

Informationen für wirtschaftsprüfende, rechts- und steuerberatende Berufe

GI aktuell

Inhalt

Editorial
GI News
GI Entscheidungen
GI Literatur-Ecke

129
130
131
160

Steuerberaterhaftung

Fehlerhafte Aussage zur insolvenzrechtlichen Überschuldung /
Insolvenzverschleppung / Schaden der Gesellschaft /
Selbstprüfungspflicht des Geschäftsführers / Mitverschulden
der Gesellschaft
(BGH, Urt. v. 6.6.2013 – IX ZR 204/12)

131

Wirtschaftsprüferhaftung

Mittelverwendungskontrollvertrag / Insolvenz eines Fonds /
Aktivlegitimation des Insolvenzverwalters
(BGH, Urt. v. 21.2.2013 – III ZR 260/11)

135

Anwaltsvertrag

Drohung mit Mandatsniederlegung / Honorarrückstände /
Haftungsübernahme durch Gesellschafter / Rechtswidrige
Drohung / Mittel-Zweck-Relation
(BGH, Urt. v. 7.2.2013 – IX ZR 138/11)

141

Anwaltshaftung

Verjährung gemäß § 51b BRAO a.F. / Sekundärhaftung / Anlass-
bezogene Beratungspflicht / Fehlendes Wiedervorlagesystem
(BGH, Urt. v. 12.7.2012 – IX ZR 96/10)

144

Versicherungsschutz

Notarhaftung / Bindungswirkung des Haftpflichturteils /
Voraussetzungsidentität / Ungesicherte Vorleistung /
Elementarwissen des Notars
(OLG Köln, Urt. v. 26.6.2012 – 9 U 3/12)

146

Bilanzerstellung durch Steuerberater

Bilanzfehler / Uneingeschränkter Abschlussvermerk /
Prüfungspflichten / Drittschutzwirkung zugunsten der Hausbank?
(OLG Hamm, Urt. v. 5.3.2010 – 25 U 55/09, Nichtannahme-
beschluss des BGH v. 20.6.2013 – IX ZR 61/10)

150

Beraterhaftung

Mitverschulden des Auftraggebers / Warnungen Dritter /
Offenkundige Fehler
(BGH, Beschl. v. 23.9.2010 – IX ZR 132/08)

157

Steuerberaterhaftung

Kenntnisabhängige Verjährung
(LG Osnabrück, Urt. v. 8.5.2013 – 4 O 685/12)

158

Vorbereitung auf die mündliche Steuerberaterprüfung – Gehen Sie auf Nummer sicher!

Prüfungen dienen als Kompetenznachweis und sind das Ergebnis eines langen Lernprozesses. Die Steuerberaterprüfung ist dabei ganz besonders vorbereitungsintensiv.

In unserem zweiteiligen Seminar erhalten Sie sowohl fachliches Wissen zur Berufshaftpflichtversicherung als auch ein Mentaltraining zur optimalen Prüfungsvorbereitung.

Teil 1:

Fragen zur Berufshaftpflichtversicherung und häufigste Fehler in der mündlichen Prüfung

Gerade beim Thema „Haftung des Steuerberaters“ lernen die Prüflinge häufig „auf Lücke“.

Herr Prof. Dr. Volker Römermann, Rechtsanwalt, vermittelt daher in diesem Seminar das notwendige Wissen in kompakter Form.

Dabei geht er auf folgende Fragen ein:

- Welche Haftungsrisiken drohen?
- Wie betreibt ein Steuerberater professionell Haftungsprävention?
- Welche vertraglichen Haftungsbeschränkungsmöglichkeiten gibt es?
- Welche institutionellen Haftungsbeschränkungsmöglichkeiten gibt es (Rechtsformen, insbesondere die zukünftige PartG mbB)?
- Wie ist die gesetzliche Versicherungspflicht ausgestaltet?



Teil 2:

Mit mentaler Stärke erfolgreicher in der mündlichen Steuerberaterprüfung

Nach bestandener schriftlicher Prüfung geht es darum, die Motivation aufrecht zu erhalten und mit Konzentration sowie Selbstbewusstsein der mündlichen Prüfung zu begegnen. Neben der fachlichen hilft hierbei die mentale Prüfungsvorbereitung, um gestärkter – sowohl in der Vorbereitungszeit als auch mit der Prüfungssituation – umzugehen und dadurch erfolgreicher die Prüfung zu meistern.

In diesem Seminar teil zeigt Ihnen **Frau Marzena Sierant**, Steuerberaterin und Dipl. Mental-Coach, wie Sie durch Mentaltraining

- Anspannungen in der Prüfungssituation leichter meistern,
- Ihre innere Einstellung zur Prüfung positiver gestalten,
- Ihre Stärken besser nutzen und Ihrer Prüfung gelassener entgegen sehen und
- sicher und souverän auftreten und Ihre Prüfung selbstbewusst „auf den Punkt“ bestehen!



Was ist ein Dialogseminar online?

Nutzen Sie die modernste Form des Lernens. Beim Dialogseminar online treffen sich der/die Referent/in und die Teilnehmer zu einem bestimmten Zeitpunkt in einem Seminarraum im Internet. Egal ob vom Büro oder von zu Hause aus, Sie sind live dabei, ganz bequem von Ihrem PC.

Wie im Präsenzseminar haben Sie auch hier die Möglichkeit Ihre Fragen an den/die Referent/in zu stellen, öffentlich per Wortmeldung oder auch anonym im Textchat.

Seminardauer:

ca. 2 Stunden

Seminarpreis:

Für alle Teilnehmer der mündlichen Steuerberaterprüfung ist das Seminar kostenfrei.

Ansonsten Preis auf Anfrage.

Termine

10.01.2014

17.01.2014

Uhrzeit

14:00 - 16:00 Uhr

14:00 - 16:00 Uhr

Weitere Informationen zum Thema „Was ist ein Dialogseminar online?“ finden Sie unter: www.datev.de/dialogseminar-online



Bestellmöglichkeit:

Dieses Dialogseminar online können Sie direkt unter www.stb-pruefungsvorbereitung.de buchen.

Editorial

Liebe Leserin, lieber Leser,

Dr. Jürgen Gräfe
Rechtsanwalt

Der Bundesgerichtshof kommt nochmals auf die **Haftungsgefahren für Steuerberater und Wirtschaftsprüfer bei einer Insolvenzverschleppung des Mandanten** zurück. Er bestätigt, dass ihn der Auftrag zur „allgemeinen Steuerberatung“ nicht verpflichtet, den Geschäftsführer der GmbH auf eine evtl. drohende Insolvenzreife und die Notwendigkeit eines Insolvenzantrags hinzuweisen. Aber: Erklärt er unaufgefordert, dass der von ihm erstellte Jahresabschluss nur eine bilanzielle Überschuldung ausweise und wegen Rangrücktrittsvereinbarungen eine insolvenzrechtliche Überschuldung ausscheide, ist er schadenersatzpflichtig, wenn dies unrichtig ist. Denn er hat durch seine Information an den Mandanten zum Ausdruck gebracht, im Rahmen seiner Auftrags erledigung die Insolvenzreife gem. § 15a InsO geprüft zu haben. Der Auftraggeber durfte sich darauf verlassen.

Das OLG Köln zeigt, wie schnell ein **Notar seinen Versicherungsschutz verliert**, wenn er gegen **fundamentale, elementare Berufspflichten** verstößt. Er war im Haftpflichtprozess unterlegen, weil er über Folgen einer ungesicherten Vorleistung nicht belehrt hatte. Er hatte eingeräumt, dass ihm die Erforderlichkeit der Belehrung bewusst gewesen sei. Der Versicherer hatte wegen wissentlicher Pflichtverletzung den Versicherungsschutz versagt. Dem OLG Köln erschien ein versehentliches Unterlassen des Notars nicht plausibel, so dass es von einem **wissentlichen Pflichtverstoß** ausging und die Entscheidung des Versicherers bestätigte.

Das Haftungsthema **„Dritthaftung des Bilanzerstellers gegenüber Banken“** erörtert das OLG Hamm. Grundsätzlich ist die Bilanz für den Auftraggeber bestimmt und es entsteht keine Drittwirkung. Aber: Zeigt das Bilanztestat/Bescheinigung, dass der Steuerberater einen umfassenden Prüfungsauftrag bezüglich „Unterlagen und Wertansätzen“ hatte, kann daraus ein Haftungsanspruch der Hausbank entstehen, wenn die Bilanz auch für sie bestimmt war, weil über die Fortführung des Kredits entschieden wird und der Abschluss ihr unmittelbar vom Steuerberater zugeleitet wurde.

Es grüßt Sie herzlich

Ihr Dr. Jürgen Gräfe

GI News

BFH: Abweichende Angaben in Steuerklärungen können eine leichtfertige Steuerverkürzung bedeuten

Reicht der Steuerpflichtige beim Finanzamt gleichzeitig zwei Steuererklärungen ein, die den Gewinn desselben Jahres betreffen, von denen aber eine den Gewinn nur zur Hälfte wiedergibt, so kann darin eine Ordnungswidrigkeit in Form einer leichtfertigen Steuerverkürzung liegen. Dies hat der Bundesfinanzhof (BFH) entschieden (*Urt. v. 23.7.2013 – VIII R 32/11*).

Ein Arztehepaar hatte den Gewinn seiner Arztpraxis in der Gewinnfeststellungserklärung richtig angegeben und hälftig auf die Eheleute verteilt. In der Einkommensteuererklärung bezifferten sie die entsprechenden Einkünfte des Ehemannes zutreffend mit der Hälfte des Gewinns, die Einkünfte der Ehefrau indes nur mit einem Viertel. Beide Steuererklärungen waren durch einen Steuerberater angefertigt worden; die Eheleute hatten sie unterschrieben und beim Finanzamt (FA) eingereicht.

Das FA erließ den Einkommensteuerbescheid zunächst auf der Grundlage der Einkommensteuererklärung. Nachdem der Fehler später aufgefallen war, berücksichtigte das FA in einem Änderungsbescheid den Gewinnanteil der Ehefrau in voller Höhe. Dagegen wandten die Eheleute ein, dass beim Erlass des Änderungsbescheids die vierjährige Festsetzungsfrist (§ 169 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 der Abgabenordnung – AO) bereits abgelaufen gewesen sei. Das Finanzgericht gab ihnen Recht.

Der BFH sah dies jedoch anders: Da die Eheleute eine leichtfertige Steuerverkürzung i.S.d. § 378 AO begangen hätten, verlängere sich die Festsetzungsfrist gemäß § 169 Abs. 2 Satz 2 AO auf fünf Jahre. Daher habe das FA den Einkommensteuerbescheid noch ändern können. Die Eheleute hätten den Fehler bei Unterzeichnung ihrer Einkommensteuerbescheids bemerken und korrigieren müssen. Ihnen hätte sich die Frage aufdrängen müssen, weshalb der in der Einkommensteuererklärung ausgewiesene Gewinnanteil der Ehefrau von ihrem Gewinnanteil, der in der Gewinnfeststellungserklärung angegeben war, erheblich abwich. Da sie diese gravierende Abweichung hingenommen und die Steuererklärung gleichwohl unterzeichnet und in den Verkehr gegeben hätten, ohne sich bei ihrem steuerlichen Berater oder beim FA nach dem Grund der Abweichung zu erkundigen, hätten sie die ihnen obliegende Sorgfalt in erheblichem Umfang verletzt und eine leichtfertige Steuerverkürzung begangen.

