



Nr. 3 / Juni 2012  
32. Jahrgang

Informationen für wirtschaftsprüfende, rechts- und steuerberatende Berufe

# GI aktuell

## Inhalt

### Editorial

#### GI News

#### GI Leitsätze

#### GI Entscheidungen

#### GI Literatur-Ecke

### Anwaltschaftung

Bauprozess / Streitverkündung / Umfang der Verjährungsunterbrechung  
(BGH, Urt. v. 8.12.2011 – IX ZR 204/09)

### Steuerberaterhaftung

Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter / Haftungsbescheid / Verjährungsbeginn  
(BGH, Urt. v. 13.10.2011 – IX ZR 193/10)

### Kapitalanlageberatung

Verjährungsbeginn / Mehrere Beratungsfehler / Einheitlicher Verjährungsbeginn?  
(BGH, Urt. v. 24.3.2011 – III ZR 81/10)

### Versicherungsschutz

Berufshaftpflichtversicherung des Anwalts / Leistungsausschluss / Wesentliche Pflichtverletzung / Pflichtenkenntnis / Fundamentalwissen / Wahrnehmung von Gerichtsterminen / Informationen an Mandanten  
(OLG Köln, Urt. v. 29.11.2011 – 9 U 75/11)

### Anwaltschaftung

Akzessorische Haftung des Sozius / Honoraranspruch / Auflösungsverschulden, Nichtbearbeitung der Sache / Fristsetzung / Kündigung des Treuhandvertrages / Verrechnung gegenüber Treuhandgeldern  
(OLG Düsseldorf, Beschl. v. 31.10.2011 – I-24 U 87/11)

### Steuerberaterhaftung

Insolvenzrechtliche Beratung? / Bilanzielle Überschuldung / Sanierungsgespräche / Wirtschaftsberatung  
(OLG Celle, Urt. v. 6.4.2011 – 3 U 190/10)

### Vergütungsvereinbarung des Anwalts

Zeithonorar pro Arbeitsstunde / Verrechnung von Zahlungen / Zeittaktklausel / Angemessenheit von Leistung und Gegenleistung / Überraschungsklausel / Honoraranspruch für Deckungsanfrage beim Rechtsschutzversicherer?  
(OLG Düsseldorf, Urt. v. 8.2.2011 – I-24 U 112/09)

### Schadenersatzanspruch gegen StB

Praxisabwicklungsvertrag / Schlichtungsklausel / Steuerberaterkammer / Klage ohne Schlichtung?  
(LG Köln, Urt. v. 29.11.2010 – 26 O 468/09)

### Steuerberatung

Verjährung des Schadenersatzanspruchs / Hemmung des Verjährungslaufs / Verhandlungen / Verhandlungsgegenstand?  
(BGH, Beschl. v. 7.7.2011 – IX ZR 100/08)

80

82

88

94

96

## Die berufliche Haftung des Steuerberaters

### Strategien zur Haftungsvermeidung und -bewältigung aus Sicht des Berufshaftpflichtversicherers!

Die Zahl der unscharfen Steuergesetze und Erlasse nimmt trotz vieler Versprechungen von Seiten der Politik nicht ab, sondern eher zu. Gleichzeitig steigt die Anspruchsmoralität der Mandanten. Da verwundert es nicht, dass kaum ein Steuerberater ohne einen Regress durch das Berufsleben kommt.

Trotz oder wegen dieser Ausgangslage ist das Risikobewusstsein für die eigenen Haftungsrisiken entweder nicht vorhanden oder wird von den Berufsträgern verdrängt. Hierbei wird übersehen, dass die negativen Folgen einer haftungsrechtlichen Inanspruchnahme, selbst wenn diese zu Unrecht erfolgt, nicht nur finanziell, sondern auch persönlich erheblich sein können. Bereits ein "kleiner" Fehler bei der Lohnabrechnung oder der Deklaration kann zu großem Ärger bei dem betroffenen Mandanten und zur Beendigung eines langjährigen und umsatzstarken Dauermandats führen. Ein "großer" Fehler bei einer Gestaltungsberatung kann bei nicht ausreichendem Versicherungsschutz sogar die berufliche und private Existenz gefährden.

Ein aktives Risikomanagement in der Steuerberaterpraxis muss daher die Sensibilität für Haftungsgefahren schärfen und durch geeignete Maßnahmen sicherstellen, dass Beratungsfehler weitestgehend vermieden werden. Kommt es trotzdem zum Schadenfall, muss gewährleistet sein, dass dieser ohne Inanspruchnahme des Privatvermögens bewältigt werden kann.

#### Themen:

- Risikomanagement in der Steuerberaterpraxis
- Haftung und Versicherungsschutz in der Sozietät und Partnerschaftsgesellschaft
- Vertragliche und gesetzliche Haftungsbegrenzung
- Fallstricke in der Berufshaftpflichtversicherung
- Aktuelle Rechtsprechung zur Haftung des steuerlichen Beraters

#### Ihr Referent:



**Michael Brügge**  
Rechtsanwalt  
Schadenmanagement Berufshaftpflicht  
HDI-Gerling



#### Dialogseminare online Vorteile und Leistungsmerkmale:

- Kompakte Schulungsinhalte von max. 2,5 Stunden **live** über Internet-PC
- Beantworten von Fragen durch den Referenten während des Seminars
- Wegfall von Reisezeiten und -kosten durch Lernen direkt am Arbeitsplatz
- Mehrere Mitarbeiter können z. B. über Lautsprecher und Beamer teilnehmen

**Seminardauer:**  
**ca. 2 - 2,5 Stunden**

**Seminarpreis:**  
**95,00 Euro zzgl. USt**

#### Technische Voraussetzungen:

- PC mit Internetzugang
- Soundkarte und Lautsprecher
- Headset (Kopfhörer mit Mikrofon für Dialog mit dem Referenten)

#### Hinweise:

Für die Internetnutzung entstehen Gebühren, die Ihnen von Ihrem Provider in Rechnung gestellt werden

Bitte melden Sie sich spätestens sechs Arbeitstage vor Ihrem gewünschten Seminartermin an.

Die Seminarbestätigung mit Ihren persönlichen Zugangsdaten erhalten Sie rechtzeitig vor Veranstaltungsbeginn.

Wir bitten Sie, sich etwa 15 - 30 Minuten vor Beginn des Seminars im Seminarraum im Internet einzufinden.

Teilnehmer Vor- und Zuname:	Termine Bitte ankreuzen	Uhrzeit	Seminar-Nr.
	<input type="checkbox"/> 22.06.2012	09:30 – 11:30	76086.0005
	<input type="checkbox"/> 28.09.2012	09:30 – 11:30	76086.0006
	<input type="checkbox"/> 16.11.2012	09:30 – 11:30	76086.0007

**Informationen über weitere Termine und Buchungsmöglichkeiten  
unter: [www.teletax.de](http://www.teletax.de)**

**Seminaranmeldung: Fax 0911 319-4517**

--	--	--	--	--	--

DATEV-Beraternummer  
(falls vorhanden)

E-Mail

Stempel

Datum, Unterschrift

## Editorial

## Liebe Leserin, lieber Leser,

Dr. Jürgen Gräfe  
Rechtsanwalt

Der BGH hat die Gefahr **einer Dritthaftung für den Steuerberater erhöht**. Der Geschäftsführer einer GmbH wurde persönlich zur Begleichung der Umsatzsteuerschuld vom Finanzamt in Haftung genommen. Der BGH sieht in dessen Steuerhaftung eine typische Begleiterscheinung pflichtwidrig verursachter Steuerfestsetzungen. Er sei als Dritter in den Schutzbereich des Umsatzsteuermandats der GmbH an den Steuerberater einbezogen.

Zum Drittschutz des Geschäftsführers hält das OLG Celle an der allgemeinen Auffassung fest, dass der **Steuerberatungsvertrag mit einer GmbH** keinen Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten des Geschäftsführers darstellt. Es bleibt abzuwarten, ob der BGH über die Steuerhaftung des Geschäftsführers hinaus die Dritthaftung des Steuerberaters erweitern wird.

Interessant ist das Urteil des BGH, wonach **mehrere zeitverschobene Beratungsfehler** zu eigenständigen Schadenersatzansprüchen führen. Im Entscheidungsfall ging es um Aufklärungspflichten des Beraters, die in dem Erwerb einer Kapitalanlage mündeten. Es fehlten Beratungen zum Totalverlustisiko, zur Nachschusspflicht und einer verminderten Gewinnerwartung. Der BGH stellt fest, dass bei zeitlich versetzter Kenntnis des Mandanten über die jeweilige Pflichtverletzung **unterschiedliche Verjährungsfristen** laufen.

Das OLG Köln bestätigt die Gefahr des Beraters, den **Versicherungsschutz wegen wissentlicher Pflichtverletzung zu verlieren**. Die Beweislast trägt zwar der Versicherer. Werden aber erkennbar fundamentale, berufliche Pflichten durch den Anwalt verletzt, schließt das Gericht auf dessen wissentliche Pflichtverletzung. Im Entscheidungsfall ging es um die wiederholte Versäumung eines Gerichtstermins.

Das OLG Düsseldorf bestätigt das **Verbot der Aufrechnung mit Honoraransprüchen des Anwalts** gegenüber dem Mandanten, der Auszahlungen zweckgebundener Fremdgelder verlangte.

Zur Wirksamkeit von **Honorarvereinbarungen** stellt das OLG Düsseldorf in einer weiteren Entscheidung fest, dass eine **Zeittaktklausel**, welche die Aufrundung nur der letzten, angefangenen Viertelstunde des jeweiligen Tages vorsieht, nicht zu beanstanden ist. Es weist darauf hin, dass der **nachgewiesene Zeitaufwand** dem Schwierigkeitsgrad angemessen sein muss.

Es grüßt Sie herzlich

Ihr Dr. Jürgen Gräfe

## GI News

### BFH: Neues zum Vorsteuerabzug

In drei zeitgleich veröffentlichten Entscheidungen hat sich der Bundesfinanzhof (BFH) mit den Voraussetzungen des Vorsteuerabzugs bei Holdinggesellschaften (Urteil vom 9.2.2012 – V R 40/10), beim Erwerb zahlungsgestörter Forderungen (Urteil vom 26.1.2012 – V R 18/08) und mit dem Vorsteuerabzug aus Strafverteidigungskosten (Beschluss vom 22.12.2011 – V R 29/10) befasst.

#### 1. Hälfziger Vorsteuerabzug für Holdinggesellschaften

Durch Urteil vom 9.2.2012 – V R 40/10 hat der BFH entschieden, dass eine Holdinggesellschaft, deren Hauptzweck das Halten von Beteiligungen ist und die entgeltliche Leistungen nur als Nebenzweck erbringt, höchstens zum hälftigen Vorsteuerabzug aus den Gemeinkosten berechtigt sein kann. Er hat damit im Ergebnis das angefochtene Urteil des Finanzgerichts bestätigt. Der Streitfall betraf eine Holdinggesellschaft, die über einen umfangreichen Beteiligungsbesitz verfügte und daneben auch entgeltliche Dienstleistungen erbrachte. Das Finanzamt hatte der Holding einen Vorsteuerabzug von 75% aus den Gemeinkosten zugebilligt. Die Klage, mit der die Holding den vollen Vorsteuerabzug begehrte, hatte keinen Erfolg.

Der Anspruch auf Vorsteuerabzug bei Holdinggesellschaften war seit Jahren im Streit. Im Ausgangspunkt ist das Halten von Beteiligungen keine wirtschaftliche Tätigkeit und unterliegt deshalb nicht der Umsatzsteuer. Folglich stellte sich die Frage, in welchem Umfang die Vorsteuer aus den Gemeinkosten auf diese nicht wirtschaftliche Tätigkeit entfällt und deshalb (teilweise) nicht abzugsfähig ist. Holdinggesellschaften, die neben dem Halten von Beteiligungen auch entgeltliche Dienstleistungen erbringen, gingen gleichwohl davon aus, zum uneingeschränkten Vorsteuerabzug berechtigt zu sein.

#### 2. Kein Vorsteuerabzug bei Erwerb und Einziehung zahlungsgestörter Forderungen

Das Urteil vom 26.1.2012 – V R 18/08 verneint den Vorsteuerabzug bei Erwerb und Einziehung zahlungsgestörter Forderungen („non-performing loans“). Auf Vorlage durch den BFH hatte der EuGH in diesem Fall entschieden, dass der Forderungserwerber beim Kauf der Forderungen gegenüber dem Forderungsverkäufer keine entgeltliche Leistung erbringt, wenn der Kaufpreis dem tatsächlichen wirtschaftlichen Wert der Forderung entspricht. Diese Voraussetzungen hat der BFH im Streitfall als gegeben erachtet, so dass im Zusammenhang mit dem Erwerb der Forderungen kein Abzug der Vorsteuer möglich ist. Daraus hat der BFH weiter abgeleitet, dass der Forderungserwerber auch aus den Kosten, die ihm im Zusammenhang mit der Einziehung der erworbenen Forderungen entstehen, nicht zum Vorsteuerabzug berechtigt ist.

#### 3. Vorlagebeschluss: Vorsteuer aus Strafverteidigerkosten

Mit Beschluss vom 22.12.2011 – V R 29/10 hat der BFH beim EuGH angefragt, ob ein Unternehmen, dessen Inhaber und Mitarbeiter sich zur Erlangung von Aufträgen möglicherweise wegen Bestechung oder Vorteilsgewährung strafbar gemacht haben, aus den zur Abwehr dieser Vorwürfe angefallenen Strafverteidigungskosten zum Vorsteuerabzug berechtigt ist. Der EuGH ist zuständig für die Auslegung des hier zu berücksichtigenden Unionsrechts. Für den Vorsteuerabzug spricht, dass die möglicherweise strafbaren Handlungen dazu dienen, die steuerpflichtige Umsatztätigkeit des Unternehmens zu fördern. Dagegen könnte angeführt werden, dass die Leistungen der Strafverteidiger unmittelbar nur den persönlichen Interessen der Beschuldigten dienen. Das Interesse des Unternehmens an der Straffreiheit seines Inhabers und seiner Mitarbeiter könnte dann als nur mittelbarer Zusammenhang für den Vorsteuerabzug unbeachtlich sein. Geklärt werden soll auch, wer bei einer Beauftragung durch mehrere Auftraggeber (hier: Beschuldigter und Unternehmen) zum Vorsteuerabzug berechtigt ist.

Pressemitteilung d. BFH v. 7.3.2012 ■

## GI Leitsätze

### Fristenkontrolle / Prüfungspflicht des Anwalts / Vorlage der Handakte / Beginn der Wiedereinsetzungsfrist

1. Die Wiedereinsetzungsfrist beginnt spätestens mit dem Zeitpunkt, in dem der verantwortliche Anwalt bei Anwendung der unter den gegebenen Umständen von ihm zu erwartenden Sorgfalt die eingetretene Säumnis hätte erkennen können und müssen (*Senatsbeschl. v. 7.2.1996 – XII ZB 107/94, FamRZ 1996, 934*).
2. Wird dem Anwalt die Handakte zur Fertigung der Berufungsbegründung vorgelegt, muss er anhand der Handakte auch prüfen, ob die Berufungsfrist eingehalten worden ist. (*BGH, Beschl. v. 6.7.2011 – XII ZB 88/11*) ■

### Hausanwalt des Haftpflichtversicherers / Reisekosten / Erstattungsfähigkeit

Die gegenüber den fiktiven Reisekosten eines am Wohn- oder Geschäftsort des Versicherungsnehmers ansässigen Rechtsanwalts höheren Reisekosten des vom Haftpflichtversicherer beauftragten Hausanwalts sind nicht erstattungsfähig, wenn dieser weder am Sitz des Gerichts noch am Wohn- oder Geschäftsort des Versicherungsnehmers ansässig ist. (*BGH, Beschl. v. 13.9.2011 – VI ZB 42/10*) ■

## Anwaltshaftung

- Bauprozess
- Streitverkündung
- Umfang der Verjährungsunterbrechung  
(BGH, Urt. v. 8.12.2011 – IX ZR 204/09)

### Leitsatz:

Zu der Reichweite der Verjährungsunterbrechung aufgrund einer Streitverkündung in einem Bauprozess. ■

### Zum Sachverhalt:

Der Kläger erstellte als Bauträger im Jahr 1994 ein als Wohnungseigentumsanlage konzipiertes Mehrfamilienhaus. Gegen ihn wurden von der Wohnungseigentümergemeinschaft ein Beweissicherungsverfahren sowie eine Schadenersatzklage wegen Baumängeln geführt. Mehrere Erwerber der Eigentumswohnungen erreichten mit gegen den Kläger betriebenen Vollstreckungsgegenklagen teilweise Befreiung von dem in vollstreckbaren Urkunden titulierten Kaufpreis. Der beklagte Rechtsanwalt vertrat den Kläger in diesen Verfahren.

In dem Schadenersatzprozess verkündete der jetzige Beklagte namens des Klägers mit Streitverkündungsschrift vom 6.5.1997 dem am Bauvorhaben beteiligten Generalunternehmen sowie dem planenden Architekten den Streit. Dieses Verfahren endete mit einer Verurteilung des Klägers zum Schadenersatz. In dem anschließenden Regressverfahren, das der Kläger, wiederum vertreten durch den Beklagten, gegen das Bauunternehmen und den Architekten mit Klageschrift vom 12.2.2003 anstrebte, erwirkte er einen Zahlungstitel über 100.437,47 EUR gegen beide Beklagte sowie eine weitergehende Verurteilung des Architekten über 17.158,96 EUR. In Höhe eines Betrages von 18.589,72 EUR wurde die Klage abgewiesen. Hierbei handelte es sich ganz überwiegend um Kosten der übrigen Vorprozesse sowie Beträge in Höhe der auf die Vollstreckungsgegenklagen nicht mehr vollstreckbaren Forderungen gegen die Wohnungseigentümer. Die Klageabweisung wurde damit begründet, dass mangels Streitverkündung in jenen Verfahren Verjährung hinsichtlich der aus diesen Vorprozessen abgeleiteten Schadenersatzforderungen eingetreten sei. Der Kläger legte hiergegen keine Berufung ein, wobei streitig ist, aus welchen Gründen dies unterblieb.

Nunmehr verlangt der Kläger von dem Beklagten als seinem damaligen anwaltlichen Vertreter Schadenersatz hinsichtlich des abgewiesenen Klagebetrages sowie weiterer 2.032,25 EUR, die nicht Gegenstand des Revisionsverfahrens sind. Er macht geltend, der Beklagte habe entweder pflichtwidrig die Forderungen verjähren lassen oder es versäumt, die damals noch unverjährten Forderungen mit der Berufung weiterzuverfolgen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das Berufungsgericht ihr in Höhe von 18.589,72 EUR entsprochen.

Mit der vom Senat zugelassenen Revision will der Beklagte die vollständige Abweisung der Klage erreichen. Die Revision des Beklagten hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung und Zurückverweisung. ■

### Aus den Gründen:

I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, dem Kläger stehe der geltend gemachte Schadenersatzanspruch zu. Der Beklagte habe es versäumt, die Rechte des Klägers durch weitere Streitverkündungen an den Architekten in dem Beweissicherungsverfahren der Eigentümergemeinschaft sowie in den von einzelnen Mitgliedern der Wohnungseigentümergemeinschaft betriebenen Vollstreckungsgegenklagen, mit denen diese sich gegen die Vollstreckung bezüglich eines Kaufpreisrestes erfolgreich zur Wehr setzten, zu sichern. Durch die Streitverkündung in dem von der Eigentümergemeinschaft geführten Schadenersatzprozess sei die Verjährungsfrist hinsichtlich der vom Kläger verfolgten Ansprüche, die noch Gegenstand seiner Klage seien, nicht unterbrochen worden. Der Umfang der Unterbrechung werde durch den Streitgegenstand des jeweiligen Verfahrens bestimmt. Eine Unterbrechung der Verjährungsfrist habe damit aufgrund der erklärten Streitverkündung nur für Forderungen eintreten können, die den Streitgegenstand des damaligen Verfahrens beträfen.

Dies seien nur die Gewährleistungsansprüche der Eigentümergemeinschaft gegen den Kläger aufgrund der Baumängel gewesen. Mangelfolgeschäden, auf die der Regressanspruch nunmehr gestützt werde, seien hingegen nicht Gegenstand des früheren Verfahrens gewesen. Es reiche für die Unterbrechung der Verjährung hinsichtlich der Mangelfolgeschäden nicht aus, dass in dem Vorprozess Ansprüche verfolgt worden seien, die auf den gleichen Mängeln beruhten, weil der Streitgegenstand durch die erhobenen Ansprüche bestimmt werde, nicht aber durch einzelne Anspruchsvoraussetzungen.

II. Diese Ausführungen halten rechtlicher Prüfung nicht stand. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts wird der Umfang der verjährungsunterbrechenden Wirkung der Streitverkündung nicht durch den Streitgegenstand im Vorprozess begrenzt.

1. Im Ausgangspunkt zutreffend nimmt das Berufungsgericht an, dass es zu den **Pflichten eines Rechtsanwalts** gehört, zur wirksamen Verfolgung der Interessen seines Mandanten eine **wirksame Streitverkündung auszusprechen**. Der Rechtsanwalt, der mit einem **Prozessmandat** betraut ist, **hat die mit dem Rechtsstreit unmittelbar zusammenhängenden rechtlichen und wirtschaftlichen Belange seiner Partei mit zu berücksichtigen und darauf zu achten, dass ihr insoweit nicht durch ein Versäumnis während des Prozesses Nachteile entstehen**. Das gilt besonders für die **Wahrung von Regressansprüchen gegen Dritte**. Im Hinblick auf die verjährungshemmende Wirkung der Streitverkündung kann daher der Rechtsanwalt im Zivilprozess verpflichtet sein, einem Dritten den Streit zu verkünden (BGH, Urt. v. 29.4.1993 – IX ZR 101/92, NJW 1993, 2045; v. 16.9.2010 – IX ZR 203/08, NJW 2010, 3576 Rdnr. 20; Vill in: Zuehör/G. Fischer/Vill/



*D. Fischer/Rinkler/Chab, Handbuch der Anwaltschaftung 3. Aufl., Rdnr. 732; Bamberger/Roth/D. Fischer, BGB 3. Aufl., § 675 Rdnr. 20).*

2. Für die Annahme des Berufungsgerichts, der Beklagte habe es pflichtwidrig versäumt, die Rechte des Klägers gegenüber dessen Architekten im Hinblick auf die durch das Beweissicherungsverfahren verursachten Kosten und die aufgrund der erfolgreichen Vollstreckungsgegenklagen entgangenen Kaufpreisreste ordnungsgemäß zu sichern, fehlt es bislang an den erforderlichen Feststellungen.

a) Die Wirkung der durch den Schriftsatz vom 6.5.1997 erklärten Streitverkündung richtet sich nach § 209 Abs. 2 Nr. 4 BGB a.F. (Art. 229 § 12 Abs. 1, § 6 Abs. 1 Satz 2 EGBGB). Danach unterbricht die Streitverkündung die Verjährung, wenn der Anspruch vom Ausgang des Prozesses, in dem der Streit verkündet wird, abhängt. Nach § 215 Abs. 2 Satz 1 BGB a.F. gilt die Unterbrechung als nicht erfolgt, wenn nicht binnen sechs Monaten nach Beendigung dieses Prozesses Klage auf Befriedigung oder Feststellung des Anspruchs erhoben wird. Der **Umfang der verjährungsunterbrechenden Wirkung** der Streitverkündung beschränkt sich hierbei nicht auf die mit der Urteilsformel ausgesprochene Entscheidung über den erhobenen Anspruch; **sie ergreift vielmehr die gesamten tatsächlichen und rechtlichen Grundlagen des Urteils**. Dies ist im Hinblick darauf gerechtfertigt, dass der Streitverkündungsempfänger durch die Streitverkündungsschrift und den mit ihr angekündigten Anspruch im Hinblick auf eine notwendige Rechtsverteidigung hinreichend gewarnt ist.

**Diese Wirkung tritt hingegen nicht ein, wenn der im Folgeprozess verfolgte Anspruch sowohl in tatsächlicher als auch in rechtlicher Hinsicht in keiner Weise von dem Ausgang des Vorprozesses abhängig ist** (BGH, Urt. v. 18.12.1961 – III ZR 181/60, BGHZ 36, 212, 215; v. 21.2.2002 – IX ZR 127/00, WM 2002, 1078, 1080; v. 11.2.2009 – XII ZR 114/06, BGHZ 179, 361 Rdnr. 38; Zöller/Vollkommer, ZPO 29. Aufl., § 74 Rdnr. 8). Daher spielt es für die Reichweite der Wirkung der Streitverkündung grundsätzlich **keine Rolle**, ob in dem Verfahren, in dem die Streitverkündung erfolgt, **nur ein Teil des Schadens**, welcher der Streitverkündungsschrift zugrunde liegt, **eingeklagt worden ist** (vgl. BGH, Urt. v. 21.2.2002, a.a.O. 1080 f.). Die vom Berufungsgericht für maßgeblich angesehene Eingrenzung auf den im Verfahren verfolgten Streitgegenstand, welcher sich durch die mit dem Klageantrag begehrte Rechtsfolge sowie den zugrunde liegenden Lebenssachverhalt bestimmt (vgl. hierzu BGH, Urt. v. 5.11.2009 – IX ZR 239/07, BGHZ 183, 77 Rdnr. 10 m.w.N.), erweist sich mithin als zu eng.

Die **gebotene personelle Identität des Rechtssubjekts hinsichtlich der im Ausgangsprozess angesprochenen Schadensersatzansprüche** ist vorliegend gewahrt. Es handelte sich jeweils um Ansprüche, die entweder der Gesamtheit der Wohnungseigentümer oder einzelnen von ihnen zustanden. Maßgeblich ist der Rechtszustand zum Zeitpunkt der Streitverkündung im Mai 1997. Damals war die Teilrechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft nicht anerkannt;

sie galt weder als rechts- noch als parteifähig (BGH, Urt. v. 23.6.1989 – V ZR 40/88, NJW 1989, 2534, 2535; v. 2.7.1998 – IX ZR 51/97, NJW 1998, 3279; Beschl. v. 23.9.1999 – V ZB 17/99, BGHZ 142, 290, 294; BVerwG NJW-RR 1995, 73, 74).

b) Die Unterbrechungswirkung wird gegenständlich durch das Erfordernis der Zulässigkeit der Streitverkündung und den Inhalt der Streitverkündungsschrift begrenzt (BGH, Urt. v. 18.12.1961, a.a.O., 214; v. 21.2.2002, a.a.O., 1081; ferner zu § 204 Abs. 1 Nr. 6 BGB: BGH, Urt. v. 6.12.2007 – IX ZR 143/06, BGHZ 175, 1 Rdnr. 22 ff; v. 11.2.2009, a.a.O., Rdnr. 31).

aa) Nach der Vorschrift des § 72 Abs. 1 ZPO ist eine Streitverkündung dann zulässig, wenn die Partei für den Fall des ihr ungünstigen Ausgangs des Rechtsstreits einen Anspruch auf Gewährleistung oder Schadloshaltung gegen einen Dritten erheben zu können glaubt oder den Anspruch eines Dritten besorgt. Die Streitverkündung soll den Streitverkündender davor bewahren, die wegen der materiell-rechtlichen Verknüpfung der gegen verschiedene Schuldner gerichteten Ansprüche notwendigen Prozesse alle zu verlieren, obgleich er zumindest einen dieser Prozesse hätte gewinnen müssen (BGH, Urt. v. 28.10.1988 – V ZR 14/87, NJW 1989, 521, 522; v. 6.12.2007, a.a.O., Rdnr. 16; v. 16.9.2010 – IX ZR 203/08, NJW 2010, 3576 Rdnr. 20).

Diese Voraussetzung ist vorliegend gegeben, **weil der vom Kläger verfolgte Ersatzanspruch gegen seinen Architekten Planungsfehler voraussetzte, die zu den gegen den Kläger gerichteten Gewährleistungsansprüchen der Eigentümergemeinschaft sowie der Erwerber der Eigentumswohnungen geführt haben**.

bb) Gemäß § 73 Satz 1 ZPO hat die Partei zum Zweck der Streitverkündung einen Schriftsatz einzureichen, in dem der **Grund der Streitverkündung und die Lage des Rechtsstreits anzugeben** ist. Damit ist das Rechtsverhältnis gemeint, aus dem sich der Rückgriffsanspruch gegen den Dritten oder dessen Anspruch gegen den Streitverkündenden ergeben soll. Dieses Rechtsverhältnis ist unter Angabe der tatsächlichen Grundlagen so genau zu bezeichnen, dass der Streitverkündungsempfänger – gegebenenfalls nach Einsicht in die Prozessakten (§ 299 ZPO) – prüfen kann, ob es für ihn angebracht ist, dem Rechtsstreit beizutreten (BGH, Urt. v. 14.10.1975 – VI ZR 226/74, NJW 1976, 292, 293; v. 21.2.2002, a.a.O.; v. 6.12.2007, a.a.O., Rdnr. 28; Prütting/Gehrlein, ZPO 3. Aufl., § 73 Rdnr. 2).

