

Informationen für wirtschaftsprüfende, rechts- und steuerberatende Berufe

GI aktuell

Inhalt

Editorial
GI News
GI Entscheidungen
GI Literaturhinweis
GI Service

GI Leitsätze

Steuerberatungsvertrag

Kündigungsmöglichkeiten / Pauschalvereinbarung / Bindung an Pauschalvereinbarung / Abbedingung der Kündigung (BGH, Urt. v. 11.2.2010 – IX ZR 114/09)

Partnerschaftsgesellschaft

Haftung des neuen Partners / Pflichtverletzung vor Beitritt / Bearbeitung eines Auftrags (BGH, Urt. v. 19.11.2009 – IX ZR 12/09)

Prüfungspflichten des Anwalts

Berufungsschrift / Bezeichnung des zuständigen Gerichts / Arbeitsteilung in Sozietäten? (BGH, Beschl. v. 5.3.2009 – V ZB 153/08)

Steuerberaterhaftung

Zu geringer Umsatzsteuersatz / Getränkeautomaten / Schaden / Konkurrenzsituation / Interne Kalkulation / Zinsschaden (OLG Celle, Urt. v. 24.2.2010 – 3 U 170/09)

Anlageberatung

Zustandekommen des Vertrages / Provisionen / Beratungspflichten / Plausibilitätsprüfung / Prospekt „Garantiefonds“ / Alternativverhalten / Steuervorteile / Mitverschulden (OLG München, Urt. v. 8.2.2010 – 17 U 3960/09)

Steuerberaterhaftung

Anspruch des Prozesskostenfinanzierers / Kenntnis des Steuerrechts / Europarechtswidrigkeit / Entscheidung des Finanzgerichts / Karenzzeit für die Kenntnisnahme des FG-Urteils / Nachwirkende Belehrungspflichten? / Verjährung (OLG Stuttgart, Urt. v. 15.12.2009 – 12 U 110/09)

Anwaltshaftung

Prozesskostenhilfverfahren / Bedürftiger Mandant / Hinweispflicht auf Beratungshilfe, § 16 Abs. 1 BORA (OLG Celle, Beschl. v. 17.7.2009 – 3 U 139/09)

Anwaltsvertrag

Priorität im Markenrecht / Beschaffung notwendiger Informationen / Honorarforderungen / Leistungsbestimmung bei Zahlung (OLG Düsseldorf, Urt. v. 26.2.2009 – I-24 U 101/08)

Zurückbehaltungsrecht des StB

Herausgabepflicht von Buchführungsunterlagen / Einstweilige Verfügung des Mandanten / Keine Sicherheitsleistung / Anspruch auf Einsicht (OLG Köln, Beschl. v. 5.1.2009 – 8 W 127/08)

Steuerberaterhaftung

Fehlerhafte Steuererklärung / Einsichtnahme in Belege / Überhöhter Abzug von Schuldzinsen / Schaden / Nachzahlungszinsen / Korrekturkosten (OLG Düsseldorf, Urt. v. 25.11.2008 – I-23 U 64/08)

Versicherungsschutz

Wissentliche Pflichtverletzung des Anwalts / Risikoausschluss / Versäumnisurteil / Keine Information an den Mandanten (OLG Köln, Beschl. v. 22.9.2008 – 20 W 43/08)

Steuerberaterhaftung

Drohende Insolvenzreife / Belehrungspflicht des Steuerberaters / Kenntnis des Geschäftsführers / Fehlende Belehrungsbedürftigkeit / Pflicht zur Mandatsniederlegung? / Verschleppungsschaden (LG Koblenz, Urt. v. 3.6.2009 – 15 O 397/08)

127

131

132

135

136

138

140

Editorial

Sehr geehrte Leserin, sehr geehrter Leser, es bleibt dabei, dass der **Steuerberatungsvertrag jederzeit gekündigt** werden kann. Der BGH hat dies auch für den Fall bejaht, dass ein Teilbereich des Vertrages, die Finanz- und Lohnbuchführung, mit einer Jahrespauschale und monatlich festen Beträgen vergütet wird. Er lässt weiterhin offen, ob das Kündigungsrecht durch **Allgemeine Auftragsbedingungen** (AAB) ausgeschlossen werden kann. Unangemessen und damit unwirksam sei die Beschränkung in AAB's auf lediglich eine Kündigungsmöglichkeit im Jahr.

Überraschend hat der BGH die **Haftungsstruktur der Partnerschaftsgesellschaft verändert**. Der neu eintretende Partner haftet auch für berufliche Fehler, die vor seinem Eintritt in die Partnerschaft ein anderer Partner begangen hat. Der BGH weist darauf hin, dass eine Inanspruchnahme auch möglich ist, wenn er den Fehler des Partners nicht mehr beseitigen konnte.

Fertigt der Steuerberater die Buchführung und die Steuerdeklarationen, muss er den Mandanten darauf hinweisen, wenn dieser einen **zu geringen Umsatzsteuersatz** berechnet. Die Umsatzsteuernachforderung stellt aber nur dann einen **Schaden** dar, wenn der Mandant nachweist, dass er den korrekten Umsatzsteuersatz bei seinen Kunden hätte durchsetzen können (OLG Celle).

Der Steuerberater begeht eine schwerwiegende Pflichtverletzung, wenn er in einem Beratungsgespräch nicht offenbart, dass er für das Zustandekommen einer empfohlenen Kapitalanlage eine **Provision** erhält. Das OLG München hält zu Recht fest, dass der Auftraggeber nicht verpflichtet sei, sich nach Provisionen zu erkundigen.

Zur Haftung des Steuerberaters wegen des Nichterkennens **werdenden Rechts** hält das OLG Stuttgart fest, dass ein **Finanzgerichtsurteil** nur dann ausnahmsweise zur Kenntnis genommen werden muss, wenn es eine Frage entscheidet, die bereits in der Rechtsprechung und Literatur diskutiert wird. Das OLG räumt in diesem Fall aber eine **längere Karenzzeit** zur Kenntnisnahme ein, als diese im Fall einer höchstrichterlichen Entscheidung besteht.

Macht der Steuerberater wegen offener Gebührenforderungen sein **Zurückbehaltungsrecht** an Buchführungsunterlagen geltend, so kann dieses im Wege einer einstweiligen Verfügung nur unter sehr strengen Voraussetzungen beseitigt werden. Das OLG Köln hält eine **einstweilige Verfügung** für nicht gerechtfertigt, wenn Einsicht in die Unterlagen beim Steuerberater möglich ist und Kopien gefertigt werden können.



Mit freundlichen Grüßen
Ihr Dr. Jürgen Gräfe

GI News

BFH: Treuhandmodell – keine Gewerbesteuerpflicht bei sog. Ein-Unternehmer-Personengesellschaften

Der Bundesfinanzhof (BFH) hat mit Urteil vom 3.2.2010 – IV R 26/07 entschieden, dass Personengesellschaften, an denen nur ein Gesellschafter im Sinne des Einkommensteuerrechts unternehmerisch beteiligt ist, nicht der Gewerbesteuer unterliegen. Der Entscheidung lag der Sachverhalt zugrunde, dass an einer Kommanditgesellschaft (Treuhand-KG) eine persönlich haftende Gesellschafterin (Komplementärin) und nur eine Kommanditistin (Treuhanderin) beteiligt waren, die ihren Gesellschaftsanteil treuhänderisch für die Komplementärin hielt. Dieses sog. Treuhandmodell hat der BFH damit anerkannt.

Der Ansicht des Finanzamts, nach der die für die persönliche Gewerbesteuerpflicht einer Personengesellschaft einschlägige Vorschrift (§ 5 Abs. 1 Satz 3 des Gewerbesteuergesetzes) zivilrechtlich auszulegen und deshalb die Treuhand-KG gewerbesteuerpflichtig sei, konnte sich der BFH nicht anschließen. Er hat deshalb der Klage stattgegeben und den gegen die Treuhand-KG ergangenen Gewerbesteuermessbescheid aufgehoben.

Auszugehen sei hierbei – so der BFH – davon, dass die Kommanditistin zwar zivilrechtlich an der Treuhand-KG beteiligt gewesen sei, jedoch aufgrund der Treuhandabrede mit der Komplementärin nicht die Stellung einer Mitunternehmerin im Sinne des Einkommensteuerrechts erlangt habe. Damit fehle es nicht nur an einer „Mit“-Unternehmenshaftung, d.h. an der mitunternehmerischen Beteiligung von zumindest zwei Personen an der Kommanditgesellschaft. Folge hiervon sei des Weiteren, dass das gesamte Vermögen der Treuhand-KG der Komplementärin (Treugeberin) zuzurechnen sei und deshalb auch nur diese der Gewerbesteuer unterliege.

Das Urteil führt vor allem dazu, dass Gewinne und Verluste der Treuhand-KG unmittelbar in den Gewerbeertrag der Komplementärin eingehen. Bei dieser kommt es dadurch zu einer umfassenden Ergebnisverrechnung und damit zu einer organschaftsähnlichen Konsolidierung. Zu beachten ist aber, dass die Treuhand-KG dann selbst gewerbesteuerpflichtig wäre, wenn anders als in dem vom BFH entschiedenen Fall der Komplementär-Anteil treuhänderisch für den Kommanditisten gehalten würde, weil nach ständiger Rechtsprechung die Mitunternehmerstellung einer Komplementärin auch dann nicht entfällt, wenn sie ihren Anteil treuhänderisch für eine andere Person hält.

(BFH, Urt. v. 3.2.2010 – IV R 26/07)

Pressemitteilung d. BFH v. 14.4.2010 ■

BFH: Verbot nicht amtlich verliehener Zusätze zur Berufsbezeichnung „Steuerberater“

Mit Urteil vom 23.2.2010 – VII R 24/09 hat der Bundesfinanzhof (BFH) entschieden, dass im Geschäftsverkehr des Steuerberaters der Hinweis auf die zusätzlich erworbene Qualifikation „Fachberater für Sanierung und Insolvenzverwaltung“ unzulässig ist, wenn er als Zusatz zur Berufsbezeichnung des Steuerberaters verwendet werden soll.

In dem vom BFH entschiedenen Fall hatte die Steuerberaterkammer dem betroffenen Steuerberater lediglich gestattet, auf den beim Deutschen Steuerberaterverband e.V. erworbenen Fachberatertitel in einer von der Berufsbezeichnung „Steuerberater“ räumlich abgesetzten Weise in Geschäftspapieren, Praxisbroschüren, Internet-Auftritten usw. hinzuweisen, während der Steuerberater die gerichtliche Feststellung begehrte, die Fachberaterbezeichnung darüber hinaus auch neben der Berufsbezeichnung „Steuerberater“ führen zu dürfen. Das Finanzgericht (FG) wies die Klage ab und urteilte, dass nach dem Steuerberatungsgesetz neben der Berufsbezeichnung „Steuerberater“ nur Zusätze, die auf einen akademischen Grad oder eine staatlich verliehene Graduierung hinweisen, verwendet werden dürfen. Diese Voraussetzungen erfülle die erworbene Fachberaterbezeichnung des Klägers jedoch nicht.

Der BFH schloss sich dieser Auffassung an und entschied, die vom FG getroffene Differenzierung beeinträchtigt die grundgesetzlich garantierte Berufsausübungsfreiheit des Steuerberaters nicht in unverhältnismäßiger Weise. Denn dem Steuerberater werde der werbende Hinweis auf seine Fachberaterqualifikation nicht generell verboten, sondern nur insoweit, als er als Zusatz zur Berufsbezeichnung verwendet wird und damit eine Irreführung des Publikums hervorzurufen geeignet ist.

Hinweis: Nicht betroffen von diesem Urteil sind die von der Steuerberaterkammer selbst verliehenen zugelassenen Fachberaterbezeichnungen, die ausdrücklich nur zusammen mit der Berufsbezeichnung geführt werden dürfen (§ 86 Abs. 4 Nr. 11 des Steuerberatungsgesetzes i.V.m. § 61 der Berufsordnung und § 1 der Fachberaterordnung).
(BFH, *Urt. v. 23.2.2010 – VII R 24/09*)

Pressemitteilung d. BFH v. 14.4.2010 ■

BFH: Steuerneutrale Sacheinbringung von Namensrechten als wesentliche Betriebsgrundlage

Der Bundesfinanzhof (BFH) hatte in seinem Urteil vom 16.12.2009 – I R 97/08 über die immer wieder streitige Frage nach einer „liquiditätsschonenden“ Buchwertfortführung im Zusammenhang mit einer Sacheinbringung zu entscheiden:

Eine Sacheinlage i.S.d. § 20 des Umwandlungssteuergesetzes (UmwStG), bei der ein Mitunternehmeranteil steuerneutral in eine Kapitalgesellschaft eingebracht werden kann und bei der der Einbringende im Gegenzug neue Anteile an der Gesellschaft erhält, setzt den Übergang sämtlicher wesentlicher Betriebsgrundlagen des Mitunternehmeranteils voraus. Nach Auffassung des BFH können zu den wesentlichen Betriebsgrundlagen auch immaterielle Wirtschaftsgüter gehören, wie beispielsweise das dem Einbringenden zustehende Recht an einem Namen oder einer Bezeichnung, deren Verwendung der Mitunternehmerschaft gestattet ist. Darauf, dass das Recht seinerseits bilanzierungsfähig und markenrechtlich besonders geschützt ist, kommt es nicht an. Entscheidend ist allein, ob das Recht nach seiner Funktion im Betrieb für diesen wesentlich ist (sog. funktionale Betrachtungsweise).

In dem vom BFH entschiedenen Fall ging es um die Einbringung eines Anteils an einer KG der IT-Branche in eine AG. Der einbringende Kommanditist hatte es der KG gestattet, eine bestimmte Bezeichnung firmen- und warenzeichenrechtlich zu nutzen, an der ihm das Namensrecht zustand. Er hatte es aber nicht in die AG eingebracht, was der erstrebten steuerneutralen Behandlung der Sacheinbringung entgegenstehen kann.

(BFH, *Urt. v. 16.12.2009 – I R 97/08*)

Pressemitteilung d. BFH v. 21.4.2010 ■

GI Leitsätze

Anwaltschaftung / Verjährung des Schadenersatzanspruchs, BRAO a.F. / Verjährung des Sekundäranspruchserwendungsschreiben / Antrag auf Fristverlängerung

1. Ein Anspruch auf Schadenersatz wegen Verletzung des Anwaltsvertrages verjährt nach § 51b BRAO in drei Jahren von dem Zeitpunkt an, in dem der Anspruch entstanden ist, spätestens jedoch in drei Jahren nach Beendigung des Auftrags. Ein durch einen Fehler des Rechtsberaters bei der Führung eines Prozesses verursachter Schaden tritt mit Erlass der ersten daraufhin ergehenden für den Mandanten nachteiligen gerichtlichen Entscheidung ein.

2. Auch für die Verjährung des Sekundäranspruchs gilt § 51b BRAO. Die Verjährung beginnt mit dem Eintritt der Primärverjährung. Der Eintritt der Verjährung des Primäranspruchs beruht nur dann auf der Verletzung einer Hinweispflicht des Anwalts, wenn der Mandant innerhalb der Verjährungsfrist des Primäranspruchs überhaupt keine ausreichende rechtliche Belehrung erhält. Ist der Mandant noch rechtzeitig vor Fristablauf anderweitig anwaltlich beraten worden, so kann sich der Anwalt trotz vorheriger pflichtwidriger Verletzung seiner Hinweispflicht auf das Leistungsverweigerungsrecht des § 214 BGB berufen.

(OLG Rostock, *Beschl. v. 22.4.2008 – 1 U 61/08*) ■

Steuerberatungsvertrag

- Kündigungsmöglichkeiten
 - Pauschalvereinbarung
 - Bindung an Pauschalvereinbarung
 - Abbedingung der Kündigung
- (BGH, Urt. v. 11.2.2010 – IX ZR 114/09)

Leitsatz:

Ein einheitlicher Steuerberatungsvertrag kann nach § 627 BGB gekündigt werden, auch wenn für einen Teilbereich der Tätigkeit dauerhaft feste Bezüge vereinbart sind. ■

Zum Sachverhalt:

Der Kläger verlangt von der Beklagten, die eine Apotheke betreibt, die Zahlung von weiterem Steuerberaterhonorar für Lohn- und Finanzbuchführung für das Jahr 2007. Er war seit 1980 umfassend als steuerlicher Berater der Beklagten tätig. Mit schriftlichem Vertrag vom 5.5.1999 vereinbarte er mit ihr, dass sie für die Finanz- und Lohnbuchführung jährlich eine Pauschale von 29.520 DM und 480 DM Auslagenpauschale, zusammen 30.000 DM, zzgl. Umsatzsteuer zahlt. Der Gesamtbetrag sollte in monatlichen Raten von 2.500 DM zzgl. Umsatzsteuer fällig werden.

Hinsichtlich der Geltungsdauer dieser Pauschalvereinbarung wurde bestimmt:

„C. Vertragsdauer, Kündigung

Diese Vereinbarung gilt ab 1.1.1999 und läuft ein Vertragsjahr, also bis 31.12.2000. Sie verlängert sich jeweils um ein weiteres Jahr, wenn sie nicht mit einer Frist von drei Monaten vor Vertragsende schriftlich gekündigt wird. Wird diese Vereinbarung gekündigt, ohne dass das Steuerberatungsverhältnis erlischt, so treten an die Stelle dieser Gebührenvereinbarung die allgemeinen Vorschriften der StBGebV (§§ 16 ff) in der jeweils geltenden Fassung.“

Eine von ihr behauptete Kündigung vom 4.9.2006 hat die Beklagte nicht bewiesen. Anfang Februar 2007 kündigte sie das Steuerberatungsverhältnis fristlos. Der Kläger erbrachte keine Leistungen mehr. Die bis Januar 2007 erbrachten Leistungen auf Finanz- und Lohnbuchführung rechnete er mit 1.957,55 EUR ab. Da die Beklagte eine Vorschussleistung von 2.800 EUR erbracht hatte, ergab sich eine Gutschrift von 842,45 EUR. Für den Rest des Jahres 2007 lässt sich der Kläger 5% als ersparte Aufwendungen anrechnen und verlangt aus der pauschalierten Vergütungsabrede noch 17.071,74 EUR.

Das Landgericht hat der Klage unter Anrechnung der Gutschrift in Höhe von 16.229,35 EUR stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht die Klage abgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision begehrt der Kläger die Zurückweisung der Berufung der Beklagten. Die Revision ist unbegründet. ■

Aus den Gründen:

1. Das Berufungsgericht meint, bei dem zwischen den Parteien seit 1980 bestehenden umfassenden Steuerberatungsvertrag habe es sich um einen einheitlichen Geschäftsbesorgungsvertrag gehandelt. Dieser sei durch die Kündigung Anfang Februar 2007 insgesamt beendet worden. Ein wichtiger Grund i.S.d. § 626 BGB habe nicht vorgelegen. Das Vertragsverhältnis habe jedoch gemäß § 627 BGB beendet werden können, weil der Kläger Dienste höherer Art zu leisten gehabt habe. Für diese Beurteilung sei das umfassend erteilte Mandat maßgebend. Ein dauerndes Dienstverhältnis habe zwar vorgelegen. Der Kläger habe jedoch keine festen Bezüge erhalten. Das Kündigungsrecht nach § 627 BGB sei nur ausgeschlossen, wenn sich das Entgelt auf die Gesamtdienstleistung beziehe. Die Erstellung von Jahresabschlüssen, Teilnahme an Steuerprüfungen, Beratungsleistungen, Hilfestellungen in außergerichtlichen Rechtsbehelfsverfahren und Einkommensteuererklärungen für die Beklagte und ihren Ehemann seien aber nach der Steuerberatergebührenverordnung abgerechnet worden.

Durch die Kündigungsklausel der Vereinbarung habe zwar das Kündigungsrecht des § 627 BGB eingeschränkt werden sollen. Diese Klausel sei aber gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam.

2. Diese Ausführungen halten den Angriffen der Revision stand.

a) Nach § 627 Abs. 1 BGB ist bei einem Dienstverhältnis, das kein Arbeitsverhältnis i.S.d. § 622 BGB ist, **die Kündigung ohne die besonderen Voraussetzungen des § 626 BGB zulässig**, wenn der zur Dienstleistung Verpflichtete Dienste höherer Art zu leisten hat, die auf Grund besonderen Vertrauens übertragen zu werden pflegen, und nicht in einem dauernden Dienstverhältnis mit festen Bezügen steht. **Steuerberater leisten in der Regel Dienste höherer Art i.S.d. § 627 BGB**, weil der Mandant ihnen Einblick in seine Berufs-, Einkommens- und Vermögensverhältnisse gewährt (BGHZ 54, 106, 108; BGH, Urt. v. 19.11.1992 – IX ZR 77/92, NJW-RR 1993, 374; v. 11.5.2006 – IX ZR 63/05, NJW-RR 2006, 1490, 1491 Rdnr. 9). Der ihnen erteilte Auftrag kann jederzeit und ohne Angabe von Gründen mit sofortiger Wirkung beendet werden.

b) Dies wird auch von der Revision nicht in Frage gestellt. Nach ihrer Auffassung sind die Parteien – einvernehmlich – i.S.d. § 627 BGB verfahren und haben das Geschäftsbesorgungsverhältnis Anfang Februar 2007 ohne Einhaltung einer Frist beendet.

Sie meint jedoch, im Streit stehe allein der Zeitpunkt der Beendigung der von den Parteien am 5.5.1999 getroffenen **Pauschalvereinbarung**. Diese habe ausschließlich die Finanz- und Lohnbuchführung zum Gegenstand gehabt. Dabei habe es sich – entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts – nicht um einen integralen Teil eines übergreifenden steuerberaterlichen Geschäftsbesorgungsverhältnisses gehandelt. Vielmehr hätten die Parteien mit der Pauschalvereinbarung ein Geschäftsbesorgungsverhältnis begründet, das neben

dem steuerlichen Geschäftsbesorgungsverhältnis bestanden habe. Insoweit habe es sich auch nicht um Dienste höherer Art gehandelt.

c) Dieser Einwand der Revision greift nicht durch.

aa) Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts **handelte es sich bei der Pauschalvereinbarung nicht um einen selbstständigen Geschäftsbesorgungsvertrag**. Vielmehr war die Finanz- und Lohnbuchführung Bestandteil eines umfassenden, seit 1980 bestehenden Mandats. Dabei handelte es sich um einen einheitlichen Dienstvertrag. Dieser war auch nicht durch die Pauschalvereinbarung in verschiedene Einzelleistungen aufgespalten worden.

Diese tatrichterlichen Feststellungen sind bindend. Die Revision macht auch nicht geltend, diese Feststellungen seien fehlerhaft getroffen worden. Sie setzt lediglich ihre Würdigung an die Stelle derjenigen des Berufungsgerichts.

bb) Das Ergebnis des Berufungsgerichts folgt im Übrigen schon aus der Pauschalvereinbarung selbst. Diese nimmt Bezug auf den seit 1980 bestehenden umfassenden Steuerberatungsvertrag und will lediglich im Rahmen dieses bestehenden Vertrages eine **Pauschalvereinbarung hinsichtlich der Berechnung der Vergütung eines Teilbereichs** treffen. Dementsprechend geht die Regelung davon aus, dass eine Kündigung der Vereinbarung lediglich die Berechnung der Vergütung betreffen würde, der Steuerberatungsvertrag also auch hinsichtlich der hier geregelten Tätigkeiten der Buchführung bestehen bleiben würde. Denn für diesen Fall wurde bestimmt, dass sodann auch für die Finanz- und Lohnbuchführung die Steuerberatergebührenverordnung maßgebend sein sollte.

Die Pauschalvereinbarung regelte folglich lediglich einen bestimmten Bereich der Berechnung der Vergütung, ging aber davon aus, dass der zugrunde liegende Steuerberatungsvertrag unabhängig davon in vollem Umfang fortbestehen konnte. Wurde jedoch auch dieser beendet, wurde die Pauschalvereinbarung gegenstandslos.

cc) **Ob es sich um Dienste höherer Art handelt**, wenn **ausschließlich die Finanz- und Lohnbuchführung** zu erbringen ist (ablehnend OLG Hamm, DStR 1995, 1407; MünchKomm-BGB/Henssler 5. Aufl., § 627 Rdnr. 21), kann offenbleiben. Diese Tätigkeit unterfällt gemäß § 6 Nr. 4 StBerG – vorbehaltlich des § 33 StBerG – nicht dem Verbot unbefugter Hilfestellung in Steuersachen nach § 5 StBerG. Das ist aber nicht ausschlaggebend. Auch nicht dem Steuerberater (oder Rechtsanwalt) vorbehaltene Tätigkeit sind Dienste höherer Art, wenn sie – wie im vorliegenden Fall – Bestandteil eines einheitlichen Dienstvertrages sind, der auch die steuerliche Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat. **Der gesetzgeberische Grund** für die gegenüber § 626 BGB erleichterte, jederzeitige Möglichkeit zur Lösung eines Dienstverhältnisses i.S.d. § 627 BGB liegt nämlich in dem Vertrauen, von dem derartige Dienstverhältnisse getragen werden. Dieses kann schon durch **unwägbar Umstände und rational nicht begründete Empfindungen** gestört werden, die objektiv keinen

wichtigen Grund zur Kündigung darstellen. Deshalb soll bei derartigen, ganz auf **persönliches Vertrauen** ausgerichteten Dienstverhältnissen die Freiheit der persönlichen Entschließung eines jeden Teils im weitesten Ausmaß gewährleistet werden (BGH, Urt. v. 13.1.1993 – VIII ZR 112/92, NJW-RR 1993, 505, 506 m.w.N.; v. 11.5.2006, a.a.O.; Sieg in: Zuehör/Fischer/Sieg/Schlee, Handbuch der Anwaltschaft 2. Aufl., Rdnr. 68; MünchKomm-BGB/Henssler, a.a.O., § 627 Rdnr. 18, 23; Palandt/Weidenkaff, BGB 69. Aufl., § 627 Rdnr. 2).

Der **Sinn und Zweck der Vorschrift des § 627 Abs. 1 BGB**, nur Personen des eigenen Vertrauens mit der steuerlichen Beratung befassten zu dürfen, würde nicht erreicht, wenn der Auftraggeber gezwungen wäre, den wegen entzogenen Vertrauens wirksam gekündigten Berater bestimmte Teilleistungen weiterhin erbringen zu lassen, zumal wenn er ihm dann – wie hier – weiterhin und erneut Einblicke in vertrauliche Einzelheiten seiner Berufs-, Einkommens- und Vermögensverhältnisse gewähren müsste (vgl. BGH, Urt. v. 11.5.2006, a.a.O.).

dd) Es lag ein dauerhaftes Dienstverhältnis vor. **Feste Bezüge** wurden aber nur im Umfang der Pauschalvereinbarung bezahlt. Dadurch wurde nicht das Kündigungsrecht für den gesamten, einheitlichen Dienstvertrag gesetzlich ausgeschlossen.

Hinter dem Ausschluss des jederzeitigen Kündigungsrechts bei dauerhaften Dienstverhältnissen mit festen Bezügen steht der Gedanke, dass in diesen Ausnahmefällen dem Vertrauen des Dienstverpflichteten auf seine Existenzsicherung Vorrang vor dem Schutz der Entschließungsfreiheit des Dienstberechtigten einzuräumen ist (BGH, Urt. v. 13.1.1993, a.a.O.; Sieg in: Zuehör/Fischer/Sieg/Schlee, a.a.O., Rdnr. 74).

Entscheidend für die Annahme fester Bezüge ist, ob der Dienstverpflichtete **sich darauf verlassen kann, dass ihm auf längere Sicht bestimmte, von vornherein festgelegte Beträge in einem Umfang zufließen werden, welche die Grundlage seines wirtschaftlichen Daseins bilden können** (BGH, a.a.O.).

Dies ist hinsichtlich des Umfangs der **Pauschalvereinbarung** zweifellos gegeben. Wäre diese Tätigkeit in einem selbstständigen Vertrag geregelt gewesen, hätte dieser nicht nach § 627 BGB gekündigt werden können.

Ein umfassender Vertrag wird jedoch nicht dadurch der Kündigungsmöglichkeit des § 627 BGB entzogen, dass lediglich für einen Teilbereich feste Bezüge bezahlt werden. Es besteht in diesem Fall keine Rechtfertigung dafür, die dargelegten Interessen des Dienstberechtigten insgesamt zurücktreten zu lassen. **Die festen Bezüge müssen vielmehr nach einhelliger Auffassung für die gesamte Tätigkeit bezahlt werden und dürfen nicht lediglich einen Teilbereich abdecken** (LG München I, NJW 1980, 293; MünchKomm-BGB/Henssler, a.a.O., § 627 Rdnr. 16; BGB-RGRK/Corts 12. Aufl., § 627 Rdnr. 10; Staudinger/Preis, BGB, Bearbeitung 2002 § 627 Rdnr. 16; Soergel/Kraft, BGB 12. Aufl., § 627 Rdnr. 6, 10).

ee) Die **Kündigungsmöglichkeit** des § 627 BGB war auch **nicht wirksam vertraglich ausgeschlossen**. Die Bestimmung stellt zwar kein zwingendes Recht dar (BGH, Urt. v. 13.12.1990 – III ZR 333/89, NJW-RR 1991, 439, 440; v. 13.1.1993, a.a.O., 505; MünchKomm-BGB/Henssler, a.a.O., § 627 Rdnr. 36).

(1) Zweifelhaft ist hier aber schon, ob durch die Vereinbarung das Kündigungsrecht des § 627 BGB überhaupt berührt werden sollte. Die Frage wurde nicht ausdrücklich angesprochen. Die geregelte **Kündigungsmöglichkeit betraf lediglich die Pauschalvereinbarung zur Berechnung des Entgelts**, während der zugrunde liegende Steuerberatungsvertrag von einer Kündigung dieser Pauschalvereinbarung unberührt bleiben sollte. Anders wäre nicht zu erklären, warum sich im Fall der Kündigung der Pauschalvereinbarung die Vergütung für die hier geregelten Tätigkeiten der Buchführung nach der Steuerberatergebührenverordnung hätten richten sollen. Es kann deshalb schon nicht angenommen werden, dass die hier geregelte Kündigung die Beendigung des Steuerberatungsvertrages betreffen sollte.

(2) Jedenfalls konnte § 627 BGB **nicht durch Allgemeine Geschäftsbedingungen**, wie sie hier unstreitig vorliegen, **abbedungen** werden. Die Bestimmung ist nach dem gemäß Art. 229 § 5 Satz 2 EGBGB anwendbaren § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam.

(2.1) Die herrschende Meinung in der Rechtsprechung und Literatur vertritt den Standpunkt, dass durch Allgemeine Geschäftsbedingungen **das außerordentliche Kündigungsrecht der § 627 Abs. 1 BGB grundsätzlich nicht ausgeschlossen werden könne** (BGHZ 106, 341, 346; BGH, Urt. v. 5.11.1998 – III ZR 226/97, NJW 1999, 276, 278; v. 9.6.2005 – III ZR 436/04, WM 2005, 1667, 1669; MünchKomm-BGB/Henssler, a.a.O., § 627 Rdnr. 36, 38; Staudinger/Preis, a.a.O., § 627 Rdnr. 8; Palandt/Weidenkaff, a.a.O., § 627 Rdnr. 5; Lingemann in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB 4. Aufl., § 627 Rdnr. 3; BGB-RGRK/Corts, a.a.O., § 627 Rdnr. 13), und zwar auch im Verkehr mit Kaufleuten (OLG Koblenz, NJW 1990, 3153, 3154; BB 1993, 2183, 2184, jeweils zum Steuerberater; MünchKomm-BGB/Henssler, a.a.O., Rdnr. 38).

