag habe es sich um einen **nichtigen Scheinvertrag** gehandelt, greift nicht durch. Um das steuerliche Ziel erreichen zu können, musste der Vertrag vom 19.12.1989 wirksam sein und – wie der vorliegende Prozess zeigt – wortgetreu durchgeführt werden. Da es der unzweifelhafte Wille der Klägerinnen war, sich auf legalem Weg die aus der Gemeinnützigkeit der GmbH resultierenden Vorteile zu verschaffen, hatte sie notwendigerweise ein echtes – und nicht nur ein angebliches,

scheinbares – Interesse daran, dass der Vertrag vom 19.12.1989 wirksam ist und eine wirksame Aufspaltung von Gastronomie- und Theaterbetrieb ermöglicht.

c) Auch der weitere Einwand des Beklagten, es fehle eine substantiierte Vergleichsrechnung der Klägerinnen, bei der auch Kompensationseffekte zu berücksichtigen wären, also ein Gesamtvermögensvergleich, ist zurückzuweisen. Nachdem der Sachverständige das Rechenwerk der Klägerinnen nachvollzogen und – von geringen Abweichungen abgesehen – bestätigt hat, ist nicht ersichtlich und vom Beklagten auch nicht vorgetragen, welche Angaben noch fehlen sollten.

d) Dass schließlich der Beklagte durch sein geschicktes Verhandeln im Rahmen der Betriebsprüfung den Klägerinnen nicht nur keinen Schaden zugefügt, sondern sie „unter dem Strich“ sogar vor einem weitaus höheren Schaden bewahrt habe, trifft nicht zu. Durch sein Verhandeln im Rahmen der Betriebsprüfung hätte der Beklagte allenfalls versuchen können, den Schaden, den er durch den unterlassenen Hinweis in den Jahren 1990 bis 1995 verursacht hatte, (teilweise) auszugleichen.

In Wirklichkeit aber hat der Beklagte **durch sein Verhandeln bei der Betriebsprüfung allenfalls eine Steuerschätzung vermieden**, die drohte, nachdem sich die Buch- und Kassenerführung als insgesamt unbrauchbar erwiesen hatte. Damit hätte er die negativen Folgen eines Versäumnisses der Klägerinnen selbst vermieden. Dies hätte aber nichts mit der Vermeidung der negativen Folgen zu tun, die aus dem ihm selbst vorzuwerfenden Verhalten – dem unterlassenen Hinweis auf die Erforderlichkeit einer strikten Vertragsdurchführung – herrühren.

6. Der Schadenersatzanspruch der Klägerinnen gegen den Beklagten ist schließlich auch **nicht verjährt**.

a) Die Verjährung richtet sich nach § 68 StBerG a.F., wonach der Anspruch des Auftraggebers auf Schadenersatz aus dem Vertragsverhältnis zum Steuerberater in drei Jahren ab Entstehung des Anspruchs verjährt. Der Schadenersatzanspruch entsteht in dem Augenblick, in dem er erstmals geltend gemacht und notfalls im Wege der Klage geltend gemacht werden kann (Gräfe/Lenzen/Schmeer, a.a.O., Rdnr. 870). Dies ist frühestens bei Schadeneintritt der Fall. Besteht der Schaden in dem Anfall von Mehrsteuern, verwirklicht sich die fehlerhafte Steuerberatung mit der Bekanntgabe des belastenden Steuerbescheids (Gräfe/Lenzen/Schmeer, a.a.O., Rdnr. 899). Dies war hier frühestens am 1.10.1997 der Fall, **als dem Beklagten der Änderungsbescheid betreffend die GbR zuzuging**; die anderen Bescheide gingen (noch) später zu.

Die Verjährungsfrist endete mithin an sich am 1.10.2000, verlängerte sich aber – da dies ein Sonntag war – auf Montag, den 2.10.2000. An diesem Tag und damit vor Ablauf der um 24.00 Uhr endenden Frist ist der Mahnbescheid der Klägerin zu 1) gegen den Beklagten bereits erlassen worden, ohne dass es darauf ankäme, ob der bereits am 22.9.2000 bei Gericht eingegangene Antrag auf Erlass eines Mahn-

bescheids ohne die Nachbesserung hinsichtlich der Anspruchsbezeichnung (Vertragsart) hätte zurückgewiesen werden müssen. Aber selbst in diesem Fall hätte den Beklagten § 691 Abs. 2 ZPO geschützt. Schon aus diesem Grund kann im Ergebnis nichts anderes für den Mahnbescheid der Klägerin zu 2) gelten, deren Mahnbescheidsantrag auch am 22.9.2000 eingereicht worden war, woraufhin der Mahnbescheid aber erst am 5.10.2000 erlassen worden ist.

Dieses Ergebnis folgt im Übrigen auch aus § 167 ZPO, der die Unterbrechungs- oder Hemmungswirkung auf den Zeitpunkt des Eingangs des Mahnbescheids bei Gericht vorverlegt. Die Nachbesserung auf die Monierung des Rechtspflegers ist unschädlich, da sie unverzüglich erfolgte und die Zustellung des Mahnbescheids auch in diesem Fall „demnächst“, nämlich schon am 5.10.2000, erfolgt ist. (...) ■

BGH, Beschl. v. 22.10.2009 – IX ZR 237/06

Aus den Gründen:

Die Nichtzulassungsbeschwerde ist statthaft (§ 544 Abs. 1 Satz 1 ZPO) und zulässig (§ 544 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 ZPO). Sie hat jedoch keinen Erfolg. Weder hat die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung, noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts (§ 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO).

1. Die geltend gemachten Grundrechtsverletzungen liegen nicht vor.

a) Das Berufungsgericht hat das Willkürverbot nicht missachtet. Ist die richterliche Auslegung und Anwendung des materiellen Rechts und des Verfahrensrechts willkürlich, so stellt dies einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG dar. Hierfür reicht eine nur fragwürdige oder sogar fehlerhafte Rechtsanwendung nicht aus; selbst ein offensichtlicher Rechtsfehler genügt nicht. Erforderlich ist vielmehr, dass die fehlerhafte Rechtsanwendung unter keinem denkbaren Gesichtspunkt rechtlich vertretbar ist und sich daher der Schluss aufdrängt, dass sie auf sachfremden Erwägungen beruht; die Rechtslage muss mithin in krasser Weise verkannt worden sein (BVerfGE 96, 189, 203; BVerfG, WM 2008, 721; BGHZ 154, 288, 299). Dies trifft auf die von der Beschwerde geltend gemachten Beanstandungen nicht zu.

b) Art. 103 Abs. 1 GG verpflichtet das Gericht, die Ausführungen und Anträge der Prozessbeteiligten zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen. Hingegen ist es nicht erforderlich, alle Einzelpunkte des Parteivortrags in den Gründen der Entscheidung auch ausdrücklich zu bescheiden (BVerfGE 96, 205, 216 f; BGHZ 154, 288, 300). Dem Vortrag des Beklagten zur fehlenden Liquidität der Gesellschaft bürgerlichen Rechts musste das Berufungsgericht nicht nachgehen, weil dieser Vortrag unsubstantiiert und zudem in einem nicht nachgelassenen Schriftsatz nach Schluss der mündlichen Verhandlung geltend gemacht wurde.

2. Die von der Beschwerde für rechtsgrundsätzlich angesehene Frage, ob ein auf nachträglicher Entscheidung beruhender „Vergleich“ in Gestalt einer tatsächlichen Verständigung im Betriebsprüfungsverfahren eine etwaige Kausalität unterbricht, ist nicht klärungsbedürftig.

a) Die von der Beschwerde aufgeworfene Fragestellung betrifft nicht die Unterbrechung des Kausalzusammenhangs, sondern bezieht sich auf die **Frage der Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs durch Handlungen des Mandanten** (BGH, Urt. v. 18.1.2007 – IX ZR 122/04, WM 2007, 567, 568 Rdnr. 12; Fischer in: Zuehör/Fischer/Sieg/Schlee, Handbuch der Anwaltschaft 2. Aufl., Rdnr. 1018, 1019; Fahrendorf in: Rinsche/Fahrendorf/Terbille, Die Haftung des Rechtsanwalts 7. Aufl., Rdnr. 771, 772; Zuehör, Grundsätze der zivilrechtlichen Haftung der Rechtsanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer, Rdnr. 78). **Sie ist regelmäßig zu verneinen** (Fahrendorf, a.a.O.).