Dies soll sicherstellen, dass der Streitverkündungsempfänger mit Zustellung der Streitverkündungsschrift Kenntnis davon erlangt, **welchen Anspruchs sich der Streitverkündende gegen ihn berührt. Fehlen die erforderlichen Mindestangaben, wird die Verjährung nicht unterbrochen oder gehemmt** (vgl. BGH, Urt. v. 16.6.2000 – LwZR 13/99, WM 2000, 1764, 1765; v. 6.12.2007, a.a.O., Rdnr. 28). Die Streitverkündungsschrift genügt den Konkretisierungserfordernissen, wenn in ihr der Anspruchsgrund in ausreichendem Maße bezeichnet wird. Sie braucht den ihr zugrunde liegenden Anspruch nicht

bereits auch der Höhe nach zu konkretisieren (BGH, Urt. v. 21.2.2002, a.a.O., 1081; Beschl. v. 4.12.2008 – IX ZR 166/07, Rdnr. 4, n.v.).

cc) Mit dem Inhalt der Streitverkündungsschrift vom 6.5.1997 hat sich das Berufungsgericht bislang nicht befasst. Hierin hat der Beklagte namens des Klägers ausgeführt, dass er, falls entgegen seiner Ansicht Gewährleistungsansprüche beständen, den Architekten in Anspruch nehmen werde, weil dieser als Planer für etwaige Fehler aufzukommen habe. Aus dem Rubrum der Streitverkündungsschrift, die mit der Verteidigungsanzeige verbunden war, konnte der Streitverkündete **das maßgebliche Bauvorhaben ersehen**. Aus der beigefügten Klageschrift ergab sich unmittelbar die **Bezugnahme auf das vorausgegangene Beweissicherungsverfahren** der Wohnungseigentümergeinschaft sowie jedenfalls auf die von den Eheleuten D. gegen den jetzigen Kläger geführte **Vollstreckungsgegenklage**.

Diese Schadenpositionen, die das Berufungsgericht selbst als Mangelfolgeschäden qualifiziert hat, waren mithin von der Streitverkündungsschrift unmittelbar erfasst. Es liegt nicht fern, dass dies auch für die übrigen Schadenpositionen, für die das Berufungsgericht eine Unterbrechungswirkung gleichfalls verneinte, zu gelten hat. Die Beurteilung des Inhalts der Streitverkündungsschrift und des Prozessstoffs des Vorprozesses, aus dem sich das Ausmaß der Unterbrechungswirkung ergibt, ist im Einzelnen Sache des Tatrichters (vgl. BGH, Beschl. v. 4.12.2008 – IX ZR 166/07, Rdnr. 4, n.v.). Diese Würdigung ist – vom Standpunkt des Berufungsgerichts folgerichtig – bisher unterblieben.

III. Das Urteil ist daher aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Da die Sache nicht zur Endentscheidung reif ist, ist sie an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

Das Berufungsgericht hat im wiedereröffneten Verfahren die bislang fehlende Würdigung hinsichtlich der übrigen Schadenpositionen nachzuholen. Soweit erneut eine teilweise Verjährung der in Rede stehenden Schadenersatzpositionen in Betracht zu ziehen sein sollte, muss das Berufungsgericht als Regressgericht selbst entscheiden, **welchen Ausgang der Vorprozess bei ordnungsgemäßem Vorgehen des Anwalts hätte nehmen müssen** (vgl. BGH, Urt. v. 28.9.2000 – IX ZR 6/99, BGHZ 145, 256, 261; v. 24.5.2007 – IX ZR 142/05, WM 2007, 1425 Rdnr. 16; v. 17.9.2009 – IX ZR 74/08, WM 2009, 2138 Rdnr. 20; Zugehör/G. Fischer, a.a.O., Rdnr. 1190). Es kommt mithin nicht darauf an, welchen Zinssatz das Gericht des Vorprozesses, wie das Berufungsgericht angenommen hat, zugesprochen hätte.

Soweit eine Verjährung der Ansprüche infolge ordnungsgemäßer Streitverkündungsschrift ausscheidet, hat das Berufungsgericht anhand des streitigen Vorbringens zu prüfen, ob die weitere geltend gemachte Pflichtverletzung zutrifft, der Beklagte habe nicht ordnungsgemäß auf die Einlegung der Berufung hingewirkt. ■

## Steuerberaterhaftung

- Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter
- Haftungsbescheid
- Verjährungsbeginn

(BGH, Urt. v. 13.10.2011 – IX ZR 193/10)

### Leitsätze:

1. Der Geschäftsführer kann als Dritter in den Schutzbereich eines Umsatzsteuermandats einbezogen sein, welches die GmbH erteilt hat. Nach Maßgabe der allgemeinen Voraussetzungen können die steuerlichen Berater der GmbH deshalb verpflichtet sein, deren Geschäftsführern ihren Schaden aus einer steuerlichen Inhaftungnahme zu ersetzen.

2. Die Verjährung für den Ersatzanspruch des Geschäftsführers gegen die steuerlichen Berater der GmbH beginnt mit der Bekanntgabe des schadenbegründenden Haftungsbescheids. ■

### Zum Sachverhalt:

Der Kläger wurde nach der Umsatzsteuersonderprüfung einer GmbH, deren alleiniger Geschäftsführer er bis zum 18.8.2003 war, gemäß § 69 AO vom Finanzamt für die festgesetzten Steuernachforderungen zzgl. Zinsen und Säumniszuschlägen von zusammen 107.795,55 EUR durch Bescheid vom 3.1.2005 in Haftung genommen. Dieser Betrag ist durch den Einspruchsbescheid vom 27.2.2007 auf insgesamt 101.819,55 EUR herabgesetzt worden. Die beklagten Steuerberater und die von ihnen begründete Gesellschaft bürgerlichen Rechts betreuten die GmbH seit dem Mai 2002 steuerlich in streitigem Umfang. Für das Entstehen der Steuernachforderung, die seiner persönlichen Haftung zugrunde liegt, macht der Kläger die Beklagten verantwortlich, weil sie bei der Betriebsprüfung Anforderungen der Finanzverwaltung nicht hinreichend nachgekommen seien und zuvor schon fehlerhafte Buchungen und Bilanzierungsarbeiten vorgenommen hätten. Zudem seien die umsatzsteuerrechtlich streitigen Zahlungen der Schweizer I. AG an die steuerpflichtige GmbH, denen eine Netto-Rechnung zugrunde liege, auf die von der Finanzverwaltung im Ergebnis nicht gebilligte Gestaltungsberatung der Beklagten zurückzuführen.

Der Kläger stützt seinen Anspruch auf den nach seiner Ansicht drittschützenden Beratungsvertrag der GmbH als eigenes Recht. Zugleich nimmt er die Beklagten aufgrund Abtretung der Schadenersatzansprüche durch die GmbH vom 17.8.2003 in Anspruch.

Das Berufungsgericht hat die Klageabweisung des Landgerichts zu dem noch von Interesse gebliebenen Teil des Streitgegenstandes bestätigt. Mit der vom Senat in diesem Umfang zugelassenen Revision wendet sich der Kläger gegen die Abweisung seiner Klage, soweit sie auf seine Inanspruchnahme als Haftungsschuldner gestützt ist. ■

**Aus den Gründen:**

Die Revision ist in dem nach dem Einspruchsbescheid noch bestehenden Haftungsumfang des Klägers von 101.819,55 EUR begründet. Die Sache selbst ist insoweit jedoch noch nicht zur Endentscheidung reif, weil die notwendigen Feststellungen zu den allgemeinen Voraussetzungen der Beraterhaftung fehlen. Im Übrigen hat die Revision im Ergebnis keinen Erfolg, weil der Schaden des Klägers während der Tatsacheninstanzen durch die Einspruchsentscheidung der Finanzverwaltung vom 27.2.2007 weggefallen ist.

I. Das Berufungsgericht, dessen Urteil in DStRE 2011, 785 abgedruckt ist, hat angenommen, der Kläger sei nicht als Dritter in den Schutzbereich des Beratungsvertrages zwischen seiner Anstellungs-GmbH und der beklagten Steuerberater-sozietät einbezogen, weil jedenfalls die erforderliche Leistungsnähe des Klägers und das Interesse der Mandantin an seinem Schutz nicht bestanden habe. Der Geschäftsführer einer GmbH hafte nach den §§ 34, 69 AO nur dann für Steuerverbindlichkeiten der Gesellschaft persönlich, wenn diese Steuern infolge vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Verletzung seiner Pflichten vom Finanzamt gegen die GmbH nicht rechtzeitig festgesetzt oder von dieser nicht abgeführt worden seien. Fehle es an dem gesetzlich vorausgesetzten schweren Eigenverschulden des Geschäftsführers, werde er von einem durch die Berater schuldhaft verursachten Steuer-schaden der GmbH persönlich nicht berührt. Infolge dessen stehe der Geschäftsführer der Tätigkeit des Steuerberaters für die GmbH als Person zu fern. Eine Schlechtleistung des steuerlichen Beraters gegenüber der GmbH wirke sich allen-falls als rechtlicher Reflex auf die spätere steuerliche Eigenhaftung des Geschäftsführers aus. Deshalb fehle auch die erforderliche Gläubignähe des Klägers für eine Dritt-haftung der Beklagten.

1. Diese Annahmen halten rechtlicher Prüfung nicht stand.

a) Die allgemeinen **Voraussetzungen für die Einbeziehung Dritter in den Schutzbereich** vertraglicher Pflichten hat die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in zahlreichen Entscheidungen geklärt. Der geschützte Dritte muss zunächst mit der Hauptleistung des Schutzpflichtigen bestimmungs-gemäß in Berührung kommen. Zu dieser **Leistungsnähe** muss ein **schutzwürdiges Interesse** des Gläubigers an der Einbeziehung des Dritten in den Schutzbereich des Vertrages hinzutreten. Dem Schutzpflichtigen muss die Einbeziehung Dritter in sein vertragliches **Haftungsrisiko erkennbar** sein. Der Dritte muss für diese Haftungserstreckung letztlich selbst **schutzwürdig** sein (siehe zu diesen Voraussetzungen etwa BGH, Urt. v. 2.7.1996 – X ZR 104/94, BGHZ 133, 168, 173; v. 7.5.2009 – III ZR 277/08, BGHZ 181, 12 Rdnr. 17 ff). Von diesen Grundsätzen hat sich auch das Berufungsgericht leiten lassen.

b) Der steuerliche Berater einer GmbH schuldet für einen Schaden des Geschäftsführers aus einem Haftungsbescheid des Finanzamts keinen Ersatz, wenn ihm dieser Haftungs-schaden nach allgemeinen Grundsätzen nicht zuzurechnen ist. Dieses Kriterium ist jedoch nicht geeignet, um die dritt-schützende Wirkung bestimmter Vertragspflichten festzu-

stellen, die den steuerlichen Berater einer GmbH treffen können. Die **Leistungsnähe des Geschäftsführers** zur steuerlichen Beratung seiner Anstellungs-GmbH ergibt sich viel-mehr aus **§ 34 Abs. 1 AO**. Der Geschäftsführer hat die von ihren Beratern vorbereiteten Steuererklärungen der GmbH zu unterzeichnen und zu verantworten. Den Geschäftsführer trifft persönlich auch die Mitwirkungspflicht der GmbH gemäß § 90 AO, für deren Erfüllung er typischerweise auf die Unterstützung der steuerlichen Berater angewiesen ist, welche die GmbH beauftragt hat. Unrichtige Steuererklärun-gen und unzureichende Mitwirkung für die steuerpflichtige GmbH begründen ein spezifisches steuerliches Haftungs- risiko, dem der Geschäftsführer nach den §§ 69, 191, 219 AO ausgesetzt ist und welches bei entsprechender Einschaltung der Berater der GmbH auf deren Tätigkeit zurückgehen kann.

Ergeht nach den **§§ 34, 69 AO** ein Haftungsbescheid gegen den Geschäftsführer, **so kann diese Heranziehung auch rechtswidrig sein**, weil die offene Steuerschuld von Rechts wegen nicht besteht, die subjektiven Haftungsvoraussetzun-gen, **Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit, nur formelhaft fest-gestellt** worden sind und in Wahrheit fehlen oder das Finanzamt sein Ermessen nach den §§ 191, 219 AO fehler-haft ausgeübt hat. Das **Risiko der haftungsrechtlichen Inanspruchnahme** des Geschäftsführers einer GmbH wird unter Umständen erst geschaffen, wenn der steuerliche Berater infolge eigener Nachlässigkeit mit Bezug auf die Mitwirkungspflichten der Mandanten gemäß § 90 AO die Finanzverwaltung annehmen lässt, die von ihm betreute Gesellschaft habe bislang nicht offenbarte Steuertatbestände verwirklicht oder ungerechtfertigte Abzüge in Anspruch genommen, während pflichtmäßiges Handeln ihm ermög-licht hätte, die ungünstige Feststellung der Finanzverwaltung und damit den Steuerschaden der Mandantin zu vermeiden.

Dieses Risiko der haftungsrechtlichen Inanspruchnahme des Geschäftsführers ist eine **typische Begleiterscheinung pflicht-widrig verursachter Steuerfestsetzungen** gegen eine zahlungsschwache GmbH, wenn zur vollen Begleichung der Steuerschuld später die Mittel fehlen. Es kommt für die Frage des Drittschutzes nicht darauf an, ob dieses Risiko sich verwirklicht oder nicht und ob ein ergangener Haftungs-bescheid in seinen subjektiven Voraussetzungen und hin-sichtlich der Ermessensausübung rechtmäßig oder rechts-widrig ist. Geht eine Verletzung der Mitwirkungspflicht des Mandanten nach § 90 AO auf Versäumnisse des steuerlichen Beraters zurück, so können sich die Folgen bei der steuer-rechtlich gebotenen Sachverhaltsfeststellung innerhalb des Beweismaßes und der anzustellenden Beweiswürdigung der Finanzverwaltung auch zum Nachteil eines möglichen Haftungsschuldners auswirken.

Die Leistungsnähe des Geschäftsführers zur pflichtwidrigen steuerlichen Betreuung seiner Anstellungs-GmbH, die un-günstige Beweisfolgen und im Weiteren vermeidbare Steuer-festsetzungen gegen die GmbH zur Folge hat, ist demnach so groß, dass der Geschäftsführer in den persönlichen Schutzbereich der verletzten Beraterpflichten einbezogen werden muss.



Ebenso kommt der Geschäftsführer einer GmbH mit der ihr gegenüber erbrachten Leistung **bestimmungsgemäß in Berührung**, wenn er von den steuerlichen Beratern der GmbH durch Fehler der Buchführung, ungerechtfertigte Vorsteuerabzüge oder Fehlbeurteilung umsatzsteuerpflichtiger Tatbestände als umsatzsteuerfrei in das Haftungsrisiko der §§ 69, 191, 219 AO verstrickt wird. Zwar erleidet dann die GmbH bei normativer Betrachtung keinen Schaden; sie wird nur der gesetzmäßigen Besteuerung unterworfen. Der Geschäftsführer ist aber durch seine Haftung auch im Rechtssinne geschädigt, weil er bei Erfüllung seiner Pflichten für Steuerausfälle durch die Zahlungsunfähigkeit der GmbH nicht einzustehen gehabt hätte.

aa) Dem Kläger ist von der Finanzverwaltung bei seiner Inhaftungnahme vorgeworfen worden, er habe im Zeitraum der Umsatzsteuersonderprüfung und im Juni 2003 als Geschäftsführer keine rechtzeitigen und richtigen Umsatzsteuervoranmeldungen veranlasst. Dieser Vorwurf beruhte objektiv auf den Feststellungen aus Anlass der Steuerprüfung und kann von der behaupteten Nachlässigkeit der Beklagten im Verlauf ihrer Durchführung beeinflusst worden sein, aber auch von den ihnen weiter zur Last gelegten Fehlern. Die Feststellungen des Finanzamts zum Verschulden des Klägers sind wenig aussagekräftig, weil sich der Kläger zu dem Vorwurf nicht näher eingelassen hat. Hier hätte nach dem Vortrag des Klägers berücksichtigt werden müssen, dass ihm nach seiner Abberufung als Geschäftsführer, also schon zur Zeit des Umsatzsteuerbescheids 2002 vom 3.8.2004 und des Umsatzsteuervorauszahlungsbescheids für März 2003 vom 29.7.2004, die Geschäfts- und Steuerunterlagen seiner früheren Anstellungs-GmbH nicht mehr zur Verfügung standen. Eine Beschaffungspflicht traf ihn grundsätzlich in dieser Hinsicht nicht (BFH/NV 2008, 521, 525 unter II. 5. c)).

In diesem Rechtsstreit hat der Kläger dargelegt, inwiefern er die Umsatzsteuernachforderungen der Finanzverwaltung gegen die Anstellungs-GmbH für unbegründet hält. Da der maßgebende Steuersachverhalt bisher nicht vollständig vorgebracht und aufgeklärt worden ist, lässt sich für den Regressprozess rechtlich derzeit nicht abschließend prüfen, inwiefern gegen die GmbH zu Recht Umsatzsteuernachforderungen erhoben worden sind und der Kläger von der Finanzverwaltung im Einklang mit dem Gesetz für Anmeldeversäumnisse der GmbH in Haftung genommen worden ist. Auch das Ergebnis der gegen den Haftungsbescheid schwebenden finanzgerichtlichen Anfechtungsklage ist bisher nicht bekannt.

bb) Bei dem Verhalten des Klägers, welches ihm möglicherweise als vorsätzliches oder grob fahrlässiges Verhalten vorgeworfen werden kann, der verspäteten und fehlerhaften Abgabe von Umsatzsteuervoranmeldungen zwischen August 2002 und Juni 2003, waren Angehörige und Mitarbeiter der beklagten Steuerberatergesellschaft beteiligt. **Der Geschäftsführer einer GmbH darf ebenso wie die Auftraggeberin im Blick auf die vertragliche Haftung darauf vertrauen, dass die von der Gesellschaft beauftragten Steuerberater die anstehenden steuerlichen Fragen fehlerfrei bearbeiten, ohne dass von seiner Seite eine Kontrolle notwendig ist** (vgl. BGH, *Urt. v. 15.4.2010 – IX ZR 189/09, WM 2010, 993 Rdnr. 9*

und 14). Insbesondere gilt dies, wenn auch die Buchführung von dem steuerlichen Berater zu besorgen ist, wie hier vom Kläger behauptet wird, für die Vorbereitung der Umsatzsteuervoranmeldungen und Umsatzsteuererklärungen einer GmbH. Zur sorgfältigen Erfüllung solcher Vertragspflichten hat der Berater die Geschäftsunterlagen des Mandanten anzufordern, zu sichten, auf abziehbare Vorsteuern zu prüfen und steuerfreie Umsätze auszuscheiden.

Bei der steuerlichen Inhaftungnahme des Geschäftsführers einer GmbH für offene Steuerverbindlichkeiten der Gesellschaft gelten jedoch gegenüber der Finanzverwaltung andere Grundsätze. Zwar kann dem Geschäftsführer einer GmbH das Verschulden des steuerlichen Beraters der GmbH bei der Fertigung von Steuererklärungen nicht als eigenes Verschulden zugerechnet werden. Der Geschäftsführer haftet aber nach den §§ 34, 69 AO für die Verletzung der ihm in diesem Rechtsverhältnis abverlangten sorgsamsten Auswahl und Überwachung derjenigen Personen, denen er die Erledigung der ihm auferlegten steuerlichen Pflichten für die GmbH übertragen hat. Für den Fall der Unterzeichnung einer vom Steuerberater entworfenen Umsatzsteuererklärung kann eine Haftung des die Unterschrift leistenden Geschäftsführers infrage kommen, wenn er selbst nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalls Anlass und Möglichkeiten hatte, die Richtigkeit der Steuererklärung zu überprüfen (BFH/NV 2008, 1983 m.w.N.).

**Der strengere Pflichtenmaßstab des steuerlichen Haftungsrechts im Vergleich zur bürgerlich-rechtlichen Beraterhaftung** schafft demnach für den Geschäftsführer einer GmbH ein spezifisches Risiko, für die Folgen einer fehlerhaften Wahrnehmung des Steuermandats der Gesellschaft in Haftung genommen zu werden, obwohl dem Haftungsschuldner weder als Organwalter noch aufgrund des Steuerberatungsvertrages obliegt, die Tätigkeit der Berater mit ähnlicher Intensität zu überwachen. Dieses **Pflichtengefälle**, auf welches das Berufungsgericht nicht eingegangen ist, kann nur dadurch ausgeglichen werden, dass für entsprechende steuerliche Haftungsschäden des Geschäftsführers einer GmbH die vertragliche Dritthaftung des letztverantwortlichen Steuerberaters der GmbH eröffnet wird.

Für die Voraussetzungen der vorbezeichneten Dritthaftung sind die Grundsätze übertragbar, die der Bundesgerichtshof zur vertraglichen Haftung des Steuerberaters für einen steuerstrafrechtlichen Schaden des Auftraggebers aufgestellt hat (vgl. BGH, *Urt. v. 15.4.2010, a.a.O., Rdnr. 9*). Der Steuerberater hat den Geschäftsführer einer von ihm betreuten GmbH vor den Nachteilen zu schützen, die sich für ihn persönlich aus unrichtiger oder unvollständiger Darstellung steuerlich bedeutsamer Vorgänge der GmbH gegenüber dem Finanzamt ergeben. Seine **Beraterpflicht** besteht auch darin, **den Geschäftsführer der Mandantin davor zu bewahren, sich durch Verletzung seiner steuerrechtlichen Geschäftsführerpflichten der haftungsrechtlichen Inanspruchnahme gemäß §§ 69, 191, 219 AO auszusetzen**. Die nach § 69 AO vorausgesetzte Schuldform mindestens grober Fahrlässigkeit des Geschäftsführers ändert davon so wenig etwas wie der zur Begehung einer Steuerstraftat erforderliche Vorsatz.

c) Das Interesse des Gläubigers am Schutz des Dritten, welches die vertragliche Dritthaftung voraussetzt, lässt sich für das steuerliche Haftungsrisiko des Geschäftsführers einer GmbH bei der steuerlichen Betreuung der Gesellschaft ebenfalls nicht schlechthin verneinen. Die unsorgfältige Führung der Bücher, die Schlechterfüllung der Beraterpflichten bei der Vorbereitung von Umsatzsteuervoranmeldungen einer GmbH und Nachlässigkeit in der Wahrnehmung der Mitwirkungspflicht der Mandantin bei der Ermittlung des Sachverhalts begründen, wie ausgeführt, ein spezifisches Haftungsrisiko für den oder die Geschäftsführer, denen bei Zahlungsschwäche der GmbH von der Finanzverwaltung mangelhafte Kontrolle der Beratertätigkeit vorgeworfen wird. Die Vermeidung dieses Risikos liegt im Schutzbereich der Beraterpflichten. Die GmbH hat ein Interesse daran, ihren Geschäftsführer im Fall seiner haftungsrechtlichen Inanspruchnahme nicht stets selbst schadlos halten zu müssen. GmbH und Geschäftsführer haften nach § 44 AO in einem solchen Fall als Gesamtschuldner. Der Innenausgleich zwischen ihnen vollzieht sich gemäß § 426 Abs. 1 und 2 BGB. Die GmbH muss im Regelfall jedoch daran interessiert sein, solche Belastungen des Verhältnisses zu ihrem Leitungsorgan zu vermeiden.

Die haftungsrechtliche Inanspruchnahme des Geschäftsführers kann deshalb **weder wegen fehlender Leistungsnähe noch in Ermangelung eines Gläubigerinteresses** nur Rechtsreflex einer Schlechtleistung des steuerlichen Beraters der GmbH sein, wie das Berufungsgericht gemeint hat, wenn zwischen der Pflichtverletzung der Berater und dem Haftungsvorwurf gegen den Geschäftsführer ein spezifischer Risikozusammenhang besteht. So soll es nach dem Vortrag des Klägers im Streitfall liegen.

2. Mit der gegebenen Begründung kann das Berufungsurteil danach nicht bestehen bleiben. Es erweist sich, soweit die drittschützende Wirkung des Steuerberatungsvertrages zwischen der beklagten Sozietät und der damaligen Anstellungs-GmbH des Klägers verneint worden ist, auch nicht aus anderen Gründen als richtig (§ 561 ZPO).

a) Die geltend gemachte Einstandspflicht der Beklagten führt nicht zu einer überschaubaren Ausdehnung ihres vertraglichen Haftungsrahmens. Der geschützte Personenkreis ist durch § 34 Abs. 1 AO eindeutig bezeichnet. Die gesetzlichen Vertreter einer GmbH sind deren steuerlichen Beratern bekannt. Mit ihnen kann im Bedarfsfall auch über eine Beschränkung der sie betreffenden Dritthaftung verhandelt werden. Damit, dass sich der persönliche Schutzbereich des Steuerberatungsvertrages mit einer GmbH in bestimmten Grenzen auf deren Geschäftsführer als möglicher Haftungsschuldner erstrecken würde, mussten die Beklagten trotz der ungeklärten Rechtslage rechnen.

b) In der beiderseitigen Interessenabwägung ist der Geschäftsführer einer GmbH als herangezogener Haftungsschuldner gegenüber den steuerlichen Beratern der Gesellschaft **schutzwürdig**. Der Gesamtschuldnerückgriff gegen die im Regelfall zahlungsschwache Anstellungs-GmbH ist in seiner Durchsetzbarkeit unsicher. Kann das Finanzamt

bei der steuerpflichtigen GmbH die Schuld betreiben, kommt es gemäß § 219 AO nicht zum Haftungsbescheid. Aussichtsreich ist danach im Regelfall nur ein Vorgehen gegen den steuerlichen Berater der GmbH aus dem **nach § 426 Abs. 2 Satz 1 BGB übergegangenen Anspruch** der Auftraggeberin.

Auch dieser Rechtsschutz ist für den geschädigten Geschäftsführer indessen unzureichend. Zum einen hat die GmbH keinen eigenen Schadenersatzanspruch, wenn sich bei ihr lediglich die nicht vermeidbare gesetzliche Steuerpflicht verwirklicht. Zum anderen muss der Geschäftsführer, um den gesetzlichen Forderungsübergang herbeizuführen, die Haftungsschuld gegenüber dem Finanzamt zunächst begleichen. Mangels Forderungsberechtigung wäre eine bereits vorher erhobene Feststellungsklage gegen den steuerlichen Berater der GmbH derzeit unbegründet. Ist der Schadenersatzanspruch der GmbH nach § 426 Abs. 2 Satz 1 BGB auf ihren gemäß § 44 AO samtvordlich haftenden Geschäftsführer erst spät übergegangen, kann er auch verjährt sein. Denn der Schadenersatzanspruch der GmbH ist bereits mit den gegen sie ergangenen Festsetzungsbescheiden entstanden. Die Verjährung jenes Anspruchs läuft daher in der Regel wesentlich früher an, als der Schaden des Geschäftsführers durch die haftungsrechtliche Inanspruchnahme gemäß §§ 69, 191, 219 AO eintritt. Diese Schutzlücke muss durch einen auf der drittschützenden Wirkung des Steuerberatungsvertrages mit der GmbH beruhenden eigenen Schadenersatzanspruch des als Haftungsschuldner herangezogenen Geschäftsführers geschlossen werden.

Für den steuerlichen Berater ist diese Rechtsfolge **zumutbar**. Sie bedeutet nicht immer eine gegenständliche Ausweitung seines gegenüber der Auftraggeberin ohnehin bestehenden Haftungsrisikos; denn GmbH und geschützter Geschäftsführer sind hinsichtlich ihres Schadens, für den sie der Finanzverwaltung gesamtschuldnerisch haften, im Beraterregress Gesamtgläubiger. Der tatsächliche Aufschub der Haftungsverjährung, der sich nach § 429 Abs. 3, § 425 Abs. 2 BGB infolge der Bekanntgabe des Haftungsbescheids ergibt, ist für den Steuerberater hinnehmbar. Wird die GmbH durch die Haftung ihres Geschäftsführers aber von einer eigenen unvermeidbaren Steuerschuld befreit und hat der Geschäftsführer infolgedessen gegen sie einen Ausgleichsanspruch gemäß § 44 Abs. 1 AO, § 426 BGB, so können die schadenersatzpflichtigen Berater deswegen entsprechend § 255 BGB Vorteilsausgleichung verlangen und die GmbH in Rückgriff nehmen.

