



Nr. 5 / Oktober 2012
32. Jahrgang

Informationen für wirtschaftsprüfende, rechts- und steuerberatende Berufe

GI aktuell

Inhalt

Editorial	129
GI News	130
GI Entscheidungen	130
GI Literaturhinweis	160
GI Literatur-Ecke	160

Steuerberaterhaftung

Insolvenzantragspflicht / Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter
(BGH, Urt. v. 14.6.2012 – IX ZR 145/11)

Wirtschaftsprüferhaftung

Beratungsvertrag / Abschlussprüfung / Verschmelzungsberatung / Bilanzmanipulationen / Haftungshöchstsummenbegrenzung / Bedingter Vorsatz des Wirtschaftsprüfers?
(BGH, Urt. v. 19.4.2012 – III ZR 224/10)

Anwaltschaftung 143

Stillschweigend geschlossener Auskunftsvertrag / Fachreferat
(OLG Hamm, Urt. v. 1.3.2012 – 34 U 68/11)

Anwaltschaftung 150

Abschluss eines Abfindungsvergleichs / Anscheinsbeweis
(OLG Düsseldorf, Hinweisbeschl. v. 16.1.2012 – 24 U 119/11)

Anwaltschaftung 153

Grenzen des erteilten Mandats / Belehrungspflichten / Wiederholte Belehrungspflicht / Ablehnung der Mandatsübernahme
(OLG Köln, Beschl. v. 11.11.2009 – 13 U 190/08)

Steuerberaterhaftung 155

137 Verjährungsbeginn / Entstehen von Anwaltskosten vor Erlass des belastenden Bescheids
(LG Stuttgart, Urt. v. 26.10.2011 – 27 O 503/10)

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

Seminardauer:
ca. 2 - 2,5 Stunden

Seminarpreis:
95,00 Euro zzgl. USt

Technische Voraussetzungen:

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

Hinweise:

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

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

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

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

Teilnehmer	Termin	Uhrzeit	Seminar-Nr.
Vor- und Zuname:			
	<input type="checkbox"/> 16.11.2012	09:30 – 11:30	76086.0007

**Informationen über weitere Termine und Buchungsmöglichkeiten
unter: www.teletax.de**

Seminaranmeldung: Fax 0911 319-4517

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

DATEV-Beraternummer
(falls vorhanden)

E-Mail

Stempel

Datum, Unterschrift

Editorial

Liebe Leserin, lieber Leser,

Dr. Jürgen Gräfe
Rechtsanwalt

Der BGH hat sich erneut mit der **Dritthaftung des Steuerberaters** befasst. Erhält dieser in der Sanierungsphase einer GmbH den **Auftrag zur Prüfung der Insolvenzreife**, können der Geschäftsführer und die Gesellschafter in den Schutzbereich des Prüfungsauftrags einbezogen worden sein, wenn der Gesellschafter entscheiden will, ob er weitere Finanzmittel zur Verfügung stellt und der Geschäftsführer wissen will, ob er einen Insolvenzantrag stellen muss. Der BGH sieht Parallelen zur Dritthaftung des Sachverständigen. Da ein gesonderter Prüfungsauftrag erteilt wurde, war das Ergebnis absehbar und entspricht der bisherigen Rechtsprechung. Dem Steuerberater und Wirtschaftsprüfer zeigt das Urteil, dass Bilanzgespräche, in denen mit dem Mandanten auch über eine mögliche Insolvenzreife gesprochen wird, eine Vertragserweiterung begründen können, die zur Dritthaftung führt.

Ein weiteres BGH-Urteil befasst sich mit der **Haftung des Wirtschaftsprüfers aus der Beratung einer Verschmelzung von zwei Unternehmen**. Er war **Abschlussprüfer** der verschmolzenen GmbH und hatte dort massive Bilanzierungsfehler übersehen. Er beriet gleichzeitig „**in sämtlichen Fragen des Steuerrechts, der Wirtschaftsberatung**“ etc. die aufnehmende KG und befürwortete die Verschmelzung. Der BGH verknüpfte die fehlerhafte Abschlussprüfung der GmbH mit der anschließenden Verschmelzungsberatung der KG und sprach die Schadenersatzklage zu. Der Sachverhalt – aus 1997 – wurde an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Offen sei, ob der Abschlussprüfer nicht **bedingt vorsätzlich kritische Prüffelder „umschiffte“** habe. In diesem Fall sei die vereinbarte Haftungshöchstsumme nicht mehr wirksam. Dem Wirtschaftsprüfer und dem Steuerberater zeigt der BGH, dass er sich nicht scheut, ihm bedingt vorsätzliches Handeln vorzuwerfen, wenn er Prüfungsthemen ausklammert. Das deutet auf eine Verschärfung der Haftung hin.

Eine beliebte Frage nach einem **Fachvortrag** lautet, ob der Referent **für den Inhalt hafte**. Das OLG Hamm verneint die Frage, weil ein Auskunftsvertrag nicht entstehe. Die ausführlich begründete Entscheidung befasst sich mit einem Vortrag mit PowerPoint-Präsentation im Rahmen einer Gesellschafter-/Treugeberversammlung, in dem ein neues Anlagekonzept vorgestellt wurde.

Es grüßt Sie herzlich

Ihr Dr. Jürgen Gräfe

GI News

BFH: Bauzeitinsen können auch bei Überschusseinkünften Herstellungskosten sein

Sind Bauzeitinsen während der Herstellungsphase nicht als (vorab entstandene) Werbungskosten abziehbar, können sie in die Herstellungskosten einbezogen werden, wenn das fertiggestellte Gebäude durch Vermietung genutzt wird.

So entschied der Bundesfinanzhof (BFH) durch Urteil vom 23.5.2012 – IX R 2/12 in einem Fall, in dem der Steuerpflichtige ein Mehrfamilienhaus errichtete, es zunächst verkaufen wollte, es dann aber aufgrund einer neuen Entscheidung ab Fertigstellung vermietete. Solange das Gebäude veräußert werden sollte, waren die während der Bauphase anfallenden Finanzierungsaufwendungen keine vorab entstandenen Werbungskosten. Die Frage stellte sich aber, ob sie insoweit in die Herstellungskosten und damit in die AfA-Bemessungsgrundlage einbezogen werden konnten.

Der BFH bejahte diese Frage. § 255 Abs. 3 Satz 2 des Handelsgesetzbuches (HGB) erlaubt den Ansatz von Bauzeitinsen, also von Zinsen, die auf den Zeitraum der Herstellung entfallen. Allerdings gelten die Vorschriften des HGB zunächst nur für bilanzierende Steuerpflichtige: Ihr handelsrechtliches Einbeziehungswahlrecht wird auch einkommensteuerrechtlich anerkannt. Nach der ständigen Rechtsprechung des BFH sind die AfA für den Bereich der Überschusseinkünfte indes nach den gleichen Grundsätzen wie für die Gewinneinkünfte zu bestimmen. Da Systematik und Zweck des Gesetzes keine unterschiedliche Auslegung gebieten, können Bauzeitinsen ganz unabhängig von den während der Herstellungsphase verfolgten Zwecken in die AfA-Bemessungsgrundlage einbezogen werden, wenn der Steuerpflichtige das fertiggestellte Gebäude dazu nutzt, Einkünfte aus Vermietung zu erzielen.

(BFH, Urt. v. 23.5.2012 – IX R 2/12)

Pressemitteilung d. BFH v. 11.7.2012 ■

EuGH-Vorlage zur Abgabe von Zytostatika im Krankenhaus

Mit einem an den Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) gerichteten Vorabentscheidungsersuchen vom 15.5.2012 – V R 19/11 soll geklärt werden, ob die Abgabe von Zytostatika durch Krankenhausapotheken bei ambulanten Behandlungen in Krankenhäusern umsatzsteuerfrei ist. Die Finanzverwaltung sieht nur die ambulante Behandlung selbst, nicht aber auch die Lieferung derartiger Medikamente für ambulante Behandlungen als steuerfrei an.

Der Streitfall betrifft die ambulante Behandlung im Rahmen der sog. Chemotherapie, die entweder durch den Krankenhausträger selbst oder durch sog. ermächtigte Krankenhaus-

ärzte erbracht wird. Für beide Fälle der ambulanten Behandlung liefert der Krankenhausträger die in einer Krankenhausapothek hergestellten Zytostatika. In beiden Fällen kann die Lieferung als mit der ambulanten Heilbehandlung eng verbundener Umsatz steuerfrei sein. Der Entscheidung durch den EuGH bedarf es, da die Vorschriften des nationalen Umsatzsteuerrechts in Übereinstimmung mit den Vorgaben des EU-Rechts, hier der Richtlinie 77/388/EWG, auszulegen sind und im Hinblick auf den Umfang der Steuerfreiheit nach der Richtlinie durch den EuGH zu klärende Auslegungszweifel bestehen.

Die Entscheidung des EuGH wird voraussichtlich von allgemeiner Bedeutung für die Umsatzbesteuerung von Krankenhausapotheken sein. Nicht streitig ist demgegenüber die Lieferung von Zytostatika bei stationären Behandlungen. Derartige Lieferungen sind auch nach Auffassung der Finanzverwaltung steuerfrei. Der Streitfall betrifft auch nicht die Lieferung von Zytostatika durch andere Apotheken als Krankenhausapotheken.

(BFH, Beschl. v. 15.5.2012 – V R 19/11)

Pressemitteilung d. BFH v. 1.8.2012 ■

Steuerberaterhaftung

- Insolvenzantragspflicht
 - Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter
- (BGH, Urt. v. 14.6.2012 – IX ZR 145/11)

Leitsatz:

Der Gesellschafter und der Geschäftsführer können in den Schutzbereich eines zwischen einer GmbH und einem Steuerberater geschlossenen Vertrages einbezogen sein, welcher die Prüfung einer möglichen Insolvenzreife der GmbH zum Gegenstand hat. ■

Zum Sachverhalt:

Die Klägerin war Alleingesellschafterin und Geschäftsführerin der C. GmbH (nachfolgend: GmbH). Seit dem Jahr 2002 war der beklagte Steuerberater, der seinerzeit eine Bürogemeinschaft mit dem Ehemann der Klägerin, einem Rechtsanwalt, unterhielt, für die GmbH tätig und erstellte unter anderem Jahresabschlüsse und Bilanzen.

Anlässlich der Vorlage der Bilanz für das Jahr 2004 fand am 10.2.2006 ein Gespräch zwischen der Klägerin, ihrem an der GmbH still beteiligten Ehemann und dem Beklagten statt. Gegenstand der Unterredung war auch die wirtschaftliche Situation der GmbH und die Frage einer möglichen Insolvenzantragspflicht. Nach diesem Gespräch erhöhte der Ehemann der Klägerin seine stille Beteiligung um 100.000 EUR. Nach Erhalt der von dem Beklagten für das Jahr 2005 unter dem Datum des 26.6.2006 gefertigten Bilanz stellte die Klägerin am 27.6.2006 wegen Überschuldung und drohen-

der Zahlungsunfähigkeit einen Insolvenzantrag über das Vermögen der GmbH.

Im eröffneten Verfahren forderte der Insolvenzverwalter der GmbH von der Klägerin Erstattung der von ihr nach Insolvenzeintritt für die GmbH geleisteten Zahlungen. Infolge der für den 31.12.2005 festgestellten Überschuldung der GmbH wurde die Klägerin rechtskräftig zur Zahlung von 234.707 EUR verurteilt; außerdem hatte sie Prozesskosten in Höhe von 38.271,13 EUR zu tragen. Ferner wurden die Klägerin und ihr Ehemann von der H. aus für Verbindlichkeiten der GmbH übernommenen Bürgschaften in Regress genommen; im Rahmen einer vergleichsweisen Regelung verpflichtete sich die Klägerin zur Zahlung eines Abfindungsbetrages über 67.570,39 EUR sowie zur Übernahme von Prozesskosten über 12.100,55 EUR. Schließlich hat die Klägerin ihrem Ehemann wegen eines ihm aus Anlass der Erhöhung seiner stillen Beteiligung erteilten Schuldanerkenntnisses 100.000 EUR zu zahlen.

Die Klägerin verlangt von dem Beklagten wegen des Vorwurfs, bei der Unterredung vom 10.2.2006 in Kenntnis der für das Jahr 2005 maßgeblichen Zahlen die erbetene Aufklärung über die Insolvenzreife der GmbH versäumt zu haben, Zahlung von Schadenersatz über 452.648,17 EUR. Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Mit der von dem Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihr Begehren weiter. Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. ■

Aus den Gründen:

I. Das Berufungsgericht hat gemeint, dass dem zwischen der GmbH und dem Beklagten geschlossenen Steuerberatervertrag keine drittschützende Wirkung zugunsten der Klägerin als Geschäftsführerin der GmbH innewohne. Es komme lediglich im Einzelfall eine Einbeziehung des Geschäftsführers in den Schutzbereich des Mandats mit der GmbH in Betracht, wenn ein Steuerberater monatlich gesondert abgerechnete Überschuldungsprüfungen zu fertigen habe, deren Arbeitsergebnis in evidenter Weise auch für den Geschäftsführer maßgeblich sei. Anhaltspunkte für eine derartige Gestaltung seien im Streitfall nicht ersichtlich. Die Klägerin könne eigene Ansprüche auch nicht auf einen mit dem Beklagten geschlossenen Auskunftsvertrag stützen.

Ansprüche der Klägerin aus abgetretenem Recht der GmbH schieden ebenfalls aus. Zwar habe dem Beklagten als Nebenschlichter seines Auftrags obliegen, die GmbH vor einer Insolvenzgefahr zu warnen. Darum wäre der Beklagte anlässlich der Unterredung vom 10.2.2006 verpflichtet gewesen, auf eine drohende Insolvenzgefahr und die Erforderlichkeit entsprechender Prüfungen hinzuweisen. Es stelle sich aber die Frage, in welchem Umfang eine Belehrung konkret geschuldet sei und ob von der Widerlegung einer Belehrungsbedürftigkeit auszugehen sei. Insoweit komme dem Umstand Bedeutung zu, dass die Klägerin in ihrer Funktion als GmbH-Geschäftsführerin und wegen ihrer Vorbildung als Diplomvolkswirtin nicht als in wirtschaftlichen Zusammenhängen unerfahren gelten könne. Im Übrigen seien sich die Beteilig-

ten anlässlich der Besprechung des Insolvenzrisikos bewusst gewesen. Es stelle sich die weitere Frage, ob der Beklagte zu einem deutlicheren Hinweis verpflichtet gewesen sei, dass auf der Basis der vorhandenen Erkenntnisse keine abschließende Beurteilung des Insolvenzrisikos erfolgen könne. Hier habe sich der Beklagte auf eine hinreichende Beratung der Klägerin durch ihren Ehemann als zugezogenen Spezialisten verlassen dürfen.

II. Diese Ausführungen halten rechtlicher Prüfung nicht stand. Nach dem revisionsrechtlich zu unterstellenden Sachverhalt hat der Beklagte fehlerhafte Auskünfte über eine Insolvenzreife der GmbH erteilt.

1. Verpflichtet sich der Steuerberater zur **Prüfung der Insolvenzreife** eines Unternehmens, handelt es sich um einen **Werkvertrag** (§ 631 BGB; vgl. BGH, Urt. v. 1.2.2000 – X ZR 198/97, WM 2000, 973, 974; v. 7.2.2002 – III ZR 1/01, WM 2002, 1406, 1407), der keine steuerliche Beratung zum Gegenstand hat.

a) Der Tätigkeitsbereich des Steuerberaters geht über die eigentliche steuerliche Rechtsberatung weit hinaus. Die Hilfeleistung in Steuersachen umfasst nach § 1 Abs. 2 Nr. 2 StBerG auch „die Hilfeleistung bei der Führung von Büchern und Aufzeichnungen sowie bei der Aufstellung von Abschlüssen, die für die Besteuerung von Bedeutung sind“ (vgl. auch § 33 Satz 2 StBerG). Darüber hinaus ist dem Steuerberater gemäß § 57 Abs. 3 Nr. 3 StBerG ausdrücklich erlaubt „eine wirtschaftsberatende, gutachtliche oder treuhänderische Tätigkeit sowie die Erteilung von Bescheinigungen über die Beachtung steuerrechtlicher Vorschriften in Vermögensübersichten und Erfolgsrechnungen“. Davon wird auch verbreitet Gebrauch gemacht, und zwar vor allem – wie auch der Streitfall belegt – bei der Erstellung oder Prüfung von Vermögensübersichten und Erfolgsrechnungen (BGH, Beschl. v. 13.10.1980 – NotZ 13/80, BGHZ 78, 237, 242).

Das Berufsbild des Steuerberaters kennt danach wenigstens zwei selbstständige Formen der Berufsausübung innerhalb des Sammelbegriffs „Hilfeleistung in Steuersachen“, einmal die eigentliche Steuerberatung in der Form echter Rechtsberatung auf dem Gebiet des Steuerrechts und zum anderen die Buchführungshilfe (BVerfGE 54, 301, 323). Von der eigentlichen Steuerberatung als Rechtsberatung auf dem Gebiet des Steuerrechts ist also die Hilfeleistung bei der Erfüllung der Buchführungspflichten zu unterscheiden (Gehre/Koslowski, StBerG 6. Aufl., § 33 Rdnr. 8), die der Rechnungslegung zuzuordnen ist (Bundessteuerberaterkammer, DStR 1992, 683, 686).

b) Bereits der Gesetzgeber hat im Rahmen der Begründung der mit § 33 StBerG nahezu inhaltsgleichen Vorgängervorschrift des § 2 StBerG a.F. in Einklang mit dem Gesetzeswortlaut darauf verwiesen, dass **lediglich die Aufstellung von Steuerbilanzen und deren steuerrechtliche Beurteilung als Steuerberatung zu verstehen sind** (BT-Drucks. 3/128, S. 24). Gesetzlich vorgeschriebene Prüfungen sind gemäß § 319 Abs. 1 HGB – abhängig von der Größe des Unternehmens – Wirtschaftsprüfern und vereidigten Buchprüfern vorbehalten.

Dagegen können die im Streitfall den Vertragsgegenstand bildenden freiwilligen Prüfungen grundsätzlich von „jeder-mann“ durchgeführt werden (*Hense/Ulrich/Wollburg, WPO 2008, § 2 Rdnr. 5*), mithin auch von Steuerberatern (*Bundessteuerberaterkammer, DStR 1992, 683*). Demgemäß besteht der eigens nach §§ 35, 36 StGebV zu vergütende Vertrag über die Abschlussprüfung unabhängig von dem über die laufende Steuerberater Tätigkeit (*BGH, Urt. v. 1.2.2000, a.a.O.*). Vor diesem Hintergrund scheidet bei Ausübung dieser Tätigkeit eine steuerrechtliche Rechtsberatung aus.

2. Der Klägerin können auf der Grundlage von § 634 Nr. 4 BGB **aus Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter** herzu- leitende Schadenersatzansprüche (vgl. *Zugehör in: Zugehör/ G. Fischer/Vill/D. Fischer/Rinkler/Chab, Handbuch der An- waltshaftung 3. Aufl., Rdnr. 1705*) gegen den Beklagten zustehen. Sie ist – was im Blick auf die verfolgten unter- schiedlichen Schadenersatzansprüche von Bedeutung ist – sowohl in ihrer Funktion als Gesellschafterin wie auch als Geschäftsführerin in den Schutzbereich des von der GmbH mit dem Beklagten geschlossenen Prüfvertrages einbezogen.

a) Neben dem gesetzlich geregelten Vertrag zugunsten Dritter (§ 328 BGB), bei dem ein Dritter unmittelbar das Recht erwirbt, die Leistung zu fordern, hat die Rechtspre- chung den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter herausgebildet, bei dem der Anspruch auf die geschuldete Hauptleistung allein dem Gläubiger zusteht, der Dritte je- doch in der Weise in die vertraglichen Sorgfalts- und Obhuts- pflichten, aber auch Hauptleistungspflichten, einbezogen ist, dass er bei deren Verletzung vertragliche Schadenersatz- ansprüche geltend machen kann (*BGH, Urt. v. 8.6.2004 – X ZR 283/02, WM 2004, 1869, 1870*).

aa) Diese Rechtsprechung beruht auf einer maßgeblich durch das Prinzip von **Treu und Glauben (§ 242 BGB) geprägten er- gänzenden Vertragsauslegung (§ 157 BGB)**. Ihr liegt zugrunde, dass der Vertragsschuldner die Leistung nach dem Vertrag so zu erbringen hat, dass bestimmbare Dritte nicht geschädigt werden. Das hat zur Folge, dass einem einbezogenen Dritten im Fall der Schädigung ein eigener Ersatzanspruch als sekun- därer vertraglicher Leistungsanspruch gegen den Schuldner zusteht (*BGH, Urt. v. 20.4.2004 – X ZR 250/02, BGHZ 159, 1, 4*). Der Bundesgerichtshof hat bei der Entscheidung da- rüber, ob eine bestimmte Person in den Schutzbereich eines Vertrages einbezogen ist, vielfach darauf abgestellt, ob das Wohl und Wehe dieser Person dem Vertragspartner der schutzpflichtigen Partei anvertraut war (*BGH, Urt. v. 2.11.1983 – IVa ZR 20/82, NJW 1984, 355 f*).

bb) Die Rechtsprechung darf jedoch nicht dahin missverstan- den werden, dass damit die rechtlichen Grenzen für die Ein- beziehung Dritter in den Schutzbereich eines Vertrages ab- schließend bezeichnet werden sollten; vielmehr sollte ledig- lich die Frage entschieden werden, unter welchen Voraus- setzungen allein aufgrund der objektiven Interessenlage – also ohne einen konkreten Anhaltspunkt in ausdrücklichen Parteierklärungen oder im sonstigen Parteiverhalten – die stillschweigende Vereinbarung einer Schutzpflicht für Dritte anzunehmen ist. **Die Vertragsparteien können daher auch**

dann, wenn einer von ihnen Wohl und Wehe eines Dritten an- vertraut ist, wirksam vereinbaren, dass dieser Dritte nicht in den Schutzbereich des Vertrages eingebunden werden soll (*BGH, Urt. v. 23.1.1985 – IVa ZR 66/83, ZIP 1985, 398, 400*).

cc) **Ebenso können die Vertragspartner im umgekehrten Fall, wenn es ihnen nicht um das Wohl und Wehe eines Dritten geht oder gehen muss, diesen Dritten ausdrücklich oder still- schweigend in den Schutzbereich ihres Vertrages einbeziehen** (*BGH, Urt. v. 19.3.1986 – IVa ZR 127/84, NJW-RR 1986, 1307*). Auf dieser Entwicklungslinie hat sich eine Berufs- haftung für Rechtsanwälte, Sachverständige, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer herausgebildet. Es handelt sich hier um Berufsgruppen, die über eine besondere, vom Staat an- erkannte Sachkunde verfügen und deren Vertragsleistungen von vornherein erkennbar zum Gebrauch gegenüber einem Dritten bestimmt sind und nach dem Willen des Auftrag- gebers mit einer entsprechenden Beweiskraft ausgestattet sein sollen, so etwa bei einer Bilanz oder einem Sachverstän- digengutachten, die nicht nur für das Innenverhältnis zwi- schen Auftraggeber und Sachverständigem oder Steuer- berater und Wirtschaftsprüfer bestimmt sind (*BGH, Urt. v. 2.7.1996 – X ZR 104/94, BGHZ 133, 168, 172*).

b) Nach **§ 323 Abs. 1 Satz 1 HGB** ist der **Abschlussprüfer** zur gewissenhaften und unparteiischen Prüfung und zur Ver- schwiegenheit verpflichtet. Verletzt er vorsätzlich oder fahr- lässig seine Pflichten, ist er der Kapitalgesellschaft und, wenn ein verbundenes Unternehmen geschädigt worden ist, auch diesem zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens ver- pflichtet (§ 323 Abs. 1 Satz 3 HGB). **Wenn § 323 Abs. 1 Satz 3 HGB eine gesetzliche Haftung (nur) gegenüber der Kapital- gesellschaft und dem verbundenen Unternehmen regelt, bedeutet dies nicht, dass damit eine vertragliche Haftung des Abschlussprüfers gegenüber Dritten nach Maßgabe der von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zur Dritthaftung Sachkundiger von vornherein ausgeschlossen wäre** (*BGH, Urt. v. 2.4.1998 – III ZR 245/96, BGHZ 138, 257, 261*). In den Schutzbereich des Abschlussprüfervertrages zwischen einer Kapitalgesellschaft und einem Abschlussprüfer kann vielmehr ein Dritter einbezogen sein (*BGH, Urt. v. 15.12.2005 – III ZR 424/04, WM 2006, 423, 425*).

c) Schutzwirkungen zugunsten Dritter werden allgemein bei Verträgen angenommen, mit denen der Auftraggeber von einer Person, die über eine **besondere, vom Staat anerkannte Sachkunde** verfügt (z.B. öffentlich bestellter Sachverstän- diger, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater), ein Gutachten oder eine gutachtliche Äußerung bestellt, um davon gegenüber einem Dritten Gebrauch zu machen (*BGH, Urt. v. 2.4.1998, a.a.O., 260 f*). Diese Grundsätze können auch in Fällen an- gewendet werden, in denen ein **Abschlussprüfer** mit der Prüfung einer Kapitalgesellschaft betraut ist, **wenn sich für ihn nur hinreichend deutlich ergibt, dass von ihm anlässlich dieser Prüfung eine besondere Leistung begehrt wird, von der gegenüber einem Dritten, der auf seine Sachkunde vertraut, Gebrauch gemacht werden soll** (*BGH, a.a.O., 261*). Dem Abschlussprüfer muss erkennbar sein, dass von ihm im Dritt- interesse eine besondere Leistung erwartet wird, die über die Erbringung der gesetzlich vorgeschriebenen Pflichtprüfung

hinausgeht (BGH, Urt. v. 6.4.2006 – III ZR 256/04, BGHZ 167, 155 Rdnr. 15 am Ende; v. 7.5.2009 – III ZR 277/08, BGHZ 181, 12 Rdnr. 39).

Dieser Rechtsprechung liegt der allgemeine Rechtsgedanke zugrunde, dass für die Vollständigkeit und Richtigkeit der in Verkehr gebrachten Angaben jeder einstehen muss, der durch von ihm in Anspruch genommenes und ihm auch entgegengebrachtes Vertrauen auf den Willensentschluss Dritter Einfluss genommen hat (BGH, Urt. v. 26.9.2000 – X ZR 94/98, BGHZ 145, 187, 198). In diesen Fällen beschränkt sich der Drittschutz nicht auf solche Personen, denen gegenüber dem Vertragspartner eine gesteigerte Fürsorgepflicht obliegt, weil keine Erweiterung des Haftungsrisikos eintritt, wenn dem Abschlussprüfer klar sein muss, dass die von ihm erbrachte Leistung der Sicherung wirtschaftlicher Drittinteressen dient (BGH, Urt. v. 20.4.2004, a.a.O., 9). **Diese Maßstäbe gelten auch für eine – hier in Rede stehende – freiwillige Prüfung** (BGH, Urt. v. 6.4.2006, a.a.O., Rdnr. 13).

d) Das Bestehen und die Reichweite eines etwaigen Drittschutzes sind durch Auslegung des jeweiligen Prüfvertrages zu ermitteln. **Dabei kann nicht angenommen werden, dass der Abschlussprüfer ein so weites Haftungsrisiko zu übernehmen bereit ist, wie es sich aus der Einbeziehung einer unbekannten Vielzahl von Gläubigern, Gesellschaftern oder Anteilserwerbern in den Schutzbereich ergäbe** (BGH, Urt. v. 15.12.2005, a.a.O.). Anders liegt es indessen, wenn die Vertragsteile übereinstimmend davon ausgehen, dass die Prüfung auch im Interesse eines bestimmten Dritten durchgeführt und das Ergebnis diesem Dritten als Entscheidungsgrundlage dienen soll. Jedenfalls in solchen Fällen liegt in der Übernahme des Auftrags die schlüssige Erklärung des Prüfers, auch im Interesse des Dritten gewissenhaft und unparteiisch prüfen zu wollen (BGH, Urt. v. 2.4.1998, a.a.O., 262). Dem entsprechend kommt im Falle der Abschlussprüfung ein Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter in Betracht, wenn die Bilanz im Blick auf den Anteilserwerb durch einen **bestimmten Dritten** (BGH, Urt. v. 2.4.1998, a.a.O., 262 f) oder im Blick auf eine Kreditvergabe durch einen bestimmten Dritten (BGH, Urt. v. 26.11.1986 – IVa ZR 86/85, WM 1987, 257 ff; v. 21.1.1993 – III ZR 15/92, WM 1993, 897; v. 19.12.1996 – IX ZR 327/95, WM 1997, 359, 360) verwendet werden soll.