Dies gilt jedenfalls dann, **wenn der Mandant eine durch den Berater infolge fehlerhafter Beratung ausgelöste oder beeinträchtigte rechtliche Auseinandersetzung durch einen Vergleich abschließt** (BGH, Urt. v. 3.12.1992 – IX ZR 61/92, NJW 1993, 1139, 1141; v. 30.11.1999 – X ZR 129/96, NJW-RR 2000, 791, 792; v. 13.2.2003 – IX ZR 181/99, NJW-RR 2003, 850, 855).

b) Diese Grundsätze sind auch für die vorliegende Fallgestaltung maßgeblich. Die in Rede stehende **tatsächliche Verständigung im Betriebsprüfungsverfahren** ist in der höchstrichterlichen Rechtsprechung anerkannt (BFHE 142, 549, 554 f; 181, 103, 105; 206, 42, 49) und dient dazu, Unsicherheiten und Ungenauigkeiten zu beseitigen (BFHE 181, 103). Derartige Abreden werden deshalb auch im Schrifttum als Vergleichsverträge qualifiziert (Klein/Rüsken, AO 9. Aufl., § 162 Rdnr. 31).

Die zum Abschluss eines zivilrechtlichen Vergleichs entwickelten Rechtsprechungsgrundsätze in der Beraterhaftung lassen sich mithin auch auf das Zustandekommen einer tatsächlichen Verständigung im Verfahren vor dem Finanzamt übertragen. Auch hier kommt es darauf an, ob die Abrede **als eine vernünftige Reaktion im Sinne der vorgenannten Rechtsprechungsgrundsätze anzusehen** ist.

Dies hat das Berufungsgericht im Rahmen zulässiger tatrichterlicher Würdigung des Prozessstoffes bejaht, was unter zulässigkeitsrelevanten Gesichtspunkten nicht zu beanstanden ist.

3. Von einer weitergehenden Begründung wird gemäß § 544 Abs. 4 Satz 2 Halbs. 2 ZPO abgesehen, weil sie nicht geeignet wäre, zur Klärung der Voraussetzungen beizutragen, unter denen eine Revision zuzulassen ist. ■

Haftung des Abschlussprüfers

- Insolvenzverschleppung
- Manipulationen durch Prokuristen
- Keine Schutzwirkung zugunsten der Insolvenzgläubiger
- Minderung des Honoraranspruchs
(LG Nürnberg-Fürth, Urt. v. 5.10.2009 – 6 O 11424/08)

Leitsätze (d. Red.):

1. Der vorsätzlich handelnde Mandant hat im Verhältnis zu dem fahrlässig handelnden Abschlussprüfer seinen Schaden alleine zu tragen. Der unredlich handelnde Prokurist ist dem Geschäftsführer gleichzustellen, wenn er der berufene Vertreter der GmbH ist.

2. Der Auftrag zur Durchführung einer Abschlussprüfung entfaltet keine Schutzwirkung zugunsten der Insolvenzgläubiger.

3. Der Anspruch auf Minderung des Honoraranspruchs verjährt gemäß §§ 634a Abs. 1 Nr. 3, Abs. 5, 218 BGB, wenn der Nacherfüllungsanspruch verjährt ist und der Schuldner sich hierauf beruft. ■

Zum Sachverhalt:

Der Kläger nimmt als Insolvenzverwalter der X. GmbH (im Folgenden: Insolvenzschuldnerin) den Beklagten aus dessen Tätigkeit als Wirtschaftsprüfer auf Schadenersatz in Anspruch.

Der Kläger wurde mit Beschluss des Amtsgerichts Bamberg – Insolvenzgericht – am 28.6.2005 zum vorläufigen Insolvenzverwalter und am 28.7.2005 zum Insolvenzverwalter über das Vermögen der X. GmbH bestellt. Der Beklagte ist Wirtschaftsprüfer und wurde vom Geschäftsführer der Insolvenzschuldnerin am 2.4.2004 damit beauftragt, den Jahresabschluss der Insolvenzschuldnerin zum 31.8.2004, also hinsichtlich des letzten der Insolvenzeröffnung vorangegangenen Geschäftsjahres, zu prüfen. Den Jahresabschluss unterzeichnete der Geschäftsführer J. am 11.11.2004, der Beklagte erteilte nach erfolgter Abschlussprüfung am 12.11.2004 einen uneingeschränkten Bestätigungsvermerk.

Der Jahresabschluss der Insolvenzschuldnerin beinhaltete u.a. die Bilanzposition „Vorratsbestand“, welche durch eine vorsätzliche Manipulation des Prokuristen der Insolvenzschuldnerin in Höhe von 609.160 EUR überbewertet war.

Am 28.6.2005 stellte der Geschäftsführer der Insolvenzschuldnerin einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens.

Der Kläger behauptet, der vom Beklagten geprüfte Jahresabschluss leide unter zahlreichen weiteren Bilanzierungsfehlern, welche der Beklagte pflichtwidrig nicht erkannt habe. So seien bei folgenden Bilanzpositionen Mängel aufgetreten: Bei der Bilanzposition „Forderung aus Lieferung und Leistung“ seien die einzelnen Wertberichtigungen falsch berück-

sichtigt worden. Die Anschaffungsnebenkosten seien in falscher Höhe aktiviert worden. Hinsichtlich des Kundenstammes bestehe ein erhöhter Abschreibungsbedarf. Die aktiven Rechnungsabgrenzungsposten seien falsch verbucht. Bei den Finanzanlagen bestehe ein erhöhter Wertberichtigungsbedarf, ebenso bei den Forderungen gegen Unternehmen mit Beteiligungsverhältnissen. Hinsichtlich der Reklamationsforderungen seien die eingebuchten Forderungen in ihrer Werthaltigkeit zweifelhaft. Der Ausweis der debitorischen Kreditoren sei fehlerhaft.

Bei pflichtgemäßer Bilanzierung hätte sich folgendes Ergebnis ergeben:

	TEUR
Eigenkapital	1.159,7
Anpassung des Wertberichtigungsbedarfs zu Forderungen aus Lieferungen und Leistungen	– 192,7
Korrektur des Vorratsbestandes aufgrund Manipulation	– 609,2
Anpassung der aktivierten Anschaffungsnebenkosten	– 157,4
Anpassung der Nutzungsdauer „Kundenstamm“	– 20,7
Korrektur „Aktive Rechnungsabgrenzungsposten“	– 27,0
Korrektur des Beteiligungsansatzes „Die Küchenprofis GmbH“	– 5,1
Korrektur des Forderungsbestandes gegen „Die Küchenprofis GmbH“	– 185,5
Wertberichtigung „Reklamationsforderungen“	– 514,5
	– 552,5

Der Beklagte habe aufgrund dieses Ergebnisses den Bestätigungsvermerk nicht erteilen dürfen. Durch die Nichtaufdeckung der bilanziellen Überschuldung sei der Insolvenzantrag durch den Geschäftsführer der Gemeinschuldnerin erst im Juni 2005 und nicht bereits im November 2004 gestellt worden. Hierdurch sei es zu einer weiteren Verminderung des Gesellschaftsvermögens gekommen.

Der Kläger ist der Auffassung, dass der Beklagte das für den Auftrag erhaltene Honorar in Höhe von 5.200 EUR zurückzahlen müsse. Verjährung sei insoweit nicht eingetreten, da es nicht auf die Kenntnis des Prokuristen hinsichtlich der Bilanzierungsfehler ankomme. Verjährungsbeginn werde nicht vor dem Jahr 2005 eintreten können. Der Kläger ist weiter der Auffassung, dass die Haftung des Beklagten nicht wegen vorsätzlichen Handelns des Prokuristen zurücktrete. Erforderlich sei beim Zurücktreten der Haftung des fahrlässig handelnden Wirtschaftsprüfers jedenfalls ein vorsätzliches Handeln des Geschäftsführers, das nicht nachgewiesen sei. Im Übrigen ergebe sich eine Haftung des Beklagten für den sog. Quotenschaden aus dem Gesichtspunkt des Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte.

(Anträge ...)

