

Informationen für wirtschaftsprüfende, rechts- und steuerberatende Berufe

GI aktuell

Inhalt

Editorial

GI Leitsätze

GI News

GI Entscheidungen

GI Literaturhinweise

Steuerberaterhaftung

Kenntnis des Steuerrechts / Europarechtswidrigkeit / Geldspielautomaten / Verjährungsbeginn von Schadenersatzansprüchen / Ende der Festsetzungsfrist
(BGH, Urt. v. 23.9.2010 – IX ZR 26/09)

Steuerberaterhaftung

Verjährungshemmung / Verhandlungen / Aufforderungsschreiben / Anfechtung des Steuerbescheids / Darlegung im Finanzgerichtsprozess
(BGH, Beschl. v. 11.3.2010 – IX ZR 68/08)

Notarhaftpflichtversicherung

Vertrauensschadenversicherung / Notarkammer / Vorleistung des Berufshaftpflichtversicherers / Unwirksame Nachhaftungsfrist / Ausschlussfrist 4 Jahre
(OLG Frankfurt, Urt. v. 14.7.2010 – 4 U 22/10)

Honorar des Rechtsanwalts

Hinweispflicht auf Anwaltsgebühren? / Fragepflicht des Mandanten / Gebührenvereinbarung / Maximalgebühr / Neue Angelegenheit, § 15 Abs. 2 RVG
(OLG Düsseldorf, Beschl. v. 29.6.2010 – I-24 U 212/09)

Aufrechnung mit Honoraransprüchen

Gerichtskostenvorschuss / Zahlung des Rechtsschutzversicherers / Unterlassene Weiterleitung an das Gericht / Zweckgebundene Gelder / Unterlassene Auskehrung von Fremdgeldern
(OLG Düsseldorf, Beschl. v. 1.2.2010 – I-24 U 156/09)

Steuerberaterhaftung

Kenntnis des Steuerrechts / Entscheidung eines Finanzgerichts / Entscheidung des EuGH / Karenzzeit zur Kenntnisnahme
(OLG Stuttgart, Urt. v. 15.12.2009 – 12 U 110/09)

Anwaltshaftung

Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter / Auftrag des Mieterschutzbundes / Schaden des Mieters
(OLG Düsseldorf, Beschl. v. 21.4.2009 – I-24 U 50/08)

Steuerberaterhaftung

Fehlerhafter Ansatz von Werbungskosten / Prüfungspflichten des Steuerberaters / Nachzahlungszinsen, § 233a AO / Zinsvorteile / Vorgerichtliche Anwaltskosten
(OLG Düsseldorf, Urt. v. 25.11.2008 – I-23 U 64/08)

Versicherungsschutz

Wissentliche Pflichtverletzung / Insolvenzverwalter / Liquiditätsplan / Prognoseentscheidung / Elementare Berufspflichtverletzung?
(LG Dortmund, Urt. v. 21.10.2010 – 2 O 10/10)

19

20

24

26

28

17

Neu: 30 Jahre GI
Urteilssuche kostenlos unter
www.hdi-gerling.de/giurteilssuche

Editorial

Sehr geehrte Leserin, sehr geehrter Leser,

was der Steuerberater wissen muss, wird vom BGH und dem OLG Stuttgart erneut klargestellt: Die BFH-Rechtsprechung muss er kennen, wenn sie in der amtlichen Sammlung oder einer „**einschlägigen allgemeinen Fachzeitschrift**“ veröffentlicht wurde. Der BGH legt sich nicht fest, welche Zeitschrift dazu gehört. Es wird im Ergebnis auf das „**Bundessteuerblatt**“ und das Organ der Bundessteuerberaterkammer, das „**Deutsche Steuerrecht**“, hinauslaufen. „BFH/NV“, „StuB“, „BFH-PR“ und „D-spezial“ nimmt der BGH aus dem Kreis der Pflichtlektüre heraus. Das OLG Stuttgart ergänzt, dass auch **Urteile der Finanzgerichte** bekannt sein müssen, wenn sie sich auf Steuerthemen beziehen, die in der Entwicklung begriffen und Änderungen erwartbar sind. Bei ihnen räumt das Gericht eine verlängerte **Karenzzeit** zur Kenntnisnahme von mindestens 3 Monaten ein.

Verjährungsfristen werden durch **Verhandlungen über den Schadenersatzanspruch** gehemmt. Streit besteht, ob verhandelt wird und wie lange die Verhandlungen andauern. Die Mitteilung, der Anspruch werde **dem Haftpflichtversicherer gemeldet**, stellt für sich noch keine Verhandlung dar. Der BGH stellt klar, dass auch zwischen dem **Aufforderungsschreiben des Geschädigten**, auf die Einrede der Verjährung zu verzichten, und dem **Antwortschreiben** des Steuerberaters keine Verhandlung i.S.v. § 203 BGB stattfindet. Ebenso wenig werden sie begonnen, wenn der Steuerberater gegen einen belastenden Steuerbescheid Einspruch einlegt. Beiläufig weist der BGH darauf hin, dass auch dessen **Sachvortrag im Rechtsmittelverfahren** nichts über die Berechtigung des Ersatzanspruchs aussagt und er dementsprechend auch **nicht anerkannt** wird.

Unentgeltliche Beratung erwartet kein Mandant. Nur auf Verlangen muss der Anwalt die voraussichtliche **Höhe des Entgelts mitteilen**. Seit dem 1.7.2004 hat er darüber hinaus bei Übernahme eines Auftrags darauf hinzuweisen, dass **sich die Gebühren nach dem Gegenstandswert richten** (§ 49b Abs. 5 RVG). Hier handelt es sich aber nur um eine allgemeine Information. Eine vertiefte Information muss der Auftraggeber anfordern. Das OLG Düsseldorf stellt klar: Bestreitet der Mandant die allgemeine Information oder eine falsche Gebührenhöhe genannt bekommen zu haben, muss er **beweisen, auf welche kostengünstigere Weise er sein Ziel hätte erreichen können**.



Mit freundlichen Grüßen
Ihr Dr. Jürgen Gräfe

GI Leitsätze

Anwaltschaftung / Vergleichsverhandlungen / Insolvenzanfechtung

1. Ein Rechtsanwalt, der in Vergleichsverhandlungen eingeschaltet ist, muss seinen Mandanten auf Vor- und Nachteile des beabsichtigten Vergleichs hinweisen, ihm also im Einzelnen darlegen, welche Gesichtspunkte für und gegen den Abschluss sprechen, und alle Bedenken, Unsicherheitsfaktoren und die sich für den Mandanten aus dem Vergleich ergebenden Folgen erörtern.

2. Drohen dem Mandanten durch Insolvenzanfechtungen und gerichtliche Verfallsanordnungen erhebliche Vermögens-einbußen, so ist ein etwaiges Beratungsdefizit vor Abschluss eines Vergleichs mit dem Insolvenzverwalter nicht kausal für durch Verzichtserklärungen des Mandanten entstandene Vermögensnachteile, wenn solche ohne den Vergleich noch größer gewesen wären.

(OLG Düsseldorf, Beschl. v. 31.5.2010 – I-24 U 208/09) ■

Anwaltschaftung / Vergleichsverhandlungen / Kündigungsschutzprozess

1. Ein Rechtsanwalt, der in Vergleichsverhandlungen eingeschaltet ist, muss seinen Mandanten auf Vor- und Nachteile des beabsichtigten Vergleichs hinweisen, ihm also im Einzelnen darlegen, welche Gesichtspunkte für und gegen den Abschluss sprechen, und alle Bedenken, Unsicherheitsfaktoren und die sich für den Mandanten aus dem Vergleich ergebenden Folgen erörtern.

2. Macht der Arbeitnehmer seinem Rechtsanwalt zum Vorwurf, er habe in einem Kündigungsschutzprozess zu einem nachteiligen Vergleich geraten, so hat der Rechtsanwalt im Regressprozess vorzutragen, dass er den Mandanten über die Darlegungslast des Arbeitgebers zur betriebsbedingten Kündigung belehrt und im Hinblick auf die berechnete Kündigung den Vergleich als dem Mandanten vorteilhafte Alternative empfohlen habe.

3. Die Kausalität des anwaltlichen Beratungsdefizits für den Schaden des Mandanten ist nicht feststellbar, wenn der Vergleichsabschluss als interessengerechte Handlungsalternative zu betrachten ist.

(OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.7.2010 – I-24 U 228/09) ■

GI News

BFH: Abschreibung eines nicht als Betriebsvermögen erfassten Wirtschaftsguts kann nicht nachgeholt werden

Der Bundesfinanzhof hat mit Urteil vom 22.6.2010 – VIII R 3/08 entschieden, dass die gleichmäßig von der Bemessungsgrundlage eines betrieblichen Wirtschaftsguts vorzunehmende normale Absetzung für Abnutzung (AfA) nicht nachgeholt werden kann, wenn sie deshalb versäumt wurde, weil das Wirtschaftsgut fälschlich nicht als betrieblich erfasst war.

Im konkreten Fall ging es um ein Patent, das in einen Wertungsbetrieb eingelegt worden war. Einlage, Einlagewert und Restnutzungsdauer des Patents waren Gegenstand einer tatsächlichen Verständigung, die erst Jahre nach der Einlage zustande kam. In der Zwischenzeit hatte es der Kläger versäumt, AfA auf den Einlagewert vorzunehmen. Daraus ergab sich ein Streit über die Höhe des noch absetzungsfähigen Restbuchwerts.

Das Finanzgericht gab der Klage statt und berücksichtigte den vollen Einlagewert zum Teil als AfA in einem verfahrensrechtlich noch offenen Veranlagungszeitraum, zum anderen Teil gewinnmindernd bei der Ermittlung des Aufgabegewinns bei der Veräußerung des Patents. Die Revision des Finanzamts hatte Erfolg. Wegen des Prinzips der Gesamtgewinnlichkeit konnte der Kläger, der seinen Gewinn durch Einnahme-Überschuss-Rechnung nach § 4 Abs. 3 des Einkommensteuergesetzes ermittelte, keine höheren Beträge absetzen als bei einer Gewinnermittlung durch Betriebsvermögensvergleich. Im ersten verfahrensrechtlich noch zugänglichen Veranlagungszeitraum durfte deshalb nur der Restbuchwert zugrunde gelegt werden, mit dem ein bilanzierender Steuerpflichtiger das bisher zu Unrecht nicht bilanzierte Wirtschaftsgut hätte einbuchen müssen, d.h. mit dem Wert, der bei von Anfang an richtiger Bilanzierung anzusetzen wäre.

(BFH, Urt. v. 22.6.2010 – VIII R/08)

Pressemitteilung d. BFH v. 27.10.2010 ■

BFH: Verfassungsrechtliche Zweifel an der sog. Mindestbesteuerung

Der Bundesfinanzhof (BFH) hat am 26.8.2010 – I B 49/10 in einem Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes entschieden, dass die sog. Mindestbesteuerung in bestimmten Situationen zu einer verfassungsrechtlich unangemessenen Besteuerung führen kann.

Seit 2004 dürfen in den Vorjahren nicht ausgeglichene negative Einkünfte in den folgenden Veranlagungszeiträumen zwar bis zur Höhe von 1 Mio. EUR unbeschränkt

von einem entsprechend hohen positiven Gesamtbetrag der Einkünfte abgezogen werden, ein übersteigender Verlustbetrag aber nur bis zu 60% des 1 Mio. EUR übersteigenden Gesamtbetrags der Einkünfte. Bei einem bestehenden Verlustvortrag in Höhe von z.B. 3 Mio. EUR und einem zu versteuernden Einkommen vor Verlustausgleich im aktuellen Jahr in Höhe von z.B. 2 Mio. Euro bedeutet das: Es können lediglich 1,6 Mio. EUR der Verluste ausgeglichen werden, während für 400.000 EUR Steuern anfallen. Die verbleibenden Verluste können erst in den Folgejahren abgezogen werden.

Allgemein wird in dieser liquiditätsbelastenden zeitlichen „Streckung“ des Verlustabzugs kein Verfassungsverstoß gesehen. Das gilt aber nur solange, wie ein Abzug der verbleibenden Verluste in den Folgejahren prinzipiell möglich ist. Bedenken bestehen jedoch, wenn es zu einem endgültigen Fortfall der Verlustnutzungsmöglichkeit kommt. Diesen Bedenken hat sich der BFH nun angeschlossen.

Das konkrete Verfahren betraf eine GmbH, die hohe Verluste erwirtschaftet und diese wegen der Mindestbesteuerung nur teilweise abziehen konnte. In der Folgezeit kam es zu einer Umstrukturierung und einem Gesellschafterwechsel, der dazu führte, dass der wegen der Mindestbesteuerung nicht ausgenutzte Verlustvortrag nach § 8c des Körperschaftsteuergesetzes (KStG) in Gänze verloren ging. Der BFH hat ernstliche Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der Mindestbesteuerung, soweit sie für einen derartigen endgültigen Ausfall des Verlustabzugs keine gesetzliche Vorsorge trifft. Er erwägt deswegen eine verfassungskonforme Normauslegung. Offen bleibt, ob § 8c KStG nicht seinerseits Verfassungsbedenken aufwirft.

(BFH, Beschl. v. 26.08.2010 – I B 49/10)

Pressemitteilung d. BFH v. 27.10.2010 ■

BFH: EuGH-Vorlage – Darf die Vorsteueraufteilung bei gemischt genutzten Gebäuden vom Flächenverhältnis anstelle des Umsatzverhältnisses abhängig gemacht werden?

Mit Beschluss vom 22.7.2010 hat der V. Senat des Bundesfinanzhofs (BFH) ein Vorabentscheidungsersuchen an den Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) gerichtet.

In der Sache geht es um die Höhe des Vorsteuerabzugs für Eingangsleistungen zur Herstellung eines Gebäudes, mit dem sowohl steuerfreie als auch steuerpflichtige Vermietungsumsätze erzielt werden. Da der Vorsteuerabzug nur für steuerpflichtige Ausgangsumsätze eröffnet wird, ist in diesen Fällen ebenso wie bei der Errichtung eines Gebäudes für Geschäfts- und private Wohnzwecke eine Aufteilung der Vorsteuern erforderlich. Als Aufteilungsmaßstab kommt das Verhältnis von steuerfrei zu steuerpflichtig vermieteten Flächen in Betracht (Flächenschlüssel), nach der Rechtsprechung des BFH aber auch die für Steuerpflichtige oft günstigere Höhe der Mietumsätze (Umsatzschlüssel). Im Rahmen

des Steueränderungsgesetzes 2003 ordnete der Gesetzgeber an, dass ab dem 1.1.2004 eine Aufteilung nach dem Umsatzschlüssel nur noch dann erfolgen darf, wenn keine andere wirtschaftliche Zurechnung möglich ist. Da bei Gebäuden eine Aufteilung nach dem Flächenschlüssel stets eine wirtschaftliche Zurechnung ermöglicht, schließt die Gesetzesänderung eine Anwendung des Umsatzschlüssels praktisch aus.

Der V. Senat fragt beim EuGH an, ob diese Einschränkung des Umsatzschlüssels mit den Vorgaben des Unionsrechts vereinbar ist. Dieses sieht den Umsatzschlüssel als Regel-Aufteilungsmaßstab vor. Hiervon können die Mitgliedstaaten zwar in Ausnahmefällen abweichen, der Senat hält es jedoch für zweifelhaft, ob die Voraussetzungen für einen dieser Ausnahmefälle vorliegen.

Die EuGH-Vorlage hat große Bedeutung für die Errichtung von Wohn- und Geschäftsgebäuden, da die Höhe des Vorsteuerabzugs deren Finanzierung (Kapitalbedarf) beeinflusst. (BFH, Beschl. v. 22.7.2010 – V R 19/09)

Pressemitteilung d. BFH v. 3.11.2010 ■

BFH: Steuerberatungs-GmbH darf ihre Umsätze nicht der Istbesteuerung unterwerfen

Mit Urteil vom 22.7.2010 hat der Bundesfinanzhof (BFH) im Verfahren V R 4/09 entschieden, dass eine Steuerberatungs-GmbH ihre buchführungspflichtigen Umsätze nicht nach vereinnahmten Entgelten (Istbesteuerung) gemäß § 20 des Umsatzsteuergesetzes (UStG) versteuern darf. Die Umsätze müssen deshalb bereits vor dem Erhalt des Entgelts versteuert werden.

Das Urteil des BFH entspricht im Wesentlichen seiner bisherigen Rechtsprechung, modifiziert diese aber dahingehend, dass nach dem Urteil vom 22.7.2010 auch Steuerberater und Steuerberatersozietäten nicht mehr zur Istbesteuerung berechtigt sind, wenn sie freiwillig Bücher führen und ihren Gewinn durch Bestandsvergleich ermitteln. Der BFH stützt dies darauf, dass die Istbesteuerung für Umsätze aus freiberuflicher Tätigkeit nach § 20 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 UStG voraussetzt, dass der Unternehmer nicht buchführungspflichtig ist. Dementsprechend wäre es nicht folgerichtig, einem Unternehmer, der zwar nicht buchführungspflichtig ist, aber freiwillig Bücher führt, die Istbesteuerung zu gestatten.

Das Urteil vom 22.7.2010 ist auch insoweit von grundsätzlicher Bedeutung, als der BFH die sog. Sollbesteuerung, nach der der Unternehmer seine Leistung bereits mit der Leistungserbringung und nicht erst mit der Entgeltvereinbarung zu versteuern hat, für verfassungsgemäß hält. Zwar ist der Unternehmer bei der Soll- anders als bei der Istbesteuerung zur Vorfinanzierung der Umsatzsteuer insoweit verpflichtet, als er die Umsatzsteuer für seine Leistungen ggf. bereits vor der Vereinnahmung der Umsatzsteuer von seinem Kunden an den Fiskus abzuführen hat.

Nach dem Urteil des BFH ist diese Ungleichbehandlung jedoch nicht zu beanstanden, da die Sollbesteuerung des Unternehmers bei Uneinbringlichkeit des Entgeltanspruchs nach § 17 Abs. 2 Nr. 1 UStG entfällt und an den Begriff der Uneinbringlichkeit zur Wahrung der Besteuerungsgleichheit keine übermäßigen Anforderungen gestellt werden dürfen. (BFH, Urt. v. 22.7.2010 – V R 4/09)

Pressemitteilung d. BFH v. 17.11.2010 ■

BFH: „Aus“ für das Asset-Backed-Securities-Modell

Der Bundesfinanzhof (BFH) hat durch Urteil vom 26.8.2010 – I R 17/09 entschieden, dass das sog. Asset-Backed-Securities-Modell als Gestaltungsmodell des Forderungsverkaufs – um einer gewerbesteuerrechtlichen Hinzurechnung zu entgehen – nicht erfolgreich sein kann, wenn das wirtschaftliche Eigentum an den Forderungen beim Gewerbetreibenden verblieben ist. Und dies ist dann der Fall, wenn er ungeachtet einer Abtretung der Forderungen wirtschaftlich das Risiko für den Geldeingang (das sog. Bonitätsrisiko) weiterhin trägt.

Zur Ermittlung der Bemessungsgrundlage der Gewerbesteuer ist dem Gewinn aus Gewerbebetrieb ein Teil der für Betriebs-schulden aufgebrauchten Zinsen hinzuzurechnen (im Streit-jahr 2002: die Hälfte der Entgelte für Schulden, die der Ver-stärkung des Betriebskapitals dienen; heute: ein Viertel der Summe aus Entgelten für Schulden). Ein gängiges Steuer-sparmodell zur Vermeidung dieser Hinzurechnung ist das sog. Asset-Backed-Securities-Modell. Dieses funktioniert wie folgt:

Die Forderungen werden an eine (ausländische) sog. Zweck-gesellschaft verkauft. Die Zweckgesellschaft refinanziert den Ankauf durch die Ausgabe von Wertpapieren („securities“), die wiederum aus den Eingängen auf die übertragenen Forderungen bedient werden sollen („asset backed“). Als Kaufpreis der Forderungen wird der Nennwert abzüglich eines Bonitätsabschlags vereinbart; dieser Abschlag steht dem verkaufenden Unternehmen aber über ein Ausgleichs-konto wieder zur Verfügung, wenn die Forderung vom Kunden beglichen wird. Der Forderungseinzug soll dabei (ohne Offenlegung der Abtretung) weiterhin durch das Unternehmen erfolgen.

Der BFH wertete den Inhalt der konkreten Vereinbarung dahin, dass das wirtschaftliche Eigentum an den Forderungen nicht auf die Zweckgesellschaft übergegangen sei. Die Höhe des Abschlags und die Möglichkeit des späteren Aus-gleichs deuteten darauf hin, dass das Risiko des Forde-rungsausfalls wirtschaftlich weiterhin vom Unternehmen zu tragen war. Die Vereinbarung sei deshalb als (darlehens-weise) Vorfinanzierung der Lieferungs- und Leistungserlöse zu qualifizieren, was die gewerbesteuerliche Hinzurechnung nicht ausschließe.

(BFH, Urt. v. 26.8.2010 – I R 17/09)

Pressemitteilung d. BFH v. 1.12.2010 ■

Steuerberaterhaftung

- Kenntnis des Steuerrechts
- Europarechtswidrigkeit
- Geldspielautomaten
- Verjährungsbeginn von Schadenersatzansprüchen
- Ende der Festsetzungsfrist

(BGH, Urt. v. 23.9.2010 – IX ZR 26/09)

Leitsätze:

1. Der mit der Anmeldung von Umsatzsteuer aus dem Betrieb von Geldspielautomaten betraute Steuerberater braucht den Mandanten auf eine etwaige Gemeinschaftswidrigkeit der Besteuerung erst hinzuweisen, sobald der Bundesfinanzhof dahin lautende Bedenken in einer Entscheidung, die dem Steuerberater bekannt sein muss, äußert.

2. Ein Steuerberater braucht eine nicht mit einem Leitsatz versehene Entscheidung des Bundesfinanzhofs, die lediglich in einer nicht amtlichen Entscheidungssammlung, aber in keiner der einschlägigen allgemeinen Fachzeitschriften abgedruckt wurde, vorbehaltlich anderer Hinweise nicht zu kennen.

3. Versäumt es der Steuerberater, im Anschluss an die beratungsfehlerfreie Abgabe von Jahresumsatzsteueranmeldungen auf eine danach bekannt gewordene Rechtsprechungsänderung durch einen Antrag auf Neufestsetzung zu reagieren, so beginnt die Verjährung eines Ersatzanspruchs des Mandanten erst mit dem Ende der Festsetzungsfrist zu laufen. ■

Zum Sachverhalt:

Der Kläger betraute die beklagte Steuerberatungsgesellschaft im Rahmen eines bis Januar 2004 andauernden Mandats mit der Wahrnehmung seiner steuerlichen Angelegenheiten. Die Beklagte gab für von dem Kläger in den Jahren 1995 bis 2000 aus dem Betrieb von Geldspielautomaten erzielte Umsätze bei dem Finanzamt Umsatzsteuerjahreserklärungen ab. Die Umsatzsteuerjahreserklärung für das Jahr 1995 ging am 11.2.1997, die für das Jahr 1996 am 9.1.1998, die für das Jahr 1997 am 25.1.1999, die für das Jahr 1998 am 13.3.2000, die für das Jahr 1999 am 20.10.2000 und die für das Jahr 2000 am 12.4.2002 bei dem Finanzamt ein. Aufgrund einer im Jahre 2003 durchgeführten Betriebsprüfung setzte das Finanzamt unter gleichzeitiger Aufhebung des Vorbehalts der Nachprüfung gegen den Kläger jeweils mit Bescheid vom 29.10.2003 für die Jahre 1998 bis 2000 die Umsatzsteuer fest.

Mit der am 27.12.2005 eingereichten und am 14.1.2006 zugestellten Klage nimmt der Kläger die Beklagte, die sich auf die Einrede der Verjährung beruft, wegen der für die Jahre 1995 bis 2000 entrichteten Umsatzsteuer auf Schadenersatzleistung von 32.929,41 EUR in Anspruch. Er meint, die Beklagte habe bereits ab dem Jahr 1995 erkennen müssen, dass Umsätze aus dem Betrieb von Glücksspielautomaten

nach dem Gemeinschaftsrecht nicht umsatzsteuerpflichtig seien und die dieser Wertung entgegenstehende deutsche Gesetzeslage keinen Bestand haben werde. Die Klage hatte in den Vorinstanzen lediglich in Höhe eines Betrages von 1.236,62 EUR Erfolg. Mit der von dem Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein abgewiesenes Zahlungsbegehren weiter.