3. Das Berufungsgericht hat hier wesentlichen Auslegungstoff, insbesondere den Zweck der erbetenen Stellungnahme sowie die eigenen Angaben des Beklagten zu Inhalt und Umständen der Auftragserteilung (vgl. BGH, Urt. v. 20.4.2004, a.a.O., 6) außer Betracht gelassen. Bei Würdigung aller maßgeblichen Gegebenheiten ergibt die Auslegung, dass die Klägerin als Gesellschafterin ebenso wie als Geschäftsführerin in den Schutzbereich des von der GmbH mit dem Beklagten vereinbarten Prüfvertrages eingebunden ist. Der Abschlussprüfer hat nicht nur für Begutachtungen, sondern auch für Testate oder andere Äußerungen, die mit dem Prüfgegenstand im Zusammenhang stehen, die haftungsrechtliche Verantwortung zu übernehmen (BGH, Urt. v. 2.4.1998, a.a.O., 260). Daher ist eine Einstandspflicht auch bei unrichtigen mündlichen Äußerungen begründet.

a) Die Klägerin ist als Gesellschafterin in den zwischen der GmbH und dem Beklagten geschlossenen Prüfvertrag einbezogen.

aa) Die Erklärungen des Beklagten dienten einmal den Interessen der GmbH. War der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit (§ 17 Abs. 1 InsO) zu befürchten, konnte ein entsprechender Hinweis des Beklagten die GmbH in die Lage versetzen, durch die Veräußerung von Vermögen oder durch eine Kreditaufnahme den Liquiditätsengpass zu beseitigen. Sofern eine Überschuldung (§ 19 Abs. 1 InsO) drohte, konnte eine Mitteilung Veranlassung geben, Maßnahmen zu treffen, um mit Hilfe der bisherigen Gesellschafter oder durch Gewinnung neuer Gesellschafter das Eigenkapital der GmbH zu erhöhen.

bb) **Von den Erkenntnissen des Beklagten sollte aber auch bestimmungsgemäß gegenüber der Klägerin als Gesellschafterin der GmbH Gebrauch gemacht werden.** Insoweit sollte eine über die Prüfung hinausgehende besondere Leistung erbracht werden, die Vermögensdispositionen der Klägerin als Gesellschafterin der GmbH beeinflusste.

(1) Die Bilanz oder etwaige Äußerungen zu ihrem voraussichtlichen Inhalt (BGH, Urt. v. 2.4.1998, a.a.O., 260, 262) dienten ersichtlich nicht nur der Unterrichtung der GmbH. Von der Begutachtung des Beklagten sollte nach dem Parteiwillen auch gegenüber der Klägerin als Gesellschafterin Gebrauch gemacht werden (vgl. BGH, Urt. v. 2.4.1998, a.a.O., 262; v. 20.4.2004, a.a.O., 4 f), weil die Feststellung der wirtschaftlichen Verhältnisse nach dem beiderseitigen Parteiwillen über die Interessenlage der GmbH hinaus vor allem auch eine Entscheidungsgrundlage für die Klägerin als Gesellschafterin des Unternehmens darstellte, entweder zur Insolvenzvermeidung zulasten eigener Vermögenswerte geeignete Vorkehrungen zu ergreifen oder – verbunden mit Nachteilen für das eigene geschäftliche Ansehen – einer Liquidation oder der Einleitung eines Insolvenzverfahrens den Vorrang zu geben. Die Hinweise des Beklagten waren darum insbesondere für eine Entschließung der Klägerin von Bedeutung, ob sie als Gesellschafterin zugunsten des möglicherweise insolventen Unternehmens weitere Mittel – sei es durch eine Kapitalerhöhung, eine Darlehensgewährung oder die Besicherung eines Fremddarlehens – bereitstellen wollte.

Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hatte die Unterredung der Parteien – wie der Beklagte eingeräumt hat – insbesondere die Frage zum Gegenstand, ob eine Insolvenz durch Zuführung von Kapital abgewendet werden konnte. **Folglich bildete die fachkundige Beratung des Beklagten auch aus seiner eigenen Warte die Grundlage für Sanierungsmaßnahmen der Gesellschafter und ging damit über eine reine Prüfung hinaus** (vgl. BGH, Urt. v. 6.4.2006, a.a.O., Rdnr. 15; v. 7.5.2009, a.a.O., Rdnr. 39). Der Beklagte musste nach dem Inhalt des Auftrags davon ausgehen, dass seine Angaben von der Klägerin verwendet und zur Grundlage einer Entscheidung über Vermögensdispositionen gemacht werden würden (vgl. BGH, Urt. v. 20.4.2004, a.a.O., 5).

(2) **Da die Sanierung einer Gesellschaft regelmäßig ohne die Mitwirkung ihrer Gesellschafter nicht gelingen kann, sind die Interessen der GmbH und des Gesellschafters bei der Feststellung einer etwaigen Insolvenzreife gerade auch aus dem Blickwinkel eines Beraters aufs engste miteinander verwoben.**

Ein Gesellschafter – Gleiches gilt für einen Geschäftsführer – wird zur Orientierung über eine Insolvenzgefahr den Rat des Abschlussprüfers seiner Gesellschaft einholen, weil dieser über ihre finanzielle Lage aufgrund der Vertrautheit mit ihren Verhältnissen und dank seiner besonderen Sachkunde am besten im Bilde ist. Wenden sich Gesellschafter und Geschäftsführer einer GmbH zur Klärung einer Insolvenzgefahr an den ständigen, auch mit der Abschlussprüfung befassten steuerlichen Berater des Unternehmens und werden dabei Möglichkeiten der Insolvenzabwendung erwogen, kann sich der Berater nicht der Einsicht verschließen, dass er über die vermögensmäßigen Belange der GmbH hinaus zugleich diejenigen des Gesellschafters und des Geschäftsführers, die von einer Insolvenz ebenso unmittelbar wirtschaftlich betroffen sind, zu wahren hat.

Dies gilt in besonderem Maße für den Streitfall, der dadurch geprägt ist, dass sich in der Person der Klägerin als Alleingesellschafterin, Geschäftsführerin und organschaftliche Vertreterin der GmbH sämtliche Interessen bündeln.

Das Drittinteresse des Gesellschafters als Unternehmensinhaber an der Begutachtung liegt für den Abschlussprüfer auf der Hand; dies gilt vor allem dann, wenn er – wie hier – auf der Grundlage der Prüfung mit dem Gesellschafter im Rahmen einer persönlichen Kontaktaufnahme Sanierungsmöglichkeiten erörtert (vgl. BGH, Urt. v. 6.4.2006, a.a.O., Rdnr. 13 am Ende). Dann ist dem Berater bewusst, dass seine gegenüber der GmbH erteilten Auskünfte auch gegenüber dem Gesellschafter und Geschäftsführer verwendet werden. Nach dem Inhalt der mit der Klägerin geführten Erörterung musste der Beklagte erkennen, dass eine günstige Stellungnahme zu Sanierungsaussichten der GmbH die Klägerin wie auch ihren bereits still beteiligten Ehemann zu einer Erhöhung ihrer Beteiligung oder anstelle einer Liquidation zumindest zu einer – gleichfalls Vermögensrisiken bergenden – Fortsetzung der GmbH veranlassen konnte.

(3) Mit Rücksicht auf ihre finanziellen Interessen befand sich die Klägerin in einer **vergleichbaren Lage wie der Erwerber eines Gesellschaftsanteils**, der den Kauf von dem Inhalt einer Abschlussprüfung abhängig macht und deshalb nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Urt. v. 2.4.1998, a.a.O., 262 f) in die Schutzwirkung des Vertrages zwischen der Gesellschaft und dem Prüfer einbezogen ist. **Bei der Beurteilung der Reichweite der Schutzwirkung kann nicht aus dem Auge gelassen werden, dass ein Gesellschafter dem Unternehmen, dessen wirtschaftliche Lage geprüft wird, sogar näher steht als ein bloßer Erwerbsinteressent.** Da das Überleben einer in einer Krise befindlichen GmbH in erster Linie von finanziellen Zusagen ihrer Gesellschafter abhängt, ist der Gesellschafter in den Schutzbereich eines Prüfvertrages einbezogen, der auf die Feststellung der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft und verbleibende Sanierungsmöglichkeiten gerichtet ist. Handelt es sich – wie auch im Streitfall – um

keine Publikumsgesellschaft, sieht sich der Prüfer nicht, was eine Einbeziehung in den Schutzbereich des Vertrages ausschließen könnte, einer unübersehbaren Vielzahl von Gesellschaftern als Anspruchsinhabern gegenüber.

b) Die Klägerin ist auch in ihrer Eigenschaft **als Geschäftsführerin der GmbH in den Schutzbereich des Prüfvertrages einbezogen.**

aa) Der Drittschutz beruht – wie bei der Einbeziehung der Klägerin als Gesellschafterin – darauf, dass von dem Inhalt des Gutachtens gegenüber der Klägerin zugleich in ihrer Funktion als Geschäftsführerin Gebrauch gemacht werden sollte. Weist das Gutachten eine Insolvenzreife der GmbH aus, ist es Aufgabe und Verpflichtung des Geschäftsführers, daraus die gesetzlichen Folgerungen durch die Stellung eines Insolvenzantrags zu ziehen (§ 15 Abs. 1 Satz 1, § 15a Abs. 1 Satz 1 InsO; § 64 Abs. 1 GmbHG a.F.). Der Gesellschafter ist – abgesehen von dem Sonderfall der Führungslosigkeit (§ 15 Abs. 1 Satz 2, § 15a Abs. 3 InsO) – zu einer Antragstellung nicht berechtigt. **Hat der Geschäftsführer den Insolvenzantrag zu stellen, ist das Gutachten – wie der Abschlussprüfer weiß – nicht zuletzt für dessen Gebrauch bestimmt.**

Mit Rücksicht auf die Rechtsfolgen eines unterbliebenen oder verspäteten Insolvenzantrags wird die Stellungnahme des steuerlichen Beraters zur Grundlage einer Entscheidung über Vermögensdispositionen gemacht (vgl. BGH, Urt. v. 20.4.2004, a.a.O., 5). Folgerichtig hat der Abschlussprüfer auch gegenüber dem Geschäftsführer, dem er das Ergebnis seiner Prüfung mündlich auseinandersetzt, für etwaige Fehler seiner Begutachtung einzustehen.

bb) Ferner ist anerkannt, dass Sachverständige nach den für Verträge mit Schutzwirkung zugunsten Dritter aufgestellten Grundsätzen jedenfalls dann nicht nur gegenüber ihrem Vertragspartner haften, sondern auch Dritten für die Richtigkeit ihres Gutachtens einstehen müssen, wenn der Auftrag zur Erstattung des Gutachtens nach dem zugrunde zu legenden Vertragswillen der Parteien den Schutz Dritter umfasst (BGH, Urt. v. 20.4.2004, a.a.O., 5). **Mit Rücksicht auf die dem Geschäftsführer einer GmbH bei einer Missachtung der Insolvenzantragspflicht drohenden Haftungsfolgen (§ 823 Abs. 2 BGB, § 15a Abs. 1 InsO, § 64 Abs. 1 GmbHG a.F.; § 64 Satz 1 und 3 GmbHG, § 64 Abs. 2 GmbHG a.F.) schließt der Auftrag zur Feststellung der Insolvenzreife auch unter diesem Gesichtspunkt den Schutz des Geschäftsführers als Drittem ein.**

Von dem Inhalt der Bilanz hing ab, ob die Klägerin als Geschäftsführerin der GmbH zur Stellung eines Insolvenzantrags verpflichtet war. Eine etwaige Antragstellung berührte – wie dem Beklagten bewusst war – folglich die rechtlichen Interessen sowohl der GmbH als auch ihrer Geschäftsführerin. Soweit Ersatzansprüche gegen den Geschäftsführer wegen verspäteter Antragstellung in Betracht zu ziehen sind, ist anerkannt, dass es an einem Verschulden fehlen kann, wenn ein unabhängiger externer Berater nach umfassender Darstellung der Verhältnisse der Gesellschaft und Offenlegung der erforderlichen Unterlagen eine Insolvenzreife

ausschließt und das Prüfergebnis einer Plausibilitätskontrolle durch den Geschäftsleiter standhält (BGH, Urt. v. 14.5.2007 – II ZR 48/06, WM 2007, 1274 Rdnr. 15 ff; v. 27.3.2012 – II ZR 171/10, DB 2012, 1320 Rdnr. 16, 19).

Das Risiko der Inanspruchnahme des Geschäftsführers einer GmbH wegen verspäteter Insolvenzantragstellung ist eine typische Begleiterscheinung einer fehlerhaften Bilanzierung (vgl. BGH, Urt. v. 13.10.2011 – IX ZR 193/10, WM 2011, 2334 Rdnr. 9). Vor diesem Hintergrund diene der Auftrag auch dem Schutz der Klägerin als Geschäftsführerin der GmbH (vgl. BGH, Urt. v. 20.4.2004, a.a.O.). Mithin ist die Klägerin ebenfalls in ihrer Stellung als Geschäftsführerin der GmbH für eine Haftungserstreckung schutzwürdig.

4. Bei dieser Sachlage kann die Klage entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts begründet sein. Da die Klägerin als Gesellschafterin wie auch als Geschäftsführerin in den Schutzbereich des zwischen der GmbH und dem Beklagten geschlossenen Vertrags eingebunden ist, können ihr gegen den Beklagten Schadenersatzansprüche zustehen, wenn dieser anlässlich der Unterredung v. 10.2.2006 unrichtige Angaben über eine Insolvenzsituation der GmbH gemacht hat (vgl. BGH, Urt. v. 2.4.1998, a.a.O., 260, 262).

III. Auf die begründete Revision der Klägerin ist das angefochtene Urteil aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Die Sache ist mangels Entscheidungsreife gemäß § 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

1. Nach der Zurückverweisung wird das Berufungsgericht konkrete Feststellungen über den Inhalt der zwischen den Parteien am 10.2.2006 geführten Unterredung zu treffen haben. Dabei ist insbesondere zu klären, ob die Klägerin von dem Beklagten nähere Hinweise über die wirtschaftliche Situation der GmbH verlangt hat und ob der Beklagte versäumt hat, auf eine eingetretene oder sich abzeichnende Insolvenz hinzuweisen.

a) Das Berufungsgericht geht – wenn auch im Rahmen seitens der GmbH an die Klägerin abgetretener Ansprüche – zutreffend davon aus, dass der Beklagte, sofern ihm – was bislang nicht festgestellt ist – noch nicht sämtliche Unterlagen für das Jahr 2005 vorlagen, grundsätzlich verpflichtet war, die Klägerin auf die Notwendigkeit der Erstellung einer Überschuldungsbilanz aufmerksam zu machen. Fehlerhaft meint das Berufungsgericht hingegen, ein solcher Hinweis sei im Blick auf die bei der Klägerin als Geschäftsführerin und Diplomvolkswirtin und bei ihrem Ehemann als Rechtsanwalt vorauszusetzenden Kenntnisse entbehrlich gewesen.

b) Beim Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter muss sich der begünstigte Dritte abgesehen von einem eigenen (Zugehör, a.a.O., Rdnr. 1707) grundsätzlich auch ein **Mitverschulden** (§ 254 Abs. 1 BGB) des unmittelbaren Vertragspartners zurechnen lassen, weil ihm keine weitergehenden Rechte als dem unmittelbaren Vertragspartner des Schädigers zustehen (BGH, Urt. v. 10.11.1994 – III ZR 50/94, BGHZ 127, 378, 384 f; v. 13.11.1997 – X ZR 144/94, WM 1998, 440, 442).

aa) Entgegen der Annahme des Berufungsgerichts waren die Belehrungspflichten des Beklagten nicht wegen der **Zuziehung eines der Beratung der Klägerin als Gesellschafterin und Geschäftsführerin verpflichteten Spezialisten** gemindert (vgl. BGH, Urt. v. 4.5.2000 – IX ZR 142/99, WM 2000, 1591, 1593; v. 19.7.2001 – IX ZR 246/00, WM 2001, 1868, 1869). Zwischen der Klägerin und ihrem Ehemann bestand kein den Beklagten entlastendes Beratungsmandat. Dieser hat an dem Beratungsgespräch zwischen der Klägerin und dem Beklagten aus ehelicher Fürsorge gefälligkeitshalber und im Eigeninteresse als stiller Gesellschafter der GmbH mitgewirkt, aber weder gegenüber der GmbH noch der Klägerin eine eigenständige vertragliche Beratungspflicht übernommen.

bb) Für die Annahme eines in der Person der Klägerin verwirklichten Mitverschuldens der GmbH ist ebenso kein Raum. **Der Berater hat grundsätzlich von der Belehrungsbedürftigkeit seines Auftraggebers auszugehen.** Dies gilt sogar gegenüber rechtlich und wirtschaftlich erfahrenen Personen (vgl. BGH, Urt. v. 20.3.2008 – IX ZR 238/06, WM 2008, 950 Rdnr. 13). Im Fall eines Beratungsvertrages kann es dem zu Beratenden nicht als mitwirkendes Verschulden vorgehalten werden, er hätte das, worüber ihn sein Berater hätte aufklären oder unterrichten sollen, bei entsprechenden Bemühungen auch ohne fremde Hilfe erkennen können. **Selbst wenn ein Mandant über einschlägige Kenntnisse verfügt, muss er darauf vertrauen können, dass der beauftragte Berater die anstehenden Fragen fehlerfrei bearbeitet, ohne dass eine Kontrolle notwendig ist** (BGH, Urt. v. 15.4.2010 – IX ZR 189/09, WM 2010, 993 Rdnr. 14). Das gilt auch im Anwendungsbereich des § 634 Abs. 4 BGB.

2. Falls dem Beklagten eine Pflichtwidrigkeit anzulasten ist, bedarf es der weiteren Prüfung, ob der von der Klägerin geltend gemachte Schaden darauf beruht.

a) Den Ursachenzusammenhang zwischen Pflichtverletzung und Schaden muss derjenige beweisen, der den Schadenersatzanspruch geltend macht. Dabei kann ihm der Beweis des ersten Anscheins zustatten kommen (BGH, Urt. v. 19.12.1996 – IX ZR 327/95, WM 1997, 359, 360). In Verträgen mit rechtlichen Beratern gilt die Vermutung, dass der Mandant Beratungsgemäß gehandelt hätte, wenn nach der Lebenserfahrung bei vertragsgemäßer Leistung des Beraters lediglich ein bestimmtes Verhalten nahegelegt hätte. Kommen als Reaktion auf eine zutreffende Beratung hingegen mehrere objektiv gleich vernünftige Verhaltensmöglichkeiten in Betracht, hat der Mandant den Weg zu bezeichnen, für den er sich entschieden hätte. Ihn trifft in einem solchen Fall die volle Beweislast, weil der Anscheinsbeweis bei der Möglichkeit alternativer Verhaltensweisen nicht durchgreift (BGH, Urt. v. 20.3.2008 – IX ZR 104/05, WM 2008, 1042 Rdnr. 12).

b) Ein Anscheinsbeweis zugunsten der Klägerin dürfte vorliegend ausscheiden, weil bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise unterschiedliche Maßnahmen in Betracht kamen. Lag bei der GmbH Insolvenzsituation vor, bestand zum einen die Möglichkeit, einen Insolvenzantrag zu stellen. Der Klägerin stand jedoch die Alternative offen, innerhalb der Insolvenz-

antragsfrist (§ 15a Abs. 1 Satz 1 InsO; § 64 Abs. 1 GmbHG a.F.) eine Umstrukturierung vorzunehmen und insbesondere die Insolvenz durch Zuführung weiterer Mittel abzuwenden, um für die Zukunft einen wirtschaftlich erfolgreichen Geschäftsbetrieb der GmbH sicherzustellen. Bei dieser Sachlage ist – wenn nicht eine Sanierungsfähigkeit der GmbH angesichts der finanziellen Möglichkeiten der Klägerin bei vernünftiger Betrachtung von vornherein ausgeschlossen war – für einen Anscheinsbeweis kein Raum.

3. Besteht ein Zurechnungszusammenhang, können die geltend gemachten Schadenersatzansprüche begründet sein.

a) Ausgangspunkt jeder Schadenberechnung bildet die **Differenzhypothese**. Ob und inwieweit ein nach §§ 249 ff BGB zu ersetzender Vermögensschaden vorliegt, beurteilt sich nach einem Vergleich der infolge des haftungsbegründenden Ereignisses eingetretenen Vermögenslage mit derjenigen, die ohne jenes Ereignis eingetreten wäre. Die Differenzhypothese umfasst zugleich das Erfordernis der Kausalität zwischen dem haftungsbegründenden Ereignis und einer dadurch eingetretenen Vermögensminderung: Nur eine Vermögensminderung, die durch das haftungsbegründende Ereignis verursacht ist, d.h. ohne dieses nicht eingetreten wäre, ist als ersatzfähiger Schaden anzuerkennen (*BGH, Urt. v. 19.5.2009 – IX ZR 43/08, WM 2009, 1376 Rdnr. 18*).

b) **Im Blick auf die geltend gemachten Schäden ist zu unterscheiden, ob die Klägerin als Gesellschafterin oder Geschäftsführerin der GmbH von einer fehlerhaften Prüfungsleistung des Beklagten betroffen ist.** Da die geltend gemachten Schäden in beiden Fällen in der Person der Klägerin wurzeln, ging die Abtretung von Ansprüchen der GmbH an die Klägerin mangels eines eigenen Schadens der GmbH von vornherein ins Leere.

aa) Die Erstreckung des Schutzbereichs des Prüfvertrages auf die Klägerin als **Gesellschafterin der GmbH** kann einen Schadenersatzanspruch begründen, soweit sie im Vertrauen auf eine fehlende Insolvenzreife als Gegenleistung für die stille Beteiligung ihres Ehemannes diesem durch die Eingehung eines Schuldanerkenntnisses von 100.000 EUR eine **Sicherung gewährt** hat. Hinsichtlich der Inanspruchnahme aus der zugunsten der H. übernommenen Bürgschaft kommt eine Ersatzpflicht nur in Betracht, wenn feststeht, dass die Bürgschaft bei rechtzeitiger Insolvenzantragstellung nicht zum Tragen gekommen wäre. Soweit die Klägerin in dieser Sache kein streitiges Urteil erwirkt, sondern sich zu einer vergleichsweisen Zahlung verpflichtet hat, dürfte dies ihren Ersatzanspruch nicht berühren. Eine für den Schaden mitursächliche willentliche Handlung des Verletzten schließt es nicht ohne Weiteres aus, den Schaden demjenigen zuzurechnen, der die schädigende Kausalkette in Gang gesetzt hat.

Bestand für die Zweithandlung des Geschädigten ein rechtfertigender Anlass oder wurde sie durch das haftungsbegründende Ereignis herausgefordert, erweist sich die Reaktion auch nicht als ungewöhnlich oder gänzlich unangemes-

sen, so bleibt der Zurechnungszusammenhang mit dem Verhalten des Schädigers bestehen. Die Beendigung einer rechtlichen Auseinandersetzung durch Vergleich kann grundsätzlich ein sachgemäßes Verhalten sein, das auf die Zurechnung des Schadens zum haftungsbegründenden Verhalten des Schuldners keinen Einfluss hat (*BGH, Urt. v. 3.12.1992 – IX ZR 61/92, NJW 1993, 1139, 1141*).

bb) Soweit die Klägerin wegen nach Eintritt der Überschuldung zulasten der GmbH vorgenommener Zahlungen in Regress genommen wurde, kann ihr wegen ihrer Einbeziehung als Geschäftsführerin in den Schutzbereich des Vertrages ein Schadenersatzanspruch im Blick auf den ausgeurteilten Betrag von 234.707 EUR zustehen.

Dabei ist allerdings zu beachten, dass der – nach dem revisionsrechtlich zu unterstellenden Sachverhalt – am 10.2.2006 mit der Insolvenzprüfung betraute Beklagte für etwaige von der Klägerin zuvor ab Eintritt der Überschuldung seit dem 31.1.2005 zulasten der GmbH bewirkte Zahlungen mangels haftungsrechtlicher Zurechenbarkeit nicht einzustehen hat. Vielmehr kommt eine Ersatzpflicht erst ab dem Zeitpunkt in Betracht, zu dem der Beklagte nach dem Inhalt der mit der GmbH getroffenen Abrede das Prüfungsergebnis vorzulegen hatte. Zwar darf sich der Geschäftsführer, um Ansprüche aus § 64 Satz 1 und 2 GmbHG (§ 64 Abs. 2 GmbHG a.F.) auszuschließen, nach Auftreten der Krise nicht mit einer unverzüglichen Auftragserteilung begnügen, sondern muss außerdem auf eine unverzügliche Vorlage des Prüfungsergebnisses hinwirken (*BGH, Urt. v. 27.3.2012 – II ZR 171/10, DB 2012, 1320 Rdnr. 19*).

Vorliegend geht es indessen nicht um die Vermeidung einer Inanspruchnahme des Geschäftsführers nach den genannten Vorschriften, sondern um vertragliche Regressforderungen eines erfolgreich wegen verbotener Zahlungen belangten Geschäftsführers gegen seinen Berater, die auf eine unzutreffende Beurteilung der Insolvenzreife der GmbH gestützt sind. Ein solcher vertraglicher Rückgriff ist auch eröffnet, wenn der Geschäftsführer den Berater verspätet – nach Erkennbarkeit der Krise – einschaltet oder nicht auf eine unverzügliche Durchführung der Prüfung Bedacht legt. Der Schadenersatzanspruch beruht nämlich auf dem Inhalt der getroffenen vertraglichen Vereinbarung.

cc) Die zulasten der Klägerin entstandenen Prozesskosten von 38.271,13 EUR und 12.100,55 EUR können ebenfalls erstattungsfähig sein.

Grundsätzlich hat der Schädiger für den gesamten durch seine pflichtwidrige Handlung verursachten Schaden Ersatz zu leisten. Steht der Schaden zwar mit der Handlung des Schädigers in einem kausalen Zusammenhang, ist dieser Schaden jedoch entscheidend durch ein völlig ungewöhnliches und unsachgemäßes Verhalten des Geschädigten ausgelöst worden, kann allerdings die Grenze überschritten sein, bis zu der dem Schädiger das dieses Fehlverhalten und dessen Auswirkungen als haftungsausfüllender Folgeschaden seines Verhaltens zugerechnet werden kann (*BGH, Urt. v. 11.7.1991 – VII ZR 315/90, NJW-RR 1991, 1428*).

Im Regelfall hat der Schädiger den gesamten durch die pflichtwidrige Handlung adäquat verursachten Schaden zu tragen. Dazu gehören auch die Kosten eines objektiv unberechtigten Rechtsstreits, falls der Geschädigte ihn vernünftigerweise für erforderlich halten durfte, um den Schaden abzuwenden oder gering zu halten (*BGH, Urt. v. 23.3.2000 – III ZR 152/99, WM 2000, 1023, 1025*). Zu den ersatzfähigen materiellen Schäden können also auch Aufwendungen für im Ergebnis erfolglose Prozesse gehören, wenn die Klägerin die Rechtsstreitigkeiten nach Lage der Dinge verständigerweise für erforderlich halten durfte (*BGH, Urt. v. 25.9.1980 – III ZR 74/78, BGHZ 78, 274, 279 f.*). ■

Wirtschaftsprüferhaftung

- Beratungsvertrag
 - Abschlussprüfung
 - Verschmelzungsberatung
 - Bilanzmanipulationen
 - Haftungshöchstsummenbegrenzung
 - Bedingter Vorsatz des Wirtschaftsprüfers?
- (*BGH, Urt. v. 19.4.2012 – III ZR 224/10*)

Leitsatz:

Zur Haftung eines Wirtschaftsprüfers wegen Beratungsfehlern im Zusammenhang mit der Verschmelzung zweier Gesellschaften. ■

Zum Sachverhalt:

Der Kläger, Konkursverwalter über das Vermögen der S. AG & Co. KG (im Folgenden: Gemeinschuldnerin), begehrt von dem Beklagten, einem Wirtschaftsprüfer und Steuerberater, im Wege der Teilklage Ersatz des Schadens, welcher der Gemeinschuldnerin durch die Verschmelzung mit der überschuldeten S.D. GmbH entstanden ist.