Der Beklagte trägt vor, dass die Prüfungsdurchführung des Beklagten ordnungsgemäß erfolgt sei, die gerügten Mängel seien nicht gegeben. Der behauptete Schaden stehe in keinem Zusammenhang mit dem Prüfmandat des Beklagten für die Gesellschaft. Ursächlich für die Insolvenz seien klassische geschäftliche Probleme gewesen und nicht die Prüfung des Beklagten.

Selbst unterstellt, die Mängel in der Prüfung lägen vor, sei die Haftung des Beklagten entfallen, da er lediglich fahrlässig gehandelt habe und die Haftung für Fahrlässigkeit hinter der Vorsatztat des Prokuristen der GmbH zurücktrete. Insoweit sei auch nicht entscheidend, dass der Geschäftsführer handle, die Gesellschaft müsse sich die Kenntnis des Prokuristen gemäß § 166 BGB zurechnen lassen. Im Übrigen sei hinsichtlich des Klageantrags zu I. Verjährung eingetreten. Weiterhin bestehe eine Haftung des Beklagten bezüglich des Quotenschadens wegen des Drittschutzes gemäß § 323 Abs. 1 Satz 3 HGB nicht. (...) ■

Aus den Gründen:

Die zulässige Klage ist unbegründet.

I. Die Klage ist hinsichtlich des Antrags auf Rückzahlung des bezahlten Wirtschaftsprüferhonorars in Höhe von 5.200 EUR unbegründet, da der Anspruch auf Minderung des Honorars auf Null verjährt ist.

Der **Anspruch auf Minderung des Honoraranspruchs** verjährt gemäß § 634a Abs. 1 Nr. 3, Abs. 5 i.V.m. § 218 BGB, wenn der Nacherfüllungsanspruch verjährt ist und der Schuldner sich hierauf beruft. Die Verjährung des Nacherfüllungsanspruchs richtet sich nach § 634a Abs. 1 Nr. 3 BGB und verjährt gemäß § 195, 199 BGB in drei Jahren ab Kenntnis oder grob fahrlässiger Unkenntnis der anspruchsbegründenden Umstände.

Verjährungsbeginn hinsichtlich der Nichtaufdeckung des Bilanzierungsfehlers „Vorratsbestand“ war gemäß § 199 Abs. 1 BGB der Schluss des Jahres 2004, da die Insolvenzschriftnerin bereits im Jahr 2004 Kenntnis von diesem Bilanzierungsfehler hatte. Insoweit ist der Insolvenzschriftnerin die Kenntnis des Prokuristen, der unstreitig die Manipulation selbst vorgenommen hat, gemäß § 166 Abs. 1 BGB zuzurechnen, da dieser gemäß § 48 ff. HGB Vertreter der Insolvenzschriftnerin war. Vorliegend ist auch auf die Kenntnis des Prokuristen abzustellen. Die Grundsätze des § 166 BGB finden nur dann keine Anwendung, wenn der juristischen Person, vorliegend der Insolvenzschriftnerin, Ansprüche gegen ihren eigenen gesetzlichen Vertreter zustehen, weil dieser einen Schaden verursacht hat. Insoweit handelt es sich daher lediglich um Situationen, in denen gegen den gesetzlichen Vertreter selbst vorgegangen wird. Dies führt jedoch nicht dazu, dass sich ein Dritter, gegen den Ansprüche gerichtet werden, nicht auf diese Kenntnis berufen kann.

Es kann dahinstehen, ob der vom Beklagten geprüfte Jahresabschluss noch weitere Bilanzierungsfehler aufweist, da der Verjährungsbeginn hinsichtlich der Nichtaufdeckung von weiteren möglichen anderen Bilanzierungsfehlern ebenfalls gemäß § 199 Abs. 1 BGB der Schluss des Jahres 2004 war. **Zwar beginnt die kenntnisabhängige Verjährungsfrist für jeden Beratungsfehler gesondert zu laufen (vgl. BGH – V ZA 25/07, NJW 2008, 506 ff), doch gilt dies nur, wenn eine eigene Schadenfolge insoweit herbeigeführt wird.** Vorliegend handelt es sich jedoch immer um dieselbe Schadenfolge. Laut Klägervortrag zog die Nichtaufdeckung sämtlicher behaupteter Bilanzierungsfehler die Fortführung des Unter-

nehmens bis zum 28.6.2005 und die Entstehung eines finanziellen Schadens mit sich (vgl. hierzu OLG Saarbrücken, Urt. v. 21.8.2008 – 8 U 289/07).

Im Übrigen besteht der Anspruch auf Minderung dem Grunde nach bereits nicht, da der Beklagte **nicht zur Nacherfüllung aufgefordert** wurde. Gemäß AGB-WP8 Abs. 1 Satz 1 und 2 ist dies Voraussetzung für die Minderung.

Die Klage ist daher hinsichtlich des Antrags zu Ziff. I. unbegründet.

II. Die Klage ist auch hinsichtlich des Feststellungsantrags zu Ziff. II. unbegründet, da ein möglicher Schadenersatzanspruch des Klägers wegen einer fahrlässigen Pflichtverletzung des Beklagten hinter dem vorsätzlichen Handeln der Insolvenzschriftnerin zurücktritt.

1. Bezüglich der Nichtaufdeckung des Bilanzierungsfehlers „Vorratsbestand“ sind die vom Kläger geltend gemachten Schadenersatzforderungen gegen den Beklagten unter dem rechtlichen Gesichtspunkt des **Mitverschuldens gemäß § 254 BGB ausgeschlossen. Es ist anerkannt, dass ein vorsätzlich handelnder Geschädigter im Verhältnis zu einem fahrlässig handelnden Beteiligten seinen Schaden alleine zu tragen hat (OLG Köln, Urt. v. 14.12.1990 – 19 U 283/89 m.w.N.).** Insoweit ist der Insolvenzschriftnerin die Kenntnis ihres unredlich handelnden Prokuristen zuzurechnen. Es kommt hier nicht darauf an, dass der Geschäftsführer vorsätzlich handelte. Entscheidend ist, dass ein von der Gesellschaft berufener Vertreter vorsätzlich gehandelt hat. Es muss derjenige, der sich bei der Erledigung bestimmter Angelegenheiten eines Vertreters oder vergleichbarer Personen, d.h. erst recht seiner Organe bedient, die Kenntnis und das Kennenmüssen dieser Personen gegen sich gelten lassen, also auch die Kenntnisse des Organs, das bei dem konkreten Ereignis, wie etwa eine Schädigung der Gesellschaft, für die Gesellschaft aufgetreten ist (OLG Köln, Urt. v. 29.8.2002 – 8 U 5/02).

Dies muss auch für den handelnden Prokuristen gelten, der für die Gesellschaft als Vertreter auftritt. Somit tritt in jedem Fall hinsichtlich des Bilanzierungsfehlers „Vorratsbestand“ die Haftung des Beklagten zurück.

2. Bezüglich der weiteren vom Kläger gerügten Bilanzierungsfehler kann es dahinstehen, ob vorsätzliches Handeln seitens der Insolvenzschriftnerin vorlag, da eine mögliche Pflichtverletzung des Beklagten **nicht kausal für den behaupteten Schaden** gewesen wäre. Laut Klägervortrag hätten die übrigen Bilanzierungsposten mit 1.102.900 EUR bewertet werden müssen (ohne Vorratsbestand). Da die Insolvenzschriftnerin zum 31.8.2004 über Eigenkapital in Höhe von 1.159.700 EUR verfügte, wäre die Bilanz danach noch mit 56.800 EUR im positiven Bereich gewesen.

Wenn die übrigen Bilanzierungsposten nach der Rechtsauffassung des Klägers bewertet worden wären, wäre es also **nicht zu einer bilanziellen Überschuldung** der Gesellschaft gekommen. Es mag sein, dass der Beklagte danach nur einen

eingeschränkten Bestätigungsvermerk oder keinen Bestätigungsvermerk hätte erteilen dürfen. **Jedenfalls wäre ein Insolvenzantrag durch den Geschäftsführer nicht gestellt worden**, da eine Überschuldung der Gesellschaft nicht festgestellt worden wäre. Daher ergibt sich auch insoweit keine Schadenersatzforderung.