(*BFH, Urt v. 23.7.2013 – VR III 32/11*)

Pressemitteilung d. BFH v. 18.9.2013 ■

BFH: Keine rückwirkende Verzinsung der Einkommensteuernachzahlung bei rückwirkendem Wegfall eines Investitionsabzugsbetrags

Gibt der Unternehmer die Absicht zu einer Investition auf, für die er einen Steuerabzugsbetrag nach § 7g des Einkommensteuergesetzes erhalten hat, verliert er rückwirkend den Anspruch auf die Steuervergünstigung. Die betreffende Einkommensteuer muss er dann nachzahlen, und zwar ohne einen Zinszuschlag. Dies ergibt sich aus dem heute veröffentlichten Urteil des Bundesfinanzhofs (BFH) (*Urt. v. 11.7.2013 – IV R 9/12*).

Der BFH hat damit die in zahlreichen Betriebsprüfungen erörterte Frage nach der rückwirkenden Verzinsung der Steuernachforderung zugunsten der Unternehmer entschieden, allerdings nur mit Wirkung für die Vergangenheit. Denn für ab 2013 beanspruchte Investitionsabzugsbeträge ist die rückwirkende Verzinsung bei rückwirkendem Wegfall des Anspruchs kürzlich ausdrücklich gesetzlich geregelt worden (durch das Amtshilferichtlinie-Umsetzungsgesetz vom 26.6.2013).

Im entschiedenen Fall hatte eine Dachdecker-KG im Jahr 2007 Investitionsabzugsbeträge u.a. in Höhe von 6.400 EURO für den für 2009 geplanten Einbau von Schiebetoren und von 14.000 EUR für den für 2010 geplanten Erwerb eines Kastenwagens erhalten. Mit Einreichung der Bilanz für 2009 erklärte die KG, dass sie beide Investitionen nicht mehr durchführen werde. Dies hatte zur Folge, dass rückwirkend der Gewinn des Jahres 2007 um 20.400 EUR erhöht wurde. Die KG verlangte die zusätzliche Feststellung, dass die Änderung auf einem rückwirkenden Ereignis i.S.d. § 233a Abs. 2a der Abgabenordnung beruhe. Diese Feststellung hat zur Folge, dass Zinsen auf die Steuernachzahlung nicht rückwirkend erhoben werden.

Wie schon das Finanzgericht gab auch der BFH dem Antrag der KG statt und widersprach damit der gegenteiligen Gesetzesauslegung durch die Finanzverwaltung. Das Gesetz habe die rückwirkende Verzinsung lediglich für die rückwirkende Streichung eines Investitionsabzugsbetrags nach durchgeführter Investition wegen Nichteinhaltung bestimmter Nutzungsvoraussetzungen geregelt. Dem Gesetzgeber sei bewusst gewesen, dass sich bei Ausbleiben der Investition eine vergleichbare Rechtslage ergebe. Gleichwohl habe er für diesen Fall die rückwirkende Verzinsung nicht ausdrücklich angeordnet. Von einem Versehen des Gesetzgebers sei nicht auszugehen. Deshalb gelte der Grundsatz, dass auf einem rückwirkenden Ereignis beruhende Steuernachzahlungen nicht rückwirkend zu verzinsen seien.

(*BFH, Urt v. 11.7.2013 – IV R 9/12*)

Pressemitteilung d. BFH v. 14.9.2013 ■

Steuerberaterhaftung

- Fehlerhafte Aussage zur insolvenzrechtlichen Überschuldung
 - Insolvenzverschleppung
 - Schaden der Gesellschaft
 - Selbstprüfungspflicht des Geschäftsführers
 - Mitverschulden der Gesellschaft
- (BGH, Urt. v. 6.6.2013 – IX ZR 204/12)

Leitsätze:

1. Erklärt der vertraglich lediglich mit der Erstellung der Steuerbilanz betraute Steuerberater, dass eine insolvenzrechtliche Überschuldung nicht vorliege, haftet er der Gesellschaft wegen der Folgen der dadurch bedingten verspäteten Insolvenzantragstellung.

2. Der durch eine verspätete Insolvenzantragstellung verursachte Schaden der Gesellschaft bemisst sich nach der Differenz zwischen ihrer Vermögenslage im Zeitpunkt rechtzeitiger Antragstellung im Vergleich zu ihrer Vermögenslage im Zeitpunkt des tatsächlich gestellten Antrags.

3. Wird der Insolvenzantrag einer GmbH infolge einer fehlerhaften Abschlussprüfung verspätet gestellt, trifft die Gesellschaft mit Rücksicht auf ihre Selbstprüfungspflicht in der Regel ein Mitverschulden an dem dadurch bedingten Insolvenzverschleppungsschaden. ■

Zum Sachverhalt:

Der Kläger ist Verwalter in dem auf den Eigenantrag vom 20.3.2007 über das Vermögen der A. GmbH (nachfolgend: Schuldnerin) am 1.6.2007 eröffneten Insolvenzverfahren.

Die in der Rechtsform einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts geführte Beklagte zu 1) war die Steuerberaterin der Schuldnerin; der Beklagte zu 2) war bis zu seinem Ausscheiden am 4.3.2009 Gesellschafter der Beklagten zu 1) und mit der Betreuung der Schuldnerin befasst. Die Beklagte zu 1) erstellte am 29.8.2005 den Jahresabschluss der Schuldnerin für den 31.12.2004. In dem Bilanzbericht ist ausgeführt, dass zum Bilanzstichtag ein nicht durch Eigenkapital gedeckter Fehlbetrag von 46.541,38 EUR bestehe, es sich dabei aber nur um eine „Überschuldung rein bilanzieller Natur“ handle, weil für Verbindlichkeiten in Höhe von insgesamt 48.278,68 EUR Rangrücktrittserklärungen vorlägen und der Gesellschaft aufgrund des hohen Anteils an Stammkunden ein hoher Firmenwert innewohne.

Der Kläger nimmt die Beklagten auf Schadenersatzleistung in Anspruch, weil sie pflichtwidrig die zum 31.12.2004 bei der Schuldnerin gegebene insolvenzrechtliche Überschuldung nicht erkannt hätten und die Schuldnerin mangels der gebotenen Antragstellung weitere Verbindlichkeiten in Höhe von 264.938,88 EUR eingegangen sei. Die Vorinstanzen haben die – unter Berücksichtigung eines Mitverschuldens von 30 vom Hundert – auf Zahlung von 187.457,21 EUR

gerichtete Klage abgewiesen. Mit der von dem Senat zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Begehren 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 ausgeführt, es könne offenbleiben, ob die Beklagten den Geschäftsführer der Schuldnerin pflichtwidrig nicht hinreichend über eine tatsächlich bestehende insolvenzrechtliche Überschuldung aufgeklärt hätten. Jedenfalls fehle es an der Kausalität zwischen der behaupteten Pflichtverletzung und dem geltend gemachten Schaden. Es könne nicht festgestellt werden, dass die Schuldnerin bei pflichtgemäßer Beratung bereits zu einem früheren Zeitpunkt einen Insolvenzantrag gestellt hätte.

Die Vermutung beratungsgerechten Verhaltens erfordere tatsächliche Feststellungen, dass im Falle sachgerechter Aufklärung eindeutig eine bestimmte tatsächliche Reaktion nahegelegen hätte. Neben der Stellung eines Insolvenzantrags sei im Streitfall ernsthaft in Betracht gekommen, die fehlenden Kapitalmittel durch Erwirken von qualifizierten Rangrücktrittserklärungen sowie durch die Aufnahme von weiteren Darlehen aufzubringen. Auch mit Rücksicht auf den Maßstab des § 287 ZPO fehle es an hinreichendem Vortrag, dass sich der Geschäftsführer der Schuldnerin bereits im August 2005 zur Stellung eines Insolvenzantrags entschlossen hätte.

Ferner sei nicht hinreichend dargelegt, dass das Anwachsen der Überschuldung infolge der Fortführung des Unternehmens einen durch die behauptete Pflichtverletzung zu rechnenbar entstandenen Schaden begründe. Insoweit genüge nicht der Vortrag, dass die Überschuldung infolge der Fortführung des Unternehmens in einen bestimmten Umfang angewachsen sei. Die Pflicht, den Mandanten über die Bedeutung einer bilanziellen Überschuldung zu belehren, diene nicht dazu, den Vertragspartner von jedweden Risiken freizustellen, die sich aus der Fortführung des Unternehmens ergeben könnten. Vielmehr bedürfe es einer näheren Darlegung, welche rechtsgeschäftlichen und unternehmerischen Entscheidungen im Einzelnen dem behaupteten Anwachsen der Überschuldung zugrunde lägen, um prüfen zu können, ob das Eingehen von Verbindlichkeiten, denen in der Regel eine Gegenleistung gegenüberstehe, einen dem Berater zurechenbaren Schaden darstelle.

Insoweit komme es darauf an, ob infolge der Fehlberatung naheliegende unternehmerische Entscheidungen getroffen worden seien oder die weitere Geschäftsentwicklung auf von vornherein nach kaufmännischen Grundsätzen nicht zu rechtfertigenden unternehmerischen Entscheidungen beruhe. Trotz eines gerichtlichen Hinweises habe der Kläger sein Vorbringen hierzu nicht konkretisiert.

II. Diese Ausführungen halten in wesentlichen Punkten rechtlicher Prüfung nicht stand.

1. Die **Prozessführungsbefugnis** des Klägers begegnet entgegen den Rügen der Beklagten keinen Bedenken.

Der Insolvenzverwalter ist gemäß § 208 Abs. 3 InsO auch nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit zur Verwaltung und Verwertung der Masse verpflichtet. Das Amt des Insolvenzverwalters bleibt folglich nach Abgabe der Erklärung einschließlich der Verwertungs- und Befriedigungsaufgabe uneingeschränkt bestehen (*MünchKomm-InsO/Hefermehl 2. Aufl., § 208 Rdnr. 43*). **Darum hat der Insolvenzverwalter nach Eintritt der Masseunzulänglichkeit erfolgversprechende Aktivprozesse, für deren Durchführung er die Gewährung von Prozesskostenhilfe beanspruchen kann** (*BGH, Beschl. v. 28.2.2008 – IX ZB 147/07, WM 2008, 880 Rdnr. 6 ff*), **im Interesse der Massemehrung einzuleiten und durchzuführen** (*OLG Celle, ZInsO 2004, 93; HK-InsO/Landfermann 6. Aufl. § 208 Rdnr. 15; MünchKomm-InsO/Hefermehl, a.a.O., § 208 Rdnr. 50*). Obsiegt der Beklagte, muss er es hinnehmen, dass etwaige Kostenerstattungsansprüche unbefriedigt bleiben. Grund dafür ist, dass die Deckung der eigenen Prozesskosten durch den unterlegenen Gegner zu den allgemeinen Prozessrisiken einer obsiegenden Partei gehört (*BGH, Urt. v. 26.6.2001 – IX ZR 209/98, BGHZ 148, 175, 179*).

