



Informationen für wirtschaftsprüfende, rechts- und steuerberatende Berufe

GI aktuell

Inhalt

Editorial	161
GI News	162
GI Entscheidungen	162
GI Literatur-Ecke	188
GI Literaturhinweise	189
Stichwort- und Entscheidungsverzeichnis	190

Anwaltshaftung

Sekundäranspruch als unselbstständiges Nebenrecht / Aussichtslose Klage / Einheitlicher Kostenschaden / Keine Verhandlung bei bloßer Benachrichtigung der Versicherung (BGH, Urt. v. 3.2.2011 – IX ZR 105/10)

Steuerberaterhaftung

Verjährung / Sammelbescheid / Selbstständig anfechtbare Regelungsgegenstände (BGH, Urt. v. 21.10.2010 – IX ZR 170/09)

Mittelverwendungskontrollvertrag

Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten der Anleger / Prüfungs- und Hinweispflichten / Rechtliche Durchführbarkeit / Wirtschaftlich sinnvolles Anlagemodell / Prospektprüfungsgutachten / Geldwäsche (OLG Stuttgart, Urt. v. 21.6.2011 – 12 U 26/11)

Vertrag mit dem Rechtsanwalt

Sozietätsauflösung / Vertragspartner / Vertragsübernahme / Neusozietät / Berufsordnung der Rechtsanwälte / Kündigung des Anwaltsvertrages (OLG Hamm, Urt. v. 22.2.2011 – 28 U 49/10)

Steuerberaterhaftung

Fehlerhafte Bilanz / Überschuldung / Insolvenzantragspflicht / Insolvenzverschleppung / Schadenverursachung? / Handlungsalternativen (OLG Köln, Urt. v. 17.12.2009 – 8 U 27/09; rkr. nach Beschl. d. BGH v. 27.4.2010 – IX ZA 4/10)

Versicherungsschutz

Haftpflichtversicherung des Steuerberaters / Bindungswirkung des Haftpflichturteils / Versäumnisurteil gegen den Steuerberater / Kenntnis des Versicherers von der Haftpflichtklage? / Verjährung des Schadenersatzanspruchs, § 68 StBerG a.F. / Steuerfestsetzung unter Vorbehalt der Nachprüfung (OLG Frankfurt, Urt. v. 22.10.2009 – 3 U 103/08; rkr. nach Beschl. d. BGH v. 22.9.2010 – IX ZR 248/09)

Steuerberaterhaftung

Vorlagebeschluss des BFH / Beachtung von Festsetzungsfristen / Umsätze aus Geldspielautomaten / Verjährung, Schadeneintritt / Gutachten zur Schadenberechnung (LG Paderborn, Urt. v. 8.5.2009 – 2 O 399/08)

175

179

185

168

172



Was auch kommt. Zählen Sie auf uns!

So viel ist sicher: Nicht irgendeine,
sondern Ihre Kfz-Versicherung.

Unverschuldet oder verschuldet in einen Unfall geraten?
Kein Problem, profitieren Sie im Schadenfall von unserer Soforthilfe rund
um die Uhr – dem schnellen und unkomplizierten Schaden-Service von
HDI-Gerling.

HDI
GERLING


Versicherungen

www.hdi-gerling.de



Sie haben Fragen?
Dann rufen Sie gleich an:

HDI-Gerling Vertrieb Firmen und Privat AG
HDI-Platz 1
30659 Hannover

 0511-3031-126

www.hdi-gerling.de

Jetzt ein Angebot
für Ihre Autoversicherung
bei HDI-Gerling anfordern!

Editorial

Liebe Leserin, lieber Leser,

Rafael Meixner
Rechtsanwalt



In der Dezember-Ausgabe der GI sind einige interessante Entscheidungen zusammengestellt. Ihr Augenmerk möchte ich besonders auf folgende Urteile lenken:

In der Entscheidung BGH IX ZR 105/10 hatte ein Rechtsanwalt pflichtwidrig einen verjährten Anspruch des Mandanten klageweise geltend gemacht. Wegen Verjährung unterlag der Mandant sowohl in der ersten als auch in der zweiten Instanz. Er begehrte nunmehr von seinem Anwalt Ersatz der Kosten für diesen Prozess. Aber auch hier unterlag der Mandant wegen zwischenzeitlich eingetretener **Verjährung**. Der Schaden war nämlich bereits mit Erhebung der aussichtslosen Klage – also sehr frühzeitig – entstanden. Da der **Kostenschaden als einheitliches Ganzes** aufzufassen ist, gilt dieser Verjährungsbeginn nicht nur für die geltend gemachten Kosten der ersten, sondern auch für die Kosten der zweiten Instanz.

In einer weiteren BGH-Entscheidung (IX ZR 170/09) sollte der Steuerberater in vollem Umfang **Einspruch** gegen einen **Sammelbescheid** einlegen, der **selbstständig anfechtbare Regelungsgegenstände** für die Jahre 1997 bis 2001 enthielt. Diesem Auftrag kam der Steuerberater auch nach; allerdings hatte er in seinem Einspruch explizit die Jahre 1997 bis 1999, nicht aber die Jahre 2000 und 2001 genannt. Die gegen den Steuerberater erhobene Klage wurde wegen Verjährung abgewiesen. Da der Vorwurf dahin ging, gar keinen Einspruch für die Jahre 2000 und 2001 eingelegt zu haben, begann die Verjährung schon mit Ablauf der Einspruchsfrist und nicht erst mit dem Ende des Einspruchsverfahrens. Dies obwohl zunächst mit dem Finanzamt über den Umfang der Anfechtung gestritten wurde.

Eine Entscheidung des OLG Köln (8 U 27/09) befasst sich mit der Hinweispflicht des Steuerberaters auf die Überschuldung einer GmbH und die **Insolvenzantragspflicht** ihres Geschäftsführers. Grundsätzlich greift die **Vermutung beratungsgerechten Verhaltens**, wenn eindeutig eine bestimmte Reaktion des Mandanten, also der sofortige Insolvenzantrag, naheliegt. Diese Vermutung war hier aber erschüttert, weil der Gesellschafter-Geschäftsführer ebenso einen qualifizierten Rangrücktritt hätte erklären können, um die Überschuldung zu vermeiden. Hierfür sprach seine **persönliche Verbundenheit zum Unternehmen**.

Ich wünsche Ihnen eine besinnliche Weihnachtszeit und einen angenehmen Jahresausklang.

Rafael Meixner

GI News

BFH: Ausländische Steuerberatungsgesellschaften ohne Berufshaftpflichtversicherung sind nicht zur Steuerberatung im Inland befugt

Mit Urteil vom 21.7.2011 – II R 6/10 hat der Bundesfinanzhof (BFH) entschieden, dass eine in Großbritannien registrierte Steuerberatungsgesellschaft mit Niederlassungen in Belgien und den Niederlanden keine geschäftsmäßige Hilfe in Steuersachen für Steuerpflichtige in der Bundesrepublik Deutschland leisten darf, wenn sie nicht über eine Berufshaftpflichtversicherung oder einen anderen individuellen oder kollektiven Schutz in Bezug auf die Berufshaftpflicht verfügt.

Die Klägerin, eine englische Steuerberatungsgesellschaft, betreut von ihrem Büro in den Niederlanden aus Steuerpflichtige, die im Inland ansässig sind. Das deutsche Finanzamt wies sie als Bevollmächtigte einer GmbH zurück.

Der BFH verneinte eine Befugnis der Klägerin zur geschäftsmäßigen Hilfe in Steuersachen. Die Klägerin verfüge nicht über eine Berufshaftpflichtversicherung. Deshalb dürfe sie weder auf dem Gebiet der Bundesrepublik noch von den Niederlanden aus grenzüberschreitend geschäftsmäßige Hilfe in Steuersachen für deutsche Steuerpflichtige leisten. Dem stehe die unionsrechtlich gewährleistete Dienstleistungsfreiheit nicht entgegen. Die nach deutschem Recht bestehende Verpflichtung von Steuerberatungsgesellschaften, sich gegen die aus ihrer Berufstätigkeit ergebenden Haftpflichtgefahren für Vermögensschäden zu versichern, sei erforderlich, um Verbraucher als Empfänger der Dienstleistung zu schützen.

(BFH, *Urt. v. 21.7.2011 – II R 6/10*)

Pressemitteilung d. BGH v. 7.9.2011 ■

BFH: In Vollzeit ausgeübte Tätigkeit als angestellter Syndikus-Steuerberater ist mit dem Beruf des Steuerberaters vereinbar

Mit Urteil vom 9.8.2011 – VII R 2/11 hat der Bundesfinanzhof (BFH) entschieden, dass eine steuerberatende Tätigkeit im Angestelltenverhältnis auch bei Vollzeitbeschäftigung mit dem Beruf des Steuerberaters vereinbar ist und somit der Bestellung als Steuerberater nicht entgegensteht.

In dem vom BFH entschiedenen Fall hatte ein ehemaliger Steuerberater, der inzwischen steuerberatende Tätigkeiten für ein Unternehmen im Rahmen eines Angestelltenverhältnisses wahrnahm (sog. Syndikus-Steuerberater), seine Wiederbestellung als Steuerberater beantragt, was die beklagte Steuerberaterkammer abgelehnt hatte. Auch die hiergegen beim Finanzgericht (FG) erhobene Klage wurde abgewiesen. Das FG meinte, die Vollzeitbeschäftigung als

Syndikus-Steuerberater werde den Kläger in seiner ihm als selbstständiger Steuerberater obliegenden Pflicht zur unabhängigen Berufsausübung beeinträchtigen, weil er neben seiner Angestelltentätigkeit den Steuerberaterberuf nicht in nennenswertem Umfang, sondern lediglich als „Feierabendsteuerberater“ ausüben und auftretende Kollisionen zwischen seinem Hauptberuf als Angestellter und seiner Steuerberater Tätigkeit nicht eigenverantwortlich regeln könne.

Dieser Ansicht folgte der BFH nicht, sondern verpflichtete die Steuerberaterkammer, den Kläger als Steuerberater wiederzubestellen. Eine Tätigkeit als selbstständiger Steuerberater in nennenswertem Umfang könne nicht gefordert werden. Ebenso wie der hauptberufliche Steuerberater an Mindestarbeitszeiten nicht gebunden sei, sondern den Umfang seiner Tätigkeit frei bestimmen dürfe, könne der neben seiner Angestelltentätigkeit tätige Steuerberater den Umfang dieser Tätigkeit der ihm für den Nebenberuf zur Verfügung stehenden Zeit anpassen. Mit der 2008 in Kraft getretenen Änderung des Steuerberatungsgesetzes habe der Gesetzgeber die Angestelltentätigkeit als Syndikus-Steuerberater ohne eine Vorgabe zu ihrem Umfang als mit dem Beruf des Steuerberaters vereinbar angesehen, weshalb dieser sowohl haupt- als auch nebenberuflich ausgeübt werden könne. (BFH, *Urt. v. 9.8.2011 – VII R 2/11*)

Pressemitteilung d. BFH v. 26.10.2011 ■

Anwaltshaftung

- Sekundäranspruch als unselbstständiges Nebenrecht
 - Aussichtslose Klage
 - Einheitlicher Kostenschaden
 - Keine Verhandlung bei bloßer Benachrichtigung der Versicherung
- (BGH, *Urt. v. 3.2.2011 – IX ZR 105/10*)

Leitsätze:

1. Erhebt ein Rechtsanwalt hinsichtlich eines verjährten Anspruchs pflichtwidrig eine aussichtslose Klage, so liegt in der Einlegung eines Rechtsmittels gegen ein die Klage abweisendes Urteil keine einen neuen Schadenersatzanspruch auslösende Pflichtwidrigkeit, sondern lediglich ein auf der ursprünglichen rechtlichen Fehleinschätzung beruhendes weiteres Versäumnis, das – in unverjährter Zeit – die Anknüpfung für eine Sekundärhaftung bilden kann (*Fortführung von BGH, WM 2009, 283*).

2. Die Mitteilung eines Rechtsanwalts über die Einschaltung seiner Haftpflichtversicherung ist grundsätzlich nicht als Erörterung über den geltend gemachten Schadenersatzanspruch zu werten, wenn der Rechtsanwalt zugleich äußert, zur Haftung dem Grunde und der Höhe nach keine Erklärung abzugeben. ■

Zum Sachverhalt:

Die Klägerin, eine Immobiliengesellschaft, beauftragte einen Architekten mit Sanierungsarbeiten an einem ihr gehörenden Hausgrundstück. Nach dem Vorbringen der Klägerin standen ihr hieraus wegen fehlerhafter Tätigkeit Schadenersatzansprüche zu. Mit der Wahrnehmung ihrer Interessen betraute sie im Jahr 1998 die Beklagte zu 1), eine in der Rechtsform einer Partnerschaftsgesellschaft geführte Anwaltssozietät. Der Beklagte zu 2) betreute das Mandat. Er beantragte am 5.7.2000 gegen den Architekten den Erlass eines Mahnbescheids wegen eines Teilbetrags in Höhe von 527.393,94 EUR. Der Architekt legte gegen den Mahnbescheid am 10.9.2000 Widerspruch ein. Im September 2002 wurde das Verfahren auf Antrag der Klägerin, vertreten durch den Beklagten zu 2), an das Landgericht abgegeben und dort als Klageverfahren fortgeführt. Mit Urteil vom 26.2.2004 wies das Landgericht die Klage wegen nicht hinreichend substantiierter Darlegung des Schadens ab. Die hiergegen vom Beklagten zu 2) eingelegte Berufung wurde mit Urteil vom 17.3.2005 zurückgewiesen. Zur Begründung wurde ausgeführt, der geltend gemachte Ersatzanspruch sei spätestens Ende des Jahres 1999 verjährt. Auch die eingelegte Nichtzulassungsbeschwerde zum Bundesgerichtshof blieb ohne Erfolg.

Die Klägerin nimmt die Beklagten mit Klageschrift vom 21.4.2006 wegen fehlerhafter Beratung auf Ersatz des ihr entstandenen Schadens in Anspruch. (...)

Das Landgericht hat der Klage, welche den Beklagten am 11.12.2006 zugestellt wurde, nur hinsichtlich der nutzlos aufgewandten Prozesskosten stattgegeben und die weitergehende Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat auf die Berufung der Beklagten wegen eingetretener Verjährung die Klage insgesamt abgewiesen. Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihr Begehren auf Ersatz der Prozesskosten weiter. Die Revision der Klägerin hat keinen Erfolg. ■

Aus den Gründen:

I. Das Berufungsgericht, dessen Urteil in BauR 2010, 2134 veröffentlicht ist, hat ausgeführt, entgegen der Annahme des Landgerichts sei die von den Beklagten erhobene Einrede der Verjährung begründet, Maßgeblich sei die dreijährige Verjährungsfrist des § 51b BRAO a.F. Der geltend gemachte Schaden wegen Erhebung einer aussichtslosen Klage sei mit Eingang des Antrags beim Mahngericht, dem 5.7.2000, entstanden. Entscheidend sei der Zeitpunkt, an dem der Kläger Schuldner der Gerichtskosten werde, weil hierdurch der erste Teil des Kostenschadens entstehe. Die Gerichtsgebühr falle als Verfahrensgebühr bereits mit Eingang des Mahnbescheidsantrags beim Mahngericht an.

Die dreijährige Verjährungsfrist des § 51b BRAO sei mithin am 5.7.2003 abgelaufen. Allerdings habe für die Beklagten Veranlassung bestanden, die eigene Mandatsbehandlung mit Blick auf einen eigenen Pflichtenverstoß zu überprüfen und der Klägerin die Durchsetzbarkeit ihres Regressanspruchs zu ermöglichen. Der hierdurch begründete Sekundäranspruch sei jedoch am 5.7.2006 ebenfalls verjährt.

Entgegen der Annahme des Landgerichts sei der Lauf der Verjährungsfrist nicht durch Verhandlungen i.S.d. § 203 BGB gehemmt worden. Dem Schreiben der Beklagten vom 14.4.2005, mit dem sie sich bereit erklärt hätten, den Vorgang ihrer Haftpflichtversicherung vorzulegen, könne nicht die Bereitschaft zum Verhandeln entnommen werden. Die Beklagten hätten in diesem Schreiben unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass sie aus versicherungsrechtlichen Gründen keine Erklärung zur Haftungssituation dem Grunde und der Höhe nach abgeben könnten. Auch sei eine Hemmung durch ein Verhandeln zwischen der Klägerin und dem Haftpflichtversicherer der Beklagten nicht eingetreten. Dieser habe bereits mit seinem ersten Schreiben vom 21.12.2005 eine Haftung abgelehnt. Allenfalls könne eine kurzzeitige Hemmung zwischen der im Schreiben vom 19.1.2006 geäußerten Bitte um Fristverlängerung und dem anschließenden Ablehnungsschreiben der Haftpflichtversicherung vom 24.1.2006 in Betracht zu ziehen sein.

II. Diese Ausführungen halten rechtlicher Prüfung stand.

Mit Recht ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass der auf Ersatz der aufgewandten Prozesskosten gerichtete Schadenersatzanspruch der Klägerin verjährt ist.

Die Verjährung richtet sich noch nach dem durch das Verjährungsanpassungsgesetz mit Wirkung vom 15.12.2004 aufgehobenen § 51b BRAO. Die danach maßgebliche dreijährige Verjährungsfrist war im Zeitpunkt der Klageerhebung im Dezember 2006 (vgl. § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB, § 253 Abs. 1 ZPO) abgelaufen.

a) **Die Regelung des § 51b BRAO ist gemäß Art. 229 § 12 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. Art. 229 § 6 Abs. 1 Satz 2 EGBGB weiter anzuwenden, falls der primäre Schadenersatzanspruch vor dem 15.12.2004 entstanden ist.** Bestimmt sich die Verjährung des Primäranspruchs nach § 51b BRAO, so gilt diese Vorschrift auch für den **Sekundäranspruch**, weil er lediglich ein Hilfsrecht und **unselbstständiges Nebenrecht** des primären Regressanspruchs bildet (BGH, Urt. v. 7.2.2008 – IX ZR 149/04, WM 2008, 946 Rdnr. 30, 33; v. 13.11.2008 – IX ZR 69/07, WM 2009, 283 Rdnr. 8; Zuehör in Zuehör/Fischer/Sieg/Schlee, Handbuch der Anwaltshaftung 2. Aufl., Rdnr. 1265).

b) Der Schadenersatzanspruch der Klägerin ist spätestens mit Einreichung des Antrags auf Erlass eines Mahnbescheids beim Amtsgericht am 5.7.2000 und damit vor dem 15.12.2004 entstanden. Der Kostenschaden verwirklicht sich bereits **durch die Erhebung einer aussichtslosen Klage**, weil damit ein erster Teil des Schadens in Form der Gerichtskosten entsteht, für die der Kläger als Zweitschuldner haftet (BGH, Urt. v. 7.2.1995 – X ZR 32/93, NJW 1995, 2039, 2041; v. 21.6.2001 – IX ZR 73/00, NJW 2001, 3543, 3545, insoweit in BGHZ 148, 156 ff nicht abgedr.; v. 13.11.2008 – IX ZR 69/07, a.a.O., Rdnr. 9). Für die Einreichung eines **aussichtslosen Antrags auf Erlass eines Mahnbescheids** gilt nichts anderes, weil auch hier die Gerichtskosten mit Zugang beim Gericht fällig werden (§ 6 GKG, vgl. Zöller/Vollkommer, ZPO 28. Aufl., vor § 688 Rdnr. 20).

Der aus dem behaupteten Beratungsfehler der Beklagten erwachsene **Kostenschaden** ist hierbei als **einheitliches Ganzes** aufzufassen. Daher läuft für den Anspruch auf Ersatz dieses Schadens einschließlich aller weiterer adäquat verursachter, zurechenbarer und voraussehbarer Nachteile eine einheitliche Verjährungsfrist, sobald irgendein Teilschaden entstanden ist (BGH, Urt. v. 18.12.1997 – IX ZR 180/96, WM 1998, 779, 780 m.w.N.; v. 21.2.2002 – IX ZR 127/00, WM 2002, 1078, 1080; v. 7.2.2008 – IX ZR 198/06, WM 2008, 1612 Rdnr. 31). Die dreijährige Verjährungsfrist war gerechnet von der am 5.7.2000 bewirkten Einreichung des Antrags auf Erlass eines Mahnbescheids bereits am 7.7.2003 und damit lange vor der hier am 11.12.2006 erfolgten Klagezustellung abgelaufen.

c) Entgegen der Ansicht der Revision liegt weder in der Einlegung der Berufung gegen das erstinstanzliche Urteil durch den Beklagten zu 2) noch in der Vorbefassung der Beklagten bei der Frage, ob eine Nichtzulassungsbeschwerde gegen das Berufungsurteil eingelegt werden soll, eine einen neuen Primäranspruch auslösende Pflichtwidrigkeit der beklagten Rechtsanwältin. Wie der Senat bereits entschieden hat, ist hierin lediglich **ein auf der ursprünglichen rechtlichen Fehleinschätzung beruhendes weiteres Versäumnis**, das – in unverjährter Zeit – die Anknüpfung für eine **Sekundärhaftung** bilden kann, zu sehen (vgl. BGH, Urt. v. 13.11.2008 – IX ZR 69/07, a.a.O., Rdnr. 9).

d) Die in Betracht kommenden Sekundäransprüche der Klägerin sind vor der Klageerhebung ebenfalls verjährt. **Sekundäransprüche verjähren, wenn sich die Verjährung des Primäranspruchs nach § 51b BRAO richtet, ebenfalls nach dieser Vorschrift** (BGH, Urt. v. 13.11.2008 – IX ZR 69/07, a.a.O., Rdnr. 8). Die dreijährige Verjährungsfrist beginnt grundsätzlich mit der Vollendung der Verjährung des Primäranspruchs, weil damit der durch die sekundäre Pflichtverletzung verursachte Schaden eintritt. Damit ist hinsichtlich der Sekundärhaftung zum 7.7.2006 Verjährung eingetreten.

2. Im Rahmen revisionsrechtlich nicht zu beanstandender tatrichterlicher Würdigung des Prozessstoffes, insbesondere des Schreibens der Beklagten vom 14.4.2005, konnte das Berufungsgericht davon ausgehen, dass im Anschluss an das vorgenannte Schreiben **keine Verhandlungen** zwischen den Parteien einschließlich der Haftpflichtversicherung der Beklagten i.S.d. **§ 203 BGB** geführt wurden.

a) Für ein Verhandeln im vorgenannten Sinn genügt, wie schon bei § 852 Abs. 2 BGB a.F., jeder **Meinungsaustausch über den Schadenfall** zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten, sofern nicht sofort und eindeutig jeder Ersatz abgelehnt wird. Verhandlungen schweben schon dann, wenn der in Anspruch Genommene Erklärungen abgibt, die dem Geschädigten die Annahme gestatten, der Verpflichtete lasse sich auf Erörterungen über die Berechtigung von Schadenersatzansprüchen ein (BGH, Urt. v. 8.5.2001 – VI ZR 208/00, NJW-RR 2001, 1168, 1169; v. 26.10.2006 – VII ZR 194/05, NJW 2007, 587 Rdnr. 10; v. 1.2.2007 – IX ZR 180/04, NJW-RR 2007, 1358 Rdnr. 32; v. 14.7.2009 – XI ZR 18/08, WM 2009, 1597 Rdnr. 16).

Dafür kann zunächst genügen, dass der Anspruchsgegner mitteilt, er habe die Angelegenheit seiner Haftpflichtversicherung zur Prüfung übersandt (vgl. BGH, Urt. v. 7.10.1982 – VII ZR 334/80, NJW 1983, 162, 163; v. 1.2.2007 – IX ZR 180/04, a.a.O.).

b) Von diesen Rechtsgrundsätzen ist das Berufungsgericht ausgegangen. Entgegen der Ansicht der Revision kann ihm bei seiner Würdigung der einzelnen Umstände weder ein Verstoß gegen § 286 Abs. 1 ZPO noch eine Verletzung der Auslegungsgrundsätze nach §§ 133, 157 BGB angelastet werden.

Aufgrund des Erklärungsgehalts des Schreibens vom 14.4.2005 konnte es davon ausgehen, dass die Beklagten – gerade im Hinblick auf ihre **versicherungsrechtlichen Obliegenheiten** – nicht in einen Meinungsaustausch über den von der Klägerin geltend gemachten Schadenfall eintreten wollten. Aus der Formulierung der Beklagten, dass sie „zur **Haftungssituation dem Grunde und der Höhe nach keinerlei Erklärungen abgeben**“ werden, war für die Klägerin als Handelsgesellschaft eindeutig erkennbar, dass die Beklagten weder gegenwärtig noch zukünftig bereit sind, über die Berechtigung der geltend gemachten Ansprüche zu sprechen. Darin kann eine sofortige und eindeutige Ablehnung im Sinn der vorgenannten Rechtsgrundsätze, wie vom Berufungsgericht angenommen, gesehen werden.

Im Hinblick auf diese Erklärung sowie die Ergänzung, dass die Prüfung der Sach- und Rechtslage ausschließlich durch die Haftpflichtversicherung erfolge, war ferner eindeutig geklärt, dass auch etwaige Erörterungen oder gar Verhandlungen zur Sache ausschließlich deren Angelegenheit seien. Die Bereitschaft, **den Vorgang der Versicherungsgesellschaft vorzulegen**, konnte unter diesen Umständen von der geschäftserfahrenen Klägerin **nicht als Beginn von Verhandlungen** oder einer entsprechenden Gesprächsbereitschaft gewertet werden.

Soweit die Revision den Aussagegehalt des Schreibens der Beklagten vom 14.4.2005 im Sinn einer unmittelbaren Verhandlungsbereitschaft deutet, ersetzt sie im Übrigen die in der Zuständigkeit des Tatrichters liegende Auslegung durch ihre eigene, was revisionsrechtlich nicht zulässig ist. Hinzu kommt, dass die Beklagten mit ihrem Schreiben vom 15.4.2005, mit dem das Telefax der Klägerin vom selben Tag beantwortet wurde, darauf hingewiesen haben, ihnen sei nicht erkennbar, welche Forderung die Klägerin überhaupt geltend machen will. Auch hieraus konnte die Klägerin erkennen, dass mangels hinreichender Konkretisierung eine Gesprächsaufnahme aufseiten der Haftpflichtversicherung unter diesen Umständen noch nicht in Erwägung zu ziehen war.

Bei diesem Ergebnis kann offenbleiben, ob unter dem Gesichtspunkt der Schadeneinheit die Verjährung auch für die Prozesskosten zu einem früheren Zeitpunkt als der Eingang des Mahnantrags zu laufen begonnen hat. ■

Steuerberaterhaftung

- Verjährung
- Sammelbescheid
- Selbstständig anfechtbare Regelungsgegenstände (BGH, Urt. v. 21.10.2010 – IX ZR 170/09)

Leitsatz:

Legt ein Steuerberater gegen einen Sammelbescheid mit mehreren selbstständig anfechtbaren Regelungsgegenständen einen Einspruch ein, der eindeutig auf einen Teil des angefochtenen Sammelbescheids beschränkt ist, so beginnt die Verjährung eines hieraus folgenden Schadenersatzanspruchs mit dem Ablauf der Einspruchsfrist, selbst wenn zwischen dem Mandanten und dem Finanzamt später Streit über den Umfang der Anfechtung entsteht. ■

Zum Sachverhalt:

Die Kläger nutzten, zunächst als Leasingnehmer, in Gesellschaft bürgerlichen Rechts während der Jahre 1997 bis 2001 ein Flugzeug zur Personenbeförderung, mit dem sie in dem gesamten Zeitraum Verluste erwirtschafteten. Der Leasingvertrag wurde am 17.1.2000 von der Leasinggeberin gekündigt.

