

Informationen für wirtschaftsprüfende, rechts- und steuerberatende Berufe

# GI aktuell

## Inhalt

Editorial  
GI News  
GI Leitsätze  
GI Entscheidungen  
GI Literaturhinweise

### Steuerberaterhaftung

Verjährungsbeginn nach § 68 StBerG / Unterbliebener Rechtsbehelf / Nichtigerklärung einer Norm durch BVerfG (BGH, Urt. v. 3.2.2011 – IX ZR 183/08)

### Rechtsanwaltsvergütung

Prozesskostenhilfe / Gleichlauf von Anwaltsmandat und Anwaltsbeordnung (BGH, Urt. v. 15.7.2010 – IX ZR 227/09)

### Versicherungsschutz

Anwaltliche Berufstätigkeit / Berufsbild des Anwalts / Zahlungsvorgänge auf dem Anderkonto / Vermögensbetreuungspflicht / Rechnungsstellung nach RVG / Teilweise versicherte Tätigkeit / Kernbereich der Anwaltstätigkeit (OLG Stuttgart, Urt. v. 23.9.2010 – 7 U 75/10)

### Anwaltschaftung

Prozessfehler / Fehlende Passivlegitimation / Gleicher Fehler des Nachfolgeberaters / Gleicher Fehler des LG und des OLG / Verdeckte Sacheinlage / Verjährungsbeginn (OLG Hamm, Urt. v. 26.11.2009 – 28 U 27/08)

### Versicherungsschutz

Veruntreuung durch Sozium / Deckungsausschluss für alle Sozium / Scheinsozium / Repräsentant der GbR? (OLG München, Urt. v. 8.8.2008 – 25 U 5188/07)

### Steuerberaterhaftung

Haftung bei Praxisübernahme / Bestreiten mit Nichtwissen (Thüringer OLG, Urt. v. 13.2.2008 – 7 U 147/08)

### Steuerberaterhaftung

Haftung bei Praxisübernahme (BGH, Beschl. v. 10.2.2011 – IX ZR 46/08)

### Haftung des Wirtschaftsprüfers

Auftrag zur Prüfung des Warenbestands / Werkvertrag / Manipulationen des Geschäftsführers / Verspäteter Insolvenzantrag / Verstoß gegen Treu und Glauben / Überwiegendes Verschulden des Auftraggebers (LG Düsseldorf, Urt. v. 12.11.2010 – 16 O 454/09)

115

119

123

125

97  
98  
98  
99  
128

99  
100  
102

106

Neu: 30 Jahre GI  
Urteilsuche kostenlos unter  
[www.hdi-gerling.de/giurteilsuche](http://www.hdi-gerling.de/giurteilsuche)

Was auch kommt.  
Zählen Sie auf uns!



**Ihr Recht steht nicht zur Wahl –  
Ihr Rechtsschutz schon.**

Die Anforderungen an Steuerberater steigen stetig. Schnell steht Ihr guter Ruf oder sogar Ihre Existenz auf dem Spiel. Unser Straf-Rechtsschutz hilft Ihnen langwierige Strafprozesse, hohe Verfahrenskosten sowie Ertragsausfälle zu vermeiden.

**HDI**  
**GERLING**

[www.hdi-gerling.de](http://www.hdi-gerling.de)

Sie haben Fragen? Dann freuen wir uns auf Ihren Anruf:

**HDI-Gerling Rechtsschutz Versicherung AG**

Günther-Wagner-Allee 14  
30177 Hannover

☎ 0511-3031-126

[www.hdi-gerling.de](http://www.hdi-gerling.de)

Nutzen Sie die Sonder-  
konditionen als Mitglied  
im Steuerberaterverband!

## Editorial

## Liebe Leserin, lieber Leser,

Rafael Meixner  
Rechtsanwalt



mit diesem Heft stellen wir Ihnen einige Urteile vor, die für Ihren beruflichen Alltag von Interesse sein können.

Hervorzuheben ist die Entscheidung BGH IX ZR 183/08: Entsprechend der damaligen Gesetzeslage gab der Steuerberater die im Jahr 1998 erzielten Spekulationsgewinne des Mandanten in dessen Steuererklärung an und ließ den später ergangenen Bescheid bestandskräftig werden. Dreieinhalb Jahre später erklärte das BVerfG die zu Grunde liegende Steuernorm für verfassungswidrig. Der Schaden des Mandanten war nach Auffassung des BGH nicht erst durch die **Entscheidung des BVerfG**, sondern bereits mit Ablauf der Einspruchsfrist entstanden. Zum Zeitpunkt der Klageerhebung im Jahre 2006 war der Schadenersatzanspruch damit bereits **verjährt**. Darin, dass bei einer rechtzeitigen Klageerhebung aber noch keine bundesverfassungsgerichtliche Entscheidung vorgelegen hätte, sieht das Gericht kein Dilemma. Denn im Haftungsprozess hätte die Steuernorm dem BVerfG ebenso vorlegt werden müssen (Art. 100 Abs. 1 GG).

Welche Risiken eine **Praxisübernahme** in sich birgt, zeigt eine Entscheidung des Thüringer OLG. Eine Steuerberaterin hatte von ihrem früheren Arbeitgeber dessen Steuerberaterpraxis übernommen und wurde anschließend wegen einer steuerlichen Fehlberatung, die jenem unterlaufen war, in Anspruch genommen. Das OLG bejahte ihre Haftung. Dass sie bei Praxisübergabe mit dem Mandanten Gespräche geführt und sich Vollmachten hätte geben lassen, begründete kein neues Mandatsverhältnis. Vielmehr läge hierin nur das Einverständnis der Mandanten mit der Mandatsübernahme. Der BGH billigte diese Entscheidung: Die Auslegung als umfassende Vertragsübernahme halte sich im Rahmen einer zulässigen tatrichterlichen Würdigung.

Das LG Düsseldorf hatte sich mit der Frage zu befassen, ob ein Wirtschaftsprüfer, der im Rahmen einer **freiwilligen Prüfung** Manipulationen seines Auftraggebers nicht erkennt, von Letzterem gerade deshalb in Anspruch genommen werden kann, weil er diese **Manipulationen** nicht aufgedeckt hat. Dies verneint das LG Düsseldorf. Im Rahmen der freiwilligen Prüfung hätte der vorsätzlich handelnde Geschädigte im Verhältnis zum fahrlässig handelnden Beteiligten seinen Schaden alleine zu tragen.

Wir wünschen Ihnen eine gewinnbringende Lektüre dieser Ausgabe.

Es grüßt Sie herzlich

Rafael Meixner



## GI News

### EuGH-Vorlage zur Umsatzsteuerpflicht bei der Fondsverwaltung

Mit Beschluss vom 5.5.2011 – V R 51/10 hat der Bundesfinanzhof dem Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) die Frage vorgelegt, ob sog. außenstehende Berater, die Kapitalanlagegesellschaften (KAG) beim Kauf und Verkauf von Wertpapieren für die von der KAG verwalteten Sondervermögen gegen Entgelt beraten, umsatzsteuerpflichtige oder – wie die KAG selbst – steuerfreie Leistungen bei der Fondsverwaltung erbringen.

Die Frage ist für die Fondsverwaltung durch KAG von großer praktischer Bedeutung, da sich KAG bei der Portfolioanlage häufig extern beraten lassen und für die KAG im Fall der Steuerpflicht der Beratungsleistung kein Recht auf Vorsteuerabzug besteht, so dass sich die Kosten für die Fondsverwaltung um die dann nicht abziehbare Umsatzsteuer von derzeit 19 v.H. erhöhen.

Im Rahmen der Vorlage wird der EuGH insbesondere darüber zu entscheiden haben, ob eine portfoliobezogene Beratung überhaupt als Verwaltungstätigkeit anzusehen ist und ob es für die Steuerfreiheit darauf ankommt, dass die Beauftragung des externen Beraters in Übereinstimmung mit den aufsichtsrechtlichen Vorgaben des Investmentrechts erfolgt.

Die Vorlage betrifft unmittelbar nur die vor dem Inkrafttreten des Investmentgesetzes bis einschließlich 2003 bestehende Rechtslage. Im Hinblick auf die Frage, ob es für die Steuerfreiheit der durch den Beauftragten erbrachten Leistung auf die investmentrechtliche Zulässigkeit der Beauftragung („Auslagerung“) ankommt, ist die Vorlage aber auch für die heute bestehende Rechtslage von Bedeutung. (BFH, Urt. v. 5.5.2001 – V R 51/10)

Pressemitteilung d. BFH v. 8.6.2011 ■

### Vorsteuerberichtigungsanspruch des Finanzamts als Masseverbindlichkeit

Mit Urteil vom 9.2.2011 – XI R 35/09 hat der Bundesfinanzhof (BFH) entschieden, dass ein Vorsteuerberichtigungsanspruch des Finanzamts nach § 15a des Umsatzsteuergesetzes (UStG), der dadurch entsteht, dass der Insolvenzverwalter ein Wirtschaftsgut abweichend von den für den ursprünglichen Vorsteuerabzug maßgebenden Verhältnissen verwendet, zu den Masseverbindlichkeiten gehört und durch Steuerbescheid gegenüber dem Insolvenzverwalter geltend gemacht werden kann.

Im Falle einer Insolvenz können die Insolvenzgläubiger ihre Forderungen (Insolvenzforderungen) nur nach den Vorschriften über das Insolvenzverfahren verfolgen und erhalten ggf.

nur einen Anteil der Forderung (Insolvenzquote). Anderes gilt für Forderungen, die als Masseverbindlichkeiten vom Insolvenzverwalter aus der Insolvenzmasse in voller Höhe vorweg zu befriedigen sind.

Geht es um eine Steuerforderung des Fiskus, kommt es für die Abgrenzung darauf an, ob der Tatbestand, der die Steuerforderung auslöst, bereits vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens verwirklicht wurde (dann Insolvenzforderung) oder erst nach Verfahrenseröffnung (dann Masseverbindlichkeit). Letzteres hat der BFH für den Fall einer Steuerforderung des Fiskus aufgrund einer Vorsteuerberichtigung nach § 15a UStG bejaht.

Im Streitfall hatte eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) eine Einkaufspassage errichtet und die einzelnen Ladenlokale an verschiedene Mieter vermietet. Aus den Herstellungskosten hatte sie die ihr in Rechnung gestellte Umsatzsteuer in Höhe der Quote der im Erstjahr erfolgten steuerpflichtigen Vermietung von 79% als Vorsteuer abgezogen. Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der GbR vermietete der Insolvenzverwalter die Ladenlokale weiter. Allerdings verminderte sich die Quote der steuerpflichtigen Vermietungsumsätze. Dies hatte zur Folge, dass für den Fiskus Vorsteuerberichtigungsbeträge nach § 15a UStG entstanden.

(BFH, Urt. v. 9.2.2011 – XI R 35/09)

Pressemitteilung d. BFH v. 15.6.2011 ■

## GI Leitsätze

### Anwaltschaftung / Verjährung des Schadenersatzanspruchs, BRAO a.F. / Verjährung des Sekundäranspruchs

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

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

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

## Steuerberaterhaftung

- Verjährungsbeginn nach § 68 StBerG
- Unterbliebener Rechtsbehelf
- Nichtigerklärung einer Norm durch BVerfG (BGH, Urt. v. 3.2.2011 – IX ZR 183/08)

### Leitsatz:

Lässt ein Steuerberater einen Steuerbescheid pflichtwidrig bestandskräftig werden, beginnt die Frist für die Verjährung des Ersatzanspruchs des Mandanten mit der Bestandskraft des Steuerbescheids, auch wenn dieser zunächst der formellen Gesetzeslage entspricht und die zugrunde liegende Steuernorm erst später vom Bundesverfassungsgericht für nichtig erklärt wird. ■

### Zum Sachverhalt:

Die Beklagten zu 2) und 3) betreiben eine Steuerberater-sozietät in der Rechtsform einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, der Beklagten zu 1). Die Kläger beauftragten die Beklagten im Frühjahr des Jahres 2000 mit der Erstellung ihrer Einkommensteuererklärung für den Veranlagungs-zeitraum 1998. Auf die von den Beklagten eingereichte Steuererklärung erließ das Finanzamt am 27.7.2000 einen Steuerbescheid, der als zu versteuerndes Einkommen Einkünfte der Kläger aus Spekulationsgewinnen in Höhe von 849.759 DM berücksichtigte. Grundlage für die Besteuerung der Spekulationsgewinne war § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Buchstabe b EStG in der für das Jahr 1998 geltenden Fassung.

Die Beklagten legten gegen den Steuerbescheid vom 27.7.2000 nur wegen nicht berücksichtigter Steuerbera-tungskosten Einspruch ein. Den darauf ergangenen Ände-rungsbescheid vom 21.8.2000, der unverändert die Spekulationsgewinne als zu versteuerndes Einkommen auswies, ließen sie bestandskräftig werden.

Mit Urteil vom 9.3.2004 (2 BvL 17/02, BVerfGE 110, 94) erklärte das Bundesverfassungsgericht die der Besteuerung von im Jahr 1998 erzielten Spekulationsgewinnen zugrunde liegende Norm für mit dem Grundgesetz unvereinbar und nichtig, soweit sie Veräußerungsgeschäfte bei Wertpapieren betraf. An der Besteuerung der Spekulationsgewinne der Kläger änderte sich dadurch wegen der Bestandskraft des Steuerbescheids nichts.

Mit ihrer Klage haben die Kläger die Beklagten auf Schadenersatz in Höhe von 314.439,24 EUR in Anspruch genommen. Das Landgericht hat die Beklagten, die sich u.a. auf Verjährung berufen haben, zur Zahlung von 227.541,57 EUR zzgl. Zinsen verurteilt. Die Berufung der Beklagten ist ohne Erfolg geblieben. Mit ihrer vom Senat zugelassenen Revision erstreben die Beklagten die Abweisung der Klage.

Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung der angefochtenen Urteile und zur Abweisung der Klage. ■

### Aus den Gründen:

I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, die Beklagten seien den Klägern nach den Grundsätzen der positiven Vertrags-verletzung zum Schadenersatz verpflichtet. Sie hätten die ihnen aus dem Steuerberatervertrag obliegenden Pflichten verletzt, indem sie die Besteuerung der im Jahr 1998 von den Klägern erzielten Spekulationsgewinne entgegen der von den Klägern erteilten Weisung bestandskräftig werden ließen. Bei pflichtgemäßem Verhalten hätte die Besteuerung der Spekulationsgewinne vermieden werden können. Der Schaden sei vom Landgericht zutreffend berechnet worden. Sofern überhaupt ein Mitverschulden der Kläger berücksich-tigt werden könne, sei die vom Landgericht angenommene Quote von 25 v.H. jedenfalls ausreichend. Der Anspruch der Kläger sei auch nicht verjährt. Der Schaden der Kläger sei erst entstanden, als das Bundesverfassungsgericht die der Besteuerung der Spekulationsgewinne zugrunde liegende Norm mit Urteil vom 9.3.2004 für verfassungswidrig erklärt habe. Die damit in Lauf gesetzte Verjährungsfrist von drei Jahren nach dem noch anwendbaren § 68 StBerG a.F. sei durch die Erhebung der Klage im Jahr 2006 rechtzeitig unterbrochen worden.

II. Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung in einem entscheidenden Punkt nicht stand. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts sind die geltend gemachten Ansprüche der Kläger verjährt.

1. Maßgeblich für die Beurteilung der **Verjährung** ist, wie die Vorinstanzen mit Recht angenommen haben, die durch Art. 16 des Gesetzes vom 9.12.2004 (BGBl I, 3217) mit Wirkung vom 15.12.2004 aufgehobene, **gemäß Art. 229 § 12 Abs. 1 Satz 1 Nr. 13 und Satz 2, § 6 Abs. 1 EGBGB im Streitfall aber noch anwendbare Bestimmung des § 68 StBerG**. Danach ver-jährt der Anspruch des Auftraggebers auf Schadenersatz aus dem zwischen ihm und dem Steuerberater bestehenden Ver-tragsverhältnis in drei Jahren **von dem Zeitpunkt an, in dem der Anspruch entstanden ist**.

2. Die Verjährungsfrist wurde mit Ablauf des 22.9.2000 in Gang gesetzt. Zu diesem Zeitpunkt ist der von den Klägern geltend gemachte Anspruch auf Schadenersatz entstanden.

a) Die Entstehung eines Anspruchs auf Schadenersatz setzt voraus, dass ein Schaden eingetreten ist. Nach der vom Bundesgerichtshof seit dem Urteil vom 2.7.1992 (IX ZR 268/91, BGHZ 119, 69) in ständiger Rechtsprechung vertre-tenen **Risiko-Schaden-Formel** muss der Schaden **im Sinne einer objektiven Verschlechterung der Vermögenslage wenigstens dem Grunde nach erwachsen sein**; ist dagegen noch offen, ob ein pflichtwidriges, mit einem Risiko behaftetes Verhalten tatsächlich zu einem Schaden führt, und liegt des-halb eine bloße Vermögensgefährdung vor, ist der Anspruch noch nicht entstanden, so dass die Verjährungsfrist des § 68 StBerG nicht in Lauf gesetzt wird (*Zugehör in: Zugehör/ Fischer/Sieg/Schlee, Handbuch der Anwaltschaftung 2. Aufl. Rdnr. 1342 f m.w.N.*). In Steuersachen tritt der Schaden des Steuerpflichtigen **in der Regel ein, sobald sich das pflicht-widrige Verhalten des Steuerberaters in einem belastenden Bescheid der Finanzbehörde ausgewirkt hat** (BGH, Urt. v.

2.7.1992 – IX ZR 268/91, BGHZ 119, 69, 72; v. 11.5.1995 – IX ZR 140/94, BGHZ 129, 386, 389 f.; v. 12.11.2009 – IX ZR 218/08, WM 2010, 138 Rdnr. 10 m.w.N.). **Hat der Steuerberater – wie hier – pflichtwidrig gegen einen Steuerbescheid keinen Einspruch eingelegt, beginnt die Verjährung des Ersatzanspruchs mit Eintritt der Bestandskraft dieses Bescheids** (BGH, Urt. v. 20.6.1996 – IX ZR 100/95, WM 1996, 2066, 2067). Im Streitfall wurde der maßgebliche Steuerbescheid vom 21.8.2000, welcher den Beklagten am 22.8.2000 zuzuging, mit Ablauf des 22.9.2000 bestandskräftig. Damit begann der Lauf der Verjährungsfrist.

b) **Der Umstand, dass der Steuerbescheid zum Zeitpunkt seines Erlasses dem Wortlaut des Einkommensteuergesetzes entsprach und die maßgebliche Norm erst durch das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 9.3.2004 für nichtig erklärt wurde, ändert daran nichts** (vgl. BGH, Beschl. v. 29.3.2007 – IX ZR 102/06, DB 2007, 1400; OLG Hamburg, DStRE 2007, 1593, 1598).

aa) Ein Vermögensschaden besteht in der Differenz zwischen der Güterlage, die durch das Schadenereignis geschaffen wurde, und der unter Ausschaltung dieses Ereignisses gedachten Güterlage (**sog. Differenzhypothese**; vgl. BGH, Urt. v. 19.5.2009 – IX ZR 43/08, WM 2009, 1376 Rdnr. 18 m.w.N.; Palandt/Grüneberg, BGB 70. Aufl., vor § 249 Rdnr. 10). Die Verletzung der den Beklagten übertragenen Pflicht, die Besteuerung der Spekulationsgewinne offenzuhalten, hatte die bestandskräftige Belastung der Kläger mit Einkommensteuer auf die im Jahr 1998 erzielten Gewinne zur Folge. Hätten die Beklagten die Besteuerung pflichtgemäß offengehalten, wären die Kläger mangels Bestandskraft des Steuerbescheids dauerhaft nicht zur Zahlung der Steuer verpflichtet gewesen.

**Der in der Steuerbelastung liegende, von den Klägern geltend gemachte Schaden ist daher mit der Bestandskraft des Steuerbescheids vom 20.8.2000 eingetreten. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts stellte mit rückwirkender Kraft verbindlich fest, dass die Besteuerungsgrundlage mit dem Grundgesetz unvereinbar und nichtig war. Sie brachte nicht den Vermögensnachteil zum Entstehen, sondern erwies, dass der bereits mit Bestandskraft des Steuerbescheids entstandene Vermögensnachteil bei pflichtgemäßem Handeln der Beklagten vermeidbar war, und machte für die Kläger erkennbar, dass es sich bei der Steuerbelastung um einen den Beklagten zuzurechnenden, ersatzfähigen Schaden handelte.** Die Erkennbarkeit des Schadens ist aber keine Voraussetzung des Beginns der Verjährungsfrist nach § 68 StBerG a.F.

bb) Im Übrigen war auch das in der **älteren Rechtsprechung** des Bundesgerichtshofs für den Eintritt des Schadens als maßgeblich angesehene Kriterium, **ob der Geschädigte bereits auf Feststellung der Ersatzpflicht Klage erheben konnte** (BGH, Urt. v. 23.3.1987 – II ZR 190/86, BGHZ 100, 228, 231 m.w.N.), entgegen der von den Klägern in der Revisionserwiderung vertretenen Ansicht bereits im Zeitpunkt nach Eintritt der Bestandskraft des Steuerbescheids erfüllt. **Die Feststellung einer Schadenersatzpflicht der Beklagten hätte zwar den Nachweis vorausgesetzt, dass die Steuerlast**

**bei pflichtgemäßem Handeln der Beklagten vermieden worden wäre. Die dazu erforderliche Feststellung der Verfassungswidrigkeit der zugrunde liegenden Steuernorm hätte aber im Regressprozess über eine Vorlage an das Bundesverfassungsgericht nach Art. 100 Abs. 1 GG erreicht werden können.**

3. Die dreijährige Verjährungsfrist endete mit Ablauf des 22.9.2003. Zum Zeitpunkt der Einreichung der Klage am 22.6.2006 war der Anspruch daher bereits verjährt. Eine Hemmung der Verjährung konnte nicht mehr eintreten.

4. Die Beklagten sind nicht nach den Grundsätzen der Sekundärverjährung (etwa BGH, Urt. v. 11.5.1995 – IX ZR 140/94, BGHZ 129, 386, 391 m.w.N.) gehindert, sich auf die eingetretene Verjährung des (Primär-)Anspruchs zu berufen. Die Kläger haben zu den Voraussetzungen einer sekundären Hinweispflicht der Beklagten auf einen möglichen Schadenersatzanspruch und dessen kurze Verjährungsfrist nichts vorgetragen. (...) ■

## Rechtsanwaltsvergütung

- Prozesskostenhilfe
- Gleichlauf von Anwaltsmandat und Anwaltsbeordnung (BGH, Urt. v. 15.7.2010 – IX ZR 227/09)

### Leitsatz:

Ein bei einer Sozietät angestellter Rechtsanwalt, der ein Mandat akquiriert und dabei erkennen kann, dass das Mandat unter Inanspruchnahme von Prozesskostenhilfe geführt werden soll, hat auf den Gleichlauf von Anwaltsmandat und Anwaltsbeordnung hinzuwirken. ■

### Zum Sachverhalt:

Am 27.8.2004 beauftragte die Beklagte die Rechtsanwaltskanzlei Z. GbR (fortan: Sozietät) mit der Wahrnehmung ihrer Interessen in einem verwaltungsgerichtlichen Verfahren. Der seinerzeit bei der Sozietät angestellte Rechtsanwalt G. erhob namens und im Auftrag der Beklagten Klage beim zuständigen Verwaltungsgericht und beantragte zugleich die Bewilligung von Prozesskostenhilfe. Mit Beschluss vom 30.1.2007 wurde der Beklagten Prozesskostenhilfe bewilligt und Rechtsanwalt G. beigeordnet. Am 1.10.2007 endete das Arbeitsverhältnis des Rechtsanwalts G. Die Beklagte wünschte, weiterhin von Rechtsanwalt G. vertreten zu werden, und kündigte das Mandat der Sozietät.

Im vorliegenden Rechtsstreit hat der Kläger als Rechtsnachfolger der Sozietät Zahlung von Anwaltsgebühren in Höhe von insgesamt 1.029,23 EUR zzgl. Zinsen verlangt. Das Amtsgericht hat die Beklagte zur Zahlung von 785,28 EUR zzgl. Zinsen verurteilt. Auf die Berufung der Beklagten hat das Berufungsgericht die Klage insgesamt abgewiesen. Mit seiner vom Berufungsgericht zugelassenen Revision will der Kläger weiterhin die Zurückweisung der Berufung der Beklagten erreichen. Die Revision bleibt ohne Erfolg. ■

#### Aus den Gründen:

I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt: Die Beklagte habe die Sozietät als die Rechtsvorgängerin des Klägers mandatiert. Nach Treu und Glauben stehe dem Kläger jedoch kein Anspruch auf Vergütung zu. Die Vorschrift des § 122 Abs. 1 Nr. 3 ZPO, nach welcher der beigeordnete Anwalt gegen seine Partei Ansprüche auf Vergütung nicht geltend machen dürfe, gelte zwar nur für den beigeordneten Rechtsanwalt. Die Sozietät sei nicht beigeordnet worden. Der für sie handelnde Rechtsanwalt G. habe jedoch pflichtwidrig versäumt, für einen Gleichlauf von Mandat und Beiordnung Sorge zu tragen. Aus dem Fehler des Rechtsanwalts G., den der Kläger sich zurechnen lassen müsse, dürfe der Sozietät und dem Kläger als deren Rechtsnachfolger kein Vorteil entstehen.

II. Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Überprüfung stand.

1. Der Kläger hat aus dem Anwaltsvertrag, welchen der seinerzeit für seine Rechtsvorgängerin handelnde Rechtsanwalt G. mit der Beklagten geschlossen hat, Anspruch auf Vergütung entsprechend den Bestimmungen des Rechtsanwaltsvergütungsgesetzes. Rechtsanwalt G. hat den Anwaltsvertrag nicht in eigenem Namen geschlossen, sondern namens und im Auftrag der Sozietät. Die Bewilligung von Prozesskostenhilfe unter Beiordnung von Rechtsanwalt G. änderte daran nichts. **Die öffentlich-rechtliche Beiordnung lässt den zivilrechtlichen Mandatsvertrag unberührt, hat also auf den schon bestehenden Anwaltsvertrag – wenn nicht ausdrücklich etwas anderes vereinbart wird, was hier nicht der Fall war – keinen Einfluss** (vgl. BGH, Urt. v. 23.9.2004 – IX ZR 137/03, NJW-RR 2005, 494, 495; v. 17.9.2008 – IV ZR 343/07, ZIP 2009, 147, 148 Rdnr. 6).

2. Nach **Treu und Glauben (§ 242 BGB)** ist der Kläger jedoch **gehindert, den Anspruch gegen die Beklagte durchzusetzen**.

a) Der Beklagten steht wegen **Verschuldens bei Vertragsschluss (§ 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB)** gegen den Kläger ein Anspruch auf Befreiung von dessen Vergütungsanspruch zu.

(1) **Der für die Sozietät handelnde Rechtsanwalt G. war verpflichtet, der Beklagten vor Übernahme des Mandats die gebührenrechtlichen Folgen einer Beauftragung der Sozietät einerseits, nur desjenigen Mitglieds (oder Angestellten) der Sozietät, das schließlich im Wege der Prozesskostenhilfe beigeordnet werden würde, andererseits zu erläutern.** Nach dem revisionsrechtlich maßgeblichen Sachverhalt stand bereits im Zeitpunkt der Auftragserteilung fest, dass Prozesskostenhilfe beantragt und das Mandat entsprechend abgerechnet werden sollte.

