



Nr. 2 / April 2013
33. Jahrgang

Informationen für wirtschaftsprüfende, rechts- und steuerberatende Berufe

GI aktuell

Inhalt

Editorial
GI News
GI Entscheidungen
GI Literaturhinweise

33
34
35
64

Insolvenzanfechtung

Honorarzahlung an Steuerberater / Vermutung der Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit / Steuerberater, nahestehende Personen gemäß § 130 Abs. 3 InsO? / Buchführungsmandat, Wissensvorsprung
(BGH, Urt. v. 15.11.2012 – IX ZR 205/11)

Anwaltschaftung

Normativer Schaden / Rechtswidriger Vermögensvorteil
(BGH, Urt. v. 25.10.2012 – IX ZR 207/11)

Anwaltschaftung

Klageschriftsatz / Unterschrift / Identifizierbarkeit / Unterzeichnung mit „i.V.“ und „nach Diktat außer Haus“
(BGH, Beschl. v. 26.7.2012 – III ZB 70/11)

Anwaltschaftung

Beweisverfahren im Regressprozess / Hypothetischer Ausgang eines Vorprozesses
(OLG Düsseldorf, Beschl. v. 2.5.2012 – 13 U 80/11)

35

Belehrungspflicht des Rechtsanwalts

Betriebswirtschaftliche Fragestellungen
(OLG München, Urt. v. 18.10.2011 – 30 U 513/10; rkr. nach BGH, Beschl. v. 19.7.2012 – IX ZR 179/11)

Belehrungspflicht des Rechtsanwalts

Betriebswirtschaftliche Fragestellungen
(BGH, Beschl. v. 19.7.2012 – IX ZR 179/11)

Wirtschaftsprüferhaftung

Abschlussprüfung / Vorsätzlich sittenwidrige Schädigung
(OLG Dresden, Urt. v. 30.6.2012 – 8 U 1603/08)

Gemischte Außensozietät, Scheinsozietät

Nachweis des Versicherungsschutzes / Gesamtschuldnerische Haftung / Widerruf der Bestellung
(OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 23.2.2012 – OVG 12 B 26/10)

37

41

43

47

51

52

61

Chancen und Risiken bei Pensionszusagen für den steuerlichen Berater

Punkten Sie bei Ihren Mandanten mit Ihrer Fachkompetenz in der Beratung zur betrieblichen Altersversorgung, insbesondere bei Pensionszusagen – wir zeigen, worauf es ankommt!

Die Themen bAV und Pensionszusagen rücken verstärkt in den Fokus der Beratungspraxis. Auslöser sind die ständigen Veränderungen, u.a. bei den bilanzrechtlichen Vorschriften, durch zunehmende Privatisierung und unter der Berücksichtigung des demografischen Wandels.

Hiermit verbunden sind oft nicht unerhebliche rechtliche und finanzielle Risiken für die Mandanten und den Berater. Viele Unternehmen suchen nach Lösungen, um sich der bestehenden Pensionszusagen zu entpflichten. Aber welche Lösung gibt es konkret für den jeweiligen Mandanten? Hier ist oft Expertenrat gefragt.

Das Seminar geht auf den Umfang und die Grenzen der zulässigen Beratung im Bereich bAV und die Vergütungsmöglichkeiten für den Steuerberater ein. Weiterer Inhalt des Seminars ist die Sanierung sowie die Möglichkeiten zur Entpflichtung von bestehenden Pensionszusagen.

Inhalte

- Das Beratungsfeld des Steuerberaters in der betrieblichen Altersversorgung
- Grenzen der Beratungstätigkeit
- Prüfung und mögliche Fehler in Pensionszusagen
- Mögliche Entpflichtungen von Pensionszusagen
- Auslagerung anhand eines konkreten Beispiels
- Vergütungsmöglichkeiten bei der Beratung der betrieblichen Altersversorgung

Referentinnen:



Frau Monika Dibbelt
Rechtsanwältin



Marzena Sierant
Dipl.-Finanzwirtin und Steuerberaterin,
zertifizierte bAV Spezialistin

Teilnehmer	Termin	Uhrzeit	Seminar-Nr.
Vor- und Zuname:			
_____	<input type="checkbox"/> 03.07.2013	14:00 – 16:00	76318.0001
_____	<input type="checkbox"/> 23.07.2013	14:00 – 16:00	76318.0002

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

Inhaltliche Rückfragen bitte per E-Mail an: teletax@hdi.de



Dialogseminare online Vorteile und Leistungsmerkmale:

- Kompakte Schulungsinhalte **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 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.

Seminaranmeldung: Fax 0911 319-4517

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

DATEV-Beraternummer
(falls vorhanden)

E-Mail

Stempel

Datum, Unterschrift

Editorial

Liebe Leserin, lieber Leser,

Rafael Meixner
Rechtsanwalt

Gleich zwei Entscheidungen in diesem Heft haben den Schadenersatzanspruch eines Mandanten, dessen Rechtsanwalt einen Prozess für ihn unzureichend geführt hat, zum Gegenstand. Anerkannt ist in der Rechtsprechung seit langem, dass der Mandant dann **keinen Schaden** erlitten hat, wenn das **Ergebnis des Vorprozesses** letztlich der **materiellen Rechtslage** entspricht. Denn Aufgabe des Regressprozesses ist es nicht, dem Mandanten einen Vermögensvorteil zu verschaffen, den er auch bei pflichtgemäßem Handeln seines Rechtsanwalts im Vorprozess nicht erhalten hätte. Das Anliegen, im Regressprozess ein dem materiellen Recht entsprechendes und damit „richtiges“ Ergebnis zu finden, erweitert letztlich den Verteidigungsspielraum des in Anspruch genommenen Rechtsanwalts:

Der BGH (IX ZR 207/11) stellt ausdrücklich klar, dass sich der Rechtsanwalt zur Vermeidung seiner Haftung auch auf **Gesichtspunkte** stützen kann, die **im Vorprozess** überhaupt **nicht angesprochen** worden waren. So ist es ihm nicht verwehrt vorzutragen, dass das von ihm seinerzeit vertretene Klagebegehren wegen einer erst nachträglich entdeckten Täuschung unbegründet war.

Noch deutlicher wird der positive Effekt auf die Vortragsmöglichkeiten des Rechtsanwalts in dem Beschluss des OLG Düsseldorf (13 U 80/11): Das Regressgericht hat im Haftungsprozess alle dort zulässigen Beweismittel zu berücksichtigen. Als **Zeugenbeweis** gehört hierzu auch die Anhörung des damaligen **Gegners des Mandanten aus dem Vorprozess**, obwohl dieser dort gerade nicht als Zeuge, sondern – unter den bekannten Einschränkungen – allenfalls als Partei hätte gehört werden können.

Lohnenswert ist schließlich auch die Lektüre der Entscheidung des OLG Dresden (8 U 1603/08) zur **Haftung eines Wirtschaftsprüfers**, der von einem Anleger wegen eines **in einem Anlageprospekt veröffentlichten, fehlerhaften Testats** in Anspruch genommen wurde. Geradezu als Lehrstück kann die dort vorgenommene Aufarbeitung aller Anspruchsgrundlagen dienen, welche in solchen Konstellationen theoretisch überhaupt denkbar sind. Positiv hervorzuheben ist die Klarstellung des OLG Dresden, dass allein die gesetzlich vorgeschriebene Prospektierung des Bestätigungsvermerks nicht die Einbeziehung der Anleger in den Schutzbereich des Prüfungsauftrages zur Folge hat.

Es grüßt Sie herzlich

Rafael Meixner

GI News

Investitionszulage: BFH legt dem EuGH Fragen zur KMU-Empfehlung 2003 vor

Mit Beschluss vom 20.12.2012 – III R 30/11 hat der Bundesfinanzhof (BFH) dem Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) im Wege eines Vorabentscheidungsersuchens mehrere Fragen vorgelegt, unter welchen Voraussetzungen zwei oder mehrere an sich unabhängige Unternehmen für die Beurteilung, ob es sich um ein kleines oder mittleres Unternehmen handelt, als Einheit zu betrachten sind.

Im Streitfall begehrt die Klägerin, eine GmbH, eine erhöhte Investitionszulage gemäß § 2 Abs. 7 Satz 1 Nr. 1 InvZuLG 2005. Dies setzt u.a. voraus, dass der Betrieb, in den investiert wird, die Merkmale für Kleinstunternehmen sowie für kleinere und mittlere Unternehmen im Sinne der Empfehlung der Europäischen Kommission erfüllt (so genannte KMU-Empfehlung). Obwohl die Klägerin für sich betrachtet die in der KMU-Empfehlung enthaltenen Schwellenwerte einhält, hat ihr das Finanzamt die erhöhte Investitionszulage verweigert, weil es davon ausgeht, die Klägerin bilde zusammen mit einer weiteren GmbH eine wirtschaftliche Einheit.

Der Entscheidung durch den EuGH bedarf es, da die Europäische Kommission im Anhang zu ihrer KMU-Empfehlung zwar einerseits detaillierte, an konzernrechtlichen Verflechtungen orientierte Anforderungen für die Annahme verbundener Unternehmen aufgestellt hat, in ihrer Spruchpraxis aber andererseits bei deren Nichtvorliegen im Einzelfall an der im Zusammenhang mit der nicht so präzisen Vorgängerempfehlung aus dem Jahr 1996 entwickelten wirtschaftlichen Gesamtbetrachtung festhält. Rechtsprechung des EuGH (oder des Gerichts erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften) existiert bislang nur zu der durch die KMU-Empfehlung 2003 abgelösten Vorgängerempfehlung. (BFH, Beschl. v. 20.12.2012 – III R 30/11)

Pressemitteilung d. BFH v. 6.3.2013 ■

GI Leitsätze

Hausanwalt des Haftpflichtversicherers / Reisekosten / Erstattungsfähigkeit

Die gegenüber den fiktiven Reisekosten eines am Wohn- oder Geschäftsort des Versicherungsnehmers ansässigen Rechtsanwalts höheren Reisekosten des vom Haftpflichtversicherer beauftragten Hausanwalts sind nicht erstattungsfähig, wenn dieser weder am Sitz des Gerichts noch am Wohn- oder Geschäftsort des Versicherungsnehmers ansässig ist.

(BGH, Beschl. v. 13.9.2011 – VI ZB 42/10) ■

Anwaltschaftung / Vergleichsverhandlungen / Insolvenzanfechtung

1. Ein Rechtsanwalt, der in Vergleichsverhandlungen eingeschaltet ist, muss seinen Mandanten auf Vor- und Nachteile des beabsichtigten Vergleichs hinweisen, ihm also im Einzelnen darlegen, welche Gesichtspunkte für und gegen den Abschluss sprechen, und alle Bedenken, Unsicherheitsfaktoren und die sich für den Mandanten aus dem Vergleich ergebenden Folgen erörtern.

2. Drohen dem Mandanten durch Insolvenzanfechtungen und gerichtliche Verfallsanordnungen erhebliche Vermögens-einbußen, so ist ein etwaiges Beratungsdefizit vor Abschluss eines Vergleichs mit dem Insolvenzverwalter nicht kausal für durch Verzichtserklärungen des Mandanten entstandene Vermögensnachteile, wenn solche ohne den Vergleich noch größer gewesen wären.

(OLG Düsseldorf, Beschl. v. 31.5.2010 – I-24 U 208/09) ■

Persönliche Haftung des Insolvenzverwalters

1. Für eine Haftung des Insolvenzverwalters nach § 61 InsO ist kein Raum, wenn die Entscheidung eines Arbeitnehmers, in einem Kündigungsschutzprozess einen Vergleich mit Abfindungsregeln zu schließen, auf einer eigenverantwortlichen, in Kenntnis aller Tatsachen und Risiken getroffenen Beurteilung der Sach- und Rechtslage und damit auf einem bewussten Handeln auf eigenes Risiko beruht.

2. Nimmt der Arbeitnehmer den Insolvenzverwalter, der einen Vergleich in einem Kündigungsschutzprozess geschlossen, die darin vereinbarte Abfindung jedoch nicht gezahlt hat, aus § 61 InsO auf Schadenersatz in Anspruch, muss er als Teil seiner Darlegungslast für den ihm entstandenen Schaden darlegen, dass er im Kündigungsschutzprozess obsiegt hat.

3. Macht der Arbeitnehmer Verteilungsfehler des Insolvenzverwalters geltend und nimmt ihn deshalb nach § 60 InsO persönlich auf Haftung in Anspruch, muss er sich bemühen, über eine Einsicht in die gerichtliche Insolvenzakte Informationen über die vom Insolvenzverwalter an andere Gläubiger geleisteten Zahlungen zu erlangen. Das nach § 299 II ZPO erforderliche rechtliche Interesse für eine derartige Akteneinsicht dürfte in der Vorbereitung möglicher Schadenersatzansprüche gegen den Insolvenzverwalter liegen. Ohne einen solchen Versuch zur Akteneinsicht hat der Arbeitnehmer nicht alle ihm zur Verfügung stehenden Möglichkeiten zu näherem Tatsachenvortrag zur Darlegung der von ihm behaupteten Pflichtverletzung des Insolvenzverwalters ausgeschöpft. Der Insolvenzverwalter ist darum nicht nach den Grundsätzen der sekundären Behauptungslast zum Vortrag positiver Gegenangaben verpflichtet (Orientierungssätze der Richterinnen und Richter des BAG).

(BAG, Urt. v. 6.10.2011 – 6 AZR 172/10, LAG Niedersachsen) ■

Insolvenzanfechtung

- Honorarzählung an Steuerberater
- Vermutung der Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit
- Steuerberater, nahestehende Personen gemäß § 130 Abs. 3 InsO?
- Buchführungsmandat, Wissensvorsprung (BGH, Urt. v. 15.11.2012 – IX ZR 205/11)

Leitsätze:

1. Werden vor dem gesetzlichen Dreimonatszeitraum Deckungshandlungen des Insolvenzschuldners gegenüber einer ihm nahestehende Person angefochten, braucht der Anfechtungsgegner nicht zu beweisen, dass ihm ein Vorsatz des Schuldners, die Gläubiger zu benachteiligen, unbekannt war. Bei Prüfung dieser Kenntnis hat der Tatrichter die Nähe zum Schuldner im Vornahmezeitpunkt der angefochtenen Rechtshandlung aber als Indiz zu würdigen.

2. Eine Person kann einer juristischen Person oder Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit auch nahestehen, wenn ihr als freiberuflicher oder gewerblichen Dienstleister alle über die wirtschaftliche Lage des Auftraggebers erheblichen Daten üblicherweise im normalen Geschäftsgang zufließen, so dass sie über den gleichen Wissensvorsprung verfügt, den sonst ein mit der Aufgabe befasster leitender Angestellter des Schuldnerunternehmens hätte (ausgelagerte Buchhaltung).

3. Ist der Anfechtungsgegner von dem Insolvenzschuldner als externer Helfer mit der Führung seiner Bücher und internen Konten beauftragt, kann er nicht als nahestehende Person angesehen werden, wenn zum Vornahmezeitpunkt der angefochtenen Rechtshandlung der Zufluss von Buchungsunterlagen aus dem betreuten Unternehmen länger als ein Vierteljahr stockte. ■

Zum Sachverhalt:

Die Beklagten sind Gesellschafter einer Steuerberatersozietät, welche die Schuldnerin, eine GmbH & Co. KG, seit längerer Zeit betreute. Unter anderem erledigte die Sozietät der Beklagten für die Schuldnerin laufende Buchführungs- und Kontierungsarbeiten des Zeitraums Januar bis April 2007. Die Schuldnerin glied die zur Abgeltung dieser Tätigkeiten jeweils im Folgemonat erteilten Rechnungen erst am 18.2.2008 mit einem Teilbetrag von 500 EUR und am 12.6.2008 mit der Restsumme von 985,78 EUR aus.

Die Schuldnerin beantragte am 4.9.2008 die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über ihr Vermögen, die das Amtsgericht am 21.11.2008 beschloss. Der zum Insolvenzverwalter bestellte Kläger verlangt mit seiner Anfechtungsklage von den Gesellschaftern die an ihre Sozietät am 18.2. und 12.6.2008 geleisteten Honorarzählungen zur Masse zurück.

Die Beklagten sind vom Amtsgericht antragsgemäß verurteilt worden. Die hiergegen gerichtete Berufung ist ohne Erfolg

geblieben. Mit der vom Landgericht zugelassenen Revision verfolgen die Beklagten ihren Klageabweisungsantrag weiter. Die Revision ist begründet, der Rechtsstreit in der Sache selbst jedoch noch nicht zur Endentscheidung reif. ■

Aus den Gründen:

I. Das Berufungsgericht hat die Klage nach § 133 InsO für begründet erachtet, weil es sich bei den Beklagten um der Schuldnerin nahestehende Personen gemäß § 138 Abs. 2 Nr. 2 InsO handele und der Beweis, dass ihnen zur Zeit der angefochtenen Zahlungen ein Vorsatz der Schuldnerin, die Gläubiger zu benachteiligen, unbekannt war, nicht erbracht worden sei.

II. Das Berufungsurteil hält rechtlicher Prüfung in mehrfacher Hinsicht nicht stand.

1. Rechtlich fehlerhaft ist bereits die vom Berufungsgericht angenommene **Beweislastumkehr** gemäß § 133 Abs. 2 Satz 2 InsO. Sie tritt nur dann ein, **wenn der Insolvenzverwalter nach § 133 Abs. 2 Satz 1 InsO einen entgeltlichen Vertrag zwischen dem Schuldner und einer ihm nahestehenden Person i.S.d. § 138 InsO anfecht**, durch den die Insolvenzgläubiger unmittelbar benachteiligt werden. Dieser Anfechtungstatbestand liegt nicht vor, weil die Schuldnerin keinen entgeltlichen Vertrag mit den Beklagten oder ihrer Sozietät abgeschlossen, sondern eine bestehende Verbindlichkeit erfüllt hat. Für die hier mithin gegebene Anfechtung einer kongruenten Deckung kommt nur die Beweislastumkehr nach § 130 Abs. 3 InsO in Betracht. Sie kann aber zeitlich für die Zahlung vom 18.2.2008 noch nicht eingreifen, sondern erst für die Zahlung vom 12.6.2008. Für die bei der älteren Zahlung allein möglichen Vorsatzanfechtung gemäß § 133 Abs. 1 InsO kann die Nähe des Anfechtungsgegners zum Schuldner nur indizielle Bedeutung haben (vgl. *Münch-Komm-InsO/Kirchhof 2. Aufl., § 133 Rdnr. 27*). Unter diesem beweisrechtlichen Gesichtspunkt ist sie vom Tatrichter nicht geprüft worden.

2. Mit Recht beanstandet die Revision insbesondere, dass das Berufungsgericht die Beklagten überhaupt als der Schuldnerin nahestehende Personen i.S.d. § 138 Abs. 2 Nr. 2 InsO angesehen hat.

a) Für die Beklagten kann die Nähe zur Schuldnerin nur als Gesellschafter gemäß § 138 Abs. 2 Nr. 2 und 3 InsO bestehen, wenn sie nicht persönlich in den Diensten der Schuldnerin standen, sondern die von ihnen begründete rechtsfähige Steuerberatersozietät. **Die Beklagten haften auch für anfechtungsrechtliche Geldschulden ihrer Sozietät, welche die Vergütungszahlungen der Schuldnerin erhalten hat, entsprechend § 128 HGB.**

b) **Die Steuerberatersozietät der Beklagten ist nach § 138 Abs. 2 Nr. 2 InsO als eine der Schuldnerin nahestehende Person zu beurteilen, wenn sie aufgrund einer den Organen oder qualifizierten Gesellschaftern der Schuldnerin vergleichbaren gesellschaftsrechtlichen oder dienstvertraglichen Verbindung die Möglichkeit hatte, sich über die wirtschaftlichen Verhältnisse der Schuldnerin zu unterrichten.** Dienstnehmer stehen

in einer solchen Verbindung zum Insolvenzschuldner in der Regel nur dann, wenn sie durch ihre Tätigkeit innerhalb des Schuldnerunternehmens eine besondere Informationsmöglichkeit über dessen wirtschaftliche Verhältnisse besitzen (vgl. BGH, Urt. v. 6.4.1995 – IX ZR 61/94, BGHZ 129, 236, 245 f.; v. 11.12.1997 – IX ZR 278/96, WM 1998, 304, 305; Jaeger/Henckel, InsO, § 138 Rdnr. 31; Stodolkowitz/Bergmann in: MünchKomm-InsO 2. Aufl., § 138 Rdnr. 33 f.). Im Anschluss an Kirchhof (ZInsO 2001, 825, 829) vertreten allerdings manche Stimmen des Schrifttums die Ansicht, externe Beziehungen zu einem Steuerberater seien dann wie Fälle leitender Angestellter zu behandeln, wenn auf den Berater die Buchhaltung der Schuldnerin im Wesentlichen ausgelagert sei. Für den beauftragten Steuerberater gelte dann nichts anderes als für den angestellten Leiter der Buchhaltung (etwa FK-InsO/Dauernheim 6. Aufl., § 138 Rdnr. 17; Rogge/Leptien in: Hmb-Komm-InsO 4. Aufl., § 138 Rdnr. 25; Ehrcke in: Kübler/Prütting/Bork, InsO 2008, § 138 Rdnr. 24; Uhlenbruck/Hirte, InsO 13. Aufl., § 138 Rdnr. 48).

Solche, den Bereich nahestehender Dritter nicht unbeträchtlich erweiternde Ausnahmen sind nur dann zu rechtfertigen, wenn an die Voraussetzungen, hier die organisatorische Auslagerung der Buchhaltung, strenge Anforderungen gestellt werden. **Nicht jeder freiberufliche oder gewerbliche Dienstleister, schon gar nicht jeder andere Vertragspartner kann als nahestehender Dritter aufgefasst werden, nur weil er aufgrund seiner Rechtsbeziehungen zum Schuldner größeren Einblick in dessen wirtschaftliche Verhältnisse hat als sonstige unternehmensfremde Personen.** So gehören Großlieferanten oder kreditgewährende Banken üblicherweise nicht zu den nahestehenden Dritten ihrer Kunden (BT-Drucks. 12/2443, S. 163 zu § 155 des Regierungsentwurfs). Das kann wiederum anders sein, wenn sie auch über eine Kapitalbeteiligung unterhalb der Schwelle des § 138 Abs. 2 Nr. 1 InsO verfügen (vgl. BGH, Urt. v. 5.7.2007 – IX ZR 256/06, BGHZ 173, 129 Rdnr. 4 und 56). Insoweit bedürfen die Umstände einer zweckentsprechenden Würdigung.

Dem Freiberufler im Dienst des Schuldners müssen, wenn er als nahestehende Person gemäß § 138 Abs. 2 Nr. 2 InsO gelten soll, nach der ihm vertraglich eingeräumten Rechtsstellung wie einem in gleicher Zuständigkeit tätigen Angestellten **alle über die wirtschaftliche Lage des Auftraggebers erheblichen Daten üblicherweise im normalen Geschäftsgang zufließen**. Werden einem freiberuflichen Dienstleister vom Schuldner **planmäßig bestimmte (klassifizierte) Tatsachen vorenthalten, kann ein Näheverhältnis nach § 138 Abs. 2 Nr. 2 InsO nicht entstehen**. Das **Buchhaltungsmandat** eines Steuerberaters mit einem Unternehmen kann deshalb nur dann die Beweislast des Insolvenzverwalters im Anfechtungsprozess nach § 130 Abs. 3 InsO umkehren, wenn es nach seiner rechtlichen und tatsächlichen Prägung dem Anfechtungsgegner den typischen Wissensvorsprung über die wirtschaftliche Lage des Mandanten vermittelt, den sonst nur damit befasste leitende Angestellte des Unternehmens haben. Denn hierin liegt der innere Grund, der die Anfechtung gegenüber Personen, die dem Schuldner gemäß § 138 InsO nahestehen, durch Beweislastumkehr nach Maßgabe von § 130 Abs. 3 InsO erleichtert. Diesen Vermutungstat-

bestand muss der Anfechtungskläger darlegen und nötigenfalls beweisen, der sich hierauf beruft.

Hat der **Steuerberater eine Sonderstellung** i.S.d. § 138 Abs. 2 Nr. 2 InsO erlangt, kann er sie durch **Kündigung oder Änderung des Dienstvertrages**, der sie begründet hat, wieder verlieren. Diese Einwendung gehört zur Darlegungs- und Beweislast des mandatierten Dienstleisters, wenn unstreitig oder vom klagenden Insolvenzverwalter bewiesen worden ist, dass der Anfechtungsgegner jedenfalls zunächst zu einer dem Schuldner nahestehenden Person geworden war. Hat der Steuerberater die Vermutung des § 130 Abs. 3 InsO auf diese Weise entkräftet, kann der Insolvenzverwalter den ihm sonst obliegenden Beweis des Anfechtungstatbestands wie gegenüber jedem Anfechtungsgegner gleichwohl noch erbringen.

Der dem Schuldner nahestehende Anfechtungsgegner kann die Vermutung auch dadurch entkräften, dass er zwar keine rechtliche Vertragsänderung behauptet, wohl aber nötigenfalls beweist, der Informationsfluss, der seinen **typischen Wissensvorsprung** begründete, **sei ohne rechtliche Vertragsänderung tatsächlich versiegt** oder auf längere Zeit unterbrochen worden. Sobald der nachgewiesene Aktualitätsverlust der einmal gewonnenen Kenntnisse über die wirtschaftlichen Verhältnisse des Schuldners bezogen auf den nach § 140 InsO maßgebenden Anfechtungszeitpunkt ernsthafte Zweifel rechtfertigt, ob der entscheidende allgemeine Wissensvorsprung aus der früheren Rechtsstellung über die wirtschaftliche Lage des Schuldners noch fort dauert, ist die Grundlage der Beweislastumkehr entfallen.

Diesen Rechtsgedanken bringt für den Sonderfall der aufgelösten Ehe oder häuslichen Gemeinschaft das Gesetz in § 138 Abs. 1 Nr. 1 und 3 InsO zum Ausdruck. Er ist hierauf aber nicht beschränkt und entsprechend auf Personen zu übertragen, die unter § 138 Abs. 2 Nr. 1 und 2 InsO fallen. Allerdings kann die Jahresfrist der in § 138 Abs. 1 Nr. 1 und 3 InsO genannten gelösten Verbindungen für die anders gelagerten Rechtsverhältnisse des § 138 Abs. 2 Nr. 1 und 2 InsO nicht gelten. Die in § 138 Abs. 2 InsO so genannten, unternehmerisch tätigen Schuldner sind im Allgemeinen schneller der Änderung ihrer wirtschaftlichen Lage ausgesetzt als natürliche Personen. Hier kann daher schon eine länger als **vierteljährliche Unterbrechung des Informationsflusses** den erlangten allgemeinen Wissensvorsprung auf der bisherigen Tätigkeit für den Schuldner infrage stellen. Normativ drückt sich diese Schnelllebigkeit etwa in den Sonderfällen inländischer Aktienemittenten am regulierten Markt aus, die nach § 37x Abs. 1 und 3 WpHG zu quartalsweisen Finanzberichten verpflichtet sind (vgl. auch Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 2004/109 EG v. 15.12.2004, ABl L 390 v. 31.12.2004, S. 38). **Drei Monate nach Abreißen des Informationsflusses ist deshalb die Vermutung des § 130 Abs. 3 InsO entkräftet**, selbst wenn sich eine rechtliche Vertragsänderung nicht feststellen lässt. Der Insolvenzverwalter hat aber alle Möglichkeiten, die vorher nach § 130 Abs. 3 InsO vermuteten Tatsachen nach allgemeinen Grundsätzen zu beweisen und kann sich hierbei auch auf die Indizwirkung von Tatsachen stützen, die der Anfechtungsgegner in der

Zeit erlangt hat, als er dem Schuldner nach § 138 Abs. 2 Nr. 2 InsO noch nahestand.