Die Gemeinschuldnerin wurde am 29.10.1996 gegründet. Gründungsgesellschafter waren die S. Verwaltungs AG, vertreten durch die Vorstände K.-P.S. und K., die Kommanditisten S.D. GmbH und S.C. GmbH, vertreten durch die Geschäftsführer K.-P.S. und K.P., sowie vier weitere Kommanditisten.

Im Juni 1997 testierte der Beklagte im Auftrag der S.D. GmbH als Wirtschaftsprüfer deren Jahresabschluss zum 31.12.1996, der ein bilanzielles Eigenkapital von 666.000 DM auswies.

Bereits zuvor am 13.5.1997 hatten der Beklagte und die Gemeinschuldnerin einen **„Beratungsvertrag“** mit einer Laufzeit von zwei Jahren – rückwirkend ab 1.1.1997 bis zum 31.12.1998 – unterzeichnet, nach dem der Beklagte die Gemeinschuldnerin **„in sämtlichen Fragen des Steuerrechts, der betriebswirtschaftlichen Beratung, der Wirtschaftsberatung, der Finanzberatung und dergleichen mehr“** berät und vertritt. Der Beklagte war damals außerdem **stellvertretender**

Aufsichtsratsvorsitzender der S. Verwaltungs AG. In beiden Funktionen sprach er sich für eine Fusion der Gemeinschuldnerin mit der S.D. GmbH aus. Der Verschmelzungsbericht stammte ebenfalls vom Beklagten.

Nach § 9 Abs. 4 des Gesellschaftsvertrages der Gemeinschuldnerin waren (unter anderem) für eine Verschmelzung 75 % der Stimmen aller Gesellschafter erforderlich; die von S. und P. repräsentierten Gesellschafter genügten für dieses Quorum nicht. Am 18. 8.1997 fand eine außerordentliche Gesellschafterversammlung der Gemeinschuldnerin statt. Auch bei dieser Gelegenheit vertrat der Beklagte den Standpunkt, dass es sich bei der Fusion um eine sinnvolle Maßnahme handele, insbesondere weil die S.D. GmbH wirtschaftlich gesund sei. Die Gesellschafterversammlung beschloss einstimmig, dem zuvor zwischen der Gemeinschuldnerin, vertreten durch deren Komplementärin, diese vertreten durch S. und P. und der S.D. GmbH, ebenfalls vertreten durch S. und P., abgeschlossenen und notariell beurkundeten Verschmelzungsvertrag vom selben Tag zuzustimmen.

Eine Sonderprüfung bei der Gemeinschuldnerin durch die P. GmbH vom 21.7.1998 ergab, dass in den Jahresabschluss 1996 der S.D. GmbH Verbindlichkeiten aus Lieferungen und Leistungen in Höhe von mindestens 6.672.000 DM nicht eingestellt, dafür in Höhe von 1.305.000 DM zu hohe Forderungen aufgenommen worden waren. Unter Berücksichtigung dessen belief sich das bilanzielle Eigenkapital nach Beurteilung des Sonderprüfers auf minus 7.311.000 DM. Ferner wurde festgestellt, dass für Regressansprüche der D. AG sonstige Verbindlichkeiten hätten eingestellt werden müssen, was nicht geschehen war.

Die Gemeinschuldnerin hatte zuvor Ende 1996/Anfang 1997 vom Land Nordrhein-Westfalen im Rahmen des Projekts „Kommunikations-Offensive NRW“ verlorene Zuschüsse in Höhe von über 15 Mio. DM erhalten. Außerdem gewährten ihr die Kreissparkassen K. und H. einen Kredit über 20 Mio. DM, für den sich das Land Nordrhein-Westfalen zu 80 % rückverbürgte.

Infolge der Verschmelzung mit der S.D. GmbH geriet die Gemeinschuldnerin in wirtschaftliche Schwierigkeiten, was dazu führte, dass die aus den Zuschüssen und Krediten zugeflossenen Mittel zur Tilgung von Altverbindlichkeiten der S.D. GmbH verwendet wurden und nicht mehr für den eigentlichen Förderungszweck zur Verfügung standen. Die Bezirksregierung K. widerrief die Mittelzuwendung mit Bescheid vom 8.9.1998 und forderte bereits ausgezahlte Mittel in Höhe von 5,5 Mio. DM zurück. Bedingt hierdurch musste die Gemeinschuldnerin am 10.10.1998 Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens stellen.

Der Kläger hat den Beklagten im Wege der Teilklage auf Schadenersatz in Höhe von 2,5 Mio. DM in Anspruch genommen. Das Landgericht hat – unter Abweisung der weitergehenden Klage – den Beklagten zur Zahlung von 226.890,11 EUR zzgl. Zinsen verurteilt. Die Berufung des Beklagten hatte keinen, die des Klägers nur bezüglich der

Korrektur einer fehlerhaften Umrechnung von DM in EUR (500.000 DM = 255.645,94 EUR) Erfolg. Hiergegen richten sich die vom Berufungsgericht zugelassenen Revisionen beider Parteien.

Die Revision des Beklagten ist unbegründet, die Revision des Klägers führt im Umfang der Anfechtung zur Aufhebung des Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Oberlandesgericht. ■

Aus den Gründen:

I. Nach Auffassung des Berufungsgerichts ist die vom Kläger erhobene Teilklage zwar zulässig, jedoch nur in geringerem Umfang begründet.

Zu Recht habe das Landgericht einen der Höhe nach auf 500.000 DM (§ 323 Abs. 2 Satz 1 HGB a.F.) begrenzten Schadenersatzanspruch aus § 323 Abs. 1 Satz 3 HGB a.F. in Verbindung mit den Grundsätzen über den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter bejaht. Dem Beklagten müsse aufgrund der zahlreichen Verflechtungen zwischen der Gemeinschuldnerin und der geprüften GmbH sowie aufgrund seiner eigenen Stellung bei der Gemeinschuldnerin deutlich vor Augen gestanden haben, dass die S.D. GmbH den von ihm geprüften Jahresabschluss gegenüber der Gemeinschuldnerin dazu gebrauchen werde, um auf dieser Grundlage über eine Verschmelzung zu verhandeln. Ihm habe angesichts seiner persönlichen detaillierten Kenntnisse der verschiedenen Gesellschaften der S.-Gruppe klar sein müssen, dass von ihm auch im Drittinteresse, nämlich der zur Verschmelzung neigenden Gemeinschuldnerin, eine besondere Leistung erwartet werde, die über die Erbringung der gesetzlich vorgeschriebenen Pflichtprüfung hinausgehe.

Zutreffend habe das Landgericht aufgrund der von ihm durchgeführten Beweisaufnahme und der eingeholten Sachverständigengutachten festgestellt, dass der Beklagte in mehrfacher Hinsicht seine Pflicht zur gewissenhaften Abschlussprüfung verletzt habe. Diese Pflichtverletzung sei kausal für den später eingetretenen Schaden der Gemeinschuldnerin. Es sei mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass sich die Fremdkommanditisten gegen eine Verschmelzung ausgesprochen hätten, wenn ihnen die wahre wirtschaftliche Situation der S.D. GmbH bekannt gewesen wäre. Der Umstand, dass das Testat auf einer vorsätzlichen Irreführung des Prüfers durch die vertretungsberechtigten Organe der geprüften GmbH S. und P. beruhe, die zudem identisch seien mit den Vertretungsorganen der Komplementärin der Gemeinschuldnerin, führe nicht aufgrund einer Wissenszurechnung nach § 166 Abs. 1 BGB zu einem Haftungsausschluss. Allerdings sei das Fehlverhalten gemäß §§ 31, 254 BGB auf den Anspruch der Gemeinschuldnerin anzurechnen. Der Verantwortungsteil des Beklagten sei insoweit mit zumindest 10% des Gesamtschadens in Ansatz zu bringen, wobei es einer genaueren Bestimmung im Hinblick auf die der Höhe nach bei fahrlässigem Verhalten begrenzte Haftung auf 500.000 DM (§ 323 Abs. 2 HGB a.F.) nicht bedürfe. Vorsätzliches Handeln des Beklagten habe das Landgericht zu Recht nicht feststellen können.

Unmittelbare Ansprüche der Gemeinschuldnerin aufgrund positiver Vertragsverletzung des Beratervertrages vom 13.5.1997 sowie aufgrund der Beiratsstellung des Beklagten schieden dagegen aus. Der Beklagte habe nicht die Ermittlung neuer Erkenntnisse und deren Weitergabe an die Gemeinschuldnerin geschuldet. Eine Verpflichtung zur aktiven Recherche, gerichtet auf die Offenlegung bislang unentdeckt gebliebener Vorgänge und etwaiger Manipulationen bei anderen Gesellschaften, lasse sich dem vertraglich vereinbarten Pflichtenkatalog nicht entnehmen. Da das Landgericht ein positives Wissen des Beklagten bezüglich der Bilanzmanipulationen nicht habe feststellen können, fehlten im Rahmen der unmittelbaren vertraglichen Beziehungen der Parteien zureichende tatsächliche Anknüpfungspunkte für ein haftungsbegründendes Fehlverhalten. Der Beklagte habe keine Information über Umstände geschuldet, die ihm damals nicht bekannt gewesen seien. Seine Nachlässigkeiten im Rahmen der Pflichtprüfung erstreckten sich nicht auf sein Verhältnis mit der Gemeinschuldnerin.

Der Beratervertrag sehe eine spezielle Betreuung der Gemeinschuldnerin bezüglich etwaiger Übernahme- oder Verschmelzungsgeschäfte nicht vor.

Hätten die Parteien eine Einbindung des Beklagten in diesem Punkte gewünscht, hätte man im Hinblick auf die damals parallel stattfindenden Fusionsgespräche annehmen können, dass dies im Vertragstext ausdrücklich zum Ausdruck gekommen wäre. Hinzu trete, dass auch die vertraglich vereinbarte Haftungsobergrenze von 2 Mio. DM gegen einen derart erweiterten Aufgabenkreis spreche; bei einer gezielten Mandatierung des Beklagten zu diesem Punkt wäre angesichts der Haftungsträchtigkeit solcher Aufgaben wohl eine höhere Haftungssumme vereinbart worden. Auch könne dem Beklagten nicht zum Vorwurf gemacht werden, vor der Fusion nicht auf der Durchführung einer so genannten due diligence bestanden zu haben. Genauso wenig folge eine entsprechende Verpflichtung aus der Stellung des Beklagten als Mitglied des Beirats.

II. Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand, soweit das Berufungsgericht über 500.000 DM (255.645,94 EUR) hinausgehende Schadenersatzansprüche der Gemeinschuldnerin verneint hat. Denn dieser steht gegen den Beklagten ein unmittelbarer Anspruch auf Schadenersatz aufgrund des Beratervertrages vom 13.5.1997 zu. Die Frage, ob der zwischen dem Beklagten und der S.D. GmbH abgeschlossene Prüfungsauftrag Schutzwirkung zugunsten der Gemeinschuldnerin entfaltet und sich eine diesbezügliche Haftung des Beklagten nach § 323 Abs. 2 Satz 1 HGB a.F. auf 500.000 DM (255.645,94 EUR) beschränkt, bedarf deshalb keiner Entscheidung.

1. Entgegen der Rüge des Beklagten ist die erhobene Teilklage nicht als unzulässig abzuweisen.

1. a) Die in der Revisionsbegründung angesprochene Entscheidung (BGH, Urt. v. 8.12.1989 – V ZR 174/88, NJW 1990, 2068) ist nicht einschlägig. Zwar muss dann, wenn sich der eingeklagte Schadenersatz aus mehreren eigenständigen, nicht als bloße unselbstständige Rechnungsposten anzusehenden Schadenpositionen zusammensetzt und

insoweit mehrere prozessuale Ansprüche vorliegen, ein Kläger gemäß § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO angeben, wie sich die geltend gemachte Gesamtsumme ziffernmäßig auf die verschiedenen Ansprüche verteilt, oder zumindest die Reihenfolge bestimmen, in welcher die Ansprüche bis zu der geltend gemachten Gesamtsumme gefordert werden (BGH, a.a.O., 2069; siehe auch Senatsurt. v. 3.12.1953 – III ZR 66/52, BGHZ 11, 192, 194; BGH, Urt. v. 22.5.1984 – VI ZR 228/82, NJW 1984, 2346, 2347; v. 19.6.2000 – II ZR 319/98, NJW 2000, 3718, 3719; v. 17.7.2008 – IX ZR 96/06, NJW 2008, 3142 Rdnr. 7 ff). Anderenfalls würden sich unüberwindbare Schwierigkeiten bei der Festlegung des Streitgegenstands und damit zusammenhängend bei Fragen der materiellen Rechtskraft und der Verjährung ergeben.

Ein solcher Fall liegt hier aber nicht vor. Der Kläger macht nicht im Rahmen einer Teilklage mehrere Schadenpositionen, sondern einen bezifferten Teil eines einheitlichen Gesamtschadens geltend, den er daraus ableitet, dass der Beklagte unter verschiedenen rechtlichen Gesichtspunkten pflichtwidrig gehandelt habe, wobei jede dieser Pflichtverletzungen ursächlich dafür gewesen sei, dass die Gemeinschuldnerin mit der insolventen S.D. GmbH verschmolzen und aufgrund dessen geschädigt wurde.

b) Zu Unrecht beruft sich der Beklagte auf den Hinweisbeschluss des I. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 24.3.2011 (I ZR 108/09, BGHZ 189, 56). Zwar hat der I. Zivilsenat dort in einer Markensache unter Bezugnahme auf die vorgenannte Rechtsprechung zur Teilleistungsklage ausgeführt, dass hinsichtlich der Notwendigkeit einer Bestimmung der Prüfungsreihenfolge nichts anderes bei der Verfolgung eines einheitlichen Klagebegehrens gelten könne, das aus mehreren Schutzrechten oder mehreren wettbewerbsrechtlichen Ansprüchen hergeleitet werde, sofern sie verschiedene prozessuale Ansprüche (Streitgegenstände) bildeten und nicht kumulativ, sondern alternativ verfolgt würden (a.a.O., Rdnr. 10). Abgesehen davon, dass der I. Zivilsenat in diesem Zusammenhang maßgeblich auf Besonderheiten der Rechtsverfolgung bei Marken- und Kennzeichenrechten abgestellt hat, ist der vorliegende Fall hiervon abweichend – siehe auch die Abgrenzung des I. Zivilsenats (a.a.O., Rdnr. 12) zum Urteil des Bundesgerichtshofs vom 4.7.1997 (V ZR 48/96, NJW-RR 1997, 1374) – davon geprägt, dass der Kläger mit den vorgetragenen Klagegründen stets nur ein und denselben Schadenersatz geltend macht. Es geht deshalb nicht darum, dass der Kläger mehrfach Schadenersatz aus mehreren Gründen fordern könnte, aber sich im Verfahren auf eine Teilklage beschränkt. Eine unzulässige alternative Klagenhäufung liegt daher nicht vor.

2. Zu Recht rügt der Kläger, dass das Berufungsgericht eine Haftung des Beklagten wegen **Verletzung des Beratungsvertrages vom 13.5.1997** mit der Begründung verneint hat, **dieser Vertrag habe sich nicht auf die Fusion bezogen**. Zwar ist die Auslegung von Individualvereinbarungen grundsätzlich Sache des Tatrichters. Sie unterliegt nur einer eingeschränkten revisionsrechtlichen Überprüfung danach, ob Verstöße gegen gesetzliche Auslegungsregeln, Verfahrensvorschriften, anerkannte Denkgesetze oder Erfahrungssätze vorliegen und

sich der Tatrichter mit dem Verfahrensstoff umfassend sowie widerspruchsfrei auseinandergesetzt hat; leidet die Auslegung an solchen Fehlern, bindet sie das Revisionsgericht nicht (vgl. nur BGH, Urt. v. 7.2.2002 – I ZR 304/99, BGHZ 150, 32, 37; Senat, Urt. v. 13.1.2011 – III ZR 87/10, BGHZ 188, 71 Rdnr. 14). Die Auslegung des Vertrages durch das Berufungsgericht erweist sich insoweit aber als rechtsfehlerhaft. Da es keiner weiteren tatsächlichen Feststellungen mehr bedarf, kann der erkennende Senat die Auslegung selbst vornehmen.

a) **Nach Ziffer I des Vertrages vom 13.5.1997 hat der Beklagte die Beratung der Gemeinschuldnerin „in sämtlichen Fragen des Steuerrechts, der betriebswirtschaftlichen Beratung, der Wirtschaftsberatung, der Finanzberatung und dergleichen mehr“ übernommen.** Hierbei wird diese Aufzählung der Tätigkeitsbereiche im Vertrag im folgenden Satz ausdrücklich als „**nur beispielhaft**“ und ohne den Anspruch auf „**Ausschließlichkeit**“ bezeichnet. Insoweit hat das Berufungsgericht zunächst zutreffend festgestellt, dass der Beklagte gegen das im Vertrag vereinbarte Tageshonorar von 3.500 DM der Gemeinschuldnerin sein Wissen und seinen Sachverstand zur Verfügung stellen sollte, wobei sein **Pflichtenkreis „global definiert war“** und „**im Ergebnis nahezu eine Rundumbetreuung in allen finanziellen und steuerlichen Angelegenheiten umfasste**“. Vor diesem Hintergrund ist es aber nicht nachvollziehbar und widersprüchlich, wenn das Berufungsgericht etwas später an anderer Stelle darauf abstellt, dass der Vertrag eine spezielle Beratung der Gemeinschuldnerin bezüglich etwaiger Übernahme- oder Verschmelzungsgeschäfte nicht ausdrücklich vorgesehen habe, dies aber zu erwarten gewesen wäre, wenn die Parteien eine solche Einbindung des Beklagten gewünscht hätten. **Denn war eine umfassende Betreuung geschuldet, bedurfte es gerade keiner Aufzählung bestimmter Beratungsgegenstände.**

Da bereits zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses die Verschmelzung der Gemeinschuldnerin mit der GmbH ein konkretes Thema war – so hat sich etwa der Aufsichtsrat der Komplementärin der Gemeinschuldnerin in Anwesenheit des Beklagten am Tag der Vertragsunterzeichnung am 13.5.1997 in einer Sitzung damit befasst –, **liegt es fern, dass dieses für die Belange der Gemeinschuldnerin zentrale Ereignis aus der „Rundumbetreuung“ hätte herausgenommen werden sollen.** Derartiges hat im Übrigen der Beklagte in den Tatsacheninstanzen selbst nicht geltend gemacht.

Der Hinweis des Berufungsgerichts darauf, dass die vertraglich vereinbarte Haftungsobergrenze von 2 Mio. DM gegen einen entsprechenden Aufgabenkreis des Beklagten spreche, weil bei einer gezielten Mandatierung zu diesem Punkt angesichts der Haftungsträchtigkeit solcher Aufgaben wohl eine höhere Haftungssumme vereinbart worden wäre, geht fehl. Es geht nicht um die Frage der gezielten Mandatierung, sondern angesichts des eindeutigen Wortlauts des Vertrages um eine **etwaige Einschränkung der Rundumbetreuung gerade bezogen auf ein zentrales Ereignis.** Darüber hinaus weist die Revision zu Recht darauf hin, dass angesichts der damaligen Haftungsbegrenzung auf 500.000 DM für fahrlässige Pflichtverletzungen im Rahmen einer Abschlussprüfung

nach § 323 HGB a.F., die nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats (*Urt. v. 2.4.1998 – III ZR 245/96, BGHZ 138, 257, 266*) auch für etwaige Ansprüche im Rahmen eines Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter Geltung beansprucht, eine **Haftungssumme von 2 Mio. DM eine deutliche Erweiterung** bedeutet. Die Haftungsträchtigkeit einer entsprechenden Beratung spricht daher – entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts – nicht dafür, dass die Parteien, wenn sie dies bedacht hätten, eine höhere Haftungssumme vereinbart hätten; **vielmehr lässt sich dieser Umstand als Beleg für das erkennbare Interesse des Beraters daran anführen, seine Haftung summenmäßig zu begrenzen.**

b) Im Übrigen hat das Berufungsgericht bei seiner Bewertung auch entscheidungserheblichen Prozessstoff außer Acht gelassen. Zutreffend weist der Kläger darauf hin, dass der Beklagte selbst für sich und seinen Mitarbeiter W. **Beratungsleistungen „i.S. Fusion“ (Rechnungen vom 7.4. und 14.7.1997) beziehungsweise „i.S. Fusionierung der S. GmbH mit der S. AG & Co.“ und der „Rechnungslegung bei Verschmelzung“ (Rechnung vom 9.10.1997) gegenüber der Gemeinschuldnerin abgerechnet hat.** In letzterer Rechnung wird ausdrücklich unter der Überschrift „Beratung in der Zeit 1.8. bis 3.9.1997 gemäß Vereinbarung vom 13.5.1997“ die „**Vorbereitung und Teilnahme an der Gesellschafterversammlung in Köln am 18.8.1997** (9,35 Stunden = 1,2 Tage à 3.500 DM = 4.200 DM“) aufgeführt. Auch hat das Berufungsgericht selbst im Tatbestand seines Urteils festgestellt, dass der Beklagte sich in seiner Funktion als Berater der Gemeinschuldnerin für eine Fusion mit der GmbH ausgesprochen und auch auf der außerordentlichen Gesellschafterversammlung am 18.8.1997 den Standpunkt vertreten hat, dass es sich um eine sinnvolle Maßnahme handele, insbesondere weil die GmbH wirtschaftlich gesund sei. **Der Beklagte hat damit Beratungsleistungen im Rahmen der Fusion ausgeübt und sie der Gemeinschuldnerin berechnet.**

Vor diesem Hintergrund fehlt der Annahme des Berufungsgerichts, der Beratungsvertrag habe sich nicht auf die Fusion bezogen, sodass ein haftungsbegründendes vertragliches Fehlverhalten des Beklagten nur vorliege, wenn er, was nicht habe festgestellt werden können, um die Bilanzmanipulationen gewusst und diese dann verschwiegen hätte, die notwendige Grundlage. **Vielmehr war Gegenstand des Vertrages auch die Beratung der Gemeinschuldnerin, ob die geplante Verschmelzung eine wirtschaftlich sinnvolle unternehmerische Entscheidung darstellt.** Für diese Beratung hatte dabei der zuvor von der S.D. GmbH dem Beklagten erteilte Auftrag zur Abschlussprüfung, aufgrund dessen dann ab Mai 1997 die wesentlichen Prüfungstätigkeiten entfaltet wurden, erhebliche Bedeutung. Die Auffassung des Berufungsgerichts, etwaige Versäumnisse des Beklagten im Rahmen seiner Prüfertätigkeit hätten mit dem Beratungsvertrag nichts zu tun, greift insoweit zu kurz. **Die ordnungsgemäße Prüfung des Jahresabschlusses und die Feststellung (vgl. den diesbezüglichen Wortlaut des Testats des Beklagten), ob die Buchführung und der Jahresabschluss „ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der Kapitalgesellschaft“ widerspiegelt, war für die Frage einer Fusion der beiden Gesellschaften wichtig.**

Im späteren Verschmelzungsvertrag, dem die Gesellschafterversammlung am 18.8.1997 einstimmig zugestimmt hat, ist in § 1 Abs. 2 dementsprechend auch ausdrücklich aufgeführt, dass der Verschmelzung die Bilanz der S.D. GmbH zum 31.12.1996 zugrunde gelegt wird. Angesichts des den Vertragsparteien bei Vertragsschluss am 13.5.1997 vor Augen stehenden Umstands, dass der Beklagte mit der Prüfung des Jahresabschlusses 1996 der S.D. GmbH befasst war, kann es keinem Zweifel unterliegen, dass der Beklagte **die Beratung auch und gerade unter Berücksichtigung der von ihm bei der (gewissenhaft und unparteiisch durchzuführenden) Prüfung erlangten Kenntnisse und Einblicke in die wirtschaftliche Situation der zu prüfenden GmbH vorzunehmen hatte. Ohne korrekte Abschlussprüfung war es dem Beklagten mithin gar nicht möglich, die geschuldete Fusionsberatung sachgerecht durchzuführen.**

3. Ausgehend hiervon hat der Beklagte die ihm gegenüber der Gemeinschuldnerin obliegenden (**vertraglichen**) **Pflichten verletzt, weil er die Fusion unter Hinweis darauf, dass die GmbH wirtschaftlich gesund sei, als sinnvoll empfohlen hat, obwohl die Verschmelzung der Gesellschaften objektiv wegen der Überschuldung der S.D. GmbH nicht vertretbar war und die von ihm nicht gewissenhaft durchgeführte Abschlussprüfung keine Grundlage für eine solche Empfehlung bot.** Insoweit hat das Berufungsgericht in Übereinstimmung mit dem Landgericht auf der Grundlage der erstinstanzlich eingeholten Gutachten des Sachverständigen R. und der Wirtschaftsprüferkammer B. ohne Rechtsfehler festgestellt, dass der Beklagte bei der Abschlussprüfung in mehrfacher Weise – vor allem: keine Einholung von Rechtsanwalts- und Saldenbestätigungen; keine Überprüfung der (angeblichen) Forderung der S.D. GmbH gegen die Gemeinschuldnerin in Höhe von 790.000 DM – pflichtwidrig gehandelt hat.

Die diesbezüglichen Angriffe der Revision bleiben ohne Erfolg. Dabei trifft es nicht zu, dass der Sachverständige und die Wirtschaftsprüferkammer – und ihnen folgend die Instanzgerichte – von unrichtigen Beurteilungsgrundlagen beziehungsweise Prüfungsmaßstäben ausgegangen sind; insbesondere handelt es sich auch bei dem für den hier interessierenden Zeitraum **einschlägigen Wirtschaftsprüfer-Handbuch 1996 nicht um eine völlig unverbindliche „private Meinung“.** Die im Hinblick auf eine behauptete Verletzung von § 286 ZPO, Art. 103 Abs. 1 GG erhobenen Verfahrensrügen hat der Senat im Einzelnen geprüft und für nicht durchgreifend erachtet; von einer näheren Begründung wird gemäß § 564 ZPO abgesehen. Bei sachgerechter Beratung unter Berücksichtigung der bei einer gewissenhaften Abschlussprüfung erzielten Erkenntnisse hätte der Beklagte deshalb von einer Fusion abraten müssen. Seine gegenteilige Empfehlung war zumindest fahrlässig; jedenfalls hat sich der Beklagte nicht entlasten können (§ 280 Abs. 1 Satz 2 BGB bzw. §§ 282, 285 BGB a.F. analog).

4. Entgegen der Auffassung des Beklagten steht seiner Haftung nicht entgegen, **dass den Vorstandsmitgliedern der zur Geschäftsführung und Vertretung (§ 5 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrages) berufenen Komplementärin der Gemeinschuldnerin S. und P. im Rahmen ihrer gleichzeitigen**

Geschäftsführer- und Gesellschafterstellung in der S.D. GmbH deren tatsächliche Situation bekannt war. Nach § 13 Abs. 1 UmwG wird ein Verschmelzungsvertrag nur wirksam, wenn die Anteilsinhaber der beteiligten Rechtsträger ihm durch Beschluss (Verschmelzungsbeschluss) zustimmen, wobei dieser Beschluss nur in einer Versammlung der Anteilsinhaber gefasst werden kann. Ergänzend hierzu bestimmt § 9 Abs. 4 des Gesellschaftsvertrages der Gemeinschuldnerin, dass mit einer Mehrheit von 75% der Stimmen aller Gesellschafter und mit Zustimmung der persönlich haftenden Gesellschafterin die Gesellschafter in der Gesellschafterversammlung die Verschmelzung der Gesellschaft beschließen können. Damit ist das zur Entscheidung berufene Organ der Gemeinschuldnerin die Gesellschafterversammlung, auf die in diesem Zusammenhang abzustellen ist.