2. Die Würdigung des Berufungsgerichts, der Kläger habe einen Zurechnungszusammenhang zwischen einer Pflichtverletzung der Beklagten und dem eingetretenen Schaden nicht nachgewiesen, lässt entscheidungserhebliches, beweismehrtes Klagevorbringen unter Verletzung von Art. 103 Abs. 1 GG, § 286 ZPO unberücksichtigt.

a) Gegen die Beklagten bestehen vertragliche Ansprüche, wenn sie – wovon nach dem revisionsrechtlich zugrundezulegenden Sachverhalt auszugehen ist – pflichtwidrig eine insolvenzrechtliche Überschuldung der Schuldnerin nicht festgestellt haben.

aa) **Grundsätzlich ist es nicht Aufgabe des mit der allgemeinen steuerlichen Beratung der GmbH beauftragten Beraters, die Gesellschaft bei einer Unterdeckung in der Handelsbilanz darauf hinzuweisen, dass es die Pflicht des Geschäftsführers ist, eine Überprüfung vorzunehmen oder in Auftrag zu geben, ob Insolvenzzreife eingetreten ist und gegebenenfalls gemäß § 15a InsO Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens gestellt werden muss.** Hingegen besteht eine haftungsrechtliche Verantwortung, wenn dem steuerlichen Berater ein ausdrücklicher Auftrag zur Prüfung der Insolvenzzreife eines Unternehmens erteilt wird (*BGH, Urt. v. 7.3.2013 – IX ZR 64/12, DB 2013, 928 Rdnr. 15, 19*). In dieser Weise ist der Streitfall gelagert.

bb) Soweit die Beklagte zu 1) als allgemeine steuerliche Beraterin den einen bilanziellen Überschuldung der Schuldnerin ausweisenden Jahresabschluss gefertigt hat, kann aus etwaigen insolvenzrechtlichen Fehlleistungen eine Haftung allerdings nicht hergeleitet werden. **Die Beklagte zu 1) hat jedoch nicht lediglich eine Handelsbilanz erstellt, sondern darüber hinaus unter Bezug auf Rangrücktrittsvereinbarungen und den Firmenwert durch die weitergehende Bemerkung, dass es sich um eine „Überschuldung rein bilanzieller Natur“ handele,**

eine insolvenzrechtliche Überschuldung der Schuldnerin ausgeschlossen (vgl. *BGH, Urt. v. 15.12.1954 – II ZR 322/53, BGHZ 16, 17, 24 ff*).

In dem Hinweis auf eine rein bilanzielle Überschuldung findet die Bewertung unmissverständlichen Ausdruck, dass eine insolvenzrechtliche Überschuldung gerade nicht vorliegt. Der Hinweis auf die Rangrücktrittsvereinbarungen und den Firmenwert offenbart, dass die **Beklagte zu 1) eine über die steuerliche Bilanzierung hinausgehende Leistung erbracht hat** (vgl. *BGH, Urt. v. 7.3.2013 – IX ZR 64/12, DB 2013, 928 Rdnr. 18*). Aufgrund der wirtschaftlichen und rechtlichen Bedeutung der Angelegenheit handelte es sich insoweit **nicht um eine bloße Gefälligkeit** der Beklagten, sondern um eine zusätzliche Prüfung, auf deren Richtigkeit die Schuldnerin vertrauen durfte (vgl. *BGH, Urt. v. 18.12.2008 – IX ZR 12/05, WM 2009, 369 Rdnr. 6 ff*).

Wurde von ihr eine tatsächlich bestehende insolvenzrechtliche Überschuldung verkannt, hat die Beklagte zu 1) folglich gemäß § 634 Nr. 4 BGB Schadenersatz zu leisten. Für diese Verpflichtung hat auch der Beklagte zu 2) gemäß § 128 Satz 1, § 129 HGB persönlich einzustehen (*BGH, Urt. v. 10.5.2012 – IX ZR 125/10, BGHZ 193, 193 Rdnr. 68 f*), weil er der Beklagten zu 1) zu dem Zeitpunkt, als die – zu unterstellende, obendrein ihm selbst anzulastende – Pflichtwidrigkeit verwirklicht wurde, als Gesellschafter angehörte (vgl. *BGH, Urt. v. 21.4.1982 – IVa ZR 291/80, BGHZ 83, 328, 330 f*).

Entgegen der in der mündlichen Verhandlung geäußerten Rechtsauffassung handelte es sich bei dem Vermerk nicht nur um die Wiedergabe einer Auffassung der Geschäftsleitung der Schuldnerin ohne eigenen Erklärungswert. Eine hinreichende Distanzierung der Beklagten zu 1) ist dem Vermerk nicht zu entnehmen.

b) Das Berufungsgericht hat es nach Ablehnung eines zugunsten des Klägers eingreifenden Anscheinsbeweises verfahrensfehlerhaft versäumt, die von dem Kläger zum Beweis seines Vorbringens, in Kenntnis der Insolvenzzreife der Schuldnerin hätten ihre Geschäftsführer die Geschäftstätigkeit beendet und Insolvenzantrag gestellt, beantragte Zeugenvernehmung durchzuführen.

aa) Im Ausgangspunkt zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, dass bei Feststellung der Insolvenzzreife einer GmbH vielfach ein Anscheinsbeweis für das dadurch veranlasste Verhalten des Geschäftsführers ausscheidet, weil bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise unterschiedliche Maßnahmen in Betracht kommen. **Als Alternative zu einer Insolvenzantragstellung stand der Schuldnerin die Möglichkeit offen, innerhalb der Antragsfrist (§ 15a Abs. 1 Satz 1 InsO; § 64 Abs. 1 GmbHG a.F.) eine Umstrukturierung des Unternehmens vorzunehmen und insbesondere die Insolvenz durch Zuführung neuer Mittel abzuwenden. Anders verhielte es sich nur, wenn eine Sanierungsfähigkeit der Gesellschaft angesichts der finanziellen Möglichkeiten ihrer Gesellschafter von vornherein ausgeschlossen war** (*BGH, Urt. v. 14.6.2012 – IX ZR 145/11, BGHZ 193, 297 Rdnr. 40*).

bb) Geht es darum, welche **hypothetische Entscheidung der Geschäftsführer einer GmbH** bei vertragsgerechtem Verhalten des rechtlichen Beraters getroffen hätte, liegt es nahe, ihn dazu in einem von der Gesellschaft geführten Rechtsstreit gemäß § 287 Abs. 1 Satz 3 ZPO **als Partei zu vernehmen**, weil es um eine innere, in seiner Person liegende Tatsache geht. Da die Feststellung, ob ein **Schaden** entstanden ist, nach den Beweisregeln des § 287 ZPO getroffen wird, gehört die Frage, **wie sich der Geschäftsführer bei ordnungsgemäßer Beratung verhalten hätte, zu dem von § 287 Abs. 1 Satz 3 ZPO erfassten Bereich** (BGH, Urt. v. 16.10.2003 – IX ZR 167/02, WM 2004, 472, 474). Ist bei Klagen der GmbH eine Parteivernehmung ihres Geschäftsführers zum Nachweis seines mutmaßlichen Verhaltens angezeigt, kann in einem von dem Insolvenzverwalter geführten Rechtsstreit der Antrag, ihn zu diesem Thema als Zeuge zu hören, nicht abgelehnt werden. **Der Beweisantritt zu einer Haupttatsache darf nicht aufgrund der Würdigung von Indiztatsachen übergangen werden** (vgl. BGH, Beschl. v. 7.12.2006 – IX ZR 173/03, WM 2007, 569 Rdnr. 10).

3. Dem Berufungsgericht kann ebenfalls nicht gefolgt werden, soweit es die Schadendarlegung durch den Kläger beanstandet.

a) Ausgangspunkt jeder **Schadenberechnung** bildet die Differenzhypothese.

Ob und inwieweit ein nach §§ 249 ff BGB zu ersetzender Vermögensschaden vorliegt, beurteilt sich nach einem Vergleich der infolge des haftungsbegründenden Ereignisses eingetretenen Vermögenslage mit derjenigen, die ohne jenes Ereignis eingetreten wäre. **Die Differenzhypothese umfasst zugleich das Erfordernis der Kausalität zwischen dem haftungsbegründenden Ereignis und einer dadurch eingetretenen Vermögensminderung. Nur eine Vermögensminderung, die durch das haftungsbegründende Ereignis verursacht ist, das heißt ohne dieses nicht eingetreten wäre, ist als ersatzfähiger Schaden anzuerkennen** (BGH, Urt. v. 14.6.2012 – IX ZR 145/11, BGHZ 193, 297 Rdnr. 42; Beschl. v. 7.2.2013 – IX ZR 75/12, ZInsO 2013, 671 Rdnr. 10).

Nach der Äquivalenztheorie ist jede Bedingung kausal, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg entfielen. **Dabei ist zu beachten, dass zur Feststellung des Ursachenzusammenhangs nur die pflichtwidrige Handlung hinweggedacht, nicht aber weitere Umstände hinzugelegt werden dürfen** (BGH, Urt. v. 5.5.2011 – IX ZR 144/10, BGHZ 189, 299 Rdnr. 35). Die sich aus der Äquivalenz ergebende weite Haftung für Schadenfolgen grenzt die Rechtsprechung durch die weiteren Zurechnungskriterien der Adäquanz des Kausalverlaufs und des Schutzzwecks der Norm ein (vgl. BGH, Urt. v. 10.7.2012 – VI ZR 127/11, NJW 2012, 2964 Rdnr. 12).

b) Nach diesen Maßstäben haben die Beklagten grundsätzlich einen der Schuldnerin nach Eintritt der Insolvenzreife durch die Fortsetzung ihrer Geschäftstätigkeit erwachsenen Schaden zu ersetzen.

aa) Das Erfordernis eines Ursachenzusammenhangs zwischen der Pflichtverletzung und dem eingetretenen Schaden ist erfüllt. Hätte die Beklagte – wie zu unterstellen ist – die bestehende Überschuldung der Schuldnerin erkannt und der Geschäftsführer der Schuldnerin auf der Grundlage dieser Bewertung **einen Insolvenzantrag gestellt, wären die bis zum Zeitpunkt der tatsächlichen Antragstellung eingetretenen weiteren Vermögensnachteile vermieden worden**.

bb) Die hierdurch bewirkte **Vertiefung der Überschuldung bildet eine grundsätzlich auch adäquate Schadenfolge**.

(1) Der Zurechnungszusammenhang kann allerdings fehlen, sofern die Verluste nicht auf der Fortsetzung der üblichen Geschäftstätigkeit, sondern auf der **Eingehung wirtschaftlich nicht vertretbarer Risiken beruht und dadurch der Bereich adäquater Schadenverursachung verlassen** wurde. Dies kann erst in Betracht kommen, wenn die Grenzen, in denen sich ein von Verantwortungsbewusstsein getragenes, ausschließ-lich am Unternehmenswohl orientiertes, auf sorgfältiger Ermittlung der Entscheidungsgrundlagen beruhendes unternehmerisches Handeln bewegen muss, deutlich überschritten sind, die Bereitschaft, unternehmerische Risiken einzugehen, in unverantwortlicher Weise überspannt worden ist oder das Verhalten des Geschäftsleiters aus anderen Gründen als unvertretbar gelten muss (vgl. BGH, Urt. v. 21.4.1997 – II ZR 175/95, BGHZ 135, 244, 253 f).

(2) Soweit das Berufungsgericht insoweit von dem Kläger eine Differenzierung nach Art der Verbindlichkeiten verlangt, hat es nicht berücksichtigt, dass die Frage, **ob die Schuldnerin infolge der fehlerhaften Bilanz der Beklagten einen Schaden erlitten hat, auf der Grundlage von § 287 Abs. 1 ZPO zu beurteilen ist**. Diese Vorschrift ist dazu geschaffen, dem Kläger eines Schadenersatzprozesses die Einzelbegründung seines Schadens abzunehmen, und vermindert damit in ihrem Anwendungsbereich auch die sonst strengeren Anforderungen an die Darlegung. Das gilt auch für den vom Berufungsgericht aufgeworfenen Gesichtspunkt, ob nicht einige oder sämtliche vom Kläger geltend gemachten Schäden in Gestalt der behaupteten Erhöhung der Überschuldung auf nach kaufmännischen Grundsätzen nicht verantwortbaren Entscheidungen beruhen (vgl. BGH, Urt. v. 18.2.1987 – IVa ZR 232/85, VersR 1988, 178 f). Außerdem hat das Berufungsgericht das durch seinen Hinweis veranlasste Vorbringen des Klägers **nicht berücksichtigt, dass die von ihm vorgelegten betriebswirtschaftlichen Auswertungen keine außergewöhnlichen Geschäftsvorfälle auswiesen**. Bei dieser Sachlage kann die Klage nicht mangels einer schlüssigen Schadendarlegung abgewiesen werden.

cc) Der sich in der Vertiefung der Überschuldung manifestierende Schaden der Schuldnerin ist auch nicht unter dem Gesichtspunkt des **Schutzzwecks der verletzten Norm** zu begrenzen.