Von der Entkräftung des Vermutungstatbestands ist die Widerlegung der Vermutung zu unterscheiden. **Dauert das Nähe stiftende Dienstverhältnis** ohne wesentliche Änderung bis zum Vornahmezeitpunkt der angefochtenen Rechts-handlung gemäß § 140 InsO **fort, obliegt dem Anfechtungs-gegner der volle Beweis seiner Unkenntnis**. So kann er behaupten und – wenn nötig – beweisen, dass ihm trotz seines allgemeinen Wissensvorsprungs infolge seiner Nähe zum Schuldner einzelne wesentliche Schlüsselinformationen unbekannt geblieben sind und ihm infolgedessen die in § 130 Abs. 2 InsO bezeichneten Kenntnisse fehlten.

c) Nach diesen Grundsätzen fehlt es hier bisher an hinreichenden Feststellungen, nach denen die Kenntnisvermutung des § 130 Abs. 3, § 138 Abs. 2 InsO für die Zahlung vom 12.6.2008 gegen die Beklagten wirkt. Es steht schon nicht fest, dass das **Buchführungsmandat der Steuerberatersozietät**, deren Gesellschafter die Beklagten sind, wenigstens im Jahr 2007 rechtlich und tatsächlich so geprägt war, dass es ihnen in Gestalt einer **organisatorisch ausgelagerten Buchhaltung den typischen Wissensvorsprung über die wirtschaftliche Lage verschafft hat**, den ohne das Mandat ein angestellter (leitender) Buchhalter der Schuldnerin gehabt hätte. Das Berufungsgericht ist auch dem Vortrag der Beklagten nicht ausreichend nachgegangen, ihre **Tätigkeit** für die Schuldnerin habe seit Januar 2008 **über fünf Monate hinweg gestockt**, so dass sie die Kenntnisvermutung des § 130 Abs. 3 InsO jedenfalls entkräftet hätten, wenn die weitere Sachaufklärung die Richtigkeit ihrer Behauptung bestätigen sollte. Dem Kläger können deshalb nach derzeitigem Sachstand die Beweisvorteile des § 138 InsO gegenüber den Beklagten nicht zugute kommen. Das hierauf gestützte Berufungsurteil kann mit dieser Begründung nicht aufrechterhalten bleiben.

III. Entgegen der Revisionserwiderung stellt sich das Berufungsurteil auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO). Beide Vorinstanzen haben nach den vorliegenden Aussagen und Indizien bisher nicht den Schluss gezogen, dass die Beklagten zur Zeit der angefochtenen Zahlungen wussten, es bestehe oder drohe die Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin, sondern sie haben auf die Beweislastregel des § 133 Abs. 2 InsO zurückgegriffen. Die angespannte wirtschaftliche Lage der Schuldnerin und der **Stand ihres Geschäftskontos** nahe der Grenze des Überziehungskredits gestattet dem Revisionsgericht noch nicht, stattdessen nach § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO die Kenntnis der Beklagten **zu vermuten, dass die angefochtenen Honorarzahlungen der Schuldnerin mit dem Vorsatz der Gläubigerbenachteiligung geleistet worden sind**. Entscheidend ist hierfür nach den Umständen des Streitfalls, ab wann die Beklagten konkret mit dem Ausfall der Forderungen rechnen mussten, deren Uneinbringlichkeit die Schuldnerin schließlich veranlasste, den Insolvenzantrag zu stellen. Ansonsten kommt es darauf an, welche Verbindlichkeiten der Schuldnerin von ihr zu welchem Zeitpunkt nach Kenntnis der Beklagten ernsthaft eingefordert und nicht beglichen waren. ■

Anwaltschaftung

- Normativer Schaden
- Rechtswidriger Vermögensvorteil
(BGH, Urt. v. 25.10.2012 – IX ZR 207/11)

Leitsatz:

Geht ein Rechtsstreit wegen eines Anwalts verloren, ist ein Schadenersatzanspruch gegen den Rechtsanwalt nicht gegeben, wenn das Ergebnis des Vorprozesses dem materiellen Recht entspricht. ■

Zum Sachverhalt:

Der Kläger war Geschäftsführer der G. GmbH (nachfolgend: GmbH), die sich gegenüber Interessenten erbot, treuhänderisch auf deren Rechnung Vermögensanlagen zu erwerben. Ende Mai des Jahres 2000 händigte E.D. dem Kläger einen Betrag in Höhe von 380.000 DM aus, den der Kläger auf ein unter seinem eigenen Namen geführtes Treuhandkonto einzahlte. Am 6.6.2000 unterzeichnete D. gegenüber der GmbH eine Beitrittserklärung nebst Zusatzvereinbarung, nach deren Inhalt die GmbH treuhänderisch für D. 2.350 Fondsanteile an der N. AG zu einem Ausgabepreis von je 74 EUR für 2.100 Stück und von je 78,90 EUR für 1.250 Stück mit einer Laufzeit bis zum 30.5.2002 erwerben sollte. In der Vereinbarung vom 6.6.2000 wurde u.a. folgende Regelung getroffen: „Sollte der Verkaufspreis bei Fälligkeit unter 100 EUR sein, zahlt die GmbH bzw. Herr K.S. (persönlich) den Restbetrag, bis 100 EUR erfüllt sind“.

Die GmbH erzielte am Ende der Laufzeit aus der Veräußerung der Anlage infolge erheblicher Kursverluste einen Erlös in Höhe von insgesamt nur 28.687,37 EUR. Gestützt auf die vorstehende Klausel nahm D. den durch den beklagten Rechtsanwalt vertretenen Kläger in einem Vorprozess auf Zahlung in Höhe von 235.000 EUR in Anspruch. Der Kläger machte zu seiner Rechtsverteidigung u.a. geltend, die Abrede vom 6.6.2000 sei durch eine von D. – was dieser bestritt – am 8.6.2000 unterzeichnete Vereinbarung ersetzt worden, derzufolge der Restbetrag „... ab Ausgabepreis bis 100 EUR ...“ zu erstatten sei. Das Oberlandesgericht verurteilte den Kläger auf der Grundlage der Vereinbarung vom 6.6.2000 rechtskräftig zur Zahlung von 206.312,63 EUR (2.350 x 100 EUR = 235.000 EUR abzüglich des Erlöses von 28.687,37 EUR). Dabei gelangte es – sachverständig beraten – zu der Feststellung, dass von dem Kläger der Beweis für die Unterzeichnung der Erklärung vom 8.6.2000 durch D. nicht geführt sei.

Vorliegend nimmt der Kläger wegen des Verlusts des Vorprozesses den Beklagten unter dem Vorwurf, nicht die gebotenen prozessualen Möglichkeiten zum Nachweis der Unterzeichnung der Vereinbarung vom 8.6.2000 durch D. ergriffen zu haben, auf Schadenersatzleistung in Anspruch. Nach Abweisung der Klage durch das Landgericht hat das Berufungsgericht den Beklagten in der Hauptsache zur Zahlung von 146.437,63 EUR sowie zur Erstattung von Kosten aus dem Vorprozess in Höhe von 3.017,39 EUR ver-

urteilt und außerdem festgestellt, dass der Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger einen weiteren Schaden aus der Vollstreckung des in dem Vorprozess ergangenen Urteils zu ersetzen. Mit der von dem Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Beklagte sein Klageabweisungsbegehren weiter.

Die Revision ist begründet und führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. ■

Aus den Gründen:

I. Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung wie folgt begründet:

Der Beklagte habe in dem Vorprozess fehlerhaft reagiert, weil er sich mit der Begutachtung der Originalunterschrift durch den Sachverständigen während einer Sitzungspause anlässlich der mündlichen Verhandlung vor dem Oberlandesgericht begnügt und nicht beantragt habe, dem Sachverständigen eine Untersuchung des Schriftstücks im Rahmen eines Ergänzungsgutachtens aufzugeben. Das Regressgericht sei wegen des Vorrangs materieller Gerechtigkeit nicht auf die Aufklärungsmöglichkeiten beschränkt, die dem Richter des Vorprozesses zur Verfügung gestanden hätten. Das in vorliegendem Verfahren eingeholte Sachverständigengutachten ergebe, dass die Unterschrift des D. unter der Zusatzvereinbarung vom 8.6.2000 echt sei.

Zwar seien Schadenersatzansprüche des D. auf der Grundlage von § 823 Abs. 2 BGB, § 32 KWG a.F. gegen den Kläger denkbar. Sie seien jedoch nicht zugunsten des Beklagten zu berücksichtigen, weil D. die Voraussetzungen derartiger Ansprüche in dem Vorprozess gegen den Kläger nicht vorgetragen habe. Diese Ansprüche stützten sich wegen des Gesichtspunkts einer fehlenden Erlaubnis der GmbH auf einen anderen Lebenssachverhalt als der in dem Vorprozess tatsächlich geltend gemachte vertragliche Anspruch aus der Vereinbarung vom 6.6.2000. Ein Hinweis auf einen solchen Anspruch hätte das Gebot der Unparteilichkeit verletzt und wäre daher von dem erkennenden Senat nicht erteilt worden. Der normative Schadenbegriff gebiete keine Korrektur dieses Ergebnisses. Der Kläger hätte den Vorprozess nach den Regeln des Zivilprozessrechts zu Recht gewonnen, weil der Beklagte nicht auf eine etwaige Erlaubnispflicht habe hinweisen dürfen oder gar müssen. Ob der Kläger wegen der Anschaffung der konkreten Fondsanteile gegenüber D. hafte, könne ebenfalls offenbleiben, weil sich D. darauf in dem Vorprozess nicht gestützt habe. Es finde sich nur offensichtlich unzutreffendes Vorbringen zu Options- und Termingeschäften.

Diese Ausführungen halten in entscheidenden Punkten rechtlicher Prüfung nicht stand.

II. Die Revision nimmt die Würdigung des Berufungsgerichts hin, dass in dem Vorprozess infolge von Pflichtwidrigkeiten des Beklagten nicht der Nachweis der Unterzeichnung der Vereinbarung vom 8.6.2000 durch D. erbracht wurde. Ebenso wendet sich die Revision nicht gegen die Annahme des

Berufungsgerichts, wonach in Höhe von 146.437,63 EUR eine Zahlungsverpflichtung des Klägers auf der Grundlage der Vereinbarung vom 8.6.2000 gegenüber D. nicht bestand. Durchgreifende Rechtsfehler sind insoweit nicht ersichtlich. Angesichts des Ausgabekurses von jeweils 74 EUR für 2.100 Stück und jeweils 78,90 EUR für 250 Stück beläuft sich bezogen auf den Erstattungsbetrag von jeweils 100 EUR die Ersatzpflicht des Klägers nach Maßgabe der Vereinbarung vom 8.6.2000 auf 59.875 EUR; ausgehend von dem in dem Vorprozess zu seinem Nachteil ergangenen Urteil über 206.312,63 EUR bemisst sich sein Schaden folgerichtig auf 146.437,63 EUR.

III. Nicht gefolgt werden kann hingegen der Würdigung des Berufungsgerichts, dass ein Schadenersatzanspruch des Klägers wegen des Verlusts des Vorprozesses selbst dann gegen den Beklagten begründet wäre, wenn D. in dem Vorprozess zwar nicht aus Vertrag, aber aufgrund ihm zustehender Schadenersatzansprüche gegenüber dem Kläger obsiegt hätte. Insoweit hat das Berufungsgericht die Reichweite des Streitgegenstands des Vorprozesses (§ 253 Abs. 2 Nr. 2, § 261 Abs. 2, § 263 ZPO) wie auch die Grundsätze des normativen Schadenbegriffs (§ 249 Abs. 1 BGB) verkannt.

1. Die Gerichte hätten sich in dem Vorprozess, wenn sie nach Maßgabe der Vereinbarung vom 8.6.2000 D. vertragliche Ansprüche gegen den Kläger teilweise versagt hätten, von Amts wegen mit der Frage auseinandersetzen müssen, ob das Klagebegehren des D. wegen des Differenzbetrags aufgrund etwaiger ihm zustehender Schadenersatzansprüche aus § 823 Abs. 2 BGB, § 32 KWG a.F. oder aus unterlassener Aufklärung über die Risiken der Anlage gegenüber dem Kläger begründet war.

a) Der **Streitgegenstand des Vorprozesses** umfasste von vornherein neben vertraglichen Ansprüchen auch etwaige gesetzliche Schadenersatzansprüche des D. aus § 823 Abs. 2, § 32 KWG a.F. gegen den Kläger.

aa) **Hängt die Haftung des Anwalts vom Ausgang eines Vorprozesses ab, hat das Regressgericht nicht darauf abzustellen, wie jener voraussichtlich geendet hätte, sondern selbst zu entscheiden, welches Urteil richtigerweise hätte ergehen müssen. Dabei ist grundsätzlich von dem Sachverhalt auszugehen, der dem Gericht des Inzidentprozesses bei pflichtgemäßem Verhalten des Rechtsanwalts unterbreitet und von ihm aufgeklärt worden wäre** (BGH, Urt. v. 13.6.1996 – IX ZR 233/95, BGHZ 133, 110, 111 f.; v. 16.6.2005 – IX ZR 27/04, BGHZ 163, 223, 227, jeweils m.w.N.). Im Vorprozess wurde der Streitgegenstand gemäß § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO durch das Klagevorbringen des D. bestimmt (BGH, Urt. v. 19.12.1991 – IX ZR 96/91, BGHZ 117, 1, 6; Beschl. v. 7.4.2009 – KZR 42/08, GRUR-RR 2009, 319), das der Beklagte seiner Beratung zugrunde zu legen hatte.

bb) Mit der Klage wird nicht – wie das Berufungsgericht meint – ein bestimmter materiell-rechtlicher Anspruch geltend gemacht; vielmehr ist Gegenstand des Rechtsstreits der als Rechtsschutzbegehren oder Rechtsfolgenbehauptung aufgefasste eigenständige **prozessuale Anspruch**. Dieser wird

bestimmt durch den Klageantrag, in dem sich die vom Kläger in Anspruch genommene Rechtsfolge konkretisiert, und den Lebenssachverhalt (Anspruchsgrund), aus dem der Kläger die begehrte Rechtsfolge herleitet (BGH, Urt. v. 19.12.1991, a.a.O., 5; Beschl. v. 10.12.2002 – X ARZ 208/02, BGHZ 153, 173, 175; v. 16.9.2008 – IX ZR 172/07, NJW 2008, 3570 Rdnr. 9, jeweils m.w.N.). Der Klagegrund geht über die Tatsachen, welche die Tatbestandsmerkmale einer Rechtsgrundlage ausfüllen, hinaus; zu ihm sind alle Tatsachen zu rechnen, die bei einer natürlichen, vom Standpunkt der Parteien ausgehenden Betrachtungsweise zu dem durch den Vortrag des Klägers zur Entscheidung gestellten Tatsachenkomplex gehören, den der Kläger zur Stützung seines Rechtsschutzbegehrens dem Gericht zu unterbreiten hat (BGH, Urt. v. 11.7.1996 – III ZR 133/95, NJW 1996, 3151, 3152; Beschl. v. 16.9.2008, a.a.O.). Dies gilt unabhängig davon, ob die einzelnen Tatsachen des Lebenssachverhalts von den Parteien vorgetragen worden sind oder nicht (BGH, Urt. v. 17.3.1995 – V ZR 178/93, NJW 1995, 1757 f.).

Erfasst werden alle materiell-rechtlichen Ansprüche, die sich im Rahmen des gestellten Antrags aus dem dem Gericht zur Entscheidung vorgetragenen Lebenssachverhalt herleiten lassen. Auf die rechtliche Begründung des Klägers kommt es nicht an (BGH, Urt. v. 17.10.1995 – VI ZR 246/94, NJW 1996, 117, 118; v. 18.7.2000 – X ZR 62/98, NJW 2000, 3492, 3493 f.; v. 19.11.2003 – VIII ZR 60/03, BGHZ 157, 47, 53). **Findet das Klagebegehren nach dem ihm zugrunde liegenden Sachverhalt eine Rechtsgrundlage sowohl in Delikt als auch in Verschulden bei Vertragsschluss, ist folgerichtig derselbe Streitgegenstand betroffen** (BGH, Urt. v. 5.7.1977 – VI ZR 268/75, VersR 1978, 59, 60; die dort wegen § 32 ZPO angenommene Prüfungsbeschränkung auf deliktische Ansprüche ist überholt: BGH, Beschl. v. 10.12.2002 – X ARZ 208/02, BGHZ 153, 173, 176 ff.).

cc) Soweit der unveränderte Klageantrag in dem Vorprozess abgesehen von Vertrag auch nach § 823 Abs. 2 BGB, § 32 KWG a.F. gerechtfertigt sein konnte, handelte es sich um denselben Streitgegenstand. Der Lebenssachverhalt wurde durch die Gesamtumstände gekennzeichnet, die den Finanzdienstleistungen ausweisenden Vereinbarungen vom 6. und 8.6.2000 zugrunde lagen (vgl. BGH, Urt. v. 17.3.1995, a.a.O., 1758). Vorliegend ist insoweit von Bedeutung, dass Schadenersatzansprüche aus § 823 Abs. 2 BGB, § 32 KWG aF an vertragliche Abreden über die Ausführung von Finanzdienstleistungen anknüpfen und abgesehen von einer fehlenden Erlaubnis sowie einem – infolge einer Unterrichtungspflicht – regelmäßig anzunehmenden fahrlässigen Verstoß nicht an besondere zusätzliche Voraussetzungen gekoppelt sind (vgl. BGH, Urt. v. 21.4.2005 – III ZR 238/03, WM 2005, 1217, 1218).

Die Frage, ob die GmbH über eine zur Vornahme der mit D. vereinbarten Finanzdienstleistungen notwendige Erlaubnis verfügte, war danach ungeachtet des Parteivorbringens bei natürlicher Betrachtungsweise Bestandteil des hier auf der Grundlage des Klagevorbringens zu untersuchenden Sachverhalts. Denn sie stand in engem tatsächlichem und rechtlichem Zusammenhang mit dem von D. erhobenen Vertrags-

anspruch (vgl. BGH, Urt. v. 17.3.1995, a.a.O.). Ein Verstoß gegen § 32 KWG a.F. lag in dem Streitfall überdies nach dem vorgetragenen Sachverhalt nahe, weil bei der Vertragspartnerin des Klägers als mit Vermögensbetreuung befasster GmbH, die Zahlungen ihrer Vertragspartner über ein Treuhandkonto ihres Geschäftsführers entgegennahm, eine bankrechtliche Erlaubnis nicht ohne Weiteres zu erwarten war und keine der Parteien die Erteilung einer solchen Erlaubnis vorgetragen hatte.

dd) Vor diesem Hintergrund mussten die Gerichte des Vorprozesses ohne Rücksicht auf die von D. für sein Klagebegehren gegebene rechtliche Begründung auch rechtliche Gesichtspunkte untersuchen, die nach dem vorgetragenen Sachverhalt das Klagebegehren gemäß § 823 Abs. 2, § 32 KWG a.F. tragen konnten. **Nicht nötig ist es, dass der Kläger den rechtlichen Gesichtspunkt bezeichnet, unter dem sein Sachvortrag den Klageantrag stützt.** Die Subsumtion des vorgetragenen Sachverhalts unter die in Betracht kommenden gesetzlichen Tatbestände ist vielmehr Sache des Gerichts (BGH, Urt. v. 20.3.1997 – IX ZR 71/96, BGHZ 135, 140, 149; v. 17.3.1994 – IX ZR 102/93, NJW 1994, 1656, 1657 a.E.; v. 21.6.1999 – II ZR 47/98, NJW 1999, 2817 f.). Das Gebot zur rechtlichen Prüfung des Sachverhalts von Amts wegen verletzt entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht die Pflicht zur Unparteilichkeit der Gerichte, weil eine umfassende Rechtsprüfung den aner kennenswerten Interessen aller Verfahrensbeteiligter dient.

(1) In dem Vorprozess hatte D. einen auf die Vereinbarung vom 6.6.2000 gestützten vertraglichen Anspruch gegen den Kläger verfolgt. Dieser Anspruch konnte nur bestehen, wenn dem Vertrag vom 6.6.2000 keine Gültigkeitsmängel anhafteten und er nicht durch die – ihrerseits wirksame – Vereinbarung vom 8.6.2000 modifiziert worden war. Deshalb mussten die mit dem Vorprozess befassten Gerichte ungeachtet des Parteivorbringens und insbesondere der Echtheit der Vereinbarung vom 8.6.2000 im Blick auf beide Abreden etwaigen sich aus Verstößen gegen Normen zur Regelung des Kreditwesens in Zusammenhang mit § 134 BGB ergebenden Nichtigkeitsgründen nachgehen (vgl. Münch-Komm-BGB/Armbrüster 6. Aufl., § 134 Rdnr. 69; Staudinger/Sack, BGB 2003, § 134 Rdnr. 258; PWM/Ahrens, BGB 7. Aufl., § 134 Rdnr. 48, jeweils m.w.N.).

Sofern Verstöße gegen Vorschriften des Kreditwesens die Wirksamkeit des Vertrages unberührt ließen (vgl. BGH, Urt. v. 23.1.1997 – IX ZR 297/95, NJW 1997, 1435, 1436; v. 21.4.2005, a.a.O.), waren mögliche Schadenersatzansprüche aus § 823 Abs. 2 BGB, § 32 KWG a.F. in Betracht zu ziehen. Gleiches galt, wenn beide vertraglichen Abreden wirksam waren, aber die spätere Vereinbarung nach ihrem Inhalt etwaige Ersatzpflichten des Klägers abänderte.

(2) Die Gerichte des Vorprozesses konnten derartige Ansprüche entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht wegen eines offensichtlich unzutreffenden Klagevorbringens zu Options- und Termingeschäften außer Acht lassen. Die Gerichte haben die Parteien gemäß § 139 Abs. 1 ZPO auf bislang nicht beachtete Anspruchsgrundlagen hin-

zuweisen, die in ihrem Sachvortrag wenigstens andeutungsweise enthalten sind (vgl. *BGH, Beschl. v. 2.10.2003 – V ZB 22/03, BGHZ 156, 269, 272; Urt. v. 9.10.2003 – I ZR 17/01, NJW-RR 2004, 495, 496*). Darum hätten die Gerichte des Vorprozesses D. auf rechtliche Gesichtspunkte, die jedoch den geltend gemachten vertraglichen Ansprüchen entgegenstanden, neben ihnen oder an ihrer Stelle gesetzliche Ansprüche nahelegten, hinweisen müssen (vgl. *MünchKomm-ZPO/Wagner 3. Aufl., § 139 Rdnr. 33; Zöller/Greger, ZPO 29. Aufl., § 139 Rdnr. 18*). Falls ein Verstoß gegen Vorschriften des Kreditwesens wie § 32 KWG a.F. die Wirksamkeit des Vertrages unberührt ließ, konnte aus einem solchen Verstoß i.V.m. § 823 Abs. 2 BGB ein Schadenersatzanspruch folgen, der wirtschaftlich zum selben Ergebnis wie die Vertragsnichtigkeit führt (vgl. *OLG Schleswig, VuR 2002, 445, 447*). Auch auf diesen Zusammenhang hätten die Gerichte die Parteien hinweisen müssen. Bei dieser Sachlage waren die Gerichte des Vorprozesses ungeachtet eines Parteivorbringens von Amts wegen gehalten, etwaige aus Verstößen gegen Vorschriften über das Kreditwesen sich ergebende Rechtsfolgen in ihre Entscheidungsfindung einzubeziehen.

b) Abgesehen von der Amtspflicht zur Prüfung von Schadenersatzansprüchen aus § 823 Abs. 2 BGB, § 32 KWG a.F. hatte D. in dem Vorprozess nachträglich von sich aus mehrfach ausdrücklich auf einer Fehlberatung über Risiken der Anlage beruhende Ansprüche in das Verfahren eingeführt. Die Ansprüche aus dem dadurch im Wege der Klagehäufung eingeführten weiteren Streitgegenstand (§ 260 ZPO) einer Vertragsverletzung waren in dem Vorprozess infolge einer fingierten Einwilligung (§§ 263, 267 ZPO) durch den Kläger als damaligen Prozessgegner ebenfalls zu untersuchen.

aa) In dem Vorprozess hatte sich – wie die Revision zutreffend rügt – D., nachdem bereits der Erstrichter bank- und börsenrechtliche Aspekte erörtert hatte, neben vertraglichen Ansprüchen namentlich auch auf etwaige Schadenersatzansprüche gegen den Kläger berufen. Insoweit hatte D. vor allem bemängelt, von dem Kläger über die Risiken der Anlage nicht hinreichend aufgeklärt worden zu sein. Diesen Vortrag hat er nach Abweisung seiner Klage in der Berufungsbegründung im Einzelnen wiederholt.

bb) Zum Klagegrund können nicht alle Tatsachen gerechnet werden, die das konkrete Rechtsschutzbegehren objektiv zu stützen geeignet, im Vortrag des Klägers aber nicht einmal im Ansatz angedeutet sind und von seinem Standpunkt aus auch nicht vorgetragen werden mussten (*BGH, Urt. v. 19.12.1991 – IX ZR 96/91, BGHZ 117, 1, 6*).

(1) Kommen Ansprüche aus Vertrag oder einer Vertragsverletzung in Betracht, bleibt dem Kläger vorbehalten, ob er beide Ansprüche oder nur einen von ihnen verfolgt. In einer solchen Konstellation sind unterschiedliche Lebenssachverhalte berührt. Folglich handelt es sich um selbstständige Streitgegenstände, wenn neben einem vertraglichen Anspruch ein auf eine schuldhaftige Vertragsverletzung gestützter Anspruch geltend gemacht wird (*BGH, Urt. v. 15.1.2001 – II ZR 48/99, NJW 2001, 1210, 1211*).

(2) In dieser Weise verhielt es sich in dem Vorprozess. Dort hatte D. zunächst einen Anspruch aus Vertrag und nachträglich unter Berufung auf eine Fehlberatung vertragliche Schadenersatzansprüche zur Prüfung gestellt, so dass der Vorprozess zwei Streitgegenstände umfasste. Die in der Geltendmachung auch des vertraglichen Schadenersatzanspruchs liegende objektive Klagehäufung (§ 260 ZPO) bildete eine Änderung des Streitgegenstands, die im Falle der Einwilligung durch den Gegner oder ihrer Sachdienlichkeit zulässig ist (§ 263 ZPO). Die Einwilligung des Gegners kann gemäß § 267 ZPO stillschweigend erteilt werden, indem er sich rügelos auf die geänderte Klage einlässt. Da der Kläger in dem Vorprozess nach Erweiterung des Klagebegehrens durch D. ohne vorherige schriftsätzliche Beanstandung in der mündlichen Verhandlung einen Antrag auf Abweisung der Klage gestellt hatte, war seine Einwilligung unwiderleglich zu vermuten.

cc) Bei der Beurteilung der Zulässigkeit der Klage war es ohne Bedeutung, ob der maßgebende Lebenssachverhalt im Blick auf Schadenersatzansprüche vollständig beschrieben oder der Klageanspruch schlüssig oder substantiiert dargelegt wurde. Vielmehr war es ausreichend, wenn der Anspruch als solcher identifizierbar war (*BGH, Urt. v. 18.7.2000 – X ZR 62/98, NJW 2000, 3492, 3493; v. 17.7.2003 – I ZR 295/00, NJW-RR 2004, 639, 640; v. 11.2.2004 – VIII ZR 127/03, NJW-RR 2005, 216; Beschl. v. 7.4.2009 – KZR 42/08, GRUR-RR 2009, 319*). Dieser Voraussetzung war genügt, weil D. in dem Vorprozess eine ordnungsgemäße Aufklärung über die Risiken der ihm empfohlenen Anlage beanstandet hatte. Sofern der Sachvortrag im Blick auf die geltend gemachten Schadenersatzansprüche inhaltlich unzureichend war, hätten die Gerichte des Vorprozesses einen prozessleitenden Hinweis (§ 139 Abs. 1 ZPO) erteilen müssen, um die gebotene Substanziierung zu ermöglichen. Sie durften entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ein als rechtlich unzutreffend gewertetes tatsächliches Vorbringen nicht ohne Unterrichtung der Partei einfach beiseite lassen. Überdies hat das Berufungsgericht, welches Vorbringen zu Options- und Termingeschäften als offensichtlich unzutreffend eingestuft hat, nicht bedacht, dass sich D. tatsächlich insbesondere auf Aufklärungsmängel berufen hatte.