Im Zuge einer Betriebsprüfung bei der Gesellschaft kam die Finanzverwaltung zu dem Ergebnis, dass das Flugzeug ohne die Absicht genutzt worden sei, mit der Nutzung Einnahmen zu erzielen, und die Verluste der Jahre 2000 und 2001 nach Kündigung des Leasingvertrages den Klägern nicht mehr zuzurechnen seien. Das Finanzamt München I erließ daraufhin am 22.7.2004 einen Sammelbescheid, welcher die Verluste der Kläger für 1997 gegenüber der Erstveranlagung herabsetzte, die Verluste der Jahre 1997 bis 1999 von solchen aus gewerblicher Tätigkeit in solche aus Vermietung und Verpachtung änderte und die Einkünfte der Jahre 2000 und 2001 auf Null feststellte.

Hiergegen erhoben die von der beklagten Steuerberatungsgesellschaft vertretenen Kläger unter dem 11.8.2004 Einspruch. In dem Einspruchsschreiben der Beklagten hieß es im Betreff: „Feststellungsbescheid über gesonderte und einheitliche Feststellung der Einkünfte 1997, 1998, 1999 vom 22.7.2004.“ Im Text lautete das Einspruchsschreiben wie folgt: „Gegen oben genannten Steuerbescheid wird Einspruch eingelegt. Begründung folgt bis spätestens 31.8.2004.“ Diese Begründung, die vom 19.9.2004 datierte, bezog sich auf den gesamten Feststellungszeitraum von 1997 bis 2001.

Das Finanzamt teilte der Beklagten durch Schreiben vom 11.2.2005 mit, der Einspruch sei verspätet, soweit er sich auf die Jahre 2000 und 2001 beziehe, und wies allgemein auf die Möglichkeit einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§ 110 AO) hin. Einen solchen Antrag stellte die Beklagte nicht. Am 5.3.2005 lehnte das Finanzamt auch die beantragte Aussetzung der Vollziehung der Grundlagenbescheide

für die Jahre 2000 und 2001 ab. Der hiergegen erhobene Antrag auf gerichtliche Entscheidung blieb nach Beschluss des Finanzgerichts München vom 20.7.2005 erfolglos. Die Einsprüche der Kläger gegen den Sammelbescheid vom 22.7.2004, die im Übrigen zur Rückänderung der Feststellungen führten, wurden für die Jahre 2000 und 2001 durch Einspruchsbescheid vom 28.2.2007 verworfen. Über die hiergegen erhobene finanzgerichtliche Klage ist noch nicht entschieden.

Im vorliegenden Rechtsstreit nehmen die Kläger die Beklagte auf Ersatz ihres Steuerschadens in Anspruch, den sie infolge des Wegfalls einkommensmindernder Verluste aus der Flugzeugnutzung in den Jahren 2000 und 2001 erlitten zu haben behaupten. Die Beklagte hat neben ihrer anderweitigen Rechtsverteidigung die Verjährungseinrede erhoben.

Das Landgericht hat die Beklagte zum Schadenersatz verurteilt. Das Oberlandesgericht hat die Klage wegen Verjährung abgewiesen und die Revision nur wegen der Frage des Verjährungsbeginns der Haftung des Steuerberaters bei objektiv vorhandener, subjektiv aber zweifelhafter Versäumung der Einspruchsfrist zugelassen. Mit ihrer Revision erstreben die Kläger die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils. Die Revision ist unbegründet. Die Ausführungen des Berufungsgerichts halten vollen Umfangs rechtlicher Prüfung stand. ■

Aus den Gründen.

I. Die unzulässig beschränkte Zulassung der Revision durch das Berufungsgericht wirkt als unbeschränkte Zulassung (vgl. BGH, Urt. v. 5.4.2005 – XI ZR 167/04, ZIP 2005, 1024 f.; v. 4.4.2006 – VI ZR 151/05, NJW-RR 2006, 1098, 1099 Rdnr. 8; v. 21.9.2006 – I ZR 2/04, NJW-RR 2007, 182, 183 f. Rdnr. 19 ff, st. Rspr.). Die Zulassung der Revision kann wirksam nicht auf einzelne Rechtsfragen, sondern nur auf einen tatsächlich und rechtlich selbstständigen Teil des Streitstoffs beschränkt werden, welcher Gegenstand eines Teilurteils oder Grundurteils sein und auf den auch der Revisionskläger sein Rechtsmittel beschränken könnte (BGHZ 101, 276, 278; 111, 158, 166; 182, 241, 243 Rdnr. 11; BGH, Urt. v. 3.3.2005 – IX ZR 45/04, BGH-Report 2005, 867, 868 unter 2. c); v. 12.5.2010 – VIII ZR 96/09, juris Rdnr. 21, st. Rspr.). Das hat das Berufungsgericht missachtet. Die gegen die teilweise Nichtzulassung der Revision erhobene Beschwerde ist damit gegenstandslos (BGH, Urt. v. 10.5.2005 – XI ZR 128/04, juris Rdnr. 7).

II. Die mit Wirkung vom 15.12.2004 durch Art. 16 Nr. 2 des Gesetzes zur Anpassung von Verjährungsvorschriften an das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 9.12.2004 (BGBl I, 3214) aufgehobene Vorschrift des § 68 StBerG a.F. ist gemäß Art. 229 § 12 Abs. 1 Nr. 13, Satz 2 und § 6 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3 EGBGB für den Verjährungsbeginn weiter anzuwenden, wenn der (primäre) Schadenersatzanspruch vor dem 15.12.2004 entstanden ist (vgl. BGH, Urt. v. 13.11.2008 – IX ZR 69/07, WM 2009, 283, 284 Rdnr. 8 zu § 51b BRAO a.F.; v. 17.12.2009 – IX ZR 4/08, WM 2010, 629 Rdnr. 6; v. 23.9.2010 – IX ZR 26/09, z.V.b.). Eine solche Anspruchs-entstehung in altrechtlicher Geltungszeit hat das Berufungs-

gericht zu Recht angenommen. Die Dauer der Verjährung bestimmt sich nach § 195 BGB – in Übereinstimmung mit der früheren Regelung des § 68 StBerG – auf drei Jahre. Die längere Sekundärverjährung kann hier nicht zugrunde gelegt werden, weil ihre Voraussetzungen nicht bestehen. Die Kläger hatten noch während der ersten drei Jahre nach dem Anlaufen der Verjährung Rechtsanwälte damit beauftragt, ihren Schaden gegenüber der Beklagten zu regulieren (vgl. BGHZ 129, 386, 392; BGH, Urt. v. 14.12.2000 – IX ZR 332/99, WM 2001, 736, 739 unter IV. 2.; Teilurt. v. 29.6.2006 – IX ZR 227/02, juris Rdnr. 10, st. Rspr.). Danach war der Anspruch bei Klageerhebung bereits verjährt.

1. Wenn der Steuerberater einen fehlerhaften Rat zur steuerlichen Gestaltung betrieblicher oder persönlicher Verhältnisse erteilt und dieser sich in einem für den Mandanten nachteiligen Steuerbescheid niedergeschlagen hat, ist nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs eine als Schaden anzusehende Verschlechterung der Vermögenslage des Mandanten grundsätzlich **erst mit der Bekanntgabe des Bescheids** eingetreten. Das gilt für alle Schadenfälle in Steuersachen, gleichgültig, ob die Schadenursache dazu führt, dass gegen den Mandanten ein Leistungsbescheid der Finanzbehörde ergeht oder ein Steuervorteil durch einen grundlegenden Feststellungsbescheid versagt wird (BGHZ 119, 69, 72 f.; 129, 368, 388; BGH, Urt. v. 3.11.2005 – IX ZR 208/04, WM 2006, 590, 591; v. 13.12.2007 – IX ZR 130/06, WM 2008, 611, 612 Rdnr. 11). Von welchen tatsächlichen oder rechtlichen Umständen die dem Steuerpflichtigen ungünstige Entscheidung im Einzelfall abhängt, ist danach rechtlich unerheblich. Es kommt grundsätzlich nicht darauf an, welcher Art der vom Steuerberater zu verantwortende, für den nachteiligen Steuerbescheid ursächlich gewordene Fehler ist (BGH, Urt. v. 3.11.2005 – IX ZR 208/04, a.a.O.; v. 13.12.2007 – IX ZR 130/06, a.a.O.). Diese Rechtsprechung beruht im Wesentlichen darauf, dass es sich nicht allgemein voraussehen lässt, ob die Finanzbehörde einen steuerlich bedeutsamen Sachverhalt aufdeckt, welche Tatbestände sie aufgreift und welche Rechtsfolgen sie aus ihnen herleitet (BGH, Urt. v. 12.2.2004 – IX ZR 246/02, WM 2004, 2034, 2037, v. 3.11.2005 – IX ZR 208/04, a.a.O.).

2. Diese Grundsätze für die Entstehung des Schadenersatzanspruchs gegen einen Steuerberater und den damit einhergehenden Verjährungsbeginn gelten nicht nur bei einer Haftung wegen fehlerhafter Gestaltungsberatung. Die Entstehung des Schadenersatzanspruchs in der Beraterhaftung hat der Bundesgerichtshof auch bei der Verletzung verfahrensrechtlicher Pflichten vom Schadeneintritt abhängig gemacht, ein bloßes Schadenrisiko hierfür jedoch nicht ausreichen lassen. So war die Verjährung der Rechtsanwaltschaft in Lauf gesetzt, sobald dieser den Einspruch gegen ein Versäumnisurteil **zweifelsfrei** hatte verfristen lassen (BGH, Urt. v. 21.9.1995 – IX ZR 228/94, WM 1996, 35, 38 unter II. 1.). Umgekehrt hat der Bundesgerichtshof in einem Fall entschieden, in dem trotz Versäumung einer Ausschlussfrist aufgrund mehrerer Umstände zunächst noch ungewiss war, ob sich aus diesem Fehler des Steuerberaters ein Schaden des Mandanten ergab (vgl. BGH, Urt. v. 3.11.2005 – IX ZR 208/04, a.a.O., unter II. 2. a)).

Im Licht dieser Abgrenzung ist auch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum **Verjährungsbeginn** der Steuerberaterhaftung **bei unterlassenem oder unzureichend begründetem Einspruch** gegen einen Festsetzungs- oder Feststellungsbescheid des Finanzamts zu sehen. **Besteht die Pflichtwidrigkeit des Steuerberaters darin, dass der gebotene Einspruch gegen einen Feststellungsbescheid unterblieben ist, so entsteht der Schaden mit Ablauf der Einspruchsfrist** (BGH, Urt. v. 20.6.1996 – IX ZR 100/95, WM 1996, 2066, 2067 unter II. 1. a)). **Begeht der Steuerberater Fehler innerhalb des Einspruchsverfahrens, so beginnt die Verjährung seiner Haftung mit der Bekanntgabe des hierauf beruhenden Einspruchsbescheids** (BGH, a.a.O., unter II. 1. b); Urt. v. 12.2.1998 – IX ZR 190/97, WM 1998, 786, 788 unter II. 2.).

3. Im Streitfall hat die Beklagte Einspruch gegen den Sammelfeststellungsbescheid vom 22.7.2004 für die Gesellschaft bürgerlichen Rechts der Kläger erhoben. Wegen der Nennung der Veranlagungszeiträume 1997, 1998 und 1999 im Betreff des Einspruchsschreibens vom 11.8.2004 kam jedoch infrage, dass die im angefochtenen Sammelbescheid weiterhin getroffenen Feststellungen für die Veranlagungszeiträume 2000 und 2001 durch die scheinbar **beschränkte Anfechtung** in Bestandskraft erwachsen. **Das Berufungsgericht hat diese Sachlage verjährungsrechtlich einem unterbliebenen Einspruch gleichgestellt. Das ist nach Sinn und Zweck der Risiko-Schaden-Formel rechtlich nicht zu beanstanden.**

Gewinnfeststellungsbescheide bei Mehrpersonenbeteiligung gemäß § 180 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a) AO für eine Anzahl von Jahren enthalten nach ihrem Inhalt teilbare Regelungsgegenstände, und zwar nicht nur zur Höhe der Gewinne in den einzelnen Veranlagungszeiträumen, sondern jeweils auch für die Einkunftsart und die Gewinnzurechnung. Das lässt für eine Teilanfechtung jeder selbstständigen Einzelregelung innerhalb solcher Bescheide Raum (vgl. BFHE 159, 4, 10 unter C. II. 3.). Einspruch und Klage sind darauf, ob und wie weit der Rechtsmittelführer mit seiner Verfahrenshandlung Teilbestandskraft herbeiführen möchte, nach allgemeinen Grundsätzen auszulegen (vgl. BFH, a.a.O., 10 f. unter C. II. 4.). Geht es um die Anfechtung eines Einkommensteuerbescheids, in welcher ein bestimmter Ermäßigungsbetrag genannt wird, so kann regelmäßig nicht davon ausgegangen werden, dass im Übrigen Teilbestandskraft herbeigeführt werden soll (BFH, a.a.O., 11 ff. unter C. III.; BFHE 167, 279, 284 unter 1. d)).

Zutreffend hat das Finanzgericht München in seiner ablehnenden Entscheidung vom 20.7.2005 (12 V 1803/05) über den Antrag der Kläger auf Aussetzung der Vollziehung hervorgehoben, dass dieser Auslegungsgrundsatz – im Regelfall bei Angriff auf eine Besteuerungsgrundlage und einen beziferten Antrag kein teilweiser Einspruchsverzicht – nicht auf die Vielzahl selbstständig anfechtbarer Feststellungen eines Sammelbescheids wie hier desjenigen vom 22.7.2004 übertragen werden konnte.

Der erkennende Senat hat die Verfahrenserklärung der aus den Klägern bestehenden Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Einspruchsschreiben der Beklagten vom 11.8.2004 eigen-

ständig zu würdigen und ist hierbei weder an die tatrichterliche Beurteilung des Finanzgerichts noch des Berufungsgerichts gebunden.

Der Einspruch soll bereits bei seiner Einlegung nach § 357 Abs. 3 Satz 1 und 2 AO den Verwaltungsakt bezeichnen, gegen den er sich richtet, und den Umfang der beabsichtigten Anfechtung. Dem ist die Beklagte in ihrem Einspruchsschreiben vom 11.8.2004 nachgekommen. Ihr Hinweis auf die demnächst nachfolgende Begründung des Rechtsbehelfs konnte hier nicht so verstanden werden, dass nach unbeschränkter Rechtsbehelfseinlegung erst dort – wie regelmäßig im Rechtsmittelverfahren nach der Zivilprozessordnung – die abschließende Konkretisierung der Anfechtungsgegenstände erfolgen sollte. **Die Nennung der Steuerjahre 1997, 1998 und 1999 im Betreff des Einspruchsschreibens hatte nur dann Sinn, wenn das Rechtsmittel nach dem Willen der Kläger auf diese Veranlagungszeiträume beschränkt werden sollte.** Für diese Auslegung sprach schließlich, dass die Feststellungen des angefochtenen Sammelbescheids für die Jahre 2000 und 2001 infolge der Kündigung des Leasingvertrages noch andere Tat- und Rechtsfragen aufwarfen als die Bescheide für 1997 bis 1999.

Demgegenüber konnte die Tatsache, dass es einen Sammelbescheid über die gesonderte und einheitliche Feststellung der Einkünfte vom 22.7.2004 nur für die Veranlagungszeiträume 1997, 1998 und 1999 nicht gab, sondern dieser Bescheid die Jahre 1997 bis 2001 umfasste, an dem Umfang der nur auf einen Teil beschränkten Anfechtung keinen Zweifel erwecken. Das Gleiche gilt für den Umstand, dass es bei einer Teilanfechtung des ergangenen Sammelbescheids rechtlich hätte genauer sein können, dann als Anfechtungsgegenstand die Einzelbescheide für 1997, 1998 und 1999 zu bezeichnen, den Rechtsbehelf also sprachlich nicht auf einen einzelnen Bescheid (im Singular) zu beziehen. Solche begrifflichen Ungenauigkeiten kommen jedoch nicht selten vor. Sie konnten an der klaren Beschränkung des Anfechtungsumfangs durch Nennung der betroffenen Jahre 1997, 1998 und 1999 nicht vorbeiführen. Da das Einspruchsschreiben von einem fachkundigen Steuerberater unterzeichnet war, brauchte die Finanzverwaltung auch mit einer ungeschickten oder den Willen des Mandanten verfälschenden Fassung des Schreibens nicht zu rechnen.

Danach bestand für die Kläger bei Ablauf der Einspruchsfrist wegen der mangelhaften Fassung des Einspruchsschreibens vom 11.8.2004 kein bloßes Schadenrisiko, welches die Haftpflicht der Beklagten noch nicht entstehen ließ und folglich auch die Verjährung des gegen sie gerichteten Schadenersatzanspruchs nicht in Lauf setzte. Der Schaden war vielmehr – wie beim Unterbleiben eines Einspruchs – bei Ablauf der Rechtsbehelfsfrist bereits eingetreten. Er wurde durch das Schreiben des Finanzamts München I vom 11.2.2005, welches einen fristgerechten Einspruch gegen den Bescheid vom 22.7.2004 für die Jahre 2000 und 2001 verneinte, und das weitere Schreiben vom 5.3.2005, in welchem für die Jahre 2000 und 2001 die beantragte Aussetzung der Vollziehung mit der Begründung abgelehnt wurde, es fehle insoweit an einem zulässigen Einspruch, nur bestätigt.

Die Möglichkeit, mithilfe eines **Wiedereinsetzungsgesuchs** auf das Schreiben des Finanzamts München I vom 11.2.2005 den durch die Versäumung der Einspruchsfrist gegen die Feststellungen für die Jahre 2000 und 2001 eingetretenen Schaden vielleicht wieder zu beseitigen, **rechtfertigt es nicht, den Verjährungsbeginn entsprechend hinauszuschieben oder die Verjährung wegen des Absehens von einem solchen Antrag erneut anlaufen zu lassen** (vgl. BGH, Beschl. v. 28.3.1996 – IX ZR 197/95, WM 1996, 1108, 1109 a.E.).

Die vom Berufungsgericht als Zulassungsgrund angesehene Rechtsfrage, ob Zweifel der Kläger daran, dass die Einspruchsfrist gegen den Sammelbescheid vom 22.7.2004 wegen der Feststellungen für die Jahre 2000 und 2001 versäumt worden sei, den Verjährungsbeginn hinausschoben, ist nach § 68 StBerG a.F. offensichtlich zu verneinen. Subjektive Zweifel dieser Art mögen den Klägern die Schadenkenntnis verwehrt haben. Darauf kam es aber altrechtlich gerade nicht an.

4. Die Revision rügt ferner vergeblich, das Berufungsgericht habe die Erklärungen der Beklagten gegenüber den anwaltlichen Bevollmächtigten der Kläger fehlerhaft nicht als verjährungsunterbrechendes Anerkenntnis gemäß § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB n.F. gewertet und dabei Teile des Klägervortrags übergangen. Wenn das Berufungsgericht auf die zugesagte Unterstützung der Beklagten bei der Schadenminderung nicht gesondert eingegangen ist, so lässt dies nicht darauf schließen, dass es diesen Vortrag unberücksichtigt gelassen hat. Denn an dem Auslegungsergebnis ändert er nichts.

Ein Anerkenntnis der Beklagten hätte vorausgesetzt, dass sie zum Ausdruck gebracht hätte, ihrer Ansicht nach sei der verspätete Einspruch jedenfalls begründet gewesen, so dass es tatsächlich zu einem sonst vermiedenen Steuerschaden der Kläger gekommen sei. Die Erklärung ihres Geschäftsführers, es werde mit der Begleichung des durch ihn entstandenen Schadens keine Probleme geben, er habe den Schaden bereits seiner Haftpflichtversicherung gemeldet, bezog sich jedoch auf das Deckungsverhältnis.

Nach dem vorgetragenen Inhalt der beiderseitigen Erklärungen und weil im Haftpflichtverhältnis die haftungsausfüllende Kausalität des Fehlers der Beklagten nicht angesprochen worden ist, hat das Berufungsgericht auch eine Hemmung der Verjährung durch Verhandlungen gemäß § 203 Satz 1 BGB n.F. zutreffend verneint.

Die Beklagte war nach den Umständen letztlich nicht durch § 242 BGB gehindert, sich auf die eingetretene Verjährung zu berufen. Es lag auf der Hand, dass man für die Frage, ob überhaupt ein ersatzfähiger Haftpflichtschaden bestehen blieb, den rechtskräftigen Ausgang des Steuerrechtsstreits zwischen der Klägerin und dem Finanzamt abwarten musste. So gesehen war es auch nicht dringlich, zur Pflichtwidrigkeit der Beklagten abschließend Stellung zu nehmen. Mit Recht hat das Berufungsgericht deshalb keinen genügenden Anhalt dafür gesehen, dass die Beklagte schutzwürdiges Vertrauen der Kläger darauf erweckt hat, die Verjährungseinrede nicht erheben zu wollen. ■

Mittelverwendungskontrollvertrag

- Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten der Anleger
- Prüfungs- und Hinweispflichten
- Rechtliche Durchführbarkeit
- Wirtschaftlich sinnvolles Anlagemodell
- Prospektprüfungsgutachten
- Geldwäsche

(OLG Stuttgart, Urt. v. 21.6.2011 – 12 U 26/11)

Leitsätze:

1. Ein Mittelverwendungskontrollvertrag entfaltet jedenfalls dann Schutzwirkung für Anleger, wenn der Vertrag im Emissionsprospekt abgedruckt ist und der Mittelverwendungskontrollleur hiervon Kenntnis hat.

2. Der Mittelverwendungskontrollleur ist aus dem Mittelverwendungskontrollvertrag nicht verpflichtet, den Anleger darauf hinzuweisen, dass er das Prospektprüfungsgutachten erstellt hat. ■

Aus den Gründen:

A. 1. Die Klägerin verlangt nach einem gescheiterten Anlagemodell von der als Prospektprüferin tätigen und mit der Mittelverwendungskontrolle befassten beklagten Wirtschaftsprüfungsgesellschaft Schadenersatz.

Im Dezember 2003 wurde die M. (im Folgenden: M.I.) gegründet. Gründungsgesellschafterin waren die D.P.M. AG als Komplementärin und die G.B. GmbH (im Folgenden: G.) als Kommanditistin mit einem Anteil von 500 EUR. Gegenstand des Unternehmens sollte insbesondere der Erwerb, das Halten und die Veräußerung von Wertpapieren und Fondsanteilen sowie die Beteiligung im Bereich Private Equity als direkte Investitionen jeweils im eigenen Namen und auf eigene Rechnung sein. Die M.I. plante, von privaten Anlegern als Kommanditkapital 200 Mio. EUR einzuwerben. Das Kapital der Anleger sollte von der G. als Treuhänderin gehalten werden. Als Emissionsdienstleistungsgesellschaft war die D.D.V. AG (im Folgenden: D.) eingeschaltet.

Die Beklagte bestätigte am 17.12.2003 einen ihr von der M.I. erteilten Auftrag, den Emissionsprospekt gemäß dem IDW-Standard zu beurteilen. Sie kam in ihrem Gutachten vom 26.5.2004 zu dem Ergebnis, der Prospekt enthalte mit hinreichender Sicherheit die für die Entscheidung des Anlegers wesentlichen Aspekte der Kapitalanlage richtig, vollständig und verständlich. Für die Prospektprüfung erhielt die Beklagte von der M.I. eine Vergütung in Höhe von 98.600 EUR.

Darüber hinaus schloss die Beklagte mit dem M.I. auch einen Mittelverwendungskontrollvertrag, der am 31.12.2004 endete. Danach sollten die Mittel der Anleger auf einem Undkonto eingezahlt werden, über das die M.I. nur mit Zustimmung der Beklagten verfügen durfte. Die Beklagte durfte Mittel nur freigeben, wenn die in Ziffer 2 des Vertrages geregelten Voraussetzungen erfüllt waren.

Wegen der Einzelheiten der Vereinbarung wird auf den im Prospekt auf Seite 103 f. abgedruckten Vertrag verwiesen. Die Beklagte erhielt für die Mittelverwendungskontrolle eine Vergütung in Höhe von 133.800 EUR.

Die Klägerin zeichnete am 13.10.2004, ohne dass ihr der Prospekt bzw. das Prospektprüfungsgutachten bekannt waren, eine Beteiligung an der M.I. für die Dauer von 30 Jahren. Es sollte eine Einmalanlage von 3.000 EUR zuzüglich 150 EUR Agio und monatlichen Zahlungen von 100 EUR zuzüglich 5 % Agio bezahlt werden. Die Beteiligung über nominal insgesamt 40.950 EUR wurde am 25.10.2004 angenommen. Die Klägerin bezahlte den Einmalbetrag von 3.150 EUR sowie 8 Monatsraten zu je 105 EUR, mithin insgesamt 3.990 EUR.

Mit Schreiben vom 26.10.2004 teilte die BaFin der M.I. mit, dass sie die Geschäftstätigkeit als unzulässiges Betreiben eines Finanzkommissionsgeschäfts i.S.v. von § 1 Abs. 1 Satz 4 Nr. 4 KWG ansehe. Daraufhin legte der M.I. am 27.10.2004 einen geringfügig geänderten Emissionsprospekt auf. Nach Erörterungen zwischen Mitarbeitern der BaFin und der M.I. hat die BaFin schließlich mit Verfügung vom 15.6.2005 die unverzügliche Abwicklung der unerlaubt betriebenen Bankgeschäfte angeordnet und Rechtsanwalt H. zum Abwickler bestellt. Der Abwickler stellte am 2.8.2005 Insolvenzantrag, woraufhin am 15.9.2005 über das Vermögen der M.I. das Insolvenzverfahren eröffnet wurde.

Die Klägerin hat vorgetragen, im Prospekt seien Tatsachen, Umstände und Risiken im Zusammenhang mit der Beteiligung nicht, nicht richtig oder irreführend dargestellt. Das Geschäftsmodell sei wegen verbotswidrigen Betriebens eines nach KWG erlaubnispflichtigen Geschäfts nicht durchführbar gewesen. Kosten für den Vertrieb seien als Investitionen in die Vertriebsorganisation der I. GmbH & Co. (im Folgenden: I.) verschleiert worden. Entgegen der Aussage im Prospekt habe diese Gesellschaft von Beginn der Tätigkeit an kein Vollsortiment von konkurrenzfähigen Finanzprodukten anbieten können. Vielmehr sei zunächst ein hoher finanzieller Aufwand erforderlich gewesen, um Vertriebsmitarbeiter zu werben. Indes seien entgegen den Angaben im Prospekt keine Exklusivvertreter geworben worden, sondern – wie von Anfang an geplant – Mehrfachagenten, weshalb die Beteiligung nahezu wertlos gewesen sei. Die erheblichen Verflechtungen der M.I. mit den Unternehmen der G. Gruppe und den aus diesem Bereich stammenden Vertriebsorganisationen, insbesondere der D. und der F.F. AG, seien nicht offengelegt worden, was bereits in der ersten Jahreshälfte 2004 Gegenstand der Presseberichterstattung gewesen sei. Der D. seien völlig unangemessene Vergütungen gewährt worden, wobei auch noch die Regelung zur Umsatzsteuer für die Anleger nachteilig gewesen sei.