(1) Eine Ersatzpflicht der Organe gegenüber der Gesellschaft ist gegeben, wenn sich die Verbindlichkeiten eines insolvenzreifen Unternehmens wegen verspäteter Insolvenzantragstellung vermehren. Da auch eine überschuldete Gesellschaft

verpflichtet bleibt, ihre Gläubiger nach Möglichkeit zu befriedigen, hat sie von allen ihr zustehenden Rechten Gebrauch zu machen, um dieser Pflicht zu genügen. **Wird ein überschuldetes Unternehmen pflichtwidrig fortgeführt, kann es von dem verantwortlichen Organ Schadenersatz in Höhe der Steigerung seiner Überschuldung beanspruchen** (RGZ 161, 129, 142 f; BGH, Urt. v. 29.6.1972 – II ZR 123/71, BGHZ 59, 148, 149 f; v. 10.10.1985 – IX ZR 153/84, NJW 1986, 581, 582 f). Dieser Schaden wird vom **Schutzzweck der Insolvenzverschleppungshaftung** umfasst.

(2) Wird aufgrund einer von einem Abschlussprüfer gefertigten **fehlerhaften Überschuldungsbilanz** ein Insolvenzantrag verspätet gestellt, erfasst der daraus sich ergebende Schadenersatzanspruch ebenfalls den gesamten Insolvenzverschleppungsschaden, der insbesondere durch die auf der Unternehmensfortführung beruhende Vergrößerung der Verbindlichkeiten erwächst (BGH, Urt. v. 18.2.1987 – IVa ZR 232/85, VersR 1988, 178 f; vgl. BGH, Urt. v. 7.3.2013 – IX ZR 64/12, DB 2013, 928 Rdnr. 19). Folglich bemisst sich der Schaden der Schuldnerin nach der Differenz zwischen ihrer Vermögenslage im Zeitpunkt rechtzeitiger Antragstellung im Vergleich zu ihrer Vermögenslage im Zeitpunkt des tatsächlich gestellten Antrags (vgl. Büchler, *InsVZ* 2010, 68, 75).

Nachteile, die durch die gebotene Liquidation ohnedies eintreten würden, braucht der Schädiger hingegen nicht zu ersetzen. Gleiches gilt, wenn einige oder sämtliche geltend gemachten Schäden in Gestalt der behaupteten Erhöhung der unterstellten Überschuldung auch dann eingetreten wären, wenn das Insolvenzverfahren auf einen rechtzeitigen Antrag eröffnet worden wäre (BGH, Urt. v. 18.2.1987 – IVa ZR 232/85, VersR 1988, 178 f). Von dieser rechtlichen Würdigung ist der Senat – entgegen der Annahme des Berufungsgerichts – im Urteil vom 26.10.2000 (IX ZR 289/99, NJW 2001, 517) nicht abgerückt.

4. Allerdings kann ein etwaiger Schadenersatzanspruch des Klägers infolge eines der Schuldnerin analog § 31 BGB zurechnenden Mitverschuldens ihres Geschäftsführers (§ 254 Abs. 1 BGB) erheblich gemindert oder sogar ganz ausgeschlossen sein (vgl. BGH, Beschl. v. 23.10.1997 – III ZR 275/96, NJWE-VHR 1998, 39, 40; Urt. v. 10.12.2009 – VII ZR 42/08, BGHZ 183, 323 Rdnr. 54; OLG Schleswig, Gl 1993, 373, 382 f). Dabei handelt es sich um eine zuvörderst dem Tatrichter obliegende, von den Umständen des konkreten Einzelfalls abhängige Bewertung (BGH, Urt. v. 25.6.1991 – X ZR 103/89, NJW-RR 1991, 1240, 1241).

a) Gemäß § 254 Abs. 1 BGB hängt, wenn bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Geschädigten mitgewirkt hat, die Verpflichtung zum Ersatz sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teil verursacht worden ist. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kommt bei der Haftung wegen einer fehlerhaften Abschlussprüfung die Berücksichtigung eines Mitverschuldens des betroffenen Unternehmens in Betracht. **Allerdings ist im Hinblick darauf, dass es die vorrangige Aufgabe des Abschlussprüfers ist,**

Fehler in der Rechnungslegung des Unternehmens aufzudecken und den daraus drohenden Schaden von diesem abzuwenden, bei der Anwendung des § 254 Abs. 1 BGB mehr Zurückhaltung als bei anderen Schädigern geboten. Daher lässt auch eine vorsätzliche Irreführung des Prüfers seine Ersatzpflicht nicht ohne Weiteres gänzlich entfallen (BGH, Urt. v. 10.12.2009, a.a.O., Rdnr. 56). **Andererseits ist der Mitverschuldenseinwand zu beachten, wenn dem Auftraggeber, der gemäß § 322 Abs. 2 Satz 2 HGB in eigener Verantwortung den zu prüfenden Jahresabschluss aufzustellen hat, und dem Prüfer nur Fahrlässigkeit anzulasten ist** (vgl. MünchKomm-HGB/Ebke 2. Aufl., § 323 Rdnr. 75; Winkeljohann/Feldmüller, *Beck'scher Bilanzkommentar* 8. Aufl., § 323 Rdnr. 123).

Da die Abschlussprüfung das gesellschaftsinterne Kontrollsystem nicht ersetzen soll, ist der GmbH ein auch nur fahrlässiges Mitverschulden anzulasten, wenn sie ihre Insolvenzsireife nicht erkennt (Staub/Zimmer, HGB 4. Aufl., § 323 Rdnr. 42; Winkeljohann/Feldmüller, *Beck'scher Bilanzkommentar* 8. Aufl., § 323 Rdnr. 123; vgl. BGH, Urt. v. 27.2.1975 – II ZR 111/72, BGHZ 64, 52, 62). Aufgrund der Gesamtwürdigung kann der Tatrichter im Einzelfall in Anwendung von § 254 BGB zu einem vollständigen Haftungsausschluss des Abschlussprüfers gelangen (BGH, Beschl. v. 23.10.1997, a.a.O.).

b) Bei der Bewertung des wechselseitigen Verschuldensgrades kann insbesondere die Schwere der dem Abschlussprüfer vorzuwerfenden Pflichtverletzung, also etwa das Ausmaß, in dem das Ergebnis der Prüfung von den tatsächlichen Verhältnissen abweicht, von Bedeutung sein. Hat der Abschlussprüfer der Gesellschaft anstelle der tatsächlich verwirklichten Überschuldung einen **erheblichen Vermögensüberschuss attestiert**, kann er der Geschäftsführung Anlass geben, die gebotene Selbstprüfung der wirtschaftlichen Lage zu vernachlässigen und risikoträchtige Geschäfte einzugehen, indem etwa bei der Preiskalkulation großzügig verfahren und nicht genau auf die Kostendeckung Bedacht genommen wird.

Hier dürfte von einem überwiegenden Verschulden des Abschlussprüfers auszugehen sein, weil er bei der Gesellschaft das irrige Vertrauen weckt, sich nicht in einer wirtschaftlichen Schieflage zu befinden.

Anders verhält es sich dagegen, wenn dem Abschlussprüfer lediglich anzulasten ist, das Vermögen der Gesellschaft infolge einer **Überbewertung der stillen Reserven** gleich hoch wie ihre Verbindlichkeiten angesetzt und deswegen eine Überschuldung abgelehnt zu haben. Auf der Grundlage eines solchen Prüfungsergebnisses muss dem Geschäftsführer bewusst sein, den Geschäftsbetrieb nur bei Vermeidung weiterer Verluste unter strikter Wahrung der Kostendeckung fortsetzen zu dürfen. Dann trägt er die primäre Verantwortung dafür, dass keine weiteren Einbußen entstehen. Wird hierdurch die Überschuldung vertieft, kann – was auch im Streitfall zu erwägen sein dürfte – in Betracht kommen, ein ganz überwiegendes Mitverschulden der Gesellschaft oder gar eine Haftungsfreistellung des Abschlussprüfers zugrunde zu legen. (...) ■

Wirtschaftsprüferhaftung

- Mittelverwendungskontrollvertrag
- Insolvenz eines Fonds
- Aktivlegitimation des Insolvenzverwalters
(BGH, Urt. v. 21.3.2013 – III ZR 260/11)

Leitsätze:

1. Zu Inhalt und Umfang des Forderungsrechts einer Anlagegesellschaft als Versprechensempfänger gemäß § 335 BGB, die einen Mittelverwendungskontrollleur auf Schadenersatz wegen Verletzung des zugunsten von Anlegern geschlossenen Mittelverwendungskontrollvertrages in Anspruch nimmt.

2. Schadenersatzansprüche der Gesellschafter einer insolventen Anlagegesellschaft gegen einen Mittelverwendungskontrollleur können vom Insolvenzverwalter der Anlagegesellschaft nicht gemäß § 92 Satz 1 InsO als Gesamtschaden geltend gemacht werden. ■

Zum Sachverhalt:

Der Kläger ist Insolvenzverwalter über das Vermögen der E. AG & Co. KG (Schuldnerin), über deren Vermögen im Februar 2007 das Insolvenzverfahren eröffnet wurde. Er macht Schadenersatzansprüche gegen die Beklagte wegen Schlechterfüllung eines zwischen dieser und der Schuldnerin geschlossenen Vertrages über die Mittelverwendungskontrolle geltend.

Der Gesellschaftsvertrag der Schuldnerin, welcher in dem im Jahr 2003 herausgegebenen Emissionsprospekt der Schuldnerin abgedruckt war, sah als deren Gesellschaftszweck u.a. das Leasing von Anlagegütern, insbesondere von Technologieprodukten und das Immobilien-Leasing vor. Durch den Beitritt weiterer Kommanditisten, längstens bis 31.12.2005, sollte ein Kommanditkapital von 55 Mio. EUR erreicht werden. Zur Geschäftsführung der Schuldnerin war allein ihre Komplementärin, die E. AG, berechtigt und verpflichtet. Diese sollte für ihre Geschäftsführung den Ersatz aller für die Schuldnerin getätigten Kosten und Auslagen erhalten.

Im Fondsprospekt war ferner ein zwischen der Schuldnerin und der Beklagten abgeschlossener Vertrag über die Mittelverwendungskontrolle „zugunsten der noch einzuwerbenden Kommanditisten, die sich nach Maßgabe der Beitrittserklärung an der Gesellschaft beteiligen“ wiedergegeben. Der Vertrag, in dem die Beklagte als Einzahlungstreuhand bezeichnet wird, enthielt unter anderem folgende Regelungen:

„Präambel: Die Gesellschaft sucht Gesellschafter, die sich als Kommanditisten ... beteiligen ... Um sicherzustellen, dass die Einzahlungen der Kommanditisten zweckgerichtet nach Maßgabe der im Prospekt beschriebenen Vorhaben verwendet werden, wird dieser Mittelverwendungskontrollvertrag vereinbart ... Soweit sich ein Anleger über den Treuhandkommanditisten ... beteiligt, gilt dieser Vertrag entsprechend. ...

