



Nr. 4 / August 2012  
32. Jahrgang

Informationen für wirtschaftsprüfende, rechts- und steuerberatende Berufe

# GI aktuell

## Inhalt

Editorial	97
GI News	98
GI Entscheidungen	98
GI Leitsatz	110
GI Literatur-Ecke	123
GI Hinweis	128

<b>Steuerberaterhaftung</b>	98
Risiko der verdeckten Gewinnausschüttung / Auftrag zur Erstellung der Körperschaftsteuererklärung / Auftrag zur Erstellung des Jahresabschlusses / Umfang der Belehrung / Belehrung des Geschäftsführers / Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs / Verjährungsbeginn (BGH, Urt. v. 23.2.2012 – IX ZR 92/08)	

<b>Anwaltschaftung</b>	101
Scheinsozietät / Einbringung einer Einzelkanzlei in eine GbR / Haftungsübertragung (BGH, Urt. v. 17.11.2011 – IX ZR 161/09)	

<b>Honoraranspruch des Rechtsanwalts</b>	104
Kündigung durch Rechtsanwalt / Wegfall des Vergütungsanspruchs (BGH, Urt. v. 29.9.2011 – IX ZR 170/10)	

<b>Versicherungsschutz</b>	107
Bindungswirkung des Haftpflichturteils / Tatsachenfeststellungen / Pflichtverletzung / Rechtliche Begründung / Haftung aus § 280 BGB oder § 19 BNotO / Berufliche Tätigkeit als Notar (BGH, Urt. v. 8.12.2010 – IV ZR 211/07)	

<b>Anwaltschaftung</b>	111
Kenntnisabhängige Verjährung (OLG Hamm, Urt. v. 24.4.2012 – 28 U 152/11)	

<b>Honoraranspruch des Rechtsanwalts</b>	116
Erfolgshonorar / Voraussetzungen / Textform / Verstoß gegen Treu und Glauben (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 27.2.2012 – I-24 U 170/11)	

<b>Steuerberaterhaftung</b>	119
Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter / Insolvenz / Haftung des Geschäftsführers aus § 64 Abs. 2 GmbHG a.F. (OLG Köln, Urt. v. 23.2.2012 – 8 U 45/11)	

<b>Anwaltschaftung</b>	124
Teilurteil / Insolvenz eines Streitgenossen / Zustandekommen des Anwaltsvertrages / Darlegungs- und Beweislast für Beratungsvertrag / Verlorene Gehaltsansprüche / Annahmeverzug des Arbeitgebers (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 26.9.2011 – I-24 U 37/11)	

<b>Steuerberaterhaftung</b>	127
Fehler im Bereich der Grundaufzeichnungen / Kassenführung / Schätzungsbescheid (LG Krefeld, Urt. v. 25.8.2011 – 3 O 93/11)	

## 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 Anspruchsmentalität 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

**Semindauer:**  
**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	Termine	Uhrzeit	Seminar-Nr.
Vor- und Zuname:	Bitte ankreuzen		
	<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,

Rafael Meixner  
Rechtsanwalt

Auch ein **beschränktes Mandat**, das sich allein in der Erstellung der Jahresabschlüsse und Fertigung der Steuererklärungen erschöpft, kann nach Auffassung des BGH zu einer Beratung bei der steuerlichen Gestaltung verpflichtet. Erkennt der Steuerberater, dass eine vom Mandanten gewählte Gestaltung das Risiko einer verdeckten Gewinnausschüttung in sich birgt, hat er ihn hierauf hinzuweisen, auch wenn er keinen ausdrücklichen Auftrag zur Gestaltungsberatung hat. Diese Hinweispflicht resultiert daraus, dass der Steuerberater spätestens bei der Erstellung der Steuererklärung zu überprüfen hat, ob die Bezüge der Gesellschafter als verdeckte Gewinnausschüttungen anzusehen sind.

Die vorzeitige, grundlos ausgesprochene **Kündigung eines Mandatsverhältnisses** kann dazu führen, dass der kündigende Berater seinen Honoraranspruch verliert. In dem vom BGH entschiedenen Fall musste der Mandant aufgrund der Kündigung neue Prozessbevollmächtigte beauftragen. Für deren Tätigkeit fielen zum Teil die gleichen Gebühren an, die der kündigende Rechtsanwalt bereits vereinnahmt hatte. Der BGH bejahte den Anspruch auf Rückzahlung des Honorars, da die Tätigkeiten des Anwalts – wirtschaftlich betrachtet – für den Mandanten letztlich nutzlos blieben. Dem unlauteren Versuch, durch die Möglichkeit einer vorzeitigen Kündigung eine Honorarvereinbarung mit höheren als den gesetzlichen Gebühren durchzusetzen, schiebt die Rechtsprechung damit einen Riegel vor.

Nachdem im Bereich der Anwaltshaftung die **kenntnisunabhängige Verjährung** des § 51b BRAO durch die allgemein zivilrechtliche, kenntnisabhängige Verjährung gemäß § 199 BGB abgelöst wurde, liegt nunmehr nach ca. 8 Jahren eine erste Entscheidung vor, die sich mit den Anforderungen an die für den Verjährungsbeginn maßgebliche Kenntnis des Mandanten auseinandersetzt. Allein die Tatsachenkenntnis reicht nach der Entscheidung des OLG Hamm aus. Nicht erforderlich soll sein, dass der Mandant aus den ihm bekannten Tatsachen die richtigen rechtlichen Schlüsse gezogen hat und Kenntnis des Schadenersatzanspruchs selbst hat. Eine Parallelwertung in der Laiensphäre wird nicht vorausgesetzt. Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn es sich um eine so komplizierte Rechtsfrage handelt, die selbst ein rechkundiger Dritter nicht zuverlässig einschätzen kann.

Es grüßt Sie herzlich

Rafael Meixner

## GI News

### **BFH: EuGH-Vorlage zur Rabattgewährung durch Reisebüros**

Mit Beschluss vom 26.4.2012 – V R 18/11 hat der Bundesfinanzhof (BFH) dem Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) die Frage vorgelegt, ob ein Reisebüro, das als Vermittler für einen Reiseveranstalter tätig ist und einem Reisekunden einen selbstfinanzierten Preisnachlass gewährt, zu einer Minderung seiner Umsatzsteuerschuld berechtigt ist. Der BFH hat dies in der Vergangenheit bejaht, hat aber Zweifel, ob seine bisherige Auslegung mit dem Unionsrecht vereinbar ist.

Der dem EuGH vorgelegten Rechtsfrage kommt erhebliche Bedeutung zu, da sie nicht nur die Reisebranche in Deutschland betrifft, sondern sich ebenso auf andere Bereiche auswirken kann, in denen Waren wie z.B. Pkws oder Dienstleistungen über Vermittler verkauft werden. Das Urteil des EuGH dürfte zu einer unionsweiten Vereinheitlichung führen.

Umsatzsteuerrechtlich ist zu beachten, dass das Reisebüro eine steuerpflichtige Vermittlungsleistung gegenüber dem Reiseveranstalter erbringt. Gewährt das Reisebüro aus der von ihm verdienten Vermittlungsprovision einen Preisnachlass an den Reisekunden, stellt sich die Frage, ob die Zahlung an den Reisekunden das Entgelt für die an den Reiseveranstalter erbrachte Vermittlungsleistung mindert. Für eine derartige Minderung spricht, dass sich die Aufwendungen des Reisekunden für die Reise durch den Preisnachlass mindern. Gegen eine Minderung kann angeführt werden, dass die Vermittlungsleistung des Reisebüros an den Reiseveranstalter und die Reiseleistung des Reiseveranstalters an den Reisekunden nicht gleichartig sind. (BFH, Beschl. v. 26.4.2012 – V R 18/11)

Pressemitteilung d. BFH v. 27.6.2012 ■

### **BFH: Nachweis der Zwangsläufigkeit von bestimmten Aufwendungen im Krankheitsfall – Neuregelung im Steuervereinfachungsgesetz 2011**

Der Bundesfinanzhof (BFH) hat mit Urteil vom 19.4.2012 – VI R 74/10 entschieden, dass die vom Gesetzgeber eingeführten formellen Anforderungen an den Nachweis bestimmter Krankheitskosten (für deren Anerkennung als außergewöhnliche Belastung) verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden sind.

Nach § 33 Abs. 1 des Einkommensteuergesetzes (EStG) wird die Einkommensteuer auf Antrag ermäßigt, wenn einem Steuerpflichtigen zwangsläufig größere Aufwendungen als der überwiegenden Mehrzahl der Steuerpflichtigen gleicher Einkommensverhältnisse, gleicher Vermögensverhältnisse und gleichen Familienstands (außergewöhnliche Belastung)

erwachsen. Hierzu können auch Aufwendungen im Krankheitsfall gehören. Bestimmte Krankheitskosten, bei denen die medizinische Notwendigkeit nicht offensichtlich ist, dürfen allerdings nur noch berücksichtigt werden, wenn der Steuerpflichtige ihre Zwangsläufigkeit z.B. durch ein amtsärztliches Gutachten nachweist. Eine entsprechende gesetzliche Regelung (§ 33 Abs. 4 EStG und § 64 der Einkommensteuerrückführungsverordnung) hat der Gesetzgeber durch das Steuervereinfachungsgesetz 2011 eingeführt. Der Gesetzgeber hat damit auf die Änderung einer langjährigen Rechtsprechung reagiert. Der BFH hatte 2010 dem seit jeher verlangten formellen Nachweis mangels einer gesetzlichen Grundlage eine Absage erteilt (BFH, Urt. v. 11.11.2010 – VI R 17/09 und VI R 16/09; Pressemitteilung vom 19.1.2011).

Die Kläger machten u.a. die Kosten für einen Kuraufenthalt als außergewöhnliche Belastungen geltend. Sie hatten die medizinische Notwendigkeit der Kur jedoch nicht durch ein vor Kurbeginn ausgestelltes amtsärztliches oder vergleichbares Attest belegt. Finanzamt und Finanzgericht ließen die Aufwendungen deshalb nicht zum Abzug als außergewöhnliche Belastungen zu. Die Revision der Kläger war ebenfalls erfolglos. Auf die strenge Art des Nachweises kann nach geltendem Recht nicht (mehr) verzichtet werden. Die nun vom Gesetzgeber geregelten Anforderungen an den Nachweis bestimmter Krankheitskosten sind von Verfassungs wegen nicht zu beanstanden. Auch der Umstand, dass die neuen Nachweisregelungen rückwirkend in allen noch offenen Fällen anzuwenden sind, ist verfassungsrechtlich unbedenklich; darin liegt keine unzulässige Rückwirkung. (BFH, Urt. v. 19.4.2012 – VI R 74/10)

Pressemitteilung d. BFH v. 27.6.2012 ■

## Steuerberaterhaftung

- Risiko der verdeckten Gewinnausschüttung
  - Auftrag zur Erstellung der Körperschaftsteuererklärung
  - Auftrag zur Erstellung des Jahresabschlusses
  - Umfang der Belehrung
  - Belehrung des Geschäftsführers
  - Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs
  - Verjährungsbeginn
- (BGH, Urt. v. 23.2.2012 – IX ZR 92/08)

### **Leitsätze:**

1. Erarbeitet ein Steuerberater mehrmals hintereinander für eine GmbH den steuerlichen Jahresabschluss oder die Erklärungen zu Körperschaftsteuern und Gewerbesteuern, so muss er auch in einem hierauf beschränkten Dauermandat die innerhalb seines Gegenstands liegenden Gestaltungsfragen, aus denen sich verdeckte Gewinnausschüttungen ergeben können, mit der Auftraggeberin erörtern und auf das Risiko und seine Größe hinweisen.

2. Inwieweit ein Steuerberater Hinweise auf gestaltungsabhängige Steuerrisiken haftungsvermeidend an Angestellte seiner Auftraggeberin erteilen kann oder ob er sie der Geschäftsleitung unmittelbar vortragen muss, hängt sowohl von der betrieblichen als auch von der persönlichen Stellung der angesprochenen Angestellten (hier: Ehefrau eines Familiengesellschafters) ab. ■

#### Zum Sachverhalt:

Die Klägerin beauftragte im Januar 1997 die Beklagte zu 1) mit ihrer steuerlichen Betreuung. Zuvor lag diese Betreuung über ein Jahrzehnt in den Händen des am 18.11.1996 verstorbenen Steuerberaters F., welcher von der Beklagten zu 2) beerbt wurde. Die Gesellschafter der Klägerin, die in der Rechtsform der GmbH einen Autohandel betreibt, waren bei dieser angestellt und bezogen nach einer Verschmelzung in den Jahren von 1994 bis 1998 erhöhte Vergütungen, die das Finanzamt anlässlich einer Betriebsprüfung als verdeckte Gewinnausschüttungen beurteilte. Deswegen ergingen am 2.7. und 22.11.2002 an die Klägerin für den genannten Zeitraum und die beiden Folgejahre neue Bescheide über Gewerbe- und Körperschaftsteuern, aus denen sich eine erhebliche Mehrbelastung für die im Streit stehenden Veranlagungszeiträume 1997 bis 2000 ergab.

Die Klägerin behauptet, von der Beklagten zu 1) und dem Rechtsvorgänger der Beklagten zu 2) auf das Risiko einer verdeckten Gewinnausschüttung durch die Gesellschafterbezüge nicht hingewiesen worden zu sein. Anderenfalls hätten ihre Gesellschafter die Geschäftsführung übernommen und ihr bisheriger Geschäftsführer wäre Prokurist geworden. Aufgrund der Beratungsmängel sei ihr in dem genannten Zeitraum ein Steuernachteil in Höhe von 117.319,78 EUR entstanden. Die Beklagten stellen nach dem beschränkten Umfang ihrer Mandate, die Beklagte zu 1) auch nach dem von ihr gegebenen Risikohinweis, ein Beratungsverschulden in Abrede. Die Beklagte zu 2) beruft sich außerdem auf Verjährung der gegen sie infrage kommenden Ansprüche.

Die Klage hatte in den Tatsacheninstanzen keinen Erfolg. Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihren Antrag auf gesamtschuldnerische Verurteilung der Beklagten zum Schadenersatz weiter. Die Revision ist begründet. ■

#### Aus den Gründen:

I. Das Berufungsgericht hat angenommen, aus dem Vortrag der Klägerin ergebe sich kein steuerberatendes Dauermandat der Beklagten zu 1) oder des Rechtsvorgängers der Beklagten zu 2). Auf die außerhalb ihres Auftrags liegende Fehlentscheidung der Klägerin hätten beide steuerlichen Berater hier nicht hinzuweisen brauchen. Die Beklagte zu 1) habe zudem mit der erwiesenen Bemerkung des für sie tätigen Steuerberaters N. gegenüber der Buchhalterin der Klägerin, er wisse nicht, ob die problematische Höhe der Gesellschafterbezüge beim Finanzamt so durchginge, die an eine Aufklärung des Mandanten zu stellenden Anforderungen erfüllt.

Einer persönlichen Warnung des Geschäftsführers der Klägerin habe es nicht bedurft. Der Steuerberater F. habe vielleicht im Jahr 1993 die Anstellungsverträge zwischen der Klägerin und ihren Gesellschaftern nicht ausreichend geprüft; seine etwaige Pflichtverletzung habe jedoch keinen zurechenbaren Schaden verursacht. Nach dem Hinweis der Beklagten zu 1) habe es die Klägerin aus unvertretbaren Gründen unterlassen, den für sie unschwer erkennbaren Schaden, der ihr drohte, abzuwenden. Infolge dieses eigenen Verschuldens sei eine mögliche Haftung der Beklagten zu 2) erloschen.

II. Das angefochtene Urteil kann mit der gegebenen Begründung nicht bestehen bleiben.

1. Der Steuerberater F. und die Beklagte zu 1) haben entgegen der Annahme des Berufungsgerichts pflichtwidrig gehandelt.

a) Der Steuerberater F. war mit Übernahme seines Mandats jedenfalls beauftragt, für die Klägerin die **Körperschaftsteuererklärungen zu entwerfen. Spätestens hierbei musste von ihm entgegen der Ansicht beider Tatrichter geprüft werden, ob die von der Finanzverwaltung später beanstandeten Bezüge der angestellten Gesellschafter als verdeckte Gewinnausschüttung gemäß § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG zu werten waren**, weil sie ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsführer einem Nichtgesellschafter versagt hätte (vgl. BGH, Urt. v. 20.10.2005 – IX ZR 127/04, WM 2005, 2345, 2346 unter II. 2. b)). Denn nur bei Verneinung einer verdeckten Gewinnausschüttung konnten die Angestelltenbezüge der Gesellschafter vollen Umfangs als gewinnmindernde Betriebsausgaben angesetzt werden.

Selbst wenn der Steuerberater F. **keinen ausdrücklichen Auftrag zur körperschaftsteuerlichen Gestaltungsberatung** hatte, musste er diese im körperschaftsteuerlichen Dauermandat anfallenden Fragen von sich aus aufgreifen und mit der Klägerin erörtern. Das Berufungsgericht hat ein vom Bundesgerichtshof so bezeichnetes „umfassendes Dauermandat“ (vgl. etwa Urt. v. 20.11.1997 – IX ZR 62/97, WM 1998, 299, 300), welches alle Steuerarten umfasst, die für den Auftraggeber in Betracht kommen, und daher zur Beratung einschließlich der Möglichkeiten zu zivilrechtlichen Steuergestaltungen auch jenseits der konkret bearbeiteten Angelegenheiten verpflichtet (vgl. BGH, Urt. v. 11.5.1995 – IX ZR 140/94, BGHZ 129, 386, 396; v. 20.11.1997, a.a.O.; v. 20.10.2005, a.a.O., unter II. 2. a)), nicht feststellen können. Die vorgelegten Rechnungen und Unterlagen lassen aber erkennen, dass der Steuerberater F. von 1991 bis 1994 für die Klägerin und eine ihrer verschmolzenen Rechtsvorgängerinnen **fortlaufend Jahresabschlüsse erstellt und sowohl Körperschaft- als auch Gewerbesteuererklärungen erarbeitet hat**.

Damit lag zumindest ein **inhaltlich beschränktes Dauermandat** vor, welches den Steuerberater F. verpflichtete, bei erster Gelegenheit über die vorgefundenen steuerlichen **Risiken des Mandatsgegenstandes aufzuklären**, zu denen die verdeckten Gewinnausschüttungen gehörten.



Ob F. einen darüber hinausgehenden umfassenden Willen zur steuerlichen Betreuung der Klägerin und ihrer Rechtsvorgängerin hatte, ist entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts für den Haftungsgrund nicht entscheidungserheblich. Ebenso kann offenbleiben, in welchem Umfang der Steuerberater F. bei seiner genannten Tätigkeit zur weiteren Gestaltungsberatung verpflichtet war, weil es zunächst nur um die Beurteilungsfrage ging, ob die Klägerin mit den Folgen einer verdeckten Gewinnausschüttung an ihre Gesellschafter zu rechnen hatte.

b) Die gleiche Prüfungspflicht traf später die Beklagte zu 1) bei der von ihr übernommenen **Anfertigung steuerlicher Jahresabschlüsse** für die Klägerin. Auch die steuerlichen Gewinne der Klägerin konnten in ihrem Jahresabschluss nicht bilanziert werden, **ohne zu klären, ob sich ihr Einkommen durch die Bezüge der Gesellschafter verringerte oder zum Teil nach § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG nicht gemindert wurde**. Auch hier ergab sich aus dem Dauermandat zur Erstellung steuerlicher Jahresabschlüsse für die Klägerin die Pflicht, die Frage der verdeckten Gewinnausschüttungen an die Gesellschafter mit der Mandantin zu erörtern, weil sie sich innerhalb der bearbeiteten Mandatsangelegenheiten stellte.

Dieser Pflicht will die Beklagte zu 1) allerdings durch den Steuerberater N. schon im Januar 1997 in einer Weise nachgekommen sein, dass sie nach Ansicht des Berufungsgerichts damit den an sie gestellten Anforderungen genügt hatte. Auch dagegen wendet sich die Revision mit Recht.

**Zweck der Steuerberatung** ist es, die dem Auftraggeber fehlende Sach- und Rechtskunde auf diesem Gebiet zu ersetzen. Die pflichtmäßige Steuerberatung anlässlich der Aufstellung von Jahresabschlüssen und Erarbeitung von Steuererklärungen 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 eine Fehlentscheidung in seinen steuerlichen Angelegenheiten vermeiden zu können. Der Auftraggeber muss imstande sein, nach den erhaltenen Hinweisen seine Interessen und erheblichen Steuerrisiken selbst abzuwägen (*BGH, Urt. v. 20.10.2005, a.a.O., m.w.N.*). Je nach Umständen kann dies auch erst die Inanspruchnahme vertiefter steuerlicher Beratung bedeuten, sobald sich ihre Sachdienlichkeit herausstellt.

Mit diesem Grundsatz hat sich das Berufungsgericht in Widerspruch gesetzt. Es ist offen, ob die Klägerin von der Beklagten zu 1) über die Art des Steuerrisikos aufgeklärt worden ist. Der Zeuge N. hat in seiner Vernehmung auf Nachfrage eingeräumt, nicht mehr zu wissen, ob er gegenüber der Klägerin das Steuerrisiko als verdeckte Gewinnausschüttung bezeichnet habe. Ein Risikohinweis, der das Prüfungsergebnis durch das Finanzamt als offen darstellte, wie von dem Zeugen N. geschildert, ist bei einer nach dem Stand der Verwaltungspraxis und der Rechtsprechung objektiv ungewissen Beurteilung der Rechtslage (*BGH, a.a.O.*) geboten. Nur dann ist er auch sachgerecht.

Führten der interne Vergleich mit der Geschäftsführervergütung der Klägerin und der Fremdvergleich der Gesellschafterbezüge indessen eindeutig, mit hoher Wahrscheinlichkeit oder Wahrscheinlichkeit zu dem Ergebnis, dass eine betriebliche Veranlassung für die hohen Bezüge einschließlich Versorgungszusagen nicht bestand, sondern ihr Grund im Gesellschaftsverhältnis zu suchen war, so musste diese Größe des Risikos aus dem erteilten Hinweis für die Auftraggeberin deutlich werden. Die Notwendigkeit eines Hinweises auf die Größe des Steuerrisikos und seine Unterlassung hat die Klägerin behauptet. Denn nach ihrem Vortrag zu den Vergleichsgrößen der Gesellschafterbezüge drängte sich die Annahme verdeckter Gewinnausschüttungen jedenfalls der Beklagten zu 1) geradezu auf, deren Verdacht pflichtgemäß schon durch den internen Bezügevergleich geweckt war. Dem genügte die Beratung der Beklagten zu 1) nach ihrem eigenen Vortrag nicht. Die Beklagte zu 1) hat bisher auch nicht dargelegt, dass die Klägerin aus ihrem Hinweis den wirtschaftlichen Umfang (die Höhe) des gegebenen Steuerrisikos erkennen musste, wobei es nicht darauf ankam, den drohenden Steuernachteil genau zu beziffern.

Die Beklagte zu 1) kann ihre Pflichten auch dadurch verletzt haben, dass sie ihre Annahme verdeckter Gewinnausschüttungen **nicht dem Geschäftsführer der Klägerin erläuterte**, nachdem die angesprochene Buchhalterin den Hinweis auf das Risiko und die unsichere Beurteilung durch das Finanzamt als gegenstandslos abtat, weil die Angelegenheit der Gesellschafterbezüge bereits von dem Steuerberater F. geprüft und für unschädlich erachtet worden sei. Ob eine solche Remonstration des steuerlichen Beraters in der Hierarchie der beratenen Gesellschaft geboten ist, hängt von den jeweiligen Umständen ab. In den vom Berufungsgericht in diesem Zusammenhang herangezogenen allgemeinen Grundsätzen der Wissenszurechnung erschöpft sich diese Fragestellung nicht.

Im Streitfall lagen allerdings besondere Umstände vor, weil die **Buchhalterin** mit einem der beiden Familiengesellschafter verheiratet war und auch die Vertragsverhandlungen bei Beauftragung der Beklagten zu 1) selbstständig geführt hatte. Sie besaß danach eine **ungewöhnliche Vertrauensstellung** und konnte der Beklagten zu 1) als rangangemessene Repräsentantin der Klägerin zur Entgegennahme der gebotenen Hinweise erscheinen, deren Unterrichtung es erübrigte, sich direkt an die Geschäftsleitung zu wenden. Die auch hier notwendige tatrichterliche Würdigung hat das Berufungsgericht nach seinem andersartigen Ausgangspunkt unterlassen. Sie kann im Revisionsverfahren nicht nachgeholt werden.

2. Die Haftung der Beklagten zu 2) kann nicht mit der Begründung verneint werden, der spätere erfolglose Hinweis der Beklagten zu 1) auf das Risiko verdeckter Gewinnausschüttungen habe den **Zurechnungszusammenhang** zwischen einer entsprechenden Pflichtverletzung des Steuerberaters F. und dem geltend gemachten Steuerschaden unterbrochen. Diese Würdigung beider Tatrichter hat das Berufungsgericht aus dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 14.7.1994

(IX ZR 204/93, NJW 1994, 2822) abgeleitet. Nach jener Entscheidung entfällt der Zurechnungszusammenhang zwischen einem Anwaltsfehler und dem entstandenen Schaden, **wenn der Mandant aufgrund anderweitiger rechtlicher Beratung noch in der Lage ist, die ihm durch eine Pflichtverletzung seines Anwalts drohenden Nachteile abzuwenden, er die ihm dazu angeratene Maßnahme jedoch aus unververtretbaren Gründen unterlässt.**

Das Berufungsgericht hat bei seiner Subsumtion des Streitfalls unter diesen Grundsatz verkannt, dass die Klägerin nach ihrem Vorbringen zur Größe des Steuerrisikos verdeckter Gewinnausschüttungen auch im Jahr 1997 bei Mandatsübernahme der Beklagten zu 1) nicht ausreichend belehrt worden ist und die Fruchtlosigkeit des erteilten ungenügenden Hinweises nach dem Vortrag der Klägerin gerade auf der nachwirkenden Pflichtwidrigkeit des ersten Beraters beruhte, dessen Unbedenklichkeitserklärung sie weiterhin vertraute. Einen anderweitigen Sachverhalt hat das Berufungsgericht nicht festgestellt, so dass er der revisionsrechtlichen Prüfung zugrunde zu legen ist. Danach hat die Klägerin nicht in unvertretbarer Weise oder aus völlig unsachgemäßen Gründen in den Geschehensablauf eingegriffen, der Zurechnungszusammenhang ist gewahrt.

III. Die Klageabweisung stellt sich im Verhältnis zu der Beklagten zu 2) auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO). Die von den Parteien im Revisionsverfahren nicht aufgegriffene **Verjährungseinrede** kann derzeit nicht abschließend beurteilt werden. Nach Art. 229 § 12 Abs. 1 Nr. 13, § 6 Abs. 1 und 3 EGBGB, § 68 StBerG a.F. ist die Verjährungsfrist im Streitfall mit der **Bekanntgabe der Steuerbescheide** vom 2.7.2002 an die Klägerin oder deren damaligen steuerlichen Berater angelaufen. **In diesen Bescheiden verdichtete sich erstmals das Steuerrisiko** der Klägerin aus den verdeckten Gewinnausschüttungen an ihre Gesellschafter zu einem Schaden. Darauf, ob die Klägerin schon vorher eine **Feststellungsklage** wegen der behaupteten vermögensgefährdenden Pflichtverletzung des Steuerberaters F. erheben konnte, kommt es nach der seit dem Urteil vom 2.7.1992 (IX ZR 268/91, BGHZ 119, 69, 71) vom Bundesgerichtshof für die Beraterhaftung in ständiger Rechtsprechung angewendeten **Risiko-Schaden-Formel** nicht an.