Die die Fusion betreffenden Beratungsleistungen, die nach dem Vertrag vom 13.5.1997 der Gemeinschuldnerin geschuldet waren, **hatte der Beklagte deshalb angesichts der existenziellen wirtschaftlichen Bedeutung der Angelegenheit sowie der gesellschaftsinternen Kompetenzverteilung nicht (nur) gegenüber der Geschäftsführung, sondern (vor allem) gegenüber der Mitgliederversammlung der Gesellschafter als dem für die Entscheidung über die Verschmelzung zuständigen Organ zu erbringen.** Dementsprechend hat der Beklagte auch in seiner Funktion als Berater an der Versammlung am 18.8.1997 teilgenommen und sich dort für die Fusion ausgesprochen. Vor diesem Hintergrund ist das Berufungsgericht zu Recht der Meinung des Beklagten nicht gefolgt, die Kenntnis von S. und P. führe analog § 166 Abs. 1 BGB zu einem Haftungsausschluss. Dies schließt allerdings eine Berücksichtigung im Rahmen von § 254 BGB nicht aus (siehe 6. a)).

5. Die Pflichtverletzung des Beklagten ist auch **kausal für den Schaden** der Gemeinschuldnerin gewesen.

a) Ob bezüglich der Frage, inwieweit die Kommanditisten der Gemeinschuldnerin bei pflichtgemäßem Verhalten des Beklagten der Fusion nicht zugestimmt hätten, die Vermutung aufklärungs- oder beratungsgerechten Verhaltens beziehungsweise die Grundsätze des Anscheinsbeweises eingreifen, ist nicht entscheidungserheblich. Denn das Berufungsgericht hat keine Beweislastentscheidung getroffen. Vielmehr wird im angefochtenen Urteil festgestellt, **dass „mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit“ davon auszugehen sei, dass sich die Fremdkommanditisten gegen eine Verschmelzung ausgesprochen hätten, wenn ihnen die wirtschaftliche Situation der GmbH bekannt gewesen wäre; bei einer Offenlegung der Überschuldung hätten diese nicht für eine Verschmelzung votiert.** Diese tatrichterliche – im Rahmen der Prüfung der Haftung nach § 323 HGB vorgenommene – Würdigung ist rechtsfehlerfrei und gilt genauso für die Kausalität der vorliegenden Beratungspflichtverletzung des Beklagten.

b) Der Beklagte verweist demgegenüber darauf, dass nach seinem Vortrag vor den Instanzgerichten **dem Kommanditisten M. die Manipulationen der Buchführung bekannt gewesen seien und der Kommanditist St. als Angestellter der Komplementärin der Gemeinschuldnerin in einer besonderen Abhängigkeit von dieser und damit von deren Vorständen S. und P. gestanden habe.** Die behaupteten Pflichtverletzungen seien daher nicht kausal für die Zustimmung von M. zur Fusion gewesen. Bei St. habe zumindest die ernstzunehmende Möglichkeit bestanden, dass er infolge seiner Abhängigkeit trotzdem die Verschmelzung gebilligt hätte. Berücksichtige man, dass sowohl die Komplementärin der Gemeinschuldnerin als auch die Kommanditisten S.D. GmbH und S.C. GmbH von S. und P. beherrscht worden seien, wäre mithin das notwendige Quorum von 75% für die Fusion in jedem Fall erreicht worden.

Zunächst ist hierzu anzumerken, dass es mehr als fraglich ist, ob S. und P. im Fall einer pflichtgemäßen Beratung des Beklagten an dem Vorhaben der Fusion versucht hätten festzuhalten. Auch ist nicht nachvollziehbar, weshalb allein das Beschäftigungsverhältnis des Kommanditisten St. diesen hätte veranlassen sollen, der Verschmelzung mit einem überschuldeten Unternehmen zuzustimmen und damit den wirtschaftlichen Verlust seines Kommanditanteils über 100.000 DM in Kauf zu nehmen. Dies mag aber letztlich dahinstehen. Entscheidend ist, dass der Beklagte bei seiner Betrachtung, ob das Quorum von 75% erreicht worden wäre, lediglich darauf abstellt, wer mit welchem Anteil zum Zeitpunkt der Gründung der Gemeinschuldnerin am 29.10.1996 deren Kommanditist war. Hierbei übersieht er, dass ausweislich des zu den Akten gereichten Handelsregistrauszugs in der Folgezeit bis zur Fusion weitere Kommanditisten der Gemeinschuldnerin beigetreten sind; dass auch diese der Verschmelzung im Falle der Kenntnis des wahren Sachverhalts mehrheitlich zugestimmt hätten, so dass das notwendige Quorum von 75% der Stimmanteile erreicht worden wäre, ist weder vorgetragen noch ersichtlich. Vielmehr kann ein solch wirtschaftlich unsinniges Verhalten offenkundig ausgeschlossen werden.

6. Ausgehend hiervon ist im Ergebnis die Annahme des Berufungsgerichts, der **Haftungsanteil des Beklagten** betrage mindestens 10%, nicht zum Nachteil des Beklagten rechtsfehlerhaft, sodass dessen Revision zurückzuweisen war. Im Umfang der Anfechtung des Klägers ist demgegenüber das Berufungsurteil aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO) und, da die Sache mangels ausreichender tatrichterlicher Feststellungen nicht zur Entscheidung reif ist (§ 563 Abs. 3 ZPO), insoweit zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Denn im Rahmen des Beratungsvertrages spielt die Haftungsbeschränkung des § 323 Abs. 2 Satz 1 HGB a.F. keine Rolle, sodass der Annahme von Land- und Oberlandesgericht, es bedürfe bei der Abwägung der beiderseitigen Verschuldensanteile keiner genaueren Bestimmung des Haftungsanteils des Beklagten („zumindest 10%“), die Grundlage entzogen ist. Diese Abwägung muss nunmehr nachgeholt werden. Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

a) Nach § 254 Abs. 1 BGB hängt, wenn bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Geschädigten mitgewirkt hat, die Verpflichtung zum Ersatz sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere davon ab,

a) Nach § 254 Abs. 1 BGB hängt, wenn bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Geschädigten mitgewirkt hat, die Verpflichtung zum Ersatz sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere davon ab,

inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teil verursacht worden ist.

Insoweit wird das Berufungsgericht zu prüfen haben, **ob der Beklagte nur fahrlässig oder gegebenenfalls auch bedingt vorsätzlich seine Pflichten aus dem Beratungsvertrag verletzt hat.** Bei der Abwägung gemäß § 254 BGB ist dabei die Beweislastregel des § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht anzuwenden (vgl. nur BGH, Urt. v. 23.12.1966 – V ZR 26/64, BGHZ 46, 260, 267 f.; Palandt/Grüneberg, BGB 71. Aufl., § 254 Rdnr. 72), das heißt, der Kläger muss insoweit Vorsatz des Beklagten nachweisen. Bedingter Vorsatz setzt allerdings, anders als es das Land- und das Oberlandesgericht im Rahmen der Prüfung des Vorsatzes bei § 323 HGB angenommen haben, nicht voraus, dass der Beklagte mit S. und P. kollusiv zusammengearbeitet beziehungsweise von den Bilanzmanipulationen Kenntnis gehabt hat. Dies hat auch Auswirkung auf die zusätzliche Erwägung des Berufungsgerichts, der Kläger habe keine ausreichenden Anhaltspunkte für diesbezügliches vorsätzliches Verhalten des Beklagten dargelegt.

Bedingter Vorsatz liegt, worauf die Revision des Klägers zutreffend hinweist, **bereits dann vor, wenn der Handelnde die tatbestandsrelevanten Umstände für möglich gehalten und billigend in Kauf genommen hat** (vgl. nur BGH, Urt. v. 20.12.2011 – VI ZR 309/10, NJW-RR 2012, 404 Rdnr. 10 m.w.N.). **Es reicht deshalb aus, wenn der Beklagte, der nach den Feststellungen der Instanzgerichte im Rahmen der Abschlussprüfung kritische Prüffelder „umschiffte“ sowie grundlegende Berufspflichten unberücksichtigt gelassen hat und dessen Verschulden deshalb schwer wiegt, es für möglich gehalten und billigend in Kauf genommen haben sollte, die Gemeinschuldnerin falsch zu beraten beziehungsweise die Fusion zu Unrecht zu empfehlen.** Diese Prüfung setzt eine umfassende Würdigung aller Umstände voraus, die das Berufungsgericht nachzuholen haben wird.

Im Rahmen der Abwägung muss sich die Gemeinschuldnerin zwar das **Verhalten der Vorstandsmitglieder** ihrer zur Geschäftsführung und Vertretung (§ 5 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrages) berufenen Komplementärin S. und P. anrechnen lassen, die in Kenntnis der Überschuldung der GmbH an der Fusion mitgewirkt und den Verschmelzungsvertrag für die Gemeinschuldnerin abgeschlossen haben. **Dieses vorsätzliche Organverschulden kann aber vor dem Hintergrund, dass – wie ausgeführt – die vom Beklagten geschuldeten Beratungsleistungen vor allem gegenüber der Mitgliederversammlung der Gesellschafter als dem für die Entscheidung über die Verschmelzung zuständigen Organ zu erbringen waren, nicht zu einem vollständigen Haftungsausschluss führen**, selbst wenn aufseiten des Beklagten nur fahrlässiges Verhalten festzustellen sein sollte. Insoweit gilt im Grundsatz nichts anderes als regelmäßig für Ansprüche einer geprüften Gesellschaft gegen einen Abschlussprüfer bei Fehlverhalten der Geschäftsführung (vgl. hierzu BGH, Urt. v. 10.12.2009 – VII ZR 42/08, BGHZ 183, 323, Rdnr. 54 ff.).

b) Sollte das Berufungsgericht zu dem Ergebnis kommen, dass der Beklagte seine **Pflichten aus dem Beratervertrag bedingt vorsätzlich verletzt hat**, so ist im Übrigen der im

Beratungsvertrag festgelegte Höchstbetrag von 2 Mio. DM hinfällig. Nach § 276 Abs. 3 BGB kann die Haftung des Schuldners für Vorsatz nicht abbedungen werden; dieses Verbot erfasst auch summenmäßige Haftungsbegrenzungen (Palandt/Grüneberg, a.a.O., § 276 Rdnr. 35). **Dabei ist es bezüglich dieser Haftungsbeschränkung Sache des Beklagten nachzuweisen, dass er seine Beraterpflichten nur fahrlässig und nicht vorsätzlich verletzt hat;** § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB (bzw. § 282 BGB a.F.) bürdet dem Schuldner den Entlastungsbeweis auf, ohne dass dabei eine Differenzierung nach dem Verschuldensgrad vorgenommen werden kann (vgl. BGH, Urt. v. 12.5.2009 – XI ZR 586/07, NJW 2009, 2298 Rdnr. 17).

c) Vorsorglich weist der Senat für den Fall, dass es hierauf noch ankommen sollte, darauf hin, dass eine Haftung des Beklagten im Zusammenhang mit seiner Tätigkeit als Mitglied des so genannten Partnerbeirats der Gemeinschuldnerin nicht in Betracht kommt. Der Kläger vertritt in seiner Revision unter Hinweis auf das Urteil des II. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 22.10.1979 (II ZR 151/77, WM 1979, 1425) die Auffassung, dass den Beklagten in dieser Eigenschaft umfassende Kontroll- und Überwachungspflichten sowie im Hinblick auf die von der Geschäftsführung angedachte Fusion weitreichende Nachforschungspflichten – vergleichbar denen eines Aufsichtsrats einer Kapitalgesellschaft – getroffen hätten. Die zitierte Entscheidung ist jedoch zu einer Publikums-Kommanditgesellschaft ergangen; der II. Zivilsenat hat auf die Besonderheiten der Massengesellschaft und die speziellen tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse der dortigen Kommanditgesellschaft abgestellt. Insoweit ist das Urteil nicht einschlägig, wie das Berufungsgericht zutreffend festgestellt hat.

Soweit der Kläger behauptet, der Beklagte habe in seiner Funktion als Beirat die Verschmelzung aktiv unterstützt und betrieben, was angesichts der Überschuldung der GmbH objektiv pflichtwidrig gewesen sei, hat das Berufungsgericht keine entsprechende Feststellung getroffen. Im Urteil ist ein entsprechendes Verhalten des Beklagten nur für seine Tätigkeit als Aufsichtsratsmitglied der Komplementärin und in seiner Funktion als Berater der Gemeinschuldnerin festgehalten. Eine Tatbestandsberichtigung hat der Kläger nicht beantragt. Abgesehen davon ist der in diesem Zusammenhang erfolgte Hinweis der Revision auf den Inhalt der Klagschrift untauglich. Zwar hat der Kläger dort vorgetragen, der Beklagte habe im Partnerbeirat nachdrücklich die Auffassung vertreten, dass eine Verschmelzung der Gesellschaften sinnvoll sei. Hierzu hat er als Anlage das Protokoll der 1. Partnerbeiratssitzung vom 28.5.1997 (nicht wie in der Klage angegeben 16.6.1997; an diesem Tag ist das Protokoll nur unterzeichnet worden) vorgelegt und sich auf den Zeugen B. berufen. Der Beklagte hat jedoch ausweislich des Protokolls an dieser Sitzung nicht teilgenommen. Dies gilt auch für den Zeugen B., der im Übrigen kein Mitglied des Beirats, sondern des Aufsichtsrats war. Da auf dieser Sitzung zudem einstimmig beschlossen worden ist, dass die Partnerbeiratssitzung gewöhnlich nur einmal jährlich stattfindet, fehlt es an einem hinreichend substantiierten Vortrag des Klägers, dass der Beklagte sich als Beirat in dem behaupteten Sinn geäußert hat. ■

Anwaltshaftung

- Stillschweigend geschlossener Auskunftsvertrag
 - Fachreferat
- (OLG Hamm, Urt. v. 1.3.2012 – 34 U 68/11)

Leitsatz (d. Red.):

Hält ein Rechtsanwalt ein Fachreferat, so kommt in der Regel ein eigenständiger, stillschweigend geschlossener Auskunftsvertrag mit den Zuhörern nicht zustande. ■

Zum Sachverhalt:

Der Kläger nimmt die Beklagten zu 1) bis 3) aus eigenem sowie aus abgetretenem Recht seines Geschäftspartners S. unter dem Gesichtspunkt einer fehlgeschlagenen Kapitalanlage auf Zahlung von Schadenersatz in Anspruch.

Die Beklagten zu 2) und 3) waren bis zum Jahr 2009 Gesellschafter der Beklagten zu 1) – einer Sozietät aus Rechtsanwälten, Notaren, Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern – und führten in der Sozietät den Geschäftsbereich „Wirtschaftsprüfung und Steuerberatung“. Im Verlauf des Jahres 2007 betreuten die Beklagten zu 2) und 3) das in Alicante/ Spanien ansässige Unternehmen „O.“ (künftig abgekürzt mit: O.). Der Kläger und der Zedent X2 beteiligten sich im Jahr 2007 zusammen mit etwa 40 weiteren Anlegern mittelbar als Treuhandkommanditisten an der O. Als Treuhänderin fungierte die – mittlerweile umfirmierte – U2 AG, deren Vorstandsmitglied der Beklagte zu 3) war. Die Beteiligungen wurden von der P. AG gegen Provision vertrieben.

Auf einer Gesellschafter- und Treugeberversammlung der O. am 2.12.2007 in Kufstein/Österreich wurde den Anlegern anstelle des ursprünglich insbesondere auch aus steuerlichen Gründen ins Auge gefassten Metallhandels ein neues Anlagekonzept vorgestellt, das den Handel mit interaktiven Werbesystemen – so genannten „Dn“ – vorsah. Der Gesellschafter C3 der Beklagten zu 1) führte bei dieser Versammlung das Protokoll, die ebenfalls teilnehmenden Beklagten zu 2) und 3) erläuterten das neue Anlagekonzept unter Verwendung einer mit der Überschrift „Zeichnungsunterlagen O.“ versehenen Vortragsunterlage (PowerPoint-Präsentation). Der Kläger und der Zedent haben – wie im Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens unstreitig wurde – an der Versammlung vom 2.12.2007 nicht selbst teilgenommen. Die zur Akte gereichte Ablichtung der Anwesenheitsliste der Versammlung vom 2.12.2007 enthält in der Namensspalte des Klägers und des Zedenten unter der Rubrik „Vollmacht erteilt an“ den Namen des Vorstands der P. AG X3. Die vorstehend erwähnten „Zeichnungsunterlagen“ übermittelte der Beklagte zu 2) dem Kläger und dem Zedenten jedenfalls noch im November 2007. (...)

Das Landgericht hat der Klage bis auf einen – allerdings nicht unerheblichen – Teil der Zinsforderung stattgegeben. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt: Zwischen dem Kläger sowie dem Zedenten und der Beklagten zu 1) sei spätestens Ende November 2007 ein jedenfalls konkluden-

ter Beratungsvertrag abgeschlossen worden. Insbesondere aufgrund der auf jeder Seite der Vortragsunterlage deutlich sichtbaren Firmenbezeichnung der Beklagten zu 1) habe bei den jeweiligen Anlegern aus der insoweit maßgeblichen Empfängersicht der Eindruck entstehen müssen, dass die Beklagte zu 1) als Vertragspartner „für den Inhalt der Präsentation verantwortlich“ gezeichnet habe. Die Beklagte zu 1) habe – unter anderem durch die am Ende der Unterlage gewählte Formulierung „Packen wir es an!!!“ – mit ersichtlichem Rechtsbindungswillen Rat und Auskunft gegeben, wobei auch „in der besonderen Sachkunde der Beklagten bezüglich der interessierenden, insbesondere steuerlichen Fragen“ ein weiteres Indiz für deren Rechtsbindungswillen liege. In der vorab versandten Zeichnungsunterlage seien unzutreffende Aussagen zur Fremdfinanzierung des Konzeptes gemacht worden, insbesondere habe – anders als in der Zeichnungsunterlage vermittelt – gerade keine gesicherte und verbindlich zugesagte Fremdfinanzierung durch die Volksbank H2 in Höhe des veranschlagten Fremdkapitals von 18.860.000 EUR zur Verfügung gestanden.

Diese objektiv pflichtwidrige Darstellung stelle einen schuldhaften Verstoß gegen die der Beklagten aus dem Beratungsvertrag mit dem Kläger und dem Zedenten obliegenden Pflichten dar, so dass letztlich dahinstehen könne, ob noch weitere schuldhaftige Pflichtverletzungen – etwa dadurch, dass „die Anleger nach dem 2.12.2007 mit keinem Wort vom Scheitern der in den Zeichnungsunterlagen bzw. auf der Versammlung ... dargelegten Fremdfinanzierung in Kenntnis gesetzt“ wurden – vorlägen. Die Beklagten zu 2) und 3) hafteten insoweit jedenfalls akzessorisch als damalige Gesellschafter der Beklagten zu 1). Der Kläger könne allerdings lediglich ab Rechtshängigkeit Zinsen verlangen, nicht aber bereits seit Ende Oktober 2007 und in Höhe von 7 Prozent.

Gegen dieses Urteil richten sich die form- und fristgerecht eingelegten wechselseitigen Berufungen der Parteien. Die Beklagten begehren mit ihrer Berufung jeweils eine vollumfängliche Klageabweisung, wohingegen der Kläger den erstinstanzlich abgewiesenen Zinsanspruch weiterverfolgt.

Die Beklagte zu 1) trägt im Wesentlichen vor: Das Landgericht sei zu Unrecht vom Bestehen eines Beratungsvertrages zwischen der Beklagten zu 1) einerseits und dem Kläger sowie dem Zedenten andererseits ausgegangen. Das Landgericht habe übersehen, dass in Kufstein neben der Gesellschafterversammlung auch eine Treugeberversammlung stattgefunden habe. Dabei habe der Beklagte zu 3) auch und gerade in seiner Eigenschaft als Vorstand der Treuhänderin agiert. Soweit die Beklagten zu 2) und 3) auf der Gesellschafterversammlung auch für die Beklagte zu 1) gehandelt hätten, habe die Beklagte zu 1) lediglich ersichtlich unternehmensbezogene Erklärungen für die O. – nicht aber im eigenen Namen – abgegeben. Die Annahme eines vertraglichen Rechtsbindungswillens mit der Vielzahl aller Gesellschafter gehe fehl, zumal es sich bei der Präsentation lediglich um eine Informationsunterlage für gesellschaftliche Anliegen der O. gehandelt habe und Referenten üblicherweise keine Haftung für die Richtigkeit ihrer Ausführungen übernähmen.

Aufgrund der auch aus dem Protokoll der Versammlung ersichtlichen Präzisierung der Angaben zur Finanzierung, dass nämlich für die Bankdarlehen derzeit die Volksbank H2, das Bankhaus H3 sowie die H4 „bereitstünden“, habe jeder Anleger davon ausgehen müssen, dass der in den Zeichnungsunterlagen gegebene Hinweis auf die Finanzierungszusage der Volksbank H2 habe konkretisiert und erläutert werden sollen, weshalb die Anleger nur von der bloßen Bereitschaft dieser Banken zur Finanzierung hätten ausgehen dürfen.

Im Übrigen hätten die Beklagten zu 2) und 3) durchaus von einer gesicherten Zusage ausgehen können. Der Zeuge K2 als für die Verhandlung zuständiger Mitarbeiter der Volksbank H2 habe seine Finanzierungsbereitschaft über ein Gesamtvolumen von rund 20 Millionen EUR mündlich erklärt, zur eigenen Absicherung aber noch die ihm kurzfristig zugesagte schriftliche Bestätigung des genossenschaftlichen Prüfungsverbandes abgewartet, dass vorliegend – wie von Mitarbeitern des Prüfungsverbandes zuvor mündlich erklärt – wegen der „Warenabsicherung in gleicher Währung und Höhe im eigenen Hause“ nicht das vom H5 bei Großkrediten vorgesehene Prüfungsverfahren eingehalten werden müsse. Diese dem Zeugen K. zugesagte schriftliche Bestätigung sei dann aber wider Erwarten ausgeblieben.

Soweit der Kläger den Vorwurf erhebe, die Beklagten zu 2) und 3) hätten angeblich pflichtwidrig gehandelt, als sie nach dem 2.12.2007 eine andere Finanzierung als die bei der in Kufstein durchgeführten Gesellschafterversammlung vorgestellte gewählt hätten, könne dies jedenfalls nicht der Beklagten zu 1) angelastet werden. Diese habe in keinem Beratungsverhältnis zu den Anlegern gestanden und sei deshalb – anders als die O. oder die U2 AG – auch nicht zur Aufklärung verpflichtet gewesen.

Letztlich habe das Landgericht dem Kläger zu Unrecht auch das Agio zugesprochen, da er durch einen Schadenersatzanspruch letztlich bestenfalls so gestellt werden könne, als habe er bei – in seinen Augen – ordnungsgemäßer Aufklärung das ihm am 2.12.2007 eingeräumte Rücktrittsrecht ausgeübt. In diesem unterstellten Fall hätte er das Agio aber auch nicht erhalten, da der Beklagte zu 3) zwar die Rückabwicklung der O.-Beteiligung angeboten habe, über die seitens der P. AG bereits verdiente Provision aber gar nicht habe verfügen dürfen.

Die Beklagten zu 2) und 3) schließen sich der Berufungsbegründung der Beklagten zu 1) unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens sinngemäß an. Sie gehen insbesondere davon aus, dass das von ihnen konzipierte Steuersparmodell letztlich – jedenfalls im Instanzenweg – erfolgreich sein und den Anlegern ganz erhebliche Steuervorteile beschere, die im Wege eines Vorteilsausgleichs zu berücksichtigen seien. Das Landgericht habe auch übersehen, dass man einer PowerPoint-Präsentation, die erkennbar lediglich der optischen Untermalung eines frei gehaltenen Vortrags gedient habe, inhaltlich nicht den verbindlichen Charakter eines Prospekts im Rechtssinne beimessen könne, zumal der Beklagte zu 3) während seines Vor-

trags am 2.12.2007 auch deutlich gemacht habe, dass es noch keinen verbindlichen schriftlichen Finanzierungsvertrag mit den Banken gebe.

(Anträge ...)

Der Kläger ist der Auffassung, er könne seit Ende Oktober 2007 eine – dazu auch noch siebenprozentige – Verzinsung des vom Landgericht zuerkannten Betrages verlangen. Der Kläger, der bereits zuvor Gelder in ähnliche – allerdings nach seinem Vortrag ebenfalls fehlgeschlagene – Steuersparmodelle investiert habe, hätte bei ordnungsgemäßer Aufklärung in „alternative Kapitalanlagen mit ebenfalls steuerbegünstigenden Effekten investiert“. Damit – etwa mit einem Investment in Photovoltaikprojekte oder mit dem Kauf einer Denkmalschuttimmoblie oder einem Investment „über einen gewissen Zeitraum in die staatlich geförderte Rürup-Rente“ – wären „jeweils Renditen mindestens in Höhe des beantragten Zinssatzes prognostiziert“ gewesen.

Im Übrigen verteidigt der Kläger das erstinstanzliche Urteil – soweit es zu seinen Gunsten ergangen ist – unter Wiederholung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vorbringens. Die Beklagte zu 1) sei in die gesamte Vorbereitung, Präsentation und Bewerbung des Projekts O. maßgeblich involviert gewesen und daher als „Initiatorin“ zu erachten, die durch die Erstellung und Präsentation der Unterlagen als eigenständiger Vertragspartner gegenüber den Anlegern aufgetreten sei. Da die Beklagte zu 1) – wie auch durch die ähnliche Aufmachung des Briefpapiers dokumentiert werde – gegenüber den Anlegern immer ihre enge Verbundenheit zur U. AG und zur Vermittlerin P. AG in den Vordergrund gestellt habe, hafte sie – jedenfalls „höchst hilfsweise“ – auch unter dem Aspekt einer „konzernrechtlichen Vertrauenshaftung“ für Pflichtverletzungen der Treuhänderin gegenüber den Anlegern. „Höchst hilfsweise“ hafte die Beklagte zu 1) dem Kläger auch nach den Grundsätzen eines Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter.

Die Beklagten hätten entgegen ihrem Vorbringen schon deshalb nicht mehr auf eine gesicherte Finanzierung vertrauen dürfen, weil die Volksbank H2 anlässlich einer am 29.11.2007 durchgeführten Besprechung im Beisein des Beklagten zu 3) sowie des Sozietätsmitglieds C3 der Beklagten zu 1) klargestellt habe, dass lediglich eine Kreditvergabe in Höhe von 6 Millionen EUR erfolgen werde. Der von den Beklagten benannte Zeuge K2 hingegen dürfe über Kredite in einer Größenordnung von gut 18 Millionen EUR gar keine Zusagen abgeben. Dennoch sei auch in Kufstein am 2.12.2007 noch behauptet worden, es liege eine Finanzierungszusage der Volksbank H2 über 18,9 Millionen EUR vor, ohne dass „von einer vagen Inaussichtstellung oder Ähnlichem gesprochen“ worden wäre. Sowohl der Kläger als auch der Zedent hätten bei Kenntnis der wahren Sachlage dem „D.-Konzept“ nicht zugestimmt.

Im Übrigen hafteten die Beklagten auch aus Delikt. Der – schon erstinstanzlich erhobene – Vorwurf, dass die Beklagten zu 2) und 3) den Kläger bzw. den Zedenten vorsätzlich sittenwidrig geschädigt hätten, werde durch den an die

Staatsanwaltschaft Bielefeld zum Aktenzeichen 6 Js 166/09 gerichteten und in Ablichtung zur Akte gereichten Ermittlungsbericht der Steuerfahndung C2 vom 4.7.2011 untermauert. Die Beklagten hätten nämlich bereits im September 2007 den Wechsel der Handelsware von Edelmetall zu Dn geplant. Sie hätten dabei gewusst, dass die D. GmbH bislang nur wenige Geräte verkauft habe und zu größeren Lieferungen in der mit der O. vereinbarten Zahl im Jahr 2007 nicht in der Lage gewesen sei, so dass die O. eine „nicht betrieblich veranlasste Anzahlung“ würde leisten müssen. Dennoch seien noch im Oktober ohne Offenlegung der anderen Planungen an die Anleger Vertragsunterlagen hinsichtlich des im Juni 2007 zunächst angedachten Edelmetallhandels geschickt worden. Erst mit Schreiben vom 19.11.2007 seien die Anleger dann – allerdings ohne nähere Konkretisierung – über einen geplanten Wechsel der Handelsware informiert worden. Die Beklagten zu 2) und 3) hätten – handelnd für die Beklagte zu 1) – die Anleger getäuscht, um deren Zustimmung zu erhalten. Dabei hätten die Beklagten zu 2) und 3) in persönlicher Bereicherungsabsicht gehandelt und überdies die Tatbestände des Kapitalanlagebetrugs (§ 264a StGB) sowie des Betrugs (§ 263 StGB) verwirklicht.