2. Der das allgemeine Schadenrecht (§ 249 Abs. 1 BGB) beherrschende normative Schadenbegriff schließt einen Schadenersatzanspruch des Klägers aus, wenn er in dem Vorprozess seinem Gegner D. zwar nicht – wie das mit dem Verfahren befasste Gericht angenommen hatte – aus Vertrag, sondern aus § 823 Abs. 2 BGB, § 32 KWG a.F. oder wegen einer vertraglichen Aufklärungspflichtverletzung zur Zahlung verpflichtet war.

a) **Um die Ursächlichkeit der Pflichtverletzung eines Rechtsanwalts für den geltend gemachten Schaden festzustellen, ist zu prüfen, welchen Verlauf die Dinge bei pflichtgemäßem Verhalten genommen hätten.** Ist im Haftpflichtprozess die Frage, ob dem Mandanten durch eine schuldhaftige Pflichtverletzung des Rechtsanwalts ein Schaden entstanden ist, vom Ausgang eines anderen Verfahrens abhängig, **muss das Regressgericht selbst prüfen, wie jenes Verfahren richtiger-**

weise zu entscheiden gewesen wäre (BGH, Urt. v. 18.12.2008 – IX ZR 179/07, WM 2009, 324 Rdnr. 16).

b) Dabei ist von dem **normativen Schadenbegriff** auszugehen.

aa) Ein Geschädigter soll grundsätzlich im Wege des Schadenersatzes nicht mehr erhalten als dasjenige, was er nach der materiellen Rechtslage hätte verlangen können. **Der Verlust einer tatsächlichen oder rechtlichen Position, auf die er keinen Anspruch hat, ist grundsätzlich kein erstattungsfähiger Nachteil.** Durch eine fiktive Entscheidung, die gerade mit diesem Inhalt nicht hätte ergehen dürfen, wird kein schutzwürdiger Besitzstand begründet (BGH, Urt. v. 15.11.2007 – IX ZR 34/04, WM 2008, 41 Rdnr. 21). Bei wertender Betrachtung kann nämlich der Verlust eines Rechtsstreits nicht als Schaden im Rechtssinne angesehen werden, wenn sich im Anwaltshaftungsprozess herausstellt, dass die unterlegene Partei den Vorprozess materiell-rechtlich zu Recht verloren hat, dieser also nach Auffassung des mit dem Anwaltshaftungsprozess befassten Gerichts im Ergebnis richtig entschieden worden ist. **Der Umstand, dass die Partei bei sachgerechter Vertretung durch ihren Anwalt den Vorprozess gewonnen hätte, rechtfertigt es nicht, der Partei im Regressprozess gegen ihren Prozessbevollmächtigten einen Vermögensvorteil zu verschaffen, auf den sie nach materiellem Recht keinen Anspruch hatte.** Auf diesen Fall trifft die Regel nicht zu, dass ein Schaden bereits dann bejaht werden kann, wenn die Partei einen Prozess verloren hat, den sie bei sachgemäßer Vertretung gewonnen hätte (BGH, Urt. v. 2.7.1987 – IX ZR 94/86, ZIP 1987, 1393, 1395 f).

bb) Nach diesen Maßstäben musste das Berufungsgericht in eine umfassende Prüfung eintreten, ob der Kläger in dem Vorprozess aus von den angerufenen Gerichten nicht erörterten rechtlichen Gründen unterlegen wäre.

(1) **Der normative Schadenbegriff, der eine rechtliche Endergebnisbetrachtung verlangt, gebietet, den in dem Vorprozess unterbreiteten Sachverhalt einer umfassenden rechtlichen Prüfung nach allen denkbaren Richtungen zu unterziehen.** Erhebt der in einem Vorprozess verurteilte Beklagte gegen seinen Anwalt Ersatzansprüche, hat das Regressgericht zu untersuchen, ob die in dem Vorprozess aus einem bei zutreffender rechtlicher Würdigung nicht durchgreifenden rechtlichen Gesichtspunkt zugesprochene Klageforderung gleichwohl aus einem anderen Rechtsgrund begründet war. **Wurde zu Unrecht ein vertraglicher Anspruch zuerkannt, muss das Regressgericht also prüfen, ob im Falle der Unwirksamkeit des Vertrages etwa insbesondere Ansprüche aus Delikt oder ungerechtfertigter Bereicherung das Klagebegehren trugen.** Macht demgegenüber der in dem Vorprozess unterlegene Kläger unter Berufung auf eine fehlerhafte Prozessführung Ersatzansprüche gegen seinen Anwalt geltend, ist zu untersuchen, ob die Klage trotz der Pflichtwidrigkeit des Anwalts ohnehin unbegründet war. Diese Prüfung kann ergeben, dass ein zu Unrecht mangels Nachweis einer Einigung versagter Vertragsanspruch tatsächlich an einem Formmangel oder der Ausübung eines Gestaltungsrechts scheiterte oder einer rechtsirrig bereits dem Grunde nach

abgelehnten Schadenersatzforderung ein Haftungsausschluss oder ein ganz überwiegendes Mitverschulden des Klägers (§ 254 Abs. 1 BGB) entgegenstand.

(2) Die in dem Vorprozess obsiegende Partei hatte wegen der ihr günstigen Rechtsauffassung des entscheidenden Gerichts regelmäßig keinen Anlass, ihrerseits je nach ihrer Prozessrolle zu etwaigen weiteren Anspruchsgrundlagen oder Gegenrechten vorzutragen. **Auf der Grundlage des § 287 ZPO, der für die Beurteilung gilt, wie der Vorprozess richtigerweise entschieden worden wäre (BGH, Urt. v. 16.6.2005 – IX ZR 27/04, BGHZ 163, 223, 227), ist davon auszugehen, dass der Gegner des Vorprozesses nach Unterrichtung über einen nicht durchgreifenden ihm günstigen rechtlichen Gesichtspunkt nach ordnungsgemäßer Beratung durch seinen Bevollmächtigten sämtliche weiteren ihm eröffneten rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeiten zur Durchsetzung seiner Rechtsposition genutzt hätte. Deshalb kann sich der Anwalt, der in dem Regressverfahren an die Stelle des Prozessgegners seiner Partei rückt (vgl. BGH, Urt. v. 15.11.2007 – IX ZR 232/03, Rdnr. 7), zur Vermeidung seiner Haftung auch auf rechtliche Gesichtspunkte stützen, die in dem Vorprozess überhaupt nicht angesprochen wurden.** Gleiches folgt aus der Erwägung, dass ein Schaden im Rechtssinne selbst dann ausscheidet, wenn der Regresskläger bei zutreffender Beratung den Vorprozess gewonnen hätte, sich aber nachträglich herausstellt, dass er den Prozess materiell-rechtlich zu Recht verloren hat (BGH, Urt. v. 2.7.1987, a.a.O.).

Darum kann dem in Rückgriff genommenen Rechtsanwalt aus Gründen materieller Gerechtigkeit nicht verwehrt werden, sich darauf zu berufen, dass das geltend gemachte, von ihm anwaltlich vertretene Klagebegehren wegen einer etwa erst **nachträglich entdeckten Täuschung** unbegründet war.

Bei dieser Sachlage besteht im Streitfall kein Hinderungsgrund, in eine Prüfung einzutreten, ob der Kläger in dem Vorprozess nach Maßgabe von § 823 Abs. 2 BGB, § 32 KWG a.F. oder eines Aufklärungsmangels ohnehin unterlegen wäre. (...) ■

Anwaltshaftung

- Klageschriftsatz
- Unterschrift
- Identifizierbarkeit
- Unterzeichnung mit „i.V.“ und „nach Diktat außer Haus“ (BGH, Beschl. v. 26.7.2012 – III ZB 70/11)

Leitsatz:

Ein Rechtsanwalt, der unter Angabe seiner Berufsbezeichnung einen bestimmenden Schriftsatz für einen anderen Rechtsanwalt unterzeichnet, übernimmt mit seiner Unterschrift auch dann die Verantwortung für den Inhalt des Schriftsatzes, wenn vermerkt ist, dass der andere Anwalt „nach Diktat außer Haus“ ist. ■

Aus den Gründen:

I. Die Klägerin verlangt von dem Beklagten wegen behaupteter entgeltlicher Arbeitnehmerüberlassung Zahlung von 1.372,39 EUR zzgl. Zinsen. Das Amtsgericht hat die Klage mit Urteil vom 18.3.2011, das dem als Einzelanwalt tätigen Prozessbevollmächtigten der Klägerin am 8.4.2011 zugestellt worden ist, abgewiesen. Hiergegen hat der Prozessbevollmächtigte der Klägerin am 9.5.2011 (einem Montag) Berufung eingelegt. Innerhalb verlängerter Frist ist am 7.7.2011 ein das Rechtsmittel begründender Schriftsatz per Fax bei dem Berufungsgericht eingegangen. Er weist ebenso wie das am 11.7.2011 eingegangene Original auf der ersten Seite im Kopf (nur) den die Klägerin vertretenden Rechtsanwalt V. aus; am Ende dieses Schriftsatzes finden sich maschinenschriftlich dessen Vor- und Nachname sowie die Berufsbezeichnung „Rechtsanwalt“, seine Unterschrift fehlt; darunter ist „nach Diktat außer Haus“ hinzugefügt, es folgt ein handschriftlicher Schriftzug, unter der „Rechtsanwältin“ gedruckt ist.

Nach Hinweis des Beklagten, dass die Berufungsbegründung nicht ordnungsgemäß unterzeichnet und deshalb die Berufung als unzulässig zu verwerfen sei, hat der Prozessbevollmächtigte der Klägerin erläutert, dass die Berufungsbegründung von der Rechtsanwältin B. unterzeichnet worden sei, wie dies auch ein Vergleich mit der unter ihren – in Kopie beigefügten – Personalausweis geleisteten Unterschrift belege.

Im Anschluss an einen darauf erfolgten gerichtlichen Hinweis und einer dazu ergangenen Stellungnahme des Vertreters der Klägerin hat das Berufungsgericht das Rechtsmittel mit Beschluss vom 6.10.2011 als unzulässig verworfen. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass weder auf dem Fax noch auf dem Original der Berufungsbegründung eine ordnungsgemäße Unterschrift vorhanden gewesen sei. Es sei nicht ausreichend, dass der Schriftsatz von einem zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet und dessen Identität feststellbar sei. Weder aus der Berufungsbegründung noch aus dem sonstigen Akteninhalt habe sich ergeben, wer die Berufungsbegründung unterschrieben habe. Der Briefkopf des Schriftsatzes habe allein Rechtsanwalt V. ausgewiesen, ein Namensstempel der Rechtsanwältin B. sei nicht angebracht gewesen und ihre Identität habe sich bei Ablauf der Berufungsbegründungsfrist auch sonst nicht ergeben.

Hiergegen richtet sich die Rechtsbeschwerde der Klägerin.

II. Die gemäß § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, § 522 Abs. 1 Satz 4 ZPO statthafte sowie form- und fristgerecht eingelegte und begründete Rechtsbeschwerde ist zulässig, weil die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts erfordert (§ 574 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 ZPO). Die Verwerfung der Berufung als unzulässig, weil es an einer ordnungsgemäß begründeten Berufung fehle, verletzt die Klägerin in ihren Verfahrensgrundrechten auf Gewährung wirkungsvollen Rechtsschutzes (Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip) sowie auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG).

1. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist die eigenhändige Unterschrift des Ausstellers nach § 520 Abs. 5, § 130 Nr. 6 ZPO Wirksamkeitsvoraussetzung für eine rechtzeitige Berufungsbegründung. Damit soll die Identifizierung des Urhebers der schriftlichen Prozesshandlung ermöglicht und dessen unbedingter Wille zum Ausdruck gebracht werden, den Schriftsatz zu verantworten und bei Gericht einzureichen. Für den Anwaltsprozess bedeutet dies, dass die Berufungsbegründung **von einem dazu bevollmächtigten und bei dem Prozessgericht zugelassenen Rechtsanwalt zwar nicht selbst verfasst, aber nach eigenverantwortlicher Prüfung genehmigt und unterschrieben sein muss** (vgl. BGH, Beschl. v. 23.6.2005 – V ZB 45/04, NJW 2005, 2709; v. 22.11.2005 – VI ZB 75/04, VersR 2006, 387, 388; v. 17.11.2009 – XI ZB 6/09, NJW-RR 2010, 358 Rdnr. 12 sowie v. 26.10.011 – IV ZB 9/11, BeckRS 2011, 26453 Rdnr. 6; jeweils m.w.N.). Entsprechendes gilt, wenn, wie hier, die **Berufungsbegründung** in zulässiger Weise **per Telefax** übermittelt wird; in diesem Falle muss es sich bei der Kopiervorlage um den eigenhändig unterschriebenen Originalschriftsatz handeln (vgl. BGH, Beschl. v. 23.6.2005, a.a.O.).

2. An diesen Grundsätzen gemessen ist vorliegend eine formgerechte Berufungsbegründung eingereicht worden.

a) Der entsprechende Schriftsatz ist entgegen der Auffassung der Beschwerdeerwiderung mit einem **individuellen, nicht nur als Handzeichen oder Paraphe anzusehenden**, sondern den Anforderungen an eine Unterschrift genügenden handschriftlichen Schriftzug unterzeichnet (vgl. hierzu BGH, Beschl. v. 26.2.1997 – XII ZB 17/97, FamRZ 1997, 737; v. 27.9.2005 – VIII ZB 105/04, NJW 2005, 3775; v. 17.11.2009, a.a.O.; v. 9.2.2010 – VIII ZB 67/09, BeckRS 2010, 04929 Rdnr. 10 sowie v. 16.9.2010 – IX ZB 13/10, NZI 2011, 59, 60).

b) Darüber hinaus hat der Prozessbevollmächtigte der Klägerin belegt, dass dieser **Schriftzug** von Rechtsanwältin B. herrührt, bei der es sich um eine bei dem Berufungsgericht – einem Landgericht – postulationsfähige Rechtsanwältin handelt. Zwar ist dies erst nach Ablauf der Berufungsbegründungsfrist erläutert worden, so dass für das Berufungsgericht bis dahin nicht erkennbar war, welche Rechtsanwältin unterschrieben hat. Darauf kommt es jedoch nicht maßgeblich an.

Denn entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist für die **Prüfung der Frage, ob die Identität und die Postulationsfähigkeit des Unterzeichners eines derartigen Schriftsatzes feststeht beziehungsweise erkennbar ist, nicht auf den Zeitpunkt des Ablaufs der Berufungsbegründungsfrist, sondern auf den Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung über die Zulässigkeit der Berufung abzustellen** (vgl. BGH, Beschl. v. 26.4.2012 – VII ZB 83/10, MDR 2012, 796 Rdnr. 11).

Die vollständige Namensnennung des Prozessbevollmächtigten der Klägerin am Ende des Schriftsatzes im Zusammenhang mit dem **Zusatz „nach Diktat außer Haus“** macht deutlich, dass die **Berufungsbegründung von diesem Rechtsanwalt erstellt, aber wegen Ortsabwesenheit nicht selbst unterschrieben** werden konnte.

Auch wenn ein ausdrücklicher Zusatz, „für“ diesen tätig zu werden, fehlt, lässt sich hier der Unterzeichnung durch eine Rechtsanwältin, wovon das Berufungsgericht aufgrund der angegebenen Berufsbezeichnung ausgehen konnte, gleichwohl entnehmen, dass sie an seiner Stelle die Unterschrift leisten und damit als Unterbevollmächtigte in Wahrnehmung des Mandats der Klägerin auftreten wollte. Damit hat sie zu erkennen gegeben, dass sie zugleich die **Verantwortung für den Inhalt der Berufungsbegründung übernehmen wollte.**

Anhaltspunkte, die dem entgegenstehen könnten, sind nicht ersichtlich. Für einen Rechtsanwalt versteht es sich im Zweifel von selbst, mit seiner Unterschrift auch eine entsprechende Verantwortung für einen bestimmenden Schriftsatz zu übernehmen (vgl. BGH, Urt. v. 31.3.2003 – II ZR 192/02, NJW 2003, 2028) und **nicht lediglich als Erklärungsbote** tätig zu werden (vgl. für den Zusatz „i.A.“ Beschl. v. 5.11.1987 – V ZR 139/87, NJW 1988, 210; Senatsbeschl. v. 27.5.1993 – III ZB 9/93, NJW 1993, 2056, 2057).

3. Ist danach die Unterschrift unter die Berufungsbegründung in diesem Sinne von Rechtsanwältin B. geleistet worden, durfte die Berufung nicht als unzulässig verworfen werden. Die Klägerin hat vielmehr ihre Berufung rechtzeitig und formgerecht begründet, so dass der angefochtene Beschluss aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen war (§ 577 Abs. 4 Satz 1 ZPO). ■

Anwaltschaftung

- Beweisverfahren im Regressprozess
- Hypothetischer Ausgang eines Vorprozesses (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 2.5.2012 – 13 U 80/11)

Leitsatz (d. Red.):

Hängt die Haftung des Anwalts vom Ausgang eines Vorprozesses ab, hat das Regressgericht selbst zu entscheiden, welches Urteil richtigerweise hätte ergehen müssen. Dabei hat es sich aller Beweismittel zu bedienen, die in diesem Prozess zur Verfügung stehen. Dazu gehört auch die Vernehmung des damaligen Klägers als Zeuge, obwohl dieser im Vorprozess nur unter den für die Vernehmung der beweispflichtigen Partei geltenden Einschränkungen hätte gehört werden können. ■

Zum Sachverhalt:

Der Kläger begehrt von der Beklagten Schadenersatz wegen Rechtsanwaltsverschuldens. Der Kläger wurde in dem Rechtsstreit vor dem Landgericht Mönchengladbach von dem Zeugen L. auf Zahlung von 80.000 DM zzgl. 8 % Zinsen seit dem 8.8.2000 aufgrund eines Kaufvertrages über Gaststätteninventar in Anspruch genommen. Er erteilte den Zeugen B. und Z. Prozessvollmacht. Diese vertraten ihn im Prozesskostenhilfeprüfungsverfahren. Nach Bewilligung von Prozesskostenhilfe und Klagezustellung teilten die Zeugen mit, sie verträten den Kläger nicht mehr, nachdem dieser

in seine Heimat Griechenland zurückgekehrt sei. Der Zeuge B. trat im Termin vom 4.9.2002 nicht auf, so dass am selben Tag klagestattgebendes Versäumnisurteil erging, das den Zeugen am 16.9.2002 zugestellt wurde. Im Januar 2003 beauftragte der Kläger die Beklagte. Diese legte am 22.1.2003 Einspruch ein und beantragte Wiedereinsetzung in die versäumte Einspruchsfrist. Mit Urteil vom 19.3.2003 wurde der Einspruch als unzulässig verworfen.

In dem Rechtsstreit 10 O vor dem Landgericht Mönchengladbach nahm der Kläger, vertreten durch die Beklagte, den Zeugen B. auf Schadenersatz in Höhe seiner Verurteilung gemäß Versäumnisurteil vom 4.9.2002 in Anspruch. Der entsprechende Prozesskostenhilfeantrag ging am 29.12.2006 beim Landgericht ein. Der Zeuge B. erhob die Einrede der Verjährung. Mit rechtskräftigem Urteil vom 8.11.2007 wies das Landgericht die Klage mit der Begründung ab, Schadenersatzansprüche gegen den Zeugen B. seien verjährt.

In diesem Rechtsstreit begehrt der Kläger von der Beklagten Freistellung von seinen Verpflichtungen aus beiden Urteilen. Er hat geltend gemacht, die Beklagte habe es schuldhaft unterlassen, Schadenersatzansprüche gegen den Zeugen B. zu unverjährter Zeit einzuklagen. Hätte sie sich pflichtgemäß verhalten, so wäre die Klage gegen den Zeugen B. erfolgreich gewesen, so dass er – der Kläger – sowohl von den Verpflichtungen aus dem Versäumnisurteil vom 4.9.2002 als auch von der Kostenpflicht aus dem Urteil vom 8.11.2007 befreit wäre.

(Anträge ...)

Die Beklagte hat geltend gemacht, der Kläger habe sie nicht früher mit der gerichtlichen Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen gegen den Zeugen B. beauftragt, weshalb sie an der Einhaltung der Verjährungsfrist gehindert gewesen sei. Die Klage gegen den Zeugen B. wäre auch deshalb nicht erfolgreich gewesen, weil dieser im Vorprozess keine anwaltlichen Pflichten verletzt habe, da er nur mit dem Prozesskostenhilfeverfahren, nicht mit der Hauptsache beauftragt gewesen sei und da er den Kläger nach dessen Rückkehr nach Griechenland nicht mehr für Besprechungen habe erreichen können. Zudem hätte die Regressklage gegen den Zeugen B. deswegen keinen Erfolg gehabt, weil auch bei streitiger Entscheidung des Vorprozesses der Zeuge L. obsiegt hätte, da er entweder den Abschluss eines entsprechenden Kaufvertrages über das Gaststätteninventar hätte beweisen können oder einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung gegen den Kläger gehabt hätte.

Das Landgericht hat über das Zustandekommen eines Kaufvertrages über das Gaststätteninventar zwischen dem Kläger und dem Zeugen L. Beweis erhoben. Mit Urteil vom 1.9.2011 hat es der Klage stattgegeben. Zur Begründung hat es ausgeführt, die Beklagte habe ihre Pflichten aus dem Anwaltsvertrag schuldhaft verletzt, indem sie die Regressklage gegen den Zeugen B. erst nach Verjährungseintritt erhoben habe. Daher habe sie den Kläger sowohl vom Kostenerstattungsanspruch des Zeugen B. aufgrund des klageabweisenden Urteils vom 8.11.2007 freizustellen als

auch von der Inanspruchnahme durch den Zeugen L. aus dem Versäumnisurteil vom 4.9.2002. Denn die Regressklage hätte im Falle rechtzeitiger Erhebung Erfolg gehabt, da zum einen der Zeuge B. seine anwaltlichen Pflichten verletzt habe, indem er im Termin vom 4.9.2002 nicht aufgetreten und gegen das Versäumnisurteil keinen Einspruch eingelegt habe, und da zum anderen im Falle streitiger Entscheidung die Klage des Zeugen L. abgewiesen worden wäre, weil dieser das Zustandekommen des Kaufvertrages nicht hätte beweisen können.

Mit ihrer hiergegen gerichteten Berufung verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens weiter. (...) ■

Aus den Gründen:

Die zulässige Berufung der Beklagten hat in der Sache nach einstimmiger Überzeugung des Senats offensichtlich keinen Erfolg (§ 522 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO).

Zur Begründung verweist der Senat auf seinen Hinweisbeschluss vom 27.2.2012. Der Senat hat dort im Wesentlichen Folgendes ausgeführt:

„Zutreffend hat das Landgericht entschieden, dass die Beklagte dem Kläger aus § 280 Abs. 1 BGB wegen Verletzung der sie aus dem Rechtsanwaltsvertrag gemäß §§ 675, 611 BGB treffenden Pflichten in der Weise auf Schadenersatz haftet, dass sie ihn von der Inanspruchnahme durch seinen jeweiligen Prozessgegner in den Verfahren 3 O und 10 O, jeweils Landgericht Mönchengladbach, freizustellen hat.

Die Beklagte hat ihre anwaltlichen Pflichten verletzt, indem sie in dem Verfahren 10 O vor dem Landgericht Mönchengladbach das Prozesskostenhilfegesuch für die beabsichtigte Regressklage gegen Rechtsanwalt B. erst am 29.12.2006 und damit zu einem Zeitpunkt bei Gericht eingereicht hat, als die Regressforderung gegen Rechtsanwalt B. wegen defizitärer Führung des Vorprozesses bereits verjährt war. Verjährung war spätestens mit Ablauf des 15.2.2006 eingetreten.

Der **Verjährungsbeginn** richtet sich gemäß **Art. 229 § 12 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. Art. 229 § 6 Abs. 1 Satz 2 EGBGB** nach dem durch das Verjährungsanpassungsgesetz zum **Ablauf des 14.12.2004 aufgehobenen § 51b BRAO**. Danach verjährt der **primäre Schadenersatzanspruch kenntnisunabhängig und tagenau binnen drei Jahren ab Entstehung des Schadenersatzanspruchs, spätestens binnen drei Jahren nach Beendigung des Auftrags** (vgl. BGH, WM 2003, 928; WM 1996, 1832; OLG Celle, OLGR 2009, 661; Zuehör/Fischer/Sieg/Schlee, Handbuch der Anwaltshaftung, Rdnr. 1339, 1348). Der Schadenersatzanspruch entsteht dann, wenn sich die Vermögenslage des Betroffenen durch die Pflichtverletzung des Beraters gegenüber seinem früheren Vermögensstand objektiv verschlechtert hat. Dafür genügt es, dass der Schaden wenigstens dem Grunde nach erwachsen ist, mag auch seine Höhe noch nicht beziffert werden können (*Risiko-Schaden-Formel*, vgl. BGH, NJW-RR 2006, 642; NJW-RR 2004, 1358;

Zuehör/Fischer/Sieg/Schlee, Handbuch der Anwaltshaftung, Rdnr. 1342 ff). **Im Falle eines fehlerhaften Prozessverhaltens des Rechtsanwalts, wie es hier vorlag, kommt es auf den Zeitpunkt der ersten für den Mandanten nachteiligen Gerichtsentscheidung an** (vgl. BGH, BRAK-Mitt 2006, 24; WM 2002, 1078). Dabei hat der BGH seine Rechtsprechung, wonach ein **Schaden regelmäßig noch nicht eingetreten und damit ein Schadenersatzanspruch noch nicht entstanden ist, solange nicht auszuschließen ist, dass die Entscheidung in einem weiteren Rechtszug zugunsten des Mandanten korrigiert wird** (vgl. noch BGH, NJW 1992, 2828), inzwischen aufgegeben (vgl. BGH, WM 2002, 1078).

Demnach ist der vom Landgericht zugrunde gelegte Ablauf der Frist für den Einspruch gegen das Versäumnisurteil des Landgerichts Mönchengladbach vom 4.9.2002 in dem Verfahren 3 O 75/01 der spätestmögliche Verjährungsbeginn. Das Versäumnisurteil wurde den seinerzeitigen Prozessbevollmächtigten des Klägers am 16.9.2002 zugestellt, so dass die Einspruchsfrist am 17.9.2002 begann und die Verjährung des Schadenersatzanspruchs am 1.10.2002. Zu einem früheren Zeitpunkt war mangels vorzeitiger Kündigung auch das zugrunde liegende Mandat nicht beendet.

Die am 1.10.2002 in Gang gesetzte Verjährungsfrist richtete sich gemäß den **Überleitungsvorschriften des Art. 229 § 12 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. Art. 229 § 6 Abs. 1 Satz 1 EGBGB** anstelle des zum Ablauf des 14.12.2004 aufgehobenen § 51b BRAO nunmehr nach § 195 BGB (vgl. BGH NJW 2007, 1584; OLG Celle, OLGR 2009, 661). Da jedoch die relative dreijährige Verjährungsfrist des § 195 BGB länger ist als die objektiv anknüpfende des § 51b BRAO, ist gemäß Art. 229 § 12 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. Art. 229 § 6 Abs. 3 EGBGB der Zeitpunkt maßgeblich, zu dem die Verjährung nach § 51b BRAO vollendet war. Die Verjährung war damit grundsätzlich mit Ablauf des 30.9.2005 vollendet.

Die Verjährung war gemäß **§ 203 BGB wegen Verhandlungen** über den Regressanspruch gegen Rechtsanwalt B. allenfalls in der Zeit vom 5.4.2003 bis 20.8.2003 gehemmt. Sie war damit spätestens mit Ablauf des 15.2.2006 vollendet.

Ein Verhandeln, das geeignet ist, die Verjährung zu hemmen, erfordert einen Meinungs-austausch über den Schadenfall zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten, bei dem nicht sofort und eindeutig jeder Ersatz abgelehnt wird. Der in Anspruch Genommene muss daher Erklärungen abgeben, die dem Geschädigten die Annahme gestatten, der Verpflichtete lasse sich auf Erörterungen über die Berechtigung von Schadenersatzansprüchen ein (vgl. BGH, NJW 2009, 1806; NJW 2008, 576). **Dafür genügt es, wenn der in Anspruch Genommene mitteilt, er lasse die Angelegenheit durch seinen Versicherer prüfen, weil dadurch eine einverständliche Regelung über den Anspruch nicht grundsätzlich ausgeschlossen ist** (vgl. BGH, NJW 1983, 162; OLG Düsseldorf, OLGR 2006, 518). Diese Voraussetzungen sind im Streitfall allenfalls für die Zeit vom 5.4.2003 bis 20.8.2003 erfüllt. Denn das erste Schreiben, mit dem die Beklagte für den Kläger Rechtsanwalt B. auf Schadenersatz in Anspruch genommen hat, datiert vom 5.4.2003. Am 20.8.2003 ging der Beklagten das

Schreiben des Haftpflichtversicherers von Rechtsanwalt B. vom 19.8.2003 zu, mit dem Ansprüche letztmals zurückgewiesen wurden.

Für die Annahme einer **Sekundärverjährung des Regressanspruchs** gegen Rechtsanwalt B. ist kein Raum. **Allerdings sind die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze über die Sekundärhaftung weiterhin anwendbar, wenn die Primärverjährung, wie hier, altem Verjährungsrecht unterliegt** (vgl. BGH, NJW-RR 2011, 858; WM 2011, 796). Ein Sekundäranspruch kommt in Betracht, wenn der Rechtsanwalt bei der Bearbeitung des Mandats vor Verjährung des Primäranspruchs Anlass hat, zu prüfen, ob er durch einen Fehler dem Mandanten Schaden zugefügt hat. Unerheblich ist, ob der Rechtsanwalt seinen Fehler im Rahmen dieser Prüfung tatsächlich erkennt, ob er die gebotene Prüfung seiner Tätigkeit unterlässt oder die gebotene Aufklärung des Mandanten unterlässt (vgl. BGH, NJW-RR 2011, 858; WM 2009, 283). Dabei beginnt die dreijährige Verjährungsfrist des Sekundäranspruchs nach § 51b BRAO mit dem Eintritt der Primärverjährung zu laufen, sofern das Mandat zu diesem Zeitpunkt noch fortbesteht, anderenfalls mit der Beendigung des Mandats (vgl. BGH, NJW-RR 2011, 858; BGHZ 94, 380, 390).