(2.2) Der Bundesgerichtshof hatte bisher offengelassen, **ob und inwieweit Ausnahmen** in Betracht kommen können (BGHZ 106, 341, 346; BGH, Urt. v. 9.6.2005, a.a.O.). Bei der ganz auf persönliches Vertrauen gestellten **Vertragsbeziehung** zwischen Steuerberater und Mandanten **muss die Freiheit der persönlichen Entschliebung eines jeden Teils im weitesten Ausmaß gewahrt werden** (BGH, Urt. v. 9.6.2005, a.a.O.; OLG Koblenz, NJW 1990, 3153, 3154; BB 1993, 2183, 2184). Es mag sein, dass die Kündigungsmöglichkeit des Steuerberatungsvertrages nach § 627 Abs. 1 BGB in gewissem Umfang **eingeschränkt werden kann**, wenn der Steuerberater einen **überwiegenden Teil seiner Dienstleistungen auf Dauer gegen feste Bezüge zu erbringen hat** und dafür Betriebseinrichtungen und Personal in erheblichem Umfang vorhalten muss. Durch die Beschränkung auf lediglich **eine Kündigungsmöglichkeit im Jahr** erhält jedoch das Interesse des Steuerberaters gegenüber dem Mandanten

zu starkes Gewicht, so dass dieser unangemessen benachteiligt wird. Ein derartiger Ausschluss des Kündigungsrechts verstößt gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB. Denn der Mandant wäre im Extremfall gezwungen, noch fast ein Jahr und drei Monate an dem Steuerberater festzuhalten, obwohl er das Vertrauen in ihn verloren hat. **Das benachteiligte den Mandanten unangemessen** und ist mit den wesentlichen Grundgedanken des § 627 Abs. 1 BGB jedenfalls dann nicht mehr zu vereinbaren (vgl. OLG Koblenz, jeweils a.a.O.), wenn die Umstände, die eine Beschränkung des Kündigungsrechts nach § 627 BGB möglicherweise rechtfertigen könnten, lediglich **Teilleistungen** des einheitlichen Steuerberatungsvertrages betreffen (vgl. BGH, Urt. v. 11.5.2006, a.a.O.) und die anderen Teilleistungen – wie vom Berufungsgericht festgestellt – erheblich sind.

(2.3) Die Annahme der Revision, die Pauschalvereinbarung verstoße nicht gegen § 309 Nr. 9 BGB und damit erst recht nicht gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB, bei dem ein geringeres Schutzniveau gelte, trifft nicht zu. **Die §§ 308 und 309 BGB finden im Verhältnis zur Beklagten, die gemäß § 14 Abs. 1 BGB Unternehmerin ist, keine Anwendung (§ 310 Abs. 1 Satz 1 BGB).**

Ob die vereinbarte Kündigungsklausel dem Maßstab des **§ 309 Nr. 9 BGB** standhalten würde, ist entgegen der Auffassung der Revision unerheblich; diese Bestimmung **berührt die Kündigungsmöglichkeit nach § 627 BGB** – ebenso wie diejenige nach § 626 BGB – ohnehin **nicht** (vgl. BGH, Urt. v. 9.6.2005, a.a.O.; MünchKomm-BGB/Kieninger, a.a.O., § 309 Nr. 9 Rdnr. 19; Christensen in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht 10. Aufl., § 309 Nr. 9 BGB Rdnr. 18). ■

Partnerschaftsgesellschaft

- Haftung des neuen Partners
 - Pflichtverletzung vor Beitritt
 - Bearbeitung eines Auftrags
- (BGH, Urt. v. 19.11.2009 – IX ZR 12/09)

Leitsatz:

Ist ein Partner mit der Bearbeitung eines Auftrags befasst, so kann er auch für vor seinem Eintritt in die Partnerschaft begangene berufliche Fehler eines anderen mit dem Auftrag befassten Partners haften; selbst wenn er sie nicht mehr korrigieren kann. ■

Zum Sachverhalt:

Die Anwaltskanzlei C. (fortan: Kanzlei), eine Partnerschaftsgesellschaft, wurde Ende des Jahres 2001 vom Ehemann der Klägerin beauftragt, Provisionsansprüche aus dem Handelsvertretervertragsverhältnis zwischen der H. BV (fortan: BV) und der M. AG für die Zeit von Dezember 1997 bis Ende 1998 geltend zu machen. Mit Klageschrift vom 28.12.2001 erhob die Kanzlei im Namen des Insolvenzverwalters über das Vermögen der BV gegenüber der M. AG Stufenklage

hinsichtlich der angeführten Provisionsansprüche beim Landgericht. Spätestens im Juni 1998 hatte der Ehemann der Klägerin die Kanzlei davon unterrichtet, dass die Provisionsansprüche mit Vertrag vom 17.12.1997 an die Klägerin abgetreten worden waren. In einem Schreiben der Kanzlei an die M. AG vom 13.10.1999 wurde ausgeführt, die Kanzlei vertrete nicht nur die BV, sondern auch die Interessen der Klägerin.

Der Beklagte ist mit Wirkung zum 31.10.2000 aus der Kanzlei ausgeschieden; zum 1.1.2002 ist er wieder als Sozios eingetreten. Für das Verfahren vor dem Landgericht hat der Beklagte mit Schriftsatz vom 6.5.2002 die Entgegnung auf die Klageerwiderung gefertigt. In der mündlichen Verhandlung vom 17.5.2002, die der Beklagte als Klägervorteiler wahrgenommen hat, wies das Gericht darauf hin, dass Bedenken hinsichtlich der Klagebefugnis des Klägers bestünden. Mit Urteil vom 7.6.2002 wurde die Klage wegen fehlender Klagebefugnis abgewiesen. Nach Berufungseinlegung trat die Klägerin ihre Ansprüche an den Insolvenzverwalter zur Geltendmachung im Berufungsverfahren ab. Das Berufungsgericht änderte hierauf das angegriffene landgerichtliche Urteil ab und verurteilte die M. AG zur Auskunftserteilung hinsichtlich der Ansprüche aus dem Jahre 1998. Bezüglich der Provisionsansprüche für den Monat Dezember 1997 wurde dagegen das erstinstanzliche Urteil wegen zwischenzeitlich eingetretener Verjährung bestätigt. Die M. AG entrichtete auf die Provisionsansprüche für das Jahr 1998 insgesamt 109.116,65 EUR.

Die Klägerin macht geltend, bei ordnungsgemäßem Verhalten der Kanzlei hätte die M. AG auch die für den Monat Dezember 1997 angefallenen Provisionen ausgezahlt. Der hierdurch entstandene Schaden belaufe sich auf 11.331,47 EUR (10.911,67 EUR Provisionen sowie 419,80 EUR Nebenkosten), wofür der Beklagte als Mitglied der Kanzlei aufzukommen habe. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Berufungsgericht die Klage dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Mit der zugelassenen Revision verfolgt der Beklagte seinen Klageabweisungsantrag weiter. Die Revision des Beklagten hat keinen Erfolg. ■

Aus den Gründen:

I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, die eingeklagte Forderung stehe der Klägerin zu, weil diese in den Schutzbereich des zwischen ihrem Ehemann und der Kanzlei abgeschlossenen Anwaltsvertrages einbezogen gewesen sei. Dies ergebe sich aus dem von der Kanzlei gefertigten Schreiben vom 13.10.1999 an die M. AG, mit dem mitgeteilt worden sei, die Kanzlei vertrete neben anderen Personen auch die Interessen der Klägerin. **Das Interesse des Ehemanns der Klägerin an der Wahrnehmung der Interessen seiner Ehefrau ergebe sich aus dem Umstand, dass er bestrebt gewesen sei, die sich aus dem Handelsvertretervertrag ergebenden Provisionsforderungen auf jeden Fall durchzusetzen, unabhängig davon, wer der Inhaber der Forderungen sei.** Dies sei auch für die Kanzlei ersichtlich gewesen. Deshalb habe sie in dem angeführten Anwaltschreiben auch die Zuordnung der Ansprüche zunächst offengehalten.

Die Kanzlei habe in Verkennung der Wirksamkeit der Abtretung vom 17.12.1997 die Provisionsansprüche dem Insolvenzverwalter und nicht der Klägerin zugeordnet. Die Erhebung der Klage im Namen des Insolvenzverwalters sei daher pflichtwidrig gewesen. Dies habe zu der erstinstanzlichen Klageabweisung geführt. Wegen eingetretener Verjährung habe dieser Fehler nicht mehr im Berufungsverfahren durch die zwischenzeitlich erfolgte Abtretungs- und Treuhandvereinbarung beseitigt werden können.

Der Beklagte hafte hierfür gemäß § 8 PartGG. Er sei zwar in die Bearbeitung des Mandats erst nach Begehung des Anwaltsfehlers, der Erhebung der Klage namens des Insolvenzverwalters eingebunden gewesen. Sein Beitrag bei der Bearbeitung des Mandats habe im Hinblick auf den Umstand, dass er den Schriftsatz vom 6.5.2002 angefertigt und den Termin zur mündlichen Verhandlung am 17.5.2002 wahrgenommen habe, keine untergeordnete Bedeutung i.S.d. § 8 Abs. 2 PartGG aufgewiesen. Auf die Kausalität des Bearbeitungsbeitrags zum Bearbeitungsfehler komme es nicht an.

II. Diese Ausführungen halten rechtlicher Prüfung stand.

1. Die Ansicht des Berufungsgerichts, der Schutzbereich des zwischen der Kanzlei und dem Ehemann der Klägerin abgeschlossenen Anwaltsvertrages erfasse auch die Vermögensinteressen der Klägerin, ist rechtlich zutreffend.

a) Ein echter Anwaltsvertrag, aufgrund dessen der Rechtsanwalt seinem Auftraggeber Rechtsbeistand schuldet, kann zum Inhalt haben, **dass der Anwalt auch die Vermögensinteressen eines Dritten wahrzunehmen hat.** Dann kann die – notfalls ergänzende – Auslegung des Vertrages ergeben, dass der Dritte in den Schutzbereich der anwaltlichen Pflichten einbezogen ist. Hieraus kann er zwar, falls nicht die Voraussetzungen des § 328 BGB vorliegen, keinen primären Anspruch auf die vertragliche Hauptleistung, wohl aber einen eigenen sekundären Schadenersatzanspruch gegen den Rechtsanwalt haben (*Zugehör in: Zugehör/Fischer/Sieg/Schlee, Handbuch der Anwaltschaft 2. Aufl., Rdnr. 1648*). Diese Grundsätze gelten insbesondere für Anwaltsverträge mit Schutzwirkung zugunsten von Angehörigen des Mandanten (*BGH, Urte. v. 1.10.1987 – IX ZR 117/86, NJW 1988, 200, 201; v. 13.7.1994 – IV ZR 294/93, NJW 1995, 51, 52; v. 13.6.1995 – IX ZR 121/94, NJW 1995, 2551, 2552*). Voraussetzung ist, dass die Rechtsgüter des Dritten nach der objektiven Interessenlage im Einzelfall durch die Anwaltsleistung mit Rücksicht auf den Vertragszweck beeinträchtigt werden können und der Mandant ein berechtigtes Interesse am Schutz des Dritten hat (*Zugehör, a.a.O., Rdnr. 1647*).

b) In tatrichterlich zulässiger Würdigung des Prozessstoffes hat das Berufungsgericht unter Berücksichtigung des Schriftsatzes der Kanzlei vom 13.10.1999 und des Willens des Ehemanns der Klägerin, die Provisionsansprüche auf jeden Fall durchzusetzen, annehmen können, dass auch die Interessen der Klägerin hinsichtlich des Erhalts der Provisionsbezüge vom Schutzbereich des Anwaltsvertrages erfasst

werden. Dies steht in Einklang mit den vorgenannten, zum Anwaltsvertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter vom Bundesgerichtshof entwickelten Rechtsgrundsätzen.

c) Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist der Rechtsanwalt im Rahmen seines Auftrags verpflichtet, seinen Mandanten sowie die in den Schutzbereich des Anwaltsvertrages **einbezogenen Personen vor voraussehbaren und vermeidbaren Nachteilen zu bewahren. Eine solche Verpflichtung kommt vor allem in Betracht, wenn Ansprüche gegen Dritte zu verjähren drohen** (vgl. BGH, Urt. v. 29.4.1993 – IX ZR 101/92, NJW 1993, 2045; v. 9.7.1998 – IX ZR 324/97, WM 1998, 2246, 2247; v. 29.11.2001 – IX ZR 278/00, WM 2002, 505, 506; v. 13.3.2008 – IX ZR 136/07, WM 2008, 1560, 1562 Rdnr. 16). Der Anwalt hat hierbei, wenn verschiedene Maßnahmen in Betracht kommen, den **relativ sichersten Weg** zu gehen.

d) Gegen diese Grundsätze hat die Kanzlei mit der gegen die M. AG gerichteten Klage hinsichtlich der für den Monat Dezember 1997 zu beanspruchenden Provisionen verstoßen. Entgegen der Ansicht der Revision wird der Klägerin kein Vertragserfüllungsanspruch zugesprochen. Sie macht lediglich den Schaden aus der Verletzung ihres negativen Interesses geltend, der im Verlust ihrer Provisionsansprüche besteht. Dieses Interesse ist, wie das Berufungsgericht zutreffend festgestellt hat, vom Schutzbereich des Anwaltsvertrages erfasst.

Der Annahme eines Schadens kann ferner nicht die Erwägung der Revision entgegengehalten werden, es sei nicht ersichtlich, dass die Klägerin die Kanzlei bevollmächtigt habe, ihre Ansprüche gerichtlich geltend zu machen. Das Berufungsgericht hat in diesem Zusammenhang zutreffend darauf abgestellt, dass bei ordnungsgemäßem Vorgehen der Kanzlei der Abschluss der im Berufsrechtszug zustande gekommenen Abtretungs- und Treuhandvereinbarung auch vor Eintritt der Verjährung hätte erfolgen oder die Provisionsansprüche anderweitig hätten gesichert werden können.

Daher ist das Berufungsgericht zu Recht davon ausgegangen, dass die Kanzlei als Partnerschaftsgesellschaft mit der fehlerhaften Klageerhebung gegenüber der Klägerin bestehende Schutzpflichten verletzt hat und der hierdurch eingetretene Verlust von Provisionsansprüchen für den Monat Dezember 1997 ihr zuzurechnen ist.

2. Die Annahme des Berufungsgerichts, der Beklagte habe neben der Partnerschaftsgesellschaft für die festgestellte Pflichtverletzung einzustehen, erweist sich als rechtsfehlerfrei.

a) Gemäß § 8 Abs. 1 Satz 2 PartGG i.V.m. § 130 HGB **haftet der neu eintretende Gesellschafter auch für vor seinem Beitritt begründete Verbindlichkeiten der Partnerschaftsgesellschaft**. Der hierin zum Ausdruck kommende Rechtsgedanke findet seine Begründung und Rechtfertigung in den Eigenheiten rechtsfähiger Personengesellschaften mit auf dem Prinzip der Akzessorität aufbauender Haftungsverfassung (BGHZ 154, 370, 374, 376 f).

b) **Diese Erwägung trifft gleichermaßen auch für Verbindlichkeiten zu, die sich aus fehlerhafter Berufsausübung ergeben.**

Soweit im Schrifttum teilweise davon gesprochen wird, die in § 8 Abs. 1 Satz 2 PartGG genannte Bezugsnorm des § 130 HGB gelte nicht für Verbindlichkeiten aus dem Bereich der beruflichen Pflichtverletzungen (MünchKomm-BGB/Ulmer/Schäfer 5. Aufl., § 8 PartGG Rdnr. 6; Henssler, PartGG 2. Aufl., § 8 Rdnr. 38), wird hierbei nicht hinreichend berücksichtigt, dass die Sonderregelung der Haftungskonzentration in § 8 Abs. 2 PartGG für Verbindlichkeiten aus dem vorgenannten Bereich lediglich den weit gefassten Haftungstatbestand des § 8 Abs. 1 Satz 2 PartGG modifiziert, nicht aber ausschließt. **Der neu eintretende Partner kann zwar vor seinem Eintritt nicht mit der „Bearbeitung eines Auftrags befasst“ gewesen sein (Henssler, a.a.O.), danach aber schon, und dies genügt, um ihn in den Kreis der Haftenden miteinzu-beziehen.** Grundsätzlich gilt daher § 8 Abs. 1 Satz 2 PartGG auch für die Verbindlichkeiten aus Berufshaftung (Borgmann/Jungk/Grams, Anwaltshaftung 4. Aufl., Kap. VII Rdnr. 40; Jungk, AnwBl 2005, 283, 284; Vollkommer/Greger/Heinemann, Anwaltshaftungsrecht 3. Aufl., § 4 Rdnr. 26; Sieg in: Zugehör/Fischer/Sieg/Schlee, a.a.O., Rdnr. 380; a.A. Graf v. Westphalen in: Meilicke/Graf v. Westphalen/Hoffmann/Lenz/Wolf, PartGG 2. Aufl., § 8 Rdnr. 33).

c) Der Wortlaut von § 8 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 PartGG gibt nichts her für eine Auslegung des Inhalts, dass ein Partner, der selbst keinen beruflichen Fehler zu verantworten habe, nicht hafte. **Die Haftungskonzentration für berufliche Fehler i.S.d. § 8 Abs. 2 PartGG verfolgt den Zweck, den betroffenen Angehörigen der freien Berufe Rechts- und Planungssicherheit zu vermitteln und ihre jeweiligen Haftungsrisiken kalkulierbarer zu machen (Begründung des Regierungsentwurfs BT-Drucks. 13/9820, S. 21).** Mithin sollen die Risiken unbeteiligter Partner aus fehlerhafter Berufsausübung eingeschränkt werden (MünchKomm-BGB/Ulmer/Schäfer, a.a.O., Rdnr. 15). Unbeteiligte Partner sind hierbei die Partner, die mit der Bearbeitung des in Rede stehenden Auftrags nicht befasst waren. Befassung bedeutet, dass der Partner den Auftrag selbst bearbeitet oder seine Bearbeitung überwacht hat oder dies nach der internen Zuständigkeitsverteilung hätte tun müssen (BT-Drucks., a.a.O.).

In der Gesetzesbegründung wird selbst hervorgehoben, dass der Grundsatz der persönlichen Haftung aller Gesellschafter, wie in § 8 Abs. 1 PartGG niedergelegt, für Ansprüche aus fehlerhafter Berufsausübung ebenso gilt, wenn alle Partner mit der Angelegenheit befasst waren oder wenn kein Partner sich hiermit befasst hat. **Sind mehrere Partner mit der Sache befasst, dann haften diese gesamtschuldnerisch (BT-Drucks., a.a.O.).** Die Haftung ist lediglich **an das Merkmal der Befassung gebunden, nicht dagegen an die Verletzungshandlung**, die zu dem konkreten Berufsausübungsfehler führt. Die Beraterhaftung des § 8 Abs. 2 PartGG kann mithin als verschuldensunabhängige Handelndenhaftung verstanden werden (MünchKomm-BGB/Ulmer/Schäfer, a.a.O., Rdnr. 21). **Sie trifft auch solche an der Bearbeitung beteiligte Partner, die selbst nicht fehlerhaft gehandelt haben (MünchKomm-BGB/Ulmer/Schäfer, a.a.O., Rdnr. 28; wohl auch Jungk, a.a.O.).**

In der Amtlichen Begründung wird ausgeführt, der Rechtsverkehr erwarte bei Partnerschaften mit mehreren Partnern nicht, „dass jeder, der mit der Sache gar nicht befasst war, persönlich für Berufsfehler eines anderen mithaftet“. Weiter heißt es, ein Bearbeitungsbeitrag, der „den Berufsfehler selbst mitgesetzt habe, könne niemals von untergeordneter Bedeutung sein (BT-Drucks., a.a.O.). Daraus ist zu schließen, dass es entscheidend nur darauf ankommen soll, wer von den Partnern einen Bearbeitungsbeitrag von nicht untergeordneter Bedeutung geleistet hat und dass ein Bearbeitungsbeitrag nicht schon deshalb von untergeordneter Bedeutung ist, weil der Fehler von einem anderen Partner begangen wurde. Wer den Fehler intern begangen hat, können die Partner oft nicht leicht erkennen. Umso mehr gilt dies auch für den Mandanten oder einen mitgeschützten Dritten. Wer mit der Sache befasst war, erschließt sich eher. Da der Gesetzgeber eine „einfache und unbürokratische gesetzliche Regelung der Handelndenhaftung“ schaffen wollte (BT-Drucks., a.a.O.), darf ein Geschädigter denjenigen Partner in Anspruch nehmen, der sich – für ihn erkennbar – mit seiner Sache befasst hat.

Das Berufungsgericht hat daher zu Recht verneint, den Begriff des Befasstseins mit einem kausalen Element zu verknüpfen (ebenso Jawansky, DB 2001, 2281, 2283). Auf eine schadenkausale Beteiligung des Partners am konkreten Bearbeitungsfehler kommt es nicht an.

d) Für eine teleologische Reduktion des § 8 Abs. 2 PartGG auf Berufsfehler, die sich zugetragen haben, während der in Anspruch Genommene der Partnerschaft angehörte, ist entgegen der Ansicht der Revision kein Raum. Die gesetzliche Regelung liefert für eine solche Auslegung keinen Ansatzpunkt. Der Wortlaut des § 8 PartGG gibt hierfür ersichtlich nichts her. Aber auch aus der Systematik der angesprochenen Bestimmung können für die Erwägungen der Revision keine verlässlichen Anhaltspunkte hergeleitet werden. Hätte der Gesetzgeber tatsächlich eine Haftung nur für während der Zugehörigkeit des Partners verursachte Berufsfehler angestrebt, so wäre es naheliegend gewesen, die in § 8 Abs. 1 Satz 2 PartGG genannte Bezugsnorm des § 130 HGB für den Haftungsbereich des § 8 Abs. 2 PartGG auszuschließen. Dies ist nicht geschehen. Der in § 8 Abs. 2 PartGG angeordnete Haftungsausschluss bezieht sich nur auf Partner, die mit der Angelegenheit nicht oder nur in untergeordneter Weise befasst waren. Für weitere haftungsbeschränkende Elemente fehlt jeglicher Anhaltspunkt.

e) Nach diesen Grundsätzen ist das Berufungsgericht zutreffend davon ausgegangen, **dass der Beklagte mit dem konkreten Mandat befasst war, nämlich der Geltendmachung von Ansprüchen gegen die M. AG.** Diese Befassung war nicht von untergeordneter Bedeutung i.S.d. § 8 Abs. 2 PartGG. Als Beispiele für eine **untergeordnete Bedeutung** nennt die Begründung zum Regierungsentwurf **Urlaubsvertretungen** ohne eigene gebotene inhaltliche Bearbeitung oder geringfügige Beiträge aus nur am Rande betroffenen Berufsfeldern, wie etwa eine konsularische Beiziehung (BT-Drucks., a.a.O.). Hieraus wird deutlich, dass eine inhaltliche Befassung mit dem Mandat, bei dem konkrete Sachentscheidungen zu

treffen sind, keine Tätigkeit von untergeordneter Bedeutung sein kann. Der sachlichen Entgegnung der Klägerseite auf eine Klageerwiderung liegt regelmäßig eine inhaltliche Auseinandersetzung mit dem Prozessstoff zugrunde, so dass ein untergeordnetes Tätigsein nicht in Betracht kommen wird. Das Berufungsgericht hat dies in tatrichterlicher Würdigung der Umstände des Einzelfalls, wogegen die Revision keine inhaltlichen Einwendungen erhoben hat, für den Schriftsatz vom 6.5.2002 bejahen können. Gleiches gilt für die Wahrnehmung des mündlichen Verhandlungstermins vom 17.5.2002.

f) Die Haftung für berufliche Fehler i.S.d. § 8 PartGG erfasst nicht nur Schadenersatzansprüche des Mandanten selbst. Der Anwendungsbereich dieser Bestimmung ist entsprechend dem vorstehend näher dargelegten Normzweck weit zu fassen (MünchKomm-BGB/Ulmer/Schäfer, a.a.O., Rdnr. 15). Daher fallen hierunter auch Ansprüche eines im Rahmen des Anwaltsvertrages geschützten **Dritten** wegen schuldhafter Vertragsverletzung (MünchKomm-BGB/Ulmer/Schäfer, a.a.O.; Henssler/Prütting, PartGG § 8 Rdnr. 19; Michalski/Römermann, PartGG 3. Aufl., § 8 Rdnr. 24; Vollkommer/Greger/Heinemann, a.a.O., § 22 Rdnr. 7). ■

Prüfungspflichten des Anwalts

- Berufungsschrift
 - Bezeichnung des zuständigen Gerichts
 - Arbeitsteilung in Sozietäten?
- (BGH, Beschl. v. 5.3.2009 – V ZB 153/08)

Leitsatz:

Der Rechtsanwalt muss bei der Unterzeichnung einer Berufungsschrift auch dann überprüfen, ob sie an das zuständige Berufungsgericht gerichtet ist, wenn er diese Frage durch einen anwaltlichen Kollegen seiner Sozietät hat prüfen lassen. ■

Aus den Gründen:

I. Durch ihm am 5.3.2008 zugestelltes Urteil des Amtsgerichts ist der Beklagte verurteilt worden, sein Teileigentum in einer Wohnungseigentumsanlage nicht zum Betrieb eines Pizzaservice zu nutzen. Seine Berufung gegen dieses Urteil ist an das unzuständige Landgericht München II gerichtet worden und dort am 7.4.2008, dem auf den 5.4.2008 folgenden Montag, eingegangen. Nach Abgabe der Sache an das zuständige Landgericht München I hat der Beklagte dort Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufungsfrist beantragt. Zur Begründung hat er vorgetragen, der seine Sache in der beauftragten Sozietät bearbeitende Rechtsanwalt habe mit einem Kollegen der Sozietät besprochen, dass er selbst die Berufungsschrift erstelle, der Kollege das zuständige Berufungsgericht ermittle. Dieser habe die Prüfung aber wegen unvorhergesehener dringender anderer Arbeiten nicht durchführen können und die erfahrene und zuverlässige Sekretärin des

die Sache bearbeitenden Rechtsanwalts gebeten, diesem auszurichten, er habe die Prüfung nicht durchführen können. An sich sei das Landgericht München II zuständiges Berufungsgericht; das könne sich durch die WEG-Novelle geändert haben. Die Sekretärin habe dem die Sache bearbeitenden Rechtsanwalt den Entwurf der Berufungsschrift aber mit dem unzutreffenden Bemerkung vorgelegt, der Kollege habe mitgeteilt, zuständiges Berufungsgericht sei das Landgericht München II. Darauf habe dieser die an dieses Gericht gerichtete Berufungsschrift unterzeichnet.

Das Landgericht hat die Berufung unter Zurückweisung des Wiedereinsetzungsantrags mit dem angefochtenen Beschluss als unzulässig verworfen. Dagegen richtet sich die Rechtsbeschwerde des Beklagten, mit der dieser die Durchführung des Berufungsverfahrens erreichen will. Die Kläger beantragen, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

II. Die Rechtsbeschwerde ist unzulässig.

1. Sie ist zwar nach §§ 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, 522 Abs. 1 Satz 4 ZPO unabhängig von einer Zulassung oder Nichtzulassung durch das Berufungsgericht von Gesetzes wegen statthaft, weil sie sich gegen einen Beschluss richtet, durch den die Berufung als unzulässig verworfen worden ist. Zulässig ist sie aber nach § 574 Abs. 2 ZPO nur, wenn auch die dort bestimmten weiteren Voraussetzungen gegeben sind. Das ist nicht der Fall.

2. Die Sache hat keine grundsätzliche Bedeutung (§ 574 Abs. 2 Nr. 1 ZPO). Eine Entscheidung des Berufungsgerichts ist weder zur Fortbildung des Rechts noch zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich (§ 574 Abs. 2 Nr. 2 ZPO). Die Zulassung ist insbesondere auch nicht deshalb geboten (dazu *Senat, BGHZ 151, 221, 227; Beschl. v. 23.10.2003 – V ZB 28/03, NJW 2004, 367, 368; Beschl. v. 13.5.2004 – V ZB 62103, NJW-RR 2004, 1217*), weil die Anforderungen, die das Berufungsgericht stellt, überzogen wären und der Beklagten den Zugang zu der an sich gegebenen Berufung unzumutbar erschweren (vgl. dazu *BVerfGE 40, 88, 91; 67, 208, 212 f; BVerfG, NJW 1996, 2857; 2000, 1636; 2001, 1566; FamRZ 2002, 533; Senat, Beschl. v. 23.10.2003 – V ZB 28/03, NJW 2004, 367, 368*).

a) Der Beklagte hat die Berufungsfrist versäumt, weil seine Prozessbevollmächtigte die Berufungsschrift am letzten Tag der Frist um 15.59 Uhr und damit zu einem Zeitpunkt bei dem unzuständigen Landgericht München II eingereicht haben, zu dem mit einer fristgerechten Weiterleitung im normalen Geschäftsgang (zu diesem Erfordernis *BGH, Beschl. v. 27.7.2000 – III ZB 28/00, NJW-RR 2000, 1730, 1731*) nicht mehr zu rechnen war.

Die Zulässigkeit der Berufung hing deshalb entscheidend von dem Erfolg des frist- und formgerecht gestellten Antrags des Beklagten auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand und dieser wiederum davon ab, ob die Adressierung der Berufungsschrift an das unzuständige Gericht unverschuldet war. Das hat das Berufungsgericht im Wesentlichen mit der Begründung verneint, der Prozessbevollmächtigte des Beklag-

ten habe bei Unterzeichnung der Berufungsschrift auch prüfen müssen, ob sie an das zuständige Gericht gerichtet war. Dabei habe er sich weder auf die Angaben seiner Sekretärin noch auf die vermeintlich vorgenommene Prüfung der Zuständigkeit durch seinen Anwaltskollegen verlassen dürfen.

b) Das entspricht der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, die weder fortzubilden noch zu ergänzen ist und auch die Anforderungen an die Einlegung von Rechtsmitteln nicht überspannt.

aa) In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist anerkannt, dass **der Rechtsanwalt die Berufungsschrift selbst auf ihre Richtigkeit** (*BGH, Beschl. v. 13.7.1988 – VIII ZR 65/88, NJW-RR 1988, 1528, 1529; Beschl. v. 12.5.1989 – IVb ZB 33/89, NJW 1989, 2396; Beschl. v. 10.1.1990 – XII ZB 141/89, NJW 1990, 990; Beschl. v. 6.5.1992 – XII ZB 39/92, VersR 1993, 79; Beschl. v. 4.11.1992 – XII ZB 120/92, NJW-RR 1993, 254, 255; Musielak/Grandel, ZPO 6. Aufl., § 233 Rdnr. 45*) überprüfen muss. Dazu gehört neben der **Bezeichnung der Parteien** (*BGH, Beschl. v. 24.11.1981 – VI ZB 11/81, VersR 1982, 191*) auch die **Bezeichnung des zuständigen Gerichts** (*BGH, Beschl. v. 7.10.1987 – IVb ZB 99/87, VersR 1988, 251; Beschl. v. 8.12.1992 – VI ZB 33/92, VersR 1993, 1381 f; für Fristverlängerungsantrag BGH, Beschl. v. 18.4.2000 – XI ZB 1/00, NJW 2000, 2511*). Hätte der Prozessbevollmächtigte diese Prüfung angestellt, hätte er festgestellt, jedenfalls feststellen müssen, dass die Berufung im Hinblick auf § 72 Abs. 2 Satz 1 GVG bei dem Landgericht München I einzulegen war.

bb) **Diese Prüfung durfte der Prozessbevollmächtigte des Beklagten nicht delegieren.** Ein Rechtsanwalt darf zwar seinem Büropersonal die Ermittlung der (genauen) Postanschrift des Berufungsgerichts überlassen und muss diese Anschrift dann auch nicht überprüfen (*BGH, Urt. v. 2.5.1990 – XII ZB 17/90, NJW-RR 1990, 1149, 1150; Senat, Urt. v. 15.10.1999 – V ZR 50/99, NJW 2000, 82; Musielak/Grandel, a.a.O., § 233 Rdnr. 48*). Das gilt aber nicht für die Angabe des Berufungsgerichts selbst. Sie ist **ein nicht delegierbarer Kernbestandteil der Berufungsschrift**.

cc) Nichts anderes ergibt die von der Rechtsbeschwerde angeführte Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur, wie sie es nennt, **Arbeitsteilung in Sozietäten**. Danach sind die in einer Sozietät tätigen Rechtsanwälte gemeinsam verpflichtet, alles zu tun, um fristgebundene Schriftsätze rechtzeitig einzureichen (*Senat, BGHZ 124, 47, 50 f*). Deshalb muss ein Rechtsanwalt, der im Postausgangsfach der Sozietät vergessene Post zur Post aufgeben will, prüfen, ob sich darunter eilige Sachen befinden, die schneller befördert werden müssen (*BGH, Beschl. v. 13.11.2002 – XII ZB 104/01, NJW-RR 2003, 490, 491*), und mitgenommene Sendungen rechtzeitig in den Postkasten einwerfen, auch wenn er sie nicht bearbeitet hat (*BGH, Urt. v. 19.1.1995 – III ZR 107/94, NJW 1995, 1841*).

Das gilt erst recht für den Rechtsanwalt, der eine arbeitsteilig vorbereitete Berufungsschrift verantwortlich unterzeichnet.