Die Klägerin ist der Auffassung, der Mittelverwendungskontrollvertrag entfalte Schutzwirkung für Anleger. Die Beklagte sei verpflichtet gewesen, die Berechtigung der Auszahlungsbegehren inhaltlich zu prüfen. Der Vertrag schließe eine solche Prüfung nur für Investitionen aus. Die Zahlungen an die I. und die D. seien aber keine Investitionen gewesen.

Zudem seien die Pflichten aus dem Mittelverwendungskontrollvertrag aufgrund der durchgeführten Tätigkeit als Prospektprüferin gesteigert gewesen. Die Beklagte hätte nach der Prospektprüfung insbesondere erkennen müssen, dass das Geschäftsmodell gegen das KWG verstoße und dass die Investitionen in die I. tatsächlich reine Vertriebskosten seien. Zudem hätte die Beklagte die Anleger auch auf einen möglichen Interessenkonflikt hinweisen müssen, der aufgrund ihrer Tätigkeit als Prospektprüferin und Mittelverwendungskontrolleurin bestehen können.

(Anträge ...)

Die Beklagte hat vorgetragen, sie habe die Pflichten aus dem Mittelverwendungskontrollvertrag ordnungsgemäß erfüllt. Die Zahlungen an die I. seien nach dem Gesellschaftsvertrag vorgesehen und im Emissionsprospekt auch hinreichend beschrieben gewesen. Gleiches gelte für die Vergütungsansprüche der D., die auch nicht unangemessen hoch gewesen seien. Das Geschäftsmodell habe nicht gegen das KWG verstoßen. Die von der BaFin vertretene Auffassung habe einer gerichtlichen Prüfung nicht standgehalten. Im Übrigen habe der Mittelverwendungskontrollvertrag auch keine Schutzwirkung zugunsten der Anleger. Die Beklagte sei auch nicht verpflichtet gewesen, die Anleger darüber aufzuklären, dass sie sowohl als Prospektprüferin und danach auch als Mittelkontrolleurin tätig gewesen sei. Ein Interessenkonflikt sei nicht erkennbar. Auch sei dies für die Anlageentscheidung der Klägerin kein erheblicher Aspekt gewesen. (...)

2. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt: Der Klägerin stünden die geltend gemachten Schadenersatzansprüche unter keinem Gesichtspunkt zu. Prospekthaftungsansprüche könnten nicht angenommen werden, da die Beklagte nicht zum Kreis der Prospektverantwortlichen gehöre. Es bestünden auch keine Ansprüche aus Garantenstellung als berufsmäßige Sachkennerin, nachdem die Klägerin das Prospektprüfungsgutachten gar nicht zur Kenntnis genommen habe. Schließlich sei auch kein Anspruch wegen einer Verletzung des Mittelverwendungskontrollvertrages gegeben. Es lägen schon nicht die Voraussetzungen für die Annahme eines Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte vor, nachdem der Klägerin ein inhaltsgleicher Anspruch gegen andere Beteiligte zustünde. Zudem habe die Klägerin auch keine Pflichtverletzung konkret dargelegt. (...)

3. Die Klägerin verfolgt mit der Berufung ihr erstinstanzliches Begehren weiter.

Sie ist der Auffassung, das Landgericht habe zu Unrecht Ansprüche aus dem Mittelverwendungskontrollvertrag mit Schutzwirkung für Dritte – Schadenersatzansprüche aus dem Prospektprüfungsvertrag seien nicht Gegenstand der Klage gewesen – verneint. Der Mittelverwendungskontrollvertrag entfalte Schutzwirkung für Anleger. Die Beklagte habe hieraus ihre Pflichten verletzt, indem sie die Anleger nicht darüber aufgeklärt habe, dass sie bereits als Prospektprüferin tätig gewesen sei. Dadurch habe die Gefahr einer Interessen-

kollision bestanden. Aufgrund der aufsichtsrechtlichen Unzulässigkeit des Geschäftsmodells habe die Beklagte formal ordnungsgemäße Zahlungen genehmigen müssen, die aufgrund einer – möglicherweise – fehlerhaften Prospektprüfung zum Verlust des Kapitals führten. Die Klägerin hätte die Beteiligung im Fall einer ordnungsgemäßen Aufklärung hierüber nicht erworben. Hierfür spreche schon die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens.

Darüber hinaus hätten weitergehende Pflichten der Beklagten aufgrund der Zusammenschau der Prospektprüfung und der Mittelverwendungskontrolle bestanden. Bei der Bestimmung von vertraglichen Nebenpflichten aus dem Mittelverwendungskontrollvertrag seien die gesamten tatsächlichen Gegebenheiten, insbesondere das tatsächliche Wirken und die tatsächlichen Kenntnisse der Beklagten zu berücksichtigen. Für die Beklagte sei erkennbar gewesen, dass im Prospekt wesentliche Aspekte der Kapitalanlage unzureichend dargestellt worden seien. Sie habe deshalb die Mittelfreigabe verweigern und die Anleger hierüber informieren müssen.

Darüber hinaus lägen auch die Voraussetzungen einer Haftung aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit einer leichtfertigen Geldwäsche durch die verantwortlichen Mitarbeiter der Beklagten vor. Angesichts der genannten Umstände stehe fest, dass die Anlagegelder durch gewerbsmäßigen Betrug erzielt worden seien. Diese Gelder habe die Beklagte als Mittelverwendungskontrolleurin durchgeschleust. Dabei falle den Mitarbeitern der Beklagten Leichtfertigkeit zur Last, nachdem für einen Wirtschaftsprüfer ohne Weiteres erkennbar gewesen sei, dass das Anlegermodell scheitern müsse. Insbesondere aufgrund der Verbindungen zur G. habe auch der Verdacht des Betrugs nahegelegen.

(Anträge ...)

Die Beklagte verteidigt unter Wiederholung und Ergänzung des erstinstanzlichen Vortrags das angefochtene Urteil.

Sie ist der Auffassung, dass der Mittelverwendungskontrollvertrag keine Schutzwirkung für die Anleger habe, da es an einer entsprechenden Verständigung der Vertragsparteien fehle. Unabhängig davon habe sie die Pflichten aus dem Vertrag nicht verletzt. Sie sei nicht verpflichtet gewesen, über die Tätigkeit als Prospektprüfer aufzuklären, da insoweit kein Interessenkonflikt bestanden habe. Durch den Prospektprüfungsvertrag sei sie nicht ins Lager der Fondsgesellschaft gewechselt. Bei der Freigabe der Mittel habe sie die vertraglichen Pflichten aus dem Mittelverwendungskontrollvertrag eingehalten. Eine Grundlage für die Verweigerung der Freigabe sei nicht vorhanden gewesen. Die Prospektprüfertätigkeit habe keine weitergehenden Pflichten begründet. (...)

B. I. Die zulässige Berufung der Klägerin ist nicht begründet. Das Landgericht hat im Ergebnis zutreffend angenommen, dass der geltend gemachte Schadenersatzanspruch nicht besteht,

1. Die Voraussetzungen für eine Haftung der Beklagten aus § 280 Abs. 1 BGB in Verbindung mit dem Mittelverwendungskontrollvertrag sind nicht gegeben.

a) Allerdings entfaltet entgegen der Auffassung des Landgerichts der zwischen der Beklagten und der M.I. geschlossene Mittelverwendungskontrollvertrag eine Schutzwirkung für die Anleger und damit auch für die Klägerin.

aa) Die **Einbeziehung eines Dritten in die Schutzwirkungen eines Vertrages** setzt voraus, dass Sinn und Zweck des Vertrages und die erkennbaren Auswirkungen der vertragsgemäßen Leistung auf den Dritten seine Einbeziehung unter Berücksichtigung von Treu und Glauben erfordern und eine Vertragspartei, für den Vertragsgegner erkennbar, redlicherweise damit rechnen kann, dass die ihr geschuldete Obhut und Fürsorge in gleichem Maße auch dem Dritten entgegengebracht wird.

Um die vom Gesetzgeber gewollte unterschiedliche Ausgestaltung von vertraglicher und deliktischer Haftung nicht aufzugeben, ist allerdings bei Vermögensschäden eine Beschränkung auf eng begrenzte Fälle geboten. Der Kreis, der in den Vertragsschutz einbezogenen Dritten ist daher unter Beachtung einer sachgerechten Abwägung der Interessen der Beteiligten dahingehend zu begrenzen, dass der Dritte mit der Hauptleistung bestimmungsgemäß in Berührung kommt, ein schutzwürdiges Interesse des Gläubigers an der Einbeziehung des Dritten besteht, den Interessen des Schuldners durch Erkennbarkeit und Zumutbarkeit der Haftungserweiterung Rechnung getragen wird und der Dritte schutzbedürftig ist (BGH, NJW 2008, 2245, Tz. 27; vgl. auch BGH, NJW 2004, 3035, 3036). Diese Voraussetzungen sind beim streitgegenständlichen Mittelverwendungskontrollvertrag erfüllt (vgl. auch OLG München v. 9.6.2010 – 20 U 2125/10).

bb) **Nach dem Mittelverwendungskontrollvertrag sollten die Gelder der Anleger auf ein Undkonto einbezahlt werden, über das die Fondsgesellschaft nur gemeinsam mit dem Mittelverwendungskontrollleur verfügen durfte.** Der Mittelverwendungskontrollvertrag sollte davor schützen, dass Gelder zweckwidrig verwendet werden und diene damit auch dem Schutz der Anleger (vgl. zu diesem Gesichtspunkt für den Treuhandvertrag BGH, NJW-RR 2004, 1356). Hierauf wurde auch im Prospekt hingewiesen, so dass letztlich mit dem durch den Mittelverwendungskontrollvertrag bezweckten Schutz gegenüber Anlegern geworben wurde. Dies war für die Beklagte, die zugleich auch die Prospektprüfung übernommen hatte, erkennbar. Daher ist, wenn sich die Beklagte in dieser Situation auf den Abschluss eines Mittelverwendungskontrollvertrages einlässt, anzunehmen, dass der Vertrag nach dem Willen der Vertragsparteien auch den Schutz der Anleger umfasst.

cc) Anders als das Landgericht meint, ist die Klägerin auch **schutzbedürftig**. Der Annahme der Schutzwirkung steht im vorliegenden Fall nicht entgegen, dass dem Anleger im Fall einer zweckwidrigen Verwendung vertragliche Ansprüche gegen die Fondsgesellschaft zustehen. Zwar weist das Land-

gericht im Ansatzpunkt zutreffend darauf hin, dass die Schutzbedürftigkeit des Dritten fehlen kann, wenn **der geschädigte Dritte eigene vertragliche Ansprüche**, auch gegen andere Schuldner, z.B. den Gläubiger, hat, die denselben oder einen gleichwertigen Inhalt haben wie diejenigen, die er auf dem Weg über seine Einbeziehung in den Schutzbereich eines zwischen anderen geschlossenen Vertrages durchsetzen will (BGH, NJW 2004, 3420, 3421; BGH, NJW 2004, 3630).

Im vorliegenden Fall bestehen bei einer zweckwidrigen Verwendung von Geldern Ansprüche gegen die Fondsgesellschaft. Auf die Frage der Bonität des Vertragspartners kommt es grundsätzlich nicht an (BGH, NJW 2004, 3630). Allerdings sollte der Mittelverwendungskontrollvertrag gerade dazu dienen, Untreuehandlungen zu verhindern, die – im größeren Ausmaß vorgenommen – den Verlust der Bonität des Fonds zur Folge haben könnten. **Wenn aber der Mittelverwendungskontrollvertrag gerade dazu diene, eine durch Untreuehandlungen verursachte Zahlungsunfähigkeit zu vermeiden, kann die Schutzwürdigkeit der Anleger nicht deshalb entfallen, weil ihnen Schadenersatzansprüche gegen die – mittlerweile insolvente – Fondsgesellschaft zustehen** (vgl. auch BGH, NJW 2009, 217, Tz. 18).

b) Es kann aber nicht festgestellt werden, dass die Beklagte eine aus dem Mittelverwendungskontrollvertrag folgende Pflicht verletzt hat.

aa) Entgegen der Auffassung der Klägerin war die Beklagte **nicht** aus dem Mittelverwendungskontrollvertrag heraus **verpflichtet, die zukünftigen Anleger und damit auch die Klägerin darauf hinzuweisen, dass sie die Prospektprüfung durchgeführt hat** (so auch im Ergebnis OLG München, Urt. v. 9.2.2011 – 20 U 3913/10).

(1) Zwar weist die Klägerin im Ansatzpunkt zutreffend darauf hin, dass aus einem Mittelverwendungskontrollvertrag Hinweispflichten gegenüber dem Anleger vor Vertragsschluss folgen können (vgl. BGH, NJW 2010, 1279 Tz. 23 f). Der Mittelverwendungskontrollleur hat aber keine allgemeinen Prüfungs-, Kontroll- und Hinweispflichten in Bezug auf alle wesentlichen Umstände, die für die zu übernehmende Beteiligung von Bedeutung sind. Vielmehr bestehen die **Pflichten nur hinsichtlich derjenigen Umstände, die geeignet sind, den Zweck des Mittelverwendungskontrollvertrages zu gefährden** (BGH, NJW 2010, 1279 Tz. 23).

(2) Eine solche Gefährdung kann im vorliegenden Fall durch die vorangegangene Prospektprüfung nicht angenommen werden. Entgegen der Auffassung der Klägerin ist die Gefahr einer Interessenkollision bei der Durchführung der Mittelverwendungskontrolle nicht gegeben. Die Beklagte hat sich **durch die Prospektprüfung nicht ins Lager der Investoren begeben**, sondern aufgrund eines mit der Anlagegesellschaft geschlossenen Geschäftsbesorgungsvertrages den Prospekt einer unabhängigen Prüfung unterzogen. Das Ergebnis der Prüfung beschränkte sich auf die Aussage, dass in dem Prospekt die Risiken der Anlage ausreichend dargestellt sind. Es ist vor diesem Hintergrund nicht erkennbar, warum die

Beklagte dadurch gehindert sein sollte, die zweckwidrige Verwendung der Mittel zu verhindern. Zwar ist nicht völlig ausgeschlossen, dass ein Ansehensverlust der prospektprüfenden Wirtschaftsprüfungsgesellschaft droht, wenn sich im Nachhinein die Einschätzung über den Prospekt nicht als richtig erwiesen hat. Dies ist aber kein ausreichendes Motiv, den Pflichten aus dem Mittelverwendungskontrollvertrag nicht nachzukommen, da ein noch größerer Imageverlust droht, wenn bekannt wird, dass auch noch eine unzureichende Kontrolle stattgefunden hat.

(3) Selbst wenn man – wie nicht – insoweit eine Pflichtverletzung annehmen würde, dann wäre diese jedenfalls für die Anlageentscheidung der Klägerin **nicht kausal** geworden. Es kann nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit (§ 287 ZPO) festgestellt werden, dass die Klägerin im Fall einer entsprechenden Information die Anlage nicht gezeichnet hätte. Zwar ist nach der Lebenserfahrung davon auszugehen, dass eine mangelhafte Aufklärung ursächlich für die Anlageentscheidung geworden ist (BGH, ZIP 2005, 763). Es ist aber schon fraglich, ob diese Vermutung im vorliegenden Fall greift, **da die Frage der Vorbefasstheit des Mittelverwendungskontrolleurs mit der Prospektprüfung für einen durchschnittlichen Anleger nur von untergeordneter Bedeutung ist, nachdem ein Interessenkonflikt, wenn er denn überhaupt besteht, jedenfalls nicht ins Auge fällt.**

Jedenfalls ist die Vermutung im vorliegenden Fall widerlegt. Die Klägerin hat – obwohl ihr dieser Umstand auch schon vor Klageerhebung bekannt war – die Klage zunächst hierauf nicht gestützt, sondern dies erst geltend gemacht, als ein Gericht angedeutet hat, dass sich hieraus mögliche Ansprüche ergeben könnten. Daraus folgt, dass dieser Umstand für sie selbst nach Scheitern der Anlage nicht von Bedeutung war. Hinzu kommt, dass die Klägerin sich in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht auf die Frage, ob sie im Falle der Kenntnis von der Prospektprüfung von der Beklagten von der Anlage abgesehen hätte, nicht äußern wollte.

bb) Die Beklagte war auch nicht verpflichtet, die Anleger davor zu warnen, dass das **Geschäftsmodell von der BaFin beanstandet** wird und unabhängig von der rechtlichen Beurteilung wirtschaftlich nicht trägt. Entgegen der Auffassung der Klägerin hatte der Mittelverwendungskontrollvertrag nicht zum Gegenstand, das Geschäftsmodell der M.I zu überprüfen.

(1) Die Beklagte war nach dem Mittelverwendungskontrollvertrag weder berechtigt noch verpflichtet, das Anlagemodell darauf hin zu **überprüfen, ob es rechtlich durchführbar und wirtschaftlich sinnvoll ist** (vgl. auch OLG München v. 11.2.2010 – 23 U 2414/09). Der Zweck des Mittelverwendungskontrollvertrages lag – wie dargelegt – darin, **unberechtigte Zahlungen zu verhindern**. Damit sind – wie ebenfalls bereits dargelegt – keine allgemeinen Prüfungs-, Kontroll- und Hinweispflichten in Bezug auf alle wesentlichen Umstände, die für die zu übernehmende Beteiligung von Bedeutung sind, verbunden. Nach der Bestimmung des § 2 Abs. 3 des Mittelverwendungskontrollvertrages war die Beklagte auch weder berechtigt noch verpflichtet, die Investi-

tionen materiell zu überprüfen. Selbst wenn man davon ausgeht, dass bei Zahlungen aus anderen Gründen eine Prüfungspflicht bestand, so hatte diese nur zum Gegenstand, ob die Zahlungen auf Verbindlichkeiten erfolgen. Dafür, dass auch geprüft werden sollte, ob die Eingehung der Verbindlichkeiten **wirtschaftlich sinnvoll** war, gibt es keine Anhaltspunkte.

(2) Entgegen der Auffassung der Klägerin waren die Pflichten der Beklagten aus dem Mittelverwendungskontrollvertrag auch nicht aufgrund des vorangegangenen Prospektprüfungsvertrages dahingehend erweitert, dass **bei der Prospektprüfung erkennbare Schwächen des Anlagemodells im Rahmen des Mittelverwendungskontrollvertrages Anlegern gegenüber offenbart und Zahlungen angehalten werden müssen.** Dabei kann offenbleiben, unter welchen Voraussetzungen die Pflichten aus dem Mittelverwendungskontrollvertrag mit Schutzwirkung für Dritte gesteigert sein können, wenn der Mittelverwendungskontrolleur weitere Leistungen im Zusammenhang mit dem Anlagemodell erbracht hat. Im vorliegenden Fall ist aufgrund der vorangegangenen Prospektprüfung keine Erweiterung der Pflicht anzunehmen.

Eine Haftung für ein fehlerhaftes Prospektprüfungsgutachten besteht nur dann, wenn die Anlageentscheidung auf dem erstatteten Gutachten beruht (BGH, NJW-RR 2007, 1332 Tz. 28). Dies ist vorliegend nicht der Fall, nachdem der Klägerin vor Vertragsschluss unstreitig weder das Prospekt noch das Gutachten ausgehändigt worden war. Wenn aber die Prospektprüfung keinen Einfluss auf die Anlageentscheidung der Klägerin hatte, dann ist sie insoweit nicht schutzwürdig. Daher kommt nach den vorgenannten Grundsätzen auch keine Schutzwirkung des Mittelverwendungskontrollvertrages in Betracht.

cc) Ein konkreter Verstoß gegen § 2 des Mittelverwendungskontrollvertrages ist nicht dargetan.

(1) Nachdem der Mittelverwendungskontrollvertrag nicht zum Gegenstand hatte, das Geschäftsmodell der M.I zu überprüfen, war die Beklagte weder berechtigt noch verpflichtet, die Zahlungen aufgrund der Beteiligung an der I. anzuhalten.

(2) Dass die Beklagte pflichtwidrig Zahlungen auf unberechtigte Forderungen freigegeben hat, legt die Klägerin nicht dar. Es bestand – wie dargelegt – nur dann eine Verpflichtung, die aus Sicht der Klägerin überhöhte Zahlungen an die D. anzuhalten, wenn die M.I **keine Verbindlichkeiten in dieser Höhe eingegangen** war. Dies behauptet die Klägerin nicht.

(3) Die Beklagte war auch weder berechtigt noch verpflichtet, Zahlungen aufgrund der **Beanstandung des Geschäftsmodells durch die BaFin** anzuhalten (so auch im Ergebnis OLG München, Urt. v. 9.2.2011 – 20 U 3913/10). Hiergegen spricht schon, dass die BaFin während der Dauer des Mittelverwendungskontrollvertrages bis zum 31.12.2004 noch keine abschließende Entscheidung getroffen hatte, sondern vielmehr noch Verhandlungen liefen. Hinzu kommt noch,

dass die Auffassung der BaFin, dass die M.I. erlaubnispflichtige Finanzkommissionsgeschäfte i.S.v. § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 KWG betreibe, unzutreffend war. Die M.I. erwarb die Wertpapiere und Fondsanteile sowie die Beteiligungen für eigene Rechnung. Allein der Umstand, dass bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise für fremde Rechnung gehandelt wurde, kann die Annahme eines erlaubnispflichtigen Finanzkommissionsgeschäftes nicht begründen (vgl. *BVerwG, WM 2008, 1359 Tz. 23 ff*; *BGH, NJW 2010, 1077 Tz. 14*). Es ist daher nicht ersichtlich, auf welcher Grundlage die Beklagte die Freigabe von Zahlungen hätte verweigern können.

2. Soweit die Klägerin im Berufungsverfahren die Klage auch auf §§ 831, 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 261 Abs. 1 Nr. 4a, 2 und 5 StGB stützt, kann ihr dies ebenfalls nicht zum Erfolg verhelfen.

a) Es handelt sich um eine nach § 533 ZPO zulässige Klageerweiterung.

aa) Es liegt eine Klageerweiterung vor. Die Klägerin hat – worauf sie in der Berufungsbegründung noch ausdrücklich hingewiesen hat – die Klage zunächst ausschließlich auf die Verletzung des Mittelverwendungskontrollvertrages mit Schutzwirkung für Dritte wegen der nicht erfolgten Information über die vorangegangene Prospektprüfung, wegen unterlassener Warnungen vor der Undurchführbarkeit des Anlagemodells und wegen pflichtwidriger Auszahlung von Geldern gestützt. Zwar ist die rechtliche Würdigung Sache des Gerichts. Der **Vorwurf der Geldwäsche** ist aber ein anderer Streitgegenstand, da ihm ein anderer Lebenssachverhalt zugrunde liegt.

bb) Die Klageänderung ist aber nach § 533 ZPO zulässig. Die Änderung ist als sachdienlich anzusehen, da ein enger Zusammenhang mit dem bisherigen Streitgegenstand besteht. Zudem liegen die Voraussetzungen des § 533 Nr. 2 ZPO vor, da der Anspruch lediglich auf Tatsachen gestützt wird, die bereits in erster Instanz vorgetragen waren (vgl. *BGH, NJW 2007, 2414*).

b) Die Klage ist aber auch unter diesem Gesichtspunkt nicht begründet. Die Voraussetzungen eines Anspruchs aus §§ 831, 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 261 Abs. 1 Nr. 4a, 2 und 5 StGB liegen nicht vor, auch wenn man zugunsten der Klägerin auch den Vortrag in den in Bezug genommenen Schriftsätzen berücksichtigt. Dem Anspruch steht jedenfalls entgegen, dass die Mitarbeiter der Beklagten den subjektiven Tatbestand des § 261 StGB nicht erfüllt haben.

aa) Eine Haftung der Beklagten für das Handeln der Mitarbeiter nach § 831 BGB oder § 31 BGB kommt nur in Betracht, wenn diese rechtswidrig und schuldhaft gehandelt hätten. Zwar setzt die Haftung nach § 831 BGB an sich nur voraus, dass der Verrichtungsgehilfe den objektiven Tatbestand einer unerlaubten Handlung rechtswidrig erfüllt hat. Soweit aber über das allgemeine Verschulden hinaus subjektive Elemente Voraussetzung der unerlaubten Handlung sind, müssen diese auch beim Verrichtungsgehilfen gegeben sein (*BGH, WM 2010, 928 Tz. 38*).

Dies ist beim Straftatbestand des § 261 StGB der Fall, **da der Handelnde hinsichtlich der Herkunft des verstrickten Geldes zumindest leichtfertig und im Übrigen vorsätzlich gehandelt haben muss**.

bb) Ein hinsichtlich der Herkunft des verstrickten Geldes zumindest leichtfertiges Handeln liegt nicht vor. Die Annahme der **Leichtfertigkeit** setzt voraus, dass sich die Herkunft des Gegenstandes aus einer Katalogtat geradezu aufdrängt und der Täter gleichwohl handelt, weil er dies aus besonderer Gleichgültigkeit und grober Unachtsamkeit außer Acht lässt. Es handelt sich um eine vorsatznahe Schuldform, an deren Feststellung strenge Anforderungen zu stellen sind (*BGH, NJW 2008, 2516 Tz. 20 f*). Hierfür bestehen nach dem Vortrag der Klägerin keine Anhaltspunkte.

(1) Das Anlagemodell war für die Mitarbeiter der Beklagten **nicht offenkundig betrügerisch**. Es war – wie dargelegt – rechtlich durchführbar. Grundsätzlich bestehen auch keine Bedenken dagegen, Anlagegelder für den Aufbau eines dritten Unternehmens zu verwenden. Die Beteiligung an der I. wurde im Prospekt ausführlich beschrieben. Gleiches gilt für den Emissions-Dienstleistungsvertrag. Selbst wenn man unterstellt, dass insoweit die Risiken und Kosten nicht zutreffend dargestellt wurden, ist nicht erkennbar, warum sich deshalb die Annahme eines gewerbsmäßigen Betrugs hätte aufdrängen müssen.