Die Revision ist unbegründet, soweit der Kläger im Blick auf die Umsatzsteuererklärungen für die Jahre 1995 und 1996 Schadenersatz verlangt. Die weitergehende, die Jahre 1997 bis 2000 betreffende Revision hat hingegen Erfolg. Insoweit führt sie zum Erlass eines Grundurteils (§ 304 Abs. 1 ZPO) und zur Zurückverweisung der Sache an das Oberlandesgericht, das auf der Grundlage ergänzender Feststellungen über die Schadenhöhe zu entscheiden hat. ■

Aus den Gründen:

I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt: Die Beklagte habe keine Beratungspflicht verletzt, weil die Handhabung der steuerlichen Angelegenheiten des Klägers der damaligen Gesetzeslage entsprochen habe. Das FG Münster habe in einem Beschluss vom 15.9.2000 (5 V 4286/00, EFG 2001, 394) die Auffassung vertreten, es sei unzweifelhaft, dass aus in Gaststätten und Spielhallen aufgestellten Geldspielautomaten erzielte Umsätze nicht unter die Befreiungsregelung des § 4 Nr. 9 lit. b UStG fielen. Abweichende Auffassungen des Schrifttums habe der Berater bei Wahrnehmung seiner Aufgaben nicht berücksichtigen müssen. Erst nach dem Anfang des Jahres 2001 bekannt gewordenen Inhalt der Entscheidung des Bundesfinanzhofs vom 30.11.2000 (V B 187/00) sei es als ernsthaft zweifelhaft zu beurteilen gewesen, ob Umsätze aus Geldspielautomaten besteuert werden dürften. Darum sei eine Pflichtverletzung der Beklagten in den Jahren 1995 bis 2000 nicht gegeben.

Ferner habe keine Möglichkeit bestanden, die Finanzbehörden auf der Grundlage der Entscheidung des Bundesfinanzhofs vom 30.11.2000 zum Aufgreifen bereits bestandskräftig abgeschlossener Verfahren zu veranlassen.

Überdies seien Schadenersatzansprüche des Klägers nach der hier noch anwendbaren Regelung des § 68 StBerG a.F. verjährt. Die Verjährung habe mit der Einreichung der Steueranmeldungen bei dem Finanzamt zu laufen begonnen. Die Voraussetzungen eines Sekundäranspruchs seien nicht gegeben. Eine erneute Pflichtverletzung könne nur angenommen werden, wenn während des Laufs der Verjährungsfrist und vor Beendigung des Auftrags ein begründeter Anlass zur Belehrung eingetreten und diese dennoch unterblieben sei. Eine fehlerhafte Erklärungspraxis biete nicht ohne Weiteres Anlass, über eine auf dem nämlichen Fehler beruhende Haftung zu belehren. Ein Anlass zur Belehrung habe sich erst mit der Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften aus dem Jahre 2005 ergeben. Zu diesem Zeitpunkt sei jedoch die Primärverjährung abgelaufen und das Mandat bereits beendet gewesen.

II. Die dagegen gerichteten Angriffe der Revision haben überwiegend Erfolg.

1. Soweit es um die Abgabe der **Umsatzsteuererklärungen für die Jahre 1995 bis 2000** geht, scheidet ein Beratungsfehler der Beklagten aus. Zum Zeitpunkt der Einreichung sämtlicher Umsatzsteueranmeldungen war für die Beklagte noch kein begründeter Anhalt dafür gegeben, dass die von dem Kläger erzielten Umsätze infolge einer sich abzeichnenden Gemeinschaftswidrigkeit von § 4 Nr. 9 lit. b UStG in der seinerzeit maßgeblichen Fassung nicht der Umsatzsteuer unterliegen könnten.

a) Wegen der richtungsweisenden Bedeutung, die höchstrichterlichen Entscheidungen für die Rechtswirklichkeit zukommt, hat sich der Berater bei der Wahrnehmung seines Mandats **grundsätzlich an dieser Rechtsprechung auszurichten**. Maßgeblich ist die jeweils aktuelle **höchstrichterliche Rechtsprechung** im Zeitpunkt seiner Inanspruchnahme. Hierbei darf der Berater **in der Regel auf deren Fortbestand vertrauen**, weil von einer gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung nur in Ausnahmefällen abgewichen zu werden pflegt (BGHZ 178, 258, 262 Rdnr. 9 m.w.N.). Ebenso darf ein Steuerberater grundsätzlich auf die **Verfassungsmäßigkeit** des von der Steuerverwaltung angewendeten Steuergesetzes vertrauen. Die Verwaltung hat Gesetze trotz bestehender Zweifel an deren Verfassungsmäßigkeit anzuwenden. Gleiches gilt für die mit dem Steuerfall befassten Gerichte. Erst wenn ein Gericht von der Verfassungswidrigkeit einer entscheidungserheblichen Norm überzeugt ist, hat es das Verfahren auszusetzen und nach Art. 100 Abs. 1 GG eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts einzuholen; bloße verfassungsrechtliche Zweifel berechtigen noch nicht zur Vorlage an das Bundesverfassungsgericht (BGHZ 178, 258, 263 Rdnr. 12).

Danach kann sich nur ausnahmsweise die Pflicht ergeben, auf eine mögliche Verfassungswidrigkeit eines bislang als verfassungsgemäß behandelten Steuergesetzes hinzuweisen (BGHZ 178, 258, 263 Rdnr. 13). Der Steuerberater, der mit der Prüfung eines Steuerbescheides beauftragt ist, muss mit seinem Mandanten die Möglichkeit eines Einspruchs wegen möglicher Verfassungswidrigkeit des anzuwendenden Steuergesetzes nicht erörtern, **solange keine entsprechende Vorlage eines Finanzgerichts an das Bundesverfassungsgericht veröffentlicht ist oder sich ein gleich starker Hinweis auf die Verfassungswidrigkeit der Besteuerung aus anderen Umständen, insbesondere einer in ähnlichem Zusammenhang ergangenen, im Bundessteuerblatt veröffentlichten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, ergibt** (BGHZ 178, 258, 264 Rdnr. 15).

b) Diese Grundsätze sind auf den vorliegenden Fall, der die Gemeinschaftswidrigkeit einer Steuernorm betrifft, trotz abweichender Vorlagevoraussetzungen entsprechend anzuwenden. Bestehen Zweifel an der Vereinbarkeit des innerstaatlichen mit dem Gemeinschaftsrecht und versäumt das letztinstanzlich befassende Gericht das gemäß dem hier noch anzuwendenden Art. 234 Abs. 3 EGV gebotene Vorabentscheidungsersuchen an den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften, kann der Betroffene mit einer Rüge der Verletzung des Art. 101 Abs. 1 Satz 1 GG die Vorlage erzwingen (BVerfG, 3. Kammer des Ersten Senats, Beschl. v.

25.2.2010 – 1 BvR 230/09, ZIP 2010, 642 f Rdnr. 14 ff). Da der Beklagten bei Einreichung der letzten der Jahre 1995 bis 2000 betreffenden Umsatzsteuerjahreserklärung vom 12.4.2002 noch nicht die Möglichkeit einer Gemeinschaftswidrigkeit der maßgeblichen Regelung des § 4 Nr. 9 lit. b UStG bekannt sein musste, kann ihr im Zusammenhang mit der Abgabe sämtlicher Umsatzsteuerjahreserklärungen ein Beratungsfehler nicht angelastet werden.

aa) Der **Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften** hat durch **Urteil vom 11.6.1998** (C 283/95, R/W 1998, 644) entschieden, dass ein Mitgliedstaat unerlaubtes Glücksspiel nicht der Umsatzsteuer unterwerfen darf, wenn die Veranstaltung eines solchen Glücksspiels – konkret ging es um Roulette – durch eine zugelassene öffentliche Spielbank steuerfrei ist. Danach verbietet der Grundsatz der steuerlichen Neutralität bei der Erhebung der Umsatzsteuer eine allgemeine Differenzierung zwischen erlaubten Umsätzen und unerlaubten Geschäften. Der **Bundesfinanzhof** hat in seinem **Beschluss vom 30.11.2000** (V B 187/00, BFH/NV 2001, 657) **im Rahmen eines Antrags auf Aussetzung der sofortigen Vollziehung** die Besteuerung von Umsätzen aus Geldspielautomaten generell als ernstlich zweifelhaft erachtet. Zur Begründung hat er ausgeführt (a.a.O., 658), dass es mit dem Grundsatz der steuerlichen Neutralität unvereinbar sein könnte, für die Besteuerung von Geldspielautomatenumsätzen danach zu unterscheiden, ob sie in und von öffentlich zugelassenen Spielbanken ausgeführt werden oder nicht. Ferner bedürfe es der Prüfung, ob das für die Mitgliedstaaten geltende Verbot, die unerlaubte Veranstaltung eines Glücksspiels der Umsatzsteuer zu unterwerfen, wenn die Veranstaltung eines solchen Glücksspiels durch eine zugelassene öffentliche Spielbank steuerfrei ist, nicht erst recht auch für erlaubte Veranstaltungen eines Glücksspiels gelten müsse.

Auf den **Vorlagebeschluss des Bundesfinanzhofs vom 6.11.2002** (V R 7/02, BFHE 200, 149) hat der **Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften** durch **Urteil vom 17.2.2005** (C 453/02 und 462/02, EuZW 2005, 210) erkannt, dass das Gemeinschaftsrecht nationalen Rechtsvorschriften entgegensteht, wonach die Veranstaltung oder der Betrieb von Glücksspielen und Glücksspielgeräten aller Art in zugelassenen öffentlichen Spielbanken steuerfrei ist, während diese Steuerbefreiung für die Ausübung der gleichen Tätigkeit durch Wirtschaftsteilnehmer, die nicht Spielbankbetreiber sind, nicht gilt. Daran anknüpfend hat der **Bundesfinanzhof** durch **Urteil vom 12.5.2005** (V R 7/02, BFHE 210, 164) entschieden, dass sich ein Aufsteller von Geldspielautomaten auf die Steuerfreiheit seiner Umsätze nach Art. 13 Teil B lit. f der Richtlinie 77/388/EWG in dem Sinne berufen kann, dass die Vorschrift des § 4 Nr. 9 lit. b UStG keine Anwendung findet.

bb) Bei dieser Sachlage kann in der Abgabe der Umsatzsteuerjahreserklärungen durch die Beklagte für die Jahre 1995 bis 1999 ein Beratungsfehler nicht erblickt werden. Die Beklagte hat die **Umsatzsteuerjahreserklärungen der Jahre 1995 bis 1999** – für das letztgenannte Jahr am 20.10.2000 – **jeweils vor Erlass des Beschlusses des Bundesfinanzhofs vom**

30.11.2000 (a.a.O.) abgegeben, wo vor dem Hintergrund der Steuerfreiheit in Spielbanken veranstalteten Automaten-glücksspiels erstmals Bedenken gegen die Zulässigkeit der Besteuerung außerhalb von Spielbanken veranstalteter erlaubter Automaten-glücksspiele geäußert worden waren. Bis dahin brauchte die Beklagte selbständige Rückschlüsse darauf, dass die Besteuerung auch des erlaubten Glücksspiels mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbar sein könnte, nicht zu ziehen.

(1) Der **Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften** hatte im **Urteil vom 5.5.1994** (C 38/93) gegen die Umsatzsteuerpflicht von in Gaststätten mit Geldspielautomaten erzielten Umsätzen keine gemeinschaftsrechtlichen Bedenken erhoben (*BStBl II 1994, 548*). Hinweise für die generelle Unzulässigkeit einer Besteuerung dieser Umsätze konnten auch nicht seinem Urteil vom 11.6.1998 entnommen werden, das lediglich die Freistellung des verbotenen Glücksspiels von der Umsatzsteuerpflicht anordnete, wenn die Veranstaltung eines solchen Glücksspiels durch eine zugelassene öffentliche Spielbank steuerfrei war. Die Entscheidung behielt den Mitgliedstaaten ausdrücklich vor, die Bedingungen und Grenzen einer Befreiung des erlaubten Glücksspiels von der Umsatzsteuer festzulegen (*a.a.O., 645 Rdnr. 25*). Die in dem Verfahren von der Kommission vertretene Auffassung, dass kein absolutes Verbot der Besteuerung von Glücksspielen bestehe, wurde von dem Gerichtshof nicht beanstandet (*a.a.O., Rdnr. 26; Lausterer, UR 1998, 361, 364*). Demzufolge war der Gerichtshof in der Entscheidung aus dem Jahr 1998 lediglich einer Differenzierung zwischen erlaubtem und unerlaubtem Glücksspiel entgegengetreten und hatte daraus gefolgert, dass eine Steuerbefreiung nicht allein erlaubtem Glücksspiel vorbehalten werden dürfe (*a.a.O., 645 Rdnr. 28; ebenso BGH, Beschl. v. 17.8.1998 – 5 StR 59/97, HFR 1999, 410*).

Die ausschließlich auf das unerlaubte Glücksspiel bezogenen Ausführungen im Urteil vom 11.6.1998 waren mithin für die vorliegende Gestaltung eines erlaubten Glücksspiels nicht einschlägig. **Zwar mag es bei einer rückschauenden Bewertung naheliegen, die Entscheidung bereits im Sinne der Umsatzsteuerfreiheit auch des erlaubten Glücksspiels zu deuten** (vgl. *EuGH, Urt. v. 17.2.2005, a.a.O., 211 Rdnr. 28; dagegen aber etwa Birk/Jahndorf, UR 2002, 289, 294*). **Diese Schlussfolgerung hatte aber seinerzeit der Gerichtshof selbst nicht gezogen**, weil er nicht etwa eine bestehende generelle umsatzsteuerrechtliche Privilegierung des erlaubten auf das unerlaubte Glücksspiel erstreckt hatte. Vielmehr hatte er aus der im konkreten Einzelfall gegebenen Umsatzsteuerfreiheit des in Spielbanken ausgeübten erlaubten auch die Umsatzsteuerfreiheit eines gleichartigen unerlaubten Glücksspiels hergeleitet. Er war aber gerade nicht davon ausgegangen, dass infolge der Umsatzsteuerfreiheit von in Spielbanken ausgeübtem Glücksspiel außerhalb veranstaltete gleichartige erlaubte Glücksspiele ebenfalls nicht umsatzsteuerpflichtig sind und diese Vergünstigung mithin auch dem unerlaubten Glücksspiel zustatten kommt. Mithin hatte er insbesondere nicht die Forderung erhoben, erlaubtes Glücksspiel, soweit es dem in Spielbanken veranstalteten Glücksspiel entspricht, allgemein von der Umsatzsteuerpflicht zu entbinden.

(2) Vor diesem Hintergrund konnten nach deutschem Recht ohne Widerspruch zu dem Urteil vom 11.6.1998 weiterhin erlaubte Glücksspiele, die weder der Rennwett- und Lotteriesteuer noch der Spielbankenabgabe unterlagen, nach § 4 Nr. 9 lit. b UStG der Umsatzsteuer unterworfen werden (vgl. *Rau/Dürrwächter/Klenk, UStG 8. Aufl., Lieferung September 2000, § 4 Nr. 9 Rdnr. 173*). Dies entsprach Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung, den Spielvorgang entweder mit Rennwett- und Lotteriesteuer bzw. der Spielbankenabgabe oder Umsatzsteuer zu belegen (*Offerhaus/van Nahmen, UStG, 129. Erg.-Lieferung Juni 2000, § 4 Nr. 9 Rdnr. 51; Dziadkowski, UVR 1998, 289, 293*). Umsätze aus erlaubtem Glücksspiel waren aus dieser Warte nicht deswegen von der Umsatzsteuer auszunehmen, weil solche Umsätze steuerfrei in einer Spielbank ausgeführt werden konnten (*FG Münster, Beschl. v. 15.9.2000 – 5 V 4286/00, EFG 2001, 394, 395*). Dem Gesetzgeber wurde als Folgerung aus dem Urteil vom 11.6.1998 lediglich empfohlen, die allein im Blick auf unerlaubtes Glücksspiel entstandene Gesetzeslücke durch dessen Einbeziehung in die Rennwett- und Lotteriesteuer zu schließen (*Offerhaus/van Nahmen, a.a.O., § 4 Nr. 9 Rdnr. 54; vgl. auch EuGH, Urt. v. 11.6.1998, a.a.O., 645 Rdnr. 30*).

(3) In Einklang mit den vorstehenden Erwägungen war das Urteil vom 11.6.1998 **in den einschlägigen Erläuterungswerken lediglich dahin verstanden worden, dass die unerlaubte Veranstaltung eines Glücksspiels unter die Steuerbefreiung fällt, die einem erlaubten Glücksspiel zuteil wird** (*Bunjes/Geist/Heidner, UStG 6. Aufl. 2000, § 4 Nr. 9 Rdnr. 15; Birkenfeld, Das große Umsatzsteuerhandbuch, Lieferung 21.10.1999, Rdnr. 338.5; ders., a.a.O., Lieferung 23.3.2000, Rdnr. 338.11; Offerhaus/van Nahmen, a.a.O., § 4 Nr. 9 Rdnr. 52 ff; Sölch/Ringleb/Möblang, UStG, 43. Erg.-Lieferung Januar 2000, § 4 Rdnr. 30; ders., a.a.O., 44. Erg.-Lieferung September 2000*). In einem Besprechungsaufsatz wurde die Entscheidung in dem Sinne interpretiert, dass die Mitgliedstaaten weiter berechtigt seien, auf bestimmte Formen des Glücksspiels Umsatzsteuer zu erheben, jedoch eine dem erlaubten Glücksspiel vorbehaltene Steuerbefreiung auch dem unerlaubten Glücksspiel zugute kommen müsse (*Lausterer, a.a.O.*).

Weitergehende Überlegungen zur Umsatzsteuerfreiheit des erlaubten Glücksspiels sind auf der Grundlage des Urteils vom 11.6.1998 in Schrifttum und Rechtsprechung bis zum Beschluss des Bundesfinanzhofs vom 30.11.2000, der seine rechtlichen Zweifel an der Vereinbarkeit der Umsatzsteuerpflicht des Glücksspiels mit dem Gemeinschaftsrecht durch keinerlei Rechtsprechungs- und Schrifttumsnachweise unterlegt, nicht angestellt worden. Insbesondere ist nicht die Auffassung vertreten worden, dass infolge der Umsatzsteuerfreiheit der Spielbanken in anderem Rahmen veranstaltete gleichartige erlaubte Glücksspiele von der Umsatzsteuer zu entbinden sind.

Eine auch nur in Ansätzen in die Richtung der späteren Rechtsentwicklung weisende wissenschaftliche Diskussion hatte sich bis zur Abgabe der Umsatzsteuerjahreserklärung für das Jahr 1999 durch die Beklagte am 20.10.2000 nicht herausgebildet.

Auch die Revision vermag entsprechende Stellungnahmen nicht aufzuzeigen. Mithin kann der Beklagten die Abgabe der Umsatzsteuerjahreserklärungen für die Jahre 1995 bis 1999 nicht als Pflichtwidrigkeit vorgeworfen werden.

c) Auch die Abgabe der **Umsatzsteuerjahreserklärung für das Jahr 2000** durch die Beklagte am **12.4.2002** stellt keinen Beratungsfehler dar, weil der Beklagten die lediglich vereinzelt veröffentlichte **Entscheidung des Bundesfinanzhofs vom 30.11.2000 (a.a.O.)**, nach deren Inhalt die Steuerpflicht von Umsätzen aus Glückspiel ernsthaften gemeinschaftsrechtlichen Bedenken ausgesetzt war, **nicht bekannt sein musste**.

aa) Der Rechtsberater hat seine Tätigkeit für den Mandanten in erster Linie an der höchstrichterlichen Rechtsprechung auszurichten; denn diese hat richtungsweisende Bedeutung für Entwicklung und Anwendung des Rechts. Der Berater muss sich deshalb über die Entwicklung der **höchststrichterlichen Rechtsprechung** nicht nur anhand der amtlichen Sammlungen, sondern auch der einschlägigen Fachzeitschriften unterrichten. **Strengere Anforderungen sind jedoch zu stellen, wenn ein Rechtsgebiet ersichtlich in der Entwicklung begriffen und (weitere) höchstrichterliche Rechtsprechung zu erwarten ist. Dann muss ein Berater, der eine Angelegenheit aus diesem Bereich zu bearbeiten hat, auch Spezialzeitschriften in angemessener Zeit durchsehen** (BGH, *Urt. v. 21.9.2000 – IX ZR 127/99, WM 2000, 2431, 2435*).

bb) Danach kann aus der Nichtberücksichtigung der Entscheidung des Bundesfinanzhofs vom 30.11.2000 (a.a.O.) ein Beratungsfehler nicht hergeleitet werden.

(1) Im Streitfall können bereits im Ausgangspunkt keine gesteigerten Anforderungen an die Beobachtungs- und Recherchierungspflicht der Beklagten gestellt werden, weil die **Rechtslage nach Ablauf von mehr als zwei Jahren seit der letzten diesen Bereich betreffenden Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften** (*Urt. v. 11.6.1998, a.a.O.*) keine besonderen Entwicklungstendenzen erkennen ließ und neue höchstrichterliche Rechtsprechung bis zu dem Beschluss des Bundesfinanzhofs vom 30.11.2000 (a.a.O.) nicht zu erwarten war. Auch im Schrifttum fanden sich – wie unter 1. b), bb), (3) näher ausgeführt – keine Äußerungen, die rechtliche Bedenken gegen die Umsatzsteuerpflicht nahelegten und damit Anlass für die Erwartung einer klärenden höchstrichterlichen Entscheidung gaben.

(2) Der Bundesfinanzhof hat die hier maßgebliche Entscheidung vom 30.11.2000 (a.a.O.) **weder für die amtliche Sammlung bestimmt noch überhaupt mit einem Leitsatz versehen**. Der letztgenannte Umstand kann dazu beigetragen haben, dass die für eine große Vielzahl von Fällen bedeutsame und darum durchaus veröffentlichungswürdige Entscheidung in den steuerrechtlichen Fachzeitschriften eine denkbar geringe Resonanz gefunden hat. Der Beschluss wurde ausweislich der Nachweise, die der Juris-Datenbank entnommen werden können, in voller Länge außer in „**BFH/NV**“ lediglich in der „**Steuerrechtsprechung in Karteiform**“, die zwischenzeitlich offenbar eingestellt wurde, abgedruckt. Die weiteren angegebenen Fundstellen „**StuB**“ (Steuern und Bilanzen),

„**BFH-PR**“ sowie „**D-spezial**“ (Steuer- und Wirtschaftsrecht in den neuen Bundesländern, 1991–2005) enthielten nur den Abdruck eines redaktionellen Leitsatzes bzw. eine Kurzwiedergabe.

(3) Der rechtliche Berater **muss jedoch nur über die in den amtlichen Sammlungen und in den einschlägigen allgemeinen Fachzeitschriften veröffentlichten Entscheidungen der obersten Bundesgerichte orientiert sein** (BGH, *Beschl. v. 18.1.1952 – I ZB 13/51, NJW 1952, 425; Urt. v. 21.9.2000, a.a.O.*). An einer derartigen Veröffentlichung fehlt es hier.

Da sich die amtlichen Sammlungen der obersten Gerichtshöfe bekanntermaßen auf den Abdruck besonders gewichtiger Entscheidungen beschränken und die Gerichtshöfe insoweit eine Vorauswahl treffen, gehört es zur ordnungsgemäßen Berufsausübung eines rechtlichen Beraters, sich über diese grundlegenden Entscheidungen, die auch bei einer Veröffentlichung durch Fachzeitschriften vielfach eigens gekennzeichnet werden, fortlaufend zu unterrichten. Vom Inhalt der nicht in den amtlichen Sammlungen enthaltenen Entscheidungen hat sich der Rechtsberater mithilfe der einschlägigen allgemeinen Fachzeitschriften zu informieren.

Angesichts der auch für rechtliche Berater nur schwer überblickbaren Fülle der Rechtsprechung der obersten Bundesgerichte übernehmen die einschlägigen allgemeinen Fachzeitschriften eine Filterfunktion, indem sie die für die Praxis allgemein bedeutsamen Entscheidungen abdrucken, einzelne besonders gewichtige – etwa für die amtliche Sammlung bestimmte – Entscheidungen zeitlich bevorzugt veröffentlichen oder auch zusätzlich mit einer Anmerkung oder einem Besprechungsaufsatz versehen und auf den Abdruck weniger bedeutsamer Entscheidungen verzichten. Unterliegt der rechtliche Berater – wie im Streitfall – keiner gesteigerten Beobachtungs- und Recherchierungspflicht, darf er grundsätzlich darauf vertrauen, durch die Lektüre dieser einschlägigen Fachzeitschriften über aktuelle Entwicklungen in Rechtsprechung und Schrifttum hinreichend orientiert zu werden.

(4) **Angesichts des durch die vereinzelt veröffentlichten vermittelten geringen Verbreitungsgrades kann der Beklagten nicht vorgeworfen werden, die Entscheidung des Bundesfinanzhofs vom 30.11.2000 (a.a.O.) nicht zur Kenntnis genommen zu haben.**

Von dem Steuerberater kann grundsätzlich verlangt werden, dass er über eine in wenigstens einer „einschlägigen allgemeinen Fachzeitschrift“ veröffentlichte höchstrichterliche Entscheidung im Bilde ist (*Fahrendorf in: Fahrendorf/Menne-meyer/Terbille, Die Haftung des Rechtsanwalts 8. Aufl., Rdnr. 512*). **Vorliegend kann offenbleiben, welche Periodika zu den „einschlägigen allgemeinen Fachzeitschriften“ zu rechnen sind.** Insoweit wird im Schrifttum erwogen, dass der Steuerberater jedenfalls das – vom Bundesfinanzministerium herausgegebene und darum keine eigentliche Fachzeitschrift darstellende – „Bundessteuerblatt“ und als Organ der Bundessteuerberaterkammer das „Deutsche Steuerrecht“ zu beachten hat (*Gräfe/Lenzen/Schmeer, Steuerberaterhaftung 4. Aufl., Rdnr. 237*). Die hier betroffenen, wenig verbreiteten

Periodika „Steuerrechtsprechung in Karteiform“, „StuB“, „BFH-PR“ und „D-spezial“ gehören jedenfalls nicht zu dem – möglicherweise weiter zu ziehenden – Kreis der ständig zu verfolgenden Periodika.