Bei dieser Art der Vorbereitung einer Berufungsschrift muss vor ihrer Absendung durch den prozessführenden Rechtsanwalt (oder seinen Vertreter) verantwortlich geprüft werden, ob die Koordination der Beiträge auch gelungen ist. Diese Prüfung kann sinnvoll nur durch den Rechtsanwalt erfolgen, der die Berufungsschrift unterzeichnet und **damit für die Sozietät insgesamt die Verantwortung für deren Richtigkeit übernimmt**. Dieser kann seiner Aufgabe nur gerecht werden, wenn er in seine Prüfung alle koordinierten Beiträge einbezieht und die Berufungsschrift insgesamt auf ihre Richtigkeit überprüft. Ein Ausblenden einzelner Elemente verfehlt den Zweck der Prüfung. Die erforderliche Prüfung beschränkt sich auf einen überschaubaren Kreis von Punkten und stellt deshalb auch keine übertriebenen Anforderungen. ■

Steuerberaterhaftung

- Zu geringer Umsatzsteuersatz
 - Getränkeautomaten
 - Schaden
 - Konkurrenzsituation
 - Interne Kalkulation
 - Zinsschaden
- (OLG Celle, Urt. v. 24.2.2010 – 3 U 170/09)

Leitsätze:

1. Ein Steuerberater ist verpflichtet, seinen Mandanten auf steuerrechtliche Irrtümer (hier: Berechnung eines zu geringen Umsatzsteuersatzes) hinzuweisen.
2. Die dem Mandanten durch die – rechtmäßige – Steuernachforderung entstandenen Aufwendungen können dann einen ersatzfähigen Schaden darstellen, wenn der Mandant nachweist, dass er bei pflichtgemäßer Aufklärung durch seinen Steuerberater die sich bei Berechnung des korrekten Mehrwertsteuersatzes ergebenden höheren Preise für die von ihm vertriebenen Produkte am Markt hätte durchsetzen können. ■

Aus den Gründen:

I. Der Kläger nimmt den beklagten Steuerberater auf Schadenersatz in Anspruch.

Der Kläger, der im Getränke Einzelhandel tätig ist und den wesentlichen Teil seiner Umsätze durch die Veräußerung von Getränken in Heiß-, Heiß/Kalt- sowie Kalt-Getränkeautomaten erwirtschaftet, nimmt den Beklagten, seinen früheren Steuerberater, auf Schadenersatz mit der Begründung in Anspruch, dieser habe ihn nicht darauf hingewiesen, dass beim Verkauf der vorgenannten Getränke aus Automaten in den Jahren 2000 und 2001 gemäß § 12 Abs. 2 UStG in Verbindung mit der Anlage 1 zum Umsatzsteuergesetz Umsatzsteuer nicht nur nach dem ermäßigten Steuersatz von 7 %, sondern in voller Höhe – mithin 16 % – zu entrichten war.

Der Kläger begehrt im Wesentlichen den Ersatz von ihm nachgezahlter Umsatzsteuerbeträge sowie Verzugszinsen für die Jahre 2000 und 2001 in Höhe von insgesamt 46.141,30 EUR, wie sie durch das Finanzamt G. in den Steuerbescheiden vom 13.3.2006 festgesetzt worden sind.

Der Beklagte, der erstinstanzlich eine Pflichtverletzung bestritten und die Verjährung etwaiger Ansprüche eingewandt hatte, hat demgegenüber behauptet, dem Kläger sei schon kein Schaden entstanden, da die Steuern gesetzmäßig festgesetzt worden seien. Höhere Preise hätte der Kläger auf dem Markt nicht durchsetzen können.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils verwiesen, mit dem das Landgericht der Klage im Wesentlichen stattgegeben hat. Der Beklagte hafte dem Kläger wegen Verletzung von Pflichten aus dem zwischen den Parteien geschlossenen Steuerberatungsmandat. Durch die Pflichtverletzung sei dem Kläger ein Schaden entstanden, der in den erhöhten Umsatzsteuern sowie den vom Finanzamt festgesetzten Verzugszinsen bestehe. Der Kläger habe hinreichend dargelegt, dass bei der geringen Preisdifferenz von ca. 3–5 Cent je Getränk, die auf den Preis hätten aufgeschlagen werden müssen, davon auszugehen sei, dass ein solch moderat erhöhter Preis am Markt tatsächlich durchsetzbar gewesen wäre.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung des Beklagten, mit der dieser die Abweisung der Klage erstrebt. Er bestreitet weiterhin, dass dem Kläger ein Schaden entstanden sei. Grundsätzlich sei anzunehmen, dass ein Unternehmer am Markt den Preis verlange, den er durchsetzen könne. Für eine schlüssige Darlegung des Schadens wäre es daher, so die Auffassung des Beklagten, erforderlich gewesen, dass der Kläger seine eigene Kalkulation offengelegt und seine – um die Umsatzsteuerbeträge erhöhten – Preise denen der Mitbewerber gegenübergestellt hätte. Hieran fehle es. Ein Zinsschaden sei dem Kläger nicht entstanden, da er ausweislich der Kontennachweise zu den Gewinn- und Verlustrechnungen der Jahre 2000 und 2001 Kredit in Anspruch genommen und er mithin durch die verspäteten Steuerzahlungen Zinsaufwand erspart habe. Jedenfalls hätte der Kläger mit dem ersparten Zinsbetrag Anlagezinsen erzielen können.

(Anträge ...)

II. Die Berufung des Beklagten ist zulässig; sie bleibt jedoch in der Sache ohne Erfolg. Mit auch gegenüber dem Berufungsvorbringen des Beklagten zutreffender Begründung hat das Landgericht der Klage auf der Grundlage von § 280 Abs. 1 BGB stattgegeben.

1. Der Beklagte hat die ihm als Steuerberater gegenüber dem Kläger obliegenden Pflichten verletzt.

a) Grundsätzlich ist der Steuerberater im Rahmen des ihm erteilten Auftrags verpflichtet, seinen Mandanten **umfassend zu beraten und diesen auch ungefragt über alle bedeutsamen steuerlichen Einzelheiten und deren Folgen zu unterrichten**. Insbesondere muss der Steuerberater seinen Auftraggeber

möglichst vor Schaden bewahren. Er hat ihn in die Lage zu versetzen, eigenverantwortlich seine Rechte und Interessen zu wahren, um so eine Fehlentscheidung vermeiden zu können. Welche konkreten Pflichten hieraus abzuleiten sind, richtet sich nach dem erteilten Mandat und den Umständen des Einzelfalles (vgl. BGHZ 129, 386, 396; WM 2009, 1376, zitiert nach juris).

b) Unter Zugrundelegung dieses Pflichtenumfangs hätte der Beklagte, der den Kläger seit Anfang der 90er Jahre betreute, der für diesen **sowohl die Buchhaltung, die Umsatzsteuervoranmeldungen, die betriebswirtschaftlichen Auswertungen und auch die Jahresabschlüsse und die Jahressteuererklärungen gefertigt hatte** und dem daher der Inhalt der wirtschaftlichen Tätigkeit des Klägers bekannt war, diesen darauf hinweisen müssen, dass nach dem Erlass des BMF vom 27.12.1983 **auf aus Automaten verkaufte Getränke grundsätzlich der volle Umsatzsteuersatz** anzumelden und abzuführen war.

2. Durch die Pflichtverletzung ist dem Kläger in den Jahren 2000 und 2001 wegen der nachträglich erhobenen Umsatzsteuern sowie der vom Finanzamt festgesetzten Verzugszinsen ein Schaden in der vom Landgericht zuerkannten Höhe von 46.141,30 EUR entstanden.

a) Grundsätzlich beurteilt sich die Frage, ob dem Kläger ein **Schaden** entstanden ist, nach dem rechnerischen Vergleich der durch das schädigende Ereignis bewirkten Vermögenslage mit derjenigen, die ohne jenen Umstand eingetreten wäre. Der haftende Steuerberater hat den Mandanten so zu stellen, wie dieser bei pflichtgemäßem Verhalten des Beraters stünde. Dazu muss die tatsächliche **Gesamtvermögenslage des Mandanten derjenigen gegenübergestellt werden, die sich ohne den Fehler des Steuerberaters ergeben hätte** (vgl. BGH, NJW 1998, 982); wobei sich die Differenzberechnung nicht auf einzelne Vermögenspositionen beschränken darf. Vielmehr ist ein Gesamtvermögensvergleich vorzunehmen, der alle von dem haftungsbegründenden Ereignis betroffenen finanziellen Positionen umfasst. Bei der Beurteilung der haftungsausfüllenden Kausalität kommen dabei dem Mandanten die Beweiserleichterungen des § 287 ZPO und des Anscheinsbeweises zugute.

b) Von diesen Grundsätzen ausgehend lässt sich ein Schaden des Klägers nicht schon mit der Begründung verneinen, dass die Steuernachforderungen, die ihm gegenüber aufgrund der geänderten Steuerbescheide durchgesetzt worden sind, der Sache nach berechtigt waren. Maßgeblich ist vielmehr, ob es dem Kläger gelungen wäre, bei Kenntnis der **erhöhten Umsatzsteuerpflicht die Umsatzsteuer an die jeweiligen Kunden weiterzugeben**.

c) Soweit der Beklagte unter Hinweis auf eine die Anmietung von Chartermaschinen für Krankentransporte betreffende Entscheidung des OLG Köln (Urt. v. 8.3.2007 – 8 U 19/06) die Auffassung vertritt, hierzu sei es zunächst erforderlich, dass der Mandant seine Kalkulation offenlegt und nachvollziehbar macht, dass er auch **den höheren Preis am Markt hätte durchsetzen können**, wobei eine Erfahrung dafür

sprechen soll, dass ein Kaufmann regelmäßig den höchsten am Markt erzielbaren Preis berechnet, er also nicht ohne Weiteres einen um die Steuernachzahlung erhöhten Preis hätte durchsetzen können, hält der Senat diese Ansicht in der vom Beklagten formulierten Allgemeinheit für nicht zutreffend. **Die interne Kalkulation eines Mandanten besagt nicht notwendig etwas darüber, ob und ggf. welcher Preis am Markt durchsetzbar wäre.** Dies mag in dem vom OLG Köln zu beurteilenden Sachverhalt, bei dem es lediglich um die Anmietung von Flugzeugen in geringer Anzahl (teilweise weniger als zehn Fälle pro Jahr) zutreffend gewesen sein, lässt sich jedoch für den vorliegenden, einen anderen Sachverhalt betreffenden Fall nicht übertragen. Gerade die vom Kläger in zweiter Instanz zulässigerweise (vgl. § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO) vorgelegte interne Kalkulation, die ausweist, dass die von ihm angesetzten Endverbraucherpreise gerade kostendeckend waren, ist für die Frage, ob am Markt ein höherer Preis erzielbar gewesen wäre, nicht aussagekräftig.

d) Für die Beurteilung, ob dem Kläger ein Schaden entstanden ist, ist maßgeblich, ob sich ein erhöhter Preis **unter Berücksichtigung der Marktverhältnisse – also der Konkurrenzsituation** – hätte durchsetzen lassen. Dies ist vorliegend anzunehmen. Dabei ist von besonderer Bedeutung, dass es sich bei dem vom Kläger angebotenen Produkt um ein Produkt im Niedrigstpreisbereich handelt. Die Erhöhung des Produktpreises für den Endkunden hätte sich auf geringstem Niveau – unstreitig höchstens 5 Cent – bewegt. Dabei wäre die Erhöhung (und auch insoweit anders als in dem der Entscheidung des OLG Köln zugrunde liegenden Sachverhalt) auf 9 % beschränkt gewesen, da in den Preisen des Klägers bereits eine Umsatzsteuer von 7 % kalkuliert war.

Die Möglichkeit für den jeweiligen Verbraucher, **der Preiserhöhung auszuweichen**, ist als gering einzuschätzen. Bei einer Erhöhung des Kaffeepreises um 5 Cent je Tasse kommt der Wechsel zu einem anderen Anbieter allenfalls dann in Betracht, wenn dieser im gleichen Gebäude vergleichbare Produkte anbietet, was im Regelfall (Aufstellung von Kaffeeautomaten in Kantinen und öffentlichen Gebäuden) nicht anzunehmen ist. Andere Anbieter von Kaffeegetränken am Markt, wie etwa Cafés, sind keine Mitbewerber auf dem entsprechenden Marktsegment, da deren Angebot schon vom Preisniveau nicht vergleichbar und für den jeweiligen Interessenten, etwa innerhalb eines Betriebsgebäudes, auch nicht erreichbar ist.

Schließlich spricht für die Darstellung des Klägers, eine geringe Erhöhung der Produktpreise hätte sich an den jeweiligen Standorten durchsetzen lassen, dass dieser im Jahr 2005, nachdem die höhere steuerliche Belastung aufgrund einer Betriebsprüfung bekannt geworden war, die um 5 Cent erhöhten Preise am Markt durchgesetzt hat, ohne, wie die vorgelegten Zahlen nachweisen, Umsatzeinbußen zu erleiden.

e) Der Senat hat schließlich keine konkreten Anhaltspunkte dafür, dass die Vertragspartner, in deren Räumen der Kläger seine Automaten aufgestellt hatte, bei einer solchen, sachlich begründeten Preiserhöhung um wenige Cent die **Auf-**

stellverträge mit dem Kläger aufgekündigt und stattdessen andere Mitbewerber am Markt gesucht und mit diesen neue Verträge abgeschlossen hätten. Hiergegen spricht neben der nur geringen und sachlich begründeten Preiserhöhung, die der Kläger hätte durchsetzen müssen, auch der Umstand, dass die jeweiligen Partner der Aufstellverträge selbst unmittelbar durch eine solche Preiserhöhung nicht betroffen waren.

3. Der dem Kläger entstandene Schaden beläuft sich, wie vom Landgericht zuerkannt, auf insgesamt 46.141,30 EUR. Neben dem unmittelbaren **Steuerschaden**, der der Höhe nach unstreitig ist, steht dem Kläger auch ein Ausgleich der vom Finanzamt festgesetzten **Zinsen** in Höhe von 8.864 EUR zu. Der insoweit vom Beklagten erhobene Einwand, der Kläger, der die erhöhten Umsatzsteuerbeträge bei korrekter steuerlicher Erfassung geschuldet habe und der daher aufgrund der unterbliebenen Zahlungen eigenen Zinsaufwand vermeiden und Zinsen gespart habe, greift nicht durch. Dem steht zum einen entgegen, dass der Kläger nach seinen insoweit unbestrittenem Vorbringen die erhöhten Zahlungen, da sein betrieblicher Kontokorrentkredit ausgeschöpft war, aus eigenem Vermögen erbracht und daher keine Zinsen erspart hätte. Unabhängig hiervon berücksichtigt die Argumentation des Beklagten nicht, dass der Kläger bei zutreffender steuerlicher Beratung den Kaffee zu erhöhten Preisen verkauft, also die bei korrekter Berechnung zu erbringenden, erhöhten Umsatzsteuerzahlungen auch **aus den erhöhten Verkaufspreisen hätte finanzieren können**. (...) ■

Anlageberatung

- Zustandekommen des Vertrages
- Provisionen
- Beratungspflichten
- Plausibilitätsprüfung
- Prospekt, „Garantiefonds“
- Alternativverhalten
- Steuervorteile
- Mitverschulden

(OLG München, Urt. v. 8.2.2010 – 17 U 3960/09)

Leitsätze (d. Red.):

1. Der Abschluss eines Beratungsvertrages kommt stillschweigend durch die Aufnahme des Beratungsgesprächs zustande. Die Vereinbarung eines Entgelts ist nicht erforderlich.

2. Es stellt eine schwerwiegende Pflichtverletzung dar, wenn der Steuerberater bei der Erteilung einer Anlageempfehlung nicht offenbart, dass er für das Zustandekommen einer Anlage eine Provision erhalten wird.

3. Der Auftraggeber ist nicht verpflichtet, anhand der Prospekte die Beratungsaussagen zu überprüfen oder sich nach Provisionen zu erkundigen. ■

Aus den Gründen:

I. Der Kläger verlangt von der Beklagten zu 3) Schadenersatz wegen fehlerhafter Anlageberatung und aus uneigentlicher Prospekthaftung.

Der Kläger beteiligte sich aufgrund der Tätigkeit der Mitarbeiterin der Beklagten zu 3), R., am 25.9.2003 in Höhe von 25.000 EUR zzgl. 5 % Agio an der „F 3“ GmbH & Co. KG (nachfolgend: F 3), einem geschlossenen Medienfonds mit abgesicherten Lizenzeinnahmen durch die D. Bank als schuldübernehmende Bank.

Am 9.12.2004 beteiligte sich der Kläger wiederum aufgrund der Tätigkeit derselben Mitarbeiterin der Beklagten zu 3) in Höhe von 25.000 EUR zzgl. 5 % Agio an der „F 4“ GmbH & Co. KG (nachfolgend: F 4). Er bezahlte einen Eigenkapitalanteil von 14.875 EUR (= 54,5 % der Beteiligungssumme, den Rest von 45,5 % (= 11.375 EUR) wurde durch die H.-V.-Bank (Beklagte zu 2)) finanziert.

Den Beteiligungen lagen die Prospekte bezüglich der Fonds F 3 und F 4 zugrunde. (...)

Das Landgericht hat der Klage gegen die Beklagte zu 3) überwiegend stattgegeben und sie insbesondere verurteilt, das vom Kläger gezahlte Kapital Zug um Zug gegen Übertragung sämtlicher Rechtspositionen der Beteiligungen zurückzuzahlen und den Kläger von den Verpflichtungen aus dem aufgenommenen Darlehen freizustellen. Darüber hinaus hat es festgestellt, dass die Beklagte zu 3) verpflichtet ist, den Kläger von sämtlichen steuerlichen und wirtschaftlichen Nachteilen freizustellen.

Das erstinstanzliche Gericht hat insbesondere ausgeführt, dass zwischen den Parteien Anlageberatungsverträge zustande gekommen seien. Die Beklagte zu 3) habe den Kläger schuldhaft nicht darüber aufgeklärt, dass sie eine erhebliche Innenprovision erhalten habe. Die Ausführungen im Prospekt hierzu seien nicht ausreichend, da für den Anleger nicht konkret erkennbar gewesen sei, in welcher Höhe die Beklagte zu 3) tatsächlich Provisionen erhalten habe.

Mit ihrer Berufung wendet sich die Beklagte zu 3) gegen die Verurteilung. Sie verfolgt ihr ursprüngliches Ziel, die Klage abzuweisen, weiter.

(Anträge ...)

II. Die Berufung der Beklagten zu 3) ist gemäß §§ 511, 517, 519, 520 ZPO zulässig. Sie hat aber in der Sache keinen Erfolg.

1. Das Landgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass zwischen den Parteien ein **Anlageberatungsvertrag** zustande gekommen ist.

Ein Beratungsvertrag kommt danach bereits dann zustande, wenn ein Anlageinteressent an die andere Partei herantritt, um sich über die Anlage seines Vermögens beraten zu lassen. Das darin liegende Angebot zum Abschluss eines

Beratungsvertrages kommt **stillschweigend durch die Aufnahme des Beratungsgesprächs** zustande (BGHZ 100, 117, 122; NJW 2004, 1868, 1869). Dabei ist es für den Abschluss des Beratungsvertrages ohne Bedeutung, ob der Kunde von sich aus die Dienste und die Erfahrung des anderen in Anspruch nehmen wollte. Auch die **Vereinbarung eines Entgelts ist nicht erforderlich** (BGHZ 123, 126, 128).

Das Landgericht hat zutreffend festgestellt, dass der Kläger bereits seit Jahren Kunde der Beklagten zu 3) war und auch privat der Zahnarzt der Kundenberaterin R. Diese habe ihm anlässlich eines Gesprächs in seiner Praxis erklärt, sie habe in dem F 3-Fonds eine neue Anlagemöglichkeit für ihn gefunden. Es handele sich dabei um eine sichere Investition mit guter Rendite und ebensolcher Steuerersparnis. Der Vorteil bestehe darin, dass die Konstruktion und steuerliche Absicherung hundertprozentig sicher und von der Beklagten zu 3) geprüft worden sei.

In einem weiteren Gespräch in seiner Praxis am 9.12.2004 habe Frau R. den Kläger über den F 4-Fonds informiert. Es handele sich um ein weiteres außergewöhnliches Angebot der Beklagten zu 3), da es erneut die Möglichkeit gebe, hohe Rendite bei großer Sicherheit und garantierten Steuervorteilen zu erzielen.

Zur Überzeugung des Senats ist daher davon auszugehen, dass die Beklagte zu 3) es in Kenntnis der finanziellen Situation des Klägers übernommen hatte, **für ihn passende Anlagemöglichkeiten auszusuchen und ihn dabei zu beraten**. Der Kläger ließ sich daraufhin auf diese Gespräche ein. Die Beklagte zu 3) hat daher nicht nur zwei Anlagen vermittelt, sondern den Kläger unter Berücksichtigung seiner besonderen persönlichen Verhältnisse beraten. Hierdurch kamen mit dem Kläger zwei Anlageberatungsverträge zustande.

2. Die Beklagte zu 3) hat diese Beratungsverträge in zweifacher Hinsicht schuldhaft verletzt:

a) Die Beklagte zu 3) hat die Höhe der erhaltenen **Innenprovisionen** von jeweils über 8 % bei jedem der Fonds dem Kläger **nicht mitgeteilt**, obwohl sie hierzu verpflichtet gewesen wäre.

(1) Der Bundesgerichtshof hat mit Beschluss vom 20.1.2009 – XI ZR 510/07 entschieden, dass **eine Bank bei dem Vertrieb von Medienfonds verpflichtet ist, Rückvergütungen offenzulegen**. Hierbei geht es um die Frage, ob eine Gefährdungssituation für die Kunden geschaffen wird, da infolge der Provisionszahlungen ein Interessenkonflikt besteht. Deshalb ist es geboten, den Kunden über etwaige Rückvergütungen aufzuklären, und zwar unabhängig von der Rückvergütungshöhe. Dabei macht es keinen Unterschied, ob der Berater Aktien- oder Medienfonds vertriebt. Der aufklärungspflichtige Interessenkonflikt ist in beiden Fällen gleich. Der Kunde muss in die Lage versetzt werden, entscheiden zu können, ob ihm die Anlage gerade auch deshalb empfohlen wird, weil der Berater eine bestimmte Provision erhält. Dieser Pflicht ist die Beklagte zu 3) nicht nachgekommen.

Die Beklagte zu 3) kann sich nicht darauf berufen, dass **in den Prospekten allgemeine Angaben zu Vermittlungsprovisionen** enthalten sind. Der Anleger kann daraus nicht entnehmen, in welcher tatsächlichen Höhe die Bank ein Entgelt erhält. Er ist somit nicht in der Lage zu beurteilen, ob die „Höhe“ der Provision ein Kriterium für die Empfehlung des Fonds ist.

Der Kunde kann aber einen Interessenkonflikt nur dann tatsächlich beurteilen, wenn die Anlageberaterin ihn im konkreten Einzelfall darüber informiert, dass sie tatsächlich eine Provision in einer bestimmten Höhe erhält. Nur dann wird der Anleger in die Lage versetzt zu beurteilen, ob die Beraterin ihm den Fonds empfiehlt, weil sie tatsächlich seine Interessen wahrt oder die Höhe der der Bank gewährten Provision die Empfehlung beeinflusst.

(2) Die Beklagte zu 3) hat auch schuldhaft gehandelt.

(a) Der Bundesgerichtshof hat mit Beschluss vom 20.1.2009 – XI ZR 510/07 über einen Fall entschieden, der ebenfalls bereits weit zurück lag (Beratung im Mai 2001). Auch zu diesem Zeitpunkt war die neue Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs noch nicht bekannt. Eine Zurückverweisung an das Berufungsgericht durch den Bundesgerichtshof wäre daher aus Rechtsgründen unterblieben, wenn die Frage der Kenntnis von der neuen Rechtsprechung eine Auswirkung auf die Entscheidung gehabt hätte. Demnach ergibt sich bereits aus diesem Beschluss des Bundesgerichtshofs, dass dieser von einem Verschulden der beratenden Bank auch dann ausgeht, wenn die Rechtsprechung vor dem 20.1.2009 noch nicht bekannt war.

Zur Überzeugung des Senats ergibt sich ein Verschulden der Beklagten zu 3) auch unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in den Beschlüssen vom 19.2.2009 – III ZR 154/08, III ZR 167/08 und III ZR 168/08. In diesen Entscheidungen hat der Bundesgerichtshof nochmals klargestellt, dass die Geschäftstätigkeit und der Gegenstand eines Unternehmens schon für sich genommen die Verpflichtung beinhalten, im Rechtsverkehr die erforderliche Sorgfalt anzuwenden.

Die **in Amtshaftungssachen entwickelte Kollegialgerichtsrichtlinie**, nach der ein Verschulden des Beamten in der Regel zu verneinen ist, wenn ein mit mehreren Rechtskundigen besetztes Kollegialgericht die Amtstätigkeit als objektiv rechtmäßig angesehen hat, kann auf Unternehmen nicht übertragen werden (vgl. BGH, Beschl. v. 19.2.2009 – III ZR 154/08, Rz. 3, 4). Während der **hoheitlich handelnde Beamte die Dienstpflicht hat, die infrage stehenden gesetzlichen Bestimmungen**, auch wenn sie ihm unklar erscheinen, oder sich eine Anwendungspraxis noch nicht herausgebildet hat, auf den ihm vorliegenden Fall anzuwenden, geht es hier um eine **freie unternehmerische Betätigung** der Beklagten zu 3), **für die sie selbst die Verantwortung zu übernehmen hat**. Dies schließt auch die Pflicht ein, sich selbst darüber klar zu werden, ob eine bestimmte Verhaltensweise und die damit verbundene Restrisikobetrachtung die Gefahr in sich birgt, einer Haftung ausgesetzt zu sein.

Zur Überzeugung des Senats hat die Beklagte zu 3) zumindest fahrlässig gehandelt (zum Verschuldensgrad vgl. Urt. d. BGH v. 12.5.2009 – XI ZR 586/07). Sie hat im Rahmen ihres Geschäftsbetriebs nicht dafür Sorge getragen, **dass bei ihr vorhandenes Wissen den Mitarbeitern, die für die betreffenden Geschäftsvorgänge zuständig waren, zur Verfügung stand** (vgl. BGH, Urt. vom 12.5.2009 – XI ZR 586/07 Rz. 14).

Es mag sein, dass die **Rechtsabteilung** der Beklagten zu 3) die Entscheidungen des Bundesgerichtshofs zu den Pflichten bei der Anlagevermittlung und Anlageberatung verfolgt hat. Dies geschah jedoch nicht mit der erforderlichen Sorgfalt, da die Rechtsabteilung bei sorgfältiger Auswertung der einschlägigen Literatur und der Rechtsprechung zu dem Ergebnis hätte kommen müssen, dass eine Aufklärungspflicht besteht.

Die Beklagte zu 3) kann sich daher auch nicht auf einen **unentschuldbaren Rechtsirrtum** berufen. Den gleichwohl möglichen Entlastungsbeweis hierfür (vgl. dazu ebenfalls BGH v. 12.5.2009 – XI ZR 586/07) hat sie nicht erbracht. Ihr Vorbringen, ihre Rechtsabteilung habe die Rechtsprechung insbesondere des Bundesgerichtshofs stets sorgfältig verfolgt und durch organisatorische Hinweise an die Fachabteilungen für eine Beachtung und Umsetzung der danach bestehenden Pflichten gesorgt, ist daher unbehelflich. Bei sorgfältiger Lektüre und Prüfung der höchstrichterlichen Rechtsprechung war es ohne Weiteres erkennbar, dass die Provisionen bei einem Anlageberatungsvertrag zu offenbaren sind.

Bei einer zweifelhaften Rechtsfrage handelt bereits fahrlässig, wer sich **erkennbar in einem Grenzbereich des rechtlich Zulässigen** bewegt, in dem er eine von der eigenen Einschätzung abweichende Beurteilung der rechtlichen Zulässigkeit des fraglichen Verhaltens ernsthaft in Betracht ziehen muss. Das Risiko, das sich daraus ergibt, dass eine Rechtsfrage höchstrichterlich noch nicht geklärt ist, darf er nicht dem Gläubiger zuschieben (BGH, NJW 1972, 1045).

Schon das Reichsgericht hat im Jahr 1904 entschieden, dass es Treu und Glauben widerspricht, wenn ein Bankier als Kommissionär seinem Kunden einen Teil der Bonifikation verschweigt, die der Bankier kassiert (RG, Urt. v. 10.12.1904 – 334/04 I, JW 1905, 118). **Auch für die Steuerberaterhaftung ist seit Langem anerkannt, dass ein Steuerberater eine schwerwiegende Pflichtverletzung begeht, wenn er bei der Erteilung einer Anlageempfehlung seinem Mandanten nicht offenbart, dass er für das Zustandekommen der Beteiligung eine Provision erhalten wird**, weil eine derartige Provisionsvereinbarung regelmäßig die Gefahr einer nicht mehr unvoreingenommenen Beratung begründet (BGH, Urt. v. 26.9.1990 – IV ZR 147/89, bei juris, Rdnr. 23).

Dies gilt insbesondere angesichts der vom Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung vom 12.5.2009 – XI ZR 586/07 angesprochenen Richtlinie des Bundesaufsichtsamts für den Wertpapierhandel zur Konkretisierung der §§ 31 und 32 WpHG für das Kommissionsgeschäft, den Eigenhandel für andere und das Vermittlungsgeschäft der Wertpapierdienstleistungsunternehmen vom (ursprünglich) 26.5.1997

(Bundesanzeiger Nr. 98 vom 3.6.1997), vom 9.5.2000 (Bundesanzeiger Nr. 131 vom 15.7.2000, S. 13 792), diese ersetzt durch die Fassung vom 23.8.2001, die in ihrem Teil B Nr. 1.2 jeweils wie folgt lautete: „Vereinbart das Wertpapierdienstleistungsunternehmen mit anderen eingeschalteten Unternehmen die teilweise Rückzahlung von dem Kunden als Aufwendungsersatz in Rechnung gestellten fremden Kosten an sich („Kick-back-Vereinbarungen“), so hat das Wertpapierdienstleistungsunternehmen den Kunden hierüber aufzuklären.“

Zwar begründete diese Richtlinie keine unmittelbare zivilrechtliche Verpflichtung der Beklagten zu 3) zur Aufklärung, schon gar nicht im Bereich des davon überhaupt nicht erfassten „grauen Kapitalmarkts“. Gleichwohl handelt eine Bank, die gegen aufsichtliche Richtlinien handelt, immer in der Gefahr, dass diese Richtlinien – dann naturgemäß erst nachträglich – von den Zivilgerichten auch zur Begründung entsprechender zivilrechtlicher Verpflichtungen – bei gleicher Interessenlage auch über den eigentlichen Anwendungsbereich hinaus – genutzt werden. „Unvermeidbar“ war ein etwaiger Rechtsirrtum der Beklagten zu 3) deshalb keinesfalls.

Soweit die Beklagte zu 3) meint, die Vorhersehbarkeit der in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs statuierten Pflicht, Innenprovisionen offenzulegen, sei bei Wertpapieren anders zu beurteilen als bei nicht wertpapiermäßig verbrieften Kapitalanlagen wie im vorliegenden Fall, weil es für letztere kein § 31 WPHG vergleichbares Interessenkollisionsverbot gebe, ergibt sich daraus jedenfalls kein unvermeidbarer Rechtsirrtum. Der Bundesgerichtshof hat in dem Beschluss vom 20.1.2009 – XI ZR 510/07 ausdrücklich darauf hingewiesen, dass es bei der Verpflichtung, den Kunden über Rückvergütungen aufzuklären – und zwar unabhängig von deren Höhe –, **keinen Unterschied macht, ob der Berater Aktienfonds oder Medienfonds vertreibt**.

Schon ab Veröffentlichung des Urteils des Bundesgerichtshofs vom 19.12.2000 – XI ZR 349/99 über die Pflicht der Bank, den Kunden über von ihr an einen Vermögensverwalter ausbezahlte Provisionen zu unterrichten, spätestens aber mit Erscheinen des Aufsatzes von Schirp/Mosgo, „Aufklärungspflichten bei internen Provisionsvereinbarungen“ (BKR 2002, 354, insbes. 359 ff), musste die Rechtsabteilung der Beklagten zu 3) ernsthaft mit einer derartigen Offenlegungspflicht rechnen.