Nach ständiger Rechtsprechung des BGH, von der abzuweichen der Senat keinen Anlass hat, entfällt eine Sekundärhaftung u.a. dann, wenn der Mandant rechtzeitig vor Ablauf der Primärverjährung wegen der Haftungsfrage anderweitig anwaltlich beraten wird (vgl. BGH, NJW 2001, 3543; WPM 1996, 33; NJW 1995, 2109; OLG Hamm, BRAK-Mitt 2006, 218; OLG R 1998, 365). Die aus dem neuen Mandat begründeten Hinweispflichten treten dann an die Stelle derjenigen, die dem haftpflichtigen Anwalt ansonsten zur Erfüllung der gegen ihn gerichteten Ansprüche obliegen (vgl. BGH, NJW 1993, 837; OLG Hamm, OLG R 1998, 365). So liegt der Fall hier. Die Beklagte war nach eigenem Vortrag seit Januar 2003 damit beauftragt, Schadenersatzansprüche gegen Rechtsanwalt B. aus dessen defizitärer Führung des Vorprozesses geltend zu machen.

Die Beklagte hat keine Gründe vorgetragen, aus denen sie die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hätte (§ 280 Abs. 1 Satz 2 BGB). Infolgedessen haftet sie für den dem Kläger durch die prozessuale Geltendmachung des verjährten Anspruchs entstandenen Schaden. Dieser besteht in der Verpflichtung, die Rechtsanwalt B. entstandenen Kosten zu erstatten. Von dieser Verpflichtung hat sie ihn gemäß § 249 BGB freizustellen.

Ebenfalls zu Recht hat das Landgericht die Beklagte dazu verurteilt, den Kläger von der Inanspruchnahme durch seinen Prozessgegner L. in dem Verfahren 3 O vor dem Landgericht Mönchengladbach aus dem Versäumnisurteil vom 4.9.2002 freizustellen.

Die Beklagte hat ihre anwaltliche Pflicht verletzt, den Regressanspruch gegen Rechtsanwalt B. wegen defizitärer Führung dieses Prozesses zu unverjährter Zeit gerichtlich geltend zu machen (§ 280 Abs. 1 Satz 1 BGB).

Sie war nach ihrem eigenen Vorbringen seit Januar 2003 damit beauftragt, Schadenersatzansprüche gegen Rechtsanwalt B. außergerichtlich geltend zu machen. **Im Rahmen dieses Mandats oblag ihr die Pflicht, sicherzustellen, dass dem Kläger keine Rechtsnachteile durch Verjährung entstehen** (vgl. BGH, NJW 1993, 1779; NJW 1992, 840). Nachdem eine Hemmung der Verjährung durch Verhandlungen über den Anspruch gemäß § 203 BGB jedenfalls mit Zugang des letzten Ablehnungsschreibens seitens des Haftpflichtversicherers von Rechtsanwalt B. am 20.8.2003 beendet war, hätte sie weitere verjährungsunterbrechende oder -hemmende Maßnahmen veranlassen müssen, insbesondere eine rechtzeitige Klageerhebung. Etwas anderes folgt nicht daraus, dass sie nach ihrem Vortrag lediglich mit der außergerichtlichen Geltendmachung des Anspruchs beauftragt war. **Denn der Rechtsanwalt muss auch bei eingeschränktem Mandat das Notwendige veranlassen, wenn sich bei sorgfältiger Bearbeitung die Gefahr aufdrängt, dass Ansprüche gegen Dritte verjähren können** (vgl. BGH, ZIP 2008, 1402). Die Beklagte hätte den Kläger daher spätestens nach dem 20.8.2003 auf die drohende Verjährung hinweisen müssen und zur Klageerhebung raten müssen.

Diese Pflicht hat die Beklagte verletzt. Sie hat erstinstanzlich nicht vorgetragen, dass bzw. wann sie den Kläger auf den drohenden Verjährungseintritt hingewiesen und ihm zur Klageerhebung geraten hätte. Aus ihrem Vorbringen, der Kläger habe bei Erörterung des Ablehnungsschreibens des Haftpflichtversicherers von Rechtsanwalt B. vom 19.8.2003 erklärt, er beabsichtige nun, nach Griechenland zurückzugehen und dort eine Wäscherei zu eröffnen, ergibt sich auch dann, wenn dieser Vortrag zuträfe, nicht, dass sie den Kläger pflichtgemäß belehrt hätte bzw. dass und warum die grundsätzlich gebotene Belehrung ausnahmsweise entbehrlich gewesen wäre.

Soweit die Beklagte erstinstanzlich weiter vorgetragen hat, der Kläger habe sie im April 2005 erneut aufgesucht, er habe mitgeteilt, dass sein Vorhaben nicht erfolgreich verlaufe und dass er beabsichtige, einen Insolvenzantrag zu stellen, er habe ferner mitgeteilt, er beabsichtige eventuell, sich als Transporteur selbstständig zu machen, und wisse nicht, ob ein Klageverfahren durchgeführt werden solle, ist auch dem nicht zu entnehmen, dass sie den Kläger pflichtgemäß über notwendige Maßnahmen zur Verjährungsunterbrechung belehrt hätte. Insbesondere lässt der Umstand, der Kläger habe zu diesem Zeitpunkt nicht gewusst, ob ein Klageverfahren durchgeführt werden solle, auch dann, wenn er zuträfe, nicht darauf schließen, dass eine entsprechende Belehrung entbehrlich gewesen wäre. Denn es ist nicht ersichtlich, dass der Kläger anderweitig über die Dauer der Verjährungsfrist und die Notwendigkeit verjährungsunterbrechender Maßnahmen Kenntnis gehabt und daher in der Lage gewesen wäre, aufgrund eigener Sach- und Rechtskenntnis die notwendige Entscheidung zu treffen bzw. aufzuschieben.

In der Berufung trägt die Beklagte – insoweit neu – vor, der Kläger habe im April 2005 mitgeteilt, eine Klage gegen Rechtsanwalt B. habe keinen Sinn, wenn er Insolvenz anmelden müsse; zum einen fehle ihm das Geld, zum anderen

falle dann ohnehin ein etwaiger Gewinn in die Insolvenzmasse. Auch dieses Vorbringen, das bestritten ist und gemäß §§ 531, 529 ZPO keine Berücksichtigung finden kann, erhellt im Übrigen nicht, inwiefern die Beklagte den Kläger pflichtgemäß belehrt oder sichergestellt hat, dass diesem der Lauf der Verjährungsfrist und die Notwendigkeit verjährungsunterbrechender Maßnahmen anderweitig bekannt waren, so dass er in der Lage war, die Entscheidung gegen eine Klage sachgerecht zu treffen.

Spätestens zu diesem Zeitpunkt ab April 2005 hätte die Beklagte dem Kläger aber zur Klageerhebung raten müssen. Denn sie musste nach dem Grundsatz, dass der Rechtsanwalt im Sinne seines Mandanten den sichersten Weg zu wählen hat, die Möglichkeit in Betracht ziehen, dass die Verjährungsfrist bereits mit Zustellung des Versäumnisurteils, d.h. am 17.9.2002, zu laufen begonnen hatte und die Voraussetzungen für eine Verjährungshemmung i.S.d. § 203 BGB nicht gegeben waren, so dass die Verjährung bereits mit Ablauf des 16.9.2005 vollendet sein würde (vgl. BGH, NJW-RR 2008, 1235; NJW 1993, 2797).

Zugunsten des Klägers streitet die **Vermutung, dass er sich aufklärungsgerecht verhalten hätte** (vgl. BGH, NJW 1998, 749; NJW 1993, 3259). Diese hat die Beklagte nicht zu erschüttern vermocht, zumal der Kläger der Beklagten zu einem späteren Zeitpunkt tatsächlich Klageauftrag erteilt hat.

Diese Pflichtverletzung, die die Beklagte mangels Exculpation zu vertreten hat (§ 280 Abs. 1 Satz 2 BGB), hat aufseiten des Klägers zu dem Schaden geführt, mit der durch defizitäre Prozessführung von Rechtsanwalt B. entstandenen Verpflichtung gegenüber dem Prozessgegner L. aus dem Versäumnisurteil vom 4.9.2002 belastet zu bleiben.

Hätte die Beklagte die Regressklage gegen Rechtsanwalt B. hingegen rechtzeitig anhängig gemacht, so wäre diese erfolgreich gewesen und Rechtsanwalt B. wäre verurteilt worden, den Kläger von der Inanspruchnahme durch L. freizustellen.

aa) Rechtsanwalt B. haftete dem Kläger aus § 280 Abs. 1 BGB auf Schadenersatz, weil er seine anwaltliche Pflicht in dem Verfahren 3 O vor dem Landgericht Mönchengladbach, im Termin vom 4.9.2002 aufzutreten und damit ein Versäumnisurteil zu verhindern bzw. gegen dieses rechtzeitig Einspruch einzulegen, schuldhaft verletzt hat. Der Kläger hatte der Rechtsanwaltskanzlei B. und Z. uneingeschränkte Prozessvollmacht erteilt. **Für den Schaden aus der mangelhaften Erfüllung eines einer Rechtsanwaltssozietät erteilten Mandats haftet seit Anerkennung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts als teilrechtsfähig deren Gesellschafter analog § 128 HGB akzessorisch** (vgl. BGH, NJW 2003, 1445).

Aus der uneingeschränkten Prozessvollmacht ergab sich die Pflicht von Rechtsanwalt B., im Termin vom 4.9.2002 aufzutreten und Klageabweisung zu beantragen bzw. gegen das Versäumnisurteil rechtzeitig Einspruch einzulegen. Diese Pflicht hat er schuldhaft verletzt. Er hätte sich insbesondere

nicht damit i.S.v. § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB entschuldigen können, dass er zu weiterem, substanziiertem Sachvortrag verpflichtet gewesen sei, hierzu aber nicht in der Lage gewesen sei, weil der Kläger sich am 10.8.2001 ohne Hinterlassung einer neuen Anschrift nach Griechenland verabschiedet habe und deshalb für ihn nicht mehr erreichbar gewesen sei.

Es ist bereits nicht ersichtlich, zu welchem Sachvortrag Rechtsanwalt B. in der damaligen prozessualen Situation verpflichtet gewesen sein soll, so dass er im Termin vom 4.9.2002 nicht habe auftreten können, weil ihm dieser Sachvortrag nicht möglich gewesen sei. Der damalige Kläger L. hatte zunächst Prozesskostenhilfe für eine beabsichtigte Klage gegen den hiesigen Kläger auf Zahlung eines Kaufpreises von 80.000 DM für von diesem übernommenes Gaststätteninventar beantragt. Im beigefügten Klageentwurf hatte er die Kaufpreisvereinbarung unter Beweis gestellt. Rechtsanwalt B. war dem mit Schriftsatz vom 6.3.2001 unter Gegenbeweisantritt entgegengetreten. Das Landgericht Mönchengladbach hatte den Prozesskostenhilfeantrag mit Beschluss vom 15.5.2001 zurückgewiesen, weil L. auf das Bestreiten des hiesigen Klägers nicht mehr erwidert hatte. L. hatte mit Schriftsatz vom 18.6.2001 Beschwerde eingelegt und weiter zur Sache vorgetragen. Rechtsanwalt B. hatte auf das Beschwerdevorbringen mit Schriftsätzen vom 19.7.2001, 23.8.2001 und 24.9.2001 eingehend erwidert.

Das OLG Düsseldorf hatte L. mit Beschluss vom 28.1.2002 Prozesskostenhilfe mit der Begründung bewilligt, dieser habe den Anspruch jedenfalls mit dem Beschwerdevorbringen schlüssig dargelegt und unter Beweis gestellt. Die Richtigkeit seiner Behauptungen sei nunmehr durch Beweisaufnahme zu klären. Daraufhin hatte das Landgericht die Klage zugestellt und – nachdem Rechtsanwalt B. rechtsirrig behauptet hatte, nur für das Prozesskostenhilfverfahren mandatiert gewesen zu sein – Termin bestimmt. Ein über das bereits im Prozesskostenhilfverfahren Vorgetragene hinausgehender Vortrag war nicht erforderlich. Das Landgericht hätte, wenn Rechtsanwalt B. sich pflichtgemäß verhalten hätte, aufgrund des Termins vom 4.9.2002 Beweisbeschluss erlassen. Insoweit geht auch der Hinweis der Beklagten auf das Urteil des BGH vom 8.10.1981 (NJW 1982, 437) fehl. Der dortige Fall, dass die fehlerhafte Führung des Ausgangsprozesses – möglicherweise – auf unzureichender Information durch den Mandanten beruhte, liegt hier gerade nicht vor.

Im Übrigen hat das Landgericht im angefochtenen Urteil zutreffend festgestellt, dass Rechtsanwalt B. seine **anwaltlichen Pflichten auch insoweit verletzt hat, als er nicht die notwendigen Maßnahmen ergriffen hat, den Kläger zu erreichen**. Hierzu hätte der Versuch gehört, mit dem Kläger über dessen Handy-Nummer oder die vor Übernahme der Gaststätte bestehende Anschrift ... in Mönchengladbach Kontakt aufzunehmen oder beim Einwohnermeldeamt, der Post oder dem Gaststättenverpächter nachzufragen. Diese Maßnahmen hätten zum Erfolg geführt, weil der Kläger unstreitig durchgehend unter der Anschrift ... in Mönchengladbach gemeldet war und ihn dort im fraglichen Zeitraum auch andere Post erreicht hat. Rechtsanwalt B. hat bei seiner

Zeugenvernehmung vor dem Landgericht am 10.2.2011 indes eingeräumt, eine Einwohnermeldeamtsanfrage unterlassen zu haben. Andere Maßnahmen – abgesehen von einem erfolglosen Versuch, den Kläger telefonisch zu erreichen – hat er nach seiner Aussage ebenfalls nicht ergriffen.

Zwar liegt ein Verschulden des Mandanten vor, wenn der Anwalt ein Rechtsmittel nicht einlegt, weil der Mandant in Kenntnis eines bereits ergangenen Urteils eine Reise antritt und es unterlässt, vor der Reise Kontakt zu seinem Anwalt aufzunehmen oder sonst wie sicherzustellen, dass rechtzeitig vor Ablauf der Rechtsmittelfristen zumindest telefonisch eine Entscheidung über die Rechtsmitteleinlegung getroffen werden kann (vgl. BGH, NJW 2009, 1608). Ein solcher Fall war hier nicht gegeben. Es bedurfte keiner kurzfristigen Kontaktaufnahme zwischen Rechtsanwalt B. und dem Kläger.

bb) Diese schuldhaftige Pflichtverletzung hat dazu geführt, dass der Kläger in dem Rechtsstreit unterlegen ist und von L. aus dem Versäumnisurteil vom 4.9.2002 in Anspruch genommen werden kann. Das Landgericht hat rechtsfehlerfrei festgestellt, dass die Beklagte den ihr obliegenden Beweis, der Kläger wäre auch bei pflichtgemäßer Prozessführung durch Rechtsanwalt B. unterlegen, nicht geführt hat.

Hängt die Haftung des Anwalts vom Ausgang eines Vorprozesses ab, hat das Regressgericht selbst zu entscheiden, welches Urteil richtigerweise hätte ergehen müssen (vgl. BGH, NJW 1996, 2501; NJW 1996, 48). Dabei hat es sich – losgelöst von Aufklärungsbeschränkungen, die im Ausgangsverfahren bestanden hätten – im Interesse einer richtigen Sachentscheidung aller Beweismittel zu bedienen, die in diesem Prozess zur Verfügung stehen. Dazu gehört auch die Vernehmung des damaligen Klägers L. als Zeuge, obwohl dieser im Vorprozess nur unter den für die Vernehmung der beweispflichtigen Partei geltenden Einschränkungen hätte gehört werden können (vgl. BGH, VersR 1984, 160; VersR 1979, 183). Nach diesen Maßgaben ist das Landgericht in nicht zu beanstandender Weise zu dem Ergebnis gelangt, dass die Klage des L. hätte abgewiesen werden müssen, weil der Beweis, dass L. aus einem Verkauf des Inventars noch eine Kaufpreisforderung gegen den Kläger zusteht, nicht geführt ist. (...)

Das Vorbringen der Beklagten in den Schriftsätzen vom 1.3.2012 und 10.4.2012 gibt keinen Anlass zu einer abweichenden Beurteilung.

Dass der den Rechtsanwälten B. und Z. erteilten **Prozessvollmacht** das Mandat zugrundelag, den Kläger auch im Klageverfahren zu vertreten, ergibt sich schon daraus, dass die mit Anwaltsschriftsatz vom 3.8.2000 vorgelegte Prozessvollmacht zu einem Zeitpunkt erteilt wurde, als der am 15.2.2001 beim Landgericht eingegangene Prozesskostenhilfeantrag noch nicht existierte und mithin nicht absehbar war, ob dem Klageverfahren ein Prozesskostenhilfverfahren vorangestellt werden würde. **Die Beklagte hat auch nicht vorgetragen, dass das einmal erteilte Mandat – und die Vollmacht – nach Erteilung und vor Zustellung der Klageschrift eingeschränkt bzw. gekündigt worden sei. Eine solche Kündigung kann insbesondere nicht allein darin gesehen werden,**

dass der Kläger sich während des laufenden Prozesskostenhilfverfahrens nach Griechenland „verabschiedete“. Eine Kündigung seitens der Rechtsanwälte B. und Z. ist nicht dargetan.

Wie der Senat bereits ausgeführt hat, **war Rechtsanwalt B. nicht deswegen daran gehindert, im Termin vom 4.9.2002 aufzutreten bzw. gegen das Versäumnisurteil Einspruch einzulegen, weil er mit dem Kläger seit August 2001 nicht habe sprechen können, da es keinen Gesprächsbedarf gab.**

Auch nach den weiteren Ausführungen der Beklagten bleibt es dabei, dass Rechtsanwalt B. den Kläger ohne Weiteres hätte erreichen können, wenn er das in diesem Fall Nahe- liegendste unternommen hätte, nämlich diesen unter den ihm bekannten Anschriften anzuschreiben bzw. eine Einwohnermeldeamtsanfrage durchzuführen. (...) ■

Belehrungspflicht des Rechtsanwalts

- Betriebswirtschaftliche Fragestellungen (OLG München, Urt. v. 18.10.2011 – 30 U 513/10; rkr. nach BGH, Beschl. v. 19.7.2012 – IX ZR 179/11, wird im Anschluss abgedruckt)

Leitsatz (d. Red.):

Vom Rechtsanwalt einer Interessengemeinschaft kann keine auf persönlichen Bedürfnisse und Belange der einzelnen Mitglieder der Interessengemeinschaft zugeschnittene individuelle Beratung erwartet werden. ■

Zum Sachverhalt:

Die Kläger nehmen den Beklagten wegen behaupteter Verletzungen von Pflichten aus einem Anwaltsvertrag im Zusammenhang mit dem Abschluss eines außergerichtlichen Vergleichs in Anspruch.

Das Landgericht hat die Klage, mit der Zahlung von Schadenersatz in Höhe von 41.603,19 EUR zzgl. Prozesszinsen von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz hieraus und Freistellung von allen Verpflichtungen aus einem Kreditvertrag Zug um Zug gegen Übereignung des Anteils der Kläger am ...-Fonds Nr. ... GbR begehrt sowie Freistellung von Ansprüchen, die Gesellschafter oder Gläubiger des Fonds geltend machen, verlangt wird, mit Endurteil vom 25.6.2010 abgewiesen. (...) ■

Aus den Gründen:

1. Die Berufung ist statthaft und zulässig (§§ 511, 513, 517, 519, 520 ZPO). Insbesondere ist sie form- und fristgerecht eingelegt und begründet. Das Endurteil wurde den Klägern am 5.7.2010 zugestellt. Der Berufungsschriftsatz vom 4.8.2010 ging am selben Tag beim Oberlandesgericht München ein. Die Begründung erfolgte mit Schriftsatz vom 5.10.2010, eingegangen am selben Tag, innerhalb der bis 5.10.2010 verlängerten Berufungsbegründungsfrist.

2. Die Berufung hat in der Sache keinen Erfolg. Das Landgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen. Denn es hat die gemäß §§ 280 Abs. 1, 611, 612, 675 BGB geltend gemachten Schadenersatz- und Freistellungsansprüche zutreffend bereits deshalb verneint, weil der Beklagte seine anwaltlichen Pflichten aus dem zwischen den Parteien zustande gekommenen Geschäftsbesorgungsvertrag im Zusammenhang mit dem Abschluss des Vergleichs nicht verletzt hat.

Ergänzend ist im Hinblick auf das Vorbringen in der Berufungsinstanz noch Folgendes auszuführen:

2.1 Entgegen der Ansicht der Kläger hat der Beklagte dadurch, dass er vor der Unterzeichnung der Vergleichsvereinbarung mit der Sparkasse ... vom 21.4./9.5.2010 – von sich aus weder persönlichen Kontakt mit ihnen aufgenommen noch sie individuell über die Vor- und Nachteile dieses Vergleichs aufgeklärt hat, nicht gegen seine Pflichten aus dem Anwaltsvertrag verstoßen.

2.1.1 Zwar ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ein Rechtsanwalt grundsätzlich verpflichtet, seinen **Auftraggeber umfassend und erschöpfend zu belehren**, um ihm eine eigenverantwortliche, sachgerechte Entscheidung darüber zu ermöglichen, wie er seine Interessen in rechtlicher und wirtschaftlicher Hinsicht zur Geltung bringen will (BGH, NJW 2009, 1589 ff m.w.N.). Dies gilt insbesondere dann, wenn der Anwalt in **Vergleichsverhandlungen** eingeschaltet ist (BGH, NJW 1993, 1325 f; BGH, NJW-RR 1996, 567). In diesen Fällen ist er deshalb nicht nur gehalten, sich der Zustimmung des Mandanten zum vorgesehenen Vergleich zu versichern (BGH, NJW 2002, 292; Zuehör/Fischer/Sieg/Schlee, Handbuch der Anwaltshaftung 2. Aufl., Rdnr. 714; Borgmann/Haug, Anwaltshaftung 3. Aufl., Rdnr. 103), sondern hat er ihm die Grundlage für die Entscheidung zu schaffen, indem er mit dem Mandanten den Vergleichstext erörtert und insbesondere auf die Chancen und Risiken hinweist (Zuehör/Fischer/Sieg/Schlee, a.a.O., Rdnr. 716; Borgmann/Haug, a.a.O.). Dabei hat er darauf zu achten, dass der Mandant keinen Fehlvorstellungen unterliegt und die Zustimmung durch seine Aufklärung und Belehrung gedeckt ist (Borgmann/Haug, a.a.O., Rdnr. 104; Vollkommer/Greger/Heinemann, Anwaltshaftung 3. Aufl., S. 143 m.w.N.).

2.1.2 Allerdings können diese regelmäßig umfassenden **Anwaltspflichten** – ebenfalls nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH, NJW 2009, 1589 ff) – zum einen **durch die Grenzen des erteilten Mandats eingeschränkt** sein. Denn maßgebend für Inhalt und Ausgestaltung des konkreten Anwaltsvertrages und damit für den Pflichtenkreis des Rechtsanwalts im Einzelfall ist der vom Auftraggeber festgelegte und gegebenenfalls durch zusätzliche Weisungen veränderte oder sich aus den Umständen ergebende Auftragsgegenstand und -umfang (Vollkommer/Greger/Heinemann, a.a.O., S. 4; BGH, NJW 1993, 3323). **Nur wenn das Mandat unbeschränkt ist, schuldet der Rechtsanwalt eine umfassende Beratung und Vertretung innerhalb der Rechtsangelegenheit, ist also der Mandant umfassend vor Rechtsnachteilen zu bewahren oder auf Rechtsansprüche gegen Dritte zu verweisen** (Vollkommer/Greger/Heinemann, a.a.O.; BGH,

NJW 1997, 2168; 1996, 2929). Ist jedoch die Geschäftsbesorgung auf ein **punktuell Tätigwerden** innerhalb einer Rechtssache beschränkt, hat ein solch eingeschränktes Mandat Auswirkungen auf den Umfang nicht nur der Hauptleistungspflicht, sondern auch der Nebenpflichten (Vollkommer/Greger/Heinemann, a.a.O., m.w.N.).

Zum anderen ist der Rechtsanwalt auch grundsätzlich an gegebene **Weisungen des Mandanten** gebunden (Borgmann/Haug, a.a.O., Rdnr. 124 m.w.N.). Dies gilt unbedingt für Maßnahmen und Schritte, die den Anspruch oder die Interessen eines Mandanten rechtlich oder finanziell entscheidend beeinflussen, wie z.B. der Abschluss eines Vergleichs (Borgmann/Haug, a.a.O.).

Schließlich hängt der Umfang der Belehrungspflicht von der **Belehrungsbedürftigkeit des Mandanten** ab (Vollkommer/Greger/Heinemann, a.a.O., S. 130). In Fällen, in denen Vorkenntnis eines Mandanten den Umfang der Belehrungspflicht einschränkt, mindert sich diese darüber hinaus dann, wenn der Mandant in derselben Sache auch anderweitig Belehrung erfährt (Vollkommer/Greger/Heinemann, a.a.O., S. 131).

2.1.3 Nach diesen Grundsätzen musste sich der Beklagte wegen der hier gegebenen besonderen Umstände eigeninitiativ nicht mehr um eine weitere Aufklärung und Beratung der Kläger bemühen, nachdem diese mit Formblattschreiben vom 1.10.2004 dem ihnen mit Schreiben der ... GmbH vom 28.9.2004 unterbreiteten Vergleichsvorschlag, der – in komprimierter Form – sämtliche wesentlichen Elemente der später unterzeichneten Vergleichsvereinbarung enthielt, ausdrücklich zugestimmt hatten.

Zwar weisen die Kläger zu Recht darauf hin, dass sie dem Beklagten eine uneingeschränkte schriftliche Vollmacht zu ihrer außergerichtlichen Vertretung „in der Angelegenheit gegen die Sparkasse ...“ erteilt hatten, wobei sich die Vertretungsbefugnis ausdrücklich auch auf „außergerichtliche Verhandlungen aller Art bezüglich der Geltendmachung der Nichtigkeit des zwischen dem Vollmachtgeber und der Sparkasse ... geschlossenen Darlehensvertrages“ und „den Abschluss eines Vergleichs“ erstreckte.

Diese Vollmachtserteilung erfolgte indessen im Rahmen der Mitgliedschaft der Kläger in der „Interessengemeinschaft der ... Fonds Nr. ... GbR“, deren Ziel und Zweck gemäß dem Formulartext der – von den Klägern am 8.7.2004 unterzeichneten – Beitrittserklärung „die gemeinsame Geltendmachung von Ansprüchen gegenüber der Sparkasse ... aus den seinerzeit zur Finanzierung der Beteiligung abgeschlossenen Darlehensverträgen“ war. Die Behauptung der Kläger, die Fondsgesellschafter seien der Interessengemeinschaft deshalb beigetreten, „um herausfinden zu lassen, was für sie der beste Weg sei“, ist demnach unzutreffend.

Iniiziert wurde die Interessengemeinschaft, der zuletzt 58 Mitglieder angehörten, einem in der Gesellschafterversammlung vom 15.5.2004 erteilten Auftrag entsprechend von der ... GmbH (im Folgenden: ... GmbH), der Verwalterin

des Fonds, deren Geschäftsführerin Rechtsanwältin ... ist. Aus den bereits in erster Instanz von den Parteien vorgelegten Unterlagen ergibt sich, dass die ... GmbH auch die Geschäfte der Interessengemeinschaft führte. Sie war in der Gesellschafterversammlung vom 15.5.2004, deren Protokoll samt einem entsprechenden Anschreiben die Kläger nach den Feststellungen im Ersturteil erhalten hatten, beauftragt worden, einen „fachkundigen Rechtsanwalt“ heranzuziehen, der „den Gesellschaftern dann einen Vorschlag – auch im Hinblick auf die Gebühren – für eine außergerichtliche Vorgehensweise macht“. Die entsprechende Bevollmächtigung der ... GmbH ist im Formulartext der Beitrittserklärung enthalten. Hierauf wurde der Beklagte von der Geschäftsführerin der Interessengemeinschaft namens und im Auftrag deren Mitglieder mandatiert. Mit Schreiben der ... GmbH vom 20.7.2004 wurde der Beklagte nachfolgend davon in Kenntnis gesetzt, dass die Interessengemeinschaft zunächst darauf abziele, „einen außergerichtlichen Vergleich mit der Sparkasse ... zu erzielen“, wobei „jedoch – aus steuerlichen Gründen – nicht die Rückzahlung von Zinsen und Disagio im Vordergrund stehen“ sollte, sondern vielmehr daran gedacht sei, dass „die Bank auf einen Teil der Darlehensforderung verzichtet“.