Außerdem ergebe sich eine Haftung der Beklagten auch „nach den Grundsätzen der Prospekthaftung“. Ein Auftrag der O. zur Erstellung der als Zeichnungsunterlage betitelten PowerPoint-Präsentation habe nicht vorgelegen. Eigentliche Gestalter und Initiatoren der O. seien die Beklagten zu 2) und 3) gewesen. Deshalb hafteten sie für „typisiertes Vertrauen“. Die Anleger seien weder über die genaue Finanzierung noch über die personellen und wirtschaftlichen Verflechtungen der Beklagten mit den Geschäftspartnern O. und D. GmbH sowie über das persönliche Profitinteresse der Beklagten zu 2) und 3) hinreichend aufgeklärt worden.

Die Berufung der Beklagten ist – worauf der Senatsvorsitzende bei der ausführlichen Erörterung der Sach- und Rechtslage in der mündlichen Verhandlung eingehend hingewiesen hat – begründet. Die Berufung des Klägers hingegen hat keinen Erfolg. ■

Aus den Gründen:

I. Entgegen der Auffassung des Landgerichts bestehen zur Überzeugung des Senats für den Kläger weder aus eigenem noch aus abgetretenem Recht vertragliche Ansprüche gegenüber der Beklagten zu 1), für die auch die Beklagten zu 2) und 3) als damalige Gesellschafter der Beklagten zu 1) jedenfalls akzessorisch haften würden.

1. Auf der am 2.12.2007 in Kufstein durchgeführten Gesellschafter- und Treugeberversammlung der O. – an der wie erwähnt der Kläger und der Zedent gar nicht teilgenommen haben – wurde weder ausdrücklich noch **stillschweigend ein Auskunfts- oder Beratungsvertrag** zwischen der Beklagten zu 1) und den jeweiligen Anlegern und Treugebern geschlossen. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass der Gesellschafter C3 der Beklagten zu 1) auf dieser Versammlung das Protokoll führte und die Beklagten zu 2) und 3) den Anlegern im Rahmen eines Vortrags ein neues Anlagekonzept vorstellten und unter Verwendung einer von ihnen erstellten,

auf jeder Seite mit dem Sozietätslogo versehenen Vortragsunterlage erläuterten.

a) Ob die von den Beklagten zu 2) und 3) sowie vom Sozius C3 in Kufstein entfalteten Tätigkeiten aus der insoweit maßgeblichen Empfängersicht den Rechtsbindungswillen zum Ausdruck brachten, wenigstens konkludent Auskunfts- oder Beratungsverträge gerade zwischen den einzelnen Anlegern und der Beklagten zu 1) abschließen zu wollen, beurteilt sich nach **allgemeinen Auslegungskriterien. Dabei ist zunächst im Rahmen der Auslegung empfangsbedürftiger Willenserklärungen darauf abzustellen, welche Erklärungsbedeutung der Empfänger dem Verhalten des Erklärenden unter Berücksichtigung der Gesamtumstände nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte beimessen darf** (vgl. nur Palandt/Ellenberger, BGB 71. Aufl. 2012, § 133 Rdnr. 9 m.w.N.). Darüber hinaus ist nach gefestigter ständiger Rechtsprechung für den stillschweigenden Abschluss eines Auskunfts- oder Beratungsvertrages entscheidend darauf abzustellen, ob die Gesamtumstände unter Berücksichtigung der Verkehrsauffassung und des Verkehrsbedürfnisses den Rückschluss zulassen, dass beide Teile nach dem objektiven Inhalt ihrer Erklärungen Auskunft oder Rat zum Gegenstand vertraglicher Rechte und Pflichten gemacht haben (BGH, WM 1973, 141, 143; BGH, WM 1978, 576, 577; BGH, WM 1985, 1531, 1532; BGH, WM 2009, 369, Tz. 11).

b) Die Beklagten zu 2) und 3) führten den Geschäftsbereich „Wirtschaftsprüfung und Steuerberatung“ der Beklagten zu 1) und betreuten dabei in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter der Beklagten zu 1) die O. Der Beklagte zu 3) fungierte zugleich als Vorstandsmitglied der U2 AG, über die sich sämtliche anwesenden Anleger mittelbar als Treuhandkommanditisten an der O. beteiligt hatten. Außerdem waren die Beklagten zu 2) und 3) Mitglieder des Aufsichtsrats der P. AG, die mit dem Vertrieb der O.-Beteiligungen befasst war.

Unterstellt man nun einmal trotz der Mehrschichtigkeit der vorstehend dargestellten Tätigkeitsfelder zugunsten des Klägers, dass die Beklagten zu 2) und 3) bei der Erläuterung des neuen Anlagekonzepts – wofür insbesondere die Verwendung des Sozietätslogos auf der von ihnen erstellten Vortragsunterlage spricht – in ihrer Eigenschaft als Sozien der Beklagten zu 1) handelten, so lassen sich daraus allein keine hinreichenden Rückschlüsse darauf ziehen, die Beklagte zu 1) habe dieserhalb Vertragspartner eines gerade mit den Anlegern abzuschließenden Beratungsvertrages werden sollen.

Die Versammlung in Kufstein diene ganz überwiegend den gesellschaftlichen Anliegen der O. Die Treugeber hatten über das neue, ihnen dort präsentierte Anlagekonzept der Gesellschaft O. zu beraten und zu befinden. Die O. war Mandantin der Beklagten zu 1), deren sie betreuenden Gesellschaftern die Aufgabe zukam, im Rahmen der Gesellschafter- und Treugeberversammlung ein durch eine so genannte PowerPoint-Präsentation unterlegtes Fachreferat zu halten. Inhalt des Referats waren schwerpunktmäßig unternehmensbezogene Gesichtspunkte. Auch und gerade in Ansehung

der Unternehmensbezogenheit des Vortragsthemas war der Wille der Beteiligten zur Überzeugung des Senats gerade nicht darauf gerichtet, die Beklagte zu 1) zum Partner von Beratungsverträgen mit den jeweiligen Anlegern zu machen. **Die Annahme, in einer Gesellschafterversammlung sei der Wille der Gesellschafter darauf gerichtet, mit Beratern der Gesellschaft oder mit für gesellschaftliche Anliegen engagierten Referenten eigenständige Auskunfts- und Beratungsverträge abzuschließen, erachtet der Senat ohne das Hinzutreten besonderer – hier nicht ersichtlicher – Umstände für lebensfern. Gleiches gilt für die Annahme, aufseiten der Beklagten habe unter Berücksichtigung der Gesamtumstände des hier zu beurteilenden Falles der Rechtsbindungswille bestanden, jeweils Auskunfts- bzw. Beratungsverträge mit den einzelnen Anlegern zu schließen.**

Dabei kommt noch – ohne dass dies allerdings entscheidungserheblich wäre – hinzu, dass offenbar weder der Kläger noch der Zedent oder – soweit ersichtlich – irgendein anderer beteiligter Anleger davon ausgegangen ist, insoweit persönlich eine **Vergütung** für Auskunfts- und Beratungsleistungen an die Beklagte zu 1) oder die Beklagten zu 2) und 3) entrichten zu müssen.

c) Auch belastbare Anhaltspunkte für die Annahme, aus der Protokollführung durch den Sozius C3 der Beklagten zu 1) ließen sich nach den Umständen hinreichende Rückschlüsse für das Zustandekommen eines Auskunfts- oder Beratungsvertrages zwischen dem Kläger bzw. dem Zedenten und der Beklagten zu 1) ziehen, sind weder vorgetragen noch ersichtlich.

2. Nichts anderes gilt, soweit die Beklagten zu 2) und 3) im unmittelbaren Vorfeld der Versammlung in Kufstein – etwa durch Übermittlung der mit der Überschrift „Zeichnungsunterlagen O.“ versehenen Vortragsunterlage an den Kläger und/oder den Zedenten sowie deren fernmündliche Präsentation – Tätigkeiten entfaltet haben.

Für den Kläger und den Zedenten war es zur Überzeugung des Senats offensichtlich, dass es sich bei den übermittelten Unterlagen um eine PowerPoint-Präsentation handelte, die zur Unterlegung eines noch mündlich zu haltenden Vortrags im Rahmen der in Kufstein durchzuführenden Versammlung der Anleger und Treugeber diene. Der Kläger hat selbst mit Schriftsatz vom 4.3.2011 vorgetragen, ihm und dem Zedenten seien die Unterlagen „telefonisch präsentiert“ sowie per E-Mail zugesandt worden, so dass sie beide von dem neuen Konzept überzeugt gewesen seien und von einer Teilnahme in Kufstein Abstand genommen hätten.

Auf Nachfrage im Verhandlungstermin vor dem Senat hat der Kläger den schriftsätzlichen Vortrag seiner Prozessbevollmächtigten dahingehend ergänzt, er habe im Oktober (2007) einen Brief von der Vermittlerin – der P. AG – erhalten, in dem es um den Austausch der Handelsware gegangen sei. Wegen dieses Briefs hätten er und der Zedent sodann Kontakt zur P. AG aufgenommen. Die P. AG habe sie dann an die Beklagten verwiesen. Er habe „primär mit Herrn X (dem Beklagten zu 2) Kontakt gehabt und mit ihm nach dem

19.11. telefoniert“. Ihnen sei dann während einer Telefonkonferenz vom Beklagten zu 2) „per Bildschirm die Präsentation gezeigt und erläutert“ worden. Sie hätten allgemeine Fragen zu der Präsentation gehabt. Der Beklagte zu 2) habe die Sache als interessantes und attraktives Investment mit überschaubarem Risiko dargestellt. Wenn alles laufe, bekomme man die Einlage quasi schon nach ein bis zwei Jahren zurück. Die restlichen 80 Prozent hätten von der Volksbank H2 kommen sollen, die bereits gut 18 Millionen EUR zugesagt habe. Überdies stünden auch noch zwei weitere Banken für eine Finanzierung bereit. Die Telefonkonferenz sei auch vor dem Hintergrund erfolgt, dass ihm und dem Zedenten eine Teilnahmemöglichkeit an der Versammlung in Kufstein ungewiss erschienen sei. Seine Ehefrau sei zum Zeitpunkt der Versammlung in Kufstein hoch schwanger gewesen, weshalb er sich nur sehr ungern nach Österreich habe begeben wollen. Außerdem sei der Zedent X2 damals krank gewesen.

Dass im Hinblick auf den Abschluss eines etwaigen Auskunfts- oder Beratungsvertrages zwischen dem Kläger bzw. Zedenten und der Beklagten zu 1) im Vorfeld der Versammlung in Kufstein rechtsgeschäftliche Erklärungen erfolgt wären, die in entscheidungserheblicher Art und Weise über die in Kufstein entfalteten Handlungen und Tätigkeiten hinausgegangen wären und eine vertragliche Haftung der Beklagten zu 1) begründen könnten, ist unter Berücksichtigung der vorstehenden Prämissen weder vorgetragen noch ersichtlich.

II. Auch unter dem „höchst hilfsweise“ verfolgten Gesichtspunkt eines **Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter** hat das Begehren des Klägers zur Überzeugung des Senats keinen Erfolg.

1. Neben dem gesetzlich in § 328 BGB geregelten Vertrag zugunsten Dritter, bei dem ein Dritter unmittelbar das Recht erwirbt, die Leistung zu fordern, hat die Rechtsprechung den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter herausgebildet, bei dem der Anspruch auf die geschuldete Hauptleistung allein dem Gläubiger zusteht, der Dritte jedoch in der Weise in die **vertraglichen Sorgfalts- und Obhutspflichten**, aber auch Hauptleistungspflichten, einbezogen ist, dass er bei deren Verletzung vertragliche Schadenersatzansprüche geltend machen kann. So können etwa nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs – unter bestimmten, im Folgenden noch näher darzulegenden Umständen – insbesondere **Personen, die über eine besondere, vom Staat anerkannte Sachkunde verfügen und in dieser Eigenschaft ein Gutachten oder eine gutachterliche Äußerung abgeben, wie etwa öffentlich bestellte und vereidigte Sachverständige, Wirtschaftsprüfer oder Steuerberater, Dritten haften, denen gegenüber der Auftraggeber von dem Gutachten bestimmungsgemäßen Gebrauch gemacht hat** (BGHZ 145, 187, 197; BGH, WM 2004, 1869, Tz. 17).

Dabei muss – dem Kriterium der Leistungsnähe Rechnung tragend – (erstens) **der Dritte bestimmungsgemäß mit der Leistung in Berührung kommen** und den Gefahren von Pflichtverletzungen ebenso ausgesetzt sein wie der Gläubiger

selbst. Zum anderen muss (zweitens) ein hinreichendes **Einbeziehungsinteresse** gegeben sein, welches anzunehmen ist, wenn der Gläubiger (a) für das „Wohl und Wehe“ des Dritten mitverantwortlich ist und ihm Schutz und Fürsorge schuldet oder aber (b) 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 soll. Überdies (drittens) setzt eine Haftung des Schuldners voraus, dass er die Drittbezogenheit der Leistung und die Gläubigernähe des Dritten erkennen kann. Letztlich (viertens) muss der Dritte auch hinreichend schutzbedürftig sein (vgl. Palandt/Grüneberg, 71. Aufl. 2012, § 328 Rdnr. 17, 18 m.w.N.).

2. Jedenfalls am letztgenannten Gesichtspunkt der **Schutzbedürftigkeit** scheitern etwaige Ansprüche des Klägers.

An der Ausdehnung des Vertragsschutzes muss nämlich nach Treu und Glauben ein Bedürfnis bestehen, weil der Dritte anderenfalls nicht ausreichend geschützt wäre. **Deshalb ist ein zusätzlicher Drittschutz nach allgemeiner Auffassung ausgeschlossen, wenn der Dritte wegen des Sachverhalts, aus dem er seinen Anspruch herleitet, einen inhalts-gleichen oder jedenfalls gleichwertigen vertraglichen Anspruch gegen den Gläubiger oder einen anderen hat** (BGHZ 70, 327, 330; BGHZ 129, 136, 169; MünchKomm/BGB-Gottwald, 5. Aufl. 2007, § 328 Rdnr. 127; Staudinger/Jagmann, BGB, Neubearbeitung 2009, § 328 Rdnr. 106 m.w.N.).

So liegen die Dinge auch hier. Der Kläger und der Zedent hätten – bei Unterstellung des Klagevortrags als zutreffend – gegenüber der U2 AG wegen **Verletzung von Pflichten aus dem Treuhandvertrag**, insbesondere aber gegenüber der O. aufgrund der Verletzung gesellschaftsvertraglicher Treuepflichten Ansprüche, die jedenfalls mit den nun gegenüber den Beklagten verfolgten Ansprüchen gleichwertig wären. **Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass diese Ansprüche mittlerweile aus wirtschaftlichen Gründen wegen fehlender Leistungsfähigkeit des Schuldners vollstreckungsrechtlich möglicherweise nicht mehr – jedenfalls aber wohl nicht mehr in voller Höhe – durchsetzbar wären** (BGH, NJW 2004, 3630, 3632; OLG Naumburg, IBR 2008, 340).

III. Auch eine Haftung der Beklagten aus **§ 311 Abs. 3 BGB** bzw. aus culpa in contrahendo in Verbindung mit den gewohnheitsrechtlich anerkannten Fallgruppen einer ausnahmsweisen **Eigenhaftung eines Vertreters** scheidet vorliegend aus.

1. Eine solche Haftung kommt – da grundsätzlich allein die Partner eines angebahnten Vertrages aus culpa in contrahendo in Anspruch genommen werden können und Vertreter im Regelfall lediglich unter deliktischen Gesichtspunkten haften – nur ausnahmsweise in Betracht, **wenn (a) der Vertreter am Vertragsschluss ein unmittelbares eigenes wirtschaftliches Interesse hat oder wenn er (b) besonderes persönliches Vertrauen in Anspruch genommen und hierdurch die Vertragsverhandlungen oder den Vertragsschluss erheblich**

beeinflusst hat (Palandt/Grüneberg, BGB, 71. Aufl. 2012, § 311 Rdnr. 60 m.w.N.; MünchKomm/BGB-Schramm, 6. Aufl. 2012, § 164 Rdnr. 11).

2. Eine solche Eigenhaftung Dritter wegen eines eigenen wirtschaftlichen Interesses an dem Geschäft wird nach mittlerweile gefestigter Auffassung in Rechtsprechung und Schrifttum nur dann bejaht, wenn der Dritte bei den Verhandlungen im Grunde in eigener Sache tätig wird, weil er etwa von vornherein die Absicht hat, die Gegenleistung des anderen Teils nicht ordnungsgemäß an den Vertretenen weiterzuleiten, sondern für eigene Zwecke zu verwenden. **Der Vertreter muss insoweit quasi als eigentlicher Vertragspartner, als wirtschaftlicher Herr des Geschäfts oder als eigentlicher wirtschaftlicher Interessenträger anzusehen sein. Ein bloß mittelbares wirtschaftliches Interesse an dem Geschäft, etwa in Gestalt von Provisionen oder Gewinnen der vertretenen Gesellschaft, reicht dagegen nicht aus** (vgl. BGHZ 19, 136, 170; BGH, NJW-RR 1989, 110, 111; BGH, NJW 2002, 1309; BGH, NJW-RR 2006, 993, 994; Palandt/Grüneberg, a.a.O., Rdnr. 61 m.w.N.; MünchKomm/BGB-Emmerich, 5. Aufl. 2007, § 311 Rdnr. 242).

Unter den vorstehend dargelegten Prämissen sind die Voraussetzungen einer Eigenhaftung wegen eigenen wirtschaftlichen Interesses auf der Beklagtenseite selbst dann nicht gegeben, wenn man zugunsten des Klägers unterstellt, die Beklagten zu 2) und 3) hätten schon seinerzeit fest eine spätere Beteiligung an der Firma D. mit jeweils knapp 5 % Prozent des Stammkapitals ins Auge gefasst. Der Bundesgerichtshof hat nämlich das Interesse eines Gesellschafters an „seiner“ Gesellschaft selbst dann als unzureichend angesehen, wenn der handelnde Vertreter über eine maßgebende oder beherrschende Beteiligung an der vertretenen Gesellschaft verfügt; auch in einem solchen Falle werden noch zusätzliche – hier nicht gegebene – Umstände verlangt, um die Annahme zu rechtfertigen, es liege ein Handeln „gleichsam in eigener Sache“ vor (BGH, WM 1985, 1526, 1528; BGH, NJW-RR 1989, 110, 111).

3. Eine Eigenhaftung wegen der **Inanspruchnahme besonderen persönlichen Vertrauens** kommt nur dann in Betracht, wenn der Vertreter unter Hinweis auf seine besondere Sachkunde oder Zuverlässigkeit dem anderen Teil eine **zusätzliche persönliche Gewähr für das Gelingen des Geschäfts** gibt, so dass der andere Teil in ihm geradezu den „Garanten der Vertragsdurchführung“ selbst für den Fall sieht, dass der eigentliche Vertragspartner sich nicht als vertrauenswürdig erweist. Es muss sich insoweit – anders formuliert – im Grunde um Fallgestaltungen „im Vorfeld“ einer echten vertraglichen Garantie handeln (MünchKomm/BGB-Emmerich, 5. Aufl. 2007, § 311 Rdnr. 241 f m.w.N.).

Auch diese Voraussetzungen sieht der erkennende Senat im vorliegend zu beurteilenden Fall nicht als erfüllt an. Belastbare Anhaltspunkte dafür, dass die Beklagten als Garant der Vertragsdurchführung im Sinne einer zusätzlichen persönlichen Gewährübernahme selbst für den Fall eintreten wollten, dass die eigentlichen Vertragspartner – hier die Treuhandgesellschaft und die O. – sich nicht als vertrauenswürdig

erweisen sollten, lassen sich nicht feststellen. **Der Hinweis auf eine besondere persönliche Sachkunde, eine langjährige Geschäftsbeziehung oder das Auftreten als ausgewiesener Fachmann reichen dieserhalb nicht aus** (BGH, NJW 1990, 506; BGH, NJW-RR 92, 605; BGH, NJW 1994, 197).

IV. Anhaltspunkte dafür, die Klage könne unter dem Gesichtspunkt einer wie auch immer gearteten „konzernrechtlichen Vertrauenshaftung“ begründet sein, vermag der Senat unter Berücksichtigung derjenigen Tatsachen, die er gemäß § 529 ZPO seiner Verhandlung und Entscheidung zugrunde zu legen hat, nicht festzustellen

V. Im Hinblick auf die vom Kläger reklamierten Ansprüche „nach den Grundsätzen der Prospekthaftung“ bleibt das Klagebegehren ebenfalls ohne Erfolg.

1. Dabei kann dahinstehen, ob die Beklagten – was bereits zweifelhaft erscheint – überhaupt als etwaige Prospektverantwortliche in Betracht kämen. Denn nach den in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen kommen als Prospektverantwortliche (nur) die Initiatoren, Gründer und Gestalter einer Gesellschaft, sofern sie das Management bilden oder beherrschen (BGHZ 79, 337, 340 ff; BGHZ 115, 213, 217 f; BGHZ 123, 106, 109 f; BGH, WM 2010, 262, Tz. 21) sowie diejenigen Personen in Betracht, die hinter der Gesellschaft stehen und auf ihr Geschäftsgebahren oder die Gestaltung des konkreten Modells besonderen Einfluss ausüben und deshalb Mitverantwortung tragen (BGHZ 158, 110, 115; BGH, WM 2010, 262, a.a.O.).

2. Der Anwendungsbereich einer Prospekthaftung ist im vorliegend zu beurteilenden Sachverhalt nämlich – unabhängig von der Frage nach etwaigen Prospektverantwortlichen – bereits im Grundsatz nicht eröffnet.

a) Die mittelbare Treuhandkommanditistenbeteiligung des Klägers und des Zedenten an der O. sowie die auf der Gesellschafter- und Treugeberversammlung in Kufstein gefassten Beschlüsse stehen in keinem Zusammenhang mit einem Wertpapier i.S.d. §§ 1 und 2 Nr. 1 bis 3 WpPG. Ebenso wenig ging es um den Erwerb eines aufgrund eines Prospekts zum Börsenhandel zugelassenen Wertpapiers i.S.d. § 44 BörsG. Ansprüche nach dem WpPG in Verbindung mit dem BörsG kommen aus diesem Grund nicht in Betracht.

b) Auch auf der Grundlage des Verkaufsprospektgesetzes (VerkProspG) vermag der Senat keine Ansprüche zu erkennen.

Zwar haben der Kläger und der Zedent einen nicht in Wertpapieren im Sinne des Wertpapierprospektgesetzes verbrieften „Anteil“ i.S.d. § 8f VerkProspG erworben. Gleichwohl sind aber die Voraussetzungen einer Haftung nach dem VerkProspG nicht schlüssig dargelegt. Denn bei der dem Kläger und dem Zedenten vorab telefonisch erläuterten, per E-Mail übersandten und einer PowerPoint-Präsentation dienenden Vortragsunterlage handelte es sich weder um einen Prospekt im Sinne des Wertpapierprospektgesetzes noch um einen Verkaufsprospekt i.S.d. § 13 VerkProspG.

c) Weitere prospekthaftungsrechtliche Anspruchsgrundlagen sind nicht ersichtlich. **Dabei ist noch zusätzlich zu beachten, dass nach herrschender Auffassung für alle unter § 8f Abs. 1 VerkProspG fallenden Anlagen Ansprüche aus der von der Rechtsprechung entwickelten so genannten „bürgerlichrechtlichen Prospekthaftung“ nach Sinn und Zweck der jetzt sehr weitgehend geregelten gesetzlichen Prospekthaftung ausgeschlossen sind** (Palandt/Grüneberg, BGB, 71. Aufl. 2012, § 311 Rdnr. 68 m.w.N.).

VI. Letztlich vermag sich der Kläger mit Erfolg auch nicht auf etwaige deliktische Ansprüche zu stützen.

1. Ansprüche aus den §§ 823 Abs. 2 BGB, 263 StGB hat der Kläger zur Überzeugung des Senats nicht schlüssig dargelegt.

Der Betrugstatbestand hat insgesamt vier objektive Merkmale, die untereinander in der Weise verknüpft sein müssen, dass jedes jeweils die Ursache des nächstfolgenden ist. Es sind dies die Täuschungshandlung des Täters, der Irrtum des Getäuschten, die durch diesen Irrtum veranlasste Vermögensverfügung des Getäuschten und der dadurch bewirkte Vermögensschaden. Subjektives Tatbestandsmerkmal ist die Absicht, sich oder einem Dritten aus der Schädigung – und zwar nach allgemeiner Meinung stoffgleich – einen Vermögensvorteil zu verschaffen, wobei der erstrebte Vermögensvorteil objektiv rechtswidrig sein muss.

Bezogen auf die gegenüber den Beklagten erhobenen Vorwürfe gilt insoweit Folgendes:

a) Dass die Beklagten zu 2) und 3) „im September 2007“ einen Alternativplan entwickelten, der einen Wechsel „von Edelmetallen zu D. Systemen“ zum Inhalt hatte, stellt keine Täuschung – und erst recht keine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung – dar. Abgesehen davon, dass der Alternativplan gerade offen zur Abstimmung gestellt werden sollte und auch wurde, ist es die ureigenste Aufgabe von Beratern eines Unternehmens, frühzeitig und dem üblichen Zeitverlauf gesellschaftlicher Abstimmungsprozesse Rechnung tragend etwaige Handlungsalternativen aufzuzeigen.

b) Dass die D. GmbH bislang erst rund 100 Systeme verkauft hatte und eine Lieferung der noch zu bestellenden Zahl nicht mehr im Jahr 2007 würde erfolgen können, war kein Geheimnis und wurde offen auf der Gesellschafterversammlung erörtert. Eine Täuschung scheidet auch dieserhalb aus.

c) Dass die Finanzbehörden die Anzahlung auf demnächst zu liefernde D.-Systeme als „nicht betrieblich veranlasst“ und damit als steuerschädlich ansehen würden, haben die Beklagten, von denen sich der Senat im Verlauf der mehrstündigen Verhandlung ein eigenes Bild verschaffen konnte, zur tatrichterlichen Überzeugung des Senats gerade nicht gewollt. Sie haben alle Treugeber im Übrigen ausdrücklich auf das Risiko hingewiesen, dass die Finanzbehörden hier wahrscheinlich eine Position vertreten würden, die es erforderlich machte, die streitigen Rechtsauffassungen gerichtlich klären zu lassen.

d) Dass die Anleger „erst mit Schreiben vom 19.11.2007 über einen geplanten Wechsel (der Handelsware) informiert“ wurden, stellt ebenfalls keine Täuschung dar. Alle Ladungsfristen waren gewahrt. Eine Rechtspflicht zur früheren Erteilung detaillierterer Planungsstände vermag der Senat nicht zu erkennen.

e) Möglicherweise haben die Beklagten zu 2) und 3) – auf der Grundlage des Klagevorbringens – darüber getäuscht, dass die Finanzierungszusage der Volksbank H2 nicht in Höhe eines Betrages von rund 18 Millionen EUR, sondern lediglich in Höhe eines Betrages von 6 Millionen EUR „stand“ und dass die Finanzierung deshalb insgesamt gefährdet war oder zu scheitern drohte.

aa) Schon dies erscheint allerdings – was letztlich aber dahinstehen kann – zweifelhaft, weil ausweislich des offenbar von allen Treugebern konkludent genehmigten Protokolls der Versammlung vom 2.12.2007 in Kufstein gerade darauf hingewiesen worden war, für den Finanzierungsrahmen stünden „derzeit“ die H4, die Volksbank H2 und das Bankhaus H3 „bereit“. Eine solche – vom Protokoll belegte – Aussage stellt ein nicht unerhebliches Indiz gegen eine Täuschungsabsicht dar. Denn jedem aufmerksamen Teilnehmer hätte es bei dieser Formulierung eigentlich auffallen müssen, dass eine derzeitige Finanzierungsbereitschaft von gleich drei Instituten eben keine verbindliche Zusage zur Deckung des vollen Finanzierungsrahmens durch nur ein Institut darstellt.

bb) Unterstellt man hier einmal zugunsten des Klägers eine Täuschung über die Finanzierungsmodalitäten und insbesondere eine Zusage der Volksbank H2, die einen Irrtum des Klägers und des Zedenten hervorgerufen hätte, so könnte die durch Täuschung und Irrtum veranlasste Vermögensverfügung darin liegen, dass Kläger und Zedent (a) in der Gesellschafterversammlung durch ihren Vertreter die Zustimmung zum geänderten Geschäftsmodell haben erteilen lassen und (b) das ihnen eingeräumte Rückabwicklungsrecht haben verstreichen lassen.

cc) Ein den Betrugsvorwurf rechtfertigender (unmittelbarer) Vermögensschaden – wobei unter Umständen auch eine Vermögensgefährdung als Vermögensschaden angesehen werden kann, wenn sie nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise bereits eine konkrete Verschlechterung der Vermögenslage darstellt – könnte in der fehlenden Geltendmachung von Rückabwicklungsansprüchen oder etwa darin liegen, dass unter Umständen die Mehrheit der Anleger bei nach Vorstellung des Klägers ordnungsgemäßer Aufklärung ihre Rechte aus dem ursprünglich geplanten Geschäftsmodell verfolgt hätte, sofern dieses, was zweifelhaft erscheint, überhaupt noch zur Anwendung gelangt wäre.

dd) Indes vermag der Senat nicht zu erkennen, inwiefern hier den Beklagten oder einem Dritten ein **stoffgleicher** Vermögensvorteil verschafft werden sollte, der zudem auch noch objektiv rechtswidrig erstrebt worden sein müsste.