3. Auch ein **Schaden**, der der Gesamtheit der Gläubiger der Gemeinschuldnerin entstanden sein könnte, kann der Kläger nicht mit Erfolg geltend machen. Ein vertraglicher Schadenersatzanspruch scheidet aus, weil vertragliche Beziehungen zwischen dem Gläubiger und dem Beklagten nicht bestanden haben. Unmittelbar vertragliche Beziehungen sind nicht ersichtlich. **Der dem Prüfungsauftrag zugrunde liegende Vertrag zwischen der Insolvenzschriftführerin und dem Beklagten entfaltet keine Schutzwirkung zugunsten der Insolvenzgläubiger**. Insoweit liegt auch kein substantiierter Sachvortrag dazu vor, dass eine Schutzwirkung zugunsten Dritter angenommen werden kann. Die Gläubiger im Insolvenzverfahren sind daher nicht vom Schutzbereich des § 323 Abs. 1 Satz 3 HGB erfasst (vgl. auch BGH v. 2.4.1998 – III ZA 245/96). (...) ■

Honoraranspruch des Rechtsanwalts

- Rahmengebühr
 - Angemessene Bemessung
 - Bestimmungsrecht
 - Umfang und Schwierigkeit
- (LG Potsdam, Beschl. v. 16.12.2008 – 24 Qs 113/08)

Leitsatz:

Eine Abweichung von 20% bis 30% bei der Bestimmung der angemessenen Gebühr ist nicht unbillig und mithin für die Staatskasse verbindlich. Verfahren vor der Verwaltungsbehörde und gerichtliches Verfahren sind eine Angelegenheit. ■

Aus den Gründen:

(...) II. Das zulässige Rechtsmittel hat auch in der Sache überwiegend Erfolg.

1. Die Geltendmachung der **Höchstgebühren** ist vorliegend im Ergebnis nicht zu beanstanden und mithin für die Landeskasse verbindlich.

Gemäß § 14 Abs. 1 RVG bestimmt der Rechtsanwalt die Gebühr im Einzelfall unter Berücksichtigung aller Umstände, vor allem des Umfangs und der Schwierigkeit der anwaltlichen Tätigkeit, der Bedeutung der Angelegenheit sowie der Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Auftraggebers, nach billigem Ermessen. Vorliegend sind **der Umfang und die Schwierigkeit** der anwaltlichen Tätigkeit als deutlich überdurchschnittlich zu bewerten. Die anwaltliche Tätigkeit stellt sich insbesondere als besonders schwierig dar, da es sich nicht nur um ein nicht alltäglich zu bearbeitendes

Rechtsgebiet handelt, sondern – so auch die Beurteilung durch das Brandenburgische Oberlandesgericht – eine schwierige Rechtsfrage zu klären war. Dies führte folglich auch zu einer **erhöhten Einarbeitungs- und Bearbeitungszeit**. Die Angelegenheit war überdies – auch angesichts der nicht unbeträchtlichen Höhe der verhängten Geldbuße – auch von überdurchschnittlicher Bedeutung. Nach den Kriterien des § 14 Abs. 1 RVG war daher die Geltendmachung der Höchstgebühren – jedenfalls unter Berücksichtigung des dem Rechtsanwalt zustehenden Ermessensspielraums und der zulässigen Abweichung von 20% bis 30% – jedenfalls nicht unbillig und mithin für die Staatskasse verbindlich.

Auch die geltend gemachten Reisekosten sind nicht zu beanstanden. Insoweit sind die bei der Beurteilung der Notwendigkeit der Kosten der Rechtsverfolgung die vom Bundesgerichtshof für den Zivilprozess entwickelten Grundsätze auch im Strafverfahren anzuwenden.

Danach ist ein uneingeschränktes Vertrauensverhältnis des Beschuldigten zu seinem Verteidiger die Basis einer effizienten Verteidigung, weshalb das Recht des Beschuldigten sich im Strafverfahren von einem Rechtsanwalt als gewähltem Verteidiger seines Vertrauens verteidigen zu lassen, durch eine zu enge Auslegung und Anwendung der Kostenvorschriften nicht ausgehöhlt werden darf. Demgemäß war dem Beschwerdeführer vorliegend eine Mandatierung seines langjährigen „Hausanwalts“ zuzugestehen. (...) ■

Insolvenz einer Rechtsanwalts-gesellschaft mbH

- Faktischer Geschäftsführer
 - Bericht des Wirtschaftsprüfers
 - Positive Fortführungsprognose
 - Bilanzielle Überschuldung
 - Mitverschulden des Darlehensgebers
- (LG Kiel, Urt. v. 9.7.2008 – 18 O 483/07)

Leitsätze:

1. Die faktische Position eines Geschäftsführers führt nicht zur formellen Geschäftsführerstellung i.S.d. § 64 Abs. 1 GmbHG.

2. Kann der Geschäftsführer einer Rechtsanwalts-gesellschaft mbH aufgrund des Berichts einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft über die Erstellung eines Jahresabschlusses von einer positiven Fortführungsprognose ausgehen, besteht keine Verpflichtung zur Stellung eines Insolvenzantrags.

3. Ist eine bilanzielle Überschuldung durch die Summe der der GmbH durch die Partner mit Rangrücktritt gewährten Darlehen abgedeckt, liegt eine insolvenzrechtliche Überschuldung nicht vor. ■

Zum Sachverhalt:

Der Kläger begehrt Schadenersatz für ein Darlehen, das er der mittlerweile insolventen J. Rechtsanwalts-gesellschaft mbH gewährt hat. Der Kläger, der im Mai 2007 das zweite juristische Staatsexamen absolvierte, interessierte sich Ende 2005/Anfang 2006 für die Aufnahme einer beruflichen Tätigkeit als Rechtsanwalt. Hierbei stieß er auf die vom Beklagten zu 1) gegründete und von diesem als Geschäftsführer geleitete J. Rechtsanwalts-gesellschaft mbH. Diese hatte sich zum Ziel gesetzt, durch bürgernahe Filialen in Innenstädten und einer Zentralisierung von Verwaltungsaufgaben Laufkundschaft zu gewinnen und insoweit in den verschiedensten Städten Mandantenstämme aufzubauen.

Am 24.3.2006 kam es zu einem Informationsgespräch, welches auf Seiten der J. im Wesentlichen durch den Beklagten zu 2) geführt wurde. Zeitweilig nahm auch der Beklagte einer Gründung einer Filiale in Kiel durch den Kläger und die Zeugin V. abzielte. Im Verlauf des Gesprächs fragte der Kläger den Beklagten zu 2), was ihm im Unternehmen die größten Sorgen mache. Der Beklagte zu 2) erläuterte in diesem Zusammenhang, dass zwei Filialen unter dem Soll seien, wobei es sich auch um die Filiale in L. handle. Der Kläger erkundigte nach dem Informationsgespräch telefonisch bei dem Zeugen Q., der in der Filiale in L. arbeitete, und erfuhr von diesem, dass die Filiale gut laufe und gute Umsätze erwirtschaft würden. Nachdem der Kläger seine Bedenken hinsichtlich vermeintlicher Schwachpunkte der Gesellschaft ausgeräumt sah, unterzeichnete er unter dem 31.3.2006 den üblichen Partnerschaftsvertrag. Dieser Vertrag regelt als Gegenleistung für die Pflichten der GmbH, die unter Ziffer II. des Vertrages genannt sind, die Verpflichtung des Klägers, der Gesellschaft ein Darlehen in Höhe von 50.000 EUR zur Verfügung zu stellen. Unter Ziffer V. des Vertrages heißt es u.a. wie folgt:

„1.

Für den Partner werden im Rechnungswesen der GmbH
– ein festes Einlagenkonto
– ein Verrechnungskonto und
– ein Darlehenskonto
geführt.

2. Auf dem Darlehenskonto wird das Darlehen des Partners verbucht. Das Darlehen ist gegenüber den Forderungen außenstehender, gesellschaftsfremder Gläubiger nachrangig (kapitalersetzendes Gesellschafterdarlehen)“.

Unter Ziffer VI. regelt der Vertrag die Möglichkeit des Klägers, Gewinnvorabentnahmen bis 1.666,67 EUR monatlich zulasten seines Verrechnungskontos zu tätigen.