(5) Die Beklagte musste – zumal sie hier keine gesteigerte Beobachtungs- und Recherchierungspflicht traf – mit der in keiner der einschlägigen Fachzeitschriften, sondern nur in der Sammlung BFH/NV veröffentlichten Entscheidung des Bundesfinanzhofs nicht vertraut sein.

Mag es auch wünschenswert sein, dass ein Rechtsberater sich über die gesamte, seine Tätigkeit betreffende höchstrichterliche Rechtsprechung lückenlos auf dem Laufenden hält, so kann gegenwärtig nicht verlangt werden, dass er schlechthin jede in seinen Arbeitsbereich fallende höchstrichterliche – hier nicht einmal mit einem Leitsatz versehene – Entscheidung kennt (vgl. Heinemann in: *Vollkommer/Greger/Heinemann, Anwaltschaftsrecht* 3. Aufl., § 11 Rdnr. 21). **Da ein Rechtsberater neben der Rechtsprechung auch aktuelle Entwicklungen in Gesetzgebung und Literatur zu verfolgen hat, kann von ihm grundsätzlich nur die Lektüre der einschlägigen allgemeinen Fachzeitschriften erwartet werden, wo sich diese Informationen dank einer redaktionellen Aufarbeitung gebündelt auffinden lassen.**

Eine über die einschlägigen allgemeinen Fachzeitschriften hinausgehende Sichtung des gesamten Entscheidungsmaterials eines obersten Gerichtshofs würde die Pflichten eines Rechtsberaters schon **wegen des damit verbundenen Zeitaufwands überspannen**, zumal vollständige Entscheidungssammlungen nicht für alle obersten Gerichtshöfe angeboten werden. Solange daher auf ernstliche Rechtszweifel gestützte **Aussetzungsbeschlüsse des Bundesfinanzhofs unzureichend veröffentlicht** werden, obwohl sie für die Beratungspraxis als Hinweis auf mögliche Zukunftsentscheidungen, die bereits gegenwärtige Berücksichtigung verlangen, besonders wichtig sind, kann dem steuerlichen Berater ihre Unkenntnis haftungsrechtlich nicht vorgeworfen werden. **Ob bei einer fortschreitenden, einen einfachen, raschen und kostengünstigen Zugriff gestattenden Informationstechnologie in Zukunft strengere Anforderungen an die Kenntnis höchstrichterlicher Entscheidungen zu stellen sind, kann vorliegend offenbleiben.**

Besteht keine Verpflichtung zu einer ausnahmslosen Kenntnis der höchstrichterlichen Rechtsprechung, kann von dem Berater die vollständige Auswertung der Zeitschrift BFH/NV, bei der es sich um eine keine redaktionellen Beiträge enthaltende Rechtsprechungssammlung handelt, **grundsätzlich nicht gefordert werden**. Die Beklagte durfte vielmehr darauf vertrauen, über etwaige neue Rechtsentwicklungen durch die einschlägigen allgemeinen steuerrechtlichen Fachpublikationen unterrichtet zu werden. Darum war ein Tätigwerden erst auf den für die amtliche Sammlung bestimmten Vorlagebeschluss des Bundesfinanzhofs vom 6.11.2002 (a.a.O.) geboten.

cc) Soweit sich der Kläger darauf beruft, den Beklagten durch Übermittlung eines Rundschreibens des Automaten-

Verbands R. auf die Entscheidung des Bundesfinanzhofs vom 30.11.2000 hingewiesen zu haben, ist das Vorbringen mangels hinreichender Substantiierung unbeachtlich.

Der Beklagte hat in der Klageerwidlung geltend gemacht, der Kläger sei durch zwei Rundschreiben des Automatenverbands R. vom 28.5.2001 und vom 21.2.2002 über die Rechtslage unterrichtet worden, sei aber nicht der darin enthaltenen Empfehlung gefolgt, die Rundschreiben an seinen Steuerberater – also die Beklagte – weiterzuleiten. Der Kläger hat darauf repliziert, tatsächlich habe er die beiden Rundschreiben der Beklagten mittels Fax zur Kenntnis gegeben. Es fehlt jedoch an jeder Darlegung, wann die Faxübermittlung stattgefunden haben soll. Da beide Rundschreiben zu verschiedenen Zeitpunkten an die Empfänger versandt wurden, hätte es, um der Beklagten eine Einlassung zu ermöglichen, zumindest **einer zeitlichen Konkretisierung der Übermittlungsvorgänge** bedurft.

2. Jedoch ist ein Schadenersatzanspruch des Klägers im Blick auf die Umsatzsteuererklärungen für die Jahre 1997 bis 2000 gegeben, **weil es die Beklagte versäumt hat, vor Ablauf der Festsetzungsfrist auf die durch den in der amtlichen Sammlung veröffentlichten Beschluss des Bundesfinanzhofs vom 6.11.2002 (a.a.O.) zugunsten des Klägers geänderte Rechtslage zu reagieren. Dagegen scheidet ein Schadenersatzanspruch mangels einer Verpflichtung der Beklagten zu einem Tätigwerden bis zum Ablauf der Festsetzungsfristen am 31.12.2001 und 31.12.2002 für die Steuerjahre 1995 und 1996 aus.**

a) Die seitens der Beklagten für den Kläger abgegebenen jährlichen Umsatzsteuererklärungen (§ 18 Abs. 3 Satz 1 UStG) standen nach der Regelung des § 168 Satz 1 AO einer Steuerfestsetzung unter dem Vorbehalt der Nachprüfung gleich.

Ein solcher Nachprüfungsvorbehalt hat zur Folge, dass die Steuerfestsetzung von Amts wegen oder auf Antrag des Steuerpflichtigen jederzeit aufgehoben oder abgeändert werden kann (§ 164 Abs. 2 Sätze 1 und 2 AO). **Der Vorbehalt der Nachprüfung entfällt**, wenn das Finanzamt diesen aufhebt (§ 164 Abs. 3 Satz 1 AO), ansonsten **mit Ablauf der Festsetzungsfrist** (§ 164 Abs. 4 Satz 1 AO), **welche im Fall der Umsatzsteuer vier Jahre beträgt** (§ 169 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 AO) und mit dem Ablauf des Kalenderjahres beginnt, in welchem die Steueranmeldung eingereicht wurde (§ 170 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 AO).

Auch eine Steueranmeldung, welche einem unter dem Vorbehalt der Nachprüfung stehenden Steuerbescheid gleichsteht, kann mit Einspruch und Anfechtungsklage angefochten werden (Cöster in: *Pahlke/Koenig, AO* 2. Aufl., § 168 Rdnr. 26). **Die Monatsfrist zur Einlegung des Einspruchs beginnt hier mit der Steueranmeldung** (§ 355 Abs. 1 Satz 2 AO). Legt der Steuerpflichtige keinen Einspruch ein, wird die einer Steuerfestsetzung unter dem Vorbehalt der Nachprüfung stehende Steueranmeldung zwar formell bestandskräftig; **die formelle Bestandskraft lässt jedoch die Möglichkeit unberührt, den Bescheid innerhalb der Nachprüfungsfrist**

nach der Regelung des § 164 AO abzuändern (Koenig in: *Pahlke/Koenig, a.a.O.*, § 172 Rdnr. 8). Die Abänderungsbefugnis nach § 164 AO ermöglicht dabei die umfassende Überprüfung des Steuerbescheids auch im Hinblick auf solche Gesichtspunkte, welche zum Zeitpunkt des Erlasses des Vorbehaltsbescheids schon bekannt waren (*BFHE 198, 184, 190 f.*). Das Unterlassen des Steuerpflichtigen, den unter Vorbehalt der Nachprüfung stehenden Bescheid anzufechten, führt somit zu keiner materiellen Präklusion von Einwendungen.

b) Vor diesem Hintergrund hätte die Beklagte nach der spätestens im Frühjahr des Jahres 2003 anzunehmenden Kenntnis von dem Beschluss des Bundesfinanzhofs vom 6.11.2002 (a.a.O.) innerhalb der noch offenen Festsetzungsfristen eine Neufestsetzung der Umsatzsteuer beantragen müssen.

aa) Soweit die Umsatzsteuererklärungen vom 11.2.1997 und 9.1.1998 für die Steuerjahre 1995 und 1996 in Rede stehen, war allerdings der Vorbehalt der Nachprüfung am 31.12.2001 und 31.12.2002 abgelaufen. Da der Beschluss des Bundesfinanzhofs vom 6.11.2002 (a.a.O.) laut der in der *Juris*-Datenbank enthaltenen Nachweise erst im Jahr 2003 veröffentlicht wurde (*vgl. etwa DStRE 2003, 179*), bestand keine Verpflichtung der Beklagten, für diese Jahre eine Neufestsetzung zu beantragen.

bb) Anders verhält es sich hingegen für die Jahre 1997 bis 2000. Für das Jahr 1997 lief die Festsetzungsfrist am 31.12.2003, für die Folgejahre 1998 bis 2000 wegen der Aufhebung des Vorbehalts durch die im Anschluss an die Betriebsprüfung ergangenen Bescheide am 29.10.2003 ab.

Hier bestand für die Beklagte bei pflichtgemäßem Vorgehen mit Rücksicht auf den Beschluss des Bundesfinanzhofs vom 6.11.2002 ohne Weiteres die Möglichkeit, im Interesse des Klägers eine Neufestsetzung zu beantragen. Insoweit ist der Beklagten ein Beratungsfehler anzulasten, der dem Grunde nach eine Schadenersatzpflicht auslöst.

c) Diese Schadenersatzansprüche sind nicht verjährt.

aa) Für den **Beginn der Verjährung** ist gemäß Art. 229 § 12 Abs. 1 Satz 1 Nr. 13, Satz 2, § 6 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3 EGBGB die mit Wirkung vom 15.12.2004 durch Art. 16 Nr. 2 des Gesetzes zur Anpassung von Verjährungsvorschriften an das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 9.12.2004 (BGBl I, 3214) aufgehobene Vorschrift des § 68 StBerG hier anwendbar, weil die geltend gemachten Ansprüche vor dem 15.12.2004 entstanden sind (*BGH, Urt. v. 17.12.2009 – IX ZR 4/08, WM 2010, 629 Rdnr. 6*). Die Dauer der Verjährung bestimmt sich nach § 195 BGB – in Übereinstimmung mit der früheren Regelung des § 68 StBerG – auf drei Jahre (*BGH, Urt. v. 12.11.2009 – IX ZR 152/08, WM 2010, 372, 373 Rdnr. 7*).

bb) Die dreijährige Verjährungsfrist war im Zeitpunkt der infolge der alsbaldigen Zustellung (§ 167 ZPO) maßgeblichen Klageeinreichung am 27.12.2005 nicht abgelaufen.

aa) **Regelmäßig beginnt die Verjährung** für einen Anspruch gegen einen Steuerberater, der steuerliche Nachteile seines Mandanten verschuldet hat, nicht erst mit der Bestandskraft, sondern bereits **mit der Bekanntgabe des belastenden Steuerbescheids**. Besteht der Schaden des Auftraggebers in vermeidbaren Umsatzsteuern infolge fehlerhafter Selbstveranlagung, entspricht diesem Zeitpunkt die Einreichung der Umsatzsteueranmeldung beim Finanzamt. Dies beruht auf dem Umstand, dass die Umsatzsteuer von dem Unternehmer jährlich anzumelden ist (§ 18 Abs. 3 Satz 1 UStG) und die Anmeldung gemäß § 168 Satz 1 AO einer Steuerfestsetzung unter dem Vorbehalt der Nachprüfung gleichsteht (*BGH, Urt. v. 14.7.2005 – IX ZR 284/01, WM 2005, 2106, 2107; Urt. v. 29.5.2008 – IX ZR 222/06, WM 2008, 1416, 1417 Rdnr. 19; Urt. v. 5.3.2009 – IX ZR 172/05, WM 2009, 863, 864 Rdnr. 11*).

Das kann aber nicht gelten, wenn das pflichtwidrige Verhalten des Steuerberaters erst nach Erlass des Steuerbescheids einsetzt. Besteht die Pflichtwidrigkeit darin, dass der gebotene Rechtsbehelf gegen den Bescheid nicht eingelegt wird, so entsteht der Schaden in dem Augenblick, in dem der Steuerpflichtige von sich aus nicht mehr durch einen Rechtsbehelf die Abänderung des Steuerbescheids erwirken kann; **die eng begrenzten Abänderungsmöglichkeiten nach § 173 AO reichen nicht aus, den Eintritt des Schadens erst für den Zeitpunkt anzunehmen, von dem an auch sie nicht mehr bestehen** (*BGH, Urt. v. 20.6.1996 – IX ZR 100/95, WM 1996, 2066, 2067; Urt. v. 12.2.1998 – IX ZR 190/97, WM 1998, 786, 787*).

bb) Da der Beklagten im Blick auf die Abgabe der Umsatzsteuerjahreserklärungen für die Jahre 1997 bis 2000 keine Pflichtwidrigkeit angelastet wird, hat sich ein Schaden nicht bereits mit der Anmeldung verwirklicht. Vielmehr wird der Beklagten vorgeworfen, bis zum Ablauf der Festsetzungsfristen einen Antrag auf eine Neufestsetzung versäumt zu haben. **Diese Nachlässigkeit steht der unterlassenen Einlegung eines gebotenen Rechtsbehelfs gleich.** Ein Antrag auf Neufestsetzung könnte für das Jahr 1997 bis zum 31.12.2003 und für die Folgejahre 1998 bis 2000 bis zum 29.10.2003 gestellt werden. **Die von diesen Zeitpunkten an laufende Verjährungsfrist von drei Jahren war im Zeitpunkt der Klageeinreichung am 27.12.2005 noch nicht verstrichen.** Mithin geht die von der Beklagten erhobene Verjährungseinrede ins Leere.

Danach ist die Revision zurückzuweisen (§ 561 ZPO), soweit die Klage die Steuerjahre 1995 und 1996 zum Gegenstand hat. Bezüglich der Steuerjahre 1997 bis 2000 ist die Revision hingegen begründet und das angefochtene Urteil aufzuheben (§ 562 ZPO). Eine abschließende Entscheidung (§ 563 Abs. 3 ZPO) ist dem Senat mangels tatrichterlicher Feststellungen zur Schadenhöhe verwehrt. Der Senat kann jedoch, weil die Klageforderung mit hoher Wahrscheinlichkeit in irgendeiner Höhe besteht, ein Urteil über den Grund des Anspruchs (§ 304 Abs. 1 ZPO) erlassen (*BGH, Urt. v. 7.3.2005 – II ZR 144/03, WM 2005, 1624, 1625; v. 15.12.1994 – IX ZR 18/94, ZIP 1995, 297, 300; v. 17.9.1998 – IX ZR 237/97, ZIP 1998, 1793, 1797*). (...) ■

Steuerberaterhaftung

- Verjährungshemmung
- Verhandlungen
- Aufforderungsschreiben
- Anfechtung des Steuerbescheids
- Darlegung im Finanzgerichtsprozess
(BGH, Beschl. v. 11.3.2010 – IX ZR 68/08)

Leitsätze (d. Red.):

1. Verhandlungen i.S.d. § 203 BGB werden nicht allein dadurch begründet, dass eine Seite Ansprüche anmeldet. Das betrifft auch den Zeitraum bis zum Antwortschreiben.
2. Durch die Anfechtung von Steuerbescheiden wird keine Verhandlung i.S.d. § 203 BGB über den Regressanspruch in Gang gesetzt.
3. Der Vortrag im Finanzgerichtsprozess, dass der Bevollmächtigte dem Kläger eine bestimmte Auskunft gegeben hat, besagt nichts über die Berechtigung eines Regressanspruchs. Ein Anerkenntnis ist darin nicht zu erblicken. ■

Aus den Gründen:

Die zulässige Nichtzulassungsbeschwerde hat in der Sache keinen Erfolg. Weder hat die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung, noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts (§ 543 Abs. 2 ZPO).

1. Das Berufungsgericht hat keinen von der höchstrichterlichen Rechtsprechung abweichenden **Begriff der Verhandlungen i.S.d. § 203 BGB** zugrunde gelegt und insbesondere nicht verkannt, dass Verhandlungen auch durch die **Mitteilung** des in Anspruch Genommenen begründet werden können, **er werde die Angelegenheit seinem Haftpflichtversicherer vorlegen**. Das Berufungsgericht hat vielmehr das Schreiben des Beklagten vom 28.9.2003 in der Weise ausgelegt, der Beklagte lehne die Erörterung von Regressansprüchen ab, während hieraus nicht die Erklärung entnommen werden könne, die Angelegenheit dem Haftpflichtversicherer zuzuleiten. Auf der Grundlage dieser tatrichterlichen Würdigung, gegen welche die Nichtzulassungsbeschwerde keine zulassungsrelevanten Rügen vorbringt, vermochte das Schreiben des Beklagten vom 28.9.2003 keine Verhandlungen zu begründen.

Eine **Hemmung der Verjährung** ist auch nicht **zwischen dem Aufforderungsschreiben** des Klägers vom 24.8.2003, auf die Einrede der Verjährung zu verzichten, **und dem Antwortschreiben** des Beklagten vom 28.9.2003 erfolgt. Verhandlungen i.S.d. § 203 BGB werden nicht allein dadurch begründet, dass eine Seite Ansprüche anmeldet, sofern sich nicht die Gegenseite auf einen Meinungs austausch einlässt (*Staudinger/Peters, BGB 2004, § 203 Rnr. 9*). Der insoweit geltend gemachte Gehörsverstoß (Art. 103 Abs. 1 GG) liegt nicht vor.

2. Die von der Nichtzulassungsbeschwerde vorgebrachte abweichende Bestimmung des Begriffs der Verhandlungen in der höchstrichterlichen Rechtsprechung zum Werkvertragsrecht von derjenigen zur Steuerberaterhaftung besteht nicht. Nach der Abschaffung der früheren Bestimmung des § 639 Abs. 2 BGB mit Wirkung zum 1.1.2002 kennt das Werkvertragsrecht einen Tatbestand der Verjährungshemmung wegen Maßnahmen der Mängelprüfung oder Mängelbeseitigung als solchen nicht mehr. Im Regelfall liegen jedoch in den zuvor von § 639 Abs. 2 BGB a.F. erfassten Sachverhalten Verhandlungen i.S.d. § 203 BGB vor. Hat der Unternehmer hingegen beim Besteller **nicht den Eindruck erweckt, er werde sich um den Mangel kümmern**, sondern vielmehr seine Einstandspflicht abgelehnt, so begründet auch die Besichtigung des Mangels durch den Unternehmer keine Verhandlungen (BGH, Urt. v. 26.10.2006 – VII ZR 194/05, NJW 2007, 587 Rdnr. 12; v. 30.10.2007 – X ZR 101/06, WM 2008, 656, 657 f Rdnr. 13).

Hiermit steht vollumfänglich in Einklang, dass die **Anfechtung eines belastenden Steuerbescheids durch den Steuerberater für sich genommen keine Verhandlungen über einen Regressanspruch** i.S.d. § 203 BGB begründet, wenn der Mandant nicht aus den Äußerungen des Steuerberaters den Schluss ziehen durfte, dieser lasse sich auf Erörterungen über das Bestehen eines Regressanspruchs ein. Klärungsbedarf, welcher die Zulassung der Revision erforderte, besteht nicht.

3. Das Berufungsgericht hat das Recht des Klägers auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) nicht dadurch verletzt, dass es ohne nähere Begründung ein den Neubeginn der Verjährung auslösendes **Anerkenntnis** gemäß § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB verneint hat. Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass Gerichte das Vorbringen der Parteien zur Kenntnis nehmen und würdigen, auch wenn nicht jeder Gesichtspunkt in den Urteilsgründen im Einzelnen behandelt wird (BVerfGE 86, 133, 145 f). Besondere Umstände, weshalb im vorliegenden Fall das Berufungsgericht den Standpunkt des Klägers nicht gewürdigt haben sollte, bringt die Beschwerdebegründung nicht vor.

Ein Anerkenntnis erfordert ein tatsächliches Verhalten des Schuldners gegenüber dem Gläubiger, aus dem sich das Bewusstsein vom Bestehen der Forderung unzweideutig entnehmen lässt (BGHZ 58, 103, 104, 142, 172, 182). **Mit der Darlegung des Beklagten gegenüber dem Finanzgericht, er habe dem Kläger die Auskunft über die Steuerfreiheit der Entschädigungszahlungen erteilt, wird über die Berechtigung eines Regressanspruchs gegen den Beklagten nichts ausgesagt**. Weder gesteht der Beklagte hiermit zu, den Kläger fehlerhaft beraten zu haben, noch liegt hierin eine Aussage über die Ursächlichkeit eines unterstellten Beratungsfehlers für einen Steuerschaden. Die Annahme eines Anerkenntnisses lag deshalb sehr fern.

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

Notarhaftpflichtversicherung

- Vertrauensschadenversicherung
- Notarkammer
- Vorleistung des Berufshaftpflichtversicherers
- Unwirksame Nachhaftungsfrist
- Ausschlussfrist 4 Jahre

(OLG Frankfurt, Urt. v. 14.7.2010 – 4 U 22/10)

Leitsätze:

1. § 19a Abs. 2 Satz 4 BNotO stellt eine Anspruchsnorm zugunsten des vorleistenden Berufshaftpflichtversicherers dar. Anspruchsverpflichteter des Aufwendungsersatzanspruchs aus der Norm ist nicht die Notarkammer, sondern der Vertrauensschadenversicherer, mit dem die Notarkammer, der der den Schaden verursachende Notar angehört, einen Vertrauensschadenvertrag i.S.d. § 67 Abs. 3 Nr. 3 BNotO abgeschlossen hat.

2. Der Aufwendungsersatzanspruch nach § 19a Abs. 2 Satz 4 BNotO ist dahin auszulegen, dass er im Umfang nur „soweit“ besteht, wie der Vertrauensschadenversicherer aus dem mit der Notarkammer abgeschlossenen Vertrag auch tatsächlich verpflichtet ist, den durch eine wissentliche Pflichtverletzung des Notars verursachten Schaden zu tragen.

3. Eine zwischen der Vertrauensschadenversicherung und Notarkammern in Allgemeinen Versicherungsbedingungen vereinbarte Beschränkung des Versicherungsumfangs auf Schäden, die binnen vier Jahren nach der schadenursächlichen Handlung des Notars gemeldet werden, ist nach § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB unwirksam. ■

Aus den Gründen:

A. Die Klägerin, die als Berufshaftpflichtversicherin des Notars N. nach dessen rechtskräftiger Verurteilung an die geschädigte ... (...) 89.944,92 EUR gezahlt hat, obwohl sie im Deckungsprozess des Notars wegen wissentlicher Pflichtverletzung obsiegt hat, verlangt von der Beklagten zu 1), der Notarkammer, der der Notar angehört, und der Beklagten zu 2), der Vertrauensschadenversicherin, Erstattung des gezahlten Betrages zzgl. Zinsen.

Wegen des erstinstanzlichen Sach- und Streitstandes wird zunächst auf den Tatbestand des landgerichtlichen Urteils verwiesen.

Dieser ist jedoch wie folgt zu ergänzen: In den Allgemeinen Versicherungsbedingungen des zwischen der Beklagten zu 1) und der Beklagten zu 2) geschlossenen Vertrauensschadenversicherungsvertrages (im Folgenden: AVB) ist unter § 4 Nr. 2 vereinbart, dass für Schäden, die später als vier Jahre nach ihrer Verursachung durch den Notar dem Versicherer gemeldet werden, eine Versicherungsleistung ausgeschlossen ist. Wegen des näheren Inhalts der Versicherungsbedingungen wird auf Anlage B 3 verwiesen.

Das Landgericht hat die Klage, soweit sie gegen die Beklagte zu 2) gerichtet ist, abgewiesen. Im Verhältnis zur Beklagten zu 1) hat das Landgericht der Klage ganz überwiegend stattgegeben; insoweit hat es lediglich den Zinsanspruch nicht in vollem Umfang als begründet erachtet.

Die Klageabweisung hinsichtlich der Beklagten zu 2) hat das Landgericht damit begründet, dass es weder ihre Aufgabe sei, die Erfüllung gesetzlicher Pflichten zu überwachen noch den Abschluss von Verträgen unter Hinweis darauf zu verweigern.