In der Literatur wurden insoweit unterschiedliche Auffassungen vertreten. So wurde bereits damals vertreten, dass **Anlageberater** im Gegensatz zu **Anlagevermittlern** uneingeschränkt zur Aufklärung, über Höhe und Herkunft von Provisionsversprechen verpflichtet sind (etwa Schirp/Mosgo, a.a.O.). Andere waren der Auffassung, auf Innenprovisionen müsse nie hingewiesen werden (etwa Loritz, WM 2000, 1831 ff). Das Oberlandesgericht Stuttgart (VuR 1996, 333, 336) hatte entschieden, Anlageberater müssten zumindest dann über interne Provisionen aufklären, wenn dadurch im Zusammenhang mit anderen Umständen besondere Gefahren für den Anleger verbunden sind.

Die Beklagte zu 3) musste daher erkennen, dass zumindest die Möglichkeit bestand, dass höchstrichterlich eine Pflicht zur Aufklärung über jede Innenprovision angenommen wird. Hierauf deutete bereits das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 19.12.2000 – XI ZR 349/99 hin, wonach eine Bank ihre Kunden darüber aufklären muss, wenn sie mit dem Vermögensverwalter des Kunden eine Vereinbarung über die Beteiligung des Verwalters an ihren Provisionen und Depotgebühren geschlossen hat.

Soweit die Beklagte zu 3) auf Entscheidungen verschiedener Gerichte verweist, die eine Pflicht zur Offenbarung von Innenprovisionen erst ab einer Höhe von **15 %** angenommen haben, und meint, ihr könne eine Rechtsansicht nicht vorgeworfen werden, die von mehreren Kollegialgerichten geteilt wurde, greift ihr Argument nicht durch. Insbesondere kann sie sich nicht auf die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 12.2.2004 – III ZR 359/02 berufen, in der obiter dictum eine Hinweispflicht eines Anlagevermittlers jedenfalls ab einer Höhe der Innenprovision von 15 % angenommen wurde. Zum einen bezieht sich diese Entscheidung nicht auf Medienfonds, zum anderen betraf die Entscheidung lediglich einen Anlagevermittlungs- nicht jedoch, wie hier, einen Beratungsvertrag.

(b) In dem Streitgegenständlichen Verfahren sind darüber hinaus die besonderen Umstände des Verfahrens zu berücksichtigen, aufgrund derer der Senat davon ausgeht, dass die persönliche Beraterin fahrlässig handelte, als sie die Innenprovision nicht offenbarte.

Die Mitarbeiterin der Beklagten zu 3) wusste, dass der Anleger ihr und der Bank ein besonderes Vertrauen entgegenbringt, da sie es übernommen hatte, ihn bei seiner Vermögensanlage im Rahmen eines Beratungsvertrages umfassend zu betreuen. Der Beraterin lagen die Prospekte vor, aus denen sich ein Agio in Höhe von 5 % ergibt. Der Anleger musste dies zusätzlich zu seiner Zeichnungssumme bezahlen. Die Beklagte zu 3) erhielt eine Innenprovision von über 8 %. Auch eine Mitarbeiterin, die **nicht über eine juristische Ausbildung verfügt**, muss bei dieser Sachlage erkennen, dass der Kunde einen Aufklärungsbedarf über die Höhe der Provision hat. Die Empfehlung eines Fonds im Rahmen eines Beratungsvertrages erweckt bei dem Kunden den Anschein, dass dieser nach sorgfältiger Prüfung ausgesucht wurde, da er für dessen Vermögenssituation am besten geeignet ist. Die Interessen der Bank, eine möglichst hohe Provision zu bekommen, können dem widersprechen.

Die Beraterin kannte beide Interessen, die des Kunden und die der Bank. Dennoch hat sie es unterlassen, den Anleger über die Höhe der Provision aufzuklären, obwohl sich im Prospekt zu der tatsächlich an die Beklagte zu 3) bezahlten Provision keine konkreten Anhaltspunkte finden. Sie hat damit fahrlässig in Kauf genommen, dass der Kunde falsche Vorstellungen über die Neutralität der Beratung bekommt.

Eine Mitarbeiterin, die die Interessen ihres Kunden beachtet, kann zur Überzeugung des Senats erkennen, dass die Höhe der Provision für diesen wichtig ist. Sie vernachlässigt ihre

Pflicht als unabhängige individuelle Anlageberaterin, die besonders differenziert und fundiert beraten muss (so bereits BGH, NJW 1982, 1095, 1096). Sie ist zur vollständigen Information über die tatsächlichen Umstände verpflichtet (BGH, NJW-RR 1993, 1114; 2000, 998). Hierzu gehört in dem Streitgegenständlichen Verfahren auch die Provisionshöhe, da die Beraterin davon ausgehen muss, dass sie für die Anlageentscheidung des Kunden erheblich sein kann und hierdurch Rückschlüsse auf die Qualität ihrer Beratung möglich sind.

Ein entschuldigter Rechtsirrtum liegt insoweit nicht vor. Der Interessengegensatz im Rahmen des Beratungsvertrages war erkennbar. Die Mitarbeiterin kannte alle Tatsachen, insbesondere ihre Pflicht, den Kunden über die tatsächlichen Innenprovisionen objektiv zu beraten. Der Kläger brachte ihr ein besonderes Vertrauen entgegen, dass sie objektiv, d.h. unabhängig von der Höhe der der Beklagten zu 3) von dritter Seite bezahlten Provisionen, beraten wird. Die Mitarbeiterin konnte unschwer erkennen, dass durch die Formulierung 5 % Agio bei dem Kunden im konkreten Fall der Eindruck erweckt werden könnte, dies sei die Provision der Beklagten zu 1). Zur Überzeugung des Senats durfte daher auch eine juristisch nicht vorgebildete Person vor diesen Umständen nicht die Augen verschließen und die Höhe der tatsächlichen Provision im Beratungsgespräch verschweigen.

b) Die Beklagte zu 3) **hat keine ordnungsgemäße Plausibilitätsprüfung** durchgeführt und den Kläger nicht über die daraus resultierenden Bedenken bezüglich der Fonds informiert.

Die Beklagte zu 3) hat ihre Pflichten, als Anlageberaterin (vgl. hierzu BGH, NJW-RR 2000, 998), die Kapitalkonzepte anhand der ihr zur Verfügung stehenden Prospekte auf Plausibilität zu prüfen, verletzt (BGH, NJW-RR 2005, 1120, 1121). Der Senat weist vorsorglich darauf hin, dass diese Pflichten auch dann bestehen würden, wenn zwischen den Parteien nur Anlagevermittlungsverträge zustande gekommen wären (BGH, NJW-RR 2000, 998). Eine solche Plausibilitätsprüfung kann nicht durch den **Verweis auf einen positiven Prüfbericht einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft** ersetzt werden (BGH, NJW-RR 2000, 998, 999). Lücken und Fehler des Prospekts erlangen mithin mittelbar auch für eine Haftung der Beklagten dann Bedeutung, wenn sie bei obliegenheitsgemäßer Prüfung der Schlüssigkeit und Plausibilität des Anlagenkonzepts erkennbar waren. (...)

(1) Die Prospekte sind mit der Überschrift „**Garantiefonds**“ versehen. Diese Bezeichnung ist objektiv unrichtig und erweckt beim dem Anleger falsche Vorstellungen über seine Beteiligung.

(a) Eine Garantie enthalten die Prospekte nicht. Es ist lediglich eine Schuldübernahme vorgesehen. Die Zahlungen sollen an die Fondsgesellschaft und nicht an den Anleger erfolgen.

Die **Überschriften sind zur Überzeugung des Senats unzutreffend**. Sie erwecken bei einem Anleger an herausgehobener Stelle den Anschein, seine Einlage werde garantiert. Nach

der Entscheidung des Bundesgerichtshofs mit Beschluss vom 17.2.2009 – XI ZR 184/08 (nicht veröffentlicht) darf das tatsächliche Anlegerrisiko nicht verharmlosend und beschönigend dargestellt werden. Dies gilt auch, soweit Schlagwörter in Flyern oder in Überschriften verwendet werden. Insoweit genügt es nicht, wenn der Anleger die Möglichkeit hat, im Prospekt die Details nachzulesen, um auf diese Weise festzustellen, dass die schlagwortartig erteilten Informationen unrichtig sind (BGH, a.a.O.). Die abgedruckten Risikohinweise insbesondere auf Seite 13, 73 des Prospekts F 3 und auf Seite 93 des Prospekts F 4 sind daher nicht geeignet, dem Anleger ein zutreffendes Bild von den Fonds zu vermitteln.

Die Prospekte dienen als Grundlage für die Beratungs- oder Vermittlungsgespräche. Das Wort „Garantiefonds“ ist in Großbuchstaben in der Mitte auf dem Deckblatt abgedruckt. Neben einem nicht aussagefähigen großen Bild gibt es noch zwei klein gedruckte Hinweise (oben und unten auf der Seite am Rand), dass es sich jeweils um Medienfonds handelt. Das Wort enthält daher für den Anleger eine wichtige Information, die ihm sofort beim Betrachten ins Auge springt. Diese ist aber unzutreffend. Das Wort „Garantie“ erweckt zur Überzeugung des Senats den Eindruck, dass ein bestimmtes Ereignis sicher eintreten wird. Es ist die stärkste Zusicherung, die man abgeben kann, und vermittelt dem Anleger, dass er keinen Verlust seines eingezahlten Kapitals zu erwarten hat. Tatsächlich wird das gerade nicht garantiert.

Nach den Anlageprospekten war die Schuldübernahme der Bank nämlich nicht als eine Garantie dahin zu verstehen, dass der Anleger in jedem Fall seine Einlage zurückerhält; vielmehr wurde durch die Schuldübernahme nur das Kommanditkapital insgesamt gesichert, mit dem jedoch vor Auszahlung an die Gesellschafter etwaige Verbindlichkeiten der Gesellschaft zu decken waren, so dass bei dem Bestand entsprechend hoher Verbindlichkeiten nicht auszuschließen war, dass auch ein Totalverlust der Einlage der Kommanditisten eintreten konnte. Die Bezeichnung „Garantiefonds“ ist daher objektiv unzutreffend und geeignet, bei dem Anleger falsche Vorstellungen hervorzurufen.

(b) Bei einem „Garantiefonds“ besteht die **Gefahr, dass das Finanzamt steuerliche Verluste nicht anerkennt**, da keine Einkünfte aus Gewerbebetrieb vorliegen. Ein unternehmerisches Risiko könnte mit der Anlage nicht mehr verbunden sein. Die Beklagte zu 3) musste den Widerspruch zwischen der Überschrift auf dem Deckblatt und dem Inhalt der Prospekte erkennen. (...)

Für einen Anlagevermittler bzw. -berater muss es sich daher aufdrängen, dass diese **Regelung Lücken enthält**, die die Beteiligten durch Vereinbarungen ergänzen, die nicht im Prospekt enthalten sind. Im Rahmen der erforderlichen Plausibilitätsprüfung ist es nicht entscheidungserheblich, ob und wenn ja welche Maßnahmen bei der Durchführung des Fonds tatsächlich getroffen wurden. Es bestehen daher Zweifel an der Schlüssigkeit der Prospekte, diese waren dem Anleger mitzuteilen, was aber in beiden Fällen nicht geschehen ist.

3. Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass sich der Kläger **bei ordnungsgemäßer Aufklärung dennoch für die Anlage entschieden hätte** (vgl. BGH, Urt. v. 9.2.2006 – III ZR 20/05). Dem Anleger kommt die Vermutung zugute, dass er sich bei korrekter Aufklärung nicht beteiligt hätte (BGH, Teilurteil v. 12.2.2009 – III ZR 119/08). Zur Überzeugung des Senats sind dabei auch die besonderen Umstände des Verfahrens zu berücksichtigen.

Die Beklagte zu 3) hat dem Anleger trotz bestehender Bera- tungsverträge verschwiegen, dass sie erhebliche verdeckte Innenprovisionen bekommt. Für den Kunden sind diese Informationen jedoch von erheblicher Bedeutung, damit er auch beurteilen kann, ob die Bank ihre Beratungspflichten ordnungsgemäß erfüllt oder ihre eigenen finanziellen Interessen in den Vordergrund stellt. Dieses **Vertrauensverhältnis ist grundlegend zerrüttet**, wenn die Beraterin so wesentliche Punkte verschweigt. Der Anleger muss daraus den Schluss ziehen, dass für die Bank deren eigene Interessen an der Provision maßgeblich sind und die Beratung insgesamt nicht primär seinen Interessen entspricht. Der Senat vermag bei dieser Sachlage keinen nachvollziehbaren Grund erkennen, warum der Anleger in Kenntnis dieser Umstände der Empfehlung einer solchen Beraterin folgen sollte.

Steht eine Aufklärungspflichtverletzung fest, streitet für den Anleger die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens, weshalb der Aufklärungspflichtige, hier also die Beklagte zu 3), darlegen und beweisen muss, dass der Kläger die Kapitalanlage auch bei richtiger Aufklärung erworben hätte (vgl. zuletzt BGH, Urt. v. 12.5.2009 – XI ZR 586/07). Die Beklagte zu 3) hat indes diese Kausalitätsvermutung nicht widerlegt. Sie verkennet, dass es nicht darum geht, ob dem Anleger die Provision zu hoch gewesen wäre, sondern um die Frage, aus welchen Gründen der Fonds empfohlen wird.

Die benannte Zeugin R. war aus Rechtsgründen nicht zu vernemen. Es mag sein, dass steuerliche Effekte für den Anleger wichtig waren. **Über die inneren Gedankenvorgänge des Anlegers**, wie er sich verhalten hätte, wenn er ordnungsgemäß aufgeklärt worden wäre, kann die Zeugin nichts bekunden. Diese Vorgänge liegen nicht in ihrem Wahrnehmungsbereich. Wie der Senat vorstehend ausgeführt hat, wäre die Beklagte zu 3) im Rahmen der Plausibilitätsprüfung verpflichtet gewesen, den Anleger darauf hinzuweisen, dass die steuerliche Absetzbarkeit fraglich ist. Nach ihrem eigenen Sachvortrag soll dieser Aspekt im Vordergrund gestanden haben. Der Senat kann nicht erkennen, aus welchen Gründen der Anleger trotz dieser Probleme die Fonds hätte zeichnen sollen.

Es sind keine Anhaltspunkte zu erkennen, die eine Widerlegung der Vermutung rechtfertigen würden. Wie der Senat eingangs ausgeführt hat, ist der Prospekt in wesentlichen Punkten unklar und widersprüchlich. Ein Anleger, der damit konfrontiert wird, müsste dann die Fonds zeichnen, obwohl er darauf hingewiesen wird, dass es gar keine Garantie gibt, die Darstellung der Zahlungsvorgänge und damit die Geschäftstätigkeiten der Fonds nicht nachvollziehbar und die steuerlichen Verlustzuweisungen ungewiss sind.

Zur Überzeugung des Senats hätte daher ein Anleger keinen nachvollziehbaren Grund, diese Fonds zu zeichnen, da sie zur Investition ungeeignet sind.

4. Gemäß § 280 i.V.m. § 249 BGB hat die Beklagte zu 3) dem Kläger die Kosten für die Beteiligung Zug um Zug gegen Übertragung der Fondsanteile zu erstatten. Sie hat ferner die erlittenen Nachteile auszugleichen.

a) Der Kläger hat Höhe und Umfang des **Schadens** nachvollziehbar dargestellt. Substanzielle Einwendungen gegen die Berechnung des Schadens vermag der Senat nicht zu erkennen. **Die erzielten Steuervorteile sind nicht anzurechnen.**

Einkommensteuerrechtlich gesehen handelt es sich bei der F 3 und der F 4 um eine Publikums-KG und damit um eine Mitunternehmerschaft i.S.v. § 15 Abs. 1 Nr. 2 EStG, da die KG gewerblich tätig wurde. Mithin stehen – das ergibt sich aus § 16 EStG – alle Zu- und Abflüsse, die der Kläger von Beginn bis zur Beendigung der Gesellschafterstellung erfährt, im steuerlichen Zusammenhang mit den Einkünften aus gewerblicher Tätigkeit.

Dies führt dazu, dass die dem Kläger in dieser Hinsicht zufließenden **Schadenersatzleistungen als steuerpflichtige Einkünfte aus gewerblicher Tätigkeit anzusehen sind**, mit der Folge, dass zuvor erzielte Steuervorteile wieder ausgeglichen werden müssen (st. Rspr., vgl. BGHZ 74, 114; BGH, NJW 2006, 499). (...)

Zum Schaden gehören auch, wie das Ersturteil zutreffend angenommen hat, die **vom Finanzamt festgesetzten Zinszahlungen** in Höhe von 562 EUR und 1.452 EUR. Der Kläger musste diese bezahlen, da in den Einkommensteuerbescheiden von 2003 und 2004 Steuernachzahlungen fällig wurden, da das Finanzamt die steuerliche Konstruktion der Fonds nicht anerkannte.

b) Die Beklagte zu 3) kann dem Kläger auch **kein Mitverschulden** gemäß § 254 BGB zur Last legen.

Die Beklagte zu 3) kann ihre Pflicht, den Kläger ordnungsgemäß zu beraten, nicht auf diesen abwälzen. Es ist ausschließlich ihre Aufgabe, dafür zu sorgen, dass – soweit sie gegenüber Dritten entsprechende Verpflichtungen übernommen hat – diese durch ihre eigenen Mitarbeiter auch erfüllt werden. Versäumnisse in der Organisation sowie im Verhalten der eigenen Mitarbeiterin sind gemäß § 278 BGB ihr selbst zuzurechnen und können nicht auf den Kunden verlagert werden.

Zur Überzeugung des Senats war der Kläger **nicht verpflichtet, anhand der Prospekte die Angaben der Beklagten zu 3) zu überprüfen**. Es handelte sich um juristisch und wirtschaftlich nur schwer erkennbare Zusammenhänge. Die Beklagte zu 3) hat als beratende Bank den Eindruck erweckt, den Kunden fachkundig und kompetent zu beraten. Es kann unter diesen Umständen nicht dem Kläger angelastet werden, wenn er die Ausführungen der Beraterin nicht anhand der Prospekte überprüft hat.

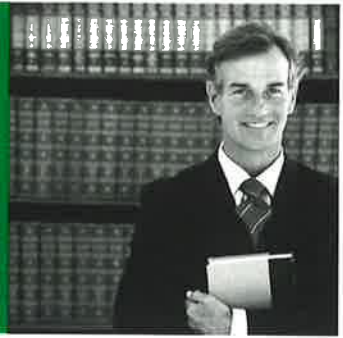
Der Kläger musste auch nicht im Hinblick auf seine Kenntnisse und Möglichkeiten bei der Beklagten zu 3) **nachfragen** und sich insbesondere auch nicht von sich aus nach der Höhe der Innenprovision **erkundigen** (vgl. BGH, Urt. v. 6.3.2008 – III ZR 298/05, Rz. 25; v. 19.6.2008 – III ZR 159/07). In den Prospekten ist ein Agio von 5 % ausgewiesen, das zusätzlich zu bezahlen war. Für einen Anleger war es daher zur Überzeugung des Senats nicht ersichtlich, dass die Bank darüber hinaus noch versteckte Innenprovisionen bekommen würde.

Der Kläger ist im Rahmen des § 254 BGB auch **nicht verpflichtet, ein Rücktrittsrecht geltend zu machen oder es klageweise durchzusetzen**. Zur Überzeugung des Senats würde dies in dem Verfahren dazu führen, dass der Geschädigte mit den Risiken belastet wird, die die Schädigerin selbst zu tragen hat (vgl. zur Rolle des Gläubigers Palandt/Grüneberg, a.a.O., § 421 Rdnr. 1 „Paschastellung“). Ohne die unzureichende Beratung hätte der Kläger die Fonds und den Darlehensvertrag nicht gezeichnet. Er hat somit einen **Anspruch gegen die Beklagte zu 3), so gestellt zu werden, als wären diese Verträge nicht unterzeichnet worden**.

Der Kläger war im Verhältnis zur Beklagten zu 3) nicht verpflichtet, bei dem Fonds F 4 aufgrund einer **Schadenminderungsverpflichtung** i.S.v. § 254 BGB vorrangig die B.H.-Bank in Anspruch zu nehmen. Es ist nämlich grundsätzlich Sache des Gläubigers selbst und steht in seinem eigenen Belieben, jeden Gesamtschuldner, auch wenn verschiedene Schuldgründe gegeben sein sollten, ganz oder teilweise in Anspruch zu nehmen (vgl. Palandt/Grüneberg, § 421 Rdnr. 12). **Sinn und Zweck eines Gesamtschuldverhältnisses** sind nämlich gerade nicht darauf ausgerichtet, den einzelnen Gesamtschuldner durch den Verweis auf die Möglichkeit der Inanspruchnahme der jeweils anderen Gesamtschuldners zu entlasten, sondern den Gläubiger zu stärken (Palandt/Grüneberg, § 421 Rdnr. 1).

Würde man der Ansicht der Beklagten zu 3) folgen, so würde sie die Risiken, die mit der Frage des Widerrufs zusammenhängen, auf den Kläger abwälzen. Die finanzierende Bank erkennt den Widerruf nicht an. Eine Rückabwicklung ist bisher nicht erfolgt, der Anleger hält nach wie vor die Beteiligung und hat den Schaden. Das bloße Bestehen eines Rückabwicklungsanspruchs gegenüber einem Dritten beseitigt noch nicht diese für den Kläger nachteilige Vermögenslage, aus der sich der Schadenersatzanspruch gegenüber der Beklagten zu 3) ergibt. Aus diesen Gründen entfällt auch – soweit die Beteiligung des Klägers an F 4 infrage steht – der Schaden des Klägers nicht. (...)

5) Soweit vorprozessuale Zinsen als Schadenersatz geltend gemacht werden, ist die Klage ebenfalls im Wesentlichen begründet. An die **Darlegung entgangenen Gewinns** i.S.v. § 252 BGB sind keine strengen Anforderungen zu stellen (BGH, NJW 2002, 2553 ff; OLG Schleswig, OLGR 2008, 783). Der Anspruchsteller hat die Umstände darzulegen, aus denen sich nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge oder den besonderen Umständen des Einzelfalls die Wahrscheinlichkeit eines Gewinneintritts ergibt (vgl. BGH, NJW 2002, 2553 ff).



Haftung gegenüber dem „Nichtmandanten“.

Eine neuere Entscheidung des OLG Düsseldorf¹ hat deutlich gemacht, dass auch Rechtsanwälte Gefahr laufen können, wegen eines Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter in Anspruch genommen zu werden. Nach dieser Entscheidung haftet der vom Mieterverein beauftragte Rechtsanwalt gegenüber einem Mitglied des Vereins aus Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, wenn er das Mitglied fehlerhaft beraten hat. Die veröffentlichte Rechtsprechung und Literatur zu diesem Themenkomplex weckt zwar den Eindruck, dass es sich bei der sogenannten Dritthaftung um ein spezielles Problem von Wirtschaftsprüfern und Steuerberatern handeln könnte. Diese Berufsgruppen haben in der Tat häufiger mit Mandaten zu tun, die Auswirkungen auf die Interessen Dritter haben können. Man denke nur an die Haftungsfälle, in denen Wirtschaftsprüfer von drittgeschädigten Banken aufgrund fehlerhafter Testate in Anspruch genommen werden. Doch auch Rechtsanwälte werden, wie die aktuelle Entscheidung des OLG Düsseldorf zeigt, von solchen Regressen nicht verschont. Dies soll hier zum Anlass genommen werden, die speziell für Rechtsanwälte relevanten Fälle der Dritthaftung darzustellen. Auf die Bemühungen der Rechtsprechung, durch eine restriktive Handhabung des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter die Haftung nicht auf einen kaum mehr überschaubaren Kreis von Geschädigten ausufern zu lassen², wird hier mangels praktischer Relevanz bei Rechtsanwälten nicht eingegangen.

a) Auskunftsvertrag

In der Rechtsprechung wird aktuell auf die Konstruktion eines Auskunftsvertrages zur Begründung eines Schadensersatzanspruchs des „Dritten“ kaum zurückgegriffen. Die Haftung aus einem Auskunftsvertrag setzt voraus, dass eine als verbindlich rechtsgeschäftlich anzusehende Auskunft an einen Interessenten erteilt wurde, der sie zur Grundlage seiner Entscheidung machen möchte³; die Auskunft muss für den Empfänger erkennbar von erheblicher Bedeutung und Grundlage wesentlicher Entschlüsse sein.⁴

Das Zustandekommen eines stillschweigend geschlossenen Auskunftsvertrages wird regelmäßig nur bei einer unmittelbaren Fühlungsnahme zwischen Geber und Empfänger der Auskunft in Betracht gezogen.⁵ Unerheblich für die Annahme eines Auskunftsvertrages ist, ob der Berater für seine Leistungen eine Gebühr verlangt hat oder nicht.⁶ Auch allein die Sachkunde des Beraters reicht zur Annahme eines Auskunftsvertrages nicht aus.⁷ Letztlich ist anhand von Indizien

zu prüfen, ob ein eigenständiger Auskunftsvertrag geschlossen wurde.⁸ So stellen auch die Sachkunde des Beraters sowie die wirtschaftliche Bedeutung für den Auskunftsempfänger nur Indizien dar, die nicht unabhängig von der Würdigung der Gesamtumstände bewertet werden dürfen.

Für die Annahme eines Auskunftsvertrages können ein eigenes⁹ wirtschaftliches Interesse des Auskunftsgäbers¹⁰, ein besonderes persönliches Engagement des Auskunftsgäbers in der Form von Zusicherungen nach Art einer Garantieübernahme¹¹ oder das Versprechen einer eigenen Nachprüfung der Angaben des Geschäftspartners des Auskunftsempfängers¹² sprechen. Weitere Indizien sind eine bereits bestehende anderweitige Vertragsbeziehung zwischen Auskunftsgäber und -nehmer¹³ sowie die Hinzuziehung des Auskunftsgäbers zu Vertragsverhandlungen auf Verlangen des Auskunftsempfängers.¹⁴

Nicht ausreichend für die Annahme eines Auskunftsvertrages ist allerdings, wenn der Rechtsanwalt dem Geschäftspartner des Mandanten fehlerhafte Angaben über dessen Bonität machte und infolgedessen ein Darlehen gewährt wurde, ohne dass weitere Indizien für einen eigenständigen Auskunftsvertrag sprachen.¹⁵

b) Echter Vertrag zugunsten Dritter (§ 328 BGB)

Beim Vertrag zugunsten eines Dritten hat der Dritte gemäß § 328 Abs. 2 BGB das Recht, die Leistung unmittelbar zu fordern. Ob ein solches Recht vereinbart wurde, ist mittels Auslegung der entsprechenden Vertragserklärungen zu ermitteln. So wurde bei einem von dem Vermittler von Börsentermingeschäften eingeschalteten Rechtsanwalt, über dessen Treuhandkonto die Einzahlungen der Anleger zu deren Sicherheit weiterzuleiten waren, ein Vertrag zugunsten eines Dritten angenommen.¹⁶ Bei der Vereinbarung einer Kapitalanlagegesellschaft mit einem Rechtsanwalt über die Übernahme von Treuhandfunktionen handelt es sich um einen Vertrag zugunsten Dritter, aus dem der Treuhänder gegenüber den zukünftigen Anlegern verpflichtet ist, deren Interessen treuhänderisch wahrzunehmen.¹⁷

c) Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter

Beim Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter ziehen die Vertragspartner einen Dritten in den Schutzbereich ihres Vertrages mit ein, so dass der Dritte zwar nicht Gläubiger der Vertragsleistung wird, aber einen eigenen Schadensersatz-

anspruch gegen den Berater erwirbt. Vertragliche Schadensersatzansprüche zugunsten von nicht am Vertragsverhältnis beteiligten Dritten beruhen auf dem Rechtsgedanken, denjenigen, der vertragslos, aber bestimmungsgemäß mit der unzureichend erbrachten vertraglichen Leistung in Berührung und durch sie zu Schaden gekommen ist, einen vertraglichen Anspruch nicht zu versagen, der dem Vertragspartner des Schädigers ohne Weiteres zusteht.

Der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter setzt voraus, dass dem Vertragsschuldner die Einbeziehung des Dritten in den vertraglichen Schutzbereich bekannt oder zumindest erkennbar ist, die Rechtsgüter des Dritten durch die Vertragsleistung des Schuldners mit Rücksicht auf den Vertragszweck bestimmungsgemäß und typischerweise beeinträchtigt werden können, ein berechtigtes Interesse des Vertragsgläubigers am Schutz des Dritten besteht und der Dritte schließlich ein Schutzbedürfnis hat.¹⁸

Das Merkmal der Erkennbarkeit des Drittschutzes verlangt, dass dem Schuldner bei Vertragsschluss bekannt oder zumindest erkennbar ist, dass ein Dritter objektiv in den Bereich einer Schutzpflicht einbezogen ist. Der begünstigte Personenkreis muss objektiv abgrenzbar sein; nicht erforderlich ist jedoch, dass dem Schuldner die genaue Anzahl der geschützten Dritten und deren Namen bekannt ist.¹⁹

Auf die alte „Wohl-und-Wehe“-Rechtsprechung²⁰, wonach der Vertragsgläubiger in einem Fürsorgeverhältnis zu dem Dritten stehen musste, wird im Rahmen der Prüfung der Schutzbedürftigkeit bzw. Gläubignähe nicht mehr zurückgegriffen; diese Rechtsprechung wurde zwischenzeitlich aufgeben²¹; ausreichend ist alleine, wenn die Leistung auch im Interesse des Dritten besteht.