Unter Vermittlung des Beklagten zu 2) schloss der Kläger zur Finanzierung seines der Gesellschaft zu gewährenden Darlehens einen Darlehensvertrag über 50.000 EUR mit der G.-Bank. Das Darlehen wurde am 12.5.2007 unmittelbar an J. ausgekehrt. Die Eröffnung der Filiale in Kiel, die zunächst für Mai 2006 geplant war, blieb zunächst aus. Zur Eröffnung kam es erst am 22.2.2007. Im Zeitraum vom 3.7.2006 bis 3.4.2007 erhielt der Kläger von der Gesellschaft insgesamt

7.1490 EUR als Vorableistung. Diese Zahlungen werden mittlerweile vom Insolvenzverwalter der Gesellschaft zurückgefordert. Nachdem der Kläger Ende April/Anfang Mai 2007 feststellte, dass die J. stark insolvenzgefährdet war, stellte der Beklagte zu 1) als Geschäftsführer der Gesellschaft am 26.6.2007 den Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens (AG Dortmund – 257 IN 67/07). Mit Anwaltschreiben vom 10.5.2007 erklärte der Kläger die Anfechtung sämtlicher Verträge zwischen den Parteien wegen arglistiger Täuschung und kündigte hilfsweise außerordentlich fristlos und ordentlich die entsprechenden Verträge.

Der Kläger begehrt mit seiner nunmehr erhobenen Klage Schadenersatz für die eingezahlte Darlehensvaluta in Höhe von 50.000 EUR, die Bearbeitungsgebühren der G.-Bank in Höhe von 505,05 EUR sowie die auch auf den Betrag entfallenden Zinsen gemäß Ziffer 6. des Darlehensvertrages.

Der Kläger ist der Auffassung, die Beklagten seien persönlich zum Schadenersatz verpflichtet. Das im Partnerschaftsvertrag angelegte System einer Gewährung eines eigenkapitalersetzenden Darlehens bei gleichzeitiger monatlicher Entnahmemöglichkeit sei von Beginn an rechtlich nicht zulässig gewesen.

Er behauptet, die J. Rechtsanwalts-gesellschaft mbH sei bereits seit Ende Dezember 2004 bilanziell überschuldet gewesen. Hierbei ist er der Auffassung, dass die Darlehen der Gesellschafter nicht als Kapitalrücklage sondern als Verbindlichkeit hätten erfasst werden müssen. Er habe somit den Partnerschaftsvertrag mit der Gesellschaft zu einer Zeit geschlossen, als die Firma bereits insolvenzreif gewesen sei. Er behauptet, es sei unterblieben, die den Beklagten bekannte wirtschaftliche Situation offenzulegen. Im Falle einer zutreffenden Aufklärung hätte er den Partnerschaftsvertrag nicht unterzeichnet.

Der Beklagte zu 2) habe im Gespräch vom 24.3.2006 fehlerhafte Zusicherungen gemacht, z.B. die Eröffnung der Filiale in Kiel für den Mai 2006 in Aussicht gestellt. Tatsächlich sei dies zu diesem Zeitpunkt aufgrund der erheblichen Liquiditätsprobleme der Gesellschaft nicht möglich gewesen. Der Beklagte zu 2) sei zwar nicht Geschäftsführer gewesen, er habe in dem Unternehmen aber quasi die Stellung eines Geschäftsführers gehabt.

Die Darlehen der neu hinzutretenden Partner seien bereits im Zeitpunkt der Unterzeichnung des Gesellschaftsvertrages allein dafür benötigt worden, im Sinne eines Schneeballsystems Zahlungsschwierigkeiten zumindest teilweise zur Kompensierung und für Zahlungen zu erbringen, mit denen sich die Gesellschaft seinerseits bereits im Verzug befand. Dies ergebe sich insbesondere aus dem Liquiditätsplan für April und Mai 2006.

Der Kläger ist der Auffassung, der Jahresabschluss zum 31.12.2005 sei fehlerhaft aufgestellt, da auch hier zu Unrecht Darlehensmittel in der Bilanz aktiviert wurden.

(Anträge ...)

Der Beklagte zu 1) behauptet, es habe im März/April bzw. Mai 2006 noch keine Insolvenzsreife der Gesellschaft vorgelegen. Da im Bericht der Wirtschaftsprüfer über die Erstellung des Jahresabschlusses zum 31.12.2005 zwar eine bilanzielle Überschuldung ausgewiesen worden sei, gleichzeitig die Feststellung erfolgt sei, der Jahresabschluss sei unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Unternehmensfortführung erstellt worden, da auf die Darlehensforderungen der Gesellschafter gegen die Gesellschaft seitens der Gesellschafter Rangrücktrittserklärungen abgegeben worden seien, habe er davon ausgehen können, dass die Gesellschaft gesund sei und fortbestehen könne. Verschiedene Banken hätten der Gesellschaft in der Folgezeit Kredite zu marktüblichen Konditionen gewährt.

Fehlerhafte Zusicherungen von seiner Seite seien nicht erfolgt. Während er bei dem Informationsgespräch am 24.3.2006 zeitweilig anwesend gewesen sei, sei es nicht um wirtschaftliche Probleme der Filiale L. gegangen. Tatsächlicher Grund für die Insolvenz sei u.a. die Einstellung der Tätigkeit durch den Kläger und andere Betreiber von Rechtsanwaltsfilialen gewesen.

Der Beklagte zu 2) behauptet, er sei nicht nach der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft gefragt worden. Aufgrund seiner Funktion als kaufmännischer Angestellter habe er nur in beschränktem Umfang Kenntnis von der wirtschaftlichen Situation der Gesellschaft gehabt. Er sei auch durch die Bilanz zum 31.12.2005 von einer positiven Fortführungsprognose der Gesellschaft ausgegangen.

Die zulässige Klage hat in der Sache keinen Erfolg. ■

Aus den Gründen:

Die Klage ist zulässig, insbesondere ist die Zuständigkeit des Landgerichts Kiel gemäß § 32 ZPO gegeben. Der Kläger stützt seine Klage auf unerlaubte Handlungen i.S.d. § 823 BGB. Im Rahmen des insoweit ebenfalls zur Begründung angeführten § 263 StGB gehört u.a. die Vermögensverfügung des Klägers, mithin die Unterzeichnung des Partnerschafts- und Darlehensvertrages zum Tatbestand. Da diese Unterschriften im Bereich des Landgerichts Kiel geleistet wurden, ist dieses örtlich zuständig.

Die Klage hat aber in der Sache keinen Erfolg. Der Kläger hat keine Ansprüche gegen die Beklagten wegen der erfolgten Darlehensgewährung an die Gesellschaft in Höhe von 50.000 EUR. Entsprechende Ansprüche ergeben sich weder aus der Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten (§§ 311 Abs. 2 Ziffer 1, 241 Abs. 2 BGB) oder aus der Verletzung von Schutzgesetzen (§ 823 Abs. 2 i.V.m. § 263 StGB; § 64 Abs. 1 GmbHG).

Gegen den Beklagten zu 2.) kommt ein Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 64 Abs. 1 GmbHG nicht in Betracht. § 64 Abs. 1 GmbHG verpflichtet die Geschäftsführer einer Gesellschaft bei Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung der Gesellschaft, ohne schuldhaftes Zögern, spätestens aber drei Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit bzw. der Überschuldung, Insolvenzantrag zu stellen.

Diese Voraussetzungen liegen hier schon deshalb nicht vor, weil der Beklagte zu 2) **nicht Geschäftsführer** der J. Rechtsanwalts-gesellschaft mbH gewesen ist. In diesem Zusammenhang ist es unerheblich, dass der Kläger vorträgt, der Beklagte zu 2) sei faktisch in der Position eines Geschäftsführers gewesen. Dieses führt nicht zur formellen Geschäftsführerstellung i.S.d. § 64 Abs. 1 GmbHG. Auch aus der Führung des Informationsgesprächs am 24.3.2006 lässt sich eine entsprechende Position des Beklagten zu 2) nicht herleiten.

Aber auch eine **Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten** oder die Erfüllung des Straftatbestands des Betruges liegen in der Person des Beklagten zu 2) nicht vor. Soweit der Beklagte zu 2) im Rahmen des Informationsgesprächs auf die Frage, was ihm im Unternehmen die größten Sorgen bereite, geantwortet hat, zwei Filialen seien unter dem Soll, so auch die Filiale in L., liegt hierin keine Verletzung einer **Offenbarungspflicht bezüglich der vom Kläger behaupteten finanziellen Schieflage bzw. bilanziellen Überschuldung der Gesellschaft**. Denn gerade nach der wirtschaftlichen Situation der eigentlichen Gesellschaft war der Beklagte zu 2) unstreitig nicht gefragt worden. Sofern der Kläger Auskünfte über die finanzielle Lage der Gesellschaft begehrt hätte, wäre es an ihm gewesen, gezielt hier-nach zu fragen.