**Gemäß § 122 Abs. 1 Nr. 3 ZPO kann der beigeordnete Rechtsanwalt Ansprüche auf Vergütung gegen seine Partei nicht geltend machen. Bei der Beauftragung der Sozietät – nicht nur des Rechtsanwalts G. – stellte sich jedoch das Problem, dass es bis zur Grundsatzentscheidung des Bundesgerichtshofs vom 17.9.2008 (a.a.O., 147) gängiger Praxis der Gerichte entsprach, keine Anwaltssozietäten, sondern nur einzelne Anwälte beizuordnen** (vgl. Ganter, AnwBl 2007,

847 m.w.N. in Fn. 8; Schultz, Festschrift für Günter Hirsch, 525, 533 f m.w.N. in Fn. 43). Der Gebührenanspruch der nicht beigeordneten Sozietät unterfiel nicht § 122 Abs. 1 Nr. 3 ZPO. **Der für die Sozietät handelnde Rechtsanwalt G. hätte die Beklagte darauf hinweisen müssen, dass sie trotz der Bewilligung von Prozesskostenhilfe weitergehenden Gebührenansprüchen der Sozietät ausgesetzt sein konnte.**

Nach der **Vermutung beratungsgerechten Verhaltens** (BGHZ 123, 311, 314 ff; vgl. Ganter, a.a.O., 848) hätte die Beklagte dann, wenn sie auf diesen Umstand hingewiesen worden wäre, nur Rechtsanwalt G. als denjenigen Rechtsanwalt beauftragt, dessen Beiordnung im Wege der Prozesskostenhilfe bei Gericht beantragt werden sollte. Ein Anspruch der Sozietät gegen sie persönlich wäre nicht entstanden. **Ob Rechtsanwalt G. im Verhältnis zur Sozietät, seiner damaligen Arbeitgeberin, arbeitsvertraglich befugt war, Verträge im eigenen Namen abzuschließen, ist für die Entscheidung unerheblich.** Der Arbeitsvertrag eines Rechtsanwalts kann diesen nicht wirksam zu einem Verhalten verpflichten, das den Interessen der Mandanten zuwiderläuft (vgl. Ganter a.a.O., 848).

(2) Der Kläger zieht dies im Grundsatz nicht in Zweifel. Er meint jedoch, der Anspruch der Beklagten auf Befreiung von dem streitgegenständlichen Honoraranspruch richte sich ausschließlich gegen Rechtsanwalt G. als denjenigen Rechtsanwalt, der die Beklagte beraten habe und schließlich allein beigeordnet worden sei. Diese Ansicht trifft nicht zu. Die Pflicht, die Beklagte auf die für sie nachteiligen Folgen eines Vertragsschlusses mit der Sozietät hinzuweisen und auf eine Beauftragung nur desjenigen Anwalts hinzuwirken, der schließlich beigeordnet werden würde, traf die Sozietät als die Vertragspartnerin der Beklagten. Das Verschulden ihres Angestellten, welcher das Mandat im Einverständnis der Beklagten für sie bearbeitete, ist ihr gemäß § 278 BGB zuzurechnen (vgl. BGH, Urt. v. 23.9.2004, a.a.O.). Gegenteiliges ergibt sich auch nicht aus dem Urteil des IV. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 17.9.2008 (a.a.O.).

(3) Rechtsfolge der vorvertraglichen Pflichtverletzung ist die Verpflichtung zum Schadensersatz. Der Kläger als Rechtsnachfolger der Sozietät ist verpflichtet, denjenigen Zustand wieder herzustellen, der bestünde, wenn kein Vertrag zwischen der Sozietät und der Beklagten geschlossen worden wäre (§ 249 Abs. 1 BGB).

b) Der Grundsatz von **Treu und Glauben (§ 242 BGB)** verbietet die Durchsetzung eines Anspruchs, wenn der Gläubiger das Erlangte wieder an den Schuldner herauszugeben hätte (**dolo agit, qui petit, quod statim redditurus est**). Gleiches gilt, wenn der Schuldner vom Gläubiger Befreiung von der Verbindlichkeit verlangen kann (§ 257 BGB).

Zahlt der Befreiungsgläubiger die Schuld, von der er freizustellen ist, erwirbt er einen Erstattungsanspruch gegen den Befreiungsschuldner; sind Hauptgläubiger und Befreiungsschuldner identisch, heißt das, dass der Hauptgläubiger den erlangten Betrag ohne Weiteres wieder an den Schuldner zurückzahlen hätte. ■



## Versicherungsschutz

- Anwaltliche Berufstätigkeit
  - Berufsbild des Anwalts
  - Zahlungsvorgänge auf dem Anderkonto
  - Vermögensbetreuungspflicht
  - Rechnungsstellung nach RVG
  - Teilweise versicherte Tätigkeit
  - Kernbereich der Anwaltstätigkeit
- (OLG Stuttgart, Urt. v. 23.9.2010 – 7 U 75/10)

### Leitsatz:

Allein die Eröffnung eines Anderkontos durch einen Rechtsanwalt und die Auszahlung des durch Überweisung eingegangenen Guthabens an den Auftraggeber ist keine versicherte „anwaltliche Berufstätigkeit“. Ein in diesem Zusammenhang begründeter Schadenersatzanspruch ist deshalb von der Berufshaftpflichtversicherung nicht gedeckt.

### Leitsätze (d. Red.):

1. Grundlage der Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung sind gemäß § 51 BRAO der Kernbereich der anwaltlichen Tätigkeit und darüber hinaus die durch die „Risikobeschreibung für die Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung“ übernommenen, abgegrenzten, nicht typischen Anwaltstätigkeiten.
2. Zahlungsvorgänge auf einem Anderkonto sind nur dann versichert, wenn sie in unmittelbarem Zusammenhang mit einer Rechtsanwalts-tätigkeit stehen.
3. Der Ein- und Auszahlungsvorgang muss mit einer berufsbezogenen Komponente verbunden sein. Die Einrichtung von Anderkonten ist nicht ausreichend für die Einordnung als versicherte anwaltliche Tätigkeit. ■

### Aus den Gründen:

I. Die Klägerin begehrt von der Beklagten als Drittschuldnerin im Wege des Einziehungsprozesses Leistungen aus der zwischen ihrem Schuldner, Rechtsanwalt F., und der Beklagten abgeschlossenen Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung für Rechtsanwälte. Dem Versicherungsvertrag lagen die Allgemeinen Versicherungsbedingungen AVB-A der Beklagten zugrunde.

Mit rechtskräftigem Urteil des OLG Stuttgart vom 16.12.2008 (12 U 172/08) ist Rechtsanwalt F. verurteilt worden, an die Klägerin 457.482,12 EUR und weitere 4.452,26 EUR zu zahlen. In der Entscheidung hat das Oberlandesgericht den von der Klägerin mit der Klage geltend gemachten Anspruch auf Rückzahlung des von Rechtsanwalt F. ausbezahlten Geldbetrages an den ehemaligen Geschäftsführer B. einschließlich der hierfür ausbezahlten Rechtsanwaltsgebühren zugesprochen. Es ging davon aus, dass zum einen die Überweisung auf das von Rechtsanwalt F. eigens zu diesem Zweck eröffneten Anderkonto und die nachfolgende Auszahlung gegen den Willen der Klägerin

erfolgt ist, weshalb ein Anspruch – einschließlich der Rechtsanwaltskosten – gemäß § 678 BGB gegeben sei. Zum anderen stützte es seine Entscheidung auf einen Anspruch gemäß §§ 681 Satz 2, 677 BGB auf Herausgabe des durch dieses Geschäft Erlangten, d.h. den ausgezahlten Betrag einschließlich der Rechtsanwaltskosten. (...)

Die Klägerin pfändete auf Grundlage dieses Titels Ansprüche des Rechtsanwalts F. gegen die Beklagte als dessen Berufshaftpflichtversicherer mit Pfändungs- und Überweisungsbeschluss vom 16.1.2009 (AG Ludwigsburg – 10 M 354/09). Die Beklagte verweigerte die Zahlung, woraufhin die Klägerin die vorliegende Drittschuldnerklage erhoben hat. Die Klägerin ist der Ansicht, die Beklagte sei zur Leistung verpflichtet, da in der Errichtung des Anderkontos und der Auszahlung des einbezahlten Geldbetrages an den Geschäftsführer B. eine anwaltliche Tätigkeit zu sehen sei, bei deren Ausübung der Schaden bei der Klägerin eingetreten sei.

Das Landgericht hat die Klage mit der Begründung abgewiesen, bei den beiden im Haftpflichtprozess festgestellten Anspruchsgrundlagen handele es sich nicht um gesetzliche Haftpflichtbestimmungen privatrechtlichen Inhalts. Darüber hinaus sei eine Leistungspflicht zu verneinen, da der Schaden nicht in Ausübung der beruflichen Tätigkeit des Rechtsanwalts F. entstanden sei, da er durch die Entgegennahme und Auszahlung des Geldbetrages lediglich rein wirtschaftlich tätig geworden sei.

Die Klägerin macht mit der Berufung geltend, zum einen unterfalle die im Haftpflichtprozess festgestellte Haftung nach § 678 BGB dem Versicherungsschutz nach § 1 AVB-A, da es sich um eine gesetzliche Haftpflichtbestimmung handele. Zum anderen sei Rechtsanwalt F. anwaltlich tätig geworden. Das Führen eines Anderkontos durch einen Rechtsanwalt sei schon vom Grundsatz her als eine anwaltliche Tätigkeit zu qualifizieren. Im Zweifel sei von anwaltlicher Tätigkeit auszugehen, da hier keine eindeutigen zwingenden Gründe der Annahme einer solchen entgegenstünden. Rechtsanwalt F. sei treuhänderisch tätig geworden, was ebenfalls vom Versicherungsschutz umfasst sei.

Im Übrigen folge der Anspruch auch aus § 19 AVB-A, der den Herausgabeanspruch nach §§ 681 Satz 2, 667 BGB abdecke. Es handele sich bei § 19 Satz 2 AVB-A um eine Rechtsfolgenverweisung, weshalb es nicht darauf ankomme, ob eine anwaltliche Tätigkeit vorgelegen habe, und Versicherungsschutz allein schon wegen der fahrlässigen Verfügung über die Fremdgelder zu gewähren sei.

(Anträge ...)

II. Die zulässige Berufung hat keinen Erfolg.

1. Die Klägerin kann nicht von der Beklagten die Zahlung von 457.482,12 EUR verlangen. Sie ist nicht aufgrund des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses vom 16.1.2009 des AG Ludwigsburg gemäß §§ 835, 836, 829 ZPO berechtigt, den Geldbetrag von der beklagten Haftpflichtversicherung einzuziehen.



Grundsätzlich wandelt sich ein bestehender **Befreiungsanspruch** eines Versicherungsnehmers nach dessen rechtskräftiger Verurteilung im Haftpflichtprozess gemäß §§ 1, 149 VVG, 1 AVB-A aufgrund der Pfändung und Überweisung durch die Gläubigerin in einen **Zahlungsanspruch** um, den die Klägerin unmittelbar geltend machen kann (§ 156 Abs. 2 VVG, Voit/Knappmann in: *Prölss/Martin*, VVG 27. Aufl., § 149 Rdnr. 3 und 9). Jedoch ist ein solcher Befreiungsanspruch des Rechtsanwalts F. gegen die Beklagte zu verneinen, da kein Versicherungsfall vorliegt.

a) Gemäß § 1 AVB-A ist die Haftpflichtversicherung im Rahmen der gesetzlichen Versicherungspflicht (§ 158b Abs. 1 VVG) nach § 51 Abs. 1 und 2 BRAO eintrittspflichtig, wenn der versicherte Rechtsanwalt wegen eines bei der Ausübung beruflicher Tätigkeit begangenen Verstoßes aufgrund gesetzlicher Haftpflichtbestimmungen privatrechtlichen Inhalts für einen Vermögensschaden verantwortlich gemacht wird.

Die Ansprüche der Klägerin gegen Rechtsanwalt F. gemäß **§ 678 BGB** und daneben gemäß **§§ 681 Satz 2, 667 BGB** stehen fest aufgrund der **Bindungswirkung** des rechtskräftigen Urteils des OLG Stuttgart vom 16.12.2008 (*BGH, VersR 2001, 1103 ff; 2004, 390 ff; 2007, 641 ff*).

Rechtsanwalt F. wurde in dem Haftpflichtprozess dazu verurteilt, an die Klägerin eine Betrag von 457.482,12 EUR zu zahlen, weil er gegen ihren Willen fehlerhaft den Geldbetrag von 450.000 EUR an den Zeugen B. ausgegeben und ihr für diese Tätigkeit 7.482,12 EUR in Rechnung gestellt hatte. Die damit gegebene Begründung der Ansprüche gemäß §§ 681 Satz 2, 667, 678 BGB bildet die Entscheidungsgrundlage für die Frage der Beurteilung der Leistungspflicht im Deckungsprozess.

b) **§ 678 BGB ist eine Haftungsbestimmung i.S.d. § 1 AVB-A.** Gesetzliche Haftpflichtbestimmungen privatrechtlichen Inhalts sind Normen, die unabhängig von dem Willen der beteiligten Parteien an die Verwirklichung eines unter § 1 AVB-A fallenden Schadenereignisses Rechtsfolgen knüpfen, wobei an die Stelle des Schadenereignisses in der Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung der Verstoß tritt (*BGH, NJW 1971, 429, unter 4.; Zugehör, Handbuch der Anwaltschaftung 1999, Teil 5, Abschn. 2, Rdnr. 1837*).

**Maßgeblich ist die Struktur des Anspruchs, d.h. seine rechtliche Konstruktion als Schadenersatz** mit den Elementen der objektiven Pflichtverletzung, der Schuld, des Schadens und der Kausalität. Unerheblich ist die rechtliche Qualifikation des Anspruchs. In Abgrenzung hierzu **darf es sich deshalb nicht um Erfüllungsansprüche, etwa auf Herausgabe oder bei Unmöglichkeit der Erfüllung der Anspruch auf ein Surrogat, handeln** (*Borgmann/Jungk/Grams, Anwaltschaftung 4. Aufl. 2005, § 39 Rdnr. 5; Zugehör, a.a.O.; Voit in: Prölss/Martin, VVG 27. Aufl., AVB § 1 Rdnr. 1, AHB § 1 Rdnr. 3 f*).

§ 1 AVB-A umfasst damit sämtliche auf Gesetz beruhende Haftungstatbestände und differenziert gerade nicht nach dem Vorliegen eines Willens oder „Nicht-Willens“ der Parteien bezogen auf die den Verstoß darstellende Handlung.

Eine solche gesetzliche Haftungsbestimmung ist § 678 BGB. Maßgeblich ist hierbei nicht, ob ein wirksamer Vertrag geschlossen worden ist oder nicht, da auch **vertragsähnliche Schadenersatzansprüche** Haftungstatbestände darstellen, soweit sie, wie hier gesetzlich begründet sind (*Zugehör, a.a.O.*).

Es handelt sich bei dem Schadenersatzanspruch nicht um ein bloßes Surrogat des Herausgabeanspruchs, da andere Voraussetzungen nach § 678 BGB als nach dem ebenfalls gegebenen Anspruch nach §§ 681 Satz 2, 667 BGB gegeben sein müssen, selbst wenn der Umfang des Ersatzanspruchs wirtschaftlich identisch ist mit dem des Herausgabeanspruchs. An die Stelle des Schadenereignisses trat hier der Verstoß, der in der fehlerhaften Übernahme und Durchführung einer Aufgabe gegen den Willen eines – vermeintlichen – Vertragspartners besteht. Hieran knüpft § 678 BGB bei Annahme eines Übernahmeverschuldens bereits unmittelbar die Rechtsfolge, dass – unabhängig vom Parteiwillen – der Geschäftsführer aufgrund dieses gesetzlichen Haftungstatbestands zum Schadenersatz verpflichtet ist.

c) Der **Anspruch gemäß §§ 681 Satz 2, 677 BGB** auf Herausgabe des erlangten Geldbetrages einschließlich des vereinbarten Anwaltshonorars bildet nach o.g. Grundsätzen **keinen gesetzlichen Haftungstatbestand gemäß § 1 AVB-A, weshalb die Versicherung nach dieser Vorschrift nicht leistungspflichtig ist** (*Voit/Knappmann in: Prölss/Martin, a.a.O., AVB § 1 Rdnr. 1, AHB § 1 Rdnr. 7; Feuerich/Weyland, BRAO 7. Aufl. 2008, § 51 Rdnr. 16*). Es tritt nicht ein Schadenersatzanspruch wegen Unmöglichkeit der Herausgabe an seine Stelle, der wiederum dann einen Haftungstatbestand darstellen könnte, da die Leistung nicht unmöglich ist. Denn die Schuld besteht fort, solange die geschuldete Leistung – wie hier „Geld“ als Gattungsschuld – beschafft werden kann (*Palandt, BGB 68. Aufl., § 276 Rdnr. 30 f*).

d) Dennoch ist die beklagte Haftpflichtversicherung nicht eintrittspflichtig. Denn Rechtsanwalt F. hat **weder „in Ausübung seiner beruflichen – anwaltlichen – Tätigkeit“** gehandelt (§ 1 AVB-A (aa)) **noch** ist seine Tätigkeit als eine mitversicherte Tätigkeit **als Sachwalter** (vgl. „Risikobeschreibung für die Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung von Rechtsanwälten“) anzusehen (bb)).

aa) Der Begriff der „anwaltlichen Berufstätigkeit“ ist in den Versicherungsbedingungen nicht näher definiert. Im Ausgangspunkt ist entscheidend, welche Tätigkeiten typischerweise dem **Berufsbild des Anwalts** entsprechen.

Zur anwaltlichen Berufstätigkeit gehört **in erster Linie die Rechtsberatung und Rechtsbesorgung (§ 3 BRAO)**, die von der Pflichtversicherung umfasst ist. Es kann auch eine berufs-fremde Tätigkeit dem Versicherungsschutz unterfallen, wenn der Anwalt neben einer eher wirtschaftlichen Tätigkeit im Einzelfall auch als Anwalt eine rechtsberatende Aufgabe übernimmt. Ob Letztere den Schwerpunkt der Tätigkeit bilden muss, also nach dem Willen der Parteien „im Vordergrund stehen muss“ (*BGH, MDR 1967, 397; BGH, WM 1994, 504 ff*), oder sich diese Wertung nur auf den gebüh-

renrechtlichen Bereich beziehen sollte und die Frage nach dem „Schwerpunkt der Tätigkeit“ jedenfalls im Deckungsprozess nicht ausschlaggebend sein sollte (*Borgmann/Jungk/Grams, Anwaltshaftung 4. Aufl. 2005, § 39 Rdnr. 4*), kann offenbleiben, da jedenfalls Einigkeit dahingehend besteht, dass überhaupt **originär anwaltlicher Beistand zumindest auch geschuldet sein muss. Eine Treuhandtätigkeit ist nur dann in den Versicherungsschutz einbezogen, wenn sie als Annex zur rechtlichen Beratung hinzutritt** (*Borgmann/Jungk/Grams, a.a.O.*).

Zu diesem Verständnis des versicherten Risikos wird der Versicherungsnehmer durch die Formulierung in § 19 AVB-A in eindeutiger Weise hingeführt. Dort wird zum Ausdruck gebracht, **dass Zahlungsvorgänge bei einem Anderkonto nur dann versichert sind, wenn sie in unmittelbarem Zusammenhang mit einer Rechtsanwaltstätigkeit stehen**. Rechtsanwalt F. schuldet weder objektiv noch nach dem Willen der Parteien eine anwaltliche Leistung.

Im Oktober 2007 haben die Beteiligten vereinbart, dass Rechtsanwalt F. ein Anderkonto eröffnen solle, auf welches die C.-Bank 450.000 EUR einzahlen werde, die Rechtsanwalt F. an den Geschäftsführer B. sodann auszahlen solle, damit dieser eine Anzahlung für einen Schiffskauf durchführen könne. Es handelt sich hierbei um eine **rein tatsächliche, wirtschaftliche Tätigkeit ohne eine berufsbezogene Komponente**. Zwar ist die Einrichtung von Anderkonten bestimmten Berufsgruppen wie Rechtsanwälten vorbehalten. Dies allein ist aber **nicht ausreichend für die Einordnung als versicherte anwaltliche Tätigkeit**.

In vorliegendem Fall war nach dem unstreitigen Parteivortrag Sinn der Einrichtung, bei einem Dritten, der C.-Bank, den Eindruck einer Seriosität der finanziellen Transaktion allein aufgrund der Bezeichnung als „anwaltliches Anderkonto“ zu erwecken. Rechtsanwalt F. und der Zeuge B. gingen davon aus, dass das anwaltliche Anderkonto als besonders vertrauenswürdige Sicherungsinstrument von der Bank angesehen werden würde und eine Zahlung ohne Beanstandungen erfolgen werde. Ein darüber hinausgehender Inhalt war nicht besprochen. Die Klägerin trägt auch nichts dazu vor, woraus sich die von ihr angesprochene „Erwartung“ ergeben soll, dass Rechtsanwalt F. bei seiner Tätigkeit auch rechtliche Interessen der Klägerin (welche?) wahrnehmen werde, woraus sich ein anwaltliches Tätigkeitsbild ergeben soll.

Dem steht auch nicht die Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 10.6.2008 (4 U 164/07) entgegen. Denn anders als im dort zu beurteilenden Sachverhalt **stand hier die Errichtung des Anderkontos in keinem Zusammenhang mit einer anwaltlichen Tätigkeit, etwa einer Vermögensbetreuungspflicht oder einer Beratung aus einem weitergehenden Treuhandverhältnis**. In dem dortigen Fall hatte die Rechtsanwältin bei Bestehen eines Mandatsverhältnisses als vertraglich vereinbarte Grundlage der Tätigkeit im Rahmen eines Treuhandverhältnisses **auch** ein Anderkonto eingerichtet, auf welches die Kunden Gelder einzahlten und von welchem fehlerhafte Auszahlungen erfolgt waren.

Im vorliegenden Fall ist aber gerade keine solche – etwa treuhänderische – Abrede (vgl. Urt. d. OLG Stuttgart vom 16.12.2008) getroffen worden, weshalb sich die Grundsätze der Entscheidung nicht übertragen lassen. Die Tätigkeit sollte nach der Vorstellung der Beteiligten und auf Grundlage ihrer Besprechung im Oktober 2007 mit der Einnahme und der nachfolgenden Auszahlung des Geldes abgeschlossen sein. Hierfür spricht auch die unmittelbar im Anschluss an diese Abwicklung erfolgte Rechnungsstellung durch Rechtsanwalt F.

Entgegen der Ansicht der Klägerin ist die Tätigkeit auch nicht als eine anwaltliche anzusehen, weil Rechtsanwalt F. nach der Besprechung im Oktober 2007 die **Gesellschafterliste und einen Handelsregisterauszug angefordert** hat sowie sich eine Genehmigung eines der Gesellschafter mit der Transaktion schriftlich vorlegen ließ und eine Rechnung nach dem RVG gestellt hat. Zwar spricht das äußere Bild der **Rechnungsstellung** nach dem RVG für eine jedenfalls subjektiv wahrgenommene Anwaltstätigkeit. Jedoch findet diese keine Entsprechung in der stattgefundenen Tätigkeit (siehe vor). Die anderen Tätigkeiten beinhalten keine anwaltliche Komponente. **Das bloße Einholen von Informationen lässt nicht auf eine Anwaltstätigkeit schließen**.

Auch die Klägerin trägt hierzu nicht substantiiert vor, sondern behauptet lediglich pauschal, es habe angesichts der „Vereinbarung“ vom Oktober 2007 für Rechtsanwalt F. nahegelegen, dass der Geschäftsführer später auch Rechtsrat im Zusammenhang mit dem Schiffsverkauf erfragen werde, und Rechtsanwalt F. habe sich deshalb Gedanken in rechtlicher Hinsicht über die materielle Berechtigung gemacht, was ihrer Auffassung nach bereits für die anwaltliche Tätigkeit spreche. Selbst wenn diese Erwartung bestanden haben sollte, deuten die genannten Tätigkeiten auch nicht auf ein Vorbereiten eines solchen Rechtsrats hin, da sie keinen inhaltlichen Zusammenhang zum Kauf des Schiffes oder Fragen in diesem Kontext aufweisen. Diese Handlungen könnten auch so zu werten sein, dass sich Rechtsanwalt F. **im eigenen Interesse hinsichtlich der Existenz eines (zahlenden) Vertragspartners hat vergewissern wollen**.

Nachdem **keine objektiven Anknüpfungstatsachen** ersichtlich sind, die die Frage offenlassen, ob es sich um anwaltliche Tätigkeit gehandelt haben könnte, greift auch nicht die Regel ein, dass im Zweifel von dem Vorliegen anwaltlicher Tätigkeit auszugehen ist (*BGH, VersR 1998, 761 ff*).

bb) Die Beklagte ist nicht über die nach der Risikobeschreibung mitversicherten abschließend aufgezählten Tätigkeiten (vgl. Abs. 2 der „Risikobeschreibung für die Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung von Rechtsanwälten“) leistungspflichtig, weil Rechtsanwalt F. seine Tätigkeit treuhänderisch tätiger „Sachwalter“ ausgeübt hat. Denn es handelte sich um eine wirtschaftliche Tätigkeit, die nicht von der Berufshaftpflicht als versicherte bzw. über die Risikobeschreibung mitversicherte Tätigkeit umfasst ist.

**Weist eine Tätigkeit eines Rechtsanwalts teils versicherte teils unversicherte Züge auf, so entscheidet über die Einordnung**

**derselben, welcher Teil dominiert bzw. der Tätigkeit das Gepräge gibt** (BGH, WM 1994, 504 ff; OLG Düsseldorf, VersR 2004, 635 ff). Selbst wenn die Tätigkeit hier treuhänderische Elemente enthalten mag, da das Geld auf gerade dieses dem Anwalt zustehende Konto einbezahlt worden ist und er hierüber verfügen konnte, sind diese von vollständig untergeordneter Bedeutung. Denn es dominierte bei dem Gesamtvorgang die **Einrichtung einer kurzfristigen Zahlstelle ohne darüber hinausgehende (Fürsorge-)Pflichten**.

Es stand, anders als in dem Urteil des OLG Düsseldorf vom 10.6.2008, nicht im Vordergrund, dass die Klägerin bzw. ihr damaliger Geschäftsführer ein **besonderes Vertrauen in die Stellung des Rechtsanwalts F.** als Rechtsanwalt gesetzt hätte. Im dortigen Fall war Gegenstand der Tätigkeit auf der Grundlage einer treuhänderischen Vereinbarung die Inempfangnahme von Geldern von Kunden, die das Geld gerade in der Vorstellung auf dieses Konto einzahlten, auf diese Weise den Zahlungsvorgang und ihre Gelder als besonders gesichert ansehen zu können. Das Vertrauen der Kunden resultierte aus dem vertraglichen Vertrauensverhältnis und aus ihrer **Erwartung in die uneingeschränkte Integrität** des Rechtsanwalts in seiner Stellung als **Organ der Rechtspflege** (vgl. § 43a Abs. 5 BRAO; BT-Drucks. 12/4993, 28).

Anders liegt der Sachverhalt in vorliegendem Fall. Der Klägerin ging es nicht um die Inanspruchnahme eines besonderen Sicherungsinstrumentes vor dem Hintergrund eines solchen Vertrauens. Für die Klägerin war es über ihren Geschäftsführer von maßgeblicher und ausschließlicher Bedeutung, dass Rechtsanwalt F. das Anderkonto überhaupt nur als Anwalt eröffnen konnte und die **C.-Bank wegen des äußeren Anscheins der Seriosität deshalb den gewünschten Geldbetrag anweisen werde. Es sollte damit ein Dritter das Vertrauen in das Anderkonto als solches entwickeln, nicht die Auftraggeberin.** Deren Interesse bestand lediglich darin, dass das Geld mittels dieser eingerichteten Zahlstelle schnell und ohne Nachfragen zur Verfügung stand und dann ausgezahlt werden konnte, nicht aber dass sie von Rechtsanwalt F. darüber hinaus eine weiter gehende Interessenwahrnehmung oder rechtliche Beratung erwartete.

Nach dem unstreitigen Vortrag der Parteien über die Art und die Umstände des Zustandekommens der Vereinbarung und des weiteren Verlaufs sind vermögensbetreuende Erwägungen des Rechtsanwalts F. zugunsten der Klägerin als vermeintlicher Mandantin weder als vom Zeugen B. gewünscht noch von ihm selbst angestellt zu erkennen. **Die „Aufgabe“ des Rechtsanwalts F. bestand lediglich darin, als Rechtsanwalt ein Anderkonto zu eröffnen, um Dritten gegenüber den Anschein von Seriosität zu vermitteln.**

Der **Kernbereich** der Tätigkeit des Rechtsanwalts F. bildete damit die bloße **Inempfangnahme und anschließende Auszahlung** des Geldbetrages. Dies gilt auch unter Berücksichtigung seiner Erkundigung nach den Gesellschaftern beim Registergericht, der Einholung eines Handelsregisterauszugs sowie dem Anfordern eines Genehmigungsschreibens eines Gesellschafters, da diese den Gegenstand seines Auftrags und seiner Tätigkeit nicht verändern.