Ein Schutzbedürfnis fehlt jedoch dann, wenn dem Dritten eigene vertragliche Ansprüche – gleich gegen wen – zustehen, die denselben oder zumindest einen gleichwertigen Inhalt haben wie diejenigen Ansprüche, die ihm über eine Einbeziehung in den Schutzbereich eines Vertrages zukämen²²; denn Anliegen der Rechtsprechung ist es, eine uferlose Ausdehnung des Kreises der in den Schutzbereich einbezogenen Personen zu vermeiden.²³ Dies soll auch dann gelten, wenn ein solcher Anspruch wegen der Leistungsunfähigkeit des Schuldners nicht durchsetzbar ist; denn das von der Rechtsprechung entwickelte Rechtsinstitut des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter bezweckt nicht die Absicherung des Risikos, dass die vertraglich verpflichtete Person zum Ersatz des Schadens finanziell nicht in der Lage ist.²⁴

Die Schutzbedürftigkeit wird indes bejaht, wenn dem Geschädigten noch weitere Ansprüche in Form von Prospekthaftungsansprüchen zustehen; begründet wird dies damit, dass Prospekthaftungsansprüche und Ansprüche aus Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter eine unterschiedliche Zielrichtung haben und daher nicht gleichwertig sind. Die Prospekthaftung ist eine Haftung für die Vollständigkeit und Richtigkeit von Werbeaussagen. Bei fehlerhafter Prüfung von Prospektangaben haftet ein Wirtschaftsprüfer hingegen nicht für die Richtigkeit der Prospektangaben, sondern dafür, dass

er den fehlerhaften prospektierten Angaben durch seinen Prüfbericht Unbedenklichkeit bescheinigt bzw. Glaubwürdigkeit verliehen und dadurch die von dem fehlerhaften Prospekt ausgehende Gefahr für die Anliegerinteressen erhöht hat. Ferner soll die fehlende Gleichwertigkeit aus der unterschiedlichen Verjährung der beiden Ansprüche folgen.²⁵

Eine Gegenläufigkeit der Interessen des Auftraggebers und des Dritten steht einer Einbeziehung des Dritten in den Schutzbereich des Vertrages grundsätzlich nicht entgegen.²⁶ Allerdings sind wegen des Verbotes der Wahrnehmung widerstreitender Interessen bei der Prüfung, ob ein übereinstimmender Wille der Vertragsparteien anzunehmen ist, einen Dritten in den Schutzbereich ihres Vertrages einzubeziehen, strenge Anforderungen zu stellen.²⁷

Im Bereich der Anwaltschaftung wurde bislang in folgenden Fallgestaltungen ein Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter bejaht:

- Berät der Rechtsanwalt einen Erblasser, so sind die von ihm begünstigten Kinder in den Schutzbereich des Anwaltsvertrages eingebunden.²⁸ Der Annahme, das Interesse der Kinder an der Erbenstellung sei in den Schutz des Vertrages einbezogen gewesen, steht die fehlende Kenntnis des Anwalts von der Anzahl der Kinder nicht entgegen.²⁹
- Bei Beratung zu einer Trennungsvereinbarung haftet der Anwalt auch gegenüber dem Ehepartner des Mandanten, soweit der Anwaltsvertrag Schutzwirkung zu dessen Gunsten entfaltet. Dies ist jedenfalls insoweit der Fall, als ein formell wirksamer Vertrag zustande kommen soll.³⁰
- Wird eine Scheidungsfolgenvereinbarung zugunsten der Kinder vom Anwalt ausgearbeitet, so sind diese ebenfalls in den Schutzbereich des Vertrages miteinbezogen. In dem entschiedenen Fall hatte der Anwalt eine Scheidungsfolgenvereinbarung vereinbart, nach der die Ehefrau ihren hälftigen Anteil an einem Haus auf die drei Kinder übertragen sollte. Ein Hinweis darauf, dass die Vereinbarung nur dann rechtlich gesichert und damit durchsetzbar sei, wenn wenigstens das Verpflichtungsgeschäft bereits vor rechtskräftigem Abschluss des Ehescheidungsverfahrens notariell beurkundet oder eine entsprechende Vereinbarung in einem gerichtlichen Vergleich aufgenommen wird, erfolgte nicht.³¹
- Beauftragt ein geschiedener Ehemann einen Rechtsanwalt, eine Ehelichkeitsanfechtungsklage zu erheben, so kann der Anwaltsvertrag auch Schutzwirkungen zugunsten eines leiblichen Kindes des Auftraggebers entfalten. Der Rechtsanwalt muss bei lebensnaher Betrachtung davon ausgehen, dass es dem Mandanten auch auf die weiteren Wirkungen der Ehelichkeitsanfechtungsklage ankommt und er hierdurch seine leiblichen Kinder, z. B. in erbrechtlicher Hinsicht, begünstigen will.³²
- Ein Anwaltsvertrag mit dem Elternteil, bei welchem das Kind lebt, stellt sich insoweit als Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten des Kindes dar, als der Anwalt auch Ansprüche auf Kindesunterhalt geltend macht. Eine Berechtigung der Eltern, bei Pflichtverletzungen, welche die Interessen des Kindes betreffen, einen Schadensersatz gegen den Anwalt im eigenen Namen mit dem Antrag einer Zahlung an sich selbst geltend zu machen, besteht nicht.³³

- Bei der Mitwirkung an einer Ruhegehaltabrede, die auch Auswirkungen auf eine Witwenrente haben kann, ist die Witwe des Auftraggebers in den Schutzbereich des Anwaltsvertrages einbezogen. Vorliegend hatte der Anwalt eine das Ruhegeld betreffende Vertragsklausel nicht eindeutig formuliert. Der Mandant, der vorzeitig sein Arbeitsverhältnis beendete, und seine Ehefrau behaupteten, dass bei richtiger Formulierung das Ruhegeld bzw. die Witwenrente in voller Höhe und nicht gekürzt vom ehemaligen Arbeitgeber des Mandanten gezahlt worden wäre.³⁴
- Wird ein Rechtsanwalt vom einem Vermieter beauftragt, das Mietverhältnis zu kündigen, damit dessen Angehörige das bislang vermietete Haus beziehen können, so sind diese in den Schutzbereich des Anwaltsvertrages einbezogen. Der Anwalt haftet den Angehörigen des Mandanten, wenn er nicht rechtzeitig für eine Kündigung Sorge trägt.³⁵
- Der zwischen dem Betriebsrat und seinem Prozessbevollmächtigten geschlossene Anwaltsvertrag, aufgrund dessen der Prozessbevollmächtigte Beschlussverfahren gegen den Arbeitgeber wegen der Verletzung von Mitbestimmungsrechten durchzuführen hat, beinhaltet nach den Grundsätzen des Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte Sorgfaltspflichten des Prozessbevollmächtigten des Betriebsrates gegenüber dem Arbeitgeber aufgrund der Regelung in § 40 BetrVG. Die Kostenschonung des Arbeitgebers gebietet dem Prozessbevollmächtigten des Betriebsrates für gleich gelagerte Sachverhalte Gruppenverfahren anstelle von Einzelverfahren durchzuführen. Unterlässt er dies, kann er nicht die Anwaltsgebühren für die durchgeführten Einzelverfahren, sondern nur die Gebühren verlangen, die bei Durchführung (fiktiver) Gruppenverfahren entstanden wären. Dem Arbeitgeber seinerseits steht aus dem zwischen dem Betriebsrat und seinem Prozessbevollmächtigten geschlossenen Anwaltsvertrag ein Schadensersatzanspruch in Höhe der Mehrkosten zu, die er seinem eigenen Prozessbevollmächtigten aufgrund der pflichtwidrig eingeleiteten Einzelverfahren durch den Prozessbevollmächtigten des Betriebsrates zu zahlen hat.³⁶
- Ein Anwaltsvertrag mit einer Werbeagentur über die wettbewerbs- und markenrechtliche Prüfung eines Gewinnspiels kann Schutzwirkung für einen Getränkelieferanten haben, der das Gewinnspiel durchführen soll.³⁷
- Soll eine Marke nicht für den Auftraggeber des Rechtsanwalts oder Patentanwalts, sondern für einen Dritten angemeldet werden, so ist der Dritte in die Schutzwirkungen des Anwaltsvertrages einbezogen.³⁸
- Ist ein Rechtsanwalt im Zusammenhang mit einer Kapitalerhöhung mit der Beratung und den Verhandlungen mit den neu in die GmbH aufzunehmenden Gesellschaftern beauftragt, erstrecken sich seine Schutzpflichten aus dem Anwaltsvertrag ausnahmsweise auch auf die Gesellschafter. Der Anwalt muss dabei auf die Gefahr einer verdeckten Sacheinlage und deren Folgen hinweisen.³⁹

In den folgenden Konstellationen wurde ein Vertrag mit Schutzwirkung verneint:

- Wird der gegen den Mandanten eines Rechtsanwalts erlassene Haftbefehl unter der Voraussetzung außer Vollzug gesetzt, dass der Beschuldigte selbst eine Barkauti-

leistet, und ist ein Dritter bereit, ihm diesen Betrag zur Verfügung zu stellen, so werden vertragliche Beziehungen zwischen dem Dritten und dem Rechtsanwalt des Beschuldigten nicht schon dadurch begründet, dass er mit ihm die technische Abwicklung des Zahlungsvorgangs über ein Anderkonto des Rechtsanwalts vereinbart. Dem Dritten steht gegen den Beschuldigten nicht nur ein Anspruch auf Rückzahlung der zum Einsatz als Kautiön überlassenen Geldsumme nach deren Freiwerden, sondern auch ein Anspruch auf Ersatz des Schadens zu, der ihm dadurch entstanden ist, dass der Beschuldigte es versäumt hat, den Anspruch des Dritten vor dem Zugriff anderer Personen zu schützen. Ob ein solcher Anspruch mangels finanzieller Leistungsfähigkeit des Verpflichteten möglicherweise von Anfang an nicht durchsetzbar war, ist rechtlich unerheblich.⁴⁰

- Der Anwaltsvertrag mit dem scheidungswilligen Ehegatten entfaltet keine Schutzwirkung für dessen künftigen Ehegatten, der möglichst früh in den Genuss des Ehegattensplittings kommen wollte. Der künftige Ehegatte hat vor der Ehe weder familienrechtliche noch relevante vertragliche Beziehungen zu seinem künftigen Ehegatten. Seine Absicht, den Mandanten nicht zuletzt der steuerlichen Vorteile wegen (Inanspruchnahme des Ehegattensplittings) möglichst frühzeitig zu ehelichen, steht unter keinem rechtlichen Schutz.⁴¹
- Der auf die Beratung eines Ehegatten im Rahmen einer Scheidungsfolgenvereinbarung gerichtete Anwaltsvertrag begründet zur Vertragshaftung führende Schutzpflichten zugunsten des anderen Ehegatten auch dann nicht, wenn dieser Ehegatte wegen des Anwaltshonorars einen Schuldbeitritt erklärt.⁴²
- Hat ein Betriebsrat einen Rechtsanwalt mit Interessenausgleichs- und Sozialplanverhandlungen beauftragt, steht einem Arbeitnehmer des Betriebes kein Schadensersatzanspruch aus Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter gegen den Rechtsanwalt zu; denn es fehlt an einem hypothetisch anzunehmenden Parteiwillen des Betriebsrats, den von ihm mit der Wahrnehmung der kollektivrechtlichen Mitbestimmungsrechte der §§ 111 f. BetrVG als Berater beauftragten Beklagten als Rechtsanwalt zugleich mit der Wahrnehmung der individuellen Partikularinteressen einzelner Arbeitnehmer zu mandatieren. Der Betriebsrat als demokratisch gewähltes Kollektivorgan der Belegschaft und insoweit deren Repräsentant innerhalb seiner kollektivrechtlichen Beteiligungsbefugnisse nach dem Betriebsverfassungsgesetz ist nicht gesetzlicher Vertreter einzelner Arbeitnehmer oder Wahrer von deren Individualinteressen. Soweit dem Betriebsrat ausnahmsweise rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht eingeräumt wurde, namens der von ihm vertretenen Arbeitnehmer Individualinteressen wahrzunehmen, muss erkennbar sein, dass er nicht nur als betriebsverfassungsrechtliches Organ, sondern auch als Vertreter der einzelnen Arbeitnehmer handeln will.⁴³

In der eingangs erwähnten Entscheidung des OLG Düsseldorf bejahte der Senat die Schutzbedürftigkeit des Mietervereinsmitglieds, weil ihm wegen des mit dem Verein vereinbarten

Haftungsausschlusses keine anderweitigen gleichwertigen Ersatzansprüche zuständen. Ob eine Schutzbedürftigkeit auch dann noch zu bejahen ist, wenn der Dritte für das Fehlen einer anderweitigen Ersatzmöglichkeit selbst verantwortlich ist, mag dahinstehen. In den Fällen des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter wird jedoch regelmäßig die Leistung nicht direkt gegenüber dem Dritten – wie im Fall des OLG Düsseldorf – erbracht, sondern gegenüber dem unmittelbaren Vertragspartner. Näher hätte es daher gelegen, den

vom OLG Düsseldorf entschiedenen Fall über den Vertrag zugunsten Dritter zu lösen.

Die Tendenz in der Rechtsprechung, Fälle der Dritthaftung auch bei Rechtsanwälten zu bejahen, ist unübersehbar. Deshalb muss bei Mandaten, die die Interessen Dritter berühren, gerade auch dieser Gesichtspunkt berücksichtigt werden.

Von Rechtsanwalt Rafael Meixner, HDI-Gerling

- 1 OLG Düsseldorf MDR 2009, 1016.
- 2 Siehe hierzu Zugehör NJW 2008, 1105.
- 3 BGH MDR 2009, 446.
- 4 OLG Düsseldorf GI 1997, 39.
- 5 LG Mönchengladbach NJW-RR 1991, 415; OLG Düsseldorf GI 1999, 220.
- 6 BGH NJW 1998, 1059; OLG Düsseldorf FA 2006, 223.
- 7 BGH NJW 1992, 2080.
- 8 Zugehör NJW 2000, 1601, 1606.
- 9 BGH WM 1987, 1466: Ein mittelbares wirtschaftliches Interesse reicht nicht aus.
- 10 BGH NJW 1991, 32; WM 1962, 1110.
- 11 BGH NJW 1962, 1500; LG Frankfurt GI 1998, 72.
- 12 BGH WM 1965, 287.
- 13 BGH NJW 1986, 180.
- 14 BGH NJW 1985, 1531.
- 15 BGH NJW 1991, 32.
- 16 BGH NJW-RR 2004, 1356.
- 17 OLG Karlsruhe WM 1997, 1476.
- 18 Zugehör, Grundsätze der zivilrechtlichen Haftung der Rechtsanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer, Rn 170.
- 19 BGH NJW 1995, 392.
- 20 BGH NJW 1971, 1931.
- 21 BGH NJW 1984, 355, 356.
- 22 BGH NJW 1996, 2927.

- 23 BGH NJW 2004, 3630.
- 24 BGH NJW 2004, 3630; a.A. Zugehör NJW 2008, 1105, 1106.
- 25 BGH NJW 2004, 3420.
- 26 BGH NJW-RR 2004, 1356; OLG Köln DStR 2009, 555.
- 27 Zugehör NJW 2008, 1105, 1110.
- 28 BGH BRAK-Mitt 1999, 72; NJW 1995, 51; NJW 1965, 1955; LG Freiburg GI 2009, 28; LG Braunschweig v. 18.7.1997, 5 U 13/97 (zitiert nach juris); OLG Hamm NJWE-VHR 1998, 130; Schlitt NJW 1996, 1325.
- 29 BGH NJW 1995, 51.
- 30 LG Wuppertal BRAK-Mitt 1998, 220.
- 31 BGH NJW 1977, 2073.
- 32 OLG Hamm MDR 1986, 1026.
- 33 OLG Koblenz v. 26.4.2007, 10 U 487/06 (zitiert nach juris).
- 34 BGH NJW 1988, 200.
- 35 LG München I NJW 1983, 1621.
- 36 LAG Düsseldorf LAGE § 40 BetrVG 1972 Nr. 25.
- 37 Zugehör, Grundsätze der zivilrechtlichen Haftung der Rechtsanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer, Rn. 191.
- 38 LG Düsseldorf MittDtschPatAnw 1996, 23.
- 39 BGH DStR 2009, 1767; OLG Düsseldorf GI 2000, 12.
- 40 BGH NJW 2004, 3630.
- 41 OLG Düsseldorf FamRZ 2007, 1982.
- 42 OLG Düsseldorf NJW-RR 1983, 703.
- 43 BAG NJW 2007, 172.

Nach dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 2.12.1991 ist einem Anleger, der durch schuldhaft unrichtige Angaben bewogen wurde, einer Publikumsgesellschaft beizutreten, nicht nur seine Einlage, sondern auch der **Schaden zu ersetzen, der sich typischerweise daraus ergibt, dass das Eigenkapital in solcher Höhe erfahrungsgemäß nicht ungenutzt bleibt, sondern zu einem allgemein üblichen Zinssatz angelegt worden wäre** (BGH, NJW 1992, 1223).

Der Senat **schätzt den Schaden in Form des entgangenen Gewinns** gemäß § 287 ZPO in Anlehnung an die Vorschrift des § 246 BGB auf **4%**. Die Vorschrift des § 287 ZPO soll es dem Gericht ermöglichen, in den Fällen eine Schätzung vorzunehmen, in denen aufgrund einer hypothetischen Schadenberechnung die Höhe nur schwer zu bestimmen ist, (Zöller/Greger, ZPO 28. Aufl., § 287 Rz. 1).

Diese Voraussetzungen liegen hier vor. Der Anleger hat eine Beteiligung gezeichnet. Es ist somit davon auszugehen, dass er sein **Kapital nicht für Konsumzwecke** verwendet hätte. Die Frage, welche andere Anlageform er gewählt hätte, ist hypothetisch.

Sowohl festverzinsliche Anlagen als auch unternehmerische Beteiligungen haben eine höchst unterschiedliche Gewinnerwartung, die von den steuerlichen Gegebenheiten, dem jeweiligen Schuldner und der Laufzeit abhängen. Auch bei festverzinslichen Anlagen gibt es eine Vielzahl von Variablen, die einen ungewissen Einfluss auf den tatsächlichen Gewinn haben können. Auch hier kommen – zumindest im Ansatz – spekulative Elemente zum Zug. Es ist gerichtsbekannt, dass nicht alle Banken den gleichen Zinssatz anbieten und die Laufzeit durch den Anleger bestimmt wird. Setzt er auf fallende Zinsen, wird er eine längere Laufzeit bevorzugen, setzt er auf steigende Zinsen, so wird eine frühere Fälligkeit gewählt.

Zur Überzeugung des Senats ist der entgangene Gewinn daher auf 4% zu schätzen. Der Gesetzgeber hat durch die Vorschrift des § 246 BGB zu erkennen gegeben, dass dies ein angemessener Wert für die Vorenthaltung eines Kapitals ist. Der Senat hält die Höhe unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls auch in dem Streitgegenständlichen Verfahrens für angemessen. Der Anleger hat einen Fonds gezeichnet, der eine erhebliche Rendite ausgewiesen hat. Gleichzeitig hat er versucht, einem gewissen Sicherungsbedürfnis Rechnung zu tragen, da der Fonds mit dem Wort „Garantiefonds“ überschrieben war. I.S.d. § 287 ZPO ist daher davon auszugehen, dass der Anleger bei anderweitiger Nutzung seines Kapitals eine Rendite von 4% erzielt hätte.

6. Die vom Landgericht zugesprochenen **Prozesszinsen** in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit stehen der Klägerin nach § 291 i.V.m. § 288 Abs. 1 Satz 2 BGB zu. Die Zinspflicht nach § 291 BGB ist eine materiell-rechtliche Folge der Rechtshängigkeit (Palandt/Grüneberg, § 291 Rdnr. 1), sie setzt lediglich die Fälligkeit und Durchsetzbarkeit des Leistungsbegehrens voraus (Palandt/Grüneberg, § 291 Rdnr. 5).

Beide Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt. Nur in dem Fall, dass dem Anspruch die Einrede des nichterfüllten Vertrages oder ein vom Schuldner geltend gemachtes Zurückbehaltungsrecht entgegensteht, kann die Verzinsung nach § 291 BGB entfallen (BGH, NJW 1971, 615; Palandt/Grüneberg, § 291 Rdnr. 5). Das gilt indessen nicht, wenn der Schuldner – wie vorliegend – Schadenersatz Zug um Zug gegen Vorteilsausgleichung zu leisten hat (BGH, Urt. v. 21.10.2004 – III ZR 323/03; Palandt/Grüneberg, a.a.O.). (...)

Steuerberaterhaftung

- Anspruch des Prozesskostenfinanzierers
 - Kenntnis des Steuerrechts
 - Europarechtswidrigkeit
 - Entscheidung des Finanzgerichts
 - Karenzzeit für die Kenntnisnahme des FG-Urteils
 - Nachwirkende Belehrungspflichten?
 - Verjährung
- (OLG Stuttgart, Urt. v. 15.12.2009 – 12 U 110/09)

Leitsätze:

1. Ein Steuerberater ist nicht verpflichtet, eine Entscheidung eines Finanzgerichts zur Kenntnis zu nehmen, die ein Steuertatbestand wegen Europarechtswidrigkeit nicht anwendet, wenn diese Frage bislang in Rechtsprechung und Literatur nicht diskutiert worden war.

2. Soweit eine Pflicht besteht, eine obergerichtliche Entscheidung zur Kenntnis zu nehmen, ist dem Steuerberater grundsätzlich eine längere Karenzzeit zuzubilligen als im Fall einer höchstrichterlichen Entscheidung. ■

Aus den Gründen:

I. Der Kläger nimmt die Beklagte, ihre frühere Steuerberaterin, wegen nicht erteilter steuerlicher Hinweise auf Schadenersatz in Anspruch.

Der Kläger betrieb Spielhallen und/oder Aufstellplätze für Spielautomaten mit Gewinnmöglichkeiten, wobei er für die erzielten Umsätze in den Jahren 1995 bis 2000 zur Umsatzsteuer veranlagt wurde. Die Beklagte war in dieser Zeit Steuerberaterin des Klägers und hat für diesen die Umsatzsteuererklärungen erstellt sowie die entsprechenden Bescheide geprüft. Das Mandatsverhältnis endete aufgrund einer Kündigung des Klägers vom August 2002, die die Beklagte mit Schreiben vom 21.8.2002 bestätigte.

Der Umsatzsteuerbescheid für das Jahr 1998 datiert vom 20.6.2001, die Abrechnung des Finanzamts hinsichtlich der Umsatzsteuer für das Jahr 1999 vom 20.3.2001 und die Umsatzsteuererklärung für das Jahr 2000 wurde von der Beklagten am 25.3.2002 eingereicht. Die jeweiligen Steuerbescheide sind bestandskräftig geworden.

Gemäß § 4 Nr. 9 UStG a.F. waren in dieser Zeit nur Erlöse aus Geldspielautomaten in öffentlichen Spielbanken von der Umsatzsteuer befreit.

Mit Urteil vom 17.2.2005 hat der EuGH (*EuZW 2005, 210 – Linneweber*) entschieden, dass diese Regelung gegen Art. 13 Teil B Lit. F 6 RI. 77/388/EWG verstößt und dass aufgrund der unmittelbaren Anwendung der Richtlinie Umsatzsteuer für derartige Glücksspiele nicht hätte erhoben werden dürfen.

Bereits im Jahr 1998 hatte der EuGH (*veröffentlicht in DStRE 98, 490*) entschieden, dass eine Differenzierung zwischen unerlaubtem und erlaubtem Glücksspiel nicht zulässig sei, weshalb Umsatzsteuer bei verbotenen und strafbaren Glücksspielen nicht erhoben werden dürfe. Konsequenzen aus dieser Entscheidung hat der deutsche Gesetzgeber nicht gezogen.

Mit Entscheidung vom 30.11.2000 hat der BFH in einem vorläufigen Rechtsschutzverfahren Zweifel an der Europarechtskonformität der Umsatzsteuerpflicht von Erlösen aus in Gaststätten oder Spielhallen aufgestellten Geldspielautomaten geäußert und deshalb die sofortige Vollziehung der Umsatzsteuerbescheide ausgesetzt. Diese Entscheidung wurde nicht amtlich veröffentlicht, sondern nur beispielsweise in BFH/NV 2001, 657 (*vgl. die übrigen Fundstellen, teilweise nur mit dem Leitsatz, in juris*).

Mit Entscheidung vom 26.10.2001 hat das Finanzgericht Münster entschieden, dass die Umsätze aus dem Betrieb von Geldspielautomaten aus gemeinschaftlichen Gründen umsatzsteuerfrei zu belassen seien. Diese Entscheidung wurde am 7.6.2002 u.a. in DStRE 2002, 501 veröffentlicht (*weitere Fundstellen vgl. juris*).

In dem Revisionsverfahren gegen diese Entscheidung hat der BFH mit Beschluss vom 6.11.2002 (*BFHE 200, 149*) dem EuGH die Frage vorgelegt, ob auch Umsätze von nicht in öffentlichen Spielbanken aufgestellten Geldspielautomaten umsatzsteuerfrei seien und ob die vorgenannte Richtlinie unmittelbar Anwendung zugunsten des Steuerpflichtigen finde. Hierzu ist dann die erstgenannte Entscheidung des EuGH vom 17.2.2005 ergangen. Der BFH hat anschließend die Revision gegen das Urteil des FG Münster zurückgewiesen.

Der Beklagten waren während der Dauer der Vertragsbeziehung der Parteien die Entscheidungen des BFH vom 30.11.2000 und des FG Münster vom 26.10.2001 nicht bekannt,

Der Kläger hat im vorliegenden Verfahren einen Prozessfinanzierer eingeschaltet, diesem seine angebliche Schadenersatzforderung abgetreten und mit ihm Vereinbarungen über die Geltendmachung der streitgegenständlichen Forderungen getroffen.

Der Kläger hat vorgetragen, dass die Beklagte die Entscheidungen des BFH vom 30.11.2000 sowie des FG Münster

hätte kennen und hieraus hätte entnehmen müssen, dass die Umsatzsteuerpflichtigkeit der von ihm betriebenen Glücksspiele u.U. gemeinschaftswidrig sein könne. Deshalb hätte er durch Einspruch gegen die entsprechenden Umsatzsteuerbescheide verhindern müssen, dass diese bestandskräftig werden. Bei korrekter Vorgehensweise hätten die Bescheide nach der endgültigen Entscheidung des EuGH aus dem Jahr 2005 aufgehoben werden müssen und er hätte Erstattungsansprüche in Höhe von 145.786,50 EUR einschließlich Zinsen für die Jahre 1995 bis 2000 gehabt; daneben mache er die Kosten der Schadenermittlung sowie vorgerichtliche Anwaltskosten geltend. Diese Erstattungsansprüche seien auch nicht verjährt.

(Anträge ...)

Die Beklagte hat vorgetragen, dass ihre Unkenntnis der genannten Entscheidungen nicht pflichtwidrig sei, im Übrigen seien etwaige Ansprüche des Klägers auch verjährt. Der Höhe nach werden die geltend gemachten Ansprüche bestritten, hilfsweise rechne er hiergegen mit Honorarforderungen in Höhe von 7.347,07 EUR auf.

Mit Urteil vom 27.5.2009 hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Zur Begründung wurde darauf abgehoben, dass zwar eine Pflichtverletzung der Beklagten vorliege, weil diese die Entscheidung des Bundesfinanzhofs vom 30.11.2000 hätte kennen müssen, doch seien die Ansprüche des Klägers verjährt.

Gegen dieses ihm am 8.6.2009 zugestellte Urteil hat der Kläger mit Schriftsatz vom 6.7.2009, eingegangen am selben Tag, – beschränkt auf Ansprüche bzgl. der Umsatzsteuer 1998 bis 2000 – Berufung eingelegt und diese mit Schriftsatz vom 22.7.2009, eingegangen ebenfalls am selben Tag, begründet.

Der Kläger trägt vor, dass die Beklagte innerhalb offener Fristen für die Umsatzsteuerbescheide 1998 bis 2000 Änderungsanträge hätte stellen müssen, weil sie jedenfalls auf das Urteil des FG Münster hätte reagieren müssen. Die Kenntnismahme dieser Entscheidung sei eine mandatsbezogene Pflicht, da sich bereits seit der ersten Entscheidung des EuGH zur Umsatzsteuerpflichtigkeit von Glücksspielen im Jahr 1998, jedenfalls aber seit der Entscheidung des BFH vom 30.11.2000 die Umsatzsteuerpflichtigkeit derartiger Veranstaltungen als offenes Problem dargestellt habe, was die Beklagte hätte erkennen müssen. Eine Verjährung seiner Ansprüche sei nicht eingetreten.

(Anträge ...)

Die Beklagte trägt vor, dass eine Pflicht zur Kenntnismahme der Entscheidung des FG Münster nicht bestanden habe, weil es sich hierbei nicht um höchstrichterliche Rechtsprechung gehandelt habe und die Frage der Umsatzsteuerpflichtigkeit von Glücksspielen weder allgemein noch in der Rechtsprechung „im Fluss“ gewesen sei. Etwaige Ansprüche des Klägers, die weiterhin der Höhe nach bestritten werden, seien auch verjährt. (...)

II. Die auf die Schadenersatzansprüche hinsichtlich der zuviel bezahlten Umsatzsteuer für die Jahre 1998 bis 2000 beschränkte Berufung des Klägers ist zulässig, jedoch unbegründet, da diesem mangels Pflichtverletzung des Geschäftsführers der Beklagten kein Anspruch aus positiver Forderungsverletzung des zwischen den Parteien bestehenden Geschäftsbesorgungsvertrages (§§ 611, 675, 31 BGB, Art. 229 § 5 EGBGB) zusteht:

1. Obwohl der Kläger seine **Ansprüche an einen Prozessfinanzierer abgetreten** hat, ist die Klage zulässig, denn die Voraussetzungen für eine gewillkürte Prozessstandschaft liegen vor, nachdem der Kläger vom Zessionar zur Prozessführung ermächtigt ist und er als Zedent ein schutzwürdiges Eigeninteresse hat (vgl. hierzu Zöller/Vollkommer, ZPO 28. Aufl., Rz. 49 vor § 50 ZPO). Ebenso kann der Kläger aufgrund entsprechender Ermächtigung des Zessionars die Zahlung auf ein Notaranderkonto verlangen.

2. Allerdings liegt eine Pflichtverletzung des Geschäftsführers der Beklagten, für die Letztere nach § 31 BGB einzustehen hätte, nicht vor, denn dieser musste weder die Entscheidung des BFH vom 30.11.2000 noch die des FG Münster vom 26.10.2001 kennen, so dass auch keine Verpflichtung bestand, durch entsprechende Maßnahmen zu verhindern, dass die streitgegenständlichen Umsatzsteuerbescheide bestandskräftig werden.

a) **Ein Steuerberater muss die für seine berufliche Tätigkeit erforderliche Kenntnis des Steuerrechts besitzen, insbesondere über die mandatsbezogenen erheblichen Gesetzes- und Rechtskenntnisse verfügen** (vgl. BGH, NJW 2004, 3487). **Er ist deshalb verpflichtet, sich durch die zur Verfügung stehenden Fachzeitschriften über den Stand der Gesetzgebung und der Rechtsprechung zu informieren** (vgl. Gräfe/Lenzen/Schmeer, Steuerberaterhaftung 4. Aufl., Rz. 434 ff). Dies bedeutet allerdings nicht, dass von ihm Kenntnis jeglicher steuerrechtlichen Veröffentlichungen verlangt werden kann, vielmehr ist er nur verpflichtet, **innerhalb angemessener Zeit die Entscheidungen des Bundesfinanzhofs zur Kenntnis zu nehmen**, die in den gängigen bedeutsamen Fachzeitschriften veröffentlicht werden, wozu insbesondere das **Bundessteuerblatt** und die Zeitschrift „**Deutsches Steuerrecht**“ gehören.

Weitergehende Pflichten des Steuerberaters bestehen nur dann, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass – bezogen auf den hier vorliegenden Fall – die Vereinbarkeit einer gesetzlichen Regelung mit höherrangigem Recht infrage stehen kann. Dies kann dann angenommen werden, wenn dieses Problem in der üblicherweise verbreiteten Fachliteratur diskutiert wird, entsprechende Vorlagebeschlüsse bereits veröffentlicht sind oder aus sonstigem Grund offensichtliche Anhaltspunkte für die – hier – Europarechtswidrigkeit einer Norm vorliegen (vgl. hierzu BGH, NJW 2009, 1563 für die Frage der Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz).

b) Ausgehend von diesen Grundsätzen scheidet eine Pflichtverletzung der Beklagten im vorliegenden Fall auch unter Berücksichtigung mandatspezifisch erweiterter Pflichten aus.

aa) Die **Umsatzsteuerpflicht von Erlösen aus Geldspielautomaten** außerhalb öffentlicher Spielbanken entsprach bis zum Zeitpunkt der Beendigung des Mandats am 21.8.2002 der nationalen Gesetzeslage, denn nach § 4 Nr. 9 UStG a.F. waren nur Erlöse aus Geldspielautomaten in öffentlichen Spielbanken von der Umsatzsteuer befreit. Ein Steuerberater darf sich grundsätzlich darauf verlassen, dass ein derartiges Steuergesetz nicht nur verfassungsgemäß ist, sondern auch nicht gegen Europarecht verstößt, wenn nicht offensichtliche gegenteilige Anhaltspunkte vorliegen.

Derartige Anhaltspunkte ergaben sich nicht bereits durch die **Entscheidung des EuGH im Jahr 1998** (DStRE 1998, 490), in der die Umsatzsteuerfrage im Verhältnis zwischen erlaubtem und unerlaubtem Glücksspiel entschieden wurde. Zwar hat der EuGH in dieser Entscheidung den Spielraum für eine nationale Regelung für Ausnahmen einer Steuerbefreiung von Glücksspielen mit Geldeinsatz stark eingengt. Danach muss der nationale Gesetzgeber den Grundsatz der steuerlichen Neutralität beachten, was bedeutet, dass er bei der Regelung der Umsatzsteuerpflicht nicht zwischen erlaubtem und unerlaubtem Glücksspiel differenzieren darf.

Vor dem Hintergrund dieser Entscheidung lag zwar die Annahme nicht fern, dass – wie der EuGH dann auch im Jahr 2005 entschieden hat – auch nicht danach differenziert werden darf, ob das Glücksspiel in einer öffentlichen Spielbank oder – zulässigerweise – von einem privaten Unternehmen angeboten wird.

Gleichwohl hat der Gesetzgeber die genannte Entscheidung des EuGH nicht zum Anlass genommen, die gesetzliche Regelung zu ändern. Auch der Bundesfinanzhof hat bei der Differenzierung der Besteuerung von Geldspielautomaten nach § 4 Nr. 9 UStG a.F. keinen evidenten Verstoß gegen die Richtlinie angenommen, sondern die Frage, weil sie aus Sicht des Gerichts zweifelhaft war, dem EuGH zur Entscheidung vorgelegt (BFH, DStRE 2003, 179 = BFHE 200, 149).

Deshalb kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Beklagte pflichtwidrig gehandelt hat, als sie aus der EuGH-Entscheidung des Jahres 1998 nicht den Schluss auf eine mögliche Europarechtswidrigkeit der nationalen Regelung gezogen hat, und ebenso wenig hatte sie Anlass, hierin ein offenes steuerliches Problem zu sehen, dessen künftige Entwicklung einer besonders sorgfältigen Beobachtung bedurfte.

bb) Gleiches gilt im Ergebnis in Bezug auf die fehlende Kenntnis der Beklagten von den **Entscheidungen des BFH vom 30.11.2000 bzw. des FG Münster**. Wenn auch der BFH in der erstgenannten Entscheidung Zweifel an der Europarechtskonformität der Umsatzsteuerpflicht von in privat betriebenen Gaststätten oder Spielhallen aufgestellten Geldspielautomaten geäußert hat und das FG Münster in seiner Entscheidung vom Jahr 2001 (DStRE 2002, 704) zu dem Ergebnis gekommen ist, dass eine entsprechende Umsatzsteuerpflichtigkeit nicht besteht, kann hieraus keine Pflichtverletzung der Beklagten abgeleitet werden.