In diesem Zusammenhang konnte auch erkennbar die Auskunft eines Rechtsanwaltskollegen aus der Filiale L. nicht herangezogen werden, um einen verlässlichen Eindruck über die Gesamtlage der Gesellschaft zu erlangen. Vielmehr hätte der Kläger im Rahmen seines Engagements, das zu einer Darlehensgewährung und einer Gesellschafterstellung in der GmbH geführt hätte, **das Recht gehabt, Bilanzen einzusehen und weitergehende Erkundigungen einzuziehen**. Die Frage, was dem Beklagten zu 2) am meisten Sorgen bereite, zielt nicht zwingend auf die finanzielle Situation der Gesellschaft. Sie konnte allenfalls darauf zielen, was bezogen auf die Funktion des Beklagten zu 2) dem Unternehmen Sorge bereite. **Aufgrund der fehlenden Stellung als Geschäftsführer war die Insolvenzsreife zudem nicht Teil des Aufgabenbereichs des Beklagten zu 2), auch wenn dieser grundsätzlich für die finanzielle Organisation der Gesellschaft zuständig gewesen ist.**

Eine entsprechende Verletzung von Aufklärungspflichten resultiert auch nicht daraus, dass der Partnerschaftsvertrag eine nicht miteinander zu vereinbarende Kombination von kapitalersetzendem Gesellschafterdarlehen und Entnahmemöglichkeit aufweist. Zunächst war es nicht Sache des Beklagten zu 2), entsprechende Vertragsentwürfe und juristische Bewertungen zu bewerkstelligen. Zudem bestand aufgrund der bisher vorliegenden **Jahresabschlüsse kein Anlass, an der Funktionsfähigkeit dieser Konstruktion zu zweifeln**. Entsprechende Hinweise seitens der Wirtschaftsprüfer waren zwar bereits in der Mitteilung des Vorstands vom 31.3.2006 dargestellt worden. Es handelte sich hierbei jedoch bisher um einen allgemeinen Hinweis. Eine positive Kenntnis der Rückzahlungspflicht ist für den Beklagten zu 2) nicht ersichtlich. Zudem wäre, selbst wenn eine Verletzung entsprechender Aufklärungspflichten bezüglich der Unver-

einbarkeit von Rangrücktritt und Entnahme gegeben wäre, ein Schaden lediglich in Höhe der jetzt auch zurückgeforderten Entnahmebeträge zu bejahen. Im Rahmen des Tatbestands des § 263 StGB mangelt es allerdings bereits an einer Täuschung.

Die obigen Darlegungen betreffen auch die Aufklärungspflichten des Beklagten zu 1). Dieser ist trotz seiner formellen Stellung als Geschäftsführer keiner Haftung dem Kläger gegenüber aus § 823 Abs. 2 i.V.m. § 64 Abs. 1 GmbHG unterworfen. Unabhängig von der Frage, ob der **Kläger, der nicht Gesellschafter der GmbH geworden ist**, in den Schutzbereich des § 64 Abs. 1 GmbHG einzubeziehen ist, kann aufgrund der Jahresabschlüsse nicht geschlossen werden, dass eine Verpflichtung des Beklagten zu 1) zur Stellung eines Insolvenzantrages bereits im März 2006 gegeben war. **Aufgrund des Berichts über die Erstellung des Jahresabschlusses zum 31.12.2005 der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft R AG vom 31.3.2006 konnte der Beklagte zu 1) von einer positiven Fortführungsprognose ausgehen, da in diesem Bericht vom 31.3.2006 ausdrücklich bescheinigt wird, dass für die Gesellschaft aufgrund der Rangrücktrittserklärungen von Gesellschaftern hinsichtlich hingegebener Darlehen eine positive Fortbestehensprognose gerechtfertigt ist, wenn gleich eine bilanzielle Überschuldung festgestellt werden kann.** Eine solche Überschuldung gemäß § 19 Abs. 2 InsO lag aber nicht vor.

Nach § 19 Abs. 2 InsO liegt Überschuldung vor, wenn das Vermögen der Gesellschaft die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt. Hierfür maßgebend ist eine **Überschuldungsbilanz**, für welche die handelsrechtlichen Bewertungsregeln nicht gelten. In ihr sind die Aktivposten grundsätzlich mit Liquidationswerten anzusetzen. Nach § 19 Abs. 2 Satz 2 InsO sind jedoch die Fortführungswerte maßgebend, wenn die Fortführung des Unternehmens überwiegend wahrscheinlich ist. Dies war vorliegend der Fall. Die zur Jahreswende 2005 aufgestellte Handelsbilanz weist eine Überschuldung in Höhe von 1.356.000 EUR auf. **Diese bilanzielle Überschuldung war jedoch durch die Summe der der GmbH durch die Partner mit Rangrücktritt gewährten Darlehen abgedeckt, so dass eine insolvenzrechtliche Überschuldung der Schuldnerin zu diesem Zeitpunkt nicht vorlag.**

Soweit der Kläger das Zahlenwerk des Jahresabschlusses zum 31.12.2005 im Wesentlichen in den Aktiva angreift, hält das Gericht dies für unbeachtlich. Es handelt sich bei der R. AG um eine Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, also um Sonderfachleute, die verpflichtet sind, die Grundsätze für die Erstellung von Jahresabschlüssen durch Wirtschaftsprüfer und insbesondere die §§ 242 f HGB zu beachten. **Auf die Richtigkeit dieses Jahresabschlusses durfte auch der Beklagte zu 1) vertrauen.**

Zumindest fehlt es für eine Verletzung einer Insolvenzantragspflicht an notwendigem Vorsatz. Denn hinsichtlich der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung muss Kenntnis der sie begründenden Umstände vorliegen. Soweit der Bundesgerichtshof von der Vermutung eines entsprechenden Verschuldens ausgeht (BGHZ 75, 96, 110) ist dies im Fall

des Beklagten zu 1) widerlegt. **Der Geschäftsführer muss nicht bessere Kenntnisse haben als Wirtschaftsprüfer. Er darf sich der entsprechenden Sonderfachleute wie auch Steuerberater etc. bedienen, wenn es um die Frage der Insolvenzantragspflicht geht.**

Hieran ändert sich auch nichts, wenn man die Argumentation des Klägers folgt, die Rangrücktritte der Darlehensgeber seien unwirksam gewesen und die Darlehensverbindlichkeiten folglich in der Überschuldungsbilanz der Gesellschaft passivierend aufzuführen gewesen (vgl. BGH, NJW 2001, 1280). Die Rangrücktritte waren schon nicht unwirksam. Selbst wenn die Darlehen der Partner in der Bilanz der Gesellschaft durch die Wirtschaftsprüfer nicht zutreffend behandelt worden sein sollten, seien es die Darlehen der beigetretenen Partner, seien es die Darlehen der Personen wie der des Klägers, die noch nicht beigetreten waren, so fehlt es auch hier insoweit am notwendigen Vorsatz des Beklagten zu 1).

Jeder Außenstehende kann einer Gesellschaft ein Darlehen gewähren und einen Rangrücktritt wirksam erklären. Zwar ist der Beklagte zu 1) selbst Rechtsanwalt, er muss aber nicht die Kenntnisse von der nach Meinung des Klägers unzutreffenden Behandlung der Darlehen in der Bilanz haben, denn wie er selbst zutreffend ausführt, wurden die gewährten Gelder innerhalb der Gesellschaft wie satzungsmäßiges Kapital behandelt, welches der Gesellschaft als liquides Mittel zur Verfügung stand. Hierfür ist keine besondere Form erforderlich. Denn im Rahmen des Vertrages wird eine formunwirksame Übertragung nicht vorgenommen. Die im Vertrag abgegebenen Erklärungen zu der Übertragungsabsicht bedurften nicht der notariellen Form. Nach § 15 Abs. 3 GmbHG bedarf lediglich die Abtretung von Geschäftsanteilen der notariellen Beurkundung, eine solche liegt aber nicht vor.