Gegen die Beklagte zu 1) bestehe kein Anspruch der Klägerin aus § 19a Abs. 2 Satz 4 BNotO, weil diese Bestimmung keine Anspruchsnorm zu ihren Gunsten darstelle. Da es sich bei der Vertrauensschadenversicherung um eine Versicherung auf fremde Rechnung handle, sei die Beklagte zu 1) gegenüber der Klägerin nicht unmittelbar verpflichtet. Ein Schadenersatzanspruch gegen die Beklagte zu 1) sei jedoch wegen Verstoßes gegen ihre Versicherungspflicht aus § 67 Abs. 3 Nr. 3 BNotO begründet. Das Gesetz regle zwar nicht näher die Beschaffenheit der abzuschließenden Verträge. Aus den „Bruchstücken der gesetzlichen Regelung“ ergebe sich aber, dass eine Ausschlussfrist von vier Jahren nicht vereinbart werden dürfe. Bei deliktischen Ansprüchen bestehe für eine solche ohne Kenntnis des Geschädigten laufende Frist kein sachlicher Grund. Die von der Beklagten zu 1) verletzte Pflicht zum Abschluss einer dem § 67 Abs. 3 Nr. 3 BNotO entsprechenden Versicherung bestehe auch gegenüber der Klägerin als Berufshaftpflichtversicherung.

Hiergegen haben die Klägerin und die Beklagte zu 1) Berufung eingelegt. Die Klägerin erstrebt mit ihrer Berufung eine Verurteilung der Beklagten zu 2) und verfolgt hinsichtlich beider Beklagten den erstinstanzlich teilweise abgewiesenen Zinsanspruch weiter.

Die Klägerin vertritt die Auffassung, dass der Anspruch auf Aufwendungsersatz aus § 19a Abs. 2 Satz 4 BNotO sowohl gegen die Notarkammer als auch gegen den Vertrauensschadenversicherer gerichtet sei. Die Beklagte zu 1) sei deshalb nicht allein aus Pflichtverletzung, sondern auch wegen Aufwendungsersatz zur Zahlung verpflichtet. Gegen die Beklagte zu 2) richte sich der Anspruch deshalb, weil sie „Geschäftsherr“ sei, denn sie sei zur Regulierung der Vertrauensschäden verpflichtet. Dies entspreche auch der Gesetzesbegründung.

Da die Klägerin aus § 19a Abs. 2 Satz 4 BNotO Geldersatz „wie ein Beauftragter“ verlangen könne, könne dem Anspruch nicht der Ablauf der vierjährigen Ausschlussfrist aus dem Vertrauensschadenversicherungsvertrag entgegen gesetzt werden.

Der Zinsanspruch stehe der Klägerin „als Beauftragter“ bereits ab dem Zeitpunkt der Aufwendung des Geldbetrages zu, zumindest aber ab der Mahnung vom 7.11.2008 wegen Verzuges.

Die Beklagte zu 1) erstrebt die Abweisung der Klage.

Sie rügt das Vorliegen einer Überraschungsentscheidung unter Verletzung ihres rechtlichen Gehörs, weil das Landgericht wegen der Klausel über die vierjährige Ausschlussfrist eine Haftung der Beklagten zu 1) aus dem Rechtsgrund einer Verletzung ihrer Versicherungspflicht angenommen habe. Dieselbe Kammer des Landgerichts habe in zwei vorangehenden Prozessen, wenn auch im Hinblick auf andere Einschränkungen der Vertrauensschadenversicherung, die gegenteilige Rechtsauffassung vertreten.

In der Sache vertritt sie die Auffassung, dass § 67 Abs. 3 Nr. 3 BNotO keinen besonderen Inhalt für die abzuschließenden Versicherungsverträge vorschreibe mit Ausnahme der dort genannten Mindestsummen und des versicherten Risikos. Bei der gegenteiligen Auffassung des Landgerichts bleibe unklar, aus welchen „Bruchstücken der gesetzlichen Regelung“ es dies ableite, zumal sich aus dem landgerichtlichen Urteil nicht ergebe, nach welcher Gesetzesänderung und ab welchem Zeitpunkt die Versicherungsverträge hätten angepasst werden müssen. Dass § 67 Abs. 3 Nr. 3 BNotO keine inhaltlichen Vorgaben zur Vertragsgestaltung mache, ergebe sich u.a. aus der detailreicheren Regelung bei der Berufshaftpflicht und daraus, dass von der Ermächtigung zum Erlass einer Rechtsverordnung kein Gebrauch gemacht worden sei. Diese Sicht liege auch den Ausführungen in der Entscheidung des Bundesgerichtshofs in BGHZ 115, 275, 281 zugrunde. Ihre sachliche Rechtfertigung habe die vierjährige Ausschlussfrist darin, dass die gesamte Gemeinschaft der Notare die Kosten für die Schäden durch den vorsätzlich handelnden Notar tragen müsse.

Selbst wenn eine Verpflichtung der Beklagten zu 1) zum Abschluss einer weitergehenden Vertrauensversicherung anzunehmen sei, bestehe diese nicht gegenüber der Klägerin als Berufshaftpflichtversicherin. Bei Einführung der Regelung im Jahr 1981 hätte nämlich keine Beziehung zwischen Notarkammer und Berufshaftpflichtversicherin bestanden und Ziel der Reform im Jahr 1998 sei allein die Stärkung der Rechte der Geschädigten gewesen.

Die Beklagte zu 1) vertritt des Weiteren die Auffassung, dass sie jedenfalls kein Verschulden treffe. Aus der historischen Entwicklung der Vertrauensschadenversicherung und der Gesetzgebung seit 1981 sei nicht erkennbar gewesen, dass die Verträge dem Gesetz widersprächen. Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs in BGHZ 115, 275 habe keinen Anlass zu Zweifeln gegeben. Schließlich wäre bei einer Änderung das festgefügte System des Vertrauensschadenersatzes „ins Wanken“ gekommen.

Die Beklagte zu 2) entgegnet auf die Berufung der Klägerin, nach zutreffender Auslegung stelle § 19a Abs. 2 Satz 4 BNotO allenfalls für sonstige Aufwendungen neben den übergegangenen Ansprüchen nach Satz 3 eine Anspruchgrundlage dar. Jedenfalls sei ein Anspruch gegen sie aus § 19a Abs. 2 Satz 4 BNotO auf den Deckungsumfang der Vertrauensschadenversicherung entsprechend dem abgeschlossenen Versicherungsvertrag begrenzt. Zinsen könne die Klägerin dementsprechend wegen § 4 (3) der AVB nicht beanspruchen.

B. Die von beiden Parteien eingelegten Berufungen sind zulässig, insbesondere form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden.

Die Berufung der Klägerin ist ganz überwiegend begründet, weil ihr gegen die Beklagte zu 1) ein Anspruch auf Erstattung des Betrages von 89 944,92 EUR zusteht. Lediglich hinsichtlich der Zinsen ist die Klage insoweit in geringem Umfang unbegründet.

Die Berufung der Beklagten zu 1) hat insoweit Erfolg als sie gegenüber der Klägerin nicht zur Zahlung des begehrten Geldbetrages, sondern lediglich zur Einziehung und Auskehrung einer Versicherungsleistung in dieser Höhe verpflichtet und der Klage deshalb allein im Hilfsantrag stattzugeben ist.

I. Zur Berufung der Klägerin

1. Der Klägerin steht gegen die Beklagte zu 2) aus dem Gesichtspunkt des Aufwendungsersatzes aus § 19a Abs. 2 Satz 4 BNotO ein Anspruch auf Zahlung von 89.944,92 EUR zu.

a) Entgegen der Auffassung des Landgerichts stellt § 19a Abs. 2 Satz 4 BNotO eine Anspruchsnorm zugunsten des vorleistenden Berufshaftpflichtversicherers dar. Schon nach ihrem Wortlaut („Der Berufshaftpflichtversicherer kann ... Ersatz seiner Aufwendungen verlangen“) ordnet die Bestimmung als Rechtsfolge einen **Anspruch des Berufshaftpflichtversicherers auf Aufwendungsersatz** an. Dies entspricht auch der Intention des Gesetzgebers, der darin eine Regelung „zum Aufwendungsersatz entsprechend allgemeinen Grundsätzen gesehen“ hat (*Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses vom 17.6.1998, BT-Drucks. 13/11034, S. 39*). Zweifelhaft kann allein sein, gegen wen sich der Anspruch richtet, da ein Verpflichteter nicht ausdrücklich genannt ist (sogleich unter b)).

b) Anspruchsverpflichteter des Aufwendungsersatzanspruchs aus § 19a Abs. 2 Satz 4 BNotO ist allein der Vertrauensschadenversicherer, mit dem die Notarkammer, der der den Schaden verursachende Notar angehört, einen Vertrauensschadenversicherungsvertrag i.S.v. § 67 Abs. 3 Nr. 3 BNotO abgeschlossen hat.

Als Anspruchsgegner sind in Satz 4 des § 19a Abs. 2 BNotO einerseits allein „die Personen“ bezeichnet, „für deren Verpflichtungen“ der Berufshaftpflichtversicherer „gemäß Satz 2 einzustehen hat“. Andererseits ist in Satz 2 nicht ausdrücklich aufgeführt, für wen der Berufshaftpflichtversicherer bei Ablehnung der eigenen Eintrittspflicht die (vorläufige) Leistung zu erbringen hat. Als Anspruchsgegner könnten der Vertrauensschadenversicherer, die versicherungspflichtige Notarkammer oder beide in Betracht kommen. Denn mit der Leistung an den Geschädigten steht **bei wissentlicher Pflichtverletzung des Notars** der Berufshaftpflichtversicherer einerseits für die **Zahlungsverpflichtung des Vertrauensschadenversicherers** aus dem Versicherungsvertrag (im Verhältnis zur Notarkammer) und zugleich für die Verpflichtung der Notar-

kammer zur Einziehung und Weiterleitung der Versicherungsforderung (gegenüber dem Geschädigten) aus Versicherung für fremde Rechnung i.S.v. § 43 VVG ein.

Die Auslegung des Gesetzes anhand der systematischen Bezüge und des geäußerten Willens des Gesetzgebers ergibt jedoch, dass Verpflichteter allein der Vertrauensschadenversicherer ist (*Arndt/Lerch/Sandkühler, BNotO 6. Aufl., § 19a Rdnr. 59*). In Satz 2 wird nämlich im Zusammenhang mit dem Umfang der Leistung, die der Berufshaftpflichtversicherer zu erbringen hat, auf den **„Versicherer, der Schäden aus vorsätzlicher Handlung deckt“**, also der Vertrauensversicherer, Bezug genommen. Der Umfang ist nämlich auf die für jenen geltende Mindestversicherungssumme beschränkt. Dies ist ein Hinweis darauf, dass nach dem Gesetzeszusammenhang derjenige, für den die Leistung erbracht wird, allein der Vertrauensschadenversicherer ist.

Dieser Anhaltspunkt aus dem Gesetz wird dadurch bestätigt, dass nach der **Vorstellung des Gesetzgebers** bei Einfügung der § 19a Abs. 2 Satz 2–4 BNotO im Jahr 1998 sich der Ausgleich nach Vorleistung durch den Berufshaftpflichtversicherer ausschließlich zwischen den Versicherern vollziehen sollte. Denn der Rechtsausschuss, auf dessen Vorschlag die Regelung zurückgeht, wollte mit der Bestimmung in Satz 2 allein „eine Vorleistungspflicht des Berufshaftpflichtversicherers des Notars im Verhältnis zum Vertrauensschadenversicherer“ begründen (*Bericht des Rechtsausschusses vom 17.6.1998, BT-Drucks. 13/11034, S. 38 f.*). Damit steht in Übereinstimmung, dass es schon vor der Einführung dieser Regelung informelle Absprachen gab, dass in einem solchen Konfliktfall eine der beiden Versicherungen vorleistet (vgl. *Zimmermann, DNotZ 1982, 90, 92*). Angesichts der eindeutigen Bekundung des gesetzgeberischen Willens, wonach sich Vorleistung und Ausgleich allein im Verhältnis der Versicherer untereinander vollziehen sollen, scheidet auch die verbleibende Möglichkeit aus, dass beide, der **Vertrauensschadenversicherer** und die **Notarkammer**, Schuldner des Aufwendungsersatzanspruches sind. **Für eine doppelte Schuldnerschaft ist im Übrigen ein rechtfertigender Grund nicht ersichtlich.**

c) Die von der Klägerin an die ... erbrachte Schadenersatzleistung ist auch von dem von der Beklagten zu 1) in ihrem Versicherungsvertrag mit der Beklagten zu 2) zugesagten Deckungsumfang umfasst, denn die Beklagte zu 2) kann ihrer Eintrittspflicht nicht den in § 4 Nr. 2 der AVB vereinbarten **Ausschluss von Schäden, die später als vier Jahre nach dem Schadenereignis gemeldet wurden**, entgegenhalten.

aa) Allerdings ist nach Auffassung des Senats der Aufwendungsersatzanspruch nach § 19a Abs. 2 Satz 2 BNotO grundsätzlich **auf den Umfang begrenzt, in dem der Vertrauensschadenversicherer nach dem mit ihm abgeschlossenen Vertrag eintrittspflichtig ist**. Der Aufwendungsersatzanspruch besteht nur gegen die Personen, „für deren Verpflichtungen“ der Berufshaftpflichtversicherer „gemäß Satz 2 einzustehen hat“. Mit dieser Formulierung wird bei sachgerechter Auslegung nach dem Gesetzeszusammenhang und dem Zweck der Regelung nicht allein der Schuldner bezeichnet,

von dem Aufwendungsersatz verlangt werden kann, sondern die Formulierung ist zugleich als inhaltliche Begrenzung des Anspruchs zu lesen. Der Berufshaftpflichtversicherer kann auch nur **„soweit“ Ersatz verlangen, wie er durch seine Leistung nach Satz 2 eine Verpflichtung des Vertrauensschadenversicherers erfüllt hat**. Der Gesetzgeber wollte in Satz 2 „im Interesse einer zügigen Schadenregulierung“ bei Streit über die Wissenslichkeit der Pflichtverletzung allein „eine Vorleistungspflicht des Berufshaftpflichtversicherers des Notars im Verhältnis zum Vertrauensschadenversicherer“ schaffen (*Bericht des Rechtsausschusses, a.a.O., S. 38 f.*). Diese Begründung geht von einer alternativen Schuldnerschaft in dem Sinne aus, dass letztlich entweder der Berufshaftpflichtversicherer oder der Vertrauensschadenversicherer den Schaden des Geschädigten – bis zu den gesetzlich vorgeschriebenen Mindestsummen – zu tragen hat. Durch den Aufwendungsersatzanspruch soll deshalb, vergleichbar einem Anspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag, nur ausgeglichen werden, was der Vertrauensschadenversicherer bei Vorsatz ohnehin zu tragen hätte.

Es ist nicht ersichtlich, dass der Gesetzgeber mit der Möglichkeit gerechnet hat, dass Berufshaftpflichtversicherer und Vertrauensschadenversicherer den Schaden in unterschiedlicher Höhe zu tragen haben. Es kann deshalb nicht angenommen werden, dass mit dem Aufwendungsersatzanspruch nach Satz 4 der Vertrauensschadenversicherer eine Schuld übernehmen sollte, die er aufgrund des Versicherungsvertrages im Verhältnis zur Notarkammer für den Geschädigten nicht zu tragen hat. Für eine solche „überschießende Haftung“ des Vertrauensschadenversicherers besteht auch keine sachliche Rechtfertigung. Sie widerspräche insbesondere dem Grundsatz der Privatautonomie, weil sonst dem Vertrauensschadenversicherer eine gesetzliche Verpflichtung auferlegt würde, für die er keine Leistungen aus dem Versicherungsvertrag in Gestalt von Prämien erhält. Der Aufwendungsersatzanspruch in § 19a Abs. 2 Satz 4 BNotO ist deshalb dahin auszulegen, dass er im Umfang nur „soweit“ besteht, wie der Vertrauensschadenversicherer aus dem mit der Notarkammer abgeschlossenen Vertrag auch tatsächlich verpflichtet ist, den durch eine wissentliche Pflichtverletzung des Notars verursachten Schaden zu tragen.

bb) Die zwischen der Beklagten zu 2) und der Beklagten zu 1) vereinbarte Beschränkung des Versicherungsumfangs in § 4 Nr. 2 der Bedingungen auf Schäden, die binnen vier Jahren der schadenursächlichen Handlung des Notars gemeldet wurden, ist jedoch nach § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB (inhaltsgleich: § 9 Abs. 2 Nr. 2 der bei Vertragsänderung geltenden AGBG) unwirksam.

Es ist deshalb unschädlich, dass diese Frist hier zum frühesten Zeitpunkt einer Meldung des Schadens durch die Klägerin, nämlich durch Anwaltsschreiben vom 12.6.2006 an die Beklagte zu 1), bereits abgelaufen war.

(1) Bei den Regelungen in § 4 der Versicherungsbedingungen zum Vertrauensschadenversicherungsvertrag handelt es sich um **vorformulierte Vertragsbedingungen i.S.v. § 305 Abs. 1 BGB**. Dies ergibt sich zwar nicht aus der äußeren

Gestaltung. Die in § 4 niedergelegten Ausschlussklauseln werden unstreitig jedoch bereits seit Mitte der 1960er Jahre in nahezu allen Verträgen der Versicherungswirtschaft über Vertrauensschadenversicherungen verwendet. Es ist deshalb davon auszugehen, dass sie für eine unbestimmte Zahl von Verträgen von der Beklagten zu 2) vorformuliert sind. Soweit die Beklagten darauf vortragen, die „Vereinbarungen der Vertrauensschadenversicherungsverträge“ seien ursprünglich (1966) von der Bundesnotarkammer und ab 1981 vom Vertrauensschadenfonds „ausgehandelt“ worden, ergibt sich daraus noch kein **Aushandeln** der konkreten Bedingung i.S.d. § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB. **Dieses erfordert nämlich, dass der Verwender im Rahmen tatsächlich durchgeführter Verhandlungen die konkrete Klausel ernsthaft zur Disposition gestellt hat** (vgl. Palandt/Grüneberg, BGB 69. Aufl., § 305 Rz. 20 f m. zahlr. Nachw.). Eine solche konkrete Verhandlungssituation ist von den Beklagten weder in sachlicher noch in zeitlicher Hinsicht beschrieben worden. Gegen eine konkrete Verhandlung spricht auch, dass die Klauseln in § 4 der Versicherungsbedingungen nach Inkrafttreten der Versicherungspflicht unverändert übernommen worden sind.

Eine **Inhaltskontrolle** der gegenüber der Beklagten zu 1) als juristischer Person des öffentlichen Rechts verwendeten Vertragsbedingungen ist nach § 310 Abs. 1 BGB jedenfalls **am Maßstab des § 307 BGB** eröffnet.

(2) Einer Inhaltskontrolle der Ausschlussklausel in § 4 Nr. 2 der AVB steht nicht § 307 Abs. 3 BGB entgegen, wonach eine Inhaltskontrolle lediglich für Geschäftsbedingungen vorgenommen werden darf, die von Rechtsvorschriften abweichen oder diese ergänzen. Allerdings ist bei Versicherungsverträgen, die den Leistungsgegenstand vielfach durch ein System von Beschreibungen, Risikoein- und -ausschlüssen und Obliegenheitsklauseln bestimmen, die Abgrenzung zwischen kontrollfreien Hauptleistungsverpflichtungen und kontrollfähigen Nebenbestimmungen schwer zu ziehen.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist danach **zu fragen, ob eine Klausel den Typ des Vertrages konstituiert und den Kernbereich des versicherten Risikos festlegt (nicht kontrollfähig) oder andererseits lediglich das Deckungsversprechen einschränkt, verändert, ausgestaltet oder modifiziert (kontrollfähig, vgl. Palandt/Grüneberg, BGB 69. Aufl., § 307 Rz. 58 m.w.N.)**. Die vorliegende Klausel stellt nach Überzeugung des Senats, obwohl sie auch Auswirkungen auf den Umfang des von der Beklagten zu 1) zu kalkulierenden Risikos der Inanspruchnahme hat, nach dem Vertragsgefüge eine das Deckungsversprechen lediglich einschränkende Bestimmung dar. Nach dem Aufbau der Bedingungen ist der „Gegenstand der Versicherung“, insbesondere der Versicherungsfall und die Versicherungsleistung, in § 1 der Bedingungen geregelt. § 4 zählt demgegenüber lediglich bestimmte Fälle auf, in denen die Versicherungsleistung ausgeschlossen ist. Diesem Regel-Ausnahme-Verhältnis entspricht auch der Inhalt der Bestimmungen.

In § 1 Abs. II ist ausgeführt, dass die Höhe der Versicherungsleistung durch den Umfang der Schadenersatzpflicht der Vertrauensperson, also des Notars, bestimmt wird.

Damit wird Bezug genommen auf den Haftungsumfang des § 19 Abs. 1 BNotO und als Vertragsinhalt im Grundsatz eine Versicherungsleistung festgelegt, die der Schadenersatzverpflichtung nach § 19 Abs. 1 BNotO entspricht. Ebenso wird hinsichtlich der Voraussetzungen der Eintrittspflicht in § 1 Abs. 1 auf Handlungen von Notaren Bezug genommen, die diese „nach den gesetzlichen Bestimmungen über unerlaubte Handlungen“ zum Ersatz von Vermögensschäden verpflichtet. **Da § 19 Abs. 1 BNotO eine Begrenzung der Haftung auf binnen vier Jahren gemeldete Schäden nicht kennt, stellt sich der Ausschluss nach § 4 Nr. 2 der Versicherungsbedingungen als eine Einschränkung des in § 1 beschriebenen Deckungsversprechens dar.** Die AVB sind insofern vergleichbar der Fallgestaltung, wie sie einem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 28.3.2001 (IV ZR 19/00, NJW 2001, 1934) zugrunde lag. In jenem Fall versprach ein Reiseversicherer dem Versicherten eine Entschädigung im Umfang der Erstattung nach § 651k BGB, schränkte dies jedoch sodann hinsichtlich der Anzahlung auf einen bestimmten Prozentsatz vom Reisepreis ein.

(3) § 4 Nr. 2 der AVB verstößt gegen wesentliche Rechte und Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrauensschadenversicherungsvertrages ergeben, und **gefährdet so den Vertragszweck**. Ein Vertrauensschadenversicherungsvertrag, der lediglich Schäden abdeckt, die innerhalb von vier Jahren nach Verursachung gemeldet werden, genügt nicht der in § 67 Abs. 3 Nr. 3 Satz 1 BNotO gebotenen Versicherungspflicht.

Zwar ergeben sich aus dem Wortlaut des Gebots mit Ausnahme der Mindestversicherungssummen keine Anforderungen an den Inhalt der abzuschließenden Verträge. Die Verträge müssen jedoch dem Zweck des Versicherungsgebots entsprechen. Dies folgt bereits aus dem Charakter der Vertrauensschadenversicherung als Pflichtversicherung. Zwar ist erst seit der Reform des VVG zum 1.1.2008 in **§ 114 Abs. 2 VVG ausdrücklich bestimmt, dass der Inhalt und der Umfang der Pflichtversicherung die Erreichung des jeweiligen Zwecks der Pflichtversicherung nicht gefährden dürfen**. Die Einführung einer ausdrücklichen Regelung hierzu beruhte jedoch allein darauf, dass bis zum Jahr 1994 die AVB einer versicherungsaufsichtlichen Genehmigung ex ante unterstanden (vgl. Schwintowski/Brömmelmeyer, Praxiskommentar zum VVG, § 113 Rz. 7). Der Grundsatz, dass im Bereich der Pflichtversicherung die abgeschlossenen Verträge dem Zweck des Versicherungsgebots entsprechen müssen, **war bereits zuvor anerkannt** (vgl. Prölss/Martin, VVG 26. Aufl., Vorbem. IV Rz. 7).

Zweck der in § 67 Abs. 3 Nr. 3 BNotO angeordneten Versicherungspflicht ist es, „sicher(zu)stellen, dass der durch ein pflichtwidriges Verhalten des Notars Geschädigte Ersatz für seinen Schaden erlangen kann“ (Gesetzesbegründung BT-Drucks. 8/2782, S. 1). Sie soll insoweit die Haftpflichtversicherung des Notars ergänzen (BT-Drucks. 8/2782, S. 12; 9/24, S. 4). Dass vor allem die Schadloshaltung des Opfers bei vorsätzlicher Pflichtverletzung des Notars Zweck des Gesetzes ist, hat auch der Bundesgerichtshof mehrfach ausgesprochen (BGHZ 113, 151, 153 f; BGHZ 115, 275, 278 m.w.N.; BGH, VersR 1998, 1504).

Die Vertrauensschadenversicherung soll zusammen mit der Einzelhaftpflichtversicherung (§ 19a BNotO), der Gruppenanschlussversicherung (§ 67 Abs. 2 Nr. 3 BNotO) und dem Vertrauensschadenfonds der Notarkammern für geschädigte Rechtsuchende den Vermögensschutz sicherstellen, den die Staatshaftung (Art. 34 GG) bei Amtspflichtverletzungen anderer Amtsträger schafft (BGHZ 115, 275, 283 f).

Daraus folgt, dass mit Ausnahme der in § 67 Abs. 3 Nr. 3 BNotO genannten Deckungshöchstsummen die Voraussetzungen und der Umfang der Versicherungsleistung dem Schadenersatzanspruch aus § 19 Abs. 1 BNotO entsprechen müssen. Eine Abweichung davon lässt § 67 Abs. 3 Nr. 3 BNotO hinsichtlich der Anordnung von Mindestversicherungssummen und damit einer Beschränkung auf Höchstbeträge für die Versicherungsleistung zu.