Seine Tätigkeit stellt eine rein wirtschaftliche Tätigkeit dar und ist deshalb nicht (mit-)versichert.

2. Die Klägerin kann sich auch nicht aus übergegangenem Recht auf eine Eintrittspflicht der Beklagten auf der Grundlage des § 19 Abs. 2 AVB-A wegen des Anspruchs gemäß §§ 681 Satz 2, 667 BGB berufen. Denn auch in diesem Fall ist entgegen der Auffassung der Klägerin die Entfaltung einer anwaltlichen Tätigkeit überhaupt („in unmittelbarem Zusammenhang mit einer Rechtsanwalts-tätigkeit“) erforderlich, die nicht gegeben ist (s. vor.). Eine Leistungspflicht der Versicherung ist auch unter diesem Gesichtspunkt im Ergebnis zu verneinen.

§ 19 Abs. 2 AVB-A ist in Bezug auf die Tatbestandsvoraussetzung der Entfaltung einer „Rechtsanwalts-tätigkeit“ nicht unklar, so dass eine Korrektur nach § 305c Abs. 1 BGB nicht geboten ist.

**Die AVB-A sind so auszulegen, wie sie ein durchschnittlicher Versicherungsnehmer bei verständiger Würdigung, aufmerk-samer Durchsicht und Berücksichtigung des erkennbaren Sinnzusammenhangs verstehen muss.** Dabei kommt es auf die Verständnismöglichkeiten eines Versicherungsnehmers ohne versicherungsrechtliche Spezialkenntnisse an (BGH, VersR 1993, 957 ff). Es kommt auf das Verständnis der Gruppierung an, für die diese Bedingungen bestimmt sind. Bei den AVB-A für Rechtsanwälte **können auch Rechtskennt-nisse vorausgesetzt werden**, in deren Licht die AVB-A auszu-legen sind (Zugehör, Handbuch der Anwaltschaft, a.a.O., Rdnr. 1810).

Vor diesem Hintergrund ist § 19 Abs. 2 AVB-A für einen verständigen Rechtsanwalt eindeutig zu verstehen. Es heißt hier in Satz 2 „das Gleiche gilt“. Gemeint ist damit erkennbar, dass, ebenfalls wie in Absatz 1, sich die Norm auf den Punkt bezieht, der in Absatz 1 Ausgangspunkt ist, damit sich „auf fahrlässige Verfügungen über Beträge, die in unmittelbarem Zusammenhang mit einer Rechtsanwalts-tätigkeit auf ein Anderkonto einbezahlt sind,“ bezieht. Unterschieden wird in Absatz 1 und 2 nur hinsichtlich der Frage des Stadiums, nämlich ob im Zeitpunkt der Verfügung der Geldbetrag bereits auf das Anderkonto einbezahlt ist oder noch nicht, da es erst zur alsbaldigen Anlage an den Anwalt ausbezahlt ist und von diesem verwahrt wird.

Auch unter Berücksichtigung des Kontextes der Vorschrift im Zusammenhang mit den übrigen AVB-A-Regelungen ergeben sich keine Unklarheiten. **Grundlage der Vermögens-schaden-Haftpflichtversicherung ist gemäß § 51 BRAO, dass der Kernbereich der anwaltlichen Tätigkeit von der Pflicht-versicherung erfasst wird.**

Ergänzend gelten nach der „Risikobeschreibung für die Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung“ **bestimmte abgegrenzte, nicht typische Anwaltstätigkeiten als mitver-sichert**, u.a. die Tätigkeit als Sachwalter.

Nachdem hier eine anwaltliche Tätigkeit – wie dargelegt – nicht vorliegt, ist die Eintrittspflicht zu verneinen. ■

## Anwaltshaftung

- Prozessfehler
- Fehlende Passivlegitimation
- Gleicher Fehler des Nachfolgeberaters
- Gleicher Fehler des LG und des OLG
- Verdeckte Sacheinlage
- Verjährungsbeginn

(OLG Hamm, Urt. v. 26.11.2009 – 28 U 27/08)

### Leitsätze (d. Red.):

1. Rechtsprüfung und Rechtsberatung setzen die Kenntnis der einschlägigen Rechtsnormen voraus. Der Anwalt muss sich die mandatsbezogenen Rechtskenntnisse verschaffen und sich gegebenenfalls in eine Spezialmaterie einarbeiten.

2. Für offene Einlageverpflichtungen haftet der gegenwärtige Aktionär. Mit der Aktie geht die Einlagepflicht als nicht isolierbarer Teil der Mitgliedschaft auf den Nachfolgeaktionär über. Ein gutgläubiger, lastenfreier Erwerb ohne die Einlageverpflichtung scheidet aus, wenn der Erwerbsvorgang durch Abtretung erfolgt.

3. Der Anwalt muss im Prozess gegen den Altaktionär darauf hinweisen, dass die Einlageverpflichtung durch Abtretung übergegangen ist. Der Aktienkaufvertrag muss zum Gegenstand des Prozesses gemacht werden.

4. Die Passivlegitimation einer beklagten Partei ist nicht von Amts wegen zu prüfen.

5. Der Zurechnungszusammenhang zwischen der Pflichtverletzung des Prozessbevollmächtigten wird nicht durch einen gleichen Fehler des Gerichts unterbrochen.

6. Ein Anwalt hat einen Rechtsirrtum auch dann zu vertreten, wenn ein Kollegialgericht demselben Rechtsirrtum unterliegt. Die Verjährung des Schadenersatzanspruchs gegen den fehlerhaft handelnden, erstinstanzlichen Anwalt entsteht im Zeitpunkt der Verkündung der nachteiligen Gerichtsentscheidung erster Instanz. Der Abschluss eines späteren, außergerichtlichen Vergleichs ist für den Verjährungsbeginn nicht relevant. ■

### Aus den Gründen:

I. Die Kläger verlangen Schadenersatz wegen anwaltlicher Vertragsverletzungen, weil sie in einem Vorprozess trotz fehlender Passivlegitimation rechtskräftig verurteilt worden sind.

Die beiden Kläger waren 1998 gemeinsam mit dem Zeugen Y. zu je 1/3 Aktionäre der T.-AG (nachfolgend: T.). Die Aktien der T. waren nicht verkörpert. Das Grundkapital betrug zu nächst 102.000 DM.

Die Kläger und der Mitaktionär Y. gewährten der T. am 1.1.1998 Darlehen in Höhe von 900.000 DM, deren Rückzahlung am 31.12. des Jahres fällig war. Am 9.12.1998 zahlten die Kläger und der Mitaktionär Y. jeweils 300.000 DM auf das Gesellschaftskonto der T. ein. Am folgenden Tag, dem 10.12.1998, beschloss die Hauptversammlung eine Kapitalerhöhung um 900.000 DM, die in bar zu leisten war. Am 29.12.1998 gewährte die T. den Klägern und dem Mitaktionär Y. die gewährten Darlehen zzgl. Zinsen zurück. Am 12.1.1999 trug das Registergericht die Kapitalerhöhung in das Handelsregister ein. Mit der Prüfung des Jahresabschlusses der T. für 1998 wurde der Zeuge C. als Wirtschaftsprüfer beauftragt.

Die T. führte Verhandlungen mit der D.-AG (nachfolgend: D.) über eine Fusion. Am 12.1.1999 unterzeichneten die Beteiligten einen „Letter of Intent“, in dem sie u.a. beschlossen, die Unternehmen einer Due-Diligence-Analyse durch die B.-GmbH zu unterziehen. Durch Aktienkaufvertrag vom 19.8.1999 veräußerten die Kläger und ihr Mitaktionär Y. sämtliche Aktien der T. an D. Jeder Aktionär sollte einen „Basiskaufpreis“ von 1.000.000 DM erhalten (§ 5 des Aktienkaufvertrages); ferner war ein Zusatzkaufpreis vereinbart. § 9 Abs. 1 des Aktienkaufvertrages sieht unter der Überschrift „Vollzug“ vor: „Mit der Unterzeichnung dieses Vertrages treten die Aktionäre ihre sämtlichen Rechte aus den T.-Aktien und ihre entsprechenden Mitgliedschaftsrechte an den dies annehmenden Käufer ab ...“ Unter § 10 erklärten die Verkäufer unter der Überschrift „Garantie“: „Die Aktien sind voll eingezahlt“ (§ 10 Abs. 1 Nr. 1.3. Satz 1 Halbs. 1 des Aktienkaufvertrages). § 11 trifft eine Regelung über Rechtsfolgen fehlerhafter Garantien. § 12 sieht eine Verjährungsregelung für Ansprüche aus fehlerhaften Garantien vor. Vereinbarungsgemäß entrichtete D. jeweils 900.000 DM an alle drei Gesellschafter. Ebenfalls am 19.8.1999 fand eine außerordentliche Hauptversammlung der T. statt. Als einzige Aktionärin wählte D. einen neuen Aufsichtsrat, dem u.a. der Zeuge H. angehörte.

Am 24.1.2000 (bzw. am 25./27.1.2000) schloss der Kläger zu 1) mit D. eine Nachtragsvereinbarung zum Aktienkaufvertrag, die u.a. den Zusatzkaufpreis betraf; dieser sollte am 31.5.2000 fällig sein und sich auf 525.000 EUR belaufen. Mit dem Kläger zu 2) schloss D. einen sog. „Einbringungsvertrag“ gleichen Datums, der unter Nr. 1 ebenfalls die Vereinbarung eines Zusatzkaufpreises vorsah, den der Kläger zu 2) unter Nr. 2 der Vereinbarung an D. abtrat.

In dem Protokoll über die außerordentliche Hauptversammlung der T. vom 29.6.2000 wurde die Kapitalerhöhung zzgl. Darlehensrückzahlung an die Aktionäre der T. im Dezember 1998 als „möglicherweise verdeckte Sacheinlage“ gewertet. Die Hauptversammlung nahm an, dass die Altaktionäre nach wie vor zur Leistung der Einlage verpflichtet seien. Im Einzelnen heißt es: „Der Vorsitzende erläuterte, dass der Aufsichtsrat im Rahmen seiner Prüfung zur Feststellung des Jahresabschlusses 1998 zu der Auffassung gelangt sei, dass es sich bei der von Hauptversammlung der Gesellschaft am 10.12.1998 ... beschlossenen Erhöhung des Grundkapitals der Gesellschaft von 102.000 DM um 900.000 DM auf



1.002.000 DM gegen Bareinlagen, die am 12.1.1999 in das Handelsregister eingetragen worden ist, möglicherweise um eine verdeckte Sacheinlage in Form einer verdeckten Forderungseinbringungen gehandelt hat. Die Verwaltung schlägt vor, diese verdeckte Sacheinlage vorsorglich zu heilen ...

Die Verwaltung ist der Auffassung, dass es sich aufgrund der von der Rechtsprechung an eine Kapitalerhöhung geknüpften strengen Voraussetzungen bei der am 10.12.1998 beschlossenen Kapitalerhöhung um eine Kapitalerhöhung gegen Sacheinlagen gehandelt haben könnte, und zwar um eine sog. verdeckte Sacheinlage in Form einer verdeckten Forderungseinbringung, weil in engem zeitlichen Zusammenhang mit der Erbringung der Einlageverpflichtung durch die Aktionäre noch im Dezember 1998 die Gesellschaft den Aktionären von diesen per 1.1.1998 gewährte Darlehen, die ihrer Gesamtdarlehensvaluta etwa der Höhe der Kapitalerhöhung entsprechen, zurückgewährt hat ... Die Gesellschaft hat gegen die Herren P. – Kläger zu 2) – und Y. einen Anspruch auf Zahlung der übernommenen Einlageverpflichtung in voller Höhe und gegen Herrn T. – Kläger zu 1) – auf Zahlung seiner verbleibenden Einlageverpflichtung ...“

Im Oktober 2000 beauftragten der Kläger zu 1) die Beklagte zu 1), eine Anwaltssozietät, den Zusatzkaufpreis gegen D. geltend zu machen. Sachbearbeiter war der damals sozietätsangehörige Rechtsanwalt Y. Sein Anspruchsschreiben datiert vom 19.10.2000. Durch Schreiben vom 24.10.2000 an die Beklagte zu 1) wiesen die anwaltlichen Bevollmächtigten von D. darauf hin, dass es sich bei der Einlageleistung sowie der Darlehensrückzahlung im Dezember 1998 um eine verdeckte Sacheinlage handele; der Zahlungsanspruch der T. bestehe gegen die Kläger fort und könne im Insolvenzfall auch vom Insolvenzverwalter geltend gemacht werden.

Die Bevollmächtigten von D. schlugen vor, den Versuch einer „Heilung“ der verdeckten Sachlage zu unternehmen. Die „Heilung“ wurde später nicht vollzogen, obwohl das zuständige Registergericht seine Bereitschaft erklärt hatte.

Rechtsanwalt Y. erwiderte durch Schreiben vom 31.10.2000, dass die Kläger nicht bereit seien, von ihrem Standpunkt abzuweichen, und kündigte an, dass das „Verhalten von D. möglicherweise als Insolvenzverschleppung angesehen werden müsste“, sofern der Zahlungsanspruch der Kläger nicht anerkannt werde. Die Vorstände von D. und T. stellten am 3.11.2000 Anträge auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des jeweiligen Unternehmens. Beide Insolvenzverfahren wurden am 1.1.2001 eröffnet; zum Insolvenzverwalter wurde in beiden Verfahren Rechtsanwalt L. bestellt.

Als Insolvenzverwalter der T. nahm Rechtsanwalt L. die Kläger in dem Rechtsstreit 5 O 38/02 – Landgericht Dortmund – auf Zahlung der Bareinlage in Anspruch (fortan: Vorprozess). Die Kläger ließen sich durch die Beklagte zu 1) vertreten; Sachbearbeiter war weiterhin Rechtsanwalt Y. In der Klageerwidernug trug er u.a. vor, dass die Kläger ehemalige Aktionäre seien; sie hätten sämtliche Aktien durch Kaufvertrag vom 19.8.1998 an D. veräußert.

Rechtsanwalt Y. verkündete u.a. dem Wirtschaftsprüfer C. den Streit. Die Streitverkündungsschrift wurde nicht zugestellt; auf der Zustellungsurkunde ist vermerkt: „Haus noch nicht bewohnt.“ Dies teilte das Landgericht Dortmund Rechtsanwalt Y. nicht mit.

Durch Urteil vom 19.6.2002 verurteilte das Landgericht Dortmund die jetzigen Kläger, an den Insolvenzverwalter der T. jeweils 153.387,56 EUR zu zahlen. Im unstreitigen Teil des Tatbestands heißt es u.a., dass die Regresskläger sämtliche Aktien mit Kaufvertrag vom 19.8.1999 an D. veräußert hätten. In der Sache führte das Landgericht im Wesentlichen aus, dass dem Insolvenzverwalter der T. ein Anspruch aus § 80 Abs. 1 InsO i.V.m. § 183 Abs. 2 Satz 3 AktG zustehe, weil die Verpflichtung der Kläger zur Zahlung einer Bareinlage nicht erfüllt worden sei; die Kapitalerhöhung im Dezember 1998 sei eine verdeckte Sacheinlage gewesen. Zur Passivlegitimation seiner Mandanten hatte Rechtsanwalt Y. nichts vorgetragen; das Landgericht Dortmund traf dementsprechend keine Feststellungen.

Nach Zustellung des vorgenannten Urteils suchte der Kläger zu 1) Rechtsanwalt Y. auf. Dieser fertigte einen Aktenvermerk vom 21.8.2002, wonach der Kläger zu 1) u.a. Zweifel an der Passivlegitimation der Kläger geäußert hatte. Dazu heißt es in dem Aktenvermerk: „Der Partei wäre eine Sachgründung genauso lieb gewesen wie eine Kapitalerhöhung in Geld unter Rückzahlung der Darlehen. Es war von dem Wirtschaftsprüfer C. so vorgeschlagen worden, mit der Begründung, dass bei einer Sachgründung immer sehr viel geprüft würde und Gutachten eingeholt werden müssten. Dadurch würde sich eine Kapitalerhöhung entsprechend verzögern. Der Partei wäre es aber letztlich dann, wenn deutlich gesagt worden wäre, dass hier eine verdeckte Sachgründung zu befürchten ist mit all den Folgen, selbstverständlich lieber gewesen, wenn eine vernünftige Sachgründung durchgeführt worden wäre. Es war ausdrücklich sogar die Rede von C.: „Wir müssen das richtig machen, damit es nicht als verdeckte Sachgründung angesehen wird.“ Es wurde dann dieser Weg von ihm vorgeschlagen.“

C. hat dann die Bilanz, die Dr. I. aufgestellt hatte, als Buchprüfer testiert und somit die Kapitalerhöhung abgesegnet ... Partei bittet, die Berufungskollegen auf folgende Punkte besonders hinzuweisen: ... Durch den Kaufvertrag mit D. waren die Beklagten (die Kläger des Regressprozesses) seit dem 19.8.1999 nicht mehr Aktionäre ... Warum gegen die Beklagten und nicht gegen ihre Rechtsnachfolger? ... Es stellt sich weiter die Frage, ob die Beklagten überhaupt die richtigen Beklagten gewesen sind oder ob nicht deren Rechtsnachfolger hätten verklagt werden müssen?“

Im Berufungsverfahren des Vorprozesses ließen sich die Kläger anwaltlich durch den Beklagten zu 2) vertreten. Im Verhandlungstermin vom 23.6.2003 vor dem für Gesellschaftsrecht zuständigen Senat des Oberlandesgerichts Hamm (8 U 185/02) riet der Senat den Parteien, sich außergerichtlich zu vergleichen, und bestimmte einen Verkündungstermin. Daraufhin bemühten sich die Prozessparteien des Vorprozesses um einen außergerichtlichen Vergleich.

Der Beklagte zu 2) riet dem Kläger zu 1) durch Schreiben vom 16.7.2003, einem Vergleichsvorschlag der Prozessbevollmächtigten des Insolvenzverwalters zuzustimmen. Dazu kam es zunächst nicht.

Durch Urteil vom 28.7.2003 wies der 8. Zivilsenat des OLG Hamm die Berufung der Kläger zurück. Der Kläger zu 1) suchte danach erneut Rechtsanwalt Y. auf und beauftragte ihn, außergerichtliche Vergleichsgespräche mit der Gegenseite zu führen. Einen Auftrag, die Erfolgsaussichten einer Nichtzulassungsbeschwerde zu prüfen, erteilten die Kläger weder Rechtsanwalt Y. noch dem Beklagten zu 2).

Am 14.8.2003 einigten sich die Parteien des Vorprozesses außergerichtlich. Der Kläger zu 1) sollte einen Betrag von 105.000 EUR und der Kläger zu 2) einen Betrag 135.000 EUR sowie die Kosten des Rechtsstreits an den Insolvenzverwalter der T. entrichten. Als Verfahrenskosten fielen für den Kläger zu 1) insgesamt 11.308,08 EUR an, für den Kläger zu 2) insgesamt 12.255,19 EUR.

Die Kläger nahmen daraufhin den Wirtschaftsprüfer C. auf Schadenersatz wegen der von ihnen auf den außergerichtlichen Vergleich im Vorprozess zu entrichtenden Beträge und Prozesskosten in Anspruch (10 O 515/03 – Landgericht Duisburg; fortan: Folgeprozess). Erstinstanzlich wurden die Kläger erneut von der Beklagten zu 1) vertreten. Die Kläger warfen C. vor, sie im Zusammenhang mit der Kapitalerhöhung der T. falsch beraten zu haben. Das Landgericht Duisburg wies darauf hin, dass die Streitverkündungsschrift im Vorprozess nicht an C. zugestellt worden sei. Nach Anhörung der Parteien und Beweisaufnahme wies das Landgericht Duisburg die Klage gegen C. durch Urteil vom 22.7.2005 ab. Zur Begründung führte es im Wesentlichen aus, dass die Kläger den Abschluss eines Beratungsvertrages, der die Prüfung der Kapitalerhöhung zum Gegenstand gehabt habe, nicht bewiesen hätten.

Die Kläger legten Berufung zum OLG Düsseldorf ein (15 U 146/05). Zweitinstanzlich wurden sie durch ihren jetzigen Prozessbevollmächtigten vertreten. Der Senat wies durch Beschluss vom 29.5.2006 darauf hin, dass die Klage gegen C. unbegründet sei. Unabhängig von der Frage einer vertraglichen Pflichtverletzung C.s sei den Klägern durch sein Verhalten kein Schaden entstanden. Zwar handele es sich bei der Kapitalerhöhung im Dezember 1998 um eine verdeckte Sacheinlage. Die Kläger seien wegen der Veräußerung der Aktien an D. jedoch nicht passivlegitimiert gewesen und seien im Vorprozess zu Unrecht verurteilt worden.

In der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2006 gewährte das OLG Düsseldorf den Klägern eine Frist zur Stellungnahme bis zum 26.7.2006. Die Kläger verkündeten daraufhin den Beklagten den Streit. Die Streitverkündungsschrift wurde dem Beklagten zu 2) am 11.7.2006 und der Beklagten zu 1) am 12.7.2006 zugestellt. Durch Urteil vom 2.8.2006 wies das OLG Düsseldorf die Berufung der Kläger zurück.

Mit der am 2.3.2007 bei dem Landgericht Bochum eingegangenen Regressklage machen die Kläger geltend, dass die

Beklagten übersehen hätten, dass sie, die Kläger, im Vorprozess nicht passivlegitimiert gewesen seien. Rechtsanwalt Y. habe ferner nicht dafür gesorgt, dass die Streitverkündungsschrift zugestellt werde; bei ordnungsgemäßer Zustellung der Streitverkündungsschrift an den Wirtschaftsprüfer C. hätte das OLG Düsseldorf nicht von der Rechtsauffassung des 8. Zivilsenats des OLG Hamm abweichen dürfen, auch wenn diese unzutreffend gewesen sei. Die Kläger verlangen Erstattung ihrer auf den außergerichtlichen Vergleich im Vorprozess gezahlten Beträge zzgl. Prozesskosten. (...) Ferner verlangen die Kläger Erstattung der ihnen im Rechtsstreit gegen C. entstandenen Kosten (eigene Prozesskosten des Klägers zu 1: 12.637,10 EUR; eigene Prozesskosten des Klägers zu 2: 15.710,66 EUR) sowie Freistellung von Kostenersatzansprüchen C.s im Hinblick auf seine erstinstanzlichen Kosten in Höhe von 6.530 EUR und Kosten in zweiter Instanz in Höhe von 6.096 EUR).

Die Beklagten haben die Einrede der Verjährung erhoben. Ferner haben sie u.a. geltend gemacht, dass den Klägern durch etwaige anwaltliche Pflichtverletzungen kein Schaden entstanden sei. Wenn der Bareinlageanspruch des Insolvenzverwalters der T. gegen die Regresskläger im Vorprozess abgewiesen worden wäre und D. die Bareinlage an den Insolvenzverwalter der T. hätte entrichten müssen, hätte D. (bzw. deren Insolvenzverwalter) die Kläger als Verkäufer auf Schadenersatz in Anspruch genommen. Der Beklagte zu 2) hat ferner vorgetragen, dass nicht ersichtlich sei, wieso er für die Prozesskosten des Folgeprozesses gegen C. verantwortlich sei. (...)

Mit der Berufung wiederholen und vertiefen die Kläger ihr erstinstanzliches Vorbringen und verweisen u.a. darauf, dass ihnen gegenüber D. Gegenansprüche in Gestalt des Zusatzkaufpreises zugestanden hätten, so dass sie im Ergebnis nicht von D. in Anspruch genommen werden könnten.

(Anträge ...)

Am 10.12.2008 ist das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Klägers zu 1) eröffnet worden (80 IN 1040/08 – AG Bochum). Der Insolvenzverwalter Rechtsanwalt H. hat die Aufnahme des Rechtsstreits abgelehnt. (...)

II. Die **Eröffnung des Insolvenzverfahrens** über das Vermögen des Klägers zu 1) hat den Rechtsstreit nicht gemäß § 240 Satz 1 ZPO unterbrochen, und zwar schon deshalb, **weil der Insolvenzverwalter es abgelehnt hat, den Aktivprozess für die Masse aufzunehmen** (§ 85 Abs. 2 InsO; siehe BGHZ 163, 32, 36; BGH, Urt. v. 7.12.2006 – IX ZR 161/04, NJW-RR 2007, 845 Tz. 18; MünchKomm-ZPO/Gehrlein 3. Aufl., § 240 Rdnr. 31; Zöller/Greger, ZPO 27. Aufl., § 240 Rdnr. 11).

Die nach Rechtshängigkeit erfolgte Abtretung der streitbefangenen Forderung des Klägers zu 1) an den Kläger zu 2) hat auf den Prozess keinen Einfluss (§ 265 Abs. 2 Satz 1 ZPO). Der Kläger zu 1, der den Rechtsstreit nach Freigabe durch den Insolvenzverwalter auch förmlich aufgenommen hat, beantragt Leistung an den Kläger zu 2) (§ 264 Nr. 3 ZPO; vgl. HK-ZPO/Saenger 3. Aufl., § 265 Rdnr. 14 m.w.N.).

III. Im Hinblick auf die Beklagte zu 1) ist die Berufung der Kläger wegen Anspruchsverjährung unbegründet (A.). Im Hinblick auf den Beklagten zu 2) ist das Rechtsmittel der Kläger überwiegend begründet (B.)

A. Ein Schadenersatzanspruch der Kläger gegen die Beklagte zu 1) wegen Verletzung anwaltlicher Pflichten durch Rechtsanwalt Y. (§ 280 Abs. 1, § 31 BGB) besteht nicht.

1) Allerdings hat Rechtsanwalt Y. die ihm aufgrund des Anwaltsvertrages mit dem Klägern obliegenden Pflichten verletzt. Ein Rechtsanwalt, der die Vertretung der beklagten Partei in einem Zivilprozess übernimmt, hat zu prüfen, ob die gegnerische Klage schon an der fehlenden Schlüssigkeit scheitert. Sind bei der vom Anwalt geschuldeten Aufklärung des Sachverhalts mit verkehrsüblicher Sorgfalt solche Mängel der Klage erkennbar, so hat der Prozessbevollmächtigte der beklagten Partei sie grundsätzlich im Rechtsstreit geltend zu machen (vgl. BGH, Urt. v. 24.5.2007 – IX ZR 142/05, NJW-RR 2007, 1553 Tz. 14; v. 18.12.2008 – IX ZR 179/07, NJW 2009, 987 Tz. 11). Dem hat Rechtsanwalt Y. nicht Rechnung getragen. Er hat dem Landgericht maßgebliche Tatsachen nicht unterbreitet, die zur Abweisung der Klage des Insolvenzverwalters der T. gegen die Kläger geführt hätten.

a) **Rechtsanwalt Y. war** in dem beim Landgericht Dortmund anhängigen Rechtsstreit 5 O 38/02 **damit betraut, den Anspruch des Insolvenzverwalters der T. auf Leistung einer Bareinlage abzuwehren**. Rechtsprüfung und Rechtsberatung setzen die Kenntnis der einschlägigen Rechtsnormen voraus. Notfalls muss sich der Berater die mandatsbezogenen Rechtskenntnisse ungesäumt verschaffen – soweit sie nicht zu seinem präsenten Wissen gehören –; **gegebenenfalls muss er sich in eine Spezialmaterie einarbeiten** (BGH, Urt. v. 22.9.2005 – IX ZR 23/04, NJW 2006, 501; v. 8.2.2007 – IX ZR 188/05, NJW-RR 2007, 1156 Tz. 10; Fahrendorf, NJW 2006, 1911 f.).