3. Der Schadenersatzanspruch des Klägers als seinerzeitiger Geschäftsführer der steuerpflichtigen GmbH aus Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter ist nach den §§ 195, 199 Abs. 1 BGB **nicht verjährt**. Das abstrakte gesetzliche Schuldverhältnis der steuerlichen Geschäftsführerhaftung gemäß §§ 69, 37 Abs. 1 AO konkretisiert sich in der Regel in mehreren Schritten. Sind Ansprüche aus dem Steuerschuldverhältnis der GmbH nicht oder nicht rechtzeitig festgesetzt, so verwirklicht sich das erste Merkmal des Haftungstatbestandes für den Geschäftsführer zwar schon dann, wenn die richtige Steuerfestsetzung gegen die GmbH nachgeholt wird.

Anders als in dem Fall, in dem sogleich gegen den Geschäftsführer Haftungsbescheid ergeht, ist mit der Bekanntgabe des Steuerbescheids gegen die GmbH aber nur der Anfangsschritt auf dem Weg zur steuerlichen Geschäftsführerhaftung vollzogen. Das so begründete Haftungsrisiko kann sich, sofern – wie hier – § 219 Satz 1 AO anzuwenden ist, nur dann zu einem Schaden verdichten, wenn die GmbH als Steuerschuldnerin nach Auffassung des Finanzamts nicht leistungsfähig ist. Die haftungsrechtliche Inanspruchnahme des Geschäftsführers ist ferner nach § 69 AO nur zulässig, wenn das Finanzamt als subjektiven Haftungstatbestand die vorsätzliche oder grob fahrlässige Verletzung steuerlicher Geschäftsführerpflichten in Bezug auf die Steuerschuld der GmbH feststellt. Letztlich muss das Finanzamt zum Erlass eines Haftungsbescheids sein Entschließungsermessen aus § 191 Abs. 1 Satz 1 AO zulasten des Geschäftsführers ausüben.

Diese Entwicklung von der Vermögensgefährdung zum Vermögensschaden des Geschäftsführers ist zunächst offen. Nach der vom Bundesgerichtshof in ständiger Rechtsprechung zu § 68 StBerG vertretenen Risiko-Schaden-Formel (*grundlegend BGH, Urt. v. 2.7.1992 – IX ZR 268/91, BGHZ 119, 69, 73 f; v. 11.5.1995 – IX ZR 140/94, BGHZ 129, 386, 389 f; letzthin etwa Urt. v. 19.5.2009 – IX ZR 43/08, WM 2009, 1376 Rdnr. 27*), die auf die Anspruchsentstehung im Sinne von § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB übertragbar ist, tritt daher der Schaden des Geschäftsführers erst ein, wenn das Finanzamt seinen auf die Haftung bezogenen Entscheidungsprozess mit dem **Erlass des Haftungsbescheids** abgeschlossen hat. Aus dem Beschluss des Senats vom 23.3.2011 (*IX ZR 212/08 Rdnr. 16*) ist entgegen dem nicht amtlichen Leitsatz der Kurzveröffentlichung in DStR 2011, 2114 (*m. Anm. Meixner und Schröder*) nichts anderes zu entnehmen. Die ergänzenden Ausführungen des Berufungsurteils über eine zeitweilige Hemmung dieser mit Bekanntgabe des Haftungsbescheids in Lauf gesetzten Verjährung treffen zu. Die Revisionserwiderung wendet sich dagegen auch nicht.

II. Das Berufungsurteil ist infolge seiner Rechtsfehler aufzuheben, soweit ein ersatzfähiger Schaden des Klägers in Höhe der nach dem Einspruchsbescheid vom 27.2.2007 verbleibenden Beschwer in Betracht kommt. Solange der Kläger die noch nicht bestandskräftige Haftungsverbindlichkeit allerdings nicht beglichen hat, kann er Schadenersatz von den Beklagten nur in Form der Freihaltung beanspruchen. Die Zurückverweisung gibt ihm Gelegenheit, seinen bisherigen Zahlungsantrag – wenn notwendig – den Gegebenheiten anzupassen. Ausreichende Feststellungen zu allen haftungsbegründenden Streitpunkten fehlen bisher und waren nach dem Standpunkt der Tatsacheninstanzen auch nicht nötig. Sie sind nunmehr nachzuholen.

1. Aufgeklärt werden muss neben dem Mandatumumfang der beklagten Steuerberatersozietät der vollständige streiterhebliche Umsatzsteuersachverhalt, um beurteilen zu können, ob die mittelbar schadenursächlichen Umsatzsteuernachforderungen vermeidbar waren. Die Auffassung der Finanzverwaltung unterliegt im Regressprozess gegen den Steuerberater der vollen Überprüfung des ordentlichen Richters, soweit es

für die Feststellung der Pflichtverletzung des Beraters, der haftungsausfüllenden Kausalität des Schadens und seine Zurechnung an den Steuerberater hierauf ankommt. Prüfbar sein muss insbesondere, ob der Haftungsverwurf der Finanzverwaltung gegen den Kläger begründet ist. Dazu sind zunächst die tatsächlich eingereichten Umsatzsteuervoranmeldungen im Prüfungszeitraum und im Juni 2003 vorzulegen.

2. Die Verteidigung der Beklagten, der Kläger habe selbst Unterlagen über die Vorgänge zwischen der GmbH und der I. AG beschaffen können, ist entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht ohne weiteres erheblich. Die Beklagten müssen im Rahmen ihrer sekundären Darlegungslast vortragen, welche umsatzsteuererheblichen Unterlagen ihnen die GmbH zu welchem Zeitpunkt übermittelt hat, welche Lücken sie wann und wie beanstandet haben und welche Ergänzungen daraufhin die GmbH wann veranlasst oder unterlassen hat. Voraussetzung dafür ist, dass dem Kläger weiterhin die geschäftlichen Unterlagen der steuerpflichtigen GmbH für die maßgebliche Zeit nicht zugänglich sind und er darlegen kann, dass ihm eine Einsicht in die Umsatzsteuerakten der Finanzverwaltung trotz des Anfechtungsprozesses gegen den Haftungsbescheid weiterhin verwehrt wird. Unabhängig davon müssen die Beklagten vortragen, welche Umsatzsteuervoranmeldungen der GmbH von ihnen im Prüfungszeitraum entworfen und vom Kläger unterzeichnet worden sind und wie sie zu den im Prüfbericht des Finanzamts vom 18.6.2004 bezeichneten Punkten die GmbH beraten haben.

Im Einzelnen dargestellt werden muss ferner, wie es zu der allgemeinen Prüfungsfeststellung des Finanzamts in seinem Bericht vom 18.6.2004 kommen konnte, dass weder die GmbH (dort Berichtsfirma) nach dem Prüfungsbeginn am 12.6.2003 noch die Beklagten (dort Steuerbüro) für Auskünfte zur Verfügung standen. Für die Beurteilung der haftungsausfüllenden Kausalität ist sodann von Belang, welchen Einfluss dies auf die Sachverhaltsfeststellung der Finanzverwaltung gehabt hat, inwieweit diese unrichtig ist und wie sie von Seiten der Beklagten hätte rechtzeitig richtig gestellt werden können.

**3. Nicht zuzurechnen ist den Beklagten ein Haftungsschaden des Klägers, der ohne ihr Zutun durch einen Fehler der Finanzverwaltung entstanden ist.** Dem Kläger durfte von der Finanzverwaltung nicht zur Last gelegt werden, er habe die 2004 gegen die GmbH festgesetzten Umsatzsteuernachforderungen nicht beglichen. Als dies hätte geschehen müssen, war der Kläger als Geschäftsführer abberufen. Auf die erst am 10.9.2004 im Handelsregister vorgenommene Eintragung des Geschäftsführerwechsels kommt es zeitlich für die Inhaftungnahme nicht an (*vgl. BFH/NV 1985, 20, 21 unter 1.; Klein/Rüsken, AO 10. Aufl., § 34 Rdnr. 6*). Es ist nicht eindeutig, ob das Finanzamt dies beachtet hat, weil der Einspruchsbescheid vom 27.2.2007 den hier maßgebenden Zeitraum nicht nennt.

4. Sollte sich das Berufungsgericht abermals mit der Hilfsbegründung der Klage aus abgetretenem Recht befassen

müssen, wird es zu prüfen haben, ob der Kläger den abgetretenen Anspruch als Sicherungstreuhand auch im Interesse der GmbH zu verwalten hatte. Gegen die Wirksamkeit der Abtretung sind unter dieser Voraussetzung keine Bedenken zu erheben.

Die Unbegründetheit der Klage aus dem abgetretenen Recht der GmbH ergibt sich im Wesentlichen allerdings deshalb, weil hinsichtlich der festgesetzten Steuern, Säumniszuschläge und Zinsen die Verjährungseinrede der Beklagten durchgreift. Der Schadenersatzanspruch der GmbH wäre infolge der Bekanntgabe der Steuerbescheide vom 29.7.2004 und 3.8.2004 vor dem 15.12.2004 entstanden, so dass er gemäß Art. 229 § 12 Abs. 1 Satz 1 Nr. 13, § 6 EGBGB noch nach § 68 StBerG verjährte. Diese Verjährung war bereits vor Eingang des Mahnantrags des Klägers am 3.1.2008 eingetreten. Für eine Sekundärverjährung ist nichts vorgetragen.

Ausgeschlossen hiervon sind möglicherweise die Umsatzsteuern für den Monat Juni 2003 in Höhe von 10.782 EUR zzgl. Säumniszuschlägen von 1.720 EUR (Einspruchsbescheid vom 27.2.2007), auf welche sich die genannten Festsetzungen nicht erstreckten. Hierzu ist bisher allerdings schon nicht hinreichend greifbar, was die GmbH den Beklagten als Pflichtwidrigkeit zur Last legen kann. Zudem müsste geprüft werden, inwieweit die GmbH die Umsatzsteuern für den Monat Juni 2003 vermeiden konnte, so dass sich hier nicht nur die unabwendbare gesetzliche Steuerlast verwirklicht hat und der GmbH ein Schaden im Rechtssinne nicht entstanden ist. ■

## Kapitalanlageberatung

- Verjährungsbeginn
  - Mehrere Beratungsfehler
  - Einheitlicher Verjährungsbeginn?
- (BGH, Urt. v. 24.3.2011 – III ZR 81/10)

### Leitsatz:

Der Grundsatz, dass bei mehreren voneinander abgrenzbaren Aufklärungs- oder Beratungsfehlern die Verjährung nicht einheitlich, sondern getrennt für jede einzelne Pflichtverletzung zu prüfen ist, setzt nicht voraus, dass die Pflichtverletzung jeweils eigene, von den anderen Fehlern und deren Folgen gesonderte Schäden zeitigt, sondern ist gerade auch anwendbar in den Fällen, in denen die Pflichtverletzungen denselben Schaden verursacht haben, nämlich jeweils für die Anlageentscheidung ursächlich waren. ■

### Zum Sachverhalt:

Der Kläger verlangt Schadenersatz wegen behaupteter Beratungspflichtverletzungen des Beklagten anlässlich einer Beteiligung an der so genannten „G. Gruppe“. Die „G. Gruppe“, die aus mehreren miteinander verbundenen Unternehmen bestand und zu der u.a. die G. Gruppe Vermögens-

und Finanzholding GmbH & Co. KG a.A. gehörte, beschäftigte sich seit den neunziger Jahren mit dem Erwerb, der Verwaltung und der Verwertung von Immobilien, Wertpapieren und Unternehmensbeteiligungen. Das hierfür erforderliche Kapital wurde durch die Gründung stiller Gesellschaften mit zahlreichen Kleinanlegern beschafft. Der Kläger beteiligte sich am 2.5.1996 als stiller Gesellschafter an der G. Beteiligungs-Aktiengesellschaft, zum einen mit einer Einlage von 10.000 DM zzgl. eines Agios von 5 %, zum anderen mit einer in 120 Monatsraten zu erbringenden Einlage von 48.000 DM zzgl. eines Agios von ebenfalls 5 %. Außerdem unterzeichnete der Kläger eine Vollmacht, wonach die G. Beteiligungs-Aktiengesellschaft mit anderen Gesellschaften weitere stille Gesellschaftsverträge abschließen durfte.

Aufgrund dieser Vollmacht wurde für den Kläger 1998 eine atypische stille Beteiligung an der Securenta G. Immobilienanlagen und Vermögensmanagement AG Unternehmenssegment VII abgeschlossen. Im Jahr 2007 wurde das Insolvenzverfahren über die Vermögen der G. Gruppe Vermögens- und Finanzholding GmbH & Co. KG a.A. sowie der Securenta G. Immobilienanlagen und Vermögensmanagement AG eröffnet.

Der Kläger hat den Beklagten wegen verschiedener behaupteter Beratungspflichtverletzungen im Zusammenhang mit der Zeichnung seiner Beteiligung an der „G. Gruppe“ auf Schadenersatz in Anspruch genommen. Das Landgericht hat die Klage wegen Verjährung abgewiesen. Die Berufung des Klägers hat keinen Erfolg gehabt. Gegen das Urteil des Oberlandesgerichts richtet sich die vom Senat zugelassene Revision des Klägers, mit der dieser seine Ansprüche – den Zahlungsantrag zu Nummer 1 allerdings nur noch in Höhe von 17.482,36 EUR zzgl. Zinsen – weiterverfolgt.

Die zulässige Revision führt im Umfang der Anfechtung zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an die Vorinstanz. ■

### Aus den Gründen:

I. Nach Auffassung des Oberlandesgerichts kann dahinstehen, ob dem Kläger gegen den Beklagten ein Anspruch auf Schadenersatz wegen schuldhaft begangener Beratungsfehler zusteht. Denn etwaige Ansprüche seien jedenfalls verjährt (Art. 229 § 6 Abs. 1 Satz 1, Abs. 4 Satz 1 EGBGB, §§ 195, 199 Abs. 1 BGB).

Wie das Landgericht zutreffend festgestellt habe, hätten beim Kläger die subjektiven Voraussetzungen des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB vor dem 1.1. 2002 vorgelegen, so dass mit Ablauf des Jahres 2004 Verjährung eingetreten sei. Der Kläger habe spätestens im Jahr 2001 gewusst, dass es sich bei den von ihm gezeichneten Beteiligungen nicht um sichere Kapitalanlagen gehandelt habe. Insoweit sei ihm auch bewusst gewesen, dass der Beklagte ihn unrichtig beraten und nicht über das Verlustrisiko sowie eine eventuell bestehende Nachschusspflicht aufgeklärt habe. Diese Kenntnis beziehe sich nicht nur auf die Beratungspflichtverletzung, sondern auch auf den eingetretenen Schaden, nämlich die Vermögensminderung in Gestalt nicht wertgesicherter Anlagen.



Der eventuelle Anspruch auf Schadenersatz sei auch nicht deshalb unverjährt, weil mehrere Beratungsfehler vorlägen, die dem Kläger erst sukzessive bekannt geworden seien. Zwar beginne die Verjährung, wenn sich ein Anspruch auf mehrere Pflichtverletzungen stützen lasse, jeweils gesondert zu laufen (BGH, Urt. v. 9.11.2007 – V ZR 25/07, NJW 2008, 506). Dieser aus der früheren Rechtsprechung zu § 852 Abs. 1 BGB a.F. hergeleitete Grundsatz beruhe jedoch darauf, dass jede Handlung, die eigene Schadenfolgen erzeuge und dadurch zum Gesamtschaden beitrage, verjährungsrechtlich eine neue selbstständige Schädigung darstelle und daher einen neuen Ersatzanspruch mit eigener Verjährungsfrist schaffe. Mit dem 8. Zivilsenat des Saarländischen Oberlandesgerichts (Urt. v. 21.8.2008 – 8 U 289/07-80, OLGR 2008, 983) sei daher davon auszugehen, dass der einzelne Beratungsfehler nur dann eine gesonderte kenntnisabhängige Verjährungsfrist auslöse, wenn er eine eigene Schadenfolge herbeigeführt habe.

Im vorliegenden Fall lägen bereits nicht mehrere voneinander trennbare, sondern nur ein einheitlicher Beratungsfehler hinsichtlich der Sicherheit der ins Auge gefassten Anlage vor. Die einzelnen zu beachtenden Sicherheitsaspekte beträfen insoweit lediglich einzelne Ausprägungen der erforderlichen Gesamtbetrachtung, etwa das Risiko eines Totalverlusts, einer Nachschusspflicht oder die Verminderung der Gewinnerwartungen im Falle gewinnunabhängig möglicher Entnahmen. Über keinen dieser zusammengehörenden Umstände habe der Beklagte beraten. Selbst wenn man hierin jedoch verschiedene Beratungsfehler sehen wollte, hätten diese lediglich eine einheitliche Schadenfolge ausgelöst, nämlich den Verlust der klägerischen Investitionen aufgrund unsicherer, nicht werthaltiger Beteiligungen. Dies bedeute, dass der Kläger schlicht die getätigten Einzahlungen ersatzlos verloren habe, ohne dass danach differenziert werden könne, bei welchen Teilbeträgen welcher Beratungsfehler ursächlich gewesen sei. Die Verjährung habe deshalb nicht mit jeder eventuellen späteren Kenntnis von weiteren Beratungsfehlern, deren Zeitpunkt im Übrigen auch nicht substantiiert dargelegt und unter Beweis gestellt worden sei, neu zu laufen begonnen.

II. Dies hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

1. Die hier in Rede stehenden Ansprüche wegen Beratungspflichtverletzung sind im Jahr 1996, nämlich mit der Beteiligung an der „G. Gruppe“ entstanden (§ 198 Satz 1 BGB a.F.) und unterlagen zunächst der 30-jährigen Verjährungsfrist nach § 195 BGB a.F. Zwar ist der für den **Verjährungsbeginn** maßgebliche **Eintritt eines Schadens** regelmäßig erst dann anzunehmen, wenn es zu einer konkreten Verschlechterung der Vermögenslage des Gläubigers gekommen ist; der Eintritt einer risikobehafteten Situation reicht dafür regelmäßig nicht (vgl. nur BGH, Urt. v. 22.2.1979 – VIII ZR 256/77, BGHZ 73, 263, 265; v. 23.3.1987 – II ZR 190/86, BGHZ 100, 228, 231 f.; v. 28.10.1993 – IX ZR 21/93, BGHZ 124, 27, 30). Jedoch kann der auf einer Aufklärungs- oder Beratungspflichtverletzung beruhende **Erwerb einer für den Anlageinteressenten nachteiligen, weil seinen konkreten Anlagezielen und Vermögensinteressen nicht entsprechenden**

**Kapitalanlage** bereits für sich genommen einen Schaden darstellen und ihn deshalb – unabhängig von der ursprünglichen Werthaltigkeit der Anlage – dazu berechtigen, im Wege des Schadenersatzes die Rückabwicklung zu verlangen; **der Anspruch entsteht hierbei schon mit dem** (unwiderrechtlichen und vollzogenen) **Erwerb der Anlage** (vgl. – jeweils m.w.N. – nur BGH, Urt. v. 8.3.2005 – XI ZR 170/04, BGHZ 162, 306, 309 f.; Senat, Urt. v. 8.7.2010 – III ZR 249/09, BGHZ 186, 152 Rdnr. 24). So liegt der Fall auch hier.

2. Gemäß Art. 229 § 6 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 4 Satz 1 EGBGB gilt seit dem 1.1.2002 für bis dahin nicht verjährte Schadenersatzansprüche die dreijährige Regelverjährung nach § 195 BGB n.F. Hierbei setzt der Beginn der Frist allerdings das Vorliegen der subjektiven Voraussetzungen des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB voraus, das heißt, der Gläubiger muss von den seinen Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt haben oder seine diesbezügliche Unkenntnis auf grober Fahrlässigkeit beruhen (vgl. nur BGH, Urt. v. 23.1.2007 – XI ZR 44/06, BGHZ 171, 1 Rdnr. 19 ff; v. 20.1.2009 – XI ZR 504/07, BGHZ 179, 260 Rdnr. 46; Senat, Urt. v. 19.11.2009 – III ZR 169/08, BKR 2010, 118 Rdnr. 13; v. 8.7.2010, a.a.O., Rdnr. 25). Für eine dahingehende Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis trägt der Schuldner – hier also der Beklagte – die Darlegungs- und Beweislast (vgl. nur BGH, Urt. v. 23.1.2007, a.a.O., Rdnr. 32; v. 3.6.2008 – XI ZR 319/06, ZIP 2008, 1714 Rdnr. 25; Senat, Urt. v. 8.7.2010, a.a.O.).

3. Geht es um den Vorwurf verschiedener Aufklärungs- oder Beratungsfehler sind die Voraussetzungen des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB getrennt für jede einzelne Pflichtverletzung zu prüfen. **Wird ein Schadenersatzanspruch auf mehrere voneinander abgrenzbare Fehler bzw. offenbarungspflichtige Umstände gestützt, beginnt die Verjährung daher nicht einheitlich**, wenn bezüglich eines Fehlers bzw. Umstands Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis vorliegt und dem Anleger insoweit eine Klage zumutbar wäre. **Vielmehr ist jede Pflichtverletzung verjährungsrechtlich selbstständig zu behandeln.** Dem Gläubiger muss es in einem solchen Fall auch unbenommen bleiben, eine ihm bekannt gewordene Pflichtverletzung – selbst wenn eine darauf gestützte Klage auf Rückabwicklung des Vertrages erfolgsversprechend wäre – hinzunehmen, ohne Gefahr zu laufen, dass deshalb Ansprüche aus weiteren, ihm zunächst aber noch unbekannten Pflichtverletzungen zu verjähren beginnen (vgl. BGH, Urt. v. 9.11.2007 – V ZR 25/07, NJW 2008, 506 Rdnr. 14 ff; v. 23.6.2009 – XI ZR 171/08, BKR 2009, 372 Rdnr. 14; Senat, Urt. v. 19.11.2009, a.a.O., Rdnr. 14 f; v. 22.7.2010 – III ZR 203/09, WM 2010, 1690 Rdnr. 13).

4. Mit diesen Grundsätzen ist die Entscheidung des Berufungsgerichts nicht vereinbar.

a) Entgegen der Auffassung des Oberlandesgerichts liegt kein einheitlicher Beratungsfehler mit einer insoweit einheitlichen Verjährungsfrist vor. Die in den Gründen des angefochtenen Urteils angesprochenen Aspekte des Totalverlustrisikos, der Nachschusspflicht sowie der Verminderung der Gewinnerwartungen im Fall gewinnunabhängig möglicher



Entnahmen wie auch die vom Kläger nach dem Tatbestand des angefochtenen Urteils weiter erhobenen Rügen – u.a. im Zusammenhang mit der Fungibilität der Anlage, dem mangelnden Kapitalzuwachs und den Innenprovisionen – lassen sich nicht unter dem Oberbegriff der „Sicherheit der Anlage“ zu einer Einheit zusammenfassen und insoweit als unselbstständige Bestandteile einer einzigen Pflichtverletzung charakterisieren. Es handelt sich vielmehr um mehrere voneinander abgrenzbare Gesichtspunkte, die gegebenenfalls Gegenstand eigenständiger Aufklärungs- und Beratungspflichten sein können. Die gegenteilige „Gesamtbetrachtung“ des Berufungsgerichts läuft im Ergebnis auch auf eine unzulässige Aushöhlung der zitierten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hinaus.

**b) Danach unterliegen mehrere Aufklärungs- oder Beratungsfehler, auch wenn sie nicht jeweils unterschiedliche eigenständige Schadenfolgen verursacht haben, sondern in demselben Schaden – hier: Erwerb der Kapitalanlage – münden, keiner einheitlichen, mit der Kenntnis vom ersten Fehler beginnenden Verjährung.**

Soweit das Berufungsgericht aus der in den Urteilen vom 9.11.2007 (*Rdnr. 15 f*) und 19.11.2009 (*Rdnr. 15*) erfolgten Bezugnahme auf die frühere Rechtsprechung zu § 852 BGB a.F. ableitet, dass eine neue Verjährungsfrist nur bei Verursachung eines gesonderten, von anderen Fehlern und deren Folgen abgrenzbaren Schadens in Gang gesetzt wird, ist dies unzutreffend. Abgesehen davon, dass sich dieser Schluss aus der früheren Rechtsprechung zu § 852 BGB a.F. nicht ziehen lässt, liegt der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB die gegenteilige Auffassung zugrunde. Mit der in den vom Berufungsgericht angesprochenen Entscheidungen verwandten Formulierung „eigene Schadenfolgen“ sind insoweit nicht (nur) unterschiedliche Schäden gemeint (dass dann, wenn verschiedene Aufklärungs- und Beratungsfehler unterschiedliche Schadenfolgen verursachen, die sich hieraus ergebenden Schadenersatzansprüche auch unterschiedlich verjähren, hätte im Übrigen, weil selbstverständlich, keiner näheren Begründung bedurft); vielmehr wird auch und **gerade der Fall erfasst, dass die Pflichtverletzungen denselben Schaden verursachen, also auch weitere Beratungs- oder Aufklärungsfehler ursächlich für die Anlageentscheidung gewesen sind.** Dies zeigen die in den Urteilen vom 9.11.2007, 23.6. und 19.11.2009 sowie 22.7.2010 erfassten Fallgestaltungen.

Die Verjährung beginnt danach für jeden abgrenzbaren Beratungsfehler gesondert zu laufen, und zwar, wenn der Anleger die Umstände, insbesondere die wirtschaftlichen Zusammenhänge kennt, aus denen sich die jeweilige Rechtspflicht des Beraters oder Vermittlers zur Aufklärung ergibt (*BGH, Urt. v. 9.11.2007, a.a.O., Rdnr. 17; Senat, Urt. v. 19.11.2009, a.a.O., Rdnr. 15*). Die gegenteilige Auffassung des Berufungsgerichts würde vor dem Hintergrund, dass Beratungsfehler im Zusammenhang mit einer Kapitalanlage regelmäßig die im Erwerb der Anlage liegende Schadenfolge verursachen, dazu führen, dass die in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs aufgestellten Grundsätze praktisch leer liefen.

5. Das angefochtene Urteil wird auch nicht von der – letztlich mehr beiläufigen – Bemerkung des Berufungsgerichts getragen, der Zeitpunkt einer eventuellen späteren Kenntnis von weiteren Beratungsfehlern sei im Übrigen nicht substantiiert dargelegt und unter Beweis gestellt. Denn es ist grundsätzlich Sache des Beklagten und nicht des Klägers, die für den Beginn der Verjährungsfrist maßgebenden Tatsachen vorzutragen und zu beweisen (*vgl. nur BGH, Urt. v. 23.1.2007, a.a.O., Rdnr. 32; v. 3.6.2008, a.a.O., Rdnr. 25; Senat, Urt. v. 8.7.2010, a.a.O., Rdnr. 25*).

6. Da das Berufungsgericht keine Feststellungen zu den Voraussetzungen und zur Höhe des geltend gemachten Schadenersatzanspruchs getroffen hat, ist die Sache nicht zur Endentscheidung reif. Sie ist deshalb unter Aufhebung des angefochtenen Urteils an die Vorinstanz zurückzuweisen (§ 563 Abs. 1 und 3 ZPO). ■

## Versicherungsschutz

- Berufshaftpflichtversicherung des Anwalts
  - Leistungsausschluss
  - Wissentliche Pflichtverletzung
  - Pflichtenkenntnis
  - Fundamentalwissen
  - Wahrnehmung von Gerichtsterminen
  - Informationen an Mandanten
- (*OLG Köln, Urt. v. 29.11.2011 – 9 U 75/11*)

### Leitsätze (d. Red.):

1. Im Bereich der anwaltlichen Berufshaftpflichtversicherung kann unterstellt werden, dass der Versicherungsnehmer die geläufigen beruflichen Vorschriften und Pflichten kennt.
2. Aus dem äußeren Geschehensablauf/der Verletzung einer fundamentalen beruflichen Pflicht kann auf eine wissentliche Pflichtverletzung des Versicherungsnehmers geschlossen werden.
3. Die Pflichten, einen Gerichtstermin wahrzunehmen, ein Versäumnisurteil zu verhindern, den Mandanten zu unterrichten und dessen Weisungen einzuholen, gehören zu den Grundpflichten des Anwalts. ■

### Aus den Gründen:

I. Die Klägerin nimmt die Beklagte im Wege der so genannten Einziehungsklage aus gepfändetem und überwiesenem Recht als Berufshaftpflichtversicherer des früheren Rechtsanwalts N. in Anspruch. Diesem ist erstinstanzlich der Streit verkündet worden.