§ 2

1. Über das Konto kann die Gesellschaft nur zusammen mit dem Einzahlungstreuhand verfügen. ...

2. Zahlungen des Einzahlungstreuhanders vom Einzahlungskonto dürfen nur erfolgen, wenn

a) dem Einzahlungstreuhand eine ordnungsgemäß ausgefüllte und vom Zeichner unterschriebene Beitrittserklärung vorliegt und die Gesellschaft diese schriftlich angenommen hat; ...

3. Sind die vorstehenden Bedingungen erfüllt, ist der Einzahlungstreuhand angewiesen, 18 % der Kommanditeinlage zzgl. 5 % Agio an die Gesellschaft zur Deckung der Vorbereitungs- und Vertriebskosten freizugeben.

4. Im Übrigen erfolgt Freigabe, wenn die Gesellschaft

a) entweder Leasingverträge mit Leasingnehmern von der Bonität, wie im Prospekt beschrieben, vorlegt in dem zur Durchführung dieser Verträge erforderlichen Umfang ...

§ 3

1. Der Vertrag endet nach Ablauf der Einzahlungsphase und Auszahlung aller auf dem Konto eingegangenen Mittel inkl. etwaiger Guthabenzinsen. ...

§ 5

1. Dieser Vertrag gilt zugunsten der Zeichner, die mit Unterzeichnung der Beitrittserklärung den Vertrag über die Mittelverwendungskontrolle anerkannt haben. Eine Änderung des Vertrages kann nur einvernehmlich zwischen allen Anlegern, die noch Mittel auf dem Einzahlungskonto haben, und dem Einzahlungstreuhand sowie der Gesellschaft erfolgen ...“

Am 15.7.2005 wurde eine neue Auflage des Emissionsprospekts der Schuldnerin herausgegeben. In diesem war ein teilweise veränderter Mittelverwendungskontrollvertrag abgedruckt.

Bis Ende 2005 traten der Schuldnerin Anleger mit unterschiedlichen Beteiligungssummen entweder direkt als Kommanditisten oder mittelbar als Treugeber über eine als Treuhand fungierende Wirtschaftsprüfungsgesellschaft bei. Sie zahlten zur Erbringung der Kommanditeinlagen und des Agios von 5 % der Beteiligungssumme insgesamt 4.825.050 EUR auf das im Mittelverwendungskontrollvertrag genannte Konto der Schuldnerin ein. Die Beklagte gab diese Gelder frei, nachdem ihr die Schuldnerin Leasingverträge vorgelegt hatte, die zwischen ihrer Komplementärin und den jeweiligen Leasingnehmern abgeschlossen worden waren. Der genaue Verbleib der Gelder ist streitig beziehungsweise nicht festgestellt.

Am 13.12.2006 stellte die Schuldnerin Insolvenzantrag. Zu diesem Zeitpunkt betrug das Guthaben auf dem Einzahlungskonto etwa 10.000 EUR. Mit Beschluss des Amtsgerichts H. vom 2.2.2007 wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Schuldnerin eröffnet und der Kläger zum

Insolvenzverwalter bestellt. Er zeigte mit an das Insolvenzgericht gerichtetem Schreiben vom 21.12.2009 die Masseunzulänglichkeit an. Im April 2007 wurde auch über das Vermögen der Komplementärin der Schuldnerin das Insolvenzverfahren eröffnet.

Der Kläger hat Klage auf Zahlung von 4.016.395,11 EUR erhoben. Er stützt sein Schadenersatzbegehren auf eine pflichtwidrige Freigabe eingezahlter Kommanditeinlagen vom Einzahlungskonto durch die Beklagte. Nach dem (ursprünglichen) Mittelverwendungskontrollvertrag habe die Beklagte die Freigabe der Gelder nur bei Vorlage von Leasingverträgen erklären dürfen, an welchen die Schuldnerin als Vertragspartnerin beteiligt gewesen sei. Lediglich Zahlungen von insgesamt 715.445 EUR an die Kommanditisten und die Komplementärin hätten einer ordnungsgemäßen Mittelverwendung entsprochen. Da sich die eingezahlten Einlagen bei pflichtgemäßem Verhalten der Beklagten größtenteils noch auf dem Einzahlungskonto befänden, bestehe der Schaden in dem Abfluss der Gelder. Dieser sei im Wege der Naturalrestitution durch die Wiederauffüllung des Kontos in entsprechender Höhe auszugleichen.

Gegenstand der Klage sind, wie der Kläger in der Berufungsinstanz ausdrücklich klargestellt hat, allein Schäden der Anleger, nicht jedoch ein etwaiger Schaden der Schuldnerin. Seine Aktivlegitimation leitet er sowohl aus § 92 Satz 1 InsO als auch aus § 335 BGB her. In der Berufungsinstanz hat er sich hilfsweise auf das abgetretene Recht eines Anlegers gestützt und eine schriftliche Abtretungsvereinbarung vom 28.1/1.2.2010 vorgelegt. In dieser ist vereinbart, dass der Zedent an den Kläger „seinen Anspruch gegen die (Beklagte) gemäß §§ 280 Abs. 1, 249 Abs. 1 BGB auf Einzahlung eines Betrags in Höhe von bis zu 4.016.395,11 EUR“ abtritt und der Kläger die Abtretung annimmt.

Das Landgericht hat die Klage wegen fehlender Aktivlegitimation des Klägers abgewiesen. Das Berufungsgericht hat die Beklagte auf die Berufung des Klägers zur Zahlung von 3.094.498,27 EUR zzgl. Zinsen verurteilt und die Berufung im Übrigen zurückgewiesen. Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision begehrt die Beklagte, die Berufung des Klägers in vollem Umfang zurückzuweisen.

Die Revision der Beklagten hat Erfolg. Sie führt zur Wiederherstellung des klageabweisenden erstinstanzlichen Urteils. ■

Aus den Gründen:

I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, die Beklagte habe durch die Freigabe der auf das Einzahlungskonto gelangten Kommanditeinlagen ihre den Anlegern gegenüber bestehenden Pflichten aus dem Mittelverwendungskontrollvertrag, der einen Vertrag zugunsten Dritter im Sinne des § 328 BGB darstelle, schuldhaft verletzt. Nach richtiger Auslegung von § 2 Nr. 4 Buchst. a der – allein maßgeblichen – Vertragsfassung aus dem Jahr 2003 habe die Beklagte die Gelder nur bei Vorlage von Leasingverträgen freigeben dürfen, an welchen die Schuldnerin als Vertragspartnerin beteiligt gewesen sei. Sie habe auch schuldhaft gehandelt, da sie bei sorgfältiger Prüfung der Freigabevoraussetzungen hätte er-

kennen können, dass die Vorlage von Leasingverträgen mit der Komplementärin als Vertragspartnerin die Voraussetzungen von § 2 Nr. 4 Buchst. a des Mittelverwendungskontrollvertrages nicht erfülle.

Es sei ein Schaden in der tenorierten Höhe entstanden. Der unmittelbare Schaden habe darin gelegen, dass sich das freigegebene Geld nicht mehr auf dem durch den Mittelverwendungskontrollvertrag geschützten Einzahlungskonto befände. Der Umstand, dass die Schuldnerin von dem freigegebenen Geld möglicherweise (auch) berechnigte Forderungen ihrer Gläubiger – u.a. der Komplementärin – befriedigt habe, welche nunmehr in der Insolvenz der Schuldnerin der Kläger hätte erfüllen müssen, könne allenfalls im Rahmen der Vorteilsausgleichung berücksichtigt werden.

Die Beklagte könne sich nicht darauf berufen, dass sie als Schadenersatz mehr zahlen müsse, als letztlich den Kommanditisten im Wege der Auskehrung gemäß § 199 InsO nach Befriedigung der Insolvenzgläubiger unter Verwendung des Klagebetrags zugute komme. Denn die Zahlungspflicht der Beklagten sei nicht höher als der Schaden der Kommanditisten. Dieser bestehe wirtschaftlich in dem Verlust ihrer Einlage, formell in der Freigabe vom Einzahlungskonto. Durch die Schadenersatzpflicht der Beklagten sollten die Kommanditisten so gestellt werden, wie sie ohne deren Pflichtverletzung stünden. Dann hätten die Einlagen auf dem Einzahlungskonto zur Verfügung gestanden. Die Kommanditisten hätten darauf keinen unmittelbaren eigenen Zugriff gehabt, sondern, da es auch ohne die Pflichtverletzung der Beklagten zur Insolvenz der Schuldnerin gekommen wäre, nur der Kläger als Insolvenzverwalter.

Da die Kommanditeinlagen für die Verpflichtungen der Schuldnerin hafteten und durch einen Mittelverwendungskontrollvertrag die gesetzliche Haftung der Kommanditisten nicht außer Kraft gesetzt werden könne, hätte der Insolvenzverwalter zur Befriedigung der Insolvenzgläubiger unbeschränkter Zugriff auf das Einzahlungskonto gehabt. Dieses Ergebnis werde vorliegend dadurch erzielt, dass Zahlung an den Insolvenzverwalter der Schuldnerin verlangt werde, der erst nach Abschluss des Insolvenzverfahrens einen Überschuss an die Kommanditisten auskehren könne. Die Anleger würden auf diese Weise nicht besser gestellt, als sie ohne die Pflichtverletzung und ohne die Schadenersatzleistung stünden.

Andererseits sei die volle Schadenersatzzahlung der Beklagten erforderlich, um die Kommanditisten wenigstens so zu stellen, wie sie ohne die Pflichtverletzung stünden. Würde die Beklagte nur so viel zahlen, wie bei den Kommanditisten gegebenenfalls bei einer Verteilung nach § 199 InsO ankomme, müssten die Insolvenzgläubiger dennoch im selben Umfang befriedigt werden, so dass die Kommanditisten noch weniger erhielten. Auch wenn somit die Aufwendungen für die Herstellung des schadenfreien Zustands deutlich höher seien als der eigentlich bei den Anlegern entstandene Schaden, sei die aus dem Grundsatz der Naturalrestitution folgende Zahlungspflicht der Beklagten nicht nach § 251 Abs. 2 Satz 1 BGB ausgeschlossen, weil es sich hier nicht um „unverhältnismäßige“ Aufwendungen handele.

Die Pflichtverletzung der Beklagten sei kausal für die Entstehung des Schadens. Da die Schuldnerin nur zusammen mit der Beklagten über die Gelder auf dem Einzahlungskonto habe verfügen können, habe das Geld ohne die Freigabe durch die Beklagte nicht abfließen können.

Der Kläger sei nach § 335 BGB befugt, den Schadenersatzanspruch in Form einer Zahlung an sich zu verlangen. Zwar könne beim Vertrag zugunsten Dritter der Versprechensempfänger grundsätzlich Ansprüche des begünstigten Dritten nur als Leistung an diesen geltend machen. Da die Anleger vorliegend jedoch ohnehin nur einen Anspruch auf Wiederauffüllung des Kontos hätten, sei ihr Anspruch mit dem vom Kläger geltend gemachten Anspruch identisch. Eine Aktivlegitimation nach § 92 InsO bestehe hingegen nicht.