(2) Die **Verbindungen zur G. Gruppe** lassen ebenfalls nicht den Schluss zu, dass die Anleger betrogen werden sollten. Soweit einzelnen an der streitgegenständlichen Anlage Beteiligten im Zusammenhang mit der G.3 Gruppe ein geschäftliches Fehlverhalten zur Last fiel, kann man nicht darauf schließen, dass das Anlagemodell betrügerisch ausgestaltet ist. (...) ■

Vertrag mit dem Rechtsanwalt

- Sozietätsauflösung
 - Vertragspartner
 - Vertragsübernahme
 - Neusozietät
 - Berufsordnung der Rechtsanwälte
 - Kündigung des Anwaltsvertrages
- (*OLG Hamm, Urt. v. 22.2.2011 – 28 U 49/10*)

Leitsatz:

Wird dem Mandanten bei der Auflösung einer Anwaltssozietät in einem Mandantenrundsreiben gemäß § 32 BORA angeboten, dass das Mandat in einer neu gegründeten Sozietät von der bisherigen Mandatsbearbeiterin fortgeführt werden kann, und bittet der Mandant diese daraufhin, das Mandat weiter zu betreiben, ist in der Regel keine Mandatskündigung gewollt, sondern eine Vertragsübernahme des Anwaltsvertrages durch die Neusozietät. ■

Aus den Gründen:

I. Die Klägerin nimmt aus abgetretenem Recht eines Rechtsschutzversicherungsunternehmens (Drittweiterbeklagte) einen früheren Sozius einer mittlerweile aufgelösten Anwaltssozietät auf Rückzahlung einer als Vorschuss entrichteten Termingebühr in Anspruch.

Im Rahmen einer Auseinandersetzung mit einem Tierarzt mandatierte die Klägerin im September 2007 eine Anwaltssozietät in Form der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die drei Namensgeber hatte (nachfolgend: Altsozietät). Der Beklagte war erster Namensgeber, zweiter Namensgeber war der Streithelfer der Klägerin, dritter Namensgeber war ein weiterer Rechtsanwalt. Auf dem Briefkopf der Altsozietät war zusätzlich eine Rechtsanwältin aufgeführt. Diese war Mandatsbearbeiterin im Vorprozess und ist nunmehr Sachbearbeiterin des von der Klägerin geführten Rückforderungsprozesses.

Die Altsozietät erhob im Vorprozess im Namen der Klägerin im Frühjahr 2008 eine Schadenersatzklage gegen den Tierarzt (12 O 353/08 – Landgericht Münster). Der Rechtsschutzversicherer entrichtete Gebührevorschüsse an die Altsozietät. Auf die – zu dieser Zeit noch nicht entstandene – Termingebühr, die Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreits ist, entfielen 2.930,26 EUR brutto.

Im Sommer 2008 kam es zur Trennung zwischen dem ersten Namensgeber und den übrigen Soziern. Über ein gemeinsames Mandantenrundsreiben konnten die Soziern sich nicht verständigen. Im Rahmen einer Mandantenbefragung erhielt die Klägerin ein von der Mandatsbearbeiterin unterzeichnetes Rundsreiben vom 28.7.2008, das im Wesentlichen wie folgt lautete:

„... ich zeige an, dass ich zum 31.8.2008 die ... [Altsozietät] ... verlassen werde. Gemeinsam mit den Kollegen [zweiter und dritter Namensgeber der Altsozietät] ... gründe ich zum 1.9.2008 ein neues Anwaltsbüro, das vom 1.9.2008 an wie folgt zu erreichen sein wird:

... [es folgen Name, Anschrift und Telefonnummer der Neusozietät] ...

Nach § 32 der Berufsordnung der Rechtsanwälte sind alle Mandanten zu befragen, wer künftig nach der Trennung ihre noch laufenden Mandate bearbeiten soll. Sollten Sie wünschen, dass die Unterzeichnerin das oben bezeichnete Mandat in ihrem neuen Büro weiterhin für Sie fortführt, bitte ich Sie höflich um Ihre kurze schriftliche Bestätigung. Diese sollte enthalten, dass die Unterzeichnerin die Sache über den 31.8.2008 hinaus bearbeiten soll ... Ohne Erklärung müssen Sie damit rechnen, dass Ihre Angelegenheit vom 1.9.2008 an von einem anderen Rechtsanwalt (Herrn Rechtsanwalt Dr. ... [Beklagter] oder einem neu in die Sozietät eintretenden Anwalt) bearbeitet werden wird.

Ich weise ausdrücklich darauf hin, dass Ihnen durch die weitere Bearbeitung der Sache durch die Unterzeichnerin in ihrem Büro keine zusätzlichen Kosten entstehen.“

Die Formulierung „keine zusätzlichen Kosten“ war fett gedruckt und unterstrichen. Der Beklagte erhob mit Schreiben vom 1.8.2008 Vorwürfe gegen seine damaligen Kollegen, weil sie „heimlich“ Mandanten angeschrieben hätten. Er erklärte, dass er Rückantworten der Mandanten als „schlüssige Mandatskündigung“ interpretieren werde.

Mit einem an die Mandatsbearbeiterin adressierten Telefaxschreiben vom 13.8.2008 antwortete die Klägerin auf das Mandantenrundsreiben wie folgt:

„Sehr geehrte Frau ... [Mandatsbearbeiterin],

Möchte Sie hiermit bitten, meine Unterlagen ... [Klägerin ./ Tierarzt] ... auch in Zukunft weiter zu betreuen.“

Zum 31.8.2008 schieden drei Rechtsanwälte aus der Altsozietät aus und gründeten die Neusozietät, nachdem sie Akten der Altsozietät an sich genommen hatten. Die Neusozietät meldete sich noch am 31.8.2008 im Rechtsstreit gegen den Tierarzt und teilte dem Landgericht Münster mit, dass das bisherige Mandat erloschen sei. Ab dem 1.9.2008 entfaltete der Beklagte keine Tätigkeit mehr im Hinblick auf das Mandat. Die Neusozietät führte den Prozess für die Klägerin weiter. Das Landgericht wies die Klage gegen den Tierarzt ab. Die Neusozietät legte für die Klägerin Berufung ein, die ohne Erfolg blieb.

Mit der Klage hat die Klägerin aus abgetretenem Recht des Rechtsschutzversicherers Rückerstattung der Termingebühr in Höhe von 2.930,26 EUR verlangt. Die Klägerin meint, dass sie den Anwaltsvertrag mit der Altsozietät gekündigt habe, so dass der Vorschuss auf die Termingebühr rechtsgrundlos an die Altsozietät gezahlt worden sei.

Der Beklagte hat u.a. geltend gemacht, dass die Klägerin den Anwaltsvertrag mit der Altsozietät nicht gekündigt habe. Er hat beantragt, die Klage abzuweisen. Mit der Widerklage sowie mit der Drittwiderklage hat er beantragt, festzustellen, dass die Abtretungserklärung der drittweiterbeklagten Rechtsschutzversicherung vom 28.4.2009 Ansprüche der Klägerin gegen ihn nicht begründe. Hilfsweise hat er beantragt, festzustellen, dass der Drittwiderbeklagten der streitgegenständliche abgetretene Anspruch gegen ihn zu keinem Zeitpunkt zugestanden habe.

Das Landgericht hat den Beklagten verurteilt, an die Klägerin 2.930,26 EUR zzgl. Rechtshängigkeitszinsen zu zahlen. (...)

II. Die Berufung des Beklagten hat zum Teil Erfolg.

A. Das Rechtsmittel führt zur Abweisung der auf Rückzahlung des Vorschusses für die Termingebühr gerichteten Klage. Das Landgericht hat den Anspruch gegen den Beklagten auf Rückerstattung der im Voraus entrichteten Termingebühr auf § 628 Abs. 1 Satz 3 Alt. 2, §§ 812, 818 BGB i.V.m. § 128 Satz 1 HGB (in entsprechender Anwendung) gestützt. Diese Anspruchsgrundlage setzt eine Kündigung des Anwaltsvertrages der Klägerin mit der Altsozietät voraus (§ 627 Abs. 1 BGB). Daran fehlt es jedoch. Es liegt keine

Kündigung vor, sondern eine Vertragsübernahme des Anwaltsvertrags der Klägerin mit der Altsozietät durch die Neusozietät.

1. a) **Vertragspartner der Klägerin war ursprünglich die Altsozietät.** Nach Auflösung einer Anwaltssozietät in der Form der Gesellschaft bürgerlichen Rechts besteht der Anwaltsvertrag mit der **Liquidationsgesellschaft** fort, sofern keine anderweitigen Abreden getroffen werden (*OLG Hamm, Urt. vom 24.6.1998 – 8 U 258/97, NZG 1999, 67 mit Anm. Römermann; BeckOK-BGB/Timm/Schöne, Stand: Oktober 2007, § 705 Rdnr. 183; Henssler in: Henssler/Prütting, BRAO 3. Aufl., § 32 BORA Rdnr. 7; Hülsmann, NZG 2001, 625, 633; Westermann, AnwBl 2007, 103, 107; Römermann, NJW 2007, 2209, 2213*).

b) Einer (oder mehrere) der bisherigen Sozien (oder Schein-Sozien) kann bzw. können im Wege der **Vertragsübernahme** in den Rechtsanwaltsvertrag eintreten (*Henssler, a.a.O., § 32 BORA Rdnr. 7*). Die rechtsgeschäftliche Übertragung eines ganzen Schuldverhältnisses ist in der Weise rechtlich möglich und zulässig, dass eine neue Vertragspartei an die Stelle des bisherigen Vertragspartners tritt (*BGH, Urt. v. 8.11.1965 – II ZR 223/04, BGHZ 44, 229, 231; Palandt/Grüneberg, BGB 70. Aufl., § 398 Rdnr. 41, m.w.N.*). Eine Vertragsübernahme lässt sich nicht in eine Vertragskündigung und Neuabschluss des betreffenden Vertrages zerlegen; die Vertragsübernahme wird vielmehr nach allgemeiner Auffassung in Rechtsprechung und Schrifttum als **einheitliches Geschäft** angesehen (*BGH, Urt. v. 27.11.1985 – VIII ZR 316/84, BGHZ 96, 302, 307 f; MünchKomm-BGB/Möschel 5. Aufl., vor § 414 Rdnr. 8*). In einem Mandantenrundsreiben kann somit das Angebot an den Mandanten liegen, dass dieser der Übernahme des Anwaltsvertrages zustimmt. Antwortet der Mandant auf die Befragung mit der Wahl eines der Sozien, so liegt darin die Annahme des Angebots zur Vertragsübernahme. Es kommt dann nicht zur Kündigung nach § 627 BGB (*Henssler, a.a.O., § 32 BORA Rdnr. 7*).

c) Allerdings steht dem Mandanten gleichwohl das **Recht zur Kündigung gemäß § 627 BGB** zu, etwa **wenn er weder von der Liquidationsgesellschaft noch einem der bisherigen Sozien weiter betreut werden will** (*Henssler, a.a.O.*). Der Mandant kann kündigen und mit dem ausgeschiedenen Sozios bzw. Scheinsozios erneut einen Anwaltsvertrag schließen (*Westermann, AnwBl 2007, 103, 104*). Zwar besteht eine Kündigungsoption (*Bunk, Vermögenszuordnung, Auseinandersetzung und Ausscheiden in Sozietät und Gemeinschaftspraxis, 2007, S. 88*). Darauf ist der Mandant jedoch nicht allein angewiesen (*so aber Bunk, a.a.O.*). Auch aus dem von der Prozessbevollmächtigten der Klägerin angeführten Werk von Kraus u.a. (*Sozietätsrecht 2. Aufl., § 8 Rdnr. 79*) ergibt sich nicht, dass der Vorgang stets als Mandatskündigung zu interpretieren ist, denn die auf eine Kündigungsmöglichkeit verengte Ansicht nimmt die Möglichkeit der Vertragsübernahme nicht in den Blick.

d) Eine Vertragsübernahme ist interessengerecht und entspricht auch dem Zweck des **§ 32 der Berufsordnung (BORA)**. Bei Auflösung einer Sozietät haben die Sozien mangels

anderer vertraglicher Regelung jeden Mandanten darüber zu befragen, wer künftig seine laufenden Sachen bearbeiten soll (§ 32 Abs. 1 Satz 1 BORA). Kommt eine Verständigung der bisherigen Sozien über ein solches Rundschreiben – wie hier – nicht zustande, darf jeder der bisherigen Sozien einseitig die Entscheidung der Mandanten einholen (§ 32 Abs. 1 Satz 3 BORA). Nicht jede Erklärung des Mandanten auf eine solche Befragung ist indes zwangsläufig als Kündigung des Mandats auszulegen. Das gilt umso mehr, weil eine **Kündigung des Mandatsverhältnisses regelmäßig nicht der Interessenlage des Mandanten entspricht** (*Bormann in: Gaier/Wolf/Göcken, Anwaltliches Berufsrecht 2010, § 59a BRAO/§ 32 BORA Rdnr. 164*).

Kündigen kann der Mandant nämlich oft nur um den Preis vergütungsrechtlicher Nachteile (*Koch/Kilian, Anwaltliches Berufsrecht 2007, Rdnr. B 969*). Es gilt jedoch der Grundsatz, dass empfangsbedürftige Willenserklärungen möglichst nach beiden Seiten hin interessengerecht auszulegen sind (*BGH, Urt. v. 27.1.2010 – VIII ZR 58/09, NJW 2010, 2422, Rdnr. 38 m.w.N.*). Eine Auslegung als Kündigung würde hingegen einseitig die Interessen der Anwälte an vergütungsrechtlichen Vorteilen berücksichtigen. **§ 32 BORA dient aber gerade dazu, dass das Mandat durch den bisherigen Sachbearbeiter fortgeführt wird, ohne den formalen Weg der Kündigung gemäß § 627 BGB zu beschreiten** (*Koch/Kilian, a.a.O.*). Das darauf zugeschnittene Rechtsinstitut ist die Vertragsübernahme; Abweichungen hiervon müssen deutlich zum Ausdruck gebracht werden.

2. Nach diesen Grundsätzen hat die Klägerin nicht die Kündigung des Vertrages mit der Altsozietät erklärt. Vielmehr hat sie bei interessengerechter Auslegung (§§ 133, 157 BGB) eine Vertragsübernahme ihres Anwaltsvertrages mit der Altsozietät durch die Neusozietät gewollt und erklärt.

a) Den **Begriff der „Kündigung“** hat die Klägerin nicht verwendet. Weder taucht er in dem an die Klägerin gerichteten Mandantenrundsreiben noch in der Antwort der Klägerin auf. Etwas anderes ergibt sich entgegen der Ansicht der Prozessbevollmächtigten der Klägerin nicht daraus, dass in dem Mandantenrundsreiben von einem „neuen Anwaltsbüro“ die Rede ist. Diese Formulierung gestattet keinen Rückschluss darauf, in welcher Weise dieses mandatiert werden sollte. In der Antwort der Klägerin ist zudem lediglich die Rede von der tatsächlichen Bearbeitung der Sache, an der sich im vorliegenden Fall nichts ändern sollte. Das spricht nicht für eine Kündigung; der gewünschte kontinuierliche Fortgang legt vielmehr eine Vertragsübernahme nahe.

b) Die Annahme einer Kündigung liegt nicht nur nach dem Wortlaut der Erklärungen fern, sondern auch nach der **Interessenlage**. Ein Mandant wünscht bei der Auflösung von Freiberufler-Sozietäten regelmäßig keine gebührenmäßige Benachteiligung. Somit ist zu berücksichtigen, dass der Mandant im Zweifel keiner Gestaltung zustimmen wird, bei der er Gebühren doppelt entrichten muss. Dazu passt im vorliegenden Fall die Zusicherung in dem Rundschreiben, dass der Mandantin keine „zusätzlichen Kosten“ entstehen. Dies wäre hier bei Annahme einer Kündigung aber der Fall, weil

Gebühren neu entstehen, auch die bereits entrichtete Termingebühr. Die Berufungserwiderung meint zu Unrecht, das Rundschreiben beziehe sich nur auf angefallene und abgerechnete Gebühren, denn der Wortlaut ist weiter gefasst und schließt Vorschusszahlungen des Mandanten ein. (...)

3. **Die Vertragsübernahme ist wirksam.** Es handelt sich um einen **dreiseitigen, auf Austausch des Vertragspartners gerichteten Vertrag** (Palandt/Grüneberg, a.a.O., § 398 Rdnr. 42; Wolff, NJW 2009, 1302, 1304). Die Vertragsübernahme setzt die Mitwirkung von drei Parteien voraus, der Mandantin, der Neusoziat und der Altsoziat.

a) Wie ausgeführt, hat die Mandatsbearbeiterin ihre Einwilligung für die Neusoziat durch das Mandantenrundschreiben vom 28.7.2008 erklärt. Die Mandatsbearbeiterin hat das Mandat der Altsoziat nicht gekündigt und hat auch die Klägerin nicht auf den Weg der Kündigung verwiesen. Dies hätten die Anwälte auch nicht tun dürfen, ohne die Klägerin über die damit verbundenen Kostennachteile zu unterrichten. **Ein Anwalt ist gehalten, unnütze Mehrkosten zulasten des Mandanten zu vermeiden** (Fahrendorf in: Fahrendorf/Mennemeyer/Terbille, Die Haftung des Rechtsanwalts 8. Aufl., Rdnr. 1758). Ein Anwalt darf auch nicht fälschlich den Eindruck erwecken, zusätzliche Kosten fielen nicht an (Sieg in: Zuehör/Fischer/Sieg/Schlee, Handbuch der Anwalts-haftung 2. Aufl., Rdnr. 648).

b) Die Klägerin hat, wie ausgeführt, ihre Einwilligung zur Vertragsübernahme konkludent durch ihr Telefaxschreiben vom 13.8.2008 erklärt. Dass sie im Jahr 2009 Klage auf Rückzahlung der Termingebühr gegen den Beklagten erhoben hat, lässt keinen Rückschluss auf die Auslegung ihrer Erklärung vom 13.8.2008 zu, sondern beruht auf Falschberatung durch die Neusoziat.

c) Eine **ausdrückliche Einwilligung** des Beklagten liegt zwar nicht vor. Er hat die Vertragsübernahme jedoch nachträglich **konkludent** genehmigt. Die Zustimmung zur Vertragsübernahme kann nicht nur als Einwilligung, sondern auch als Genehmigung erteilt werden (MünchKomm-BGB/Möschel, a.a.O., vor § 414 Rdnr. 8). Eine Genehmigung wirkt mangels anderweitiger Bestimmung auf den Zeitpunkt der Vornahme zurück (§ 184 Abs. 1 BGB). Zwar könnte das Schreiben des Beklagten vom 1.8.2008 dahin verstanden werden, dass er einer Vertragsübernahme zunächst nicht zugestimmt hat. Sein späteres Verhalten belegt jedoch etwas anderes. Er ist dem Umstand nicht entgegengetreten, dass die Klägerin in dem Rechtsstreit vor dem Landgericht Münster durch die Neusoziat vertreten wird. Dies durften (und mussten) die Klägerin sowie die Mitglieder der Neusoziat dahin verstehen, dass der Beklagte die Übernahme des Mandats durch die Neusoziat billigt. (...)

4. Vor diesem Hintergrund ist nicht entscheidungserheblich, ob die Klägerin aktivlegitimiert ist.

a) Entrichtet – wie hier – der Rechtsschutzversicherer einen Vorschuss, geht mit der Zahlung des Vorschusses an den Anwalt ein eventueller **Kostenerstattungsanspruch des Man-**

danten allerdings auf den Rechtsschutzversicherer über und steht nicht mehr dem Mandanten zu (OLG Düsseldorf, VersR 2008, 1347; AnwK-RVG/N. Schneider 5. Aufl., § 9 Rdnr. 105; Harbauer/Bauer, Rechtsschutzversicherung 8. Aufl., § 17 ARB Rdnr. 13 f, 180; Prölss/Martin/Armbrüster, VVG 28 Aufl., § 17 ARB Rdnr. 63). Rechtsgrundlage für den Anspruchsübergang auf den Versicherer ist seit dem 1.1.2008 § 86 Abs. 1 VVG. Für Altverträge – wie hier – gilt § 67 VVG a.F. i.V.m. Art. 1 Abs. 1, 2 EGVVG. § 17 Abs. 8 Satz 1 ARB hat im Wesentlichen nur klarstellende Funktion (OLG Hamm, VersR 2000, 1101; OLG Saarbrücken, VersR 2007, 1554, 1555; Prölss/Martin/Armbrüster, a.a.O., § 17 ARB Rdnr. 58).

b) Die im vorliegenden Rechtsstreit streitige Frage, ob der Rechtsschutzversicherer den auf ihn übergegangenen Anspruch später wirksam an die Klägerin abgetreten hat (§ 398 BGB), kann aber aus den ausgeführten Gründen auf sich beruhen, weil ein solcher Anspruch nicht besteht. (...) ■

Steuerberaterhaftung

- Fehlerhafte Bilanz
- Überschuldung
- Insolvenzantragspflicht
- Insolvenzverschleppung
- Schadenverursachung?
- Handlungsalternativen

(OLG Köln, Urt. v. 17.12.2009 – 8 U 27/09; rkr. nach Beschl. d. BGH v. 27.4.2010 – IX ZA 4/10, siehe Seite 179)

Leitsätze:

1. Der Steuerberater verletzt seine Aufklärungs- und Beratungspflichten, wenn in den Bilanzen fehlerhaft keine Überschuldung ausgewiesen ist und auch eine hinreichende Aufklärung über die bestehende Überschuldung und die sich daraus für den Geschäftsführer ergebende Insolvenzantragspflicht sowie über die Möglichkeiten der Abwendung der Überschuldung unterblieben ist.

2. Bei einer Falschberatung des Steuerberaters über die Insolvenzantragspflicht des Geschäftsführers greift der Beweis des ersten Anscheins für ein beraterichtiges Verhalten nicht ein, wenn für den Geschäftsführer zum maßgeblichen Zeitpunkt durchaus mehrere Handlungsalternativen bestanden, es insbesondere aufgrund der persönlichen Verbundenheit des Geschäftsführers zu dem Familienunternehmen auch nahegelegen hätte, eine qualifizierte, den Anforderungen des BGH (Urt. v. 8.1.2001 – II ZR 88/89, BGHZ 146, 264) genügende Rangrücktrittserklärung abzugeben, um das Unternehmen aus der insolvenzrechtlichen Überschuldung zu holen, und dem Wunsch des Geschäftsführers entsprechend den Geschäftsbetrieb so lange wie möglich aufrecht zu erhalten (hier: überwiegend Beweiswürdigung bzw. Würdigung der tatsächlichen Umstände). ■

Aus den Gründen:

I. Der Kläger begehrt in seiner Eigenschaft als Insolvenzverwalter der G.L. GmbH (im Folgenden: Insolvenzschriftstellerin) von der Beklagten Schadenersatz wegen steuerlicher Falschberatung in Höhe von insgesamt 1.943.878,54 EUR.

Die Beklagte ist eine Wirtschafts- und Steuerberatungsgesellschaft mit Sitz in F., die für die Insolvenzschriftstellerin Steuerberatungsleistungen erbracht hat. Bei der Insolvenzschriftstellerin handelt es sich um ein im Jahr 1931 zunächst als Einzelfirma gegründetes Bauunternehmen, das seit 1986 in der Rechtsform einer GmbH betrieben wurde. Alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer der GmbH war zunächst der Zeuge G.M.L., der in der Zeit von 16.9.1999 bis 4.5.2004 die Geschäfte zusammen mit seinem ebenfalls zum Geschäftsführer bestellten Sohn, dem Zeugen H.L., führte. Letzterer legte sein Amt im Mai 2004 nieder. Mit Beschluss des Amtsgerichts Bonn vom 1.12.2004 – 96 IN 199/04 wurde auf Antrag der Insolvenzschriftstellerin über deren Vermögen das Insolvenzverfahren eröffnet und der Kläger zum Insolvenzverwalter bestellt.

Der Kläger verlangt aus eigenem sowie aus abgetretenem Recht der Herren G.M.L. und H.L. Schadenersatz mit der Begründung, die Beklagte habe es durch unrichtige Feststellungen zur Überschuldung zu verantworten, dass die Geschäftsführer der Insolvenzschriftstellerin nicht schon nach Vorliegen der Bilanz per 31.12.2001 sowie der weiteren Bilanzen per 31.12.2002 und 31.12.2003 Insolvenzantrag gestellt hätten. Darüber hinaus sei die Beklagte mit der Erstellung von Überschuldungsprüfungen per 31.12.2002 und per 31.12.2003 beauftragt gewesen, die ebenfalls fehlerhaft keine Überschuldung der Insolvenzschriftstellerin ausgewiesen hätten. Bei entsprechendem Hinweis der Beklagten auf die Insolvenzantragspflicht der Geschäftsführer der Insolvenzschriftstellerin hätten diese umgehend Insolvenzantrag für die Gesellschaft gestellt. Hierdurch sei ein Schaden von insgesamt 1.943.878,54 EUR entstanden. Für diesen Schaden hafte die Beklagte umfassend, weil der zwischen ihr und der Insolvenzschriftstellerin abgeschlossene Steuerberatungsvertrag auch Schutzwirkung zugunsten der Zeugen G.M.L. und H.L. entfaltet habe.

Das Landgericht hat die Klage nach Beweisaufnahme mit Urteil vom 18.12.2008, auf das wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstands erster Instanz sowie wegen der rechtlichen Würdigung durch die Kammer Bezug genommen wird (§ 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO), abgewiesen. Zwar spreche Vieles dafür, dass die Zeugen G.M.L. und H.L. in ihrer Funktion als Geschäftsführer der Insolvenzschriftstellerin in den Schutzbereich des zwischen dieser und der Beklagten bestehenden Steuerberatungsvertrages einbezogen waren. Dies könne aber ebenso offenbleiben wie die Frage, ob die Beklagte bei der Erstellung bzw. der Übergabe der Bilanzen für die Jahre 2001 bis 2003 oder im Rahmen der weiteren Beratung der Insolvenzschriftstellerin pflichtwidrig gehandelt hat. Denn jedenfalls fehle es an der erforderlichen Ursächlichkeit zwischen den vorgetragenen Pflichtverletzungen und dem geltend gemachten Schaden, weil nicht auszuschließen sei, dass der Zeuge G.M.L. bei umfassender Kenntnis der Sach- und

Rechtslage die bestehende Überschuldung durch Abgabe einer qualifizierten Rangrücktrittserklärung beseitigt hätte.

Gegen dieses ihm am 8.4.2009 zugestellte Urteil hat der Kläger mit Schriftsatz vom 8.5.2009, bei Gericht am gleichen Tag eingegangen, Berufung eingelegt und diese nach entsprechender Fristverlängerung mit am 31.7.2009 eingegangenem Schriftsatz vom gleichen Tag begründet. Soweit er in erster Instanz noch hilfsweise die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von 154.648,36 EUR zzgl. Zinsen begehrt hat, verfolgt er diesen Antrag im Berufungsverfahren nicht mehr weiter.

Der Kläger wiederholt und vertieft sein erstinstanzliches Vorbringen. Er führt erneut aus, dass bezogen auf eine Haftung der Beklagten gegenüber den Zeugen G.M.L. und H.L. die Voraussetzungen eines Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte vorliegen und dass die Beklagte sich pflichtwidrig verhalten habe. Darüber hinaus wendet er sich gegen die Auffassung der Kammer, dass der geltend gemachte Schaden möglicherweise auch bei pflichtgemäßem Verhalten der Beklagten eingetreten wäre. Insoweit spreche bereits die Vermutung beratungsgerechten Verhaltens für den erforderlichen Ursachenzusammenhang.