Die Beklagte zu 2) hat allerdings trotz Hinweises des Landgerichts den Tag der Bekanntgabe der genannten Steuerbescheide nicht vorgetragen. Auch die Klägerin hat nicht vorgetragen, wann ihr Antrag auf Gerichtsstandsbestimmung gegen die Beklagte zu 2) vom 3.7.2005 bei dem Hanseatischen Oberlandesgericht in Hamburg eingegangen ist und nach § 204 Abs. 1 Nr. 13 BGB die laufende Verjährungsfrist gehemmt hat. Sie hat ferner nicht vorgetragen, wann ihre an das Landgericht Kiel gerichtete Klageschrift vom 30.6.2005 gegen die Beklagte zu 2) bei Gericht eingegangen und der Gegnerin zugestellt worden ist. Nach dem Grundsatz der verjährungsrechtlichen Schadeneinheit kann hierdurch bereits unabhängig von der Gerichtsstandsbestimmung nach § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB die für die Beklagte zu 2) laufende Verjährungsfrist gehemmt worden sein.

IV. Der Rechtsstreit ist in der Sache selbst nicht spruchreif. Die Tatsacheninstanzen haben, von ihrem Standpunkt aus folgerichtig, keine Feststellungen zum Vorliegen verdeckter Gewinnausschüttungen und der Sicherheit dieser Beurteilung unter tatsächlicher Einbeziehung des Fremdvergleichs, zur haftungsausfüllenden Kausalität und zum Schaden der Klägerin getroffen. Dies hat das Berufungsgericht nachzuholen, soweit es infolge der Zurückverweisung entscheidungserheblich ist. Hierbei ist der **Regressrichter an die steuerrechtliche Beurteilung der Finanzverwaltung nicht gebunden**, sondern hat den Tatbestand in eigener Verantwortung zu prüfen. Nachzuholen ist auch die unzureichende Würdigung des Verhaltens der Beklagten zu 1), soweit die Feststellung der haftungsausfüllenden Kausalität oder eines Mitverschuldens der Klägerin davon abhängt, ob ein inhaltlich genügender Hinweis auf die Größe des Steuerrisikos nicht nur der Buchhalterin, sondern der Geschäftsleitung der Klägerin unmittelbar vorgetragen worden wäre. ■

## Anwaltschaftung

- Scheinsozietät
  - Einbringung einer Einzelkanzlei in eine GbR
  - Haftungsübertragung
- (BGH, Urt. v. 17.11.2011 – IX ZR 161/09)

### Leitsatz:

Bringt ein Rechtsanwalt seine Einzelkanzlei in eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts ein, haftet die Gesellschaft auch dann nicht für eine im Betrieb des bisherigen Einzelanwalts begründete Verbindlichkeit, wenn dieser im Rechtsverkehr den Anschein einer Sozietät gesetzt hatte. ■

### Zum Sachverhalt:

Die Klägerin und ihr Ehemann suchten am 3.11.2003 die Räumlichkeiten auf, in denen jetzt die Beklagte zu 1), eine aus Rechtsanwälten bestehende Gesellschaft bürgerlichen Rechts, ihre Kanzlei unterhält. Seinerzeit wurde in diesen Räumlichkeiten unter der Bezeichnung „R. Rechtsanwälte“ eine Rechtsanwaltskanzlei betrieben, in welcher jedenfalls der Beklagte zu 2) tätig war. Gegenstand der Besprechung, an welcher der Beklagte zu 2) sowie ein Rechtsanwalt R. teilnahmen, waren Schadenersatzansprüche wegen einer Kreditkündigung, die sich gegen die D.-Bank oder gegen den Nebenintervenienten zu 1) richten konnten. In der Folgezeit verklagte die Klägerin, vertreten durch „Rechtsanwälte R.“, die D. auf Schadenersatz. Die Klage blieb in zwei Instanzen ohne Erfolg. Das Berufungsurteil wurde am 18.4.2007 verkündet.

Die Klägerin nimmt nunmehr die Beklagten wegen fehlerhafter anwaltlicher Beratung auf Schadenersatz in Anspruch. Sie wirft ihnen vor, den Schadenersatzanspruch gegen den Nebenintervenienten zu 1) verjährt haben zu lassen. Das Landgericht hat beide Beklagte dem Grunde nach verurteilt.

Die Berufung des Beklagten zu 2) ist erfolglos geblieben. Auf die Berufung der Beklagten zu 1) hat das Oberlandesgericht die gegen diese gerichtete Klage wegen fehlender Passivlegitimation abgewiesen. Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision will die Klägerin die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils erreichen. Die Revision bleibt ohne Erfolg. ■

#### Aus den Gründen:

I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt: Die Beklagte zu 1) habe dargelegt und bewiesen, dass die Kanzlei „R. Rechtsanwälte“ bei der Erteilung des Auftrags am 3.11.2003 nur aus dem Beklagten zu 2) bestanden habe. Nur dieser könne folglich Partei des Beratungsvertrages geworden sein. Die erst später gegründete Beklagte hafte unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt für aus diesem Vertrag folgende Verbindlichkeiten. Die Vorschrift des § 28 Abs. 1 Satz 1 HGB sei unanwendbar, weil ein Rechtsanwalt kein Handelsgewerbe betreibe (§ 2 Abs. 2 BRAO). Eine analoge Anwendung dieser Bestimmung auf den hier wegen des irreführenden Briefkopfs gegebenen Fall einer Scheinsozietät komme nicht in Betracht. Auch § 130 HGB könne weder unmittelbar noch analog Anwendung finden.

II. Diese Ausführungen halten rechtlicher Überprüfung stand.

1. Die Beklagte zu 1) ist nicht Partei des zwischen der Klägerin und „R. Rechtsanwälte“ geschlossenen Anwaltsvertrages geworden.

a) Die Feststellung des Berufungsgerichts, dass der Beklagte zu 2) am 3.11.2003 alleiniger Inhaber der Anwaltskanzlei „R. Rechtsanwälte“ war, hält den Angriffen der Revision stand. Der Beklagte zu 2) hat die Einzelkanzlei „R. Rechtsanwälte“ mit schriftlichem Vertrag vom 10.7.2003 von dem bisherigen Inhaber, dem Rechtsanwalt M.R., gekauft. Das Berufungsgericht hat diese Tatsache nach Vorlage einer Kopie des Kaufvertrages als erwiesen angesehen. Das nimmt die Revision hin. Sie meint jedoch, aus den im Rechtsstreit vorgelegten Unterlagen ergebe sich zwingend, dass der Beklagte zu 2) die Einzelkanzlei alsbald in eine von ihm mindestens konkludent begründete Sozietät eingebracht habe. Dies trifft indes nicht zu.

aa) Die Revision weist nicht nach, dass die Klägerin in den Tatsacheninstanzen eine entsprechende Behauptung aufgestellt hätte. Der Schriftsatz vom 18.5.2009, auf welchen sie sich beruft, befasst sich im Wesentlichen mit der Behauptung der Beklagten, die Beklagte zu 1) sei erst mit Wirkung zum 1.1.2007 gegründet worden. Die Klägerin bestreitet die Richtigkeit dieser Behauptung und beruft sich zum Beweise dessen, dass die Beklagte zu 1) bereits vor dem 31.12.2006 als Gesellschaft bürgerlichen Rechts organisiert war, auf das Zeugnis des Rechtsanwalts R. Entgegen der Ansicht der Revision liegt hierin nicht die Behauptung, die Beklagte zu 1) sei bereits vor dem 3.11.2003, dem Zeitpunkt der Auftragserteilung, gegründet worden. Das Berufungsgericht hat nicht gegen den Anspruch der Klägerin auf Gewährung rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG) verstoßen, indem es den angetretenen Beweis nicht erhoben hat.

bb) Die schriftlichen Unterlagen, welche die Revision zitiert, lassen keinen sicheren Schluss darauf zu, dass die Beklagte zu 1) vor dem 3.11.2003 gegründet worden war.

(1) Die Klägerin und ihr Ehemann wurden am 3.11.2003 und in der Folgezeit, etwa im Februar 2004, nicht nur vom Beklagten zu 2) beraten, sondern auch von anderen Anwälten, die unter der Bezeichnung „R. Rechtsanwälte“ handelten. Bei den Akten befindet sich ein Schreiben von „R. Rechtsanwälte“ vom 4.11.2003, das von Rechtsanwalt M.R. unterzeichnet worden ist. Ein weiteres Schreiben vom 26.2.2004 ist von Rechtsanwalt R. unterzeichnet; dieser Rechtsanwalt hatte die Klägerin und ihren Ehemann aufgesucht, um Unterlagen zu sichten. Bei beiden Schreiben wurde ein Briefkopf verwendet, in dem acht Rechtsanwälte – darunter Rechtsanwalt R., Rechtsanwalt R. und der Beklagte zu 2) – aufgeführt waren.

Der Briefkopf und das Handeln anderer Rechtsanwälte als des Beklagten zu 2) im Rahmen des der Kanzlei „R. Rechtsanwälte“ erteilten Mandats können auf das Bestehen einer Sozietät hindeuten. Ebenso kann jedoch, wie das Berufungsgericht angenommen hat, nur eine „Scheinsozietät“ bestanden haben. Hierunter versteht man den **Zusammenschluss mehrerer Rechtsanwälte, die nach außen gemeinsam in Erscheinung treten, ohne dass ein Gesellschaftsvertrag besteht oder ohne dass in einen bestehenden Gesellschaftsvertrag sämtliche nach außen in Erscheinung tretenden Rechtsanwälte einbezogen sind** (BGH, Urt. v. 12.10.2000 – WpSt (R) 1/00, BGHSt 46, 154, 156 f; v. 3.5.2007 – IX ZR 218/05, BGHZ 172, 169 Rdnr. 19 f; Henssler, NJW 1993, 2137, 2139; Henssler/Prütting/Hartung, BRAO 3. Aufl., § 59a Rdnr. 144; Terbille in: Rinsche/Fahrendorf/Terbille, Die Haftung des Rechtsanwalts 7. Aufl., Rdnr. 166; Rinkler in: Zuehör/G. Fischer/Vill/D. Fischer/Rinkler/Chab, Handbuch der Anwalts-haftung 3. Aufl., Rdnr. 403; vgl. auch BGH, Urt. v. 24.1.1978 – VI ZR 264/76, BGHZ 70, 247, 249).

Rechtsanwalt R., Rechtsanwalt R. und die übrigen im Briefkopf aufgeführten Rechtsanwälte können Angestellte des Beklagten zu 2) gewesen oder als freie Mitarbeiter tätig geworden sein. Letzteres kommt insbesondere im Fall des Rechtsanwalts R. in Betracht, der die Kanzlei „R. Rechtsanwalt“ an den Beklagten zu 2) verkauft hatte, dem Vertrag zufolge jedoch Inhaber der unter gleicher Anschrift ansässigen Einzelkanzlei „M.R. Rechtsanwalt und Fachanwalt für Insolvenzrecht“ war und bleiben wollte.

(2) Die Klägerin verweist weiter auf ein Schreiben der „R. Rechtsanwälte“ vom 16.9.2004, in welchem „R. Rechtsanwälte“, handelnd durch den Beklagten zu 2), der Klägerin und ihrem Ehemann unter der Überschrift „Neue Gestaltung unserer Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung“ die Haftungsverhältnisse darlegte. In diesem Schreiben heißt es wörtlich:

„In unserer Kanzlei haben sich mehrere Rechtsanwälte zu einer gemeinsamen Berufsausübung zusammengeschlossen. Wir haben bisher bei der Nennung der in der Kanzlei tätigen Rechtsanwälte keine Unterscheidung zwischen Partnern,



freien Mitarbeitern und angestellten Rechtsanwälten vorgenommen, so dass theoretisch eine Haftung aller genannten Rechtsanwälte möglich wäre. Um für den Fall eines Fehlers die daraus resultierende Haftung der Kanzlei R. Rechtsanwälte für Sie so transparent wie möglich zu gestalten, teilen wir Ihnen hiermit mit, dass die in der Kanzlei tätigen Rechtsanwälte E., K., Dr. Ro. und H. angestellte Rechtsanwälte der Kanzlei R. Rechtsanwälte sind und deswegen nicht als Partner haften würden. Um dies auch nach außen zu dokumentieren, werden wir zukünftig auch auf dem Briefkopf der Kanzlei einen entsprechenden Hinweis aufnehmen.“

Aus diesem Schreiben möchte die Revision den Schluss ziehen, dass die nicht genannten, aber im Briefkopf der Kanzlei aufgeführten Rechtsanwälte R., T. und Rö. neben dem Beklagten zu 2) Partner gewesen seien, also eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts bestanden habe. Zum einen beschreibt das Schreiben jedoch die Rechtslage im Zeitpunkt seiner Abfassung, also am 16.9.2004. Rückschlüsse auf den 3.11.2003 lassen sich deshalb – wie das Berufungsgericht zutreffend erkannt hat – nur eingeschränkt ziehen. Zum anderen können der Briefkopf oder der Inhalt des Schreibens unrichtig gewesen sein. Rechtsanwalt R., der Verkäufer der Einzelkanzlei, sollte nach dem Inhalt des Kaufvertrages nicht Partner der an den Beklagten zu 2) verkauften Kanzlei werden oder bleiben. Die Revision verweist zudem selbst auf spätere Schreiben von „R. Rechtsanwälte“, in denen Rechtsanwalt Rö. als angestellter Rechtsanwalt ausgewiesen wird. Anlass zu besonderer Sorgfalt gab es im Zeitpunkt des Schreibens vom 16.9.2004 nicht; die einmal eingetretene Haftung der „Scheinsozien“ R. und Rö. aus dem mit der Klägerin geschlossenen Anwaltsvertrag konnte durch einseitige Erklärungen des Beklagten zu 2) nicht mehr beseitigt werden.

b) Die Revision beanstandet die weitere Annahme des Berufungsgerichts, der Beklagte zu 2) habe die Einzelkanzlei „R. Rechtsanwälte“ gemäß Partnerschaftsvertrag vom 24.5.2007 mit Wirkung vom 1.1.2007 in die neue gegründete, mangels Eintragung (vgl. § 7 Abs. 1 PartGG) als Gesellschaft bürgerlichen Rechts bestehende Beklagte zu 1) eingebracht. Ob dieser Vertrag nicht vor Zustellung der Klage unterzeichnet worden ist und ob er inhaltlich nicht hinreichend bestimmt war, weil die Bewertung der eingebrachten Einlagen zum 31.12.2006 noch ausstand, welche wiederum für die Höhe der jeweiligen Anteile maßgeblich sein sollte, ist für die Entscheidung des Rechtsstreits jedoch ohne Belang. Mängel des Einbringungsvertrages führen nicht zu einem Eintritt der Beklagten zu 1) in den Anwaltsvertrag zwischen der Klägerin und dem Beklagten zu 2) oder zu einer Haftung für Verbindlichkeiten des Beklagten zu 2) aus diesem Vertrag.

c) Entgegen der Ansicht der Revision ist es der Beklagten zu 1) auch nicht wegen des Verbots widersprüchlichen Verhaltens (§ 242 BGB) verwehrt, sich darauf zu berufen, nicht Vertragspartei geworden zu sein. Die Revision meint, es verstoße gegen Treu und Glauben, die Haftung der über Jahre hinweg unter der Bezeichnung „R. Rechtsanwälte“ betriebenen Rechtsanwaltssozietät gegenüber ihren Mandanten

durch die (vermeintliche) Gründung einer völlig neuen, aber von denselben Personen in denselben Räumen unter Verwendung derselben Telefon- und Telefaxnummern und vor allem unter derselben Firmierung betriebenen Anwaltssozietät entfallen zu lassen. Die tatsächlichen Voraussetzungen des angenommenen Vertrauenstatbestands sind jedoch nicht festgestellt worden. Der Anwaltsvertrag ist mit einem Einzelanwalt, nicht mit einer Sozietät zustande gekommen. Dessen Haftung blieb unberührt.

2. Entgegen der Ansicht der Revision folgt die Passivlegitimation der Beklagten zu 1) auch nicht aus einer vertraglichen oder gesetzlichen Haftungsübernahme.

a) Die Revision unterstellt hilfsweise die Wirksamkeit des Partnerschaftsvertrages vom 24.5.2007. Der Vertrag enthält folgende Bestimmungen:

„3. Einlagen

Die Partner bringen ein:

Dr. W.: Sachwerte und ideelle Werte der bisherigen Einzelkanzlei „R. Rechtsanwälte“ ...

4. Verbindlichkeiten aus der bisherigen Einzelkanzlei „R. Rechtsanwälte“

Soweit erforderlich für den Betrieb der Kanzlei bedient die Partnerschaft die jeweils anfallenden Kosten aus den zum 31.12.2006 noch offenen Verbindlichkeiten der bisherigen Einzelkanzlei „R. Rechtsanwälte“. Dies gilt nur solange, wie die Partnerschaft besteht. Ansonsten verbleiben diese Verbindlichkeiten, wie ebenfalls die Verbindlichkeiten aus der ursprünglichen Übernahme von RA R. im Jahr 2003 bei Dr. W.“

b) Durch den Partnerschaftsvertrag allein ist die Beklagte zu 1) nicht Partei des am 3.11.2003 zwischen der Klägerin und dem Beklagten zu 2) geschlossenen Anwaltsvertrages geworden. Zwar werden die Beiträge der Gesellschafter gemäß § 718 Abs. 1 BGB (i.V.m. § 1 Abs. 4 PartGG) gemeinschaftliches Vermögen (Gesellschaftsvermögen). Die einzelnen Vermögensgegenstände müssen jedoch, wenn sie in das Vermögen der Gesellschaft übergehen sollen, nach den jeweils geltenden Vorschriften übertragen werden (*Bamberger/Roth/Timm/Schöne*, BGB 2. Aufl., § 706 Rdnr. 6). Bewegliche Sachen werden nach §§ 929 ff BGB übereignet, Forderungen und Rechte nach §§ 398 ff, 413 BGB abgetreten; für Grundstücke gelten §§ 873, 925 BGB.

Eine **Vertragsübernahme erfolgt durch einen drei- oder mehrseitigen Vertrag unter Beteiligung der bisherigen Parteien und der übernehmenden Partei oder durch zweiseitigen Vertrag zwischen der ausscheidenden und der übernehmenden Partei mit Zustimmung der verbleibenden Partei** (BGH, Urt. v. 27.11.1985 – VIII ZR 316/84, BGHZ 96, 302, 308; *Bamberger/Roth/Rohe*, a.a.O., § 415 Rdnr. 27). Die Revision zeigt nicht auf, dass die Klägerin die tatsächlichen Voraussetzungen einer Vertragsübernahme in den Tatsacheninstanzen vorgetragen oder sich überhaupt auf eine Vertragsübernahme berufen hat.

c) Entgegen der Ansicht der Revision enthält Abschnitt 4 des Partnerschaftsvertrages auch keine Haftungsübernahme der Beklagten zu 1). Diese hat sich verpflichtet, offene Verbindlichkeiten der bisherigen Einzelkanzlei zu bedienen, soweit dies für den Betrieb der Kanzlei erforderlich ist. Die Erfüllung eines Regressanspruchs gegen den Beklagten zu 2) dient nicht dem Betrieb der Kanzlei. Mit diesem Begriff werden vielmehr ersichtlich Betriebskosten und laufende Verbindlichkeiten beschrieben, nicht Verpflichtungen, die den Beklagten zu 2) persönlich treffen, ohne sich auf den Betrieb der Kanzlei auszuwirken. Die Revision behauptet zwar das Gegenteil, begründet ihre Ansicht aber nicht.

d) Die **Voraussetzungen eines Haftungsübergangs gemäß oder entsprechend § 28 HGB** hat das Berufungsgericht zutreffend verneint. Nach § 28 Abs. 1 HGB haftet die Gesellschaft, die durch den Eintritt eines persönlich haftenden Gesellschafters in das Geschäft eines Einzelkaufmanns entsteht, für alle im Betrieb des Geschäfts entstandenen Verbindlichkeiten des früheren Geschäftsinhabers; die in dem Betrieb begründeten Forderungen gelten den Schuldnern gegenüber als auf die Gesellschaft übergegangen.

**Die unmittelbare Anwendung dieser Vorschrift scheitert daran, dass ein Rechtsanwalt kein Handelsgewerbe betreibt (§ 2 Abs. 2 BRAO). Ihre entsprechende Anwendung auf den Fall, dass sich ein Rechtsanwalt mit einem bisher als Einzelanwalt tätigen anderen Rechtsanwalt zur gemeinsamen Berufsausübung in einer Sozietät in der Form einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts zusammenschließt, hat der Bundesgerichtshof wegen der besonderen Ausgestaltung der zwischen einem Einzelanwalt und seinen Mandanten bestehenden Rechtsverhältnisse abgelehnt** (BGH, Urt. v. 22.1.2004 – IX ZR 65/01, BGHZ 157, 361, 366 ff; ebenso BSGE 98, 89 Rdnr. 21; Kreft in: Festschrift für Goette, 2011, 263, 275). An dieser Rechtsprechung, deren Richtigkeit von der Revision auch nicht in Zweifel gezogen wird, hält der Senat fest.

3. Entgegen der Ansicht der Revision haftet die Beklagte zu 1) nicht nach **Rechtsscheinsgrundsätzen**.

a) Die Klägerin beruft sich auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur **Haftung des Scheinsoziums** (BGH, Urt. v. 24.1.1978 – VI ZR 264/76, BGHZ 70, 247, 249; v. 5.11.1993 – V ZR 1/93, BGHZ 124, 47, 51; v. 8.7.1999 – IX ZR 338/97, WM 1999, 1846, 1847) sowie zur Haftung der Sozietät für Fehler und unerlaubte Handlungen des Scheinsoziums (BGH, Urt. v. 3.5.2007 – IX ZR 218/05, BGHZ 172, 169 ff). **Danach haften angestellte Rechtsanwälte sowie freie Mitarbeiter wie Sozietätsmitglieder, wenn sie den zurechenbaren Anschein gesetzt haben, Mitglieder der Sozietät zu sein. Umgekehrt haftet die Sozietät, die den Scheinsozium nach außen wie einen Sozius handeln lässt, für dessen Fehler bei der Bearbeitung eines Mandats ebenso wie für dessen unerlaubte Handlungen.** Die Revision meint, nach Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (BGH, Urt. v. 29.1.2001 – II ZR 331/00, BGHZ 146, 341) verdiene die Scheinsozietät keine besondere Behandlung. Jedenfalls nachdem sie zu einer Sozietät (BGB-Gesellschaft) „erstarkt“ sei, müsse es möglich sein, sie selbst auf Erfüllung von Schaden-

ersatzverpflichtungen in Anspruch zu nehmen, die während der Zeit der Scheinsozietät begründet worden seien.

b) Diese Ansicht trifft nicht zu. **Eine Scheinsozietät ist rechtlich nicht existent. Sie kommt als Anspruchsgegnerin nicht in Betracht. Eine Bestimmung im Gesetz, welche die während des Bestehens einer Scheinsozietät entstandenen Ansprüche, die sich nur gegen einzelne Personen oder eine bereits vorhandene Gesellschaft richten können, auf eine später gegründete Gesellschaft überleitet, gibt es nicht.** Soweit der Anschein einer Sozietät gesetzt wurde, haften die Scheingesellschafter für die Fehler des Einzelanwalts oder der wirklichen Gesellschafter ebenso, wie der Einzelanwalt oder die wirkliche Gesellschaft und die wirklichen Gesellschafter für die Fehler von Scheingesellschaftern einzustehen haben. Die Vorschrift des § 130 HGB, die nach Ansicht der Revision auf den vorliegenden Fall entsprechend angewendet werden soll, könnte allenfalls zu einer Haftung weiterer Gesellschafter führen, nicht jedoch zu einer Haftung der Beklagten zu 1) selbst (vgl. BGH, Urt. v. 7.4.2003 – II ZR 56/02, BGHZ 154, 370; v. 19.11.2009 – IX ZR 12/09, WM 2010, 139 Rdnr. 15 ff). ■

## Honoraranspruch des Rechtsanwalts

- Kündigung durch Rechtsanwalt
- Wegfall des Vergütungsanspruchs (BGH, Urt. v. 29.9.2011 – IX ZR 170/10)

### Leitsätze:

1. Kündigt der Rechtsanwalt das Mandatsverhältnis, ohne durch vertragswidriges Verhalten des anderen Teils dazu veranlasst zu sein, steht ihm ein Anspruch auf Vergütung insoweit nicht zu, als der Mandant einen anderen Prozessbevollmächtigten neu bestellen muss, mit dessen Vergütung auch die Tätigkeit des kündigenden Anwalts abgegolten wäre.

2. Von einem Interessenwegfall ist auch auszugehen, soweit die aufgrund der Kündigung neu beauftragten Rechtsanwälte fristgebundene Verfahrenshandlungen nicht mehr vornehmen, fristgebundene Erklärungen nicht mehr abgeben und an vergangenen Terminen nicht mehr teilnehmen können, wenn mit der ihnen geschuldeten gesetzlichen Vergütung auch diese Handlungen abgegolten gewesen wären. ■

### Zum Sachverhalt:

Die Klägerin, eine Prozessfinanziererin, verlangt von der beklagten Anwaltssozietät aus abgetretenem Recht die Rückzahlung von Rechtsanwaltsgebühren. Seit Anfang der 1990er-Jahre vertrat die Beklagte den V. e.V. (im Folgenden: Zedentin) bei der Durchsetzung von Ansprüchen wegen einer in M. gelegenen Immobilie. Vereinbart war, dass die Vertretung der Zedentin durch die Beklagte in einem Rechtsstreit gegen die T.-GmbH mit den gesetzlichen Gebühren nach der damals noch geltenden Bundesrechtsanwalts-

gebührenordnung vergütet werden sollte. In diesem Rechtsstreit erging am 13.3.2001 ein Urteil des Kammergerichts, das der Bundesgerichtshof auf die Revision der Zedentin mit Urteil vom 20.9.2002 unter Zurückverweisung an das Kammergericht aufhob. In dem zurückverwiesenen Verfahren, das sich aufgrund einer umfangreichen Beweisaufnahme sehr aufwändig gestaltete, vertrat die Beklagte die Zedentin zunächst weiter. Hieran änderte sich vorerst auch nichts, nachdem die Beklagte die Zedentin mit Schreiben vom 29.6.2005 vergeblich zum Abschluss einer Honorarvereinbarung auf Stundenbasis aufgefordert hatte. Für die Vertretung in dem Verfahren hatte die Zedentin insgesamt 42.230,36 EUR an die Beklagte gezahlt.

Mit Schreiben vom 26.2.2008 verlangte die Beklagte erneut den Abschluss einer schriftlichen Honorarvereinbarung, nach der die Zedentin ihre weitere Tätigkeit nach Zeit vergüten sollte. Von der Unterzeichnung dieser Vereinbarung machte sie ihre weitere Tätigkeit abhängig. Nachdem die Zedentin sich weigerte, die von der Beklagten dem Schreiben beigefügte Honorarvereinbarung zu unterschreiben, kündigte die Beklagte mit Schreiben vom 19.3.2008 das Mandatsverhältnis. Die Zedentin bestellte neue Prozessbevollmächtigte für das Berufungsverfahren, die ihr eine 1,6-fache Verfahrensgebühr und eine 1,2-fache Terminsgebühr zuzüglich Post- und Telekommunikationsdienstleistungspauschale und Umsatzsteuer in Höhe von insgesamt 17.503,47 EUR in Rechnung stellten.