Allerdings sei die vom Kläger geltend gemachte Forderung insbesondere um die zu Recht freigegebenen Vorbereitungs- und Vertriebskosten (18 % der jeweiligen Einlage zzgl. 5 % Agio gemäß § 2 Nr. 3 des Mittelverwendungskontrollvertrages) sowie im Wege der Vorteilsausgleichung um weitere Beträge zu kürzen, welche die Schuldnerin nach Freigabe der Gelder durch die Beklagte zur Tilgung berechtigter Forderungen von Gläubigern verwendet habe, die auch in der Insolvenz vor den Kommanditisten hätten befriedigt werden müssen. Zahlungen der Schuldnerin an ihre Komplementärin seien hingegen größtenteils nicht schadenmindernd zu berücksichtigen, da die insofern darlegungs- und beweispflichtige Beklagte nicht vorgetragen habe, dass es sich hierbei um berechnete, also im Insolvenzverfahren zu berücksichtigende Forderungen gehandelt habe.

II. Diese Beurteilung hält der rechtlichen Überprüfung nicht stand. Der Kläger kann von der Beklagten unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt (teilweise) Erstattung der vom Einzahlungskonto abgeflossenen Kommanditeinlagen durch Zahlung an sich in seiner Eigenschaft als Insolvenzverwalter der Schuldnerin verlangen.

1. Ein entsprechender Zahlungsanspruch der Schuldnerin gegen die Beklagte, den der Kläger als Insolvenzverwalter nach § 80 Abs. 1 InsO geltend machen könnte, ergibt sich entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht aus § 335 BGB in Verbindung mit Schadenersatzansprüchen der Anleger nach § 280 Abs. 1 BGB. **Denn die Anleger können als Dritte i.S.v. § 335 BGB von der Beklagten als Folge einer – unterstellten – Verletzung des Mittelverwendungskontrollvertrages nicht die Wiederauffüllung des Einzahlungskontos oder die Erstattung der von diesem Konto abgeflossenen Gelder an die Schuldnerin, sondern lediglich Ersatz des ihnen jeweils konkret entstandenen Vermögensschadens im Wege der Zahlung an sich selbst beanspruchen.** Dementsprechend kann auch der Kläger gemäß § 335 BGB allenfalls Zahlung an die Anleger, nicht aber an sich selbst verlangen.

a) Zu Recht und mit zutreffender Begründung ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass es sich bei dem zwischen der Schuldnerin und der Beklagten geschlossenen **Mittelverwendungskontrollvertrag** um einen **Vertrag i.S.d.**

§ 328 BGB zugunsten der Anleger, die der Schuldnerin (unmittelbar oder mittelbar über den Treuhandkommanditisten) als Kommanditisten beigetreten sind, handelt. Dies wird von der Revision auch nicht infrage gestellt. Der Mittelverwendungskontrollvertrag wurde laut seiner Präambel „zugunsten“ der noch einzuwerbenden Kommanditisten geschlossen. Er sollte die Anleger gegen bestimmte unwirtschaftliche oder gar missbräuchliche Maßnahmen der Schuldnerin beziehungsweise ihres geschäftsführenden Organs, der Komplementärin, schützen. Daraus hat das Berufungsgericht zutreffend auf eine Schutzfunktion des Vertrages zugunsten der als Kommanditisten beitretenden Anleger geschlossen. Daneben weist auch die Regelung in § 5 des Mittelverwendungskontrollvertrages, wonach dieser nicht ohne die Zustimmung der Anleger, deren Einlagen sich noch auf dem Einzahlungskonto befinden, geändert werden kann, auf einen echten Vertrag zugunsten Dritter hin.

b) **Die Beklagte schuldet den Anlegern jedoch entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht die (teilweise) Wiederauffüllung des Einzahlungskontos der Schuldnerin oder eine entsprechende Zahlung an die Masse.** Dabei kann dahinstehen, ob, wie das Berufungsgericht annimmt, die Beklagte die ihr aus dem Mittelverwendungskontrollvertrag gegenüber den Anlegern obliegenden Pflichten verletzt hat. Denn etwaige hieraus resultierende **Schadenersatzansprüche der Anleger** gegen die Beklagte aus § 280 Abs. 1 BGB wären jedenfalls nicht auf Erstattung der vom Einzahlungskonto an die Schuldnerin freigegebenen Geldbeträge, sondern **allein auf Ausgleich des individuellen Vermögensschadens des jeweiligen Anlegers durch Leistung an diesen gerichtet.**

aa) Nach § 249 Abs. 1 BGB hat der zum Schadenersatz Verpflichtete den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Gewahrt wird mithin das Herstellungsinteresse (**Integritätsinteresse**) des Geschädigten (*Staudinger/Schiemann, BGB, Neubearb. 2005, § 249 Rdnr. 210; Münch-Komm-BGB/Oetker 6. Aufl., § 249 Rdnr. 325*). Das Berufungsgericht hat eine Pflichtverletzung der Beklagten darin gesehen, dass diese die auf dem Einzahlungskonto befindlichen Gelder unter Verletzung des Mittelverwendungskontrollvertrages freigegeben hat. Dementsprechend ist eine – unterstellte – Schadenersatzpflicht der Beklagten gegenüber den Anlegern nach § 249 Abs. 1 BGB darauf gerichtet, den Zustand herzustellen, der bestünde, wenn die Kommanditeinlagen nicht vom Einzahlungskonto freigegeben worden wären.

Diese Pflicht des Schädigers bezieht sich indes allein auf die Rechtsgüter und das Vermögen des jeweiligen Geschädigten. Nur auf diese Weise kann das durch § 249 Abs. 1 BGB geschützte Integritätsinteresse des Geschädigten gewahrt werden. Bei ihm und durch Leistung an ihn, nicht jedoch bei einem Dritten oder durch Leistung an den Dritten, ist der schadenfreie Zustand in tatsächlicher wie vermögensmäßiger Hinsicht herzustellen.

(1) **Die gesellschaftsrechtliche Stellung der Anleger** als Kommanditisten der Schuldnerin ist durch die – unterstellte –

Pflichtverletzung der Beklagten nicht berührt worden. **Sie ist damit auch nicht Gegenstand des Herstellungsinteresses der Anleger.** Sind jedoch die Einlagen der Kommanditisten unter Verletzung der Bestimmungen des Mittelverwendungskontrollvertrages durch die Freigabe der Beklagten von dem Einzahlungskonto abgeflossen, kann sich hierdurch der **Wert der Kommanditbeteiligungen der Anleger verringert** haben. **Gegenstand des Herstellungsinteresses der Anleger ist damit der Wert ihrer (jeweiligen) Beteiligung und der durch seine etwaige Verringerung verursachte Vermögensschaden der Anleger.**

(2) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist bei der Ermittlung und Bemessung eines nach §§ 249 ff BGB zu ersetzenden Vermögensschadens grundsätzlich von der **Differenzhypothese** auszugehen, also die nach dem haftungsbegründenden Ereignis eingetretene Vermögenslage mit derjenigen zu vergleichen, die ohne jenes Ereignis eingetreten wäre (vgl. *Senatsurt. v. 6.5.2004 – III ZR 247/03, BGHReport 2004, 1159, 1161; v. 11.5.2006 – III ZR 228/05, NJW-RR 2006, 1403 Rdnr. 9; BGH, Urt. v. 6.7.2000 – IX ZR 198/99, NJW 2001, 673, 674; v. 7.11.2000 – VI ZR 400/99, NJW 2001, 1274*). **Maßgebender Zeitpunkt** für den Vermögensvergleich ist dabei im Schadenersatzprozess die **letzte mündliche Tatsachenverhandlung** (*Senatsurt. v. 6.5.2004, a.a.O.; MünchKomm-BGB/Oetker, a.a.O., Rdnr. 312, 317 m.w.N.*). **Der von der Beklagten im Fall einer Pflichtverletzung zu ersetzende Schaden besteht mithin in der Differenz zwischen dem hypothetischen Wert des Kommanditanteils des jeweiligen Anlegers bei ausschließlich vertragsgemäß vorgenommenen Auszahlungen vom Einzahlungskonto und dem tatsächlichen Wert des Kommanditanteils infolge des – unterstellt – pflichtwidrig veranlassten Abflusses der Einlagen vom Einzahlungskonto im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht.**

(a) Bei der Bemessung des tatsächlichen Werts der Kommanditanteile im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht ist die zwischenzeitlich **eingetretene Insolvenz der Schuldnerin zu berücksichtigen**. Die Anleger können aufgrund der – selbst im Anfechtungsfall – nicht rückwirkend zu beseitigenden gesellschaftsrechtlichen Beteiligung ihre Einlage nicht zurückfordern, sondern allein an einem etwaigen Überschuss nach Abschluss des Insolvenzverfahrens partizipieren (**§ 199 Satz 2 InsO**). **Der Wert ihrer jeweiligen Beteiligung an der Schuldnerin entspricht damit der Höhe eines nach § 199 Satz 2 InsO zu erwartenden Überschusses.** Angesichts der vom Kläger gemäß § 208 Abs. 1 InsO angezeigten Masseunzulänglichkeit ist davon auszugehen, dass die Anleger einen solchen Überschuss nicht zu erwarten haben, ihre Beteiligungen an der Schuldnerin mithin wertlos sind.

(b) **Bei der Bemessung des hypothetischen Werts der Kommanditanteile ist darauf abzustellen, wie sich die Fondsgesellschaft ohne die – unterstellte – Pflichtverletzung der Beklagten entwickelt hätte, sei es, dass sie hätte fortgeführt werden können, sei es, dass es – wie die Beklagte vorgetragen hat – auch in diesem Fall zur Insolvenz der Fondsgesellschaft gekommen wäre.**

Die sich aus dem Vergleich des hypothetischen Werts mit dem tatsächlichen Wert der Kommanditanteile ergebende Differenz stellt den Schaden des (jeweiligen) Anlegers dar. Er ist in dem Vermögen des Anlegers entstanden. Nach den vorstehenden schadenrechtlichen Grundsätzen ist er allein durch Leistung an den Anleger auszugleichen.

bb) Dem damit grundsätzlich auf Leistung an ihn selbst gerichteten Anspruch des Anlegers stehen weder schadenersatzrechtliche noch gesellschaftsrechtliche Gesichtspunkte entgegen oder solche, die sich aus der vertraglich festgelegten Drittbegünstigung ergeben.

(1) Das Berufungsgericht hat den von ihm bestimmten Inhalt des Anspruchs der Kommanditisten auf Wiederauffüllung des Einzahlungskontos damit begründet, dass die Kommanditisten nicht besser gestellt werden sollten als sie ohne die Pflichtverletzung der Beklagten stünden. Sie hätten dann keinen Anspruch auf Rückzahlung ihrer Einlage.

Indes werden bei einer Zahlung unmittelbar an die Kommanditisten diese nicht besser gestellt als ohne Pflichtverletzung der Beklagten. **Der Anspruch des einzelnen Kommanditisten bemisst sich – wie ausgeführt – nach der Differenz des Werts seines Kommanditanteils mit und ohne (unterstellter) Pflichtverletzung der Beklagten. Damit wird ihm nicht seine Einlage zurückgewährt, sondern der in seinem Vermögen entstandene Schaden – nicht aus dem Vermögen der Fondsgesellschaft, sondern durch einen Dritten – ausgeglichen.**

Demgegenüber führte der Rechtsstandpunkt des Berufungsgerichts dann, wenn es sowohl auf der Grundlage der tatsächlichen wie auch der hypothetischen Vermögenslage der Schuldnerin nach Abschluss des Insolvenzverfahrens nichts mehr zu verteilen gäbe, also im Vermögen der Anleger kein Schaden feststellbar wäre, zu einer unbilligen Schlechterstellung der Beklagten. Diese müsste im Ergebnis ausschließlich den im Vermögen der Schuldnerin feststellbaren Vermögensnachteil (zum Nutzen der Gesellschaftsgläubiger) ausgleichen, obwohl der Mittelverwendungskontrollvertrag gerade nicht die (Vermögens-)Interessen der Fondsgesellschaft, sondern die der Anleger schützen soll.