Die Parteien streiten darüber, ob der Deckungsanspruch besteht und ob Leistungsfreiheit der Beklagten wegen wissentlicher Pflichtverletzung des Streitverkündeten anzunehmen ist.

Im Haftungsprozess vor dem Landgericht Potsdam (12 O 291/08) wurde der Streitverkündete durch Versäumnisurteil vom 3.4.2009, und durch Urteil vom 8.9.2009, nach näherer Maßgabe zur Zahlung an die Klägerin verurteilt. Gegenstand des Haftungsprozesses waren anwaltliche Pflichtverletzungen des Streitverkündeten (Rechtsanwalt N.) im Zusammenhang mit der Prozessführung in einem vor dem Amtsgericht Potsdam geführten Rechtsstreit (23 C 165/06), in dem die Klägerin von dem damaligen Treuhänder über das Vermögen ihres ehemaligen Lebensgefährten L. auf Zahlung von 18.000 EUR in Anspruch genommen wurde. Im Ausgangsprozess ging es um Zahlung eines Entschädigungsbetrags für die Errichtung eines Carports nach Beendigung des Mietverhältnisses zwischen der hiesigen Klägerin als Vermieterin und Herrn L. als Mieter. Die hiesige Klägerin hatte behauptet, Herr L. habe eine Zusatzvereinbarung über die Entschädigung (§ 24 des Mietvertrages) nachträglich eigenmächtig in den Mietvertrag eingesetzt.

Im Haftungsprozess gegen den Streitverkündeten ist u.a. Folgendes festgestellt: „Im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Amtsgericht Potsdam vom 24.1.2007 ist ein Beweisbeschluss erlassen worden, wonach die Zeugen L., A. und X. zu der Behauptung des Klägers des Ausgangsprozesses, dass sich im unterschriebenen Mietvertrag bereits die streitentscheidende Klausel befand, gehört werden sollten. Zu diesem Termin erschien auch die damalige Beklagte und hiesige Klägerin sowie ihr damaliger Prozessbevollmächtigte, der Beklagte. Der Zeuge A. bestätigte im Rahmen der Beweisaufnahme, dass das unterschriebene Vertragsexemplar die streitgegenständliche Klausel bereits enthielt. Auch im Fortsetzungstermin vom 25.4.2007 erschien der hiesige Beklagte. Im Rahmen der Beweisaufnahme bestätigte auch der Zeuge L., dass der Mietvertrag bei Unterschriftsleistung vollständig war ...

Die von der damaligen Beklagten und hiesigen Klägerin benannte Zeugin X. war nicht erschienen. Termin zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung und zur Beweisaufnahme wurde daraufhin auf den 10.5.2007 anberaumt. Der Beklagte erschien zu diesem Termin ebenso wie die geladene Zeugin X. nicht. Auf Antrag des Klägersvertreters ist sodann ein erstes Versäumnisurteil gegen die damalige Beklagte und jetzige Klägerin erlassen worden. Gegen das Versäumnisurteil legte der jetzige Beklagte mit Schriftsatz vom 16.5.2007 Einspruch mit der Begründung ein, es habe sich um einen Beweisaufnahmetermin gehandelt, zu dem er nicht habe erscheinen müssen, da es ein Fortsetzungstermin gewesen sei und die Anträge bereits gestellt worden seien. Termin über den Einspruch und Hauptsache wurde hiernach auf den 13.6.2007 anberaumt. Zu diesem wurde der Beklagte ordnungsgemäß geladen. Er ist nicht erschienen.

Im Termin wurde zunächst die Zeugin X. vernommen. Sodann beantragte der damalige Klägersvertreter den Erlass eines zweiten Versäumnisurteils, hilfsweise Aufrechterhaltung des ersten Versäumnisurteils. Das Amtsgericht erließ darauf erneut ein erstes Versäumnisurteil gegen die damalige Beklagte, mit dem das Versäumnisurteil vom 10.5.2007 aufrechterhalten wurde. Gegen dieses Versäumnisurteil legte der

Beklagte am 11.7.2007 Einspruch ein. Termin über den Einspruch und Hauptsache wurde daraufhin auf den 5.9.2007 anberaumt. Zu diesem Termin wurde der Beklagte abermals geladen und er erschien erneut nicht. Hierauf erließ das Amtsgericht ein zweites Versäumnisurteil, das dem Beklagten am 14.9.2007 zugestellt worden ist. Hiergegen wurden keine Rechtsmittel eingelegt. Der Beklagte informierte die Klägerin zu keiner Zeit über den Verfahrensstand ...“

Die Klägerin erfuhr von den Versäumnisurteilen erst, als der Gerichtsvollzieher sich am 25.3.2008 bei ihr meldete. Im Haftungsprozess hielt das Landgericht Potsdam die Klage auf Schadenersatz wegen Schlechterfüllung des Anwaltsvertrages in Höhe von insgesamt 22.469,28 EUR für begründet. Es führte aus, der Beklagte habe seine anwaltlichen Pflichten zum einen dadurch verletzt, dass er insgesamt zu drei Terminen im Ausgangsverfahren trotz ordnungsgemäßer Ladung nicht erschienen sei, so dass gegen die Klägerin Versäumnisurteile ergangen seien, zum anderen, dass er die hiesige Klägerin nicht über den Fortgang des Verfahrens und die Urteile informiert habe.

Der Klägerin sei auch ein kausaler Schaden entstanden. Denn bei ordnungsgemäßer Vertretung im Ausgangsprozess hätte die Klägerin diesen gewonnen. Das Landgericht Potsdam führte u.a. aus, dass die Klage jedenfalls bei ordnungsgemäßer Vertretung der hiesigen Klägerin hätte abgewiesen werden müssen, weil der Kläger im Ausgangsverfahren nicht hinreichend substantiiert dargetan habe, dass die hiesige Klägerin und damalige Beklagte den Rückbau des Carports bereits endgültig verweigert hatte, mit der Folge, dass infolge des einfachen Bestreitens dieser Behauptung durch die damalige Beklagte und hiesige Klägerin die Klage abzuweisen gewesen wäre.

Der Streitverkündete trug im Haftungsprozess vor, dass ein streitiges Urteil dazu geführt hätte, dass festgestellt worden wäre, dass die Klage begründet sei und weitere Kosten entstanden wären.

Zwischen dem Streitverkündeten und der Beklagten bestand eine Berufshaftpflichtversicherung auf Grundlage der AVB-WSR. In § 4 Nr. 5 der Bedingungen ist bestimmt, dass sich der Versicherungsschutz nicht bezieht auf Haftpflichtansprüche wegen Schadenverursachung durch wissentliche Pflichtverletzung.

Die Klägerin erwirkte gegen den Streitverkündeten einen Pfändungs- und Überweisungsbeschluss des AG Potsdam, in dem die Forderungen der Klägerin nach näherer Maßgabe gepfändet und überwiesen wurden.

Im vorliegenden Rechtsstreit hat die Klägerin die Ansicht vertreten, der Streitverkündete habe aus seiner Sicht alles richtig gemacht. Soweit er nicht gesehen habe, dass die Klage im Ausgangsverfahren nach Ansicht des Haftpflichtgerichts hätte abgewiesen werden müssen, sei dies allenfalls fahrlässig.

(Anträge ...)

Die Beklagte hat sich auf den Leistungsausschluss wegen wissentlicher Pflichtverletzung berufen. Zudem bestehe Leistungsfreiheit wegen Obliegenheitsverletzungen sowie wegen Folgeprämienverzugs. Außerdem sei kein Schaden der Klägerin – jedenfalls wie das LG Potsdam festgestellt habe – ersichtlich.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Es hat u.a. ausgeführt, der Klägerin stehe aus dem Deckungsanspruch des Streitverkündeten ein Zahlungsanspruch gegen die Beklagte zu. Ein Deckungsausschluss wegen wissentlicher Pflichtverletzung sei nicht gegeben. Die Beklagte sei insoweit beweisfällig geblieben. Zwar bestehe die Pflicht eines Anwalts, zu jedem Termin zu erscheinen. Die Kammer sei jedoch nicht davon überzeugt, dass der Streitverkündete wissentlich gegen seine Anwaltpflichten verstoßen habe. Es bestehe die nicht fernliegende Möglichkeit, dass der Streitverkündete zwar erkannt habe, dass er grundsätzlich verpflichtet gewesen sei, zu gerichtlichen Terminen zu erscheinen und eine Sache nicht ohne Rücksprache mit seiner Mandantin verlorenzugeben, dass er sich jedoch in einem die wissentliche Pflichtverletzung ausschließenden Rechtsirrtum befunden habe. Von Kardinalpflichten sei zwar vorliegend auch auszugehen. Es habe aber nicht klar auf der Hand gelegen, dass hinsichtlich der Klage ungeachtet der für die Klägerin ungünstig verlaufenden Beweisaufnahme von einer Klageabweisungsreife auszugehen sei.

Die objektive Schadenentstehung durch den Streitverkündeten stehe zwar für das Deckungsverfahren bindend fest, jedoch sei eigenständig zu prüfen, wie die Willensrichtung des Streitverkündeten beschaffen gewesen sei. Die Auffassung des Haftpflichtgerichts habe sich dem Anwalt nicht aufdrängen müssen. Es sei eher zu erwarten gewesen, dass das Amtsgericht die Klage sogleich abgewiesen hätte, wenn es die Rechtslage auch so gesehen hätte. Von daher bleibe unentschieden, ob der konkret denkbare Irrtum des Streitverkündeten, die Sache sei objektiv ohnehin verloren, nur die Frage betreffe, ob seine erkannten Pflichtverstöße schadensursächlich werden würden oder er gedacht habe, eine Pflicht zum Erscheinen bestehe bereits dann nicht, wenn er eine im Ergebnis aussichtslose Sache vertrete. Die übrigen Einwendungen der Beklagtenseite seien neben der Sache.

Hiergegen wendet sich die Beklagte mit der Berufung, mit der sie Rechtsverletzung rügt. Sie macht unter Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrags im Wesentlichen geltend, es bestehe Leistungsfreiheit wegen wissentlicher Pflichtverletzung. Es sei davon auszugehen, dass bei Verstößen gegen Vorschriften, die speziell die berufliche Tätigkeit betreffen, dem Versicherungsnehmer diese Regeln geläufig seien. Hier handele es sich um eine elementare Pflicht. Fehlerhaft sei das Landgericht davon ausgegangen, die Annahme des Anwalts, sein Auftreten sei ohnehin sinnlos, würde eine wissentliche Pflichtverletzung ausschließen. Dass ihm die Pflicht, Gerichtstermine wahrzunehmen, nicht bekannt gewesen sei, werde vom Streitverkündeten selbst nicht geltend gemacht. Das Landgericht habe zutreffend konstatiert, dass auch dann eine wissentliche Pflichtverletzung vorliege, wenn der konkret denkbare Irrtum des Streitverkündeten, die Sache sei

objektiv ohnehin verloren, letztlich nur die Frage betreffe, ob seine als solche erkannten Pflichtverstöße nicht schadensursächlich werden würden.

(Anträge ...)

II. Die in formeller Hinsicht bedenkenfreie Berufung der Beklagten ist begründet.

1. Der Klägerin steht der im Wege der **Einziehungsklage** geltend gemachte Entschädigungsanspruch nach den §§ 1 Abs. 1, 5 Abs. 1 der zwischen dem Streitverkündeten und der Beklagten abgeschlossenen Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung (AVB-WSR – GKA VH 558:1 2003.1) nicht zu.

2. Durch den **Pfändungs- und Überweisungsbeschluss** des Amtsgerichts Potsdam hat der Gläubiger die Einziehungsbefugnis erlangt und kann den Anspruch gegen den Drittschuldner geltend machen (vgl. *Seiler in: Thomas/Putzo, ZPO* 32. Aufl., § 836 Rdnr 3).

3. Der Anspruch des Streitverkündeten gegen die Beklagte ist nach § 4 Nr. 5 AVB-WSR ausgeschlossen. Nach dieser Bestimmung bezieht sich der Versicherungsschutz nicht auf Haftpflichtansprüche wegen Schadenverursachung durch wissentliches Abweichen von Gesetz, Vorschrift, Anweisung oder Bedingung des Auftraggebers oder durch sonstige wissentliche Pflichtverletzung.

Dass das Regelwerk mit dem Leistungsausschluss wegen wissentlicher Pflichtverletzung zwischen dem Streitverkündeten und der Beklagten vereinbart war, hat das Landgericht seiner Entscheidung als unstreitig zugrunde gelegt. Davon hat der Senat auszugehen (§§ 314, 529 Abs.1 Nr.1 ZPO). Die Klägerin hat erstinstanzlich auch nicht geltend gemacht, dass die von der Beklagten eingereichten AVB-WSR nicht Vertragsbestandteil geworden seien. Mit ihrem jetzigen Bestreiten muss die Klägerin an der Novensperre des § 531 Abs. 2 ZPO scheitern.

Dass der Versicherungsschein für den maßgebenden Zeitraum nicht vorgelegt worden ist, ist nicht entscheidend.

a) **Wissentlich** handelt derjenige Versicherungsnehmer, der die verletzen Pflichten positiv kennt. **Es muss feststehen, dass der Versicherungsnehmer die Pflichten gekannt und sich bewusst darüber hinweggesetzt hat** (vgl. *BGH, VersR* 2006, 106; *VersR* 1991, 176; *VersR* 1986, 647; *Senat, VersR* 2009, 250; *Senat, Beschl. v. 12.5.2009 – 9 U 19/09; VersR* 2002, 1371; *OLG Hamm, OLGR* 2000, 9; *OLG Saarbrücken, ZfS* 2008, 219).

b) Aus dem rechtskräftigen Haftpflichturteil ergibt sich eine **Bindungswirkung** hinsichtlich der Pflichtverletzung, soweit es um den Haftungstatbestand geht.

Es handelt sich um eine notwendige Ergänzung des bei der Haftpflichtversicherung geltenden Trennungsprinzips. Danach ist grundsätzlich im Haftungsprozess zu entscheiden,

ob und in welcher Höhe der Versicherungsnehmer dem Geschädigten haftet. Damit wird verhindert, dass die im Haftpflichtprozess getroffene Entscheidung und die zugrunde liegenden Feststellungen im Deckungsprozess erneut infrage gestellt werden können (vgl. BGH, VersR 2011, 203; VersR 2001, 1103; BGHZ 119, 276). Eine Bindung ist auch gegeben, wenn daneben noch andere Pflichtverletzungen bestehen mögen. Der Haftpflichtversicherer darf sich zur Begründung des Leistungsausschlusses nicht auf andere als die **festgestellten Pflichtverletzungen** berufen (BGH, VersR 2011, 203 m.w.N.).

Die Bindungswirkung geht aber nicht weiter, als eine für die Entscheidung im Deckungsprozess maßgebliche Frage sich auch im Haftpflichtprozess nach dem vom Haftpflichtgericht gewählten rechtlichen Begründungsansatz bei objektiv zutreffender rechtlicher Würdigung als entscheidungserheblich erweist, also Voraussetzungsidentität vorliegt. Die **Begrenzung der Bindungswirkung auf die Voraussetzungsidentität** ist insbesondere deshalb geboten, weil der Versicherungsnehmer und der Versicherer keinen Einfluss darauf haben, dass der Haftpflichtrichter überschießende, nicht entscheidungserhebliche Feststellungen oder Rechtsausführungen macht (vgl. BGH, VersR 2011, 203; OLG Saarbrücken, Zfs 2007, 522).

c) Danach ergibt sich aus dem Haftpflichturteil des Landgerichts Potsdam, dass der Streitverkündete zu den Verhandlungs- und Beweisnahmeterminen am 10.5.2007, 13.6.2007 und 5.9.2007 nicht erschienen ist. Ein Rechtsmittel gegen das zweite Versäumnisurteil wurde nicht eingelegt und der Streitverkündete informierte die Klägerin zu keiner Zeit über den Gang des Prozesses. Der Streitverkündete verletzte nach den Feststellungen des Landgerichts Potsdam im Haftungsprozess seine anwaltlichen Pflichten zum einen dadurch, dass er zu insgesamt drei Terminen im Ausgangsverfahren trotz ordnungsgemäßer Ladung nicht erschien und die Mandantin über den Fortgang des Verfahrens und die ergangenen Urteile nicht informierte.

Das Haftpflichtgericht stellte zudem **mit Bindungswirkung** fest, dass durch diese Pflichtverletzungen auch ein **kausaler Schaden** entstanden ist, weil bei ordnungsgemäßer Vertretung im Ausgangsprozess die Klägerin diesen gewonnen hätte.

d) Die Wissentlichkeit, also die Frage des Verschuldens, wird von der Bindungswirkung nicht erfasst. Im Deckungsprozess ist die Wissentlichkeit selbstständig zu beurteilen (vgl. BGH, VersR 1986, 647; OLG Saarbrücken, Zfs 2007, 398; Zfs 2008, 219). **Bei der Bewertung sind die Gesamtumstände des anwaltlichen Mandats, der Inhalt des Pflichtenkreises und die Motivation hinsichtlich des wissentlichen Pflichtverstoßes zu berücksichtigen** (vgl. BGH, VersR 2006, 106; Senat, VersR 2009, 250).

Wie auch im Bereich anderer Berufshaftpflichtversicherungen **ist anzunehmen, dass der Versicherungsnehmer die geläufigen Vorschriften und Pflichten kennt** (vgl. Senat, VersR 1990, 193; VersR 2009, 58; Lücke in: Prölss/Martin, 28. Aufl., zu

BBR Arch A. Nr. 4 Rdnr. 13 ff (S. 1658)). Kenntnis und Wille, die Pflichten nicht zu beachten, sind innere Tatsachen, auf die aufgrund von Indizien geschlossen werden kann. Es gilt zwar nicht der Anscheinsbeweis, aber es **kann aus dem äußeren Geschehen und der Fundamentalität der Pflichtverletzung von einer wissentlichen Pflichtverletzung ausgegangen werden** (vgl. OLG Saarbrücken, Zfs 2007, 522).

Man muss in diesem Zusammenhang vom Versicherungsnehmer – bzw. von der im Rechtsstreit an seine Stelle getretenen Klägerin – verlangen (sekundäre Darlegungslast), dass er bei Verletzung von Elementarwissen plausibel macht und darlegt, aus welchen Gründen es zum Verstoß gekommen ist (vgl. OLG Saarbrücken, Zfs 2007, 522; Zfs 2008, 219; OLG Frankfurt, NVersZ 2000, 439; OLG Hamm, VersR 2000, 483; OLG Köln, VersR 1990, 193; Lücke, a.a.O., Rdnr. 13; Fahrendorf u.a., Die Haftung des Rechtsanwalts 4. Aufl., Rdnr. 2322 f). Danach ist im vorliegenden Fall von einer wissentlichen Verletzung anwaltlicher Pflichten auszugehen.

Die **Pflicht, einen Gerichtstermin wahrzunehmen** und ein Versäumnisurteil zu verhindern, jedenfalls in diesem Zusammenhang Schaden von dem Mandanten abzuwenden, gehört zu den Grundpflichten des Anwalts (vgl. dazu Zugehör u.a., Handbuch der Anwaltshaftung 3. Aufl., Rdnr. 752; OLG Köln, 20. Zivilsenat, VersR 2009, 58). Es handelt sich um eine elementare Berufspflicht.

Vorliegend ist der wissentliche Pflichtenverstoß des Streitverkündeten darin zu sehen, dass er – jedenfalls nach Erlass des ersten Versäumnisurteils – **bewusst seine Mandantin nicht unterrichtet** und eine Weisung eingeholt hat. Er hätte – ohne Rücksprache – auf jeden Fall den Gerichtstermin wahrnehmen müssen, um ein zweites Versäumnisurteil zu vermeiden (vgl. Mennemeyer in: Fahrendorf, a.a.O., Rdnr. 2324 bei Abweichungen von Weisungen des Auftraggebers; vgl. BGH, NJW 2002, 2453 bei Flucht in die Säumnis; vgl. OLG Köln, 20. Zivilsenat, VersR 2009, 58). Über diese fundamentale Pflicht hat er sich bewusst hinweggesetzt. Seine Darlegung der Motivation ist nicht plausibel.

Danach **kommt es nicht darauf an, dass der Streitverkündete hinsichtlich der materiellen Rechtslage des Ausgangsverfahrens eine unrichtige Ansicht vertreten** und gemeint hat, das Amtsgericht hätte nur festgestellt, dass die Klage begründet sei und er müsse in einer aussichtslosen Sache nicht erscheinen. Zudem war diese Einschätzung nach den bindenden Feststellungen des Haftpflichtgerichts auch falsch, denn danach hätte die Klage bei ordnungsgemäßer Vertretung der hiesigen Klägerin abgewiesen werden müssen. Der Streitverkündete hat jedenfalls bewusst die Mandantin nicht informiert und Weisung eingeholt. In einem solchen Fall ist eine wissentliche Pflichtverletzung gegeben.

4. Die Frage, ob Leistungsfreiheit aus anderen Gründen besteht, konnte demnach offenbleiben.

5. Ein Anspruch auf Ersatz von Prozesskosten und Zwangsvollstreckungskosten besteht mangels Deckungspflicht der Beklagten nicht. (...) ■



## Anwaltshaftung

- Akzessorische Haftung des Sozius
- Honoraranspruch
- Auflösungsverschulden, Nichtbearbeitung der Sache
- Fristsetzung
- Kündigung des Treuhandvertrages
- Verrechnung gegenüber Treuhandgeldern  
(*OLG Düsseldorf, Beschl. v. 31.10.2011 – I-24 U 87/11*)

### Leitsätze:

1. Der Sozietätsanwalt haftet für Verbindlichkeiten der als Gesellschaft bürgerlichen Rechts bestehenden Sozietät akzessorisch als Gesellschafter und kann sich auf Einwendungen der Sozietät berufen.

2. Der Rechtsanwalt darf gegen den Anspruch seines Mandanten auf Auszahlung zweckgebundener Fremdgelder mit Honoraransprüchen erst aufrechnen, wenn der Treuhandauftrag erloschen und die Zweckbindung entfallen ist.

3. Kündigt der Mandant das Auftragsverhältnis wegen Untätigkeit des Rechtsanwalts, so verliert dieser seinen Honoraranspruch für bisher Geleistetes, wenn der Mandant ihm zuvor eine Frist zum Tätigwerden gesetzt hatte.

4. Zur Abgrenzung von Geschäftsgebühr und der Gebühr für ein „einfaches Schreiben“. ■

### Aus den Gründen:

Die Berufung des Klägers hat offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg.

I. Das Landgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass die Aufrechnungen mit Ansprüchen auf Honorar bzw. Aufwendungsersatz zulässig gewesen sind und zum Erlöschen des Zahlungsanspruchs mit der unstreitigen Forderung des Klägers auf Rückzahlung des Fremdgeldes in Höhe von 15.264,71 EUR gemäß § 667 i.V.m. §§ 387 ff BGB geführt haben. Die dagegen vorgebrachten Einwendungen des Klägers führen zu keiner anderen Beurteilung.

1. Bislang nicht thematisiert wurde der Umstand, dass der Beklagte lediglich über § 128 HGB auf Zahlung haften würde. Denn Anspruchsgegnerin des Klägers ist die K. & Partner GbR, eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (im Folgenden: GbR), der der Beklagte, wie eine Vielzahl anderer Rechtsanwälte, angehört. Sie war vom Kläger **treuhänderisch mit der Weiterleitung der eingezahlten Gelder an die Miterben beauftragt** worden und nicht der Beklagte persönlich. **Derjenige, der den einer Anwaltssozietät angehörenden Rechtsanwalt beauftragt, schließt im Zweifel mit allen der Sozietät angehörenden Rechtsanwälten einen Anwaltsvertrag ab** (*BGH, NJW 1999, 3040, 3041; OLG Köln, VersR 2007, 1656; Zuehör/Fischer/Sieg/Schlee, Handbuch der Anwaltschaft 2. Aufl., Rdnr. 355 m.w.N.*). Handelt die Anwalts-

sozietät in Form einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, so wird diese gegenüber dem Mandanten berechtigt und verpflichtet.

Es entspricht gefestigter Rechtsprechung, **dass die am Rechtsverkehr teilnehmende GbR (§§ 705 ff BGB) rechtsfähig ist und eigene Rechte und Pflichten begründen kann** (*vgl. nur BGHZ 146, 341; Zöller/Vollkommer, ZPO 28. Aufl., § 50 Rdnr. 18 m.w.N.*). Schuldner des vom Kläger zur Rückzahlung begehrten Fremdgeldes ist mithin die GbR, denn diese hat die Gelder vereinnahmt und auf ihrem Treuhandkonto verwahrt. **Käme man zu einer Haftung der GbR für Zahlungsansprüche des Klägers, so würde der Beklagte lediglich im Rahmen der akzessorischen Gesellschafterhaftung entsprechend § 128 HGB in Anspruch genommen werden können** (*vgl. hierzu auch BGH, NJW 2008, 1378, 1379; OLG Hamm, Urt. v. 28.7.2011 – 5 U 19/11, veröffentlicht bei Juris*).

2. Durch den vom Landgericht rechtsfehlerfrei festgestellten **Widerruf des Treuhandauftrags** durch den Kläger mit Schreiben vom 30.10.2008, der im Übrigen auch nur gegenüber der GbR, an die das Schreiben adressiert war, erklärt wurde, erlosch die treuhänderische Bindung und der Anspruch wandelte sich in einen **Rückzahlungsanspruch** des Klägers gegen die GbR um. Dieser Zahlungsanspruch ist jedoch durch die von der GbR bereits mit Schreiben vom 5.11.2008 erklärten **Aufrechnungen** zuzüglich der bereits gezahlten 8.018,95 EUR, hinsichtlich derer bereits vorgerichtlich Erfüllung eingetreten war und der unstreitigen Rückzahlung von 1.724,43 EUR (*vgl. Schreiben der Beklagten an den Kläger vom 15.12.2008; entsprechend der geänderten Streitwertfestsetzung in dem selbstständigen Beweisverfahren*) erloschen. **Darauf kann sich der Beklagte entsprechend § 129 Abs. 1 HGB berufen.**

3. Entgegen der vom Kläger vertretenen Auffassung war die Aufrechnung der GbR mit den ihr zustehenden Honoraransprüchen zulässig, insbesondere war sie nicht treuwidrig.

**Grundsätzlich ist ein Rechtsanwalt nicht gehindert, sich durch Aufrechnung mit Honoraransprüchen aus nicht zweckgebundenen Fremdgeldern zu befriedigen** (*BGH, NJW 2007, 2640; WM 2003, 92; Senat, Gl aktuell 2010, 47 ff; MDR 2009, 535; OLG Brandenburg, Urt. v. 8.5.2007 – 11 U 68/05, zitiert nach Juris*). Allerdings darf ein fremdnütziger Treuhänder nach ständiger Rechtsprechung gegen den Herausgabeanspruch des Treugebers gemäß §§ 667, 675 BGB regelmäßig nicht mit Gegenforderungen aufrechnen, die ihren Grund nicht in dem Treuhandvertrag haben. **Diese Grundsätze gelten auch für Rechtsanwälte hinsichtlich der von ihnen als Treuhändern empfangenen Fremdgelder** (*Senat, Gl aktuell 2010, 47 ff*). Hier bestand indes – worauf das Landgericht zutreffend hingewiesen hat – aufgrund des am 30.10.2008 erklärten Widerrufs des Treuhandverhältnisses **keine Bindung der GbR mehr, das Geld für den Kläger bis zum Abruf durch die Erbengemeinschaft (im Folgenden: Erben) zu verwalten**. Denn diese Bindung war durch den Widerruf des Klägers nachträglich weggefallen (*vgl. hierzu auch Gerold/Schmidt/Madert, RVG 19. Aufl., § 1 Rdnr. 233*).



Zudem waren die Gelder von den Erben, für die sie vom Kläger der GbR treuhänderisch überlassen worden waren, nicht abgerufen worden. Das Schreiben des Herrn L. vom 15.1.2009, aus dem sich das Gegenteil ergeben soll, ist insoweit unergiebig. Außerdem wurde es erst 2,5 Monate nach dem Widerruf des Treuhandauftrags erstellt, weshalb die GbR zu diesem Zeitpunkt ohnehin zur Auszahlung nicht mehr berechtigt gewesen wäre. Ein Verstoß der GbR gegen § 4 Abs. 2 BORA ist somit weder dargelegt noch ersichtlich, weshalb ein vertragswidriges Verhalten nicht feststellbar ist.