Das Erstgericht hat hierzu festgestellt, dass diese Zielsetzung darauf zurückging, dass in der Gesellschafterversammlung vom 15.5.2004 die Mehrheit der Anwesenden im Fall der Rückabwicklung des Fonds den Verlust bereits in Anspruch genommener Steuervorteile und damit entsprechende steuerliche Nachteile befürchtete, weswegen überwiegend Vergleichsgespräche in Richtung einer Reduzierung des Darlehens und der Zinsen gewünscht wurden. Ebenso wie die übrigen vom Landgericht festgestellten Tatsachen hat – entgegen der Meinung der Kläger – der Senat auch diese Feststellungen, die allein auf der Aussage der Zeugin ... beruhen, seiner Entscheidung zugrunde zu legen (§ 529 Abs. 1 ZPO). Denn das Erstgericht ist ersichtlich aufgrund einer Gesamtwürdigung der Angaben der Zeugin zu der Überzeugung gelangt, dass diese der Wahrheit entsprechen. Das lässt Rechts- oder Verfahrensfehler nicht erkennen. Solche zeigen auch die Kläger nicht auf. Soweit sie darlegen, aus welchen Gründen der Zeugin aus ihrer Sicht nicht geglaubt werden kann, setzen sie lediglich ihre eigene Beweiswürdigung an die Stelle jener des Erstgerichts.

Allerdings binden auch fehlerfreie Tatsachenfeststellungen des Erstgerichts das Berufungsgericht nicht, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass diese unvollständig oder unrichtig sind und deshalb neue Feststellungen geboten sind (§ 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO). Entsprechende Zweifel ergeben sich für den Senat indessen weder aufgrund der Berufungsrügen noch bei der gebotenen Würdigung des Prozessstoffs der ersten Instanz von Amts wegen. Vielmehr spricht – im Gegenteil – für die Richtigkeit der Aussage der Zeugin, dass sie mit den vorliegenden Beweisurkunden in Einklang steht und deren Inhalte widerspruchsfrei ergänzt.

Bei dieser Sachlage war – wovon auch das Erstgericht zutreffend ausgeht – der Beklagte von der Geschäftsführung der Interessengemeinschaft in Einklang mit den Wünschen der

Mehrheit der Gesellschafter bzw. Mitglieder von vornherein beauftragt oder angewiesen, nur in einer bestimmten Richtung tätig zu werden, nämlich außergerichtliche Ansprüche gegenüber der Sparkasse geltend zu machen und eine vergleichsweise Einigung herbeizuführen mit dem Primat einer Aufrechterhaltung der Fondsbeteiligung zu verbesserten Darlehenskonditionen. Dass – im Außenverhältnis – die Vertretungsbefugnis infolge der unbeschränkten Vollmacht weiter reichte, ist – entgegen der Meinung der Kläger – im Innenverhältnis zwischen den Mitgliedern der Interessengemeinschaft und dem Beklagten unerheblich.

Im Ergebnis ohne Bedeutung ist ferner, ob die dem Beklagten vorgegebene Zielrichtung – wie vom Erstgericht – als beschränktes Mandat oder – wozu der Senat tendiert – als bindende Weisung anzusehen ist. Soweit die Kläger geltend machen, durch das Schreiben vom 20.7.2004 sei „eine Beschränkung der Einzelmandate nicht möglich“ gewesen, „da die Klagepartei und alle anderen Anleger dieses Anschreiben nie zur Kenntnis bekamen und die Fondsgesellschaft auch keine rechtliche Bevollmächtigung hatte, die Einzelmandate in irgendeiner Form zu beschränken“, greift dieser Einwand im Ergebnis nicht durch. Denn nachdem sein Ansprechpartner aufseiten der Interessengemeinschaft eine Rechtsanwältin war, durfte sich der Beklagte jedenfalls auf die Richtigkeit der vorgegebenen eingeschränkten Zielrichtung verlassen und oblag es ihm insbesondere auch nicht, deren Rechtmäßigkeit zu hinterfragen oder gar zu überprüfen.

Mit der über den Beklagten zwischen den Klägern und der Sparkasse ... zustande gekommenen Vergleichsvereinbarung, namentlich auch der Reduzierung der Darlehensvaluta um 40% und des Zinssatzes auf 4%, wurde die Vorgabe der Interessengemeinschaft letztlich umgesetzt. Die Kläger ihrerseits hatten sich durch ihre **Mitgliedschaft in der Interessengemeinschaft deren Zweck und Ziel unterworfen**, was notwendigerweise mit sich brachte, dass keine den Individualinteressen des einzelnen Mitglieds angepasste, sondern nur eine dem Gemeinschaftsinteresse der Gesamtheit der Mitglieder weitestgehend entsprechende Lösung gefunden werden konnte. **Die Kläger durften deshalb von vornherein kein auf ihre persönlichen Bedürfnisse und Belange zugeschnittenes Ergebnis erwarten, zumal sie vereinbarungsgemäß für die Tätigkeit des Beklagten eine Geschäftsgebührenpauschale von nur 100 EUR zu entrichten hatten** (die zusätzlich fällige Vergleichsgebühr wurde zum Teil von der Sparkasse übernommen).

Hinzu kommt, dass für die Frage, ob die **Fondsbeteiligung** zu den bisherigen oder zu geänderten Darlehensbedingungen fortgeführt werden sollte (nur diese Frage stellte sich aufgrund der beschränkten Zielsetzung), **im Wesentlichen rein wirtschaftliche Erwägungen maßgebend waren, die primär nicht der Beratungskompetenz eines Rechtsanwalts, sondern vielmehr jener eines Steuer- oder Wirtschaftsberaters unterfallen**. Entgegen der Meinung der Kläger war deshalb der Beklagte ihnen gegenüber nicht individuell zur „Bereitstellung der notwendigen Informationen“ und zu einem „intensiven Informationsaustausch mit entsprechender Aufklärung

und Beratung“ sowie zur Durchführung einer „individuellen Schadenvergleichsrechnung“ verpflichtet. Vielmehr genügte es, dass – wie jedem anderen Mitglied der Interessengemeinschaft auch – auf Veranlassung des Beklagten in der Anlage zum Schreiben vom 28.9.2004, in dem das Ergebnis der Verhandlungen mit der Sparkasse **in Form eines Vergleichsvorschlags mitgeteilt wurde, den Klägern als Entscheidungsgrundlage eine auf ihre persönliche Beteiligungshöhe abgestimmte übersichtliche Darstellung der Darlehenshöhe**, des jeweiligen Nominalzinses, der jährlichen Zinsrate und der jährlichen Einschüsse jeweils vor und nach dem – vorgeschlagenen – Vergleich nebst Differenzberechnung **zur Verfügung gestellt wurde**.

Dem Beklagten oblag es – entgegen der Ansicht der Kläger – auch nicht, von sich aus die Interessengemeinschaft, etwa im Rahmen einer einzuberufenden Mitgliederversammlung, über die **Vor- und Nachteile des beabsichtigten Vergleichs** aufzuklären. Denn abgesehen davon, dass – wie ausgeführt – infolge der eingeschränkten Zielsetzung die einzige Handlungsalternative die Beibehaltung des status quo war und sich deshalb – was die Kläger durchweg verkennen – die Frage der Vor- und Nachteile einer Rückabwicklung der Beteiligung nicht stellte, weswegen der Beklagte hierüber weder zu beraten noch aufzuklären hatte, wurden die Belange der Interessengemeinschaft – gleichsam gebündelt – von der ... GmbH, diese vertreten durch die Geschäftsführerin, wahrgenommen. Nur diese, nicht aber die einzelnen Mitglieder der Interessengemeinschaft, war unstreitig Ansprechpartnerin des Beklagten.

Nachdem Frau ... von Beruf Rechtsanwältin ist, konnte und durfte sich der Beklagte darauf verlassen, dass von dort aus ihm gegenüber Aufklärungs- und Beratungsbedarf namentlich auch im Hinblick auf den Vergleichsabschluss angemeldet wird, falls ein solcher besteht. Dies gilt umso mehr, als den Mitgliedern der Interessengemeinschaft die Annahme oder Ablehnung des Vergleichsvorschlags völlig freistand, was sich dem entsprechenden Formblatt, das dem Schreiben vom 28.9.2004 beilag und mit dem die Kläger unter dem Datum 1.10.2004 ihr Einverständnis erklärten, sowohl textlich als auch von der optischen Gestaltung her klar und eindeutig entnehmen ließ. Hinzu kommt, dass im Schreiben vom 28.9.2004 ausdrücklich angeboten war, für Rückfragen zur Verfügung zu stehen.

2.2 Der Beklagte war – entgegen der Meinung der Kläger – ferner nicht verpflichtet, die Mitglieder der Interessengemeinschaft persönlich oder auch nur indirekt über die geschäftsführende ... GmbH ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass statt der Aufrechterhaltung eine vollständige Rückabwicklung der Fondsbeteiligung und in diesem Zusammenhang insbesondere auch des Darlehensvertrags verlangt werden kann. Denn nach den auch insoweit fehlerfreien Feststellungen des Erstgerichts war dieser Anspruch auf Rückabwicklung den Klägern insbesondere aufgrund des Protokolls über die Gesellschafterversammlung vom 15.5.2004 und des Schreibens des Gründungsgesellschafters ... vom 4.10.2004 geraume Zeit vor Abschluss des Vergleichs positiv bekannt.

Aufgrund des an ihn gerichteten Schreibens der ... GmbH vom 20.7.2004 durfte der Beklagte diese Kenntnis auch voraussetzen.

2.3 Schließlich hat das Landgericht zu Recht angenommen, dass den Beklagten im Hinblick auf die vorgegebene Zielrichtung (Aufrechterhaltung der Fondsbeteiligung unter geänderten Bedingungen statt Rückabwicklung) **keine Warnpflicht** traf.

2.3.1 Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs braucht der Rechtsanwalt bei einem **beschränkten Mandat** grundsätzlich Interessen seines Mandanten außerhalb des Mandatsgegenstands nicht wahrzunehmen. Allerdings besteht für ihn nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) eine Nebenpflicht zur Warnung des Mandanten vor Gefahren außerhalb des beschränkten Gegenstands des Mandats, soweit diese dem Anwalt bekannt oder für ihn offenkundig, d.h. auf den ersten Blick ersichtlich, und damit evident sind (BGH, NJW-RR 2005, 1511; BGH, NJW 2002, 1413; 2001, 3477; 1997, 2168; 1996, 2929; 1995, 958; Zugehör/Fischer/Sieg/Schlee, a.a.O., Rdnr. 496 f; Vollkommer/Greger/Heinemann, a.a.O., S. 94). Gleiches gilt im Wesentlichen bei einer Weisung des Mandanten (Zugehör/Fischer/Sieg/Schlee, a.a.O., Rdnr. 940; Vollkommer/Greger/Heinemann, a.a.O., S. 163 f m.w.N.).

2.3.2 Das Erstgericht hat unter rechtsfehlerfreier Anwendung dieser Grundsätze eine Warnpflicht zu Recht verneint.

2.3.2.1 Soweit die Kläger geltend machen, der Beklagte habe „vor der Zusammenarbeit mit der ... GmbH“ für mehrere Anleger „eine Rückabwicklung als vorteilhafteste Variante ausgewählt“ und habe damit wieder besseres Wissen „ein vermeintlich eingeschränktes Mandat in Kenntnis einer eindeutig besseren Lösung angenommen“, hat der Beklagte lediglich eingeräumt, Fondsbeteiligungen vollständig rückabgewickelt zu haben. Der Beklagte hat sich aber unwiderlegt dahingehend eingelassen, dies sei nicht deshalb erfolgt, weil er die Rückabwicklung als die bessere Variante angesehen habe, sondern allein deswegen, weil die entsprechenden Anleger dies ausdrücklich gewünscht hätten.

2.3.2.2 Aufgrund eingehender und sorgfältig begründeter Erwägungen ist das Landgericht ferner zu dem zutreffenden Ergebnis gelangt, dass eine Rückabwicklung der Fondsbeteiligung nicht evident besser gewesen wäre als die von der Interessengemeinschaft gewünschte Aufrechterhaltung zu geänderten Bedingungen.

Wesentlich in diesem Zusammenhang ist auch aus Sicht des Senats, dass bei einer Rückabwicklung zwar einerseits Nachschuss- und Darlehenspflichten entfallen wären, andererseits aber die dann erfolgten Rückflüsse von Aufwendungen, die zuvor bei der Ermittlung der Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung als Werbungskosten abgezogen worden sind bzw. sich als AfA steuerlich ausgewirkt hatten, im Zeitpunkt des Zuflusses gemäß §§ 21 Abs. 1, 11 Abs. 1 EStG als Einnahmen hätten versteuert werden müssen (BGH, NJW 2007, 2401; 2008, 649, 2773, jeweils m.w.N. auf die Rspr. d. BFH).

Evidenz wäre demnach allenfalls dann anzunehmen, wenn wegen der Einkommenssituation der Kläger entweder die Fondsbeteiligung keine Steuervorteile gebracht oder die Rückerstattung von Aufwendungen durch die Sparkasse zu keinen Steuernachteilen geführt hätte und dies dem Beklagten bekannt oder für ihn offenkundig gewesen wäre. Beides ist indessen ersichtlich nicht der Fall.

2.4 Das Vorbringen der Kläger, der Beklagte habe Parteiverrat dadurch begangen, dass er sich unter Hintanstellung ihrer Interessen den Zielen der ... GmbH, die bei einer Rückabwicklung des Fonds den Verlust ihrer Geschäftsführertätigkeit habe befürchten müssen, unterworfen habe, lässt außer Betracht, dass – ausweislich des Protokolls der Gesellschafterversammlung vom 15.5.2004 und der Aussage der Zeugin ... – die Gesellschafter selbst die ... GmbH in Person der Geschäftsführerin ... mit der Iniziiierung der Interessengemeinschaft betraut hatten und mehrheitlich Vergleichsgespräche in Richtung einer Aufrechterhaltung des Fonds unter verbesserten Darlehensbedingungen wünschten. Damit bestand kein Gegensatz, sondern ein Gleichklang der Interessen der Gesellschafter und der Verwaltung des Fonds.

2.5 Schließlich ist – entgegen der Meinung der Kläger – der Vergleich mit der Sparkasse ... vom 21.4./9.5.2005 auch inhaltlich nicht zu beanstanden, so dass dem Beklagten in dieser Hinsicht ebenfalls keine Pflichtverletzung vorzuwerfen ist. Insbesondere wird hierin die Vorgabe, die Fondsbeteiligung unter verbesserten Darlehensbedingungen (Verzicht der Sparkasse auf 40% der ursprünglichen Darlehensvaluta und Reduzierung des Zinssatzes auf 4% p.a. gemäß Schreiben der ... GmbH vom 28.9.2004 und Einverständniserklärung vom 1.10.2004) aufrechtzuerhalten, fehlerfrei umgesetzt.

2.5.1 Zwar ist einzuräumen, dass sich diese Umsetzung aus § 2 des Vergleichs, in dem – unter gleichzeitigem gegenseitigen Verzicht auf die Rechte aus bzw. im Zusammenhang mit der Beteiligung an dem ... -Fonds Nr. ... GbR und der Rechte aus der Finanzierung dieser Beteiligung – die Kläger zugunsten der Sparkasse ein Schuldanerkenntnis über 43.360 EUR abgeben, einem juristischen Laien nicht ohne Weiteres erschließt. Zwischen den Parteien ist aber unstreitig, dass hierdurch aus wirtschaftlicher Sicht und vom finanziellen Ergebnis her der Vorgabe gleichwohl entsprochen wird. Der anerkannte Schuldbetrag wurde absprachegemäß mittels eines Darlehens der Sparkasse ... aus dem Jahr 2005 mit einem Nominalzins von exakt 4% p.a. finanziert.

2.5.2 Wesentlicher Sinn und Zweck der Vereinbarung zwischen den Klägern und der Sparkasse war es, die infolge der Nichtigkeit des Darlehensvertrages eingetretene Rechtsunsicherheit abschließend zu beseitigen und die Rechtsbeziehung auf neue Grundlagen zu stellen (vgl. § 1 des Vergleichs). Es war deshalb nur folgerichtig und auch im Interesse der Kläger, dass unter § 6 des Vergleichs eine umfassende Abgeltung sämtlicher wechselseitiger Ansprüche, die in Zusammenhang mit der Beteiligung an dem Fonds und deren Finanzierung bestehen oder entstehen konnten, vereinbart wurde.

2.5.3 Soweit unter § 5 des Vergleichs von den Klägern Rechte und Ansprüche gegen Dritte an die Sparkasse übertragen bzw. abgetreten wurden, ist die Vereinbarung – worauf die Kläger zu Recht hinweisen – sehr weit gehend, begründet aber aus Sicht des Senats gleichwohl keine Pflichtwidrigkeit des Beklagten. Denn von Anfang an stand fest, dass die Gesellschafter des Fonds der Sparkasse die Möglichkeit zu eröffnen haben, sich für den teilweisen Ausfall des Finanzierungsdarlehens gegenüber Dritten schadlos zu halten (Ziffer 7 des Vergleichsvorschlags im Schreiben vom 28.9.2004). Dementsprechend heißt es unter § 5 Abs. 1 des Vergleichs, dass „die in diesem Paragraphen vom Anleger abgegebenen Erklärungen“ dazu „dienen, die der Sparkasse gegenüber Dritten zustehenden Ansprüche aus eigenem oder übertragenem Recht zu realisieren“.

Damit ist aber die durch die umfassende Übertragung der Rechte und Ansprüche im Außenverhältnis bestehende Rechtsmacht der Sparkasse im Innenverhältnis zu den Klägern erheblich und dem Regelungszweck entsprechend eingeschränkt. Hinzu kommt, dass die Sparkasse als Wirtschaftsunternehmen in öffentlicher Trägerschaft gehalten ist, weitest möglich für einen Ausgleich der eingetretenen Verluste zu sorgen und deshalb auch ein aner kennenswertes Interesse daran hat, in weitem Umfang die hierfür erforderlichen Instrumente zur Verfügung gestellt zu bekommen. Bei der gebotenen Gesamtwürdigung wurde somit aus Sicht des Senats eine den beiderseitigen Belangen gerecht werdende und die Kläger nicht einseitig in unbilliger Weise benachteiligende Lösung gefunden.

2.5.4 Gegen die übrigen Vereinbarungen im Vergleich vom 21.4./9.5.2005 ist ersichtlich nichts zu erinnern und werden auch von den Klägern keine Einwendungen erhoben. Noch vor der Unterzeichnung durch den Beklagten am 9.5.2005 war der vollständige Text der Vergleichsvereinbarung den Klägern mit Begleitschreiben der ... GmbH vom 25.4.2005 zur Kenntnisnahme übersandt worden, wobei sich dem Schreiben ausdrücklich entnehmen ließ („sie wird ... unterzeichnet“), dass eine Unterschriftsleistung noch nicht erfolgt ist. (...) ■

Belehrungspflicht des Rechtsanwalts

- Betriebswirtschaftliche Fragestellungen (BGH, Beschl. v. 19.7.2012 – IX ZR 179/11)

Leitsatz (d. Red.):

Es ist nicht Aufgabe des Rechtsanwalts, dem Mandanten grundlegende Entschlüsse in dessen Angelegenheiten abzunehmen. Die betriebswirtschaftliche Fragestellung, welche Rendite künftig aus der Fondsbeteiligung des Mandanten zu erwarten war, muss der Rechtsanwalt nicht prüfen. Es obliegt vielmehr dem Mandanten selbst zu beurteilen, ob er das Aufrechterhalten der Fondsbeteiligung zu günstigeren Konditionen als wirtschaftliche vorteilhaft erachtet. ■

Aus den Gründen:

Die Nichtzulassungsbeschwerde ist statthaft und auch im Übrigen zulässig, hat jedoch in der Sache keinen Erfolg. Weder hat die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung, noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts (§ 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO). Das Berufungsgericht hat keine Verfahrensgrundrechte der Kläger verletzt.

1. Soweit die Beschwerdebegründung rügt, das Berufungsgericht habe den Anspruch der Kläger auf rechtliches Gehör verletzt, indem es sich nicht näher mit den Angriffen der Berufungsbegründung gegen die Glaubwürdigkeit der Zeugin P. auseinandergesetzt habe, wird die Entscheidungserheblichkeit des behaupteten Gehörsverstößes nicht ausreichend dargelegt.

Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts haben die Kläger den Beklagten durch das Schreiben der Verwalterin des Fonds vom 20.7.2004 mandatiert, wobei die Kläger die Verwalterin durch ihre Beitrittserklärung zur Interessengemeinschaft der Anleger vom 8.7.2004 hierzu bevollmächtigt haben. Dass der Anwaltsvertrag zwischen den Parteien auf andere Weise zustande gekommen wäre, haben die Kläger in den Tatsacheninstanzen nicht dargelegt und wird auch von der Beschwerdebegründung nicht behauptet. Das Berufungsgericht hat den Inhalt des erteilten Mandats daher mit Recht aus einer Auslegung des Schriftverkehrs entnommen, nachdem die Parteien – wie die Beschwerdebegründung selbst aufzeigt – zu keinem Zeitpunkt mündlich miteinander in Kontakt getreten sind. Weshalb die Glaubwürdigkeit der Zeugin P. bei der Auslegung der vorgelegten Urkunden von Bedeutung sein soll, zeigt die Beschwerdebegründung nicht auf.

2. Für die Auslegung des Beauftragungsschreibens vom 20.7.2004 ist gemäß § 164 Abs. 1 Satz 1, § 166 Abs. 1 BGB nicht auf die Person der Kläger, sondern auf diejenige der Fonds-Verwalterin abzustellen, welche den Beklagten in Vertretung der Kläger mandatiert hat. Auf die Frage, ob die Verwalterin dieses Schreiben den Klägern zur Kenntnis übermittelt hat, kommt es nicht an.

3. Entgegen der Auffassung der Beschwerdebegründung musste der Beklagte nicht wegen der mangelnden Rentabilitätserwartung des streitgegenständlichen Fonds von dem Abschluss des Vergleichs abraten.

a) **Es ist nicht Aufgabe des Rechtsanwalts, dem Mandanten grundlegende Entschlüsse in dessen Angelegenheiten abzunehmen** (BGH, Urt. v. 7.2.2008 – IX ZR 149/04, WM 2008, 946 Rdnr. 13). Die **betriebswirtschaftliche Fragestellung**, welche Rendite künftig aus der Fondsbeteiligung des Klägers zu erwarten war, musste der Beklagte nicht prüfen. Es oblag vielmehr den Klägern selbst zu beurteilen, ob sie das Aufrechterhalten der Fondsbeteiligung zu günstigeren Konditionen als wirtschaftlich vorteilhaft erachteten.

b) Ob der Beklagte die Kläger auf die steuerrechtlichen Folgen einer Rückabwicklung der Fondsbeteiligung hätte hin-

weisen müssen, kann dahinstehen, weil die Beschwerdebegründung die Entscheidungserheblichkeit dieser Fragestellung nicht aufzeigt.

Nach der Beurteilung des Berufungsgerichts, die von der Beschwerdebegründung in steuerrechtlicher Hinsicht nicht angegriffen wird, hätte der Kläger bei einer Rückabwicklung die bereits gezogenen Steuervorteile nachversteuern müssen. Unter steuerrechtlichen Gesichtspunkten war der geschlossene Vergleich mit der S. demnach günstiger als eine Rückabwicklung. Der Beklagte musste daher nicht aus steuerrechtlichen Gründen von dem Vergleichsschluss abraten.

4. Die Frage, ob der Beklagte seine Beratung an den gemeinsamen Interessen aller Mitglieder der Interessengemeinschaft auszurichten hatte oder eine Beratung der einzelnen Mitglieder unter Berücksichtigung individueller Umstände schuldete, ist nicht entscheidungserheblich. Die Beschwerdebegründung zeigt keine individuellen Umstände der Kläger auf, wonach die Vorteilhaftigkeit des ausgehandelten Vergleichs für sie anders zu beurteilen gewesen wäre als bei den übrigen Mitgliedern der Interessengemeinschaft.

5. Von einer weiteren Begründung wird abgesehen (§ 544 Abs. 4 Satz 2 Halbsatz 2 ZPO). ■

Wirtschaftsprüferhaftung

- Abschlussprüfung
- Vorsätzlich sittenwidrige Schädigung
(OLG Dresden, Urt. v. 30.6.2012 – 8 U 1603/08)

Leitsatz (d. Red.):

Ein Wirtschaftsprüfer handelt vorsätzlich i.S.d. § 826 BGB, wenn er sich über offensichtliche Bedenken gegen die Richtigkeit des Lageberichts und der Werthaltigkeit der in der Bilanz eingestellten Forderungen hinweggesetzt hat, so dass die uneingeschränkte Erteilung des Bestätigungsvermerks als gewissenlos zu werten ist. ■

Zum Sachverhalt:

Die Kläger nehmen den Beklagten als Wirtschaftsprüfer aus der Erstellung eines in einem Anlageprospekt veröffentlichten Testats zur Prüfung des Jahresabschlusses und des Lageberichts der Anlagegesellschaft, der Wohnbaugesellschaft ... AG (im Folgenden: WBG), auf Rückzahlung der geleisteten Einlagen in Anspruch. Für das erstinstanzliche Vorbringen der Parteien wird auf den Tatbestand des landgerichtlichen Urteils verwiesen.

Das Landgericht Leipzig hat mit Urteil vom 5.9.2008 nach Rücknahmeerklärung der weiteren Kläger die Klagen der Berufungskläger und des Klägers zu 17) abgewiesen. Hinsichtlich der dem Tenor zugrunde liegenden rechtlichen und tatsächlichen Erwägungen wird auf die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils Bezug genommen.

Mit der Berufung verfolgen die Berufungskläger unter Wiederholung ihres erstinstanzlichen Vorbringens ihre Anträge weiter. Sie vertreten die Auffassung, sie seien in den Schutzbereich des Abschlussprüfungsvertrages einbezogen. Entscheidend sei hierfür die Kenntnis des Beklagten von der Veröffentlichung seines Bestätigungsvermerks in dem Prospekt der Anlagegesellschaft. Den hierzu von den Klägern angebotenen Zeugenbeweis hätte das Landgericht nicht als verspätet zurückweisen dürfen. Jedenfalls sei mit der Erklärung des Beklagtenvertreters zu Protokoll des Landgerichts vom 6.6.2008 unstreitig gestellt, dass der Prospekt zu den hier von den Berufungsklägern gezeichneten Anleihen zu einem Zinssatz von 7% den Bestätigungsvermerk enthalten habe. Der Beklagte habe aufgrund seiner Kenntnis von der Veröffentlichung des Testats zumindest mit bedingtem Vorsatz gehandelt. Die Prüfung habe er nicht mit der erforderlichen Sorgfalt ausgeführt. Seit 2001 sei die erhebliche Risikolage der Gesellschaft in Fachartikeln publiziert worden. Aus den gutachterlichen Feststellungen der Wirtschaftsprüferkammer zu dem von einem anderen Wirtschaftsprüfer erteilten Testat für die Geschäftsjahre 2002 und 2003 sei der Schluss zu ziehen, dass erst recht für das Jahr 2004 der Beklagte einen uneingeschränkten Bestätigungsvermerk nicht hätte erteilen dürfen.

Die Kläger halten an ihrer Auffassung fest, der Beklagte sei Garant im Sinne der Prospekthaftung. Dies ergebe sich daraus, dass in dem Prospekt nicht nur der Bestätigungsvermerk, sondern auch der geprüfte Jahresabschluss und Jahresbericht wiedergegeben wird. Ferner beziehen sich die Kläger auf ein weiteres Gutachten der Wirtschaftsprüferkammer vom 7.4.2009 und vertreten demgemäß die Auffassung, dass bei Erteilung des Bestätigungsvermerks wesentliche Prüfungshandlungen noch nicht abgeschlossen seien, der Bestätigungsvermerk erteilt worden sei, obwohl der Lagebericht kein zutreffendes Bild über die abgeben und auch formale Gründe der Erteilung des Bestätigungsvermerks entgegengestanden hätten. Auch habe der Beklagte die im Jahresabschluss ausgewiesenen Forderungen gegen den hinter der WBG stehenden J.S. e.K. und zu Konzerngesellschaften zu Unrecht unbeanstandet als voll werthaltig übernommen. (...)