(Anträge ...)

II. Die zulässige Berufung ist unbegründet. Dem Kläger steht gegen die Beklagte kein Schadenersatzanspruch aus § 280 Abs. 1 BGB zu.

1. Der Senat teilt allerdings die Auffassung des Klägers, dass **die Beklagte bei der Erstellung der Bilanzen für die Jahre 2001 bis 2003 pflichtwidrig gehandelt hat, weil darin fehlerhaft keine Überschuldung ausgewiesen ist und auch bei der Übergabe der Abschlüsse keine hinreichende Aufklärung über die zu diesen Zeitpunkten bestehende Überschuldung der Insolvenzschriftstellerin und eine sich daraus für die Geschäftsführer ergebende Insolvenzantragspflicht sowie die über Möglichkeiten der Abwendung der Überschuldung unterblieben ist.** Denn auch die Beklagte wendet sich letztlich nicht gegen die Annahme, dass zum Schluss der Jahre 2001, 2002 und 2003 jeweils erhebliche, nicht durch Eigenkapital gedeckte Fehlbeträge vorhanden waren, und dass vor diesem Hintergrund nur unter bestimmten, hier nicht gegebenen Voraussetzungen (ausdrückliche Rangrücktrittserklärungen) nicht von einer Überschuldung i.S.d. § 19 InsO ausgegangen werden könnte.

Auch wenn tatsächlich in Höhe der nicht durch Eigenkapital gedeckten Fehlbeträge Gesellschaftersicherheiten vorgelegen haben mögen, hätten diese nur dann zum Wegfall der bilanziellen Überschuldung führen können, wenn sie durch Rangrücktrittserklärungen abgesichert gewesen wären, die den vom Bundesgerichtshof aufgestellten Anforderungen genügen (vgl. hierzu etwa BGHZ 146, 264 ff). **Die Beklagte hat damit jedenfalls insoweit pflichtwidrig gehandelt, als sie die Voraussetzungen, unter denen eine Insolvenzantragspflicht vermieden werden konnte, falsch beurteilt und dargestellt hat.**

2. Die Beurteilung der Pflichtwidrigkeit kann allerdings im Ergebnis ebenso offenbleiben wie die Frage, ob die Zeugen G.M.L. und H.L. in ihrer Funktion als Geschäftsführer der Insolvenzschuldnerin in den zwischen dieser und der Beklagten bestehenden Steuerberatungsvertrag einbezogen waren. Denn der Senat teilt – wie bereits im Prozesskostenhilfe verweigernden Beschluss vom 22.10.2009 dargelegt – die im angefochtenen Urteil ausführlich und überzeugend begründete Auffassung der Kammer, dass es unabhängig vom Vorliegen der weiteren Haftungsvoraussetzungen jedenfalls am erforderlichen Nachweis des Kausalzusammenhanges zwischen einer Pflichtverletzung der Beklagten und dem geltend gemachten Schaden fehlt.

Ein **adäquater Kausalzusammenhang** zwischen Pflichtverletzung und Schaden würde voraussetzen, dass die Insolvenzschuldnerin bei pflichtgemäßer Beratung durch die Beklagte – sei es im Zusammenhang mit der Übergabe der Bilanzen 2001, 2002 oder 2003, sei es anlässlich der angeblich beauftragten Überschuldungsprüfungen – bereits zu einem früheren Zeitpunkt Insolvenzantrag gestellt und ihren Geschäftsbetrieb eingestellt hätte. Hiervon kann indes nicht mit der erforderlichen Sicherheit ausgegangen werden.

a) Für den Kläger streitet in diesem Zusammenhang entgegen seiner Auffassung kein Anscheinsbeweis.

aa) Nach gefestigter Rechtsprechung (zuletzt BGH, NJW 2009, 1591 ff, m.w.N.) kann sich der Mandant eines Rechtsanwalts bzw. eines Steuerberaters bei Fehlberatungen **nur unter engen Voraussetzungen auf die Vermutung beratungsgerechten Verhaltens berufen**. Im Rahmen von Verträgen mit rechtlichen oder steuerlichen Beratern gilt die Vermutung, dass der Mandant beratungsgemäß gehandelt hätte, nämlich nur dann, wenn im Hinblick auf die Interessenlage oder andere objektive Umstände eine bestimmte Entschliebung des zutreffend unterrichteten Mandanten mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten gewesen wäre. **Voraussetzung sind danach tatsächliche Feststellungen, die im Fall sachgerechter Aufklärung durch den Berater aus der Sicht eines vernünftig urteilenden Mandanten eindeutig eine bestimmte tatsächliche Reaktion nahegelegt hätten.**

Die Beweiserleichterung für den Mandanten gilt also nicht generell. Sie setzt einen Tatbestand voraus, bei dem der Ursachenzusammenhang zwischen der Pflichtverletzung des Beraters und einem bestimmten Verhalten seines Mandanten typischerweise gegeben ist, beruht also auf Umständen, die **nach der Lebenserfahrung eine bestimmte tatsächliche Vermutung rechtfertigen** (BGHZ 123, 311, 314 f; BGH, NJW 2009, 1591, 1592, m.w.N.). Dabei müssen, um beurteilen zu können, wie ein Mandant sich nach pflichtgemäßer anwaltlicher oder steuerlicher Beratung verhalten hätte, **die Handlungsalternativen geprüft werden, die sich ihm stellen; deren Rechtsfolgen müssen ermittelt sowie miteinander und mit den Handlungszielen des Mandanten verglichen werden.**

bb) Das Landgericht hat in diesem Zusammenhang überzeugend dargelegt, dass es im maßgeblichen Zeitraum für die Geschäftsführer der Insolvenzschuldnerin durchaus mehrere

Handlungsalternativen gegeben hätte, **von denen nur eine darin bestanden hätte, sofort Insolvenzantrag zu stellen. Daneben kam insbesondere in Betracht, die Gesellschaft durch die Abgabe einer qualifizierten Rangrücktrittserklärung des Zeugen G.M.L. aus der insolvenzrechtlichen Überschuldung zu holen.**

Im **Überschuldungsstatus** einer GmbH **dürfen nicht nur Verbindlichkeiten fehlen, die unmittelbar auf eigenkapitalersetzenden Leistungen der Gesellschafter** – wie etwa Gesellschafterdarlehen – **beruhen**. Auch Darlehensverbindlichkeiten gegenüber Dritten, die kapitalersetzend sind, weil ein Gesellschafter sie durch Übernahme einer Bürgschaft oder Bestellung von Grundschulden abgesichert hat, müssen nicht passiviert werden, wenn der Gesellschafter durch Vereinbarung mit der Gesellschaft klarstellt, dass er im Innenverhältnis zu dieser die Schuld zu tilgen und die Gesellschaft gegen ihn einen vollwertigen Anspruch auf Ersatz ihrer Aufwendungen hat, falls der Gläubiger sie in Anspruch nimmt.

Ein solcher **Rangrücktritt verringert die Summe der Verbindlichkeiten sofort und nicht erst dann, wenn der Gesellschafter die Gesellschaftsschuld tilgt und nunmehr von der Gesellschaft seine Aufwendungen nicht ersetzt bekommt**, weil er für die Dauer der Überschuldung darauf verzichtet hat (BGH, NJW 1987, 1697 f).

Daraus hat die Kammer den zutreffenden Schluss gezogen, dass die die Verbindlichkeiten der Insolvenzschuldnerin gegenüber den sie finanzierenden Banken, die durch Sicherheiten der Zeugen L. abgesichert waren, nach einem entsprechenden Rangrücktritt nicht in den Überschuldungsstatus der Insolvenzschuldnerin aufzunehmen gewesen wären. Da den nicht durch Eigenkapital gedeckten Fehlbeträgen in den Bilanzen der Insolvenzschuldnerin bezogen auf die Stichtage 31.12.2001, 31.12.2002 und 31.12.2003 jeweils höhere Gesellschaftersicherheiten gegenüberstanden, hätte es lediglich entsprechender Rangrücktrittserklärungen bedurft, um eine Überschuldung i.S.d. § 19 InsO zu vermeiden. Gegen die diesbezüglichen Erwägungen erinnert der Kläger auch mit der Berufung nichts.

cc) Auch soweit der Kläger mit betriebswirtschaftlichen Argumenten versucht, die vom Landgericht aufgezeigte Handlungsalternative als „unvernünftig“ darzustellen, überzeugt dies nicht. Unbeschadet der Frage, inwieweit die Beklagte über die steuerliche Beratung hinaus überhaupt zu einer Beratung darüber verpflichtet war, ob eine an sich durch Einsatz privaten Kapitals mögliche Rettung des Unternehmens auch wirtschaftlich sinnvoll war, **entzieht sich die hier maßgebliche Prognose schon deshalb jeglicher Verallgemeinerung, weil es um unternehmerische Entscheidungen geht**. Derartige Entscheidungen werden gerade bei Unternehmen der vorliegenden Art und Größe nicht allein danach getroffen, ob ein weiterer Kapitaleinsatz auch mittel- und langfristig sicher erscheint. Die persönliche **Verbundenheit zum Unternehmen**, eine als solche empfundene **Verantwortung gegenüber den Beschäftigten**, das „**Prinzip Hoffnung**“ und andere **individuelle Motive** spielen in diesem Zusammenhang eine durchaus gewichtige Rolle.

Auch soweit der Kläger im Schriftsatz vom 9.11.2009 (Gegenvorstellung zum Prozesskostenhilfe versagenden Beschluss des Senats vom 22.10.2009) darauf verweist, dass der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung vom 5.2.2009 (NJW 2009, 1591 ff) maßgeblich darauf abgestellt habe, ob mehrere „wirtschaftlich vernünftige“ Entscheidungen möglich gewesen wären, ändert dies an der Bewertung des vorliegenden Sachverhalts nichts. Denn letztlich geht es bei der Vermutung beratungsgerechten Verhaltens – wie insgesamt bei der Frage des Anscheinsbeweises – darum, ob nach der Lebenserfahrung mit einem bestimmten Verhalten gerechnet werden kann und deshalb die Annahme einer tatsächlichen Vermutung gerechtfertigt ist. Wenn aber – wie hier – bestimmte Entscheidungen nach der Lebenserfahrung gerade nicht nach rein vernünftigen Kriterien getroffen werden, muss auch dies berücksichtigt werden; für die Annahme eines Anscheinsbeweises ist dann allenfalls Raum, wenn auch die irrationalen Erwägungen auf der Grundlage der Lebenserfahrung hinreichend sicher prognostizierbar sind. Dies ist indes aus den bereits dargelegten Gründen nicht der Fall.

b) Sind nach alldem die Regeln des Anscheinsbeweises unanwendbar, musste der Kläger nach allgemeinen Grundsätzen den Nachweis erbringen, dass die geltend gemachten Schäden bei pflichtgemäßem Hinweis auf eine tatsächliche Überschuldung nicht entstanden wären. Da die Frage, wie sich der Mandant bei vertragsgerechter Beratung verhalten hätte, zur haftungsausfüllenden Kausalität zählt, gilt insoweit der Maßstab des § 287 ZPO (vgl. BGHZ 129, 386, 399; BGH, NJW 2009, 1591 f m.w.N.). Der Tatrichter ist in diesem Rahmen zwar freier als bei Anwendung des § 286 ZPO, **auch hier ist jedoch eine deutlich überwiegende, auf gesicherter Grundlage beruhende Wahrscheinlichkeit eines Schadeneintritts zu verlangen** (BGH, NJW 2004, 444, 445; NJW 2009, 1591, 1593).

Auch nach diesem Maßstab ist dem Kläger der ihm obliegende Kausalitätsnachweis nicht gelungen. Die Kammer ist unter sorgfältiger und ausführlicher Würdigung der erhobenen Beweise zu Recht davon ausgegangen, dass die Insolvenzschuldnerin bzw. ihre Geschäftsführer nicht mit erforderlicher Wahrscheinlichkeit schon im August 2002 bzw. in der Folgezeit einen Insolvenzantrag gestellt und den Geschäftsbetrieb des Unternehmens eingestellt hätten. **Für den Senat erscheint es sogar überwiegend wahrscheinlich, dass der Zeuge G.M.L. bei pflichtgemäßer Belehrung die zur Vermeidung einer Insolvenz erforderliche Rangrücktrittserklärung abgegeben hätte.** Auch für den Zeugen H.L. hätte dann in seiner Eigenschaft als Mit-Geschäftsführer der GmbH kein Anlass mehr bestanden, Insolvenzantrag zu stellen.

aa) Soweit die Kammer im Rahmen ihrer Würdigung den Umstand berücksichtigt hat, dass der Zeuge G.M.L. auch im August 2004 trotz ausdrücklichen Hinweises auf seine Pflicht, umgehend Insolvenzantrag stellen zu müssen, diesen Antrag mit Rücksicht auf die Kandidatur seines Sohnes bei der anstehenden Kommunalwahl erst nach ca. 5–6 Wochen gestellt hat, hat dies auch dann Relevanz, wenn „in 2002 keine Kommunalwahl anstand“. Denn hierdurch wird jeden-

falls belegt, dass der Zeuge L. durchaus bereit war, auch einer tatsächlich bestehenden **Insolvenzantragspflicht nicht bedingungslos und unverzüglich nachzukommen**. Sein strafbares Verhalten aus dem Jahre 2004 kann durchaus als ein Indiz dafür herangezogen werden, dass er **in den Vorjahren zumindest alle legalen Möglichkeiten ausgeschöpft hätte**, um eine Insolvenz der GmbH zu vermeiden. Ob er eine strafrechtliche Verurteilung wegen Insolvenzverschleppung „in Kauf genommen“ hat, ist dabei ohne Belang. Jedenfalls wird durch das Verhalten des Zeugen die besondere Verbundenheit zu „seinem“ Unternehmen und sein Wunsch belegt, den Geschäftsbetrieb so lange wie möglich aufrechtzuerhalten.

bb) Soweit der Kläger auf die wirtschaftlichen Lage der GmbH in den Jahren ab 2001 Bezug nimmt (Berufungsbegründung), mag aus seinen Darlegungen zwar folgen, dass eine Fortsetzung des Geschäftsbetriebes wirtschaftlich unvernünftig und mit beachtlichen Gefahren für die Zeugen G.M.L. und H.L. verbunden war. Dies ändert an der rechtlichen Bewertung indes bereits deshalb nichts, weil die Beklagte nur **als Steuerberater tätig** war. Für die offenbar beim Kläger bestehende Vorstellung, die Beklagte habe in diesem Zusammenhang auch eine **umfassende betriebswirtschaftliche Beratung** geschuldet, sieht der Senat keinen hinreichenden Anhalt.

Unabhängig davon waren sämtliche vom Kläger aufgeführten Gesichtspunkte nicht nur der Beklagten, sondern auch – und in erster Linie – den Zeugen L. bekannt und bewusst. **Die Zeugen kannten die Verluste der GmbH mindestens ebenso gut wie der Zeuge C. und wussten auch, dass die Bilanz einen nicht durch Eigenkapital gedeckten Fehlbetrag in erheblicher Höhe auswies.** Der „gnadenlose Konkurrenzkampf“ in der Baubranche war ihnen ebenso bewusst wie die Tatsache, dass der Personalaufwand der Gesellschaft zu hoch war. All dies hat die Zeugen, vor allem den Zeugen G.M.L., auch in der Folgezeit nicht daran gehindert, „gutes Geld schlechtem hinterherzuwerfen“.

cc) Auch der Inhalt der Aussage des Zeugen G.M.L. spricht insgesamt nicht für die Annahme des Klägers, der Zeuge hätte bei richtiger Beratung schon im August 2002 Insolvenzantrag gestellt. Schon der Satz „Wenn man mir im Jahre 2002 gesagt hätte: Mach Schluss, Du verlierst ja alles, dann hätte ich Schluss gemacht“ steht in Zusammenhang mit der weiteren Aussage, dass zu diesem Zeitpunkt „aber noch Privatvermögen vorhanden (war), das ich dann und in den Folgejahren noch in das Unternehmen gesteckt habe“ und ist durchaus so zu verstehen, dass der Zeuge bereit war, **so lange „weiterzumachen“, bis eben kein Privatvermögen mehr vorhanden war**. Dass der Zeuge „Schluss gemacht hätte, um den Rest seines Privatvermögens zu bewahren“, lässt sich schon dieser Aussage selbst nicht entnehmen, erst recht ergibt sich dies nicht aus dem Zusammenhang der Vernehmung. Die Beklagte weist hier zu Recht darauf hin, dass der Zeuge sich auch nach eigenem Bekunden durchaus des Risikos bewusst war, die zugunsten der GmbH eingesetzten Vermögensgegenstände endgültig zu verlieren, dass er aber trotz der Lage der Gesellschaft davon ausging, die Situation werde sich wieder verbessern. (...)

ff) Schließlich sprechen auch die weiteren, schon von der Kammer ausführlich dargelegten Gesichtspunkte dafür, dass der Zeuge L. sich für eine Fortsetzung seines Engagements entschieden hätte:

(1) Die GmbH war nicht erst seit 2001, sondern bereits wenige Jahre nach ihrer Gründung **durchgängig unterkapitalisiert**. Dieser Zustand hat sich in den Jahren 2001 bis 2003 nur fortgesetzt.

(2) Der Zeuge L. hat in seiner Vernehmung nachvollziehbar geschildert, dass er bis zuletzt die **Hoffnung hatte, das Unternehmen vor dem Untergang retten zu können**. Dem entspricht sein Wunsch, trotz der finanziell schlechten Lage des Unternehmens seine **seit 10 bis 20 Jahren** im Unternehmen tätigen und engagierten Mitarbeiter nicht entlassen und das schon von seinem Vater übernommene Familienunternehmen nicht aufgeben zu müssen.

(3) Der Zeuge T. hat bekundet, der Zeuge L. habe, obwohl keine Besserung zu erwarten gewesen sei, die **Schließung des Unternehmens abgelehnt**.

Vor diesem Hintergrund hält der Senat es nicht nur für möglich, sondern sogar für durchaus wahrscheinlich, dass der Zeuge eine den in BGHZ 146, 264 ff dargelegten Anforderungen genügende Rangrücktrittserklärung abgegeben und damit die Überschuldung der GmbH beseitigt hätte. Es fehlt deshalb jedenfalls am Nachweis der Kausalität zwischen einer etwaigen Pflichtverletzung und dem geltend gemachten Schaden. (...) ■

BGH, Beschl. v. 27.4.2010 – IX ZA 4/10

Aus den Gründen:

Die beabsichtigte Rechtsverfolgung hat keine hinreichende Aussicht auf Erfolg (§ 114 ZPO).

1. Die von der Beschwerde formulierten Grundsatzfragen stellen sich nicht. Ob der mit der Erstellung des Jahresabschlusses beauftragte Steuerberater als Nebenverpflichtung seines Mandats die Geschäftsführer, **welche die Überschuldung und ihre sich daraus ergebenden Handlungspflichten nicht kennen**, darauf hinweisen muss, kann dahinstehen, weil der Geschäftsführer und Alleingesellschafter der Schuldnerin nach den unangegriffen gebliebenen Feststellungen sämtliche Umstände kannte. Mangels Hinweispflicht **stellen sich auch nicht die Fragen, ob Geschäftsführer in den Schutzbereich des Vertrages einbezogen** und ob bei pflichtgemäßem Hinweis Rangrücktritte zu unterstellen sind. Die Frage, ob der Steuerberater den Gesellschafter/Geschäftsführer über die Folgen der weiteren Verlustfinanzierung aufklären muss, ist nicht entscheidungserheblich, weil das Berufungsgericht ersichtlich davon ausgegangen ist, dass die Erklärung eines Rangrücktritts die vorherige Aufklärung des Gesellschafter/Geschäftsführers über dessen Rechtsfolgen voraussetzt.

2. Bei der Ablehnung eines Anscheinsbeweises ist das Berufungsgericht von den Grundsätzen der Senatsrechtsprechung ausgegangen. (...) ■

Versicherungsschutz

- Haftpflichtversicherung des Steuerberaters
- Bindungswirkung des Haftpflichturteils
- Versäumnisurteil gegen den Steuerberater
- Kenntnis des Versicherers von der Haftpflichtklage?
- Verjährung des Schadenersatzanspruchs, § 68 StBerG a.F.
- Steuerfestsetzung unter Vorbehalt der Nachprüfung (OLG Frankfurt, Urt. v. 22.10.2009 – 3 U 103/08; rkr. nach Beschl. d. BGH v. 22.9.2010 – IX ZR 248/09, siehe Seite 184)

Leitsätze (d. Red.):

1. Der geschädigte Dritte hat gegen den Haftpflichtversicherer des Steuerberaters einen Direktanspruch auf Zahlung, wenn er gegen den versicherten Steuerberater einen Pfändungs- und Überweisungsbeschluss im Hinblick auf dessen Versicherungsansprüche erwirkt hat.

2. Das gegen den Steuerberater ergangene Versäumnisurteil ist für den Versicherer im Deckungsprozess nicht bindend, wenn dieser weder durch den Versicherungsnehmer noch durch den Geschädigten von dem Haftpflichtprozess und dem Versäumnisurteil unterrichtet wurde.

3. Der Steuerberater ist verpflichtet, seinen Auftraggeber über die Möglichkeit der Anfechtung eines Steuerbescheids zu belehren, wenn sich die Feststellungen der Verfassungswidrigkeit oder die Unvereinbarkeit mit EU-Recht durch das Bundesverfassungsgericht bzw. den Europäischen Gerichtshof abzeichnet. ■

Aus den Gründen:

I. Die Klägerin nimmt die Beklagte als Berufshaftpflichtversicherer wegen Pflichtverletzungen ihres früheren Steuerberaters im Umfang der gesetzlich festgesetzten Mindestversicherungssumme (256.000 EUR) in Anspruch.

Der aufseiten der Klägerin als Streithelfer beigetretene Steuerberater war in den Jahren 2000 bis 2005 als selbstständiger Steuerberater mit der laufenden steuerlichen Beratung des von der Klägerin betriebenen Einzelunternehmens für das Aufstellen von Geldspielautomaten und den Betrieb von Spielhallen beauftragt. Die Tätigkeit des Steuerberaters umfasste die Umsatzsteuervoranmeldungen, die Prüfung der Steuerfestsetzungen sowie die Begleitung steuerlicher Außenprüfungen. Der Prozessbevollmächtigte der Klägerin übernahm Anfang 2005 das Steuermandat.

Die Klägerin macht gegenüber ihrem früheren Steuerberater Forderungen wegen entgangener Erstattung von Mehrwertsteuer über insgesamt 285.000 EUR geltend.

Das Finanzgericht Ort 1 hatte mit Urteil vom 26.10.2001 entschieden, dass Umsätze aus Geldspielgeräten von der Umsatzsteuer befreit seien. Die Revision des Finanzgerichts legte der BFH mit Beschluss vom 6.11.2002 dem EuGH zur Entscheidung vor.

Der Steuerberater hatte deswegen beim zuständigen Finanzamt mit Schreiben vom 29.11.2002 einen Antrag auf Änderung der Umsatzsteuerfestsetzungen für die Veranlagungsjahre 1997 bis 2000 gestellt. Der Antrag wurde mit Bescheid vom 3.12.2002 abgelehnt, die Nachprüfung jedoch vorbehalten. Nach Durchführung einer Betriebsprüfung bei der Klägerin zwischen Dezember 2003 und Februar 2004, die die Umsatzsteuer für die Veranlagungszeiträume 1997 bis einschließlich 1999 zum Gegenstand hatte, erging ein Änderungsbescheid vom 5.4.2004 mit geringfügiger Änderung der geschuldeten Umsatzsteuer, zudem wurde der Vorbehalt der Nachprüfung aufgehoben. Der Steuerberater legte trotz des weiterlaufenden Gerichtsverfahrens zu der Umsatzsteuerpflicht keinen Einspruch ein.

Der EuGH entschied mit Urteil vom 17.2.2005, dass der Betrieb von Glücksspielen aller Art in zugelassenen öffentlichen Spielbanken umsatzsteuerfrei sei. Der BFH schloss sich dieser Auffassung an.

Der Steuerberater teilte der Klägerin durch Schreiben vom 11.11.2005 und 23.5.2006 mit, seine Haftpflichtversicherung sei informiert. Unter dem Datum des 20.6.2006 erklärte er der Klägerin unter der Überschrift: „Verzicht auf die Einrede der Verjährung“, er verzichte vorsorglich auf die Geltendmachung der Einrede der Verjährung hinsichtlich sämtlicher Ansprüche, die die Klägerin für die Veranlagungszeiträume 1997 bis einschließlich 2003 wegen möglicher Beratungsfehler, insbesondere in Form der Nichteinlegung von Ansprüchen im Rahmen der umsatzsteuerlichen Veranlagung, gegen ihn entstanden sein konnten, um ihr Gelegenheit zu geben, ohne Zeitdruck etwaige Ansprüche prüfen zu lassen.

Die Klägerin erhob im Oktober 2006 gegen den Steuerberater vor dem Landgericht Duisburg Klage, mit der sie als Schadenersatz die Umsatzsteuerbeträge aus den Jahren 1997 bis 1999 in Höhe von 285.484,49 EUR und 69.501,14 EUR Zinsen hierauf beanspruchte. Gegen das insoweit am 20.12.2006 antragsgemäß ergangene Versäumnisurteil legte der Steuerberater keinen Einspruch ein.

Mit Schreiben vom 26.2.2007 fragte der Prozessbevollmächtigte der Klägerin bei der Beklagten wegen einer Deckungszusage an und teilte das Ergebnis des rechtskräftigen Versäumnisurteils mit. Die Beklagte lehnte mit Schreiben vom 19.3.2007 Deckungsschutz unter Berufung darauf ab, dass sie erstmals durch das Schreiben vom 26.2.2007 von dem Vorgang Kenntnis erhalten habe und daher mehrfache Obliegenheitsverletzung aus dem Versicherungsverhältnis feststellen müsse und dass das Versäumnisurteil ihr gegenüber keine Bindungswirkung entfalte.

Mit Pfändungs- und Überweisungsbeschluss des Amtsgerichts Mühlheim vom 13.4.2007 wurden sämtliche Ansprüche des Steuerberaters gegenüber der Beklagten aus dem Versicherungsvertrag gepfändet und der Klägerin zur Einziehung überwiesen. Mit Drittschuldnererklärung vom 5.6.2007 lehnte die Beklagte unter Hinweis auf ihr Schreiben vom 19.3.2007 die Zahlung ab.

Die Klägerin hat hinsichtlich der behaupteten Pflichtverletzung des Streithelfers geltend gemacht, er habe keinen Einspruch gegen den Bescheid vom 3.12.2002 und auch nicht gegen die geänderten Steuerbescheide vom 5.4.2004 eingelegt. Deshalb habe eine Erstattung der rechtswidrig festgesetzten Umsatzsteuer nicht mehr erreicht werden können. Durch Übergabe unmittelbar nach Posteingang durch die Tochter der Klägerin habe der Steuerberater von den Änderungsbescheiden vom 5.4.2004 unmittelbar Kenntnis erlangt. Bei einer Überprüfung der Angelegenheit durch Mitarbeiter der X. im Rahmen eines gemeinsamen Termins in den Büroräumen des Streithelfers habe sich herausgestellt, dass der Einspruch nicht wie zunächst behauptet am 30.12.2002, sondern erst am 4.10.2005 erstellt worden sei.