Entsprechendes gilt für das Vorbringen des Klägers, der Beklagte habe sich „**arglistig**“ eine **Verrechnungsmöglichkeit geschaffen**. Abgesehen davon, dass die Aufrechnungen aus den vorgenannten Gründen lediglich von der GbR erklärt werden konnten, sind Anhaltspunkte für ein „arglistiges“ Verhalten des (für die GbR handelnden) Beklagten ebenfalls weder dargelegt noch ersichtlich.

Ohne Belang ist, ob der Kläger mit der Befriedigung der Erben einen gegen ihn gerichteten Anspruch erfüllen wollte oder ob er hiermit für die Erbengemeinschaft handelte. Denn unstreitig war er als Verwalter der Erbengemeinschaft befugt, für diese im eigenen Namen zu handeln (vgl. die umfassende Vollmacht vom 25.5.2003) und infolgedessen auch berechtigt, die treuhänderische Bindung der eingezahlten Gelder zu widerrufen und – wie es auch erfolgt ist – Zahlung an sich und auf ein eigenes Konto zu verlangen. **Der vom Kläger so geschaffene Auszahlungsanspruch an sich stand mit den Honoraransprüchen im Gegenseitigkeitsverhältnis gemäß § 387 BGB.** Denn die GbR schuldete dem Kläger Auszahlung und der Kläger schuldete der GbR Honorar, wie im Nachfolgenden noch auszuführen ist.

4. Der Zahlungsanspruch des Klägers in Höhe von 15.264,71 EUR ist vollständig durch die Aufrechnung mit Honoraransprüchen der GbR erloschen, weshalb kein Betrag verbleibt, für den der Beklagte in entsprechender Anwendung des § 128 HGB haften würde.

Es ergibt sich folgende Abrechnung:

Auszahlungsbetrag	15.264,71 EUR
./. Zahlung nach Abrechnungsschreiben vom 5.11.2008	8.018,95 EUR
./. Zahlung nach Abrechnung vom 15.12.2008	1.724,43 EUR
verbleiben als Zwischensumme	5.521,33 EUR
unstreitig: ./.. Honorar i.S. Mieterhöhung H.	120,67 EUR
Zwischensumme	5.400,66 EUR
./. von der GbR verauslagte Gerichtskosten	750,00 EUR
./. Honorar selbstständiges Beweisverfahren (Rechnung vom 15.12.2008)	1.869,37 EUR
./. Honorar i.S. Kläger ./.. H. und L.	562,63 EUR
./. Honorar i.S. Auseinandersetzung L.	1.683,16 EUR
./. Honorar i.S. Kläger ./.. C.	535,50 EUR
verbleiben	0,00 EUR

(...) c) Weiterhin war die GbR berechtigt, das Honorar für die Tätigkeit im Rahmen des selbstständigen Beweisverfahrens vor dem Landgericht Mönchengladbach (3 OH 17/07) mit 1.869,37 EUR abzurechnen.

Die Höhe der Honorarforderung steht zwischen den Parteien auch nicht im Streit.

Soweit der Kläger meint, den für die GbR handelnden Beklagten treffe ein Auflösungsverschulden gemäß § 628 Abs. 1 Satz 2 BGB, weil er das Verfahren nicht ordnungsgemäß betrieben habe und deshalb die Kündigung erforderlich geworden sei, was wiederum die anschließende Einschaltung neuer anwaltlicher Bevollmächtigter notwendig gemacht habe und er deshalb Honoraransprüchen in entsprechender Höhe ausgesetzt sei, so folgt der Senat ihm nicht. Das Verhalten des Beklagten genügt nicht, ein vertragswidriges Verhalten, das einem Kündigungsgrund i.S.v. § 626 BGB gleichkommt, anzunehmen.

**Gemäß § 628 Abs. 1 Satz 2 2. Alt BGB verliert der Rechtsanwalt seinen Honoraranspruch, wenn er durch sein schuldhaft vertragswidriges Verhalten einen wichtigen Grund für die Kündigung des Mandanten gesetzt hat (so genanntes Auflösungsverschulden)** und wenn seine bisherigen Leistungen für den Mandanten ohne Interesse sind, etwa weil er wegen der Beendigung des Erstmandats einen anderen Rechtsanwalt beauftragen musste und im Zweitmandat dieselben Gebühren noch einmal angefallen sind (vgl. BGH, NJW 1995, 1954 = MDR 1995, 854; Senat, OLGR Düsseldorf 2001, 233; 2007, 325; MDR 2011, 824). Da dies die Ausnahme von der Regel ist, trägt der Mandant die **Darlegungs- und Beweislast** für die Tatsachen, die zur Kürzung oder zum Wegfall des Honoraranspruchs führen sollen (BGH, NJW 1982, 437, 438; 1997, 188; Senat, OLGR Düsseldorf 2007, 325; FamRZ 2009, 2029 f).

Ein wichtiger Grund für die vom Kläger erklärte Mandatskündigung lag hingegen nicht vor. Zwar kann die Unzuverlässigkeit des Vertragspartners eine weitere Bindung an den Vertrag unzumutbar machen (vgl. BGH, NJW 1995, 1954). Sie muss aber nachhaltig und deshalb schwerwiegend sein. Soweit der Kläger der GbR hier eine zögerliche Mandatsbearbeitung vorwirft, ist hierfür allenfalls der Zeitraum nach dem 23.7.2008 relevant, zu dem die Parteien einen Gesprächstermin durchgeführt hatten. Die dabei getroffene Übereinkunft zur Beantragung der Anhörung des Sachverständigen hat der Beklagte dem Landgericht im Schriftsatz vom 28.7.2008 mitgeteilt, die zu stellenden Fragen indes noch nicht formuliert. In der Folgezeit hat der Bevollmächtigte der Gegenseite, Rechtsanwalt E., eine Stellungnahme zunächst bis zum 11.8.2008 angekündigt, dann jedoch eine Verlängerung der Stellungnahmefrist bis zum 25.8.2008 erbeten. Da die Weiterleitung von Schriftsätzen erfahrungsgemäß – je nach Belastung der Geschäftsstellen – einige Tage in Anspruch nehmen kann, durfte der Beklagte jedenfalls bis Anfang September 2008 zuwarten, bis er tätig wurde. Denn im Hinblick auf die angekündigte Stellungnahme der Gegenseite machte es durchaus Sinn, diese zunächst abzuwarten, da deren Inhalt bei einem zu fertigenden Schriftsatz hätte Berücksichtigung finden können.

Der Beklagte hat sich jedoch **vertragswidrig verhalten**, als er die Sache seit September 2008 (bis zur Mandatskündigung am 30.10.2008) **nicht weiterbetrieben und die Sachstands-**

**anfrage des Klägers vom 10.9.2008 unbeantwortet gelassen hat.** Dieses Verhalten erfüllt indes noch nicht die Voraussetzungen eines wichtigen Grundes gemäß § 626 BGB, der für ein Auflösungsverurteilen nach § 628 Abs. 1 Satz 2 BGB erforderlich ist (vgl. *nur Palandt/Weidenkaff, BGB 70. Aufl., § 628 Rdnr. 6 m.w.N.*). **Bleibt der Dienstverpflichtete untätig, so ist ein wichtiger Grund regelmäßig nur dann gegeben, wenn diese Untätigkeit beharrlich, d.h. nachhaltig vorsätzlich ist** (vgl. *hierzu ebenfalls Palandt/Weidenkaff, a.a.O., § 626 Rdnr. 44 m.w.N.*). Zudem ist hier zu berücksichtigen, dass nicht nur das Verhalten des für die GbR handelnden Beklagten zu den Verzögerungen geführt haben, sondern die Sache auch keine besondere Eilbedürftigkeit aufwies.

**Zudem hätte der Kläger gemäß § 314 Abs. 2 BGB die GbR unter Fristsetzung zum Tätigwerden auffordern müssen, bevor er das Mandatsverhältnis mit den von ihm gewünschten Kostenfolgen des § 628 Abs. 1 Satz 2 BGB beendet** (vgl. *insoweit auch OLG Hamm, Urt. v. 4.9.2009 – 12 U 129/09, zitiert nach Juris*). Diese Voraussetzungen erfüllt das Schreiben des Klägers vom 10.9.2008 nicht. Soweit der Kläger behauptet, er habe auch mündliche Nachfragen gehalten, ist dieses Vorbringen nicht hinreichend spezifiziert worden. Es kann deshalb nicht festgestellt werden, dass es die Voraussetzungen des § 314 Abs. 2 BGB erfüllt. (...)

e) Der GbR stand auch ein Honoraranspruch für ihre Tätigkeit im Rahmen der Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft in Höhe von 1.683,16 EUR zu. Selbst wenn man mit dem Kläger davon ausgeht, dass er dem Beklagten die maßgeblichen Zahlen vorgegeben habe, so handelt es sich gleichwohl bei dem für den Kläger von der GbR verfassten Schreiben vom 25.4.2006 **nicht um ein „einfaches Schreiben“, welches nach Nr. 2302 VV-RVG nur eine 0,3-Gebühr rechtfertigen würde.** Der für die GbR tätige Beklagte war vielmehr gehalten, den Sachverhalt hinsichtlich der vom Kläger erteilten **Informationen zu überprüfen** und in das Angebot einzuarbeiten. Dies war schon deshalb erforderlich, weil die GbR für eventuelle Fehler haftungsmäßig hätte eintreten müssen. Es kann deshalb keine Rede davon sein, dass der Beklagte für den Kläger **nur als „Bote“ agiert** habe. Die GbR hat im Übrigen dem Umstand, dass der Kläger Informationen vorgegeben hatte und der juristische Sachverhalt allenfalls eine durchschnittliche Schwierigkeit aufwies, bereits dadurch Rechnung getragen, indem sie die im Rahmen von 0,5 bis 2,5 zu bemessende Gebühr mit 1,0, also im unteren Bereich des mittleren Rahmens von 1,3 angesetzt hat. Die Gebühr von 0,5 kommt ohnehin nur in Betracht, wenn es sich um eine „denkbar einfachste außergerichtliche Anwaltstätigkeit“ handelt (vgl. *nur Gerold/Schmidt/Mayer, RVG 19. Aufl., 2300, 2301 VV Rdnr. 26*). Hiervon kann im entscheidenden Fall nicht ausgegangen werden.

Soweit der Kläger in einer eventuellen Erwartung enttäuscht wurde, die GbR werde ein Honorar für dieses Schreiben aus Kulanz nicht berechnen, so hat dies auf die sachliche Berechtigung der Forderung keinen Einfluss. Das Landgericht hat bereits zutreffend darauf hingewiesen, dass der Kläger die anwaltliche Tätigkeit nur gegen die Zahlung von Honorar erwarten durfte. (...) ■

## Steuerberaterhaftung

- Insolvenzzrechtliche Beratung?
  - Bilanzielle Überschuldung
  - Sanierungsgespräche
  - Wirtschaftsberatung
- (*OLG Celle, Urt. v. 6.4.2011 – 3 U 190/10*)

### Leitsatz:

Ein Steuerberater ist zur Beratung in wirtschaftlichen Angelegenheiten nur aufgrund eines gesonderten Auftrags verpflichtet. Beteiligt er sich aber an Gesprächen über die Frage der ggf. eingetretenen insolvenzrechtlich relevanten Überschuldung einer von ihm steuerlich beratenen Gesellschaft, die auf der Grundlage der von ihm erstellten Bilanzen bzw. betriebswirtschaftlichen Auswertungen geführt werden, muss ein von ihm erteilter Rat zutreffen. Ohne Erstellung eines gesondert in Auftrag zu gebenden Insolvenzzstatus wird er aber nicht zuverlässig feststellen können, ob eine Gesellschaft tatsächlich im insolvenzrechtlichen Sinn überschuldet ist. Ob er verpflichtet ist, die Erstellung eines solchen Status zu empfehlen, richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls.

### Leitsatz (d. Red.):

Der Steuerberatungsvertrag mit einer GmbH stellt regelmäßig keinen Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten des GmbH-Geschäftsführers dar. ■

### Aus den Gründen:

I. Der Kläger, Insolvenzverwalter über das Vermögen der Gebrüder P. GmbH (im Folgenden: Schuldnerin, Insolvenzzschuldnerin oder GmbH) nimmt den Beklagten aus eigenem und gepfändetem Recht der Geschäftsführer der Schuldnerin aus einem steuerlichen Mandat auf Schadenersatz in Anspruch.

Die Schuldnerin betrieb einen Blumeneinzelgroßhandel in angemieteten Räumlichkeiten, wobei sie Betriebsstätten in O. und in R. unterhielt. Ihre Geschäftsführer, die aus den Niederlanden stammenden Zeugen R.P. und H.P., waren zugleich Gesellschafter der Gebrüder P. GbR (im Folgenden nur: GbR), die Eigentümerin des von der Schuldnerin zum Preis von 6.650 EUR monatlich angemieteten Betriebsgrundstücks in O. war. Dort hatte die GbR im Jahr 2000 einen Neubau errichten lassen, für den sie staatliche Förderung in Anspruch genommen hatte. Für die für den Erwerb des Grundstücks aufgenommenen Kredite, die sie mit den monatlichen Mietzahlungen in Höhe von 6.650 EUR der Schuldnerin bedienten, hafteten die Brüder P. als Gesamtschuldner.

Der Beklagte war der Steuerberater sowohl der GmbH als auch der GbR. Neben der laufenden Beratung in steuerlichen Angelegenheiten erstellte er für die GmbH die Bilanzen, die betriebswirtschaftlichen Auswertungen sowie die Summen und Saldenlisten.

Anders als die Betriebsstätte in R. wirtschaftete diejenige in O. defizitär. Aus der von dem Beklagten Mitte 2005 erstellten Bilanz für das Jahr 2004 ergab sich ein Fehlbetrag von rund 500.000 EUR. Die mit dem Abschluss der Buchungen für den Monat Dezember 2005 erstellte konsolidierte betriebswirtschaftliche Auswertung für das Jahr 2005, die im Januar 2006 vorlag, ergab für das Jahr 2005 eine bilanzielle Überschuldung von 170.000 EUR bis 180.000 EUR. Der Geschäftsbetrieb in O. wurde Ende 2005 eingestellt und das Gewerbe abgemeldet. Die Schuldnerin zahlte gleichwohl den für die Betriebsstelle anfallenden Mietzins bis einschließlich Juni 2006 weiter an die GbR (insgesamt 39.900 EUR), wobei zwischen den Parteien streitig ist, ob dies auf Rat des Beklagten hin geschah.

Am 25.1.2006 kam es zu einem Gespräch zwischen den Zeugen R.P. und H.P. und dem Zeugen W., Mitarbeiter der X. Bank, der Hausbank der Schuldnerin, an dem auch die bei der GmbH beschäftigte Zeugin B. sowie der Beklagte teilnahmen. Der Inhalt des Gesprächs ist im Einzelnen streitig.

Auf Anraten des Mitte Juni 2006 von der Schuldnerin beauftragten Rechtsanwalts G. stellte der Zeuge R.P. am 26.7.2006 für die GmbH Insolvenzantrag. Der Kläger als Insolvenzverwalter nahm in der Folge in einem vor dem Landgericht Bückeburg geführten Vorprozess (= Beiaktenverfahren, Az. 2 O 239/08 oder nur BA) die Zeugen R.P. und H.P. persönlich als Geschäftsführer der Schuldnerin auf Rückzahlung der bis einschließlich Juni 2006 an die GbR geflossenen Mietzahlungen in Anspruch und erstritt nach Beweisaufnahme am 1.9.2009 ein obsiegendes Urteil. Gegenstand der Beweisaufnahme, bei der der Beklagte und die Mitarbeiterin B. als Zeugen vernommen wurden, waren der Inhalt des Gesprächs vom 25.1.2006 und die Frage, ob der jetzige Beklagte und damalige Zeuge gegenüber den Zeugen R.P. und H.P. erklärt hat, ein Insolvenzantrag sei mangels Überschuldung der Gesellschaft nicht erforderlich. (...)

Das Landgericht sah im Vorprozess einen Anspruch des Klägers gegenüber den damaligen Beklagten (und jetzigen Zeugen) H.P. und R.P. auf Rückzahlung der Mietzahlungen in Höhe von 39.900 EUR gemäß § 64 Abs. 2 GmbHG a.F. als gegeben an. Die Geschäftsführer der GmbH seien zum Ersatz von Zahlungen verpflichtet, die nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder nach Feststellung der Überschuldung geleistet worden seien, sofern diese Zahlungen mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns unvereinbar seien. Die Schuldnerin sei bereits Ende 2005 überschuldet gewesen. Daran änderten auch Eigenkapital ersetzende Darlehen der Zeugen P. nichts. Einen Rangrücktritt mit der Wirkung, dass die Forderungen nur aus Jahresüberschüssen, aus Liquiditätsüberschüssen oder sonstigem Aktivvermögen der Schuldnerin beglichen werden sollten, habe es nicht gegeben. Ein schuldhaftes Verhalten der Geschäftsführer liege vor, wenn sie bei Anhaltspunkten für eine Krise der Gesellschaft nicht für die Aufstellung eines Vermögensstatus und eine Feststellung der Überschuldung sorgten, obwohl ihnen bekannt gewesen sei, dass Ende 2005 eine bilanzielle Überschuldung vorgelegen habe. Die weiter geflossenen Mietzahlungen

hätten dazu gedient, die GbR ihrerseits in die Lage zu versetzen, ihre Darlehensverbindlichkeiten für den Erwerb des Betriebsgeländes bedienen zu können. (...)

Die Zeugen P. haben die Leistung, zu der sie verurteilt worden sind, bislang noch nicht erbracht. Pfändungsversuche sind erfolglos geblieben.

Der Kläger nimmt nunmehr den Beklagten auf Ersatz der an die GbR geflossenen Mietzahlungen in Höhe von 39.900 EUR auf Schadenersatz in Anspruch. Er hat die Auffassung vertreten, der Beklagte habe seine gegenüber der Schuldnerin bestehenden Pflichten nicht erfüllt, denn er habe sie im Januar 2006 nicht auf das Erfordernis, Insolvenzantrag zu stellen, aufmerksam gemacht. Außerdem stehe den Zeugen P. ein Schadenersatzanspruch aus einem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter zu. Ferner hafte der Beklagte aus unerlaubter Handlung aufgrund Beihilfe zur Insolvenzverschleppung. Bereits Mitte 2005 hätte der Beklagte erkennen müssen, dass sich die Schuldnerin in der Krise befunden habe. Nach Feststellung der bilanziellen Überschuldung hätte er die Brüder P. auf ihre Pflicht, einen Insolvenzantrag zu stellen, hinweisen müssen. Stattdessen habe der Beklagte – so hat der Kläger behauptet – ausdrücklich erklärt, ein Insolvenzantrag müsse nicht gestellt werden. Diesen Vortrag hat der Kläger später dahin berichtigt, der Kläger [gemeint ist der Beklagte] habe nicht explizit gesagt, ein Insolvenzantrag müsse nicht gestellt werden, sondern er habe den Brüdern P. vielmehr bedeutet, „alles sei gut“ und „man könne weitermachen“. Tatsächlich – so die Auffassung des Klägers – hätte der Beklagte eine Überschuldungsbilanz erstellen und eine Fortbestehensprognose abgeben müssen, auch wenn unstreitig ein entsprechender Auftrag nicht erteilt worden sei. Ein detailliertes schriftliches Konzept habe er aber weder den Zeugen P. noch der Bank vorgelegt.

Am 25.1.2006 sei – wie der Kläger behauptet hat – nicht über die bilanzielle Überschuldung oder eine sich daraus ableitende Antragspflicht gesprochen worden, vielmehr sei es allein um die Schließung des Standorts in O. gegangen. Ein Hinweis des Beklagten, dass die Mieten für das Objekt in O. nicht mehr hätten gezahlt werden dürfen, sei unterblieben. Im Gegenteil seien die Mieten auf Anraten des Beklagten weitergezahlt worden. Auf ausdrückliche Nachfrage der Zeugin B. Anfang 2006, warum man denn immer noch die Mieten für den Standort O. zahle, habe der Beklagte erklärt, dies müsse weiterlaufen um die Forderungen der X. Bank zu bedienen, denn sonst wäre „noch eher Schluss“. Auf Frage der Zeugin B., ob man insolvent sei, habe der Beklagte geantwortet: „Nein, Ihr seid ja nicht überschuldet, Ihr habt doch die Gebäude und die Mieteinnahmen.“ Der Beklagte habe überdies von einer vorzeitigen Schließung des Standorts in O. abgeraten, weil man sonst Fördermittel zurückzahlen müsse, was man angesichts der finanziellen Situation nicht könne. Dies sei jedoch tatsächlich unzutreffend gewesen.

Der Beklagte habe die Brüder P. Anfang Januar 2006 schließlich auch nicht auf die Notwendigkeit, die Überschuldungssituation der Schuldnerin durch eine persönliche Haftungs-

übernahme durch die Zeugen P. zu beseitigen, aufmerksam gemacht. Erstmals am 25.4.2006 habe der Beklagte auf die Überschuldung hingewiesen, gleichwohl aber dazu geraten, den Betrieb fortzuführen, weil „alles gut sei“. Eine Schuldübernahme habe erst ein Ende Mai/Anfang Juni von dem Beklagten erstelltes Sanierungskonzept vorgesehen. Der Beklagte habe jedoch gewusst, dass die Zeugen P. bereits ihr gesamtes Vermögen in das Unternehmen gesteckt hätten und daher die finanziellen Mittel ohnehin nicht gehabt hätten.

Auch wenn ein expliziter Auftrag nicht erteilt worden sei, habe sich der Beklagte – so hat der Kläger gemeint – als Wirtschafts- bzw. Sanierungsberater betätigt und Verhandlungen mit dem Großgläubiger, der X. Bank, geführt. Anwaltlichen Rat habe die GmbH in dieser Angelegenheit nicht bzw. erst später eingeholt.

(Anträge ...)

Der Beklagte hat die Aktivlegitimation des Klägers bestritten und eine Pflichtverletzung in Abrede genommen. Die bilanzielle Überschuldung der GmbH sei den Zeugen P. bestens bekannt gewesen. Aufgrund der aufgetretenen Verluste in O. habe der Beklagte empfohlen, die Betriebsstätte so schnell wie möglich zu schließen. In der damaligen Situation Ende 2005/Anfang 2006 seien die Zeugen P. außerdem zusätzlich durch gesellschaftsrechtlich und insolvenzrechtlich spezialisierte Rechtsanwälte (Fachanwalt für Insolvenzrecht, Fachanwalt für Gesellschaftsrecht u.a.) beraten worden. Zur Abwendung der Insolvenz sei die Übernahme von Verbindlichkeiten durch die Geschäftsführer P. infrage gekommen. Aus diesem Grund hätten die Zeugen P. versucht, unter Beteiligung der eingeschalteten Anwälte eine Einigung mit der X. Bank herbeizuführen.

Der Beklagte habe seit Anfang 2006 stets darauf hingewiesen, dass die Überschuldungssituation bei der GmbH durch die persönliche Haftungsübernahme der Zeugen P. beseitigt werden müsse, wenn die GmbH fortgeführt werden solle. Bei dem Gespräch vom 25.1.2006 habe der Beklagte die bilanzielle Situation der Gesellschaft aufgezeigt, die sich aus der Buchhaltung ergebenden Gründe für die Entwicklung erläutert und darauf hingewiesen, dass in Anbetracht der Krisensituation aufgrund der Überschuldung der GmbH eine Sanierung erfolgen und anderenfalls Insolvenzantrag gestellt werden müsse. Ferner sei die Schuldübernahme durch die Zeugen P. zur Beseitigung der Überschuldung ausdrücklich erörtert worden. Die Zeugen P. hätten jedoch an der Übernahme der Verbindlichkeiten kein Interesse gehabt. Die Schulden seien vor allem durch die hohe Miete für das unrentable Objekt in O. entstanden, weil die Darlehen über die Miete hätten refinanziert werden sollen.

Das Landgericht hat Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugen ... (...). Es hat daraufhin der Klage in vollem Umfang stattgegeben und zur Begründung ausgeführt, dem Kläger stehe gegen den Beklagten ein Schadenersatzanspruch aus vertraglicher Haftung wegen Verletzung einer Nebenpflicht gemäß § 280 Abs. 1, § 242 BGB zu. Zwischen der Schuld-

nerin und dem Beklagten habe ein Steuerberatungsvertrag gemäß § 611 BGB bestanden, in dessen Rahmen der Beklagte die Rechtsgüter der Gesellschaft zu wahren gehabt habe. Diese Nebenpflicht habe er verletzt. Zwar habe ein Steuerberater nicht die Pflicht, die Geschäftsführer einer GmbH auf die Verpflichtung zur Insolvenzanmeldung hinzuweisen, wenn diesen die bilanzielle Überschuldung der Gesellschaft positiv bekannt sei. Der Beklagte habe jedoch aktiv dazu beigetragen, dass die Zeugen P. den Insolvenzantrag nicht bereits am 25.1., sondern erst am 26.7.2006 gestellt hätten.

Zwar sei er nicht ausdrücklich mit der wirtschaftlichen Beratung der Schuldnerin beauftragt worden, tatsächlich habe er jedoch Wege aus der Krise aufgezeigt. Dies habe die Beweisaufnahme ergeben. Hiernach habe der Beklagte nach Einstellung des Betriebs in O. u.a. erklärt, die Mieten müssten weitergezahlt werden. Damit habe er entscheidend dazu beigetragen, dass die GmbH fortgeführt worden sei, ebenso durch Antworten wie: „Was willst Du denn machen, Du musst ja weitermachen“, gegenüber dem Zeugen R.P. Das Wort „Insolvenz“ habe der Beklagte – wie der Zeuge R.P. erklärt habe – den Zeugen P. gegenüber nicht in den Mund genommen. Die Zeugen P. hätten ohne das Zutun des Beklagten auch bereits zu einem früheren Zeitpunkt den Insolvenzeröffnungsantrag gestellt. Hierdurch sei der Schuldnerin ein Schaden entstanden. Bei zutreffender Beratung hätten sie bei Einstellung des Betriebs in O. die Miete nicht mehr weitergezahlt. (...)

Hiergegen wendet sich der Beklagte mit der Berufung, mit der er seinen erstinstanzlichen Klageabweisungsantrag weiterverfolgt. Er wiederholt und vertieft sein erstinstanzliches Vorgehen und greift vor allem die vom Landgericht vorgenommene Beweiswürdigung an. Er vertritt zudem die Auffassung, ein Steuerberater sei nicht verpflichtet, den Geschäftsführer einer GmbH darüber aufzuklären, dass eine Insolvenz für die Gesellschaft infolge Überschuldung unmittelbar drohe, oder zur Klärung dieser Frage eine Überschuldungsbilanz aufzustellen und darauf hinzuweisen, dass bei Feststellung der Überschuldung das Insolvenzverfahren zu beantragen sei. Dazu sei vielmehr der Geschäftsführer einer GmbH originär selbst verpflichtet.

Die Zeugen P. hätten den Jahresabschluss 2004 und den nicht durch Eigenkapital gedeckten Fehlbetrag von rund 500.000 EUR gekannt und dies mit ihren juristischen Beratern – Rechtsanwälte W. und G. unabhängig von dem später eingeschalteten Rechtsanwalt G. – erörtert. Die Beweisaufnahme habe ergeben, dass anlässlich der Besprechung vom 25.1.2006, bei der die betriebswirtschaftliche Auswertung für das Jahr 2005 vorgelegen habe, der Beklagte keine Empfehlung abgegeben, keine Lösungsmöglichkeit aufgezeigt und keine Entscheidung getroffen habe. Die Erklärung der Zeugin B., der Beklagte habe dazu geraten, die Mieten weiterzuzahlen, sei falsch. Soweit die Mieten tatsächlich geflossen seien, habe dies auf nicht gekündigten Daueraufträgen beruht. (...)

(Anträge...)



II. Die Berufung des Beklagten ist begründet.

1. Der Kläger hat aus eigenem Recht der Schuldnerin (vgl. § 80 InsO) gegen den Beklagten keinen Anspruch gemäß § 280 Abs. 1 BGB i.V.m. §§ 611, 675 BGB. Dem Beklagten kann insoweit bereits keine Verletzung einer der Schuldnerin gegenüber bestehenden Pflicht aus dem Steuerberatungsvertrag vorgeworfen werden.

a) **Zweck der Steuerberatung** ist es, dem Auftraggeber fehlende Sach und Rechtskunde auf diesem Gebiet zu ersetzen. Die pflichtgemäße Steuerberatung verlangt daher sachgerechte Hinweise über die Art, die Größe und die mögliche Höhe eines Steuerrisikos, um den Auftraggeber in die Lage zu versetzen, eigenverantwortlich seine Rechte und Interessen zu wahren und Fehlentscheidungen zu vermeiden (BGH, Urt. v. 15.11.2007 – IX ZR 34/04). Welche konkreten Pflichten daraus abzuleiten sind, richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls (BGHZ 129, 386, 396).