Der Beklagte verteidigt das landgerichtliche Urteil und hält an seiner Auffassung fest, dass Ansprüche gegen ihn nicht begründet seien. Es fehle bereits an einer Anspruchsgrundlage und an der Kausalität des Prüfvermerks für die Anlageentscheidung der Kläger. Insbesondere habe sich der Beklagte gegenüber den Klägern nicht vorsätzlich sittenwidrig verhalten. Bis zu der zivilrechtlichen Auseinandersetzung habe er von dem Inhalt der Prospekte sowie der konkreten Veröffentlichung des Bestätigungsvermerks keine Kenntnis gehabt. Abweichendes ergebe sich nicht aus der Protokoll-erklärung vom 6.6.2008. Die Behauptungen der Kläger zur Unrichtigkeit des Bestätigungsvermerks und zur Prospektkenntnis seien vom Landgericht zu Recht als verspätet zurückgewiesen worden. Der Kläger zu 1) habe nicht hinreichend nachgewiesen, dass ihm der von ihm behauptete Originalprospekt vor Zeichnung der Inhaberschuldverschreibungen vorgelegen habe. Der Kläger zu 2), der von seinem

Vater die Inhaberschuldverschreibungen geschenkt erhalten haben will, sei nicht aktivlegitimiert.

Der Senat hat mit Beschluss vom 2.7.2009 die Verwertung der gutachterlichen Stellungnahme der Wirtschaftsprüferkammer ... vom 7.4.2009 aus dem unter Az. 206 Js 5899/06 der Staatsanwaltschaft Leipzig u.a. gegen den Beklagten geführten Ermittlungsverfahren angeordnet. Ferner hat er Beweis erhoben durch Einholung eines schriftlichen Gutachtens des Sachverständigen Dipl.-Volkswirt A.D.T. vom 30.11.2010, seines Ergänzungsgutachtens vom 6.4.2011 und seiner Anhörung im Termin vom 14.4.2011. Für das Ergebnis wird auf die Gutachten und das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 14.4.2011 verwiesen. Der Beklagte hat mit Schriftsatz vom 19.5.2011 zum Ergebnis der Beweisaufnahme Stellung genommen. Der Antrag des Beklagten, die Ablehnung des Sachverständigen wegen Besorgnis der Befangenheit für begründet zu erklären, wurde mit Beschluss vom 29.6.2011 zurückgewiesen; auf die Gründe wird Bezug genommen. ■

Aus den Gründen:

(...) Der Beklagte haftet den Klägern auf Ersatz desjenigen Schadens, der ihnen durch den Erwerb der streitgegenständlichen Inhaberschuldverschreibungen jeweils entstanden ist.

1. Eine vertragliche Haftung des Beklagten scheidet allerdings aus. Ein unmittelbares Vertragsverhältnis zwischen den Parteien bestand nicht; Ansprüche aus Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter sind nicht gegeben.

1.1. Ein vertragliches oder vorvertragliches Schuldverhältnis ist zwischen den Parteien nicht, auch nicht konkludent, zustande gekommen. Der Beklagte haftet insoweit insbesondere nicht unter dem Gesichtspunkt der **Prospekthaftung im weiteren Sinn**.

a) Der Prospekthaftung im weiteren Sinn unterfallen all jene, denen auf vertraglicher oder vertragsähnlicher Grundlage für in Anspruch genommenes persönliches Vertrauen eine Aufklärungspflicht obliegt und die sich zur Erfüllung derselben eines Prospekts bedienen und inhaltlich zu eigen machen oder einen „aus ihrer Person hergeleiteten zusätzlichen Vertrauenstatbestand“ schaffen, um so ihrem Verhandlungspartner eine zusätzliche, wenn nicht gar die ausschlaggebende Gewähr für die Richtigkeit der in dem Werbeprospekt oder anderweitig über die Kapitalanlage gemachten Angaben zu bieten (*OLG Frankfurt, Urt. v. 24.9.2008 – 4 U 262/07 Rdnr. 26 (zitiert nach juris m.w.N.)*). Für die **Annahme eines Auskunftsvertrages** ist regelmäßig – wie bei der Haftung wegen eines Verhandlungsverschuldens, aber anders als bei der Prospekthaftung im engeren Sinne – ein Kontakt zwischen den Parteien erforderlich, der im Hinblick auf die intendierte rechtsgeschäftliche Haftung dahin gehen muss, dass eine als verbindliche Willenserklärung anzusehende Auskunft gegenüber einem Interessenten erteilt wird, der sie zur Grundlage seiner Entschließung machen möchte (*BGH, Urt. v. 6.3.2008 – III ZR 89/06 Rdnr. 16 m.w.N.*; *BGH, Beschl. v. 29.1.2009 – III ZR 74/08 Rdnr. 10*; *OLG Dresden, Beschl. v. 12. und 28.1.2009 – 8 U 1759/08*).

Soweit eine unmittelbare (Vor-)Vertragsbeziehung nicht besteht, kommt eine Haftung **nach § 311 Abs. 3 BGB für ein Verschulden bei Vertragverhandlungen** ausnahmsweise in Betracht, wenn im Zusammenhang mit dem Zustandekommen des Beitritts nicht nur typisiertes, sondern auch **persönliches Vertrauen in Anspruch genommen** wurde und dies den Beitritt beeinflusst hat; außerhalb eines zumindest mittelbaren vertraglichen Kontakts (*dieser fällt schon unmittelbar unter § 311 Abs. 2 BGB; vgl. hierzu BGH, Urt. v. 1.10.1984 – II ZR 158/84, NJW 1985, 380; Urt. v. 14.7.2003 – II ZR 202/02 = NJW-RR 2003, 1393, 1394 m.w.N.; Urt. v. 7.7.2003 – II ZR 18/01 = NJW-RR 2003, 1351 m.w.N.; OLG Dresden, Beschl. v. 12. und 28.1.2009 – 8 U 1759/08*) sind hier aber hohe Anforderungen zu stellen (BGH, Urt. v. 19.2.2008 – XI ZR 170/00 Rdnr. 16).

b) Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor. Es hat zwischen den Klägern und dem Beklagten keinen (vor-)vertraglichen Kontakt gegeben. Der Beklagte hat auch nicht besonderes persönliches Vertrauen in Anspruch genommen. **Allein daraus, dass er als Wirtschaftsprüfer eine Abschlussprüfung vorgenommen hat, für die eine besondere berufliche Qualifikation und eine gewisse Unabhängigkeit Voraussetzung ist, folgt nicht, dass damit bei den Anlegern ein besonderes persönliches Vertrauen begründet wird.** Dem steht schon entgegen, dass der Bestätigungsvermerk des Abschlussprüfers zunächst allein im Interesse des Unternehmens erfolgt (vgl. § 323 Abs. 1 Satz 3 HGB).

1.2 Der Beklagte haftet auch nicht unter dem Gesichtspunkt des **Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter** aus dem zwischen ihm und der WBG geschlossenen Prüfvertrag.

a) Grundsätzlich haftet der Abschlussprüfer für Fehler nach **§ 323 Abs. 1 Satz 3 HGB** nur der Gesellschaft und, wenn ein verbundenes Unternehmen geschädigt worden ist, auch diesem gegenüber. Er ist jedoch nicht den Anteilseignern und sonstigen Gläubigern der Gesellschaft zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. Die Bestimmung des § 323 HGB schließt zwar nicht von Rechts wegen aus, dass für den Abschlussprüfer auf vertraglicher Grundlage auch eine Schutzpflicht gegenüber dritten Personen begründet werden kann. **An die Annahme einer vertraglichen Einbeziehung eines Dritten in den Schutzbereich sind aber strenge Anforderungen zu stellen** (BGH, Urt. v. 6.4.2006 – III ZR 256/04, BGHZ 167, 155, 162 ff; BGH, NJW 2009, 512; BGH, Beschl. v. 11.11.2008 – III ZR 317/07, Rdnr. 5).

Da Bestätigungsvermerken nach § 325 Abs. 1 HGB ohnehin die Bedeutung zukommt, Dritten Einblick in die wirtschaftliche Situation des publizitätspflichtigen Unternehmens zu gewähren und ihnen für ihr beabsichtigtes Engagement eine Beurteilungsgrundlage zu geben, dies den Gesetzgeber aber nicht veranlasst hat, die Verantwortlichkeit des Abschlussprüfers ebenso weit zu ziehen, genügt es für die Annahme einer Schutzwirkung in dem hier betroffenen Bereich allein nicht, dass ein Dritter die von Sachkunde geprägte Stellungnahme des Prüfers für diesen erkennbar zur Grundlage einer Entscheidung mit wirtschaftlichen Folgen machen möchte. **Es ist deshalb grundsätzlich erforderlich, dass dem Abschluss-**

prüfer deutlich wird, dass von ihm im Drittinteresse eine besondere Leistung erwartet wird, die über die Erbringung der gesetzlich vorgeschriebenen Pflichtprüfung hinausgeht (BGH, Beschl. v. 30.10.2008 – III ZR 307/07; BGHZ 167, 155, 166; BGH, NJW 2009, 512; BGH, Beschl. v. 11.11.2008 – III ZR 317/07, Rdnr. 5; Heppe, WM 2003, 753, 760 ff).

b) Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor. Die vom Beklagten zu erbringenden Leistungen gingen nicht über die der WBG geschuldete Pflichtprüfung hinaus. Die (potenziellen) Anleger der WBG konnten deshalb vom Beklagten keine besondere Leistung erwarten, die gerade ihrem Schutz dient. Allein daraus, dass die in Rede stehende Beteiligung mit dem durch Gesetz zur Verbesserung des Anleger-schutzes (**Anlegerschutzverbesserungsgesetz – AnSVG**) vom 28.10.2004 eingefügten § 8f VerkaufsprospektG der Prospektpflicht zum 1.7.2005 unterworfen wurde und gemäß § 11 Verordnung über Vermögensanlagen-Verkaufsprospekte (VermVerkProspV) der **Bestätigungsvermerk** – jedenfalls bei Inhaberschuldverschreibungen mit einer Laufzeit von mehr als einem Jahr – **zu prospektieren** ist, folgt keine Einbeziehung potenzieller Anleger in den Schutzbereich des zwischen Abschlussprüfer und zu prüfender Gesellschaft geschlossenen Prüfvertrages. Zwar kann durch solche Angaben in einem Prospekt – für den Abschlussprüfer erkennbar – die Anlagebereitschaft von an einer Beteiligung interessierten Dritten positiv beeinflusst werden. Jeden in solcher Weise an einer Beteiligung Interessierten in den Schutzbereich der Prüfverträge einzubeziehen, wäre jedoch ein offener Widerspruch gegen die in der Haftungsbeschränkung des § 323 Abs. 1 Satz 3 HGB zum Ausdruck kommende gesetzgeberische Wertung (BGH, Urt. v. 6.4.2006 – III ZR 256/04, Rdnr. 14 zu börsennotierten und damit schon damals einer Prospektpflicht unterliegenden Wertpapieren).

2. Der Beklagte haftet auch nicht wegen **Prospekthaftung im engeren Sinne**. Ein Abschlussprüfer, der – wie hier der Beklagte – lediglich eine Pflichtprüfung durchführt und dessen Bestätigungsvermerk (auch in Kenntnis des Abschlussprüfers) in einem Verkaufsprospekt veröffentlicht wird, haftet nicht unter dem Gesichtspunkt der Prospekthaftung im engeren Sinne, gleich ob der Prospekt der Haftungsnorm des § 13 VerkaufsprospektG unterfällt oder lediglich den der (ursprünglich) aus culpa in contrahendo oder (später) in einer Analogie zu §§ 44 BörsG entwickelten Grundsätzen der bürgerlichrechtlichen Prospekthaftung im engeren Sinne (vgl. hierzu: BGH, Urt. v. 24.4.1978 – II ZR 172/76 Rdnr. 10 und 12, BGHZ 71, 284 ff; BGH, Urt. v. 18.12.2000 – II ZR 84/99, Seite 4; BGH, Urt. v. 7.7.2003 – II ZR 18/01, Seite 7).

2.1 Zwar ist zweifelhaft, ob der herrschenden Auffassung in der Literatur gefolgt werden kann, wonach eine **Haftung von Sachkennern** – wie des Abschlussprüfers – nach § 44 BörsG, gegebenenfalls i.V.m. § 13 VerkaufsprospektG, **die nur an einem Teil des Prospekts mitgewirkt haben**, aber nach außen in Erscheinung getreten sind, nicht in Betracht kommt (Baums/Fischer, Haftung des Prospekt- und Abschlussprüfers gegenüber den Anlegern, Seite 4 m.w.N.; Groß, Kapitalmarktrecht, § 45 Rdnr. 36 f; weitere Nachweise: Bultmann/Hoepner/Lischke, Anlegerschutzrecht, Rdnr. 193 m.w.N.).

So hat der Bundesgerichtshof zwar die bloße Mitwirkung an der Herausgabe des Prospekts (vgl. BGHZ 79, 337, 348 f) oder an dessen Gestaltung für ebenso wenig ausreichend erachtet wie die nur in Teilbereichen ausgeübte Einflussnahme (BGH, Urt. v. 31.3.1992 – XI ZR 70/91, NJW-RR 1992, 879, 883 f; BGH, Urt. v. 14.6.2007 – III ZR 185/05, Rdnr. 12). Er hat sich jedoch für den Bereich der eigentlichen bürgerlichrechtlichen Prospekthaftung – ohne allerdings auf § 44 BörsG abzustellen – nicht gegen eine Haftung des Abschlussprüfers ausgesprochen, sondern vielmehr betont, dass sich die Einstandspflicht eines Abschlussprüfers von vornherein nur auf die ihm selbst zuzurechnenden Prospektaussagen beschränkt (BGH, Urt. v. 14.6.2007 – III ZR 185/05, Rdnr. 15; zweifelnd auch: Groß, Kapitalmarktrecht, § 45 Rdnr. 36 f; BGH, Urt. v. 15.12.2005 – III ZR 424/04, Rdnr. 19 ff).

2.2 Der Streit kann aber offenbleiben, **weil in einem abgegebenen Prüferstat ein Wirtschaftsprüfer allein noch keine eine eigenständige Haftung auslösende Prospekt-erklärung liegt** (unklar: BGH, Urt. v. 15.12.2005 – III ZR 424/04, Rdnr. 20 ff), **denn insoweit übernimmt der Wirtschaftsprüfer nur eine gesetzliche Aufgabe gegenüber der Gesellschaft.** Eine (Prospekt-)Haftung auch gegenüber Anlegern ist deshalb nur dann anzunehmen, wenn er über diese Rolle hinausgehend als „Garant“ (vgl. BHGZ 158, 110, 115; BGH, NJW-RR 2006, 611, 613; BGH, NJW-RR 2007, 1479, 1480; BGH, Urt. v. 21.11.1983 – II ZR 27/83, NJW 1984, 865, 866; Assmann, AG 2004, 435, 440) auch gegenüber potenziellen Anlegern im Prospekt die Gewähr für die Richtigkeit seines Vermerks übernimmt.

Bei einer Beschränkung des Wirtschaftsprüfers auf die Durchführung der Pflichtprüfung und der Erstellung eines Bestätigungsvermerks ist dies aber nicht der Fall. Andernfalls würde die beschränkte Haftung dahingehend, dass der mit der Pflichtprüfung einer Gesellschaft nach §§ 316 ff HGB beauftragte Abschlussprüfer für Fehler nach § 323 Abs. 1 Satz 3 HGB nur der Gesellschaft und, wenn ein verbundenes Unternehmen geschädigt worden ist, auch diesem gegenüber haftet, nicht jedoch den Anteilseignern und sonstigen Gläubigern der Gesellschaft zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens (vgl. BGH, Urt. v. 2.4.1998 – III ZR 245/96, BGHZ 138, 257, 259 f; BGH, Beschl. v. 30.10.2008 – III ZR 307/07, NJW 2009, 512; BGH, Beschl. v. 11.11.2008 – III ZR 317/07, Rdnr. 5; OLG Düsseldorf, Urt. v. 19.11.1998 – 8 U 59/98, NZG 1999, 901, 903; Vogt, Abschlussprüferhaftung gegenüber Dritten in Deutschland und den USA, Seite 155), unterlaufen. Insoweit gilt nichts anderes als zum Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter bereits ausgeführt.

3. Eine Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 332 HGB scheidet für den Beklagten ebenfalls aus. § 332 HGB stellt nach herrschender Auffassung zwar – anders als etwa § 323 HGB (Hopt/Merkt, in: Baumbach/Hopt, HGB 34. Aufl., § 323 Rdnr. 8) – ein Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB dar und soll nicht nur die Gesellschaft, sondern auch den einzelnen Anleger schützen (OLG Düsseldorf, Urt. v. 19.11.1998 – 8 U 59/98, NZG 1999, 901, 903; OLG Celle, Urt. v. 5.1.2000 – 3 U 17/99, NZG 2000, 613). Dem kann jedoch in dieser Reichweite nicht gefolgt werden.

§ 332 HGB mag zwar ein Schutzgesetz sein, es schützt aber nicht den einzelnen Anleger. Über die deliktische Haftung würde andernfalls nämlich der Schutzzweck von Bestätigungsvermerk und Prüfbericht, der nach § 323 Abs. 1 Satz 3 HGB klar auf die Gesellschaft oder mit ihr verbundenen Unternehmen begrenzt ist, auch auf die Anleger erweitert. **Der Schutzzweck einer deliktrechtlichen Norm kann aber nicht weiter sein als der derjenigen Norm, welche die deliktrechtliche Vorschrift sanktioniert** (vgl. auch Ebke in: MünchKomm-HGB 2. Aufl., § 323 Rdnr. 120).

4. Der Beklagte haftet den Klägern allerdings gemäß § 826 BGB auf Schadenersatz, weil er mit dem in Rede stehenden Bestätigungsvermerk die Kläger **vorsätzlich sittenwidrig geschädigt** hat.

4.1 Sittenwidrigkeit liegt im Rahmen der Erteilung von Bestätigungsvermerken durch Wirtschaftsprüfer vor, wenn der Handelnde, der mit Rücksicht auf sein Ansehen oder seinen Beruf eine Vertrauensstellung einnimmt, **bei der Erteilung des Testats in einem solchen Maße Leichtfertigkeit an den Tag gelegt hat, dass sie als Gewissenlosigkeit zu werten ist** (vgl. BGH, Urt. v. 26.11.1986 – IVa ZR 86/85, NJW 1987, 1758 ff; BGHZ 145, 187, 202; BGH, Urt. v. 15.12.2005 – III ZR 424/04 Rdnr. 31, zitiert nach juris, NJW-RR 2006, 612, 615; OLG Düsseldorf, a.a.O.; OLG Bremen, OLG-Report 2006, 856, 859 m.w.N.; Vogt, a.a.O., Seite 174). **Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn sich der Wirtschaftsprüfer leichtfertig und gewissenlos über erkannte Bedenken hinwegsetzt, bewusst auf eine unerlässliche eigene Prüfung verzichtet** (OLG Bremen, a.a.O., m.w.N.; Ebke, a.a.O., § 323 Rdnr. 105) **oder sich grob fahrlässig der Einsicht in die Unrichtigkeit seines Bestätigungsvermerks verschließt** (vgl. BGHZ 145, 187, 202; OLG Bremen, a.a.O.; Ebke, a.a.O., § 323 Rdnr. 105). Dies kann auch darin liegen, dass Prüfergebnisse ungeprüft übernommen werden (Ebke, a.a.O.).

Entscheidend ist, dass der Abschlussprüfer – etwa durch nachlässige Ermittlungen oder gar durch „ins Blaue hinein“ **gemachte Angaben** – eine **Rücksichtslosigkeit gegenüber dem Adressaten des Gutachtens** oder den in seinem Informationsbereich stehenden Dritten an den Tag gelegt hat, die angesichts der Bedeutung, die das Gutachten bzw. Testat für deren Entschließung hatte, und der in Anspruch genommenen Kompetenz als gewissenlos bezeichnet werden muss (OLG Bremen, a.a.O., m.w.N.). Die bloße Fehlerhaftigkeit des Abschlusses als solche reicht indes für sich genommen nicht aus (BGHZ 145, 287, 202; OLG Bremen, a.a.O.; Vogt, a.a.O., S. 174, jeweils m.w.N.).

4.2 Nach diesem Maßstab ist der Senat im Ergebnis der Beweisaufnahme, insbesondere aufgrund der Ausführungen des Sachverständigen T. in seinen Gutachten vom 30.11.2010 und 6.4.2011 sowie in seiner Anhörung vor dem Senat vom 14.4.2011, gemäß § 286 ZPO davon überzeugt, dass der in Rede stehende Abschlussvermerk des Beklagten vom 22.6.2005 nicht nur zu Unrecht uneingeschränkt erteilt worden ist, sondern sich der Beklagte mit der uneingeschränkten Erteilung auch bewusst, zumin-

dest aber leichtfertig, über offensichtliche Bedenken hinweggesetzt hat, so dass daraus auf eine gewissenlose Erteilung des Prüfvermerks zu schließen ist.

a) Der Beklagte bestätigt in seinem Vermerk vom 22.6.2005, dass er den Jahresabschluss und Lagebericht geprüft und seine Prüfung zu keinen Einwendungen geführt habe. Er bringt zum Ausdruck, dass dabei auch der Lagebericht des Vorstands der WBG vom 17.6.2005 ein zutreffendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage zeichnet. Diese unbeschränkte Bestätigung des Jahresabschlusses und des Lageberichts für das Geschäftsjahr 2004 war nicht vertretbar.

aa) Der Abschlussprüfer hat gemäß § 317 Abs. 2 HGB die Pflicht zu prüfen, ob die Darstellungen im Lagebericht mit der von ihm während der Prüfung gewonnenen Erkenntnis im Einklang stehen und ob der Lagebericht insgesamt eine zutreffende Vorstellung von der Lage des Unternehmens vermittelt. Gemäß § 322 Abs. 2 i.V.m. Abs. 3 und 4 HGB ist nur dann ein uneingeschränkter Bestätigungsvermerk zu erteilen, wenn der Jahresabschluss und damit auch der Lagebericht unter Beachtung der Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung oder sonstiger maßgeblicher Rechnungslegungsgrundsätze ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage des Unternehmens oder des Konzerns vermittelt. Dabei muss der Lagebericht nicht nur klar und verständlich sein, wirtschaftliche Schwierigkeiten des Unternehmens dürfen vielmehr nicht verharmlost oder verschleiert werden (*Ellrot in: Beck'scher Bilanzkommentar 7. Aufl., § 289 Rdnr. 9*). Ist dies nicht der Fall, sind gemäß § 322 Abs. 4 HGB in ihrer Tragweite erkennbare Einschränkungen vorzunehmen. Falls Einschränkungen nicht ausreichen, um in der Zusammenschau mit dem Lagebericht ein zutreffendes Bild zu vermitteln, ist der Bestätigungsvermerk zu versagen.

bb) Tatsächlich gibt der **Lagebericht** der WBG **kein zutreffendes Bild des Unternehmens**, wieder. Die dort prognostizierte positive Entwicklung ist vielmehr mit **gravierenden Risiken versehen, die im Lagebericht nicht im Ansatz kenntlich gemacht, sondern sogar kaschiert werden**. Der Lagebericht macht nicht ansatzweise deutlich, dass die WBG bereits im Jahr 2004 existenzbedrohenden Risiken ausgesetzt war.

(1) Der Lageplan zeichnet ein positives Ergebnis von der Entwicklung der WBG im Jahr 2004 und äußert die Erwartung, das Jahr 2005 werde sich ähnlich entwickeln wie das Jahr 2004. Hinsichtlich der wesentlichen Risiken der künftigen Entwicklung werden zum einen das Vermietungsrisiko und das Risiko, dass Erträge aus den bei der L. AG (im Folgenden L.) gebündelten Beteiligungen ausbleiben, genannt. Zum anderen wird darauf hingewiesen, dass im Bereich der Verbindlichkeiten die Gesellschaft „teilweise“ durch „die Begebung von unterjährigen Anleihen kurzfristig ausgerichtet“ sei und die Erfüllung dieser Verbindlichkeiten daher insbesondere von einer „vorausschauenden und ergebnisorientierten Leitung der Gesellschaft, verbunden mit entsprechenden Refinanzierungsmaßnahmen“ abhängen. Unter „Leistungsmerkmale“ ist die Rede davon, dass bereits 25.000 Anleger gewonnen worden seien und dieser damit

verbundene „enorme Wert des Unternehmens“ sich auch in der Zukunft positiv auswirken sollte. Unter dem Punkt „Voraussichtliche Entwicklung“ wird mitgeteilt, dass keine Umstände bekannt seien, die einer fristgemäßen Rückzahlung der Anleihen entgegenstünden.

(2) Diese Angaben werden den tatsächlich bestehenden, für die WBG existenzgefährdenden Risiken nicht ansatzweise gerecht.

(a) Aus dem Lagebericht selbst ergibt sich bereits, dass die WBG Verbindlichkeiten von 253,9 Mio. EUR hatte und davon 215,20 Mio. EUR auf die seit 1999 emittierten Inhaberteilschuldverschreibungen entfielen. Nicht aus dem Lagebericht, aber immerhin noch aus der Bilanz ergibt sich, dass davon Anleihen im Wert von mehr als 107 Mio. EUR eine Restlaufzeit von lediglich einem Jahr hatten und deshalb bereits im Jahr 2005 zur Refinanzierung anstanden. Dabei stand zum 31.12.2004 aber nur kurzfristige Liquidität von lediglich 7.805.000 EUR zur Verfügung. Der Restbetrag musste durch Eingehung neuer Schulden refinanziert werden, wobei dem Lagebericht nicht zu entnehmen ist, dass – jedenfalls ganz überwiegend – andere Möglichkeiten als der erneuten Einwerbung von Anlagengeldern auf dem Kapitalmarkt (noch) nicht zur Verfügung standen, jedenfalls aber nicht beabsichtigt waren. Davor waren laut Lagebericht zwar bereits die bis zum 16.6.2005 fälligen Anlagen zurückbezahlt (bzw. in neue Inhaberteilschuldverschreibungen umgetauscht) worden. Aber auch zu diesem Zeitpunkt standen noch mehr als 50 Mio. EUR zur Refinanzierung an.

Das Sachverständigengutachten der Wirtschaftsprüferkammer vom 7.4.2009 weist zudem zu Recht darauf hin, dass sich die risikobelastete Liquiditätslage insoweit gegenüber dem Vorjahr noch verschärft hatte. Während der Refinanzierungsbedarf im Lauf der Jahre stets größer wurde, gestaltete sich die Laufzeit der Inhaberteilschuldverschreibungen immer kürzer. Wurden – wie sich aus der Übersicht auf Seite 9 der u.a. gegen den Beklagten erhobenen Anklage vom 14.11.2009 ergibt – in den Jahren 1999 und 2000 noch jeweils ca. 33 und 34 Mio. EUR über Inhaberteilschuldverschreibungen mit einer Laufzeit von jeweils fünf Jahren eingeworben, so dass zunächst in den Folgejahren keine Beträge für die Ablösung dieser Emissionen eingeworben werden mussten, wurden die Neuemissionen im 2003 auf ca. 70 Mio. EUR gesteigert (überwiegend mit einer Laufzeit von lediglich einem Jahr), wobei ca. 31 Mio. EUR Altverbindlichkeiten im Jahr 2003 abzulösen waren. Im Jahr 2004 standen dann bereits 70 Mio. EUR zur Ablösung, die sich im Jahr 2005 nochmals auf 107 Mio. EUR steigerten.