Nach den dargelegten Grundsätzen ist ein Steuerberater im Normalfall nur verpflichtet, die Entscheidungen des Bundesfinanzhofs zur Kenntnis zu nehmen, soweit diese in den in einer Steuerberaterkanzlei üblicherweise zu erwartenden Zeitschriften veröffentlicht werden (vgl. *Gräfe/Lenzen/Schmeer, a.a.O., Rz. 237*). **Es kann dagegen nicht verlangt werden, dass ein Steuerberater sämtliche steuerrechtlichen Zeitschriften führt und diese auch regelmäßig durcharbeitet, da dies angesichts des Umfangs der steuerrechtlichen Literatur bereits aus praktischen Gründen ausscheidet.**

Dies gilt entgegen der Auffassung des Klägers auch unter Berücksichtigung des Umstands, dass die Beklagte sich mandatsbezogen informieren muss, also im konkreten Fall bezogen auf die Umsatzsteuerfragen. Insoweit ist zu berücksichtigen, dass es sich bei der Erstellung und der Prüfung der Umsatzsteuererklärungen bzw. der Umsatzsteuerbescheide in der Regel um eine eher einfach gelagerte steuerliche Tätigkeit handelt, die nicht stets einer vertieften Überprüfung bedarf. Die nunmehr diskutierten Probleme sind damals gerade nicht allgemein bekannt gewesen und gaben deshalb keinen Anlass, eine über das Übliche hinausgehende Prüfung vorzunehmen.

Die Frage der Vereinbarkeit der Umsatzsteuerpflicht von Geldspielautomaten in Gaststätten oder Spielhallen mit dem Gemeinschaftsrecht **befand sich während der Dauer der Vertragsbeziehung der Parteien nicht offensichtlich in einer Entwicklung**, die das grundsätzlich bestehende Vertrauen in die Vereinbarkeit von Gesetzen mit höherrangigem Recht erschüttern musste, vielmehr handelte es sich ausweislich der dargestellten bisherigen Veröffentlichungen um eine im Steuerrecht noch wenig beachtete Frage. Der Kläger selbst trägt nicht vor, dass die Übertragbarkeit der Grundsätze der ersten Entscheidung des EuGH vom Jahr 1998 auf die vom deutschen Gesetzgeber erfolgte Differenzierung bei Geldspielautomaten in dieser Zeit in der Literatur näher diskutiert worden sei, ebenso wenig behauptet der Kläger, dass die Frage einer Änderung der Vorschrift **Gegenstand der steuerpolitischen Diskussion** gewesen sei. Anhaltspunkte hierfür ergeben sich auch ansonsten nicht.

Wollte man den Steuerberater dazu verpflichten, auch **sämtliche nicht allgemein diskutierten Probleme ohne konkreten Anlass als solche zu erkennen und sich entsprechend zu informieren**, so würde dies bedeuten, dass er verpflichtet wäre, ständig die gesamte steuerrechtliche Literatur zu berücksichtigen. Eine solche weitgehende Pflicht kann nach Auffassung des Senats jedoch nur dann bestehen, wenn ein konkreter Anlass hierfür besteht, was vorliegend nicht der Fall gewesen ist.

Gleiches gilt in Bezug auf die Entscheidung des FG Münster, auch wenn diese in einer der genannten Pflichtzeitschriften veröffentlicht wurde, da es sich hierbei nicht um eine höchstrichterliche Entscheidung handelt. Eine Verpflichtung, die gesamte veröffentlichte Instanzrechtsprechung – u. U. auch das Schrifttum – zur Kenntnis zu nehmen und zur Bearbeitung des konkreten Falles heranzuziehen, besteht ebenfalls grundsätzlich nur im beschriebenen Umfang.

Strengere Anforderungen sind nur dann zu stellen, wenn ein Rechtsgebiet in der Entwicklung begriffen ist und eine Änderung der bisherigen Beurteilung zu erwarten ist (vgl. *BGH, NJW 2001, 675; OLG Köln, WM 2007, 2338*). Ein solcher Fall lag aus den vorgenannten Gründen auch unter Berücksichtigung der erweiterten mandatsbezogenen Pflichten nicht vor.

3. Auch wenn man entgegen der dargelegten Auffassung des Senats davon ausgehen sollte, dass die Beklagte verpflichtet gewesen ist, die Entscheidung des FG Münster zur Kenntnis zu nehmen, begründet dies keine Pflichtverletzung der Beklagten. **Die Pflicht zur Kenntnisnahme neuer Rechtsprechung besteht nur innerhalb angemessener Zeit** (vgl. *BGH, NJW 2009, 1593*). Im vorliegenden Fall lag zwischen der Veröffentlichung dieser Entscheidung am 7.6.2002 und dem Mandatsende am 21.8.2002 nur eine Zeit von 2,5 Monaten. Zwar wird ein Steuerberater regelmäßig verpflichtet sein, höchstrichterliche Entscheidungen **innerhalb von 4–6 Wochen ab Veröffentlichung in einer Zeitschrift**, die zur Standardausstattung einer Steuerberaterkanzlei gehört, zur Kenntnis zu nehmen (z.B. *OLG Düsseldorf, GI 2000, 267*), doch kann dies nach Auffassung des Senats nicht gleichermaßen für Entscheidungen der Finanzgerichte gelten.

Angesichts der häufig unter Termindruck zu erledigenden Arbeiten des Steuerberaters und seiner Verpflichtung, sich daneben über aktuelle Gesetzesänderungen und neue höchstrichterliche Rechtsprechung zu informieren, kann nicht erwartet werden, dass er innerhalb der genannten kurzen Frist auch jegliche sonstigen Beiträge zum Steuerrecht, seien es Fachaufsätze oder aber Entscheidungen der Finanzgerichte, gleichermaßen zügig beachtet. **Der Senat ist der Auffassung, dass insoweit eine Karenzzeit von mindestens 3 Monaten anzusetzen wäre.** Dies bedeutet, dass innerhalb des bestehenden Mandats eine Verpflichtung zur Kenntnisnahme der genannten Entscheidung nicht bestanden hat.

Da somit die Unkenntnis der Beklagten von den genannten Entscheidungen nicht pflichtwidrig ist, kann auch das Unterlassen der ansonsten gebotenen Beratung über mögliche Rechtsbehelfe gegen die ergangenen Umsatzsteuerbescheide nicht pflichtwidrig sein.

4. Die **Vorlageentscheidung des Bundesfinanzhofs vom 6.11.2002** – DStRE 2003, 179 – erging erst nach Beendigung des Mandats und der fehlende Hinweis der Beklagten hierauf begründet daher keine Pflichtverletzung. Zwar können sich aus § 242 BGB auch **nachwirkende Vertragspflichten** zur Aufklärung und Belehrung ergeben (vgl. *zur Rechtsanwaltschaft Siegfried in: Zuehör/Fischer/Siegl/Schlee, Handbuch der Anwaltschaft 2. Aufl., Rz. 193 ff*), doch geht dies nicht so weit, dem Steuerberater die Verpflichtung aufzuerlegen, die Rechtsprechung nach Mandatsende weiter zu verfolgen und den ehemaligen Mandanten über Entwicklungen der Rechtsprechung, die für ihn bedeutsam sind, zu informieren. Dies gilt umso mehr, als die Beklagte davon ausgehen durfte, dass der frühere Mandant anderweitig beraten wird – was im konkreten Fall tatsächlich auch gegeben war – und insoweit nicht einer ergänzenden Beratung bedarf.

5. Darüber hinaus wären etwaige Schadenersatzansprüche hinsichtlich der Umsatzsteuer 1998 auch verjährt. Die **Verjährung** begann nach der Regelung des hier gemäß Art. 229 § 12 EGBGB noch anwendbaren § 68 StBG a.F. spätestens mit dem Ablauf der Frist, an dem eine Änderung der Umsatzsteuer noch hätte beantragt werden können, weil mit dem Fristablauf der Schaden eingetreten ist. Nachdem die Umsatzsteuer für das Jahr 1998 im Jahr 1999 angemeldet wurde, lief die Frist für einen Änderungsantrag nach §§ 168, 169, 170 AO – entsprechend der zutreffenden Auffassung des Klägers – **am 31.12.2003 ab. Damit war ein etwaiger Anspruch des Klägers nach dem 31.12.2006 verjährt.** Eine Sekundärhaftung kommt insoweit nicht Betracht, da das Mandat bereits im Jahr 2002 beendet war. (...) ■

Anwaltshaftung

- Prozesskostenhilfverfahren
- Bedürftiger Mandant
- Hinweispflicht auf Beratungshilfe, § 16 Abs. 1 BORA (OLG Celle, Beschl. v. 17.7.2009 – 3 U 139/09)

Leitsatz:

Eine prozesskostenhilfebedürftige Partei kann dem Gebührenanspruch ihres Rechtsanwalts für sein Tätigwerden vor Einleitung des Prozesskostenhilfeprüfungsverfahrens einen Schadenersatzanspruch entgegenhalten, wenn er sie nicht auf die Möglichkeit, hierfür Beratungshilfe in Anspruch zu nehmen, hingewiesen hat. ■

Zum Sachverhalt:

Die Klägerin hat mit ihrer auf Entlassung aus einer Bürgschaft vom 22.6.1998 gerichteten Klage in der Hauptsache voll obsiegt. Das Landgericht hat mit Urteil vom 26.5.2009 die beklagte X-Bank verurteilt, die Klägerin aus der Bürgschaft zu entlassen. Den Anspruch hat das Landgericht damit begründet, dass die Übernahme der Bürgschaft durch die Klägerin sittenwidrig i.S.d. § 138 Abs. 1 BGB sei, da sie durch die lediglich aus emotionaler Verbundenheit zu ihrem Ehemann übernommene Bürgschaftsverpflichtung, für die Beklagte erkennbar, krass überfordert gewesen sei.

Das Landgericht hat der Klägerin vorprozessuale Rechtsanwaltskosten mit der Begründung nicht zuerkannt, dass sich die Beklagte nicht im Verzug befunden habe, als mit Schreiben vom 23.1.2008 ihres Prozessbevollmächtigten die Sittenwidrigkeit der Bürgschaft erstmals geltend gemacht wurde. Die Klägerin hält – ungeachtet nicht vorliegenden Verzuges – einen Schadenersatzanspruch für gegeben. ■

Aus den Gründen:

Die beabsichtigte Berufung gegen das am 26.5.2009 verkündete Urteil des Landgerichts bietet schon nach dem Vorbringen der Klägerin keine hinreichende Aussicht auf Erfolg, weshalb ihr Prozesskostenhilfe für das Berufungs-

verfahren zu versagen ist (§§ 114 Satz 1, 119 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Der Klägerin steht gegenüber der Beklagten der als Nebenforderung geltend gemachte Schadenersatzanspruch nicht zu, weil ihr ein Schaden in Höhe der geltend gemachten Kosten für die vorprozessuale Tätigkeit ihres Prozessbevollmächtigten nicht entstanden, dieser aber zumindest nicht adäquate Folge der Pflichtverletzung der Beklagten ist.

1. Zwar entsteht grundsätzlich zugleich ein Schadenersatzanspruch nach §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 BGB (c.i.c.), wenn der nach § 138 Abs. 1 BGB zur Nichtigkeit führende Sittenverstoß – wie hier – in einem Verhalten gegenüber dem Geschäftspartner besteht (Palandt/Ellenberger, BGB 68. Aufl. 2009, § 138 Rz. 22). Die Haftung aus einem nach § 138 Abs. 1 BGB sittenwidrigen Vertrag beschränkt sich nämlich nicht auf den Tatbestand des § 826 BGB. Vielmehr besteht der Haftungsgrund in der Verletzung der vorvertraglichen Pflichten zur Rücksichtnahme gegenüber dem anderen Vertragsteil (BGH, Urt. v. 12.11.1986 – VIII ZR 280/85, MDR 1987, 227). Zudem sind, wenn – wie hier – eine Vermögensverletzung den Haftungsgrund bildet, auch diejenigen adäquat verursachten Rechtsverfolgungskosten nach § 249 Abs. 1 BGB zu ersetzen, die aus Sicht des Schadenersatzgläubigers zur Wahrnehmung und Durchführung seiner Rechte erforderlich und zweckmäßig waren (BGH, Urt. v. 23.10.2003 – IX ZR 249/02, BGH-Report 2004, 231 = MDR 2004, 276).

2. Indes ist der Klägerin ein Schaden nicht entstanden, da sie ihrem Rechtsanwalt für seine vorprozessuale Tätigkeit weder Vergütung gezahlt hat, noch eine solche schuldet.

a) Ein Anspruch der Partei auf Schadenersatz in Höhe der Geschäftsgebühr nach §§ 13, 14 Nr. 2300 RVG-VV entsteht erst, wenn sie **den fälligen Vergütungsanspruch ihres Rechtsanwalts ausgeglichen** hat. Bis dahin kann sie nur Freistellung von dieser Verbindlichkeit verlangen. Dass die Klägerin ihren Prozessbevollmächtigten aufgrund einer, von ihm für seine vorprozessuale Tätigkeit gestellten Rechnung bezahlt hat, ist von ihr nicht vorgetragen und in Ansehung ihrer Prozesskostenhilfebedürftigkeit auch eher unwahrscheinlich.

b) Aber auch ein dann denkbarer **Freistellungsanspruch** der Klägerin aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 BGB besteht nicht, weil sie ihrem Rechtsanwalt für dessen vorprozessuales Tätigwerden Gebühren nicht schuldet. Es besteht deshalb keine Verbindlichkeit, von der sie Freistellung verlangen könnte.

aa) Es ist anerkannt, dass einer i.S.v. §§ 114, 115 ZPO bedürftigen Partei für das Prozesskostenhilfebewilligungsverfahren keine Prozesskostenhilfe gewährt, insbesondere kein Rechtsanwalt beigeordnet wird (BGH, Beschl. v. 30.5.1984 – VIII ZR 298/83, MDR 1984, 931 m. Anm. Waldner = FamRZ 1984, 997 = FamRZ 1985, 690). Ein Kostennachteil entsteht der prozesskostenarmen Partei hierdurch nicht, da das Prozesskostenhilfeprüfungsverfahren gerichtsgebührenfrei ist und dem Gegner außergerichtliche Kosten nicht erstattet werden (§ 1 GKG, § 118 Abs. 1 Satz 4 ZPO). **Sobald die Bewilligung der Prozesskostenhilfe**

bewirkt ist, schützt § 122 Abs. 1 Nr. 3 ZPO die bedürftige Partei vor einer Inanspruchnahme durch ihren beigeordneten Rechtsanwalt für alle nach der Beiordnung verwirklichten gebührenausschüttenden Tatbestände (vgl. Zöller/Philippi, ZPO 26. Aufl. 2007, § 122 Rz. 11).

bb) Soll dagegen ein Rechtsanwalt, dem Prozesskostenhilfepflichtverfahren vorgelagert, außergerichtlich tätig werden, wahrt der Anspruch auf Rechtsberatung der prozesskostenhilffähigen Partei nach dem Beratungshilfegesetz ihre Chancengleichheit im Vergleich zu finanziell gut gestellten Rechtssuchenden (BGH, a.a.O., Rz. 7).

Danach kommt hier ein Anspruch des Rechtsanwalts auf die Regelgebühren nach dem RVG gegen die Klägerin nicht in Betracht.

(1) Sollte nämlich die Klägerin, als sie ihren späteren Prozessbevollmächtigten aufgesucht hat, erklärt haben, dass in ihrer Person die Voraussetzungen für die Gewährung von Beratungshilfe gegeben sind, wäre ihr Begehren dahingehend auszulegen gewesen, dass sie Beratung und Vertretung nur unter der Voraussetzung der Beratungshilfe wünschte. Der Prozessbevollmächtigte hätte sie dann zur Vorlage des Berechtigungsscheins aufzufordern gehabt, um gegen die Staatskasse seinen Vergütungsanspruch für seine Tätigkeit nach § 44 Nr. 2500 ff RVG-VV geltend zu machen. Ein Anspruch des Rechtsanwalts auf die Regelgebühren gegenüber dem Rechtssuchenden entsteht in diesem Fall dagegen nicht (vgl. Madert in: Gerold/Schmidt/v. Eicken/Madert/Müller-Rabe, Rechtsanwaltsvergütungsgesetz 17. Aufl. 2006, § 44 Rz. 3).

(2) Hat die Klägerin dagegen – was wahrscheinlich ist – ihren späteren Prozessbevollmächtigten um Rat oder Vertretung ohne Vorlage eines Berechtigungsscheins und ohne Hinweis auf das Vorliegen der Voraussetzungen für die Gewährung von Beratungshilfe beauftragt, hätte dieser im Lauf der Beratung ohne Weiteres erkennen können, dass bei der Klägerin die Voraussetzungen der Beratungshilfe gegeben sind. Er war dann verpflichtet, sie auf die Möglichkeit der Beratungshilfe aufmerksam zu machen (vgl. Madert, a.a.O., Rz. 4).

Hat der Prozessbevollmächtigte der Klägerin diese Aufklärung unterlassen, ist darin eine Pflichtverletzung des Anwaltsvertrages gemäß § 280 Abs. 1 BGB zu sehen, aus der der Klägerin ein Schadenersatzanspruch in einer seinem Gebührenanspruch entsprechenden Höhe erwachsen ist, den sie dem Gebührenanspruch ihres Prozessbevollmächtigten entgegenhalten kann.

Die Verpflichtung, bei begründetem Anlass auf die Möglichkeit von Beratungs- und Prozesskostenhilfe hinzuweisen, ergibt sich aus § 16 Abs. 1 BORA. Infolge eines Verstoßes des Rechtsanwalts gegen diese Pflicht, steht dem Mandanten ein Anspruch auf Schadenersatz wegen anwaltlicher Pflichtverletzung gemäß § 280 Abs. 1 BGB zu, mit dem er gegen den Gebührenanspruch seines Rechtsanwalts aufrechnen kann (vgl. Sieg in: Zuehör/Fischer/Sieg/Schlee, Handbuch der Anwaltschaft 2. Aufl. 2006, Rz. 651, 653).

3. Sollte sich die Klägerin dagegen – ungeachtet der Aufklärung ihres Prozessbevollmächtigten über die Möglichkeit, Beratungshilfe in Anspruch zu nehmen, zur Zahlung der Regelgebühren nach §§ 13, 14 Nr. 2300 RVG-VV für dessen vorprozessuale Tätigkeit bereit erklärt haben, stellt ihre daraus resultierende Verpflichtung jedenfalls keinen adäquat kausalen Schaden i.S.d. § 249 Abs. 1 BGB dar, mit der Folge, dass sie diesen von der Beklagten nicht ersetzt verlangen kann. Denn diese Kosten stellen keinen auf dem Schadenersatzanspruch beruhenden Schaden dar, weil der Schadenersatzanspruch nach §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 i.V.m. § 249 Abs. 1 BGB nur die erforderlichen Rechtsanwaltskosten umfasst.

Erforderlich war indessen die Aufwendung von Kosten für die außerprozessuale Tätigkeit des Klägervertreters gerade nicht, weil dieser bei richtiger Sachbehandlung seinen Gebührenanspruch nach § 44 Nr. 2500 RVG-VV gegenüber der Staatskasse hätte abrechnen müssen. ■

Anwaltsvertrag

- Priorität im Markenrecht
 - Beschaffung notwendiger Informationen
 - Honorarforderungen
 - Leistungsbestimmung bei Zahlung
- (OLG Düsseldorf, Urt. v. 26.2.2009 – I-24 U 101/08)

Leitsätze:

1. Trifft der Mandant bei der Bezahlung einer von mehreren Kostenrechnungen eine Leistungsbestimmung, so ist diese für den Rechtsanwalt bindend, wenn er die Zahlung annimmt.
2. Die Beschaffung der notwendigen Informationen tatsächlicher Art stellt grundsätzlich eine vertragliche Nebenpflicht des Mandanten dar, zu deren Erfüllung ihn der Rechtsanwalt allerdings anzuhalten hat. ■

Aus den Gründen:

I. Die Kläger machen eine Forderung aus einem mit den Beklagten geschlossenen Anwaltsdienstvertrag geltend. Das Mandat war den Klägern gemeinsam mit Rechtsanwalt R. als Gesellschafter der Anwaltssozietät R. & Kollegen i.L. erteilt worden (im Folgenden: Anwaltssozietät).

Im Jahr 2001 beabsichtigten die Beklagten als Gesellschafter der „P. Hotel H., K. GbR“ das Hotel P. in Mönchengladbach zu erwerben. In diesem Zusammenhang beauftragten sie die Anwaltssozietät.

Da die Sparkasse H. als Eigentümerin des Hotels eine zunächst erteilte Kaufzusage zurückgezogen hatte, war Ziel der Beratung der Abschluss eines Kaufvertrages oder die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen. Die Anwaltssozietät wurde in der Folgezeit tätig.

Mit Schreiben vom 22.11.2001 bot die Anwaltssozietät den Beklagten den Abschluss einer Pauschalhonorarvereinbarung über 10.000 DM an. Dieses Angebot nahmen die Beklagten nicht an. Unter dem 21.12.2001 übersandte die Anwaltssozietät eine Kostennote, die ein Pauschalhonorar von 3.480 DM brutto = 1.779,30 EUR „für Vertragsprüfung P.“ (Rechnungs-Nr. 2002002182) auswies. Diese Rechnung wurde von den Beklagten am 18.2.2002 bezahlt, und zwar in Höhe von 1.779 EUR.

Unter dem 13.12.2002 berechnete die Anwaltssozietät ihre Tätigkeit in der Sache „P. Hotel H., K. GbR ./ Sparkasse H.“ unter Heranziehung der gesetzlichen Gebühren mit 13.322,11 EUR.

In erster Instanz haben die Kläger zu ihrer Prozessführungsbefugnis aufgrund eines Beschlusses der Anwaltssozietät zur Geltendmachung der Forderung vorgetragen. Sie haben weiter behauptet, die Rechnung vom 22.12.2001 betreffe nicht die streitgegenständliche Beratung, sondern sei eine Vorschussrechnung auf diverse im Rahmen des Hotelbetriebs angefallene Vertragsprüfungen gewesen.

(Anträge ...)

Die Beklagten haben behauptet, am 5.7.2001 sei eine Honorarvereinbarung über ein Pauschalhonorar in Höhe von 3.000 EUR getroffen worden, die der Rechnung vom 21.12.2001 zugrunde liege. Zudem haben sie die Höhe der berechneten Gebühren gerügt.

Weiterhin haben die Beklagten die Aufrechnung mit einer hilfsweise geltend gemachten Schadenersatzforderung wegen fehlerhafter Beratung in einem Markenrechtsstreit in Höhe von 3.788 EUR geltend gemacht. Sie seien nicht hinreichend über die „Priorität“ im Markenrecht belehrt worden und hätten aus diesem Grund einen Prozess vor dem Landgericht München (9 HK 18357/02) verloren, der einen Kostenschaden in dieser Höhe verursacht habe.

Das Landgericht hat der Klage nach der Beiziehung der Akte des Landgerichts München, der Vernehmung von Zeugen und der Einholung eines Gebührengutachtens in Höhe von 6.209,03 EUR stattgegeben, den weitergehenden Anspruch jedoch abgewiesen.

Zu Einzelheiten der Begründung wird auf das angefochtene Urteil Bezug genommen, gegen welches die Beklagten form- und fristgerecht Berufung eingelegt haben.

Sie beschränken ihre Berufung insoweit, als sie zur Zahlung von mehr als 641,73 EUR verurteilt worden sind. Sie meinen, das Landgericht habe rechtsirrig die erfolgte Zahlung in Höhe von 1.779,30 EUR (richtig: 1.779,00) nicht auf die Klageforderung angerechnet. Diese Zahlung habe die streitgegenständliche Honorarschuld betroffen und sei von den Beklagten auch auf diese geleistet worden. Dies führen sie im Einzelnen aus. Weiterhin rügen sie die unterlassene Berücksichtigung ihrer hilfsweise zur Aufrechnung gestellten Schadenersatzforderung und tragen hierzu vor.

(Anträge ...)

Die Kläger behaupten, die Zahlung der Beklagten habe eine andere Angelegenheit betroffen und tragen hierzu vor. Der hilfsweise zur Aufrechnung gestellte Schadenersatzanspruch bestehe nicht, da die Beklagten hinreichend aufgeklärt worden seien. (...)

II. Die zulässige Berufung der Beklagten hat Erfolg, soweit sie sich dagegen wenden, dass ihre Zahlung in Höhe von 1.779 EUR keine Anrechnung auf die Klageforderung gefunden hat. Hinsichtlich des zur Aufrechnung gestellten Schadenersatzanspruchs ist die Berufung indes unbegründet.

1. Die von den Beklagten geleistete Zahlung über 1.779 EUR ist auf den streitgegenständlichen Honoraranspruch für die Beratung der Beklagten im Zusammenhang mit dem Erwerb des P.-Hotels in Mönchengladbach, den das Landgericht in der nicht angegriffenen Höhe von 6.209,03 EUR ermittelt hat, anzurechnen.

Die Beklagten haben **eine bindende Leistungsbestimmung vorgenommen, indem sie auf die Rechnung der Anwaltssozietät vom 21.12.2001 betreffend die Angelegenheit „P. Hotel H., K. GbR wg. Vertragsprüfung“, die auch den Überweisungsbetrag von 3.000 DM = 1.779,30 EUR als zur Zahlung offenstehend ausweist, gezahlt haben.** Der Überweisungs-träger der Stadtparkasse M. vom 15.2.2002 über 1.779 EUR weist als Verwendungszweck die Nr. 2002002182 auf. Diese Rechnungsnummer findet sich auf der Rechnung der Anwaltssozietät. Die Beklagten haben mit der Angabe der Rechnungsnummer von ihrem **Bestimmungsrecht nach § 366 Abs. 1 BGB** Gebrauch gemacht (vgl. hierzu Palandt/Grüneberg, BGB 68. Auflage, § 366 Rdnr. 6 ff). Somit ist die Zahlung diesem Vorgang zuzuordnen, wovon auch das Landgericht ausgegangen ist.

Mit dieser Zahlung haben die Beklagten die streitgegenständliche Honorarforderung erfüllt (§ 362 BGB). Soweit die Kläger behaupten, die Zahlung sei auf eine andere Angelegenheit zu verrechnen, weil beim Erwerb des P.-Hotels mehrere Vertragsprüfungen erfolgt seien und die Rechnung vom 21.12.2001 eine andere Vertragsprüfung betroffen habe, ist dieses nicht substantiiert. Sie vermochten die Existenz einer weiteren Forderung aus einem anderen Beratungsmandat nicht darzulegen. **Da die Kläger die Zahlung auf eine andere Forderung anrechnen wollen, haben sie deren Entstehung darzulegen und zu beweisen** (vgl. Palandt/Grüneberg, a.a.O., § 366 Rdnr. 12), insbesondere auch eine entsprechende Kostenberechnung vorzulegen.

Ihr Vorbringen, es seien „zahlreiche rechtliche Beratungen“ durchgeführt worden, lässt nicht erkennen, welchen konkreten, einer anderen als der vorliegenden Angelegenheit zuzuordnenden Lebenssachverhalt dies betroffen haben soll. Sofern sie auf ihre Liste „Offene Posten nach Rechnungsdatum“ verweisen, hilft auch dies nicht weiter. Abgesehen davon, dass dort nur einmal „P. Hotel H., K. GbR ./ Sparkasse H. (Nr. 11656-01 vom 13.12.2002 über 13.322,11 EUR, der ursprünglichen Klageforderung) genannt wird,

weshalb schon deshalb kein Rückschluss auf weitere, gegen die Sparkasse H. gerichtete Mandate möglich ist, handelt es sich zudem um eine interne Liste im Rahmen der Auseinandersetzung der Anwaltssozietät. Diese ist schon mangels ausführlicherer Angaben zur Darlegung eines weiteren Mandatsverhältnisses der Parteien nicht geeignet. In der „Offenen-Posten-Liste“ ist mit Rechnung vom 21.12.2001 eine Forderung gegen den Mandanten „A. Hotelbetriebsges. mbH“ aufgeführt, die indes mit den von den Beklagten betriebenen GbR nicht identisch ist. Auch den Ausführungen der Kläger zur **kanzleiinternen Zuordnung verschiedener Mandate und Angelegenheiten** vermag nichts entnommen werden, was der erforderlichen Substantiierung dienen könnte. Einer Vernehmung der benannten Zeugin S. bedarf es deshalb nicht.

2. Das Landgericht hat zutreffend den vom Beklagten zu 1) in erster Instanz noch hilfsweise und nunmehr unbedingt zur Aufrechnung gestellten Schadenersatzanspruch wegen einer angeblichen, schuldhaften Pflichtverletzung der Anwaltssozietät aus einem Anwaltsdienstvertrag im Zusammenhang mit der Beratung und Vertretung des Beklagten zu 1) als Inhaber der Marke „Am.“ abgewiesen. Die vom Beklagten zu 1) behaupteten Pflichtverletzungen der mangelhaften Informationsbeschaffung und unzureichenden Aufklärung über die Bedeutung der Priorität im Markenrecht, vermögen nicht festgestellt zu werden; denn insoweit ist er beweisfällig geblieben.

a) Soweit der Beklagte zu 1) vorträgt, er sei über die **Bedeutung der Priorität im Markenrecht** nicht belehrt worden und daraus eine Pflichtverletzung der Kläger herleitet, hat er diese Behauptung nicht hinreichend unter Beweis gestellt. Er ist insoweit jedoch darlegungs- und beweispflichtig.

aa) Grundsätzlich ist ein Rechtsanwalt zu einer allgemeinen, umfassenden und **möglichst erschöpfenden Belehrung verpflichtet, soweit sein Auftraggeber nicht unzweideutig zu erkennen gibt, dass er des Rates nur in einer bestimmten Richtung bedarf** (BGHZ 89, 178, 182; BGH, NJW 1985, 264, 265; NJW 2001, 517; 202, 292; Zugehör/Fischer/Sieg/Schlee, *Handbuch der Anwaltshaftung* 2. Aufl., Rdnr. 560 m.w.N.). Der Mandant, der einen Schadenersatzanspruch geltend macht, ist nach allgemeinen Grundsätzen darlegungs- und beweisbelastet dafür, dass der Rechtsanwalt durch fehlerhafte oder unterlassene Beratung seine Pflichten verletzt hat (BGH, NJW 1985, 264; 1999, 2437; Zugehör/Fischer/Sieg/Schlee, a.a.O., Rdnr. 952 m.w.N.).

Besteht der behauptete Fehler des Rechtsanwalts in einer **Unterlassung**, wird dem Mandanten ebenfalls die Beweislast aufgebürdet, obwohl es insoweit um eine negative Tatsache geht (BGHZ 126, 217, 225; NJW 1991, 2280, 2281; 1998, 136, 137; Zugehör/Fischer/Sieg/Schlee, a.a.O., Rdnr. 957). Damit der Mandant nicht vor unerfüllbare Beweisanforderungen gestellt wird, kann das Bestreiten des Rechtsanwalts nur dann als erheblich gelten, wenn er konkret darlegt, wie die Beratung ausgesehen hat, die er erbracht haben will. Er muss den **Gang der Besprechung** schildern, insbesondere **konkrete Angaben** dazu machen, **welche Belehrungen und**

Ratschläge er erteilt und wie der Mandant darauf reagiert hat. Ist dies geschehen, muss der Mandant die von seinem früheren Berater gegebene Schilderung widerlegen (BGHZ 126, 217, 225; BGH, NJW 1996, 2571, 2572; Zugehör/Fischer/Sieg/Schlee, a.a.O., Rdnr. 958 m.w.N.).