Dass Rechtsanwalt Y. nach einem Bibliotheksbesuch zu dem (unzutreffenden) Schluss gekommen sein will, dass die Kläger im Vorprozess passivlegitimiert gewesen seien, entlastet ihn entgegen der Ansicht des Landgerichts nicht. Er hat sich nur unzureichend über den entscheidungserheblichen Sachverhalt informiert und unzulänglich in die Rechtsfrage eingearbeitet, wer Schuldner der Einlagepflicht ist. **Bei verkehrsüblich sorgfältiger Aufklärung des dem übernommenen Mandats zugrunde liegenden Sachverhalts hätte er erkennen können, dass die Kläger nach der Veräußerung aller Aktien der T. nicht mehr Schuldner der Einlage waren**. Er hätte im Vorprozess entsprechende Tatsachen zur Abwehr des gegen die Kläger gerichteten Anspruchs vortragen müssen. Die Einlagepflicht bestand zwar nach wie vor (aa), der Anspruch richtete sich jedoch nicht mehr gegen die Kläger (bb).

aa) Die **Kapitalerhöhung** der T. im Dezember 1998 war eine **verdeckte Sacheinlage**. Das ist nunmehr – im Regressprozess – zu Recht nicht im Streit. Es ist anerkannt, dass eine **Darlehensforderung**, die ein Aktionär gegen die Aktiengesellschaft hat, als Sacheinlage in die Gesellschaft eingebracht

werden kann (BGHZ 110, 47, 60; 113, 335, 339 f.; 166, 8 Tz. 12). Eine verdeckte Sacheinlage liegt vor, wenn die gesetzlichen Regeln für Sacheinlagen objektiv dadurch unterlaufen werden, dass zwar eine Bareinlage vereinbart wird, die Gesellschaft aber bei wirtschaftlicher Betrachtung von dem Einleger aufgrund eines im Zusammenhang mit der Übernahme der Einlage abgeschlossenen Gegengeschäfts (oder einer sonstigen Absprache) einen Sachwert erhalten soll (st. Rspr.; BGHZ 165, 113, 116 f.; 170, 47 Tz. 11; 173, 145 Tz. 14; BGH, Urt. v. 19.5.2009 – IX ZR 43/08, WM 2009, 1376 Tz. 13; v. 16.2.2009 – II ZR 120/07, WM 2009, 698 Tz. 8). Besteht – wie hier – ein enger zeitlicher und sachlicher Zusammenhang zwischen beiden Zahlungen, stellt das ein beweiskräftiges Indiz für eine solche Abrede dar (BGHZ 125, 141, 143 f.; BGH, Urt. v. 2.12.1999 – IX ZR 415/98, NJW 2000, 725 unter II. 1.). Die vorgenannten Grundsätze gelten auch im Rahmen einer Kapitalerhöhung (BGHZ 173, 145 Tz. 14; 175, 265 Tz. 11).

Danach ist hier eine verdeckte Sacheinlage anzunehmen. **Formal erhielt die T. zwar Bargeld von den Klägern, dieses wurde jedoch im Zusammenhang mit einem anderen Geschäft kurzfristig an die Kläger zurückgeführt. Letztlich erhielt die T. von den Klägern lediglich einen Sachwert**. Als aktienrechtliche Rechtsfolge verdeckter Sacheinlagen ordnen die § 27 Abs. 3, § 183 Abs. 2 AktG **mangels Erfüllungswirkung das Fortbestehen der Bareinlageverpflichtung** des Gesellschafters an, der somit Gefahr läuft, bei Vermögensverfall der Gesellschaft die Einlage im wirtschaftlichen Ergebnis doppelt aufbringen zu müssen (BGHZ 173, 145 Tz. 20; BGH, Urt. v. 19.5.2009, a.a.O., Tz. 13). Diesen Anspruch konnte der Insolvenzverwalter der T. nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens geltend machen (§ 80 Abs. 1 InsO).

bb) Rechtsanwalt Y. hatte nicht im Blick, dass seine Mandanten aufgrund der Veräußerung sämtlicher Aktien an D. durch den Aktienkaufvertrag nicht mehr Schuldner der Einlagepflicht waren.

(1) **Für offene Einlageverpflichtungen haftet grundsätzlich der gegenwärtige Aktionär** (§ 54 Abs. 1 und 2 AktG). Mit der Aktie geht die Einlagepflicht als nicht isolierbarer Teil der Mitgliedschaft auf ihn über. **Dementsprechend endet die Einlagepflicht des bisherigen Aktionärs** (Hüffer, Aktiengesetz 8. Aufl., § 54 Rdnr. 4; Kölner Kommentar/Lutter 2. Aufl., § 54 AktG Rdnr. 6; Cahn/Senger in: Spindler/Stilz, AktG 2007, § 54 Rdnr. 13). Der Vorinhaber der Aktie wird mit dem Übergang des Mitgliedschaftsrechts von seiner Einlagepflicht frei. Dies gilt auch dann, wenn die Einlage bereits zur Zahlung fällig ist (MünchKomm-AktG/Bungeroth 3. Aufl., § 54 Rdnr. 12).

Nach diesen Grundsätzen waren nach der Veräußerung der Aktien an D. auf der Grundlage des vollzogenen Aktienkaufvertrages vom 19.8.1999 nicht mehr die Kläger bareinlageverpflichtet, sondern D. Der Vorinhaber der Aktien haftet neben dem neuen Aktionär nur noch subsidiär unter den Voraussetzungen des § 65 AktG; die Voraussetzungen dieser Bestimmung liegen hier jedoch nicht vor; das wird auch nicht geltend gemacht.

(2) Zwar ist der Schuldner einer Sacheinlage auch noch nach Veräußerung seiner Aktien zur Leistung einer vereinbarten Sacheinlage verpflichtet (*MünchKommAktG/Bungeroth, a.a.O., § 54 Rdnr. 13; Cahn/Senger in: Spindler/Stilz, a.a.O., § 54 Rdnr. 14*). Die Kläger schuldeten jedoch vereinbarungsgemäß keine Sacheinlage, sondern eine Bareinlage. Das ist auf der außerordentlichen Hauptversammlung der T. vom 10.12.1998 ausweislich des Versammlungsprotokolls beschlossen worden.

(3) Die Regresskläger wären als Altaktionäre nur dann nach wie vor zur Zahlung verpflichtet gewesen, wenn D. die Aktien gutgläubig ohne die damit verbundene Last der Einlageverpflichtung erworben hätte. Dies kommt in der vorliegenden Fallgestaltung jedoch von vornherein nicht in Betracht. Die Möglichkeit eines gutgläubigen „lastenfreien“ Erwerbs wird zwar für Inhaberaktien, die durch Einigung und Übergabe übertragen werden, in entsprechender Anwendung der §§ 932, 936 BGB bejaht (Köln Kommentar/Lutter, a.a.O., § 54 AktG Rdnr. 7; *MünchKomm-AktG/Bungeroth, a.a.O., § 54 Rdnr. 14*). Auch für Namensaktien, die durch Indossament übertragen werden, wird die Möglichkeit gutgläubig lastenfreien Erwerbs in entsprechender Anwendung des Art. 16 Abs. 2 WG befürwortet (*MünchKomm-AktG/Bungeroth, a.a.O., § 54 Rdnr. 15*).

**Ein gutgläubiger lastenfreier Erwerb**, durch den D. das Mitgliedschaftsrecht frei von der auf ihm lastenden Einlagepflicht erworben haben könnte, **scheidet hier jedoch aus, weil sich der Erwerbsvorgang nicht nach den Bestimmungen der §§ 929 ff BGB, Art. 16 WG vollzogen hat, sondern durch Abtretung.** Die Aktien der T. waren nicht verkörpert. Unter § 9 des Aktienkaufvertrages haben die Parteien des Aktienkaufvertrages demgemäß eine Abtretung vereinbart. **Bei einer Abtretung nach §§ 398 ff BGB ist ein gutgläubiger Erwerb nicht möglich** (BGHZ 122, 180, 196). Für den Erwerber liegt das Risiko bei einer Übertragung der Mitgliedschaft durch Abtretung darin, dass er diese nicht gutgläubig „lastenfrei“ erwerben kann (*Mirow, NZG 2008, 52, 53; Eder, NZG 2004, 107, 108*). So ist es hier. Das Mitgliedschaftsrecht könnte durch Abtretung nicht „lastenfrei“ von den Klägern auf D. übertragen werden. Es bedarf danach keiner Feststellungen, ob D. die offene Einlageverpflichtung kannte oder grob fahrlässig nicht kannte.

(4) Zwar hat Rechtsanwalt Y. im Vorprozess erstinstanzlich vorgetragen, dass die Regresskläger ihre Aktien an D. verkauft hatten. Das genügte jedoch nicht, um dem Landgericht Dortmund einen Sachverhalt zu unterbreiten, wonach die Regresskläger von ihrer Einlagepflicht befreit wären. Vielmehr hätte D. durchaus gutgläubig sein können. Guter Glaube ist mit Rücksicht auf das Verkehrsinteresse der gesetzliche Regelfall, denn das Gesetz behandelt Bösgläubigkeit als Ausnahme von der Regel („ist nicht in gutem Glauben“; vgl. *MünchKomm-BGB/Quack 4. Aufl., § 932 Rdnr. 70; MünchKomm-BGB/Oechsler 5. Aufl., § 932 Rdnr. 66*). **Rechtsanwalt Y. hätte deshalb im Vorprozess vortragen müssen, dass ein gutgläubiger lastenfreier Erwerb durch D. gar nicht erst in Betracht kam, weil der Aktienkaufvertrag durch Abtretung vollzogen wurde.**

Rechtsanwalt Y. hat dies jedoch unterlassen. Er hat auch nicht vorgetragen, dass die Aktien der T. nicht verkörpert waren, so dass ohnehin nur eine Übertragung durch Abtretung in Betracht kam. Beides haben die damaligen Prozessbevollmächtigten der Regresskläger im Vorprozess weder in erster noch in zweiter Instanz zum Prozessstoff gemacht. **Sie haben insbesondere den Vertragstext des Aktienkaufvertrages vom 19.8.1999 nicht zum Gegenstand des Vorprozesses gemacht.**

In der mündlichen Verhandlung vor dem erkennenden Senat hat der Prozessvertreter der Beklagten zu 1) zwar erklärt, der Aktienkaufvertrag hätte der Beklagten zu 1) nur in Auszügen vorgelegen. Das entlastet sie indes nicht. Zu den Pflichten der damaligen Prozessbevollmächtigten der Regressklägers gehörte es, sich den vollständigen Aktienkaufvertrag zu verschaffen (zum *Studium verfügbarer schriftlicher Unterlagen* siehe *Fahrendorf in: Rinsche/Fahrendorf/Terbille, Die Haftung des Rechtsanwalts 7. Aufl., Rdnr. 451 m.w.N.*). Nur so hätten sie ihrer **Rechtsprüfungspflicht** hinreichend nachkommen können, ob die Mandanten zu Recht vom Insolvenzverwalter zu Recht in Anspruch genommen werden.

cc) Die genannten Pflichten entfielen nicht deshalb, weil die Gerichte des Vorprozesses ihrerseits zu einer eigenständigen Prüfung der Sach- und Rechtslage verpflichtet waren (vgl. *BGH, Urt. v. 18.12.2008, a.a.O., Tz. 14, 22*). Weder das Landgericht Dortmund noch der 8. Zivilsenat des OLG Hamm hatten nach dem ihnen von Rechtsanwalt Y. in erster Instanz und von dem Beklagten zu 2) in zweiter Instanz unterbreiteten Sachverhalt Anlass, die Passivlegitimation der Regresskläger im Vorprozess infrage zu stellen. Auf der Grundlage des zivilprozessualen Beibringungsgrundsatzes konnten das Landgericht Dortmund und der 8. Zivilsenat des OLG Hamm den ihnen von den Anwälten der Kläger vorgetragenen Sachverhalt nicht anders beurteilen.

**Die Passivlegitimation einer beklagten Partei ist nicht von Amts wegen zu prüfen**, sondern hängt von den eingeführten Tatsachen ab. § 56 Abs. 1 ZPO greift insoweit nicht ein. Diese Vorschrift sieht zwar für bestimmte Prozessvoraussetzungen eine Amtsprüfung vor; dazu gehören bestimmte Umstände, von denen die Zulässigkeit der Klage abhängt (*BGH, Urt. v. 15.12.1994 – VII ZR 13/94, BGHR, ZPO § 139 Abs. 2 Prozesshindernis 2*). Die Prüfung von Amts wegen erstreckt sich aber nicht auf die Frage, wer materiell-rechtlich richtiger Anspruchsgegner ist.

dd) Der **Zurechnungszusammenhang** im Hinblick auf die Beklagte zu 1) ist nicht dadurch unterbrochen worden, dass die Kläger in der Berufungsinstanz **einen anderen Anwalt, nämlich den Beklagten zu 2), beauftragt haben und dieser den vorbezeichneten Fehler wiederholt hat** (siehe *BGH, Urt. v. 7.4.2005 – IX ZR 132/01, NJW-RR 2005, 1146 unter II. 3. b*); *Fahrendorf, a.a.O., Rdnr. 787, jeweils m.w.N.*). Das macht die Beklagte zu 1) auch nicht geltend.

ee) Der Zurechnungszusammenhang zwischen der Pflichtverletzung der erst- und zweitinstanzlichen Prozessbevollmächtigten der Regresskläger im Vorprozess und dem



Schaden ist auch nicht durch einen etwaigen gerichtlichen Fehler in Gestalt eines unterbliebenen richterlichen Hinweises unterbrochen worden. An dieser Stelle, nämlich für die Frage des Zurechnungszusammenhangs, kann es dahinstehen, ob – wie der Beklagte zu 2) geltend macht – nicht verkörperte Aktien so häufig sind – bzw. zur Zeit des Vorprozesses so häufig waren –, dass die Gerichte des Vorprozesses unter Umständen von sich aus gemäß § 139 Abs. 1 ZPO die Frage aufwerfen mussten, ob die übertragenen Aktien verkörpert sein könnten. Denn selbst wenn die Gerichte des Vorprozesses eine solche Hinweispflicht verletzt hätten – was, wie weiter unten auszuführen ist, nicht der Fall ist –, entfällt der Zurechnungszusammenhang nicht. Bei einem hohen Verbreitungsgrad nicht verkörperter Aktien hätte im Vorprozess für die damaligen Prozessbevollmächtigten der Regresskläger umso mehr Veranlassung bestanden, dies ihrerseits vorzutragen.

Zu den vertraglichen Pflichten des Anwalts gehört es, **durch vollständigen Sachvortrag für den Mandanten nachteilige Entscheidungen des Gerichts zu vermeiden** (Fischer, AnwBl 2009, 178, 180). **Keinesfalls überwiegt deshalb im vorliegenden Fall ein etwaiger Schadenbeitrag der Gerichte erster und zweiter Instanz des Vorprozesses** den Verursachungsbeitrag der Beklagten zu 1) und 2) so weit, dass Letzterer dahinter zurücktritt (zu diesem Kriterium vgl. BGH, Urt. v. 17.9.2009 – IX ZR 74/08, juris, Tz. 15 ff.; v. 18.12.2008, a.a.O., Tz. 22). Die Verfassungsbeschwerde gegen das zuletzt genannte Urteil hat das Bundesverfassungsgericht nicht zur Entscheidung angenommen (Beschl. v. 22.4.2009 – 1 BvR 386/09, NJW 2009, 2945).

Der Fehler der beklagten Anwälte liegt im vorliegenden Fall bereits in unzureichendem Tatsachenvortrag, dem eine unzulängliche anwaltliche Aufklärung des Sachverhalts bei und nach Übernahme des Mandats vorausging. **Durch die Pflichtverletzung der Beklagten zu 1) und 2) erhöhte sich das Risiko**, dass die Gerichte den betreffenden Gesichtspunkt im Vorprozess nicht registrierten und – mit Rücksicht auf den ihnen vorgetragenen Sachverhalt – zwar prozessual zutreffend, objektiv aber dennoch falsch entscheiden würden. Der daraus entstandene Schaden beruht in erster Linie auf Umständen, deren Auftreten die Beklagten zu 1) und 2) durch sachgerechtes Arbeiten im Vorprozess gerade hätte vermeiden müssen (siehe BGH, Urt. v. 4.6.1996 – IX ZR 51/95, NJW 1996, 2648 unter B. II. 2.).

ff) Im vorliegenden Rechtsstreit geht es somit letztlich nicht um die Frage, unter welchen Umständen ein Rechtsfehler eines Gerichts die Zurechenbarkeit pflichtwidrigen Verhaltens des Rechtsanwalts im Prozess entfallen lassen. Selbst wenn dem Landgericht Dortmund und dem 8. Zivilsenat des OLG Hamm aber ein ähnlicher Rechtsfehler unterlaufen wäre wie den Anwälten der Kläger, hätten die Gerichte des Vorprozesses **nicht unter völlig ungewöhnlicher, sachwidriger und daher grober, schlechthin unvertretbarer Verletzung ihrer Pflichten eine Schadenursache gesetzt**, welche die vorangegangene anwaltliche Pflichtverletzung mit Rücksicht auf Art, Gewicht und wechselseitige Abhängigkeit der Schadenbeiträge so sehr in den Hintergrund rückt, dass bei wertender Betrachtung

gleichsam nur der Gerichtsfehler als einzige, endgültige Schadenursache erscheint und der Anwaltsfehler nach dem Schutzzweck der verletzten Vertragspflicht keine ins Gewicht fallende Bedeutung gegenüber einer vom Gericht zu verantwortenden Schadenursache hat (vgl. BGHZ 174, 205 Tz. 18; BGH, Urt. v. 18.12.2008, a.a.O., Tz. 22). Denn zu einem etwaigen Gerichtsfehler ist es nur deshalb gekommen, weil zuvor die Beklagten zu 1) und 2) ihre für den Zivilprozess zentrale Pflicht zur Beibringung entscheidungserheblicher Tatsachen verletzt haben.

gg) Das **Verschulden** von Rechtsanwalt Y. wird aufgrund der Pflichtverletzung vermutet (§ 280 Abs. 1 Satz 2 BGB) und der Beklagten zu 1) zugerechnet (§ 31 BGB). Durchgreifende Umstände, die sie entlasten könnten, hat die Beklagte zu 1) nicht vorgetragen. Entgegen ihrer Ansicht ist Rechtsanwalt Y. nicht deshalb entlastet, weil die Kollegialgerichte des Vorprozesses die Passivlegitimation der Kläger nicht von sich aus in Zweifel gezogen haben. Zum einen **hat der Rechtsanwalt einen Rechtsirrtum auch dann zu vertreten, wenn ein Kollegialgericht demselben Rechtsirrtum unterliegt** (Zugehör in: Zugehör/Fischer/Sieg/Schlee, Handbuch der Anwaltschaftung 2. Aufl., RdNr. 979 m.w.N.). Zum anderen haben die Gerichte des Vorprozesses die Passivlegitimation der Regresskläger deshalb nicht problematisiert, weil die Beklagten zu 1) und 2) den Sachverhalt unzulänglich vorgetragen haben.

b) Weitere eigenständige Pflichtverletzungen sind Rechtsanwalt Y. entgegen der Ansicht der Kläger nicht anzulasten.

aa) Die **Streitverkündung** im Vorprozess **gegenüber dem Wirtschaftsprüfer C.** blieb zwar wirkungslos, denn die Streitverkündungsschrift ist ihm entgegen § 73 Satz 3 ZPO nicht zugestellt worden, Rechtsanwalt Y. hat sich insoweit jedoch nicht pflichtwidrig verhalten. Er musste die Zustellung der Streitverkündungsschrift an den Wirtschaftsprüfer C. nicht überwachen.

Zwar ist der Anwalt allgemein nach dem Grundsatz des sichersten Weges verpflichtet, den Nachweis des Zugangs empfangsbedürftiger Schriftstücke sicherzustellen (BGH, Beschl. v. 29.6.2006 – IX ZR 176/04, NJW 2006, 2779 Tz. 3). Auch kann es unter Umständen geboten sein, Einsicht in die Gerichtsakten zu nehmen, z.B. um Angaben des Mandanten zu überprüfen (BGH, Urt. v. 21.4.1994 – IX ZR 150/93, NJW 1994, 2293; Zugehör, a.a.O., RdNr. 518). Ein Anlass zur Einsichtnahme in die Gerichtsakte des Vorprozesses oder zur Nachfrage auf der Geschäftsstelle der zuständigen Zivilkammer des Landgerichts Dortmund bestand hier jedoch nicht.

**Die Streitverkündungsschrift ist von Amts wegen zuzustellen** (§ 73 Satz 2, § 166 Abs. 2 ZPO). **Sofern, wie hier, keine besonderen Umstände erkennbar sind, darf der Anwalt davon ausgehen, dass das Gericht das Notwendige veranlasst und beim Streitverkünder rückfragt, wenn die Zustellung wegen einer unzutreffenden Anschrift fehlschlägt.** Ohne besonderen Anlass war Rechtsanwalt Y. als Anwalt der Streitverkünder nicht zu einer vorsorglichen Rückfrage oder Einsichtnahme in die Gerichtsakten zu Kontrollzwecken verpflichtet.

bb) Zu Unrecht meinen die Kläger, dass Rechtsanwalt Y. das Urteil des 8. Zivilsenats des OLG Hamm hätte daraufhin überprüfen müssen, ob es sich mit der Passivlegitimation befasst. Rechtsanwalt Y. hatte keinen besonderen Auftrag, die materiellen Gründe des Berufungsurteils zu untersuchen; das zeigen die Kläger nicht auf. Nur dann wäre er aber zu einer solchen Prüfung verpflichtet (BGH, Urt. v. 27.3.2003 – IX ZR 399/99, NJW 2003, 2023 unter II. 1. a); v. 24.5.2007 – IX ZR 142/05, NJW-RR 2007, 1553 Tz. 12; Zugehör, a.a.O., Rdnr. 636; Fahrendorf, a.a.O., Rdnr. 1547).

cc) Die Kläger machen ferner geltend, dass Rechtsanwalt Y. ihnen nach Abschluss der zweiten Instanz des Vorprozesses **nicht zum Abschluss des außergerichtlichen Vergleichs mit dem Insolvenzverwalter der T. hätte raten dürfen**. Dem ist nicht zuzustimmen. **Der Schaden war bereits durch die erstinstanzliche Verurteilung durch das Landgericht Dortmund eingetreten; durch die Zurückweisung der dagegen gerichteten Berufung der Kläger wurde er verfestigt**. Der Rat zum Abschluss eines außergerichtlichen Vergleichs verschlechterte die Situation der Kläger nicht, sondern konnte sie allenfalls verbessern, weil sich die ausgeurteilte Forderung des Insolvenzverwalters der T. gegen die Kläger verminderte. Daher war der Rat zum Vergleichsabschluss keine Pflichtverletzung.

Selbst wenn der Rat als Pflichtverletzung anzusehen wäre, hätte diese keine eigenständige Bedeutung gegenüber der Pflichtverletzung, die Verurteilung der Mandanten trotz fehlender Passivlegitimation nicht verhindert zu haben. Vielmehr geht es auch beim Abschluss des außergerichtlichen Vergleichs darum, dass Rechtsanwalt Y. verkannt hat, dass die Kläger nach Vollzug des Aktienkaufvertrages nicht mehr Schuldner der Bareinlage waren.

dd) Es ist der Beklagten zu 1) nicht anzulasten, dass Rechtsanwalt Y. die **Erfolgsaussichten einer Nichtzulassungsbeschwerde** der Kläger gegen das die Berufung der Kläger zurückweisende Urteil des 8. Zivilsenats des OLG Hamm nicht geprüft hat. Eine Nichtzulassungsbeschwerde hätte allenfalls darauf gestützt werden können, dass der 8. Zivilsenat seiner Hinweispflicht gemäß § 139 ZPO nicht nachgekommen sei, weil er nicht von sich aus infrage gestellt hat, ob die Aktien möglicherweise nicht verkörpert waren bzw. auf welche Weise darin verkörperte Mitgliedschaftsrecht übertragen worden war. (...)

2. Die Beklagte zu 1) erhebt mit Erfolg die **Einrede der Verjährung** (§ 214 Abs. 1 BGB). Die Verjährungsfrist für den Regressanspruch gegen sie war bei Klageerhebung abgelaufen.

a) **Die Klage ging am 2.3.2007 bei dem Landgericht Bochum ein**. Dieses Datum ist für die Hemmung der Verjährung maßgeblich, denn die Klage wurde „demnächst“ zugestellt (§ 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB i.V.m. § 167 ZPO).

Nachdem die Kläger aufgrund der Kostenanforderung vom 19.3.2007, korrigiert am 4.4.2007, am 11.4.2007 den Kostenvorschuss entrichtet hatten, ist die Klage der Beklagten zu 1) am 25.4.2007 zugestellt worden.

b) Die **Verjährung** des Anspruchs der Kläger richtet sich gemäß Art. 229 § 12 Abs. 1 Nr. 3, Art. 229 § 6 Abs. 1 EGBGB nach der durch das Gesetz zur Anpassung von Verjährungsvorschriften an das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 9.12.2004 (BGBl. I. 3214) mit Wirkung vom 15.12.2004 aufgehobenen Vorschrift des **§ 51b BRAO**. Diese Bestimmung ist gemäß Art. 229 § 12 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. Art. 229 § 6 Abs. 1 Satz 2 EGBGB weiter anzuwenden, wenn der primäre Schadenersatzanspruch – wie hier – vor dem 15.12.2004 entstanden ist (BGH, Urt. v. 13.11.2008 – IX ZR 69/07, NJW 2009, 1350 Tz. 8).

c) Der Anspruch des Auftraggebers auf Schadenersatz aus dem zwischen ihm und dem Rechtsanwalt bestehenden Vertragsverhältnis verjährt nach § 51b Alt. 1 BRAO a.F. in drei Jahren von dem Zeitpunkt an, in dem der Anspruch entstanden ist. Ein Schaden, der einen vertraglichen Ersatzanspruch i.S.d. § 51b BRAO a.F. auslöst, entsteht, sobald sich die Vermögenslage des Auftraggebers durch eine anwaltliche Pflichtverletzung objektiv verschlechtert (st. Rspr.; siehe BGH, Urt. v. 19.5.2009 – IX ZR 43/08, WM 2009, 1376 Tz. 16 m.w.N.). **Verjährungsbeginn des gegen die Beklagte zu 1) gerichteten Anspruchs ist die erstinstanzliche Verurteilung der Kläger im Vorprozess durch das Landgericht Dortmund vom 19.6.2002. Maßgeblich ist das Verkündungsdatum** der ersten nachteiligen Gerichtsentscheidung infolge des Anwaltsfehlers (BGH, Urt. v. 21.2.2002 – IX ZR 127/00, NJW 2002, 1414 unter I. 1. a) aa); Fahrendorf, a.a.O., Rdnr. 1042 f, jeweils m.w.N.).

Der **Abschluss des außergerichtlichen Vergleichs** vom 14.8.2003 ist für den Verjährungsbeginn entgegen der Ansicht der Kläger **nicht relevant**. Der Vergleich verminderte nur geringfügig den bereits eingetretenen Schaden. **Der Vergleich ist Teil eines einheitlichen Ganzen und schiebt den Verjährungsbeginn nach dem Grundsatz der Schadeneinheit nicht hinaus** (vgl. Zugehör, a.a.O., Rdnr. 1360). Dass der außergerichtliche Vergleich für die Schadenentstehung ohne Bedeutung ist, wird auch durch die Überlegung bestätigt, dass den Klägern ein Schaden auch dann entstanden wäre, wenn die Parteien des Vorprozesses keinen außergerichtlichen Vergleich geschlossen hätten.

d) **Primärverjährung ist danach am 19.6.2005 eingetreten**. Der Beklagten zu 1) ist es nicht wegen Verletzung einer sekundären Hinweispflicht verwehrt, sich auf den Eintritt der Primärverjährung zu berufen. Der Rechtsanwalt, der einen konkreten Anlass hat, sein Verhalten vor Ablauf der Primärverjährung auf von ihm begangene Fehler zu überprüfen, muss den Mandanten zwar so rechtzeitig auf die Möglichkeit eines Regressanspruchs gegen sich selbst und dessen Verjährung hinweisen, dass er seine Interessen – ggf. unter Inanspruchnahme eines neuen Anwalts – wahrnehmen kann (st. Rspr.; BGHZ 94, 380, 385 f; BGH, Urt. v. 17.1.2002 – IX ZR 182/00, NJW 2002, 1048 unter II. 4. a); v. 13.11.2008 – IX ZR 69/07, a.a.O., Tz. 11; Vollkommer/Greger/Heinemann, Anwaltshaftungsrecht 3. Aufl., § 24 Rdnr. 29 ff, m.w.N.). Einen aufgrund besonderer Umstände objektiv begründeten, vom eigentlichen Fehler getrennten Anlass, ihre Regresspflicht in Erwägung zu ziehen, hatte die Beklagte zu 1) vor

Ablauf der Primärverjährung jedoch nicht. **Ein solcher Anlass, ihr eigenes Verhalten zu überprüfen und die Kläger auf die Möglichkeit eines Regressanspruchs hinzuweisen, entstand frühestens, als ihr der Hinweisbeschluss des OLG Düsseldorf vom 29.5.2006 zugegangen war.** Zu dieser Zeit war die Primärverjährung jedoch bereits abgelaufen, so dass ein Sekundärhinweis nichts mehr hätte nützen können (vgl. *Fahrendorf, a.a.O., Rdnr. 1087*).