Kann aber dieser **kurzfristige und erhebliche Refinanzierungsbedarf**, soweit er über die kurzfristigen Liquiditätswerte hinausgeht, auch nur teilweise nicht realisiert werden, zieht dies die Zahlungsunfähigkeit und diese mit hoher Wahrscheinlichkeit die Insolvenz der WBG nach sich (vgl. § 17 Abs. 1 InsO). Angesichts des zunehmenden Refinanzierungsbedarfs, der auch in kurzer Zeit, d.h. innerhalb eines Jahres zu bewerkstelligen ist, knüpfen sich daran ganz erhebliche Unsicherheiten für die Finanzierung der WBG. Diesen Risiken

kann nicht – wie der Lagebericht Glauben zu machen versucht – durch eine „vorausschauende und ergebnisorientierte Leitung der Gesellschaft, verbunden mit entsprechenden Refinanzierungsmaßnahmen“ entgegengewirkt werden. Hier wird suggeriert, der Vorstand der WBG allein hätte es in der Hand, die Verbindlichkeiten zurückzuführen. **Angesichts des kurzfristigen Refinanzierungsbedarfs und des Umstands, dass die WBG aufgrund überwiegend fehlender eigener Mittel (geringe kurzfristige Liquidität, geringer Unternehmensgewinn) nicht in Lage war, ihre Schulden zurückzuzahlen, mussten binnen eines Jahres ganz erhebliche Mittel am Kapitalmarkt erneut eingeworben werden.**

Dies zu bewältigen, lag im Wesentlichen nicht im Geschick des Vorstands und seiner vorausschauenden, ergebnisorientierten Leitung. Soweit zum Ende des Jahres 2004 zwei Fonds aufgelegt worden waren, um hierüber eine Summe von 25 Mio. EUR alternativ aufbringen zu können, ändert dies an den erheblichen mit der Refinanzierung verbundenen Risiken nichts. Denn es stand überhaupt nicht fest, in welchem Umfang die damit angestrebte Summe tatsächlich eingeworben werden konnte. Man konnte noch nicht einmal davon ausgehen, dass dieses Refinanzierungsmodell gegenüber dem bisherigen – über Inhaberteilschuldverschreibungen – Vorteile haben werde. Insoweit bestanden, worauf der Sachverständige T. zu Recht im Rahmen seiner Anhörung hingewiesen hat, für die **WBG keinerlei eigene Erfahrungen**. An den erheblichen Unsicherheiten änderte sich auch nichts dadurch, dass die Rechtsanwaltskanzlei, welche das Vorhaben begleitete, nach Behauptung des Beklagten einen Erfolg der Fondsmodelle für realistisch hielt. Zum einen deckt die darauf entfallende Summe nur einen geringen Teil des Refinanzierungsbedarfs und zum anderen handelte es sich lediglich um eine auf allgemeinen Erfahrungen beruhende Prognose.

Das dargestellte erhebliche Refinanzierungsrisiko hätte daher – wie auch der Sachverständige in seinem Gutachten vom 30.11.2010 und in seiner Anhörung vom 14.4.2011 zu Recht ausführt – zwingend und eingehend im Lagebericht dargestellt werden müssen und dementsprechend der Prüfvermerk allenfalls unter entsprechender Einschränkung erteilt werden dürfen.

Unabhängig davon – darauf hat der gerichtliche Sachverständige T. in seiner Anhörung wiederum zu Recht hingewiesen – hat sich der Beklagte auch nicht prüferisch damit auseinandergesetzt. Letztlich stellt dies der Beklagte selbst nicht in Abrede. Er weist zwar allgemein darauf hin, dass die Liquiditätsplanung von einem Unternehmensberater, dem Zeugen M.D., „aufbereitet“, dem Beklagten übergeben und sodann Gegenstand von Besprechungen war (vgl. für die Einzelheiten Schriftsatz des Beklagten vom 21.12.2009). Dass dabei auch die Refinanzierungsmodelle einer kritischen Prüfung unterzogen worden sind, behauptet der Beklagte allerdings nicht. Den gegenteiligen Ausführungen des Sachverständigen vermochte der Beklagte in der mündlichen Verhandlung nichts entgegenzuhalten. Es fehlt an Betrachtungen für den Fall, dass die von Anlegern erwarteten Zahlungen teilweise ausblieben, so dass die vorhandene

Liquidität für die Rückzahlung der fällig werdenden Anlegerbeträge nicht ausreichte. Dies wäre aber, darauf hat der gerichtlich bestellte Sachverständige T. zutreffenderweise hingewiesen, angesichts der erheblichen Summen zwingend erforderlich gewesen.

(b) Ferner stellt der Lagebericht **bestehende hohe Risiken aus einer zweifelhaften Werthaltigkeit** von – gemessen an der Bilanzsumme – erheblichen Forderungen der WBG gegen verbundene Unternehmen, die Eingang in die Bilanz gefunden haben, nicht dar. **Zudem hat der Beklagte die Werthaltigkeit nicht, wie er im Bestätigungsvermerk allgemein erklärt und wie es seine Verpflichtung gewesen wäre, hinreichend geprüft. (...)**

Der Senat ist gemäß **§ 286 ZPO** auch davon überzeugt, dass sich der Beklagte **vorsätzlich, zumindest aber in so grober Leichtfertigkeit über die dargestellten, offensichtlichen Bedenken gegen die Richtigkeit des Lageberichts und der Werthaltigkeit der in die Bilanz eingestellten Forderungen** gegen J.S. und die L. **hinweggesetzt hat, dass seine uneingeschränkte Erteilung des Bestätigungsvermerks am 22.5.2005 als gewissenlos zu bewerten ist.**

(1) Der Beklagte hat **erkannt**, dass sich bereits im Jahr 2005 für die WBG **existenzbedrohende Risiken** stellten, weil die Refinanzierung der WBG bereits im Jahr 2005 mit ganz erheblichen Unsicherheiten behaftet war.

Dies folgt zunächst bereits aus der **Offenkundigkeit des erheblichen, kurzfristigen Finanzierungsbedarfs** wegen der Fälligkeit von in den vergangenen Jahren ausgegebenen Inhaberteilschuldverschreibungen, der letztlich mehr als ein Drittel der Bilanzsumme des Unternehmens und mehr als die Hälfte aller bestehenden Verbindlichkeiten, wobei diese ganz überwiegend auf Inhaberteilschuldverschreibungen entfielen, betraf. Wie der Sachverständige T. in seiner Anhörung zu Recht ausgeführt hat, **hätten angesichts des hinzutretenden Umstands, dass im Aktivbereich nur langfristige Forderungen bilanziert sind, „die Alarmglocke läuten müssen“** (Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 14.4.2011). Der Beklagte hat auch die **Problematik nicht übersehen, sondern in seinen Arbeitspapieren festgehalten** (Sachverständigengutachten vom 30.11.2011; Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 14.4.2011), dass die Anleihen nicht mehr ausbaufähig sind, eine fristenkongruente Rückführung gefährdet sein kann, die Refinanzierung kurzfristig, die Mittelverwendung hingegen langfristig angelegt ist, hohe Verrechnungskonten im Verbund bestehen, die Forderungen im Verbund zudem problematisch sind und Risiken aus Zinsveränderungen resultieren können.

Diese Risiken hat er nicht nur bei Beginn seiner Prüfung identifiziert, sondern auch noch nach Abschluss seiner Prüfung für relevant gehalten. Denn noch im Entwurf des Prüfberichts (Anlage zum Gutachten der Wirtschaftsprüferkammer vom 7.4.2009) hat er auf Seite 3 festgehalten, dass „die zukünftige Entwicklung der Unternehmensgruppe ... ganz maßgeblich von der Fähigkeit der Gesellschaft bestimmt sein (wird), vorhandene Vermögensgegenstände und

Beteiligungen liquiditätswirksam zu realisieren und das Anleihevolumen im bisherigen Umfang aufrechterhalten zu können“.

(2) Damit war ihm aber bereits bewusst, dass mit den Angaben im Lagebericht (WBG „teilweise“ durch „die Begebung von unterjährigen Anleihen kurzfristig ausgerichtet“; die Erfüllung dieser Verbindlichkeiten daher insbesondere von einer „vorausschauenden und ergebnisorientierten Leitung der Gesellschaft, verbunden mit entsprechenden Refinanzierungsmaßnahmen“ abhängig) das Refinanzierungserfordernis und das damit verbundene Risiko nicht richtig dargestellt wurde. Insbesondere ist ihm bewusst gewesen, dass die Refinanzierung nicht allein im Geschick der Unternehmensleitung liegt.

(3) Es steht zudem fest, dass der Beklagte eine **Prüfung des von ihm bei Beginn der Prüfung als erheblich eingestuften Refinanzierungsrisikos weitgehend unterlassen hat** und deshalb – unabhängig von den vorstehenden Ausführungen – überhaupt nicht die Feststellung im Lageplan bestätigen konnte, dass „die Gesellschaft für 2005 ein Ergebnis im Durchschnitt der vergangenen Jahre“ erwarte und damit letztlich, dass die Refinanzierung auch im Jahr 2005 gelingen werde.

Der Sachverständige T. hat vor allem in seiner mündlichen Anhörung am 14.4.2011 überzeugend dargestellt, dass sich in den Arbeitspapieren **keine Unterlagen befinden, die darauf hindeuten, dass die erwartete Refinanzierung der fällig werdenden Inhaberteilschuldverschreibungen tatsächlich kritisch hinterfragt worden ist**. Ein solches kritisches Hinterfragen konnte der Sachverständige weder hinsichtlich der geplanten Refinanzierung durch Ausgabe neuer Inhabertschuldverschreibungen noch hinsichtlich der beabsichtigten Auflage von zwei Fondsmodellen bestätigen.

Dem Beklagten war bewusst, dass in diesem Bereich intensiv zu prüfen ist, hatte er doch bei Beginn der Prüfung entsprechende Risiken, wie **negative Presse** oder eine **Veränderung des Zinsniveaus** selbst identifiziert und die Rückzahlung der fälligen Anleihen insgesamt als risikobehaftet angesehen. Der Beklagte hat ebenfalls erkannt, dass allein der Umstand, dass die Refinanzierung in den Vorjahren funktioniert hat, keine Gewähr dafür bietet, dass dies auch in Zukunft der Fall sein wird. Zum einen ist er jedenfalls zu Beginn der Prüfung davon ausgegangen, dass die Refinanzierung über Anleihen nicht ausbaufähig ist und selbst für den erreichten Stand weiter Risiken bestehen. Zum anderen hätte er bereits bei nur ganz oberflächlicher Prüfung erkennen müssen, dass der Refinanzierungsbedarf – wie bereits ausgeführt – in den letzten Jahren sprunghaft angestiegen und insoweit die anstehende Ablösung der fälligen Inhaberteilschuldverschreibungen für die WBG noch nicht zu einem Routinevorgang geworden ist.

Dennoch hat er es unterlassen selbst zu prüfen – wie es der Sachverständige T. für zwingend erforderlich hält –, ob eine Refinanzierung realistisch erscheint und sich nur auf die Angaben des Vorstands und – hinsichtlich der Fondsmodelle –

auf die Prognose der in die Fondskonzeption eingebundenen Rechtsanwaltskanzlei verlassen. Er hat auch keine Überlegungen und Prüfungen angestellt, welche Folgen es für die WBG nach sich zieht, wenn sich einzelne Parameter ändern und die erforderlichen Gelder nicht in vollem Umfang eingeworben werden können.

(4) Der Senat ist weiterhin davon überzeugt, dass damit dem Beklagten als **Wirtschaftsprüfer mit einer langen Berufserfahrung** auch bewusst war, dass sich diese Risiken als für die WBG existenzbedrohend darstellten und dies im Lagebericht hätte deutlich gemacht werden müssen. **Die Prüfung der Richtigkeit des Lageberichts gehört zu den zentralen Aufgaben des Abschlussprüfers** und der Beklagte weiß als Wirtschaftsprüfer, dass der Lagebericht ein klares Bild von der Lage der Gesellschaft zeichnen muss und Risiken für den Fortbestand nicht zu kaschieren, sondern deutlich zu machen sind. Es war ihm bewusst, dass sich seine Erkenntnisse hinsichtlich der von ihm bereits bei Beginn der Prüfung identifizierten Risiken nicht im Lagebericht finden und er auch im Lauf der Prüfung keine Anhaltspunkte dafür gefunden hatte, die diese vorläufige Einschätzung relativierten. Soweit der Beklagte in der mündlichen Verhandlung sich dahingehend geäußert hat, dass auch in Lageberichten anderer Immobilienunternehmen das Refinanzierungsrisiko nicht deutlich herausgestellt wurde, spricht dies indiziell dafür, dass sich der Beklagte am Üblichen orientiert hat, ohne die maßgeblichen, konkreten Umstände zu prüfen und das Ergebnis dieser Prüfung zum Maßstab der Erteilung seines Bestätigungsvermerks zu machen.

(5) Der Beklagte hat ferner erkannt, dass die Forderungen gegen J.S. und die L. erheblichen Bedenken hinsichtlich ihrer Werthaltigkeit begegnen, und daher einer intensiven Prüfung bedurften. Der Senat ist insoweit davon überzeugt, dass **dem Beklagten bewusst war, dass er diesen Prüfungsanforderungen nicht genüge und er deshalb nicht in der Lage war, den vorgelegten Jahresabschluss einschränkunglos zu bestätigen**.

Der Beklagte hat erkannt, dass das Beteiligungsmanagement von N. aus geführt wird und eine interne Kontrolle insgesamt problematisch ist (Arbeitspapier DA 90 Allgemeines Unternehmens-IKS; vgl. Sachverständigengutachten vom 30.11.2011); ein Einblick in das Beteiligungsmanagement, das außerhalb der WBG maßgeblich von J.S. in N. geführt werde, sei nur bedingt gegeben und intransparent. Der Beklagte hat ferner erkannt, dass die gegen J.S. aktivierte Forderung kritisch ist (Arbeitspapier „Verbundene Unternehmen“, unter „Beziehungen“; vgl. Sachverständigengutachten vom 30.11.2011). Ohne aufgestellten Konzernabschluss und nachvollziehbare Bewertung der Verbundgesellschaften war ein abschließendes Urteil kaum möglich.

Dem Beklagten war damit klar, dass ohne eine eingehende Prüfung dieser Forderungen der Jahresabschluss nicht bestätigt werden konnte, zumal auch diesen Positionen – jeweils für sich genommen – gemessen an der Bilanzsumme ein erhebliches Gewicht zukam. Dennoch hat der Beklagte eine eingehende Prüfung unterlassen. (...)

4.3 Aus den genannten Gründen ist in der uneingeschränkten Erteilung des Bestätigungsvermerks trotz des fehlenden Hinweises im Lagebericht auf die erheblichen, existenzbedrohenden Refinanzierungsrisiken und trotz der vom Beklagten ungeprüften Risiken hinsichtlich der Werthaltigkeit der Forderungen gegen J.S. und die L. – bereits jeweils für sich genommen – eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung zu sehen. An diesem Verhalten des Beklagten und seiner Bewertung als vorsätzlich und sittenwidrig ändert der Umstand, dass die WBG im Jahr 2005 noch keine Insolvenz angemeldet hat, ebenso wenig wie der Umstand, dass die Insolvenz eingetreten ist, weil J.S. nicht mehr bereit war, Geld zur Schließung von Liquiditätslücken zur Verfügung zu stellen.

Der Senat kann es deshalb offenlassen, ob auch die weiteren Verstöße gegen die Prüfungs- und Dokumentationspflichten sowie die Nichtbeachtung von Förmlichkeiten, wie sie vom gerichtlichen Sachverständigen T. und im Gutachten der Wirtschaftsprüferkammer festgestellt werden, für sich genommen oder in ihrer Gesamtschau ebenfalls geeignet sind, eine vorsätzlich sittenwidrige Schädigung zu begründen.

Dass aber wesentliche Prüfungsschritte – entgegen der Verpflichtung des Beklagten als Wirtschaftsprüfer, seine Prüfung in seinen Handakten und Arbeitspapieren so zu dokumentieren, dass ein sachverständiger Dritter damit in die Lage versetzt wird, aus Arbeitspapieren und Prüfungsbericht den gesamten Verlauf der Prüfung (sachliche Planung, Zeitplanung, Personalplanung) und der Prüfungsdurchführung nachzuvollziehen (Ebke, a.a.O., § 317 Rdnr. 88 m.w.N.) – zumindest nicht dokumentiert worden sind, ist nicht nur ein Hinweis darauf, dass diese Prüfungshandlungen tatsächlich nicht durchgeführt wurden, sondern liefert zumindest ein weiteres Indiz dafür, dass vorliegend von vornherein auf eine uneingeschränkte Erteilung des Prüfvermerkes, unabhängig vom Ergebnis der Prüfung, hingearbeitet wurde. Soweit der Kläger nunmehr auf Memos hinweist, aus denen sich bestimmte Prüfungsschritte doch ergeben sollen, erfolgt dies nicht nur weit nach Ablauf der ihm zur Stellungnahme zum schriftlichen Gutachten des Sachverständigen vom 30.11.2010 gesetzten Frist und ohne dass diese Memos dem Sachverständigen vom Beklagten im Anhörungstermin vorgehalten wurden; der neue Vortrag ist deshalb bereits nach § 296a ZPO nicht mehr zu berücksichtigen. Die Voraussetzungen für eine Wiedereröffnung nach § 156 ZPO lagen ebenfalls nicht vor.

Es muss zudem auch davon ausgegangen werden, dass der Sachverständige, der sich umfangreich mit den ihm übergebenen Unterlagen auseinandergesetzt und glaubhaft bekundet hat, dass er sie auf die durchgeführten Prüfungshandlungen durchgesehen hat, diese Memos bei Abfassung seines Gutachtens nicht übersehen hat. Soweit der Beklagte spekuliert, dass sich weitere Unterlagen bei den Ermittlungsakten befinden oder gar im Zug der Beschlagnahme dieser Unterlagen verlorengegangen sein könnten, benennt er solche Unterlagen nicht konkret. Auch hatte er selbst die Möglichkeit, die Unterlagen bei der zuständigen Strafkammer des Landgerichts einzusehen.

4.4 Dieses dargestellte Verhalten stellt sich nicht nur gegenüber der WBG, sondern **auch gegenüber den Anlegern** und damit den Klägerin im vorliegenden Verfahren **als vorsätzliche sittenwidrige Schädigung** dar.

a) Eine **Eingrenzung durch eine Verneinung des Schutzzweckzusammenhangs** ist insoweit – anders als zu § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 332 HGB ausgeführt – nicht vorzunehmen, weil § 826 BGB nicht ein bloßes (vorsätzliches) Fehlverhalten des Abschlussprüfers nach § 323 HGB sanktioniert, sondern ein sittenwidriges, einen anderen schädigendes Verhalten. § 826 BGB verfolgt anders als § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 332 HGB einen eigenständigen Schutzzweck (dieses Verständnis dürfte auch der Entscheidung BGH, Urt. v. 26.11.1986 – IVa ZR 86/85, NJW 1987, 1758, 1759 zugrunde liegen, ohne dass dort allerdings diese Problematik erörtert wird).

b) Der Beklagte hat hier auch eine **Schädigung** derjenigen Anleger der WBG, die sich überlegten, Inhaberteilschuldverschreibungen zu erwerben, **zumindest billigend in Kauf genommen**. Denn er wusste, dass sich die WBG auch in Zukunft im Wesentlichen mit Inhaberteilschuldverschreibungen finanzieren wird. **Der Beklagte hat es zudem zumindest für möglich gehalten und billigend in Kauf genommen – wenn nicht gar gewusst –, dass die Anleger den Jahresabschluss, den Lageplan und den vom Beklagten erteilten Bestätigungsvermerk zur Grundlage ihrer Entscheidung, Inhaberteilschuldverschreibungen der WBG zu erwerben, machen werden.** Denn bei diesen Unterlagen handelt es sich um zentrale Dokumente, aus denen die aktuelle Situation der Gesellschaft für einen Anleger ablesbar ist. Der Senat ist deshalb davon überzeugt, dass dem Beklagten klar war, dass zumindest einzelne Anleger ohne Erhalt dieser Informationen eine Beteiligung nicht zeichnen werden.

Da dem Beklagten aus seiner Prüfung zudem bekannt war, dass die WBG die Anleger nicht über Vermittler und damit in Gesprächen anwarb, war ihm bewusst, dass **die Anleger mit schriftlichen Informationen geworben werden. Es lag nahe, dass dies – wie üblich – mittels Prospekten geschieht, die im Hinblick auf das Vollständigkeitserfordernis (vgl. BGH, Urt. v. 6.3.2008 – III ZR 256/06 m.w.N.) als die zentralen Dokumente für die Situation der Gesellschaft Jahresabschluss, Lagebericht und Bestätigungsvermerk zu enthalten haben.** Für Inhaberteilschuldverschreibungen mit einer Laufzeit von mindestens zwölf Monaten besteht sogar eine gesetzliche Pflicht zur Herausgabe eines Prospekts (§ 3 Abs. 1 i.V.m. § 2 Abs. 1 Nr. 1 WpPG). Insoweit besteht nach § 7 WpPG in Verbindung mit in Verbindung mit Art. 3 Verordnung (EG) Nr. 809/2004 der Kommission vom 29.4.2004 zur Umsetzung der Richtlinie 2003/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rats eine ausdrückliche Verpflichtung, den Jahresabschluss, den Lagebericht und den Bestätigungsvermerk des Abschlussprüfers zu veröffentlichen.

Der vom Beklagten erteilte **Bestätigungsvermerk** vom 22.6.2005 war **kausal für die Entscheidung** des Klägers zu 1) und des Vaters des Klägers zu 2), die Inhaberschuldverschreibungen zu erwerben. (...)

IV. Der Kläger zu 1) kann vom Beklagten den auf die von ihm erworbene Beteiligung gezahlten Betrag von 5.000 EUR verlangen. Der Kläger zu 2) kann vom Beklagten die Erstattung derjenigen Beträge verlangen, die er auf die am 12.1.2005 (2.000 EUR) und 19.5.2006 (5.000 EUR) gekauften Inhaberschuldverschreibungen gezahlt hat. Soweit er allerdings darüber hinaus auch die Erstattung des Kaufpreises von Inhaberschuldverschreibungen verlangt, die sein Vater bereits vor Erscheinen des vom Beklagten erteilten Bestätigungsvermerks gezeichnet hatte und sodann – nach Kenntnis von diesem Vermerk – am 1.12.2005 und 17.6.2006 lediglich umgetauscht hat, steht ihm kein Schadenersatzanspruch gegen den Beklagten zu, weil nicht davon ausgegangen werden kann, dass durch den Umtausch ein (weiterer) Schaden entstanden ist.

1. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist der Anleger, der aufgrund einer fehlerhaften Empfehlung eine für ihn nachteilige Kapitalanlage erworben hat, in der Regel **bereits durch deren Erwerb geschädigt und deshalb gemäß § 249 Abs. 1 BGB so zu stellen, wie er stehen würde, wenn er die Anlage nicht gezeichnet hätte** (BGH, *Urt. v. 8.3.2005 – XI ZR 170/04, ZIP 2005, 802; BGH, Urt. v. 26.9.1991 – VII ZR 376/89, BGHZ 115, 213, 221 f*). Nichts anderes gilt für den Anleger, der aufgrund eines fehlerhaften Bestätigungsvermerks eines Wirtschaftsprüfers erworben hat. Denn auch dann steht bereits der Erwerb der Anlage nicht im Einklang mit seinen damit verfolgten Zielen.

2. Demgemäß können die Kläger zwar diejenigen Beträge zurückverlangen, die nach Kenntnis des Bestätigungsvermerks vom Kläger zu 1) bzw. vom Vater des Klägers zu 2) tatsächlich noch an die WBG auf die gezeichneten Inhaberschuldverschreibungen gezahlt worden sind. Der Kläger zu 2) kann hingegen nicht den Nennbetrag der dann noch umgetauschten Inhaberschuldverschreibungen ersetzt verlangen. Denn insoweit kann bereits nach dem Klägervortrag – auch nach Hinweis des Senats in der mündlichen Verhandlung vom 14.4.2011 auf seine Urteile vom 20.1.2011 (8 U 944/06, 8 U 945/06 und 8 U 946/07) – nicht entnommen werden, dass der Kläger zu 2) bzw. sein Vater nach dem (auch durch den Bestätigungsvermerk des Beklagten motivierten) Umtausch schlechter steht, als er ohne Vornahme des Umtausches stünde.

Für die zum 17.6.2006 getauschten Papiere, die am 16.6.2006 zur Auszahlung fällig geworden wären, erscheint es gänzlich unwahrscheinlich, dass auf diese noch vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens am 19.6.2006 tatsächlich Zahlungen geleistet worden wären. Letztlich kann es der Senat offenlassen, ob bei Fälligkeit der Inhaberschuldverschreibungen Zahlungen erfolgt wären, wäre der Umtausch unterblieben.

Denn es kommt für die Frage, ob dem jeweiligen Anleger durch das Verhalten des Beklagten ein Schaden entstanden ist, nicht allein darauf an, ob die WBG auf die gekauften Inhaberschuldverschreibungen bei ihrer regulären Fälligkeit noch hätte zahlen können oder tatsächlich gezahlt hätte. Entscheidend ist, ob dies auch der Fall gewesen wäre, wenn

der Beklagte nicht gegen seine Pflichten, wie von den Klägern behauptet, verstoßen, sich vielmehr rechtmäßig verhalten und den Bestätigungsvermerk nicht oder eingeschränkt erteilt hätte.

Hierbei stellt der Vortrag des Schädigers, bei der ihm vorgeworfenen pflichtwidrigen Vereitelung eines Anspruchs des Geschädigten gegen einen Dritten (hier: durch Umtausch in eine neue Anleihe) wäre auch bei dem vom Geschädigten geforderten, pflichtgemäßen Verhalten der Schaden entstanden, weil die Forderung uneinbringlich war, nicht den Einwand des **rechtmäßigen Alternativverhaltens** dar, sondern betrifft den vom Geschädigten vollständig darzulegenden und zu beweisenden Schaden selbst (BGH, *Urt. v. 19.9.1985 – IX ZR 138/94, NJW 1986, 246, 247*).

Von einer Rückzahlung der vom Vater des Klägers zu 2) ursprünglich in Inhaberschuldverschreibungen der WBG angelegten Beträge könnte deshalb nur dann ausgegangen werden, wenn festgestellt werden kann, dass bei pflichtgemäßem Verhalten des Beklagten bei Fälligkeit der vom Vater des Klägers zu 2) gehaltenen Wertpapiere die bis dahin fälligen Forderungen der Anleger auf Rückzahlung und sodann auch noch die Forderung des Vater des Klägers zu 2) bedient worden wären. Vorliegend ist dies bereits nach dem Vortrag des Klägers zu 2) nicht mit der für § 287 ZPO hinreichenden Sicherheit möglich.

2.1 Es ist zwar denkbar, dass die WBG weiter Gelder eingeworben hätte, wenn der Beklagte die Erteilung des Bestätigungsvermerks verweigert oder diesen mit Einschränkungen hinsichtlich der tatsächlichen Risiken der Refinanzierung und der Werthaltigkeit der bilanzierten Forderungen gegen verbundene Unternehmen versehen und ohne entsprechenden Prüfvermerk Prospekte veröffentlicht hätte. Auch wenn eine Prospektierungspflicht für unterjährige Inhaberschuldverschreibungen (wie die streitgegenständlichen) nicht bestand (§ 2 Abs. 1 Halbsatz 2 WpPG) und derartige Prospekte nicht der BaFin zur Genehmigung vorzulegen waren, wäre ein Prospekt, der diese wesentliche Information verschweigt, allerdings unvollständig und die Verantwortlichen wären einer Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 264a StGB ausgesetzt. Dass unter diesen Umständen die WBG dennoch weiter Gelder eingeworben hätte, ist wenig wahrscheinlich und wird vom Kläger zu 2) letztlich auch gar nicht behauptet.

2.2 Es ist deshalb genauso gut möglich, dass die WBG keine neuen Gelder mehr eingeworben hätte. Für diesen Fall könnte aber nicht davon ausgegangen werden, dass dennoch genügend Gelder vorhanden gewesen wären, noch im Dezember 2005 oder gar im Juni 2006 die bis dahin fälligen Ansprüche der Anleger zu bedienen und damit davon, dass der Vater des Klägers zu 2) (ohne den Umtausch) sein Geld zurückerhalten hätte.

a) Denn in diesem Fall hätte nicht nur der Vater des Klägers zu 2), sondern auch alle anderen Anleger keine neuen Inhaberschuldverschreibungen mehr erworben. Es wäre dann kein neues Geld von der WBG eingeworben worden.

b) Wie in diesem Fall aber die ab Mitte Mai 2005 fälligen Inhaberschuldverschreibungen hätten refinanziert werden können, ist dem Vortrag des Klägers zu 2) nicht zu entnehmen. Angesichts des Umstandes, dass die WBG selbst nicht in der Lage war, diese Schulden aus eigener Kraft zurückzuführen, war es an dem Kläger zu 2), hierzu näher vorzutragen, warum es dann dennoch zur Auszahlung der von ihm gehaltenen Inhaberschuldverschreibungen gekommen wäre.

3. Soweit die Kläger vom Beklagten Zahlung der angelegten Gelder verlangen können, müssen sie sich weder Zinsausschüttungen noch Steuervorteile anrechnen lassen.

Steuervorteile müssen sich die Kläger **nicht anrechnen lassen**, weil die Schadenersatzzahlung ihrerseits der Besteuerungspflicht unterliegen wird (vgl. BGH, Urt. v. 30.11.2007 – V ZR 284/06 Rdnr. 11 m.w.N.). Da Zinsen – vor der Insolvenz der WBG nach den Anleihebedingungen jeweils noch nicht fällig waren – ist davon auszugehen, dass solche auch nicht gezahlt worden sind.