Dieser Vorgabe widerspricht die Ausschlussklausel in § 4 Nr. 2 der AVB, weil eine **Leistung nach vier Jahren unabhängig vom Eintritt der Verjährung ausgeschlossen sein kann, wenn sie vom Geschädigten nicht gemeldet wird**. Dies stellt eine erhebliche Abweichung dar. Die Verletzung der Amtspflichten von Notaren wird – was dem Senat aus einer Vielzahl von ihm entschiedener Notarhaftpflichtfälle bekannt ist – häufig erst mit ihren Jahre später eintretenden Schäden bemerkt. Das gilt nicht etwa allein für Erbschaftssachen, sondern auch bei Pflichtverletzungen im Zusammenhang mit der Eintragung von Grundpfandrechten, weil diese in vielen Fällen erst zum Tragen kommen, wenn der Sicherungsfall eintritt. Vielfach erlangt der Geschädigte auch erst im Zusammenhang mit einem verlorenen Prozess gegen andere Urkundsbeteiligte Kenntnis vom pflichtwidrigen Verhalten des Notars.

Die Ausschlussfrist kann auch nicht durch die mit dem Zeitablauf nach vier Jahren schwieriger werdende Aufklärung der Wesentlichkeit der notariellen Pflichtverletzung gerechtfertigt werden. Das Risiko des Wesentlichkeitsnachweises trägt nämlich allein der Geschädigte. **Durch die von der Beklagten zu 1) abgeschlossene Vertrauensschadenversicherung wird deshalb der ergänzende Ersatz eines Geschädigten wegen Schäden durch wesentliche notarielle Pflichtverletzungen gerade nicht sichergestellt** (wie hier Haug, *Notarhaftung* 2. Aufl., Rz. 319; Brügge, *Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung*, S. 59 f; a. A. Arndt/Lerch/Sandkühler, *BNotO*, § 19a Rz. 15; Barchewitz, *MDR* 2008, 1258, 1261).

Die vor dem Inkrafttreten des Pflichtversicherungsgebots seit etwa 1965/66 in Vertrauensversicherungsverträgen üblichen Einschränkungen der Vertrauensschadenversicherungen in zeitlicher Hinsicht und im Umfang des versicherten Schadens können unter dem Pflichtversicherungsgebot durch das Gesetz zur Änderung der Bundesnotarordnung vom 7.8.1981 (*BGBI I*, 1803) zum 1.1.1983 auch nicht mehr damit gerechtfertigt werden, die Vertrauensschadenversicherung habe den begrenzten Zweck, den Notarstand in Fällen vorsätzlicher Pflichtverletzung dadurch zu wahren, dass den Geschädigten von der Notarkammer „Hilfe geleistet werden kann“ (so aber Zimmermann, *DNotZ* 1982, 90, 93; Barchewitz, *MDR* 2008, 1258, 1261). Vielmehr steht mit

der Einführung der Pflichtversicherung der staatshaftungsrechtliche Aspekt im Vordergrund. Die Wahrung des Vertrauens in den Notarstand bildet allenfalls eine sekundäre Aufgabe der Vertrauensschadenversicherung (zutreffend Wolff, *VersR* 1993, 272, 273).

Entgegen der Meinung der Beklagten zu 1) kann nicht festgestellt werden, dass die Ausschlussklauseln in § 4 der Versicherungsbedingungen, welche nach Einführung der Versicherungspflicht zum 1.1.1983 beibehalten wurden, vom Gesetzgeber als mit der Versicherungspflicht nach § 67 Abs. 3 Nr. 3 BNotO vereinbar akzeptiert worden sind. Weder aus den Materialien zu diesem Änderungsgesetz (*BT-Drucks. 8/2782 und 9/24*) noch aus den Materialien zum 3. Gesetz zur Änderung der Bundesnotarordnung vom 19.6.1998 (*BGBI I*, 5585; *Begründung des Gesetzentwurfs BT-Drucks. 13/4184*) ergibt sich, dass die beteiligten **Gesetzgebungsorgane Kenntnis davon hatten, dass in der Praxis von den Notarkammern Versicherungsverträge abgeschlossen worden sind, aufgrund derer der Ersatzanspruch für den Geschädigten in zeitlicher Hinsicht und im Umfang der zu ersetzenden Schäden hinter dem des § 19 Abs. 1 BNotO zurückbleibt**. Das gilt entgegen der Meinung der Beklagten zu 1) insbesondere auch für die im Gesetzgebungsverfahren zum 3. Gesetz zur Änderung der Bundesnotarordnung vom 18.6.1998 auf Empfehlung des Rechtsausschusses unterbliebene Erhöhung der Mindestversicherungssumme.

Zwar hat der Ausschuss die Empfehlung des Bundesrats (*BT-Drucks. 13/4184*, S. 46 und 51), die Mindestversicherungssummen in § 67 Abs. 3 BNotO zu erhöhen, für die Vertrauensschadenversicherung abgelehnt, und in der Endfassung des Gesetzes ist es daraufhin nicht zu einer Erhöhung gekommen. Der Ausschuss hat diese Ablehnung jedoch damit begründet, dass bei über die Mindestversicherungssumme hinausgehenden Schäden der Vertrauensschadenfonds der Notarkammern eintrete, aus dem auch „Spitzen-schäden“ ersetzt werden könnten. Dieses „flexible System der Schadenvorsorge im Falle vorsätzlicher Amtspflichtverletzung“ habe sich bewährt (*BT-Drucks. 13/11034*, S. 39). Diese Begründung zeigt, dass Diskussionsgegenstand allein die Frage war, ob die derzeitige Mindestversicherungssumme der Höhe der durch vorsätzliche Pflichtverletzungen möglicherweise entstehenden Schäden entspricht. Eine Erörterung darüber, ob die in Vertrauensversicherungsverträgen üblichen Ausschlussklauseln dem gebotenen Schutz der Geschädigten entgegenstehen, fand nicht statt.

Aus dem Schweigen des Gesetzgebers bei den nach der Einführung der Versicherungspflicht zum 1.1.1983 erfolgten Reformen der Bundesnotarordnung könnte allenfalls dann eine Billigung der Ausschlussklauseln abgeleitet werden, wenn es, etwa aufgrund von Gerichtsentscheidungen, eine Diskussion in der Fachöffentlichkeit darüber gegeben hätte, dass die Geschädigten bei wesentlichen Pflichtverletzungen durch die bisher bestehenden Vertrauensversicherungsverträge nur unzureichend abgesichert seien. Zwar haben nach Inkrafttreten der Pflichtversicherung in § 67 Abs. 3 Nr. 3 BNotO Zimmermann (*DNotZ* 1982, 90, 93) und Wolff (*VersR* 1993, 272, 273) in Aufsätzen erwähnt, dass die Ver-

sicherungsverträge weiterhin eine **Begrenzung der Nachhaftung auf vier Jahre** enthalten und mittelbare Schäden ausschließen. Mit Ausnahme der Stellungnahme von Haug aus dem Jahr 1997 (*Notarhaftung, a.a.O., 2. Aufl. Rz. 319*) ist jedoch nicht erkennbar, dass es bis zum Jahr 1998 zu einer breiteren Diskussion darüber gekommen ist, ob diese Haftungsausschlüsse mit dem Zweck der Pflichtversicherung vereinbar sind. Auch veröffentlichte Gerichtsentscheidungen, in denen Geschädigte mit Ansprüchen gegen die Vertrauensschadenversicherung wegen dieser Klauseln abgewiesen worden sind, sind nicht bekannt.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass die Landesregierungen von der in § 67 Abs. 3 Nr. 3 Satz 4 BNotO eröffneten Möglichkeit zum Erlass von Rechtsverordnungen keinen Gebrauch gemacht haben. Diese Ermächtigungen betreffen allein die Festlegung von Gesamtleistungen auf alle von Notaren verursachte Schäden während eines Versicherungsjahres. Dasselbe gilt für die Ermächtigung zur Erhöhung der Mindestversicherungssummen durch das Bundesministerium der Justiz nach § 67 Abs. 3 Nr. 3 Satz 4 i.V.m. § 19a Abs. 7 BNotO. Beide betreffen allein Haftungssummen und nicht Haftungsausschlüsse.

(4) Dem Widerspruch des Deckungsausschlusses in § 4 Nr. 2 der Versicherungsbedingungen wegen Unvereinbarkeit mit dem Pflichtversicherungsgebot kann nicht durch eine Auslegung der Ausschlussklausel abgeholfen werden. Eine solche **Abhilfe wäre etwa gegeben, wenn die Frist zur Geltendmachung des Anspruches erst ab Kenntnis vom Schaden zu laufen beginnen würde**. Anlass dafür könnte der Zweck des Versicherungsvertrages sein, den Schadenersatzanspruch von Geschädigten aus § 19 Abs. 1 BNotO bei wissentlichen Pflichtverletzungen abzusichern. Solche Ansprüche verjähren nach § 19 Abs. 1 Satz 2 BNotO a.F. i.V.m. § 852 Abs. 1 BGB a.F., welche im Wesentlichen den heute geltenden §§ 195, 199 BGB entsprechen, in einer Frist von drei Jahren erst ab Kenntnis der den Anspruch begründenden Tatsachen. Für eine die Ausschlussklausel § 4 Nr. 2 der Versicherungsbedingungen in diesem Sinne korrigierende Auslegung besteht jedoch kein Raum.

Der Wortlaut der Klausel („nach ihrer Verursachung“) knüpft eindeutig allein an objektive Umstände an. Es besteht deshalb kein Anlass zu Zweifeln am Inhalt der gewollten Regelung. Soweit in der Literatur vertreten wird, der Begriff „gemeldet“ sei dahin auszulegen, dass dieser Tatbestand schon dann erfüllt sei, wenn die Notarkammer oder der Vertrauensschadenfonds von der konkreten Möglichkeit des schadenursächlichen Verhaltens des Notars erfahren (*Barchewitz, MDR 2008, 1258, 1261*), würde dies den Verstoß gegen das Pflichtversicherungsgebot nicht beseitigen. Denn auch eine solche Meldung setzt die Kenntnis von auf die Möglichkeit hinweisenden Umständen voraus.

(5) Einer **Angemessenheitskontrolle** von § 4 der Versicherungsbedingungen steht nicht entgegen, dass die Haftungsausschlüsse letztlich keine der beiden am Vertrauensschadenversicherungsvertrag beteiligten Parteien benachteiligen. Dient, wie hier, ein Versicherungsvertrag aufgrund

eines gesetzlichen Gebots den Interessen einer nicht am Vertragsschluss beteiligten versicherten Person, so sind bei der Prüfung der Angemessenheit nach § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB auch die Interessen des geschädigten Dritten einzubeziehen (*Schwintowski/Brömmelmeyer, Praxiskommentar zum VVG, § 114 Rz. 5 und 8*). Dies gilt nicht allein für die Kontrolle nach den § 305 ff BGB. Dementsprechend hat der Bundesgerichtshof ausgeführt, dass bei einem Widerspruch des Versicherungsvertrages mit den öffentlich-rechtlichen Belangen der notariellen Vertrauensschadenversicherung dies durch Anwendung der Generalklauseln des Bürgerlichen Rechts „gemildert“ werden könne (*BGHZ 115, 275, 281*).

d) Die weitere Voraussetzung für die Leistungspflicht der Beklagten zu 2) aus dem Vertrauensversicherungsvertrag, nämlich, dass der vom Berufshaftpflichtversicherer erstattete Schaden auf einer wissentlichen Pflichtverletzung des Notars beruht, ist zwischen den Parteien nicht streitig. Die darlegungspflichtige Klägerin hat unter Bezug auf die Entscheidung des Landgerichts im Deckungsprozess vorgetragen, dass Notar N. bei der Auszahlung des Treuhandbetrages eine wissentliche Pflichtverletzung begangen habe. Dies haben die Beklagten nicht in Abrede gestellt. **Es kann deshalb dahingestellt bleiben, ob die Feststellung der Wissentlichkeit im Deckungsprozess zwischen der Klägerin und der ... auch für den Vertrauensschadenversicherer bindend ist, wie dies im Verhältnis zwischen Haftpflichtprozess und Deckungsprozess bei Voraussetzungsidentität anerkannt ist** (vgl. *BGH, NJW 1998, 2537*).

e) Die Klägerin kann dementsprechend Ersatz ihrer durch die Regulierung des Schadens entstandenen Aufwendungen verlangen. Entgegen der Auffassung der Beklagten zu 1) umfasst der Anspruch aus § 19a Abs. 2 Satz 4 BNotO **sämtliche Aufwendungen**, die dem Berufshaftpflichtversicherer durch die Zahlung nach Satz 2 an den Geschädigten entstanden sind, und nicht lediglich solche Aufwendungen, die nicht bereits durch die nach Satz 3 übergangenen Ansprüche befriedigt werden. Zwar mag die Stellung des Aufwendungsersatzanspruchs in Satz 4 im Anschluss an die *cessio legis* in Satz 3 einen solchen Eindruck erwecken. Im Wortlaut der Anspruchsnorm selbst fehlt jedoch ein Anhaltspunkt für eine solche Einschränkung. Andernfalls müsste die Bestimmung nämlich dahin lauten, dass der Berufshaftpflichtversicherer Ersatz seiner „weiteren“ Aufwendungen verlangen könne. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus den Gesetzesmaterialien. Der Rechtsausschuss hat in seiner Begründung für die Einfügung der § 19a Abs. 2 Satz 2–4 BNotO ausgeführt, dass der Forderungsübergang und der Aufwendungsersatz „allgemeinen Grundsätzen“ entsprechen (*BT-Drucks. 13/11034, S. 39*). Es ist deshalb davon auszugehen, dass der Anspruchsübergang nach Satz 3 wie in vergleichbaren Fällen des Bürgerlichen Rechts (§ 426 BGB, § 774 BGB) eine lediglich verstärkende Funktion neben dem Aufwendungsersatzanspruch hat.

2. Der vom Landgericht abgewiesene und von der Klägerin weiterverfolgte Anspruch auf Zahlung von Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 30.10.2008 ist überwiegend begründet. Zu Unrecht hat

das Landgericht gegenüber der Beklagten zu 1) lediglich Rechtshängigkeitszinsen als begründet angesehen.

Der Klägerin steht aus § 256 BGB ein **Anspruch auf Verzinsung** ab dem 30.10.2008 zu, dem Tag, an welchem sie den Betrag von 89.944,92 EUR an die ... gezahlt hat, allerdings nur **in Höhe des gesetzlichen Zinssatzes** gemäß § 246 BGB. Denn nach § 19a Abs. 2 Nr. 4 BGB kann die Klägerin von der Vertrauensschadenversicherung „wie ein Beauftragter“ Ersatz ihrer Aufwendungen verlangen. Damit wird auch auf den Zinsanspruch des Beauftragten von der Zeit der Aufwendung an (§ 256 BGB) als Rechtsfolge verwiesen.

Ab der **vorgERICHTLICHEN** Mahnung kann die Klägerin aus § 288 BGB Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz beanspruchen. Dem steht nicht entgegen, dass die Mahnung gegenüber dem Vertrauensschadenfonds in ... erfolgt ist. Denn unstreitig vertritt dieser sowohl die Vertrauensschadenversicherer als auch die Notarkammern in Fragen der Vertrauensschadenhaftung.

II. Zur Berufung der Beklagten zu 1)

Zu Unrecht hat das Landgericht die Beklagte zu 1) zur Zahlung des verauslagten Geldbetrages von 89.944,92 EUR für verpflichtet erachtet. Vielmehr kann die Klägerin von der Beklagten allein die Einziehung und Auskehrung einer Versicherungsleistung in dieser Höhe beanspruchen.

1. Der Klägerin steht gegen die Beklagte zu 1) der in erster Linie geltend gemachte Anspruch auf Zahlung von 89.944,92 EUR nicht zu.

a) Ein Anspruch der Klägerin auf Zahlung des aufgewendeten Betrages gegen die Beklagte zu 1) ergibt sich nicht aus § 19a Abs. 2 Satz 4 BGB. Denn nach den Ausführungen unter I. 1. b) ist Schuldner dieses Aufwendungsersatzanspruchs allein der Vertrauensschadenversicherer, also hier die Beklagte zu 2).

b) Ein Anspruch der Klägerin auf Zahlung des mit der Leistung an den Geschädigten aufgewendeten Geldbetrages ist auch nicht aus dem **Gesichtspunkt einer Amtshaftung nach § 839 BGB wegen eines Verstoßes der Beklagten zu 1) gegen die Verpflichtung aus § 67 Abs. 3 Nr. 3 BNotO** begründet.

Nach Auffassung des Senats ist eine fahrlässige Amtspflichtverletzung zwar gegeben, weil die Beklagte zu 1) durch den Abschluss eines Vertrauensschadenversicherungsvertrages, der lediglich Schäden abdeckt, die innerhalb von vier Jahren nach Verursachung gemeldet werden, dem Gebot des § 67 Abs. 3 Nr. 3 Satz 1 BNotO nicht in ausreichender Weise genügt und bei der Erfüllung dieser Pflicht in Ausübung eines öffentlichen Amtes gehandelt hat. **Der Vorstand der Notarkammer hätte bei pflichtgemäßer Beachtung der von ihm bei seinen Aufgaben zu erwartenden Sorgfalt erkennen können, dass die von den Notarkammer bis zum Eintritt der gesetzlichen Versicherungspflicht abgeschlossenen Vertrauensschadenversicherungsverträge nicht den gesetzlichen Anforderungen des § 67 Abs. 3 Nr. 3 BNotO entsprechen.**

Bei sorgfältiger Lektüre des Gesetzes hätte sich aufdrängen müssen, dass weitere Risiko- oder Haftungsausschlüsse mit dem Zweck der Pflichtversicherung nicht vereinbar sind. Eine Überprüfung der abgeschlossenen Verträge hätte jedenfalls spätestens im Jahr 1997 erfolgen müssen, als Haug in der 2. Auflage seines weit verbreiteten Buches zur Notarhaftung dezidiert darauf hingewiesen hat, dass die Haftungsausschlüsse in den üblichen Vertrauensschadenversicherungsverträgen „nicht als rechtmäßig anerkannt“ werden können, weil sie dem Maßstab des § 67 Abs. 3 Nr. 3 BNotO nicht entsprechen (Haug, a.a.O., Rz. 319).

Die Beklagte zu 1) kann sich zur Entlastung auch nicht darauf berufen, dass die Vertrauensschadenversicherungsverträge für die Notarkammer vom Vertrauensschadenfonds (als gemeinsamer Einrichtung der Notarkammer) ausgehandelt wurden. Wenn sie die Erfüllung der ihr obliegenden Amtspflichten auf Dritte überträgt, hat sie für deren Versäumnisse einzustehen.

Der Klägerin ist aus dieser Pflichtverletzung jedoch bislang kein Schaden entstanden. Denn nach dem Ergebnis zu I. 1. c) ist die Ausschlussklausel in § 4 Nr. 2 der Versicherungsbedingungen nach § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB unwirksam. Die Beklagte zu 2) kann sich darum nicht auf den Ablauf der vierjährigen Ausschlussfrist berufen. Da mithin die Beklagte zu 2) der Beklagten zu 1) gegenüber zur Deckung des auf der wissentlichen Pflichtverletzung beruhenden, von Notar N. verursachten Schadens verpflichtet ist, kann die Klägerin aus § 19a Abs. 2 Satz 4 BNotO Erstattung des an die ... gezahlten Betrages von der Beklagten zu 2) beanspruchen.

Ein Amtshaftungsanspruch ist darüber hinaus auch deshalb nicht begründet, weil die Klägerin bislang das **Fehlen einer anderweitigen Ersatzmöglichkeit** i.S.v. § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht ausreichend dargelegt hat. Eine Ersatzmöglichkeit der Klägerin für den von ihr an den Geschädigten gezahlten Geldbetrag von 89.944,92 EUR besteht gegen Notar N. aus § 19 Abs. 1 BNotO, denn der entsprechende Schadenersatzanspruch der ... ist mit der Zahlung an diese nach § 19a Abs. 2 Satz 3 BNotO auf die Klägerin übergegangen.

Die Klägerin hat bislang nicht dargelegt, dass dieser Anspruch gegen den Notar nicht durchsetzbar oder seine Verfolgung sonst unzumutbar ist. Sie hat allein vorgetragen, dass eine mit ihm getroffene Ratenzahlungsvereinbarung nicht eingehalten und weitere Zahlungen trotz Vollstreckungsandrohung nicht erfolgt seien. Dieses Verhalten kann auch auf Zahlungsunwilligkeit beruhen. Vorzutragen wären konkrete Tatsachen, aus denen sich die fehlende Leistungsfähigkeit des Notars ergibt.

2. Die gegen die Beklagte zu 1) gerichtete Klage ist jedoch im Hilfsantrag begründet.

Der Klägerin steht aus dem nach § 19a Abs. 2 Satz 3 BNotO auf sie übergangenen Anspruch der geschädigten ... aus dem Vertrauensschadenversicherungsvertrag (Versicherungsbedingungen § 1 VII) ein eigener Anspruch auf Einziehung und Auskehrung der Versicherungsleistung zu.

Denn **bei der Vertrauensschadenversicherung handelt es sich um eine Versicherung auf fremde Rechnung i.S.v. § 43 VVG (§ 73 VVG a.F.)**. Bei einer solchen Versicherung kann die versicherte Person, der Geschädigte, **von der Notarkammer allein Einziehung und Weiterleitung der Versicherungsleistung beanspruchen** (vgl. BGHZ 113, 151; BGHZ 139, 52, 58; KG, VersR 2008, 211; Arndt/Lerch/Sandkühler, BNotO 6. Aufl., § 19a Rz. 20; Gräfe/Brügge, Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung, Kap. A. Rz. 210 ff). Die Voraussetzungen dieses vertraglichen Anspruchs sind hier gegeben, weil der Schaden auf einer wissentlichen Pflichtverletzung des Notars beruht und sich die Beklagten zu 2) gegenüber der Beklagten zu 1) infolge der Unwirksamkeit der Klausel nicht auf den Ablauf der vierjährigen Ausschlussfrist in § 4 Nr. 2 der Versicherungsbedingungen berufen kann.

Der Senat verkennt nicht, **dass dem Berufshaftpflichtversicherer damit nebeneinander zwei Ansprüche zustehen, die auf dasselbe wirtschaftliche Interesse gerichtet sind**; von der **Vertrauensschadenversicherung** kann er unmittelbar Erstattung des an den Geschädigten gezahlten Betrages verlangen (§ 19a Abs. 2 Satz 4 BNotO) und von der **Notarkammer** Einziehung und Auskehrung der sich auf denselben Schaden beziehenden Versicherungsleistung. Dies ist jedoch eine notwendige Folge der Entscheidung des Gesetzgebers in § 19a Abs. 2 Satz 2–4 BNotO, dem Berufshaftpflichtversicherer neben dem Übergang der Ansprüche des Geschädigten auch einen besonderen Aufwendungsersatzanspruch gegen den Vertrauensschadenversicherer einzuräumen.

Diese Verdopplung der Rechtspositionen führt aber nicht auch zu einer doppelten Befriedigung des Berufshaftpflichtversicherers. Denn beide Ansprüche stehen zueinander im Verhältnis der Erfüllungskonkurrenz. Mit der Erfüllung des einen erlischt auch der jeweils andere Anspruch. Dies kann im Rahmen der Zwangsvollstreckung, etwa durch Erhebung einer Vollstreckungsgegenklage, berücksichtigt werden. Die gleichzeitige Innehabung beider Ansprüche hat für den Berufshaftpflichtversicherer deshalb allein den Vorteil, dass er – vergleichbar der Lage bei Gesamtschuldern – frei darin ist, welchen Schuldner er (zuerst) in Anspruch nehmen will.

III. Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 92 Abs. 1, 97 Abs. 1 ZPO. Soweit die Klage gegenüber der Beklagten zu 1) lediglich im Hilfsantrag Erfolg hat, schätzt der Senat das Maß des Unterliegens, welches für die Klägerin in einer Verurteilung lediglich zur Einziehung einer Forderung statt zur unmittelbaren Zahlung desselben Geldbetrages liegt, auf 1/5 der Forderung.

Eine Zulassung der Revision war geboten, weil die Rechts-sache grundsätzliche Bedeutung hat (§ 543 Abs. 2 ZPO). Die zutreffende Auslegung der § 19a Abs. 2 Satz 2–4 BNotO wie auch der Umfang der Versicherungspflicht aus § 67 Abs. 3 Nr. 3 BNotO und die damit zusammenhängenden Fragen der Amtshaftung sind in der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht geklärt und können für eine Vielzahl von Fällen Bedeutung haben. (...) ■

Honorar des Rechtsanwalts

- Hinweispflicht auf Anwaltsgebühren?
- Fragepflicht des Mandanten
- Gebührenvereinbarung
- Maximalgebühr
- Neue Angelegenheit, § 15 Abs. 2 RVG
(OLG Düsseldorf, Beschl. v. 29.6.2010 – I-24 U 212/09)

Leitsätze:

1. Beauftragt der Mandant den Rechtsanwalt zunächst mit der Prüfung der Erfolgsaussichten einer bereits anderweitig erhobenen Klage und nimmt er dann, dem anwaltlichen Rat folgend, die Klage zurück, so handelt es sich um eine neue Angelegenheit, wenn der Rechtsanwalt anschließend auftragsgemäß außergerichtliche Vergleichsverhandlungen mit dem früheren Prozessgegner führt.