Die Klägerin verlangt aus abgetretenem Recht die von der Zedentin aufgrund der Weigerung der Beklagten, das Mandat fortzuführen, doppelt entrichteten Gebühren. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht die Beklagte in der Hauptsache antragsgemäß verurteilt. Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter. Die Revision ist unbegründet. ■

#### Aus den Gründen:

I. Das Berufungsgericht hat mit Recht angenommen, die Beklagte habe ihren Anwaltsdienstvertrag mit der Zedentin (§§ 611, 675 BGB) gemäß § 627 Abs. 1 BGB wirksam gekündigt. Gemäß dieser Vorschrift durfte die Beklagte den Vertrag jederzeit kündigen. Insoweit rügt die Revision das angefochtene Urteil nicht.

1. Das Berufungsgericht, dessen Entscheidung in AGS 2011, 267, veröffentlicht ist, führt aus, die Klage sei aus § 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 BGB i.V.m. § 398 Satz 2 BGB begründet. Die Beklagte sei verpflichtet, den Teil der Gebühren, den die Klägerin infolge der Kündigung der Beklagten doppelt habe aufwenden müssen, zurückzuzahlen, weil ihr insoweit ein Anspruch auf die Vergütung nicht mehr zustehe. Ihre bisherigen Leistungen hätten infolge der Kündigung für die Zedentin als Dienstberechtigte kein Interesse mehr (§ 628 Abs. 1 Satz 2 BGB). Die Beklagte sei nicht zur Kündigung des Vertrages durch die Zedentin veranlasst worden. Zwar sei die Beklagte nicht gehindert gewesen, von der Zedentin den Abschluss einer Honorarvereinbarung zu verlangen. Die

Weigerung der Zedentin, sich auf eine solche Vereinbarung einzulassen, stelle aber keine Pflichtwidrigkeit dar. Ob die Beklagte nach § 313 BGB einen Anspruch auf Anpassung des Vertrages gehabt habe, könne dahinstehen. Die Zedentin habe sich nicht geweigert, in Verhandlungen über eine Anpassung des Vertrages einzutreten, solche habe die Beklagte gar nicht verlangt. Die Zedentin habe nur die konkret vorgeschlagene Honorarvereinbarung abgelehnt. Hierauf habe die Beklagte entsprechend ihrer Ankündigung den Vertrag gekündigt, ohne den Versuch einer Vertragsanpassung zu machen. Die bis dahin erbrachten Leistungen der Beklagten seien für die Zedentin wirtschaftlich nicht mehr verwertbar gewesen und deshalb nutzlos geworden, weil sie aufgrund der Kündigung einen neuen Prozessbevollmächtigten habe bestellen müssen, für den die gleichen Gebühren entstanden seien, wie für die bisherigen Prozessbevollmächtigten. Dies führe nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs wegen Interessenwegfalls zum Untergang der Gebührenforderung. Da die Zedentin die Gebühren der Beklagten bereits gezahlt gehabt habe, müsse diese den Teil zurückzahlen, der aufgrund der Beauftragung eines neuen Prozessbevollmächtigten doppelt angefallen sei.

Soweit in der Rechtsprechung mehrerer Oberlandesgerichte die Auffassung vertreten werde, dass von einem Interessenwegfall dann nicht ausgegangen werden könne, wenn die von dem Dienstverpflichteten erbrachten Leistungen zum Teil nicht mehr nachholbar seien, weil die Berufung bereits eingelegt worden sei und mehrere Verhandlungs- und Ortstermine stattgefunden hätten, könne dem nicht gefolgt werden. Die Zedentin hätte nur dann ein Interesse an den von der Beklagten für sie in dem Verfahren bereits erbrachten Leistungen gehabt, wenn diese das Verfahren zu Ende gebracht hätte. Ohne die Beauftragung eines anderen Rechtsanwalts im nächsten Termin wäre ein Versäumnisurteil gegen sie ergangen, wodurch sämtliche vorangegangenen Tätigkeiten der Beklagten wertlos geworden wären.

2. Diese Ausführungen halten den Angriffen der Revision stand. Die Beklagte hat keinen Anspruch auf die Gebühren, mit denen Tätigkeiten abgegolten worden sind, an denen die Zedentin infolge der Kündigung kein Interesse mehr hat.

a) Die Revision ist unbegründet, soweit sich die Beklagte darauf beruft, § 628 Abs. 1 Satz 2 BGB sei im Verhältnis zwischen der Zedentin und ihr nicht anzuwenden, weil die Vorschrift stillschweigend dadurch abbedungen sei, dass sie die Zedentin noch in anderen gerichtlichen Verfahren vertreten habe, in denen stets eine Abrechnung auf Stundenbasis vereinbart worden sei. Zwar habe sie sich vorliegend bereit erklärt, das ihr angetragene Mandat zu den gesetzlichen Gebühren zu bearbeiten. Aufgrund der **Honorarvereinbarungen in anderen Sachen** habe aber auf der Hand gelegen, dass die bereits abgerechneten Dienstleistungen in der vorliegenden Sache bei einer vorzeitigen Beendigung des Mandats nicht der Rückzahlung unterliegen sollten. Aufgrund des Risikos, das Verfahren nicht kostendeckend bearbeiten zu können, habe sie berechtigterweise erwarten dürfen, dass jedenfalls die einmal angefallenen Gebühren bei ihr verbleiben sollten.

Ein **Ausschluss des § 628 Abs. 1 Satz 2 BGB**, der von der Beklagten in den Vorinstanzen nicht einmal geltend gemacht worden ist, ergibt sich aus diesen Ausführungen nicht. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts haben die Beklagte und die Zedentin vorliegend **einschränkungslos vereinbart, dass die Abrechnung auf der Basis der gesetzlichen Gebühren erfolgen sollte**. Anhaltspunkte dafür, dass die Sache im Rahmen eines Dauermandats unter bestimmten einschränkenden Voraussetzungen bearbeitet werden sollte, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt.

b) Das Berufungsgericht ist mit Recht davon ausgegangen, dass die Zedentin die Kündigung der Beklagten **nicht durch pflichtwidriges Verhalten veranlasst** hat. Die Auffassung der Revision, die Zedentin habe die Kündigung des Mandats zu vertreten, weil sie sich nicht auf Verhandlungen über eine zusätzliche Vergütung eingelassen habe, geht fehl.

aa) Entsprechend den Ausführungen im Urteil des Berufungsgerichts kann offenbleiben, ob im Fall der Vereinbarung der Abrechnung der Anwaltsgebühren des Rechtsstreits auf Grundlage der **gesetzlichen Honorarvorschriften** überhaupt eine Anwendung des **§ 313 BGB**, die etwa dazu führen würde, dass die mit den gesetzlichen Gebühren verbundene **Mischkalkulation** außer Kraft gesetzt werden könnte, in Betracht kommt. Auch wenn wenig dafür spricht, dass es möglich sein soll, in jedem Fall, in dem die aufwändige Bearbeitung eines Rechtsstreits mit einem vergleichsweise niedrigen Streitwert dazu führt, dass die gesetzlichen Gebühren diese Tätigkeit nicht abdecken, einen Anspruch des Rechtsanwalts anzunehmen, Verhandlungen über die Anpassung der Gebühren zu verlangen, braucht diese Frage letztlich hier nicht entschieden zu werden.

bb) Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts haben die Beklagten die Zedentin vor die Wahl gestellt, entweder die von ihnen diktierten Stundensätze für die weitere Fortführung des Mandats zu akzeptieren oder die Kündigung des Mandatsverhältnisses entgegenzunehmen. Ein Verlangen der Beklagten, in Verhandlungen über eine Anpassung der Gebühren einzutreten hat es nicht gegeben. Selbst wenn dies anders gewesen wäre, hätte die Beklagte das Anpassungsverfahren betreiben müssen.

c) Das Berufungsgericht ist mit Recht von der Anwendbarkeit des **§ 628 Abs. 1 Satz 2 BGB** ausgegangen. Nach dieser Vorschrift, die **durch die Bundesrechtsanwaltsgebührenordnung und damit auch das Rechtsanwaltsvergütungsgesetz nicht ausgeschlossen wird** (vgl. BGH, Urt. v. 7.10.1976 – III ZR 110/74, WM 1977, 369, 371; v. 8.10.1981 – IX ZR 190/79, NJW 1982, 437, 438), steht dem Dienstverpflichteten, der den Dienstvertrag kündigt, ohne durch vertragswidriges Verhalten des anderen Teils dazu veranlasst zu sein, ein Anspruch auf die Vergütung insoweit nicht zu, als seine bisherigen Leistungen infolge der Kündigung für den anderen Teil kein Interesse haben.

Von einem entsprechenden **Interessenwegfall** für den Dienstberechtigten ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs dann auszugehen, **wenn dieser die Leistung**

**nicht mehr wirtschaftlich verwerten kann, sie also für ihn nutzlos geworden ist. Einer entsprechenden Lage sieht sich der Auftraggeber eines Rechtsanwalts gegenüber, wenn er wegen einer von seinem bisherigen Prozessbevollmächtigten grundlos ausgesprochenen Kündigung einen anderen Prozessbevollmächtigten neu bestellen muss, für den die gleichen Gebühren nochmals entstehen.** Die Aufwendungen für den zuerst bestellten Prozessbevollmächtigten sind dann für den Auftraggeber nutzlos geworden, der Vergütungsanspruch geht unter (BGH, Urt. v. 7.10.1976, a.a.O.; v. 8.10.1981, a.a.O.; v. 7.6.1984 – III ZR 37/83, NJW 1985, 41; v. 17.10.1996 – IX ZR 37/96, NJW 1997, 188, 189; v. 8.11.2007 – IX ZR 5/06, BGHZ 174, 186 Rdnr. 17).

Die Zedentin war aufgrund der Kündigung gezwungen, einen neuen Prozessbevollmächtigten zu bestellen, um ihre prozessualen Rechte zu wahren. Bei diesem sind die gesetzlichen Gebühren noch einmal angefallen. Dies führt zu einem begründeten Rückforderungsanspruch der Klägerin aus abgetretenem Recht.

aa) Von einem **Wegfall des Interesses** ist auch auszugehen, **soweit die von der Zedentin neu beauftragten Rechtsanwälte die Berufung nicht mehr einlegen konnten** und eine Wahrnehmung von Gerichts- und Ortsterminen durch diese Rechtsanwälte nicht mehr in Betracht kam. Die Einschränkung, die bis zur Mandatsniederlegung erbrachten Leistungen würden für den Auftraggeber jedenfalls insoweit nicht nutzlos, als die Tätigkeiten des ersten Anwalts für den Mandanten einen bleibenden Wert hätten, wie z.B. die Klageerhebung zur Hemmung der Verjährung oder Einlegung eines fristgebundenen Rechtsmittels, das der zweite Anwalt infolge des Fristablaufs nicht mehr einlegen könne (vgl. OLG Karlsruhe, NJW-RR 1994, 1084, 1085; KG, NJW-RR 2002, 708, 709 f; OLG Schleswig, OLGR Schleswig 2008, 232, 234; Erman/Belling, BGB 13. Aufl., § 628 Rdnr. 12; Palandt/Weidenkaff, BGB 70. Aufl., § 628 Rdnr. 4; Mugler, AnwBl 2000, 19, 21), ist jedenfalls insoweit nicht gerechtfertigt, als der Auftraggeber einen neuen Anwalt bestellen muss, um den Rechtsstreit fortführen zu können (Henssler/Deckenbrock, NJW 2005, 1, 4; MünchKomm-BGB/Henssler 5. Aufl., § 628 Rdnr. 28).

**Die Tätigkeit des ersten Anwalts, der das Mandatsverhältnis ohne Veranlassung durch den Auftraggeber kündigt, bleibt für den Mandanten auch dann nutzlos, wenn dieser ein fristgebundenes Rechtsmittel eingelegt und einzelne Prozesshandlungen vorgenommen hat.**

bb) Soweit aufgrund der Beauftragung eines neuen Anwalts die gleichen Gebühren noch einmal entstehen, kommt eine Kürzung der Gebühren des neuen Anwalts aufgrund der Regelungen des Gebührenrechts nicht in Betracht. Eine Anrechnung findet nicht statt. **Wirtschaftlich gesehen hat der Mandant keinen Vorteil davon, dass der zuerst tätige Anwalt schon fristwahrende Handlungen vorgenommen oder an früheren Verhandlungs- und Ortsterminen teilgenommen hat.** Darauf, dass eine fristgebundene Handlung und frühere Termine durch den später beauftragten Rechtsanwalt nicht mehr wahrgenommen werden können, kommt es deshalb



nicht an. Entscheidend ist, dass dem Mandanten keine andere Wahl bleibt, als einen neuen Anwalt, der noch einmal die gleichen Gebühren bekommt, zu beauftragen, will er nicht den Rechtsstreit allein deshalb verlieren, weil er nicht mehr anwaltlich vertreten ist. **Die fristwahrende Handlung des ersten Anwalts stellt keinen bleibenden Wert dar, weil ihr Nutzen ohne die Beauftragung eines neuen Anwalts verloren geht.** Ob dies im Einzelfall anders ist, wenn der Mandant aufgrund des Rechtsgutachtens des Anwalts eine bleibende Entscheidungsgrundlage behält, die er trotz der Kündigung weiterverwenden kann (vgl. *OLG Karlsruhe, a.a.O.*; *Erman/Belling, a.a.O.*), braucht vorliegend nicht entschieden zu werden.

cc) **Würde man dem Rechtsanwalt die Möglichkeit geben, durch die nach § 627 Abs. 1 BGB ohne das Vorliegen eines wichtigen Grundes zulässige Kündigung des Mandatsverhältnisses den Auftraggeber dem Risiko auszusetzen, dass er die gleichen Gebühren noch einmal entrichten muss, hätte der Anwalt ein Instrument, jederzeit höhere als die gesetzlichen Gebühren durchzusetzen.** Er könnte den Mandanten vor die Wahl stellen, entweder den Abschluss einer nachträglichen Gebührenvereinbarung zu akzeptieren oder einen neuen Anwalt beauftragen zu müssen, der die gleichen Gebühren noch einmal bekommt.

Ob und inwieweit der kündigende Anwalt bereits Tätigkeiten erbracht hat, die durch einen neu zu beauftragenden Rechtsanwalt nicht mehr nachgeholt werden können, ist deshalb ohne Bedeutung. Der neu zu bestellende Anwalt muss aufgrund des Gesetzes gebührenrechtlich so behandelt werden, als hätte er die Angelegenheit vom Anfang bis zum Ende erledigt. Der Einwand, er habe nur einen Teil der im Verfahren zu erbringenden Leistungen tatsächlich erbracht, ist ihm gegenüber ausgeschlossen.

Hieraus folgt zwangsläufig für den zuerst tätigen Anwalt, dass seine Tätigkeit für den Auftraggeber nutzlos geworden ist. Dies gilt etwa auch dann, wenn er mit der Klageerhebung die Verjährung eines Anspruchs unterbrochen, durch Einlegung der Berufung oder einer Revision deren Fristen gewahrt oder innerhalb der Fristen die Berufung oder Revision begründet hat. Auch wenn die Wahrung der entsprechenden Fristen für den Auftraggeber erhalten bleibt, wird sie doch wirtschaftlich für ihn nutzlos, weil er den notwendigerweise zu bestellenden zweiten Anwalt genauso zu entlohnen hat, als hätte dieser die entsprechenden fristwährenden Schriftsätze gefertigt und Prozesshandlungen vorgenommen.

dd) Hieran ändert vorliegend auch nichts, dass die Beklagten sowohl in dem ersten als auch in dem zweiten Berufungsverfahren tätig waren. Soweit die gesetzlichen Gebühren für die jeweilige Tätigkeit einheitlich entstehen und die infolge der Mandatsniederlegung notwendige Beauftragung eines zweiten Anwalts zur nochmaligen Entstehung der gleichen Gebühren führt, ist unter den Voraussetzungen einer nicht vom Auftraggeber veranlassten Kündigung stets von wirtschaftlicher Nutzlosigkeit der bisherigen Leistungen auszugehen. Dass diese tatsächlich nicht nutzlos sind, weil das

Verfahren ohne sie gar nicht so weit gediehen wäre, hat für die Anwendung des § 628 Abs. 1 Satz 2 BGB keine Bedeutung. Die gesetzlichen Gebührentatbestände sind darauf angelegt, dass der Auftragnehmer das Mandat zu Ende bringt.

II. Die Revision hat auch zur Höhe keinen Erfolg. Sie macht vergeblich geltend, der Anspruch der Klägerin sei der Höhe nach auf die Rückerstattung einer 13/10 Verhandlungsgebühr gemäß § 31 Abs. 1 Nr. 2, § 11 Abs. 1 Satz 4 BRAGO begrenzt.

1. Die Auffassung der Revision, die von der Zedentin gezahlte Prozessgebühr nach § 31 Abs. 1 Nr. 1 BRAGO sei nicht zu berücksichtigen, weil diese Gebühr nach Aufhebung und Zurückverweisung der Sache gemäß § 15 Abs. 1 Satz 1 BRAGO nicht noch einmal angefallen sei, geht fehl. Der Bereicherungsanspruch der Klägerin ist unter Einbeziehung der im ersten Rechtszug gezahlten Prozessgebühr zu berechnen. Zwar ist diese Gebühr nach Aufhebung und Zurückverweisung durch den Bundesgerichtshof wegen § 15 Abs. 1 Satz 1 BRAGO nicht noch einmal angefallen. Die Zedentin musste sich aber infolge der Kündigung der Beklagten bei Abrechnung des neuen Mandatsverhältnisses so behandeln lassen, als habe noch kein Berufungsverfahren stattgefunden. Die Anrechnung einer schon vor Aufhebung und Zurückverweisung an ihre Verfahrensbevollmächtigten gezahlten Prozessgebühr konnte sie gegenüber ihrem neuen Prozessbevollmächtigten nicht geltend machen.

2. Die Abrechnung der neuen Anwälte musste nach den Vorschriften des Rechtsanwaltsvergütungsgesetzes erfolgen, weil die Zedentin das neue Mandat erst nach Inkrafttreten dieses Gesetzes erteilt hat (§§ 60, 61 RVG). Dessen Gebühren sind mit denen der Bundesrechtsanwaltsgebührenordnung nicht mehr unmittelbar vergleichbar. Die gesamte Tätigkeit der Beklagten im zweiten Rechtszug wäre auch durch die Gebühren abgegolten worden, die die Zedentin an den Nachfolgeanwalt zu entrichten hatte. ■

## Versicherungsschutz

- Bindungswirkung des Haftpflichturteils
  - Tatsachenfeststellungen
  - Pflichtverletzung
  - Rechtliche Begründung
  - Haftung aus § 280 BGB oder § 19 BNotO
  - Berufliche Tätigkeit als Notar
- (BGH, Urt. v. 8.12.2010 – IV ZR 211/07)

### Leitsatz:

Der für den Deckungsprozess bindende Haftungstatbestand umfasst lediglich die vom Tatrichter des Haftpflichtprozesses festgestellten und seiner Entscheidung zugrunde gelegten tatsächlichen Elemente; seine rechtliche Einordnung ist dagegen ohne Belang. ■



**Zum Sachverhalt:**

Die Beklagte war Berufshaftpflichtversicherer eines früheren Rechtsanwalts und Notars (im Folgenden auch: Schädiger). Versichert war nach § 1 Satz 1 der zugrunde liegenden Allgemeinen Versicherungsbedingungen zur Haftpflichtversicherung für Vermögensschäden (AVB) die Ersatzpflicht für Vermögensschäden „wegen eines bei der Ausübung beruflicher Tätigkeit ... begangenen Verstoßes“.

Der Notar ist durch rechtskräftiges Urteil des Oberlandesgerichts Frankfurt a.M. vom 10.8.2001 verurteilt worden, an die Klägerin 144.596,70 DM zzgl. Zinsen als Schadenersatz aufgrund der Verletzung eines Treuhandvertrages zu zahlen, der eine Kapitalanlage in Spanien zum Gegenstand hatte. In diesem Urteil ist festgestellt, dass der Schädiger entgegen seiner Verpflichtung aus dem Treuhandvertrag einen erhaltenen Scheckbetrag nicht unverzüglich der Gesellschaft, deren Obligationen die Klägerin zu erwerben beabsichtigte, zur Verfügung gestellt habe, weshalb diese die entsprechende Stückzahl an Obligationen auch nicht erworben habe; daher hafte der Schädiger gemäß „§ 280 BGB hilfsweise: pVV des Treuhandvertrages“ auf Schadenersatz.

Die Klägerin nimmt nunmehr, nachdem sie den vermeintlichen Deckungsanspruch des Schädigers gegen die Beklagte gepfändet und sich zur Einziehung hat überweisen lassen, die Beklagte auf Zahlung des im Haftpflichtprozess zuerkannten Betrags in Anspruch.

In den Vorinstanzen ist die Klage erfolglos geblieben. Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihr ursprüngliches Klagebegehren weiter. Die Revision führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. ■

**Aus den Gründen:**

I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, dass nicht von notarieller Tätigkeit auszugehen sei; damit liege eine versicherte berufliche Tätigkeit des Schädigers nicht vor. Dies folge mit Bindungswirkung für den Deckungsprozess daraus, dass die Verurteilung im Haftpflichtprozess auf „§ 280 BGB – hilfsweise pVV des Treuhandvertrages –“ gestützt worden sei. Auf weitere streitige Fragen wie die Klagfrist nach § 12 Abs. 3 VVG und das Vorliegen einer wissentlichen Pflichtverletzung des Versicherungsnehmers komme es danach nicht mehr an.

II. Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

1. Das Berufungsgericht hat bereits die Reichweite der Bindungswirkung des Haftpflichturteils verkannt.

a) Allerdings ist es zutreffend davon ausgegangen, dass § 19 BNotO die ausschließliche Anspruchsgrundlage für die Haftung eines Notars wegen Amtspflichtverletzungen bei Ausübung seiner notariellen Tätigkeit darstellt (BGH, Urt. v. 21.11.1996 – IX ZR 182/95, BGHZ 134, 100, 106). Damit scheiden § 280 BGB bzw. – nach dem bis zum 31.12.2001 geltenden Recht – positive Vertragsverletzung als Anspruchsgrundlagen bei pflichtwidrigem notariellen Handeln aus.

b) Richtig ist auch, dass sich aus dem rechtskräftigen Haftpflichturteil **Bindungswirkung für den nachfolgenden Deckungsrechtsstreit ergibt, soweit es um den dort festgestellten Haftungstatbestand geht**. Dies ist eine notwendige Ergänzung des in der Haftpflichtversicherung geltenden Trennungsprinzips, wonach grundsätzlich im Haftpflichtprozess zu entscheiden ist, ob und in welcher Höhe der Versicherungsnehmer dem geschädigten Dritten gegenüber haftet. Damit wird verhindert, dass die im Haftpflichtprozess getroffene Entscheidung und die zugrunde liegenden Feststellungen im Deckungsprozess erneut infrage gestellt werden können (Senatsurt. v. 30.9.1992 – IV ZR 314/91, BGHZ 119, 276, 278).

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 zu treffender rechtlicher Würdigung als entscheidungserheblich erweist**, also **Voraussetzungsidentität** vorliegt. Nur dann ist es gerechtfertigt anzunehmen, eine Feststellung sei Grundlage für die Entscheidung im Haftpflichtprozess. Die Begrenzung der Bindungswirkung auf die Fälle der Voraussetzungsidentität ist insbesondere deshalb geboten, weil der Versicherungsnehmer und der Versicherer keinen Einfluss darauf haben, dass der Haftpflichtrichter „überschießende“, nicht entscheidungserhebliche Feststellungen trifft oder nicht entscheidungserhebliche Rechtsausführungen macht (Senatsurt. v. 24.1.2007 – IV ZR 208/03, VersR 2007, 641; v. 2.2.2004 – IV ZR 126/02, VersR 2004, 590).

Die Bindung an eine im Haftpflichtprozess festgestellte schadenverursachende Pflichtverletzung ist auch dann gegeben, wenn daneben noch andere Pflichtverletzungen bestehen mögen; **dem Haftpflichtversicherer ist es verwehrt, sich zur Begründung eines Ausschlussstatbestands auf eine andere als die festgestellte Pflichtverletzung zu berufen** (Senatsurt. v. 19.3.2003 – IV ZR 233/01, VersR 2003, 635; v. 17.7.2002 – IV ZR 268/01, VersR 2002, 1141 = NJW-RR 2002, 1539; v. 20.6.2001 – IV ZR 101/00, VersR 2001, 1103).

c) Aus alledem folgt, dass der für den Deckungsprozess bindende Haftungstatbestand lediglich die vom Tatrichter des Haftpflichtprozesses festgestellten und seiner Entscheidung **zugrunde gelegten tatsächlichen Elemente** umfasst (Senatsurt. v. 20.6.2001, a.a.O., unter II. 2. b)). **Maßgeblich ist der äußere Tatbestand der Pflichtwidrigkeit, nicht dessen rechtliche Einordnung**. Dies muss auch deshalb gelten, weil sich beide Parteien des Haftpflichtprozesses nicht mit einem Rechtsmittel allein gegen eine fehlerhafte rechtliche Begründung des ergangenen Urteils wehren können. Ein Rechtsmittel, mit dem bei gleichem Ergebnis nur eine andere Entscheidungsbegründung erstrebt würde, wäre mangels Beschwer unzulässig (vgl. BGH, Urt. v. 2.3.1994 – XII ZR 207/92, NJW 1994, 2697 unter 2. a) aa)).

Anderes ergibt sich auch nicht aus dem vom Berufungsgericht zitierten Senatsurteil vom 28.9.2005 (IV ZR 255/04, NJW 2006, 289). Auch dort ist bei Rdnr. 20 der Entschei-

dungsgründe zur Reichweite der Bindungswirkung ausdrücklich auf die der Haftung des Versicherungsnehmers im Haftpflichturteil zugrunde gelegten tatsächlichen Elemente abgestellt. Soweit der dem Versicherungsnehmer anzulastende Pflichtenverstoß anschließend gesondert genannt ist, ging es im dort entschiedenen Fall nicht um die rechtliche Einordnung unter eine von mehreren möglichen Anspruchsgrundlagen, sondern allein um die Abgrenzung, ob dem Versicherungsnehmer überhaupt ein derartiger, einen **Schadenersatzanspruch** und damit einen Haftpflichtfall auslösender Verstoß zur Last zu legen war oder ob in Wahrheit ein vertraglicher **Erfüllungsanspruch** geltend gemacht wurde. Insoweit nimmt die tatsächliche Feststellung, dass in dem **Handeln des Versicherungsnehmers eine Pflichtverletzung** lag, an der Bindungswirkung teil.

d) Danach steht auch im Streitfall mit Bindungswirkung fest, dass der Versicherungsnehmer der Beklagten eine **Pflichtverletzung begangen hat, indem er den erhaltenen Scheck nicht rechtzeitig weiterleitete**. Tatsächliche Feststellungen, aus denen sich ergeben könnte, dass der Schädiger hierbei nicht als Notar gehandelt hat, sind im Haftpflichturteil dagegen nicht getroffen. Die festgestellte Pflichtverletzung bleibt vielmehr unabhängig von einer solchen rechtlichen Einordnung im Tatsächlichen gleich. **Zur Entscheidung des Haftpflichtprozesses bedurfte es nicht der Klärung, ob notarielle Tätigkeit vorlag.**

aa) Auf Grundlage der Annahme pflichtwidrigen Verhaltens waren **sowohl die Voraussetzungen des § 280 BGB** bzw. der positiven Vertragsverletzung erfüllt, wenn nicht von notarieller Tätigkeit auszugehen ist, **als auch diejenigen des § 19 BNotO**, wenn notarielle Tätigkeit anzunehmen ist, weil der Schädiger in beiden Fällen zur unverzüglichen Weiterleitung des ihm zugegangenen Schecks verpflichtet gewesen wäre. Insbesondere wäre eine Haftung aus § 19 BNotO nicht am Bestehen einer anderweitigen Ersatzmöglichkeit im Hinblick auf eine Haftung des Schecküberbringers gescheitert. Denn die Klägerin macht nur noch die Beträge geltend, die beim Schecküberbringer trotz eines rechtskräftigen Anerkenntnisurteils mangels pfändbaren Vermögens nicht realisiert werden konnten.