Die Klägerin hat zur Einstandspflicht der Beklagten die Ansicht vertreten, durch das Versäumnisurteil stehe die Haftpflicht des Streithelfers dem Grunde und der Höhe nach fest, was für den vorliegenden Prozess bindend sei. Unbeschadet etwaiger Obliegenheitsverletzungen des Streithelfers gegenüber der Beklagten hafteten diese jedenfalls im Umfang der gesetzlich festgesetzten Mindestversicherungssumme nach § 158c VVG. Daher befinde sich die Beklagte aufgrund ihres Ablehnungsschreibens vom 19.3.2007 seit 20.3.2007 in Verzug.

Die Beklagte hat demgegenüber die Bindungswirkung des vorausgegangenen Versäumnisurteils im Haftpflichtprozess in Abrede gestellt. Der Steuerberater der Klägerin habe sie nicht darüber unterrichtet, dass ihm gegenüber Schadenersatzansprüche erhoben worden seien. Es sei ihr deshalb nicht möglich gewesen, an dem Prozess mitzuwirken. Wegen vorsätzlicher Verletzung der Anzeigebliogenheit der Klägerin nach § 153 Abs. 2 und 4 VVG sowie aus § 5 AVB erlange das Versäumnisurteil keine Bindungswirkung (§§ 158d, 158e VVG).

Die Beklagte hat darüber hinaus die Auffassung vertreten, die Schadenersatzansprüche seien verjährt, so dass die Pfändung des Deckungsanspruchs ins Leere gegangen sei. Mit Bestandskraft des Ablehnungsbescheids vom 3.12.2002 habe die Verjährung zu laufen begonnen. Die dreijährige Frist nach § 68 StBerG a.F. sei damit im Januar 2006 abgelaufen. Die Verjährung beginne nicht erst mit Erlass des Berichtigungsbescheids nach Außenprüfung, sondern bereits mit der erstmaligen Versäumung der Einspruchsfrist. Die Verzichtserklärung des Streithelfers zur Verjährung vom 20.6.2006 sei nach Ablauf der Verjährung erfolgt und damit wirkungslos. Für den Fall ihrer Wirksamkeit handle es sich um eine weitere vorsätzliche Obliegenheitsverletzung des Streithelfers.

Der Streithelfer der Klägerin hat die Meinung vertreten, für den Beginn der dreijährigen Verjährung im Fall der Nichtigkeit einer Rechtsnorm sei die Entscheidung des Gerichts maßgeblich, die die Nichtigkeit feststelle. Erst mit Verkündung des Urteils des EuGH vom 17.2.2005 habe deshalb die Verjährung zu laufen begonnen. Überdies habe eine erneute Pflichtverletzung darin gelegen, dass nach der

Betriebsprüfung gegen die geänderten Steuerbescheide kein Einspruch eingelegt worden sei, wodurch eine neue Verjährungsfrist begonnen habe.

Das Landgericht Wiesbaden hat mit Urteil der 1. Zivilkammer vom 19.3.2008 der Klage stattgegeben.

Es hat zur Begründung ausgeführt, der Versicherungsfall stehe aufgrund der Bindungswirkung des rechtskräftigen Versäumnisurteils des Landgerichts Duisburg gegen den Steuerberater der Klägerin fest. Die Bindungswirkung bestehe auch im Fall eines im Haftpflichtprozess ergangenen Versäumnisurteils, weil die Schlüssigkeit der Klage und damit die Haftung des Streithelfers sowie der ihm anzulastende Pflichtverstoß geprüft worden sei. Der Fall eines Urteils aufgrund Säumnis des Versicherungsnehmers sei nicht anders zu behandeln als der Fall, dass gegen diesen nach Antragstellung ein streitiges Urteil ergehe, nachdem er die Pflichtverletzung nicht bestritten habe. Trotz Obliegenheitsverletzungen des Streithelfers der Klägerin, die zu Leistungsfreiheit der Beklagten ihm gegenüber führen könnten, bleibe die Beklagte unter Beschränkung auf die Mindestversicherungssumme (256.000 EUR) nach § 158c VVG gegenüber der Klägerin zur Leistung verpflichtet.

Zwar führe eine Verletzung der Anzeigepflicht der Klägerin (§ 158d VVG) gegenüber der Beklagten nach § 158 in VVG dazu, dass die Beklagte als Versicherer einwenden könne, der Haftpflichtprozess sei falsch entschieden worden. Die beweisbelastete Beklagte habe jedoch eine Verletzung dieser Pflicht nicht dargelegt und nicht nachgewiesen. Da es um ein Unterlassen gehe, habe es der Klägerin möglich gewesen sein müssen, die gebotene Handlung vorzunehmen. Hierzu gehöre die Kenntnis vom richtigen Berufshaftpflichtversicherer. Eine solche Kenntnis der Klägerin habe die Beklagte nicht dargelegt und unter Beweis gestellt.

Soweit die Beklagte geltend mache, die Klägerin habe zututbare Maßnahmen zur Kenntniserlangung unterlassen, habe diese ausreichend dargelegt, sich um die Ermittlung bemüht zu haben, indem ihr Prozessbevollmächtigter mehrfach telefonisch versucht habe, vom Steuerberater den Haftpflichtversicherer benannt zu bekommen. Dies habe der Steuerberater auch bestätigt. Überdies habe die Klägerin zwei Schreiben des Streithelfers vorgelegt, aus denen sich ergebe, dass er die Beklagte informiert habe. Für die Annahme eines kollusiven Zusammenwirkens seien keine Anhaltspunkte ersichtlich.

Der Klägerin sei auch nicht zuzumuten gewesen, eine Auskunft bei der Steuerberaterkammer einzuholen oder bei Versicherungsunternehmen wegen der Berufshaftpflichtversicherung anzurufen. Den Versicherungsunternehmen sei dagegen zuzumuten, einen zentralen Ruf wie bei den Kfz-Versicherungen einzurichten, um Geschädigten die Ermittlung der Berufshaftpflichtversicherung zu ermöglichen (KG, *Urt. v. 30.1.2007 – 6 U 132/06*).

Dagegen richtet sich die rechtzeitig eingelegte und rechtzeitig begründete Berufung der Beklagten.

1. Darin vertritt die Beklagte unter Bezugnahme auf ihren erstinstanzlichen Vortrag die Ansicht, eine Bindungswirkung des von der Klägerin gegenüber ihrem Versicherungsnehmer erstrittenen Versäumnisurteils bestehe aufgrund der vorliegenden besonderen Umstände nicht, weil für sie keinerlei Möglichkeit bestanden habe, auf den Haftpflichtprozess Einfluss zu nehmen, da ihr weder der Versicherungsnehmer noch die Klägerin die Anspruchserhebung und die Existenz des Prozesses mitgeteilt hätten. Mangels Bindungswirkung sei vorliegend zu berücksichtigen, dass der Haftpflichtanspruch der Klägerin gegenüber ihrem Steuerberater, dem Versicherungsnehmer der Beklagten, verjährt sei.

a) Die Rechtfertigung für die Bindungswirkung des Haftpflichtprozesses für den Deckungsprozess liege in der umfassenden Dispositionsbefugnis des Versicherers, insbesondere in dem Recht, den Haftpflichtprozess für den Versicherten zu führen (BGH, *VersR 1992, 1504*). Sofern der Haftpflichtversicherer den Prozess nicht geführt habe, sei eine Bindungswirkung nur gerechtfertigt, wenn der Haftpflichtversicherer von seinem Prozessführungsrecht aufgrund eigener Entscheidung keinen Gebrauch gemacht habe. Dabei handle es sich in erster Linie um Fälle, in denen der Versicherer vor Durchführung des Haftpflichtprozesses die Deckung abgelehnt habe (vgl. BGH, *VersR 1992, 1504*).

Maßgeblicher Grund für die vom BGH auch bei Nichtbeteiligung des Versicherers angenommene Bindungswirkung sei mithin der Umstand, dass der Versicherer darauf verzichtet habe, seinen Einfluss auf den Haftpflichtprozess geltend zu machen. Deshalb habe der BGH auch in einem Fall eines gegen den Versicherungsnehmer ergangenen Versäumnisurteils die Bindungswirkung bejaht, weil der Versicherer noch vor Rechtskraft des Versäumnisurteils davon erfahren und die Möglichkeit gehabt habe, hiergegen Einspruch einzulegen (BGH, *VersR 2003, 635*).

Entgegen der im angefochtenen Urteil zum Ausdruck gebrachten Ansicht entspreche es nicht der Rechtsprechung des BGH, eine generelle Bindungswirkung im Fall eines gegen den Versicherungsnehmer ergangenen Versäumnisurteils anzunehmen. Auch in der Literatur werde einhellig die Auffassung vertreten, die Bindungswirkung des Urteils im Haftpflichtprozess ergebe sich aus der umfassenden Dispositionsbefugnis des Versicherers über das Haftpflichtverhältnis und insbesondere aus dessen Prozessführungs-befugnis (Hagen, *DNotZ 2000, 809*; NVersZ 2001, 341; Römer/Langheid, *VVG, § 149 in 12*; Späth, *VersR 1989, 354*; Berliner Kommentar zum VVG/Baumann, § 149 Rdnr. 91).

b) Die fehlende Bindungswirkung des von der Klägerin erstrittenen Versäumnisurteils ergebe sich auch aus § 158e Abs. 1 VVG a.F. Die Klägerin habe die ihr nach § 158d Abs. 2 VVG a.F. obliegende Verpflichtung, dem Versicherer die gerichtliche Geltendmachung des Anspruchs unverzüglich schriftlich anzuzeigen, verletzt. Sie habe offenkundig keinerlei Versuch unternommen, den Haftpflichtversicherer in Erfahrung zu bringen. Die Klägerin habe zumindest den Versuch unternommen müssen, bei der zuständigen Steuerberaterkammer die Haftpflichtversicherung zu erfahren.

Jedenfalls werde in derartigen Fällen der Haftpflichtversicherer über ein entsprechendes Auskunftersuchen eines Auftraggebers unterrichtet. Auf diese Weise hätte die Beklagte Kenntnis von dem Haftpflichtprozess erlangt (Auskunft der Steuerberaterkammer). Überdies habe die Klägerin die Steuerberaterkammer um Vermittlung gemäß § 76 Abs. 2 Nr. 3 StBerG bitten können. Die Steuerberaterkammer hätte dann den Streitverkündeten eindringlich darauf hingewiesen, dass er verpflichtet sei, seinem Auftraggeber seine Berufshaftpflichtversicherung zu nennen. Schließlich habe für die Klägerin die Möglichkeit bestanden, eine entsprechende Auskunftsklage gegen den früheren Steuerberater zu erheben. Sie könne sich deshalb nicht darauf berufen, keine Kenntnis von der Haftpflichtversicherung gehabt zu haben (*Berliner Kommentar/Hübsch, § 158d Rdnr. 25*). Infolge der Anzeigepflichtverletzung trete eine Bindungswirkung des Versäumnisurteils nicht ein; die Haftpflichtfrage sei im Deckungsprozess erneut zu prüfen (*Römer/Langheid, VVG, § 158e Rdnr. 5 u.a.*).

2. Wegen der fehlenden Bindungswirkung des vorausgegangenen Versäumnisurteils sei im vorliegenden Deckungsprozess die Frage der Verjährung des Haftpflichtanspruchs der Klägerin zu berücksichtigen (Klageerwiderung, Schriftsatz 25.2.2008.). Die Ansicht des Landgerichts, der Steuerberater der Klägerin habe durch Erklärung vom 20.6.2006 auf die Einrede der Verjährung verzichtet, sei unzutreffend. Diese Erklärung beziehe sich ihrem Inhalt nach nur auf Ansprüche, die zum Zeitpunkt der Abgabe der Erklärung noch nicht verjährt gewesen seien. Dies ergebe sich aus dem ausdrücklich angegebenen Zweck der Erklärung, der Klägerin Gelegenheit zu geben, etwaige Ansprüche ohne Zeitdruck durch ihre neuen Berater prüfen zu lassen. Nach dem Wortlaut sei die Erklärung nicht darauf gerichtet gewesen, die Einrede der Verjährung aufzugeben, wenn diese bereits eingetreten gewesen sei (*vgl. auch BGH, NJW 1982, 1815; BGH NJW 1996, 661*).

3. a) Darüber hinaus sei zu rügen, dass die Klägerin den Bescheid des Finanzamts Ort2 vom 3.12.2002 trotz mehrfacher Aufforderung und trotz ausdrücklichen Antrags gemäß § 142 ZPO in erster Instanz nicht vorgelegt habe. Mangels Vorlage sei der Schadenersatzanspruch nicht schlüssig dargelegt. Die Höhe des geltend gemachten Schadens (Berechnung der steuerpflichtigen Umsätze, des Erstattungsanspruchs der Vorsteuer und des Zinsschadens) werde bestritten.

b) Da sowohl die Klägerin als auch die Familie Y. als Automatenaufsteller von den Berufsverbänden über die umsatzsteuerrechtliche Problematik wegen der Entscheidung des Finanzgerichts Münster vom 26.10.2001 und des Vorlagebeschlusses des BFH vom 6.11.2002 unterrichtet gewesen seien, bleibe völlig unverständlich und begründe im Übrigen erhebliches Mitverschulden der Klägerin, dass die Frage der Umsatzsteuerpflicht im Rahmen der Betriebsprüfung in keiner Weise mehr angesprochen worden sei.

(Anträge ...)

II. Die Berufung bleibt im Wesentlichen erfolglos.

Zwar ist die Beklagte mangels **Bindungswirkung** des gegen den Steuerberater ergangenen **Versäumnisurteils** vom 20.12.2006 für den vorliegenden Deckungsprozess nicht gehindert, Einwendungen gegen die Haftpflicht des bei ihr versicherten Steuerberaters zu erheben. Diese verhalfen ihr jedoch nicht zum Erfolg.

1. Die Einstandspflicht der Beklagten richtet sich nach dem Leistungsversprechen im Versicherungsvertrag der Beklagten mit ihrem Versicherungsnehmer, dem Streithelfer der Klägerin, hier nach § 5 I. AVB. Danach ist Versicherungsfall im Sinne des Vertrages der Verstoß, der Haftpflichtansprüche gegen den Versicherungsnehmer zur Folge haben könnte. Zwar steht der Klägerin als geschädigter Dritter gegen die Beklagte als Haftpflichtversicherer weder aus dem Versicherungsvertrag noch aus dem Gesetz ein Direktanspruch zu; dieser **Direktanspruch auf Zahlung folgt jedoch aus dem von der Klägerin gegen den Versicherungsnehmer der Beklagten erwirkten Pfändungs- und Überweisungsbeschluss** vom 13.4.2007, zugestellt an die Beklagte am 4.6.2007, auf der Grundlage des Versäumnisurteils vom 20.12.2006.

2. Das gegen den Steuerberater ergangene **Versäumnisurteil ist nicht bindend**. Zwar gilt nach ständiger Rechtsprechung des BGH in der Haftpflichtversicherung auf der Grundlage des Leistungsversprechens nach dem Versicherungsvertrag das Trennungsprinzip mit Bindungswirkung des Haftpflichtprozesses (*VersR 1992, 1504; VersR 2006, 106 = NJW 2006, 289*), nach dem im Haftpflichtprozess entschieden wird, ob und in welcher Höhe der Versicherungsnehmer dem Dritten gegenüber haftet. Die Eintrittspflicht des Versicherers wird im Deckungsprozess geklärt. **Danach stellt die notwendige Ergänzung dieses Prinzips die Bindungswirkung des Haftpflichturteils für den nachfolgenden Deckungsrechtsstreit dar, jedenfalls hinsichtlich des Haftungstatbestands, der die tatsächlichen Elemente, die der Tatrichter des Haftpflichtprozesses der Haftung des Versicherungsnehmers zugrunde gelegt hat, sowie den dem Versicherungsnehmer anzulastenden Pflichtverstoß umfasst.**

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist der **Versicherer** gegenüber dem Versicherungsnehmer **durch die ihm eingeräumte umfassende Dispositionsbefugnis über das Haftpflichtverhältnis, durch Anzeige-, Auskunfts-, Vorlage- und Aufklärungsobliegenheiten und vor allem durch das Weisungs- und Vertretungsrecht des Versicherers (§ 5 AHB) ausreichend geschützt**, wenngleich er in besonderen Fällen seine eigenen Interessen hinter die des Versicherungsnehmers zu stellen hat (BGH, *VersR 1992, 1504*). Daraus folgt aber als **Voraussetzung** für den Eintritt der Bindungswirkung gegenüber dem Versicherer aus dem Haftpflichtprozess auch, **dass der Versicherer überhaupt eine Chance hatte, die ihm eingeräumten Rechte im Haftpflichtprozess wahrzunehmen. Dazu bedarf es der (rechtzeitigen) Kenntnis des Versicherers vom Haftpflichtprozess.**

Unter diese Voraussetzung hat der BGH die Bindungswirkung des Haftpflichtprozesses auch gestellt. Er hat nach dem

zutreffenden Zitat in der Berufungsbegründung bereits 1956 (*NJW* 1956, 1796) sowie erneut durch Urteil vom 19.3.2003 (*VersR* 2003, 635) entschieden, dass die Bindungswirkung eines Versäumnisurteils im Haftpflichtprozess dann eintritt, **wenn der Versicherer vom Haftpflichtprozess weiß und dem Versicherungsnehmer freie Hand lässt oder zumindest so rechtzeitig vom Erlass eines Versäumnisurteils und dadurch vom Haftpflichtprozess selbst Kenntnis erhält, dass er aufgrund der in den AVB eingeräumten Prozessführungsbefugnis (vorliegend § 5 III. Nr. 4 AVB) in die Lage versetzt wird, den Prozess für den Versicherungsnehmer weiterzuführen (ebenso *OLG Koblenz, VersR* 1995, 1298).**

Diese Voraussetzungen fehlen vorliegend vollständig, weil unstreitig die Beklagte als Versicherer weder durch ihren Versicherungsnehmer noch durch die Klägerin (mangels Kenntnis) von dem Haftpflichtprozess und dem Versäumnisurteil unterrichtet wurde. Die vorliegende Konstellation widerspricht mithin der durch das Trennungsprinzip und die Bindungswirkung austarierten Interessenlage zwischen Versicherer, Versicherungsnehmer und geschädigtem Dritten, weshalb die Bindungswirkung hier zu verneinen ist, ohne dass es insoweit auf ein Verschulden hinsichtlich der unterlassenen Information ankommt. Auf eine Durchbrechung der Bindungswirkung des Haftpflichtprozesses nach §§ 158e, 158d Abs. 2 VVG (vgl. *Römer/Langheid, VVG, § 158e Rdnr. 5; Prölss/Martin/Knappmann, VVG 27. Aufl., § 158e Rdnr. 1, 4*) kommt es vorliegend nicht mehr an.

3. Entgegen der Meinung der Beklagten ist **Verjährung des Haftpflichtanspruchs** der Klägerin gegenüber ihrem Steuerberater, dem Versicherungsnehmer der Beklagten, nicht eingetreten. Auf die Verzichtserklärung des Steuerberaters vom 20.6.2006 kommt es nicht an, weil sie sich nur auf Ansprüche bezieht, die zur Zeit der Abgabe der Erklärung nicht verjährt gewesen sind. Dies ergibt sich aus dem in der Erklärung ausdrücklich aufgeführten Zweck, der Klägerin ohne Zeitdruck die Überprüfung etwaiger Ansprüche zu ermöglichen.

a) Ansprüche gegen einen Steuerberater auf Schadenersatz verjähren nach der bis zum 14.12.2004 gültigen Fassung des § 68 StBerG (danach weggefallen durch Art. 16 Nr. 2 des Gesetzes zur Anpassung von Verjährungsvorschriften vom 9.12.2004; Überleitung Art. 229 § 12 Abs. 1 Nr. 13 EGBGB) in 3 Jahren, beginnend mit der Entstehung des Anspruchs. Ein **Schadenersatzanspruch gegen den Steuerberater entsteht** entgegen der Ansicht der Beklagten mit der Bestandskraft des Steuerbescheids, durch den wegen einer Pflichtwidrigkeit des Steuerberaters Steuern zu hoch festgesetzt worden sind (so bereits *BGHZ* 114, 150; *BGH, DB* 2007, 1400 – von der *Bekl. zitiert* –), **frühestens mit Zugang des Steuerbescheids des Finanzamts** (*BGHZ* 119, 69).

b) Vorliegend ist die Entstehung des Schadenersatzanspruchs der Klägerin gegen den Versicherungsnehmer der Beklagten allerdings nicht mit der Bestandskraft der ablehnenden Entscheidungen des Finanzamts vom 3.12.2002 zu seinem (für die Klägerin) im Anschluss an den Vorlagebeschluss des BFH an den EuGH vom 6.11.2002 gestellten Abänderungsantrag

vom 29.11.2002 anzusetzen, wie die Beklagte meint. Denn die Umsatzsteuerfestsetzungen für die streitgegenständlichen Jahre 1997–1999 standen unstreitig danach weiter unter dem Vorbehalt der Nachprüfung (§§ 18 Abs. 2 Satz 1 UStG, 168 Satz 1 AO), der erst durch die im Anschluss an eine Betriebsprüfung bei der Klägerin ergangenen (geringfügig) abändernden Bescheide des Finanzamts vom 5.4.2004 aufgehoben wurde. **Durch den Vorbehalt der Nachprüfung blieb der Steuerfall nach allen Seiten offen, die Bestandskraft war insgesamt suspendiert** (*Jakob, AO 4. Aufl. 2006, Rdnr. 264; Tipke/Lang, Steuerrecht* 18. Aufl. 2005, § 21 Rdnr. 288). Der Steuerpflichtige kann jederzeit die Abänderung beantragen (§ 164 Abs. 2 AO).

Damit konnte die Bestandskraft der Steuerfestsetzungen als Voraussetzung der Entstehung eines Schadens wegen der bei der Klägerin vom Finanzamt vereinnahmten Umsatzsteuer nicht eintreten. Denn **solange der Vorbehalt der Nachprüfung besteht, hat das Finanzamt ebenso wie im Fall eines fristgerechten und deshalb noch zulässigen Einspruchs die Sache in vollem Umfang erneut zu prüfen und entsprechend einer berechtigten Steuererklärung die zutreffende Entscheidung zu fällen** (vgl. *BGHZ* 114, 150, zit. nach *juris, Rdnr. 15*).

Der Vorbehalt entfällt gemäß § 164 Abs. 4 Satz 1 AO **nach Ablauf der Steuerfestsetzungsfrist**, nach Aufhebung durch das Finanzamt und nach Außenprüfung im Umfang der Änderung. Vorliegend fiel die vollständige Aufhebung des Nachprüfungsvorbehalts mit der teilweisen Abänderung der Steuerfestsetzung nach Außenprüfung zusammen. Zuvor war der Vorbehalt wegen Ablaufs der Festsetzungsfrist nicht entfallen. Auch wenn die Umsatzsteuer gemeinhin als Verbrauchssteuer bezeichnet wird, für die eine Festsetzungsfrist von einem Jahr gilt, stellt sie jedoch keine Verbrauchssteuer im technischen Sinn dar, so dass eine Festsetzungsfrist von vier Jahren gilt (*Tipke/Lang, a.a.O., § 14 Rdnr. 2*).

c) Maßgeblich für die frühestmögliche Entstehung des Schadenersatzanspruchs gegen den Steuerberater und damit für den Beginn der Verjährung ist mithin die Bekanntgabe der Abänderungsbescheide des Finanzamts am 8.4.2004, die das Finanzamt Mülheim in seiner Einspruchsentscheidung vom 25.8.2006 unbeanstandet von den Parteien festgestellt hat. Die dreijährige Verjährung begann sodann am 9.4.2004 und endete am 8.4.2007 (§ 188 Abs. 2 BGB). **Bei Klageerhebung** im Haftpflichtprozess, deren Zeitpunkt von den Parteien nicht mitgeteilt worden ist, jedenfalls auch noch vor dem Erlass des Versäumnisurteils vom 20.12.2006 war **Verjährung daher nicht eingetreten**. Durch die Klageerhebung wurde die Verjährung gehemmt (§ 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB). Darüber hinaus **begann die Verjährung infolge des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses** vom 13.4.2007 als Vollstreckungshandlung des Gerichts ab diesem Zeitpunkt **neu zu laufen** (§ 212 Abs. 1 Nr. 2 BGB). Mithin war der Schadenersatzanspruch der Klägerin auch bei Erhebung der Deckungsklage nicht verjährt.

d) Der vorstehend dargestellte Verjährungsbeginn setzt im Übrigen eine für die unrichtige oder überhöhte Steuerfest-

setzung ursächliche Pflichtverletzung des Steuerberaters voraus, die vorliegend frühestens mit der Bekanntgabe der Entscheidung des BFH vom 6.11.2002, den vom FG Münster entschiedenen Fall der Besteuerung von Umsätzen aus Geldspielgeräten dem EuGH vorzulegen, angenommen werden kann. Denn dem OLG Köln folgend, ist ein **Steuerberater verpflichtet, seinen Auftraggeber über die Möglichkeit der Anfechtung des Steuerbescheids zu belehren, wenn sich die Feststellung der Verfassungswidrigkeit einer Rechtsnorm durch das BVerfG abzeichnet** (OLG Köln, VersR 2008, 790 = OLGR Köln 2008, 32 = DB 2007, 2473; weitergehend KG, VersR 2007, 435 = DB 2006, 2343). Nichts anderes kann für die Feststellung der Unvereinbarkeit mit EU-Recht durch den EuGH gelten.

Kausal für einen Schaden ist danach ein Verhalten des StB durch Unterlassen rechtzeitiger (unter Beachtung noch offener Einspruchsfrist) Belehrung des Auftraggebers oder Unterlassen fristgerechter Einlegung des möglichen Einspruchs selbst, wodurch die Bestandskraft der Steuerfestsetzung eintritt und dadurch die im Ergebnis vom Auftraggeber zu Unrecht gezahlte Umsatzsteuer nicht mehr zurückgefordert werden kann. Folglich liegt das für den Schaden kausale pflichtwidrige Verhalten des Steuerberaters in Fällen nachträglicher Aufhebung der Besteuerungsgrundlage durch gerichtliche Entscheidung in der Versäumung der letzten Möglichkeit der Einflussnahme auf die Steuerfestsetzung des Finanzamts, d.h. der Einspruchsfrist. Erst danach ist ein Schaden entstanden, vorher kann daher die Verjährung nach § 68 StBerG nicht ansetzen.

4. Der Einwand der Beklagten, ohne Vorlage des (ablehnenden) Bescheids des Finanzamts Ort 2 vom 3.12.2002 sei der Schadenersatzanspruch auf der Grundlage des versäumten Einspruchs gegen diesen Bescheid nicht schlüssig dargelegt, ist unerheblich. Entscheidend war der unstreitig unterlassene Einspruch gegen die Abänderungsbescheide vom 5.4.2004 (siehe vor).