2. Nur auf Verlangen des Auftraggebers hat der Rechtsanwalt die voraussichtliche Höhe des Entgelts für seine Tätigkeit mitzuteilen. ■

Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel bleibt ohne Erfolg (§ 522 Abs. 2 Nr. 1 ZPO). Das Landgericht hat die Klage im Ergebnis zu Recht abgewiesen. Die gegen die Entscheidung vorgebrachten Berufungsgründe rechtfertigen keine dem Kläger günstigere Entscheidung.

I. Zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen nimmt der Senat Bezug auf seinen Hinweisbeschluss vom 4.5.2010. Dort hat er im Wesentlichen ausgeführt:

1. Die von dem Landgericht zutreffend berechnete und insoweit von dem Beklagten nicht angegriffene Gebührenforderung steht der Klägerin zu, weil der Beklagte sie am 1.6.2006 beauftragt hat, in dem Rechtsstreit 11 O 262/05 Landgericht Mönchengladbach **für ihn in der Weise tätig zu werden, dass Rechtsanwalt W. Akteneinsicht nehmen und die Erfolgsaussichten der weiteren Rechtsverfolgung prüfen solle**; entsprechend ist der Rechtsanwalt auch in der Folgezeit vorgegangen und hat dem Beklagten **als Ergebnis seiner Prüfung mitgeteilt, er rate zu einer Rücknahme der Klage**.

Der Vortrag der Klägerin zu ihrer Beauftragung und deren Inhalt ist bereits aufgrund des erstinstanzlichen Vorbringens des Beklagten als zugestanden anzusehen (§ 288 Abs. 1 ZPO). So hat der Beklagte etwa mit dem Klageerwidlungsschriftsatz vom 17.3.2009 ausgeführt, er habe der Klägerin das Mandat in dem genannten Rechtsstreit zum Zweck der Einsichtnahme in die Gerichtsakten übertragen sollen und dazu eine Vollmacht unterschrieben. Mit der Berufung wendet sich der Beklagte folgerichtig auch nicht mehr dagegen, die Klägerin beauftragt zu haben.

Zutreffend ist auch, dass die Klägerin die Gebühren für ihre Tätigkeit in dem gerichtlichen Verfahren gesondert abge-

rechnet hat; **bei den anschließend geführten Vergleichsverhandlungen handelte es sich nicht um dieselbe Angelegenheit i.S.d. § 15 Abs. 2 RVG.** Zur Bestimmung des Begriffs der Angelegenheit können als Abgrenzungskriterien herangezogen werden, ob es sich um einen einheitlichen Auftrag handelt, die anwaltliche Tätigkeit in Inhalt und Zielsetzung übereinstimmt und ein innerer Zusammenhang der einzelnen Handlungen oder Gegenstände der anwaltlichen Tätigkeit besteht (vgl. Hartung/Römermann/Schons, RVG 2. Aufl., § 15 Rdnr. 14; Riedel/Sußbauer, RVG 9. Aufl., § 15 Rdnr. 5 ff); jedenfalls endet im Sinne des Gebührenrechts die Angelegenheit mit dem Auftrag (vgl. Riedel/Sußbauer, a.a.O., Rdnr. 8).

Mit der Prüfung der Erfolgsaussichten der Rechtsverfolgung und der erteilten Empfehlung, die Klage zurückzunehmen, war der der Klägerin zunächst erteilte Auftrag erledigt; dementsprechend hat der Rechtsanwalt auch das Mandat in dem Rechtsstreit mit Schriftsatz vom 19.7.2006 niedergelegt. Die Aufnahme der Vergleichsverhandlungen über die Erbauseinandersetzung insgesamt, mit denen die Klägerin anschließend beauftragt wurde, beruhte auf einem **neuen Auftrag**, der auch eine **neue Zielsetzung** hatte, nämlich die außergerichtliche Bereinigung der Erbangelegenheit.

2. Gegenüber der damit entstandenen Gebührenforderung der Klägerin kann sich der Beklagte nicht mit Erfolg darauf berufen, ihm sei nicht erkennbar gewesen, dass hierdurch eine „weitere, immens hohe“ Gebühr ausgelöst werden würde, und er hätte den Auftrag nicht bzw. nicht in der Form erteilt, wenn er hiervon gewusst hätte.

a) **Auf die durch einen Vertragsschluss kraft Gesetzes entstehenden Anwaltsgebühren muss der Rechtsanwalt regelmäßig nicht ungefragt hinweisen, weil kein Mandant ein unentgeltliches Tätigwerden des Anwalts erwarten darf** und dessen gesetzliche Gebühren allgemein zu erfahren sind. **Nur auf Verlangen des Auftraggebers hat der Rechtsanwalt die voraussichtliche Höhe des Entgelts mitzuteilen** (BGH, NJW 2007, 2332; 1998, 136; NJW 1998, 3486).

Dass er nach der Höhe der Gebühren für die begehrte Prüfung der Erfolgsaussichten nach Akteneinsicht gefragt hätte, hat der Beklagte nicht dargetan. Lediglich zu dem **Erstgespräch**, innerhalb dessen das hier abgerechnete Mandat erteilt worden ist, soll Rechtsanwalt W. dem Zeugen H. erklärt haben, dieses **sei kostenfrei**; solle dann – wie geschehen – ein Auftrag erteilt werden, werde nach Gebührenordnung abgerechnet. Die behauptete weitere Gebührenauskunft soll dagegen erst im Anschluss an die Akteneinsicht in dem Gespräch vom 18.7.2006 erteilt worden sein.

b) Überdies ist auch nicht davon auszugehen, dass der Beklagte von seinem Begehren Abstand genommen hätte, wenn er um die Höhe der entstehenden Gebühren gewusst hätte.

Der Vortrag des Beklagten in der Berufungsinstanz geht dahin, entscheidend für ihn sei gewesen, dass „die Regelung der erblichen Auseinandersetzung“ bzw. der „erbrechtlichen Problematik“ mit einer Gebühr von ca. 15.000 EUR abge-

golten sein solle (Berufungsbegründung). Tatsächlich beläuft sich die Gebührenforderung der Klägerin für die Tätigkeit in der Sache G. unter Berücksichtigung der durch das Landgericht insoweit unangefochten vorgenommenen Kürzung der Kostennote vom 11.6.2007 auf insgesamt 16.682,89 EUR (13.161,40 EUR für die Aushandlung des Vergleichs zzgl. der hier zugesprochenen 3.521,49 EUR). Hierbei handelt es sich um keine so gravierende Abweichung von den (angeblichen) Angaben der Klägerin, dass davon ausgegangen werden könnte, der Beklagte hätte den hier im Streit stehenden Auftrag bei einer entsprechenden Belehrung nicht erteilt.

Nicht ersichtlich ist zudem, auf welche sonstige, kostengünstigere Weise der Beklagte das von ihm unstreitig erstrebte Ziel einer Überprüfung der anhängigen Erbangelegenheit bzw. seiner Chancen in dem Rechtsstreit hätte erreichen wollen.

Zu seinem wiederholten Vortrag, der beauftragte Rechtsanwalt habe ihn um Aushändigung der ihm vorliegenden Unterlagen oder seinen bisherigen Prozessbevollmächtigten um Aushändigung der Prozessakten bitten können, hat bereits das Landgericht darauf hingewiesen, dass die Klägerin nur anhand der Gerichtsakten zuverlässige Informationen gewinnen konnte. Insbesondere vor dem Hintergrund, dass es gerade um die Überprüfung der Vorgehensweise des bereits tätigen Bevollmächtigten ging und die Klägerin zudem unwidersprochen vorgetragen hat, dass der Beklagte selbst keine genügenden Informationen über den Stand des Verfahrens geben konnte und dem bearbeitenden Rechtsanwalt lediglich ein ungeordnetes Konglomerat verschiedener Unterlagen übergeben hatte, **entsprach es anwaltlicher Sorgfalt, selbst Einsicht in die Gerichtsakten zu nehmen.**

3. Der Vortrag des Beklagten ist schließlich für eine **Gebührenvereinbarung nicht schlüssig**, so dass es auf die – von dem Landgericht im Übrigen zutreffend bewertete – Frage der Wirksamkeit einer solchen nicht ankommt. Denn der Beklagte hat schon den **Umfang der anwaltlichen Tätigkeiten, auf die sich die angebliche Zusage beziehen sollte, widersprüchlich und zudem so wenig konkret dargestellt, dass er hieraus keine Rechte herleiten kann.**

So hatte er erstinstanzlich zunächst ausgeführt, ein Vergleich mit der Gegenseite in der Sache G. habe nach Angaben der Klägerin 13.000 bis 15.000 EUR kosten sollen (so auch in dem Parallelverfahren 10 O 189/09 Landgericht Mönchengladbach); mit Schriftsatz vom 7.9.2009 hat er dagegen behauptet, Rechtsanwalt W. habe zugesagt, „für die Abwicklung der Erbangelegenheit bzw. der Vergleichsverhandlungen im Rahmen der Erbauseinandersetzung 13.000 EUR bis 15.000 EUR insgesamt für die gesamte Arbeit maximal“ erheben zu wollen. **Eine Vereinbarung, für eine bestimmte Tätigkeit einen bestimmten Betrag oder jedenfalls nicht mehr als diesen abrechnen zu wollen, lässt sich dem nicht entnehmen.** Insbesondere spricht die zeitliche Abfolge dagegen, dass sich die Erklärung auf den Prozess 11 O 262/05 LG Mönchengladbach bezog. Denn bei der angeblichen Abgabe der Erklärung war der der Klägerin erteilte Auftrag erledigt.

Aus dem von dem Beklagten vorgetragenen Schreiben zu der Abrechnung betreffend den Vergleich (vgl. 11 O 262/05 Landgericht Mönchengladbach) geht im Übrigen lediglich hervor, dass die Klägerin ihre Tätigkeit für den Beklagten in der Angelegenheit als erledigt, d.h. beendet, ansah und dass sie davon ausging, sämtliche Ansprüche des Beklagten seien ausgeglichen; bezüglich etwa noch ausstehender Honoraransprüche hat das Schreiben keinen Erklärungs-wert.

II. An dieser Beurteilung hält der Senat fest. Die dagegen vorgebrachten Einwände des Beklagten im Schriftsatz seines Prozessbevollmächtigten vom 21.6.2010 geben keinen Anlass zu einer abweichenden Beurteilung. Dem Vortrag des Beklagten, ihm sei zugesagt worden, dass für die Bearbeitung „des Falles“ nicht mehr als 13.000 bis 15.000 EUR anfielen, ist nach wie vor eine Vereinbarung, für eine bestimmte Tätigkeit einen bestimmten Betrag oder jedenfalls nicht mehr als diesen abrechnen zu wollen, nicht schlüssig.

Dass kostengünstigere Lösungen als die von den Beklagten gewählte nicht ersichtlich sind, hat der Senat bereits in dem vorstehend dargestellten Beschluss ausgeführt; hierzu trägt der Beklagte nichts Neues vor. Gleiches gilt zu der Frage einer Hinweispflicht auf entstehende Gebühren. (...) ■

Aufrechnung mit Honoraransprüchen

- Gerichtskostenvorschuss
- Zahlung des Rechtsschutzversicherers
- Unterlassene Weiterleitung an das Gericht
- Zweckgebundene Gelder
- Unterlassene Auskehrung von Fremdgeldern
(*OLG Düsseldorf, Beschl. v. 1.2.2010 – I-24 U 156/09, rechtsbeständig; nach dem Hinweis hat der Beklagte seine Berufung zurückgenommen*)

Leitsätze:

1. Auf den Rechtsschutzversicherer, der vertragsgemäß Leistungen an den Rechtsanwalt des Versicherungsnehmers zur Einzahlung bei Gericht erbringt, geht ein etwaiger Kostenerstattungsanspruch des Mandanten mangels Entstehung nicht über, wenn der Rechtsanwalt die ihm überlassenen Mittel nicht bestimmungsgemäß an das Gericht weiterleitet.

2. Gegen zweckgebunden vereinnahmte Gelder darf der Rechtsanwalt auch dann nicht aufrechnen, wenn die zur Aufrechnung gestellten Honoraransprüche aus demselben Mandat stammen; stammen sie aus anderen Mandaten, gilt das erst recht.

3. Es ist dem Rechtsanwalt versagt, eine durch schwerwiegende Vertragsverstöße erlangte Aufrechnungslage zu seinem Vorteil auszunutzen. ■

Aus den Gründen:

I. Das Rechtsmittel hat keine Aussicht auf Erfolg (§ 522 Abs. 2 Nr. 1 ZPO). Das Landgericht hat den beklagten Rechtsanwalt im Ergebnis zu Recht zur Rückzahlung des von ihm vereinnahmten Fremdgeldes (Gerichtskostenvorschuss: 11.118 EUR zzgl. Zinsen) verurteilt. Die dagegen vorgebrachten Berufungseinwände rechtfertigen keine dem Beklagten günstigere Entscheidung.

1. Dem Kläger steht gegen den Beklagten gemäß §§ 667, 675 BGB ein auf Zahlung gerichteter Herausgabeanspruch in Höhe des von der Rechtsschutzversicherung unstreitig geleisteten Gerichtskostenvorschusses zu, und zwar entgegen der Rechtsauffassung des Landgerichts aus eigenem Recht.

a) Richtig ist allerdings der vom Landgericht gewählte rechtliche Ansatz: **Kostenerstattungsansprüche des Nehmers einer Rechtsschutzversicherung gehen auf den Rechtsschutzversicherer über, der vertragsgemäß Leistungen an den Versicherungsnehmer erbringt** (§ 67 Abs. 1 Satz 1 VVG in der bis zum 31.12.2001 geltenden Fassung – künftig: VVG a.F. – in Verbindung mit den dem Rechtsschutzversicherungsvertrag zugrunde liegenden Allgemeinen Rechtsschutzversicherungsbedingungen (ARB), und zwar entweder gemäß § 20 Abs. 2 ARB 1975 oder gemäß dem im Wesentlichen gleichlautenden § 17 Abs. 8 ARB 1994 (2000), je nachdem, wann der Kläger die Rechtsschutzversicherung genommen hat). Der kraft Gesetzes eintretende Rechtsübergang (*cessio legis*) erfolgt in dem Zeitpunkt, in dem der Kostenerstattungsanspruch entsteht (vgl. *Senat, NJW-RR 2005, 1155; VersR 2008, 1347*).

b) Ein solcher Kostenerstattungsanspruch als Voraussetzung eines Rechtsübergangs auf den Rechtsschutzversicherer ist in feststellbarer Weise indes nicht entstanden. Dies hat der Beklagte jedenfalls nicht schlüssig dargelegt. Die Darlegungslast trifft ihn als denjenigen, der sich auf den Rechtsverlust des Klägers auf der Grundlage einer *cessio legis* beruft (vgl. *Grüneberg in: Baumgärtel/Laumen/Prütting, Handbuch der Beweislast 3. Aufl., § 398 Rdnr. 1; vgl. auch BGH, NJW 1983, 2018; 1986, 1925*).

aa) Ein auf die hier umstrittene Zahlung bezogener Kostenerstattungsanspruch des Rechtsschutzversicherers hätte nur dann entstehen können, **wenn der Beklagte aus den ihm überlassenen Mitteln zweckentsprechend den Kostenvorschuss bei Gericht eingezahlt hätte**. Da der Beklagte das aber unstreitig nicht getan hat, konnte zugunsten des Rechtsschutzversicherers kein Kostenerstattungsanspruch kraft Gesetzes übergehen.

bb) Im Übrigen hat der Kläger den Regressprozess, für den der Vorschuss bestimmt war, rechtskräftig verloren, nachdem das OLG Oldenburg (6 U 132/06) seine Berufung gegen das klageabweisende Urteil des LG Osnabrück (12 O 2594/04) im Beschlussverfahren gemäß § 522 Abs. 2 ZPO am 27.2.2007 zurückgewiesen hat (vgl. *Urt. OLG Düsseldorf v. 1.4.2009 – I-18 U 150/08*). Auch daraus folgt, dass ein dem Rechtsübergang unterliegender Kostenerstattungsanspruch nicht entstehen konnte.

cc) Die Rechtsschutzversicherung könnte demgemäß allenfalls gegen den Kläger einen **Bereicherungsanspruch** (§ 812 Abs. 1 Satz 2 BGB) haben, der den gegen den Beklagten gerichteten Herausgabeanspruch aus § 667 BGB aber unberührt lässt.

2. Dieser Anspruch ist durch die vom Beklagten wiederholt erklärte **Aufrechnung** nicht untergegangen.

a) Die Aufrechnung scheitert indes nicht bereits an **fehlender Gleichartigkeit** i.S.d. § 387 BGB. Zwar gleicht der auf die Herausgabe bestimmten Geldes gerichtete Anspruch aus § 667 BGB nicht dem geltend gemachten Gegenanspruch auf Zahlung von Honorar, der sich nicht auf bestimmtes Geld des Klägers richtet, sondern aus dessen Vermögen zu befriedigen ist. Gleichwohl werden beide Ansprüche, die letztlich Geldzahlungen zum Inhalt haben, i.S.d. § 387 BGB als gleichartig behandelt (vgl. *BGH, NJW 2005, 3709, 3710*).

b) Die vom Beklagten erklärten diversen Aufrechnungen waren unzulässig bzw. unwirksam, weshalb sie – unabhängig vom umstrittenen Bestand der zur Aufrechnung gestellten Honorarforderungen – nicht zum Erlöschen des Herausgabeanspruchs geführt haben.

aa) Zum Zeitpunkt der (ersten) Aufrechnungserklärung vom 19.8.2004, die gegenüber dem Kläger erklärt worden ist, **war das vom Beklagten vereinnahmte Geld zweckgebunden**. Es diene nämlich der Tilgung des erforderlichen Gerichtskostenvorschusses in dem vor dem LG Osnabrück zu führenden Regressprozess. **Gegen zweckgebunden vereinnahmte Gelder darf der Rechtsanwalt auch dann nicht aufrechnen**, wenn die zur Aufrechnung gestellten Honoraransprüche aus demselben Mandat stammen; stammen sie, wie im Streitfall ganz überwiegend, sogar aus anderen Mandaten, gilt das erst recht (vgl. *BGH, NJW 1989, 1148, 1149; Senat, AnwBl 2005, 787 = FamRZ 2006, 636*).

bb) Die **Aufrechnungserklärung** vom 22.9.2008, die der Beklagte **gegenüber dem Rechtsschutzversicherer** erklärt hat, tilgte den Herausgabeanspruch des Klägers schon deshalb nicht, weil es an der Gegenseitigkeit fehlt. Der Rechtsschutzversicherer war nicht Inhaber des Rückforderungsanspruchs; auf die vorstehenden Erwägungen (sub I.1b) wird zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen Bezug genommen.

cc) Soweit sich der Beklagte während des Rechtsstreits im Laufe des Jahres 2008 schriftsätzlich auf die außergerichtlich erklärten Aufrechnungen bezogen und sie dadurch dem Kläger gegenüber (konkulent) wiederholt hat, sind sie ebenfalls ausnahmslos unzulässig. Dem Rechtsanwalt, der vom Mandanten auf die Herausgabe von Fremdgeld in Anspruch genommen wird (§§ 675, 667 BGB), ist die **Aufrechnung mit Honoraransprüchen, gleichgültig, ob aus demselben Mandat oder aus auftragsfremden Angelegenheiten, nur dann gestattet, wenn ein solches Vorgehen nicht gegen Treu und Glauben im Rechtsverkehr (§ 242 BGB) verstößt** (vgl. *BGH, NJW 1978, 1807, 1808 sub I.2b; 1995, 1425, 1426 sub II.1b; 2003, 140, 142 sub II.4c, bb; 2005, 2927 sub III; 2007, 2640, 2641; Senat, AnwBl 2009, 66 = MDR 2009, 535*).

Im Streitfall liegt ein solcher Verstoß vor, denn der Beklagte hat die Aufrechnungslage durch Vertragsverstöße hergestellt. Er hat nämlich die bereits im August 2003 nach Kündigung des Mandats fällig gewordene **Herausgabe des Fremdgeldes nach seinem eigenen Vorbringen rechtswidrig so lange hinausgezögert, bis (möglicherweise) die Zweckbestimmung entfallen ist**. Es ist ihm versagt, eine durch derart schwerwiegende Vertragsverstöße erlangte Aufrechnungslage zu seinem Vorteil auszunutzen. Daran vermag nichts zu ändern, dass der Beklagte für den Kläger umfangreiche anwaltlichen Tätigkeiten kreditiert haben will. Das daraus folgende Risiko ist der Beklagte bewusst eingegangen. Der Kläger hat ihn nämlich, wie der Beklagte selbst vorträgt, über seine Zahlungsunfähigkeit nicht im Unklaren gelassen, so dass er Deckung seiner Honoraransprüche nur im Fall des Eintritts der Rechtsschutzversicherung oder im Fall des Obsiegens im Prozess erwarten konnte.

Aus der hier umstrittenen Leistung des Rechtsschutzversicherers durfte sich der Beklagte wegen deren Zweckgebundenheit jedenfalls nicht befriedigen und wegen der Treuwidrigkeit seines Vorgehens auch dann nicht, nachdem Jahre später (möglicherweise) die Zweckgebundenheit entfallen ist.

3. Der Herausgabeanspruch des Klägers ist auch nicht verjährt. Durch die am 28.12.2007 eingereichte und alsbald zugestellte Klage ist der Ablauf der am 31.12.2007 endenden Verjährungsfrist gehemmt worden (§§ 199 Abs. 1, 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB, 167 ZPO). Die Rechtsauffassung des Beklagten, die Hemmung sei nicht eingetreten, weil der Kläger einen ihm materiell nicht zustehenden, sondern einen auf den Rechtsschutzversicherer kraft Gesetzes übergegangenen Anspruch geltend gemacht habe, ist unzutreffend. Zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen wird auf die vorstehenden Erwägungen (sub I.1b) Bezug genommen. (...) ■

Steuerberaterhaftung

- Kenntnis des Steuerrechts
 - Entscheidung eines Finanzgerichts
 - Entscheidung des EuGH
 - Karenzzeit zur Kenntnisnahme
- (*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 höchstgerichtlichen Entscheidung (hier: mindestens 3 Monate). ■

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 bspw. 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 o.g. 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 bezüglich 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 Finanzgerichts Münster hätte reagieren müssen. Die Kenntnissnahme 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 Kenntnissnahme 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 **zu viel 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 Finanzgerichts 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 eingeeengt. 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 Finanzgerichts 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 Finanzgericht 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 vorstehend 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 vorstehend 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 Finanzgerichts 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 genannten 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* Sieg in: *Zugehör/Fischer/Sieg/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 in Betracht, da das Mandat bereits im Jahr 2002 beendet war.

III. (...) Anlass für die Zulassung der Revision besteht nicht, da die Voraussetzungen von § 543 II ZPO nicht vorliegen.

Soweit der Kläger behauptet, dass die Auffassung des Senats von einer Entscheidung des OLG Naumburg vom 27.11.2009 (1 U 42/09) abweiche, ist dies ausweislich des dem Senat vorliegenden Urteils unzutreffend, da dort die Frage der Pflichtverletzung ausdrücklich offengelassen wird. ■

Anwaltschaft

- Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter
 - Auftrag des Mieterschutzbundes
 - Schaden des Mieters
- (*OLG Düsseldorf, Beschl. v. 21.4.2009 – I-24 U 50/08*)

Leitsatz:

Ein Rechtsanwalt, der im Auftrag einer Mieterschutzvereinigung deren Mitglied fehlerhaft berät, kann dem Mitglied nach den Grundsätzen des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter haften. ■

Aus den Gründen:

Die Berufung des Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts ist gemäß § 522 Abs. 2 ZPO durch Beschluss zurückzuweisen, weil die Berufung in der Sache keinen Erfolg, die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat und eine Entscheidung des Berufungsgerichts auch zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung nicht erforderlich ist.

Zur Vermeidung von Wiederholungen wird auf den Hinweisbeschluss des Senats vom 19.1.2008 Bezug genommen. Der Senat hat dort ausgeführt:

Im Ergebnis zu Recht hat das Landgericht ihn zum Ersatz des von ihm durch anwaltliche Schlechtberatung verursachten Kostenschadens in Höhe von insgesamt 6.594,13 EUR zzgl. Zinsen verurteilt.

Das Berufungsvorbringen vermag eine für den Beklagten günstigere Entscheidung nicht zu rechtfertigen:

1. Der Beklagte haftet den Klägern gemäß §§ 280 Abs. 1, 328, 675 BGB unter dem Gesichtspunkt eines Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte für die Folgen des von ihm den Klägern im November 2003 auftrags des Vereins „I.M. e.V.“ erteilten fehlerhaften Rechtsrats.

a) Entgegen der sich auf ein Urteil des Landgerichts Offenburg (NJW-RR 2003, 1703) stützenden Entscheidung des Landgerichts beschränkt sich die Haftung des Beklagten gegenüber den Klägern nicht auf Pflichtverletzungen aus dem unmittelbar zwischen den Parteien erst im Juli 2004 (anlässlich der von der Vermieterin unter dem 13.7.2004 ausgesprochenen Kündigung) zustande gekommenen Mandatsverhältnis.