Ein Rechtsanspruch, bei dem keine Aussicht auf baldige wirtschaftliche Durchsetzung besteht, stellt keine anderweitige Ersatzmöglichkeit i.S.v. § 19 Abs. 1 Satz 2 BNotO dar (vgl. BGH, Urt. v. 5.11.1992 – III ZR 91/91, BGHZ 120, 124, 126 zu § 839 BGB; v. 2.7.1996 – IX ZR 299/95, NJW 1996, 3009 unter III. 1. b)). Außerdem gilt die unbeschränkte Subsidiärhaftung des Notars gemäß § 19 Abs. 1 Satz 2 2. Halbs. BNotO nur bei Urkundstätigkeit (§§ 20–22 BNotO), nicht aber bei (selbstständigen) Betreuungsgeschäften i.S.d. §§ 23, 24 BNotO. Eine Urkundstätigkeit wurde jedoch vom Schädiger nicht vorgenommen.

bb) Ebenso ist eine Bindungswirkung bezüglich der rechtlichen Qualifikation des Anspruchs gegen den Schädiger nicht deshalb gegeben, weil es sich bei der vom Haftpflichtrichter angenommenen vertraglichen Haftung sowie der Haftung aufgrund notarieller Amtspflichtverletzung um

unterschiedliche **Streitgegenstände** handeln würde. **Der zur Begründung des Klageantrags unterbreitete Lebenssachverhalt bleibt derselbe, gleich ob die Haftung aus § 280 BGB, positiver Vertragsverletzung oder § 19 BNotO hergeleitet wird**; dies ist nur eine Frage der rechtlichen Einordnung. Es kommt hinzu, dass die Klägerin sich schon in der Klageschrift im Ausgangsverfahren gegen den Schädiger darauf berufen hat, dass sich im Verfahren gegen den Schecküberbringer herausgestellt habe, „dass der Beklagte, Treuhänder und Notar, schadenersatzpflichtig ist“. Das Vortragen solcher Umstände unter Vorlage der maßgeblichen Urkunden gibt dem Gericht in jedem Fall ausreichenden Anlass zur Prüfung, ob der Beklagte Amtspflichten als Notar verletzt hat (vgl. BGH, Urt. v. 29.3.2001 – IX ZR 445/98, NJW-RR 2001, 1639 unter B. I. 1. a) aa)).

2. Das angefochtene Urteil erweist sich nicht aus anderen Gründen als richtig (§ 561 ZPO).

a) Der Schädiger hat den im Haftpflichturteil festgestellten Pflichtverstoß im Rahmen der Ausübung notarieller und somit nach § 1 Satz 1 AVB **versicherter beruflicher Tätigkeit** begangen.

aa) Nach § 23 BNotO können auch die treuhänderische Aufbewahrung von Geld und Wertpapieren und ihre Ablieferung an Dritte mögliche Amtsgeschäfte eines Notars sein; eine **notarielle Zuständigkeit zur Übernahme von Treuhandeltätigkeiten folgt allgemein aus § 24 BNotO** (vgl. Reithmann in: Schippel/Bracker, BNotO 8. Aufl., § 23 Rdnr. 1). Daraus ergibt sich zwar noch nicht, dass jedes Treuhandgeschäft, das ein Notar (insbesondere ein Anwaltsnotar) vornimmt, von ihm auch in dieser Eigenschaft getätigt wird, vor allem wenn es sich um eine isolierte Treuhand ohne Zusammenhang mit einer Beurkundung handelt.

**Gerade bei Anlagegeschäften**, bei denen der Kunde typischerweise einem unter der Bezeichnung als Notar auftretenden Treuhänder einen besonderen Vertrauensvorschuss entgegenbringt, **liegt jedoch die Annahme notarieller Amtsgeschäfte bei einem Treuhandauftrag nahe** (vgl. dazu die Fälle in BGH, Urt. v. 21.11.1996; v. 29.3.2001, jeweils a.a.O.; OLG Frankfurt, Urt. v. 17.9.2003 – 4 U 150/02, juris; OLG Hamm, DNotZ 1997, 228). Lässt der Treuhandauftrag erkennen, dass eine neutrale unparteiische Berücksichtigung der Belange sämtlicher Beteiligten in Rede steht, so ist dies schon unabhängig von der Vermutung des § 24 Abs. 2 Satz 1 BNotO anzunehmen, weil Zweifel im Sinne dieser Norm nicht bestehen (BGH, Urt. v. 21.11.1996, a.a.O., m.w.N. in BGHZ 134, 100, 104).

bb) So liegt der Fall hier. Der Schädiger war nach dem Inhalt des Treuhand- und Geschäftsbesorgungsvertrages (im Folgenden: TuGV) **kein einseitiger Interessenvertreter der Klägerin**. Dies zeigt sich insbesondere daran, dass er neben den Belangen sämtlicher Anleger bei der Abwicklung der Beteiligung auch die Interessen der C.-G. zu beachten hatte, die ihm die auszugebenden Obligationen ebenfalls treuhänderisch übertragen hatte (siehe § 1 Abs. 4 TuGV), so dass er bei der weiteren Abwicklung der Transaktion entsprechend

dem TuGV **erkennbar beiderseitige Sicherungsinteressen im Auge behalten musste**. Das wird bestätigt durch sein Schreiben an die Beklagte vom 17.8.2000, dem sich ebenfalls entnehmen lässt, dass er (auch) im Auftrag der Kapital suchenden Initiatoren des Geschäfts tätig war.

Zur Wahrung der Sicherungsinteressen der Klägerin hat der Schädiger im Vertrag **bestimmte Versicherungen und Erklärungen** abgegeben. So hat er in § 3 Abs. 1 TuGV versichert, dass der Nennwert der Obligationen durch auf ihn übertragene Grundpfandrechte abgesichert sei, in § 5 TuGV vereinbart, den auf dem Treuhandkonto eingezahlten Investitionsbetrag erst freizugeben, wenn er von diesen Grundpfandrechten einen bestimmten Betrag zugunsten der Klägerin „blockiert“ hat, und in § 7 Abs. 3 TuGV versprochen, diese von ihm blockierte Sicherheit – oder gegebenenfalls eine zugelassene Austauschsicherheit – so lange zu verwahren, bis die Obligationen nach Beendigung des Vertrages eingelöst wurden. Alle diese Erklärungen hat er als „Rechtsanwalt und Notar“ abgegeben und den Vertrag mit diesem Zusatz unterzeichnet. Gleiches gilt für das Anschreiben, mit dem er diesen Vertrag an die Klägerin übersandte. Danach scheidet die Annahme, dass er hier außerhalb seiner beruflichen Stellung tätig wurde, von vornherein aus. Dem steht nicht entgegen, dass derartige Treuhandtätigkeiten grundsätzlich auch von anderen Personen als Anwälten und Notaren übernommen werden könnten (vgl. *BGH, Urt. v. 29.3.2001, a.a.O., unter B. I. 1. a) dd*)).

Notarielle Tätigkeit des Schädigers ist damit ebenso anzunehmen wie in den Fällen, die den Urteilen des Bundesgerichtshofs vom 21.11.1996 und vom 29.3.2001 (*a.a.O.*) zugrunde lagen. Für die Feststellung, dass der Treuhänder dem Treugeber als unparteiischer Betreuer aller Beteiligten (§ 14 Abs. 1 Satz 2 BNotO) gegenübergetreten ist, macht es keinen maßgeblichen Unterschied, ob er das Sicherungsinteresse des Beteiligten dadurch zu gewährleisten scheint, dass er (*wie in BGH, Urt. v. 21.11.1996, a.a.O.*) bestätigt, es seien ausreichende Sicherheiten hinterlegt worden, oder dadurch, dass er – wie hier – erklärt, selbst als Grundpfandgläubiger Inhaber solcher Sicherheiten zu sein, um diese zugunsten des Anlegers zu „blockieren“.

Dass er nach der Anweisung in § 6 TuGV bei einer etwaigen Verwertung der Grundpfandrechte zugunsten des Anlegers als „Kommissar“ im Sinne des spanischen Aktiengesetzes tätig werden soll, mag für einen deutschen Notar untypisch sein, ändert aber nichts daran, dass es auch dabei **letztlich nur um die Sicherung des Anlegers geht, die der Notar als neutraler Interessenverwalter versprochen hat**.

Angesichts des Inhalts der vom Versicherungsnehmer geschuldeten Tätigkeit kann es keine entscheidende Rolle spielen, dass er sich in § 8 TuGV eine **Honorierung** nicht nach der Kostenordnung, sondern in Form einer Treuhandgebühr versprechen ließ und in § 9 TuGV eine mit notarieller Amtstätigkeit unvereinbare Haftungsbeschränkung aufnahm. Durch derartige Klauseln können der Inhalt von Amtspflichten und eine Haftung nach § 19 BNotO nicht umgangen werden.

b) Eine etwaige **Leistungsfreiheit gegenüber dem Schädiger gemäß § 12 Abs. 3 VVG** in der bis zum 31.12.2007 geltenden Fassung (im Folgenden: VVG a.F.) kann die Beklagte der Klägerin **nach § 158c Abs. 1 VVG a.F. nicht entgegenhalten**. Für Notare besteht eine Pflichtversicherung i.S.v. § 158b Abs. 1 VVG a.F. gemäß § 19a Abs. 1 BNotO. Die gemäß § 158c Abs. 3 VVG a.F. zu beachtende Mindestversicherungssumme des § 19a Abs. 3 Satz 1 BNotO wird nicht erreicht.

c) Offengeblieben ist jedoch, ob die Haftung der Beklagten wegen einer wissentlichen Pflichtverletzung des Schädigers entfallen ist. Derartige Verstöße sind nach § 4 Nr. 5 der Versicherungsbedingungen vom Versicherungsschutz ausgenommen. Dies gilt auch gegenüber dem geschädigten Dritten, da es sich insoweit nicht um eine Leistungsfreiheit i.S.v. § 158c Abs. 1 VVG a.F. handelt, sondern weil bei Eingreifen des Risikoausschlusses von vornherein kein Versicherungsschutz besteht (*BGH, Urt. v. 15.12.1970 – VI ZR 97/69, VersR 1971, 239 unter I. 2. a)*).

Schließlich **erstreckt sich auch die Pflichtversicherung gemäß § 19a Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BNotO nicht auf Ersatzansprüche wegen wissentlicher Pflichtverletzung**. Zwar hat nach § 19a Abs. 2 Satz 2 BNotO in der aktuell gültigen Fassung der Versicherer an den Ersatzberechtigten zu leisten, wenn nur dieser Ausschlussgrund streitig ist, und kann dann lediglich gemäß § 19a Abs. 2 Satz 3 BNotO beim Notar Regress nehmen. Diese Bestimmungen sind aber erst durch das Dritte Gesetz zur Änderung der Bundesnotarordnung und anderer Gesetze vom 31.8.1998 (*BGBI I, 2585 ff*) mit Wirkung zum 1.3.1999 in die BNotO eingefügt worden. Sie gelten damit nicht für den hier zu entscheidenden Versicherungsfall aus dem Jahr 1996.

Zur Frage der wissentlichen Pflichtverletzung haben die Vorinstanzen bislang keine Feststellungen getroffen. Eine Bindungswirkung des Haftpflichturteils ist auch in diesem Punkt nicht gegeben. Der Entscheidung des Berufungsgerichts im Haftpflichtprozess lässt sich lediglich entnehmen, dass es von einer schwerwiegenden Vertragsverletzung und damit von „mehr“ als einfacher Fahrlässigkeit i.S.v. § 9 TuGV ausgegangen ist. Im Übrigen hat sich das Urteil zum Verschuldensgrad nicht festgelegt. Der Rechtsstreit ist deshalb zur Klärung dieses Ausschlussgrundes an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 ZPO). ■

## Gl Leitsatz

### Fristenkontrolle / Postversand / Mitarbeiterverschulden

Grundsätzlich darf ein Rechtsanwalt darauf vertrauen, dass eine zuverlässige Büroangestellte einen postfertig zu machenden Schriftsatz in die korrekte Versandtasche einlegt. (*BGH, Beschl. v. 20.7.2011 – XII ZB 139/11*) ■

## Anwaltshaftung

■ Kenntnisabhängige Verjährung  
(OLG Hamm, Urt. v. 24.4.2012 – 28 U 152/11)

### Leitsatz:

Der Verjährungsbeginn gemäß § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB setzt grundsätzlich nur die Kenntnis der den Anspruch begründenden Tatsachen voraus. Nicht erforderlich ist in der Regel, dass der Gläubiger aus den ihm bekannten Tatsachen die zutreffenden rechtlichen Schlüsse zieht. Auch die Kenntnis der einen Anwaltsregressanspruch begründenden Umstände setzt keine Parallelwertung in der Laiensphäre voraus. ■

### Zum Sachverhalt:

Die Klägerin, eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit dem Zweck der Grundstücksverwaltung, nimmt die Beklagte, eine Anwaltssozietät, auf Erstattung von Kosten in Anspruch, die ihr in Zusammenhang mit einem vor dem Landgericht Paderborn geführten Prozess entstanden sind.

Zugrunde lag ein Streit mit den M2 GmbH & Co. KG und E. GmbH & Co. KG (nachfolgend als M1 bezeichnet), in dem es im Wesentlichen um Folgendes ging:

Die Klägerin ist Eigentümerin eines größeren Grundstücks in C2 (Flurstück Nr. 532), welches über gleichfalls in ihrem Eigentum stehende Wegeparzellen, die Flurstücke Nr. 230, 231, 232, sowie über die im Eigentum der Stadt C2 stehende Wegeparzelle Nr. 229 an die C.-Straße angeschlossen ist.

Auf dem neben dem Flurstück Nr. 230 liegenden Areal (Flurstücke Nr. 1510 ff) baute M1, zu deren Gunsten ein Erbbaurecht bestellt war, im Jahr 2002 einen Einkaufsmarkt. Die Zuwegung musste über die Flurstücke Nr. 229 und 230 erfolgen. Zugunsten des Eigentümers des Areals Nr. 1510 ff bestand ein dingliches Wegerecht in Gestalt einer Grunddienstbarkeit.

Die Klägerin wollte ihrerseits auf ihrem Grundstück Nr. 532 einen Frischemarkt errichten, so dass auch ihr an einem Ausbau der Wegeparzellen gelegen war.

Im April 2002 begann das von M1 beauftragte Bauunternehmen mit Arbeiten an der Zuwegung, die von der Klägerin in einem Eilverfahren gestoppt wurden. Schon in diesem vor dem Amtsgericht Paderborn geführten Verfahren wurde die Klägerin durch die Beklagte vertreten. Sachbearbeiter war Rechtsanwalt G.

Nachfolgend kam es zu Verhandlungen mit M1, die unter Druck stand, weil sie den Markt alsbald eröffnen wollte. Ende August/Anfang September 2002 unterzeichneten die Klägerin, vertreten durch den alleinvertretungsberechtigten Gesellschafter T.D., und M1, vertreten durch den Geschäftsführer F.H., eine sog. Nutzungsvereinbarung vom 28.8.2002, in der es auszugsweise heißt:

### „II. Rechte

D. gestattet M1, die [...] Flurstücke 229, 230, 231 und 232 [...] bis zum 31.8.2004 zu nutzen.

Das Nutzungsrecht endet zum 31.8.2004 ohne Kündigung.

### III. Verpflichtungen

1. M1 baut die Zufahrt vorab [...] auf eigene Kosten aus.

M1 [...] verpflichten sich, den Gesamtausbau der Straße [...] bis zur Grundstücksgrenze D ... Flurstück 532 ... auf eigene Kosten bis spätestens zum 31.8.2004 vorzunehmen. M1 trägt alle dafür anfallenden Kosten [...]

2. Ab sofort übernimmt M1 die Verkehrssicherungspflicht [...]

3. M1 zahlt an D. [...] ab dem 1.9.2002 ein monatliches Entgelt in Höhe von 500 €, ab dem 1.9.2003 in Höhe von 1.000 €, jeweils zzgl. MWSt [...].

4. Sollte M1 die Straße [...] aus welchen Gründen auch immer, nicht bis spätestens zum 31.8.2004 ausgebaut haben, behalten alle ... von M1 übernommenen Verpflichtungen – ohne Einschränkung – ihre Gültigkeit. M1 zahlt weiterhin mindestens monatlich 1.000 € zzgl. ... MWSt, auch über den 31.8.2004 hinaus ohne zeitliche Begrenzung, wobei D. berechtigt ist, das Nutzungsentgelt ab dem 1.9.2004 einseitig frei zu erhöhen.

5. Nach Fertigstellung der Straße [...] werden die Vertragsparteien neu verhandeln [...]. Solange es nicht zu einem neuen Vertragsabschluss kommt, behalten alle durch diese Vereinbarung von M1 übernommenen Verpflichtungen – ohne Einschränkung – ihre Gültigkeit. Insbesondere gilt die unbegrenzte Zahlungsverpflichtung [...]. Eine Kündigung der Vereinbarung seitens M1 wird ausdrücklich ausgeschlossen.

6. Nach dem 31.8.2004 und der einseitigen schriftlichen Erklärung von D., dass neue Vertragsverhandlungen gescheitert sind, hat M1 die Grundstücke auf Verlangen von D. wieder in den ursprünglichen Zustand zurückzusetzen ...

### IV. Kosten

M1 trägt alle Kosten, die sich aus dieser Vereinbarung ergeben. Darüber hinaus zahlt M1 einen Betrag von 5.000 EUR zzgl. gesetzlicher MWSt an D. zum Ausgleich der bisher entstandenen Kosten ...“

Es ist streitig, ob diese Vereinbarung auf einem Entwurf von Rechtsanwalt G. beruhte. Jedenfalls wirkte er daran mit und kannte ihren Inhalt.

Unter dem 5.9.2002 übersandte er der Klägerin den Vertrag. Bedenken gegen dessen Wirksamkeit – im Hinblick auf § 138 BGB – äußerte er nicht.



Weil M1 bis zum 31.8.2004 nur die vorderen Wegeparzellen ausgebaut hatte, die sie für ihre eigene Zuwegung brauchte, forderte die Klägerin M1 mit Schreiben vom 13.5.2005 zum Endausbau auf. M1 lehnte dies unter dem 20.5.2005 ab und wies darauf hin, dass bei Abschluss der Vereinbarung vom 28.8.2002 ihre Zwangslage in einer Weise ausgenutzt worden sei, die nicht durch ein faires, an kaufmännischen Gepflogenheiten orientiertes Geben und Nehmen gekennzeichnet sei.

Danach wurde die Beklagte wieder für die Klägerin tätig. Mit Schreiben vom 13.10.2005 verlangte Rechtsanwalt G. im Namen der Klägerin von M1 den Rückbau der Straße und untersagte die weitere Nutzung. Nach weiteren Verhandlungen wurde im November 2005 abgesprochen, dass M1 den Ausbau binnen sechs Monaten ausführt.

Tatsächlich waren die Arbeiten im August 2006 beendet. Allerdings scheiterten Verhandlungen über die weitere Ausgestaltung der Wegenutzung.

Mit Schreiben vom 13.11.2006 kündigte M1 die Nutzungsvereinbarung vom 28.8.2002 und focht sie wegen arglistiger Täuschung an – mit der Begründung, ihr sei das zugunsten des Eigentümers des von ihr genutzten Areals bestehende dingliche Wegerecht verschwiegen worden. M1 kündigte an, keine Zahlungen mehr zu leisten und verlangte Rückzahlung von 58.000 EUR.

Hierzu war die Klägerin nicht bereit. Sie konsultierte nachfolgend auch ihre jetzigen Prozessbevollmächtigten in dieser Angelegenheit. Diese Sozietät – handelnd durch Rechtsanwalt Dr. W. als Sachbearbeiter – hatte ohnehin das Mandat, die Klägerin in der öffentlich-rechtlichen Auseinandersetzung mit der Stadt C2 um die Widmung der Wegeparzellen zu vertreten.

Am 6.2.2007 gab es eine Besprechung zwischen T.D., dessen Ehefrau, der Zeugin D., und Rechtsanwalt Dr. W., in der u.a. über die Reichweite des dinglichen Wegerechts gesprochen wurde. Es kam zur Sprache, dass bei dem Verlangen weiterer Zahlungen von M1 ein Risiko aus dem Gesichtspunkt des Wuchers entstehen könnte.

Im März 2007 erhob die Beklagte für die Klägerin vor dem Landgericht Paderborn (2 O 124/07) Klage gegen M1 auf Feststellung, dass M1 kein Wegerecht in Form einer Grunddienstbarkeit zusteht. In ihrer Klageerwidern vom 4.6.2007 machte M1 erneut geltend, bei Abschluss der Nutzungsvereinbarung sei ihre Zwangslage ausgenutzt worden.

Nach übereinstimmendem Berufungsvorbringen im Regressprozess fand am 11.10.2007 eine Besprechung zwischen Rechtsanwalt G. und dem Gesellschafter der Klägerin T.D. statt, streitig ist, ob die Zeugin D. anwesend war. In Anbetracht eines bevorstehenden Mediationstermins wurde erörtert, ob die Klage u.a. um Zahlungsansprüche erweitert werden sollte. Unstreitig wies Rechtsanwalt G. auf die damit verbundene Erhöhung des Kostenrisikos hin, wozu Herr D. sagte, das spiele keine Rolle.

Absprachegemäß erweiterte die Beklagte mit Schriftsatz vom 12.12.2007 die Klage im Vorprozess um zahlreiche Haupt- und Hilfsanträge, die darauf abzielten, weitere Zahlungen von M1 zu erstreiten und das Fortbestehen weiterer Pflichten/Rechte aus der Vereinbarung vom 28.8.2002 festzustellen.

M1 berief sich unter dem 21.4.2008 ausdrücklich auf die Nichtigkeit der Vereinbarung nach § 138 Abs. 2 BGB.

Mit Urteil vom 15.12.2008 stellte das Landgericht Paderborn fest, dass M1 als bloße Erbbauberechtigte kein dingliches Wegerecht hatte, und wies im Übrigen die Klage ab. Die Nutzungsvereinbarung sei wegen Sittenwidrigkeit nichtig; die übrigen Verlangen verstießen gegen das Schikaneverbot nach § 226 BGB.

Die Beklagte legte für die Klägerin Berufung ein.

Parallel wurden außergerichtliche Verhandlungen mit M1 aufgenommen. In diesem Zusammenhang holte die Klägerin im März 2009 ein Privatgutachten der Dipl.-Ing. M. zur Ermittlung einer angemessenen Wegerechtsrente ein.

Am 25.9.2009 wurde zwischen der Klägerin und M1 ein notarieller Abwicklungsvergleich geschlossen.

Die Klägerin hat der Beklagten in der am 26.11.2010 zugestellten Klage vorgeworfen, bei Entwurf der Nutzungsvereinbarung vom 28.8.2002 verkannt zu haben, dass diese wegen Sittenwidrigkeit nichtig sei bzw. sein könnte, und sie auf dieses Risiko nicht hingewiesen zu haben. Andernfalls, so hat sie behauptet, wäre es zum Abschluss einer wirksamen Vereinbarung mit einer Zahlungspflicht von 500 EUR/Monat gekommen und der Prozess wäre vermieden worden.

Mit Schriftsatz vom 1.3.2011 ist ergänzend geltend gemacht worden, die Beklagte hätte nicht zur Klage gegen M1 raten dürfen. Hierzu ist behauptet worden, die Klageerweiterung sei von Rechtsanwalt G. als sinnvoll vorgeschlagen worden, um alle Streitfragen zu klären.

Im Termin vor dem Landgericht hat der Prozessbevollmächtigte der Klägerin zunächst erklärt, die Prozessführung werde nicht zum Gegenstand des Pflichtverletzungsvorwurfs gemacht, sodann ist geltend gemacht worden, die Beklagte hätte darauf hinweisen müssen, dass die Klageerweiterung „untenlich“ sei, weil die Sittenwidrigkeit des Vertrages im Raum gestanden habe.

Mit der vorliegenden Regressklage hat die Klägerin Ersatz der durch das Mediationsverfahren, das Privatgutachten und den Vorprozess entstandenen Kosten verlangt und diese zunächst mit 39.962,59 EUR beziffert.

(Anträge ...)

Die Beklagte hat sich u.a. damit verteidigt, die Nutzungsvereinbarung sei nicht sittenwidrig gewesen und Rechtsanwalt G. habe von der Klageerweiterung abgeraten.



Jedenfalls fehle es an der Kausalität eines etwaigen Anwaltsfehlers für Kostenschäden, weil sich die Klägerin über etwaige Risikohinweise hinweggesetzt und die Klage in jedem Fall erhoben hätte. Die Beklagte hat detailliert Einwände gegen einzelne Schadenpositionen geltend gemacht und die Verjährungseinrede erhoben. Die für den Verjährungsbeginn notwendige Kenntnis sei seit der Besprechung vom 6.2.2007 gegeben.

Das Landgericht hat nach Anhörung des T.D. und zeugenschaftlicher Vernehmung der D. und des Rechtsanwalts Dr. W. die Beklagte zur Zahlung von 30.259,75 EUR sowie von außergerichtlichen Anwaltskosten von 1.099 EUR zzgl. Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 26.11.2010 verurteilt und die weitergehende Klage abgewiesen.

Zwar begründe es eine anwaltliche Pflichtverletzung, dass Rechtsanwalt G. im Zuge des Zustandekommens der Nutzungsvereinbarung vom 28.8.2002 nicht auf die mögliche Sittenwidrigkeit hingewiesen habe; dieser Fehler habe sich aber nicht schadenursächlich ausgewirkt, weil er nicht zum Prozess geführt habe.

Schadenursächlich sei die Klageerweiterung, von der Rechtsanwalt G. pflichtwidrig nicht abgeraten habe. Das habe die Beweisaufnahme ergeben; substanzierter Gegenvortrag der Beklagten sei nicht erfolgt.

Bezüglich der Kausalität gelte die Vermutung beratungskonformen Verhaltens. Der der Höhe nach überwiegend begründete Regressanspruch sei nicht verjährt, weil die für den Verjährungsbeginn notwendige Kenntnis nicht vor Februar 2007 anzunehmen und die Klage im Jahr 2010 erhoben worden sei. (...)

Mit ihrer form- und fristgerechten Berufung will die Beklagte die vollständige Klageabweisung erreichen, wozu sie ihr erstinstanzliches Vorbringen wiederholt und vertieft. Sie vertritt die Ansicht, dass es gegen das Verbot widersprüchlichen Verhaltens (§ 242 BGB) verstoße, wenn die Klägerin Erstattung der Prozesskosten verlange, obwohl Rechtsanwalt G. unstreitig auf das Kostenrisiko durch die Klageerweiterung hingewiesen habe.

Ein Hinweis auf die mögliche Sittenwidrigkeit der Nutzungsvereinbarung sei vor der Klageerweiterung nicht nötig gewesen, weil die Klägerin hierüber anderweitig – durch ihren Rechtsanwalt Dr. W. in der Besprechung vom 6.2.2007 – informiert worden sei.