4. Der Kläger hat **Zug um Zug die Rechte aus den Inhaberschuldverschreibungen** an den Beklagten als ausgleichspflichtigen Vorteil (vgl. BGH, Urt. v. 21.10.2004 – III ZR 323/03, NJW-RR 2005, 170; BGH, Urt. v. 15.1.2009 – III ZR 28/08) **zu übertragen**.

Eines besonderen Antrags bedurfte es hierfür nicht. (...) ■

Gemischte Außensozietät, Scheinsozietät

- Nachweis des Versicherungsschutzes
- Gesamtschuldnerische Haftung
- Widerruf der Bestellung

(OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 23.2.2012 – OVG 12 B 26/10)

Leitsatz:

Ein unterhalb der Überschrift „Rechtsanwaltssozietät“ auf dem Sozietätsbriefbogen unter dem Namen eines Sozius angeführter Hinweis auf zusätzliche berufliche Qualifikationen als Steuerberater und vereidigter Buchprüfer kann im Rechtsverkehr den Rechtsschein einer gemischten Außensozietät begründen. Ein vereidigter Buchprüfer, der tatsächlich als Steuerberater und vereidigter Buchprüfer eine Einzelpraxis unterhält, unterliegt bei Kundmachung einer gemeinsamen Berufsausübung in der Sozietät der erweiterten Versicherungspflicht des § 44b Abs. 4 WPO. Bei fehlendem Nachweis des vorgeschriebenen Versicherungsschutzes für den Fall gesamtschuldnerischer Haftung ist der Widerrufstatbestand des § 20 Abs. 2 Nr. 4 i.V.m. § 130 Abs. 1 WPO erfüllt. ■

Zum Sachverhalt:

Der Kläger ist zugelassener Rechtsanwalt und Steuerberater und seit 1992 auch als vereidigter Buchprüfer bestellt. Er wendet sich gegen den von der Beklagten ausgesprochenen Widerruf seiner Bestellung als vereidigter Buchprüfer.

Der Kläger betreibt als Rechtsanwalt zusammen mit Rechtsanwalt J.S. eine Anwaltssozietät in K. Daneben unterhält er unter der gleichen Anschrift eine eigene Praxis als Steuerberater und vereidigter Buchprüfer. In den seit September 2007 für die Anwaltskanzlei verwendeten Briefbögen wird auf die Qualifikationen des Klägers mit folgendem Briefkopf hingewiesen:

„Rechtsanwaltssozietät C.K., J.S. Steuerberater – Vereidigter Buchprüfer K. & S., A., K.“

Mit Schreiben vom 17.9. und 16.10.2007 teilte die Beklagte, die bereits die vorherige Fassung der Sozietätsbriefbögen beanstandet hatte, dem Kläger mit, dass auch gegen die jetzt verwendete Fassung rechtliche Bedenken bestünden. Aus der neu aufgenommenen Bezeichnung „Rechtsanwaltssozietät“ in der Kopfzeile werde für potenzielle Mandanten nicht hinreichend deutlich, dass sich das Angebot der Sozietät auf Rechtsdienstleistungen beschränke. Die Gestaltung der Briefbögen erwecke im Rechts- und Geschäftsverkehr vielmehr den Eindruck, dass der Kläger der Sozietät auch als vereidigter Buchprüfer angehöre. Nach der seit dem 1.1.2004 geltenden Rechtslage müsse der Kläger auch im Fall der Kundmachung einer gemeinsamen Berufsausübung in einer Sozietät eine Berufshaftpflichtversicherung unterhalten, die bei gesamtschuldnerischer Inanspruchnahme den vorgeschriebenen Versicherungsschutz für jeden Versicherungsfall uneingeschränkt abdecke.

Nachdem der Kläger eine ihm vorgeschlagene Änderung der Briefbögen – etwa in Form eines Zusatzes zu der hervorgehobenen Qualifikation als vereidigter Buchprüfer „nur in eigener Praxis tätig“ – abgelehnt hatte, widerrief die Beklagte nach vorheriger Anhörung mit Bescheid vom 26.10.2007 seine Bestellung als vereidigter Buchprüfer. Nach §§ 130 Abs. 1, 20 Abs. 2 Nr. 4 i.V.m. § 44b Abs. 4 und 6 der Wirtschaftsprüferordnung (WPO) sei die Bestellung eines vereidigten Buchprüfers zwingend zu widerrufen, wenn er eine Sozietät mit einem nicht als Wirtschaftsprüfer oder vereidigten Buchprüfer bestellten Angehörigen eines freien Berufes kundmache, ohne den erforderlichen Nachweis zu erbringen, dass ihm auch bei gesamtschuldnerischer Inanspruchnahme der als vereidigter Buchprüfer vorgeschriebene Versicherungsschutz uneingeschränkt zur Verfügung stehe. Von der Kundmachung einer derartigen Außensozietät sei vorliegend auszugehen; die verwendeten Briefbögen erweckten nach außen den Eindruck, dass der Kläger in der Sozietät auch als vereidigter Buchprüfer tätig sei. Den danach erforderlichen Versicherungsschutz habe er nicht nachgewiesen.

Mit der dagegen erhobenen Klage hat der Kläger unter Bezugnahme auf ein vorangegangenes berufsgerichtliches Verfahren im Wesentlichen geltend gemacht, dass mit den beanstandeten Briefbögen keine gemeinsame Berufsausübung als vereidigter Buchprüfer kundgemacht werde.

Mit der Angabe „vereidigter Buchprüfer“ werde lediglich auf seine entsprechende zusätzliche Qualifikation hingewiesen. Ein derartiger Hinweis zu Werbezwecken könne ihm im Geschäftsverkehr nicht verwehrt werden. Im Übrigen seien die Anwaltssozietät und seine Einzelpraxis in jeder Hinsicht getrennt. Der Abschluss einer Berufshaftpflichtversicherung, die die Gefahr einer gesamtschuldnerischen Haftung bei gemeinsamer Berufsausübung abdecke, könne von ihm daher nicht verlangt werden. Eine eventuelle Haftung im Rahmen der Sozietät sei bereits durch die von ihm als Rechtsanwalt unterhaltene Berufshaftpflichtversicherung abgedeckt.

Mit den Verfahrensbeteiligten am 5.11.2008 zugestelltem Urteil hat das Verwaltungsgericht der Klage stattgegeben und den Widerrufsbescheid der Beklagten vom 26.10.2007 aufgehoben. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, dass der Widerrufsgrund des § 130 Abs. 1, § 20 Abs. 2 Nr. 4 WPO nicht vorliege. Der Kläger unterhalte als vereidigter Buchprüfer unstreitig die nach § 54 WPO vorgeschriebene Berufshaftpflichtversicherung. Er sei darüber hinaus nicht zum Nachweis eines erweiterten Versicherungsschutzes nach § 44b Abs. 4 WPO verpflichtet. Soweit die Vorschrift gemäß § 44b Abs. 6 WPO im Fall der Kundmachung einer gemeinsamen Berufsausübung entsprechende Anwendung finde, erwecke der vom Kläger bei seiner Sozietätstätigkeit verwendete Briefbogen nicht den Rechtschein, dass er auch als vereidigter Buchprüfer in der Anwaltssozietät tätig sei.

Die deutlich ins Auge fallende und inhaltlich unmissverständliche Bezeichnung „Rechtsanwaltssozietät“ im Briefkopf mache hinreichend klar, dass sich der Kläger und Rechtsanwalt S. nicht zu einer interprofessionellen Berufsausübung, sondern nur mit Blick auf die anwaltliche Berufsausübung zu einer Sozietät zusammengeschlossen hätten. Die nach dem Namen des Klägers aufgeführte Qualifikation als vereidigter Buchprüfer könne bei verständiger Betrachtung im Rechtsverkehr nur als werbender Hinweis auf besonderes wirtschaftliches und steuerliches Hintergrundwissen des Klägers in seiner Funktion als Rechtsanwalt aufgefasst werden. Sie erwecke dagegen nicht den Eindruck, dass er in der Sozietät auch buchprüferisch tätig sei, zumal gemischte Sozietäten zwischen Rechtsanwalt und Buchprüfer schon wegen der geringen fachlichen Überschneidungen eher selten sein dürften.

Der Begriff der Kundmachung einer Außensozietät sei mit Blick auf die damit verbundenen Rechtsfolgen eher restriktiv auszulegen. Auch wenn die von der Beklagten unterbreiteten Gestaltungsvorschläge möglicherweise besser geeignet seien, den Anschein einer interprofessionellen Sozietät zu vermeiden, reiche danach der bloße Umstand, dass die Gestaltung des in Rede stehenden Briefkopfes auf einzelne Teilnehmer des Rechtsverkehrs missverständlich wirken könne, zur Begründung eines allgemeinen Rechtsscheins nicht aus.

Gegen die vorgenannte Entscheidung richtet sich die vom Senat zugelassene Berufung der Beklagten.

Sie macht geltend, dass das Verwaltungsgericht zu Unrecht die Kundmachung einer gemeinsamen Berufsausübung verneint habe. Mit dem Auftreten als vereidigter Buchprüfer auf dem Briefbogen der Anwaltssozietät vermittle der Kläger den Eindruck, dass er in der Sozietät auch die Dienstleistungen eines vereidigten Buchprüfers anbiete. Soweit damit im Rechtsverkehr der Eindruck einer Scheinsozietät begründet werde, unterliege der Kläger der erweiterten Versicherungspflicht. Mit der zum 1.1.2004 in Kraft getretenen Neuregelung des § 44b Abs. 4 und 6 WPO habe der Gesetzgeber dem Verbraucherschutz Rechnung getragen und die für die Berufsausübung in einer gemischten Sozietät vorgeschriebene Versicherungspflicht auch auf nach außen kundgemachte Scheinsozietäten erstreckt. Für eine vom Verwaltungsgericht vorgenommene restriktive Auslegung sei insofern kein Raum. Sie führe zu einer Benachteiligung potenzieller Mandanten, denen trotz der kundgemachten Außensozietät im Haftungsfall nicht der für die Tätigkeit als vereidigter Buchprüfer vorgeschriebene Mindestversicherungsschutz zur Verfügung stehe.

Nach den allgemeinen Versicherungsbedingungen der Haftpflichtversicherer werde bei unterschiedlichen Deckungssummen der Mitglieder der (Außen)Sozietät eine Durchschnittsversicherungssumme gebildet, bis zu der der Versicherer maximal eintrete. Da die Mindestversicherungssumme bei Rechtsanwälten und Steuerberatern nur 250.000 EUR, bei vereidigten Buchprüfern dagegen 1 Mio. EUR betrage, müsse der Kläger nachweisen, dass ihm auch im Falle einer gesamtschuldnerischen Inanspruchnahme der Mindestversicherungsschutz vollständig zur Verfügung stehe. Da der Kläger diesen Nachweis nicht erbracht habe, seien die Voraussetzungen für den Widerruf seiner Bestellung entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts erfüllt. (...) ■

Aus den Gründen:

Der Senat konnte im Einverständnis der Beteiligten im schriftlichen Verfahren entscheiden (§ 125 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 101 Abs. 2 VwGO).

Die zulässige Berufung der Beklagten ist begründet. Das Verwaltungsgericht hat der Klage zu Unrecht stattgegeben. Der angefochtene Widerrufsbescheid der Beklagten vom 26.10.2007 ist rechtmäßig und verletzt den Kläger nicht in seinen Rechten; für eine Aufhebung des Bescheides ist danach kein Raum (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO).

Rechtsgrundlage für den Widerruf der Bestellung des Klägers als vereidigter Buchprüfer ist § 130 Abs. 1 i.V.m. § 20 Abs. 2 Nr. 4 WPO. Danach ist die Bestellung zu widerrufen, wenn der vereidigte Buchprüfer nicht die vorgeschriebene Berufshaftpflichtversicherung (§ 44b Abs. 4, § 54) unterhält. Nach § 54 Abs. 1 Satz 1 WPO sind vereidigte Buchprüfer, die selbstständig tätig sind, verpflichtet, eine Berufshaftpflichtversicherung zur Deckung der sich aus ihrer Berufstätigkeit ergebenden Haftpflichtgefahren für Vermögensschäden abzuschließen und die Versicherung während der Dauer ihrer Bestellung oder Anerkennung aufrechtzuerhalten. Die Mindestversicherungssumme für den einzelnen Versicherungsfall muss den in § 323 Abs. 2 Satz 1 HGB bezeichneten Umfang

(1 Mio. EUR) betragen (Satz 2). § 44b Abs. 4 WPO sieht vor, dass vereidigte Buchprüfer ihren Beruf in Sozietäten mit natürlichen und juristischen Personen, die nicht selbst Berufsangehörige sind oder als vereidigte Buchprüfer bestellt oder als Wirtschaftsprüfungs- oder Buchprüfungsgesellschaft anerkannt sind (so genannte gemischte oder interprofessionelle Sozietäten) nur dann ausüben dürfen, wenn sie der Wirtschaftsprüferkammer bei Aufnahme einer solchen Tätigkeit nachweisen, dass ihnen auch bei gesamtschuldnerischer Inanspruchnahme der nach § 54 vorgeschriebene Versicherungsschutz für jeden Versicherungsfall uneingeschränkt zur Verfügung steht. Eine entsprechende Nachweispflicht besteht nach § 44b Abs. 6 WPO, wenn eine gemeinsame Berufsausübung in einer gemischten Sozietät kundgemacht wird.

Entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts sind die vorgenannten Voraussetzungen für den Widerruf der Bestellung vorliegend erfüllt. Der Kläger unterhält als vereidigter Buchprüfer zwar unstreitig einen Versicherungsschutz, der den Anforderungen des § 54 WPO entspricht. Er hat jedoch weder im Verwaltungs- noch im gerichtlichen Verfahren nachgewiesen, dass ihm dieser Versicherungsschutz auch in dem von § 44b Abs. 4 WPO gesetzlich vorgeschriebenen Umfang uneingeschränkt zur Verfügung steht.

Nach den zutreffenden erstinstanzlichen Feststellungen ist die Vorschrift des § 44b Abs. 4 WPO im Fall des Klägers zwar nicht unmittelbar anwendbar, weil es sich bei der von ihm und Rechtsanwalt S. gebildeten Sozietät um eine reine Anwaltssozietät handelt. Dass der Kläger seinen Beruf als vereidigter Buchprüfer nicht in der Sozietät ausübt und eine gemischte Sozietät i.S.d. § 44b Abs. 4 WPO damit tatsächlich nicht besteht, wird auch von der Beklagten nicht in Abrede gestellt. Der Kläger unterliegt jedoch über die Verweisung in § 44b Abs. 6 WPO der **erweiterten Versicherungspflicht**. Für die Annahme, dass sich der Widerrufsgrund des § 20 Abs. 2 Nr. 4 WPO allein auf die Fälle bezieht, in denen tatsächlich eine gemischte Sozietät i.S.d. § 44b Abs. 4 WPO vorliegt, bestehen entgegen dem Vorbringen des Klägers keine nachvollziehbaren Anhaltspunkte.

Der bloße Hinweis auf den Wortlaut des § 20 Abs. 2 Nr. 4 WPO, der allein auf § 44b Abs. 4 WPO verweist, vermag eine derartige einschränkende Auslegung nicht zu tragen. Über die **Verweisungsvorschrift des § 44b Abs. 6 WPO besteht auch dann eine Versicherungspflicht in dem in § 44b Abs. 4 WPO vorgeschriebenen Umfang, wenn eine gemeinsame Berufsausübung in einer gemischten Sozietät kundgemacht wird. Auch bei so genannten Außensozietäten richtet sich der vorgeschriebene Versicherungsschutz mithin nach § 44 Abs. 4 WPO**; das Gesetz enthält insoweit keine Regelungslücke. Mit der Einfügung des § 44b Abs. 6 WPO hat der Gesetzgeber der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs Rechnung getragen (vgl. BGH, Urt. v. 12.10.2000 – WpSt 1/00, BGHSt 46, 154) und **Außensozietäten im Interesse des Mandantenschutzes** ausdrücklich auch hinsichtlich der Pflicht zum Nachweis des Versicherungsschutzes **gemischten Sozietäten i.S.d. § 44b Abs. 1 WPO gleichgestellt** (vgl. BT-Drucks. 15/1241, S. 36 f.). Da auch bei Außensozietäten die Gefahr gesamt-

schuldnerischer Haftung besteht, greift nach seinem Sinn und Zweck auch in diesen Fällen der Widerrufsgrund des fehlenden oder nicht ausreichenden Versicherungsschutzes ein, soweit ein entsprechender Nachweis nicht erbracht wird.

Andernfalls bliebe die Unterhaltung einer Haftpflichtversicherung, die nicht den Anforderungen des § 44b Abs. 4 WPO genügt, bei reinen Außensozietäten sanktionslos. Dies entspricht ersichtlich nicht dem Willen des Gesetzgebers. Ausweislich der Gesetzesmaterialien dient der in § 20 Abs. 2 Nr. 4 WPO neu aufgenommene Verweis auf die Regelung des § 44b Abs. 4 WPO gerade der Klarstellung, dass der Widerrufstatbestand auch den Fall einer zwar bestehenden, aber nicht den gesetzlichen Anforderungen entsprechenden Haftpflichtversicherung umfasst (BT-Drucks. 15/1241, S. 34).

Für eine Differenzierung, ob die Berufsausübung in einer gemischten Sozietät oder in einer kundgemachten Außensozietät erfolgt, ist danach kein Raum. Vielmehr fehlt es auch dann an der Unterhaltung der vorgeschriebenen Berufshaftpflichtversicherung, wenn bei Kundmachung einer gemeinsamen Berufsausübung ein den Anforderungen des § 44b Abs. 4 und 6 WPO entsprechender Versicherungsnachweis nicht erbracht wird (vgl. Uhlmann, in: Hense/Ulrich, WPO Stand 2008, § 20 Rdnr. 42, 46).

So liegt der Fall hier. Zu Recht ist die Beklagte in dem angefochtenen Widerrufsbescheid davon ausgegangen, dass durch die vom Kläger verwendeten Sozietätsbriefbögen eine gemeinsame Berufsausübung auch als vereidigter Buchprüfer i.S.d. § 44b Abs. 6 WPO kundgemacht wird.

Die Vorschrift soll sicherstellen, dass die für eine gemischte Sozietät geltenden berufsrechtlichen Vorgaben auch dann eingehalten werden, wenn eine solche zwar nicht vorliegt, über die Kundmachung nach außen aber ein dahingehender Rechtsschein gesetzt wird (Schnepel, in: Hense/Ulrich, a.a.O., § 44b Rdnr. 33). **Hinsichtlich des Umfangs der Versicherungspflicht werden gemischten Sozietäten ausdrücklich auch so genannte Außen- und Scheinsozietäten gleichgestellt**, in denen über das Auftreten nach außen dem Rechtsverkehr der Eindruck vermittelt wird, dass sich die kundgemachten Personen zur gemeinsamen Berufsausübung in einer Sozietät verbunden haben (BT-Drucks. 15/1241, S. 36). Mit der Verwendung des von der Beklagten beanstandeten Briefbogens hat der Kläger einen solchen Anschein einer Sozietät hervorgerufen.

Bei der gebotenen Gesamtbetrachtung erweckt der Briefbogen den Rechtsschein, dass der Kläger der Sozietät auch als vereidigter Buchprüfer angehört und entsprechende Dienstleistungen in der Sozietät angeboten werden. Dass sich der Kläger nur in seiner Eigenschaft als Rechtsanwalt zu einer Sozietät mit Rechtsanwalt S. verbunden hat, wird durch die in der Kopfzeile enthaltene **Überschrift „Rechtsanwaltssozietät“** nicht hinreichend deutlich. Für juristisch nicht vorgebildete Rechtskreise liegt eine Beschränkung der Sozietät auf die ausschließliche Betreuung von Rechtsanwaltsmandaten nicht auf der Hand. Vielmehr besteht aufgrund des unmittelbar an den Namen des Klägers anschließenden

Hinweises auf seine Qualifikationen als Steuerberater und vereidigter Buchprüfer bei verständiger Würdigung die Gefahr, dass **potenzielle Mandanten irrtümlich annehmen, diese Leistungen würden neben den anwaltlichen Tätigkeiten angeboten und gehörten gleichfalls zum Leistungsumfang der Sozietät. Ein Hinweis, dass der Kläger seinen Beruf als Steuerberater und vereidigter Buchprüfer in Einzelpraxis ausübt, lässt sich dem Briefbogen an keiner Stelle entnehmen.** Im Gegenteil unterstreicht der in kleinerer Schrift abgesetzte Kanzleiname „K. & S.“ mit der beigefügten Anschrift der Sozietät den Eindruck, dass eine gemeinsame Berufsausübung auch mit Blick auf die angeführten Zusatzqualifikationen des Klägers vorliegt. Der Einwand des Klägers, dass ihm die Angabe dieser Qualifikationen zu Werbezwecken nicht verwehrt werden dürfe, rechtfertigt keine andere Beurteilung. Er vermag schon angesichts der von der Beklagten aufgezeigten Gestaltungsmöglichkeiten, die die Gefahr einer Irreführung vermeiden, ohne dem Kläger die Möglichkeit der Angabe seiner zusätzlichen Qualifikationen zu nehmen, nicht zu überzeugen.

Aufgrund der Kundmachung einer gemeinsamen Berufsausübung ist der Kläger danach verpflichtet, eine den Anforderungen des § 44b Abs. 4 WPO entsprechende Berufshaftpflichtversicherung zu unterhalten. Da er nicht nachgewiesen hat, dass ihm auch bei gesamtschuldnerischer Inanspruchnahme der nach § 54 WPO vorgeschriebene Versicherungsschutz für jeden Versicherungsfall uneingeschränkt zur Verfügung steht, hat die Beklagte seine Bestellung als vereidigter Buchprüfer zu Recht widerrufen. § 130 Abs. 1 i.V.m. § 20 Abs. 2 Nr. 4 WPO sieht einen Widerruf bei fehlendem Nachweis des vorgeschriebenen Versicherungsschutzes zwingend vor und räumt der Beklagten kein Ermessen ein. Anhaltspunkte für einen unverhältnismäßigen Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit des Klägers sind weder substantiiert dargetan noch ersichtlich.

Soweit es dem Kläger, wie bereits vorstehend dargelegt, ohne Weiteres möglich und **zumutbar ist, seine beruflichen Qualifikationen auch durch eine andere Gestaltung der Briefbögen hervorzuheben**, begegnet die angefochtene Verfügung mit Blick auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit keinen durchgreifenden Bedenken. Ebenso wenig kann sich der Kläger mit Erfolg darauf berufen, dass das Haftungsrisiko im Fall der gesamtschuldnerischen Inanspruchnahme bereits durch seine Berufshaftpflichtversicherungen, die er als Rechtsanwalt und Steuerberater unterhalte, abgedeckt sei. Unabhängig davon, dass die für diese Berufe geltenden Mindestversicherungssummen – wie von der Beklagten angeführt – niedriger sind als der Mindestumfang des Versicherungsschutzes eines vereidigten Buchprüfers (vgl. § 51 Abs. 4 Satz 1 BRAO, §§ 67 Satz 1, 158 Nr. 6 StBerG i.V.m. § 52 Abs. 1 DVStB), hat der Kläger weder dargetan noch belegt, dass ihm ein anderweitiger Versicherungsschutz auch im Fall gesamtschuldnerischer Haftung in dem von § 44b Abs. 4 WPO vorgeschriebenen Umfang zur Verfügung steht. Für die Annahme, er sei aufgrund seiner zusätzlichen Berufsqualifikationen von der Einhaltung des für vereidigte Buchprüfer geltenden Berufsrechts befreit, ist danach kein Raum. (...) ■

GI Literaturhinweis

Scholz – Kommentar zum GmbH-Gesetz

Nach einem Jahrhundert der schleppenden, oft nur marginalen Veränderungen des GmbH-Rechts hat der Wandel mit dem Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) und dem Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) neue Qualität angenommen. Vor allem die Modernisierung der Kapitalschutzregeln (§§ 19 und 30) wirft für die Beratung und Entscheidung von GmbH-Fällen neue Fragen auf. Vollständig neu ist das Recht der Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt).

Die EuGH-Rechtsprechung hat seit Centros, Überseering und Inspire Art eine grundlegende Veränderung des internationalen Kapitalgesellschaftsrechts mit sich gebracht. Die höchstrichterliche Rechtsprechung über die Mantelverwendung, über die Einlageleistung „zur freien Verfügung“, über die verdeckte Sacheinlage, über den Kapitalschutz einschließlich des Cash Pooling, über Ausschluss und Abfindung von Gesellschaftern, über den Rangrücktritt in der Krise und über Gesellschafterkredite sowie über zahlreiche Insolvenzrechtsprobleme verlangt der GmbH-Praxis Neuorientierungen ab.

Der Generationenwechsel bei Familiengesellschaften lenkt ebenso wie die Change-of-Control-Problematik neue Aufmerksamkeit auf Vinkulierungsklauseln. Gesellschafterliste und Anteilserwerb sind neu geregelt.

Band I enthält mit den §§ 1–34 das Gründungsrecht, das Recht der Geschäftsanteile und der Gesellschaftsfinanzierung sowie den Anhang zum Konzernrecht. Die Rechtsfragen des Austritts und der Ausschließung von Gesellschaftern sind außerhalb des § 15 im Anhang zu § 34 behandelt. **Scholz – GmbH-Gesetz, Kommentar mit Anhang Konzernrecht – 11., neu bearbeitete und erweiterte Auflage 2012, Band I (§§ 1–34), 1860 Seiten Lexikonformat, gbd. 149,– €, ISBN 978-3-504-32554-1 Band II in Vorbereitung für Anfang 2013, Band III in Vorbereitung für Mitte 2013, Gesamtabnahmeverpflichtung für alle drei Bände, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln**

GI Literatur-Ecke

Binnewies: Haftungsfall „Einlagekonto nach § 27 KStG“, *GmbH-StB* 2013, 22

Jungk: Grundsätze und manche Ausnahmen: Beweislast im Regressprozess, *AnwBl* 2013, 142

Ullmann: Haftung des Anwalts bei unberechtigter Schutzrechtsverwarnung, *jurisPR-WettbR* 1/2013 Anm. 3

Otto Schmidt hat frisches Futter.



Lützenkirchen, Mietrecht. Das ist der neue große Praktikerkommentar zu Wohnraummiete und Gewerberaummiete auf neuestem Stand, in den sämtliche Änderungen der Mietrechtsreform 2013 komplett eingearbeitet sind. Er kommt aus einer der besten Mietrechtskanzleien, bewegt sich auf höchstem Niveau, und Sie erhalten dieses durch und durch frische Futter auch noch zu einem äußerst attraktiven Einführungspreis.

Lützenkirchen, Mietrecht. Umfassend, übersichtlich und kompakt in einem Band. Für eine kleine Kostprobe vorab und Ihre Bestellung wenden Sie sich bitte direkt an www.otto-schmidt.de



Lützenkirchen **Großkommentar zum Mietrecht** Bearbeitet von RA Dr. Klaus Lützenkirchen und RA Dr. Marc Dickersbach. 2013, rd. 2.600 Seiten Lexikonformat, gbd. **Bis 3 Monate nach Erscheinen nur 129,- €.** Danach 149,- €. Erscheint im Mai. ISBN 978-3-504-45077-9

Da muss der Scholz ran.

Scholz **GmbH-Gesetz** 11., neu bearbeitete und erweiterte Auflage in drei Bänden. Band I (§§ 1–34), Juni 2012, 1.864 Seiten Lexikonformat, gbd. 149,- €. ISBN 978-3-504-32554-1. Band II (§§ 35–52) und Band III (§§ 53–85) in Vorbereitung für 2013, gbd. je ca. 150,- €. Abnahmeverpflichtung für alle drei Bände.

Wenn die Fragen des GmbH-Rechts den ganzen Berater fordern – am juristischen Hochreck sozusagen – dann weiß er: Da muss der Scholz ran. Denn der ist seit über 80 Jahren *die Institution* in diesem Rechtsgebiet. Jetzt wieder jung und frisch in einer nagelneuen Auflage.

In dem zunächst vorliegenden ersten Band wird vor allem das MoMiG noch einmal umfassend und ausführlich erläutert, an Ort und Stelle in der von diesem Kommentar gewohnten Qualität. Mit allen bisherigen Erfahrungen, dazu ergangenen Entscheidungen und den lang ersehnten Antworten auf alle neu aufgeworfenen Fragen.

Scholz **GmbH-Gesetz** Jetzt Probe lesen und bestellen bei www.otto-schmidt.de

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

Erscheinungsweise

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

Verlag

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

Abbonementservice

Fax: (0511) 645 111 3661

Layout und Satz

Type Connection, Lechenicher Str. 29, 50374 Erftstadt

Druck

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