Die Tätigkeit von Rechtsanwalt Y. im Zusammenhang mit dem Abschluss des außergerichtlichen Vergleichs gab ihm – entgegen der Ansicht der Kläger – keinen Anlass, sein Verhalten zu überprüfen. Eine neue, schuldhaft Pflichtverletzung von Rechtsanwalt Y., die von der früheren Verletzung der Vertragspflicht zu unterscheiden ist (zu diesem Erfordernis siehe BGH, Urt. v. 13.11.2008 – IX ZR 69/07, a.a.O., Tz. 9; Zugehör, a.a.O., Rdnr. 1390), zeigen die Kläger in diesem Zusammenhang nicht auf.

e) Die Verjährungsfrist ist nicht durch die Streitverkündung im Verfahren vor dem OLG Düsseldorf gehemmt worden (§ 204 Abs. 1 Nr. 6 BGB). Zwar richtet sich die Hemmung der Verjährung von Ansprüchen, die am 15.12.2004 noch nicht verjährt waren, nach neuem Recht (Art. 229 § 12 Abs. 1 Satz 1 und 2, § 6 Abs. 1 Satz 1 EGBGB). Die Streitverkündungsschrift wurde den Beklagten zu 1) jedoch erst am 12.7.2006 und damit nach Ablauf der Primärverjährung zugestellt.

f) Die **Verjährungsfrist** gegenüber den Beklagten zu 1) ist **nicht durch Verhandlungen der Parteien gehemmt** worden (§ 203 BGB). Durch Schreiben vom 24.11.2006 teilte die Beklagte zu 1) zwar mit, dass sie ihren Haftpflichtversicherer eingeschaltet habe. Zu dieser Zeit war die **Verjährungsfrist aber bereits abgelaufen**.

B. Der Schadensersatzanspruch der Kläger gegen den Beklagten zu 2 (§ 280 Abs. 1 BGB) ist überwiegend begründet.

1.a) Auch der **Beklagte zu 2)** hat seine anwaltlichen Informations-, Belehrungs- und Beratungspflichten gegenüber den Klägern schuldhaft verletzt, **weil er in zweiter Instanz** des Vorprozesses – ebenso wie erstinstanzlich die Beklagte zu 1) – **entscheidungserhebliche Tatsachen nicht vorgetragen hat**. Denn auch der Beklagte zu 2) hätte den Sachverhalt im Rahmen des Berufungsmandats aufklären und daraufhin vortragen müssen, dass die Aktien der T. nicht verkörpert waren und/oder durch Abtretung übertragen worden sind. Insoweit gelten die Ausführungen unter A. zur Pflichtverletzung durch die Beklagte zu 1) entsprechend für den Beklagten zu 2).

Der Beklagte zu 2) war damit betraut, die Kläger **über die Aussichten ihres Rechtsmittels zu beraten**. Das setzt voraus, dass er die Erfolgsaussichten seinerseits zunächst sorgfältig prüft. Auch der Beklagte zu 2) hat nicht im Blick gehabt, dass die Kläger im Vorprozess zu Unrecht vom Insolvenzverwalter in Anspruch genommen wurden. Es kommt nicht darauf an, ob der Beklagte zu 2) den von Rechtsanwalt Y. gefertigten Aktenvermerk von 21.8.2002 erhalten hat. Der

Beklagte zu 2) hätte sich den Aktienkaufvertrag – als grundlegende Vertragsurkunde – in eigener Verantwortung vorlegen lassen müssen. Daraus hätte sich ihm erschlossen, dass die Veräußerung der Aktien durch Abtretung vollzogen worden war. Der Zurechnungszusammenhang ist nicht durch einen etwaigen Gerichtsfehler unterbrochen worden; auch insoweit gelten die Ausführungen unter A. entsprechend.

Der Beklagte zu 2) macht ohne Erfolg geltend, dass neues Parteivorbringen zur Passivlegitimation der Regresskläger in zweiter Instanz des Vorprozesses gemäß § 531 Abs. 2 ZPO ausgeschlossen gewesen wäre. Der Verkauf der Aktien an D. aufgrund des Kaufvertrages vom 19.8.1999 war unstreitig. Das folgt bereits aus dem Urteil des Landgerichts Dortmund vom 19.6.2002. **Der Beklagte zu 2) hätte in zweiter Instanz des Vorprozesses nur noch vortragen müssen, dass gutgläubiger „lastenfreier“ Erwerb durch D. nicht in Betracht kam, weil der Aktienkauf durch Abtretung vollzogen worden war.**

Das hätten die Parteien des Aktienkaufvertrages unter § 9 des Vertragswerks vereinbart. Es ist mit hinreichender Wahrscheinlichkeit anzunehmen (§ 287 Abs. 1 ZPO), dass der Insolvenzverwalter der T. – mit Rücksicht auf seine prozessuale Wahrheitspflicht (§ 138 Abs. 2 ZPO) – den Inhalt des schriftlichen Kaufvertrages über die Aktien der T. nicht bestritten hätte. Neuer Tatsachenvortrag zur fehlenden Passivlegitimation der Mandanten wäre so in der zweiten Instanz des Vorprozess unstreitig geblieben. Unstreitige Tatsachen, die erstmals in der Berufungsinstanz vorgetragen werden, sind unabhängig von den Zulassungsvoraussetzungen des § 531 Abs. 2 ZPO zu berücksichtigen (BGH, *Beschl. d. Großen Senats für Zivilsachen v. 23.6.2008, BGHZ 177, 212; Urt. v. 16.10.2008 – IX ZR 135/07, NJW 2009, 685; siehe bereits BGHZ 161, 138*).

b) Weitere eigenständige Pflichtverletzungen des Beklagten zu 2) liegen nicht vor. Die Erwägungen im Hinblick auf Rechtsanwalt Y. gelten auch für den Beklagten zu 2). (...)

2. Der **Zurechnungszusammenhang** ist nicht durch einen etwaigen Gerichtsfehler der Gerichte des Vorprozesses unterbrochen worden. Insoweit gelten die Ausführungen zur Beklagten zu 1) entsprechend für den Beklagten zu 2).

3. Durch die Verurteilung im Vorprozess ist den Klägern ein **ersatzfähiger Schaden** in Gestalt der an den Insolvenzverwalter zu erbringenden und erbrachten Zahlungen entstanden. Durch den außergerichtlichen Vergleich der Parteien des Vorprozesses wurde der Schaden lediglich gemindert.

Grundsätzlich besteht ein Schaden i.S.d. § 249 Abs. 1 BGB in der Differenz zwischen der Vermögenslage des Betroffenen infolge des schädigenden Ereignisses und dem Vermögensstand, der ohne dieses Ereignis bestünde (*st. Rspr.; BGH, Urt. v. 19.5.2009 – IX ZR 43/08, WM 2009, 1376 Tz. 18 m.w.N.*). Danach muss die tatsächliche Vermögenslage derjenigen gegenübergestellt werden, die sich bei pflichtgemäßem Verhalten des rechtlichen Beraters ergeben hätte. **Das erfordert einen Gesamtvermögensvergleich, der alle von dem haftungsbegründenden Ereignis betroffenen finanziellen Positionen**

**umfasst.** Es geht dabei nicht um Einzelpositionen, sondern um eine Gegenüberstellung der hypothetischen und der tatsächlichen Vermögenslage (BGH, Urt. v. 19.1.2006 – IX ZR 232/01, NJW-RR 2006, 923 Tz. 33; v. 7.2.2008 – IX ZR 149/04, NJW 2008, 2041 Tz. 24). **Ob und in welchem Umfang ein Schaden eingetreten ist, ist durch einen rechnerischen Vergleich zu ermitteln, dessen Ergebnis einer normativen Wertung zu unterziehen ist** (BGHZ 176, 109 Tz. 13, BGH, Urt. v. 15.11.2007 – IX ZR 34/04, NJW 2008, 440 Tz. 21; v. 17.1.2008 – IX ZR 172/06, NJW-RR 2008, 786, Tz. 13).

Zu Unrecht meint der Beklagte zu 2), die Vermögenslage der Kläger würde sich im Ergebnis nicht anders darstellen, wenn das Landgericht Dortmund die Klage des Insolvenzverwalters der T. wegen fehlender Passivlegitimation durch Urteil vom 19.6.2002 abgewiesen hätte. **Es ist nicht richtig, dass der Insolvenzverwalter der T. sodann von der Alleinaktionärin D. als Schuldnerin der Bareinlage Zahlung der Einlage verlangt und D. im Anschluss daran mit hinreichender Wahrscheinlichkeit bei den Klägern Rückgriff hätte nehmen können.** Für Rückgriffs- oder Schadenersatzansprüche von D. gegen die Kläger gab es keine durchgreifende Rechtsgrundlage. (...)

e) Vor diesem Hintergrund ist den Klägern durch die Pflichtverletzung der Beklagten ein Schaden entstanden. Danach kommt es auf die von der Berufung aufgeworfene Frage nicht an, ob schon aufgrund der Streitverkündungswirkung in dem Folgeprozess der Kläger gegen C. vor dem OLG Düsseldorf feststeht, dass sie durch die Pflichtverletzung der beklagten Anwälte einen Schaden erlitten haben (§ 74 Abs. 3, § 68 ZPO; vgl. BGHZ 85, 252, 256; 157, 97, 99, wonach sich die Interventionswirkung nur auf wirkliche Feststellungen bezieht).

f) Da ein Anspruch von D. gegen die Kläger aus § 463 Satz 2 BGB a.F. nicht bestand, bedarf es keiner Ausführungen dazu, ob den Klägern insoweit aufrechenbare Gegenansprüche gegen D. zustanden.

4. a) Ohne die Pflichtverletzung des Beklagten zu 2) hätte im Vorprozess der 8. Zivilsenat des OLG Hamm das Urteil des Landgerichts Dortmund richtigerweise abgeändert und die **Klage des Insolvenzverwalters abgewiesen.** Die Kläger hätten dann nicht 105.000 EUR (Kläger zu 1)) bzw. 135.000 EUR (Kläger zu 2)) an den Insolvenzverwalter Rechtsanwalt L. entrichtet.

b) Ferner hätten die Kläger bei pflichtgemäßem Verhalten **einen Teil der Prozesskosten des Vorprozesses nicht entrichten müssen.** Zwar hätten sie bei pflichtgemäßem Tatsachenvorbringen des Beklagten zu 2) in zweiter Instanz obsiegt. Die Prozesskosten der zweiten Instanz des Vorprozesses wären den Klägern allerdings auch ohne die Pflichtverletzung des Beklagten zu 2) nicht erspart geblieben (§ 97 Abs. 2 ZPO). Wenn der Beklagte zu 2) im Berufungsverfahren erstmals den tatsächlichen Umstand vorgetragen hätte, dass die Aktien der T. nicht verkörpert waren, wäre dies ein in zweiter Instanz zwar zulässiges (siehe B. 1. a)), aber dennoch neues tatsächliches Vorbringen gewesen. Dieses hätten die

Kläger bereits im ersten Rechtszug geltend machen können. Dass es dazu nicht kam, hat nicht der Beklagte zu 2) zu verantworten, sondern die Beklagte zu 1). Im Hinblick auf die Beklagte zu 1) ist freilich – wie ausgeführt – Regressverjähung eingetreten.

c) Einschließlich der Hauptsumme und aller Prozesskosten des Vorprozesses hatte der Kläger zu 1) insgesamt 116.308,08 EUR (105.000 EUR plus 11.308,08 EUR) zu entrichten, der Kläger zu 2) insgesamt 147.255,19 EUR (135.000 EUR plus 12.255,19 EUR). Die Forderungsberechnung der Kläger haben die Beklagten nicht in Abrede gestellt. Aufgrund der Forderungsabtretung des Klägers zu 1) an den Kläger zu 2) hätte der Beklagte zu 2) daher grundsätzlich 263.563,27 EUR Schadenersatz zu leisten.

Davon sind, wie ausgeführt, **die Kosten der Berufungsinstanz des Vorprozesses in Abzug zu bringen.** Diese sind mit 12.389,56 EUR zu beziffern. Der Senat hat die Parteien durch Beschluss vom 2.7.2009 darauf hingewiesen, wie die zweitinstanzlichen Kosten des Vorprozesses zu bestimmen sind. Die Kläger haben die Gerichtskosten im Regressprozess nicht spezifiziert; der Senat hat sich an der Kostenaufstellung der Kläger im Folgeprozess gegen C. orientiert; darauf hat der Senat die Parteien durch Beschluss vom 2.7.2009 ebenfalls hingewiesen. Es verbleibt ein Schadenersatzanspruch in Höhe von 251.173,71 EUR (263.563,27 EUR minus 12.389,56 EUR).

d) Für die Kosten des von den Klägern angestrebten **Folgeprozesses** zum Landgericht Duisburg/OLG Düsseldorf **gegen den Wirtschaftsprüfer C.** hat der Beklagte zu 2), wie er bereits in erster Instanz zutreffend geltend gemacht hat, nicht einzustehen. Dies betrifft im Hinblick auf den Kläger zu 1) einen Zahlungsantrag in Höhe von 12.637,02 EUR, im Hinblick auf den Kläger zu 2) 15.710,66 EUR sowie den für beide Kläger gestellten Freistellungsantrag in Höhe von 6.530 EUR und 6.096 EUR.

aa) Diese Kosten sind dem Beklagten zu 2 nicht zuzurechnen. Sie sind entstanden, indem die Kläger mit dem Entschluss, Schadenersatzklage gegen C. zu erheben, **eine eigenständige Disposition** getroffen haben. Wurde die Handlung des (früheren) Mandanten durch die Pflichtverletzung des Anwalts geradezu herausgefordert oder bestand für sie ein rechtfertigender Anlass, bleibt der Zurechnungszusammenhang mit dem Verhalten des Anwalts zwar bestehen (*Zugehör in: Zugehör/Fischer/Sieg/Schlee, Handbuch der Anwaltshaftung 2. Aufl., RdNr. 1018*). Der erforderliche haftungsrechtliche Zurechnungszusammenhang fehlt jedoch, wenn der Geschädigte selbst in völlig unsachgemäßer Weise in den Geschehensablauf eingreift und damit eine weitere Ursache setzt, die den Schaden erst endgültig herbeiführt (BGH, Urt. v. 29.11.2001 – IX ZR 278/00, NJW 2002, 1117 unter II. 3. b) bb) (1); v. 14.7.1994 – IX ZR 204/93, NJW 1994, 2822 unter II. 1.; Beschl. v. 18.6.2009 – IX ZR 5/07, juris, Tz. 3).

Nach diesen Grundsätzen ist dem Beklagten zu 2) die Entscheidung der Kläger, einen Folgeprozess gegen C. zu



führen, nicht zuzurechnen. **Es gab keinen nachvollziehbaren Anlass, C. wegen der verdeckten Sacheinlage in Anspruch zu nehmen.** Das steht aufgrund des Ergebnisses der vom Senat durchgeführten Beweisaufnahme fest. Zwar haben die Kläger bereits im Vorprozess geltend gemacht, dass C. ihnen Vorgaben für den Zeitplan der Kapitalerhöhung und der Darlehensrückzahlung gemacht habe; für diese Sachdarstellung sind indes allein die Kläger verantwortlich, nicht die sie vertretenden Anwälte. Der Senat glaubt den Klägern nicht. Denn der Zeuge C. hat glaubhaft bekundet, dass er im Zusammenhang mit der Kapitalerhöhung nicht für die T. bzw. für die Kläger tätig geworden ist. Seine Aussage war erkennbar von Sachlichkeit getragen. Der Zeuge war auch persönlich glaubwürdig, denn er hat, wie bereits gewürdigt, auch bedeutsame Umstände bekundet, die sich zugunsten der Kläger auswirken.

bb) Für den Kostenschaden aufgrund des verlorenen Prozesses gegen C. hat auch die Beklagte zu 1) nicht einzustehen. Die Klageerhebung gegen C. beruhte – wie im Senatstermin vom 26.11.2009 erörtert worden ist – auf den Angaben der Kläger gegenüber Rechtsanwalt Y. Diesen Angaben seiner Mandanten durfte Rechtsanwalt Y. vertrauen. Es ist ihm nicht anzulasten, dass sie das Verhalten C.s unzutreffend dargestellt haben.

5. Der Beklagte zu 2) erhebt ohne Erfolg die **Einrede der Verjährung**. Die Verjährungsfrist war bei Klageeinreichung am 2.3.2007 noch nicht abgelaufen.

Der von dem Beklagten zu 2) als Berufungsanwalt verursachte Schaden trat mit **Verkündung des Berufungsurteils** im Vorprozess am **7.8.2003** ein (§ 51b All. 1 BRAO a.F.). **Primärverjährung wäre mit Ablauf des 7.8.2006 eingetreten.** Sie wurde allerdings durch die Zustellung der Streitverkündungsschrift am 11.7.2006 gehemmt (§ 204 Abs. 1 Nr. 6 BGB). Die Streitverkündung genügte den Zulässigkeitsanforderungen der Zivilprozessordnung (§§ 72, 73 ZPO), insbesondere dem Erfordernis, den geltend gemachten Rückgriffsanspruch hinreichend zu individualisieren (vgl. BGHZ 175, 1 Tz. 28; Palandt/Heinrichs, BGB 68. Aufl., § 204 Rdnr. 21); Letzteres stellt der Beklagte zu 2) zu Recht auch nicht in Abrede.

Der Streitverkündungswirkung steht nicht entgegen, dass die Streitverkündungsschrift dem Beklagten zu 2) erst nach der mündlichen Verhandlung vor dem OLG Düsseldorf vom 31.5.2006 am 11.7.2006 zugestellt worden ist. **Die Interventionswirkung zulasten des Streitverkündeten ist zwar nur gerechtfertigt, wenn er die Möglichkeit hatte, den Prozess sachgerecht zu führen.** Die Bindungswirkung nach § 74 Abs. 3, § 68 ZPO tritt nicht ein, soweit der Streitverkündete gehindert war, auf den Verlauf des Vorprozesses Einfluss zu nehmen (BGH, Beschl. v. 23.5.2006 – VI ZB 29/05, NJW-RR 2006, 1312 Tz. 13; Zöller/Vollkommer, a.a.O., § 68 Rdnr. 5, 11, § 74 Rdnr. 6, jeweils m.w.N.).

Diese Möglichkeit war dem Beklagten zu 2) aber eröffnet, weil das OLG Düsseldorf eine Frist zur Stellungnahme bis zum 26.7.2006 eingeräumt hatte. Der Beklagte zu 2) hat die ihm eingeräumte Möglichkeit nicht wahrgenommen. (...) ■

## Versicherungsschutz

- Veruntreuung durch Sozios
  - Deckungsausschluss für alle Sozien
  - Scheinsozios
  - Repräsentant der GbR?
- (OLG München, Urt. v. 8.8.2008 – 25 U 5188/07)

### Leitsatz:

Eine Regelung in den AVB einer Berufshaftpflichtversicherung für Rechtsanwälte, wonach auch ein angestellter Scheinsozios keinen Deckungsschutz gegen Schadenersatzansprüche von Mandanten wegen Veruntreuungen von echten Sozien haben soll, ist unwirksam. ■

### Aus den Gründen:

I. Die Klägerin war im Zeitraum vom 1.8.2000 bis 31.7.2005 bei der Rechtsvorgängerin der Beklagten als Rechtsanwältin mit einer Berufshaftpflichtversicherung in Form einer Einzelpolice versichert. Die Klägerin war in diesem Zeitraum bei einer Sozietät in Ingolstadt tätig.

Im Verfahren 5 O 1918/06 vor dem Landgericht Ingolstadt nimmt ein ehemaliger Mandant die Klägerin als Scheinsozia wegen von den Gesellschaftern der Sozietät unterschlagenen Fremdgeldes in Höhe von 8.025,74 EUR in Anspruch, da sie auf dem Kanzleibriefbogen mit aufgeführt gewesen war. Das Verfahren wurde auf Antrag der Parteien zum Ruhen gebracht.

Im Wege der vorweggenommenen Deckungsklage beantragt die Klägerin Feststellung, dass die Beklagte ihr Deckungsschutz zu gewähren hat.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die tatsächlichen Feststellungen im Urteil des Landgerichts vom 10.10.2007 Bezug genommen (§ 540 I 1 Nr. 1 ZPO) mit der Maßgabe, dass in dem Versicherungsschein auf die von der Beklagten vorgelegten Allgemeinen Versicherungsbedingungen für die Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung von Rechtsanwälten und Patentanwälten (mit Risikobeschreibung) – AVB-A der Beklagten (im Folgenden: AVB) verwiesen ist.

Die fraglichen § 12 I 1 und III AVB lauten:

- § 12 I 1: „Als Sozien gelten Berufsangehörige, die ihren Beruf nach außen hin gemeinschaftlich ausüben, ohne Rücksicht darauf, ob sie durch Gesellschaftsvertrag oder einen anderen Vertrag verbunden sind.“
- § 12 III: „Ein Ausschlussgrund nach § 4, der in der Person eines Sozios vorliegt, geht zulasten aller Sozien.“

Das Landgericht Ingolstadt hat durch Urteil vom 10.10.2007 die Klage mit der Begründung abgewiesen, dass die Versicherungsbedingungen der Beklagten nach § 5a II VVG in den Versicherungsvertrag einbezogen worden seien und dass damit der Ausschluss für Veruntreuungsschäden auch für die Klägerin als Scheinsozia gelte.

Hiergegen wendet sich die Klägerin mit ihrer Berufung. Sie verweist auf ihren erstinstanzlichen Vortrag und führt im Wesentlichen aus: Die „Sozienklausel“ in den Versicherungsbedingungen der Beklagten sei überraschend. Zudem fehle die Transparenz. Die Sozienklausel in § 12 I AVB sei nicht eindeutig, soweit sie zur Definition des Begriffs „Sozius“ auf die gemeinschaftliche Berufsausübung nach außen abstelle. Eine Zurechnung des Verhaltens der echten Sozien bei freien Mitarbeitern oder Angestellten, auch wenn diese als Scheinsozien auf den Briefkopf erschienen, sei unangemessen. Da ein unabhängiger Versicherungsvertrag bestehe, würde dies auf eine Ausweitung der Repräsentantenhaftung durch allgemeine Versicherungsbedingungen hinauslaufen. Die Klausel sei überraschend und mit dem wesentlichen Grundgedanken der Gesetzesregelung nicht zu vereinbaren. Der Versicherungsschutz könne zudem nicht weiter als nach § 51 BRAO zulässig verkürzt werden.

Die Klägerin hat im Termin vom 27.5.2008 Gehaltsabrechnungen für den Zeitraum von August 2000 bis Juli 2005 eingereicht mit dem Hinweis, dass sich daraus ihre Angestellteigenschaft ergebe.

(Anträge ...)

Nach Rechtsauffassung der Beklagten wurde der Begriff des Sozius in den Versicherungsbedingungen eindeutig definiert. Die verschuldensunabhängige Haftung von Sozien und Scheinsozien auch für Veruntreuungen dritter Personen sei keine Frage der versicherungsvertraglichen Deckung, sondern ergebe sich aus der Haftpflichtrechtsprechung des Bundesgerichtshofs. Die Sozienklausel des § 12 I 1 AVB sei unbedingt erforderlich, um den Gleichlauf der Haftung im Außenverhältnis einerseits und der versicherungsvertraglichen Deckung andererseits sicherzustellen. Die Klausel sei nicht überraschend. Dass Versicherungsschutz wegen Schäden durch Veruntreuung durch Personal, Sozien oder Angehörige des Versicherungsnehmers ausgeschlossen sei, entspreche der Regelung in § 51 BRAO.

Es treffe auch nicht zu, dass ein angestellter Anwalt weniger Einfluss auf die Organisation der Kanzlei und Kontrollmöglichkeiten habe. Denn auch ein echter Sozius habe faktisch keine Möglichkeit, sich gegen Veruntreuungen durch andere Sozien zu schützen. Dass die Klägerin nicht Gesellschafterin, sondern nur Angestellte der Sozietät gewesen sei, sei bereits erstinstanzlich mit Nichtwissen bestritten worden. Jedenfalls habe die Beklagte hiervon keine Kenntnis gehabt. Zudem sei der Anspruch auf Herausgabe der unterschlagenen Gelder ein Erfüllungsanspruch. Anspruchsgrundlage sei § 667 BGB i.V.m. § 675 BGB. Erfüllungsansprüche seien vom Versicherungsschutz der anwaltlichen Berufshaftpflichtversicherung nicht umfasst.

§ 51 BRAO stelle im Übrigen keine auf das Versicherungsverhältnis einwirkende Verbotsnorm dar. Wenn ein Anwalt mit einem Versicherer einen dem § 51 BRAO nicht genügenden Vertrag schließe, sei dieser nicht wegen Gesetzesverstößes nichtig. Die rechtliche Gleichstellung von Scheinsozien mit echten Sozien durch die Regelung des § 12 I 1 AVB sei

berufsrechtlich nicht zu beanstanden. Nach § 8 der anwaltlichen Berufsordnung (BORA) sei die Scheinsozietät berufsrechtlich zulässig. Es wäre widersprüchlich und somit treuwidrig, wenn sich der Mandant gegenüber dem Versicherer darauf berufen könnte, dass der versicherte Anwalt nur Scheinsozius gewesen sei und die Erstreckung des Deckungsausschlusses für Veruntreuungen von Scheinsozien unzulässig sei. Denn wenn der Mandant sich gegenüber einem Anwalt auf Rechtsscheinhaftung berufe, müsse ihm dieser Rechtsschein auch vom Versicherer entgegengehalten werden können. Der Rechtsschein einer Gesellschafterstellung lasse für den Mandanten gerade erkennen, dass bei Veruntreuungen gemäß § 51 III Nr. 5 BRAO kein Versicherungsschutz bestehe.

Würde der Versicherer gezwungen, bei Aufnahme von Scheinsozien auf Briefbögen, wovon er keine Kenntnis und worauf er keinen Einfluss habe, Veruntreuungen zu decken, würde dies zu einer unbilligen Belastung von Einzelanwälten und echten Sozietäten führen, da dies zwangsläufig zur Prämienerrhöhung führen würde. Es liege allein in Händen des Anwalts, den durch Auftreten für die Sozietät nach außen gesetzten Rechtsschein zu vermeiden. Die mit einer etwaigen Haftung verbundene Härte könne nicht zulasten des beklagten Versicherers und der Versichertengemeinschaft gehen. Die Klägerin sei nicht nur auf den Briefbögen der Anwaltssozietät als gleichberechtigte Anwältin geführt worden, sondern auch in Anzeigen, in Telefon- und Adressverzeichnissen. (...).

Der Senat hat im Termin vom 27.5.2008 die mögliche Auswirkung des Wortlauts des § 51 Abs. 1 BRAO auf die Ausschlussmöglichkeiten der Versicherer erörtert und darauf hingewiesen, dass die Beklagte beweispflichtig sei für eine echte Sozieneigenschaft der Klägerin.

Beide Parteivertreter haben sich im Termin vom 27.5.2008 mit einer Entscheidung im schriftlichen Verfahren einverstanden erklärt. (...)

II. Die Berufung ist zulässig (§§ 511, 517, 519, 520 ZPO) und begründet.

1. Der mit der Klage geltend gemachte **Feststellungsantrag** ist zulässig, da mit Inanspruchnahme der Klägerin ein rechtliches Interesse i.S.v. § 256 ZPO auf Feststellung der Verpflichtung der Beklagten zum Versicherungsschutz gegeben ist (*Kummer in: Münchner Anwaltshandbuch Versicherungsrecht*, § 11 Rdnr. 328). Der vorweggenommene Deckungsprozess ist zulässig (*BGH, VersR 2001, 90, 91*). Zu einem solchen Prozess kommt es häufig dann, wenn – wie hier – der Versicherer aus versicherungsrechtlichen Gründen die Leistung verweigert.