Der Vorteil späterer etwaiger Gewinnbeteiligungen der Beklagten aus der bloß avisierten und rechtlich noch gar nicht gesicherten Gesellschaftsbeteiligung an der D. GmbH oder auf Provisionszahlungen aus noch gar nicht erfolgten Geschäften wäre zur Überzeugung des Senats nicht als stoffgleicher Vermögensvorteil anzusehen. Etwaige Geschäfte der O. mit späteren Vertragspartnern würden überdies jedenfalls keine objektiv rechtswidrigen Vermögensvorteile zur Folge haben.

ee) Unabhängig von der vorstehenden Erwägung scheitert eine deliktische Haftung wegen Betrugs zur tatrichterlichen Überzeugung des Senats aber jedenfalls auch daran, dass die Beklagten zu 2) und 3) den subjektiven Tatbestand nicht verwirklicht haben. Der Senat hat die tatrichterliche Überzeugung gewonnen, dass die Beklagten zu 2) und 3) jedenfalls bis zum Zeitpunkt der Versammlung in Kufstein an den Erfolg ihres Modells geglaubt haben. Die Beklagten haben an diesem Modell – auch und gerade um den Anlegern immense Steuervorteile zu sichern – festgehalten, obwohl für sie „Plan B“ wegen der durch sie selbst erforderlichen Darlehensaufnahme in Millionenhöhe mit ganz erheblichen Haftungsrisiken verbunden war. Das mag in erheblicher Weise sorgfaltspflichtwidrig gewesen sein und zur Haftung der Treuhänderin und der O. geführt haben. Einen Vorsatz i.S.v. § 263 StGB oder gar i.S.v. § 826 BGB kann dieses Verhalten ohne das Hinzutreten weiterer – hier nicht ersichtlicher – Umstände aber nicht begründen.

f) Ein Betrug durch Unterlassen einer späteren – nach Kenntnis des Scheiterns der ursprünglich angedachten Finanzierung durchaus möglichen – Aufklärung der Anleger kommt zur Überzeugung des Senats ebenfalls nicht in Betracht. Die Beklagten hatten – anders als möglicherweise die O. und die Treuhänderin – bereits keine Garantstellung. Außerdem gelten auch hier die vorstehend genannten Gesichtspunkte im Hinblick auf die Stoffgleichheit, die Rechtswidrigkeit des erstrebten Vermögensvorteils und den Vorsatz.

2. Eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung i.S.v. § 826 BGB vermag der Senat unter Berücksichtigung der vorstehend skizzierten Prämissen ebenfalls nicht festzustellen.

3. Letztlich vermag der Senat auch keine Haftung unter dem Gesichtspunkt eines Kapitalanlagebetrugs aus §§ 823 Abs. 2 BGB, 264 a StBG festzustellen.

a) Eine Darstellung oder Übersicht über den Vermögensstand i.S.d. § 264a StGB liegt nicht vor. Zu bejahen wäre allenfalls – was wegen des strafrechtlich weiteren Begriffs (vgl. *Schönke/Schröder/Cramer/Perron, StGB, 28. Aufl. 2010, § 264a Rdnr. 18 f*) zugunsten des Klägers einmal unterstellt werden soll – das Vorliegen eines Prospekts.

b) Ein solcher Prospekt wäre aber nicht im Gesetzessinne einem größeren Kreis von Personen gegenüber verwendet worden, was eine solch große Zahl potenzieller Anleger voraussetzt, dass deren Individualität gegenüber dem sie zu einem Kreis verbindenden potenziell gleichen Interesse an

der Kapitalanlage zurücktritt (Fischer, StBG, 57. Aufl. 2010, § 264a Rdnr. 17; Schönke/Schröder, a.a.O., Rdnr. 33).

Nach Sinn und Zweck des Gesetzes soll der Tatbestand die systematisch betriebene Einwirkung auf eine Vielzahl von Einzelpersonen umfassen, wie zum Beispiel die Werbung durch eine Prospektverteilung von Tür zu Tür, Informationen über das Internet oder durch die massenweise Versendung von E-Mails. Die Norm ist aber jedenfalls nicht anwendbar, wenn gezielt nur einige wenige Anleger angesprochen werden, um diesen potenziellen Anlegern maßgeschneiderte, speziell auf sie zugeschnittene Angebote zu unterbreiten (MünchKomm-StGB/Wohlers, 1. Aufl. 2006, § 264a Rdnr. 55 m.w.N.).

So liegen die Dinge zur Überzeugung des Senats auch hier. Der Kreis der Anleger war sehr überschaubar. Soweit aus den vor dem Senat noch anhängigen und den bereits vergleichsweise erledigten Parallelverfahren ersichtlich haben alle Anleger vorgetragen, zu den Beklagten zu 2) und 3) schon vor der Zeichnung in besonderer Weise Vertrauen aufgebaut zu haben. Das Steuersparmodell war ersichtlich individuell exakt auf die zu erwartende Steuerschuld eines jeden einzelnen Treugebers zugeschnitten. Aus diesem Grund ist ein Kapitalanlagebetrug schon tatbestandsmäßig nicht erfüllt. (...) ■

Anwaltshaftung

- Abschluss eines Abfindungsvergleichs
 - Anscheinsbeweis
- (OLG Düsseldorf, Hinweisbeschl. v. 16.1.2012 – 24 U 119/11)

Leitsätze (d. Red.):

1. Die Regeln des Anscheinsbeweises sind unanwendbar, wenn unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten verschiedene Verhaltensweisen ernsthaft in Betracht kommen und die Aufgabe des Beraters lediglich darin besteht, dem Mandanten durch die erforderlichen fachlichen Informationen eine sachgerechte Entscheidung zu ermöglichen.

2. Der haftpflichtige Rechtsanwalt hat den Mandanten vermögensmäßig so zu stellen, wie dieser bei pflichtgemäßem Verhalten des Beraters stünde. Die hierfür notwendige Differenzrechnung darf hierbei nicht auf einzelne Rechnungsposten beschränkt werden, sondern erfordert einen Gesamtvergleich, der alle von dem haftungsbegründenden Ereignis betroffenen Vermögenspositionen umfasst. ■

Aus den Gründen:

Der Klägerin steht gegen die beklagte Rechtsanwaltspartner-schaftsgesellschaft – wie das Landgericht im Ergebnis zutreffend entschieden hat – ein Schadenersatzanspruch nach §§ 611, 675, 276, 280I BGB nicht zu.

I. Die Beklagte hat zwar ihre Pflichten aus dem Mandatsverhältnis mit der Klägerin schuldhaft verletzt, indem sie die Klägerin nicht innerhalb der Frist zum Widerruf des am 29.7.2008 vor dem ArbG geschlossenen Vergleichs auf die Tragweite und die Folgen der Regelung in Nr. 7 des Prozessvergleichs hingewiesen hat. Es kann jedoch nicht festgestellt werden, dass die Pflichtverletzung der Beklagten einen Schaden der Klägerin verursacht hat. Denn es ist nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass sich die Vermögenslage der Klägerin bei Durchführung des Rechtsstreits insgesamt günstiger entwickelt hätte, als dies bei Abschluss des Vergleichs der Fall gewesen wäre.

1. Es kann schon nicht davon ausgegangen werden, dass die Klägerin bei pflichtgemäßer Beratung den in Rede stehenden Vergleich nicht abgeschlossen hätte.

a) Den **Ursachenzusammenhang zwischen der pflichtwidrigen Beratung** und dem beim Auftraggeber eingetretenen **Schaden** hat dieser zu beweisen (BGHZ 123, 311, 313 ff = NJW 1993, 3259). Das gilt auch für die Frage, wie sich der Auftraggeber bei richtiger Beratung verhalten hätte. Insoweit kommen ihm zwar, da es sich dabei um die **haftungsausfühlende Kausalität** handelt, Beweiserleichterungen zu Hilfe. Es gilt nicht § 286, sondern § 287 ZPO (BGH, NJW 2000, 509 = WM 2000, 197, 198 m.w.N.). Außerdem kann dem Mandanten die Beweisführung nach den Grundsätzen des Anscheinsbeweises (Vermutung beratungsgerechten Verhaltens) erleichtert sein; das gilt indessen nur, wenn ein bestimmter Rat geschuldet war und es in der gegebenen Situation unvernünftig gewesen wäre, diesen Rat nicht zu befolgen (BGHZ 123, 311, 314 f = NJW 1993, 3259; NJW-RR 2003, 1212).

Die Regeln des Anscheinsbeweises sind dagegen unanwendbar, wenn unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten verschiedene Verhaltensweisen ernsthaft in Betracht kommen und die Aufgabe des Beraters lediglich darin besteht, dem Mandanten durch die erforderlichen fachlichen Informationen eine sachgerechte Entscheidung zu ermöglichen (BGH, NJW-RR 1999, 641, 642 = WM 1999, 645, 646; NJW-RR 2001, 1351, 1353 = WM 2001, 741; NJW 2004, 2817, 2818; NJW-RR 2005, 784, 785; Senat, Beschl. v. 13.7.2010 – 24 U 228/09, BeckRS 2011, 01072; Senat, Urt. v. 31.10.2000 – 24 U 271/99).

b) So liegt der Fall hier. Um beurteilen zu können, wie der Auftraggeber sich nach pflichtgemäßer anwaltlicher Beratung verhalten hätte, müssen die **Handlungsalternativen** geprüft werden, die sich ihm stellten; **deren Rechtsfolgen müssen ermittelt sowie miteinander und mit den „Handlungszielen“ des Mandanten verglichen werden** (BGH, NJW-RR 2005, 784; NJW 2005, 3275, 3276; Senat, Beschl. v. 13.7.2010 – 24 U 228/09, BeckRS 2011, 01072). Im Streitfall hätte die Klägerin nach ordnungsgemäßer Aufklärung über die Bedeutung von Nr. 7 des Prozessvergleichs diesen widerrufen können; sie hätte den Vergleich jedoch auch nicht widerrufen können. Ob es für die Klägerin vernünftig war, den Vergleich in der gewählten Form abzuschließen, hing vom Ergebnis der Abwägung aller damit verbundenen Vor- und Nachteile ab.

Auch im Fall einer ordnungsgemäßen **Beratung über die Tragweite des Vergleichs sprach** die vereinbarte Abfindungssumme von 75.000 EUR, zu deren Zahlung sich die Arbeitgeberin der Klägerin in dem Vergleich verpflichtet hatte, **gegen einen Widerruf des Vergleichs. Denn der ausgehandelte Abfindungsbetrag war relativ hoch.** Ausweislich des Berichts der Beklagten an die Klägerin vom 29.7.2008 über den Termin zur Güteverhandlung vor dem ArbG Aachen, dessen inhaltliche Richtigkeit die Klägerin nicht in Abrede stellt, hatte das ArbG als Abfindung lediglich einen Betrag in Höhe von 50.000 EUR vorgeschlagen. Dieser Betrag errechnete sich aus einer Regelabfindung in Höhe von rund 38.000 EUR (Abfindungsbetrag = Monatsgehalt (4.500 EUR) x Beschäftigungszeit/Jahr (17) x 1/2) zuzüglich eines Aufschlags wegen der vom ArbG angenommenen Unwirksamkeit der von der Arbeitgeberin der Klägerin ausgesprochenen Kündigung. Im Laufe der Vergleichsverhandlungen konnte der den Termin für die Klägerin wahrnehmende Sachbearbeiter der Beklagten eine Erhöhung des vom ArbG vorgeschlagenen Abfindungsbetrags auf 75.000 EUR erreichen. Dieser Betrag lag über dem Abfindungsbetrag, den die Klägerin im Fall der Stellung eines Antrags nach §§ 9, 10 KschG erhalten hätte.

Da die Klägerin das 50. Lebensjahr vollendet und das Arbeitsverhältnis 17 Jahre bestanden hatte, wäre nach § 10 II 1 KSchG nämlich nur ein Betrag bis zu 15 Monatsverdiensten als Abfindung festzusetzen gewesen. Bei einem Monatsverdienst der Klägerin von rund 4.500 EUR entsprach dies einer Abfindung bis 67.500 EUR.

Zu berücksichtigen war ferner, dass die Klägerin durch den Vergleich mit sofortiger Wirkung bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses am 31.3.2009 bei Fortzahlung der vollen Vergütung für die Dauer von sieben Monaten von ihrer Verpflichtung zur Arbeitsleistung freigestellt wurde. Bei einer vertraglichen Arbeitszeit von 165,55 Stunden im Monat (38,5 Stunden/Woche; 38,5 x 4,3) ergab sich – ohne Berücksichtigung von Überstunden – eine Freistellungszeit von 1158,85 Stunden. Diese war mehr als doppelt so hoch wie die von der Klägerin nunmehr behauptete Überstundenzahl (494,65 Stunden).

Offensichtlich hatte die Klägerin auch – jedenfalls im Hinblick auf das **offensichtlich zerrüttete Verhältnis** zum Geschäftsführer der Gemeinschaftspraxis – kein erhebliches Interesse an einer Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses. Andernfalls hätte sie im Hinblick auf die ihr in dem Terminsbericht der Beklagten vom 29.7.2008 mitgeteilte, ihr günstige Einschätzung des ArbG, dass die Kündigung der Arbeitgeberin vom 13.6.2008 unwirksam sei, den vor dem ArbG geschlossenen Vergleich kaum abgeschlossen. Aufgrund dieser Information konnte sie nämlich mangels gegenteiliger Hinweise der Beklagten davon ausgehen, dass sie den Kündigungsschutzprozess gewinnen würde. In diesem Fall hätte das Arbeitsverhältnis fortbestanden.

Wäre die Klägerin von der Beklagten ordnungsgemäß darüber belehrt worden, dass mit Abschluss des Vergleichs Ansprüche gegen ihre Arbeitgeberin auf **Bezahlung von Überstunden** nicht mehr geltend gemacht werden können, muss-

te andererseits in Erwägung gezogen werden, den Vergleich zu widerrufen, um in **Nachverhandlungen** ein noch günstigeres Vergleichsergebnis zu erzielen. Da die Regelung gemäß Nr. 7 des Vergleichs – wovon nach der Lebenserfahrung auszugehen ist – auf Bestreben ihrer Arbeitgeberin in den Vergleich aufgenommen wurde, musste die Klägerin jedoch damit rechnen, dass die Gegenseite zum Abschluss eines Vergleichs unter Ausklammerung des außergerichtlich von ihr bereits geltend gemachten Anspruchs auf Vergütung von Überstunden nicht bereit ist. Auch musste in Rechnung gestellt werden, dass ihre Arbeitgeberin im Fall eines Widerrufs an dem bisherigen Vergleichsinhalt (Abfindung in Höhe von 75.000 EUR; Freistellung bis zum 31.3.2009) nicht festhalten würde. Schließlich lagen auch keine konkreten Anhaltspunkte dafür vor, die Gegenseite sei im Hinblick auf den außergerichtlich geltend gemachten Vergütungsanspruch zu Zahlung einer höheren Abfindung bereit.

Tatsächlich ist hier auch nicht feststellbar, dass Nachverhandlungen zu einer – der Klägerin günstigeren – Einigung geführt hätten. Es muss vielmehr davon ausgegangen werden, dass die Arbeitgeberin der Klägerin auf deren zusätzliche Wünsche betreffend die Berücksichtigung der von der Klägerin außergerichtlich angemeldeten Überstundenvergütung nicht eingegangen wäre. Wie sich aus dem von der Klägerin überreichten Bericht des damaligen Prozessvertreters der Arbeitgeberin der Klägerin an seine Mandantin vom 30.7.2008 über den Termin vor dem ArbG ergibt, **war sich der Vertreter der Arbeitgeberin darüber bewusst, dass mit dem Abschluss des Vergleichs auch der von der Klägerin angemeldete Anspruch auf Bezahlung von Überstunden erledigt ist.** Ohne eine entsprechende Klausel hätte die Beklagte den Vergleich im Zweifel nicht geschlossen. In dem nach Abschluss des in Rede stehenden Vergleichs geführten Folgeprozess vor dem ArbG Aachen (3 Ca 5508/08 h), in welchem die Klägerin ihre ehemalige Arbeitgeberin auf Zahlung einer Vergütung in Höhe von 12.510,85 EUR für von ihr geleistete Überstunden in Anspruch genommen hat, hat die ehemalige Arbeitgeberin der Klägerin ausweislich des zu den Akten gereichten Urteils des ArbG Aachen vom 5.1.2010 denn auch vorgetragen, sie hätte den Vergleich ohne dessen Nr. 7 nicht geschlossen.

Ausweislich des Urteils des ArbG Aachen ist dies im dortigen Rechtsstreit zwischen der Klägerin und ihrer ehemaligen Arbeitgeberin sogar unstreitig gewesen. Daraus kann zugleich gefolgert werden, dass die Arbeitgeberin der Klägerin zur Zahlung eines höheren Abfindungsbetrags als 75.000 EUR im Hinblick auf die von der Klägerin außergerichtlich geltend gemachten Vergütungsansprüche nicht bereit war.

Etwas anderes ergibt sich nicht aus dem von der Klägerin vorgelegten Terminsbericht des damaligen Prozessvertreters ihrer Arbeitgeberin vom 30.7.2008. Zwar führt der damalige Prozessvertreter der Arbeitgeberin der Klägerin darin aus, dass der abgeschlossene Vergleich ein Vergleich sei, mit dem man aus Sicht der Gemeinschaftspraxis „gut leben“ könne. Hierbei handelt es sich allerdings nur um eine eigene Einschätzung des Prozessvertreters gegenüber dem Geschäftsführer der Gemeinschaftspraxis. Dass die Arbeitgeberin der

Klägerin bereit gewesen wäre, auch eine höhere Abfindung an die Klägerin zu zahlen, ist dem Terminsbericht von ... nicht zu entnehmen. Insbesondere geht aus diesem nicht hervor, dass die im Vergleich vereinbarte Abfindung von 75.000 EUR unterhalb einer zuvor von der Gemeinschaftspraxis genannten Obergrenze liege. Sonstige Umstände, aus denen sich eine Bereitschaft der Arbeitgeberin der Klägerin zur Zahlung einer höheren Abfindung ergeben könnte, sind weder dargelegt noch ersichtlich.

Die Klägerin behauptet zwar, sie hätte bei ordnungsgemäßer Aufklärung über den Umfang des Vergleichs diesem nicht zugestimmt, weil mit dem Abschluss des Vergleichs ein Verzicht auf die ihr noch zustehende Überstundenvergütung verbunden gewesen wäre. Wie sie selbst vorträgt, ging sie bei Abschluss des Vergleichs allerdings noch davon aus, dass ihr ein entsprechender Anspruch in der mit dem vorprozessualen Schreiben der Beklagten vom 18.6.2008 geltend gemachten Höhe von 35.635 EUR zustehe. Tatsächlich kam hier jedoch allenfalls ein Zahlungsanspruch in Höhe von 12.510,86 EUR in Betracht. Dass die Klägerin den Prozessvergleich auch dann widerrufen hätte, wenn sie hierüber aufgeklärt worden wäre, ist zweifelhaft.

Letztlich musste die Klägerin im Fall einer ordnungsgemäßen Beratung **bei ihrer Entscheidung, ob sie den Vergleich widerruft oder nicht, auch berücksichtigen, dass im Fall eines Widerrufs nicht nur der durch den Vergleich beendete Kündigungsschutzprozess fortzusetzen gewesen wäre, sondern auch in einem weiteren Rechtsstreit Zahlungsklage gegen ihre Arbeitgeber hätte erhoben werden müssen.** In diesem Zusammenhang hätte die Klägerin darüber belehrt werden müssen, dass eine solche Klage nur im Fall der Unwirksamkeit von § 5 der Ergänzungsvereinbarung, bei der es sich nach dem unwidersprochen gebliebenen Vorbringen der Beklagten um einer Individualvereinbarung handeln soll, Erfolg hätte. In diesem Zusammenhang wäre die Klägerin auch darüber zu unterrichten gewesen, dass die Pauschalierungsabrede gemäß § 5 Satz 1 der Ergänzungsvereinbarung zwar gegen § 3 ArbZG verstoßen könnte, hierzu aber – soweit ersichtlich – noch keine höchstrichterliche noch obergerichtliche Rechtsprechung vorliegt.

Außerdem musste die Klägerin darüber aufgeklärt werden, dass der Arbeitnehmer, der in einem Prozess von seinem Arbeitgeber die Bezahlung von Überstunden fordert, beim Bestreiten der Überstunden im Einzelnen darlegen muss, an welchen Tagen und zu welchen Tageszeiten er über die übliche Arbeitszeit hinaus tätig geworden ist (*BAG, NZA 2002, 1340; LAG Sachsen-Anhalt, Urt. v. 9.6.2011 – 3 Sa 126/11, BeckRS 2011, 77506; LAG Hamm, Urt. v. 11.7.2007 – 6 Sa 410/07; ErfK/Preis 12. Aufl., § 611 BGB Rdnr. 492*). Der Anspruch auf Überstundenvergütung setzt ferner voraus, dass die Überstunden vom Arbeitgeber angeordnet, gebilligt oder geduldet wurden oder jedenfalls zur Erledigung der geschuldeten Arbeit notwendig waren (*BAG, NZA 2002, 1340; LAG Sachsen-Anhalt, Urt. v. 9.6.2011 – 3 Sa 126/11, BeckRS 2011, 77506; LAG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 3.6.2010 – 15 Sa 166/10; LAG Hamm, Urt. v. 11.7.2007 – 6 Sa 410/07*). Der Arbeitnehmer muss deshalb ferner ein-

deutig darlegen, ob die Stunden vom Arbeitgeber angeordnet oder zur Erledigung der ihm obliegenden Arbeit notwendig oder vom Arbeitgeber gebilligt oder geduldet worden sind (*ErfK/Preis, § 611 BGB Rdnr. 492*). Die vorstehend angesprochenen Gesichtspunkte hätte die Beklagte mit der Klägerin ebenfalls erörtern und die Klägerin über die angesprochenen Unsicherheitsfaktoren hinweisen müssen. Dass die Klägerin auch nach vollständiger Aufklärung über alle Risiken vom Abschluss des Vergleichs Abstand genommen hätte, erscheint eher unwahrscheinlich.

2. Letztlich kommt es hierauf allerdings nicht entscheidend an. Es kann jedenfalls nicht festgestellt werden, dass der Klägerin aus dem Abschluss des Vergleichs ein Schaden im Sinne einer Verschlechterung ihrer Gesamtvermögenslage entstanden ist.

a) Ob und in welchem Umfang ein **nach §§ 249 ff BGB zu ersetzender Schaden** vorliegt, beurteilt sich grundsätzlich nach einem rechnerischen Vergleich der durch das schädigende Ereignis bewirkten Vermögenslage mit derjenigen, die ohne jenen Umstand eingetreten wäre (**so genannte Differenzhypothese**; vgl. *BGHZ 98, 221, 217 = NJW 1987, 50; BGHZ 99, 182, 196 = NJW 1987, 831; BGHZ 123, 96, 99 = NJW 1993, 2527; BGH, NJW 1988, 1143, 1144; NJW-RR 1988, 1367; NJW-RR 1990, 629, 630 f; NJW 2000, 734; NJW 2001, 673, 674; Zugehör/Fischer, Handbuch der Anwaltschaft, Rdnr. 1048*). Der haftpflichtige Rechtsanwalt hat den Mandanten vermögensmäßig so zu stellen, wie dieser bei pflichtgemäßem Verhalten des Beraters stünde (*BGH, NJW-RR 1990, 1241, 1244; NJW 1995, 449, 451; NJW 2000, 2669, 2670; NJW 2001, 673, 674; Zugehör/Fischer, Rdnr. 1048*). Dazu muss die tatsächliche Gesamtvermögenslage derjenigen gegenübergestellt werden, die sich ohne den Fehler des Rechtsanwalts ergeben hätte (*Zugehör/Fischer, Rdnr. 1048*).

Beruft sich der Mandant darauf, einen nachteiligen Vergleich aufgrund einer pflichtwidrigen Beratung geschlossen zu haben, kann er verlangen, so gestellt zu werden als hätte er die Vereinbarung nicht geschlossen. Zur Beurteilung, ob und in welcher Höhe in dem Vergleich ein Schaden liegt, sind alle Vor- und Nachteile, welche die Vereinbarung mit sich gebracht hat, in den erforderlichen „Gesamtvermögensvergleich“ einzustellen (*BGH, NJW 2005, 3275, 3276; NJW 2010, 1357 Rdnr. 14 ff*). **Die Differenzrechnung darf hierbei nicht auf einzelne Rechnungsposten beschränkt werden, sondern erfordert einen Gesamtvergleich, der alle von dem haftungsbegründenden Ereignis betroffenen Vermögenspositionen umfasst** (vgl. *BGH, WM 2005, 999, 1000 = BeckRS 2005, 01948; NJW 2005, 3275, 3276; Senat, Beschl. v. 31.5.2010 – 24 U 208/09, BeckRS 2011, 01251; AnwBl 2012, 97 L = BeckRS 2011, 22083; Zugehör/Fischer, Rdnr. 1048 m.w.N.*).

b) Unter Zugrundelegung dieser Rechtsgrundsätze gilt im Streitfall Folgendes:

Da die Klägerin im Streitfall den am 29.7.2008 vor dem ArbG Aachen geschlossenen Vergleich widerrufen hätte,

Nachverhandlungen aller Wahrscheinlichkeit zu keinem Erfolg geführt hätten (siehe vor), wäre es zur Fortsetzung des durch den Vergleich beendeten Kündigungsschutzprozesses gekommen, weshalb nunmehr der **hypothetische Ausgang dieses Rechtsstreits** festgestellt werden muss. Da die Entscheidung des Erstgerichts nicht mehr herbeizuführen ist, ist im Regressprozess gegen den Anwalt allein darauf abzustellen, wie nach Auffassung des erkennenden Gerichts das Erstgericht rechtmäßig hätte entscheiden müssen (vgl. *Senat, Urt. v. 31.10.2000 – 24 U 271/99*). **Hängt im Regressprozess die Frage, ob eine für einen Schaden kausale Pflichtverletzung des Rechtsanwalts vorliegt, vom hypothetischen Ergebnis des Ausgangsverfahrens ab, muss das Regressgericht selbst prüfen, wie jenes Verfahren richtigerweise zu entscheiden gewesen wäre.** Dabei ist der Sachverhalt zugrunde zu legen, der auch dem Ausgangsgericht zur Entscheidung vorgelegt worden wäre (vgl. *BGHZ 133, 110, 11 = NJW 1996, 2501, 2502; BGHZ 163, 223 = NJW 2005, 3071, 3072; BGH, NJW 2000, 1572, 1573 = NZA 2000, 478; Senat, FamRZ 2010, 392; NJW-RR 2011, 1688; FamRZ 2007, 1982 = BeckRS 2007, 07107*).