Aber auch bezüglich dieses Punktes, nämlich der zutreffenden oder unzutreffenden Behandlung der Partnerdarlehen in den Bilanzen, fehlt es in jedem Falle an einem entsprechenden Vorsatz des Beklagten zu 1).

In diesem Zusammenhang kann der Argumentation des Klägers, die Gewährung der Darlehen als eigenkapitalersetzend sei wegen Verstoßes gegen §§ 305 ff BGB unwirksam, nicht gefolgt werden. Bei der Aufführung des Darlehens im Rahmen der verschiedenen für den Partner geführten Konten handelt es sich nicht um eine überraschende Klausel. Dies gilt insbesondere daher, dass ausführlich der Status des entsprechenden Darlehens beschrieben und erläutert wird.

Eine **Haftung des Beklagten zu 2) aus Verletzung vertraglicher Aufklärungspflichten oder des § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB** ist ebenfalls nicht gegeben. Eine etwaige Offenbarungspflicht setzt in diesem Zusammenhang ebenfalls **positive Erkenntnis der Insolvenzureife** voraus, die aber, wie bereits dargestellt, nicht gegeben war. Für einen Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB fehlen auch die übrigen Voraussetzungen. Es muss bei einem Anspruch aus einem Schutzgesetz, hier der **Straftatbestand des Betruges**,

der gesamte Tatbestand in seinen objektiven und seinen subjektiven Tatbestandsmerkmalen voll erfüllt sein. Dies trifft vorliegend, wie bereits vorgehend erörtert, nicht zu. Selbst wenn, was äußerst zweifelhaft erscheint, der objektive Tatbestand des Betruges, der vorliegend bereits an einer entsprechenden Täuschung durch Unterlassung der dafür erforderlichen Garantienpflicht scheitern würde, gegeben wäre, läge ein einsprechender Vorsatz nicht vor.

Unterstellt man schließlich das Vorliegen der Insolvenzsreife im Zeitpunkt der Vertragsverhandlung mit dem Kläger und die Verpflichtung des Beklagten zu 1), einen Insolvenzantrag zu stellen, so trifft den Kläger ein **Mitverschulden** an dem entstandenen Schaden. **Denn er musste wissen, dass er einer GmbH beitreten wollte, die jederzeit insolvent werden kann. Bei Gewährung eines Darlehens hätte er selbst die wirtschaftlichen Verhältnisse prüfen müssen und können und auf Einsicht in Jahresabschlüsse, Bilanzen etc. bestehen müssen.** Dass dies nicht geschehen ist, stellt eine Verletzung der Sorgfaltspflichten in eigenen Angelegenheiten dar und ist als Mitverschulden gemäß § 254 BGB zu bewerten. (...) ■

Gl Literaturhinweise

Haftung von Unternehmensorganen

Die Entwicklung in den vergangenen Jahren führt dazu, dass die Haftung von Unternehmensorganen bei ausbleibenden Gewinnen und drohenden oder eingetretenen Insolvenzen eine stärkere Bedeutung erlangt hat. Auch hat der Gesetzgeber in diversen Gesetzen – Gesetz zur Kontrolle und Transparenzen Unternehmensbereich, Transparenz- und Publizitätsgesetz, Corporate Governance Kodex, Vorstandsvergütungsoffenlegungsgesetz – Regelungen geschaffen, die zu größerer Transparenz im Unternehmensbereich beitragen. Berücksichtigt ist das Vorstandsvergütungsgesetz.

Inhalt: ■ Einführung in die rechtlichen Rahmenbedingungen und Entwicklungen einschließlich prozessualer Fragen, ■ Pflichtverletzung durch Vorstandsmitglieder, ■ Pflichtverletzung von Aufsichtsratsmitgliedern, ■ Pflichtverletzung von Geschäftsführern einer GmbH im Innenverhältnis, ■ Pflichtverletzung eines Beirats und seiner Mitglieder, ■ Besonderheiten der Haftung von Unternehmensorganen bei der eingetragenen Genossenschaft, bei Stiftung und Verein, ■ Verschuldensfragen und Mitverschulden, ■ Schaden, ■ Verjährung, Außenhaftungsansprüche gegen Unternehmensorgane, ■ Allgemeine Haftung von Unternehmensorganen, ■ Haftungsbeschränkungen, ■ D & O Versicherungen.

Das Werk wendet sich an Rechtsanwälte, Aufsichtsräte, Vorstände und an Unternehmen.

Dr. Reinhard Patzina/Stefan Bank/Dieter Schimmer/Micheale Simon-Widmann: *Haftung von Unternehmensorganen*, Verlag C.H. Beck 2010, XXX, 390 Seiten, in Leinen, 128,- €, ISBN 978-3-406-54259-6

Die stille Gesellschaft

Die stille Gesellschaft ist in der Beratung insbesondere als Finanzierungsinstrument eine steuerrechtlich günstige und flexible Alternative zur Kapitalerhöhung. Aufgrund der nur sehr dünnen gesetzlichen Grundlage werden viele rechtliche Fragen erst durch die Rechtsprechung geklärt. Vor diesem Hintergrund und angesichts zahlreicher gesetzlicher Änderungen ist das jetzt in 7. Auflage vorliegende Standardwerk „Handbuch Stille Gesellschaft“ für den Berater ein unentbehrlicher und verlässlicher Begleiter.

Sämtliche zivilrechtliche und steuerrechtliche Fragen rund um Errichtung, Führung, Umwandlung und Auflösung der stillen Gesellschaft werden in diesem Handbuch von einem besonderen Sachkenner dargestellt. Berücksichtigt sind außerdem die stille Publikumspersonengesellschaft, die stille Familiengesellschaft, die GmbH & Still und die Unterbeteiligung. Das Handbuch beantwortet alle wichtigen Rechts- und Steuerfragen bei stillen Beteiligungen. Der Aufbau nach den verschiedenen Lebens- und Wirkungsphasen der stillen Gesellschaft vermittelt einen schnellen Zugang zu den Problemstellungen. Zwei Vertragsmuster zur Gründung einer typischen/atypischen stillen Gesellschaft runden das Werk ab.

Seit dem Erscheinen der 6. Auflage gab es viele für die stille Gesellschaft bedeutsame gesetzliche Neuregelungen sowie wichtige neue Rechtsprechung. Wesentliche Änderungen ergaben sich einerseits durch das MoMiG sowie andererseits durch die neueren Entwicklungen bei der fehlerhaften stillen Gesellschaft, bei der stillen Gesellschaft in der Auseinandersetzung, bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung und im Recht der Unternehmensverträge bei der stillen Gesellschaft an einer Aktiengesellschaft. Das Kapitel zur Buchführung und zum Jahresabschluss ist im Hinblick auf die Änderungen durch das BilMoG sowie die Berücksichtigung der Behandlung der stillen Gesellschaft nach den internationalen Rechnungslegungsstandards in weiten Teilen neu gefasst worden.

Im steuerrechtlichen Bereich haben die zahlreichen Reformgesetze der jüngeren Zeit wie das UntStRG 2008, das ErbStRG und das SEStEG zu tiefgreifenden Änderungen geführt. Das Kapitel zur Einkommensteuer wurde deshalb völlig neu geschrieben, das Kapitel zur Erbschaftsteuer in weiten Teilen neu gefasst und um die Behandlung der Bewertung erweitert worden. Da für die Praxis auch die vor 2009 geltenden Regelungen noch eine Zeit lang von Bedeutung sind, ist in vielen Kapiteln die Rechtslage vor und nach der jeweiligen Rechtsänderung dargestellt. **Blaurock: Handbuch Stille Gesellschaft, Gesellschaftsrecht – Steuerrecht**, von Prof. Dr. Uwe Blaurock, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 7. neu bearbeitete Auflage 2010, 924 Seiten, Lexikonformat, gebunden, 129,- €, ISBN 978-3-504-33526-7

Manchmal ist man besser still.

Die Rechtsform der stillen Gesellschaft hat an Attraktivität nichts eingebüßt. Im Gegenteil. Neben den gängigen Regelungssachverhalten bietet sie sich gerade in Krisenzeiten als interessantes Finanzierungsinstrument an.