2. Im Rahmen der Begründetheitsprüfung ist **im vorweggenommenen Deckungsprozess grundsätzlich auf die Behauptungen des Geschädigten abzustellen** und nicht über den Haftpflichtanspruch zu entscheiden (*BGH, VersR 2001, 90, 91*). Es ist daher nicht zu prüfen, ob der von dem Dritten gegen die Klägerin als Scheinsozia gerichtete Schaden-

ersatzanspruch sachlich gerechtfertigt ist. Denn die Leistungspflicht des Haftpflichtversicherers umfasst gerade auch die Abwehr unbegründeter Ansprüche Dritter (*Baumann in: Berliner Kommentar zum VVG, § 149 Rdnr. 199*). Auch der vom Versicherungsschutz umfasste Rechtsschutzanspruch nach § 150 I VVG a.F. auf Kostenbefreiung bzw. Vorschussleistung besteht unabhängig von der Begründetheit des Anspruchs (§ 150 I 2 VVG). Es kommt daher, da Zweifel an der Inanspruchnahme der Klägerin nicht bestehen, darauf an, ob die Beklagte die Leistung aus versicherungsrechtlichen Gründen verweigern darf.

3. Nach Auffassung des Senats sind **§ 12 I 1 und § 12 III der Allgemeinen Versicherungsbedingungen** der Beklagten unwirksam.

a) Zwar **greift nicht die Unklarheitenregel** des § 305c II BGB, da nach dem Wortlaut des § 12 I 1 der Allgemeinen Versicherungsbedingungen der Beklagten (AVB) der Begriff „Sozien“ dahin definiert ist, dass es allein auf die gemeinschaftliche Berufsausübung nach außen und nicht auf das Bestehen eines Gesellschaftsvertrages ankommt. Die Klägerin war nicht Gesellschafterin, sondern Angestellte, wie sich aus den Gehaltsabrechnungen des Arbeitgebers für den Zeitraum August 2000 bis Juli 2005 ergibt. Die Beklagte hat dem auch nichts mehr entgegengesetzt.

**Nach außen trat die Klägerin** jedoch ausweislich des im Termin vorgelegten Kanzleibriefkopfes und den von der Beklagten vorgelegten Eintragungen in der Liste der Rechtsanwälte im OLG-Bezirk München sowie in dem örtlichen Telefonverzeichnis **als Gesellschafterin auf**. Sie ist damit Sozia i.S.v. § 12 I 1 AVB. Diese Regelung definiert Sozien als Berufsangehörige, die ihren Beruf nach außen hin gemeinschaftlich ausüben, ohne Rücksicht darauf, ob sie durch Gesellschaftsvertrag oder einen anderen Vertrag verbunden sind. Sowohl nach ihrem Inhalt wie nach ihrem erkennbaren Zweck der Begrenzung der Leistungspflicht ist die Bestimmung nur dahin auszulegen, dass sog. Scheinsozien den echten Sozien gleichgestellt werden sollen.

b) Die Bestimmung **verstößt nicht gegen das Transparenzgebot** in § 307 BGB, da sie für einen durchschnittlichen Versicherungsnehmer dahin zu verstehen ist, dass es für den Begriff „Sozien“ allein auf die gemeinschaftliche Berufsausübung nach außen ankommt. Unter Berücksichtigung dessen, dass es um die Bedingungen der Vermögenshaftpflicht für Rechtsanwälte geht, ist davon auszugehen, dass die Regelung wie § 8 der Berufsordnung für Rechtsanwälte (BORA) in dem Sinne, dass auch ein Angestelltenverhältnis darunter fällt, verstanden wird. In § 8 BORA heißt es betreffend die Kundgabe beruflicher Zusammenarbeit einer Rechtsanwaltsgesellschaft: „Auf eine gemeinschaftliche Berufsausübung darf nur hingewiesen werden, wenn sie in einer Sozietät, in sonstiger Weise (Angestelltenverhältnis, freie Mitarbeit) ... erfolgt.“

c) Die Regelung ist jedoch nach § 305c I BGB unwirksam. Danach werden Klauseln nicht Vertragsbestandteil, mit denen der Vertragspartner nicht zu rechnen braucht.

**Eine generell nicht überraschende Klausel kann unter § 305c I BGB fallen, wenn sie in den Text falsch eingeordnet, geradezu versteckt wird.** Dies ist hier der Fall.

Nicht beim Haftungsausschluss, der **in § 4 AVB geregelt** ist, wird die Gleichstellung von Sozien mit Scheinsozien vorgenommen, sondern bei den das Versicherungsverhältnis betreffenden Regelungen (Abschn. C der AVB), wobei § 12 die Überschrift „Sozien“ trägt, was darauf hinweist, dass eine das Versicherungsverhältnis von Sozien betreffende Bestimmung gegeben ist. Für einen angestellten Rechtsanwalt ist danach nicht zu erwarten, dass sein Versicherungsverhältnis von dieser Regelung betroffen ist, insbesondere nicht, dass eine Bestimmung dahin, dass auch Angestellte als Sozien gelten, enthalten ist.

d) § 12 I 1 AVB i.V.m. § 12 III AVB ist zudem **inhaltlich unangemessen**, da sie mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist und auch wesentliche Rechte und Pflichten einschränkt, die sich aus der Natur des Vertrages ergeben, wodurch die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet wird (§ 307 II Nr. 1 und 2 BGB).

In § 12 III AVB heißt es: „Ein Ausschlussgrund nach § 4, der in der Person eines Sozius vorliegt, geht zulasten aller Sozien.“ Nach § 12 I AVB fallen hierunter auch Scheinsozien. Die Regelung erweitert daher die Haftungsausschlussregelung in § 4 AVB, die in Nr. 3 (Schäden durch Veruntreuung durch Personal, Sozien oder Angehörige des Versicherungsnehmers) und 5 (wissentliche Pflichtverletzung) im Wesentlichen mit der in § 51 III BRAO zur Berufshaftpflichtversicherung getroffenen Regelung übereinstimmt.

Die Bestimmung des **§ 51 I BRAO** begründet die **Verpflichtung des Rechtsanwalts zum Abschluss einer Berufshaftpflichtversicherung** in dem dort genannten Rahmen. Zwar trifft sie keine unmittelbare Regelung des Versicherungsverhältnisses zwischen dem Rechtsanwalt und der Versicherung. Es liegt jedoch eine Pflichtversicherung vor. Im Versicherungsvertragsgesetz ist zur Haftpflichtversicherung unter II „Besondere Vorschriften für die Pflichtversicherung“ unter § 158 b II VVG a.F. geregelt, dass, wenn zum Abschluss einer Haftpflichtversicherung eine gesetzliche Verpflichtung besteht, der Versicherer dem Versicherungsnehmer unter Angabe der Versicherungssumme zu bescheinigen hat, dass eine dem zu bezeichnenden Gesetz entsprechende Haftpflichtversicherung besteht.

Dem entspricht die von der Beklagten vorgelegten Bestätigung ihrer Rechtsvorgängerin, der Frankfurter Versicherungs-AG zur Vorlage bei der zuständigen Rechtsanwaltskammer vom 10.8.2000, wonach die Klägerin eine Berufshaftpflichtversicherung abgeschlossen hat, in der die Voraussetzungen des § 51 BRAO erfüllt sind. Aus der Natur des Vertrages ergibt sich, dass der Vertragszweck gefährdet ist, wenn durch eine Ausweitung des nach § 51 BRAO zulässigen Haftungsausschlusses der gesetzlich gebotene und von der Versicherung auch bestätigte Versicherungsschutz nach Maßgabe des § 51 BRAO nicht mehr gewährleistet ist.

Sofern nach § 51 III Nr. 5 BRAO die **Haftung für Ersatzansprüche wegen Veruntreuung durch Personal, Angehörige oder Sozien des Rechtsanwalts ausgeschlossen werden kann**, ist diese Regelung schon nach dem Wortlaut der Bestimmung auf Sozien, d.h. Gesellschafter einer Rechtsanwalts-gesellschaft begrenzt. Nach ihrem Sinn, u.a. einer Kollusion vorzubeugen (*Zugehör/Fischer/Sieg/Schlee, Handbuch der Anwaltshaftung, Rdnr. 2122*), lässt die Regelung eine Begrenzung der Haftpflicht der Versicherung zu.

Als **Ausnahmeregelung** ist sie eng auszulegen. Sie betrifft nach ihrem Wortlaut nur die „Sozien“. Einer auf „echte“ Sozien bezogenen Auslegung entspricht auch, dass ein Rechtsanwalt als Kanzleiinhaber oder Sozios auf Personal, wozu auch die Klägerin als angestellte Rechtsanwältin gehört, Angehörige oder Mitgesellschafter Einflussmöglichkeiten hat. Dem hingegen ist im **Verhältnis des Angestellten zum Dienstberechtigten** ein solcher Einfluss nicht gegeben, so dass im Interesse der Versicherung dem Zweck der Regelung, Kollusion zu verhindern, entsprechend kein Bedürfnis für einen Haftungsausschluss besteht. Soweit auch die Beschränkung des Haftungsrisikos teilweise zur Begründung des Ausschlusses herangezogen wird, kann dies nicht zur erweiternden Auslegung der klaren gesetzlichen Regelung führen, da auch die Interessen des Versicherungsnehmers zu berücksichtigen sind. Diese sind bei einer angestellten Rechtsanwältin einem Arbeitgeber bzw. Sozios nicht vergleichbar.

Soweit in § 51 III Nr. 1 BRAO **Ersatzansprüche wegen wissentlicher Pflichtverletzung** ausgeschlossen werden können, entspricht dies dem im privaten Versicherungsrecht geltenden Prinzip (§ 61 VVG a.F.), dass der Versicherer von der Leistungspflicht frei wird, wenn der Versicherungsnehmer den Versicherungsfall vorsätzlich oder durch grobe Fahrlässigkeit herbeigeführt hat. § 152 VVG a. F. trifft eine Sonderregelung für die Haftpflichtversicherung dahin, dass der Versicherungsnehmer vorsätzlich den Eintritt der Tatsache, für die er dem Dritten verantwortlich ist, widerrechtlich herbeigeführt hat. Der Vorsatz braucht sich also nicht auf den Schadeneintritt beziehen. Es genügt, dass der Schaden auf einer wissentlichen Pflichtverletzung beruht (*Henssler/Prütting 2., Aufl., § 51 BRAO Rdnr. 97*).

Eine wissentliche Pflichtverletzung der Beklagten als Versicherungsnehmerin, die einen Ausschluss nach § 51 III Nr. 1 BRAO begründen kann, liegt nicht vor. Es kann dahinstehen, ob die Erweiterung des Ausschlusses auch im Fall, dass der Ausschlussgrund in der Person eines Sozios vorliegt (§ 4 Nr. 5 AVB), zulässig ist. Jedenfalls stellt die **Erweiterung auf sog. Scheinsozien in § 12 I 1, III AVB** eine unangemessene Benachteiligung dar, da in der Person der Klägerin der Haftungsausschlussgrund „wissentliche Pflichtverletzung“ (§ 51 III Nr. 1 BRAO) nicht gegeben ist und insoweit der nach § 51 I BRAO zwingend vorgeschriebenen Versicherungspflicht nicht genügt wird.

Eine unangemessene Benachteiligung ist darüber hinaus auch deshalb anzunehmen, da die Erweiterung des Haftungsausschlusses für Scheinsozien, sofern sie aus Rechts-

scheinsgesichtspunkten für wissentliche Pflichtverletzungen eines Gesellschafters haften, mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist (§ 307 II Nr. 1 BGB).

Nach § 152 VVG a.F. haftet der Versicherer dann nicht, wenn der Versicherungsnehmer vorsätzlich den Eintritt der Tatsache, für die er dem Dritten verantwortlich ist, widerrechtlich herbeigeführt hat. Es geht um die Pflichtverletzung des Versicherungsnehmers, nicht die eines Dritten. Eine Zurechnung nach allgemeinen versicherungsrechtlichen Grundsätzen erfolgt nur dann, wenn der **Dritte im Verhältnis zum Versicherer Repräsentant des Versicherungsnehmers** ist. Da Versicherungsnehmer nicht die Gesellschaft, sondern die Klägerin selbst ist, geht es hier nicht darum, inwieweit nicht-geschäftsführende Gesellschafter Repräsentanten der Sozietät als Außengesellschaft, die rechtsfähig ist, soweit sie durch Teilnahme am Rechtsverkehr eigene Rechte und Pflichten begründet, sind (*Prölss/Martin, Versicherungsvertragsgesetz 27. Aufl., § 6 VVG Rdnr. 40; von Rintelen in: Beckmann/Matusche-Beckmann, Versicherungsrechts-Handbuch, § 26 Rdnr. 296*). Die Klägerin hatte als Angestellte keinen Einfluss auf das der Gesellschaft anvertraute Vermögen.

Im Fall einer Kfz-Haftungsversicherung hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass, wenn mehrere Personen als Kfz-Halter eine Haftpflichtversicherung genommen haben und einer von ihnen eine Obliegenheit gegenüber dem Versicherer verletzt, dieser Verstoß im selbstständigen Deckungsanspruch des anderen Versicherungsnehmers grundsätzlich nur dann berührt, wenn der eine Repräsentant des anderen ist oder der andere an dem Verstoß beteiligt gewesen ist (*BGH, VersR 1967, 990, 991*).

Es kann dahinstehen, ob bei echten Sozien der den Verstoß begehende Gesellschafter Repräsentant des anderen ist. Es bestehen jedenfalls Bedenken für die Zurechnung eines durch einen Sozios begangenen Verstoßes an freie Mitarbeiter und Angestellte, auch wenn sie als Scheinsozien auf dem Briefkopf erscheinen. Diese erhebliche Verkürzung des Versicherungsschutzes ist faktisch eine **Ausweitung der Repräsentantenhaftung** durch Allgemeine Versicherungsbedingungen und stellt eine unangemessene Benachteiligung dar (*von Rintelen in: Beckmann/Matusche-Beckmann, Versicherungsrechts-Handbuch, § 26 Rdnr. 296*).

Der Senat schließt sich dieser Auffassung an. So ist in den Allgemeinen Versicherungsbedingungen für die Haftpflichtversicherung (AHB) entsprechend § 152 VVG in § 4 II Nr. 1 ein Ausschluss nur für Versicherungsansprüche der Personen, die den Schaden vorsätzlich herbeigeführt haben, geregelt (§ 5 II Nr. 1 AHB, *abgedruckt in Prölss/Martin, Versicherungsvertragsgesetz 27. Aufl., S. 1267 f (1287)*).

Es kann dahinstehen, ob die Regelungen in den Allgemeinen Versicherungsbedingungen für die Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung der Rechtsvorgängerin der Beklagten, die im Wesentlichen den Musterbedingungen zur Haftpflichtversicherung für Vermögensschäden entsprechen



(abgedruckt in: Prölss/Martin 27. Aufl., S. 1502 ff), betreffend Ausschlüsse vom Versicherungsschutz für echte Sozien zulässig sind. Für eine angestellte Scheinsozia wie die Klägerin stellt die Regelung jedenfalls eine unangemessene Benachteiligung dar, da sie – anders als Sozien untereinander – **aufgrund des Angestelltenverhältnisses keine gesellschaftsrechtlichen Einwirkungsmöglichkeiten** auf die Gesellschafter hatte, insbesondere an der Verwaltung der Sozietätskonten nicht beteiligt war.

Die Versicherungsbedingungen der Beklagten bieten für die Klägerin zudem, wollte man den Ausschluss für gerechtfertigt ansehen, keinen angemessenen Schutz, da nach § 4 Ziffer 4 AVB der Versicherungsschutz aus der Tätigkeit des Versicherungsnehmers als Angestellter ausgeschlossen ist, also Tätigkeiten, die die Beklagte als Angestellte ausführt, von der von ihr abgeschlossenen Haftpflichtversicherung nicht erfasst sind. Der Abschluss einer eigenen Haftpflichtversicherung der Beklagten als angestellte Rechtsanwältin ist aber nach den Vorschriften der Bundesrechtsanwaltsordnung (§ 51 BRAO) gleichwohl erforderlich (vgl. Sassenbach, Münchner Anwaltshandbuch, VersR, § 17 Rdnr. 7).

Der Einwand der Beklagten, die Klägerin müsse sich aufgrund des von ihr gesetzten Rechtsscheins auch der Versicherung gegenüber als Gesellschafterin behandeln lassen, greift nicht. Zum einen ist es nach § 8 BORA berufsrechtlich zulässig, dass echte Sozien und angestellte Rechtsanwälte auf den Briefkopf der Rechtsanwaltsgesellschaft gemeinsam nach außen auftreten. Zum anderen besteht kein Grund, inwiefern der Versicherungsschutz im Falle einer Rechtsscheinhaftung unbillig wäre.

4. Nach dem unstreitigen Sachverhalt kommt eine Haftung der Klägerin als Scheinsozia nach Rechtsscheinsgrundsätzen, die insbesondere auf den Grundsätzen zur Anscheins- und Duldungsvollmacht beruhen, in Betracht, soweit – was hier der Fall ist – die anwaltstypische Tätigkeit betroffen ist (BGH, WM 2008, 1136).

Die Klägerin **hat analog § 128 HGB für vertragliche Schadenersatzansprüche einzustehen**. Da Gelder veruntreut und abweichend von der vertraglichen Verpflichtung verwendet sein sollten, besteht ein vertraglicher Schadenersatzanspruch aus positiver Vertragsverletzung des Geschäftsbesorgungsvertrages nach § 280 I BGB, der neben einem möglichen Erfüllungsanspruch gegeben ist (vgl. BGH, NJW-RR 2004, 121, 122). Es handelt sich um einen gesetzlichen Haftpflichtanspruch privatrechtlichen Inhalts (§ 51 II BRAO). Hierunter fallen vertragliche Schadenersatzansprüche (Henssler/Prütting, BRAO, § 51 Rdnr.), da diese unabhängig vom Willen der Beteiligten an den Eintritt eines Ereignisses anknüpfen.

Liegt ein Haftpflichtfall vor, schließen etwa noch zusätzlich bestehende Erfüllungsansprüche die Haftpflicht nicht aus. Dass Veruntreuungen unter § 51 II BRAO fallen, ergibt sich auch daraus, dass in § 51 II Nr. 5 BRAO hierfür unter den dort genannten Voraussetzungen eine Ausnahmeregelung von der Versicherungspflicht getroffen ist.

Die Revision war nicht zuzulassen, da die Voraussetzungen des § 543 II 1 Nr. 1 oder Nr. 2 ZPO nicht erfüllt sind. Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung. Es ist nicht ersichtlich, dass über den vorliegenden Einzelfall hinaus die Entscheidung für die Allgemeinheit von Bedeutung ist. Die Revision ist auch zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung nicht erforderlich. Klärungsbedürftige Rechtsfragen stehen nicht an, da eine spezielle Fallgestaltung gegeben ist. Soweit eine Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamm (VersR 1996, 1006) vorliegt, die die Definition des Begriffs des Sozius unbeanstandet lässt, ist die dort zu bewertende Klausel, die Notare, die ihren Beruf gemeinsam ausüben, betrifft, nicht vergleichbar. (...) ■

## Steuerberaterhaftung

- Haftung bei Praxisübernahme
- Bestreiten mit Nichtwissen  
(Thüringer OLG, Urt. v. 13.2.2008 – 7 U 147/07;  
BGH, Beschl. v. 10.2.2011 – IX ZR 46/08, siehe Seite 123)

### Leitsätze (d. Red.):

1. Durch einen Praxiskaufvertrag tritt der die Praxis kaufende Steuerberater in die Rechte und Pflichten des verkaufenden Steuerberaters ein. Der übernehmende Steuerberater haftet für Schadenersatzansprüche, die durch eine Pflichtverletzung des verkaufenden Steuerberaters begründet wurden.
2. Die Mandatsübertragung setzt eine Zustimmung des Mandanten voraus. Mit der Vollmachterteilung kann das Einverständnis mit der Mandatsübernahme zum Ausdruck gebracht werden.
3. Die haftungsbegründenden Tatsachen kann der übernehmende Steuerberater nicht mit bloßem Nichtwissen bestreiten. ■

### Aus den Gründen:

- I. Die Klägerin verlangt von der Beklagten Schadenersatz wegen fehlerhafter Beratung als Steuerberater. (...)

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen im Wesentlichen mit folgender Begründung:

Der Klägerin stehe ein Anspruch auf Schadenersatz aus positiver Vertragsverletzung gegen die Beklagte nicht zu. Es könne dahinstehen, ob der ehemalige Steuerberater der Klägerin, Dr. S., eine Pflichtverletzung begangen habe. Jedenfalls hafte die Beklagte für eine solche weder aufgrund eines primären noch eines sekundären Schadenersatzanspruchs. Zwar bestehe grundsätzlich die Pflicht des Steuerberaters, seinen Mandanten auf die Möglichkeit einer Inanspruchnahme seiner selbst hinzuweisen, wenn er erkennen müsse, dass er dem Mandanten Schaden zugefügt

haben könnte. Anlass zu einem solchen Hinweis könne zwar der Rückforderungsbescheid des Finanzamts W. vom 1.7.1999 gewesen sein. Dieser sei aber nach dem Tod des Dr. S. ergangen. Eine etwaige Hinweispflicht sei nicht auf die Beklagte übergegangen. Denn sie sei in das Mandatsverhältnis nicht durch den Praxiskaufvertrag eingetreten. Die Übertragung des Mandantenstamms auf sie sei gemäß § 134 BGB i.V.m. § 203 StGB nichtig, da die Klägerin der Übertragung des Mandats nicht zugestimmt habe. Die Entscheidung des BGH (NJW 2001, 2462) sei auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar, da die Beklagte vor dem Praxiserwerb nicht als Steuerberaterin mit den Mandantenakten befasst gewesen sei.

Die Beklagte habe nach Praxisübernahme ein neues Vertragsverhältnis mit der Klägerin begründet. Ein primärer Schadenersatzanspruch wegen fehlerhafter Beratung durch den Steuerberater Dr. S. hätte sich daher allein gegen dessen Erbin richten können. Ein solcher sei am 2.7.2002 verjährt gewesen. Eine sekundäre Haftung der Beklagten wegen unterlassenen Hinweises auf mögliche Schadenersatzansprüche gegen die Rechtsnachfolger des Dr. S. komme nicht in Betracht. Es bestehe keine Pflicht des Steuerberaters, auf mögliche Schadenersatzansprüche gegen seinen Vorgänger hinzuweisen, wenn das Mandat nicht unmittelbar fortgeführt werde. (...)

Mit ihrer Berufung macht die Klägerin geltend:

Entgegen der Ansicht des Landgerichts sei der durch die fehlerhafte Beratung des Dr. S. entstandene Schadenersatzanspruch durch den Praxisübernahmevertrag auf die Beklagte übergegangen. Die Übertragung des Mandantenstamms auf die Beklagte sei nicht gemäß § 134 BGB i.V.m. § 203 StGB nichtig. Denn mit ihr sei nicht gegen das Verschwiegenheitsgebot verstoßen worden. Die Beklagte sei zu Lebzeiten des Dr. S. Angestellte in dessen Kanzlei und damit gemäß § 62 StBerG ebenfalls zur Verschwiegenheit verpflichtet gewesen. Da sie mithin Kenntnis der Mandantenheimlichkeiten gehabt habe, habe mit der Übertragung der Mandatsverhältnisse auf sie kein Geheimnisverrat stattgefunden.

Auch die Ansicht des Landgerichts, dass eine Einwilligung der Klägerin mit der Übertragung des Mandats auf die Beklagte nicht vorgelegen habe, sei fehlerhaft. Die Beklagte habe ohne Zäsur alle steuerlichen Belange der Klägerin weiter betreut, was die Klägerin auch geduldet habe. Bei der Betreuung in steuerlichen Angelegenheiten habe es sich um ein Dauermandat gehandelt, nicht um die Aneinanderreihung von selbstständigen Einzelmandaten. Auch wenn sich die Beklagte von der Klägerin eine Vollmacht habe erteilen lassen, sei das bereits bestehende Dauermandat ohne Unterbrechung durch die Beklagte fortgesetzt worden.

Aus der Formulierung des § 4 des Praxiskaufvertrages ergebe sich, dass die Beklagte selbst die Möglichkeit eines Übergangs etwaiger Ansprüche gegen den verstorbenen Dr. S. auf sie angenommen habe. Anders sei die Freistellungserklärung der Erbin nicht zu erklären.

Im Übrigen sei die Beklagte verpflichtet gewesen, die Klägerin über den drohenden Verlust von Schadenersatzansprüchen gegenüber den Erben zu belehren, wenn keine verjährungsunterbrechenden Maßnahmen herbeigeführt würden.

Zwar sei der primäre Schadenersatzanspruch gegen die Beklagten in der Zwischenzeit verjährt. Da die Beklagte die Klägerin aber über die Möglichkeit von Regressansprüchen nicht belehrt habe, bestehe ein sekundärer Anspruch gegen sie, der nicht verjährt sei.

(Anträge...)

II. Die Berufung der Klägerin ist zulässig, sie ist insbesondere form- und fristgemäß eingelegt und begründet worden.

Auch in der Sache hat die Berufung der Klägerin Erfolg. Entgegen der Ansicht des Landgerichts steht ihr ein Anspruch auf Schadenersatz in der geltend gemachten Höhe aus positiver Vertragsverletzung des Steuerberatervertrages mit Dr. S. in Verbindung mit dem Praxiskaufvertrag vom 2.4.1997 gegen die Beklagte zu. Sie hat zwar nicht selbst eine Pflicht als Steuerberaterin gegenüber der Klägerin verletzt. **Sie haftet jedoch für eine Pflichtverletzung ihres Vorgängers Dr. S. aufgrund des Praxiskaufvertrages vom 2.4.1997.**

Unstreitig hat der Steuerberater Dr. S. die Klägerin von 1992 bis zu seinem Tod im Jahr 1996 steuerlich umfassend beraten. Dazu gehörte ausweislich seines Schreibens vom 12.9.1992 u.a. der Rat, eine GmbH & Co. KG zu gründen, in die die beiden Einzelbauunternehmen von E. und H. eingebracht werden sollten. Entsprechend dem Ratschlag gründeten die beiden per 1.1.1993 die E&H GmbH & Co. KG.

Des Weiteren war Dr. S. mit der Beratung der Klägerin über die Voraussetzungen zur Erlangung von Investitionszulagen befasst. Dies ergibt sich u.a. aus seinem Schreiben vom 29.9.1994. Darin hat er die Gesellschafter der Klägerin darüber aufgeklärt, dass die Kapitalmehrheit bei Gesellschaftern in den neuen Bundesländern liegen müsse, damit eine Gesellschaft Anspruch auf Investitionszulagen haben könne. Zu den Voraussetzungen für eine erhöhte Investitionszulage von 20% gemäß § 5 InvZulG 1993 gehörte darüber hinaus, dass der antragstellende Betrieb in die Handwerksrolle eingetragen war. Da Dr. S. mit der Beratung der Gesellschafter der Klägerin im Zusammenhang mit der Beantragung von Investitionszulagen befasst war, war es seine Pflicht, sie auch auf diese Voraussetzung hinzuweisen.

**Die Beratung über Investitionszulagen ist entgegen der Ansicht der Beklagten keine unzulässige Rechtsberatung, sondern typische Steuerberaterangelegenheit. Zulässige Steuerberatung ist von unzulässiger Rechtsberatung dahin abzugrenzen, dass Steuerberater lediglich in Angelegenheiten beraten dürfen, die auch zum Gegenstand eines Streitverfahrens vor den Finanzbehörden und den Finanzgerichten gemacht werden können. Bei der Beantragung einer Investi-**

**tionszulage handelt es sich im Übrigen um die Inanspruchnahme einer Subvention aufgrund eines Steuergesetzes** (vgl. Gräfe/Lenzen/Schmeer, *Steuerberaterhaftung* 3. Aufl., Rdnr. 262 m.w.N.). Die Investitionszulageentscheidungen fallen zweifellos in die Zuständigkeit der Finanzbehörden und der Finanzgerichte.

Die Pflicht, die Gesellschafter auf die Notwendigkeit der Eintragung der Gesellschaft in die Handwerksrolle hinzuweisen, hat Dr. S. verletzt. Die Behauptung der Klägerin, Dr. S. habe zu keinem Zeitpunkt auf diese Notwendigkeit hingewiesen, hat die Beklagte nicht ausreichend bestritten.