Andererseits könnte auf der Grundlage der Rechtsauffassung des Berufungsgerichts eine nach Maßgabe der §§ 249 ff BGB nicht zu rechtfertigende **Schlechterstellung der Anleger eintreten; nämlich dann, wenn ohne das pflichtwidrige Verhalten des Mittelverwendungskontrollleurs nicht nur die Insolvenz des Fonds vermieden worden wäre, sondern dieser sich gewinnbringend entwickelt hätte.** In diesem Fall würde es allgemeinen schadenersatzrechtlichen Grundsätzen widersprechen, die Höhe des zu ersetzenden Schadens summenmäßig auf den Betrag der pflichtwidrig freigegebenen Zahlungen zu begrenzen.

(2) Soweit der Bundesgerichtshof im Bereich der Personengesellschaften entschieden hat, bei Schädigung von Rechtsgütern oder des Vermögens der Gesellschaft könne Ausgleich des Schadens allein im Gesellschaftsvermögen, nicht aber beim einzelnen Gesellschafter verlangt werden

(vgl. BGH, Urt. v. 17.6.1953 – II ZR 205/52, BGHZ 10, 91, 100; v. 17.3.1987 – VI ZR 282/85, BGHZ 100, 190, 194), hat dies für den vorliegenden Fall keine Bedeutung. Denn Gegenstand der Entscheidungen war nicht die – hier zu beurteilende – Frage, welchen Inhalt ein eigenständiger individueller Schadenersatzanspruch des Gesellschafters bei einer zugleich erfolgten Schädigung der Gesellschaft hat, insbesondere ob sein Anspruch auf Leistung an ihn selbst oder an die Gesellschaft gerichtet ist. Vielmehr ging es in den Urteilen allein um die Anspruchsinhaberschaft. Der Bundesgerichtshof hat insofern klargestellt, dass bei einer handelsrechtlichen Gesamthand nur die Gesellschaft selbst ersatzberechtigt ist, weil die Verselbständigung des Gesellschaftsvermögens im Rahmen des § 124 HGB und die damit verbundene eigene Anspruchsberechtigung und Verpflichtungsfähigkeit der Gesellschaft einem eigenen Anspruch des Gesellschafters entgegenstehen (BGH, a.a.O.).

Die Frage, ob ein etwaiger Schadenersatzanspruch gegen die Beklagte wegen Schädigung der Schuldnerin alternativ den Anlegern oder der Schuldnerin zusteht, stellt sich im vorliegenden Verfahren jedoch nicht. Hier ist vielmehr zu entscheiden, worauf ein – allein streitgegenständlicher – (potenzieller) Schadenersatzanspruch der Anleger wegen Verletzung von ihnen gegenüber bestehenden Sorgfaltspflichten inhaltlich gerichtet ist.

(3) Auch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Schadenersatz für sog. „Reflexschäden“ bei Gesellschaftern vor allem von Kapitalgesellschaften ist auf den vorliegenden Fall nicht übertragbar.

(a) Nach ständiger Rechtsprechung des II. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs steht einem Gesellschafter ein Anspruch auf Leistung von Schadenersatz an sich persönlich wegen einer Minderung des Werts seiner Beteiligung, die aus einer Schädigung der Gesellschaft resultiert, grundsätzlich nicht zu. Vielmehr kann er wegen der Grundsätze der Kapitalerhaltung, der Zweckbindung des Gesellschaftsvermögens sowie des Gebots der Gleichbehandlung aller Gesellschafter auch aus einem eigenen Anspruch gegen den Ersatzpflichtigen in der Regel allein Leistung an die Gesellschaft verlangen (vgl. Urt. v. 10.11.1986 – II ZR 140/85, NJW 1987, 1077, 1079; v. 29.6.1987 – II ZR 173/86, NJW 1988, 413, 414; v. 11.7.1988 – II ZR 243/87, BGHZ 105, 121, 130 f.).

Aus den Regelungen in § 117 Abs. 1 Satz 2 und § 317 Abs. 1 Satz 2 AktG, die jeweils einen eigenen Anspruch des Aktionärs wegen eines „Reflexschadens“ von vornherein ausschließen, um zu verhindern, dass der Aktionär der Gesellschaft zuvorkommt und dieser dadurch die Realisierung ihres Anspruchs erschwert (vgl. BR-Drucks. 100/60a S. 147 zu § 113 AktG-E), hat der II. Zivilsenat in Übereinstimmung mit großen Teilen der Literatur den verallgemeinerungsfähigen Rechtsgedanken abgeleitet, dass generell, also auch bei Bestehen eines eigenen Schadenersatzanspruchs des Gesellschafters gegen den Schädiger, der Ausgleich solcher mittelbarer Schäden, die allein auf der Schädigung der Gesellschaft beruhen, in das Privatvermögen des Gesellschafters nicht in Betracht kommt (vgl. Urt. v. 10.11.1986, v. 29.6.1987 und v.

11.7.1988, jeweils a.a.O.; MünchKomm-BGB/Oetker, a.a.O., § 249 Rdnr. 288; MünchKomm-AktG/Spindler 3. Aufl., § 93 Rdnr. und § 117 Rdnr. 52).

(b) Zwar besteht auch vorliegend der potenzielle Schaden der Anleger allein in der Minderung ihres jeweiligen Beteiligungswerts an der Schuldnerin. **Der Schutzzweck des streitgegenständlichen Mittelverwendungskontrollvertrages schließt jedoch eine Anwendung der vorstehend dargelegten Rechtsprechungsgrundsätze aus.**

Der **Mittelverwendungskontrollvertrag** wurde, wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, **im ausschließlichen Interesse der Anleger geschlossen**. Er diente nicht dem Interesse der Schuldnerin, sondern dem Schutz des Interesses der Kommanditisten gegenüber der Schuldnerin und deren Komplementärin (zur Schutzrichtung eines zugunsten der Anleger von einer Fondsgesellschaft als Versprechensempfängerin geschlossenen Mittelverwendungskontrollvertrages vgl. auch Senat, Urt. v. 19.11.2009 – III ZR 108/08, BGHZ 183, 220 Rdnr. 19 f.). Da die Beklagte zur Kontrolle der Verwendung der Einlage jedes einzelnen beitretenden Kommanditisten berufen war, wurde ihre Schutzpflicht gegenüber jedem Anleger mit dessen Beitritt zur Schuldnerin begründet. Ziel der Kontrolle war es sicherzustellen, dass die vom jeweiligen Anleger eingebrachten Mittel im Rahmen des Investitionsplans verwendet wurden und auf diese Weise die im Fondsprospekt in Aussicht gestellte Chance auf eine entsprechende Werthaltigkeit seiner Beteiligung gewahrt wurde.

Nur im Hinblick auf dieses Vermögensinteresse der vom Mittelverwendungskontrollvertrag begünstigten Anleger hatte sich die Beklagte um die Geschäfte der Schuldnerin zu kümmern. Nur zur Vermeidung einer potenziellen Entwertung der gesellschaftsrechtlichen Beteiligung der begünstigten Anleger hatte die Beklagte gegebenenfalls eine Mittelverwendung zu verhindern, die auch die Schuldnerin selbst schädigen konnte. **Gegenüber der Schuldnerin bestand die Kontrollpflicht der Beklagten indes nicht.** Ein infolge einer Verletzung der im Verhältnis zu den Kommanditisten bestehenden Schutzpflicht der Beklagten im Vermögen der Kommanditisten entstandener Schaden ist daher nicht lediglich ein „Reflexschaden“ eines zugleich im Vermögen der Schuldnerin entstandenen Schadens. Es handelt sich vielmehr um einen eigenständig zu bewertenden und gegenüber den Kommanditisten auszugleichenden Schaden.

Könnte der geschädigte Anleger vorliegend in Anwendung der vom II. Zivilsenat entwickelten gesellschaftsrechtlichen Grundsätze nur Leistung an die Gesellschaft fordern, so käme die Ersatzleistung vor allem – wenn nicht angesichts der Insolvenz und der vorrangigen Befriedigung der Insolvenzgläubiger sogar ausschließlich – der Schuldnerin beziehungsweise ihren Gläubigern zugute. Damit würde der Zweck des Mittelverwendungskontrollvertrages weitgehend verfehlt. Denn durch ihn werden weder die Interessen der Schuldnerin noch die Interessen ihrer Gläubiger geschützt.

Im Fall der Verletzung von dem Mittelverwendungskontrollvertrag (ausschließlich) gegenüber den Anlegern obliegenden

Kontrollpflichten ist der hierdurch im Vermögen der Anleger entstandene **Schaden** daher auch dann **durch Leistung unmittelbar an die geschädigten Anleger auszugleichen**, wenn infolge der vertragswidrigen Mittelverwendung (durch das geschäftsführende Organ) zugleich auch ein Schaden im Vermögen der Fondsgesellschaft entstanden ist.

(c) Unter Berücksichtigung des Schutzzwecks des Mittelverwendungskontrollvertrages verbietet sich auch eine Auslegung des Vertrages dahin, dass die Schuldnerin (neben beziehungsweise zusätzlich zu den Anlegern) als Vertragspartnerin der Beklagten (Versprechensempfängerin) im Fall einer Pflichtverletzung der Beklagten Ersatz eigener Vermögensschäden verlangen kann (vgl. BGH, Urt. v. 10.1.1984 – VI ZR 158/82, BGHZ 89, 263, 266 f.).

Es verbleibt daher bei dem – sich bereits aus dem Wortlaut der Norm eindeutig ergebenden – **Grundsatz, dass das neben das Recht des Dritten (Anleger) tretende eigene Forderungsrecht des Versprechensempfängers (Schuldnerin) gegen den Versprechenden (Beklagte) ausschließlich auf Leistung an den Dritten geht, unbeschadet dessen, dass es vorliegend nicht um Primär-, sondern um Sekundäransprüche geht** (vgl. Staudinger/Jagmann, BGB, Neubearb. 2009, § 335 Rdnr. 6; MünchKomm-BGB/Gottwald, a.a.O., § 335 Rdnr. 4).

2. Die vom Berufungsgericht angenommene Verpflichtung der Beklagten, den Schaden der Anleger durch Erstattung der vom Einzahlungskonto abgeflossenen Gelder an die Masse auszugleichen, kann auch **nicht** auf eine **Einziehungsbefugnis des Klägers gemäß oder entsprechend § 92 Satz 1 InsO** gestützt werden.