Das Landgericht hätte den Beklagtenvortrag, dass Rechtsanwalt G. von der Klageerweiterung abgeraten habe, nicht ohne vorherigen Hinweis als unsubstanziert zurückweisen dürfen. Hierzu wird nun behauptet, in der Besprechung vom 11.10.2007 habe Rechtsanwalt G. dem allein anwesenden Gesellschafter der Klägerin von der Klageerweiterung abgeraten, weil er Zweifel an der Begründetheit gehabt und die Ansicht vertreten habe, die bisherige Klage sei eine ausreichende Grundlage für weitere Verhandlungen mit M1.

Die Beklagte wiederholt die Einrede der Verjährung.

(Anträge ...)

Die Klägerin verteidigt das angefochtene Urteil und wiederholt und vertieft hierzu ihre erstinstanzlichen Ausführungen.

Nachdem den Parteien nach Schluss der mündlichen Verhandlung vor dem Senat Gelegenheit zur Stellungnahme zu den Erörterungen und rechtlichen Hinweisen im Termin eingeräumt worden ist, hat die Klägerin unter dem 27.3.2012 erstmals der Beklagten vorgeworfen, im Oktober 2005 nicht auf die Sittenwidrigkeit der Nutzungsvereinbarung vom 28.8.2002 hingewiesen und nicht auf eine insoweit unangreifbare Änderung der Vereinbarung hingewirkt zu haben. (...)

Im Verhandlungstermin am 16.2.2012 sind der Gesellschafter der Klägerin T.D. und der Gesellschafter der Beklagten Rechtsanwalt G. persönlich angehört und die Zeugin D. uneidlich vernommen worden. (...)

Die Berufung hat Erfolg. Die Klage ist unbegründet. ■

#### Aus den Gründen:

Vertragliche Schadenersatzansprüche der Klägerin gegen die Beklagte gemäß den §§ 280 Abs. 1, 611 BGB sind verjährt.

1. Das gilt zunächst für einen Regressanspruch aus dem im Jahr 2002 zustande gekommenen anwaltlichen Mandatsverhältnis.

a) Dabei hat schon das Landgericht zutreffend festgestellt, dass die Beklagte, handelnd durch ihren Sozius Rechtsanwalt G., ihre anwaltlichen Pflichten verletzt hat.

Unabhängig davon, in welchem Umfang der Anwalt an der Abfassung der Nutzungsvereinbarung beteiligt war, war er verpflichtet, darauf hinzuweisen, dass der ins Auge gefasste Vertrag in hohem Maß das Risiko barg, bei einer gerichtlichen Überprüfung als sittenwidrig und demzufolge gemäß § 138 Abs. 1 BGB als nichtig eingeordnet zu werden. Bei einer Gesamtschau der deutlich unausgewogen zugunsten der Klägerin und zum Nachteil von M1 abgefassten Regelungen und unter Berücksichtigung der offensichtlichen Zwangslage von M1 drängte sich die Annahme eines Sittenverstoßes auf. Das galt, auch wenn M1 möglicherweise die Notlage, für den neu errichteten Markt baldmöglichst eine Zuwegung zu erhalten, eigenverantwortlich herbeigeführt hatte.

Auch dann, wenn die vertraglichen Regelungen nicht von dem Anwalt, sondern von der Mandantin selbst entworfen worden waren, war es Aufgabe des Anwalts, auf die daraus resultierenden rechtlichen Konsequenzen aufmerksam zu machen und auf eine unangreifbar wirksame Vereinbarung hinzuwirken. Dass Rechtsanwalt G. auf das Risiko eines Sittenverstoßes – mit der Folge, dass die Klägerin aus der Vereinbarung keine Rechte würde ableiten können, sondern gegebenenfalls mit Rückforderungen von M1 rechnen musste – hingewiesen hat, trägt die Beklagte selbst nicht vor.

b) Die fehlerhafte anwaltliche Beratung im Jahr 2002 war mitursächlich für die Kostenschäden, die der Klägerin später durch die im Vorprozess vor dem Landgericht Paderborn erfolgte Klageerweiterung entstanden sind. Zugunsten der Klägerin greift im Rahmen der haftungsausfüllenden Kausalität ein Anscheinsbeweis für das Zustandekommen einer mit mehr Augenmaß abgefassten, wirksamen Nutzungsvereinbarung mit M1.

Nach ständiger Rechtsprechung gilt der **Anscheinsbeweis**, dass der Mandant bei pflichtgemäßer Beratung des Anwalts dessen Hinweisen gefolgt wäre, sofern für ihn bei vernünftiger Betrachtungsweise aus damaliger Sicht nur eine Entscheidung nahegelegen hätte (*BGH, Urt. v. 7.2.2008 – IX ZR 149/04, NJW 2008, 2041, 2042, Tz. 20 m.w.N.*). Die Vermutung beratungskonformen Verhaltens ist nicht erschüttert. Objektivierbare Anhaltspunkte, die darauf schließen lassen, dass sich die Klägerin, handelnd durch ihren vertretungsberechtigten Gesellschafter T.D., über anwaltliche Warnhinweise und Anregungen für eine i.S.d. § 138 BGB unbedenkliche Nutzungsvereinbarung hinweggesetzt hätte, sind nicht auszumachen.

c) In welchem Umfang der Klägerin durch das pflichtwidrig-schuldhaftes Anwaltsverhalten im Jahr 2002 Kostenschäden entstanden sind, kann offenbleiben. Der Durchsetzbarkeit des Schadenersatzanspruchs steht die von den Beklagten erhobene Verjährungseinrede entgegen.

Auf diesen Regressanspruch ist die bis zum 14.12.2004 geltende Verjährungsregelung des § 51b BRAO anzuwenden. Danach verjährt der Anspruch des Auftraggebers auf Schadenersatz aus dem zwischen ihm und dem Rechtsanwalt bestehenden Vertragsverhältnis in drei Jahren von dem Zeitpunkt an, in dem der Anspruch entstanden ist, spätestens jedoch in drei Jahren nach der Beendigung des Auftrags.

aa) Diese Vorschrift ist gemäß der **Stichtagsregelung des Art. 229 § 12 Abs. 1 Nr. 3, § 6 Abs. 1 Satz 2 EGBGB** anwendbar, weil die Verjährungsfrist vor dem 15.12.2004 in Gang gesetzt worden ist. Sie begann nach der Hilfsregelung des § 51b 2. Alt. BRAO a.F. – spätestens – mit dem Mandatsende. Das in Rede stehende Mandat aus dem Jahr 2002 endete mit Unterzeichnung der Nutzungsvereinbarung vom 28.8.2002, die mit der letzten Unterschrift am 3.9.2002 abgeschlossen war. Damit war die seinerzeit übertragene anwaltliche Aufgabe erledigt (*zum Zeitpunkt der Mandatsbeendigung s. BGH, Urt. v. 7.2.2008 – IX ZR 149/04, NJW 2008, 2041, Tz. 32*).

Dass die Beklagte im Jahr 2005 erneut für die Klägerin tätig wurde, steht der Annahme des Mandatsendes nicht entgegen. Mitte 2005 wurde vielmehr ein neuer anwaltlicher Auftrag erteilt, der nun die Durchsetzung von Ansprüchen gegen M1 in Zusammenhang mit der Wegenutzung zum Gegenstand hatte.

bb) Die dreijährige (Primär-)Verjährungsfrist endete am 4.9.2005, ohne dass in diesem Zeitraum verjährungshemmende Maßnahmen ergriffen worden waren.

cc) Der Beklagten ist es nicht verwehrt, sich auf den Eintritt der Verjährung zu berufen.

Nach ständiger Rechtsprechung zum Anwendungsbereich des **§ 51b BRAO a.F.** kommt ein **Sekundäranspruch** des Mandanten, der die Verjährungseinrede ausschließt, in Betracht, wenn der Anwalt während noch laufender **Primärverjährung** bei einem neuen Auftrag über denselben Gegenstand eine Pflicht, den Mandanten auf die eigene Regresshaftung hinzuweisen, schuldhaft verletzt hat (*BGH, a.a.O., Tz. 34 m.w.N.; BGH, Urt. v. 12.12.2002 – IX ZR 99/02, NJW 2003, 822, 823*). Voraussetzung für eine solche anwaltliche Hinweispflicht ist, dass der Anwalt im Rahmen des neuen Auftrags begründeten Anlass hat, seine Regresspflicht in Erwägung zu ziehen (*st. Rspr., BGH, Urt. v. 13.11.2008 – IX ZR 69/07, NJW 2009, 1350, Tz. 11; BGH, Urt. v. 23.5.1985 – IX ZR 102/84, NJW 1985, 2250, 2252; s. auch Fahrendorf in: Fahrendorf/Mennemeyer/Terbille, Anwaltschaft 8. Aufl. 2010, Rdnr. 1246 m.w.N.*).

Im Rahmen des Mitte 2005 erteilten Folgemandats gab das Schreiben von M1 vom 20.5.2005 dem Sachbearbeiter der Beklagten begründeten Anlass, die Klägerin auf eine mögliche eigene Regresspflicht hinzuweisen. Die in jenem Schreiben enthaltenen Vorhaltungen, bei Abschluss der Vereinbarung vom 28.8.2002 die Zwangslage von M1 ausgenutzt und sich nicht an fairen kaufmännischen Gepflogenheiten orientiert zu haben, offenbarten das Risiko, dass die Nutzungsvereinbarung nach § 138 BGB nichtig sein konnte. Aufgrund dessen konnte und musste der für die Beklagte handelnde Anwalt sein anwaltliches Versäumnis aus dem Jahr 2002 realisieren und die Klägerin auf die etwaige Regresspflicht hinweisen.

Dass die Beklagte dies versäumt hat, steht gleichwohl der erfolgreichen Berufung auf die Verjährung nicht entgegen. Denn auch der Sekundäranspruch ist verjährt.

Auch für diesen Anspruch, der ein bloßer Hilfsanspruch zur Verfolgung des primären Regressanspruchs ist (*BGH, Urt. v. 2.7.1996 – IX ZR 19/96, NJW 1996, 2797, 2798*), gilt die Verjährungsregelung des § 51b BRAO a.F. **Die Verjährungsfrist für den Sekundäranspruch begann mit dem Eintritt des Sekundärschadens, der in dem Eintritt der Primärverjährung liegt** (*Fahrendorf, a.a.O., Rdnr. 1295*). Ausgehend von einer Primärverjährung zum 4.9.2005 endete die Sekundärverjährungsfrist drei Jahre später, also zum 4.9.2008, und damit vor Erhebung der vorliegenden Regressklage.

2. Der Klägerin steht auch kein durchsetzbarer eigenständiger Regressanspruch aus dem im Jahr 2005 zustande gekommenen Anwaltsvertragsverhältnis zu (§§ 280 Abs. 1, 611 BGB).

a) Dabei ist die Klägerin in der Berufung nicht dadurch an der Verfolgung eines solchen Regressanspruchs gehindert, dass ihr Prozessbevollmächtigter im Verhandlungstermin vor dem Landgericht erklärt hat, der Beklagten werde die Prozessführung im Vorprozess nicht vorgeworfen. Diese Erklärung war keine Klagerücknahme und kein Anspruchs-

verzicht, sondern nur die Äußerung einer rechtlichen Einschätzung.

Soweit die Klägerin in dem zur Stellungnahme zu den Erörterungen im Senatstermin nachgelassenen Schriftsatz erstmals geltend macht, die Beklagte habe bereits im Oktober 2005 ihre Beratungspflichten verletzt, weil sie die Klägerin nicht auf die mögliche Sittenwidrigkeit der Nutzungsvereinbarung hingewiesen und nicht in diesem Stadium auf den Abschluss einer diesem Aspekt Rechnung tragenden modifizierten Vereinbarung hingewirkt hat, könnte dieses Vorbringen verspätet sein. Allerdings lassen sich Bedenken gegen die prozessuale Zulässigkeit zurückstellen, weil die Klägerin ihre Klage hierauf ohnehin nicht mit Erfolg stützen kann. Anlass, deswegen erneut in die mündliche Verhandlung einzutreten, gibt es nicht.

b) Die Beklagte hat ihre Pflichten aus dem im Jahr 2005 erteilten und bis ins Jahr 2009 reichenden Anwaltsmandat verletzt.

aa) Auch im Rahmen dieses Vertragsverhältnisses gehörte es zu den anwaltlichen Pflichten, auf das hohe Risiko der Sittenwidrigkeit der Nutzungsvereinbarung vom 28.8.2002, aus dem die Klägerin Rechte gegenüber M1 ableiten wollte, hinzuweisen.

Darüber hinaus hätte Rechtsanwalt G. vor Erweiterung der gegen M1 erhobenen Klage im Jahr 2007 dem geschäftsführenden Gesellschafter der Klägerin vor Augen führen müssen, dass einerseits die bis dahin erhobene Feststellungsklage, die nur das Nichtbestehen des dinglichen Wegerechts zum Gegenstand hatte, über die Gültigkeit der Nutzungsvereinbarung keine gerichtliche Klärung herbeiführen würde und dass andererseits im Fall der geplanten Klageerweiterung das nicht unerhebliche Risiko bestand, insoweit wegen § 138 Abs. 1 BGB zu unterliegen.

Eine Pflicht, von der Klageerweiterung abzuraten, sieht der Senat dagegen nicht. Es bestand ein Interesse der Klägerin daran, Klarheit über die Gültigkeit der mit M1 getroffenen Vereinbarung zu erlangen.

Ob die Beklagte – unter Berücksichtigung des Anwaltsfehlers aus dem Ursprungsmandat – verpflichtet war, der Klägerin anzubieten, das Kostenrisiko für die gerichtliche Klärung der Wirksamkeit der Vereinbarung zu übernehmen, lässt der Senat offen.

bb) Unabhängig davon lässt sich auf der Grundlage des eigenen Vorbringens der Beklagten die Pflichtwidrigkeit feststellen. Sie trägt selbst nicht vor, dass Rechtsanwalt G. mit dem Gesellschafter der Klägerin über die mögliche Sittenwidrigkeit der Vereinbarung vom 28.8.2002 und die daraus resultierenden Rechts- und Kostenfolgen gesprochen hat. Der allgemeine Hinweis darauf, dass die Erweiterung einer Klage eine Erhöhung des Kostenrisikos nach sich zieht, genügte nicht, um der Klägerin eine sachgerechte Entscheidungsgrundlage zu bieten.

Dass Rechtsanwalt G. nach Behauptung der Beklagten von der Klageerweiterung abgeraten haben soll, weil aus seiner Sicht die Feststellungsklage ausreichte, um mit M1 eine dauerhafte Lösung zu finden, und weil er Schadenersatzansprüche der Gegenseite fürchtete, entsprach auch nicht den vorstehend beschriebenen Anforderungen an eine anwaltspflichtgemäße Beratung.

cc) Die Beklagte war auch nicht deshalb von der Pflicht zur Belehrung über die sich aus § 138 BGB ergebenden Risiken befreit, weil die Klägerin anderweitig hierüber informiert war. Selbst wenn Rechtsanwalt Dr. W. in der Besprechung vom 6.2.2007 darauf hingewiesen hat, dass das von M1 verlangte Nutzungsentgelt wucherisch überhöht sein könnte, und M1 in dem vorprozessualen Schreiben vom 20.5.2005 und in der Klageerweiterung vom 4.6.2007 auf die Ausnutzung ihrer Zwangslage hingewiesen hat, änderte das am Pflichtenkreis der Beklagten nichts. Die Beratungsbedürftigkeit der Klägerin war dadurch nicht entfallen.

c) Ob es bei pflichtgemäßem Verhalten der Beklagten nicht zur Klage und Klageerweiterung und den dem Grunde nach daraus resultierenden Kostenfolgen gekommen wäre, lässt der Senat offen. Ebenso kann dahinstehen, welche einzelnen der mit der Regressklage verfolgten Schadenpositionen gegebenenfalls hierauf beruhen.

d) Auch einem solchen etwaigen Schadenersatzanspruch steht die von der Beklagten erhobene Einrede der Verjährung entgegen.

Auf diesen Anspruch aus dem im Jahr 2005 entstandenen Schuldverhältnis sind die allgemeinen Verjährungsvorschriften der §§ 195, 199 Abs. 1 BGB anwendbar. Danach gilt eine dreijährige Verjährungsfrist, die mit dem Schluss des Jahres beginnt, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste.

aa) Danach begann die Verjährungsfrist hier zum Schluss des Jahres 2007.

(1) In diesem Jahr war mit der kostenauslösenden Klageerweiterung ein **Teilschaden** aus dem der Beklagten anzulastenden Anwaltsfehler entstanden.

**Hat eine einzige Verletzungshandlung mehrere Schadenfolgen ausgelöst, beginnt nach dem Grundsatz der Schadeneinheit die Anspruchsverjährung bereits, sobald irgendein Teilschaden entstanden ist** (so zuletzt zur Steuerberaterhaftung BGH, *Beschl. v. 23.3.2011 – IX ZR 212/08, NJW 2011, 2443, Tz. 10*).

(2) In diesem Jahr lagen auch die subjektiven Verjährungsvoraussetzungen des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB vor. Zu dieser Zeit kannte der geschäftsführende Gesellschafter der Klägerin, auf dessen Wissen entsprechend § 166 BGB abzustellen ist, die den Anspruch begründenden Umstände sowie die

Person der Regressschuldnerin. Er hatte Kenntnis vom Inhalt der anwaltlichen Beratung, bei der die mögliche Sittenwidrigkeit der Nutzungsvereinbarung vom 28.8.2002 sowie ihre Risiken und Folgen unerörtert geblieben waren, und von der kostenträchtigen Klageerweiterung.

**Unerheblich ist, dass dem Vertreter der Klägerin nicht klar gewesen sein mag, dass aus diesen Tatsachen ein Schadenersatzanspruch gegen die Beklagte resultierte.**

**Für die Frage, wann die nötige Kenntnis nach § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB anzunehmen ist, kann weitgehend auf die Rechtsprechung zu § 852 Abs. 1 BGB a.F. zurückgegriffen werden** (BGH, Urt. v. 9.11.2007 – V ZR 25/07, NJW 2008, 506, Tz. 15 m.w.N.; BGH, Beschl. v. 19.3.2008 – III ZR 220/07, NJW-RR 2008, 1237 Rdnr. 7). Danach genügt hierfür im Allgemeinen, dass dem Geschädigten die Erhebung einer Schadenersatzklage – sei es auch nur in Form einer Feststellungsklage – erfolgversprechend, wenn auch nicht risikolos möglich ist (st. Rspr., BGH, Urt. v. 9.11.2007 – V ZR, 25/07, NJW 2008, 506, Tz. 15; BGH, Urt. v. 27.5.2008 – XI ZR 132/07, NJW-RR 2008, 1495, Tz. 36; BGH, Urt. v. 3.6.2008 – XI ZR 319/06, NJW 2008, 2576, Tz. 27).

Der Verjährungsbeginn setzt dabei grundsätzlich **nur die Kenntnis der den Anspruch begründenden Tatsachen** voraus. Nicht erforderlich ist in der Regel, dass der Gläubiger aus den ihm bekannten Tatsachen die zutreffenden **rechtlichen Schlüsse** zieht. Nur ausnahmsweise kann die **Rechtsunkenntnis des Gläubigers** den Verjährungsbeginn hinausschieben, wenn eine unsichere und zweifelhafte Rechtslage vorliegt, die selbst ein rechtskundiger Dritter nicht zuverlässig einzuschätzen vermag. In diesem Fall fehlt es an der Zumutbarkeit der Klageerhebung als übergreifender Voraussetzung für den Verjährungsbeginn (BGH, Urt. v. 15.6.2010 – XI ZR 309/09, NJW-RR 2010, 1574, Tz. 12; s. auch BGH, Urt. v. 11.1.2007 – III ZR 302/05, NJW 2007, 830, Tz. 28; BGH, Beschl. v. 19.3.2008 – III ZR 220/07, NJW-RR 2008, 1237, Tz. 7; BGH, Urt. v. 23.9.2008 – XI ZR 262/07, NJW-RR 2009, 547, Tz. 15).

Hier vermittelte die im Jahr 2007 beim Vertreter der Klägerin vorhandene Tatsachenkenntnis eine hinreichend sichere Grundlage für die Erhebung einer Regressklage gegen die Beklagte. Insbesondere fehlte nicht das notwendige Wissen um die Pflichtwidrigkeit der erfolgten anwaltlichen Beratung. Dass die Beratung unzureichend war, drängte sich aus der Sicht der Klägerin jedenfalls unter Berücksichtigung des Inhalts der mit Rechtsanwalt Dr. W. am 6.2.2007 durchgeführten Besprechung und der von M1 sowohl im Jahr 2005 als auch im Jahr 2007 gemachten Vorhaltungen hinsichtlich der Ausnutzung der Zwangslage auf. Es handelte sich auch nicht um eine komplizierte und zweifelhafte Rechtslage, bei der eine Klageerhebung gegen die Beklagte nicht zumutbar erschienen wäre.

Dass der Vertreter der Klägerin aus den bekannten Fakten nicht den Schluss gezogen haben mag, die Beklagte sei der Klägerin schadenersatzpflichtig, ist nach Vorstehendem unerheblich. § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB verlangt nur Kenntnis der den Anspruch begründenden Umstände, nicht Kenntnis des

Anspruchs selbst und setzt keine Parallelwertung in der Laiensphäre voraus (Grothe in: MünchKomm-BGB 6. Aufl. 2012, § 199 Rdnr. 26; a.A. Fahrendorf, a.a.O., Rdnr. 1108).

bb) Die dreijährige Verjährungsfrist lief danach zum 31.12.2010 ab.

cc) Binnen dieser Frist ist die Verjährung nicht gehemmt worden. Der am 26.11.2010 erhobenen Regressklage kommt keine verjährungshemmende Wirkung gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB zu. Die Beklagte hat zu Recht darauf hingewiesen, dass diese Klage ausgangs nur auf den Anwaltsfehler aus dem Jahr 2002 gestützt worden ist. Der Anspruch wegen pflichtwidrigen Anwaltsverhaltens in Zusammenhang mit dem gegen M1 geführten Prozess ist erst im Jahr 2011 rechtshängig gemacht worden. Der Vorwurf, im Rahmen der vorprozessualen Beratung im Oktober 2005 Anwaltsfehler begangen zu haben, ist erst im Jahr 2012 erhoben worden (...).

## Honoraranspruch des Rechtsanwalts

- Erfolgshonorar
- Voraussetzungen
- Textform
- Verstoß gegen Treu und Glauben (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 27.2.2012 – I-24 U 170/11)

### Leitsätze:

1. Ein „Erfolgshonorar“ liegt nicht nur bei einer Vereinbarung vor, nach der der Rechtsanwalt einen Teil des erstrittenen Betrages als Honorar erhält (sog. quota litis), sondern auch und gerade bei einer Abrede, nach der der Anwalt ein Honorar nur bei Erfolg erhält (sog. Palmarium).

2. Enthält die Vereinbarung eines Erfolgshonorars nicht die voraussichtliche gesetzliche Vergütung und ggf. die erfolgsunabhängige vertragliche Vergütung, zu der der Rechtsanwalt bereit wäre, den Auftrag zu übernehmen, und auch nicht die Angabe, welche Vergütung bei Eintritt welcher Bedingungen verdient sein soll, oder ist sie nur mündlich getroffen, so führt dies nicht zur Nichtigkeit des Anwaltsvertrages und belässt dem Rechtsanwalt grundsätzlich den Anspruch auf die gesetzliche Vergütung.

3. Die gesetzliche Vergütung kann dem Rechtsanwalt nach Treu und Glauben dann zu versagen sein, wenn der Rechtsanwalt in seinem – regelmäßig rechtsunkundigen – Auftraggeber das Vertrauen begründet hat, eine Anwaltsvergütung nur im Erfolgsfall zahlen zu müssen; von maßgeblicher Bedeutung ist in diesem Zusammenhang, ob sich der Mandant auf eine entsprechende Honorarregelung eingelassen oder ob er in Kenntnis der nichtigen Vereinbarung des Erfolgshonorars, den Rechtsanwalt nicht beauftragt hätte. ■



### Aus den Gründen:

Die zulässige Berufung der Beklagten hat offensichtlich keinen Erfolg (§ 522 Abs. 2 Satz. 1 Nr. 1 ZPO). Zu Recht hat das Landgericht die Beklagte zur Zahlung von 16.237,31 EUR sowie zur Freistellung der Kläger von der Gebührenforderung ihres Prozessbevollmächtigten in Höhe von 989,60 EUR verurteilt.

I. Zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen nimmt der Senat Bezug auf seinen Beschluss vom 30.1.2012. Dort hat er im Wesentlichen ausgeführt:

Den Klägern steht gegen die Beklagte ein Honoraranspruch in Höhe von 16.237,31 EUR gemäß §§ 675, 611, 612 BGB zu.

1. Unstreitig wurden die Kläger von der Beklagten mit der Wahrnehmung ihrer Interessen gegenüber Rechtsanwalt P. aus den drei zwischen der Beklagten und diesem abgeschlossenen Joint-Venture-Verträgen über die Überlassung von Investmentbeträgen in Höhe von insgesamt 100.000.000 EUR beauftragt. Dass der Hauptgesellschafter der Beklagten, S., zur Mandatierung der Kläger bevollmächtigt war, steht zwischen den Parteien außer Streit.

Dadurch, dass die Kläger die dem Auftrag zugrunde liegenden Informationen entgegennahmen und den Vertragspartner der Beklagten im Anschluss mit Schreiben vom 18.1.2010 unter Fristsetzung zur Erfüllung seiner vertraglichen Verpflichtungen aufforderten und die **Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen** in Höhe von mindestens 3.000.000 EUR androhten, ist eine Geschäftsgebühr nach Nr. 2300 in Verbindung mit Vorbemerkung 2 Abs. 3 VV RVG entstanden.

Der Vergütungsanspruch der Kläger für das Betreiben des Geschäfts ist gemäß § 8 RVG fällig. Denn das den Klägern erteilte Mandat wurde nach den unangegriffenen Feststellungen des Landgerichts im Einvernehmen der Parteien beendet, so dass der Auftrag erledigt ist.

Die Kläger haben der Beklagten die gemäß § 10 RVG erforderliche, unterzeichnete Berechnung ihrer Vergütung mitgeteilt. Soweit die Kläger die in Ansatz gebrachte **1,3 Gebühr**, die angemessen ist, aus einem Gegenstandswert von 3.000.000 EUR berechnen, ist dies aus den zutreffenden Gründen der angefochtenen Entscheidung nicht zu beanstanden.

2. Mit Recht hat das Landgericht dahinstehen lassen, ob zwischen den Parteien eine Vereinbarung getroffen wurde, nach der die **Gebühren nur dann gezahlt werden sollten, wenn der geltend gemachte Schaden realisiert wird**, wie dies die Beklagte in erster Instanz behauptet hat.

a) Gegen den Abschluss der von der Beklagten behaupteten Vereinbarung spricht allerdings, dass die Beklagte mit von ihrem Hauptgesellschafter unterzeichneten Schreiben vom 21. und 29.1.2010 eine **Begleichung der Gebührenrechnung der Kläger zusagte**. Hierzu hätte kein Anlass bestanden,

wenn die von den Klägern verlangte Vergütung nur im Fall der Realisierung der gegenüber Rechtsanwalt P. geltend gemachten Ansprüche geschuldet gewesen wäre.