**Ihr Bestreiten mit Nichtwissen ist unzulässig, da die Voraussetzungen gemäß § 138 Abs. 4 ZPO nicht vorliegen.** Danach ist es einer Partei nicht gestattet, sich über Tatsachen mit Nichtwissen zu erklären, die Gegenstand eigener Handlungen oder Wahrnehmungen gewesen sind. **Diese Bestimmung ist dahin erweiternd auszulegen, dass ein solches prozessuales Verhalten auch dann nicht gestattet ist, wenn es um Tatsachen geht, die Gegenstand von Handlungen und Wahrnehmungen des gesetzlichen Vertreters gewesen sind** (vgl. BGH, NJW 1986, 3199, 3201). Es muss einer Partei verwehrt sein, sich durch bloße Delegation ihrer Handlungspflichten auf Dritte den prozessualen Erklärungspflichten zu entziehen. Es steht ihr nämlich offen, Erkundigungen bei dem Vertreter einzuholen und erst im Fall des glaubhaften Misslingens mit Nichtwissen zu bestreiten.

**Diese Rechtsauffassung wird auch auf den Fall der Zession angewendet** (vgl. OLG Düsseldorf, MDR 2002, 1148, 1149) **mit der Begründung, der Zessionar habe gegenüber dem Zedenten einen allumfassenden Auskunftsanspruch (§ 402 BGB) und es sei kein prozessrechtlich durchschlagender Grund ersichtlich, den Zessionar im Vergleich zum Zedenten und zum Nachteil des Schuldners verfahrensrechtlich zu privilegieren.**

Diese Rechtsauffassung ist auf den vorliegenden Fall übertragbar. Die Beklagte, die durch den Praxiskaufvertrag vom 2.4.1997 in sämtliche Rechte und Pflichten des Dr. S. als Steuerberater eingetreten ist, hatte nicht nur einen Auskunftsanspruch gegen die Erbin des Dr. S., vielmehr war sie selbst als nunmehrige Inhaberin der Steuerberaterpraxis in der Lage, sich anhand der vorhandenen Unterlagen über den Umfang der Beratung durch Dr. S. zu informieren.

Sie hätte darlegen müssen, aufgrund welcher Anhaltspunkte sie davon ausgehen konnte, dass Dr. S. die Gesellschafter der Klägerin über die Notwendigkeit der Eintragung in die Handwerksrolle aufgeklärt hat. Ihr Bestreiten mit Nichtwissen war mithin unzulässig mit der Folge, dass die behauptete Pflichtverletzung der fehlenden Aufklärung durch Dr. S. als zugestanden anzusehen ist (§ 138 Abs. 3 ZPO).

Die Pflichtverletzung war auch kausal für einen Schaden der Klägerin. Die Klägerin hätte auf einen Hinweis des Dr. S. den Antrag auf Eintragung in die Handwerksrolle rechtzeitig gestellt. Dass sie einem entsprechenden Rat des Dr. S. gefolgt wäre, sich also beratungskonform verhalten hätte, ist zu vermuten (vgl. BGH, NJW-RR 1993, 212 f.).

Infolge des fehlenden Hinweises hat die Klägerin den Antrag auf Eintragung in die Handwerksrolle verspätet, nämlich erst am 20.5.1994, gestellt. Am 1.6.1994 wurde sie eingetragen. Damit lagen die Voraussetzungen für die Bewilligung einer Investitionszulage für das Jahr 1993 nicht vor.

Demgemäß forderte das Finanzamt W. mit Bescheid vom 1.7.1999 die für das Jahr 1993 gewährte erhöhte Investitionszulage von 20 % in Höhe eines Betrages von 120.000 DM zzgl. Zinsen von 38.400 DM zurück. Zur Begründung führte es aus, die Wirtschaftsgüter, für die die Investitionszulage gewährt worden waren, hätten nicht zum Anlagevermögen eines in die Handwerksrolle eingetragenen Betriebes gehört. Die dagegen eingelegten Rechtsmittel blieben ohne Erfolg (vgl. Urt. d. BFH v. 4.11.2004).

Der Ursachenzusammenhang zwischen der Pflichtverletzung des Dr. S. und dem eingetretenen Schaden ist auch nicht deshalb entfallen, weil die Voraussetzungen für die Gewährung der erhöhten Investitionszulage für das Jahr 1993 auch aus anderen Gründen nicht vorlagen. Die Beklagte meint, die Klägerin hätte die Investitionszulage ohnehin zurückzahlen müssen, weil die Voraussetzung der Gebietsansässigkeit der Mehrheit der Gesellschafter im Beitrittsgebiet gemäß § 5 Abs. 2 Nr. 1 InvZulG im Jahr 1993 nicht erfüllt gewesen sei.

Es kann dahingestellt bleiben, ob diese weitere Voraussetzung für die Gewährung der Investitionszulage im Jahr 1993 vorlag. Das Finanzamt W. hatte in dem Einspruchsbescheid vom 31.3.2000 darauf hingewiesen, dass bei einer Gesellschaftsbeteiligung von je 50% der Gesellschafter E&H die Voraussetzungen nach dem Investitionszulagengesetz nicht vorlagen, da der Gesellschafter E. am 9.11.1989 seinen Wohnsitz nicht im Gebiet der ehemaligen DDR hatte. Dann jedenfalls beruhte auch die insoweit nachteilige hälftige Gesellschafterbeteiligung auf einer fehlerhaften Beratung des Dr. S.

Im Hinblick auf die beabsichtigte Beantragung von Investitionszulagen hätte Dr. S. bei der Gründung der KG auf eine andere Gesellschafterbeteiligung hinwirken müssen. Wie sich seinem Schreiben vom 29.9.1994 entnehmen lässt, hat er die Notwendigkeit einer Änderung des Gesellschaftsvertrages erst im Jahr 1994 und damit zu spät erkannt. Die Rückforderung der 20%igen Erhöhung der Investitionszulage aus anderen Gründen wäre demnach ebenfalls auf ein Versäumnis des Dr. S. zurückzuführen gewesen.

Der Schaden besteht darin, dass die Klägerin verpflichtet ist, aufgrund des Rückforderungsbescheids vom 1.7.1999 die erhöhte Investitionszulage in Höhe eines Betrages von 120.000 DM zzgl. Zinsen zurückzuzahlen. Wäre sie zur Zeit der Beantragung der Investitionszulage bereits in der Handwerksrolle eingetragen gewesen, wäre es zur Rückforderung nicht gekommen.

Dr. S. hat auch zumindest fahrlässig versäumt, die Klägerin auf die Notwendigkeit der Eintragung in die Handwerksrolle hinzuweisen. Er musste die einschlägigen Bestimmungen des Investitionszulagengesetzes kennen. Bei sorgfältiger Prüfung

der Voraussetzungen für die Erlangung der erhöhten Investitionszulage hätte ihm auffallen müssen, dass die Klägerin die Voraussetzungen nicht erfüllte.

#### **Die Schadenersatzpflicht des Dr. S. ist auf die Beklagte übergegangen.**

Ohne den Praxiskaufvertrag vom 2.4.1997 richtete sich der Schadenersatzanspruch, der erst infolge des Rückforderungsbescheids vom 1.7.1999 entstanden ist, gegen die Erbin des Dr. S., die im Weg der Gesamtrechtsnachfolge gemäß § 1922 BGB in die Rechtsposition des Dr. S. mit dessen Tod eingetreten war. Infolge des Praxiskaufvertrages vom 2.4.1997 ist der Schadenersatzanspruch auf die Beklagte übergegangen. **Gemäß § 1 Nr. 3 des Vertrages wurden alle bestehenden Mandate und laufenden Aufträge auf die Beklagte übertragen.** Die Beklagte sollte in die Verträge mit Mandanten anstelle des Dr. S. bzw. seiner Erbin eintreten. **Dabei handelte es sich um eine gesetzlich nicht geregelte Vertragsübernahme, die ohne Weiteres wirksam ist, sofern der andere Vertragspartner, hier die Klägerin, der Vertragsübernahme zustimmt.**

Die Beklagte hat die Vertragsübernahme ausdrücklich durch Schreiben vom 11.9.1996 angekündigt. Dort heißt es: „Wir möchten Ihnen mitteilen, dass die Kanzlei auch nach dem Tod des Inhabers in seinem Sinne weitergeführt werden soll. Unsere Mitarbeiterin Frau W. (Beklagte) wird nach bestandener Prüfung zur Steuerberaterin bestellt.“

**Der Mandatsübertragung hat die Klägerin zugestimmt.** Wie die Beklagte selbst vorgetragen hat, **führte sie nach Abschluss des Kaufvertrages mit jedem Mandanten ein Gespräch, bei welchem ihr jeweils eine Vollmacht erteilt wurde.** Dieser Umstand bedeutet nicht, dass mit der Beklagten ein neues Mandatsverhältnis begründet wurde. Dessen bedurfte es nämlich weder aus der Sicht der Klägerin noch der der Beklagten. **Vielmehr hat die Klägerin mit der Vollmachtserteilung lediglich ihr Einverständnis mit der Mandatsübernahme durch die Beklagte zum Ausdruck gebracht.** Im Übrigen war die Bevollmächtigung der Beklagten im Hinblick auf die Außenbeziehungen notwendig, wie die Klägerin unwidersprochen vorgetragen hat.

Unerheblich ist auch der Einwand der Beklagten, sie habe ab 1997 nur noch die Jahresabschlüsse und die jeweiligen Steuererklärungen gefertigt. Steuerberaterverträge sind in der Regel Dienstverträge und damit Dauermandate. Dadurch, dass der Steuerberater zeitweise untätig ist, endet ein Mandatsvertrag nicht (vgl. *Gräfe, a.a.O., RdNr. 48 m.w.N.*). Eine Zäsur zwischen dem Mandatsverhältnis mit Dr. S. und demjenigen mit der Beklagten ist daher nicht erkennbar.

Die Schadenersatzpflicht der Beklagten ist entgegen der Ansicht des Landgerichts auch nicht dadurch entfallen, dass der **Praxiskaufvertrag vom 2.4.1997 gemäß § 134 BGB i.V.m. § 203 StGB nichtig war.** Zwar verletzt ein Vertrag über die Veräußerung einer Anwalts- oder Steuerberatungskanzlei, in der sich der Veräußerer zur Übergabe der Mandantenakten ohne Einwilligung der betroffenen Mandanten ver-

pflichtet, deren informationelles Selbstbestimmungsrecht und die dem Veräußerer nach § 203 StGB auferlegte Schweigepflicht. Die Mandanten sollen vor einer Weitergabe von „Geheimnissen“, die sie einem Rechtsanwalt oder Steuerberater anvertraut haben, ohne Vorliegen einer entsprechenden Zustimmungserklärung geschützt werden (vgl. *BGHZ 116, 268, 272 ff.*). **Allerdings darf ein Steuerberater einen fachkundigen Mitarbeiter mit der Besorgung der ihm übertragenen Steuerangelegenheiten betrauen, ohne damit ein Mandantengeheimnis unbefugt zu offenbaren. Auch erstreckt sich das einer Anwalts- oder Steuerberatersozietät erteilte Mandat in der Regel auf alle Sozietätsmitglieder, selbst wenn diese erst später in die Sozietät eintreten** (vgl. *BGH, NJW 2001, 2462 ff m.w.N.*).

Die Beklagte war als Angestellte des Dr. S. zur Einsichtnahme in die Mandantenakten berechtigt und unterlag daher bereits zu Lebzeiten des Dr. S. der Schweigepflicht. Dies ergibt sich ausdrücklich aus § 203 Abs. 3 Satz 2 StGB, wonach den zum Schweigen verpflichteten Steuerberatern ihre berufsmäßig tätigen Gehilfen gleichstehen. Dr. S. hat damit zu Lebzeiten nicht unbefugt der Beklagten Geheimnisse i.S.d. § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB offenbart. Der Umstand, dass die Beklagte zur Zeit der Zusammenarbeit mit Dr. S. noch nicht selbst Steuerberaterin war und – anders als in dem vom BGH entschiedenen Fall – auch nicht zeitweise eine Steuerberater-sozietät zwischen Dr. S. und der Beklagten bestanden hat, führt nicht zu einer anderen Beurteilung.

§ 203 StGB zielt darauf ab, dass allein der Mandant bestimmen soll, welchen Personen er „Geheimnisse“ anvertraut. Dabei kommt es nicht darauf an, in welcher Funktion die jeweiligen Personen über die ihnen anvertrauten Kenntnisse verfügen. **Verhindert werden soll die Weitergabe von Mandantenunterlagen an solche Personen, auf die sich nicht ein zumindest vermutetes Einverständnis des Mandanten mit der Kenntnis seiner Unterlagen bezieht.** Hier hatte die Beklagte bereits umfassende Kenntnis der Mandantenunterlagen. Dass sie diese nur als Steuerfachgehilfin hatte, spielt im Hinblick auf den mit § 203 StGB erstrebten Schutz des Mandanten keine Rolle. Da durch den Praxiskaufvertrag und die damit verbundene Weitergabe der Akten an die Beklagte ein Geheimnisverrat nicht verbunden war, war der Vertrag entgegen der Ansicht des Landgerichts nicht gemäß § 134 BGB nichtig.

Der Schadenersatzanspruch ist nicht gemäß § 68 StBerG verjährt. Danach verjährt der Schadenersatzanspruch in drei Jahren von dem Zeitpunkt an, in dem der Anspruch entstanden ist. Der Schadenersatzanspruch ist mit dem Rückforderungsbescheid vom 1.7.1999 entstanden. **Für den Schaden durch eine steuerliche Belastung ist anerkannt, dass der Schaden bereits mit der Bekanntgabe des belastenden Steuerbescheids und nicht erst mit dessen Bestandskraft entsteht** (vgl. *BGHZ 129, 386, 389*). **Nichts anderes kann für die hier streitige Rückforderung einer Investitionszulage gelten.** Der Rückforderungsbescheid vom 1.7.1999 ist der Beklagten als Bevollmächtigte der Klägerin durch Übersendung frühestens am 2.7.1999 bekannt gegeben worden. Damit lief die Primärverjährungsfrist frühestens am 1.7.2002 ab.

Allerdings schloss sich daran die sog. Sekundärverjährungsfrist von weiteren drei Jahren an. **Bei Rechtsanwälten ist anerkannt, dass der Rechtsanwalt seinen Auftraggeber auf einen gegen ihn selbst gerichteten Schadenersatzanspruch und die drohende Verjährung hinzuweisen hat** (ständige Rechtsprechung, vgl. RGZ 158, 130; BGH, VersR 1997, 979). **Diese Rechtsprechung wird auch bei der Haftung von Steuerberatern angewendet** (vgl. BGHZ 83, 17, 22 f; 96, 290, 298 ff). Der Steuerberater ist danach verpflichtet, dem Mandanten die Informationen zu geben, die nötig sind, damit er – ggf. unter Inanspruchnahme eines Rechtsanwalts – seine Interessen gegenüber ihm selbst wahrnehmen kann. Er muss den Mandanten auf die Möglichkeit eines Schadenersatzanspruchs und auf dessen Verjährung hinweisen.

**Verletzt er diese Pflicht und kommt es deshalb zur Verjährung des Primäranspruchs gegen ihn, entsteht ein sog. Sekundäranspruch wegen Verletzung dieser Hinweispflicht, dessen Verjährung mit Ablauf der Verjährung des Primäranspruchs zu laufen beginnt und wiederum drei Jahre beträgt mit der Folge, dass die Verjährungsfrist auf höchstens sechs Jahre verlängert wird.**

Voraussetzung für die Verpflichtung des Steuerberaters, den Mandanten auf die Möglichkeit eines Schadenersatzanspruchs gegen sich selbst hinzuweisen, ist seine Kenntnis von der Pflichtverletzung. Diese Kenntnis hat die Beklagte mit der Zustellung des Rückforderungsbescheids erlangt. Er hätte für sie Anlass sein müssen, die Gründe für die Rückforderung der Investitionszulage zu überprüfen. Da sie die mit Dr. S. bestehenden Steuerberaterverträge übernommen hatte, hätte sie auch erkennen können, dass Schadenersatzansprüche gegen sie in Betracht kamen. Darauf hätte sie die Klägerin hinweisen müssen.

Diese Pflicht der Beklagten ist auch nicht deshalb entfallen, weil die Klägerin vor Ablauf der Verjährungsfrist anwaltlich beraten war. **Zwar ist anerkannt, dass es an der Kausalität zwischen der Verletzung der Hinweispflicht und dem Eintritt der Primärverjährung fehlen kann, wenn der Mandant von anderer Seite über seinen Anspruch informiert wird und damit bereits über die Kenntnis verfügt, die ihm der Hinweis verschaffen soll.** Der Schaden des Mandanten beruht dann nicht auf dem unterlassenen Hinweis des Steuerberaters. **Daran fehlt es allerdings, wenn der von dem Mandanten beauftragte Rechtsanwalt nur mit der Weiterverfolgung der ursprünglichen Interessen des Mandanten und nicht auch mit der Überprüfung von Schadenersatzansprüchen gegen den ersten Rechtsanwalt bzw. den Steuerberater beauftragt war** (vgl. BGH, NJW 1999, 2183, 2187 f).

Unstreitig hat die Klägerin ihren jetzigen Bevollmächtigten bereits im Jahr 1999 mit der Wahrnehmung ihrer Interessen beauftragt. Ausweislich der Vollmachtsurkunde vom 22.6.1999 bezog sich diese Vollmacht aber nur auf die Vertretung gegenüber dem Finanzamt W. wegen der Rückforderung der Investitionszulage 1993 bis 1995. Mit der Verfolgung von Schadenersatzansprüchen gegen die Erbin des Dr. S. oder die Beklagte war der Prozessbevollmächtigte der Klägerin nicht beauftragt.

Allerdings ist ein Rechtsanwalt verpflichtet, seinen Mandanten auch bei eingeschränktem Mandat vor Gefahren, die ihm bekannt oder für ihn offenkundig sind, zu warnen, wenn er Grund zu der Annahme hat, dass sich der Mandant der ihm drohenden Nachteile nicht bewusst ist. Der BGH hat in einer ähnlichen Konstellation jedoch weiter festgestellt, dass „die Voraussetzungen einer solchen, das eigentliche Mandat sprengenden Warnpflicht“ jedenfalls wesentlich enger seien als die Pflicht des ersten Anwalts, über einen möglichen Regress gegen sich selbst wegen Verletzung seiner Mandatspflichten zu belehren (vgl. BGH, NJW 1997, 2168, 2169). Jene Warnpflicht ist deshalb kein ausreichender Ersatz für diese letztgenannte Hinweispflicht; damit entfällt der Grund dafür, den Rechtsanwalt (hier: den Steuerberater) von der Pflicht zur Belehrung über eigene Fehler bereits von dem Augenblick an zu entbinden, indem ein anderer Anwalt den Mandanten berät.

Im Ergebnis bleibt es daher bei der Verletzung der Hinweispflicht durch die Beklagte auf mögliche gegen sich selbst gerichtete Schadenersatzansprüche innerhalb der Primärverjährung. Diese begann frühestens am 2.7.2002 zu laufen und endete am 1.7.2005. An diesem Tag ist die streitgegenständliche Klage beim Landgericht Mühlhausen eingegangen und hat die Verjährung gehemmt (§ 204 1 Nr. 1 BGB). Zwar ist sie erst am 3.9.2005 der Beklagten zugestellt worden. Die Zustellung wirkt aber auf den Zeitpunkt der Klageeinreichung zurück, denn sie ist demnächst erfolgt (§ 167 ZPO).

Die eingetretene Verzögerung ist unbeachtlich, da sie nicht vom Kläger zu vertreten ist, sondern auf dem Geschäftsablauf des Landgerichts beruhte. Die Klägerin hatte bereits mit ihrer Klage den Gerichtskostenvorschuss per Scheck beigelegt. Die Klägerin durfte die Gebühren bargeldlos bezahlen. Soweit die innerdienstliche Behandlung des Schecks beim Landgericht die Zustellung verzögert hat, braucht sich die Klägerin dies nicht zurechnen zu lassen (vgl. BGH, NJW-RR 1993, 429 f). Sie hatte damit alles ihrerseits Erforderliche für eine zeitnahe Zustellung der Klage getan. (...)

Die Revision ist nicht zuzulassen, denn die Voraussetzungen des § 543 Abs. 1 Nr. 1 oder 2 ZPO liegen nicht vor. (...) ■

## Steuerberaterhaftung

■ Haftung bei Praxisübernahme  
(BGH, Beschl. v. 10.2.2011 – IX ZR 46/08)

### Leitsätze (d. Red.):

1. Wird einem steuerlichen oder rechtlichen Berater ein Unterlassen zur Last gelegt, so kann sich auch ein Käufer der Steuerberaterpraxis nicht damit begnügen, eine Pflichtverletzung zu bestreiten oder allgemein zu behaupten, der Mandant sei ausreichend unterrichtet worden.



2. Eine Begrenzung der Haftung des Käufers einer Beratungspraxis muss ausdrücklich in dem Übernahmevertrag vereinbart und die Zustimmung der Mandanten zur Mandatsübertragung auf dieser Grundlage eingeholt werden. ■

#### **Aus den Gründen:**

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

1. a) Die Auffassung des Berufungsgerichts, ein Bestreiten der Beklagten mit Nichtwissen sei nicht zulässig, steht im Einklang mit der Rechtsprechung des Senats. **Wird dem steuerlichen oder rechtlichen Berater ein Unterlassen der gebotenen Belehrung zur Last gelegt, so kann er sich nicht damit begnügen, eine Pflichtverletzung zu bestreiten oder allgemein zu behaupten, er habe den Mandanten ausreichend unterrichtet** (BGH, Urt. v. 5.2.1987 – IX ZR 65/86, NJW 1987, 1322, 1323; v. 23.11.2006 – IX ZR 21/03, WM 2007, 419 Rdnr. 12; v. 1.3.2007 – IX ZR 261/03, BGHZ 171, 261 Rdnr. 12). **Diese Grundsätze gelten auch dann, wenn ein Rechtsnachfolger des Steuerberaters in Anspruch genommen wird** (vgl. BGH, Urt. v. 20.10.2005 – IX ZR 127/04, WM 2005, 2345, 2347).

Die von der Beschwerde zitierte Rechtsprechung, wonach ein Bestreiten mit Nichtwissen zulässig ist, wenn die Partei alle Erkenntnisquellen über einen in ihrem Bereich liegenden Vorgang ohne Erfolg ausgeschöpft hat (BGH, Urt. v. 10.10.1994 – IX ZR 95/93, WM 1994, 2192, 2194; v. 19.4.2002 – I ZR 238/98, NJW-RR 2002, 612, 613), bezieht sich nicht auf den Sonderfall des Bestreitens einer negativen Tatsache.

b) Das Berufungsgericht hat auch nicht das rechtliche Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) der Beklagten verletzt. Aus den von der Beschwerde in Bezug genommenen Aktenstellen ergeben sich keine durchgreifenden Indizien dafür, dass die Gesellschafter das Erfordernis der Eintragung der Klägerin in die Handwerksrolle kannten. Danach hat der Gesellschafter H. in dem Antrag auf Gewährung der erhöhten Investitionszulage lediglich wahrheitsgemäß angegeben, er selbst sei in die Handwerksrolle eingetragen.

2. Das Berufungsgericht ist nicht von dem Rechtssatz abgewichen, dass der Verlust einer rechtlichen Position, deren Erhalt der Geschädigte nach der Rechtslage nicht beanspruchen kann, keinen ersatzfähigen Schaden darstellt. Es konnte hierbei die Frage offenlassen, ob es für die erforderliche Mehrheitsbeteiligung eines am 9.11.1989 im Beitrittsgebiet wohnhaften Gesellschafters (§ 5 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 lit. a und b InvZulG in der damals geltenden Fassung des Gesetzes vom 21.12.1992; BGBl I, 2149, 2207) allein auf den Anteil an der gesellschaftsvertraglich vereinbarten Einlage ankam

(Jasper/Sönksen/Rosarius, *Investitionsförderung Handbuch*, § 5 InvZulG Rdnr. 10 (Stand: Dezember 2000); Kaligin in: Kaligin/Goutier, *Beratungshandbuch Eigentum und Investitionen in den neuen Bundesländern*, 6110 Rdnr. 116 (Stand: März 1996)) oder ob der auf den einzelnen Beteiligten entfallende Anteil am (hypothetischen) Liquidationserlös zum (hypothetischen) Liquidationswert des Gesellschaftsvermögens ins Verhältnis zu setzen war (Selder in: Blümich, *Einkommensteuergesetz und Nebengesetze*, § 5 InvZulG Rdnr. 6 f (Stand: Mai 1996)). Die Voraussetzungen für die Gewährung der Zulage hätten dadurch sichergestellt werden können, dass dem Gesellschafter H. auch nominell eine Beteiligung von 51 v.H. eingeräumt worden wäre. Zu einem entsprechenden Rat, der jedes Risiko im Hinblick auf die ungeklärte Rechtslage ausgeschlossen hätte, wäre Dr. S. nach dem Grundsatz des sichersten Weges verpflichtet gewesen.

3. a) Der Rechtssache kommt keine grundsätzliche Bedeutung im Hinblick auf die Rechtsfrage zu, **ob § 25 HGB auf den Fall der Veräußerung einer freiberuflichen Praxis entsprechend anzuwenden ist. Diese Frage ist nicht entscheidungserheblich, weil es jedenfalls an der Voraussetzung einer Fortführung unter der bisherigen Praxisbezeichnung fehlt** (vgl. BGH, Beschl. v. 23.11.2009 – II ZR 7/09, WM 2010, 1946 Rdnr. 6).

b) Die Auffassung des Berufungsgerichts, nach den Umständen des Einzelfalls sei eine umfassende Vertragsübernahme anzunehmen, hält sich im Rahmen einer zulässigen tatrichterlichen Würdigung. Entgegen der Auffassung der Beschwerde hat das Berufungsgericht die Haftung der Beklagten nicht allein mit dem Rundschreiben an die Mandantschaft begründet, sondern die Zustimmung der Klägerin zu der zwischen der Erbin des Dr. S. und der Beklagten vereinbarten Vertragsübernahme in dem anschließend geführten Mandantengespräch gesehen.

**Die Auffassung des Berufungsgerichts führt nicht zu einer Haftung des Übernehmers für sämtliche Altverbindlichkeiten aufgrund eines inhaltlich und formal üblichen Rundschreibens, sondern eine Begrenzung der Haftung hätte ausdrücklich in dem Übernahmevertrag vereinbart und die Zustimmung der Mandanten auf dieser Grundlage eingeholt werden können.**

4. Es fehlt schließlich auch an einer grundsätzlichen Bedeutung der Sache im Hinblick auf die Reichweite der sekundären Hinweispflicht des Praxiserwerbers, wenn er das Mandat, das den Schaden ausgelöst haben soll, nicht selbst bearbeitet hat.

Bei auslaufendem Recht – § 68 StBerG in der bis 14.12.2004 geltenden Fassung des Gesetzes vom 4.11.1975 – setzt dieser Zulassungsgrund voraus, dass die Beschwerde einen fortbestehenden Klärungsbedarf darlegt, wofür sie die Feststellungslast trägt (Beschl. v. 19.4.2007 – IX ZB 269/05, NJW-RR 2008, 220 Rdnr. 8; v. 12.2.2009 – IX ZR 11/07 Rdnr. 3 n.v.; v. 7.5.2009 – IX ZR 151/07 Rdnr. 3 n.v.; v. 21.9.2009 – IX ZR 239/08 Rdnr. 2 n.v.). An dieser Darlegung fehlt es. ■

## Haftung des Wirtschaftsprüfers

- Auftrag zur Prüfung des Warenbestands
- Werkvertrag
- Manipulationen des Geschäftsführers
- Verspäteter Insolvenzantrag
- Verstoß gegen Treu und Glauben
- Überwiegendes Verschulden des Auftraggebers  
(LG Düsseldorf, Urt. v. 12.11.2010 – 16 O 454/09)

### Leitsätze (d. Red.):

1. Der Auftrag an den Wirtschaftsprüfer, eine konkrete Prüfung und Analyse des Warenbestands vorzunehmen, ist auf einen Erfolg gerichtet und hat dementsprechend Werkvertragscharakter.