Was Sie für eine optimale Gestaltungsberatung wissen müssen, erfahren Sie aus diesem Standardwerk zur stillen Gesellschaft: systematisch aufbereitet, gut verständlich, wissenschaftlich fundiert. Ein Werk aus einem Guss, das insbesondere wegen seiner gelungenen Verzahnung von Gesellschafts- und Steuerrecht gern zur Hand genommen wird.

Seit der Voraufgabe hat sich



Blaurock **Handbuch Stille Gesellschaft** Gesellschaftsrecht – Steuerrecht. Von Prof. Dr. Uwe Blaurock. 7., neu bearbeitete Auflage 2010, 936 Seiten Lexikonformat, gbd. 129,- €. ISBN 978-3-504-33526-7

im Recht der stillen Gesellschaft so viel geändert, dass viele Kapitel des Handbuchs völlig neu verfasst, andere wesentlich erweitert oder überarbeitet werden mussten.

Neben vielen neuen Gerichtsentscheidungen mussten alle zwischenzeitlich ergangenen Reformen sorgfältig eingearbeitet werden: UntStRG 2008, ErbStRG, SEStEG, JStG 2008, MoMiG und BilMoG. Kurzum: Nur mit der neuen Auflage können Sie auf diesem praxisrelevanten Rechtsgebiet noch sachgerecht beraten. Blaurock, Handbuch Stille Gesellschaft. Probe lesen und bestellen.

www.otto-schmidt.de

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

☒ Ja, ich bestelle mit 14-tägigem Rückgaberecht Blaurock **Handbuch Stille Gesellschaft** 7. Auflage, gbd. 129,- € plus Versandkosten. ISBN 978-3-504-33526-7

Name _____ Straße _____ PLZ _____ Ort _____

Telefon _____ Fax _____ Datum _____ Unterschrift _____ 3/10

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

Im Mittelbeihefter dieser GI-Ausgabe finden Sie zwei aktuelle Themen. Zum einen informiert Sie Herr Rechtsanwalt Michael Brügge zu den Haftungsrisiken in der interprofessionellen Sozietät. Ein Thema, dass den Berufsstand der Steuerberater, Wirtschaftsprüfer und Rechtsanwälte besonders betrifft, da sie zunehmend interdisziplinär zusammenarbeiten.

Daneben finden Sie eine kurze Zusammenfassung des Leistungsangebots von HDI-Gerling in der Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung für Insolvenzverwalter. Neu: Die sogenannte HDI-Gerling Sammelpolice für bis zu 10 Insolvenzverfahren pro Jahr.

Informieren Sie sich in dieser Ausgabe über unsere aktuellen Themen rund um die Vermögensschaden-Haftpflicht.

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. 3/Mai 2010

Haftungsrisiken in der interprofessionellen Sozietät.

Bei einer interprofessionellen oder gemischten Sozietät zwischen Rechtsanwälten, Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern ist der für die Rechtsanwalts- und Steuerberaterhaftung zuständige IX. Zivilsenat des BGH vor der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) im Wege der Auslegung davon ausgegangen, dass der Mandatsvertrag in der Regel nur mit demjenigen Sozietatsmitglied geschlossen wird, der den Mandatsgegenstand fachlich bearbeiten kann und berufsrechtlich erledigen darf. Er begründete dies damit, dass der Mandant bei einem zivilrechtlichen Beratungsauftrag im Zweifel nicht einen solchen Sozietatsmitglied – Steuerberater – in einen Vertrag über die Besorgung fremder Rechtssachen einbezogen wolle, der diese Rechtsberatung nicht ausüben darf (BGH DSIR 2000, 783). Eine gesamtschuldnerische Haftung sämtlicher Sozietatsmitglieder nach dieser Rechtsprechung damit auf die Fälle einer mangelhaften steuerrechtlichen Beratung begrenzt, da zur Hilfeleistung in Steuersachen gemäß § 31 StBerG sowohl Steuerberater als auch Rechtsanwälte befugt sind (§ 3 Nr. 1 StBerG).

Nach der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR (Sozietät) und der sich hieraus ergebenden Haftung der Gesellschafter (Sozietatsmitglieder) analog § 128 HGB durch das Grundsatzurteil des für das Gesellschaftsrecht zuständigen II. Zivilsenats des BGH vom 29.1.2001 (BGH DSIR 2001, 310) ist höchststrichlich nicht geklärt, ob auch bei einer interprofessionellen Sozietät zwischen Rechtsanwälten und Steuerberatern der Mandatsvertrag wie auch sonst mit der Sozietät zustande kommt und die Sozietatsmitglieder für sämtliche Verbindlichkeiten der Sozietät akzessorisch unabhängig davon haften, ob sie berufsrechtlich zur Erledigung des erteilten Beratungsauftrages überhaupt befugt waren.

Soweit man bei der gemischten Sozietät ohne Einschränkung eine Haftung der Sozietät und hieraus folgend eine akzessorische Haftung der Sozietatsmitglieder gemäß § 128 HGB bejaht, hätte dies zur Konsequenz, dass ein Steuerberater für eine mangelhafte zivilrechtliche Beratung des Anwalts haften würde, obwohl es insoweit um eine Rechtsdienstleistung im Sinne von § 21 RDG geht, die unter den Erlaubnisvorbehalt von § 3 RDG fällt. Umgekehrt müsste ein Rechtsanwalt für eine mangelhafte betriebswirtschaftliche Beratung des Steuerberaters, die der Sozietät zugerechnet wird, haftungspflichtig einstehen, obwohl es sich insoweit um eine anwaltschaftliche Tätigkeit handelt, auf die sich zumindest der Versicherungsschutz seiner Berufshaftpflichtversicherung gemäß § 51 BRAO nicht erstreckt.

Der II. Zivilsenat des BGH hat die Entscheidung hierfür dem für berufliche Haftungsfälle von Rechtsanwälten und Steuerberatern zuständigen IX. Zivilsenat des BGH überlassen (a. a. O.).

Der IX. Zivilsenat des BGH hat sich der Rechtsprechung des II. Zivilsenats des BGH zur Haftungsfürsorge der GbR grundsätzlich angeschlossen (BGH DSIR 2006, 885). Ob die akzessorische Haftung analog § 128 HGB auch für die interprofessionelle Sozietät gilt, hat er bislang aber ausdrücklich offen gelassen.

Mit Urteil vom 26.6.2008 hat er lediglich entschieden, dass zumindest für Mandatsverträge, die vor der Grundsatzentscheidung des II. Zivilsenats des BGH vom 29.1.2001 (a. a. O.) zur erstmaligen Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR zustande gekommen sind, aus Gründen des Vertrauensschutzes eine Haftung von berufsfremden Mitgliedern einer gemischten Sozietät aussteht, und aus diesem Grunde eine Entscheidung des OLG München vom 28.7.2005 aufgehoben, wonach eine Steuerberaterin für einen Beratungsfehler eines Rechtsanwalts-Sozietats akzessorisch haften sollte (BGH DSIR 2008, 1981).

In einer weiteren Entscheidung vom 5.2.2009 hat der BGH klargestellt, dass auch nach der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts von einem anwaltlichen Einzelmandat auszugehen sei, wenn ein Rechtsanwalt nicht erkennbar im Namen der interprofessionellen Sozietät auftritt und es sich um einen Folgeauftrag eines anwaltlichen Einzelmandats aus dem Zeitraum vor dem Erlass des oben erwähnten Grundsatzurteils des BGH vom 29.1.2001 handelt (BGH DSIR 2009, 1002). In dieser Entscheidung ging es dem BGH vor allem darum, mit Hilfe des Folgemandats eine Sekundärhaftung des Rechtsanwalts zu begründen, damit dieser sich nicht auf Verjährung gemäß § 51b BRAO a. F. berufen konnte. Zu der Frage, wie nach der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Sozietät in einer interprofessionellen Sozietät für berufliche Haftungsfälle haften, hat er sich auch hier nicht geäußert.

Im Schrifttum wird teilweise die Auffassung vertreten, dass mit der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR die Haftungsgrundsätze der §§ 128 ff. HGB auch auf eine interprofessionelle Sozietät ohne Einschränkung Anwendung finden müssten. Entscheidend sei, dass mit der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts der Mandatsvertrag allein mit der Sozietät zustande komme. Die

Impressum

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

Herausgeber

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

Redaktion

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

Erscheinungsweise

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

Verlag

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

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