Außerdem soll nach dem erstinstanzlichen Vorbringen der Beklagten im Zug der behaupteten Vergütungsabrede auch vereinbart worden sein, **dass die Beklagte in jedem Fall 1.500 EUR für die Erhöhung der Haftpflichtversicherung an die Kläger zahlt**. Tatsächlich wurde ein solcher Betrag aber nicht gezahlt und wurden die Kläger auch ohne die Zahlung dieses Betrages für die Beklagte tätig, indem sie nicht nur das Aufforderungsschreiben vom 18.1.2010 an den Vertragspartner der Beklagten richteten, sondern der Kläger zu 1) darüber hinaus unstreitig auch am 26.1.2010 an einer Besprechung zwischen der Beklagten und Rechtsanwalt P. teilnahm. Das Vorbringen der Beklagten erscheint insoweit wenig plausibel. Letztlich kommt es hierauf allerdings nicht an.

b) Unterstellt man zugunsten der Beklagten, dass zwischen den Parteien eine Vereinbarung des von ihr in erster Instanz behaupteten Inhalts getroffen wurde, so steht – wie das Landgericht zutreffend angenommen hat – den Klägern gleichwohl ein Honoraranspruch in Höhe der gesetzlichen Vergütung zu.

aa) Nach § 49b Abs. 2 Satz 1 BRAO i.V.m. § 4a Abs. 1 Satz 1 RVG darf ein **Erfolgshonorar** für eine anwaltliche Tätigkeit nur **für den Einzelfall** und nur dann vereinbart werden, wenn der Auftraggeber aufgrund seiner wirtschaftlichen Verhältnisse bei verständiger Betrachtung **ohne die Vereinbarung eines Erfolgshonorars von der Rechtsverfolgung abgehalten** würde. Die Vereinbarung muss hierbei nach § 4a Abs. 2 RVG (1.) die voraussichtliche gesetzliche Vergütung und gegebenenfalls die erfolgsunabhängige vertragliche Vergütung, zu der der Rechtsanwalt bereit wäre, den Auftrag zu übernehmen, sowie (2.) die Angabe, welche Vergütung bei Eintritt welcher Bedingungen verdient sein soll, enthalten.

Der Begriff „Erfolgshonorar“ ist § 49b Abs. 2 Satz 1 BRAO definiert. Unter einem Erfolgshonorar sind danach Vereinbarungen zu verstehen, durch die eine Vergütung oder ihre Höhe vom Ausgang der Sache oder vom Erfolg der anwaltlichen Tätigkeit abhängig gemacht wird oder nach denen der Rechtsanwalt einen Teil des erstrittenen Betrages als Honorar erhält. Erfolgshonorar ist damit entgegen der Auffassung des Beklagten **nicht nur eine Vereinbarung, nach der der Rechtsanwalt einen Teil des erstrittenen Betrages als Honorar erhält** (sog. quota litis), **sondern auch und gerade eine Vereinbarung, nach der der Anwalt ein Honorar nur bei Erfolg erhält** (sog. Palmarium; vgl. hierzu BGH, NJW 2009, 3297; Senat, AnwBl 2008, 211; JurBüro 2006, 594). Es findet keine Unterscheidung zwischen dem reinen (klassischen) Erfolgshonorar und der quota litis-Vereinbarung statt; das Gesetz definiert beide Arten der Vereinbarung als Erfolgshonorar (vgl. Gaier/Wolf/Göcken/v. Selmann, Anwaltliches Berufsrecht, § 49b BRAO Rdnr. 35).

Eine Vereinbarung, nach der die Kläger ein Honorar in Höhe der gesetzlichen Vergütung nur bei Erfolg erhalten sollten,



soll hier nach dem erstinstanzlichen Vorbringen der Beklagten zwischen den Parteien getroffen worden sein.

Wie das Landgericht mit Recht angenommen hat und von der Berufung nicht in Zweifel gezogen wird, verstößt die von der Beklagten behauptete Erfolgshonorarvereinbarung gegen § 4a RVG. Die von der Beklagten mit den Klägern angeblich getroffene Vereinbarung genügt weder den materiellen Anforderungen des § 4a Abs. 1 Satz 1 RVG (vgl. hierzu LG Berlin, AGS 2011, 14) noch den formellen Anforderungen des § 4a Abs. 2 RVG. Sie soll überdies nur mündlich geschlossen worden sein und wahrt damit auch nicht die nach § 3a Abs. 1 Satz 1 RVG erforderliche **Textform** (§ 126b BGB), welche für alle Vergütungsvereinbarungen mit Ausnahme der Gebührenvereinbarung für Beratungsleistungen nach § 34 RVG gilt (vgl. Mayer/Kroiß, RVG 4. Aufl., § 3a Rdnr. 10; Gaier/Wolf/Göcken/v. Seltmann, a.a.O., § 49b BRAO Rdnr. 35).

bb) Der **Verstoß gegen § 4a RVG** führt – ebenso wie der Verstoß gegen § 3a RVG – allerdings nicht zur Nichtigkeit des Anwaltsvertrages und **belässt dem Rechtsanwalt grundsätzlich den Anspruch auf die gesetzliche Vergütung**.

(1) Nach der bisherigen Rechtslage war die Vereinbarung eines Erfolgshonorars i.S.d. § 49b Abs. 2 Satz 1 BRAO a.F. zwar nach § 134 BGB nichtig (BGH, NJW 2004, 1169; NJW 2009, 3297; Senat, AnwBl. 2008, 211; Zugehör/Fischer/Sieg/Schlee, Handbuch der Anwaltshaftung 2. Aufl., Rdnr. 852). Die Nichtigkeit einer solchen Honorarabrede führte aber grundsätzlich nicht zur Unwirksamkeit des gesamten Anwaltsvertrages (BGHZ 18, 340, 348 f = NJW 1955, 1921; BGHZ 39, 142, 150 = NJW 1963, 1147; BGH, WM 1976, 1135, 1137; NJW 2004, 1169; Senat, AnwBl. 2008, 211 m.w.N.; Zugehör/Fischer/Sieg/Schlee, a.a.O., Rdnr. 853).

Dem Rechtsanwalt blieb deshalb in einem solchen Fall der Anspruch auf die gesetzlichen Gebühren erhalten (BGH, NJW 2004, 1169 m.w.N.; Senat, AnwBl. 2008, 211; Zugehör/Fischer/Sieg/Schlee, a.a.O., Rdnr. 853), so dass die unwirksame Vereinbarung eines erfolgsbestimmten Honorars einen Anspruch des Rechtsanwalts auf die gesetzliche Vergütung grundsätzlich nicht ausschloss (Zugehör/Fischer/Sieg/Schlee, a.a.O., Rdnr. 854 m.w.N.).

Hieran hat sich durch die am 1.7.2008 in Kraft getretene gesetzliche Neuregelung grundsätzlich nichts geändert. **Der Verstoß gegen § 4a Abs. 1 und 2 RVG führt nicht zur Unwirksamkeit des Anwaltsvertrags**. Der anwaltliche Geschäftsbesorgungsvertrag bleibt vielmehr unberührt und bleibt Rechtsgrund für die vom Rechtsanwalt erbrachten Leistungen. Aus einer Vergütungsvereinbarung, die nicht den Anforderungen des § 3a Abs. 1 Satz 1 und 2 oder des § 4 Abs. 1 und 2 RVG entspricht, kann der Rechtsanwalt nach § 4b Satz 1 RVG nur eine höhere als die gesetzliche Vergütung nicht fordern. Dem Rechtsanwalt bleibt somit grundsätzlich der Anspruch auf die gesetzliche Vergütung belassen.

(2) Ihm kann allerdings die gesetzliche, erfolgsunabhängige **Vergütung nach dem Rechtsgrundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) dann zu versagen sein, wenn der Rechtsanwalt in seinem – regelmäßig rechtsunkundigen – Auftraggeber das Vertrauen begründet hat, eine Anwaltsvergütung nur im Erfolgsfall zahlen zu müssen** (BGHZ 18, 340, 347, 349 = NJW 1955, 1921; BGH, WM 1976, 1135, 1137). Das gilt auch weiterhin (vgl. Mayer/Kroiß, a.a.O., § 4b Rdnr. 6). Von maßgeblicher Bedeutung ist in diesem Zusammenhang, ob sich der Mandant auf eine entsprechende Honorarregelung eingelassen (BGHZ 18, 340, 347 = NJW 1955, 1921) oder ob er, wenn er die Unwirksamkeit der Abrede eines erfolgsabhängigen Honorars gekannt hätte, den Rechtsanwalt nicht beauftragt hätte (Zugehör/Fischer/Sieg/Schlee, a.a.O., Rdnr. 854).

Davon, dass sich die Beklagte auf die Zahlung der gesetzlichen Vergütung nicht eingelassen oder sie die Kläger bei Kenntnis der Unwirksamkeit der angeblich getroffenen Vergütungsvereinbarung nicht mandatiert hätte, kann hier aus den vom Landgericht angeführten Gründen aber nicht ausgegangen werden. Der weitere Geschehensablauf spricht vielmehr gerade dafür, dass die Beklagte die Kläger in jedem Falle beauftragt hätte. Das ergibt sich insbesondere daraus, dass sie nach der Beendigung des Mandats ihren Prozessbevollmächtigten mit der Geltendmachung bzw. Weiterverfolgung von Schadenersatzansprüchen gegenüber Rechtsanwalt P. beauftragt hat, der unstreitig auf der Basis der gesetzlichen Gebühren abrechnet.

3. Soweit die Beklagte mit der Berufung geltend macht, zwischen den Parteien sei eine **Pauschalvergütung** vereinbart worden, trifft dies nicht zu. Die Beklagte hat in erster Instanz ausdrücklich behauptet, zwischen den Parteien sei vereinbart worden, dass die gesetzlichen Gebühren nur für den Fall der Realisierung des geltend gemachten Schadens bezahlt werden sollten. Bei dieser Vereinbarung handelt es sich – wie ausgeführt – um die Vereinbarung eines Erfolgshonorars i.S.v. § 49b Abs. 2 Satz 1 BRAO.

Sollte das Berufungsvorbringen der Beklagten so zu verstehen sein, dass die anwaltliche Tätigkeit der Kläger allein durch die Zahlung eines Betrages von 1.500 EUR habe vergütet werden sollen, steht dieses Vorbringen in einem unauflösbaren Widerspruch zu ihren erstinstanzlichen Ausführungen. Außerdem handelt es sich um neues, von den Klägern ausdrücklich bestrittenes Vorbringen, mit dem die Beklagte im Berufungsrechtszug nicht mehr gehört werden kann (§ 531 Abs. 2 ZPO).

II. An dieser Beurteilung, gegen die die Beklagte innerhalb der ihr gesetzten Frist keine Einwendungen mehr vorgebracht hat, hält der Senat fest.

III. Der Senat ist nicht nur „einstimmig davon überzeugt“, dass die Berufung offensichtlich keinen Erfolg hat, sondern auch, dass die weiteren Voraussetzungen für eine Entscheidung vorliegen. (...) ■

## Steuerberaterhaftung

- Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter
- Insolvenz
- Haftung des Geschäftsführers aus § 64 Abs. 2 GmbHG a.F. (OLG Köln, Urt. v. 23.2.2012 – 8 U 45/11)

### Leitsatz (d. Red.):

Der Geschäftsführer, der wegen § 64 Abs. 2 GmbHG a.F. in Anspruch genommen wird, hat gegen den Steuerberater der GmbH keinen Schadenersatzanspruch aus Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter. Das Interesse des Geschäftsführers vor einer Haftung nach § 64 GmbHG a.F. bewahrt zu werden, ist nicht schutzwürdig. ■

### Zum Sachverhalt:

Der Kläger ist Insolvenzverwalter über das Vermögen der D.-GmbH, dessen ehemaliger Geschäftsführer der Drittwiderbeklagte ist. Über das Vermögen der GmbH wurde mit Beschluss des Amtsgerichts Köln vom 10.5.2007 – 71 IN 567/06 – das Insolvenzverfahren eröffnet. Der Beklagte war für die GmbH als Steuerberater tätig. Mit der Klage macht der Kläger aus abgetretenem Recht des Drittwiderbeklagten Schadenersatz wegen angeblich fehlerhafter steuerlicher Beratung im Zusammenhang mit der Erstellung der Jahresbilanz für 2004 geltend.

Der Kläger hat den Drittwiderbeklagten als ehemaligen Geschäftsführer der Insolvenzschnuldnerin gemäß § 64 Abs. 2 Satz 1 GmbHG a.F. (jetzt: § 64 Satz 1 GmbHG) auf Erstattung der nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der Insolvenzschnuldnerin auf das debitorisch geführte Geschäftskonto der Insolvenzschnuldnerin geleisteten Zahlungen in Anspruch genommen. Mit Vergleichsvereinbarung vom 25.8.2009 hat der Drittwiderbeklagte die ihm gegen den Beklagten zustehenden Schadenersatzforderungen wegen unterlassener Aufklärung über die Insolvenzreife der GmbH an den Kläger abgetreten.

Unter Berücksichtigung eines hälftigen Mitverschuldens des Drittwiderbeklagten fordert der Kläger von dem Beklagten die Zahlung eines Betrags in Höhe von 132.686,01 EUR. Der Beklagte hat gegen den ehemaligen Geschäftsführer der GmbH in erster Instanz Drittwiderklage erhoben mit den Anträgen, es zu unterlassen, wörtlich oder sinngemäß zu behaupten, er (der Drittwiderbeklagte) habe die Umstände seines bis Dezember 2004 in vier Tranchen in Höhe von insgesamt 80.000 EUR an die GmbH gewährten Darlehens nicht zuvor mit dem Beklagten abgesprochen, vorher keine Hinweise gegeben, dass er dies tun solle, der Drittwiderbeklagte sei bis Anfang August 2006 von dem Beklagten nie auf die Notwendigkeit hingewiesen worden, eine Überschuldungsprüfung vornehmen zu lassen, sowie der Drittwiderbeklagte habe am 8.2.2006 dem Sachbearbeiter seiner Hausbank die Bilanz der GmbH „gemeinsam“ mit dem Beklagten vorgestellt.

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, dass der Beklagte dem Drittwiderbeklagten nach den Grundsätzen des Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte auf Schadenersatz hafte, weil er im Rahmen des Mandats mit der GmbH nach Erstellung des Jahresabschlusses 2004, der einen nicht durch Eigenkapital gedeckten Fehlbetrag in Höhe von 73.121,63 EUR auswies, in einem Vorgespräch über die Bilanz 2004 am 26.1.2006 nicht darauf hingewiesen habe, dass die GmbH zum 31.12.2004 überschuldet gewesen oder dies zumindest durch Erstellen einer Überschuldungsbilanz zu prüfen gewesen sei. Dadurch habe er es zugelassen, dass der Drittwiderbeklagte im Zeitraum zwischen dem 26.1.2006 und dem 1.9.2006 in Höhe von insgesamt 265.372,03 EUR Verbindlichkeiten der GmbH gegenüber der kontoführenden Bank zurückführte.

Der Beklagte hat bestritten, dass sich die Regressansprüche des Klägers gegen den Beklagten auf einen Betrag von 265.372,03 EUR belaufen. Er hat behauptet, er habe den Drittwiderbeklagten über die bilanzielle Überschuldung aufgeklärt und darauf hingewiesen, dass dies eine Überschuldung darstelle, die zur Anmeldung der Insolvenz verpflichten könne. Der Drittwiderbeklagte habe darauf hingewiesen, dass weitere ertragreiche Aufträge in Aussicht stünden. Daraufhin habe der Beklagte ihm geraten, die Überschuldung durch geeignete Patronatserklärungen zu beseitigen. Er hat außerdem die Einrede der Verjährung erhoben.

Das Landgericht hat mit Urteil vom 10.8.2011, auf das wegen des unstrittigen Sachverhalts, der in erster Instanz gestellten Klageanträge und des weiteren erstinstanzlichen Vorbringens der Parteien Bezug genommen wird, die Drittwiderklage als unzulässig und die Klage als unbegründet abgewiesen und zur Begründung ausgeführt, dem Drittwiderbeklagte stehe gegen den Beklagten kein Schadenersatzanspruch zu, der an den Kläger habe abgetreten werden können. Der zwischen der GmbH und dem Beklagten bestehende Steuerberatervertrag entfalte keine Schutzwirkung zugunsten des Drittwiderbeklagten.

Gegen das ihm am 12.8.2011 zugestellte Urteil wendet sich der Kläger mit seiner am 8.9.2011 eingelegten Berufung, die er mit am 18.11.2011 eingegangenem Schriftsatz nach entsprechender Fristverlängerung begründet hat. Die Drittwiderklage ist nicht mehr Gegenstand des Berufungsverfahrens.

Der Kläger wiederholt und vertieft sein erstinstanzliches Vorbringen und macht ergänzend geltend, der Beklagte hafte dem Drittwiderbeklagten aufgrund einer Pflichtverletzung im Rahmen eines zwischen ihnen geschlossenen Auskunftsvertrages. Ein Auskunftsvertrag könne stillschweigend entstehen, wenn die ersuchte Auskunft für den Empfänger von erheblicher Bedeutung sei, weil er sie zur Grundlage wesentlicher Entschlüsse machen wolle; dies gelte insbesondere in Fällen, in denen der Auskunftgeber für die Erteilung der Auskunft besonders sachkundig sei oder ein eigenes wirtschaftliches Interesse bei ihm im Spiel sei. Der Beklagte habe dem Drittwiderbeklagten, der ihm Ende 2005 mitgeteilt habe, dass er der GmbH Liquidität in Form eines Darlehens

über 80.000 EUR habe zuführen wollen, geraten, eine Rangrücktrittserklärung abzugeben. Der Beklagte habe dem Drittwiderbeklagten diesen Rat nicht in seiner Eigenschaft als Organ der GmbH, sondern als Privatperson erteilt; damit sei ein Auskunftsvertrag zwischen dem Drittwiderbeklagten und dem Beklagten zustande gekommen. Im Rahmen dieses Auskunftsvertrages habe der Beklagte es pflichtwidrig unterlassen, den Drittwiderbeklagten Anfang Januar 2006 über die Bedeutung des nicht durch Eigenkapital gedeckten Fehlbetrags in der Bilanz zum 31.12.2004 aufzuklären.

Der Beklagte habe ferner für den gegen den Drittwiderbeklagten gerichteten Schadenersatzanspruch gemäß § 64 Abs. 2 GmbH a.F. einzustehen, weil er dem Drittwiderbeklagten aufgrund des mit der GmbH bestehenden Steuerberatervertrages unter dem Gesichtspunkt eines Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter zum Schadenersatz verpflichtet sei. Die Pflichtverletzung des Beklagten sei darin zu sehen, dass er die GmbH nicht über die Bedeutung des nicht durch Eigenkapital gedeckten Fehlbetrags in der Bilanz zum 31.12.2004 aufgeklärt habe. Der Drittwiderbeklagte sei in den Schutzbereich des Steuerberatervertrages mit einbezogen, weil er als Geschäftsführer mit der Leistung des Beklagten bestimmungsgemäß in Berührung komme, als Geschäftsführer der GmbH, die Mandantin gewesen sei, der Gläubigerin nahestehen und diese Umstände für den Beklagten auch erkennbar gewesen seien.

(Anträge ...)

Der Beklagte verteidigt die angefochtene Entscheidung und führt ergänzend aus, der Beklagte habe die ihm gegenüber der GmbH obliegenden Vertragspflichten ordnungsgemäß erfüllt. Für den Drittwiderbeklagten habe er vertraglich keine Tätigkeiten übernommen. Ein Hinweis auf eine bestehende Überschuldung sei am 26.1.2006 schon deswegen nicht mehr erforderlich gewesen, weil der Drittwiderbeklagte die bestehende buchmäßige Überschuldung durch Abgabe der Rangrücktrittserklärungen für Forderungen im Umfang von insgesamt 250.000 EUR sowie durch Aufstockung des Eigenkapitals beseitigt hatte. Der Drittwiderbeklagte hätte im Übrigen auch auf einen entsprechenden Hinweis des Beklagten hin einen Versuch unternommen, die GmbH durch entsprechende Patronatserklärungen zu sanieren.

Dem Beklagten könne als Steuerberater nicht die Verantwortung dafür übertragen werden, das Vorliegen einer insolvenzrechtlichen Überschuldung zu prüfen. Ein Anlass für einen Hinweis gegenüber dem Drittwiderbeklagten habe auch deswegen nicht bestanden, weil dieser aufgrund seiner Ausbildung und Berufserfahrung hinreichend sachkundig gewesen sei. Die Voraussetzungen für eine Schutzwirkung des mit der GmbH bestehenden Steuerberatervertrages zugunsten des Drittwiderbeklagten seien nicht gegeben. Die GmbH habe kein Interesse, den in Verletzung seines Dienstvertrages pflichtwidrig handelnden Geschäftsführer zu schützen. Anders als in den von der Rechtsprechung anerkannten Fällen handle es sich im vorliegenden Fall nicht um synonyme Haftungsrisiken von Gesellschaft und Geschäftsführer, sondern um verschiedenen Pflichtenkreise.

Wenn eine Haftung des Steuerberaters in diesen Fällen angenommen würde, ergäbe sich zudem ein uferloses und nicht mehr versicherbares Haftungsrisiko für den Steuerberater. (...)

Die zulässige, insbesondere form- und fristgerecht eingelegte Berufung des Klägers ist in der Sache nicht begründet. ■

#### Aus den Gründen:

Das Landgericht hat im Ergebnis zu Recht eine Schadenersatzverpflichtung des Beklagten gegenüber dem Drittwiderbeklagten, die der Kläger aus abgetretenem Recht gegenüber dem Beklagten verfolgt, abgelehnt. Im Einzelnen gilt Folgendes:

#### I. Auskunftsvertrag

Der Kläger kann die Klageforderung nicht mit Erfolg darauf stützen, der Beklagte habe den Drittwiderbeklagten aufgrund eines mit diesem stillschweigend geschlossenen Auskunftsvertrages pflichtwidrig nicht über die Bedeutung des nicht durch Eigenkapital gedeckten Fehlbetrags in der Bilanz zum 31.12.2004 aufgeklärt. Der Kläger leitet den Schadenersatzanspruch aus der Verletzung von vertraglichen Pflichten aus einem Ende des Jahres 2005 geschlossenen Auskunftsvertrag her, der anlässlich der Mitteilung des Drittwiderbeklagten zustande gekommen sein soll, dass er beabsichtige, der GmbH ein Darlehen über insgesamt 80.000 EUR zu gewähren. Der Beklagte empfahl dem Drittwiderbeklagten nach dem Vorbringen des Klägers, eine Rangrücktrittserklärung abzugeben, dem der Drittwiderbeklagte unter dem 26.1.2006 auch nachkam.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kommt ein **Auskunftsvertrag** jedoch allenfalls **stillschweigend** mit Erteilung einer Auskunft zustande, wenn Auskünfte erteilt werden, die für den Empfänger der Auskunft von **erheblicher Bedeutung** sind und die dieser **zur Grundlage wesentlicher Entschlüsse** machen will. Dies gilt insbesondere, wenn der Auskunftsggeber für die Erteilung der Auskunft sachkundig ist oder ein eigenes wirtschaftliches Interesse hat. Bei der Beurteilung der Frage, ob ein Auskunftsvertrag stillschweigend geschlossen worden ist, sind in jedem Fall die Gesamtumstände des Falles von Bedeutung und in die Würdigung einzubeziehen (vgl. BGHZ 74, 103; WM 1985, 1531; NJW 1992, 2080 m.w.N.). Die vom Kläger angeführten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs (vgl. BGHZ 100, 117; BGH, NJW 1992, 2080; WM 2004, 1825; NJW 2009, 1141; WM 1985, 1531) betreffen jeweils Fälle, in denen eine Schadenersatzhaftung wegen einer unrichtigen Auskunftserteilung in Rede stand. Ein stillschweigend geschlossener Auskunftsvertrag kann jedoch nach den genannten Rechtsprechungsgrundsätzen keine Pflichten des Auskunftsggebers über die erteilte Auskunft hinaus begründen.

Fraglich ist bereits, ob aufgrund der dem Drittwiderbeklagten durch den Beklagten gegebenen **Empfehlung, eine Rangrücktrittserklärung abzugeben**, ein Auskunftsvertrag zwischen dem Beklagten und dem Drittwiderbeklagten zustande gekommen ist. Denn lediglich die GmbH und nicht der Drittwiderbeklagte persönlich stand mit dem Beklagten aufgrund

des bestehenden Steuerberatervertrages in vertraglicher Beziehung. Soweit der Beklagte gegenüber dem Drittwiderbeklagten Empfehlungen ausgesprochen hat, ist nach Auffassung des Senats ohne Weiteres nicht davon auszugehen, dass der Beklagte hiermit vertragliche Beziehungen zu dem Drittwiderbeklagten begründen wollte. **Mangels näherer Anhaltspunkte stellt sich die Beratungsleistung des Beklagten vielmehr als eine solche gegenüber der GmbH dar, für die der Drittwiderbeklagte als deren Geschäftsführer gehandelt hat** (vgl. hierzu auch OLG Schleswig, ZinsO 2011, 2280).

Der Senat kann diese Frage jedoch dahinstehen lassen. Denn der vom Beklagten anlässlich der Darlehensgewährung durch den Drittwiderbeklagten erteilte Rat, eine Rangrücktritts-erklärung abzugeben, begründete nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu den Voraussetzungen eines stillschweigend geschlossenen Auskunftsvertrages für sich genommen jedenfalls keine Verpflichtung des Beklagten zu weiterer Aufklärung gegenüber dem Drittwiderbeklagten über den erteilten Rat hinaus.

Der Kläger hat den Abschluss eines weitergehenden Auskunftsvertrages zwischen dem Beklagten und dem Drittwiderbeklagten im Übrigen nicht hinreichend dargelegt. Der Kläger behauptet insbesondere nicht, dass der Drittwiderbeklagte den Beklagten Ende des Jahres 2005 oder Anfang des Jahres 2006 zu einer Einschätzung aufgefordert hatte, ob die GmbH überschuldet sei und ob aus diesem Grund etwas zu veranlassen sei. Der Beklagte war dem Drittwiderbeklagten daher nicht aufgrund eines unmittelbarer mit ihm bestehenden Auskunftsvertrages zu weiterer Aufklärung oder Beratung verpflichtet.

## II. Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter

Dem Kläger stehen aus abgetretenem Recht auch keine Schadenersatzansprüche unter dem Gesichtspunkt eines Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter zu.

Nach Ansicht des Senats liegen die Voraussetzungen für einen Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter für den zwischen der GmbH und dem Beklagten geschlossenen Steuerberatervertrag im Verhältnis zum Drittwiderbeklagten als deren Geschäftsführer nicht vor. **Die Frage, ob der Geschäftsführer einer GmbH in den Schutzbereich des Steuerberatervertrages einer GmbH einbezogen ist, soweit es um Insolvenzverschleppungsschäden geht, ist höchstrichterlich noch nicht abschließend geklärt.** Im Schrifttum wird allerdings zum Teil die Auffassung vertreten, dass der Geschäftsführer der GmbH hinsichtlich der den Steuerberater treffenden Aufklärungs- und Beratungspflichten in den Schutzbereich des mit der GmbH bestehenden Steuerberatervertrages einbezogen ist (vgl. Wagner/Zabel, NZI 2008, 660). Zum Teil wird die gegenteilige Ansicht vertreten (vgl. Gräfe, DStR 2010, 669, 670 f).

Das Landgericht Wuppertal hat in einem Fall die Schutzwirkung des zwischen der GmbH und dem Steuerberater geschlossenen Steuerberatervertrages zugunsten des Geschäftsführers der GmbH angenommen (vgl. LG Wuppertal, Urt. v. 6.7.2011 – 3 O 359/10, in juris dokumentiert).