Zu Tätigkeiten außerhalb des Berufsbildes des Steuerberaters gehört grundsätzlich die **Wirtschaftsberatung** gemäß § 57 Abs. 3 Nr. 3 StBerG, zu der dieser aber grundsätzlich befugt ist (Gräfe/Lenzen/Schmeer, Steuerberaterhaftung 4. Aufl., Rdnr. 86). Dem Steuerberater erteilte Sonderaufträge hat indes der Mandant darzulegen und zu beweisen, denn grundsätzlich ist der Steuerberater nur zur steuerlichen Beratung verpflichtet.

b) Unstreitig war der Beklagte im Verhältnis zur Schuldnerin insbesondere **mit der Erstellung der Bilanzen sowie der betriebswirtschaftlichen Auswertungen und Summen und Saldenlisten, aber auch mit der steuerlichen Beratung im Allgemeinen betraut**.

Vorliegend wirft der Kläger dem Beklagten keinen Fehler im steuerrechtlichen Bereich vor, sondern eine unzureichende Beratung in wirtschaftlicher Hinsicht. Dabei geht es in erster Linie um die Frage, **ob und wann aufgrund der eingetretenen Überschuldung der GmbH ein Insolvenzantrag gestellt werden musste und ob der Beklagte den Geschäftsführern und Zeugen P. im Januar dazu hätte raten müssen**. Dazu war der Beklagte aufgrund des bestehenden Steuerberatungsmandats **nicht** originär berufen. Der Hinweis auf eine Überschuldung und ein einzuleitendes Insolvenzverfahren betrifft vor allem die allgemeine wirtschaftliche Betreuung und hat mit der Steuerberatung als solcher nicht mehr unmittelbar etwas zu tun. **Ein Mandat zur wirtschaftlichen Betreuung der Schuldnerin hatte der Beklagte jedoch nicht**. Ebenso wenig ist er angesichts der schlechten Ergebnisse der Schuldnerin mit der Erstellung einer Überschuldungsbilanz, einer Sanierungsberatung oder der Entwicklung eines Sanierungskonzepts beauftragt worden.

Allerdings hat der Beklagte angesichts der bestehenden, sich aus der bilanziellen Überschuldung ergebenden Krise der Schuldnerin an Gesprächen mit der Hauptgläubigerin, der X. Bank, teilgenommen. Soweit er in diesem Zusammenhang beraten hat, muss dies richtig sein. Denn wird ein Steuerberater **im Zusammenhang mit einer drohenden Insolvenz**

**eines Unternehmens um Rat angegangen und erteilt er einen solchen, muss er** – wie das Landgericht zu Recht angenommen hat – **dafür einstehen**. Dies muss auch dann gelten, wenn der Steuerberater in wirtschaftliche Sachverhalte mit einbezogen und er insoweit aktiv tätig wird, ohne dass es einen ausdrücklichen Auftrag gibt.

c) **Zunächst ist es aber originäre Aufgabe der Geschäftsführer einer GmbH selbst**, gemäß §§ 63, 64 GmbHG a.F. eine etwaige Überschuldung des Unternehmens im Auge zu behalten und rechtzeitig Insolvenzantrag zu stellen (vgl. OLG Schleswig, Urt. v. 28.5.1993 – 10 U 13/92, Gl 1993, 373 ff). Gleichwohl liegt es nahe, dass der mit der Erstellung der Bilanz bzw. der betriebswirtschaftlichen Auswertungen beauftragte Steuerberater – jedenfalls bei einem umfassenden Beratungsvertrag – den Mandanten auch ungefragt auf eine bilanzielle Überschuldung hinweisen und die Prüfung der etwaigen Überschuldung gemäß §§ 63, 64 GmbHG (a.F.) anregen muss (Gräfe/Lenzen/Schmeer, a.a.O., Rdnr. 291 u.a. unter Hinweis auf BGH, Urt. v. 18.2.1987 – IVa ZR 232/85, in dem es um die fehlerhaft unterbliebene Feststellung einer Überschuldung durch den Steuerberater ging). **Wird jedoch in der Bilanz die Überschuldung dokumentiert** und ausgewiesen und werden bereits Gespräche mit der Bank zur Abwendung der Insolvenz geführt, so **bestehen keine ausfüllungsbedürftigen Wissensdefizite** (Gräfe/Lenzen/Schmeer, a.a.O., Rdnr. 219, Stichwort Überschuldung). Dass die GmbH bilanziell überschuldet war, war den Zeugen P., die die Bilanzen und die betriebswirtschaftliche Auswertung kannten, unstreitig bekannt.

**Ob der Steuerberater zugleich auf die Insolvenzantragspflicht nach §§ 63, 64 GmbHG (a.F.) hinweisen muss**, wird in der Rechtsprechung jedenfalls dann verneint, wenn der Steuerberater lediglich mit der Erstellung der Bilanzen, der Gewinn und Verlustrechnungen sowie der Steuererklärungen betraut ist (OLG Schleswig, a.a.O., 378 f). Ob dies für den mit einem umfassenden Steuermandat versehenen Steuerberater gleichermaßen gilt, kann offenbleiben. Denn der Beklagte konnte **ohne gesondertes Mandat zur Erstellung eines Überschuldungsstatus** nicht hinreichend sicher feststellen, ob die Schuldnerin tatsächlich insolvenzreif war. Er war im Januar 2006 auch noch nicht dazu verpflichtet, die Geschäftsführer der GmbH auf das Erfordernis eines solchen Status zur Feststellung der Insolvenz hinzuweisen.

aa) Aufgrund der Anfang 2006 vorliegenden Bilanz für das Jahr 2004 sowie der betriebswirtschaftlichen Auswertung für das Jahr 2005 ist unstreitig von einer **bilanziellen Überschuldung** der Schuldnerin auszugehen. Gemäß § 19 Abs. 1 InsO ist bei einer juristischen Person wie der Schuldnerin auch die Überschuldung ein Grund für die Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Eine Überschuldung liegt vor, wenn das Vermögen des Schuldners seine Verbindlichkeiten nicht mehr deckt (§ 19 Abs. 2 Satz 1 InsO). Der Beklagte hat anlässlich seiner Vernehmung als Zeuge im Vorprozess vor dem Landgericht Bückeburg erklärt, im Herbst 2005 habe sich abgezeichnet, dass das Jahr mit erheblichen Verlusten abschließen würde und das bilanzielle Ergebnis mit 170.000 EUR bis 180.000 EUR ins Soll geraten sei. Seines Erachtens habe



daher zunächst eine bilanzielle Überschuldung vorgelegen. Etwas anderes ergibt sich auch aus dem Klägervortrag nicht.

Die zur Insolvenzeröffnung führende Überschuldung kann jedoch erst aufgrund eines **Überschuldungsstatus**, der nach anderen Kriterien auszustellen ist als eine Handelsbilanz, festgestellt werden. Eine handelsbilanzielle Überschuldung zum maßgebenden Stichtag kann daher lediglich **indizielle Bedeutung** haben und belegt nicht zwangsläufig auch das Vorhandensein einer Überschuldung gemäß § 19 InsO (Bußhardt in: Braun, InsO 3. Aufl., § 19 Rdnr. 10). Die vorhandenen Vermögensgegenstände müssen im Rahmen des Überschuldungsstatus mit **realistischen (so genannten „wahren“) Werten** angesetzt werden, die sich prinzipiell an der Einzelverwertungsmöglichkeit orientieren. Auf der Passivseite eines Überschuldungsstatus sind auch Zahlungspflichten aus kapitalersetzenden Darlehen zu berücksichtigen, es sei denn, es besteht ein Fall des Rangrücktritts (Bußhardt, a.a.O., Rdnr. 12). Da allerdings ein solcher Überschuldungsstatus von dem Beklagten nicht erstellt worden ist und er – wie ausgeführt – damit auch nicht beauftragt war, ließ sich bei der Besprechung am 25.1.2006 noch nicht abschließend sagen, ob die GmbH tatsächlich damals schon insolvenzreif war.

bb) Dass der Beklagte den Geschäftsführern und Zeugen P. in diesem Zusammenhang die **Erstellung eines solchen Status hätte empfehlen müssen, kann ebenfalls nicht festgestellt werden**. Um dies beurteilen zu können, hätte es näherer Angaben zum Inhalt der Bilanz bzw. der betriebswirtschaftlichen Auswertung bedurft. Gegen die schon damals bestehende Insolvenzfähigkeit spricht jedoch, dass der Beklagte – vom Kläger unwidersprochen – im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Senat angegeben hat, die Schuldnerin habe über **stille Reserven** – etwa mit Blick auf den Fuhrpark des Unternehmens in Höhe von 30.000 EUR bis 40.000 EUR – verfügt. Des Weiteren sei der **Kundenstamm** des Geschäftsbetriebs in R. wertvoll gewesen. Ohne Aufdeckung der stillen Reserven und ohne Kenntnis der sonstigen Aktiva und Passiva lässt sich daher nicht sagen, wie die Lage im Januar 2006 im Einzelnen zu beurteilen war.

Gegen die Insolvenzfähigkeit der GmbH spricht auch, dass ihre Hauptgläubigerin, die X. Bank, ihrerseits ersichtlich noch nicht in Betracht zog, einen Insolvenzantrag zu stellen, sondern vielmehr an der ins Auge gefassten Sanierung des Unternehmens mitwirkte, wobei sie – nach dem ebenfalls unbestritten gebliebenen Vortrag des Beklagten im Verhandlungstermin vor dem Senat – eine (teilweise) Umschuldung auf die GbR für sinnvoll hielt. Darüber ist im Folgenden auch verhandelt worden.

Zwar ist nicht zu verkennen, dass in dem Urteil im Beiklagenverfahren immerhin eine **Insolvenzverschleppung** durch die Zeugen P. angenommen worden ist. Die insoweit getroffenen Feststellungen sind für das vorliegende Verfahren aber auch unter Berücksichtigung des Umstands, dass der Kläger dem Beklagten im Vorprozess gemäß § 72 ZPO den Streit verkündet hat, nicht bindend. Die Streitverkündung ist erst nach Schluss der letzten mündlichen Verhandlung, auf die das Urteil ergangen ist, erfolgt. In einem solchen Fall entfällt

die Interventionswirkung gemäß §§ 67, 68 ZPO (vgl. auch Zöller/Vollkommer, ZPO 25 Aufl., § 74 Rdnr. 6).

Das Landgericht hat sich im Vorprozess im Ergebnis mit der bilanziellen Überschuldung begnügt. Es hat dazu ausgeführt, in eine Überschuldungsbilanz seien zwar stille Reserven, Vermögensgegenstände und Veräußerungswerte einzubeziehen, dies sei aber mangels Vortrags der (dortigen) Beklagten, der Zeugen P., nicht zu berücksichtigen gewesen. Die Feststellungen im Vorprozess beruhen daher im Wesentlichen auf dem dort gehaltenen Parteivortrag und der vom Landgericht angenommenen Beweislastverteilung. Hinweise darauf, dass die Zeugen P. wegen einer Insolvenzstraftat (§§ 283 ff StGB) zur Verantwortung gezogen worden sind, gibt es hingegen nicht. Der Aussage des Zeugen R.P. ist vielmehr das Gegenteil zu entnehmen.

cc) **Selbst wenn man annehmen wollte, der Beklagte hätte die Erstellung eines Insolvenzstatus empfehlen müssen, gibt es keinen konkreten Anhalt dafür, dass dies zur Feststellung der insolvenzrechtlichen Überschuldung geführt hätte.**

Dagegen sprechen die vorstehend erörterten Erwägungen. Rückblickend lässt sich daher nicht mehr sagen, ob Ende Januar 2006 zwingend ein Insolvenzantrag hätte gestellt werden müssen. Soweit die GmbH im Juli des Jahres dann tatsächlich Insolvenz anmelden musste, lässt dies noch keinen zwingenden Rückschluss darauf zu, dass dies schon im Januar hätte geschehen müssen. Insbesondere fehlt es an Vortrag zu der Entwicklung der wirtschaftlichen Situation, etwa ein weiteres Ansteigen der Überschuldung bis Juli 2006, was auf eine schon im Januar 2006 bestehende Insolvenzfähigkeit hätte schließen lassen können.

d) Da der Beklagte nach eigenem Vortrag an Gesprächen mit der X. Bank teilgenommen und **Vorschläge zur Lösung der Situation unterbreitet** hat, ist anzunehmen, dass er zumindest dann, wenn er in diesem Zusammenhang konkret Stellung bezogen hat, insbesondere Wege aus der Krise aufzeigte, verpflichtet war, einen zutreffenden Rat zu erteilen. Es ist aber nicht zu erkennen, dass dies der Fall gewesen sein könnte, er insbesondere die wirtschaftliche Situation des Betriebs verharmlost hat. Der von dem Kläger weiter behauptete Rat des Beklagten, die Mieten für das Objekt in O. an die GbR weiterzuzahlen, kann wiederum nicht losgelöst von der wirtschaftlichen Gesamtsituation betrachtet werden. Dies führt dazu, dass dem Beklagten auch insoweit kein Vorwurf gemacht werden kann.

aa) Ein Insolvenzantrag hätte durch ein **erfolgversprechendes Sanierungskonzept** vermieden werden können, durch das die (bilanzielle) Überschuldung beseitigt worden wäre. Eine solche Sanierung hätte durch eine persönliche Schuldübernahme durch die Zeugen P. oder sonstige Dritte oder durch Umschuldung eines Teils der Bankverbindlichkeiten auf die GbR geschehen können. Ebenso wäre eine Überschuldung durch Rangrücktrittsvereinbarungen in Bezug auf gewährte Gesellschafterdarlehen (laut Urteil des Landgerichts Bückeburg beliefen sich die Gesellschafterverbindlichkeiten auf 228.000 EUR) mit der Wirkung, dass die Darlehen nur noch aus dem Aktivvermögen der GmbH getilgt wurden, zu be-

seitigen gewesen. Solche Erklärungen waren nach Aussage des Beklagten im Vorprozess im Verlauf des Jahres 2006 auch vorbereitet, sind aber aufgrund des im Juli 2006 gestellten Insolvenzantrags nicht mehr umgesetzt worden.

Soweit darüber hinaus eine Schuldübernahme für Verbindlichkeiten im Raum stand, hat der Beklagte seine Einschätzung im Vorprozess plausibel damit begründet, er habe angenommen, A.P., die Ehefrau des Zeugen H.P., die sich auch schon in der Vergangenheit in nicht unbeträchtlichem Umfang finanziell engagiert hatte (in Höhe eines Betrags von 250.000 EUR), wäre ggf. bereit gewesen, weitere Beträge zur Verfügung zu stellen. Unbestritten hat er weiter vorgebracht, die Zeugen P. hätten in der Vergangenheit zweimal die Gesellschaft bei Eintritt der bilanziellen Überschuldung durch Übernahme von Verbindlichkeiten entlastet, weshalb der Gedanke, dies könne erneut erfolgen, nicht fernlag, wenn nicht zu verkennen ist, dass der Zeuge R.P. ausgesagt hat, er hätte die Schulden nicht übernehmen können. Allerdings hat der Zeuge nichts dazu sagen können, ob sein Bruder H. dies ebenfalls nicht gekonnt hätte. Dieser hat seinerseits bei seiner Vernehmung als Zeuge nicht davon gesprochen, dass er zur Übernahme eines Teils der Verbindlichkeiten nicht in der Lage gewesen wäre.

Des Weiteren wurde damals erwogen, das Betriebsgrundstück O. zu verkaufen und den Erlös zum Ausgleich der Überschuldung zu verwenden, auch wenn nicht übersehen werden darf, dass die GbR ihrerseits in diesem Zusammenhang hohe Verbindlichkeiten hatte. Allerdings ist der Aussage des Zeugen W. zu entnehmen, dass sich die Zeugen P. einen Verwertungserlös von 1 Mio. EUR erhofften und seitens der X. Bank offenbar die Bereitschaft bestand, einer Schuldübernahme durch die GbR zuzustimmen, wenn sie, die Bank, nur ihr Engagement nicht erhöhen musste. Dass die Verwertung des Grundstücks zur Sanierung hätte beitragen können, war daher aus damaliger Sicht nicht ausgeschlossen. Der Beklagte hat dazu im Vorprozess ausgesagt, man habe das Objekt für (wenigstens) 850.000 EUR veräußern wollen, wobei die Kredite für dessen Anschaffung noch in Höhe von rund 750.000 EUR valutiert hätten. Mit den „verbleibenden“ 100.000 EUR hätten dann die Schulden der GmbH reduziert werden können.

Der Aussage des Beklagten im Vorprozess, wie auch im Ergebnis in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat zum Ausdruck gekommen ist, ist überdies zu entnehmen, dass man hoffte, nach Schließung des defizitären Standorts in O. mit dem verbliebenen Geschäft in R. genug Gewinne zu erwirtschaften, um dadurch das Unternehmen zu sanieren bzw. den Fehlbetrag in der Bilanz auszugleichen. Unstreitig waren allein die Ergebnisse des Standorts in O. schlecht, während der Standort R. erfolgreich wirtschaftete, sodass auch insoweit eine Verbesserung der wirtschaftlichen Lage in Betracht zu ziehen war. Dies ergibt sich auch aus dem Schreiben des Beklagten vom 11.11.2005. In Anbetracht all dieser Überlegungen sowie der weiter bestehenden Möglichkeit des Rangrücktritts erschien es daher nicht ausgeschlossen, die Schuldnerin vor der Insolvenz zu retten. Warum insbesondere ein Rangrücktritt der kreditgebenden Gesell-

schafter nicht hätte in Betracht kommen können, selbst wenn sie nicht bereit waren, sich durch Schuldübernahmen weiter zu engagieren, erschließt sich nicht. Der Zeuge R.P. hat in diesem Zusammenhang – wie schon ausgeführt – nur erklärt, er hätte nicht die finanziellen Mittel für eine Schuldübernahme gehabt, was nicht gegen die Erklärung eines Rangrücktritts sprach. Dem Beiaktenverfahren ist auch zu entnehmen, dass solche Erklärungen später auch tatsächlich vorbereitet worden sind, die Insolvenzanmeldung dann aber „dazwischen kam“.

**In einer solchen Situation stellt es keinen Fehler dar, bei dem ersten „Krisen-Gespräch“ den Rat, Insolvenz anzumelden oder dies jedenfalls durch einen Überschuldungsstatus näher zu prüfen, zunächst noch zurückzustellen.** Etwas Gegenteiliges darzulegen und zu beweisen, wäre Sache des Klägers gewesen. Solange die in Aussicht genommenen Sanierungsbemühungen nicht gescheitert waren, musste ein Insolvenzantrag daher nicht gestellt werden. Dabei darf ferner nicht vergessen werden, dass die Hauptgläubigerin, die X. Bank, in die Beratungen mit einbezogen war und die Versuche unterstützte, weshalb auch vor diesem Hintergrund kein Anlass zu sofortigem Handeln bestand.

Angesichts dieser Gesamtsituation kommt es nicht entscheidend darauf an, ob der Beklagte anlässlich des Gesprächs vom 25.1.2006 darauf hingewiesen hat, dass im Fall des Scheiterns einer Schuldübernahme Insolvenz angemeldet werden müsse oder nicht. Auch wenn das Wort „Insolvenz“ bei dem Gespräch nicht gefallen sein sollte, ist nicht anzunehmen, dass der Beklagte die Situation der Schuldnerin verharmlost hat. Dies auch dann nicht, wenn er in diesem oder anderem Zusammenhang geäußert haben sollte, die Zeugen P. müssten „weitermachen“. Dies war in Anbetracht der Möglichkeit, die Insolvenz abzuwenden, jedenfalls Anfang des Jahres 2006 nicht schädlich. Die Zahlen als solche, die für sich sprachen und die Anlass des Gesprächs vom 25.1.2006 gewesen waren, kannten die Zeugen P. Die zunächst aufgestellte Behauptung, der Beklagte habe damals ausdrücklich gesagt, ein Insolvenzantrag müsse nicht gestellt werden, hat der Kläger später korrigiert.

Die Zeugen haben Derartiges auch nicht bekundet. Dass bei dem Gespräch vom 25.1.2006 Möglichkeiten erörtert worden sind, die geeignet gewesen wären, die Gesellschaft aus der Krise zu führen, ist im Ergebnis den Aussagen aller vernommener Zeugen zu entnehmen. So hat der Zeuge R.P. bekundet, es sei besprochen worden, dass die GmbH finanzielle Probleme gehabt habe und als Ausweg sei u.a. die Möglichkeit der finanziellen Unterstützung durch die Brüder in Holland erörtert worden. Nach der Aussage der Zeugin B. war bei dem Gespräch, dessen Anlass die im Jahr 2005 erwirtschafteten Verluste gewesen seien, immerhin davon die Rede, dass der Standort in O. verwertet werden sollte, wenn sie auch – anders als die Zeugen R.P. und H.P. sowie der Zeuge W. bekundet haben – erklärt hat, von einer Schuldübernahme sei nicht die Rede gewesen.

bb) Soweit der Kläger behauptet, der Beklagte habe dazu **geraten, die Schuldnerin solle trotz der Einstellung des**

**Betriebs in O. die Mieten weiterzahlen**, war dies zwar grundsätzlich dazu geeignet, das Vermögen bzw. die Liquidität der Schuldnerin weiter zu schmälern. Dies wäre aber nur dann von Relevanz gewesen, wenn die Schuldnerin nicht nur bilanziell, sondern auch insolvenzrechtlich überschuldet und ihre baldige Sanierung ausgeschlossen gewesen wäre. Dies lässt sich – wie ausgeführt – gerade nicht feststellen. Bei der damals gebotenen Betrachtung der Gesamtsituation durfte auch nicht aus dem Blick verloren werden, dass die Zahlungen der – ebenfalls von dem Beklagten beratenen – GbR zugute kamen, mit denen diese ihrerseits die Darlehen für den Erwerb des Betriebsgrundstücks bzw. des Gebäudes bediente. **Die Mietzahlungen blieben daher in der Unternehmensgruppe.** Aufgrund des Plans, das Objekt in O. entweder zu verkaufen oder zu vermieten, war ohnehin anzunehmen, dass die Mieten nur noch begrenzte Zeit fließen würden. Überdies ist durchaus denkbar, dass es schlichtweg übersehen worden ist, den eingerichteten Dauerauftrag nach Einstellung des Betriebs zu stornieren. Darauf kommt es aber aus den vorstehenden Gründen ebenso wenig wie auf das Ergebnis der vom Landgericht durchgeführten Beweisaufnahme, wonach jedenfalls die Zeugen R.P. und B. bestätigt haben, der Beklagte habe zur Weiterzahlung der Mieten geraten, entscheidend an.

Mangels näheren Vortrags beider Parteien kann nicht beurteilt werden, ob und unter welchen Voraussetzungen im Zusammenhang mit dem Betriebsgrundstück in O. gewährte Fördergelder, von denen nicht mitgeteilt wird, auf welcher Rechtsgrundlage sie beruhten, hätten zurückgefordert werden können und inwieweit sich dies im Einzelnen auf die wirtschaftliche Situation der Unternehmen ausgewirkt hätte.

Hinzu kommt, dass, selbst wenn man unterstellt, der Beklagte hätte davon abraten müssen, weiter Mietzahlungen an die GbR zu leisten, nicht zwingend davon auszugehen ist, dass nicht die Zeugen R.P. und H.P., die nicht nur Geschäftsführer der GmbH, sondern auch gleichzeitig Gesellschafter der GbR waren, einem solchen Rat nachgekommen wären. Die Vermutung beratungsgerechten Verhaltens besteht nur, wenn aus Sicht des Mandanten aufgrund des erteilten Rats nur eine einzige vernünftige Reaktion nahegelegen hätte (vgl. etwa BGH, *Urt. v. 5.2.2009 – IX ZR 6/06, WM 2009, 715 ff und ständig*). Die Zeugen P. hatten jedoch durchaus ein Interesse daran, dass die Mietzahlungen weiter flossen, damit sie daraus die offenstehenden Darlehensraten begleichen konnten. Ob sie daher einem entsprechenden Rat gefolgt wären, ist jedenfalls so lange zweifelhaft, wie eine Sanierung der Gesellschaft denkbar erschien.

2. Ein Anspruch aus § 280 Abs. 1 BGB aus gepfändetem Recht der Zeugen P. kommt vorliegend ebenfalls nicht in Betracht. Der Senat hat bereits entschieden, **dass ein Steuerberatungsvertrag mit einer GmbH jedenfalls in der Regel keinen Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten des GmbH-Geschäftsführers darstellt** (*Urt. v. 30.5.2007 – 3 U 260/06, OLGR 2007, 670 ff = MDR 2007, 1228*). Diese Situation ist auch nicht vergleichbar mit den Fallgestaltungen, in denen der Bundesgerichtshof eine Haftung einer Person, die über besondere vom Staat anerkannte Sachkunde (wie ein Steuer-

berater oder ein Wirtschaftsprüfer) verfügt, aus einem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter in Erwägung gezogen hat. Eine solche Haftung kommt insbesondere bei Anfertigung eines Gutachtens in Betracht, das einem Dritten gegenüber verwendet werden soll (BGHZ 127, 378 ff) oder bei der Erstellung eines Testats gemäß § 323 HGB durch einen Abschlussprüfer bei einer Pflichtprüfung (BGHZ 138, 257 ff). **Der Bundesgerichtshof hat aber klargestellt, dass die Einbeziehung Dritter in den Schutzbereich des Vertrages insbesondere dort, wo es lediglich um Vermögensschäden geht, zurückhaltend zu handhaben ist** (vgl. *Urt. v. 6.4.2006 – III ZR 256/04; v. 15.12.2005 – III ZR 424/04; v. 7.5.2009 – III ZR 277/08 = BGHZ 181, 12 ff*).

Für die Annahme einer Schutzwirkung kommt es wesentlich darauf an, dass eine von Sachkunde geprägte Stellungnahme oder Begutachtung den Zweck hat, Vertrauen eines Dritten zu erwecken und – für den Sachkundigen hinreichend deutlich erkennbar – Grundlage einer Entscheidung mit wirtschaftlichen Folgen zu werden (BGHZ 181, 12 ff; *juris, Rdnr. 17*). Dies war vorliegend nicht der Fall. **Weder hat der Beklagte ein Gutachten, das zur Vorlage bei einem Dritten bestimmt war, erstellt, noch sollte der behauptete Rat einen anderen Adressaten als die GmbH haben.** Etwaige spätere wirtschaftliche Auswirkungen der von den Zeugen P. als Geschäftsführer der GmbH getroffenen Entscheidungen für sie persönlich – wie hier der Vorprozess vor dem Landgericht Bückeburg – waren lediglich **mittelbarer Natur**. (...) ■

## Vergütungsvereinbarung des Anwalts

- Zeithonorar pro Arbeitsstunde
- Verrechnung von Zahlungen
- Zeittaktklausel
- Angemessenheit von Leistung und Gegenleistung
- Überraschungsklausel
- Honoraranspruch für Deckungsanfrage beim Rechtsschutzversicherer?

(OLG Düsseldorf, *Urt. v. 8.2.2011 – I-24 U 112/09*)

### Leitsätze:

1. Eine Zeittaktklausel, die die Aufrundung nur der letzten pro Tag angefangenen Viertelstunde vorsieht, ist nicht zu beanstanden (*Abgrenzung zu Senat, NJW-RR 2007, 129*).

2. Der Rechtsanwalt darf Kosten für Tätigkeiten gegenüber der Rechtsschutzversicherung nur abrechnen, wenn er den Mandanten zuvor darauf hingewiesen hat, dass die Einholung der Deckungszusage zusätzliche Kosten entstehen lässt.

3. Der von dem Rechtsanwalt nachgewiesene Zeitaufwand kann nur dann in vollem Umfang berücksichtigt werden, wenn er in einem angemessenen Verhältnis zu Schwierigkeit, Umfang und Dauer der zu bearbeitenden Angelegenheit steht. ■

### Aus den Gründen:

A. Der Kläger ist Rechtsanwalt und macht Honorarforderungen gegen die Beklagte geltend. Er war für die Beklagte von April 2006 bis Juni 2007 in verschiedenen disziplinar- und beamtenrechtlichen Angelegenheiten tätig. Am 19.4.2006 trafen die Parteien eine schriftliche „Vergütungsvereinbarung“. Darin heißt es u.a. wie folgt:

„Die Auftraggeberin hat den Rechtsanwalt bereits durch gesonderte Vereinbarung mit der Wahrnehmung ihrer Interessen in ihrer disziplinar- und beamtenrechtlichen Angelegenheit (insbesondere angedrohte Entlassung aus dem Beamtenverhältnis, Verbot der Führung der Dienstgeschäfte, Mobbing durch Kollegen) beauftragt und bevollmächtigt. Für den insoweit bereits erteilten Auftrag an den Rechtsanwalt wird nunmehr die nachfolgende Vergütungsvereinbarung geschlossen. Sollte es neben diesen Tätigkeiten noch zu anderweitigen Verfahren kommen (gerichtliches Klageverfahren, Eilverfahren, Dienstaufsichtsbeschwerde, Strafverfahren etc.), für die die Auftraggeberin den Rechtsanwalt ausdrücklich beauftragt, gilt hierfür die nachstehende Vergütungsvereinbarung entsprechend.