Diesen Anforderungen genügt das Vorbringen der Kläger. Sie haben im Einzelnen vorgetragen, wann und mit wem sowie zu welchem Zeitpunkt der Kläger zu 2) darauf hingewiesen hat, dass die Eintragung einer Marke nicht den Vorrang allein sichert, sondern dass gegebenenfalls auch ältere, nicht eingetragene Rechte Vorrang vor der eingetragenen Marke genießen können. Des Weiteren tragen die Kläger vor, auf die Notwendigkeit weiterer Recherchen hinsichtlich der Benutzung der Marke und das mit der Rechtsverfolgung verbundene Kostenrisiko hingewiesen zu haben. Der Beklagte zu 1) soll auf diese Hinweise am 22.5.2002 mitgeteilt haben, dass bei der Eintragung der Marke eine ausreichende Recherche durch den seinerzeit beauftragten Patentanwalt K. erfolgt sei.

Das Landgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass dem Vorbringen der Kläger entnommen werden kann, dass sie ihrer Belehrungspflicht nachgekommen sind. Es obliegt dem Beklagten zu 1), diese Schilderung zu widerlegen (vgl. Zugehör/Fischer/Sieg/Schlee, a.a.O., Rdnr. 958 a.E.).

Soweit die Kläger eine Aktennotiz vom 27.5.2002 über das am 22.5.2007 erfolgte Gespräch vorlegen, deren Richtigkeit der Beklagte zu 1) bestreitet, rechtfertigt dies keine abweichende Beurteilung. Mit der Vorlage der Aktennotiz wollten die Kläger ihr Vorbringen substantiieren. Bei Beurteilung der Erfüllung der Darlegungslast kommt es zunächst auf die Richtigkeit der Behauptungen nicht an, weil diese erst im Rahmen einer Beweisaufnahme aufzuklären wäre. Eine solche Beweisaufnahme konnte indes nicht erfolgen, weil der Beklagte zu 1). keinen einer Beweisaufnahme zugänglichen Beweis angeboten hat. **Die Voraussetzungen für eine Vernehmung des Beklagten zu 1) als Partei liegen nicht vor, da die Kläger seiner Vernehmung widersprochen haben** (§ 447 ZPO) und das Vorbringen des Beklagten zu 1) bislang auch nicht „anbewiesen“ worden ist (§ 448 ZPO; vgl. hierzu Zöller/Greger, ZPO 27. Aufl., § 448 Rdnr. 4).

b) Soweit der Beklagte zu 1) meint, die Kläger hätten selbst recherchieren müssen, ob die Voraussetzungen für eine erfolgreiche Abmahnung vorliegen, ist dies rechtsirrig. **Die Beschaffung der notwendigen Informationen tatsächlicher Art stellt grundsätzlich eine vertragliche Nebenpflicht des Mandanten dar.** Denn nur bei vollständiger Information kann der Rechtsanwalt vertragsgerecht die Interessen des Mandanten wahrnehmen. Die Informationspflicht des Auftraggebers und die Grundpflicht des Rechtsanwalts zur Klärung des maßgeblichen Sachverhalts stehen zwar in Wechselwirkung (BGH, NJW 1982, 437; Zugehör/Fischer/Sieg/Schlee, a.a.O., Rdnr. 928 m.w.N.). Jedoch darf der Rechtsanwalt grundsätzlich auf die Richtigkeit und Vollständigkeit tatsächlicher Angaben seines Auftraggebers ohne eigene Nachforschungen vertrauen (vgl. Zugehör/Fischer/Sieg/Schlee, a.a.O., Rdnr. 513 ff).

Die Überprüfung, ob die Marke von Dritten genutzt wird und seit welchem Zeitraum, stellt eine Tätigkeit dar, die erst die den für die juristische Beurteilung des Falles schafft. Sie muss nicht zwangsläufig von einem Juristen durchgeführt werden, auch der Beklagte zu 1) hätte selbst oder durch Hilfspersonen entsprechende Recherchen, beispielsweise mithilfe des Internet, durchführen können. Zudem hat der Beklagte zu 1) nach dem Vorbringen der Kläger auf deren entsprechende Anfrage mitgeteilt, dass bereits mit der Eintragung der Marke durch den Patentanwalt K. entsprechende Recherchen durchgeführt worden seien. Darauf durften sich die Kläger verlassen. Soweit der Beklagte zu 1) diese Äußerung bestreitet, führt dies zu keiner anderen Beurteilung der Darlegungs- und Beweislast. Hier kann auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen werden. Zudem spricht für das Vorbringen der Kläger, dass in dem Verfahren 9 HK 183572/02 vor dem Landgericht München I dem Patentanwalt K. mit Schriftsatz vom 22.11.2002 der Streit verkündet wurde.

Dass diese Streitverkündung mit seinem Wissen und Willen erfolgte, stellt der Beklagte zu 1) nicht in Abrede. Die Streitverkündung ergäbe aber keinen Sinn, wenn der Patentanwalt nicht in möglicherweise schadenbegründender Weise für den Beklagten zu 1) tätig geworden wäre.

c) Darüber hinaus hat der Beklagte zu 1) den Kostenschaden, jedenfalls in der geltend gemachten Höhe, nicht schlüssig dargelegt. Die Kläger haben unstreitig vorgetragen, Ende des Jahres 2002 das Mandat wegen der vielen offenstehenden Honorarforderungen gegen die Beklagten bzw. die von ihnen betriebene A. GmbH niedergelegt zu haben. Auf die Zerrüttung des Vertrauensverhältnisses zwischen den Parteien deutet auch das Schreiben des Beklagten zu 1) vom 6.12.2002 hin, in welchem er dem Kläger zu 2) „arglistige Behauptungen, unqualifizierte Vorgehensweise und unhaltbare Vorwürfe“ vorwirft. Der Beklagte hätte sich deshalb **nach der Mandatsniederlegung um eine anderweitige anwaltliche Vertretung vor dem Landgericht München I bemühen müssen. Dann wäre jedenfalls das Versäumnisurteil vom 8.4.2003 nicht erlassen worden** und möglicherweise das Verfahren auch anders ausgegangen. (...) ■

Zurückbehaltungsrecht des StB

- Herausgabepflicht von Buchführungsunterlagen
 - Einstweilige Verfügung des Mandanten
 - Keine Sicherheitsleistung
 - Anspruch auf Einsicht
- (OLG Köln, Beschl. v. 5.1.2009 – 8 W 127/08)

Leitsatz:

Eine Herausgabe von Buchführungsunterlagen im Wege der einstweiligen Verfügung scheidet aus, wenn der Antragsteller beim Steuerberater Einsicht in die Unterlagen nehmen und Kopien für seine Zwecke fertigen kann. ■

Aus den Gründen:

I. Die Antragsgegnerin hat für die Antragstellerin bis zur Kündigung des Mandats Steuerberaterleistungen erbracht hat. Die Antragstellerin verlangt im Verfahren 15 O 369/08 – LG Bonn – von der Antragsgegnerin Buchhaltungsbelege aus dem Jahr 2008 heraus, die sie dieser zuvor im Rahmen des Mandatsverhältnisses überlassen hatte und deren Herausgabe die Antragsgegnerin nunmehr bis zur Bezahlung mehrerer Gebührenrechnungen verweigert.

Im vorliegenden Verfahren begehrt die Antragstellerin den Erlass einer einstweiligen Verfügung, mit welcher die Antragsgegnerin in erster Linie zur Herausgabe der Unterlagen, hilfsweise zur Überlassung von Kopien verpflichtet werden soll. Sie – die Antragstellerin – benötige die Unterlagen dringend für die Fertigung von Abrechnungen für das II. und III. Quartal 2008. Das Landgericht hat den Antrag mit Beschluss vom 12.11.2008, auf den wegen der weiteren Einzelheiten des zugrunde liegenden Sachverhalts Bezug genommen wird, zurückgewiesen. Der hiergegen gerichteten sofortigen Beschwerde vom 24.11.2008 hat die Kammer mit Beschluss vom 22.12.2008 nicht abgeholfen.

II. Die gemäß § 567 Abs. 1 Nr. 2 ZPO statthafte und auch im Übrigen in zulässiger Weise eingelegte sofortige Beschwerde hat in der Sache selbst keinen Erfolg. Das Landgericht hat den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung vom 7.11.2008 zu Recht zurückgewiesen.

1. Die sachliche Berechtigung des Hauptantrags auf Herausgabe der streitgegenständlichen Buchführungsunterlagen hängt in erster Linie davon ab, ob der Antragstellerin – die offenbar bisher darauf verzichtet hat, den Rechenfehler, den sie der Antragsgegnerin vorwirft, durch einfache Nachforderung bei ihren Praxispartnern zu korrigieren – ein aufrechenbarer Gegenanspruch zusteht, mit dessen Hilfe sie die Gebührenforderungen der Antragsgegnerin und das damit verbundene Zurückbehaltungsrecht aus § 66 Abs. 4 StBerG zum Erlöschen bringen konnte (§§ 387, 389 BGB).

Die Frage, ob ein solcher Verfügungsanspruch trotz der vom Landgericht im angefochtenen Beschluss und in der Nichtabhilfeentscheidung vom 22.12.2008 ausführlich dargelegten Bedenken hinreichend dargelegt und glaubhaft gemacht worden ist, kann indes offenbleiben, weil es aus den im Nichtabhilfebeschluss zutreffend ausführten Gründen zumindest an einem Verfügungsgrund fehlt:

Die von der Antragstellerin mit dem Hauptantrag begehrte Verurteilung der Antragsgegnerin zur Herausgabe von Buchführungsunterlagen würde – sei es im Fall einer unbedingten Verurteilung, sei es im Fall einer Verurteilung Zug um Zug gegen Bezahlung der streitigen Gebührenrechnungen – die Hauptsache, über die die Parteien im Verfahren 15 O 369/08 – LG Bonn streiten, vorwegnehmen. Eine solche Vorwegnahme der Hauptsache im einstweiligen Rechtsschutz durch sogenannte Leistungsverfügung ist zwar nicht von vornherein ausgeschlossen, sie ist aber angesichts des grundsätzlich auf Sicherung und vorläufige Regelung abzielenden Charakters der einstweiligen Verfügung nur

unter strengen Voraussetzungen möglich. Voraussetzung ist, dass der Gläubiger darlegt und glaubhaft macht, dass er auf die sofortige Erfüllung des geltend gemachten Anspruchs dringend angewiesen ist (vgl. *Zöller/Vollkommer, ZPO 27. Aufl., § 940 Rdnr. 6 m.w.N.*). Hiervon vermag der Senat aber ebenso wie das Landgericht nicht auszugehen.

In Bezug auf Fälle der vorliegenden Art, in denen ein Steuerberater die Herausgabe von Buchführungsunterlagen gemäß § 66 Abs. 4 StBerG von der Befriedigung offener Gebührenforderungen abhängig macht, wird schon die Auffassung vertreten, dass der Erlass einer die Hauptsache vorwegnehmenden einstweiligen Verfügung nur dann in Betracht kommt, wenn trotz Sicherheitsleistung nach § 273 Abs. 3 BGB eine Herausgabe durch den Steuerberater nicht zu erwarten ist (vgl. etwa *LG Heidelberg, MDR 1998, 188*). Auf dieser Grundlage käme der Erlass einer einstweiligen Verfügung bereits deshalb nicht infrage, weil die Antragsgegnerin deutlich gemacht hat, im Falle einer Sicherheitsleistung durch Bankbürgschaft, deren Gestellung allerdings an der finanziellen Situation der Antragstellerin scheitert, die streitgegenständlichen Unterlagen herauszugeben.

Unabhängig davon hat die Antragstellerin aber unbestritten die Möglichkeit, Einsicht in die bei der Antragsgegnerin befindlichen Unterlagen zu nehmen und Kopien der Unterlagen zu fertigen, die für ihre (Abrechnungs-)Zwecke hinreichend wären. Auch wenn diese Vorgehensweise der Antragstellerin umständlich erscheinen mag und mit gewissen Mühen verbunden ist, hat sie auf diese Weise die Möglichkeit, die Abrechnungen, auf die sie nach eigenem Vorbringen existenziell angewiesen ist, fertigen zu lassen, ohne dass es einer Vorwegnahme der Hauptsache im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes bedarf.

Es geht insoweit entgegen der Einschätzung der Antragstellerin nicht darum, welche Vorgehensweise die zeitsparendste und effektivste ist, sondern allein darum, ob sie auf die begehrte Herausgabe angewiesen ist oder ob ihr eine andere Möglichkeit zur Verfügung steht, die beabsichtigten Abrechnungen fertigen zu lassen. Dies gilt umso mehr, als die Antragstellerin nach eigenem Bekunden nicht in der Lage ist, eine Bankbürgschaft über den vergleichsweise geringen Betrag von 4.800 EUR aufzubringen und die Antragsgegnerin deshalb befürchten muss, sich nach Herausgabe der Unterlagen erfolglos um die Durchsetzung etwa berechtigter Honorarforderungen bemühen zu müssen.

2. Bezüglich des Hilfsantrags, mit dem die Antragstellerin die Überlassung von Kopien der streitgegenständlichen Unterlagen begehrt, kommt der Erlass einer einstweiligen Verfügung schon deshalb nicht in Betracht, weil aus den vom Landgericht dargelegten Gründen keine rechtliche Verpflichtung der Antragsgegnerin hierzu besteht.

Im Übrigen gelten die vorstehenden Erwägungen, aufgrund derer es jedenfalls an einem Verfügungsgrund fehlt, auch in diesem Zusammenhang. (...) ■

Steuerberaterhaftung

- Fehlerhafte Steuererklärung
- Einsichtnahme in Belege
- Überhöhter Abzug von Schuldzinsen
- Schaden
- Nachzahlungszinsen
- Korrekturkosten

(*OLG Düsseldorf; Urt. v. 25.11.2008 – I-23 U 64/08*)

Leitsätze (d. Red.):

1. Der Steuerberater ist verpflichtet, den von ihm zu beurteilenden Sachverhalt durch Einsichtnahme in Belege und/oder Rückfrage beim Mandanten aufzuklären.
2. Wurden nicht abzugsfähige Schuldzinsen als Werbungskosten geltend gemacht, entsteht ein Schaden in Höhe der Nachzahlungszinsen gemäß § 233a AO sowie der Korrekturkosten des neuen Steuerberaters.
3. Der Zinsschaden ist um die Vorteile zu mindern, die der Geschädigte infolge verspäteter Steuerzahlung erlangt hat.
4. Ersatz vorgerichtlicher Anwaltskosten für das den Verzug begründende Mahnschreiben ist nicht erstattungsfähig. ■

Aus den Gründen:

Die zulässige Berufung des Klägers hat überwiegend Erfolg.

Im Umfang der Abänderung des angefochtenen Urteils beruht die Entscheidung des Landgerichts auf einer Rechtsverletzung (§ 546 ZPO); die gemäß § 529 ZPO zugrunde zu legenden Tatsachen rechtfertigen eine andere Beurteilung.

Der Beklagte schuldet dem Kläger gemäß § 280 BGB Ersatz der geltend gemachten ihm gemäß § 233a AO für die Veranlagungsjahre 1999 und 2000 auferlegten Nachzahlungszinsen (6 % p.a.) abzüglich eines geschätzten Vorteils von 2 % p.a., also in Höhe von $(2.060 \times 4/6 =) 1.373,33$ EUR, weiterhin Ersatz der Kosten des Steuerberaters M., die ihm im Zusammenhang mit der Korrektur der Einkommensteuererklärungen für 1999 und 2000 angefallen sind, in geschätzter Höhe von 929,69 EUR und schließlich gemäß § 288 Abs. 1 BGB Verzugszinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz. Die weitergehende Klage ist unbegründet. Das gilt auch für den Anspruch auf Ersatz vorgerichtlicher Anwaltskosten von 313,86 EUR, die nach einem Streitwert von 6.594,49 EUR berechnet sind.

1. Das Landgericht ist rechtsfehlerhaft davon ausgegangen, dass der Beklagte Pflichten aus dem Steuerberatervertrag mit dem Kläger nicht verletzt hat. Der Beklagte hat bei der Erstellung der Einkommensteuererklärungen des Klägers für die Veranlagungsjahre 1999 und 2000 sehr wohl Fehler begangen. Er hat den Sachverhalt hinsichtlich der absetz-

baren Schuldzinsen des Klägers im Zusammenhang mit der Finanzierung einer Eigentumswohnung nicht ordnungsgemäß aufgeklärt, Schuldzinsen als Werbungskosten aufgrund einer nicht aussagekräftigen Urkunde deklariert, statt insofern auf die einheitliche und gesonderte Feststellung der Einkünfte der Erwerbergemeinschaft aus Vermietung und Verpachtung hinzuweisen, Fehler in Steuerbescheiden nicht aufgedeckt und es schließlich unterlassen, unverzüglich die Berichtigung dieser Fehler gemäß § 153 AO zu veranlassen.

a) **Ein Steuerberater ist verpflichtet, den von ihm zu beurteilenden Sachverhalt durch Einsichtnahme in Belege und/oder Rückfrage beim Mandanten aufzuklären und ggf. den Mandanten darüber zu unterrichten, dass er zur sachgerechten Erledigung seines Auftrags weitere Unterlagen und/oder Auskünfte benötigt.** Von dieser Verpflichtung ist er auch dann nicht befreit, wenn der Mandant bei gehöriger Sorgfalt von sich aus hätte erkennen können, welche (weiteren) Unterlagen der Steuerberater benötigen könne (*Senat, Urt. v. 20.12.2001 – 23 U 49/01, ZIP 2002, 616 f; Zugehör, Schwerpunkte der zivilrechtlichen Haftung des Steuerberaters, DStR 2007, 673 f, 676 m.w.N.*).

b) Die unter a) aufgeführten Pflichten hat der Beklagte nicht ordnungsgemäß erfüllt.

Er hat der als Anlage der Klageerwidderung beigelegten Urkunde der G-B fehlerhaft entnommen, dass der Kläger im Jahr 1999 im Zusammenhang mit der Finanzierung der von ihm erworbenen Eigentumswohnung mit **Schuldzinsen** von 8.431,16 DM belastet wurde, und hat diesen Betrag im Veranlagungsjahr 1999 **fehlerhaft als Werbungskosten** deklariert. Bei genauerem Studium der Urkunde der G-B hätte ihm auffallen müssen, dass es sich hierbei nur um einen Vordruck für einen Antrag auf Kontoeröffnung und Einräumung eines Kredits handelte und keinerlei Aussagen darüber beinhaltete, in welchem Umfang im Veranlagungsjahr 1999 Zinsen anfielen. Bei genauerem Studium des ihm überlassenen Kaufvertrages zwischen dem Kläger und der B-B GmbH vom 26.11.1999 hätte ihm weiter auffallen müssen, dass die B-B GmbH es gemäß II. 1. des Vertrages übernommen hatte, für die **Mitglieder der Erwerbergemeinschaft die Anträge zur einheitlichen und gesonderten Feststellung der Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung** zu stellen, soweit dies für die Anerkennung von Werbungskosten erforderlich war.

Er hätte den Kläger bereits vor Erhalt der Bescheinigung der B-B GmbH vom 9.2.2000 für 1999 darauf hinweisen müssen, dass er nach den ihm vorliegenden Unterlagen Schuldzinsen nicht in Abzug bringen könne, die Schuldzinsen von der B-B GmbH in einem gesonderten Feststellungsverfahren steuerlich geltend gemacht würden und das Ergebnis des Feststellungsverfahrens bei der Einkommensteuer des Klägers zu berücksichtigen sei. Nach Erhalt der Bescheinigung der B-B GmbH vom 9.2.2000 hätte der Beklagte die von ihm für 1999 erstellte Einkommensteuererklärung überprüfen müssen und dem Finanzamt nicht nur die Bescheinigung der B-B GmbH vom 9.2.2000 übersenden, sondern den Kläger auch veranlassen müssen, die **fehlerhafte Steuererklärung für 1999 gemäß § 153 AO unverzüglich zu berichtigen**.

Nach Erhalt der Steuerbescheide vom 31.8.2000 und 14.4.2001 hatte der Beklagte nochmals Anlass, die von ihm erstellte Einkommensteuererklärung für 1999 zu überprüfen und den Kläger zu veranlassen, **seine fehlerhaften Angaben hinsichtlich der Schuldzinsen gegenüber dem Finanzamt gemäß § 153 AO unverzüglich zu korrigieren**. Der Beklagte hätte ohne großen Aufwand seine Fehler erkennen können, da das Finanzamt im ersten Bescheid nachgefragt hatte, warum keine Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung vorlägen, und im zweiten Bescheid zusätzlich zu den vom Kläger fehlerhaft deklarierten Schuldzinsen von 8.645 DM die sich aus der Aufstellung der B-B GmbH ergebenden Schuldzinsen von 40.734 DM angesetzt hatte.

Auch für das Veranlagungsjahr 2000 ist es infolge unterlassener Aufklärung des Sachverhalts durch den Beklagten zu einem **überhöhten Abzug von Schuldzinsen** gekommen. Bei sorgfältiger Auswertung der Bescheinigungen der B-B GmbH für 1999 und 2000 hätte der Beklagte erkennen können, dass das von ihm deklarierte Disagio der LBW bereits in den Bescheinigungen der B-B GmbH berücksichtigt war. Eine weitere Pflichtverletzung ist dem Beklagten insoweit nach Erhalt des Steuerbescheids vom 14.12.2001 anzulasten.

Anstatt den Sachverhalt aufzuklären und gemäß § 153 AO die unverzügliche Berichtigung zu veranlassen, schrieb er dem Kläger unter dem 18.12.2001, er könne sich nicht erklären, wieso das Finanzamt neben den erklärten Einkünften aus Vermietung und Verpachtung einen weiteren Beteiligungsverlust von 12.722 DM angesetzt habe, wolle aber keine weitere Aufklärung vornehmen.

2. Das **Verschulden** des Beklagten **ist gemäß § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB zu vermuten**. Der Beklagte hat nichts zu seiner Entlastung vorgetragen.

3. Der geltend gemachte **Schaden** ist vom Beklagten verursacht worden. Hätte der Beklagte pflichtgemäß von Anfang an den Sachverhalt wegen der absetzbaren Schuldzinsen aufgeklärt, wären von Anfang an nur die tatsächlich angefallenen **Schuldzinsen als Werbungskosten** deklariert und die **Nachzahlungszinsen gemäß § 233a AO sowie die Korrekturkosten des Steuerberaters M. vermieden** worden.

Der Zurechnungszusammenhang zwischen der Pflichtverletzung des Beklagten und dem Schaden des Klägers wird nicht dadurch aufgehoben, dass möglicherweise auch das Finanzamt Anlass hatte, die Richtigkeit der vom Beklagten gefertigten Steuererklärungen für 1999 und 2000 zu bezweifeln, und deshalb Fehler bei Erlass der Steuerbescheide begangen hat. **Ein etwaiger Fehler des Finanzamts entlastet den Beklagten nicht**, weil er auf der Annahme eines falschen Sachverhalts beruht, die durch ordnungsgemäße Erfüllung der Vertragspflichten durch den Beklagten hätte verhindert werden können (*BGH, Urt. v. 21.9.2000 – IX ZR 439/99, NJW 2000, 3560, 3561; Zugehör, a.a.O., 681*).

4. Die Höhe der vom Finanzamt festgesetzten **Nachzahlungszinsen** hat der Kläger unbestritten mit 2.060 EUR beziffert. Diese Zinsen sind um **Vorteile** zu mindern, die der Kläger

infolge verspäteter Steuerzahlung erlangt hat. Der Beklagte hat in der Klageerwidlung Vorteile des Klägers in Gestalt ersparter Kreditzinsen, die dem Kläger dadurch entstanden seien, dass er öfter sein Konto überzogen habe, angedeutet. In der Berufungserwidlung hat er auf sein erstinstanzliches Vorbringen ergänzend Bezug genommen.

Der Kläger ist dem erstinstanzlichen Vortrag des Klägers zur Kontoüberziehung nicht entgegengetreten, sondern hat in seinem Schriftsatz vom 14.12.2007 lediglich eingewandt, der Beklagte verstoße mit seinem Vortrag zur Kontoüberziehung gegen seine Verschwiegenheitspflicht. Dieser Einwand des Klägers ist nicht erheblich. Der Steuerberater, der von seinem Mandanten in Regress genommen wird, verstößt nicht gegen seine Verschwiegenheitspflicht, wenn er zu seiner Verteidigung Kenntnisse aus den Vermögensverhältnissen des Mandanten verwertet.

Der Senat pflegt in vergleichbaren Fällen den Schaden in Gestalt von Nachzahlungszinsen gemäß § 287 ZPO um 2/6 zu kürzen, wenn Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass der Mandant in der streitgegenständlichen Zeit entweder sein Geld gewinnbringend anlegt oder Kreditzinsen erspart hätte. Da der Sachvortrag der Parteien eine konkretere Berechnung nicht zulässt, hat der Senat auch im vorliegenden Fall gemäß § 287 ZPO eine Kürzung der geltend gemachten Nachzahlungszinsen um 2/6 vorgenommen.

Der schlüssig begründeten Schätzung der Kosten zur Korrektur der fehlerhaften Steuererklärungen in Höhe von 929,69 EUR ist der Beklagte nicht entgegengetreten.

5. Dem Kläger ist kein Mitverschulden anzulasten. Es war Aufgabe des Beklagten, die Steuererklärungen für die Jahre 1999 und 2000 ordnungsgemäß zu erstellen und den Steuersachverhalt ordnungsgemäß aufzuklären. Die hierzu notwendigen Unterlagen hat er vom Kläger erhalten.

6. Der Zinsanspruch ergibt sich aus § 288 BGB.

Ersatz der **vorgerichtlichen Anwaltskosten** kann der Kläger nicht verlangen. Abgesehen davon, dass vorgerichtliche Anwaltskosten allenfalls in einer Höhe zu erstatten wären, die nach einem Gegenstandswert von 2.303,02 EUR berechnet wären (tatsächlich berechnet der Kläger die zu erstattenden vorgerichtlichen Anwaltskosten nach einem Gegenstandswert von 6.594,49 EUR), hat der Kläger den Erstattungsanspruch auch dem Grunde nach nicht schlüssig dargelegt.

Der allein in Frage kommende Anspruch aus Verzug gemäß §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286, 249 BGB (BGH, Urt. v. 7.11.2007 – VIII ZR 341/06, NJW 2008, 1888) **setzt voraus, dass der Beklagte bereits in Verzug war, als die geltend gemachten vorgerichtlichen Anwaltskosten anfielen; das erst den Verzug begründende anwaltliche Mahnschreiben ist dagegen nicht erstattungsfähig** (Palandt/Heinrichs, BGB 67. Aufl. 2008, § 280 Rdnr. 45). Hierzu fehlt jedoch jeglicher Vortrag des Klägers. (...) ■

Versicherungsschutz

- **Wissentliche Pflichtverletzung des Anwalts**
 - **Risikoausschluss**
 - **Versäumnisurteil**
 - **Keine Information an den Mandanten**
- (OLG Köln, Beschl. v. 22.9.2008 – 20 W 43/08)

Leitsätze:

1. Für die Frage des Vorliegens einer wissentlichen Pflichtverletzung im Sinne einer Ausschlussklausel kann im Allgemeinen unterstellt werden, dass fundamentale, allgemein geläufige Regeln und Vorschriften von jedem Rechtsanwalt gekannt werden. Ferner kann ohne Weiteres im Wege des Indizienbeweises aus Art und Gewicht eines objektiven Pflichtenverstößes auf das Maß der Vorwerfbarkeit geschlossen werden.

2. Eine Pflichtverletzung, die schlechterdings nur vorsätzlich begangen werden kann, bedarf keiner weiteren Darlegung und keines weiteren Beweises hinsichtlich des Vorsatzes.

3. Das anwaltliche Unterlassen jeglicher Reaktionen auf ein zugegangenes Versäumnisurteil verstößt in einer derart krassen und fundamentalen Weise gegen elementare Pflichten eines Rechtsanwalts, dass andere Erklärungen als direkter Vorsatz nicht denkbar sind, jedenfalls aber so weit außerhalb jeder Wahrscheinlichkeit liegen, dass sie keiner Ausräumung im Rahmen eines Zivilprozesses bedürfen. ■

Anmerkung d. Red.:

Vgl. zur Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung für Rechtsanwälte BGH, VersR 2006, 106; zur wissentlichen Pflichtverletzung LG Berlin/KG, VersR 2007, 1076; OLG Hamm, VersR 2007, 1550. ■

Aus den Gründen:

Der Antragsteller (AST) machte Prozesskostenhilfe geltend, um einen Anspruch gegen die Antragsgegnerin (Ag) aus einer Rechtsanwalts-Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung zu verfolgen. Er berief sich dabei auf eine Pflichtverletzung seiner früheren Rechtsanwältin und Versicherungsnehmerin (VN) der Ag, nämlich dass diese nicht gegen ein gegen ihn gerichtetes Versäumnisurteil vorgegangen ist.

Das LG D. hat den Antrag auf Prozesskostenhilfe abgelehnt. Die Beschwerde des AST hatte keinen Erfolg. Die Ag ist nicht eintrittspflichtig für das der VN, RA P., vorgeworfene pflichtwidrige Verhalten im Zusammenhang mit dem Betreiben des Verfahrens beim AG D. Es liegt ein Risikoausschluss i.S.v. § 4 Nr. 5 AVB der Ag vor, wonach sich der Versicherungsschutz nicht auf Haftpflichtansprüche wegen Schadenstiftung durch wissentliches Abweichen von Gesetz, Vorschrift, Anweisung oder Bedingung des Machtgebers (Berechtigten) oder durch sonstige wissentliche Pflichtverletzung bezieht.

Die Klausel ist Vertragsbestandteil der Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung zwischen der VN und der Ag geworden. Das einfache Bestreiten des Ast insofern ist unbeachtlich. Die Ag hat den Versicherungsschein aus dem Jahr 1994, ausgestellt durch die Rechtsvorgängerin der Ag, vorgelegt, aus dem sich ergibt, dass unverändert die AVB, Risiko-beschreibungen, Erläuterungen und Besonderen Versicherungsbedingungen gelten. Die Ag hat weiter die AVB vorgelegt. Nichts spricht dafür, dass es sich bei den vorgelegten Bedingungen nicht um diejenigen Allgemeinen Bedingungen handelt, die seinerzeit dem Versicherungsverhältnis zugrunde gelegt wurden.

Erst recht spricht nichts dafür, dass der VN gar Bedingungen ohne die hier streitige Klausel gestellt worden sind. In der vorliegenden oder einer absolut vergleichbaren Form enthalten alle dem Senat bekannten Allgemeinen Bedingungen für eine RechtsanwaltsVermögensschaden-Haftpflichtversicherung eine derartige Risikoausschlussklausel. Die bloße, ins Blaue hinein behauptete und rein theoretische Möglichkeit, es könnten andere AVB (ohne die hier streitgegenständliche Klausel) zugrunde liegen, ist schon prozessual unbeachtlich. Erst recht kann darauf nicht im Rahmen eines Prozesskostenhilfeverfahrens die Erfolgsaussicht einer beabsichtigten Klage gestützt werden.

Die **Klausel ist auch wirksam**, insbesondere im Hinblick auf § 307 Abs. 1 und 2 BGB bzw. § 9 AGBG (vgl. BGH, VersR 1991, 176). Ferner ist es der Ag nicht verwehrt, sich gegenüber dem Ast auf den Risikoausschluss zu berufen. Trotz der grundsätzlichen Bindungswirkung der Feststellungen des Haftpflichtprozesses im Hinblick auf Pflichtverletzung und Schaden ist es dem Versicherer gestattet, rein versicherungsvertragliche Einwendungen geltend zu machen (BGH, VersR 2001, 1103 m.w.N.). Dies gilt insbesondere für die Frage eines etwaigen Risikoausschlusses wegen wissentlicher Pflichtverletzung.

Die Voraussetzungen des § 4 Nr. 5 AVB der Ag liegen vor. Die VN hat wissentlich ihre Pflichten verletzt. Richtig ist, dass § 4 Nr. 5 AVB der Ag **direkten Vorsatz** erfordert. Der VN muss die von ihm **verletzte Pflicht positiv gekannt und subjektiv das Bewusstsein gehabt haben, pflichtwidrig zu handeln** (BGH, VersR 1959, 691; 1987, 174; 2001, 1103). Richtig ist auch, dass darlegungs- und beweispflichtig für die subjektiven Voraussetzungen der beklagten Versicherer ist (BGH, VersR 1991, 176). **Ob hierfür ein Anscheinsbeweis** (ebenso wie im ähnlich gelagerten Fall der § 152 VVG a.F.) **nicht zuzulassen ist, mag dahinstehen**. Jedenfalls kann im Allgemeinen unterstellt werden, dass **fundamentale, allgemein geläufige Regeln und Vorschriften von jedem Rechtsanwalt gekannt werden** (vgl. hierzu die Nachweise bei Voit/Knappmann in: Prölss/Martin, VVG 27. Aufl., Berufshaftpflichtversicherung Architekten IV Rdnr. 30). Ferner kann ohne Weiteres im Wege des Indizienbeweises aus **Art und Gewicht eines objektiven Pflichtenverstößes** auf das Maß der Vorwerfbarkeit geschlossen werden. Eine Pflichtverletzung, die schlechterdings nur vorsätzlich begangen werden kann, bedarf keiner weiteren Darlegung und keines weiteren Beweises hinsichtlich des Vorsatzes.