In dem dort entschiedenen Fall hatte der Steuerberater trotz Vorliegens einer bilanziellen Überschuldung der GmbH von einer Insolvenzantragstellung abgeraten. Im hier zu entscheidenden Fall geht es jedoch nicht um die Beurteilung der Frage, ob von der Stellung eines Insolvenzantrags abgeraten werden durfte, sondern ob über die Insolvenzantragspflicht und ihre Voraussetzungen nicht hinreichend aufgeklärt worden ist. Der vorliegende Sachverhalt ist mit dem vom Landgericht Wuppertal entschiedenen Fall daher nicht vergleichbar.

Der Drittwiderbeklagte ist im vorliegenden Fall nicht in den Schutzbereich des Steuerberatervertrages zwischen der GmbH und dem Beklagten einbezogen gewesen. **Der Bundesgerichtshof hat eine Schutzwirkung des mit der GmbH geschlossenen Steuerberatervertrages zugunsten des Geschäftsführers bisher nur in Ausnahmefällen angenommen** (vgl. BGH, WM 2011, 2334; WM 2010, 993). Zum einen komme eine Einbeziehung des Geschäftsführers als Dritter in den Schutzbereich des mit der GmbH bestehenden Steuerberatervertrages in Betracht, wenn aufgrund einer fehlerhaften Beratung durch den Steuerberater das Risiko einer **haftungsrechtlichen Inanspruchnahme des Geschäftsführers nach §§ 191, 219 AO** besteht (vgl. BGH, WM 2011, 2334). Zum anderen kann der Steuerberater für eine gegen den Geschäftsführer verhängte Geldstrafe wegen des **Vorwurfs der Steuerhinterziehung** haften, wenn er in der Steuererklärung unrichtige Angaben gemacht hat und Feststellungen zu einem vorsätzlichen Handeln des Mandanten fehlen (vgl. BGH, WM 2010, 993).

Die hier in Rede stehende Fallkonstellation ist mit den den vorzitierten Entscheidungen zugrunde liegenden Sachverhalten nicht gleichzusetzen. Die vom Kläger im Schriftsatz vom 4.8.2011 angeführten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs (vgl. BGHZ 138, 257; BGH, WM 1993, 897; NJW 2004, 3420; NJW 1997, 1235) sind auf den hier vorliegenden Fall nicht übertragbar. Sie betreffen die Haftung des Abschlussprüfers gegenüber Dritten, die Haftung des Steuerberaters gegenüber der Ehefrau des Mandanten sowie eine vertragliche Haftung des Wirtschaftsprüfers neben einer bestehenden Prospekthaftung. Entgegen der Auffassung des Klägers sind diese Entscheidungen für den vorliegenden Fall gerade nicht einschlägig.

**Voraussetzung einer Einbeziehung eines Dritten in den Schutzbereich** eines zwischen anderen Personen geschlossenen Vertrages ist zunächst, dass der Dritte mit der nach dem Vertrag geschuldeten **Leistung bestimmungsgemäß in Berührung** kommt (vgl. BGH, NJW 2008, 2245 m.w.N.; BGHZ 49, 350). Mit dem Bundesgerichtshof ist davon auszugehen, dass der Geschäftsführer grundsätzlich mit der gegenüber der GmbH erbrachten Leistung des Steuerberaters bestimmungsgemäß in Berührung kommt (vgl. BGH, WM 2011, 2334; OLG Schleswig, ZinsO 2011, 2280). Das Kriterium der Leistungsnähe dürfte daher erfüllt sein.

Ferner ist erforderlich, dass ein **Interesse des Gläubigers an der Einbeziehung** des Dritten in den Vertrag besteht. Ein Einbeziehungsinteresse liegt vor, wenn der Gläubiger an der Einbeziehung des Dritten in den Schutzbereich des Vertrages



ein besonderes Interesse hat und der Vertrag dahin ausgelegt werden kann, dass der Vertragsschutz in Anerkennung dieses Interesses auf den Dritten ausgedehnt werden kann (vgl. *Palandt/Grüneberg, BGB 70. Aufl., § 328 Rdnr. 17a m.w.N.*). Der Bundesgerichtshof hat ein Einbeziehungsinteresse für den Fall anerkannt, dass der Geschäftsführer aufgrund einer fehlerhaften Beratung durch den Steuerberater persönlich nach den §§ 69, 191, 219 AO in Anspruch genommen werden kann (vgl. *BGH, WM 2011, 2334*). Ein Einbeziehungsinteresse der GmbH an der Einbeziehung des Geschäftsführers in den Schutzbereich des Steuerberatervertrags kann nach Ansicht des Senats im Hinblick darauf nicht von vornherein verneint werden (vgl. *Wagner/Zabel, NZI 2008, 660*).

Die Leistungsnähe und das **Einbeziehungsinteresse** des Gläubigers müssen für den Schuldner, also in diesem Fall den Steuerberater, **erkennbar** sein. Diese Voraussetzung dürfte ebenfalls erfüllt sein, weil für den Beklagten erkennbar war, dass sich seine Beratungsleistung in bestimmten Fällen auf den Geschäftsführer und dessen Inanspruchnahme – etwa wegen bestehender Steuerschulden – auswirken kann.

Schließlich ist erforderlich, dass das **Interesse des Dritten** an der Einbeziehung in den Vertrag **schutzwürdig** ist und dem Schuldner es nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung des Vertragszwecks zugemutet werden kann, sich auf die erweiterte Haftung einzulassen (vgl. *Palandt/Grüneberg, a.a.O., § 328 Rdnr. 18*). An der Schutzwürdigkeit des Drittwiderbeklagten und der Zumutbarkeit der Haftungserweiterung für den Beklagten infolge der Einbeziehung des Drittwiderbeklagten in den zwischen der GmbH und dem Beklagten bestehenden Steuerberatervertrag fehlt es im vorliegenden Fall.

Der Beklagte hat aufgrund des mit der GmbH bestehenden Steuerberatervertrages seine Leistungen vorrangig im Interesse der GmbH zu erbringen. **Die aufgrund des Vertrages mit der GmbH geschuldete Erstellung des Jahresabschlusses und die damit einhergehende steuerliche Beratung dient der Steuerdeklaration der GmbH, nicht jedoch dazu, den Geschäftsführer vor Schadenersatzansprüchen gegen ihn zu bewahren** (vgl. *Gräfe, DStR 2010, 669, 670 f*). Das Interesse des Geschäftsführers, vor einer Inanspruchnahme nach **§ 64 Abs. 2 GmbHG a.F.** bewahrt zu werden, ist nach Auffassung des Senats **nicht schutzwürdig. Der Geschäftsführer hat in eigener Verantwortung die Überschuldungssituation der Gesellschaft zu prüfen und zu beurteilen. Soweit er nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit Zahlungen entgegen § 64 Abs. 2 GmbHG a.F. leistet, beruht dies auf einer eigenständigen wirtschaftlichen Entscheidung.**

Für den Steuerberater ist es zudem nicht zumutbar, das Haftungsrisiko für eine solche Inanspruchnahme zu übernehmen. In welcher Höhe der Geschäftsführer nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder nach Feststellung der Überschuldung Zahlungen leistet, lässt sich für den Steuerberater nicht übersehen. **Das Haftungsrisiko ist für ihn nicht überschaubar.** Die Verpflichtung des Steuerberaters, auf eine Überschuldung hinzuweisen und auf die Überprüfung der Überschul-

dung hinzuwirken, kann daher nach Ansicht des Senats nur zu dem Zweck postuliert werden, den Geschäftsführer der GmbH in die Lage zu versetzen zu entscheiden, ob er nach den Umständen verpflichtet ist, einen Insolvenzantrag zu stellen. **Eine Schutzwirkung zugunsten des Geschäftsführers einer GmbH kann dabei nur insoweit angenommen werden, als dieser Ansprüchen von Gläubigern wegen Verletzung der Insolvenzantragspflicht ausgesetzt ist** (vgl. *BGH, NJW 2007, 3130 m.w.N.*).

Vertragszweck des Steuerberatervertrages mit der GmbH ist dagegen nicht, das Risiko der fehlenden Leistungsfähigkeit des Geschäftsführers abzusichern (vgl. *Gräfe, DStR 2010, 669, 671*). Soweit im Schrifttum die Leistungsnähe unter Hinweis auf eine mögliche persönliche Haftung des Geschäftsführers angenommen wird (vgl. *Wagner/Zabel, NZI 2008, 660 unter Bezugnahme auf OLG Düsseldorf, Stbg 1993, 328*), wird nicht näher geprüft, ob das Haftungsrisiko des Geschäftsführers, das mit der Einbeziehung in den Schutzbereich des mit der Gesellschaft bestehenden Steuerberatervertrages abgedeckt werden soll, mit dem Schutzzweck der den Steuerberater treffenden Vertragspflichten in Zusammenhang steht, das heißt, ob synonyme Haftungsrisiken bestehen; vielmehr wird die Schutzbedürftigkeit des Geschäftsführers aufgrund des sich nach § 64 Satz 1 GmbHG ergebenden persönlichen Haftungsrisikos ohne nähere Begründung postuliert.

Die Entscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf (*Stbg 1993, 328*) stützt die von Wagner/Zabel vertretene Auffassung im Übrigen nicht. In dem dort entschiedenen Fall ist eine Aufklärungspflicht des Steuerberaters lediglich für den Fall auch im Interesse des Geschäftsführers der mandatierten GmbH angenommen worden, dass eine persönliche Haftung des Geschäftsführers für Steuerschulden der Gesellschaft in Betracht kam. Darum geht es im vorliegenden Fall jedoch nicht. Nach Auffassung des Senats fehlt es im Übrigen an einer Pflichtverletzung des Beklagten. Der Kläger ist der Ansicht, dass der Beklagte aufgrund des ihm von der GmbH erteilten Steuerberatermandats verpflichtet gewesen sei, die GmbH auf eine mögliche Überschuldung und die Notwendigkeit einer Überschuldungsprüfung hinzuweisen, nachdem er im Rahmen der Bilanzerstellung zum 31.12.2004 einen nicht durch Eigenkapital gedeckten Fehlbetrag in Höhe von 73.121,63 EUR festgestellt hatte. Zweifelhaft ist bereits, ob den Steuerberater aufgrund eines umfassenden Steuerberatermandats eine Hinweispflicht gegenüber der Gesellschaft trifft, die Überschuldung der GmbH bei Vorliegen einer bilanziellen Überschuldung zu prüfen.

Ob und in welchen Fällen den Steuerberater eine **Hinweispflicht gegenüber der beratenen GmbH** trifft, **die Überschuldung der GmbH zu prüfen und gegebenenfalls eine Überschuldungsbilanz erstellen zu lassen**, ist bislang nicht Gegenstand einer höchstrichterlichen Entscheidung gewesen. In der Rechtsprechung der Instanzgerichte wird davon ausgegangen, dass der Steuerberater, sofern er nicht auch mit der wirtschaftlichen Beratung des Unternehmens beauftragt ist, aufgrund eines ihm erteilten Steuerberatermandats nicht verpflichtet ist, die GmbH über eine drohende Insolvenz aufzu-



klären (vgl. *OLG Celle, ZinsO 2011, 100, OLG Schleswig, GI 1993, 383*). Der Bundesgerichtshof hat die Revision gegen das Urteil des OLG Schleswig (*GI 1993, 383*) nicht angenommen und zur Begründung ausgeführt, eine Verpflichtung des Steuerberaters, auf die Pflichten zur Insolvenzantragstellung nach § 64 Abs. 1 GmbHG a.F. hinzuweisen, bestehe jedenfalls dann nicht, wenn dem Geschäftsführer der GmbH die Überschuldung bewusst gewesen ist (vgl. *BGH, Beschl. v. 24.2.1994 – IX ZR 126/03, nicht veröffentlicht; vgl. Zugehör, NZI 2008, 652, 653 Rdnr. 24*). In der Literatur wird eine Hinweispflicht des Steuerberaters überwiegend bejaht (vgl. *Hölzle, DStR 2003, 2075; Sundermeier/Gruber, DStR 2000, 929; Gräfe, DStR 2010, 618; Wagner/Zabel, NZI 2008, 660; Zugehör, NZI 2008, 652 m.w.N.; so jetzt auch OLG Schleswig vom 2.9.2011 – 17 U 14/11, in juris dokumentiert; n.rkr., Revision anhängig unter IX ZR 145/11*).

Nach Auffassung des Senats ist davon auszugehen, **dass der Geschäftsführer einer GmbH aufgrund der ihn treffenden Pflichten grundsätzlich selbstständig zu prüfen hat, ob eine Überschuldung der GmbH vorliegt und ob die Vermögenslage der GmbH die Stellung eines Insolvenzantrags erfordert**. Jedenfalls für den Fall, dass der Steuerberater die GmbH über die wirtschaftliche Lage zutreffend in dem zu erstellenden Jahresabschluss informiert und dem Geschäftsführer die Überschuldung der GmbH bewusst ist, bestehen weder gegenüber der GmbH noch gegenüber dem Geschäftsführer besondere Hinweispflichten, (vgl. *OLG Celle, ZinsO 2011, 1005; BGH, Beschl. v. 24.2.1994 – IX ZR 126/93*). Die Hinweispflicht dürfte nach allgemeinen Regeln allerdings nicht, wie der Beklagte meint, bereits deswegen entfallen, weil der Drittwiderbeklagte aufgrund seiner Ausbildung oder Berufserfahrung entsprechende Sachkenntnisse hat (vgl. *BGH, NJW 1998, 1221; NJW 1992, 820; NJW-RR 2005, 1511*). Ob dem Drittwiderbeklagten die Insolvenzgefahr bewusst gewesen ist oder nicht, ist vielmehr im Einzelfall festzustellen.

Nach Würdigung der gesamten Umstände des vorliegenden Falls ist der Beklagte nach Auffassung des Senats nicht zur Erteilung weiterer Hinweise gegenüber der GmbH dazu verpflichtet gewesen, dass und in welcher Weise die Überschuldung der GmbH zu überprüfen war. Der Beklagte hat in dem Anfang des Jahres 2006 erstellten Jahresabschluss für das Jahr 2004 einen nicht von Eigenkapital gedeckten Fehlbetrag in Höhe von 73.121,63 EUR ermittelt und dies dem Drittwiderbeklagten unstreitig auch zur Kenntnis gebracht. Außerdem hat er nach dem Vorbringen des Klägers den Drittwiderbeklagten wegen eines Darlehens an die Gesellschaft im Dezember 2005 dahin beraten, hierfür eine Rangrücktrittserklärung abzugeben, dem der Drittwiderbeklagte unter dem 26.1.2006 nachgekommen ist. Zudem gab der Drittwiderbeklagte unter dem gleichen Datum eine Rangrücktrittserklärung für von ihm der GmbH zur Verfügung gestellte Sicherheiten ab. Der Senat geht im Hinblick auf die abgegebenen Rangrücktrittserklärungen, in denen der Drittwiderbeklagte ausdrücklich einer Erfüllung seiner Forderung aus dem die Schulden übersteigenden Gesellschaftsvermögen oder aus einem etwaigen Liquidationserlös nach Befriedigung sämtlicher nicht nachrangiger Gläubiger zu-

gestimmt hat, davon aus, dass dem Drittwiderbeklagten die Überschuldungssituation im Zeitpunkt der Abgabe dieser Erklärungen bewusst gewesen ist.

Die Rangrücktrittserklärung erfolgt in der Regel in der Krise der Gesellschaft und zur Abwendung eines Insolvenzantrags. Denn die Rangrücktrittserklärung bewirkt, dass die Forderungen in einer Überschuldungsbilanz nicht zu passivieren sind (vgl. *BGH, NJW 2001, 1280*). Die Abgabe der Rangrücktrittserklärung ist nach Auffassung des Senats daher nur vor dem Hintergrund erklärbar, dass dem Drittwiderbeklagten die Überschuldung der GmbH und die Gefahr einer Insolvenz Anfang des Jahres 2006 nach Erstellung der Bilanz für das Jahr 2004 vor Augen gestanden hat. Vom Beklagten ist ohne entsprechende Nachfrage, die nach dem Vorbringen des Klägers nicht an den Beklagten gerichtet worden ist, dann nicht zu verlangen, dass er gegenüber dem Geschäftsführer der ihn mandatierenden GmbH die Bedeutung einer solchen bilanziellen Überschuldung näher erläutert. Auf die zwischen den Parteien streitige Frage, ob infolge der abgegebenen Rangrücktrittserklärungen die im Jahr 2004 bestehende bilanzielle Überschuldung zum 31.12.2005 beseitigt worden ist, kommt es vor diesem Hintergrund nicht entscheidend an. (...)

Die Zulassung der Revision ist gemäß § 543 Abs. 2 Nr. 1 und 2 ZPO veranlasst. Die Rechtssache hat grundsätzliche Bedeutung, weil die Frage, ob der Geschäftsführer einer GmbH in den Schutzbereich des zwischen der Gesellschaft und dem Steuerberater geschlossenen Beratungsvertrags einbezogen ist, soweit es um die Haftung des Geschäftsführers wegen Verletzung der Pflicht gemäß § 64 Satz 1 GmbHG (entspricht § 64 Abs. 2 GmbHG a.F.) gegenüber der Gesellschaft geht, bislang in der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht abschließend geklärt ist. Insoweit wird die Revision auch zum Zweck der Rechtsfortbildung zugelassen. ■

## GI Literatur-Ecke

**Gehrlein:** Die Rechtsprechung des IX. Zivilsenats des BGH zur Steuerberaterhaftung in den Jahren 2010 bis 2011 (Teil I), *DStR 2012, 377*

**Gehrlein:** Die Rechtsprechung des IX. Zivilsenats des BGH zur Steuerberaterhaftung in den Jahren 2010 bis 2011 (Teil II), *DStR 2012, 432*

**Posegga:** Die Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Haftung als neue Organisationsform – Überblick und erste Bewertung des Referentenentwurfs zur Einführung einer PartG mbH, *DStR 2012, 611*

**Roßkothen:** Juristische Online-Datenbanken – auf dem Weg zur Nutzungspflicht?, *AnwBl 2012, 503*

**Scheuer:** PartG mbH – die anwaltliche Rechtsform der Zukunft?!, *AnwBl 2012, 288*

## Anwaltschaftung

- Teilurteil
  - Insolvenz eines Streitgenossen
  - Zustandekommen des Anwaltsvertrages
  - Darlegungs- und Beweislast für Beratungsvertrag
  - Verlorene Gehaltsansprüche
  - Annahmeverzug des Arbeitgebers
- (*OLG Düsseldorf, Beschl. v. 26.9.2011 – I-24 U 37/11*)

### Leitsätze:

1. Die Darlegungs- und Beweislast für den Abschluss eines Anwaltsvertrages trägt derjenige, der aus dem Vorliegen des Anwaltsvertrages für sich günstige Rechtsfolgen herleitet, also der Mandant, wenn er von einem Rechtsanwalt Schadenersatz verlangt.
2. Der Mandant muss darlegen und beweisen, dass ein Anwaltsvertrag oder ein gleichstehendes vertragsähnliches Verhältnis zustande gekommen ist, das nach seinem Inhalt und Umfang die anwaltliche Pflicht auslöst, an deren Verletzung der Schadenersatzanspruch geknüpft wird.
3. Der fehlerhaft unterlassene Rat des Rechtsanwalts, seine Mandantin (Hebamme) solle dem Arbeitgeber ihre Arbeitsleistung anbieten, ist nicht kausal für verlorene Gehaltsansprüche, wenn der Arbeitgeber mangels Leistungsfähigkeit der Mandantin nicht in Annahmeverzug geraten konnte. ■

### Aus den Gründen:

(...)

1. Das Landgericht hat zulässigerweise ein Teilurteil nach § 301 ZPO gegen die Beklagte zu 2) erlassen.

Zwar spaltet ein **Teilurteil** den Prozess in zwei selbstständige Teile. Es darf daher nur ergehen, wenn es von der Entscheidung über den Rest des geltend gemachten prozessualen Anspruchs unabhängig ist, so dass die Gefahr einander widerstreitender Erkenntnisse, auch durch das Rechtsmittelgericht, nicht besteht (*BGH, NJW-RR 2003, 1002 m.w.N.; Senat, MDR 2008, 775 m.w.N.*). Das gilt auch dann, wenn die Klage über einen Anspruch gegen mehrere Personen erhoben wird (*BGH, NJW-RR 2003, 1002; NJW 1999, 1035*).

Diese Grundsätze gelten jedoch nicht, wenn – wie im Streitfall – über das Vermögen eines einfachen **Streitgenossen das Konkurs- oder Insolvenzverfahren eröffnet** und deshalb gemäß § 240 ZPO das Verfahren insoweit unterbrochen worden ist. In diesen Fällen ist es trotz der jeweils offenkundigen Gefahr, dass bei Aufnahme des durch den Konkurs bzw. die Insolvenz unterbrochenen Verfahrens eine abweichende Entscheidung ergehen könnte, **stets zulässig**, gemäß § 301 ZPO ein Teilurteil zu erlassen (*vgl. BGH, NJW-RR 2003, 1002; BGHZ 148, 214, 216; NJW 1988, 2113; NJW 1987, 2367, 2368*). Denn die Unterbrechung, deren Dauer ungewiss ist, führt zu einer faktischen Trennung der

Verfahren. Sie endet, wenn das Verfahren nicht nach den für das Konkurs- oder Insolvenzverfahren geltenden Vorschriften aufgenommen wird, erst dann, wenn das Konkurs- oder Insolvenzverfahren beendet ist.

Dieses Verfahren kann sich in Einzelfällen viele Jahre lang hinziehen. Ob und gegebenenfalls wann eine Aufnahme des Verfahrens erfolgt, ist in aller Regel nicht voraussehbar. Die übrigen Streitgenossen haben keine prozessuale Möglichkeit, die Aufnahme des Verfahrens und damit auch den Fortgang des Prozesses insgesamt zu bewirken. **Es wäre mit dem Anspruch der übrigen Prozessbeteiligten auf einen effektiven Rechtsschutz nicht vereinbar, wenn die Unterbrechung des Verfahrens eine Entscheidung nur deshalb nachhaltig verzögern würde, weil die abstrakte Gefahr einer widersprüchlichen Entscheidung nach einer eventuellen Aufnahme des Verfahrens besteht** (*vgl. BGH, NJW-RR 2003, 1002*).

2. Das Landgericht hat die Klage auch zu Recht abgewiesen. Die Klägerin hat einen Anspruch auf Schadenersatz aus anwaltlicher Pflichtverletzung gemäß § 280 Abs. 1 BGB i.V.m. §§ 611, 675 BGB gegen die Beklagte zu 2) nicht schlüssig dargelegt.

a) Die Klägerin hat bereits die von ihr behauptete **Beauftragung der Beklagten zu 1)** mit der Durchsetzung ihrer Gehalts- und Weiterbeschäftigungsansprüche nicht hinreichend substantiiert dargelegt.

Die **Darlegungs- und Beweislast** für den Abschluss eines Anwaltsvertrages trägt derjenige, der aus dem Vorliegen des Anwaltsvertrages für sich günstige Rechtsfolgen herleitet. Deshalb muss der Mandant, der von einem Rechtsanwalt Schadenersatz verlangt, darlegen und beweisen, dass ein Anwaltsvertrag oder ein gleichstehendes vertragsähnliches Verhältnis zustande gekommen ist, das nach seinem Inhalt und Umfang die anwaltliche Pflicht auslöst, an deren Verletzung der Schadenersatzanspruch geknüpft wird (*BGH, NJW 1994, 1472, 1474; Zuehör/Fischer/Sieg/Schlee, Handbuch der Anwaltschaft 2. Aufl., Rdnr. 103*). Bei einem Haftungssachverhalt muss der Mandant in **Abgrenzung zur Gefälligkeit** nicht nur nachweisen, dass der Rechtsanwalt eine Tätigkeit ausgeübt hat, die von der Sache her allgemein Gegenstand anwaltlicher Beratung oder Interessenvertretung sein kann. Der Mandant muss auch beweisen, dass diese anwaltliche Tätigkeit als vertragliche Leistung gerade in **Erfüllung eines Auftrags** erbracht worden ist (*vgl. OLG Düsseldorf, AnwBl 1986, 400; Zuehör/Fischer/Sieg/Schlee, a.a.O., Rdnr. 104*).

Der Vortrag der Klägerin erfüllt diese Voraussetzungen nicht.

Die Klägerin hat lediglich pauschal behauptet, sie habe die Beklagte zu 1) unmittelbar nach Erhalt des Schreibens ihres Arbeitgebers an die Barmer Ersatzkasse vom 9.1.2008 und bereits vor dem 14.1.2008 beauftragt, ihre Gehaltsansprüche sowie ihren Anspruch auf Weiterbeschäftigung durchzusetzen. Konkrete Angaben zu den Umständen der Beauftragung hat sie nicht gemacht. Die Beklagte zu 1) hat dagegen vorgetragen, sie habe der Klägerin anlässlich eines

Besprechungstermins in einer Arzthaftungssache geraten, auch in der arbeitsrechtlichen Angelegenheit anwaltliche Hilfe in Anspruch zu nehmen. Hierzu sei es jedoch nicht gekommen.

Es ist davon auszugehen, dass die Beklagte zu 2) sich diese Angaben der Beklagten zu 1) zumindest konkludent zu eigen gemacht hat, indem sie danach die Erteilung eines Auftrags bestritten hat. Selbst wenn man davon nicht ausgeht, ist aber unter Berücksichtigung der Regelung des § 138 Abs. 4 ZPO **das pauschale Bestreiten durch die Beklagte zu 2) ausreichend, da eine etwaige Beauftragung der Beklagten zu 1) unstreitig nicht Gegenstand ihrer eigenen Wahrnehmung war.** Zwar stellt die Rechtsprechung Vorgänge im eigenen Geschäfts- und Verantwortungsbereich den eigenen Handlungen oder Wahrnehmungen in diesem Sinne gleich (BGH, NJW-RR 2002, 612; BGHZ 109, 205). Folge ist jedoch nur, dass die betroffene Partei sich im Rahmen der bestehenden Möglichkeiten nach den Vorgängen zu erkundigen hat (vgl. BGH, NJW-RR 2002, 612; BGHZ 109, 205; Zöller/Greger, ZPO 28. Aufl., § 138 Rdnr. 16). Der Beklagten zu 2) ist eine Informationsbeschaffung aber nicht möglich. Denn nach ihrem unwidersprochenen Vorbringen ist die Beklagte zu 1) aufgrund einer schwerwiegenden Erkrankung weder in der Lage die Akte herauszusuchen noch mit der Beklagten zu 2) über die Sache zu sprechen.

Angesichts des zulässigen Bestreitens durch die Beklagte zu 2) ist der Vortrag der Klägerin zur Mandatserteilung auch unter Berücksichtigung der von ihr vorgelegten Unterlagen nicht hinreichend konkret. Insbesondere ergibt sich aus diesen kein Anscheinsbeweis für eine Beauftragung der Beklagten zu 1). Zwar kann sich, wenn feststeht, dass der Rechtsanwalt in einem bestimmten Bereich oder gegenüber bestimmten Personen tätig geworden ist, daraus der Anscheinsbeweis ergeben, dass der Auftrag sich auch hierauf erstreckt hat (Zugehör/Fischer/Sieg/Schlee, a.a.O., Rdnr. 105). Die vorgelegten Urkunden genügen diesen Anforderungen jedoch nicht.

Soweit die Klägerin eine von der Beklagten zu 1) gefertigte Skizze vorgelegt hat, spricht dies nicht unbedingt für die verbindliche Erteilung eines Auftrags. Die Beklagte zu 1) hat insofern nachvollziehbar dargelegt, dass die Skizze unverbindlich anlässlich eines Besprechungstermins in einer Arzthaftungsangelegenheit gefertigt wurde. Dem hat die Klägerin nicht konkret widersprochen.