5. a) Ein der Klägerin bei der Entstehung des Schadens anzulastendes Mitverschulden ist nicht in Betracht zu ziehen. Denn die Klägerin hatte gerade den Streithelfer als Steuerberater hinzugezogen, um Fehler der steuerlichen Erklärungen und Beurteilungen zu vermeiden, insbesondere Bescheide zu prüfen, Einsprüche einzulegen und die dafür maßgeblichen Fristen zu wahren (vgl. BGH, NJW 1998, 1486).

b) Einwände zur **Höhe des beanspruchten Schadens** hat die Beklagte mit der Berufung nicht konkret erhoben. Das pauschale Bestreiten in erster Instanz ist unzureichend, nachdem die Klägerin auf der Grundlage der Steuererklärungen substantiierten Vortrag gehalten hat.

6. Auf die Berufung ist jedoch der durch das angefochtene Urteil zuerkannte **Zinssatz** auf 5 Prozentpunkte über dem Basiszins nach § 288 Abs. 1 BGB **zu begrenzen, weil der nach Absatz 2 der Vorschrift bestimmte höhere Zins nur im Zusammenhang mit Entgeltforderungen gerechtfertigt ist, zu denen Schadenersatz nicht zählt** (Palandt/Grüneberg, BGB, § 286 Rdnr. 27). (...) ■

BGH, Beschl. v. 22.9.2010 – IX ZR 248/10

Aus den Gründen:

Die Beschwerde bleibt ohne Erfolg. Ein Eingreifen ist nicht zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Variante 2 ZPO) angezeigt.

1. Ohne zulassungsrelevanten Rechtsfehler ist das Berufungsgericht zu der Würdigung gelangt, dass Schadenersatzansprüche der Klägerin gegen den Streithelfer nicht verjährt sind.

a) Regelmäßig **beginnt die Verjährung** für einen Anspruch gegen einen Steuerberater, der steuerliche Nachteile seines Mandanten verschuldet hat, nicht erst mit der Bestandskraft, sondern **bereits mit Bekanntgabe des belastenden Steuerbescheids**. Das kann aber nicht gelten, **wenn das pflichtwidrige Verhalten des Steuerberaters erst nach Erlass des Steuerbescheids einsetzt**. Besteht die Pflichtwidrigkeit darin, dass der gebotene Rechtsbehelf gegen den Bescheid nicht eingelegt wird, so entsteht der Schaden in dem Augenblick, in dem der Steuerpflichtige von sich aus nicht mehr durch einen Rechtsbehelf die Abänderung des Steuerbescheids erwirken kann; die eng begrenzten **Abänderungsmöglichkeiten nach § 173 AO reichen nicht aus**, den Eintritt des Schadens erst für den Zeitpunkt anzunehmen, von dem an auch sie nicht mehr bestehen (BGH, Urt. v. 20.6.1996 – IX ZR 100/95, WM 1996, 2066, 2067).

b) Die Anmeldung der Umsatzsteuer (§ 18 Abs. 3 Satz 1 UStG) steht gemäß § 168 Satz 1 AO einer Steuerfestsetzung unter dem Vorbehalt der Nachprüfung und damit der Bekanntgabe eines schadenbegründenden Steuerbescheids gleich (BGH, Urt. v. 5.3.2009 – IX ZR 172/05, WM 2009, 863, 864 Rdnr. 11). Da dem Streithelfer im Blick auf die Umsatzsteuervoranmeldungen aber keine Pflichtwidrigkeit angelastet wird, hat sich ein Schaden nicht bereits mit dieser Anmeldung, verwirklicht. Vielmehr wird dem Streithelfer vorgeworfen, gegen die Beschwerde vom 3.12.2002 und vom 5.4.2004 keinen Rechtsbehelf eingelegt zu haben.

Im Fall der Versäumung eines Rechtsbehelfs wird ein Schaden erst mit der Bestandskraft des Steuerbescheids begründet (BGH, Urt. v. 20.6.1996, a.a.O.). Im Streitfall war wegen des Vorbehalts der Nachprüfung (§ 164 Abs. 2 Satz 1, § 168 Satz 1 AO) jederzeit eine Änderung der Steuerfestsetzung zugunsten der Klägerin möglich. Mithin trat Bestandskraft erst mit Ablauf der Rechtsbehelfsfrist für den Bescheid vom 5.4.2004 ein.

Bei dieser Sachlage wurde die Klage im Oktober 2006 vor Ablauf der hier noch maßgeblichen dreijährigen Verjährung des § 68 StBerG a.F. erhoben.

Ohne Erfolg rügt die Beklagte unter Berufung auf Art. 103 Abs. 1 GG, das Berufungsgericht habe ihr Vorbringen nicht zur Kenntnis genommen, wonach der Bescheid vom 3.12.2002 nicht unter dem Vorbehalt der Nachprüfung gestanden habe. (...) ■

Steuerberaterhaftung

- Vorlagebeschluss des BFH
- Beachtung von Festsetzungsfristen
- Umsätze aus Geldspielautomaten
- Verjährung, Schadeneintritt
- Gutachten zur Schadenberechnung
(LG Paderborn, Urt. v. 8.5.2009 – 2 O 399/08)

Leitsätze:

1. Es liegt eine Verletzung der vertraglichen Pflichten des Steuerberaters vor, wenn dieser nicht innerhalb der Einspruchs- bzw. Festsetzungsfrist hinsichtlich der Vorbehaltsfestsetzung bzgl. eines bestimmten Veranlagungszeitraum einen Abänderungsantrag gestellt und den Mandanten auch nicht auf diese Möglichkeit hingewiesen hat.

2. Es kann vom Steuerberater erwartet werden, dass er die Rechtsprechung des BFH zur Umsatzsteuer kennt und dass er nach Veröffentlichung eines Vorlagenbeschlusses des BFH sowie entsprechendem Anlass gegen die Steuerfestsetzung vorgeht, d.h. vorliegend, dass der Steuerberater bei zu erwartender Änderung der Rechtsprechung zur Steuerfreiheit von Umsätzen aus Geldspielautomaten zur Stellung eines Änderungsantrags oder zum Hinweis auf diese Möglichkeit verpflichtet ist. ■

Zum Sachverhalt:

Der Kläger macht gegen die Beklagte aus abgetretenem Recht Schadenersatzansprüche aus Steuerberaterhaftung geltend.

Die Beklagte ist Steuerberaterin und war für die Ehefrau des Klägers, Frau K., von 1995 bis 2007 oder 2008 tätig. Die Ehefrau betrieb unter der Firma „...“ sog. Spielhallen und Aufstellplätze, in denen Geldspielgeräte mit Gewinnmöglichkeit aufgestellt waren. Die Beklagte erstellte die Jahresabschlüsse und Umsatzsteuererklärungen und prüfte die Steuerbescheide.

Gewinne aus dem Betrieb von Geldspielautomaten wurden bis zum Jahr 2005 nach dem allgemeinen Umsatzsteuerstatbestand gemäß § 1 I Nr. 1 UStG versteuert. Gemäß § 4 Nr. 9 b) UStG a.F. waren nur Umsätze aus öffentlichen Spielbanken von der Umsatzsteuer befreit.

Am 11.6.1998 urteilte der EuGH (*Fischer, DStRE 1998, 490*), dass auch unerlaubtes Glücksspiel in den Anwendungsbereich der Richtlinie 77/388/EWG der Europäischen Gemeinschaft vom 1.5.1977 fällt und nicht besteuert werden darf, wenn das gleiche Glücksspiel in einer öffentlichen Spielbank steuerfrei ist.

In einem Beschluss vom 30.11.2000 befand der BFH (*DStR 2001, 126*), dass die Besteuerung von Geldspielautomatenumsätzen ernstlich zweifelhaft und nach einer summarischen

Prüfung nicht ausgeschlossen sei, dass sich der Unternehmer auf die Steuerfreiheit nach Art. 13 B der Richtlinie berufen kann. Allerdings hatte der BFH auch Zweifel und entschied, dass eine endgültige Klärung der Rechtslage dem folgenden Hauptsacheverfahren vorbehalten sein sollte.

Am 6.11.2002 erließ der BFH einen Vorlagebeschluss zum EuGH (*DStRE 2003, 179*) mit der Frage nach der Auslegung der Richtlinie hinsichtlich der Besteuerung von privaten Glücksspielumsätzen und der Ungleichbehandlung mit öffentlichen Spielbanken.

Am 17.2.2005 urteilte der EuGH (*Linneweber, DStR 2005, 371*), dass die Umsätze aus Geldspielautomaten generell gleich behandelt werden müssen; wenn sie für Spielbanken steuerfrei seien, so müsse dies auch für private Aufsteller gelten. Die Richtlinie entfalte für Betreiber von Glücksspielautomaten unmittelbare Wirkung.

Auch nach dem folgenden BFH-Urteil (*Urt. v. 12.5.2005, DStR 2005, 1407*) konnte sich ein Aufsteller von Geldspielautomaten direkt auf die Steuerfreiheit gemäß der Richtlinie berufen.

Für das Jahr 1998 wurde Frau K. auf Grundlage des § 1 Abs. 1 Nr. 1 UStG a.F. zur Zahlung von Umsatzsteuer auf Umsätze aus dem Betrieb von Geldspielautomaten in Anspruch genommen.

Die Beklagte fertigte die Umsatzsteuererklärung für das Jahr 1998 und reichte sie im Jahr 2000 ein. Sie legte gegen die streitgegenständliche Festsetzung zunächst keinen Einspruch ein und stellte keinen Änderungsantrag. Über die Umsatzsteuer 1998 wurde mit Bescheid des Finanzamts Lippstadt durch Bescheid vom 31.8.2000 abgerechnet. Es ergab sich ein Abrechnungsbetrag für 1998 in Höhe von 41.750,60 DM zuungunsten der Frau K. Mit Schreiben an das Finanzamt Lippstadt vom 28.9.2005 legte die Beklagte für Frau K. Einspruch gegen alle noch offenen Umsatzsteuerbescheide ein. Die Festsetzung für 1998 wurde nicht rückwirkend geändert.

Mit dem Antrag zu 1) begehrt der Kläger Ersatz des Schadens aus der zu viel gezahlten Umsatzsteuer des Jahres 1998 zzgl. Zinsen. Der Anspruch wurde dem Kläger von der ursprünglichen Anspruchsinhaberin Frau K. abgetreten.

In der mündlichen Verhandlung hat der Kläger die Abtretungsurkunde im Original vorgelegt. Der Kläger behauptet, für das Jahr 1998 liege der Schaden der Firma seiner Ehefrau bei 15.263,05 EUR an zu viel gezahlten Steuern und 5.244 EUR an Zinsen, die gemäß § 233a AO vom Finanzamt erstattet worden wären, also insgesamt bei 20.507,05 EUR.

Er meint, die Beklagte hätte bis Ende 2004 noch gegen die Steuerfestsetzung für das Jahr 1998 vorgehen können und dies auch tun müssen. Er behauptet, dass seiner Ehefrau dadurch, dass die Beklagte die Festsetzung hat bestandskräftig werden lassen und sie nachträglich nicht mehr abgeändert werden konnte, ein Schaden entstanden sei, der in der zu viel gezahlten Umsatzsteuer liege.

Der Kläger meint, bis zur Bestandskraft der Festsetzung habe die Beklagte aus den ergangenen und veröffentlichten Urteilen genügend Anlass gehabt, einen Abänderungsantrag beim Finanzamt zu stellen. In dem Unterlassen dieses Antrags bzw. in dem Unterlassen eines entsprechenden Hinweises an die Ehefrau des Klägers läge eine Pflichtverletzung. Die Festsetzungsfrist sei am 31.12.2004 abgelaufen.

(Anträge ...)

Die Beklagte behauptet, sie habe sich ordnungsgemäß über den Stand der Rechtsprechung informiert. Außerdem würde sich aus dem Schreiben des AG Lippstadt vom 5.10.2005 ergeben, dass sämtliche Bescheide berichtigt oder abgeändert worden seien.

Des Weiteren bestreitet die Beklagte den geltend gemachten Schaden. Sie meint, es fehle eine substantiierte Darlegung des Schadens unter Berücksichtigung einer ordnungsgemäßen Schadenberechnung unter Einbeziehung einer Schadenkompensation. Es fehle außerdem an ausreichenden Darlegungen und Nachweisen. Sie erhebt die Einrede der Verjährung. Sie ist ferner der Ansicht, der Bescheid für den Zeitraum 1998 sei am 31.9.2000 bestandskräftig geworden und damit vor der Veröffentlichung des BFH-Beschlusses in DStRE 2003, 179. ■

Aus den Gründen:

Die Klage ist zulässig und in vollem Umfang begründet.

I. Der Kläger hat gegen die Beklagte einen Anspruch auf Schadenersatz aus gemäß § 398 BGB übergegangenem Recht gemäß §§ 280 Abs. 1 i.V.m. 675 BGB in Höhe von 20.507,05 EUR.

1. Zwischen der Beklagten und Frau K. bestand ein Geschäftsbesorgungsvertrag gemäß § 675 BGB. Der Vertrag zwischen einem Unternehmer und einem Steuerberater ist grundsätzlich ein Geschäftsbesorgungsvertrag, wenn sich nicht aus der konkreten Vertragsgestaltung im Einzelfall Besonderheiten ergeben. Vorliegend werden keine Besonderheiten des Vertragsverhältnisses vorgetragen, so dass von einem Geschäftsbesorgungsvertrag auszugehen ist.

2. Die Beklagte hat ihre vertraglichen Pflichten dadurch verletzt, dass sie innerhalb der Einspruchs- bzw. Festsetzungsfrist, also bis Ende des Jahres 2004, keinen Abänderungsantrag hinsichtlich der Vorbehaltsfestsetzung für den Veranlagungszeitraum 1998 stellte und die Klägerin auch nicht auf diese Möglichkeit hingewiesen hat, obwohl sich eine für die Klägerin entscheidende Änderung der Rechtslage hinsichtlich der Besteuerung von Geldspielautomatenumsätzen spätestens mit dem Vorlagebeschluss des BFH vom 6.11.2002, veröffentlicht u.a. in DStRE 2003, 179, abzeichnete.

Die Beklagte hatte bis Ablauf des Jahres 2004 noch die Möglichkeit, gegen die Steuerfestsetzung vorzugehen, und das Finanzamt hätte einen von ihr gestellten Antrag auch beachten müssen.

Die Beklagte hat die **Steueranmeldung für das Jahr 1998 im Jahr 2000** eingereicht. Diese stand gemäß § 168 Satz 1 AO einer **Steuerfestsetzung unter Vorbehalt** gleich. Innerhalb der Festsetzungsfrist hätte die Steuerfestsetzung, auch auf Antrag der Steuerpflichtigen, gemäß §§ 169 Abs. 1, 164 Abs. 2 u. 4 AO abgeändert werden können. **Die Festsetzungsfrist lief** gemäß §§ 170 Abs. 1 u. 2, 169 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 AO **am 31.12.2004 ab**.

Bei § 164 Abs. 2 Satz 1 AO handelt es sich trotz des Wortlauts nicht um eine Ermessensvorschrift. Wenn die Finanzbehörde die Fehlerhaftigkeit einer Festsetzung erkannt hat, dann muss sie einen abgeänderten Bescheid erlassen (Cöster in: *Pahlke/König, Abgabenordnung*, § 164 Rdnr. 47). Gegen die Entscheidung der Finanzbehörde über den Antrag ist außerdem wiederum der Einspruch gemäß §§ 347 ff AO statthaft. Nach Erlass des BFH-Urteils vom 12.5.2005 (*DStR 2005, 1407*) wäre der Abrechnungsbescheid somit geändert worden.

Die Beklagte war bis Ende 2004 als Steuerberaterin der Frau K. auch gehalten, einen Antrag auf Änderung der Vorbehaltsfestsetzung zu stellen.

Das Verhalten eines Steuerberaters im Rahmen seines Mandats ist dann pflichtwidrig, wenn es von den anerkannten Leistungsmaßstäben gewissenhafter Angehöriger seiner Berufsgruppe abweicht. Es ist für die Feststellung einer Pflichtverletzung **auf die Grundsätze der höchstrichterlichen Rechtsprechung abzustellen**, nach denen davon auszugehen ist, dass der Steuerberater im Rahmen seines Auftrags verpflichtet ist, seinen Mandanten umfassend zu beraten und ungefragt über alle steuerlichen Einzelheiten und deren Folgen zu unterrichten. Er hat seinen Mandanten möglichst vor Schaden zu schützen. Hierzu hat er den relativ sichersten Weg zu dem angestrebten steuerlichen Ziel aufzuzeigen und die für den Erfolg notwendigen Schritte vorzuschlagen (*BGH, NJW 2004, 3487 m.w.N.*).

Dabei hat der Steuerberater für die Kenntnis des Steuerrechts einzustehen. Die mandatsbezogenen erheblichen Gesetzes- und Rechtskenntnisse muss er besitzen oder sich ungesäumt verschaffen. Neue oder geänderte Rechtsnormen hat er in diesem Rahmen zu ermitteln (*BGH, NJW 2004, 3487 m.w.N.*). Insbesondere kann von einem Steuerberater erwartet werden, **dass er die im Einzelfall einschlägigen Steuergesetze, Verordnungen und Erlasse, die Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs in gleich gelagerten Fällen und die ständige Verwaltungspraxis der Finanzämter kennt** (*OLG Köln, MDR 2008, 176; LG Frankfurt, GI 2006, 62; Gräfe/Lenzen/Schmeer, Steuerberaterhaftung 4. Aufl. 2006, Rdnr. 234 ff*).

Daraus und aus der Dauerhaftigkeit des Mandats folgt, dass der Steuerberater im Einzelfall **auch nachträglich noch über Rechtsmittel gegen Steuerbescheide informieren** oder die entsprechenden Maßnahmen selber ergreifen muss, wenn sich die tatsächliche Lage oder die Rechtslage geändert hat.

Dies gilt jedoch nicht unbeschränkt. Der Steuerberater ist nur verpflichtet, die Anfechtung eines Bescheids in Betracht

zu ziehen, wenn der Sachverhalt Anlass hierzu gibt, wenn also Grund zu der Annahme besteht, ein Bescheid könnte gesetzes- oder rechtswidrig sein und den Mandanten in seinen Rechten verletzen. Gesetzes- oder rechtswidrig ist ein Bescheid dann, wenn er gegen geltendes Recht, eine ständige höchstrichterliche Rechtsprechung oder eine ständige Verwaltungspraxis verstößt. Dann muss ein Steuerberater Einspruch für den Mandanten einlegen.

Problematischer ist es in Fällen, in denen der Steuerberater auf die Gesetzeslage oder die Fortsetzung einer bestimmten höchstrichterlichen Rechtsprechung vertraut, obwohl eine Gesetzesänderung, Änderung der Rechtsprechung oder die Unvereinbarkeit einer Norm mit höherrangigem Recht festgestellt werden (vgl. OLG Köln, DStR 2008, 474). Er darf sich nicht blind auf die Fortdauer einer höchstrichterlichen Rechtsprechung verlassen, sondern muss **Entwicklungen in der Rechtsprechung** und insbesondere Hinweise eines obersten Gerichts auf die Möglichkeit einer Rechtsprechungsänderung berücksichtigen (KG Berlin, DStR 2007, 410; OLG Köln, DStR 2008, 474; vgl. BGH, NJW-RR 2006, 273). Bei **hinreichend deutlichen Anzeichen** im Beratungszeitpunkt ist der Steuerberater verpflichtet, auf eine bereits absehbare bestimmte Entwicklung der höchstrichterlichen Rechtsprechung hinzuweisen (BGH, NJW-RR 2006, 273; KG Berlin, DStR 2007, 410).

Die Beklagte hat keinen Änderungsantrag zu der Steuerfestsetzung von 1998 gestellt und erst im Jahr 2005 Einspruch gegen alle noch offenen Umsatzsteuerbescheide eingelegt. Für den streitgegenständlichen Zeitraum war die Festsetzungsfrist jedoch bereits abgelaufen, so dass das Finanzamt den Einspruch für den Veranlagungszeitraum 1998 nicht berücksichtigt hat.

Die Beklagte war aus dem Vertragsverhältnis verpflichtet, die Klägerin auf Möglichkeiten hinzuweisen, wie sie Steuern sparen kann, oder sie darauf hinzuweisen, wenn sich die Möglichkeit einer Steuererstattung bietet. Da für das streitgegenständliche Jahr kein Umsatzsteuerbescheid erging, musste die Beklagte die Klägerin grundsätzlich über die Möglichkeit von Änderungsanträgen innerhalb der Festsetzungsfrist belehren bzw., weil sie mindestens bis 2007 noch für Frau K. tätig war, selbstständig einen solchen Antrag stellen und ggf. Einspruch einlegen.

Es konnte von der Beklagten erwartet werden, dass sie die einschlägige Rechtsprechung des BFH zur Umsatzsteuer kannte. Als es im Jahr 2003, nach Veröffentlichung des **Vorlagebeschlusses des BFH vom 6.11.2002** Anlass gab, gegen die Steuerfestsetzung von 1998 vorzugehen, und sich die Anzeichen verdichteten, dass sich die höchstrichterliche Rechtsprechung zur Steuerfreiheit von Umsätzen aus Geldspielautomaten ändern würde, war die Beklagte aus dem Beratungsverhältnis verpflichtet, einen Änderungsantrag zu stellen oder die Klägerin über diese Möglichkeit zu belehren.

Eine **erste richtungweisende Entscheidung des EuGH zur Richtlinie 77/388/EWG erging bereits im Jahr 1998**. Als daraufhin der BFH in den Beschlüssen aus den Jahren 2000

und 2002 ebenfalls an der richtigen Umsetzung der Richtlinie zweifelte und auf die Möglichkeit der Steuerfreiheit hinwies, waren dies **deutliche Anzeichen einer Rechtsprechungsänderung**. Der Vorlagebeschluss des BFH wurde zu Beginn des Jahres 2003 in diversen steuerrechtlichen Zeitschriften, u.a. in der Beilage zur **Zeitschrift Deutsches Steuerrecht** – dem Organ der Bundessteuerberaterkammer –, veröffentlicht. Von der Beklagten konnte verlangt werden, dass sie in dieser Zeitschrift von der Entscheidung Kenntnis nimmt, die ein ernst zu nehmendes Indiz für eine Änderung der Besteuerung war.

3. Die Pflichtverletzung der Beklagten war **kausal** für die Entstehung des Schadens. Es besteht eine tatsächliche Vermutung dafür, dass das Unterlassen eines Änderungsantrags. Die Beklagte hat diese Vermutung nicht entkräftet.

Im Steuerberatervertragsrecht gilt bei Verstößen gegen die Beratungspflicht zugunsten des Mandanten die **tatsächliche Vermutung, dieser hätte sich bei vertragsgerechtem Verhalten des Steuerberaters beratungsgemäß verhalten**, sofern bei sachgerechter Aufklärung aus der Sicht eines vernünftig urteilenden Menschen eindeutig eine bestimmte Reaktion nahegelegen hätte (vgl. BGH, NJW 1993, 3259; BGH, NJW 1994, 3295).

Die Grundsätze des Anscheinsbeweises kommen vorliegend zur Anwendung. Die Klägerin hat genügend Umstände vorgetragen, die typischerweise auf einen bestimmten Geschehensablauf schließen lassen. Die Beklagte musste ihre Mandantin Frau K. zumindest über die Möglichkeit und Aussichten eines Änderungsantrags belehren. Wenn sie dies getan hätte, **dann hätte eine objektive Person einen Änderungsantrag stellen bzw. Einspruch einlegen können**, um sich die nicht fern liegende Möglichkeit einer Steuererstattung zu erhalten. **Dies wäre auch die einzige vernünftige Reaktion gewesen.**

Die Beklagte hat keine Tatsachen vorgetragen, um den Anscheinsbeweis zu erschüttern.

4. Die Beklagte hat sich **nicht gemäß § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB exkulpiert**.

Die Beklagte trägt zu ihrer Entlastung lediglich vor, sie habe im September 2005 gegen alle noch offenen Umsatzsteuerbescheide der Klägerin Einspruch eingelegt. Aus dem Schreiben des Finanzamts Lippstadt vom 5.10.2005 würde sich ergeben, dass sämtliche „Bescheide“ berichtigt bzw. abgeändert worden seien.

Dies ist jedoch nicht zutreffend. Das Finanzamt teilt in diesem Schreiben lediglich mit, dass die Einspruchsverfahren wegen der Veranlagungszeiträume bis 1998 ruhten. Für berichtigungsfähig befindet das Finanzamt lediglich die Bescheide ab 1999.

Ein Vorgehen gegen die Festsetzungen erst im Jahr 2005 war nach obigen Ausführungen, aufgrund der Ende 2006 eingetretenen materiellen Bestandskraft, ohnehin zu spät,

5. Der Ehefrau des Klägers ist insgesamt ein Steuerschaden in Höhe von 20.507,05 EUR entstanden. Dieser setzt sich zusammen aus dem Betrag, der ihr nach Abänderung der Steuerfestsetzung erstattet worden wäre (15.263,05 EUR) und der Verzinsung dieses Betrags gemäß § 233a Abs. 2 Satz 1, Abs. 3, Abs. 5 AO (5.244,00 EUR).

Der **ersatzfähige Schaden** ist nach der **Differenzmethode** zu ermitteln. Er besteht in dem rechnerischen Unterschied zwischen der realen Vermögenslage und derjenigen, die ohne die Vertragsverletzung des Beraters eingetreten wäre (BGH, NJW-RR 2004, 1210). Wenn die Beklagte einen Abänderungsantrag bezüglich der Steuerfestsetzung für 1998 eingereicht hätte, dann hätte das Finanzamt nach Erlass des BFH-Urteils vom 12.5.2005 eine Steuererstattung wegen der zu viel gezahlten Umsatzsteuer vorgenommen. In dieser Differenz liegt der Schaden der Klägerin.

Das einfache Bestreiten der Beklagten zur Schadenhöhe und der Hinweis auf nicht ausreichenden klägerischen Vortrag genügt den allgemeinen Anforderungen an die Darlegungslast nicht.

Grundsätzlich darf eine Klage ohnehin **nicht wegen eines lückenhaften Vortrags zur Schadenentstehung und Schadenhöhe abgewiesen werden, solange greifbare Anhaltspunkte für eine Schadensschätzung vorhanden sind** (BGH, NJW-RR 1987, 210).

Der Kläger legt zum einen eine Berechnung des Schadens durch den Steuerberater S. vor und zum anderen den Jahresabschluss für das Jahr 1998. Die Beklagte ist als Steuerberaterin in der Materie sachkundig, so dass ihr gemäß § 139 Abs. 2 u. 3 ZPO angesichts des hinreichend substantiierten Vortrags des Klägers eine Pflicht zum qualifizierten Bestreiten hinsichtlich der Schadenhöhe obliegt. Anhand der vorgelegten Dokumente könnte sie die Steuerdifferenz zumindest überschlägig berechnen und aufzeigen, inwiefern die Berechnung des Klägers fehlerhaft sein soll.