So liegt der Fall hier. Im Haftpflichtprozess gegen seine ehemalige Rechtsanwältin hat der Ast geltend gemacht, die dortige Beklagte habe das Mandat (u.a.) insofern mangelhaft bearbeitet, als sie das Versäumnisurteil gegen den Ast habe rechtskräftig werden lassen und den Ast nicht über die Zustellung des Versäumnisurteils informiert habe, nachdem sie zuvor Anordnungen des Gerichts zur Vorlage wesentlicher Unterlagen ignoriert habe, weshalb dem Ast ein beträchtlicher Schaden entstanden sei. Aus den Akten des Verfahrens beim AG D. ergibt sich darüber hinaus zweifelsfrei, dass der ehemalige Prozessbevollmächtigte das Versäumnisurteil zuletzt gegen Zustellungsurkunde ordnungsgemäß zugestellt wurde (nachdem sie zuvor auf Anfragen des Gerichts, ein Empfangsbekenntnis bezüglich des Versäumnisurteils zurückzusenden, nicht reagiert hatte). Das LG D. und das AG D. haben auf dieser Grundlage die Beklagte (jeweils durch Versäumnisurteil) zum Schadenersatz verurteilt.

Danach ist für den hier interessierenden Deckungsprozess davon auszugehen, dass die Beklagte zumindest im Hinblick auf die Behandlung des Versäumnisurteils gegen ihren Mandanten gegen elementare, jedem Rechtsanwalt bekannte Pflichten verstoßen hat. **Das Unterlassen jeglicher Reaktion auf das ihr zugewandene Versäumnisurteil (also weder das Einlegen eines Einspruchs noch die unverzügliche Information an den Mandanten) verstieß in einer derart krassen und fundamentalen Weise gegen elementare Pflichten eines Rechtsanwalts, dass andere Erklärungen als direkter Vorsatz nicht denkbar sind, jedenfalls aber soweit außerhalb jeder Wahrscheinlichkeit liegen, dass sie keiner Ausräumung im Rahmen eines Zivilprozesses bedürfen**. Über die Pflicht, seinen Mandanten über den Erlass eines Versäumnisurteils unverzüglich zu informieren, damit ein etwaiger Einspruch zumindest mit ihm besprochen wird, kann es bei einem Rechtsanwalt keinen Zweifel und keine Unsicherheit geben.

Ein nicht wissentlicher Verstoß gegen diese elementare Pflicht, den Mandanten zu informieren und drohenden Schaden von ihm abzuwenden (insbesondere, wenn man den Schaden durch vorangegangenes Fehlverhalten selbst zu verantworten hat), wäre hier nur denkbar, wenn die RA ungeachtet der wirksamen Zustellung keine Kenntnis von dem Versäumnisurteil gehabt hätte. Dann aber läge eine Pflichtverletzung von vergleichbarem Gewicht und vergleichbarer Offenkundigkeit darin, dass sie sich dieser Kenntnisnahme selbst bewusst versperrt hätte, insbesondere, dass sie **über mehrere Wochen völlig untätig geblieben** wäre, also sich um die Geschäfte ihrer Kanzlei nicht gekümmert hätte, was sich ebenfalls nur mit unbedingtem Vorsatz erklären ließe. Selbst eine **schwerwiegende Erkrankung** der Prozessbevollmächtigten würde daran nichts ändern, denn auch dann bestünde die Verpflichtung, unverzüglich für einen Vertreter zu sorgen (§ 53 BRAO) und damit erst recht, das Kanzleipersonal und/oder sonstige Personen (etwa die Rechtsanwaltskammer) von der Verhinderung zu unterrichten. Dass der Prozessbevollmächtigte des Ast nicht einmal das mehr möglich gewesen wäre (etwa wegen eines schweren Unfalls) ist derart abseits jeglicher Wahrscheinlichkeit, dass es der ausdrücklichen Widerlegung durch die Ag nicht bedarf.

Auch der ASt zeigt – bezeichnenderweise – keine konkrete Möglichkeit auf, die letztlich einen geringeren Verschuldungsgrad als unbedingten Vorsatz bedeuten würde. Er hat vielmehr im Rahmen des Verfahrens vor dem LG D. nur darauf verwiesen, dass die Anwältin ihn während des gesamten Unterhaltsrechtsstreits ohne jegliche Unterrichtung gelassen und **auf Nachfrage nur „lapidar“ geäußert habe, alles „laufe“**. Das allerdings deutet lediglich auf eine Rechtsanwältin hin, der ihre Kanzlei und ihre Mandanten gleichgültig waren, möglicherweise verursacht durch gravierende wirtschaftliche und/oder persönliche Probleme, gibt aber keinen Anhaltspunkt für ein Verhalten, das nicht „wissentlich“ erfolgt sei. ■

Steuerberaterhaftung

- Drohende Insolvenzreife
 - Belehrungspflicht des Steuerberaters
 - Kenntnis des Geschäftsführers
 - Fehlende Belehrungsbedürftigkeit
 - Pflicht zur Mandatsniederlegung?
 - Verschleppungsschaden
- (LG Koblenz, Urt. v. 3.6.2009 – 15 O 397/08)

Leitsätze (d. Red.):

1. Ist dem Geschäftsführer einer GmbH deren Überschulden bewusst, besteht keine Pflicht des Steuerberaters ihn darüber zu informieren, dass zur Klärung eine Überschuldungsbilanz aufzustellen ist und bei Feststellung der Überschuldung die Eröffnung des Insolvenzverfahrens fristgerecht zu beantragen ist.
2. Den Steuerberater trifft keine Pflicht zur Mandatsniederlegung. Die Pflicht, Bücher zu führen und Jahresabschlüsse zu erstellen, besteht auch bei einem insolvenzreifen Unternehmen.
3. Ein Insolvenzverschleppungsschaden entsteht ab dem Zeitpunkt, in dem der Geschäftsführer nach pflichtgemäßer Aufklärung durch den Steuerberater über die Insolvenzreife der Gesellschaft einen erfolgreichen Insolvenzantrag hätte stellen können, zeitlich beschränkt bis zur tatsächlichen Stellung des Antrags. ■

Zum Sachverhalt:

Der Kläger begehrt von dem Beklagten einen sog. Insolvenzverschleppungsschaden.

Der Kläger ist Insolvenzverwalter über das Vermögen der F.-GmbH. Auf Antrag des Geschäftsführers der Insolvenzschnldnerin vom 28.5.2003, eingegangen bei Gericht am 30.5.2003, wurde das Insolvenzverfahren von dem Amtsgericht M. durch Beschluss vom 1.8.2003 eröffnet.

Der Beklagte war seit Gründung der Insolvenzschnldnerin im Jahr 1977 als Steuerberater für die F.-GmbH tätig. Dabei fertigte er den Jahresabschluss, die Steuererklärungen und

überprüfte die Steuerbescheide. Die Finanzbuchhaltung der F.-GmbH erledigte die S.-GmbH, deren Geschäftsführer der Beklagte war, seit 1979.

Die krisenhafte Entwicklung der Insolvenzschnldnerin begann bereits im Jahr 1998. Der Jahresabschluss zum 31.12.1998 wies einen nicht durch Eigenkapital gedeckten Fehlbetrag in Höhe von 1,011 Mio. EUR aus. Zwar wiesen die Jahresabschlüsse der Folgejahre 1999 und 2000 geringfügig positive Ergebnisse mit 346.000 EUR (1999) und 229.000 EUR (2000) aus, die weiterhin bestehenden strukturellen finanziellen Probleme der F.-GmbH führten jedoch dazu, dass bereits ab dem Jahr 2001 erneut Verluste zu verzeichnen waren. Der Jahresabschluss zum 31.12.2002, den der Beklagte am 19.3.2003 erstellte, wies schließlich einen nicht durch Eigenkapital gedeckten Fehlbetrag in Höhe von 1.200.593,53 EUR auf.

Die finanziell prekäre Lage der Gesellschaft war dem Geschäftsführer bekannt. Bereits am 22.7.2002 fasste der Gesellschaftergeschäftsführer der Insolvenzschnldnerin, ausweislich der notariellen Urkunde des Notariats, den Beschluss, das Stammkapital der Gesellschaft von 25.264,59 EUR auf 826.000 EUR zu erhöhen. Die neue Stammeinlage wollte er selbst übernehmen. Zur Einzahlung und zur Anmeldung der Stammkapitalerhöhung im Handelsregister kam es jedoch nicht.

Der Kläger begehrt von dem Beklagten einen sog. Insolvenzverschleppungsschaden. Der Beklagte hat die Einrede der Verjährung erhoben.

Der Kläger trägt vor: Aufgrund des Dauermandats habe der Beklagte der Insolvenzschnldnerin die Aufklärung über die Insolvenzreife bereits zum 31.12.2002 geschuldet. Zumindest sei der Hinweis auf die Notwendigkeit einer insolvenzrechtlichen Überschuldungsprüfung und einer etwaigen Insolvenzantragspflicht geschuldet gewesen. Spätestens mit der Erstellung des Jahresabschlusses 2002 habe der Beklagte darauf hinweisen müssen. Der Beklagte sei dieser Hinweis- und Aufklärungspflicht nicht nachgekommen, anderenfalls hätte der Geschäftsführer der Insolvenzschnldnerin frühzeitig den Insolvenzantrag gestellt. Selbst wenn man davon ausginge, dass der Beklagte den Hinweis- und Aufklärungspflichten nachgekommen wäre, so hafte der Beklagte, weil er es versäumt habe, in Konsequenz zur Nichtbefolgung seiner Hinweise und Ratschläge, das Mandat niederzulegen, stattdessen seine Arbeitsleistung der Insolvenzschnldnerin weiter zur Verfügung gestellt habe. Der Beklagte sei daher verpflichtet, den Insolvenzverschleppungsschaden zu erstatten.

Dieser berechne sich wie folgt: Durch die Fortführung des Unternehmens hätten sich die Verbindlichkeiten der Insolvenzschnldnerin zwischen dem 31.12.2002 von 2.846.766,39 EUR bis zum 31.7.2003 auf 4.571.300,20 EUR erhöht. Die Differenz sei der erstattungsfähige Schaden.

Die Verjährung sei nicht eingetreten, da die Sekundärverjährungsfrist bei Klageerhebung noch nicht abgelaufen gewesen sei.

(Anträge ...)

Der Beklagte trägt vor: Er habe nicht die Pflicht gehabt, auf die Insolvenzantragspflicht hinzuweisen, denn zu den Pflichten des Steuerberaters gehöre die Beratung in allgemeinen Rechtsfragen nicht. Zu den allgemeinen Rechtsfragen gehörten auch die Vorschriften des Gesellschafts- und Insolvenzrechts. Dessen ungeachtet habe er aber seit 1998 immer wieder auf die Insolvenzantragspflicht hingewiesen und auch bei einer Besprechung der vorläufigen Bilanz für das Jahr 2002 am 18.3.2003 sei der Geschäftsführer der Insolvenzschuldnerin durch den Steuerberater der bei dem Beklagten angestellt ist, über die Insolvenzantragspflicht aufgeklärt worden. Diese sei von dem Geschäftsführer der Insolvenzschuldnerin ignoriert worden.

Die Schadenberechnung entspreche nicht der Differenzmethode. Der Anspruch sei im Übrigen verjährt, da der Beklagte nach seinem behaupteten Fehler bis zum Mandatsende keine Veranlassung gehabt habe, seine Arbeit auf eine mögliche Pflichtverletzung zu überprüfen, so dass die Sekundärverjährung nicht in Gang gesetzt worden sei. (...)

Die zulässige Klage ist unbegründet. Der Kläger hat gegen den Beklagten keinen Anspruch auf Schadenersatz gemäß § 280 Abs. 1 BGB, da es bereits an einer schuldhaften Pflichtverletzung des Beklagten fehlt. ■

Aus den Gründen:

Dabei kann die zwischen den Parteien umstrittene Frage, **ob der Beklagte** den Geschäftsführer der Insolvenzschuldnerin bei Besprechung des Jahresabschlusses für 2002 am 18.3.2003 **über die Insolvenzantragspflicht aufklärte, dahinstehen**. Selbst bei Zugrundelegung des klägerischen Vortrags, nämlich, dass keine ausdrückliche Belehrung erfolgte, ist eine Pflichtverletzung des Beklagten nicht anzunehmen. Ob ein Steuerberater im Rahmen seiner Vertragspflichten zur Beratung und Schadenverhütung den Geschäftsführer einer GmbH darüber aufzuklären hat, dass eine Insolvenzreife der Gesellschaft infolge Überschuldung gemäß § 19 Abs. 2 InsO unmittelbar droht oder unmittelbar eingetreten ist, dass zur Klärung dieser Frage eine Überschuldungsbilanz aufzustellen und bei Feststellung der Überschuldung die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Gesellschaft fristgerecht zu beantragen ist (§ 64 Abs. 1 GmbHG), ist **umstritten und höchstrichterlich nicht abschließend** entschieden.

Im **Schrifttum** wird eine entsprechende Beratungs- und Schadenverhütungspflicht bzw. eine nebenvertragliche Warnpflicht teilweise bejaht (*Sundermayer/Kruger, DStR 2000, 929; Reck, ZinsO 2000, 121*). Das **OLG Schleswig** hat eine solche Aufklärungspflicht dagegen grundsätzlich verneint mit der Begründung, dass ein Steuerberater nur zur steuerlichen Beratung verpflichtet sei. Der Hinweis auf eine Überschuldung und ein möglicherweise einzuleitendes Insolvenzverfahren liege außerhalb des eigentlichen Bereichs der steuerlichen Beratung. Außerdem sei eine Überprüfung der Überschuldung nach § 64 GmbHG eine originäre, nicht delegierbare Verpflichtung des Geschäftsführers der GmbH.

Nebenvertragliche Belehrungs- und Hinweispflichten habe der Steuerberater auf nicht steuerlichem Gebiet allenfalls dann, wenn dem Mandanten erkennbar rechtliche und wirtschaftliche Risiken drohten und der Steuerberater den Schluss ziehen könnte, dass sich sein Mandant der Schaden drohenden rechtlichen oder tatsächlichen Situation nicht bewusst sei (*OLG Schleswig, Gl 1993, 373*).

Der **BGH** nahm die Revision gegen dieses Urteil nicht an und führte aus, dass nach der einwandfreien tatrichterlichen Würdigung **den Geschäftsführern der Gemeinschuldnerin deren Überschuldung bewusst gewesen sei; jedenfalls unter diesen Voraussetzungen habe die beklagte Steuerberaterin nicht auf die Pflichten hinweisen müssen, die den Geschäftsführern der GmbH im Hinblick auf § 64 GmbHG obliegen** (*BGH, Beschl. v. 24.2.1994 – IX ZR 126/93*). Danach hat der Steuerberater also keine entsprechende Aufklärungs- oder Hinweispflicht, wenn der Geschäftsführer der GmbH deren Überschuldung kennt. Die Kammer schließt sich dieser Meinung an, **da jedenfalls in diesen Fällen die GmbH keiner Belehrung durch den Steuerberater bedarf, so dass die Annahme einer solchen Hinweispflicht zur Überspannung der Anforderungen an die steuerliche Beratung führen würde**. Demnach entfällt jedenfalls dann eine Beratungs- und Hinweispflicht des Steuerberaters, wenn der Geschäftsführer der GmbH deren Überschuldung kennt.

So liegt der Fall hier. Unstreitig war dem Geschäftsführer der Insolvenzschuldnerin die prekäre finanzielle Lage der Gesellschaft bewusst. Bereits seit 1998 **wiesen die Jahresabschlüsse Fehlbeträge aus**. Alleine daraus ergibt sich, dass die finanzielle Schieflage der Insolvenzschuldnerin dem Gesellschaftergeschäftsführer nicht verborgen geblieben sein kann. So beschloss er auch am 22.7.2002 die **Kapitalerhöhung** auf 826.000 EUR. Dies stellte den Versuch dar, das **Unternehmen zu konsolidieren**, und zeigt, dass dem Gesellschaftergeschäftsführer die Lage der GmbH durchaus bewusst war. In einem solchen Fall kann die Beratungs- und Belehrungspflicht des steuerlichen Beraters zur Insolvenzantragspflicht nicht bestehen. Der Geschäftsführer der Insolvenzschuldnerin benötigte eine solche Belehrung nicht.

Eine Pflichtverletzung ist auch nicht darin zu erblicken, dass der Beklagte **sein Mandat nicht niederlegte**. Zum einen hilft der Steuerberater, der seiner Mandantin auch nach Insolvenzreife Jahresabschlüsse erstellt, bei der Erfüllung dessen steuerlicher Pflichten, **denn die Pflicht, Bücher zu führen und Jahresabschlüsse zu fertigen, besteht auch bei einem insolvenzreifen Unternehmen fort**. Auch in diesem Fall kann die Gesellschaft sich der Hilfe eines Steuerberaters bedienen. Zum anderen wäre der geltend gemachte Schaden auch dann nicht entfallen, wenn der Beklagte sein Mandat niedergelegt hätte. Insofern fehlt es an einer haftungsausfüllenden Kausalität.

Des Weiteren scheitert der Anspruch des Klägers auf Schadenersatz auch an der fehlerhaften Berechnung des **vermeintlichen Schadens**. Da nach § 249 BGB ein Ersatzpflichtiger den Zustand herzustellen hat, der bestünde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre,

setzt eine Haftung des Steuerberaters voraus, dass ein Insolvenzverschleppungsschaden der GmbH auf der Pflichtverletzung des Beraters beruht, also insoweit der notwendige adäquate **haftungsausfüllende Ursachenzusammenhang** besteht. Dafür ist zu prüfen, welcher hypothetische Geschehensverlauf sich bei pflichtgemäßem Verhalten des Steuerberaters eingestellt hätte, insbesondere wie der Geschäftsführer der GmbH auf eine vertragsgerechte Aufklärung über eine drohende oder bereits entstandene Insolvenzreife der Gesellschaft reagiert hätte und wie deren Vermögenslage dann aussehe. **Der Insolvenzverschleppungsschaden besteht dann in dem Schaden, der ab dem Zeitpunkt entstanden ist, in dem der Geschäftsführer der GmbH nach pflichtgemäßer Aufklärung durch den Steuerberater über die Insolvenzreife der Gesellschaft einen erfolgreichen Insolvenzantrag gemäß § 64 Abs. 1 GmbHG hätte stellen können, zeitlich beschränkt bis zur tatsächlichen Stellung des Insolvenzantrags** (vgl. Zugehör, NZI, 2008, 652 m.w.N.).

Die von dem Kläger vorgelegten Zahlen und Berechnungen betreffen jedoch einen ganz anderen Zeitraum, nämlich den vom 31.12.2002 bis zum 31.7.2003, also dem Tag vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Richtigerweise wäre nach dem Vorgesagten jedoch für eine Schadenberechnung allenfalls der Zeitraum von drei Wochen nach dem Besprechungstermin für den Jahresabschluss von 2002, also dem 18.3.2003, bis zum Tag der Insolvenzantragstellung (30.5.2003) zugrunde zu legen gewesen. Auf die fehlerhafte Schadenberechnung hat bereits der Beklagte in der Klageerwidern vom 5.3.2009 hingewiesen. (...) ■

GI Literaturhinweis

Scholz: Kommentar zum GmbH-Gesetz

GmbH-Recht ohne „Scholz“. Für einen guten GmbH-Berater undenkbar. Daher ist es eine gute Nachricht, dass der „Scholz“ in seiner 10. Auflage jüngst mit dem III. Band seinen Abschluss gefunden hat.

Nachdem Band I im November 2006 erschienen ist, im Dezember 2007 Band II gefolgt ist, ist im November 2009 der III. und letzte Band der 10. Auflage erschienen.

Seit Jahrzehnten ist der „Scholz“ für jeden Experten auf dem Gebiet des GmbH-Rechts eine Institution. Und das mit gutem Grund. Im „Scholz“ werden alle für die Praxis bedeutsamen Fragen tiefgehend und umfassend analysiert und souverän, praxisgerecht und richtungweisend beantwortet. Alle aktuellen Entwicklungen in Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur werden vollständig dargestellt und sorgfältig ausgewertet. In den besonders stark durch Richterrecht geprägten Bereichen erfolgen hilfreiche Systematisierungen. Die Kommentierungen sind durchweg meinungsbildend und durch Eigenständigkeit geprägt.

Ein weiterer Grund für die Erfolgsgeschichte dieses Kommentars liegt sicher bei den Autoren begründet. Das Team – bestehend aus renommierten Hochschullehrern mit großer praktischer Erfahrung und wissenschaftlich profilierten Praktikern – steht für Gründlichkeit und Modernität. Ihm verdankt das Werk seine Qualität, seine Meinungsvielfalt und seine gut aufeinander abgestimmten Einzelkommentierungen. Für einen Kommentar in dieser Größenordnung ist das nicht selbstverständlich.

Der jetzt vorliegende Band III besticht durch sein Konzept. Er enthält sowohl die vollständige Neukommentierung der §§ 53–85 GmbHG als auch Nachtragskommentierungen aller in Band I (§§ 1–34 GmbHG) und Band II (§§ 35–52 GmbHG) erschienenen Vorschriften, die durch das MoMiG geändert worden sind. Damit ist der Kommentar insgesamt wieder auf aktuellem Stand.

Sie finden in Band III:

- Vollständige Neukommentierung der §§ 53–85 GmbHG (Abänderungen des Gesellschaftsvertrages; Auflösung und Nichtigkeit der Gesellschaft; Ordnungs-, Straf- und Bußgeldvorschriften)
- Kommentierung der §§ 1–4 EGGmbHG
- Kommentierung des neuen GmbH-Insolvenzrechts
 - vor § 64: Insolvenz der GmbH und GmbH & Co. KG
 - § 64 und Anhang § 64 (§ 15a InsO): Neukonzeption der Insolvenzverschleppungshaftung
- Neukommentierung der vom MoMiG geänderten Vorschriften
 - § 2a Abs. 1a GmbHG (Gründung mit Musterprotokoll)
 - § 5a GmbHG (Unternehmergesellschaft haftungsbeschränkt)
 - § 16 GmbHG (Gutgläubiger Erwerb von Geschäftsanteilen)
 - § 30 GmbHG (Kapitalerhaltung)
 - § 40 GmbHG (Gesellschafterliste)
- Nachtragskommentierungen zu allen anderen vom MoMiG betroffenen Vorschriften
 - §§ 3, 4a, 5, 6 - 10, 19, 35, 39, 46, 47 GmbHG

Scholz: GmbHG, 10. neu bearbeitete Auflage 2010,
Verlag Dr. Schmidt KG, Köln

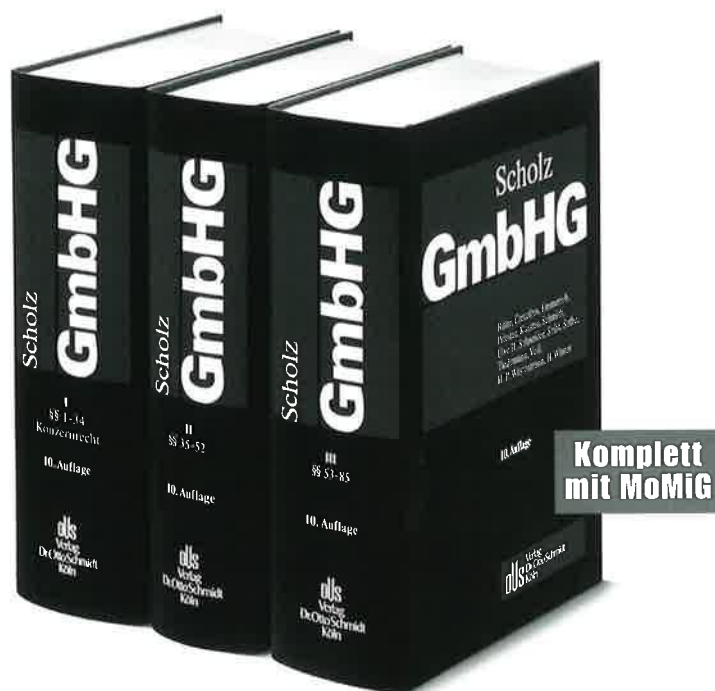
I. Band 2006, 1.940 Seiten, Lexikonformat, gebunden, 149,– €, ISBN 978-3-504-32551-0

II. Band 2007, 1.342 Seiten, Lexikonformat, gebunden, 149,– €, ISBN 978-3-504-32552-7

III. Band 2010, 1.578 Seiten, Lexikonformat, gebunden, 156,– €, ISBN 978-3-504-32553-4

Gesamtabnahmeverpflichtung für alle drei Bände, 454,– €, ISBN 978-3-504-32550-3

Fertig!



Das GmbH-Gesetz ist grundlegend neu, und der große Kommentar dazu ist wieder komplett und auf neuestem Stand: der große Scholz mit dem letzten, jetzt fertiggestellten Band III.

Mit der vollständigen Neukommentierung der §§ 53–85 GmbHG. Mit der richtungsweisenden Kom-

mentierung des neuen GmbH-Insolvenzrechts. Mit der Erläuterung aller vom MoMiG geänderten Vorschriften aus den Bänden I und II.

Der große Scholz. Für die GmbH-Beratung auf höchstem Niveau. Bestellen Sie in Ihrer Buchhandlung oder direkt bei **www.der-neue-scholz.de**

Auch Rechtsanwälte können Gefahr laufen, wegen eines Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter in Anspruch genommen zu werden. Nach einer Entscheidung des OLG Düsseldorf haftet der vom Mieterverein beauftragte Rechtsanwalt gegenüber einem Mitglied des Vereins aus Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, wenn er das Mitglied fehlerhaft beraten hat.

Die veröffentlichte Rechtsprechung und Literatur zu diesem Themenkomplex weckt zwar den Eindruck, dass es sich bei der sogenannten Dritthaftung um ein spezielles Problem von Wirtschaftsprüfern und Steuerberatern handeln könnte. Diese Berufsgruppen haben in der Tat häufiger mit Mandanten zu tun, die Auswirkungen auf die Interessen Dritter haben können. Man denke nur an die Haftungsfälle, in denen Wirtschaftsprüfer von drittgeschädigten Banken aufgrund fehlerhafter Testate in Anspruch genommen werden.

Doch auch Rechtsanwälte werden, wie die aktuelle Entscheidung des OLG Düsseldorf zeigt, von solchen Regressen nicht verschont. Dies soll im Mittelbeiheter dieser GI-Ausgabe zum Anlass genommen werden, die speziell für Rechtsanwälte relevanten Fälle der Dritthaftung darzustellen.

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

Hr. 4/Juli 2010

Haftung gegenüber dem „Nichtmandanten“.

Eine neuere Entscheidung des OLG Düsseldorf¹ hat deutlich gemacht, dass auch Rechtsanwälte Gefahr laufen können, wegen eines Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter in Anspruch genommen zu werden. Nach dieser Entscheidung haftet der vom Mieterverein beauftragte Rechtsanwalt gegenüber einem Mitglied des Vereins aus Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, wenn er das Mitglied fehlerhaft beraten hat. Die veröffentlichte Rechtsprechung und Literatur zu diesem Themenkomplex weckt zwar den Eindruck, dass es sich bei der sogenannten Dritthaftung um ein spezielles Problem von Wirtschaftsprüfern und Steuerberatern handeln könnte. Diese Berufsgruppen haben in der Tat häufiger mit Mandanten zu tun, die Auswirkungen auf die Interessen Dritter haben können. Man denke nur an die Haftungsfälle, in denen Wirtschaftsprüfer von drittgeschädigten Banken aufgrund fehlerhafter Testate in Anspruch genommen werden. Doch auch Rechtsanwälte werden, wie die aktuelle Entscheidung des OLG Düsseldorf zeigt, von solchen Regressen nicht verschont. Dies soll hier zum Anlass genommen werden, die speziell für Rechtsanwälte relevanten Fälle der Dritthaftung darzustellen. Auf die Bemühungen der Rechtsprechung, durch eine restriktive Handhabung des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter die Haftung nicht auf einen kaum mehr überschaubaren Kreis von Geschädigten ausweiten zu lassen, wird hier mangels praktischer Relevanz bei Rechtsanwälten nicht eingegangen.

a) Auskunftsvertrag

In der Rechtsprechung wird aktuell auf die Konstruktion eines Auskunftsvertrages zur Begründung eines Schadensersatzanspruchs des „Dritten“ kaum zurückgegriffen. Die Haftung aus einem Auskunftsvertrag setzt voraus, dass eine als verbindlich rechtsgeschäftlich anzusehende Auskunft an einen Interessenten erteilt wurde, der sie zur Grundlage seiner Entscheidung machen möchte². Die Auskunft muss für den Empfänger erkennbar von erheblicher Bedeutung und Grundlage wesentlicher Entschlüsse sein.³

Das Zustandekommen eines mündlich abgeschlossenen Auskunftsvertrages wird regelmäßig nur bei einer unmittelbaren Fühlungnahme zwischen Geber und Empfänger der Auskunft in Betracht gezogen.⁴ Unerheblich für die Annahme eines Auskunftsvertrages ist, ob der Berater für seine Leistungen eine Gebühr verlangt hat oder nicht.⁵ Auch allein die Sachkunde des Beraters reicht zur Annahme eines Auskunftsvertrages nicht aus.⁶ Letztlich ist anhand von Indizien

zu prüfen, ob ein eigenständiger Auskunftsvertrag geschlossen wurde.⁷ So stellen auch die Sachkunde des Beraters sowie die wirtschaftliche Bedeutung für den Auskunftsempfänger nur Indizien dar, die nicht unabhängig von der Würdigung der Gesamtumstände bewertet werden dürfen.

Für die Annahme eines Auskunftsvertrages können ein eigenes wirtschaftliches Interesse des Auskunftsempfängers⁸, ein besonderes persönliches Engagement des Auskunftsempfängers in der Form von Zusicherungen nach Art einer Garantienabnahme⁹ oder das Versprechen einer eigenen Nachprüfung der Angaben des Geschäftspartners des Auskunftsempfängers¹⁰ sprechen. Weitere Indizien sind eine bereits bestehende anderweitige Vertragsbeziehung zwischen Auskunftsempfänger und -nehmer¹¹ sowie die Hinzuziehung des Auskunftsempfängers zu Vertragsverhandlungen auf Verlangen des Auskunftsempfängers.¹²

Nicht ausreichend für die Annahme eines Auskunftsvertrages ist allerdings, wenn der Rechtsanwalt dem Geschäftspartner des Mandanten fehlerhafte Angaben über dessen Bonität machte und infolgedessen ein Darlehen gewährt wurde, ohne dass weitere Indizien für einen eigenständigen Auskunftsvertrag sprachen.¹³

b) Echter Vertrag zugunsten Dritter (§ 328 BGB)

Beim Vertrag zugunsten eines Dritten hat der Dritte gemäß § 328 Abs. 2 BGB das Recht, die Leistung unmittelbar zu fordern. Ob ein solches Recht vereinbart wurde, ist mittels Auslegung der entsprechenden Vertragserklärungen zu ermitteln. So wurde bei einem von dem Vermittler von Börsentermin geschäften eingeschalteten Rechtsanwalt, über dessen Treuhändkonto die Einzahlungen der Anleger zu deren Sicherheit weiterzuleiten waren, ein Vertrag zugunsten eines Dritten angenommen.¹⁴ Bei der Vereinbarung einer Kapitalanlagegesellschaft mit einem Rechtsanwalt über die Übernahme von Treuhänderfunktionen handelt es sich um einen Vertrag zugunsten Dritter, aus dem der Treuhänder gegenüber den zukünftigen Anlegern verpflichtet ist, deren Interessen treuhänderisch wahrzunehmen.¹⁵

c) Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter

Beim Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter ziehen die Vertragspartner einen Dritten in den Schutzbereich ihres Vertrages mit ein, so dass der Dritte zwar nicht Gläubiger der Vertragsgeldleistung wird, aber einen eigenen Schadenserstatt-

Impressum

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

Herausgeber

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

Redaktion

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

Erscheinungsweise

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

Verlag

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

Abbonementsservice

Fax: (0511) 645 111 3909

Layout und Satz

Type Connection, Lechenicher Str. 29, 50374 Erftstadt

Druck

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

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