2. Es verstößt gegen Treu und Glauben, wenn der Auftraggeber Manipulationen des Warenbestands zur Täuschung der Gläubiger und des Wirtschaftsprüfers vorgenommen hat und anschließend Letzteren auf Schadenersatz in Anspruch nehmen will, weil er im Vertrauen auf die Richtigkeit und Vollständigkeit der Informationen dessen Manipulationen nicht aufgedeckt hat.

3. Die Haftung des fahrlässig handelnden Wirtschaftsprüfers gegenüber dem vorsätzlichen manipulierenden Auftraggeber tritt gemäß § 254 BGB zurück. Besonderheiten aus der gesetzlichen Abschlussprüferhaftung nach § 323 HGB sind bei freiwilligen Prüfungen nicht zu beachten. ■

### Zum Sachverhalt:

Der Kläger begehrt Feststellung, dass die Beklagte zur Insolvenzmasse Schadenersatz schulde, hilfsweise Zahlung von 48.201,39 EUR.

Der Kläger ist Insolvenzverwalter über das Vermögen der A.-GmbH. Die Insolvenz wurde im Juni 2007 eröffnet. Die Beklagte ist eine Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, die von dem Geschäftsführer der Insolvenzschildnerin, Herrn C., mit ausgewählten Prüfungshandlungen zum 30.9.2006 beauftragt wurde.

Grundlage war dessen E-Mail vom 18.9.2006, mit der er einer Mitarbeiterin der Beklagten die Vorgaben der Bank für die Prüfung des Warenlagers und der Rechtsfälle mitteilte. Die Beklagte übersandte dem Geschäftsführer der Klägerin dazu ein „Auftragsschreiben vom 21.9.2006“, in dem der Auftrag unter Bezugnahme auf die Allgemeinen und Besonderen Bedingungen der Beklagten beschrieben wird. Es heißt dort u.a.: „Wir weisen darauf hin, dass der Umfang unserer Tätigkeit keine Prüfung entsprechend den Grundsätzen ordnungsgemäßer Durchführung von Abschlussprüfungen ... ist.“ Über ihre Tätigkeit legte die Beklagte ihren Bericht vom 3.11.2006 vor und stellte hierfür 48.201,39 EUR in Rechnung. Im April 2007 erstattete der Geschäftsführer eine Selbstanzeige und räumte umfangreiche Manipulationen ein, die u.a. auch die Warenbestände

in den jeweiligen Lagern und insbesondere deren Bewertung betraf. Wegen der Einzelheiten der von ihm geschilderten Manipulationen wird auf die Ablichtung der Selbstanzeige vom 9.4.2007, seine schriftliche Einlassung vom 3.6.2008 zur gegen ihn erhobenen Anklage und insbesondere seine undatierte Stellungnahme gegenüber dem Kläger „Anpassungen Bewertung Lagerbestand“ verwiesen.

Der Geschäftsführer wurde durch das Landgericht Saarbrücken wegen unrichtiger Darstellung in Bilanzen in fünf Fällen und wegen vierfachen Betruges in einem besonders schweren Fall zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren verurteilt. Das Urteil ist rechtskräftig.

Der Kläger trägt im Wesentlichen vor:

Die Beklagte habe ihre Pflichten aus dem zugrunde liegenden Prüfungsauftrag, einem Werkvertrag, schuldhaft verletzt und dadurch vereitelt, dass bereits zum 30.9.2006 Insolvenzantrag gestellt worden sei. Wegen der tatsächlich zu diesem Zeitpunkt bestehenden Überschuldung und der negativen Fortführungsprognose sei dieser unabdingbar gewesen und wäre entweder von dem Mitgeschäftsführer oder einer der kreditgebenden Banken gestellt worden. Die Fortführung des überschuldeten Unternehmens habe einen geschätzten Schaden von über 23 Mio. EUR verursacht, für diesen hafte die Beklagte. Nach dem erteilten Prüfauftrag sei eine tragfähige Einschätzung der Werthaltigkeit der Warenlager geschuldet gewesen. Dementsprechend habe die Beklagte auch ein – allerdings falsches – Ergebnis abgeliefert, nämlich die Einschätzung, dass die Warenbestände nur um ca. 500.000 EUR zu hoch bewertet seien.

Die Vorgehensweise bei der geschuldeten Prüfung sei falsch geplant worden, daher sei es auch unterlassen worden, naheliegende Aufklärungsmöglichkeiten zu nutzen, die die Irreführungen durch Herrn C. aufgedeckt hätten. So sei die virtuelle Bestandserhöhung nicht aufgefallen, eine Nachfrage, was es mit den Pufferlagern auf sich habe, wäre notwendig gewesen; wegen der Transferwaren hätte eine einfache Nachfrage bei den Lagerhaltern genügt. Die Stichprobe zur Prüfung der Lagereinstandspreise sei falsch gewählt worden, die künstliche Erhöhung der Einstandspreise wie aber auch der Verkaufspreise durch Herrn C. wäre bei richtiger Vorgehensweise aufgefallen. Bei keinem einzigen Artikel seien alle Komponenten aus der Buchhaltung richtig übernommen worden. Die Reichweitenanalyse sei unzureichend, bei richtiger Vorgehensweise hätte allein eine Systemprüfung hier die verlangten Erkenntnisse bringen können. Der Einblick in die Buchhaltung sei jederzeit möglich gewesen und für die Erfüllung des Prüfauftrags unerlässlich gewesen. Dass die Lagerware für die Firma P. schon veräußert gewesen sei, sei nicht berücksichtigt worden.

Der Hinweis der Beklagten in dem Bericht, dass weitere Erkenntnisse nur durch eine Systemprüfung gewonnen werden könnten, vermöge diese nicht zu entlasten, denn soweit dieses zur ordnungsgemäßen Erfüllung ihrer Pflichten nötig gewesen wäre, hätte sie diese vornehmen müssen. Schließlich seien die 4.000 Geräte der Firma E. bereits fakturiert

riert gewesen und hätten daher nicht mehr zum Bestand gezählt, was den Mitarbeitern der Beklagten bekannt gewesen sei. Insgesamt sei der Bestand daher um fast 7 Mio. EUR zu hoch angesetzt worden.

(Anträge...)

Die Beklagte trägt im Wesentlichen vor:

Der Prüfungsauftrag habe, wie sich aus der schriftlichen Auftragsbestätigung ergebe, gerade nicht eine Prüfung des Warenwirtschaftssystems umfasst, eine Inventur durch die Prüfer sei nicht vereinbart worden. Auf die fehlende Systemprüfung sei im Bericht – unstrittig – hingewiesen worden, weitergehende Untersuchungen seien nicht geschuldet gewesen. Vorzunehmen sei allein eine Überprüfung der eingelagerten Vorratsbestände, Einblicke in das A.-System zur Materialbewirtschaftung habe nicht bestanden. Lagerhalterbestätigungen seien zwar angefordert worden, aber für die Läger in H. und S. nicht eingetroffen, was im Bericht – unstrittig – vermerkt worden sei. Die Angemessenheit der Verkaufspreise und die Preisgestaltung insgesamt sei nicht Prüfungsaufgabe gewesen, die Untersuchung sei nach einer von Herrn C. vorgelegten Liste erfolgt, davon, dass diese Liste bzw. die Rechnungen manipuliert gewesen seien, habe keine Kenntnis bestanden.

Allein die Untersuchung des Verfahrens der Reichweitenanalyse sei geschuldet gewesen, nicht die tatsächliche Systemprüfung, dies habe man ausdrücklich vereinbart. Es sei allein die vorhandene Ware zu zählen gewesen, Einblicke in die Buchführung hätten nicht bestanden. Die Anlage ... sei unbekannt, die behauptete Fakturierung der 4.000 „E.-Geräte“ und damit deren Wegfall aus dem Bestand, rechtfertige keine Pflichtverletzung, da es nicht Aufgabe der stichprobenhaften Erfassung der Waren gewesen sei, deren Eigentumsverhältnisse zu klären. (...) ■

#### Aus den Gründen:

Die Klage ist zulässig, jedoch weder hinsichtlich des Feststellungsantrages noch hinsichtlich des hilfsweise gestellten Zahlungsantrags begründet.

I. Die Feststellungsklage ist zulässig. Das besondere Feststellungsinteresse i.S.v. § 256 Abs. 1 ZPO besteht. Die Beklagte bestreitet die Verpflichtung zum Schadenersatz. Der Kläger hat unwidersprochen vorgetragen, dass sich bei drohendem Ablauf der Verjährungsfrist die Feststellung der Schadenhöhe durch die behauptete Insolvenzverschleppung noch nicht abschließend beziffern lasse, da die Feststellung der zur Insolvenztabelle angemeldeten Forderungen noch nicht abgeschlossen sei. Dann aber ist die Erhebung einer Leistungsklage nicht vorrangig (vgl. Zöller/Greger, ZPO 28. Aufl., § 256 Rdnr. 7a).

II. Dem Kläger stehen weder vertragliche noch deliktische Schadenersatzansprüche aus § 826 BGB wegen einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung gegen die Beklagte zu, die den Feststellungsantrag bzw. den hilfsweise geltend gemachten Zahlungsanspruch auf Rückzahlung des geleisteten Honorars begründen könnten.

1. Ansprüche aus § 323 Abs. 1 Satz 3 HGB scheiden aus, denn die dort angeordnete Haftung betrifft allein die gewählten Abschlussprüfer einer Prüfung des Jahresabschlusses bzw. des Lageberichts i.S.v. § 316 Abs. 1 HGB. Für zwischen der Gesellschaft und einem Wirtschaftsprüfungsunternehmen frei vereinbarte einzelne Prüfungshandlungen gilt diese Haftung auch nicht entsprechend (vgl. Ebke in: Münch-Komm, Bearbeitung 2001, § 323 HGB Rdnr 14). Dies entspricht allgemeiner Auffassung, eine etwaige Haftung folgt aus dem Leistungsstörungenrecht gemäß BGB.

2. Ansprüche des Klägers als Insolvenzverwalter über das Vermögen der A.-GmbH auf Schadenersatz aus § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB i.V.m. §§ 634 Nr. 4, 633, 631 BGB wegen etwaiger Pflichtverletzung von Mitarbeitern der Beklagten, für die diese nach § 278 BGB einzustehen hat, bestehen nicht.

Der zwischen der Insolvenzschriftstellerin und der Beklagten geschlossene Vertrag über die Vornahme einzelner Prüfungshandlungen ist entgeltlicher Geschäftsbesorgungsvertrag mit Werkvertragscharakter, dementsprechend richtet sich die Gewährleistung nach den §§ 633 ff BGB (vgl. Palandt/Sprau, BGB 69. Aufl., § 675 Rdnr 26). Geschuldet war nach der insoweit maßgeblichen Auftragsbestätigung vom 21.9.2006 eine **konkrete Prüfung und Analyse des Warenbestands** und von aktuellen Rechtsstreitigkeiten, in welche die Insolvenzschriftstellerin involviert war, mithin war ein Erfolg geschuldet. Hinsichtlich des Verschuldens ihrer Erfüllungsgehilfen oder ihrer Organe hat sich die Beklagte dabei gemäß § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB zu entlasten; auch die Voraussetzungen eines Mitverschuldens des Geschädigten bei der Entstehung eines etwaigen Schadens gemäß § 254 Abs. 1 BGB hat sie darzulegen und zu beweisen.

Unter Beachtung dieser rechtlichen Einordnung sind Ansprüche des Klägers ausgeschlossen. Diesen steht der Einwand des „venire contra factum proprium“ aus § 242 BGB ebenso entgegen wie das Mitverschulden des Geschäftsführers der Insolvenzschriftstellerin bei der Entstehung des Schadens, welches sich diese und damit auch der nunmehr klagende Insolvenzverwalter unter entsprechender Anwendung von § 31 BGB entgegenhalten lassen muss.

a) Selbst wenn zugunsten des Klägers unterstellt wird, dass die Mitarbeiter der Beklagten bei der Vorbereitung, Durchführung und Erstellung des schriftlichen Berichts über die ausgewählten Prüfungshandlungen ihre Pflichten aus dem zugrunde liegenden Vertrag verletzt haben, so **verstößt die Geltendmachung eines Schadenersatzanspruches hier bei der Vornahme von nicht gesetzlich angeordneten Prüfungshandlungen gegen Treu und Glauben**. Denn die ganz erheblichen Manipulationen des Geschäftsführers der Insolvenzschriftstellerin, die dieser zur Verschleierung des tatsächlichen Werts des vorhandenen Warenbestands vorgenommen hat und die der Kläger durch Vorlage von dessen Selbstanzeige, dessen Stellungnahme zur Anklageschrift und insbesondere durch Vorlage von dessen Stellungnahme „Anpassung/Bewertung Lagerbestand“ belegt. **Diese Manipulationen des Herrn C. waren weder dem Mitgeschäftsführer, den weiteren Gesellschaftern noch den bestellten Abschlussprüfern aufgefallen.**

Etwaige zugunsten des Klägers unterstellte Pflichtverletzungen der Mitarbeiter der Beklagten rechtfertigen aber nach seinem eigenen tatsächlichen Vortrag nur den Vorwurf einer fahrlässigen Pflichtverletzung der Mitarbeiter der Beklagten. Dies sieht der Kläger jedenfalls nach seinen Ausführungen in der Klageschrift ebenso. Jedenfalls für eine nicht nach den §§ 316 ff HGB erfolgende und damit gesetzlich angeordnete Prüfung – wie hier – ist die Kammer insoweit der Auffassung, welche auch das OLG Köln in der vorgetragenen Entscheidung vom 14.12.1990 – 19 U 283/89 (abgedr. in NJW-RR 1992, 1184 f unter 1.) vertritt. **Danach ist es ein Verstoß gegen Treu und Glauben, wenn man der Insolvenzschriftstellerin, die durch ihren Geschäftsführer umfassende Manipulation des Warenbestands zu dem Zwecke vorgenommen hat, etwaige Gläubiger, die Abschlussprüfer und auch die Beklagte zu täuschen, Letztere in Anspruch zu nehmen, weil sie im Vertrauen auf die Richtigkeit und Vollständigkeit seiner Angaben diese Manipulationen nicht aufgedeckt hat.**

Die Beklagte konnte von der Insolvenzschriftstellerin ein vertragstreues Verhalten verlangen und musste nicht damit rechnen, dass die Angaben ihres Geschäftsführers von kriminellen Intentionen getragen vorsätzlich falsch waren, um den tatsächlichen Wert und den Umfang des Warenbestands zu verschleiern. Abweichend von der gesetzlich angeordneten Abschlussprüfung fehlt es insoweit auch an einer zum Schutz Dritter normierten Pflicht, wie sie in § 317 Abs. 1 Satz 3 HGB festgehalten ist. Ebenso wie das OLG Köln in seiner Entscheidung zu dem vergleichbaren Fall einer ebenfalls „freiwilligen Prüfung“, ist die Kammer der Auffassung, dass deshalb etwaige Schadenersatzansprüche ausgeschlossen sind.

Dem steht die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht entgegen; in dem Fall des OLG Köln hat der BGH die Revision nicht angenommen, wie sich aus der Anmerkung der Schriftleitung der NJW-RR ergibt (Seite 1185).

Die seitens des Klägers vorgetragene Entscheidung des BGH vom 10.12.2008 – VII ZR 42/08 betrifft die Haftung des Abschlussprüfers aus § 323 Abs. 1 Satz 3 HGB. **Der BGH erwägt dort den Ausschluss der Haftung bereits aus § 242 BGB nicht, sondern beschäftigt sich allein mit Abwägung der Verursachungsbeiträge bei vorsätzlicher Irreführung des Abschlussprüfers, der seinerseits gravierende Pflichtverletzungen bei der Prüfung des Jahresabschlusses begangen hat** (BGH, a.a.O., zitiert nach [www.bundesgerichtshof.de](http://www.bundesgerichtshof.de), Tz. 56 bis 59). Die Ausführungen des BGH betreffen aber ersichtlich nur die Pflichtprüfung nach den §§ 316 ff HGB und lassen sich auf eine vereinbarte Prüfung des hier vereinbarten Umfangs, wie er sich aus der Auftragsbestätigung der Beklagten vom 21.9.2006 ergibt, nicht übertragen.

Danach unterliegt die Klage sowohl hinsichtlich des Hauptantrags als auch hinsichtlich des Hilfsantrags der Abweisung.

b) Der Anspruch des Klägers ist aber auch unter Heranziehung des **§ 254 Abs. 1 BGB** nach dem Vorbringen der Parteien ausgeschlossen, selbst wenn den Mitarbeitern

der Beklagten ein dieser zuzurechnendes Verschulden nach § 278 BGB vorzuwerfen ist.

Der Kläger muss sich das Verschulden des Geschäftsführers der Insolvenzschriftstellerin analog § 31 BGB ohne Entlastungsmöglichkeit anrechnen lassen. Das kann ihr die Beklagte gemäß § 254 Abs. 1 BGB entgegenhalten, was der ständigen Rechtsprechung des BGH (vgl. u.a. BGH, a.a.O., Tz 54 m.w.N.) entspricht. Dabei hat der BGH für den Fall der Abschlussprüfung ausgeführt, dass im Hinblick darauf, dass es die vorrangige Aufgabe des Abschlussprüfers ist, Fehler in der Rechnungslegung des Unternehmens aufzudecken und den daraus resultierenden Schaden von diesem abzuwenden, **bei der Anwendung des § 254 Abs. 1 BGB im Rahmen der Haftung des Abschlussprüfers mehr Zurückhaltung als sonst geboten sei**, maßgeblich seien die Umstände des Einzelfalls (BGH, a.a.O., Tz 56 unter Bezugnahme auf den Beschl. v. 23.10.1997 – III ZR 275/96, zitiert nach [www.juris.de](http://www.juris.de)).

In jener Entscheidung hat der BGH die Haftung des Abschlussprüfers bei Abwägung der beiderseitigen Verursachungsanteile wegen der vorsätzlichen Irreführung durch den Geschäftsführer verneint (BGH, a.a.O., Tz 8) und ausgeführt, dass auch eine vorsätzliche Irreführung des Prüfers die Ersatzpflicht nicht – wie sonst üblich – ohne Weiteres gänzlich entfallen lässt. Letzteres aber belegt, dass auch der Bundesgerichtshof insoweit derselben Auffassung wie das Oberlandesgericht Köln ist, nämlich, **dass jedenfalls außerhalb des Anwendungsbereichs von § 323 Abs. 1 Satz 3 HGB der vorsätzlich handelnde Geschädigte im Verhältnis zu dem fahrlässig handelnden Beteiligten seinen Schaden alleine zu tragen hat** (vgl. OLG Köln, a.a.O.).

Dieser Auffassung folgt auch die Kammer für den hier zu entscheidenden Fall der nicht gesetzlich vorgeschriebenen Prüfung, wie sie zwischen der Insolvenzschriftstellerin und der Beklagten vereinbart war. Dabei ist hinsichtlich der Abwägung der Verursachungsbeiträge entgegen der Auffassung des Klägers eine Beweisaufnahme zu dem genauen Inhalt des Prüfungsauftrags entbehrlich, denn dieser ergibt sich aus der für beide Partei bindenden Bestätigung des Prüfungsauftrags gemäß dem Schreiben der Beklagten vom 21.9.2006. Einer weiteren Aufklärung hierzu bedarf es nicht, denn die Kombination aus behauptetem fahrlässigen Verhalten der Prüfer einerseits bei vorsätzlicher Irreführung durch den Geschäftsführer der Schuldnerin andererseits, macht dies entbehrlich. Vorsätzliche Pflichtverletzungen der Beklagten bzw. ihrer Mitarbeiter behauptet der Kläger selbst nicht.

Allerdings ist der genannten Auftragsbestätigung zu entnehmen, dass jedenfalls eine Inventur und damit eine tatsächliche Erfassung des Warenbestands offensichtlich nicht vereinbart war, wie der Passus belegt, dass eine Teilnahme an einer Inventur nur dann erfolgen sollte, wenn eine solche stattfindet und im Übrigen eine Überprüfung des Mengenrücks nur in Stichproben stattfinden sollte. Angesichts dessen besteht auch keine Veranlassung, von dem obigen Grundsatz bei der Abwägung der beidseitigen Verschuldensbeiträge wegen des Umfangs der geschuldeten Leistungen



etwa deshalb abzugehen, **weil die Beklagte die einem Abschlussprüfer entsprechenden Pflichten übernommen hätte, die möglicherweise bei grob fahrlässigen Verstößen hiergegen eine quotale Haftung trotz der vorsätzlichen Irreführung durch den Geschäftsführer der Insolvenzschuldnerin nahelegten**. Soweit der Kläger nunmehr erstmals mit dem nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 22.10.2010 detaillierte Ausführungen dazu macht, wie durchschaubar die Irreführungen durch den Geschäftsführer der Insolvenzschuldnerin erfolgt sind und wie leicht die Prüfer diese durch eine zutreffende Planung ihrer Prüfung hätten aufdecken können, rechtfertigt dies die Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung nicht.

3. Hinreichende Darlegungen zu einer Haftung der Beklagten aus **§ 826 BGB** fehlen. Zwar behauptet der Kläger ein **sittenwidriges Verhalten** der Beklagten, was diese bestreitet. Allerdings fehlt es an Ausführungen dazu, woraus denn der **Schädigungsvorsatz** der Beklagten zu entnehmen sein soll. Die subjektive Seite der Sittenwidrigkeit einerseits und der Schädigungsvorsatz andererseits sind zu trennen (vgl. *Palandt/Sprau, a.a.O., § 826 Rdnr. 10*). Es bedarf neben der Feststellung der Sittenwidrigkeit auch der Feststellung des Vorsatzes und mithin auch der Darlegungen dazu, aus welchen tatsächlichen Umständen der Kläger meint schließen zu können, dass dieser gegeben ist.

Etwaige Ansprüche aus **§ 826 BGB** scheiden daher ebenfalls aus.

4. Ob die haftungsbegründende und haftungsausfüllende Kausalität gegeben sind und mithin gerade aufgrund der behaupteten Pflichtverletzungen der Beklagten ein Schaden droht, was im Rahmen der begehrten Feststellung genügt, kann daher offenbleiben.

5. Auch der mit dem Hilfsantrag geltend gemachte Schadensersatzanspruch auf Zahlung desjenigen Betrages, der für die durchgeführte Prüfung in Rechnung gestellt wurde, besteht nicht aus den bereits zitierten Vorschriften. (...) ■

## GI Literaturhinweise

### Insolvenzrecht in der Bankpraxis

Im Vordergrund der Bearbeitung steht die Darstellung der Konsequenzen, die sich durch ein drohendes oder eröffnetes Insolvenzverfahren für die Beziehungen zwischen Gläubigern einerseits und Schuldern bzw. ihren Insolvenzverwaltern andererseits ergeben. Zur Abrundung dienen zahlreiche Mustertexte zu wichtigen Maßnahmen, die für den Praktiker bei der täglichen Arbeit von großem Nutzen sind.

Das Insolvenzrecht regelt aber nicht nur das Verhältnis zwischen insolvenzreifen oder insolventen Schuldnern und ihren Gläubigern. Fast noch bedeutsamer sind die Rückwirkungen

des Insolvenzrechts auf Geschäfte unter solventen Parteien, die sich für den Fall der (nicht absehbaren) Insolvenz ihres Geschäftspartners schützen wollen und müssen. Notwendig für eine solche Absicherung unter Geschäftspartnern sind in erster Linie insolvenzfeste Kreditsicherheiten, daneben aber auch international übliche Klauseln über die Beendigung von Verträgen und Aufrechnungs- bzw. Nettingvereinbarungen. Die Bestrebungen nach solchen Vorsorgemaßnahmen kollidieren jedoch mit dem vom deutschen Gesetzgeber und der Rechtsprechung hochgehaltenen Prinzip der Gläubigergleichbehandlung, das solche „Vorrechte“ zu unterbinden versucht. Hier zeigt das Buch die Möglichkeiten und zugleich die Grenzen für insolvenzfeste Vertragskonstruktionen auf. **Obermüller: Insolvenzrecht in der Bankpraxis**, von RA Dr. Manfred Obermüller unter Mitarbeit von RAin Dr. Karen Kuder, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 8. neu bearbeitete Auflage 2011, 1.849 Seiten, Lexikonformat, gebunden, 149,- €, ISBN 978-3-504-43004-7

### Handbuch Sozietätsrecht

War früher der Einzelanwalt die Beraterpersönlichkeit, der man vertraute, und damit das Leitbild des gesamten Berufsstandes, geht die Tendenz heute ganz in Richtung Spezialisierung, wie man allein schon an der wachsenden Zahl der Fachanwölfe ablesen kann. Die Ansprüche der Mandanten sind gestiegen, und ein Einzelanwalt vermag sie kaum noch zu erfüllen. Die Antwort der Anwaltschaft heißt: Kooperation. Anwälte schließen sich zu größeren Kanzleien zusammen, diese wiederum zu noch größeren Einheiten. Und das betrifft nicht nur den Zusammenschluss von Juristen mit anderen Juristen: Weil viele Mandanten fachübergreifende Beratung erwarten, ist heute auch die Kooperation von Anwälten mit anderen Berufsgruppen, vornehmlich Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern, gang und gäbe.

Die Autoren geben detaillierte Auskunft über die rechtliche Gestaltung jeder Kooperation, und zwar in jeder Phase – von der Planung und Vorbereitung über die Durchführung bis zur Beendigung oder Umwandlung der jeweiligen Zusammenschlüsse. Dabei beschränkt sich das Werk nicht auf die Sozietät, wie der Titel vermuten lassen könnte. Ausgiebig behandelt werden vielmehr alle möglichen Optionen anwaltlicher und interprofessioneller Zusammenarbeit, von der AG bis hin zu ausländischen Rechtsformen wie der LLP.

Bei der praktischen Umsetzung der verschiedenen Gestaltungsmöglichkeiten helfen dem Benutzer Muster, angefangen beim Sozietätsvertrag mit verschiedenen Varianten zu Namensgestaltungs-, Gewinnverteilungs-, Nachfolge- und Wettbewerbsklauseln, über den Partnerschaftsvertrag, die Bürogemeinschaft bis hin zu Arbeitsverträgen für angestellte Anwälte und freie Mitarbeiter.

**Henssler/Streck (Hrsg.): Handbuch Sozietätsrecht**, herausgegeben von Prof. Dr. Martin Henssler und RA Dr. Michael Streck, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2. neu bearbeitete und erweiterte Auflage 2011, 1.088 Seiten Lexikonformat, gebunden, 124,- €, ISBN 978-3-504-18061-4



# Auf gute Zusammenarbeit.



Über sämtliche Möglichkeiten anwaltlicher Kooperationsformen informiert Sie dieses Buch. Ein einzigartiger Überblick, der Sie schnell darüber ins Bild setzt, welche der vielen Optionen unter allen relevanten Aspekten für Sie die beste ist.

Dabei beschränkt sich das Werk nicht auf die GbR-Sozietät als Mutter aller Kooperationsformen, wie der Titel vermuten lassen könnte. Ausgiebig behandelt werden vielmehr alle heute möglichen Formen anwaltlicher und interprofessioneller Zusammenschlüsse – von der GbR bis zur AG. Und zwar in jeder Phase der Zusammenarbeit, von der Planung und Vorbereitung über die Durchführung bis zur Beendigung oder Umwandlung.

Mit Mustersatzungen und -verträgen – alle auf dem neuesten Stand natürlich – helfen Ihnen die erstklassigen Autoren bei der praktischen Umsetzung der verschiedenen Gestaltungsmöglichkeiten. Schauen Sie mal rein und bestellen Sie den Grundstein für gute Zusammenarbeit direkt bei [www.otto-schmidt.de](http://www.otto-schmidt.de)



Henssler/Streck (Hrsg.) **Handbuch Sozietätsrecht**  
Herausgegeben von Prof. Dr. Martin Henssler und RA Dr.  
Michael Streck. Bearbeitet von 13 erfahrenen Experten  
aus Praxis und Wissenschaft. 2., neu bearbeitete und  
erweiterte Auflage 2011, rd. 1.150 Seiten Lexikonformat,  
gbd. 124,- €. ISBN 978-3-504-18061-4

#### 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  
Rafael Meixner, Rechtsanwalt, HDI-Gerling (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

#### **Abbonementservice**

Fax: (0511) 645 111 3909

#### **Layout und Satz**

Type Connection, Lechenicher Str. 29, 50374 Erftstadt

#### **Druck**

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