Insoweit mag hier zugunsten der Klägerin unterstellt werden, dass sie in dem vor dem ArbG Aachen unter dem Aktenzeichen 3 Ca 5508/08 geführten Kündigungsrechtsstreit obsiegt hätte, weil die von ihrer Arbeitgeberin ausgesprochene Kündigung vom 13.6.2008 unwirksam war, was der Senat derzeit mangels näheren Vortrags der Parteien zum Kündigungsgrund und ohne Kenntnis der dortigen Akten allerdings nicht zu beurteilen vermag. Ebenso kann zugunsten der Klägerin unterstellt werden, dass ihr gegen ihre Arbeitgeberin wegen im Zeitraum vom 7.11.2005 bis zum 2.3.2008 geleisteter Überstunden ein Vergütungsanspruch in Höhe von 12.510,85 EUR, den sie im Fall des Widerrufs des am 29.7.2007 vor dem ArbG Aachen geschlossenen Vergleichs in einem weiteren Rechtsstreit gegen ihre Arbeitgeberin mit Erfolg hätte durchsetzen können. In diesem Fall wäre das bisherige Arbeitsverhältnis fortgesetzt worden und die Klägerin hätte von ihrer Arbeitgeberin eine weitere Vergütung in Höhe von 12.510,85 EUR für geleistete Überstunden erhalten.

Im Rahmen des hier **vorzunehmenden Gesamtvermögensvergleichs** sind jedoch – was die Klägerin übersieht – **auch die Vorteile zu berücksichtigen, die der Klägerin infolge des Vergleichs zugeflossen sind.** So hat die Klägerin aufgrund des Vergleichs nicht nur eine **Abfindung** in Höhe von 75 000 EUR erhalten, sondern sie ist auch vom 29.7.2007 bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses am 31.3.2009 bei Fortzahlung der vollen Vergütung für die Dauer von sieben Monaten **von ihrer Verpflichtung zur Arbeitsleistung freigestellt** worden. Bei einer vertraglichen Arbeitszeit von 165,5 Stunden im Monat (38,5 x 4,3) ergibt sich eine Freistellungszeit von 1.158,85 Stunden. Die von ihr im Zeitraum vom 7.11.2005 bis zum 2.3.2008 im Rahmen des Arbeitsverhältnisses geleisteten Überstunden gibt die Klägerin mit 494,65 Stunden an. **Die durch den Vergleich erlangte Freistellungszeit übersteigt die von der Klägerin behauptete Überstundenzahl damit um mehr als 130%.** Geht man mit der Klägerin davon aus, dass § 5 der Ergänzungsvereinbarung vom 18.6.1991 wegen Ver-

stoßes gegen § 3 ArbZG insgesamt nach § 134 BGB nichtig ist, und folgt man der Klägerin ferner in ihrer Auffassung, dass in diesem Fall die in § 5 des ursprünglichen Arbeitsvertrages vom 18.6.1991 vereinbarte Regelung greift, so hätten die von der Klägerin nach ihrem Vortrag geleisteten Überstunden auch in Freizeit abgegolten werden können. Durch die aufgrund des Vergleichs gewährte Freistellungszeit hat die Klägerin weit mehr Freizeit erhalten, als ihr nach dem ursprünglichen Arbeitsvertrag vom 18.6.1991 zugestanden hätte.

Zu berücksichtigen ist schließlich, dass die Klägerin im Fall der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erhebliche Arbeitsleistungen hätte erbringen müssen, um 75.000 EUR zu verdienen.

Unter diesen Umständen kann ein Schaden der Klägerin nicht festgestellt werden. ■

Anwaltshaftung

- Grenzen des erteilten Mandats
- Belehrungspflichten
- Wiederholte Belehrungspflicht
- Ablehnung der Mandatsübernahme
(*OLG Köln, Beschl. v. 11.11.2009 – 13 U 190/08*)

Leitsätze (d. Red.):

1. Belehrungspflichten des Anwalts bestehen grundsätzlich nur in den Grenzen des erteilten Mandats. Vor Gefahren für den Auftraggeber, die ihm bekannt oder offenkundig sind, muss er auch bei eingeschränktem Mandat warnen, wenn dieser erkennbar die drohenden Nachteile nicht erkennt.
2. Über eine Verfallsfrist muss auch ein zweites Mal belehrt werden, wenn deren Ablauf im Zeitpunkt der Mandatsablehnung unmittelbar bevorsteht. ■

Aus den Gründen:

I. Die Klägerin, die von der Beklagten im Jahr 2003 anwaltlich vertreten worden ist, begehrt Schadenersatz wegen eines unterlassenen Hinweises auf eine tarifliche Ausschlussfrist. Wegen der Einzelheiten des erstinstanzlichen Sach- und Streitstandes einschließlich der gestellten Anträge wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen (§ 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO).

Das Landgericht hat die Klage mit Urteil vom 30.10.2008, auf das im Übrigen wegen der rechtlichen Würdigung durch die Zivilkammer verwiesen wird, abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, der Klägerin sei der Nachweis, die Beklagte auch mit der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen mandatiert zu haben, nicht gelungen; im Rahmen des bestehenden Mandats aber habe der einmalige Hinweis auf die Verfallsfrist ausgereicht.

Mit der am 3.12.2008 eingegangenen Berufung verfolgt die Klägerin ihr Klagebegehren weiter. Sie ist der Ansicht, das Gericht sei zu Unrecht von einem auf die Kündigungsschutzangelegenheiten beschränkten Mandat ausgegangen; aber selbst wenn man der Kammer insoweit folge, stelle es eine Pflichtverletzung dar, dass die Beklagte nicht nochmals auf den drohenden Ablauf der Ausschlussfrist aus dem Rahmentarifvertrag hingewiesen habe. (...)

II. Die zulässige Berufung der Klägerin hat in der Sache insoweit Erfolg, als die Klage dem Grunde nach gerechtfertigt ist und der Rechtsstreit zur Aufklärung der streitigen Höhe von Schadenersatzansprüchen an die Zivilkammer zurückzuverweisen ist (§ 538 Abs. 2 Nr. 4 ZPO).

1. Der Klägerin steht gegen die Beklagte dem Grunde nach ein Schadenersatzanspruch gemäß § 280 Abs. 1 BGB zu, da die Beklagte es unterlassen hat, vor Ablauf der die Mitarbeiterin E. betreffenden, zeitlich ersten Verfallsfrist nochmals auf den drohenden Fristablauf hinzuweisen; auch hat die Beklagte die Klägerin pflichtwidrig nicht über das Bestehen des gegen sie gerichteten Schadenersatzanspruchs und den Lauf der Verjährung informiert.

a) Keinen Bedenken begegnet allerdings die Annahme des Landgerichts, der Klägerin sei der Nachweis einer umfassenden, sich auch auf die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen beziehenden Mandatserteilung nicht gelungen. Insoweit hat die Kammer zutreffend darauf hingewiesen, dass die vorgelegten Schreiben den Schluss auf eine umfassende Bevollmächtigung nicht zulassen und auch die Beweisaufnahme insoweit unergiebig war. Die dagegen mit der Berufung erhobenen Einwände führen nicht zu einer anderen Beurteilung, denn die Klägerin zieht aus den auch vom Landgericht berücksichtigten Schreiben und weiteren Umständen lediglich andere, in der Sache aber nicht zwingende Schlüsse und setzt damit nur ihre Beweiswürdigung an die Stelle derjenigen des Landgerichts.

b) Allerdings ist der Beklagten nach Ansicht des Senats gleichwohl eine Pflichtverletzung zur Last zu legen. Zwar besteht die Pflicht des Anwalts, die Interessen seines Auftraggebers nach jeder Richtung umfassend wahrzunehmen und sich so zu verhalten, dass Schädigungen des Mandanten möglichst vermieden werden, grundsätzlich **nur in den Grenzen des erteilten Mandats** (BGH, Urt. v. 29.4.1993 – IX ZR 101/92, NJW 1993, 2045; v. 4.6.1996 – IX ZR 51/95, NJW 1996, 2648, 2649; zur Steuerberaterhaftung vgl. auch BGHZ 128, 358, 361). **Indes muss der Rechtsanwalt vor Gefahren, die ihm bekannt oder für ihn offenkundig sind, den Mandanten auch bei einem eingeschränkten Mandat warnen** (BGH, Urt. v. 13.3.1997 – IX ZR 81/96, NJW 1997, 2168, 2169), **wenn er Grund zu der Annahme hat, dass sich der Mandant der ihm drohenden Nachteile nicht bewusst ist** (BGH, WM 1998, 2246).

c) Eine Pflicht der Beklagten, auf die Verfallsfrist des § 22 RTV hinzuweisen, bestand hier, nachdem der Beklagten am 23.9.2003 vom Zeugen Q. **der Rahmentarifvertrag** übergeben worden war, aus dem sich die **zweimonatige Aus-**

schlussfrist ergab. Diese Pflicht entfiel auch nicht dadurch, dass dem Zeugen Q. – wie er bei seiner Vernehmung bekundet hat – die in § 22 RTV enthaltene Ausschlussfrist dem Grunde nach bekannt war; die Beurteilung der rechtlichen Frage, ob und gegebenenfalls bei welchen Mitarbeitern bzw. Scheinmitarbeitern diese Frist im Einzelfall einschlägig war und wann der Lauf dieser Frist jeweils begann, hatte der Zeuge Q. ersichtlich nicht selbst vorgenommen; vielmehr wollte er dies der fachkundigen Beurteilung durch die Beklagte überlassen. Dass die Beklagte – auch wenn ihr ein Mandat für die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen seinerzeit noch nicht erteilt worden war – dies ebenso gesehen hat, zeigt ihr **Schreiben** vom 25.9.2003, **in welchem sie die Klägerin auf den Verfall der Ansprüche bei nicht rechtzeitiger Geltendmachung ausdrücklich hingewiesen hat.**

Anders als das Landgericht ist der Senat aufgrund der Einzelfallumstände allerdings der Auffassung, dass die Beklagte den ihr obliegenden Pflichten mit diesem einen Hinweis nicht genügt hat.

Richtig ist, dass – wäre das Mandat nach diesem Hinweis insgesamt beendet worden – eine Pflichtverletzung zu verneinen wäre. Vorliegend besteht allerdings die **Besonderheit, dass das Mandat in Bezug auf die Kündigungsschutzverfahren fortbestand** und die Frage einer Erweiterung hinsichtlich der Geltendmachung von Schadenersatz auch aus Sicht der Beklagten völlig in der Schwebe hing: So teilte die Beklagte der Klägerin unter dem 14.10.2003 mit, dass das Arbeitsgericht in der Kündigungsschutzklage Termin auf den 30.10.2003 anberaumt habe und sie davon ausgehe, dass die Klägerin das Verfahren auch dazu nutzen möchte, den ihr entstandenen Schaden gegenüber Frau E. geltend zu machen; zugleich bat sie um Weisung, ob der sich aus der erstatteten Strafanzeige ergebende Schadenersatzbetrag von insgesamt 43.236,44 EUR insgesamt geltend gemacht werden solle. Ferner richtete die Beklagte am 14.10.2003 eine Deckungsschutzanfrage in Sachen E. auch bezüglich einer beabsichtigten Widerklage wegen der Schadenersatzansprüche an die Rechtsschutzversicherung der Klägerin; eine entsprechende Bitte um Deckungsschutz für Ansprüche gegen Herrn F. erfolgte bei der Rechtsschutzversicherung unter dem 23.10.2003.

Zu diesem Zeitpunkt ging die Beklagte – wie sie in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat erklärt hat – davon aus, die Klägerin wolle die Schadenersatzansprüche geltend machen. Erst nachdem sie in der Folgezeit weder eine konkrete Weisung noch Unterlagen über die Schadenhöhe erhielt, will die Beklagte bei dem Gespräch mit dem Geschäftsführer der Klägerin und dem Zeugen Q. anlässlich des Gütertermins am 11.11.2003 erklärt haben, dass die Klägerin „das mit den Schadenersatzansprüchen selbst machen“ solle; Letzteres sollen der Geschäftsführer und der Zeuge Q. zustimmend bejaht haben.

Angesichts der Tatsache, dass nach dem ersten Hinweis bereits mehrere Wochen verstrichen waren, die Klägerin auch aus Sicht der Beklagten ihre Absicht, Schadenersatz geltend zu machen, nicht aufgegeben hatte und der Ablauf

der Verfallsfrist in der Sache E. kurz bevorstand (im Schreiben vom 25.9.2003 hatte die Beklagte als spätesten Termin Mitte November 2003 benannt), wäre die Beklagte in dieser Situation auch unter Zugrundelegung ihres Vortrags, **nach welchem sie am 11.11.2003 eine Mandatsübernahme im Hinblick auf die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen abgelehnt hat, zu einem nochmaligen Hinweis verpflichtet gewesen.** Aus ihrer Sicht stand nämlich der Ablauf der **Verfallsfrist** und damit die Gefahr eines Anspruchsverlusts **unmittelbar bevor.** Anhaltspunkte dafür, dass die Klägerin sich der Eilbedürftigkeit der Angelegenheit (noch) bewusst war, bestanden für die Beklagte nicht; auch hatte die Beklagte durch den letzten Absatz ihres bereits erwähnten Schreibens vom 14.10.2003 den Eindruck vermittelt, die Darlegung des Sachverhalts – und zwar auch bezüglich einer Widerklage auf Schadenersatz – eile nicht besonders, bis zum Güutetermin müsse zwingend nur die ordnungsgemäße Anhörung des Betriebsrats und gegebenenfalls die Möglichkeit einer Nachholung geprüft werden.

Soweit die Beklagte in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat erstmals behauptet hat, den Geschäftsführer der Klägerin und den Zeugen Q. in dem Gespräch am 11.11.2003 mit den Worten „jetzt wird es eng“ auf die Eilbedürftigkeit hingewiesen zu haben (der diesbezügliche Teil der Aussage ist nicht protokolliert worden), handelt es sich um neuen, streitigen und damit gemäß § 531 Abs.2 ZPO nicht zu berücksichtigenden Vortrag. Letztlich zeigt aber auch dieses Vorbringen, dass die Beklagte selbst von einer erneuten Hinweispflicht zum damaligen Zeitpunkt ausging.

d) Der der Klägerin damit zustehende Schadenersatzanspruch – das Verschulden der Beklagten wird vermutet – ist nicht unter dem Gesichtspunkt eines **Mitverschuldens** zu mindern. Der Umstand, dass der Klägerin das Bestehen einer Verfallsfrist nach dem Rahmentarifvertrag nicht nur dem Grunde nach, sondern im Hinblick auf das Schreiben der Beklagten vom 25.9.2003 auch bezogen auf die konkreten Einzelfälle bekannt war, führt nicht zu einem Mitverschulden.

Vorliegend hatte die Beklagte ihre anfängliche Einschätzung nämlich wieder relativiert, indem sie durch den letzten Absatz des bereits erwähnten Schreibens vom 14.10.2003 den Eindruck fehlender Eilbedürftigkeit erweckte. Aufgrund der dort gewählten Formulierung konnte die Klägerin davon ausgehen, die Schadenersatzansprüche seien im Hinblick auf die bestehenden Schwierigkeiten bei der Bezifferung und die nach wie vor laufenden staatsanwaltschaftlichen Ermittlungen noch nicht fällig i.S.d. § 22 RTV. Dies insbesondere, da das Schreiben der Beklagten vom 25.9.2003 keine definitive Aussage hinsichtlich des konkreten Beginns der Verfallsfrist(en) enthielt, die Beklagte vielmehr nur erklärt hatte, dass „man sich auf den Standpunkt stellen“ könne, für die Fälligkeit der Schadenersatzansprüche nach § 22 RTV komme es auf den Zugang der Kündigung an.

Da zum Zeitpunkt der Mandatierung von Rechtsanwalt C. mit der Geltendmachung der Schadenersatzansprüche Mitte Januar 2004 die Ansprüche der Klägerin bereits verfallen waren, kommt auch eine Kürzung des Schadenersatz-

anspruchs unter dem Gesichtspunkt eines – der Klägerin zurechenbaren – Verschuldens von Rechtsanwalt C. nicht in Betracht.

e) Entgegen der Ansicht der Beklagten ist der Schadenersatzanspruch nicht verjährt. Zwar ist – geht man von einer Pflichtverletzung spätestens am 20.11.2003 aus (zu diesem Zeitpunkt sind nach dem Urteil des Arbeitsgerichts Köln vom 27.9.2004 – 1 Ca 11464/03, die gegen F. gerichteten Ansprüche spätestens verfallen) – nach der hier noch anwendbaren Vorschrift des § 51b BRAO Verjährung hinsichtlich des Primäranspruchs grundsätzlich drei Jahre später und damit am 21.11.2006 eingetreten, hier greifen aber die von der höchstrichterlichen Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zur Sekundärhaftung des Rechtsanwalts ein; danach trifft den schadenersatzpflichtigen Rechtsanwalt grundsätzlich die Pflicht, den Mandanten auf das Bestehen eines Schadenersatzanspruchs sowie den Lauf der Verjährung hinzuweisen.

Diese – auch der Beklagten obliegende – sekundäre Hinweispflicht hat die Beklagte schuldhaft verletzt. Die Einschaltung von Rechtsanwalt C. hat auf das Bestehen dieser Pflicht keinen Einfluss, denn die Klägerin hat Rechtsanwalt C. allein mit der Verfolgung der – wegen der Primärpflichtverletzung letztlich nicht mehr durchsetzbaren – Schadenersatzansprüche gegen die ursprünglichen Schädiger beauftragt, nicht aber mit der Klärung der Haftungsfrage in Bezug auf die Beklagte (vgl. dazu etwa BGH, XI ZR 227/02, Gl aktuell 2008, 14). (...) ■

Steuerberaterhaftung

- Verjährungsbeginn
 - Entstehen von Anwaltskosten vor Erlass des belastenden Bescheids
- (LG Stuttgart, Urt. v. 26.10.2011 – 27 O 503/10)

Leitsatz (d. Red.):

Die Verjährung eines Schadenersatzanspruchs des Mandanten wegen fehlerhafter steuerlicher Beratung beginnt mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist; bei einer steuerlichen Fehlberatung entsteht der Schaden mit Bekanntgabe des ersten belastenden Steuerbescheids. Fällt vor dem Erlass eines Steuerbescheids jedoch bereits ein selbstständiger Schadenposten an, der nicht lediglich eine Nebenleistung i.S.v. § 217 BGB zu dem eigentlichen steuerlichen Schaden darstellt, so läuft die Verjährung bereits mit dem Schluss des Jahres an, in dem dieser selbstständige Schadenposten entstanden ist. Ein solcher Schadenposten liegt vor, wenn der Mandant bereits vor dem Erlass eines Steuerbescheids Kosten für eine weitere steuerliche und anwaltliche Beratung aufwendet, um Schadenersatzansprüche gegen den Steuerberater geltend zu machen. ■

Zum Sachverhalt:

Die Klägerin macht mit der am 31.12.2010 bei Gericht eingegangene Klage als Erbin ihres am 3.7.2009 verstorbenen Ehemanns Schadenersatz gegen den Beklagten als Steuerberater geltend.

Der Ehemann der Klägerin (Erblasser), der einen landwirtschaftlichen Betrieb führte, war langjährig Mandant des Beklagten, der die Steuererklärungen für den Erblasser anfertigte und ihn in steuerlichen Fragen beriet.

Der Erblasser hatte drei Kinder, wobei der Sohn den landwirtschaftlichen Betrieb übernehmen sollte. Die beiden Töchter des Erblassers sollten je ein Baugrundstück auf den Flurstücken X, welche Bauerwartungsland waren, erhalten. Diese Grundstücke waren im Betriebsvermögen des landwirtschaftlichen Betriebs.

Eine Entnahme eines Grundstücks aus dem Betriebsvermögen eines Landwirts in dessen Privatvermögen ist einkommensteuerpflichtig. Nach § 14a Abs. 3 EStG wurde bei einer Entnahme von Grundstücken aus einem land- und forstwirtschaftlichen Betrieb nach dem 31.12.1979 und vor dem 1.1.2006 der durch die Entnahme entstandene Gewinn nur insoweit zur Einkommensteuer herangezogen, als er den Betrag von 61.800 EUR übersteigt, wenn der Veräußerungspreis nach Abzug der Veräußerungskosten oder der Grund und Boden innerhalb von 12 Monaten nach der Veräußerung oder Entnahme in sachlichem Zusammenhang mit der Hoferbfolge oder Hofübernahme zur Abfindung weichender Erben verwendet wird und das Einkommen des Steuerpflichtigen ohne Berücksichtigung des Gewinns aus der Veräußerung oder Entnahme und des Freibetrags in dem dem Veranlagungszeitraum der Veräußerung oder Entnahme vorangegangenen Veranlagungszeitraum den Betrag von 18.000 EUR nicht überstiegen hat, wobei sich bei Ehegatten der Betrag von 18.000 EUR auf 36.000 EUR erhöhte.

Diese Regelung hat zur Folge, dass eine Entnahme eines Grundstücks bis 31.12.2005 aus dem landwirtschaftlichen Betrieb bis zum Wert von 61.800 EUR steuerfrei erfolgen konnte, dem Landwirt ein entsprechender Freibetrag zustand. Bei höheren Einkommen vermindert sich der Freibetrag gemäß § 14a Abs. 4 Satz 2 EStG.

Im Jahr 2005 führte die Gemeinde ein Umlegungsverfahren durch, welches auch die Flurstücke des Erblassers betraf.

Am 6.6.2006 haben die Klägerin, die Töchter des Erblassers sowie der Steuerberater den Beklagten im Hinblick auf einen Beratungsfehler wegen fehlendem Hinweis auf den Freibetrag nach § 14a EStG aufgesucht.

Am 22.8.2006 unterschrieb der Erblasser eine eidesstattliche Versicherung, in welcher er die Beratungen aus seiner Sicht darstellte.

Mit Schreiben vom 23.8.2006 an den Rechtsanwalt nannte der Steuerberater als Schaden 58.920,12 EUR.

Am 17.10.2006 zeigte Rechtsanwalt G. dem Beklagten die Vertretung des Erblassers an, rügte einen Beratungsfehler wegen Nichtaufklärung über steuerliche Vorteile, wenn das Grundstück im Jahr 2005 übertragen worden wäre und forderte den Ausgleich eines entstandenen Schadens von 58.920,12 EUR bis 30.10.2006.

Der Erblasser hat am 30.11.2006 ein Grundstück mit 741 m² im Wert von mindestens 130.000 EUR auf die Tochter K. zum Kaufpreis von 100.000 EUR und am 6.7.2007 ein Grundstück mit 801 m² im Wert von mindestens 150.000 EUR auf die Tochter S. zum Kaufpreis von 100.000 EUR übertragen.

In den Steuerbescheiden des Finanzamts über die Einkommensteuer betreffend die Jahre 2006–2008 des Erblassers bzw. der Klägerin hat das Finanzamt mangels entsprechender Erklärung der Klägerin und des Erblassers Entnahmegewinne wegen der Grundstücke nicht versteuert. Die Einkommensteuerfestsetzungen für 2007 und 2008 stehen unter dem Vorbehalt der Nachprüfung nach § 164 Abs. 1 AO. Der jetzige Steuerberater A. hat hinsichtlich des Entnahmegewinns mit Schreiben vom 16.6.2010 an das Finanzamt mitgeteilt, dass eine Rücklage nach §§ 6b, 6c EStG wegen eines beabsichtigten Hallenneubaus einzustellen sei.

Die Klägerin macht den Schaden geltend, der dadurch entstanden sei, dass der Erblasser die den Töchtern zugedachten Grundstücke nicht bis zum 31.12.2005 aus dem Betriebsvermögen entnahm. Der Beklagte erhebt die Einrede der Verjährung.

Die Klägerin bringt vor, dass der Beklagte langjährig den Erblasser in allen wirtschaftlichen und privaten steuerlichen Angelegenheiten beraten habe. Der Beklagte sei vom Erblasser schon seit den neunziger Jahren über dessen Pläne, den Töchtern die Baugrundstücke zukommen zu lassen, eingeweiht gewesen. Der Erblasser habe den Beklagten im Jahr 2005 am 4.6.2005, 20.7.2005 und im November 2005 aufgesucht. Jedes Mal sei es um die Herausnahme der Grundstücke gegangen. Zuletzt habe der Erblasser den Beklagten im November 2005 aufgesucht, habe ihm wie jedes Jahr seine Steuerunterlagen gebracht und dem Beklagten vom Umlegungsverfahren erzählt. Der Erblasser habe schon vor Jahren Obstbäume beseitigt, um die Herausnahme zu fördern. Der Beklagte habe jedoch gemeint, dass sich hierdurch nichts verändere.

Der Erblasser habe die Klägerin und die Kinder jedes Mal darüber unterrichtet, dass der Beklagte immer gemeint habe, die Herausnahme der Grundstücke habe für ihn nachteilige steuerliche Folgen. Der Beklagte habe erklärt, er sehe keine Möglichkeit, den Anfall der Besteuerung durch die Herausnahme der Grundstücke zu vermeiden. Der Erblasser habe deshalb mit der Herausnahme zugewartet. Von einer Steuervergünstigung bis 31.12.2005 habe der Erblasser nichts gewusst.

Der Beklagte habe daher – entgegen seiner Verpflichtung – den Erblasser nicht auf die Möglichkeit der steuerlichen

Begünstigung bis 31.12.2005 hingewiesen, was der Ehemann der Klägerin auch dem Steuerberater und seinem späteren Rechtsanwalt eindeutig erklärt habe. Der Beklagte habe seine ihn als Steuerberater treffenden Pflichten verletzt. Die Pflicht zur Aufklärung über steuerliche Vorteile bestehe auch ungefragt, umso mehr jedoch bei konkreter Nachfrage des Mandanten nach bestimmten Steuerersparnissen. Der Beklagte habe falsch beraten.

Da ein Steuerbescheid noch nicht vorliege, sei der Feststellungsantrag begründet, weil der konkrete Schaden noch nicht feststehe, dieser liege bei 58.920,12 EUR.

Der Erblasser habe Rechtsanwalt G. eingeschaltet, um seine Ansprüche durchzusetzen. Dieser habe geraten, das Wissen seines Mandanten im Hinblick auf dessen Gesundheitszustand in Form der eidesstattlichen Versicherung vom 22.8.2006 förmlich aufzunehmen und zu manifestieren. Rechtsanwalt G. habe auch den neuen Steuerberater zur Berechnung des Schadens hinzugezogen.

Zwischenzeitlich hätten die Töchter die Grundstücke im Wege des Erbanges erhalten, so dass die Klägerin demnächst als erbliche Rechtsnachfolgerin die steuerliche Belastung aus der Entnahme der Grundstücksanteile tragen müsse. Der Schaden dürfte ca. 60.000 EUR betragen.

Die Ansprüche seien auch nicht verjährt, weil eine Verjährung erst mit Bekanntgabe des an den Mandanten gerichteten nachteiligen Steuerbescheids laufe, den es bislang nicht gebe.

(Anträge ...)

Das Mandatsverhältnis zum Erblasser habe sich auf die Anfertigung von Steuerklärungen und die Beratung in steuerlichen Fragen bei konkretem Anlass beschränkt. Eine Beratung in wirtschaftlichen Fragen habe nicht stattgefunden.