Die grundlegende Ursache für die den Klägern im Zusammenhang mit der Beendigung des Mietverhältnisses durch fristlose Kündigung seitens der Vermieterin und dem nachfolgenden Räumungsprozess entstandenen Schäden hatte der Beklagte bereits durch seinen im November 2003 erteilten **fehlerhaften Rechtsrat gesetzt, gegenüber den Mietzinsansprüchen für die Zeit von Februar bis Juni 2004 mit einem vermeintlichen Gegenanspruch in Höhe von 4.097,31 EUR aufzurechnen und entsprechend keine Mietzahlungen**

zu leisten. Dieser Rat war – insoweit besteht zwischen den Parteien kein Streit – **falsch, weil der Beklagte das im Mietvertrag zulässig vereinbarte Aufrechnungsverbot verkannte.**

b) Für die Folgen dieser defizitären anwaltlichen Beratung haftet der Beklagte den Klägern ungeachtet des Umstands, dass er **im November 2003 noch nicht von den Klägern mandatiert war, sondern ihnen Rechtsrat im Rahmen ihrer Mitgliedschaft im „I.M. e.V.“ erteilte.** Zwar kann grundsätzlich nur der Vertragspartner eine verträgliche Haftung in Anspruch nehmen. Vertragspartner des Beklagten waren vor der Mandatierung durch die Kläger selbst im Juli 2004 nicht die Kläger, sondern der „I.M. e.V.“ in Düsseldorf. Anderes gilt aber dann, wenn – wie hier – nach dem Willen der Vertragsparteien Dritte in den Schutzbereich des Vertrages einbezogen sind.

Von einem solchen Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter ist im Wege ergänzender Vertragsauslegung (§§ 133, 157 BGB) immer dann auszugehen, wenn dem Vertragsschuldner die Einbeziehung des Dritten in den vertraglichen Schutzbereich bekannt oder zumindest erkennbar ist, die Rechtsgüter des Dritten durch die Vertragsleistung des Schuldners bestimmungsgemäß oder typischerweise beeinträchtigt werden können („Leistungsnahe“), ein berechtigtes Interesse des Vertragsgläubigers am Schutz des Dritten besteht und der Dritte ein Schutzbedürfnis hat (vgl. BGH, NJW 1985, 489; 2411; 1996, 2927; 2004, 3630; Senat, NJW-RR 1997, 1314; GuT 2007, 287; MDR 2007, 988; Palandt/Heinrichs, BGB 67. Aufl., § 328 Rdnr. 13 ff; Zuehör, Handbuch der Anwaltschaft 2. Aufl., Rdnr. 1383 ff; ders., NJW 2008, 1105; Vollkommer/Heinemann, Anwaltschaftsrecht 2. Aufl., Rdnr. 102 ff). Diese Grundsätze gelten auch für Anwaltsverträge; in einem solchen Fall sind die von einer Pflichtverletzung betroffenen Personen Adressaten der anwaltlichen Pflichten und berechtigt, bei pflichtwidriger Schadenzufügung durch den Anwalt von ihm Schadenersatz zu fordern (vgl. BGH, NJW 1995, 51; NJW 2000, 725).

c) Die Voraussetzungen eines Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte liegen hier vor: Inhalt und Zweck des dem Beklagten von dem Mieterschutzverein erteilten Auftrags war ersichtlich die Beratung Dritter, nämlich der Vereinsmitglieder, deren Rechtsgüter diesem Zweck entsprechend durch Fehlleistungen des Beklagten Nachteile erleiden konnten und hier auch erlitten haben. Die **Drittbezogenheit** der von dem Beklagten zu erbringenden Leistung war nachgerade der Kern des ihm erteilten Beratungsauftrags. Auch liegt das Interesse des Vereins am Schutz seiner Mitglieder, denen er die Rechtsberatung offeriert, auf der Hand. Die Beklagten sind zudem auch schutzbedürftig. **Gleichwertige Ersatzansprüche gegen den Mieterschutzverein sind nicht dargetan,** zumal nach § 3 Nr. 4 Satz 3 der aktuellen Satzung des Vereins (allgemeinkundig, veröffentlicht unter: www.ivmieter-schutz.de/anmeldungsatzung.html)

„Aus der Gewährung von Rat, Information und Hilfe kann das Mitglied keine Ansprüche gegen den Verein und seine Organe herleiten.“

die Haftung des Vereins ausgeschlossen ist. Das dem Beklagten von dem Verein übertragene Beratungsmandat bezog mithin gerade diejenigen Vereinsmitglieder, deren Beratung der Beklagte im Einzelfall übernahm, in seinen Schutzbereich ein.

d) Da der Beklagte den Klägern bereits wegen des ihnen im November 2003 erteilten verfehlten Rechtsrats haftet, bedarf es keiner vertiefenden Erörterung, ob und mit welchen Folgen der Beklagte die Kläger auch nach Mandatierung im Juli 2004 fehlerhaft beraten hat. Insoweit hat das Landgericht völlig zutreffend **eine Pflichtverletzung des Beklagten darin gesehen, dass er ohne erneute Sach- und Rechtsprüfung an dem in der früheren Beratung eingeschlagenen (falschen) Weg festgehalten hat.**

Die Auffassung der Berufung, der Beklagte hätte den Sachverhalt nicht nochmals umfassend prüfen müssen, ist von Rechtsirrtum beeinflusst und verkennt die Pflichten eines Anwalts. Denn dieser hat in den Grenzen des Mandats dem Mandanten **diejenigen Schritte anzuraten, die zu dem erstrebten Ziele zu führen geeignet sind, und Nachteile für den Auftraggeber zu verhindern, soweit solche voraussehbar und vermeidbar sind.** Dazu hat er dem Auftraggeber den sichersten und gefahrlosesten Weg vorzuschlagen und ihn über mögliche Risiken aufzuklären, damit der Mandant zu einer sachgerechten Entscheidung in der Lage ist (BGH, WM 1993, 1376; 1996, 1824; 2006, 927; 2007, 419; NJW 2007, 2485; NJW-RR 2008, 1235). **Durch ungeprüftes Fortsetzen des bereits im November 2003 eingeschlagenen falschen Weges hat der Beklagte diese Pflichten verabsäumt und den bereits eingetretenen Schaden sogar noch vertieft.**

2. Die den Klägern entstandenen Kostenschäden, nämlich

Kosten des Räumungsprozesses, I. Instanz,	
Kostenfestsetzungsbeschl. v. 13.01.2006	1.170,22 EUR
Kosten des Räumungsprozesses, II. Instanz,	
Kostenfestsetzungsbeschl. v. 28.10./11.11.2005	1.861,57 EUR
Gerichtskosten des Berufungsverfahrens	968,00 EUR
an den Beklagten geleistete Vorschüsse	<u>2.594,34 EUR</u>
insgesamt	6.594,13 EUR

sind sämtlich verursacht durch den verfehlten Rat des Beklagten, mit einem vermeintlichen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung gegenüber dem laufenden Mietzinsanspruch die Aufrechnung zu erklären und Zahlungen nicht zu leisten. Mit Recht haben das Landgericht Düsseldorf (Urt. v. 25.4.2005 – 14e O 97/04) und das Oberlandesgericht Düsseldorf (Urt. v. 29.9.2005 – I-10 U 86/05) die fristlose Kündigung des Mietverhältnisses wegen des so entstandenen Zahlungsverzugs für wirksam erachtet und die Kläger zur Räumung verurteilt. Es bedarf hier keiner Erörterung, ob der Hilfsbegründung des 10. Zivilsenats, ein Gegenanspruch in der behaupteten Höhe von 4.097,31 EUR habe den Klägern bereits nicht zugestanden (sub II. 2. b) der Urteilsgründe), zu folgen ist. Denn durch § 6 Nr. 1 und 2 des Mietvertrages vom 25.3.1991 **war die Aufrechnung mit anderen als unstreitigen und rechtskräftig festgestellten Ansprüchen gegenüber dem Mietzins ohnehin ausgeschlossen.**

Entgegen der Auffassung des Beklagten verstieß die von der Vermieterin ausgesprochene fristlose Kündigung auch nicht gegen die aus § 242 BGB folgenden Gebote von Treu und Glauben. Zweck des Verbots einer Aufrechnung gegenüber dem Mietzinsanspruch ist es gerade, dem Vermieter die Sanktion des § 543 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB zur Sicherstellung der regelmäßigen und nicht mit der Auseinandersetzung um Gegenansprüche belasteten Mietzinszahlung zu erhalten. Wäre der Vermieter wegen bestehender Gegenansprüche nach Treu und Glauben gehindert, die ihm durch § 543 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB eröffneten Konsequenzen aus dem Zahlungsverzug des Mieters zu ziehen, so liefe das Aufrechnungsverbot weitgehend leer. Die Interessen des Mieters sind durch die Möglichkeit, seine Rechte gerichtlich geltend zu machen, hinreichend gewahrt. (...) ■

Steuerberaterhaftung

- Fehlerhafter Ansatz von Werbungskosten
 - Prüfungspflichten des Steuerberaters
 - Nachzahlungszinsen, § 233a AO
 - Zinsvorteile
 - Vorgerichtliche Anwaltskosten
- (OLG Düsseldorf, Urt. v. 25.11.2008 – I-23 U 64/08)

Leitsätze:

1. Pflichtverletzungen im Rahmen eines Steuerberatervertrages sind, dass der Steuerberater den Sachverhalt hinsichtlich absetzbarer Schuldzinsen im Zusammenhang mit der Finanzierung einer Eigentumswohnung nicht ordnungsgemäß aufklärt, Schuldzinsen als Werbungskosten aufgrund einer nicht aussagekräftigen Urkunde deklariert, Fehler in Steuerbescheiden nicht aufdeckt und es schließlich unterlässt, unverzüglich die Berichtigung dieser Fehler zu veranlassen.

2. Beruht ein Fehler des Finanzamts auf der Annahme eines falschen Sachverhalts, die durch ordnungsgemäße Erfüllung der Vertragspflichten durch den Steuerberater hätte verhindert werden können, entlastet dieser Fehler des Finanzamts den Steuerberater nicht. ■

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.

I. 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 Steuer-

beraters M., die 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 absetzbaren Schuldzinsen des Klägers im Zusammenhang mit der Finanzierung einer Eigentumswohnung nicht ordnungsgemäß aufgeklärt**, Schuldzinsen als Werbungskosten aufgrund einer nicht aussagekräftigen Urkunde deklariert, statt insoweit 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 benötige**. 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 der Klageerwidern beigefügten 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 Ver-

mietung 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 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 gemacht 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 § 233 a 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., S. 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 Klageerwiderung Vorteile des Klägers in Gestalt ersparter Kreditzinsen, die dem Kläger dadurch entstanden seien, dass er öfter sein Konto überzogen habe, angedeutet. In der Berufungserwiderung hat er auf sein erstinstanzliches Vorbringen ergänzend Bezug genommen. Der Kläger ist dem erstinstanzlichen Vortrag des Klägers zur Kontoüberziehung nicht entgegengetreten, sondern hat im 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 in der Klageschrift nach einem Gegenstandswert von 6.594,49 EUR), hat der Kläger den Erstattungsanspruch auch dem Grunde nach nicht schlüssig dargelegt. **Der allein infrage 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
 - Insolvenzverwalter
 - Liquiditätsplan
 - Prognoseentscheidung
 - Elementare Berufspflichtverletzung
- (LG Dortmund, Urt. v. 21.10.2010 – 2 O 10/10)

Leitsatz:

Ein Insolvenzverwalter begeht keine wissentliche Pflichtverletzung im Sinne der Bedingungen für die Berufshaftpflichtversicherung, wenn er einen von ihm aufgenommenen Massekredit wegen Masseunzulänglichkeit nicht zurückführen kann, weil er die Zahlungsflüsse aus noch abzuarbeitenden Werkverträgen der Insolvenzschuldnerin falsch eingeschätzt hat. ■

Zum Sachverhalt:

Die Parteien streiten um die Einstandspflicht der Beklagten aus einer zwischen ihnen bestehenden Berufshaftpflichtversicherung.

Der zum Diplom-Kaufmann ausgebildete Kläger ist als Wirtschaftsprüfer, Steuerberater und Insolvenzverwalter tätig. Er wurde durch Beschluss des Amtsgerichts Münster vom 1.3.2006 als Insolvenzverwalter in dem Verfahren über das Vermögen der Firma S. (im Folgenden: Schuldnerin) bestellt, nachdem er bereits durch Beschluss vom 9.2.2006 zum vorläufigen Insolvenzverwalter ernannt worden war. Der Kläger versicherte sich im Rahmen seiner gesetzlichen Haftpflichtversicherung gegen die Inanspruchnahme wegen von ihm bei diesen Tätigkeiten verursachten Vermögensschäden bei der Beklagten.

Dem Versicherungsvertrag liegen u.a. die VH 556:06 – Allgemeine Versicherungsbedingungen für die Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung für Insolvenzverfahren (AVB-I) mit Risikobeschreibung zugrunde.

In seiner Eigenschaft als Insolvenzverwalter führte der Kläger den Betrieb der Schuldnerin fort und beantragte bei der Sparkasse X als Insolvenzverwalter, ihm einen Massekredit

in Höhe von 30.000 EUR einzuräumen. Mit Kreditvertrag vom 28.3.2006/28.4.2006 gewährte die Sparkasse X dem Kläger einen Kredit in laufender Rechnung bis zur Höhe von 30.000 EUR. Die Rückführung des Kredits sollte aus noch abzuarbeitenden Aufträgen der Schuldnerin erfolgen. Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens am 1.3.2006 zahlte die Sparkasse X dem Kläger in seiner Eigenschaft als Insolvenzverwalter den Kredit in mehreren Teilbeträgen bis zum 4.4.2006 aus. An diesem Tag wies das Konto einen Sollsaldo von 26.580,74 EUR aus. Nach diesem Zeitpunkt berechnete die kreditierende Sparkasse noch Zinsen und Kosten in Höhe von 5.864,66 EUR.

Am 14.9.2007 leistete der Kläger eine Teilzahlung in Höhe von 5.000 EUR, die von der Sparkasse verrechnet wurde. Seit diesem Zeitpunkt fielen noch Zinsen und Kosten in Höhe von 2.950,60 EUR an. Zum 29.5.2008 befand sich das Konto im Sollsaldo von 29.818,29 EUR. Die kreditierende Sparkasse mahnte den Kläger zur Rückführung des Schuldsaldos auf dem Konto an und kündigte schließlich mit Schreiben vom 28.5.2008 den eingeräumten Kredit in Höhe von 30.000 EUR fristlos und forderte ihn zur Zahlung des Schuldsaldos von 29.818,29 EUR auf. Mit Schreiben vom 28.5.2008 zeigte der Kläger dem Insolvenzgericht gegenüber die Masseunzulänglichkeit an.

Daraufhin erhob die Sparkasse X unter dem 5.8.2008 gegenüber dem jetzigen Kläger Klage auf Zahlung von 29.818,29 EUR. In diesem Haftpflichtverfahren erster Instanz gewährte die Beklagte dem Kläger Deckungsschutz zur Abwehrung der Klage.

Mit Urteil vom 22.4.2009 verurteilte das Landgericht Münster (14 O 432/08) den Kläger zur Zahlung von 28.255,85 EUR. Zur Begründung führte es aus, dass der Kläger gemäß § 61 InsO zum Schadenersatz verpflichtet sei, weil er durch die Inanspruchnahme des Kontokorrentkredits nach dem 1.3.2006 pflichtwidrig eine Masseverbindlichkeit begründet habe, die aus der Insolvenzmasse nicht hätte erfüllt werden können.

Gegen dieses Urteil wollte der Kläger Berufung einlegen, da das Urteil seiner Auffassung nach in rechtsfehlerhafter Weise ergangen war, er insbesondere einen Pflichtenverstoß nicht zu erkennen vermochte. Da die Beklagte keine Erfolgsaussicht für eine Berufung sah, lehnte sie mit Schreiben vom 8.6.2009 die Gewährung einer vom Kläger gewünschten Kostendeckungszusage für die Durchführung des Berufungsverfahrens ab, so dass das Urteil rechtskräftig wurde.

Die geschädigte Sparkasse trat an den Kläger ihre Ansprüche aus dem Kontokorrent ab und forderte den Kläger zur Zahlung der Urteilssumme auf. Der Kläger beglich die Forderung zzgl. Zinsen wie auch die Forderung aus dem Kostenfestsetzungsbeschluss in Höhe von 3.000,91 EUR. Beide Zahlungen sind Gegenstand der Klage.

Der Kläger bestreitet auch im Deckungsprozess eine von ihm begangene Pflichtverletzung im Wesentlichen damit, dass die von ihm berechneten Aufwendungen, Kosten und

Zahlungszuflüsse einen positiven Saldo ergeben hätten. Ein von ihm zu dieser wirtschaftlichen Beurteilung der Aufträge seit Jahren verwendetes Formular in elektronischer Form, das auf seinem Laptop gespeichert und in 10 Besprechungen mit den Geschäftsführern der Insolvenzschriftstellerin im Einzelnen besprochen und aktualisiert worden war, sei versehentlich gelöscht worden. Er bestreitet eine wissentliche Pflichtverletzung und trägt dazu vor, dass eine überschlägige Berechnung der Kosten und Rückflüsse positiv ausgefallen sei.

(Anträge ...)

Die Beklagte verweigert nunmehr Deckung aus dem abgeschlossenen Haftpflichtversicherungsvertrag und beruft sich zur Begründung auf den Risikoausschluss nach § 4 Nr. 5 AVB-I (wissentliche Pflichtverletzung). Dazu behauptet sie, der Kläger habe bewusst gegen die Pflichten eines Insolvenzverwalters verstoßen, weil eine überschlägige Wirtschaftlichkeitsberechnung nicht ausreichend gewesen sei. Einen weiteren wissentlichen Pflichtenverstoß sieht sie auch darin, dass der Kläger das versehentlich gelöschte Formular auf dem Laptop nicht zusätzlich gesichert habe. (...)

Die Klage ist in vollem Umfang begründet. ■

Aus den Gründen:

I. Die Beklagte ist gemäß § 149 VVG a.F. (auf das streitgegenständliche Rechtsverhältnis der Parteien findet gemäß Art. 1 Abs. 2 EGVVG das bis zum 31.12.2007 geltende „alte“ VVG Anwendung), § 1 AHB i.V.m. A § 1 AVB-I verpflichtet, dem Kläger die Zahlungen zu erstatten, die dieser aufgrund der rechtskräftigen Verurteilung im Haftpflichtverfahren an die Haftpflichtgläubigerin erbracht hat. Die den Versicherungsfall auslösende **Pflichtverletzung** steht aufgrund der **Bindungswirkungen des rechtskräftigen Haftpflichturteils** für das vorliegende Deckungsverfahren fest. Die im Haftpflichtversicherungsvertrag von der Beklagten übernommene Deckungsverpflichtung hat sich durch die aufgrund der rechtskräftigen Verurteilung geleistete Zahlung des Klägers in einen Zahlungsanspruch gegen die Beklagte konkretisiert. Von dieser Zahlungsverpflichtung ist die Beklagte nicht wegen des Eingreifens des Deckungsausschlusses frei geworden.

1. In der Regel kann der Versicherungsnehmer seinen Haftpflichtversicherer nicht auf Zahlung der Haftpflichtsumme in Anspruch nehmen, weil es dem Haftpflichtversicherer freisteht, ob er den geltend gemachten Haftpflichtanspruch erfüllen oder den Versuch einer Abwehr unternehmen will. Deshalb geht das Begehren des Haftpflichtversicherten **zunächst auf Feststellung bedingungsgemäßen Versicherungsschutzes**. Ist das Bestehen des Haftpflichtanspruches jedoch rechtskräftig festgestellt, hat sich die Rechtsschutzverpflichtung des Haftpflichtversicherers erledigt.

Wenn dann – wie in vorliegendem Fall – der Versicherte den rechtskräftig festgestellten Haftpflichtanspruch erfüllt, konkretisiert sich der Freistellungsanspruch in einem Zahlungsanspruch, so dass der Haftpflichtversicherer nunmehr auf Zahlung in Anspruch genommen werden kann

(Schneider in: Beckmann/Matusche-Beckmann, *Versicherungsrechts-Handbuch* 2. Aufl., § 24 Rdnr. 20).

2. Die den Versicherungsfall auslösende Pflichtverletzung des Klägers steht aufgrund seiner rechtskräftigen Verurteilung im Haftpflichtprozess (Urteil des Landgerichts Münster vom 22.4.2009 – 14 O 432/08) fest. Einer neuerlichen Prüfung der Haftpflichtfrage bedarf es im Deckungsprozess trotz wiederholten Bestreitens seiner Verantwortung durch den Kläger nicht. Denn in der Haftpflichtversicherung gilt das Trennungsprinzip. Das Haftpflichtverhältnis, das zwischen dem geschädigten Dritten und dem haftpflichtigen Versicherungsnehmer besteht, ist von dem Deckungsverhältnis zwischen dem Versicherungsnehmer und dem Haftpflichtversicherer zu trennen. Im Haftpflichtprozess wird entschieden, ob und in welcher Höhe der Versicherungsnehmer dem Dritten haftet. Im Deckungsprozess wird geklärt, ob der Versicherer dafür eintrittspflichtig ist (BGH, *VersR* 2006, 107; Krause-Alleinstein, *juris-Praxisreport*, *VersR* 6/2007 Anm. 2).

Notwendige Ergänzung des Trennungsprinzips ist die Bindungswirkung des rechtskräftigen Haftpflichturteils für den nachfolgenden Deckungsprozess. Sie folgt aus dem Leistungsversprechen, das der Versicherer dem Versicherungsnehmer im Versicherungsvortrag gegeben hat, und bedeutet, dass das Ergebnis des vorangegangenen Haftpflichtprozesses für die Deckungsfrage verbindlich ist. Damit wird verhindert, dass die im Haftpflichtprozess getroffene Entscheidung und die zugrunde liegenden Feststellungen im Deckungsprozess erneut überprüft werden können (BGH, *VersR* 2007, 641; 2004, 590). Damit ist es nicht nur der Beklagten, sondern auch dem Kläger selbst verwehrt, seine im Haftpflichtprozess rechtskräftig festgestellte, den Schaden auslösende Pflichtverletzung im Deckungsprozess zu bestreiten.

Im Übrigen würde die Berücksichtigung dieses Bestreitens die Klage auch unschlüssig machen, weil ohne Pflichtverletzung kein Versicherungsfall und damit auch keine Eintrittspflicht der Beklagten gegeben wäre. Ein solches Ergebnis des Deckungsprozesses würde den Sinn des Haftpflichtversicherungsvertrages zuwiderlaufen und dem Kläger in keiner Weise helfen, da seine Verantwortlichkeit im Haftpflichtprozess rechtskräftig festgestellt worden ist.

Die **Bindungswirkung umfasst die tatsächlichen Elemente**, die der Tatrichter des Haftpflichtprozesses der Haftung des Versicherungsnehmers zugrunde gelegt hat. Wird dem Versicherungsnehmer vorgeworfen, pflichtwidrig eine Handlung unterlassen zu haben, so gehört zum Haftungstatbestand auch, was der Versicherungsnehmer hätte tun müssen, um pflichtgemäß zu handeln. Die Bindungswirkung des Haftpflichturteils kann so weit gehen, dass der Versicherungsnehmer es hinnehmen muss, wenn das Gericht im Haftpflichtprozess einen Tatbestand feststellt, der zugleich versicherungsrechtlich einen Risikoausschluss ausfüllt (BGH, *VersR* 2001, 1103 unter II. 2. d)). Umgekehrt kann der Versicherer, wenn im Haftpflichtprozess festgestellt wurde, dass der Versicherungsnehmer den Schaden durch ein bestimmtes Verhalten verursacht hat, diese Feststellung im Deckungsprozess nicht mehr nachprüfen lassen.

Im Haftpflichturteil sind hinsichtlich der Pflichtverletzung des Klägers folgende Feststellungen getroffen worden:

„Denn der Beklagte hat durch die Inanspruchnahme des Kontokorrentkredits nach dem 1.3.2006 pflichtwidrig eine Masseverbindlichkeit begründet, die aus der Insolvenzmasse nicht voll erfüllt werden konnte, was jedenfalls durch die Anzeige der Masseunzulänglichkeit dokumentiert ist.

Der Beklagte hat nicht ausreichend darlegt, dass er entweder bei der Begründung der Verbindlichkeit objektiv von einer zur Erfüllung der Verbindlichkeit ausreichenden Masse ausgehen konnte oder er die Unzulänglichkeit nicht erkennen konnte (§ 61 Satz 2 InsO).