Die Unterzeichner dieser Vereinbarung sind sich einig, dass die vorgenannte Tätigkeit bzw. die Tätigkeit des Rechtsanwalts derart vergütet werden soll, dass der Rechtsanwalt für die Bearbeitung der Sache anstelle der gesetzlichen Gebühren ein Zeithonorar von 165 EUR (in Worten: Einhundertfünfundsiebzig EURO) pro Arbeitsstunde erhält. Der Stundensatz ist so kalkuliert, dass damit zugleich die erforderlichen Leistungen der nicht juristischen Mitarbeiter abgegolten sind. Falls der Beauftragungszeitraum ein Jahr nach der Unterzeichnung dieser Vereinbarung überschreitet, bleibt es dem Anwalt vorbehalten, eine angemessene Erhöhung des Stundensatzes für die Folgezeit zu bestimmen.

Unabhängig hiervon hat der Rechtsanwalt das Recht, statt der Abrechnung des Zeithonorars eine Abrechnung nach der gesetzlichen Regelung im Rechtsanwaltsvergütungsgesetz (RVG) vorzunehmen, auch soweit das danach zu zahlende Honorar höher ist als das nach der Zeitabrechnung. Eine etwaige Abrechnung nach dem RVG bedarf keines vorherigen Hinweises des Rechtsanwalts. Zahlungen der Rechtsschutzversicherung auf die gesetzlichen Gebühren werden der Auftraggeberin auf die Honorarschuld nach der vorliegenden Vereinbarung angerechnet.

Angefangene Stunden eines Arbeitstages werden bei der Abrechnung des Zeithonorars jeweils in Blöcken von Viertelstunden abgerechnet. Als Bearbeitung im Sinne des Zeithonorars gelten alle Tätigkeiten, welche der Anwalt für die Bearbeitung der Rechtsstreitigkeit aufwendet (Erstellung von Schriftsätzen, Besprechungen, Verfahrenstermine zuzüglich An- und Abfahrten, Telefonate, Aktenstudium, Anträge bei Rechtsschutzversicherungen und Abrechnungen etc.). (...)

Ferner sah die Vereinbarung vor, dass Auslagen und Mehrwertsteuer zu erstatten waren. Außerdem findet sich darin der Hinweis, dass Notizen in der Handakte als widerlegbarer Tätigkeitsnachweis gelten und Zwischenabrechnungen als

anerkannt gelten, soweit die Mandantin sie nicht innerhalb von zwei Wochen schriftlich beanstandet.

Im Folgenden vertrat der Kläger die Beklagte gerichtlich und außergerichtlich in den eingangs beschriebenen Angelegenheiten. Hierfür rechnete er mit sechs Rechnungen, in denen er jeweils stichwortartig die Tätigkeit bezeichnete sowie den abgerechneten Zeitraum und die darin insgesamt angefallenen Stunden angab, ein Honorar von insgesamt 15.291,72 EUR ab. Darauf zahlten die Beklagte und ihre Rechtsschutzversicherung 7.130,86 EUR. Die Klage betrifft den Differenzbetrag von 8.160,86 EUR.

Der Kläger hat behauptet, für die Beklagte insgesamt 76,5 Stunden anwaltliche Arbeitsleistung erbracht zu haben. Hierzu sowie zu den behaupteten Auslagen hat er erstinstanzlich eine Auflistung („time sheets“) vorgelegt, in der seine Tätigkeiten für die Beklagte im Einzelnen aufgeschlüsselt sind sowie die Art der Tätigkeit und der Auslagen angegeben werden. Der Kläger hat geltend gemacht, die Zeittaktklausel sei wirksam, weil sie nur eine Aufrundung pro Arbeitstag gestatte; daran habe er sich gehalten, teilweise sogar abgerundet. Er hat ferner behauptet, in insgesamt 18 Angelegenheiten für die Beklagte tätig gewesen zu sein, von denen jeweils die Hälfte die Angelegenheit Rechtsschutzzusage bei der Rechtsschutzversicherung der Beklagten betreffe.

Die Beklagte hat demgegenüber eingewandt, der Kläger sei bei seiner Tätigkeit unwirtschaftlich vorgegangen und habe die Bearbeitung unnötig in die Länge gezogen. Zudem hat sie die Auffassung vertreten, der Gebührensatz des Klägers sei überhöht und deshalb entsprechend zu reduzieren; der behauptete Zeitaufwand des Klägers sei anhand der vorgelegten Auflistung nicht nachvollziehbar. Ferner hat die Beklagte die Abrechnung der ihrer Auffassung nach nur 9 Mandate als 18 Angelegenheiten als unzulässig beanstandet. Sie habe jedenfalls nicht 18 Vollmachten unterschrieben.

Die Beklagte hat weiter geltend gemacht, dem Kläger seien Fehler bei ihrer Vertretung unterlaufen. Überdies könne sie Ersatz eines Vertrauensschadens verlangen, da der Kläger ihr pflichtwidrig nicht bereits bei Übernahme des Mandats angezeigt habe, dass er die Verfahrensgegnerin, die Bezirksregierung Düsseldorf, in anderen Sachen selbst häufig vertritt.

Das Landgericht hat der Klage nach Einholung eines Sachverständigengutachtens zu der Frage, ob der Kläger seinen Zeitaufwand in unwirtschaftlicher Weise ausgedehnt habe, stattgegeben. Wegen der Begründung wird auf die Gründe der erstinstanzlichen Entscheidung verwiesen.

Durch am 8.6.2010 verkündetes Versäumnisurteil hat der Senat der Berufung stattgegeben und die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat er ausgeführt, es handele sich um eine unzulässige Saldoklage, weil nicht hinreichend deutlich sei, auf welche Rechnungen die geleisteten Zahlungen verrechnet worden seien und welche Ansprüche noch Streitgegenstand sein sollen.



Gegen dieses ihm am 14.6.2010 zugestellte Versäumnisurteil hat der Kläger mit am 28.6.2010 bei dem Oberlandesgericht eingegangenen Schriftsatz Einspruch eingelegt; im Rahmen der Begründung hat er seinen Vortrag zu der Verrechnung der von der Beklagten erbrachten Zahlungen ergänzt. (...)

B. Der zulässige Einspruch des Klägers ist in der Sache überwiegend begründet. Die Berufung der Beklagten hat nur bezüglich der Angelegenheit Rechtsschutzversicherung und des Zinsanspruchs Erfolg.

I. Die Klage ist zulässig. Der Streitgegenstand lässt sich aufgrund der Darlegungen des Klägers zum Zeitpunkt der auf seine Rechnungen erbrachten Zahlungen der Beklagten sowie deren Rechtsschutzversicherung in der Weise hinreichend individualisieren, **dass die Zahlungen gemäß § 366 Abs. 2 BGB entsprechend der Fälligkeit und dem Alter der Forderungen verrechnet werden.**

Der Kläger hat der Beklagten, angefangen mit der Rechnung vom 12.4.2006, in der Folgezeit über seine Tätigkeiten jeweils weitere, insgesamt sechs Rechnungen erteilt und dabei zunächst bereits selbst Verrechnungen vorgenommen. Es ergibt sich unter Berücksichtigung der geleisteten Zahlungen bei deren Verrechnung jeweils auf die älteste Forderung folgendes Bild:

– Rechnung vom 12.4.2006 über	20,40 EUR
beglichen durch Zahlung der Beklagten vom 15.5.2006	
– Rechnung vom 23.5.2006 über	6.361,15 EUR
vollständig beglichen durch Zahlungen der-	
Rechtsschutzversicherung sowie der Beklagten	
– Rechnung vom 28.6.2006 über	2.819,56 EUR
beglichen in Höhe von 549,31 EUR	
(Gesamtzahlungen 7.130,86 EUR abzgl. bereits verrechneter	
6.581,55 EUR [= 220,40 EUR + 6.361,15 EUR])	
d.h. offen sind noch	2.270,36 EUR
– Rechnung vom 28.2.2007 über	4.123,35 EUR
– Rechnung vom 8.5.2007 über	1.374,45 EUR
– Rechnung vom 3.10.2007 über	392,70 EUR
Klageforderung	8.160,86 EUR

II. Der geltend gemachte Zahlungsanspruch steht dem Kläger mit Ausnahme eines Teils der Angelegenheit Rechtsschutzversicherung und der geltend gemachten Zinsen zu.

1. Die **Vergütungsabrede** steht in Einklang mit den **Formanforderungen** des § 4 Abs.1 und 2 RVG in der bis zum 30.6.2008 geltenden Fassung (künftig: a.F.), der auf die im April 2006 geschlossene Vereinbarung noch Anwendung findet. Danach konnte aus einer Honorarvereinbarung eine höhere als die gesetzliche Vergütung nur gefordert werden, wenn die Erklärung des Auftraggebers schriftlich abgegeben und nicht in der Vollmacht enthalten war. War das Schriftstück nicht von dem Auftraggeber verfasst, musste es als Vergütungsvereinbarung bezeichnet und die Vergütungsvereinbarung von anderen Vereinbarungen deutlich abgesetzt sein. Diesen Anforderungen genügt die zwischen den Parteien getroffene Abrede.

2. Die Vergütungsvereinbarung ist auch in materieller Hinsicht nicht zu beanstanden.

a) Die von den Parteien vereinbarte **Zeittaktklausel** ist in der vorliegenden Form mit § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB zu vereinbaren.

aa) Der Senat hat sich bereits mehrfach mit der Zulässigkeit von Zeittaktklauseln befasst und dabei Klauseln, welche die Abrechnung **jeder angefangenen Viertelstunde** zu einem Viertel des Stundensatzes vorsehen, wegen **Verstoßes gegen § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB** für unwirksam erklärt (vgl. *Senat, NJW-RR 2007, 129, 130; FamRZ 2010, 1184; offengelassen von BGH, NJW 2011, 63, unter II. 3.a*). Zur Begründung hat der Senat ausgeführt, die Klausel sei strukturell geeignet ist, das dem Schuldrecht im Allgemeinen und dem Dienstvertragsrecht im Besonderen zugrunde liegende Prinzip der **Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung** (Äquivalenzprinzip) empfindlich zu verletzen, wodurch der Verwendungsgegner unangemessen benachteiligt werde. Mit der Vereinbarung eines Stundenhonorars hätten die Parteien das **Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung privatautonom bestimmt**.

Von dieser vertraglich vorausgesetzten Äquivalenz weiche die Zeittaktklausel ab, indem unter Umständen mehrmals täglich für kurze Tätigkeiten jeweils 15 Minuten zu vergütet seien. Es handele sich hierbei nicht mehr um eine angemessene Kompensation für Unterbrechungen des Arbeitsflusses; vielmehr werde der Mandant evident benachteiligt, weil die Klausel strukturell zu seinen Lasten in erheblicher Weise sich kumulierende Rundungseffekte entfalte. Es könne für die Wirksamkeit der Klausel nicht darauf ankommen, ob der Rechtsanwalt von ihr extensiv oder nur zurückhaltend Gebrauch mache, da es für die Arbeit des Rechtsanwalts typisch sei, täglich nicht kontinuierlich an einem, sondern – ggf. zusätzlich mit Unterbrechungen – an mehreren Mandaten zu arbeiten. Eine minutengenaue Erfassung seines Zeitaufwands sei dem Rechtsanwalt auch zumutbar.

**Wo in Vergütungsordnungen für andere Berufsangehörige, etwa Steuerberater oder Sachverständige, Rundungen vorgesehen seien, sei schließlich durch flankierende Maßnahmen, etwa Deckelung des Stundensatzes oder Zulassung der Rundung nur für die letzte angefangene Stunde, sichergestellt, dass es zu keiner unangemessenen Vergütung komme und Kumulierungseffekten vorgebeugt werde** (*Senat, FamRZ 2010, 1184*).

bb) Orientiert an diesen Grundsätzen erachtet der Senat die hier zu beurteilende Klausel, die so zu verstehen ist, dass nur die letzte Viertelstunde eines Arbeitstages aufgerundet werden darf, für wirksam, ganz abgesehen davon, dass der Kläger bei den „time sheets“ dementsprechend vorgegangen ist.

Eine Klausel, die die **Aufrundung nur der letzten pro Tag angefangenen Viertelstunde** vorsieht, ist in ihrer Wirkung der von dem Senat für unwirksam erachteten Klausel nicht vergleichbar. Das hat der Senat schon im Urteil vom 29.6.2006



angedeutet (*NJW-RR* 2007, 129, 131). Eine unangemessene Benachteiligung des Mandanten geht von der Klausel nicht aus. Kann der Rechtsanwalt nur die letzte angefangene Viertelstunde eines Arbeitstages aufrunden und als volle Viertelstunde abrechnen, ist bei minutengenaue Erfassung seiner Arbeitszeit (*hierzu Senat, a.a.O.*) maximal eine „Mehrberechnung“ von 14 Minuten täglich möglich. Der den Mandanten benachteiligende Kumulierungseffekt einer nicht auf den Arbeitstag beschränkten Zeittaktklausel, der bei einer wiederkehrend kurzen Beschäftigung mit der gleichen Angelegenheit während eines Tages entsteht, kann hier nicht eintreten. Auf der anderen Seite lässt sich die **pro Tag einmalige Aufrundung auf eine Viertelstunde** rechtfertigen, weil der Rechtsanwalt so eine **Kompensation für die Reibungsverluste**, z.B. wegen zwischenzeitlicher Anrufe Dritter oder Anfragen seines Personals, erlangt. Diese führen immer wieder und unvermeidbar zur Unterbrechung des Gedankenflusses und reißen den Anwalt aus seinem Arbeitsrhythmus. Den Mandanten hieran im Wege privatautonomer Vereinbarung in angemessenem Umfang zu beteiligen, begegnet keinen Bedenken.

Auch das durch die Vereinbarung eines Stundenhonorars vertraglich festgelegte Äquivalenzverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung wird durch die hier zu beurteilende Klausel nicht erheblich gestört, weil die tatsächlich erbrachte Leistungszeit nicht wesentlich von der abrechenbaren abweichen kann.

Ein Missbrauch der Klausel ist schließlich allenfalls dadurch möglich, dass der Rechtsanwalt sich täglich einmal ohne Not mit der Sache befasst, um hierfür eine volle Viertelstunde abrechnen zu können. Derartiges Vorgehen – für das vorliegend keinerlei Anhaltspunkt besteht – kann aber dadurch begegnet werden, dass der entsprechende Honoraranteil wegen unnötigen Aufblähens der Tätigkeit (dazu im Folgenden unter d)) gekürzt wird. Insgesamt weicht die hier zwischen den Parteien vereinbarte Zeittaktklausel damit weder von wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung ab, noch führt sie zu einer unangemessenen Benachteiligung des Mandanten.

b) Der Senat ist zudem davon überzeugt, dass der Kläger die abgerechneten Stunden – insgesamt 76,5 – tatsächlich erbracht hat. Gegenüber der **detaillierten Aufstellung des Klägers zu den von ihm an den einzelnen Tagen jeweils verrichteten Tätigkeiten** ist das pauschale Bestreiten der Beklagten, der die gesamten Vorgänge bestens bekannt sind, unerheblich. Die Beklagte hätte insbesondere Vorgänge, die sie selbst miterlebt hat, wie Besprechungen oder Telefonate mit dem Kläger, nach Ort, Zeit und Dauer konkret bestreiten müssen. Das ist nicht geschehen. Außerdem sprechen die dem Senat vorgelegten Handakten für eine umfangreiche Tätigkeit des Klägers, ohne dass es dafür einer Bestätigung durch den Sachverständigen S. bedurft hätte. **Die Beurteilung der Plausibilität eines nicht substantiiert bestrittenen Stundenaufwands für ein oder mehrere Mandate ist in erster Linie Aufgabe des Gerichts**, das die zur Bearbeitung von Fällen erforderliche Zeit selbst aufgrund eigener Tätigkeit abschätzen kann.

c) Die von dem Kläger beanspruchte Vergütung ist nicht unangemessen hoch i.S.d. § 4 Abs. 4 RVG a.F., so dass für eine Herabsetzung keine Veranlassung besteht.

aa) Ausgehend von der jüngst hierzu ergangenen Entscheidung des Bundesgerichtshofs (*Urt. v. 21.10.2010 – IX ZR 37/10, NJW* 2011, 63 ff) ist die Frage der Angemessenheit unter dem allgemein geltenden Grundsatz von Treu und Glauben i.S.v. von § 242 BGB zu beurteilen, also danach, ob das Festhalten des Mandanten an der getroffenen Vereinbarung unter Berücksichtigung der gesamten Umstände des Einzelfalls unzumutbar ist und sich als unerträgliches Ergebnis darstellt. Die Abänderung einer getroffenen Vereinbarung kommt nur dann in Betracht, wenn es gilt, Auswüchse zu beschneiden. **Der Richter ist dagegen nicht befugt, die vertraglich ausbedungene Leistung durch die billige oder angemessene zu ersetzen.** Vielmehr lässt der in einer Gebührenvereinbarung zum Ausdruck kommende **Vertragswille der Parteien** auf einen sachgerechten Interessenausgleich schließen, der grundsätzlich zu respektieren ist (*vgl. schon BGHZ* 184, 209 ff = *NJW* 2010, 1364 ff, unter II. 3.).

Es ist folglich nicht darauf abzustellen, welches Honorar im gegebenen Fall als angemessen zu erachten ist, sondern darauf, ob das zwischen den Parteien vereinbarte Honorar nach Sachlage als unangemessen hoch einzustufen ist. **Für eine Herabsetzung ist danach nur Raum, wenn es unter Berücksichtigung aller Umstände unerträglich und mit den Grundsätzen des § 242 BGB unvereinbar wäre, den Mandanten an seinem Honorarversprechen festzuhalten.** Es muss ein krasses, evidentes Missverhältnis zwischen der anwaltlichen Leistung und ihrer Vergütung gegeben sein (*BGH, a.a.O., M.w.N.*).

bb) Derartige Umstände liegen hier nicht vor. Die Höhe des vereinbarten Stundensatzes von **165 EUR** ist vor dem Hintergrund dessen, dass es sich bei der Vertretung der Beklagten um komplexe außergerichtliche sowie gerichtliche Tätigkeiten auf dem Gebiet des Beamten- sowie des Disziplinarrechts mit überragender, insbesondere existenzieller Bedeutung für die Beklagte handelte, nicht zu beanstanden; sie bewegt sich **eher im unteren Bereich des Üblichen** (*vgl. Senat, Urt. v. 23.7.2009 – 24 U 200/08, Gl aktuell* 2010, 88; *OLG Celle, AGS* 2010, 5, 6; *Geroald/Schmidt-Mayer, RVG* 18. Aufl., § 3a Rdnr. 26). Die vereinbarte Abrechnung entstandener Auslagen entspricht, soweit eine Pauschale bestimmt worden ist, dem gesetzlichen Vorbild. Dass die Pauschale hier das Vierfache des gesetzlichen Betrags erreicht, ist im Rahmen der privatautonom vorgenommenen Gestaltung des Vertragsverhältnisses nicht zu beanstanden.

Es ist von der Beklagten auch nicht vorgetragen oder sonst ersichtlich, dass das vereinbarte Honorar das gesetzliche um ein derart Vielfaches überstiege, dass eine tatsächliche Vermutung für die Unangemessenheit des vereinbarten Zeithonorars sprechen könnte (*vgl. dazu etwa BGHZ* 162, 98, 107). Auf die Frage, wie eine entsprechende Vermutung zu erschüttern wäre (*dazu BVerfG, AnwBl* 2009, 650, 652; *BGHZ* 184, 209 ff = *NJW* 2010, 1364 ff, unter II.)), kommt es daher nicht an.

d) Die von dem Kläger abgerechnete **Stundenzahl war auch erforderlich**. Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass der Kläger seine Arbeitszeit unangemessen aufgebläht hat.

Maßgeblicher Anknüpfungspunkt, um Vorsorge gegen eine unvertretbare Aufblähung der Arbeitszeit durch den Rechtsanwalt zulasten des Mandanten zu treffen, ist die Prüfung, ob die – hier nachgewiesenen – Stunden in einem angemessenen Verhältnis zu Umfang und Schwierigkeit der Sache stehen. Dabei geht es nicht darum, dem Rechtsanwalt eine bindende Bearbeitungszeit vorzugeben, die er zur Vermeidung von Honorarnachteilen nicht überschreiten darf. Da sich die Arbeitsweise von Rechtsanwälten individuell unterschiedlich gestaltet, sind auch Zeitdifferenzen bei der Dauer der Bearbeitung grundsätzlich hinzunehmen. Allerdings kann der von dem Rechtsanwalt **nachgewiesene Zeitaufwand** nur dann in vollem Umfang berücksichtigt werden, wenn er **in einem angemessenen Verhältnis zu Schwierigkeit, Umfang und Dauer der zu bearbeitenden Angelegenheit steht** (vgl. BGH, NJW 2011, 63 ff, unter II. 3. c) aa); BGHZ 184, 209 ff = NJW 2010, 1364 ff, unter I. 4. a)). Zudem ist zu berücksichtigen, **ob es sich bei dem Rechtsanwalt um einen Spezialisten** für das zu bearbeitende Rechtsgebiet handelt oder ob ihm dieses weniger geläufig ist, ob eine „Routineangelegenheit“ oder ein besonders gelagerter Einzelfall vorliegt (vgl. BGH, NJW 2011, 63 ff, unter II. 3. c) aa)).

Nach diesen Grundsätzen, denen der Senat folgt, ist die von dem Kläger erbrachte Stundenzahl nicht zu beanstanden. Der Kläger hat die Beklagte in den von ihm mit Schriftsatz vom 7.2.2008 genannten Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsverfahren vertreten und in deren Rahmen zahlreiche Schriftsätze gefertigt, zu deren Vorbereitung sowohl die Sichtung umfangreichen Aktenmaterials als auch verschiedene Besprechungen erforderlich waren. Vor dem Hintergrund der sich auch aus den dem Senat vorliegenden Handakten des Klägers ergebenden Komplexität der zu führenden Verfahren bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass der Kläger zulasten der Beklagten überzogenen Aufwand betrieben und abgerechnet hätte. Zu diesem Ergebnis kommt auch das erstinstanzlich eingeholte Gutachten des Sachverständigen S. vom 1.9.2008. Allerdings hält der Senat die Einschaltung eines Rechtsanwalts als Sachverständigen regelmäßig nicht für geboten, weil das Gericht über hinreichend eigene Sachkunde verfügt. Es mag jedoch Sonderfälle geben, in denen dann aber auch ein Sachverständiger mit ganz spezieller Sachkenntnis nicht des Gebührenrechts, sondern z.B. des Patentrechts oder der Tätigkeiten ausländischer Rechtsanwälte (vgl. Senat, OLGR Düsseldorf 2009, 299) beauftragt werden müsste.

e) Aus den vorstehenden Erwägungen ist die Honorarvereinbarung schließlich auch **nicht sittenwidrig i.S.v. § 138 BGB** und damit nicht nichtig. Die Vorschrift des § 138 BGB ist im Fall einer unangemessen hohen Anwaltsvergütung grundsätzlich neben dem Herabsetzungsverfahren des § 4 Abs. 4 RVG a.F. anwendbar (vgl. Senat, Urt. v. 23.7.2009 – 24 U 200/08, bei juris; vgl. ferner zum insoweit gleichlautenden § 3 Abs. 3 BRAGO: BGH, NJW 2005, 2142; NJW 2003, 3486; NJW 2003, 2386; NJW 2002, 2774; NJW 2000, 2669;

Senat, OLGR Düsseldorf 1996, 211; Gerold/Schmidt/Mayer, RVG 18. Aufl., § 3 a Rdnr. 42). Ein auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung ist indes nicht gegeben. Dazu wird auf die vorigen Ausführungen verwiesen.

3. Zu kürzen ist das Honorar des Klägers indes um den Betrag, den er als Aufwand für die Einholung von Deckungszusagen gegenüber der Rechtsschutzversicherung der Beklagten abgerechnet hat. Hierbei handelt es sich um insgesamt 334,95 EUR (1,75 Stunden x 165 EUR = 288,75 EUR + 16 % MwSt = 46,20 EUR).

a) Der Rechtsanwalt darf Kosten für Tätigkeiten gegenüber der Rechtsschutzversicherung nur abrechnen, wenn er den Mandanten zuvor darauf hingewiesen hat, dass die Einholung der Deckungszusage zusätzliche Kosten entstehen lässt. **Der Mandant geht nämlich davon aus, dass er, gerade weil er rechtsschutzversichert ist, auch insoweit selbst keine Kosten tragen muss** (vgl. Gerold/Schmidt/Müller-Rabe, RVG 19. Aufl., § 19 Rdnr. 28; Schneider/Wolf/Mock, RVG 4. Aufl., § 19 Rdnr. 8; vgl. auch Senat, VersR 2010, 1503 f). Indessen stellt die Einholung der Deckungszusage eine besondere Angelegenheit, nicht nur einen Annex zur Hauptsache dar (vgl. Mayer/Kroiß, RVG 4. Aufl., § 19 Rdnr. 14; Gerold/Schmidt/Müller-Rabe, a.a.O., Rdnr. 25; Hartung/Römermann/Schons, RVG 2. Aufl., § 19 Rdnr. 23; Schneider/Wolf/Mock, a.a.O.), mit deren Erledigung der Rechtsanwalt zusätzlich beauftragt worden sein muss und regelmäßig auch, zumindest konkludent, beauftragt wird.

Dadurch entstehen zusätzliche Kosten, die der Rechtsschutzversicherer nur in Ausnahmefällen übernimmt (vgl. Gerold/Schmidt/Müller-Rabe, a.a.O., Rdnr. 28). In der „Vergütungsvereinbarung“ der Parteien findet sich zwar ein Hinweis, dass als Bearbeitung im Sinne des Zeithonorars alle Tätigkeiten gelten, welche der Anwalt für die Bearbeitung der Rechtsstreitigkeit aufwendet, u.a. auch „Anträge bei Rechtsschutzversicherungen“ zu verstehen sind. Diese Klausel verstößt aber gegen das Transparenzgebot des § 305c BGB und ist für den Mandanten überraschend.

Die grundsätzlich zulässige Abänderung dispositiver gesetzlicher Regelungen durch Allgemeine Geschäftsbedingungen findet ihre Grenzen in den Vorschriften der §§ 305 ff BGB. Insbesondere müssen sich Allgemeine Geschäftsbedingungen an § 305c BGB messen lassen. Danach werden **überraschende oder mehrdeutige Klauseln** nicht Vertragsbestandteil. Eine Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist überraschend i.S.v. § 305c Abs. 1 BGB, wenn sie nach ihrem Inhalt oder nach den Umständen, insbesondere nach dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrages, so ungewöhnlich ist, dass der Vertragspartner des Verwenders nicht mit ihr zu rechnen brauchte. Ein **Überraschungseffekt** i.S.v. § 305c BGB kann sich auch aus der **Stellung der Klausel im Gesamtwerk** der Allgemeinen Geschäftsbedingungen ergeben. Dabei kommt es allerdings nicht darauf an, an welcher Stelle des Klauselwerks die entsprechende Klausel steht, weil alle Bestimmungen grundsätzlich gleich bedeutsam sind und nicht durch die Platzierung einer Vorschrift im Klauselwerk auf deren Bedeutung geschlossen werden kann. Aus der

Stellung der Klausel kann sich ein Überraschungseffekt vielmehr dann ergeben, wenn diese in einem systematischen Zusammenhang steht, in dem der Vertragspartner sie nicht zu erwarten braucht (BGH, NJW 2010, 3152; NJW 2010, 671).

b) Gegen § 305c BGB ist hier deshalb verstoßen, weil der Kläger eingangs der Honorarvereinbarung den Rahmen der abzurechnenden Tätigkeiten im Einzelnen beschrieben hat. Er hat sich die Honorare für die außergerichtliche und gerichtliche Tätigkeit im Zusammenhang mit der Wahrnehmung der Interessen der Mandantin in ihrer disziplinar- und beamtenrechtlichen Tätigkeit versprechen lassen. **Die Tätigkeiten gegenüber dem Rechtsschutzversicherer finden sich aber weder in dieser Beschreibung der Angelegenheiten noch in der folgenden exemplarischen Aufzählung weiterer möglicher Mandate.**

Erst im Zusammenhang mit Zahlungen wird die Rechtsschutzversicherung erwähnt, und zwar mit der für den Mandanten selbstverständlichen und ihm ohne Weiteres einleuchtenden Aussage, deren Zahlungen würden auf die Honorarschuld nach der vorliegenden Vereinbarung angerechnet. Im nächsten Absatz werden dann neben den Tätigkeiten im eigentlichen Mandat die „Anträge bei Rechtsschutzversicherungen“ als zu vergütende Tätigkeit bezeichnet. Obwohl es sich dabei, wie bereits ausgeführt, **zweifelsfrei nicht nur um ein Nebengeschäft des Rechtsanwalts, wie z.B. bei einem Kostenfestsetzungsantrag, sondern um eine besonders in Auftrag zu gebende Angelegenheit handelt**, wird die Vergütung für dieses Mandat zwischen anderen nicht vergleichbaren Einzeltätigkeiten wie Erstellung von Schriftsätzen, Besprechungen, Verfahrenstermine zuzüglich An- und Abfahrten, Telefonate, Aktenstudium gleichsam „versteckt“. Denn der Auftraggeber rechnet solche Arbeiten dem eigentlichen Mandat ohne Weiteres zu.