Eine Hinweispflicht des Gerichts gemäß § 139 Abs. 2 ZPO hinsichtlich dieses Gesichtspunkts bestand nicht. Auf den Umstand, dass ein einfaches Bestreiten nicht zulässig ist, hatte bereits der Kläger im Schriftsatz vom 18.11.2008 hingewiesen.

6. Der Anspruch des Klägers ist **nicht verjährt**.

Die Verjährung des Anspruchs richtet sich vorliegend gemäß Art. 229 § 12 Abs. 1, § 6 Abs. 1 EGBGB nach §§ 194 ff BGB. Die Verjährungsfrist begann gemäß §§ 199 Abs. 1 BGB am 1.1.2006. **Der Anspruch ist erst im Jahr 2005 entstanden.**

Grundsätzlich ist ein Anspruch entstanden, wenn er im Weg der Klage geltend gemacht werden kann (Palandt/Heinrichs, BGB, § 199 Rdnr. 3); bei einem Schadenersatzanspruch also mit der **Entstehung des Schadens**. Für die Entstehung des Schadens muss eine konkrete Verschlechterung der Vermögenslage eingetreten sein.

Das Setzen der Schadenursache oder eine bloße risikobehaftete Situation, in der noch offen ist, ob das Verhalten zu einem Schaden führt, genügen noch nicht (vgl. Palandt/Heinrichs, BGB, § 199 Rdnr. 15; BGHZ 100, 228; BGH, NJW 1994, 323).

Für den **Zeitpunkt des Schadeneintritts** ist daher auf den **Erlass des EuGH-Urteils**, in welchem festgestellt wurde, dass private Unternehmer sich direkt auf die Richtlinie berufen können, abzustellen. Erst nach Erlass dieses Urteils stand fest, dass die Klägerin eine Steuererstattung für 1998 hätte erhalten können. Zuvor lag eine risikobehaftete Situation vor, weil die Rechtslage mangels höchstrichterlicher Rechtsprechung unklar war. Es war aber noch offen, ob das Unterlassen der Einspruchseinlegung zu einem Schaden in Höhe der fehlenden Steuererstattung führen würde.

II. Der Kläger hat einen Anspruch auf Erstattung der Kosten für die **Erstellung eines Gutachtens zur Schadenberechnung** gemäß §§ 280 Abs. 1, 249 Abs. 1 BGB. Die Ermittlung der Schadenhöhe durch einen weiteren Steuerberater war hier mangels eigener Sachkunde des Klägers notwendig zur Bezifferung des Schadens und damit für die Stellung eines bestimmten Antrags. (...) ■

GI Literatur-Ecke

Becker: Haftung und Deckung bei der englischen Anwalts-LLP in Deutschland, *AnwBl* 2011, 860

Bick/Esskandari: Erweiterter Versicherungsschutz für Sozietäten durch neues Deckungskonzept der Berufshaftpflichtversicherung, *NJW* 2011, 3191

Hansen: Anmerkung: Anwaltliche Falschberatung und Vervielfältigungsrecht von Software, zu OLG Zweibrücken, *MMR* 2011, 682

Juretzek: Anmerkung: Wirksamkeit der Sozientenklausel und Anwendbarkeit auf Scheinsozienten, *DStR* 2011, 2067

Juretzek: Anmerkung: Zum Mitverschulden des Mandanten im Rahmen der Steuerberaterhaftung, *DStR* 2011, 1970

Meixner/Schröder: Anmerkung: Beginn der Verjährung von Regressansprüchen aus einem Haftungsbescheid, *DStR* 2011, 2114

Rehm: Private Haftung der Gesellschafter einer LLP mit Verwaltungssitz in Deutschland, *BB* 2010, 10

Ruppert: Anmerkung: Vermögensschaden-Haftpflicht – Keine Geltung der Sozientenklausel bei einer Kooperation, *DStR* 2011, 2065

Schwaiger: Fürsorgepflichten des Anwalts bei der Zustellung „demnächst“, *AnwBl* 2011, 771

GI Literaturhinweise

Beck'sches Mandatshandbuch IT-Recht

Das Mandatshandbuch befasst sich mit der gesamten Bandbreite des Informationstechnologierechts. In mehr als 30 Kapiteln werden sämtliche Facetten dieses Rechtsgebiets beleuchtet. Neben grundlegenden Ausführungen zu den technischen Grundlagen sowie einem entsprechenden Glossar behandeln die Autoren sämtliche rechtliche Themen. Aufgrund seiner zahlreichen Beispiele, Praxistipps und Formulierungsvorschläge ist es als tägliche Arbeitshilfe, als punktuell genutztes Nachschlagewerk sowie als Ausbildungslektüre für den Fachanwaltskurs gleichermaßen bestens geeignet.

Das Werk wendet sich an alle Rechtsanwälte, Justitiare und Berufsträger, die sich regelmäßig oder auch nur punktuell mit dem Recht der Informationstechnologien befassen.

Dr. Astrid Auer-Reinsdorff/Isabell Conrad (Hrsg.): Beck'sches Mandatshandbuch IT-Recht, Verlag C.H. Beck 2011, XLX, 1.976 Seiten, gebunden 199,- €, ISBN 978-3-406-61183-4

Insolvenzgläubiger-Handbuch

Die Insolvenz des Schuldners ist für ungesicherte Gläubiger mit einem erheblichen oder gar totalen Forderungsausfall verbunden. Die Insolvenzordnung hat diese Situation durch Restschuldbefreiung, Verbraucherinsolvenz- und Insolvenzplanverfahren noch verschärft. Mehr denn je muss der Gläubiger bereits im Vorfeld der Insolvenz und im laufenden Verfahren richtig reagieren.

Das Handbuch von RiOLG Dr. Martin Gogger hat sich mit seiner konsequenten Ausrichtung auf die Gläubigersicht bereits in der zweiten Auflage zu einem Standardwerk in diesem Bereich entwickelt und erscheint nun in 3., gründlich überarbeiteter und erweiterter Auflage.

In die Neuauflage eingearbeitet wurden:

- alle Gesetzesänderungen seit Erscheinen der Voraufgabe
- neue Rechtsprechung zum Thema Lastschrift
- Der Bereich Insolvenzrecht und Gesellschaftsrecht wurde, aufgrund des MoMiG, komplett neu bearbeitet
- Ausblick auf die Änderungen durch das ESUG

Das materielle Recht, insbesondere das Vertragsrecht und die Durchsetzung bestehender Sicherheiten, bilden einen wichtigen Schwerpunkt ebenso wie das Insolvenzverfahren und Schuldnerstrategien.

Der Band wendet sich an alle Gläubiger, die Ansprüche gegen insolvent gewordene Schuldner haben, an Anwälte, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer, die Mandanten in der Gläubigerposition unterstützen.

Dr. Martin Gogger: Insolvenzgläubiger-Handbuch, Verlag C.H. Beck, 3., gründlich überarbeitete und erweiterte Auflage 2011, XXVI, 437 Seiten, in Leinen, 69,- €, ISBN 978-3-406-61314-2

Münchener Kommentar VVG

Die VVG-Reform führte zu einer völlig neuen Gestaltung der rechtlichen Grundlagen für das Versicherungsgeschäft. In den jetzt verankerten Dokumentations-, Hinweis- und Informationspflichten wurde der Verbraucherschutz deutlich gestärkt. Eine neue Paragraphenzählung und zahlreiche wesentlich geänderte Inhalte des Reformwerks machen alle bisherigen Kommentierungen zur Makulatur.

Der neue Münchener Kommentar zum VVG erläutert ebenso praxisorientiert wie wissenschaftlich fundiert die 215 Vorschriften des neuen VVG. Das Werk stellt die an das Versicherungsvertragsrecht angrenzenden Gebiete, wie Versicherungsaufsichtsrecht, Rückversicherungsrecht und Kartell- und Steuerrecht, systematisch dar. Die verschiedenen Haftpflichtsparten bzw. Versicherungszweige der Kompositversicherung werden in systematischen Einführungen vorgestellt.

Die Thematik wird unter vollständiger Auswertung aller relevanten Rechtsprechung sowie mit Blick auf die gesetzgeberischen Intentionen dargestellt, ohne dabei den Praxisbezug aus den Augen zu verlieren.

Band 1 enthält die Kommentierung der §§ 1–99 VVG sowie einleitend systematische Überblicke zu den Themen:

- aufsichtsrechtliche Rahmenbedingungen
- kartellrechtliche Rahmenbedingungen
- steuerrechtliche Rahmenbedingungen
- Rückversicherungsrecht
- Versicherungsbedingungen
- Versicherungsbetriebslehre

Band 2 enthält eine Kommentierung der §§ 100 bis 191 VVG, also der einzelnen Versicherungszweige (Haftpflichtversicherung, Pflichtversicherung, Rechtsschutzversicherung, Transportversicherung, Gebäudefeuersversicherung, Lebensversicherung, Berufsunfähigkeitsversicherung und Unfallversicherung).

Band 3 ist entsprechend der besonderen Bedeutung der Privaten Krankenversicherung (PKV-Reform und GKV-WSG) im Rahmen der VVG-Reform als erster Band des Kommentars erschienen. Die Gesundheitsreform ist mit den zum 1.1.2009 in Kraft getretenen Vorschriften des Gesetzes zur Stärkung des Wettbewerbs in der Gesetzlichen Krankenkasse voll berücksichtigt.

Das Werk wendet sich an Fachanwälte für Versicherungsrecht, Rechtsanwälte, Richter, Versicherungsjuristen, Versicherungspraktiker und an alle mit versicherungsrechtlichen Fragen befassten Personen.

Stichwort- und Entscheidungsverzeichnis

Heft 1–6

Abschlussprüfung

- Dritthaftung 2011, 48

Allgemeine Auftragsbedingungen (AAB)

- Weitergabe von Unterlagen, Ziff. 7 AAB 2011, 48

Allgemeine Versicherungsbedingungen (AVB)

- Ausschlussfrist, Vertrauensschadenversicherung, § 307 Abs. 2 Nr. 2 2011, 10

Anwaltsvertrag

- Sozietätsauflösung 2011, 172
- Vertragsübernahme 2011, 172

Aufrechnung

- Gelder, zweckgebundene 2011, 19
- Honoraranspruch 2011, 19

Auskunftsanspruch

- Interessen des Versicherungsnehmers 2011, 61
- Rechtsanwaltskammer 2011, 61

Belehrungspflicht des RA

- Auftragsinhalt, beschränkter 2011, 83
- Beratungstiefe 2011, 83
- General-/Vorsorgevollmacht 2011, 83
 - = Grundstücksschenkung
- Scheidungsmandat 2011, 42
 - = Nutzungsvergütung, Ehemwohnung
- Verjährungseintritt 2011, 138
- Vertragsrisiken 2011, 83
- Vertragswortlaut, Auslegung 2011, 83
- Ziel der Rechtsberatung 2011, 83

Belehrungspflicht des StB/WP

- Prüfungsanlass 2011, 185
 - = Vorlagebeschluss des BFH
- Umsatzsteuer 2011, 185
 - = Automatenaufsteller

Beweislast

(s. auch Darlehenslast)

- Aufklärung/Belehrung, unterlassene
= > des RA 2011, 138
- Dokumentationspflicht 2011, 138
- Substantiierungspflicht des RA 2011, 138

Bilanzerstellung

- Insolvenzantragspflicht 2011, 175
- Überschuldung 2011, 175

Darlehenslast

(s. auch Beweislast)

- Schaden 2011, 145
 - = Alternativverhalten, rechtmäßiges

Dritthaftung

- Auskunftsvertrag, stillschweigender 2011, 48
 - = Jahresabschluss 2011, 48
 - = Kontaktaufnahme
- Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter 2011, 48
 - = Abschlussprüfung 2011, 48
 - = Kreditgeber 2011, 24
 - = Mieterschutzbund/Mieter 2011, 168
 - = Mittelverwendungskontrolle

Honoraranspruch des RA

- Angelegenheit, § 15 Abs. 2 RVG 2011, 17
- Belehrungspflicht über > 2011, 17
 - = Gebührenhöhe 2011, 17
 - = Honorarvereinbarung 2011, 35
- Einforderbarkeit, Rechnungslegung 2011, 35, 89
 - = Gebührenvereinbarung 2011, 35, 89
 - = Angemessenheit 2011, 89
 - = Besprechungen 2011, 35
 - = Einforderbarkeit 2011, 35
 - = Gebühren, gesetzliche 2011, 35, 89
 - = Stundennachweis 2011, 35
 - = Zeittaktklausel 2011, 100
- Prozesskostenhilfe

Insolvenzantragspflicht

(früher: Konkursantragspflicht)

- Belehrungspflicht des StB 2011, 158
- Insolvenzverschleppung, Beihilfe 2011, 158, 175
- Überschuldung, bilanzielle 2011, 175
- Überschuldungsstatus

Kausalität

- > zwischen Pflichtwidrigkeit und Schaden 2011, 175
 - = Insolvenzureife
- Unterbrechung der > 2011, 42
 - = Handlung des Auftraggebers
 - = Rechtsanwalt
 - >, neuer 2011, 42

Kenntnis des Steuerrechts

- Festsetzungsfrist 2011, 185
- USt, Geldspielautomaten 2011, 185
- Vorlagebeschluss 2011, 185
 - = > zum EuGH
- „Werdendes Recht“ 2011, 179

Mittelverwendungskontrolle

- Bonitätsprüfung 2011, 168
- Hinweispflichten 2011, 168
- Rechtsprüfung 2011, 168
- Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter 2011, 168

Mitverschulden

- Manipulation des Mandaten
= Warenbestand 2011, 125
- Vorsatz des Geschädigten
= Manipulation des Warenbestands 2011, 125
- Nachzahlungszinsen
= Zinsvorteil 2011, 26
- Kosten des StB,
Darlegung des Schadens im Prozess 2011, 185
- Verzugsschaden
= Anwaltskosten, außergerichtliche 2011, 26

Notar

- Vertrauensschadenversicherung 2011, 10

Praxisveräußerung

- Haftung für Altverbindlichkeiten 2011, 119, 123

Prozesskostenhilfe

- Aufklärung über Rechtsanwaltskosten 2011, 100

Prüfungsauftrag

- Bilanz 2011, 125
- Warenbestandsprüfung
= Manipulation des Warenbestands 2011, 125

Rechtsanwalt

- Anwaltsvertrag
= Inhalt 2011, 71
- Auftragserteilung
= Ehegatte, Schlüsselgewalt, § 1357 BGB (2) 2011, 40
- Fremdgelder
- Berufsverbot
= Berufungseinlegung 2011, 69
= > Auskehrungspflicht 2011, 19
- Haftpflichtversicherer
= Auskunftsanspruch gg. Kammer 2011, 61
- Informationen des Mandanten 2011, 74
- Kündigung, betriebsbedingte 2011, 92
- Kündigungsschutzklage 2011, 92
- Passivlegitimation, Prüfung der > 2011, 106
- Räumungsklage 2011, 40
- Rechtsschutzversicherung
= Einholung der Deckungszusage 2011, 71
- Sacheinlage, verdeckte 2011, 106
- Treuhandgelder 2011, 19
- Vollmacht
= Vertragsinhalt 2011, 71

Rechtsberatung/Rechtsbesorgung

- Sanierungsberatung 2011, 134
- Wirtschaftsberatung 2011, 134

Revision

- Nichtzulassungsbeschwerde (1) 2011, 40
- Rechtsanwendung, falsche (1) 2011, 40
- Zulassung der >
= Subsumtionsirrtum 2011, 39

Schaden

- Aufwendungen, nutzlose 2011, 83
- Anwaltskosten
= >, vorgerichtliche 2011, 26
- Geldbuße/-strafe 2011, 67
- Insolvenzureife 2011, 175

Selbstanzeige

- Auftrag an Steuerberater 2011, 145
- Strafbefreiungserklärung 2011, 145

Steuerberatungsgesetz

- § 57
= Sanierungsberatung 2011, 134

Steuerberatungsvertrag

- Sanierungsberatung 2011, 134
- Wirtschaftsberatung 2011, 134

Steuererklärung

- Prüfung
= Werbungskosten 2011, 26
- Strafbefreiungserklärung, StraBEG 2011, 145
- Tätigwerden, unverzügliches 2011, 145
- Zinsen, falscher Betrag 2011, 26

Verjährung, §§ 195, 199 BGB

- Verjährungsbeginn
= Schadeneinheit 2011, 39
= Schadenentstehung
– Teilschaden 2011, 39

Verjährung, § 68 StBerG a.F., § 51a WPO a.F.

- Belehrung über Fehler und Verjährungs-
vorschrift, Sekundäranspruch
= Anlass für > 2011, 162
- Datenbanken 2011, 3
- Fachzeitschriften 2011, 3
- Kenntnis des Steuerrechts
= Europarechtswidrigkeit 2011, 3
- Verjährungsbeginn
= Einspruchsfrist 2011, 165
= Festsetzungsfrist, Ablauf 2011, 3
= Feststellung der Verfassungswidrigkeit
einer Norm 2011, 99
= Fristversäumnis
– Sammelbescheid 2011, 165
= Kostenschaden 2011, 162
= Schadeneintritt 2011, 162
= Umsatzsteuerschaden 2011, 3
= Urteilsverkündung 2011, 106

Verjährung, § 852 BGB a.F., § 19 NotO

- Verhandlungen 2011, 162

Verjährungshemmung, §§ 203/204 BGB n.F.

- Anfechtung Steuerbescheid 2011, 9
- Anspruchsanmeldung 2011, 9, 74
- Verhandlungen 2011, 74

Verjährungsneubeginn, § 212 BGB

- Anerkenntnis 2011, 9
 - = Finanzgerichtsvortrag
- Pflichtverletzung, wissentliche 2011, 28
 - = Liquidationsplan, Insolvenz

Verschulden

- Kollegialgerichtsentscheidung 2011, 106
 - = Rechtsanwalt

Versicherungsschutz

- Anderkonto 2011, 102
 - = Anwaltstätigkeit?
- Aufrechnung mit Schadenersatzforderung 2011, 59
- Berufstätigkeit, anwaltliche 2011, 102
- Bindungswirkung
 - = > des Haftpflichturteils
 - Versäumnisurteil 2011, 179
- Obliegenheitsverletzung 2011, 59
 - = Einbindung des Versicherers 2011, 150
 - = Rückwärtsversicherung 2011, 150
 - = Täuschung, arglistige 2011, 59
 - = Vergleich
- Rückwärtsversicherung 2011, 150
 - = Fragebogen
- Schadenbearbeitung 2011, 91
 - = Bearbeitungszeit 2011, 91
 - = Schadenkonkretisierung
- Scheinsozien 2011, 131
- Täuschung, arglistige 2011, 150
- Vertrauensschadenversicherung 2011, 10
 - = Ausschlussfrist

Vertrauensschadenversicherung

- Aufwendungsersatzanspruch des Haftpflichtversicherers 2011, 10
- Vertrag mit Notarkammer 2011, 10

Werkvertrag

- Prüfung des Warenbestands 2011, 125

Vorteilsausgleichung

- Zinsvorteil 2011, 26

Brandenburgisches OLG v. 23.2.2010
– 11 U 177/07 2011, 138

OLG Braunschweig v. 16.12.2009 – 3 U 200/08 2011, 145

OLG Düsseldorf v. 25.11.2008 – I-23 U 64/08 2011, 26

OLG Düsseldorf v. 21.4.2009 – I-24 U 50/08 2011, 24

OLG Düsseldorf v. 2.6.2009 – I-23 U 108/08 2011, 48

OLG Düsseldorf v. 10.2.2010 – I-24 U 156/09 2011, 19

OLG Düsseldorf v. 23.2.2010 – I-24 U 164/09 2011, 42

OLG Düsseldorf v. 15.4.2010 – I-24 U 98/09 2011, 92

OLG Düsseldorf v. 20.5.2010 – I-5 U 101/09 2011, 74

OLG Düsseldorf v. 27.5.2010 – I-24 U 21/09 2011, 71

OLG Düsseldorf v. 7.6.2010 – I-24 U 194/09 (2) 2011, 40

OLG Düsseldorf v. 29.6.2010 – I-24 U 212/09 2011, 17

OLG Frankfurt v. 22.10.2009 – 3 U 103/08 2011, 179

OLG Frankfurt v. 14.7.2010 – 4 U 22/10 2011, 10

OLG Hamm v. 26.11.2009 – 28 U 27/08 2011, 106

OLG Hamm v. 22.2.2011 – 28 U 49/10 2011, 172

OLG Koblenz v. 26.4.2010 – 5 U 1409/09 2011, 89

OLG Köln v. 17.12.1009 – 8 U 27/09 2011, 175

OLG München v. 8.8.2008 – 25 U 5188/07 2011, 115

OLG Rostock v. 22.4.2008 – 1 U 61/08 2011, 98

OLG Stuttgart v. 26.4.2010 – 3 W 15/10 2011, 91

OLG Stuttgart v. 4.5.2010 – 12 U 178/09 2011, 83

OLG Stuttgart v. 23.9.2010 – 7 U 75/10 2011, 102

OLG Stuttgart v. 21.6.2011 – 12 U 26/11 2011, 168

Thüringer OLG v. 13.2.2008 – 7 U 147/08 2011, 119

LG Dortmund v. 21.10.2010 – 2 O 10/10 2011, 28

LG Düsseldorf v. 11.8.2010 – 9 O 289/09 2011, 150

LG Düsseldorf v. 12.11.2010 – 6 O 454/09 2011, 125

LG Kassel v. 4.5.2010 – 5 O 1883/0 2011, 59

LG Paderborn v. 8.5.2009 – 2 O 399/08 2011, 185

LG Stuttgart v. 16.7.2010 – 14 StL 3/10 2011, 158

VG Hamburg v. 10.9.2010 – 15 K 1352/10 2011, 61

BGH v. 22.2.2010 – II ZB 8/09 2011, 69

BGH v. 11.3.2010 – IX ZR 68/08 2011, 9

BGH v. 15.4.2010 – IX ZR 189/09 2011, 67

BGH v. 27.4.2010 – IX ZA 4/10 2011, 179

BGH v. 17.6.2010 – IX ZR 187/08 (1) 2011, 40

BGH v. 1.7.2010 – IX ZR 117/09 2011, 39

BGH v. 15.7.2010 – IX ZR 227/09 2011, 100

BGH v. 23.9.2010 – IX ZR 26/09 2011, 3

BGH v. 21.10.2010 – IX ZR 170/09 2011, 165

BGH v. 21.10.2010 – IX ZR 37/10 2011, 35

BGH v. 22.9.2010 – IX ZR 248/09 2011, 184

BGH v. 3.2.2011 – IX ZR 183/08 2011, 99

BGH v. 3.2.2011 – IX ZR 105/10 2011, 162

BGH v. 10.2.2011 – IX ZR 46/08 2011, 123

BGH v. 12.5.2011 – III ZR 107/10 2011, 134

BGH v. 21.7.2011 – IV ZR 42/10 2011, 131

In Beiratsfragen gut beraten.

Ohne die sachgerechte Mitarbeit der Mitglieder des Verwaltungsbeirates ist eine Verwaltung – gerade in großen Wohnungseigentümergemeinschaften – kaum mehr möglich. Der Verwaltungsbeirat stellt ein in seiner Bedeutung nicht zu unterschätzendes Kommunikationsorgan zwischen den Wohnungs- und Teileigentümern einerseits und der Verwaltung andererseits dar.

Daneben weist ihm das Gesetz besondere Pflichten zu, nämlich die Prüfung des Wirtschaftsplans, der Jahresabrechnung, der Rechnungslegung und der Kostenvoranschläge. Diese Tätigkeiten sind in hohem Maße konfliktträchtig.

Demgegenüber sind die rechtlichen Fragen, die sich rund um den Verwaltungsbeirat stellen, komplex und vielfach hoch umstritten, schon



Drasdo Der Verwaltungsbeirat nach dem WEG. Aufgaben – Vergütung – Haftung. Von RA Michael Drasdo. 4., neu bearbeitete Auflage 2011, 228 Seiten Lexikonformat, brosch. 39,80 €. ISBN 978-3-504-15004-4.

die grundlegende Frage nach seiner Rechtsnatur wird in Rechtsprechung und Literatur nicht einheitlich beantwortet.

Vor diesem Hintergrund geht das Buch auf alle einschlägigen Problemkreise ein, z.B. Wahl des Beirats, Bestellung, Vergütung, Pflichten, Haftung, Abberufung und gerichtliches Verfahren. Drasdo strukturiert, analysiert und erläutert die jeweils relevanten Rechtsprobleme und ermöglicht dem anwaltlichen Berater ebenso wie dem Verwalter oder dem ambitionierten Beirat, souverän und rechtssicher zu agieren.

In Beiratsfragen gut beraten. Drasdo, Der Verwaltungsbeirat nach dem WEG. Sie möchten erst einmal Probe lesen? Schlagen Sie bitte nach unter www.otto-schmidt.de

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

☒ Ja, ich bestelle mit 14-tägigem Rückgaberecht: Drasdo **Der Verwaltungsbeirat nach dem WEG.**

Aufgaben – Vergütung – Haftung. 4., neu bearbeitete Auflage 2011, brosch. 39,80 €. ISBN 978-3-504-15004-4.

Name _____ Straße _____ PLZ _____ Ort _____

Telefon _____ Fax _____ Datum _____ Unterschrift _____ 12/11

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

Was auch kommt.
Zählen Sie auf uns!

So viel ist sicher: Nicht irgendeine,
sondern Ihre Kfz-Versicherung.

Unverschuldet oder verschuldet in einen Unfall geraten?
Kein Problem, profitieren Sie an Schadenfall von unserer Solidität rund
um das Uhr - dem schnellen und unkomplizierten Schaden Service von
HDI Gerling.

**HDI
GERLING**
Versicherungen

www.hdi-gerling.de

Sie haben Fragen?
Dann rufen Sie gleich an:
HDI Gerling Vertrieb Firmen und Privat AG
HDI Platz 1
30659 Hannover
☎ 0511-3031-126
www.hdi-gerling.de

Jetzt ein Angebot
für Ihre Autoversicherung
bei HDI-Gerling anfordern!

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).

Worauf Sie sich verlassen können:

HDI-Gerling steht für umfassende Versicherungs- und Vorsorgelösungen, abgestimmt auf die Bedürfnisse unserer Kunden aus Industrie, mittelständischen Unternehmen, den Freien Berufen und Privathaushalten.

Was uns auszeichnet, sind zukunftsorientierte, effiziente Produktkonzepte mit einem guten Preis-Leistungs-Verhältnis sowie ein exzellenter Service. Die HDI-Gerling Firmen und Privat Versicherung AG bietet ein breites Leistungsspektrum, das alle Bereiche der Sach-, Unfall- und Kraftfahrtversicherung abdeckt: Es reicht von unserem innovativen Compact-Versicherungsschutz für Firmen über unsere leistungsfähigen Berufshaftpflichtversicherungen für die Freien Berufe bis hin zu anspruchsvollen Lösungen für den Privathaushalt.

HDI-Gerling gehört zum Talanx-Konzern, der nach Beitrags-einnahmen drittgrößten deutschen Versicherungsgruppe.

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

Abonnementservice

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