Eine Pflichtverletzung sei dem Beklagten nicht vorzuwerfen. Die Folgen einer Entnahme des betreffenden Grundstücks bzw. Teilflächen aus diesem Grundstück aus dem land- und forstwirtschaftlichen Betrieb seien immer wieder Thema der Besprechungen mit dem Ehemann der Klägerin gewesen. Eine solche Entnahme hätte auch bei Inanspruchnahme des Freibetrags aus § 14a Abs. 4 EStG zu einer erheblichen steuerlichen Belastung des Erblassers geführt, weshalb sich dieser entschlossen habe, die Entnahme nicht vorzunehmen, weil er die Steuerbelastung, die er habe selbst tragen müssen, gescheut habe.

Die Eigenschaft der Grundflächen als land- und forstwirtschaftliches Betriebsvermögen sei seit vielen Jahren ständiges Thema der Beratung durch den Beklagten gewesen. Schon 1991 habe der Ehemann der Klägerin einen Antrag auf verbindliche Auskunft des Finanzamts gestellt, dass die Grundflächen steuerlich zum Privatvermögen gehören, was das Finanzamt im Hinblick auf dort befindliche Obstbäume verneint habe. Der Erblasser habe dann die Bäume entfernen lassen, um eine solche Entnahme eher zu ermöglichen.

Sowohl im Jahr 2004 als auch im Jahr 2005 habe der Beklagte dem Erblasser bei persönlichen Besprechungen erläutert, dass der Freibetrag über den 31.12.2005 hinaus nicht mehr zur Verfügung stehe, dass andererseits aber auch bei Entnahme unter Ausnutzung des Freibetrags eine Belastung mit Einkommensteuer in erheblicher Größenordnung zu tragen sein würde. So habe der Beklagte den Erblasser ausweislich seiner Zeiterfassung am 4.6.2004 0,5 Stunden über die Möglichkeit der Entnahme und deren steuerlichen Folgen beraten. Auch im Jahr 2005 habe der Beklagte den Erblasser entsprechend beraten.

Der Erblasser habe daher den Freibetrag bis Ende 31.12.2005 nicht ausnutzen wollen, weil dies nur unter Inkaufnahme einer weit höheren steuerlichen Belastung habe erfolgen können. Zudem habe eine Übertragung der Grundstücke 2005 nicht stattfinden können, weil die Finanzierung der vereinbarten Gegenleistung von jeweils 100.000 EUR nicht gesichert gewesen sei. Es fehle daher an der erforderlichen Kausalität der Pflichtverletzung für einen Schaden.

Der Erblasser sei auch unabhängig vom Beklagten durch regelmäßige Lektüre der „Bauernzeitung“ und Beratung durch den Bauernverband über das Problem der Entnahmen informiert gewesen.

Mit der Entscheidung des Erblassers hätten sich die Klägerin und die Töchter jedoch nicht abgefunden und sich mit E-Mail an den Beklagten gewandt, der Erblasser habe jedoch erklärt, dass er nicht wisse, was diese wollten und so zum Ausdruck gebracht, er selbst werde keine Ansprüche gegen den Beklagten aus einer vermeintlich unterlassenen Aufklärung über den Freibetrag geltend machen, was ein Verzicht auf jegliche Schadenersatzansprüche aus einer solchen vermeintlichen Pflichtverletzung darstelle.

Ein Schaden sei bislang nicht eingetreten, weder beim Erblasser noch bei der Klägerin, weil eine Entnahme erhebliche steuerliche Belastungen zur Folge gehabt hätte und die Grundstücke im Vermögen des Erblassers verblieben. Eine Gesamtschau zur Ermittlung des Schadens stelle die Klägerin nicht auf. Auch könne der Schaden und die Steuerbelastung durch die Einstellung des Veräußerungsgewinns in einer Rücklage gemäß § 6c EStG vermindert werden. Eine steuerliche Festsetzung der Entnahmegewinne sei bislang nicht erfolgt. Wenn die Entnahmen jedoch ordnungsgemäß in den Steuererklärungen aufgenommen worden wären, hätte das Finanzamt die Entnahmegewinne mit den Einkommensteuerbescheiden bis 2008 bereits festgesetzt.

Nach dem Anwaltsschreiben vom 17.10.2006 habe der Beklagte von der Angelegenheit bis zur Erhebung der Klage nichts mehr gehört, so dass eventuelle Ansprüche ohnehin verjährt seien. Der Schaden sei spätestens am 31.12.2005 mit Wegfall des Freibetrags eingetreten. Der Erblasser und die Klägerin sowie die Töchter hatten bereits im Januar 2006 Kenntnis vom behaupteten Schaden, wie die E-Mail vom 31.1.2006 zeige, so dass Verjährung mit dem 31.12.2009 eingetreten sei. (...)

Die mündliche Verhandlung vor der Kammer fand am 20.4.2011 statt. Zum weiteren Vorbringen der Parteien und dem Inhalt der mündlichen Verhandlung wird auf das Protokoll verwiesen.

Mit Beschluss vom 26.9.2011 hat die Kammer mit Zustimmung der Parteien das schriftliche Verfahren mit Schriftsatzfrist bis 14.10.2011 angeordnet. ■

Aus den Gründen:

Die zulässige Klage ist unbegründet. Die Klägerin hat keinen durchsetzbaren Schadenersatzanspruch als Erbin ihres Ehemanns wegen fehlerhafter Beratung im Zusammenhang mit der Entnahme der beiden Grundstücke aus dem landwirtschaftlichen Betrieb im Jahr 2005 gemäß §§ 280, 1922 BGB, weil ein solcher Schadenersatzanspruch verjährt ist (§ 214 BGB). Der Beklagte hat sich ausdrücklich auf die Einrede der Verjährung berufen.

Die Voraussetzungen für einen Schadenersatzanspruch des Klägers sind ein Steuerberatungsvertrag zwischen den Parteien, aus dem sich eine bestimmte Pflichtenlage ergibt, die Verletzung dieser Pflichtenlage seitens des Steuerberaters, die Ursächlichkeit dieser Pflichtverletzung für eine schadensträchtige Vermögensdisposition bzw. die Unterlassung einer gebotenen Vermögensdisposition und letztlich der Eintritt eines Schadens. Liegt nur eine dieser Voraussetzungen nicht vor, ist ein Schadenersatzanspruch nicht gegeben. Schließlich darf der Schadenersatzanspruch nicht verjährt sein.

Ungeachtet der Frage, ob die Voraussetzungen für einen Schadenersatzanspruch der Klägerin vorliegen, also dem Beklagten eine Pflichtverletzung vorzuwerfen ist oder überhaupt ein Steuerschaden bei der Klägerin eintrat, ist ein solcher Schadenersatzanspruch gemäß §§ 195, 199 BGB verjährt und der Beklagte kann gemäß § 214 BGB die Schadenersatzleistung verweigern.

Nach §§ 195, 199 BGB verjährt ein Anspruch binnen drei Jahren mit dem Schluss des Jahres, in welchem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt hat, wobei grob fahrlässige Unkenntnis einer Kenntnis gleichsteht.

Die **Schadeneinstellung** ist anzunehmen, wenn der Schaden wenigstens dem Grunde nach erwachsen ist, mag seine Höhe noch nicht beziffert werden können, ferner wenn durch die Verletzungshandlung eine als Schaden anzusehende Verschlechterung der Vermögenslage eingetreten ist, ohne dass feststehen muss, ob ein Schaden bestehen bleibt und damit endgültig wird, oder wenn eine solche Verschlechterung der Vermögenslage oder auch ein endgültiger Teilschaden entstanden ist und mit der nicht fernliegenden Möglichkeit weiterer, noch nicht erkennbarer, adäquat verursachter Nachteile bei verständiger Würdigung zu rechnen ist (BGHZ 100, 228, 231 f.; 114, 150, 152 f.). Ist dagegen noch offen, ob ein pflichtwidriges, mit einem Risiko behaftetes Verhalten zu einem Schaden führt, ist ein Ersatzanspruch noch nicht entstanden, so dass eine Verjährungsfrist nicht

in Lauf gesetzt wird (BGHZ 100, 228, 232). Dementsprechend hat der Bundesgerichtshof in BGHZ 114, 150, 153 f. ursprünglich ausgeführt, die Verjährungsfrist des inzwischen außer Kraft getretenen § 68 StBerG beginne mit dem Eintritt der Bestandskraft des belastenden Steuerbescheids. In späteren Entscheidungen hat der Bundesgerichtshof auf die Bekanntgabe des ersten belastenden Bescheids abgestellt (BGH v. 21.10.2010, DStR 2011, 238 ff.; v. 7.2.2008, NJW-RR 2008, 1508). Die Möglichkeit, auch auf Feststellung einer Pflicht zur Leistung künftigen Schadenersatzes zu klagen, bestimmt den Zeitpunkt der Schadeneinstellung nicht (BGHZ 100, 228, 232).

Wenn der Steuerberater einen fehlerhaften Rat in einer Steuersache erteilt und dieser sich in einem für den Mandanten nachteiligen Steuerbescheid niedergeschlagen hat, ist nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs daher **eine als Schaden anzusehende Verschlechterung der Vermögenslage des Mandanten grundsätzlich erst mit der Bekanntgabe des ersten belastenden Bescheids eingetreten**.

Das gilt für alle Schadenfälle in Steuersachen, gleichgültig, ob die Schadenursache dazu führt, dass gegen den Mandanten ein Leistungsbescheid der Finanzbehörde ergeht oder ein Steuervorteil durch einen Feststellungs-(Grundlagen-) Bescheid versagt wird (BGHZ 119, 69, 72 f.; 129, 386, 388; BGH v. 18.12.1997 – IX ZR 180/96, WM 1998, 779, 780; v. 23.1.2003 – IX ZR 180/01, WM 2003, 936, 939; v. 12.2.2004 – IX ZR 246/02, WM 2004, 2034, 2037; v. 3.11.2005 – IX ZR 208/04, WM 2006, 590, 591; v. 13.12.2007 – IX ZR 130/06, WM 2008, 611, 612 Rdnr. 11; v. 21.3.2000 – IX ZR 183/98, DStR 2000, 1360, NJW 2000, 2678, 2679; v. 23.1.2003 – IX ZR 180/01, DStR 2003, 1626, WM 2003, 936, 939; v. 16.10.2003 – IX ZR 167/02, DStRE 2004, 237, WM 2004, 472, 473; BGHZ 129, 386, 388 f.). Denn dann ist das Steuerfestsetzungsverfahren der Finanzbehörde abgeschlossen.

Die Verjährung des Ersatzanspruchs gegen einen Steuerberater, der steuerliche Nachteile seines Mandanten verschuldet hat, beginnt daher **regelmäßig frühestens mit Zugang des Bescheids des Finanzamts. Das gilt auch dann, wenn eine Außenprüfung vorausgegangen ist** (BGH v. 2.7.1992 – IX ZR 268/91, BGHZ 119, 69–74, Klarstellung zu BGH v. 22.2.1979 – VII ZR 256/77, BGHZ 73, 363). Dieser Rechtsprechung liegt der Gedanke zugrunde, dass erst ab abgeschlossenem Steuerfestsetzungsverfahren bekannt ist, ob die Pflichtverletzung für den Mandanten negative steuerliche Folgen hat. Mit dem Steuerbescheid wird regelmäßig die Zahlungspflicht des Mandanten bezüglich der Mehrsteuer ausgelöst und das Vermögen des Mandanten gemindert, tritt also die Vermögenseinbuße ein (BGH v. 2.7.1992 – IX ZR 268/91, a.a.O.), so dass sich der Mandant, gegebenenfalls hiervon veranlasst anwaltlicher oder sonstiger Hilfe bedient, um den Steuerschaden ersetzt zu erhalten. **In einem solchen Fall ist der zeitlich erste Schaden der Steuerschaden selbst und die sonstigen Kosten wie etwa Anwaltskosten und Steuerberaterkosten sind die Folge dieses schon feststehenden und eine Zahlungspflicht auslösenden Steuerschadens.** Dies rechtfertigt, den Schadeneintritt erst mit dem belastenden Steuerbescheid anzunehmen.

Vorliegend bedienten sich der Erblasser und die Klägerin jedoch schon **vor einem belastenden Steuerbescheid anwaltschaftlicher und sonstiger Hilfe**, die nicht nur mit der Abwehr eines künftigen drohenden Steuerschadens betraut waren, sondern mit der Verfolgung des Schadenersatzanspruchs gegenüber dem Beklagten. Unmittelbar nachdem mit dem 31.12.2005 die Frist für eine steuerbegünstigte Entnahme der Grundstücke aus dem landwirtschaftlichen Betrieb abgelaufen war, wandten sich zunächst die Töchter des Erblassers wegen des Wegfalls des Freibetrags im Januar 2006, später dann mündlich die Klägerin in Absprache mit dem Erblasser anlässlich eines Gesprächs am 6.6.2006 an den Beklagten und machten Schadenersatz geltend. Damit war spätestens im Juni 2006 dem Erblasser sowohl die Person des vermeintlichen Schädigers als auch die wesentlichen schadenersatzbegründenden Umstände (Wegfall des Freibetrags) bekannt. Dies folgt auch aus der von der Klägerin selbst vorgelegten eidesstattlichen Versicherung des Erblassers vom 22.8.2006.

Mit Schreiben vom 17.10.2006 wandte sich namens des Erblassers Rechtsanwalt G. an den Beklagten, zeigte dessen Vertretung an und machte die Zahlung des Steuerschadens von 58.920,12 EUR geltend. Dies zeigt, dass der Erblasser von einer – schon bestehenden – Zahlungspflicht ausging sowie alle diese begründenden Umstände (Ablauf der Frist für den Freibetrag) und die Person des Schädigers kannte. Dass Rechtsanwalt G. oder der zeitgleich vom Erblasser eingeschaltete Steuerberater A. unentgeltlich arbeiteten, wäre lebensfremd. Hiervon vermag die Kammer ohne weiteren substantiierten Vortrag der Klägerseite dazu nicht auszugehen, denn solche Berater verlangen in aller Regel eine Vergütung. Dies bestätigte die Klägerseite auch, denn bei dem Antrag macht die Klägerin auch „schon entstandene“ Schäden geltend und in der mündlichen Verhandlung erklärte der Klägerevertreter hierzu, dass er hierbei an Rechtsanwalts- und Steuerberaterkosten dachte.

Nach der weiteren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs verjähren jedoch alle Schäden, die auf ein- und dieselbe Pflichtverletzung zurückzuführen sind, nach dem **Grundsatz der Schadeneinheit** einheitlich (BGH, WM 1990, 815; BGHZ 50, 21, 23 f). Folglich beginnt dann, wenn aufgrund einer Vertragsverletzung einzelne Schäden in zeitlichen Abständen nach und nach entstehen, die Verjährung einheitlich mit dem Eintritt des ersten Schadens, soweit bei dessen Auftreten die später entstehenden Folgen wie hier voraussehbar waren (BGH v. 10.10.1978 – VI ZR 115/77, NJW 1979, 264; BGH, BB 1994, 183). Dies ist in den regelmäßig vorliegenden Schadenfällen, zunächst Eintritt des Steuerschadens durch den belastenden Steuerbescheid und dann in der Folge hiervon die Beauftragung von Rechtsanwälten und/oder Steuerberatern mit Folgekosten unproblematisch, denn die Verjährung läuft einheitlich ab dem belastenden Steuerbescheid und wegen des Grundsatzes der Schadeneinheit verjährt der Ersatzanspruch bezüglich der Folgekosten einheitlich mit dem Steuerschaden.

Hier liegt jedoch der umgekehrte Fall vor. Einen belastenden Steuerbescheid gibt es noch nicht, weil die Klägerin eine Rücklage bildete und so den Entnahmegewinn minderte.

Dem Erblasser und der Klägerin waren jedoch die Pflichtverletzung und die Person des Schädigers spätestens Anfang 2006 bekannt. Ein solcher vom Regelfall abweichender Sachverhalt ist – soweit ersichtlich – von der höchstgerichtlichen Rechtsprechung noch nicht entschieden.

Soweit eine Pflichtverletzung Anwalts- und Steuerberaterkosten auslöst, stellen solche Kosten auch ohne die Voraussetzungen eines Verzugs einen ersatzfähigen Schaden dar und sind in die Schadenersatzberechnung durch Gesamtvermögensvergleich als Schadenposition einzustellen, weil sie aus der Sicht des Geschädigten zur Wahrnehmung seiner Rechte erforderlich und zweckmäßig und deswegen eine adäquate Folge der schuldhaften Pflichtverletzung des Schädigers sind (BGH v. 23.10.2003 – IX ZR 249/02, NJW 2004, 444–446; v. 11.5.1999 – IX ZR 298/97, NJW 1999, 2435, 2436; v. 8.11.1994 – VI ZR 3/94, NJW 1995, 446, 447; v. 30.4.1986 – VIII ZR 112/85, NJW 1986, 2243, 2245).

Ein solcher Schaden verbleibt dem Geschädigten auch dann, wenn später – z.B. durch Aufhebung eines belastenden Steuerbescheids oder nach einem finanzgerichtlichen Verfahren – der Steuerschaden als solcher wegfällt. Er ist daher anders als Nebenleistungen wie Zinsen oder sonstige Verzugschäden nicht abhängig vom Steuerschaden. **Anders als die durch Verzug begründeten Anwaltskosten sind folglich Anwalts- und Steuerberaterkosten, die vor dem Steuerschaden durch die Inanspruchnahme anwaltschaftlicher oder steuerberaterlicher Hilfe vor der Steuerfestsetzung entstanden sind, keine Nebenforderungen nach § 217 BGB und verjähren insofern nicht gemäß § 217 BGB mit der Hauptforderung.**

So hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass der Zinsschaden, der dem Mandanten des Steuerberaters entsteht, weil er eine Forderung finanzieren muss, hinsichtlich welcher er wegen der fehlerhaften Beratung seitens des Steuerberaters nicht erkennt, dass er sie in Wahrheit nicht schuldet, keine Nebenforderung i.S.d. BGB § 224 a.F. (heute § 217 BGB) ist, sondern als Teil des Schadenersatzanspruchs Hauptforderung (BGH v. 25.3.1987 – IVa ZR 250/85, NJW 87, 3137; v. 27.11.1985 – IVa ZR 97/84, VersR 1986, 362; v. 1.10.1981 – III ZR 13/80, VersR 1982, 42).

Damit ist vorliegend der erste Schaden als Vermögenseinbuße bereits im Jahr 2006 entstanden und die Klägerseite hatte im Jahr 2006 schon Kenntnis von sämtlichen anspruchsbegründenden Tatsachen.

Die Situation der Klägerin bzw. des Erblassers gleicht den Fällen, in welchen der eigentlichen Steuerfestsetzung Grundlagenbescheide vorangingen. In solchen Fällen beginnt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs die Verjährung bereits ab Bekanntgabe des Grundlagenbescheids, denn maßgebend sei, wann das Feststellungs- und Beurteilungsrisko des Steuerpflichtigen, dessen Einschätzung sein weiteres Verhalten bestimmt, sich durch einen Verwaltungsakt der Finanzbehörde erstmals zu einem Schaden verdichtet hat (BGH v. 12.11.2009 – IX ZR 218/08, MDR 2010, 269, 270; BGHZ 129, 386, 389 f). Dies setzt bei einem Grundlagenbescheid nicht voraus, dass gleichzeitig bereits ein Leistungs-

bescheid der Finanzverwaltung ergangen und eine zusätzliche Steuerschuld nebst Zinspflicht begründet worden ist, für die im Wege der Leistungsklage Ersatz gefordert werden könnte, soweit diese Belastung vermeidbar war.

Schon der Grundlagenbescheid verdichtet das bestehende Nachversteuerungs- und Verzinsungsrisiko zu einem mit hoher Wahrscheinlichkeit bevorstehenden Schaden und die Erhebung einer Klage, welche die Ersatzpflicht des Beraters für die drohende Nachversteuerung und Verzinsung feststellen soll, ist dem Geschädigten von diesem Zeitpunkt an möglich und zuzumuten.

Dies ist auch deshalb gerechtfertigt, weil es – wie der vorliegende Fall zeigt – bei einem Abstellen bezüglich des Laufs der Verjährung und der Schadenerstehung auf eine erste belastende Steuerfestsetzung auch nach Entstehen eines Teilschadens der Mandant in der Hand hätte, durch Nichtvornahme der Entnahme oder durch die Bildung einer Rücklage eine Klärung der Schadenersatzpflicht jahrelang zu verzögern, ohne dass Rechtssicherheit für die Parteien eintritt.

Die dreijährige Verjährungsfrist lief daher Ende 2009 gemäß §§ 195, 199 BGB ab, nachdem der Erblasser bzw. die Klägerin, wie ausgeführt, seit 2006 Kenntnis von den anspruchsbegründenden Umständen hatten und weil der Steuerberater A. und Rechtsanwalt G. schon 2006 mit der Verfolgung der Schadenersatzansprüche beauftragt waren, so dass deren Honorare ebenfalls 2006 entstanden.

Von einer Hemmung der Verjährung gemäß § 203 BGB vermag die Kammer nicht auszugehen. Es ist nicht vorgetragen und ersichtlich, ob sich die Parteien bzw. die Erblasser und der Beklagte in Verhandlungen über den Schadenersatzanspruch i.S.d. § 203 BGB befanden, nachdem nach dem Vortrag der Klägerin der Beklagte im Gespräch vom 6.6.2006 eine Pflichtverletzung bestritten hatte und demzufolge sich der Beklagte daher auf Verhandlungen über eine Schadenersatzverpflichtung nicht einließ. Daran änderte auch das Schreiben von Rechtsanwalt G. vom 17.10.2006, mit welchem der Erblasser den Schadenersatzanspruch geltend machte, nichts, denn die bloße Anmeldung eines Schadenersatzanspruchs ist nicht ausreichend für Verhandlungen i.S.d. § 203 BGB. Erforderlich ist vielmehr, dass der Schuldner, hier folglich der Beklagte, zum Ausdruck bringt, er lasse sich auf Erörterungen über die Berechtigung des Anspruchs ein. Ein solches Verhalten hat die Klägerin jedoch nicht vorgebracht.

Somit ist der geltend gemachte Schadenersatzanspruch – so er gegeben ist – Ende 2009 verjährt. Die Klage ging beim Landgericht Stuttgart ausweislich des Eingangsstempels erst am 31.12.2010 ein, so dass eine Verjährungshemmung durch Rechtsverfolgung gemäß § 204 Abs. 1 BGB nicht mehr rechtzeitig erfolgte. (...) ■

GI Literaturhinweis

Die Haftung bei Kapitalanlagen

Kein anderes Rechtsgebiet in Deutschland ist derart von Präzedenzfällen geprägt wie die Haftung bei Kapitalanlagen. Zwangsläufig wird zur Beurteilung des „eigenen Sachverhalts“ auf Entscheidungen anderer Gerichte Bezug genommen.

Dieses Werk versucht in der heutigen Zeit der Informationsüberflutung, aus Entscheidungen zur Haftung bei Kapitalanlagen diejenigen darzustellen, zu analysieren und zu beschreiben, welche allgemeingültig und mit besonderem Gewicht wesentliche Haftungsfragen klären.

Alle haftungsrechtlich relevanten Aspekte werden in zwölf Themenkreisen gegliedert und praxisnah unter besonders gründlicher Darstellung des Sachverhalts aufbereitet.

Der Band richtet sich an Rechtsanwälte, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer und Richter, gleichgültig in welcher Funktion sich diese mit dem Kapitalanlagerecht beschäftigen.

Dr. Michael Zoller: Die Haftung bei Kapitalanlagen, Verlag C.H. Beck, 2012, XXI, 251 Seiten, kartoniert, 59,- €, ISBN 978-3-406-62882-5

GI Literatur-Ecke

Hahn: Die Versicherbarkeit von Prospekthaftungsansprüchen bei der Emission von geschlossenen Fonds, *VerS* 2012, 393

Kallenbach: Gemischte Sozietät: Alle Sozien der GbR haften für alles, *AnwBl* 2012, 773

Krämer: WP-Haftung wegen Beratungsfehlern im Zusammenhang mit einer Verschmelzung, *GmbH-StB* 2012, 204

Lüers: Absicherung von besonderen Risiken durch eine gesonderte Haftpflichtversicherung zugunsten des Insolvenzverwalters, *AnwZert InsR* 13/2012 Anm. 2

Nareuisch: Beratungsfallen für Steuerberater in der betrieblichen Altersversorgung, *NWB* 2012, 1848

Saenger/Scheuch: Wandel im Berufsbild: Mittelverwendungskontrolle als anwaltliche Tätigkeit?, *AnwBl* 2012, 497

Voß: Drittschützende Wirkung eines Steuerberatungsmandats bei Überschuldungsprüfung für GmbH, *jurisPR-HaGesR* 8/2012 Anm. 3

Ihr Navi im Verkehrsrecht.

Dieses Anwalts-Handbuch ist der Leitfaden für die sichere und wirtschaftliche Bearbeitung jedes verkehrsrechtlichen Mandats.

Erläutert es Ihnen doch alle wesentlichen Aspekte der vielen unterschiedlichen Rechtsgebiete, aus denen das Verkehrsrecht besteht, mit allen spezifischen Einzelfragen in einem einzigen Band.

Wie alle Werke der erfolgreichen Handbuch-Reihe aus dem Verlag Dr. Otto Schmidt wurde auch dieses von erfahrenen Praktikern konzipiert, die die gesamte Materie durchgehend



van Bühren/Jahnke/Lemcke (Hrsg.) **Anwalts-Handbuch Verkehrsrecht** Herausgegeben von RA Dr. Hubert van Bühren, RA Jürgen Jahnke, RA Hermann Lemcke. Bearbeitet von sechs erfahrenen Praktikern des Verkehrsrechts. 2., überarbeitete Auflage 2011, 1.434 Seiten Lexikonformat, gebd. 99,- €. ISBN 978-3-504-18060-7

aus Sicht des praktizierenden Anwalts behandeln – vom ersten Gespräch bis zur Gebührenabrechnung.

Neben umfangreicher Kasuistik geben sie Ihnen immer wieder praktische Beispiele, Muster für zwingende Schriftsätze, Checklisten und jede Menge Tipps zum richtigen Vorgehen im Einzelfall an die Hand. Alles auf neuestem Stand natürlich.

Anwalts-Handbuch Verkehrsrecht. Gas geben, schnell bestellen! Leseprobe?

www.otto-schmidt.de

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

☒ Ja, ich bestelle mit 14-tägigem Rückgaberecht van Bühren/Jahnke/Lemcke (Hrsg.) **Anwalts-Handbuch Verkehrsrecht** 2. Auflage, gebd. 99,- € plus Versandkosten. ISBN 978-3-504-18060-7

Name

Straße

PLZ

Ort

Telefon

Fax

Datum

Unterschrift

12/11

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

GI Service

Beilage

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

Aus HDI-Gerling und HDI entsteht die neue Marke „HDI“. Damit werden die beiden Traditionsmarken im deutschen Privat- und Firmenkundenbereich zusammengelegt. Erfahren Sie Genaueres im Editorial des GI service.

In der vorliegenden Ausgabe berichten wir zudem über die wichtigsten Veränderungen bei Haftungsfragen als gesetzlich bestellter Gutachter. Ein weiteres Thema sind die neu geschaffenen Tätigkeitsbereiche, die das Insolvenzrecht für Berater vorsieht. Hier erfahren Sie, welche Fallstricke und Gestaltungsmöglichkeiten durch die neue Gesetzgebung entstanden sind.

Weitere interessante Beiträge dieser Ausgabe: Informationen und Tipps zum Thema Unisex-Tarife in der betrieblichen Altersversorgung und Kurzmeldungen rund um den Berufsstand.

Nutzen Sie auch weiterhin unseren Downloadbereich unter www.hdi.de/giservice



Service-Fax

(0511) 645 111 3661

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

Worauf Sie sich verlassen können:

HDI 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 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 gehört zum Talanx-Konzern, der nach Beitragseinnahmen drittgrößten deutschen Versicherungsgruppe.

Impressum

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

Herausgeber

HDI Versicherung AG, Nicole Gustiné, Produktmarketing
HDI-Platz 1, 30659 Hannover, Fax: (0511) 645 111 3661

Redaktion

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

Erscheinungsweise

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

Verlag

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

Abonnementservice

Fax: (0511) 645 111 3661

Layout und Satz

Type Connection, Lechenicher Str. 29, 50374 Erftstadt

Druck

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

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