Dass sich hinter den „Anträgen bei Rechtsschutzversicherungen“ eine Vergütung für eine besonders zu bezahlende Angelegenheit verbirgt, bleibt ihm bei flüchtiger Betrachtung der vorformulierten Bedingungen leicht verborgen. Hinzu kommt, dass nach den Erfahrungen des Senats Deckungszusagen der Rechtsschutzversicherung regelmäßig im Kulanzweg kostenlos von den sachbearbeitenden Rechtsanwälten eingeholt werden. Erst recht gilt dies, wenn Rechtsschutzversicherer, wie es auch vorkommt, ihrem Versicherungsnehmer den Rechtsanwalt selbst empfohlen haben. **Umso deutlicher muss der Mandant darauf hingewiesen werden, wenn für die Korrespondenz mit dem Rechtsschutzversicherer Honorar in Rechnung gestellt werden soll.**

c) Ähnliches gilt im Übrigen für die Vergütung der „**Abrechnung**“, d.h. der Erstellung und Erteilung eigener Rechnungen. Auch diese Tätigkeit des Rechtsanwalts gesondert vergüten zu müssen, kommt für den Mandanten gänzlich überraschend. Denn die Erstellung der Abrechnung des Dienstpflichtigen, wie auch des Werkunternehmers oder Verkäufers, als solche bezahlen zu sollen, ist dem Gegner vollständig fremd. Dass aber der Kläger hier mit den noch streitgegenständlichen Honorarnoten seine Rechnungslegung

gegenüber der Beklagten abgerechnet hat, ist indes weder vorgetragen noch sonst ersichtlich.

4. Zinsen in gesetzlicher Höhe kann der Kläger nicht schon wie beantragt ab Eintritt der Rechtshängigkeit (20.12.2007) verlangen. Das scheitert daran, dass sein Honoraranspruch bei Klageerhebung noch nicht einforderbar gewesen ist.

**Nach § 10 Abs. 1 Satz 1 RVG kann der Rechtsanwalt die Vergütung nur aufgrund einer von ihm unterzeichneten und dem Auftraggeber mitgeteilten Berechnung einfordern. Eine Mitteilung der Berechnung in der Vergütungsklagschrift oder einem anderen Prozessschriftsatz reicht aber aus.** Der Umstand, dass die Berechnung sachlich unzutreffend ist, nimmt der Berechnung nicht ihre Wirkung nach § 10 Abs. 1 RVG (BGH, NJW 2007, 2332, 2333; WM 2003, 89, 91 zu § 18 BRAGO). Für diese kommt es nur darauf an, dass die Berechnung dem Mandanten eine Überprüfung ermöglicht und damit ggf. Grundlage einer gerichtlichen Auseinandersetzung sein kann (vgl. BGH, NJW 2011, 63 ff).

Diese Voraussetzungen trafen auf die noch streitgegenständlichen Kostennoten des Klägers nicht zu, weil er den dort angegebenen einzelnen Tagen nicht die jeweilige Stundenanzahl zugeordnet hat. Aufgeführt werden lediglich stichwortartig der Gegenstand der Tätigkeit, die Gesamtzahl aller Stunden vermerkt und die jeweiligen Tage ohne weitere Spezifizierung. Unter diesen Umständen konnte die Beklagte vorprozessual keine weitere Überprüfung vornehmen (vgl. BGH, a.a.O.).

Die Voraussetzungen für die Einforderung des Honoraranspruchs lagen in feststellbarer Weise erst am 3.9.2008 (zwei Tage nach Absenden der Durchschriften des Schriftsatzes vom 27.8.2008 am 1.9.2008 an den Beklagtenvertreter) vor. **Erst mit diesem Schriftsatz sind der Beklagten, die eine Unterzeichnung der Rechnungen durch den Kläger bestritten hat, der Form genügende Rechnungen feststellbar zugegangen. Denn es reicht aus, wenn im Prozess vorgelegte Rechnungskopien einem von dem Prozessbevollmächtigten des Rechtsanwalts unterzeichneten Schriftsatz beigelegt werden, in welchem auf die Rechnungskopien Bezug genommen wird.** Die Unterzeichnung soll (nur) sicherstellen, dass die Rechnungen von dem Rechtsanwalt (oder einem bevollmächtigten Vertreter) erstellt und überprüft worden sind (vgl. Senat, OLGR 2009, 226 f; MDR 2000, 420).

Zuvor war der Beklagten auch bereits – ebenfalls als Anlage zu einem unterzeichneten Schriftsatz – das Leistungsverzeichnis des Klägers zugegangen, in dem der abgerechnete Zeitaufwand nach Tätigkeitsmerkmalen aufgeschlüsselt dargestellt war, so dass in Verbindung mit den Honorarrechnungen die formellen Anforderungen erfüllt gewesen sind, die gemäß § 10 Abs. 1 Satz 1 Abs. 2 RVG an die Vergütungsberechnung zu stellen sind.

Dass der Kläger seine Tätigkeit nicht jeweils nach Angelegenheiten im Sinne der Gebührenordnung spezifiziert hat, ist schließlich ebenso unerheblich wie die Frage, in wie vielen Angelegenheiten in diesem Sinne er tätig gewesen ist.

**Der Bundesgerichtshof hält eine Auflistung der berechneten Stunden nach einzelnen Tätigkeitsfeldern in der auf einer Vergütungsvereinbarung mit einem Stundenhonorar beruhenden Honorarnote ausdrücklich für nicht geboten** (BGH, NJW 2011, 63 ff, unter II. 4. b)). Vereinbaren Rechtsanwalt und Mandant für bestimmte, in der Gebührenvereinbarung wie hier näher bezeichnete Tätigkeitsbereiche ein Honorar, kann der Rechtsanwalt dieses mithin für sämtliche von dem Auftragsverhältnis umfassten Tätigkeiten unabhängig davon abrechnen, welche Angelegenheit im gebührenrechtlichen Sinne diese jeweils zuzuordnen ist.

5. Die Beklagte kann, worauf bereits das Landgericht zutreffend hingewiesen hat, die weitere Begleichung der Honorarforderungen des Klägers nicht unter Berufung darauf verweigern, dieser habe seine Leistung nicht ordnungsgemäß erbracht. Der Auftraggeber eines Rechtsanwalts **kann den anwaltlichen Vergütungsanspruch**, der – wie im Regelfall – aus einem Anwaltsdienstvertrag (§§ 611, 675 BGB) hergeleitet wird (vgl. BGH, NJW 1996, 2929), **nicht kraft Gesetzes wegen mangelhafter Dienstleistung kürzen; denn das Dienstvertragsrecht kennt keine Gewährleistung** und damit keine Kürzung des Vergütungsanspruchs bei Schlechterfüllung (vgl. BGH, NJW 2004, 2817 = MDR 2004, 1387; Senat, FamRZ 2009, 2029 ff = OLGR Düsseldorf 2009, 853 ff). **Der Anwalt kann deshalb auch bei Vorliegen einer Vertragsverletzung des übernommenen Auftrags Gebühren verlangen** (vgl. BGH, a.a.O.; Borgmann/Jungk/Grams, Anwaltschaft 4. Aufl., § 31 Rdnr. 126).

Möglich bleiben eine – hier nicht erfolgte – Kündigung des Anwaltsvertrages sowie die Aufrechnung mit einem Anspruch auf Ersatz des Schadens, der aus der Schlechterfüllung des Anwaltsvertrages folgte. Die Beklagte hat indes nicht dargelegt, welcher Schaden ihr aus etwaigen Versäumnissen des Klägers entstanden sein soll.

Gleiches gilt auch für die behauptete Interessenkollision des Klägers aufgrund von Tätigkeiten für die Bezirksregierung. Auch hier ist ein Schaden oder auch nur ein der Beklagten entstandener Nachteil nicht erkennbar. (...) ■

## Schadenersatzanspruch gegen StB

- Praxisabwicklungsvertrag
- Schlichtungsklausel
- Steuerberaterkammer
- Klage ohne Schlichtung?

(LG Köln, Urt. v. 29.11.2010 – 26 O 468/09)

### Leitsatz (d. Red.):

Die Schadenersatzklage gegen einen Praxisabwickler ist unzulässig, wenn trotz Schlichtungsvereinbarung in dem Praxisabwicklungsvertrag ein Versuch der Schlichtung bei der zuständigen Steuerberaterkammer nicht unternommen wurde. ■

### Zum Sachverhalt:

Die Klägerin begehrt von dem Beklagten Schadenersatz wegen Pflichtverletzung im Rahmen der Abwicklung einer Steuerberatungspraxis.

Am 27.12.2008 verstarb der Ehemann der Klägerin, der als Steuerberater eine Praxis in Köln betrieben hatte.

Am 5.1.2009 wurde der Beklagte von der Steuerberaterkammer Köln von Amts wegen als Praxisabwickler über die Praxis des verstorbenen Ehemanns der Klägerin bestellt. Die Erbengemeinschaft, bestehend aus der Klägerin und ihren Kindern, schloss mit dem Beklagten daraufhin einen Praxisabwicklungsvertrag. In § 9 Abs. 2 des Praxisabwicklungsvertrages ist eine Wettbewerbsabrede enthalten, wonach der Abwickler ohne schriftliche Einwilligung der Erben für die Dauer von zwei Jahren nach Ablauf der Bestellung nicht für Auftraggeber tätig werden darf, die er in seiner Eigenschaft als Abwickler betreut hat.

§ 10 des Praxisabwicklungsvertrages ist mit „Schlichtungsklausel“ überschrieben und lautet:

„Die Vertragsparteien verpflichten sich, bei Streitigkeiten aus diesem Vertrag vor Anrufung eines ordentlichen Gerichts bei der zuständigen Steuerberaterkammer einen Schlichtungsversuch zu beantragen.“

### oder alternativ

#### Schiedsgerichtsklausel

Die Parteien vereinbaren in einer gesonderten Urkunde eine Schiedsgerichtsvereinbarung. Sie verpflichten sich, bei Streitigkeiten aus diesem Vertrag vor Einsetzung und Anrufung eines Schiedsgerichts bei der zuständigen Steuerberaterkammer einen Schlichtungsversuch zu beantragen.“

Mit Vertrag vom 29.1.2009 wurde die Steuerberatungspraxis zu einem Kaufpreis von 615.000 EUR an die Steuerberatungsgesellschaft S.E.J. verkauft und mit Wirkung zum 1.2.2009 auf den Käufer übertragen. § 9 Abs. 3 des Kaufvertrages enthält eine Minderungsklausel, wonach der Käufer für die Zeit bis zum 31.1.2010 insbesondere für den Fall eine Minderung des Kaufpreises verlangen kann, dass Mandanten nach Übergabe der Kanzlei das Mandat aufkündigen.

Die Tätigkeit des Beklagten als Abwickler der Steuerberatungskanzlei des verstorbenen Ehemanns der Klägerin dauerte bis zum 11.2.2009.

Mit Schreiben vom 16.2.2009 beendete eine vormalige Mandantin des verstorbenen Ehemanns der Klägerin, die Eiscafé V.B. & C. GbR, das Steuerberatungsmandat gegenüber dem Käufer der Praxis mit Wirkung zum 28.2.2009.

Eine weitere Mandantin, die Verlags-Medien-Service E. und G. OHG, beendete das Mandatsverhältnis mit Schreiben vom 24.6.2009 und mit Wirkung zum 30.6.2009.



Mit Abtretungsvereinbarung vom 22.9.2009 traten die Kinder der Klägerin sämtliche sich aus der Praxisabwicklung ergebenden Ansprüche gegen den Beklagten an die Klägerin unter gleichzeitiger Annahme durch diese ab.

Die Klägerin behauptet, der Beklagte habe während seiner Tätigkeit als Praxisabwickler u.a. die mit der Verlags-Medien-Service OHG und mit der Eiscafé GbR bestehenden Mandate verbotswidrig abgeworben. Die abgeworbenen Mandanten seien nunmehr Kunden der B. Steuerberatungs GmbH, die u.a. von dem Beklagten betrieben werde. Darin liege ein Verstoß des Beklagten gegen seine Pflichten aus §§ 69 Abs. 6, 70 Abs. 8 StBerG. Ein Schaden sei eingetreten, da die Sozietät S.E.J. den Umsatz verschiedener Mandate vom Kaufpreis in Abzug gebracht habe.

(Anträge ...)

Der Beklagte rügt die Unzulässigkeit der Klage wegen fehlender Durchführung des nach § 10 des Praxisabwicklungsvertrages erforderlichen Schlichtungsversuchs. Darüber hinaus bestreitet der Beklagte die Abwerbung von Mandanten der von ihm abgewickelten Steuerberatungspraxis und den Eintritt eines Schadens. ■

#### Aus den Gründen:

Die Klage ist derzeit unzulässig.

Entgegen § 10 des Praxisabwicklungsvertrages hat die Klägerin vor Klageerhebung keinen Schlichtungsversuch bei der zuständigen Steuerberaterkammer Köln beantragt.

§ 10 des Praxisabwicklungsvertrages ist als Schlichtungsklausel auszulegen, durch die **die Anrufung der staatlichen Gerichte so lange ausgeschlossen wird, bis die zuständige Steuerberaterkammer den Versuch unternommen hat, zwischen den Parteien eine einvernehmliche Regelung herbeizuführen**. § 10 des Praxisabwicklungsvertrages ist nach §§ 133, 157 BGB weiter dahin auszulegen, dass die Parteien sich auf die Geltung der Schlichtungsklausel geeinigt haben. Aus der Formulierung „oder alternativ“ folgt, dass die Parteien entweder die Schlichtungsklausel oder die Schiedsgerichtsklausel vereinbaren konnten und mangels Vorliegen einer Schiedsgerichtsvereinbarung in einer gesonderten Urkunde eine Einigung über die Schlichtungsklausel erzielt haben.

Dafür, dass die Schiedsgerichtsklausel von den Parteien nicht gewollt war, spricht im Einklang mit dem Vortrag des Beklagten zudem, dass diese als Alternativmöglichkeit optisch abgerückt ist. Zudem ist das für eine Schiedsgerichtsvereinbarung geltende Formerfordernis einer separaten Urkunde, welches vorliegend nicht gewahrt wurde, im Klauseltext ausdrücklich aufgeführt. Es ist nicht davon auszugehen, dass die Parteien mangels Streichung der nach § 10 des Praxisabwicklungsvertrages alternativ möglichen Schiedsgerichtsklausel auch keine Vereinbarung hinsichtlich der Geltung der Schlichtungsklausel treffen wollten.

Die Schlichtungsklausel in § 10 des Praxisabwicklungsvertrages ist entgegen dem klägerischen Vortrag auch nicht

unwirksam. **Eine Unwirksamkeit gemäß § 1031 Abs. 5 ZPO kommt nicht in Betracht**, da sich die Parteien gerade nicht auf die Geltung der Schiedsgerichtsvereinbarung verständigt haben. Im Unterschied zu einer Schiedsgerichtsabrede schließt eine Schlichtungsvereinbarung den Rechtsweg zu den staatlichen Gerichten nicht aus (*Zöller/Geimer, ZPO 28. Aufl. 2010, § 1029 Rdnr. 6*). Aufgrund dieses Unterschieds ist eine Übertragung des in § 1031 Abs. 5 ZPO geregelten Erfordernisses, wonach **Schiedsvereinbarungen mit Verbrauchern** in einer von den Parteien eigenhändig unterzeichneten Urkunde enthalten sein müssen, nicht angezeigt.

Auch entspricht die Abrede, dass im Streitfall vor Anrufung der staatlichen Gerichte ein Güteversuch vor der zuständigen berufsständischen Vertretung zu unternehmen ist, dem **berechtigten Interesse beider Parteien** (*BGH v. 18.11.1998 – VIII ZR 344/97, NJW 1999, 647 f.*). Dies gilt gerade auch im hier vorliegenden Fall einer nach dem Tod des vormaligen Steuerberaters und kraft Bestellung durch die Steuerberaterkammer erfolgten Praxisabwicklung. Eine Benachteiligung der Erbgemeinschaft durch die in § 10 des Praxisabwicklungsvertrages geregelte Schlichtungsklausel ist neben dem Umstand des fehlenden Ausschlusses des Rechtswegs zu den staatlichen Gerichten auch angesichts der Sachnähe der Steuerberaterkammer nicht erkennbar.

Soweit die Klägerin weiter vorträgt, die Verletzung der Pflichten aus §§ 69 Abs. 6, 70 Abs. 8 StBerG durch den Beklagten könne nicht vertraglich im Rahmen einer Schlichtungsklausel abbedungen werden, ist eine rechtliche Grundlage dafür nicht erkennbar, da eine **Abbedingung der Pflichten** in der Klausel nicht zum Ausdruck kommt. Dabei ist auch zu beachten, dass die gesetzliche Verpflichtung des Beklagten aus den vorgenannten Vorschriften des Steuerberatungsgesetzes in § 9 Abs. 2 des Praxisabwicklungsvertrages geregelt ist. Die Schlichtungsklausel in § 10 des Praxisabwicklungsvertrages, die nach ihrem Wortlaut „Streitigkeiten aus diesem Vertrag“ betrifft, ist daher auch einschlägig.

Entgegen dem Vortrag der Klägerin ist darüber hinaus nicht ersichtlich, dass ein **arglistiges Handeln** des Beklagten – wofür nach dem bisherigen Vortrag keine Anhaltspunkte vorliegen – dessen Berufung auf die Schlichtungsklausel in § 10 des Praxisabwicklungsvertrages hindern sollte.

Soweit die Klägerin mit Schriftsätzen vom 28.10., 4.11. und 10.11.2010 vorgetragen hat, dass die Steuerberaterkammer Köln Schlichtungstermin auf den 29.10. und 11.11.2010 bestimmt habe und der Beklagte jeweils nicht erschienen sei, ist dies gemäß § 296a ZPO nicht zu berücksichtigen. Von der Klägerin ist erstmals mit Schriftsatz vom 28.10.2010 und damit nach Schluss der mündlichen Verhandlung am 18.10.2010 vorgetragen worden, dass ein Schlichtungsversuch bei der Steuerberaterkammer Köln beantragt worden sei. Im Termin zur mündlichen Verhandlung bestanden keine Anhaltspunkte für ein bereits anhängiges Schlichtungsverfahren. Einen Schriftsatznachlass zur Stellungnahme auf die in der Sitzung vom 18.10.2010 erteilten Hinweise hat die klägerische Prozessbevollmächtigte trotz ausdrücklicher

Nachfrage des Gerichts nicht beantragt. Darüber hinaus ist entgegen der Ansicht der Klägerin auch nicht ersichtlich, dass das Schlichtungsverfahren durch die zwei bisher anberaumten und von dem Beklagten jeweils abgesagten Schlichtungstermine bereits erfolglos durchgeführt worden ist. Anhaltspunkte für eine vorwerfbare Weigerung des Beklagten, zu den anberaumten Schlichtungsterminen nicht zu erscheinen, sind nach dem klägerischen Vorbringen nicht erkennbar. (...) ■

## Steuerberatung

- Verjährung des Schadenersatzanspruchs
- Hemmung des Verjährungslaufs
- Verhandlungen
- Verhandlungsgegenstand?

(BGH, Beschl. v. 7.7.2011 – IX ZR 100/08)

### Leitsatz:

Verhandlungen i.S.d. § 203 Abs. 1 BGB über einen behaupteten Schadenersatzanspruch können nur dann bejaht werden, wenn Verhandlungsgegenstand ein eingetretener Steuernachteil als Schadenfall und eine mögliche Pflichtverletzung des Steuerberaters sind. Nicht ausreichend sind Verhandlungen über die Schadenverhinderung, Schadenbegrenzung, Folgenbeseitigung oder Nachbesserung bisheriger Steuererklärungen, wenn der Mandant aufgrund neuer Belege lediglich die Berichtigung bisheriger Steuererklärungen verlangt und der Steuerberater insoweit eine Tätigkeit gegenüber dem Finanzamt entfaltet.

### Leitsatz (d. Red.):

Der Ablauf der Verjährungsfrist wird durch Verhandlungen gemäß § 208 Abs. 1 BGB nur gehemmt, wenn über einen eventuellen Schaden und eine Pflichtverletzung als Haftungsgrund gesprochen wird. Beziehen sich die Gespräche zwischen dem Steuerberater und seinem Mandanten nur auf die Berichtigung fehlerhafter Buchungen/Steuererklärungen gegenüber dem Finanzamt, so werden hierdurch Schadenersatzansprüche nicht angesprochen und eine Hemmung der Verjährung tritt nicht ein. ■

### Aus den Gründen:

Ein gesetzlicher Grund zur Zulassung der Revision besteht nicht.

1. Den **Begriff von Verhandlungen i.S.d. des § 203 Abs. 1 BGB** hat der Bundesgerichtshof bereits in mehreren Entscheidungen ausgelegt. Der Gläubiger muss dafür lediglich klarstellen, dass er einen Anspruch geltend machen und worauf er ihn stützen will. Anschließend genügt jeder ernsthafte Meinungsaustausch über den Anspruch oder seine tatsächlichen Grundlagen, sofern der Schuldner nicht sofort und erkennbar Leistung ablehnt. Verhandlungen schweben schon dann,

wenn eine der Parteien Erklärungen abgibt, die der jeweils anderen Seite die Annahme gestatten, der Erklärende lasse sich auf Erörterungen über die Berechtigung des Anspruchs oder dessen Umfang ein (BGH, Urt. v. 1.2.2007 – IX ZR 180/04, WM 2007, 801 Rdnr. 32 m.w.N.; v. 14.7.2009 – XI ZR 18/08, BGHZ 182, 76 Rdnr. 16 m.w.N.). Dem entsprechen die Ausführungen des Berufungsgerichts, welche die Beschwerde zu Unrecht als Ausdruck eines abweichenden Obersatzes wertet.

Das Berufungsgericht hat Verhandlungen der Parteien Ende 2002 und danach nicht deshalb verneint, weil die Beklagten keine Zugeständnisse gemacht oder erörtert haben, sondern weil sie sich nicht auf einen Schadenersatzanspruch bezogen, den die Klägerin in diesem Rechtsstreit geltend macht. **Die Klägerin hat aufgrund neuer Belege die Berichtigung bisheriger Erklärungen verlangt.** Gegenstand der Verhandlungen war danach die Schadenverhinderung, Schadenbegrenzung, Folgenbeseitigung oder Nachbesserung bisheriger Steuererklärungen, jedenfalls **eine Tätigkeit der Beklagten gegenüber dem Finanzamt, nicht jedoch Schadenersatzzahlungen der Beklagten für einen eingetretenen Steuernachteil an die Klägerin.** Die Verjährungshemmung gemäß § 639 Abs. 2 BGB a.F. betraf gerade einen dem erstgenannten Rechtsverhältnis ähnlichen Anspruch auf Mangelbeseitigung.

Der Verhandlungsgegenstand des § 639 Abs. 2 BGB a.F. ist aber nach § 203 BGB nicht maßgebend, sondern in seiner Verjährung gehemmt ist nach dieser Bestimmung der Anspruch, über den oder über dessen Grundlagen zwischen den Parteien verhandelt wird. Dazu hätte hier als **Verhandlungsgegenstand** mindestens ein eingetretener **Steuernachteil als Schadenfall** und eine mögliche **Pflichtverletzung als Haftungsgrund** gehört. Daran hat es nach den tatrichterlichen Feststellungen des Berufungsgerichts gefehlt. Den **Begriff der Fehlbuchungen** im Schreiben der Klägerin vom 2.12.2002 konnte das Berufungsgericht im Sinne objektiver Unrichtigkeit deuten. Eine für die Zulassungsprüfung erhebliche Abweichung der Obersätze des Berufungsgerichts und der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs folgt mithin hieraus nicht. (...) ■

## Gl Literatur-Ecke

**Harsch:** Anwaltsfehler bei mietrechtlicher Beratung, *WuM* 2012, 63

**Riechert:** Das Risiko der Treuhand, *AnwBl* 2012, 458

**Schlinker/Hammerschmid:** Nachhaftung des ausgeschiedenen Rechtsanwalts für Sekundäransprüche nach Verletzung von Schutzpflichten, *NJW* 2012, 657

**Zugehör:** Schutzwirkung eines Steuerberatungsvertrages mit GmbH zugunsten des Geschäftsführers, *WuB IV.A.* § 695 BGB 1.12

# Zöller*online*

## Neu bei juris.



Endlich gibt es den **Zöller**, das große Meisterwerk der Prozessrechtsliteratur, auch online. In einem Modul mit echtem Mehrwert.

Das heißt: mit Erman, MDR und noch vier praxisrelevanten **Premium-Werken** aus dem **Verlag Dr. Otto-Schmidt** – zur Klage im Zivilprozess, zum Streitwert, zu Mahnver-

fahren und Vollstreckung und mit Musteranträgen für Pfändung und Überweisung.

Kurzum mit allem, was Sie für einen Erfolg versprechende Fallbearbeitung brauchen. Komfortabel verlinkt mit der bekannten Gesetzes- und Rechtsprechungsdokumentation von juris. **Zölleronline**. Am besten einfach

testen! **4 Wochen kostenlos**. Nur bei [www.otto-schmidt.de/zoeller-online](http://www.otto-schmidt.de/zoeller-online)

**juris®**

juris GmbH · Gutenbergstraße 23 · 66117 Saarbrücken

## GI Service

### Beilage

Die Juni-Ausgabe der GI enthält eine weitere Ausgabe von GI service – unser Kundenmagazin mit aktuellen Themen zu Versicherungen, Berufsrecht und dem gewohnten Blick auf aktuelle Haftungsrechtsprechung für Steuerberater und Rechtsanwälte.

In der aktuellen Ausgabe des GI service befassen wir uns mit dem vom Bundesministerium der Justiz am 16.5.2012 für die Bundesregierung vorgelegten Gesetzesentwurf zur Einführung einer Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung (PartGmbH). Der Beitrag von Herrn Rechtsanwalt Brügge erläutert das Haftungsregime dieser neuen Gesellschaftsform und beschreibt für jede Berufsgruppe die unterschiedlichen Anforderungen an den Versicherungsschutz für die PartGmbH. Als besonderen Service bieten wir Ihnen an, Ihre Fragen zum Thema Haftungsrisiken bei gemeinsamer Berufsausübung mit anderen Rechtsanwälten, Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern und Möglichkeiten der Haftungsbegrenzung per Mail an uns zu richten.

Weitere Themen dieser Ausgabe sind die Haftung des Insolvenzverwalters und seine Pflichten und die Frage, inwieweit im Rahmen eines anwaltlichen Mandats ein Schmerzensgeldanspruch entstehen kann. Daneben finden Sie interessante Kurzmeldungen rund um den Berufsstand. Nutzen Sie auch weiterhin unseren Downloadbereich unter [www.hdi-gerling.de/giservice](http://www.hdi-gerling.de/giservice)

## Service-Fax

(0511) 645 111 3661

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  
Nicole Gustiné, Riethorst 2, 30659 Hannover, Fax: (0511) 645 111 3661

### Redaktion

Dr. Jürgen Gräfe, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht  
Fachanwalt für Versicherungsrecht (verantwortlich für den Inhalt)  
Rafael Meixner, Rechtsanwalt, HDI-Gerling

### 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 3661

### Layout und Satz

Type Connection, Lechenicher Str. 29, 50374 Erftstadt

### Druck

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

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