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann der Verwalter den Beweis im Allgemeinen nur führen, wenn er eine **plausible Liquiditätsrechnung** erstellt und diese bis zum Zeitpunkt der Begründung der Verbindlichkeit ständig überprüft und aktualisiert (vgl. BGH, ZIP 2005, 311 ff.). § 61 Insolvenzordnung erhebt dies zur insolvenzspezifischen Pflicht des Verwalters. Grundlage ist eine Prognose aufgrund der aktuellen Liquiditätslage der Masse, der realistischen Einschätzung noch ausstehender offener Forderungen und der künftigen Geschäftsentwicklung für die Dauer der Fortführung. Stellt der Verwalter keine präzisen Berechnungen an, über welche Einnahmen er verfügt und welche Ausgaben er zu tätigen hat, kann er sich nicht entlasten.

Der Verwalter muss daher plausibel darlegen, auf welcher Basis er bei Begründung der Verbindlichkeit von einer positiven Prognose ausgegangen ist. In der Regel wird der Insolvenzverwalter dabei erläutern müssen, dass er sämtliche gegenwärtigen Verbindlichkeiten und Ansprüche der Masse in den Plan eingestellt hat, mit welchen zukünftigen Verbindlichkeiten und Ansprüchen der Masse er gerechnet hat und warum er von einem Zahlungseingang zu einem bestimmten Zeitpunkt ausgegangen ist. Er hat insoweit darzulegen, dass er eine bestimmte Entwicklung aus der Sicht ex ante nicht bedenken musste oder anders einschätzen durfte.

Vorliegend hat der Beklagte nicht ausreichend dargelegt, dass er die Unzulänglichkeit der Masse nicht hätte erkennen können. Soweit er in der Klageerwiderung ausführt, dass im Zusammenhang mit dem Projekt N.-Klinik ein Betrag in Höhe von 10.074 EUR nicht vorhersehbar nicht eingetrieben werden konnte sowie im Zusammenhang mit dem Bauvorhaben I ein weiterer Betrag in Höhe von 14.062 EUR, so genügt er seiner Darlegungslast nicht. Es ist nicht ungewöhnlich, dass Forderungen im Zusammenhang mit Bauvorhaben nur zögerlich und nicht vollständig erfüllt werden.

Auch hätte der Beklagte bedenken müssen, dass Sicherungseinbehalte erst nach Ablauf der Gewährleistungsfristen frei werden. Insoweit hätte der Beklagte Sicherungsabschläge machen müssen. Gerade im Hinblick auf die Durchsetzbarkeit von Forderungen aus Bauwerkverträgen ist bekannt, dass Werklohnforderungen oftmals nicht in voller Höhe beigetrieben werden können, da, wie es vorliegend auch der Fall war, erfahrungsgemäß bei einem Bauvorhaben die Rüge der mangelhaften Werkleistung zu erwarten ist. Insoweit

reicht die Wahrscheinlichkeit der Eintreibbarkeit von Forderungen nicht aus. Soweit der Geschäftsführer der Beklagten im Termin vom 22.4.2009 ausgeführt hat, vor Inanspruchnahme der Kreditlinie habe er eine überschlägige Berechnung angestellt, reicht dies nicht aus.

Wie zuvor ausgeführt, ist vor dem Eingehen der Masseverbindlichkeit erforderlich, dass ein präziser **Liquiditätsplan erstellt wird, der auch ständig überprüft werden muss**. Diese hohen Darlegungslasten des Insolvenzverwalters rechtfertigen sich aus der besonderen Situation des Vertragsschlusses durch einen insolventen Partner. Hier ist die Wahrscheinlichkeit einer Zahlungsunfähigkeit deutlich höher als bei dem Vertragsschluss durch jemanden, über dessen Vermögen kein Insolvenzverfahren eröffnet ist. Wer als Insolvenzverwalter Masseschulden begründen will, muss besonders sorgfältig prüfen, ob er die neuen Verbindlichkeiten wird erfüllen können. Der Verwalter muss sich insoweit vergewissern, ob er bei normalem Geschäftsverlauf zu einer rechtzeitigen und vollständigen Erfüllung der von ihm begründeten Forderungen mit Mitteln der Masse in der Lage sein wird.“

Nach diesen für den Deckungsvorprozess verbindlichen Ausführungen im Haftpflichturteil liegt die zugrunde zu legende Pflichtverletzung des Klägers nicht darin, dass er es überhaupt unterlassen hat, eine Prognose über die zukünftige Geschäftsentwicklung der Insolvenzschildnerin und die damit verbundene Wahrscheinlichkeit der Möglichkeit einer Rückführung des aufgenommenen Massekredits zu erstellen sondern darin, dass er die **Grundlagen der Prognoseentscheidung nicht mit ausreichender Sorgfalt erstellt** hat. Diese und nur diese Pflichtverletzung ist für den vorliegenden Deckungsprozess, in dem die Beklagte auf deckungsrechtliche Einwendungen beschränkt ist, von Bedeutung.

3. Die Beklagte kann mit ihrem Vorbringen zum Vorliegen eines versicherungsrechtlichen Deckungsausschlusses nicht durchdringen. Die Voraussetzungen des von der Beklagten herangezogenen Ausschlusses nach A § 4 Nr. 4 der dem Haftpflichtversicherungsvertrag zugrunde liegenden AVB-I stehen weder für den Deckungsprozess verbindlich fest noch sind sie von der Beklagten schlüssig vorgetragen worden.

Nach A § 4 Nr. 4 AVB-I bezieht sich der Versicherungsschutz nicht auf Haftpflichtansprüche wegen Schadenverursachung durch wissentliches Abweichen von Gesetz, Vorschrift, Anweisung oder Bedingungen des Auftraggebers oder durch sonstige wissentliche Pflichtverletzung. Diese Regelung stellt keine (verhüllte) Obliegenheit dar, sondern beinhaltet einen Leistungsausschluss (OLG Hamm, VersR 1996, 1006). Die Vorschrift ändert den § 152 VVG a.F. zulässigerweise dahingehend ab, dass einerseits nur der „wissentliche“ Pflichtenverstoß zum Leistungsausschluss führt und andererseits sich das Verhalten des Versicherten nicht auf die Schadenfolgen zu erstrecken braucht.

a) Wie ausgeführt, können auch die Voraussetzungen eines Risikoausschlusses zulasten des Versicherungsnehmers im Haftpflichtprozess bindend für den Deckungsprozess festgestellt werden. Dies ist jedoch durch das zitierte Haftpflicht-

urteil des Landgerichts Münster nicht erfolgt. Das Landgericht hat weder eine wissentliche Pflichtverletzung positiv festgestellt (was im Übrigen für den Bindungsprozess wegen fehlender Voraussetzungsidentität (vgl. dazu BGH, r+s 2007, 241; r+s 2004, 232; OLG Hamm, r+s 2002, 323; Schimikowski, r+s 2006, 7/9; Wendt, r+s 2006, 45/50) unbeachtlich wäre, noch hat es umgekehrt eine wissentliche Pflichtverletzung durch den Kläger ausgeschlossen, sondern sich auf die Feststellung der für die Haftpflichtfrage ausreichenden Fahrlässigkeit der Pflichtverletzung beschränkt.

b) Da es somit an einer bindenden Feststellung der für das Eingreifen des Risikoausschlusses erforderlichen Verschuldensform fehlt, war es Aufgabe der Beklagten, diese vorzutragen und zu beweisen. Denn **darlegungs- und beweispflichtig für die Verwirklichung der subjektiven Tatbestandsmerkmale des Risikoausschlusses ist der beklagte Versicherer** (BGH, VersR 2001, 1103 unter II. 3.).

Wissentlich im Sinne von A § 4 Nr. 4 AVB-I bedeutet **dolus directus** (BGH, VersR 2001, 1103; VersR 1991, 176; OLG Saarbrücken, VersR 1992, 994), bedingter Vorsatz reicht nicht aus (BGH, a.a.O.; OLG Karlsruhe, VersR 2005, 1681). Der Versicherungsnehmer muss das Bewusstsein gehabt haben, pflichtwidrig zu handeln. Nur wer bewusst verbindliche Handlungs- oder Unterlassungsanweisungen nicht beachtet hat, mit denen ihm ein bestimmtes Verhalten vorgeschrieben worden ist, muss sich den Risikoausschluss der wissentlichen Pflichtverletzung entgegenhalten lassen (OLG Karlsruhe, zfs 2010, 336). Ein derartiger Pflichtverstoß lässt sich nur dadurch geltend machen, dass von dem darlegungspflichtigen Versicherer aufgezeigt wird, wie sich der Versicherte hätte verhalten müssen. Für einen bewussten Pflichtverstoß muss darüber hinaus dargelegt werden, der Versicherte habe gewusst, wie er sich hätte verhalten müssen.

Einen solchen wissentlichen Pflichtenverstoß hat die Beklagte jedoch nicht schlüssig dargelegt. Sie hat sich darauf beschränkt, dem Kläger vorzuwerfen, dass er eine nicht ausreichende Liquiditätsberechnung angestellt habe. Der Kläger hat demgegenüber geltend gemacht, dass eine von ihm vorgenommene überschlägige Berechnung der Einnahmen, Ausgaben und Kosten zu einem positiven Ergebnis geführt habe, wobei Grundlagen der anzustellenden Prognose in ständigen Gesprächen mit den Geschäftsführern der Insolvenzschuldnerin aktualisiert worden seien. Dieser Vortrag des Klägers schließt eine wissentliche Pflichtverletzung aus. Auch die Beklagte, deren Aufgabe es gewesen wäre, diesen Vortrag des Klägers zu widerlegen, hat Konkretes im Hinblick auf einen wissentlichen Pflichtenverstoß nicht vorgetragen.

Prognoseentscheidungen sind ihrem Wesen nach mit Unsicherheiten behaftet, so dass aus der Tatsache, dass eine Prognose sich nicht erfüllt, nicht auf ein wissentliches Zuwiderhandeln gegen die bei der Prognose zu beachtenden Regeln ausgegangen werden kann. Im Ergebnis unzutreffende Entscheidungen können genauso gut auf Nachlässigkeit oder fahrlässig fehlerhafter Falschbeurteilung beruhen. Die im Haftpflichtprozess zugrunde gelegte Darlegungslast des dortigen Beklagten hat für den Deckungsprozess keine Bedeutung.

c) Entgegen der Auffassung der Beklagten betrifft die im Haftpflichturteil festgestellte Pflichtverletzung auch **keinen Verstoß gegen grundsätzliche Berufspflichten**. Insoweit ist allerdings anerkannt, dass die Darlegungslast des Versicherers hinsichtlich der Wissentlichkeit eines Pflichtenverstoßes insoweit eingeschränkt und der Schluss auf ein wissentliches Handeln ohne Weiteres dann zulässig ist, wenn die verletzte Regel zum Primitiv- oder Elementarwissen des Berufshaftpflichtversicherten gehört. **Denn eine Pflichtverletzung, die schlechterdings nur vorsätzlich begangen werden kann, bedarf keiner weiteren Darlegung und keines weiteren Beweises hinsichtlich des Vorsatzes** (OLG Hamm, r+s 2007, 279; OLG Karlsruhe, VersR 2006, 783; OLG Köln, VersR 2009, 58).

Um einen derartigen Verstoß gegen Elementar- oder Primitivwissen eines Insolvenzverwalters handelt es sich bei dem durch das Haftpflichturteil festgestellten Pflichtenverstoß indes nicht. Denn dem Kläger ist – wie ausgeführt – **nicht zum Vorwurf gemacht worden; dass er überhaupt keine Prognose erstellt hat**. Der Vorwurf bezog sich vielmehr auf die nicht ausreichende Berücksichtigung von Risiken zukünftiger Zahlungseingänge. Eine solche Risikoeinschätzung kann durchaus unterschiedlich ausfallen. So ist ein Zahlungseinbehalt wegen behaupteter Mängel in werkvertraglichen Beziehungen zwar nicht selten, aber andererseits auch nicht die Regel. **Die Einschätzung solcher Risiken und die Beachtung der hierfür geltenden Regeln gehören jedenfalls nicht zum Elementar- oder Primitivwissen eines Insolvenzverwalters mit der Folge, dass eine unzutreffende Prognoseentscheidung gleich die Wissentlichkeit des Verstoßes gegen die dabei zu beachtenden Regeln zur Folge hätte.**

d) Soweit die Beklagte einen wissentlichen Pflichtenverstoß damit zu begründen versucht, dass der Kläger eine **Sicherung des auf seinem Laptop abgespeicherten elektronischen Formulars verabsäumt hat, so dass es durch die versehentliche Löschung endgültig verloren gegangen ist**, vermag sie damit ebenfalls im Deckungsprozess kein Gehör zu finden. Denn diese dem Kläger von der Beklagten vorgeworfene Pflichtverletzung ist nicht Gegenstand des Haftpflichturteils und kann deshalb von der Beklagten auch nicht herangezogen werden, um einen Risikoausschluss zu begründen (BGH, VersR 2001, 1103). (...)

II. Unter Beachtung des Grundsatzes ne ultra petita hat das Gericht den vom Kläger selbst berücksichtigten Selbstbehalt von der Haftpflichtforderung in Abzug gebracht. Der Kläger hat diesen Selbstbehalt den Versicherungsbedingungen entnommen, die für Wirtschaftsprüfer, Steuerberater und Rechtsanwälte gilt. Das Gericht hat mit den Parteien in der mündlichen Verhandlung entsprechend der ihm gemäß § 139 ZPO auferlegten Hinweispflicht erörtert, dass die dem Vertrag zugrunde gelegten Allgemeinen Versicherungsbedingungen für Insolvenzverfahren einen solchen Selbstbehalt nur vorsehen, wenn ein solcher im Versicherungsschein festgelegt ist, was vorliegend nicht der Fall war. (...)

GI Literaturhinweise

Geschlossene Fonds

Dieses Standardwerk bietet in der 5. Auflage wieder alle relevanten Fakten für die Fondsbranche, ihre Kunden und die Berater auf neuestem Stand.

Das Werk beginnt mit einem Überblick über

- gesellschaftsrechtliche Grundlagen,
- steuerliche Vorüberlegungen, Prospektgestaltungsverfahren,
- Prospekthaftung und Beratungshaftung,
- finanzaufsichtsrechtliche Erlaubnispflicht,
- Besonderheiten der Fremdfinanzierung sowie
- Pflichten nach dem Geldwäschegesetz.

Dann folgt eine vertiefte Darstellung der derzeit am Markt angebotenen Fondsprodukte mit ihren steuerlichen, gesellschaftsrechtlichen und wirtschaftlichen Bezügen.

Berücksichtigt ist bereits die neueste BGH-Rechtsprechung zum Thema „Kick-back-Provisionen“ und zum Thema „Haftung des Treuegebers“.

Der Band richtet sich u.a. an Rechtsanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer.

Dr. Jochen Lüdicke/Dr. Jan-Holger Arndt: Geschlossene Fonds, Verlag C.H. Beck, 5. völlig neu bearbeitete und erweiterte Auflage 2009, XXXVII, 497 Seiten, kartoniert, 64,- €, ISBN 978-3-406-59023-8

Insolvenzrechts-Handbuch

Dieses Handbuch bietet allen Beteiligten in jedem Stadium des Verfahrens konkrete Beurteilungshinweise, Problemlösungen und Ratschläge. Es ist in erster Linie lösungsorientiert; die wissenschaftliche Vertiefung findet sich überwiegend dort, wo praktische Fragen unmittelbar angesprochen sind und ohne Schrifttum nicht bewältigt werden können.

Umfassend eingearbeitet wurden alle seit der letzten Auflage des Handbuchs erlassenen Novellen:

- Gesetz zum Pfändungsschutz der Altersvorsorge
- Gesetz zur Vereinfachung des Insolvenzverfahrens
- Gesetz zur Neuregelung des Rechtsberatungsrechts
- Finanzmarktstabilisierungsgesetz
- MoMiG
- ARUG
- BilMoG

Ergänzend ist die umfangreiche neue Rechtsprechung des BGH zu wesentlichen insolvenzrechtlichen Fragen detailliert berücksichtigt.

Der Band wendet sich an Gläubiger, Schuldner und ihre Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer und Steuerberater.

Insolvenzrechts-Handbuch, herausgegeben von Prof. Dr. Dr. h.c. Peter Gottwald, Verlag C.H. Beck, 4. neu bearbeitete Auflage 2010, LXIX, 2.508 Seiten, in Leinen, 184,- €, ISBN 978-3-406-59545-5

Anwalts-Formularbuch Arbeitsrecht

Wie die Voraufgaben bietet die Neuauflage des bewährten Anwalts-Formularbuchs Arbeitsrecht alle in der anwaltlichen Praxis im Individual- und Kollektivarbeitsrecht erforderlichen Muster und Formulare samt ausführlichen Erläuterungen.

Die Rechtsentwicklung machte seit der Voraufgabe zahlreiche Änderungen erforderlich. Ausgewertet und eingearbeitet wurde die umfangreiche Rechtsprechung der deutschen Arbeitsgerichtsbarkeit und des EuGH, der mit seinen Entscheidungen das nationale Arbeitsrecht maßgeblich mit beeinflusst. Auch das AGG und die AGB-Kontrolle der Arbeitsverträge haben wieder zu zahlreichen Neuerungen geführt; so hat sich etwa die Auslegung von Bezugnahme-klauseln seit der Voraufgabe grundlegend geändert.

In der Neuauflage hat das Formularbuch erheblich an Umfang gewonnen und wurde neu gegliedert. Das Thema Datenschutz/Compliance hat inzwischen eine solche Bedeutung gewonnen, dass ihm die Autoren – ebenso wie dem Insolvenzarbeitsrecht – ein gesondertes Kapitel und neue Muster gewidmet haben. Auch in den anderen Kapiteln sind zahlreiche neue Muster, etwa zur Pflegezeit, zur Gehalts-umwandlung, zum Betrieblichen Eingliederungsmanagement, zur Vergütung von Vorstandsmitgliedern oder zur Errichtung eines Europäischen Betriebsrats, hinzugekommen. Erstmals wurden auch englischsprachige Muster zu Arbeits-, Dienst- und Aufhebungsverträgen aufgenommen.

Wie in den Voraufgaben beginnt jedes Kapitel mit einer Einführung mit zahlreichen Hinweisen, die für einen ersten Überblick über die jeweilige Rechtslage sorgt. Ausführliche Erläuterungen zu den einzelnen Mustern und Klauseln, an Ort und Stelle in Fußnoten eingearbeitet, geben dem Nutzer Tipps zu Taktik und Fehlervermeidung und helfen, Alternativlösungen zu entwickeln. Damit ist das Formularbuch gerade bei komplizierten Sachverhalten eine ausgezeichnete Arbeitshilfe für jeden im Arbeitsrecht tätigen Praktiker.

Bauer/Lingemann/Diller/Haussmann: Anwalts-Formularbuch Arbeitsrecht, von FA ArbR Prof. Dr. Jobst-Hubertus Bauer, FA ArbR und Notar Dr. Stefan Lingemann, FA ArbR Dr. Martin Diller und FAin ArbR Dr. Katrin Haussmann, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 4. überarbeitete Auflage 2011, 1.421 Seiten, Lexikonformat, gebunden, inkl. CD, 99,- €, ISBN 978-3-504-42667-5

Gute Erfolgsaussichten im Versicherungsprozess.

Taktisch Vorgehen

Das umfassende Handbuch geht auf die spezifischen Einzelheiten im Versicherungsrecht ein und zeigt, welches **Vorgehen** jeweils am erfolgversprechendsten ist.

Klar strukturiert

Bei allen wesentlichen Versicherungssparten werden erörtert:

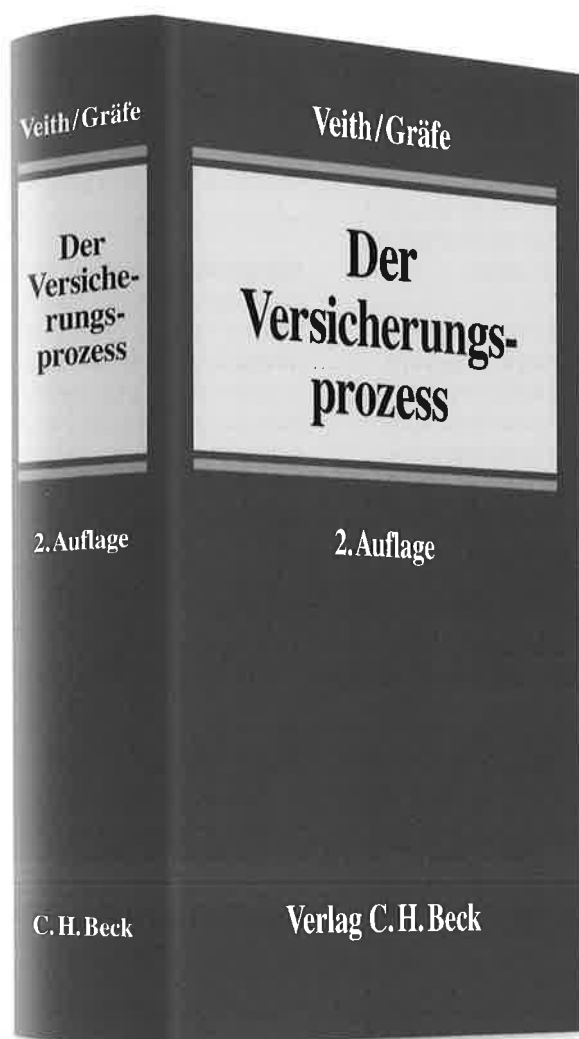
- Zulässigkeit der Klage
- Anspruchsvoraussetzungen
- Mögliche Einwendungen.

Entscheidendes Know-how zu

- Allgemeinen Grundsätzen des Versicherungsprozesses
- Wohngebäudeversicherung
- Hausratversicherung
- Kfz-Kasko- und Haftpflichtversicherung
- Transportversicherung
- Industrielle Sachversicherung
- Unfallversicherung
- Berufsunfähigkeits-(Zusatz)versicherung
- Lebensversicherung
- Krankenversicherung
- Haftpflichtversicherungen einschl. D&O
- Rechtsschutzversicherung
- Kunstversicherung
- Kreditversicherung
- Prozessfinanzierung

Perfektes Zusammenspiel

Das Werk ist die ideale Ergänzung zum aktuellen Versicherungsrechts-Handbuch von Beckmann/Matusche-Beckmann.



*»Für Rechtsanwälte und Versicherer
gleichermaßen eine lohnende Anschaffung.«*
RA Wolfgang Koch, Erfstadt in SchadenPraxis 05/2005,
zur Voraufgabe

Fax-Coupon

____ Expl. 978-3-406-58530-2
Veith/Gräfe, Der Versicherungsprozess
2. Auflage, 2010, XLI, 1967 Seiten, In Leinen € 198,-

Name _____

Straße _____

PLZ/Ort _____

Datum/Unterschrift _____ 157622

Bei schriftlicher oder telefonischer Bestellung haben Sie das Recht, Ihre Bestellung innerhalb von 2 Wochen nach Absendung ohne Begründung in Textform (z.B. Brief, Fax, Email) zu widerrufen. Die rechtzeitige Absendung des Widerrufs innerhalb dieser Frist genügt. Die Frist beginnt nicht vor Erhalt dieser Belehrung. Der Widerruf ist zu richten an den Lieferanten (Buchhändler, becks-shop.de oder Verlag C.H.Beck, c/o Nordlinger Verlagsauslieferung, Augsburg Str. 67a, 86720 Nordlingen), im Falle eines Widerrufs sind beiderseits empfangene Leistungen zurückzugewähren. Kosten und Gefahr der Rücksendung trägt der Lieferant. Zu denselben Bedingungen haben Sie auch ein Rückgaberecht für die Erstlieferung innerhalb von 14 Tagen seit Erhalt. Ihr Verlag C.H.Beck oHG, Wilhelmstr. 9, 80801 München.

Bestellen Sie bei Ihrem Buchhändler oder bei:
beck-shop.de oder Verlag C.H.Beck - 80791 München
Fax: 089/38189-402 • www.beck.de



GI Beilage

Aktueller Hinweis: Ab diesem Jahr geben wir die GI aktuell in einem anderen Erscheinungsrhythmus heraus. Das Februar-Heft ist die erste Ausgabe des Jahres 2011. Alle weiteren Hefte folgen dann jeweils in den geraden Monaten des Jahres.

Diese GI aktuell enthält die erste Ausgabe von GI service – eine Beilage mit Magazincharakter, die nun dreimal im Jahr unsere Zeitschrift um wertvolle Themen ergänzt.

„Fristversäumnisse“ sind nach wie vor eine wesentliche Haftungsursache für Schadenersatzansprüche gegen die Anwaltschaft. Herr Hager – zentrales Underwriting VH – bei HDI-Gerling möchte mit seinem Beitrag insbesondere die Anwälte unter unseren Lesern für die Fristenproblematik weiter sensibilisieren. Daneben finden Sie weitere aktuelle Themen und Kurzmeldungen rund um Ihren Berufsstand.

Nutzen Sie auch weiterhin die ergänzenden Informationen in unserem Downloadbereich unter www.hdi-gerling.de/giservice.

Service-Fax

(0511) 645 111 3909

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

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

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

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



Impressum

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

Herausgeber

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

Redaktion

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

Erscheinungsweise

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

Verlag

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

Abonnementservice

Fax: (0511) 645 111 3909

Layout und Satz

Type Connection, Lechenicher Str. 29, 50374 Ertstadt

Druck

rewi druckhaus, Reiner Winters GmbH, Wiesenstr. 11, 57537 Wissen

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