Auch das von der Klägerin vorgelegte Schreiben vom 6.2.2008 belegt nicht, dass die Klägerin die Beklagte zu 1) mit der Durchsetzung ihrer Weiterbeschäftigungs- und Vergütungsansprüche beauftragt hat. Denn es handelt sich hierbei um ein Schreiben an die Krankenkasse der Klägerin, das auf die Klärung der Möglichkeit einer Wiedereingliederungsmaßnahme abzielt. Zwar wird hierin die Möglichkeit einer Klage gegen die Arbeitgeberin der Klägerin erwähnt, dies lässt jedoch nicht zwingend darauf schließen, dass die von der Klägerin behauptete Beauftragung bereits erfolgt war. Soweit die Beklagte zu 1) die Klägerin als ihre Mandantin bezeichnet, rechtfertigt sich dies auch aus ihrer unstreitig

gen Beauftragung in einer Arzthaftungsangelegenheit, auf die die Beklagte zu 1) in dem Schreiben auch verweist. Im Übrigen steht der Inhalt des Schreibens im Widerspruch zum eigenen Vortrag der Klägerin, die schon im Januar Auftrag zur Klageerhebung erteilt haben will.

Soweit die Klägerin für die Beauftragung der Beklagten zu 1) Beweis durch das Zeugnis ihres Ehemanns angetreten hat, hat sie – wie bereits ausgeführt – den unter Beweis gestellten Sachverhalt nicht unter Benennung tatsächlicher Umstände wie Ort, Zeit oder Gelegenheit der Beauftragung hinreichend konkret dargestellt, so dass die Vernehmung eine **unzulässige Sachverhaltsausforschung** darstellen würde.

Danach kann dahinstehen, ob die Beklagte zu 2) für eine etwaige Pflichtverletzung der Beklagten zu 1) aus dem Anwaltsvertrag nach den Grundsätzen zur sog. „Anscheinssozietät“ (vgl. BGH, NJW 2008, 2330; BGHZ 172, 169; NJW 1999, 3040; Zugehör/Fischer/Sieg/Schlee, a.a.O., Rdnr. 355) haften würde.

b) Die Klägerin hat zudem nicht schlüssig dargetan, dass die behauptete Pflichtverletzung der Beklagten zu 1) für den geltend gemachten Schaden, nämlich den Verlust ihrer Vergütungsansprüche für den Zeitraum vom 14.1.2008 bis zum 31.3.2009, kausal geworden ist.

aa) Den **Ursachenzusammenhang** zwischen der pflichtwidrigen Beratung und dem beim Auftraggeber eingetretenen Schaden hat dieser zu beweisen (BGHZ 123, 311, 313 ff).

Wird dem Anwalt eine Pflichtverletzung – hier die rechtlich fehlerhafte Beratung zu den Voraussetzungen des Annahmeverzugs des Arbeitgebers – vorgeworfen, muss untersucht werden, wie die Dinge abgelaufen wären, wenn der Anwalt die Handlung pflichtgemäß vorgenommen hätte. Die Feststellung, ob infolge der Pflichtverletzung ein Schaden entstanden ist, gehört zur haftungsausfüllenden Kausalität. Der Beweis, dass die Vertragsverletzung zum Schaden geführt hat, ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH, NJW 2005, 3071 m.w.N.), der der Senat folgt (vgl. nur Beschl. v. 15.4.2010 – I-24 U 98/09, Gl aktuell 2011, 92; juris m.w.N.) unter Heranziehung des § 287 Abs. 1 ZPO zu beurteilen.

Es ist somit zu ermitteln, ob eine überwiegende Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder den besonderen Umständen des Streitfalls mit für den Anspruchsteller günstigeren Feststellungen zu rechnen gewesen wäre (vgl. Palandt/Heinrichs, BGB 70. Aufl., § 252 Rdnr. 5 m.w.N.).

**Wenn dabei im Haftpflichtprozess die Frage, ob dem Mandanten durch eine schuldhaft e Pflichtverletzung des Rechtsanwalts ein Schaden entstanden ist, vom Ausgang eines anderen Verfahrens abhängt, muss das Regressgericht selbst prüfen, wie jenes Verfahren richtigerweise zu entscheiden gewesen wäre (BGH, NJW 2005, 3071).** Denn es lässt sich nicht feststellen, wie das ehemals zuständige Gericht tatsächlich entschieden hätte.

Unter Beachtung dieser Grundsätze besteht kein Schadenersatzanspruch der Klägerin. Dies gilt auch, wenn man davon ausgeht, dass die Klägerin bei entsprechender Beratung durch die Beklagte zu 1) ihre Arbeitsleistung zur rechten Zeit, nämlich unmittelbar nach Ablauf der ärztlich bescheinigten Arbeitsunfähigkeit am 13.1.2008, und in der richtigen Form angeboten hätte. Nach dem unstreitigen Sachverhalt ist nämlich davon auszugehen, dass ihre Arbeitgeberin ein Angebot zur Arbeitsleistung aufgrund der Beurteilung des Betriebsarztes vom 17.12.2007 nicht angenommen hätte. Die Klägerin hätte somit ihren Vergütungsanspruch für den Zeitraum ab dem 14.1.2008 im Rahmen eines arbeitsgerichtlichen Verfahrens geltend machen müssen. Es ist jedoch davon auszugehen, dass dieses von der Beklagten zu 1) einzuleitende arbeitsgerichtliche Verfahren ebenso erfolglos geblieben wäre wie der später von dem jetzigen Prozessbevollmächtigten der Klägerin geführte Prozess. Denn die Klägerin hat keinen Sachverhalt vorgetragen, der den hier als Schaden geltend gemachten Vergütungsanspruch gegen ihre Arbeitgeberin begründet hätte.

bb) Die Klägerin hatte für den Zeitraum ab dem 14.1.2008 unabhängig vom Angebot ihrer Arbeitsleistung auch deswegen **keinen Anspruch auf Zahlung** von Arbeitsvergütung gemäß § 615 BGB i.V.m. § 611 BGB, **weil ihre Arbeitgeberin mangels Leistungsfähigkeit der Klägerin nicht in Annahmeverzug geraten konnte**.

Nach § 297 BGB kommt der Gläubiger einer Arbeitsleistung nicht in Annahmeverzug, wenn der Schuldner zur Zeit des Angebots außerstande ist, die Leistung zu bewirken. Die **Bewertung der Leistungsfähigkeit** ist aus objektiver Sicht vorzunehmen. Ist ein Arbeitnehmer objektiv aus gesundheitlichen Gründen außerstande, die arbeitsvertraglich geschuldete Leistung zu erbringen, so kann das fehlende Leistungsvermögen nicht allein durch die subjektive Einschätzung des Arbeitnehmers ersetzt werden, er sei trotzdem in der Lage, einen Arbeitsversuch zu unternehmen (BAG, NJW 1999, 3432).

Im Streitfall bestand unstreitig zumindest nur ein eingeschränktes Leistungsvermögen der Klägerin. Denn nach ihrem Dienstvertrag vom 19.10.1989 war sie als Hebamme eingestellt. Wie sie nunmehr selbst einräumt, war **sie aber zu sämtlichen geburtshilflichen Tätigkeiten aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr in der Lage**.

Soweit die Klägerin die Ansicht vertritt, sie hätte einen Annahmeverzug ihrer Arbeitgeberin durch das Angebot der im Schriftsatz vom 25.3.2010 angeführten anderen Tätigkeiten begründen können, ist dem nicht zu folgen.

Dies gilt unabhängig von der Frage, ob diese anderen Tätigkeiten für die Klägerin, die vor ihrer Erkrankung nach eigenen Angaben mit 50% ihrer Arbeitszeit in der reinen Geburtshilfe eingesetzt war, überhaupt die zu bewirkende Arbeitsleistung i.S.v. § 294 BGB darstellten (vgl. hierzu die neuere Rechtsprechung des BAG, NJW 2010, 3112). Denn auch ausgehend davon, dass die Arbeitgeberin der Klägerin

die vertraglich zu bewirkende Leistung der Klägerin nicht in nach § 106 GewO zulässiger Weise auf die Geburtshilfe konkretisiert hatte, können die Voraussetzungen des Annahmeverzugs mangels Leistungsfähigkeit nicht festgestellt werden. Liegt, wie im Streitfall, unstreitig zumindest eine eingeschränkte Leistungsfähigkeit vor, gerät der Arbeitgeber nämlich nur dann in Annahmeverzug, wenn er die ihm mögliche und zumutbare Zuweisung leidensgerechter und vertragsgemäßer Arbeit unterlässt (BAG, NZA 2008, 1410). Es ist jedoch nicht davon auszugehen, dass es der Arbeitgeberin der Klägerin möglich war, dieser eine vertrags- und leidensgerechte Tätigkeit zuzuweisen.

Es obliegt insoweit der Klägerin, zunächst eine ihren eingeschränkten Fähigkeiten entsprechende Stelle als Hebamme aufzuzeigen. Denn die Regeln des Ausgangsrechtsstreits sind auch im Regressprozess anzuwenden (st. Rspr. des BGH: BGHZ 72, 328, 330; 133, 110; BGH, VersR 1985, 146, 147; NJW 1987, 3255; 1988, 3013; 200, 730, 732, und 1572, 1573; 2002, 593; NJW-RR 2004, 1649; Senat, Urt. v. 3.11.2009 – I-24 U 207/08, bei juris; Zugehör/Fischer/Sieg/Schlee, a.a.O., Rdnr. 1078). Im Ausgangsrechtsstreit trägt zwar der Arbeitgeber die Darlegungs- und Beweislast für die tatsächlichen Voraussetzungen der fehlenden Leistungsfähigkeit i.S.v. § 297 BGB (BAG, AP Nr. 106 zu § 615 BGB; Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch 12. Aufl., § 95 Rdnr. 54). Liegt eine Einschränkung der Leistungsfähigkeit vor, hat aber zunächst der Arbeitnehmer eine seinen eingeschränkten Fähigkeiten entsprechende Beschäftigungsmöglichkeit aufzuzeigen (BAG, NZA 2006, 155; Senat, Urt. v. 3.11.2009 – I-24 U 207/08, bei juris). (...)

cc) Die Klägerin kann sich auch nicht darauf berufen, dass ihr im Fall pflichtgemäßer Beratung durch die Beklagte zu 1) ein Schadenersatzanspruch gegen ihre Arbeitgeberin wegen entgangener Vergütung nach § 280 Abs. 1 BGB zugestanden hätte.

Denn ein solcher wäre nur dann gegeben, wenn die Arbeitgeberin der Klägerin schuldhaft ihre Rücksichtnahmepflicht aus § 241 Abs. 2 BGB dadurch verletzt hätte, dass sie der Klägerin nicht durch Neuausübung ihres Direktionsrechts einen leidensgerechten Arbeitsplatz zuwies (vgl. BAG, NJW 2010, 3112).

**Die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Neubestimmung der Tätigkeit des Arbeitnehmers besteht allerdings nur im vertraglichen Rahmen und setzt voraus, dass der Arbeitnehmer dies verlangt und dem Arbeitgeber mitteilt, wie er sich seine weitere, die aufgetretenen Leistungshindernisse ausräumende Beschäftigung vorstellt.** Dem Verlangen des Arbeitnehmers muss der Arbeitgeber regelmäßig nur entsprechen, wenn ihm die in der Zuweisung einer anderen Tätigkeit liegende Neubestimmung der zu bewirkenden Arbeitsleistung zumutbar und rechtlich möglich ist (BAG, NJW 2010, 3112). Wie bereits dargelegt, kann aber nicht davon ausgegangen werden, dass die Klägerin in der Lage war, eine ihrer Arbeitgeberin zumutbare Beschäftigungsmöglichkeit als Hebamme aufzuzeigen. (...) ■



## Steuerberaterhaftung

- Fehler im Bereich der Grundaufzeichnungen
- Kassenführung
- Schätzungsbescheid

(LG Krefeld, Urt. v. 25.8.2011 – 3 O 93/11)

### Leitsätze (d. Red.):

1. Fehler im Bereich der Grundaufzeichnung können einem Steuerberater nicht angelastet werden. Ein Steuerberater ist nicht verpflichtet zu prüfen, ob der Mandant seinen Pflichten als ordentlicher Kaufmann nachgekommen ist.

2. Geschätzte Steuern können grundsätzlich keinen Schaden begründen, es sei denn, dass die geschätzten Betriebseinnahmen in Wirklichkeit nicht erzielt wurden. ■

### Zum Sachverhalt:

Die Klägerin macht gegen den Beklagten Ansprüche wegen einer steuerlichen Falschberatung geltend. Die Klägerin war Inhaberin eines Restaurantbetriebs. Der Beklagte ist Steuerberater. Für die steuerliche Abwicklung des Gewerbebetriebs beauftragte die Klägerin den Beklagten mit der Erstellung der Buchhaltung, der laufenden steuerrechtlichen Beratung, der Aufstellung der Jahresabschlüsse sowie der Anfertigung der Steuererklärungen. Die Klägerin führte täglich handschriftliche Aufzeichnungen über die Kassenein- und -ausgaben. Dazu summierte sie die Tageseinnahmen und -ausgaben anhand sog. Tagesendsummenbons zu jeweils einem Betrag, den sie anschließend in eine Liste eintrug. Diese Listen legte die Klägerin dem Beklagten ohne die jeweiligen Belege vor. Der Beklagte erfasste die aufgelisteten Beträge monatlich in elektronischer Weise in einem Kassenbuch. Der Beklagte erstellte u.a. in den Jahren 2004 bis 2006 die Gewerbe-, Umsatz- und Einkommensteuererklärungen.

Anfang Juli 2008 führte das Finanzamt X im klägerischen Betrieb eine Überprüfung hinsichtlich der Umsatz- und Gewerbesteuer und des Gewinns für die Jahre 2004 bis 2006 durch. Die Klägerin konnte ihre Angaben für die Jahre 2004 bis 2006 weder durch Kassenbücher, Kassenberichte oder anderweitige Belege bestätigen. Nach dem Ergebnis des Betriebsprüfungsberichts vom 17.11.2008 bestanden zum einen Mängel in der Kassenführung, zum anderen rügte das Finanzamt die Buchführung als nicht ordnungsgemäß. Dies begründete das Finanzamt damit, dass weder lesbare Tagesendsummenbons noch Kassenberichte vorhanden gewesen seien. Dass die Tageseinnahmen monatsweise auf einem Blatt festgehalten und anschließend durch den Steuerberater in ein Kassenbuch eingetragen würden, genüge nicht.

Die Vollständigkeit der Einnahmen überprüfte das Finanzamt im Wege eines sog. Zeitreihenvergleichs. Der Betriebsprüfer kam im Wege einer Schätzung zu dem Ergebnis, dass die Einnahmen und die Umsätze für das Jahr 2004 60.000 EUR, für das Jahr 2005 75.000 EUR und für das Jahr 2006 85.000

EUR betragen. Auf dieser Grundlage gab das Finanzamt der Klägerin geänderte Gewinnfeststellungs-, Umsatzsteuer- und Gewerbesteuerbescheide für die Veranlagungszeiträume 2004 bis 2006 bekannt. Die Klägerin legte mittels anwaltlicher Unterstützung gegen die Steuerbescheide Einspruch ein. Im Rahmen des Rechtsbehelfsverfahrens einigten sich die Klägerin und der zuständige Sachbearbeiter des Finanzamts am 10.9.2009 vergleichsweise darauf, die geschätzten Gewinne und Umsätze in den Veranlagungszeiträumen 2004 bis 2006 um einen Betrag in Höhe von jeweils 20.000 EUR geringer anzusetzen.

Die Klägerin behauptet, dass die Tagesendsummenbons auf Thermopapier erstellt worden und in der Folge nicht mehr lesbar gewesen seien. Der Beklagte habe die Klägerin nicht darauf hingewiesen, dass die Tagesendsummenbons und die handschriftlichen Aufzeichnungen über Tageseinnahmen und -ausgaben aufbewahrt werden sollten. Die Nachforderungen gegen die Klägerin beliefen sich nach dem Vergleichsabschluss im Veranlagungszeitraum für die Umsatzsteuern auf einen Betrag in Höhe von 28.287,01 EUR, für die Einkommensteuern auf einen Betrag in Höhe von 7.304,09 EUR sowie für Gewerbesteuern auf einen Betrag in Höhe von 13.390 EUR.

(Anträge ...)

### Aus den Gründen:

Die Klage ist unzulässig und unbegründet.

1. Die Klage ist mangels Bestimmtheit gemäß § 253 Abs. 2 ZPO unzulässig. Die Klägerin macht einen Teilbetrag in Höhe von 10.000 EUR geltend, obwohl der vermeintliche Gesamtschaden in Höhe eines Betrags von 100.516,42 EUR besteht. Zwar steht es einem Kläger grundsätzlich frei, einen Teil eines Gesamtanspruchs zum Gegenstand der Klage zu machen. Dies gilt aber nur dann, wenn der Kläger den Anspruch unter Beachtung des Bestimmtheitsgrundsatzes in § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO hinreichend individualisiert hat. Dazu muss der Kläger deutlich machen, welchen Teil eines Anspruchs oder welchen von mehreren selbstständigen Einzelforderungen er zum Gegenstand der Klage macht oder in welcher Reihenfolge die Teilforderungen zur Entscheidung gestellt werden sollen. Dies hat die Klägerin nicht in ausreichender Weise getan. Sie hätte vielmehr darlegen müssen, aus welchen konkreten Nachzahlungsforderungen sich die Klageforderung im Einzelnen zusammensetzt.

2. Unabhängig davon ist die Klage auch unbegründet. Die auf Zahlung von 10.000 EUR gerichtete Klage hat in der Sache keinen Erfolg, da der Klägerin unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt ein Schadenersatzanspruch gegen den Beklagten zusteht.

Die Klägerin verlangt Schadenersatz, der ihr aufgrund einer Pflichtverletzung des Beklagten infolge fehlerhafter steuerrechtlicher Beratung entstanden sein soll. Die Voraussetzungen für einen Schadenersatzanspruch wegen steuerrechtlicher Falschberatung nach den §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 675, 249 ff BGB liegen nicht vor. Zwischen dem beklagten



Steuerberater und der Klägerin bestand ein Dienstvertrag mit Geschäftsbesorgungscharakter gemäß den §§ 675, 611 BGB. Im Rahmen eines steuerlichen Beratungsverhältnisses begeht der Steuerberater grundsätzlich dann eine Pflichtverletzung, wenn eine Falschberatung durch ihn erfolgt oder ein erforderlicher Hinweis durch ihn unterblieben ist. Darlegungs- und beweissbelastet für das Vorliegen eines solchen Beratungsfehlers ist der Mandant, hier also die Klägerin.

Die Klägerin wirft dem Beklagten vor, nicht in gebotener Weise für eine ordnungsgemäße Buchhaltung Sorge getragen zu haben. Insbesondere habe der Beklagte die Klägerin weder darüber informiert, dass die Tagesendsummenbons und Kassenberichte je nach Art der Kassenbuchführung aufzubewahren seien, noch dass ein Kassenbuch täglich geführt werden müsse. Es braucht nicht geklärt zu werden, ob etwaige Hinweise tatsächlich unterblieben sind, da dieses Vorbringen jedenfalls eine Pflichtverletzung des Beklagten nicht zu begründen vermag. **Denn Fehler im Bereich der Grundaufzeichnung können dem Steuerberater nicht angelastet werden. Der Beklagte war nicht dazu verpflichtet zu prüfen, ob die Klägerin ihren Pflichten als ordentlicher Kaufmann nachgekommen ist.**

Dies gilt selbst dann, wenn der Steuerberater wie bei dem hier in Rede stehenden Fall vertraglich dazu verpflichtet ist, die Buchführung für seinen Mandanten zu errichten. Denn der Klägerin oblag es als Kaufmann ihrerseits die Grundlagen für eine ordnungsgemäße Buchführung nach handels- und steuerrechtlichen Vorschriften zu schaffen. Hierzu zählen die Aufbewahrung von Belegen und die Führung von Grundaufzeichnungen wie eines Kassenbuches. Die Klägerin musste selbstverantwortlich sicherstellen, dass die für den Nachweis einer kaufmännischen Buchführung erforderlichen Aufzeichnungen lesbar sind und aufbewahrt werden, damit diese später den einzelnen Buchungen zugeordnet werden können. Dies gilt auch für die Erstellung eines Kassenbuchs, das ein ordentlicher Kaufmann täglich und fortlaufend führen muss.

Allerdings war der Beklagte über die der Klägerin obliegenden Pflichten eines ordentlichen Kaufmanns hinaus möglicherweise gehalten, die Klägerin über ihre Aufbewahrungs- und Kassenbuchführungspflichten aufzuklären. Denn der Beklagte wusste bzw. hätte wissen müssen, dass die Klägerin weder ein Kassenbuch führt noch ihren Aufbewahrungspflichten nachkommt. Doch selbst wenn man darin eine Pflichtverletzung aufgrund unterbliebener Aufklärung annimmt, hilft dies nicht weiter. Es fehlt jedenfalls an einem Schaden.

Allein die Tatsache, dass das Finanzamt im Wege einer Schätzung Nachforderungen in Höhe von 100.516,42 EUR geltend macht, vermag einen Schaden nicht zu begründen. Denn die in der Veranlagung festgesetzten **geschätzten Steuern** können grundsätzlich **keinen Schaden** begründen. Etwas anderes gilt nur dann, wenn die geschätzten Betriebseinnahmen in Wirklichkeit nicht erzielt worden sind (vgl. *Gräfe/Lenzen/Schmeer, Steuerberaterhaftung 4. Aufl., Rdnr. 573 ff*). Die Klägerin hat keine Tatsachen vorgetragen,

wonach die Schätzung des Finanzamts sachlich unrichtig gewesen ist. Für die Richtigkeit der Schätzung spricht vielmehr, dass die Klägerin sich mit dem Finanzamt auf eine Nachzahlung einigte. Hinzu kommt, dass die Klägerin vor dem Hintergrund ihres eigenen Vorbringens mangels Unterlagen nicht zu belegen vermag, welcher Gewinn denn abweichend von den Besteuerungsgrundlagen der Schätzungsveranlagung tatsächlich hätte versteuert werden müssen.

Auch die Rechtsanwaltskosten kann die Klägerin nicht als Schadenposition gemäß § 249 BGB ersetzt verlangen. Denn ein verständig und wirtschaftlich denkender Mandant durfte nach seinen Erkenntnissen und Möglichkeiten die Einschaltung eines Rechtsanwaltes nicht für geboten erachten, da weder die Nachforderung noch die Höhe der Schätzung ersichtlich unzutreffend sind. (...) ■

## GI Hinweis

### Insolvenzanfechtung

Konflikte um tatsächlich oder vermeintlich gläubigerbenachteiligende Rechtshandlungen gehören zu den Brennpunkten eines jeden Insolvenzfalls. Die wirtschaftliche Bedeutung solcher Auseinandersetzungen ist immens, dementsprechend hoch sind die Haftungsrisiken, denen der Insolvenzverwalter, aber auch der beratend tätige Anwalt hier ausgesetzt sind.

Die in ihrer Menge, ihren Verästelungen und Querbezügen kaum noch überschaubare Judikatur arbeitet der Fallgruppen-Kommentar von Kummer/Schäfer/Wagner in besonders übersichtlicher Weise auf. Die Autoren bringen dem Leser die Voraussetzungen, Wirkungen und Rechtsfolgen der Insolvenzanfechtung nahe. Das Werk durchdringt die Details und Besonderheiten der einzelnen Anfechtungstatbestände und -erfordernisse; im Sinne des „sichersten Weges“ greifen die Erläuterungen dabei vor allem die Rechtsprechung des BGH und die der Obergerichte auf und setzen sich kritisch auch im Licht der Literatur damit auseinander.

Eingestreut sind konkrete Fallbeispiele, die abstrakte Zusammenhänge veranschaulichen und helfen, sich das Recht der Insolvenzanfechtung zu erschließen.

**Kammer/Schäfer/Wagner: Insolvenzanfechtung – Fallgruppenkommentar, von RA BGH Dr. Joachim Kummer, RA Berthold Schäfer und RA Dr. Eberhard Wagner, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2012, 880 Seiten, Lexikonformat, gebunden, 89,80 €, ISBN 978-3-504-43007-8**

# En garde: Ab jetzt fechten Sie in der Königsklasse.

Konflikte um tatsächlich oder vermeintlich gläubigerbenachteiligende Rechtshandlungen gehören zu den Brennpunkten eines jeden Insolvenzfalls. Die wirtschaftliche Bedeutung solcher Auseinandersetzungen ist immens, dementsprechend hoch sind die Haftungsrisiken, denen der Insolvenzverwalter, aber auch der beratend tätige Anwalt hier ausgesetzt sind.

Um diese anspruchsvolle Thematik erfolgreich zu bewältigen, kommt der neue Fallgruppenkommentar von Kummer/Schäfer/Wagner gerade recht: Er bringt dem Leser die Voraussetzungen, Wirkungen und Rechtsfolgen der Insolvenzanfechtung nahe. Er stellt die in ihrer Menge, ihren Verästelungen und Querbezügen kaum überschaubare Judikatur besonders verständlich und übersichtlich dar. Er arbeitet die jeweiligen Kernpunkte eines Problems sorgfältig heraus, strukturiert die hochkomplexe Materie und stellt die zentralen Fragen in einen größeren Kontext.



Kummer/Schäfer/Wagner **Insolvenzanfechtung**  
Fallgruppenkommentar. Von RA Dr. Joachim  
Kummer, RA Berthold Schäfer und RA Dr. Eberhard  
Wagner. 2012, 880 Seiten Lexikonformat gbd.  
89,80 € ISBN 978-3-504-43007-8.

Die Autoren – allesamt ausgewiesene Experten im Insolvenzrecht und Verfasser zahlreicher Veröffentlichungen – durchdringen tiefgründig die Details und Besonderheiten der einzelnen Anfechtungstatbestände und -erfordernisse. Im Sinne des „sichersten Weges“ greifen ihre Erläuterungen dabei vor allem die Rechtsprechung des BGH und der Obergerichte auf. Zahlreiche eingestreute Fallbeispiele veranschaulichen die oft abstrakten Zusammenhänge; ein ausführliches Entscheidungsregister und ein detailliertes Stichwortverzeichnis im Anhang machen den neuen Fallgruppenkommentar besonders gut handhabbar und helfen dem Leser, sich das Recht der Insolvenzanfechtung nachhaltig zu erschließen.

Worauf warten Sie also noch? Ab jetzt fechten Sie in der Königsklasse – mit diesem neuen Kommentar haben Sie das nötige Handwerkszeug dazu. Probelesen und bestellen Sie gleich unter [www.otto-schmidt.de](http://www.otto-schmidt.de)

----- **Bestellschein** ausfüllen und faxen (02 21) 9 37 38-943 ----- ✂

☒ Ja, ich bestelle mit 14-tägigem Rückgaberecht Kummer/Schäfer/Wagner **Insolvenzanfechtung**  
2012, 880 Seiten, gbd. 89,80 € plus Versandkosten. ISBN 978-3-504-43007-8

Name \_\_\_\_\_ Straße \_\_\_\_\_ PLZ \_\_\_\_\_ Ort \_\_\_\_\_

Telefon \_\_\_\_\_ Fax \_\_\_\_\_ Datum \_\_\_\_\_ Unterschrift \_\_\_\_\_ 2/12

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

#### 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  
Rafael Meixner, Rechtsanwalt, HDI-Gerling (verantwortlich für den Inhalt)

#### Erscheinungsweise

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

#### Verlag

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

#### Abonnementservice

Fax: (0511) 645 111 3661

#### Layout und Satz

Type Connection, Lechenicher Str. 29, 50374 Erftstadt

#### Druck

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