Nach **§ 92 Satz 1 InsO** können während der Dauer des Insolvenzverfahrens Ansprüche der Insolvenzgläubiger auf **Ersatz eines Gesamtschadens**, also eines Schadens, den diese Gläubiger gemeinschaftlich durch Verminderung des zur Insolvenzmasse gehörenden Vermögens vor oder nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens erlitten haben, nur vom Insolvenzverwalter geltend gemacht werden. Als Insolvenzgläubiger sind in diesem Zusammenhang nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und herrschender Meinung in der Literatur sowohl Insolvenzgläubiger i.S.d. § 38 InsO als auch nachrangige Gläubiger i.S.d. § 39 InsO zu verstehen, also die persönlichen Gläubiger des Schuldners (vgl. Kreft/Kayser, InsO 6. Aufl., § 92 Rdnr. 18; Jaeger/Müller, InsO, § 92 Rdnr. 19; Wittkowski/Kruth in: Nerlich/Römermann (2012), InsO, § 92 Rdnr. 10). Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall nicht erfüllt.

a) Eine unmittelbar am **Wortlaut der Norm** orientierte Anwendung von § 92 Satz 1 InsO scheidet aus. **Da die Anleger als Gesellschafter nicht Gläubiger der Schuldnerin sind, sondern sie als Personengesellschaft konstituieren, und da ihnen in der Insolvenz der Gesellschaft, wie aus § 199 Satz 2 InsO folgt, jeweils nur der nach Befriedigung aller Gläubiger verbleibende Überschuss anteilig zusteht, fallen sie nach dem Wortlaut der Norm nicht in deren persönlichen Anwendungsbereich.**

b) Aber auch eine **erweiternde Auslegung oder entsprechende Anwendung von § 92 Satz 1 InsO** und des dort verwandten Begriffs des Insolvenzgläubigers auf Gesellschafter des Insolvenzschuldners und ihre Ansprüche **kommt vorliegend nicht in Betracht**. Sie ist – unabhängig von der Frage einer im Fall der Analogie erforderlichen Regelungslücke – durch Normzweck und Interessenlage nicht geboten (so Kiethe, ZIP 2005, 1535, 1538 für über reine Reflexschäden hinausgehende Schäden der Gesellschafter; Graf-Schlicker/Hofmann, InsO 3. Aufl., § 92 Rdnr. 2; a.A. für reine Reflexschäden der Gesellschafter: Haas/Hossfeld in: Gottwald, Insolvenzrechtshandbuch 4. Aufl., § 92 Rdnr. 497).

aa) § 92 InsO soll den ungestörten Ablauf des Insolvenzverfahrens sichern, indem der Wettlauf der Gläubiger um das pfändbare Vermögen des Ersatzpflichtigen ausgeschlossen wird. Zugleich soll die gleichmäßige Befriedigung aller Gläubiger gewährleistet werden (vgl. BT-Drucks. 12/2443, S. 139 zu § 103 InsO-E; MünchKomm-InsO/Brandes a.a.O., § 92 Rdnr. 1; Hammes in: Hess, Insolvenzrecht, § 92 InsO Rdnr. 1; Jaeger/Müller, a.a.O., Rdnr. 3). Darüber hinaus soll § 92 InsO auch dazu dienen, die Insolvenzmasse zugunsten aller Gläubiger zu vervollständigen (vgl. BT-Drucks. 12/2443, a.a.O.; MünchKomm-InsO/Brandes, a.a.O., Rdnr. 2).

Die Vorschrift hat jedoch nicht eine materielle Umverteilung zum Ziel; sie will insbesondere nicht durch eine Mehrung der Masse den Insolvenzgläubigern Vermögenswerte zukommen lassen, die ihnen – wie hier ein etwaiger Schadenersatzanspruch der Gesellschafter gegen die Beklagte (s. vor 1. b) bb) (3) (b)) – nicht zustehen. Daher ist weitgehend anerkannt, dass der Insolvenzverwalter sogenannte „**Teil-gesamtschäden**“ nur zugunsten der anspruchsberechtigten Gläubiger einziehen darf und insoweit eine Sondermasse zu bilden hat (vgl. BGH, Beschl. v. 20.11.2008 – IX ZB 199/05, NZI 2009, 108, 109 (zur parallelen Problematik bei § 93 InsO); MünchKomm-InsO/Brandes, a.a.O., Rdnr. 11; Wittkowski/Kruth, a.a.O., Rdnr. 5; Graf-Schlicker/Hofmann, a.a.O., Rdnr. 3).

Keinesfalls könnte daher vorliegend wegen des von den Kommanditisten erlittenen Schadens – zum Vorteil vor allem auch der Insolvenzgläubiger (i.S.v. §§ 38, 39 InsO) – eine Wiederauffüllung des Einzahlungskontos in Höhe der von dort abgeflossenen Einlagen gefordert werden. Allenfalls käme die Geltendmachung von Schäden in der vorstehend (unter 1. b) aa) (2)) definierten Höhe als Teilgesamt Schaden unter Bildung einer Sondermasse zugunsten der geschädigten Kommanditisten in Betracht.

bb) Ein Bedürfnis nach einer solchen Bündelung auch von Schadenersatzansprüchen der Gesellschafter gegen Dritte wegen einer Minderung des Werts ihrer Beteiligungen in der Hand des Insolvenzverwalters ist indes nicht ersichtlich. **Allein der Umstand, dass gegebenenfalls auch hier ein „Wettlauf“ derjenigen Gesellschafter vermieden werden könnte, denen der Dritte (aus demselben Rechtsgrund) auf Schadenersatz haftet, begründet eine erweiternde Auslegung oder entsprechende Anwendung von § 92 Satz 1 InsO nicht.** Ein „Wettlauf“ zwischen der Schuldnerin oder den Insolvenzgläubigern

(i.S.v. §§ 38, 39 InsO) einerseits wegen einer gegebenenfalls durch die vertragswidrige Mittelverwendung zugleich erfolgten Schädigung des Gesellschaftsvermögens und den Kommanditisten andererseits wegen der von ihnen erlittenen Vermögensschäden ist ebenso wenig zu befürchten wie eine doppelte Inanspruchnahme des Schädigers. Denn die Beklagte als Mittelverwendungskontrollleurin haftet – wie ausgeführt – ausschließlich den Kommanditisten.

Zudem würde, da die realisierten Ansprüche, wie gesehen, der Insolvenzmasse nicht zugute kämen, der Funktionskreis des Insolvenzverwalters, dessen primäre Aufgabe die Mehrung und Verteilung der Masse zugunsten der Insolvenzgläubiger (i.S.v. §§ 38, 39 InsO) ist, ohne zwingenden Grund erheblich erweitert. Für die Interessen der Gesellschafter des Schuldners erklärt ihn das Gesetz nur ausnahmsweise für zuständig, so beispielsweise für die Herausgabe eines Überschusses gemäß § 199 Satz 2 InsO (*Kreft/Depré, a.a.O., § 199 Rdnr. 3; MünchKomm-InsO/Hintzen, a.a.O., § 199 Rdnr. 2; Westphal in: Nerlich/Römermann, a.a.O., § 199 Rdnr. 7 ff.*). Eine Kompetenz zur der Herausgabe des Überschusses gleichsam vorgelagerten Geltendmachung von Ansprüchen der Gesellschafter entsprechend § 92 Satz 1 InsO ergibt sich hieraus jedoch nicht.

3. Die Klage ist schließlich auch nicht begründet, soweit sich der Kläger hilfsweise auf **das abgetretene Recht** eines an der Schuldnerin beteiligten Anlegers stützt.

a) **Ein Anspruch mit dem vom Kläger geltend gemachten Inhalt stand dem Zedenten gegen die Beklagte nicht zu. Wie vor (1. b)) dargelegt, konnte der Zedent ebenso wenig wie die übrigen vom Mittelverwendungskontrollvertrag begünstigten Anleger von der Beklagten Erstattung der vom Einzahlungskonto der Schuldnerin freigegebenen Gelder an die Schuldnerin beziehungsweise an den Kläger oder die Masse verlangen.** Entsprechend konnte ein solcher Anspruch auch nicht an den Kläger abgetreten werden.

b) Die Klage aus abgetretenem Recht kann auch nicht teilweise, nämlich in Höhe des Teilbetrags Erfolg haben, welcher der vom Zedenten möglicherweise erlittenen Minderung des Werts seiner Beteiligung an der Schuldnerin entspricht. Ob ein solcher Anspruch von der vorgelegten Abtretungsvereinbarung umfasst ist, bedarf dabei keiner Entscheidung. Denn jedenfalls ist er vom Kläger prozessual nicht geltend gemacht worden und daher nicht streitgegenständlich.

Der Kläger hat, auch soweit er hilfsweise aus abgetretenem Recht vorgegangen ist, ausdrücklich nur einen **Anspruch des Zedenten auf Erstattung der vom Einzahlungskonto freigegebenen Gelder an die Masse**, also einen auf Zahlung an einen Dritten gerichteten Anspruch geltend gemacht. Dieses Klagebegehren unterscheidet sich schon in der Rechtsfolge von dem Anspruch, welcher dem Zedenten möglicherweise gegen die Beklagte zustehen könnte. Letzterer wäre auf Ersatz seiner, des Zedenten, Vermögenseinbuße in Höhe des Wertverlusts seiner Beteiligung durch Leistung an ihn persönlich gerichtet. Der klageweise geltend gemachte Anspruch hingegen geht auf Leistung an einen Dritten. Er bemisst sich

zudem (nach Vorstellung des Klägers) nicht nach den Vermögensumständen des Zedenten, sondern nach denen der Schuldnerin (Wiederauffüllung des Einzahlungskontos), also wiederum eines Dritten.

Insofern stellen die Ansprüche nicht lediglich zwei verschiedene Liquidationsformen eines einheitlichen Schadenersatzanspruchs dar (vgl. dazu BGH, Urt. v. 17.6.1992 – ZR 107/90, BGHZ 119, 20, 23) und ist der potenzielle Wertersatzanspruch des Zedenten in der Klageforderung nicht als „Minus“ enthalten. Vielmehr ist er aufgrund der unterschiedlichen Rechtsfolgen ein „Aliud“. Daran hat auch die (behauptete) Zession, die wegen § 399 1. Alt. BGB keine Inhaltsänderung zur Folge haben konnte, nichts geändert.

4. Das angefochtene Urteil ist daher aufzuheben und die Berufung des Klägers gegen das erstinstanzliche Urteil zurückzuweisen. Der Senat kann in der Sache selbst entscheiden (§ 563 Abs. 3 ZPO). Da dem Kläger unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt ein auf Wiederauffüllung des Einzahlungskontos oder auf sonstige Erstattung des von diesem Konto abgeflossenen Guthabens gerichteter Schadenersatzanspruch gegen die Beklagte beziehungsweise eine Einziehungsbefugnis für einen solchen Anspruch zusteht, erweist sich das klageabweisende Urteil des Landgerichts als richtig. Die hiergegen gerichtete Berufung des Klägers ist unbegründet. ■

Anwaltsvertrag

- Drohung mit Mandatsniederlegung
 - Honorarrückstände
 - Haftungsübernahme durch Gesellschafter
 - Rechtswidrige Drohung
 - Mittel-Zweck-Relation
- (BGH, Urt. v. 7.2.2013 – IX ZR 138/11)

Leitsatz:

Veranlasst der Rechtsanwalt den persönlich haftenden Gesellschafter seiner Mandantin erstmals unmittelbar vor einem anberaumten Gerichtstermin mit dem Hinweis, anderenfalls das Mandat niederzulegen, zum Abschluss einer Haftungsübernahme, kann hierin eine widerrechtliche Drohung liegen. ■

Zum Sachverhalt:

Die Beklagte ist neben Dr. K. Gesellschafterin verschiedener in- und ausländischer Gesellschaften, die von der Klägerin, einer Anwaltsgesellschaft, unter anderem auf dem Gebiet des gewerblichen Rechtsschutzes beraten und in Rechtsstreitigkeiten gerichtlich vertreten wurden. Als die Gesellschaften im Jahre 2006 die Honorarrechnungen der Klägerin aus der Zeit von März 2005 bis Juni 2006 wegen aufgetretener Zahlungsschwierigkeiten nicht ausgleichen konnten, forderte die Klägerin die Beklagte und deren Mitgesellschafter mit E-Mail vom 31.7.2006 auf, die persönliche Haftung

für die gegenwärtigen und künftigen Honoraransprüche zu übernehmen. Den mitübersandten Entwurf einer persönlichen Haftungsübernahme unterzeichnete die Klägerin nicht. Auch auf eine erneute Zusendung des Vereinbarungsentwurfs mit E-Mail vom 10.8.2006 reagierte sie nicht. Zu diesem Zeitpunkt waren für das Jahr 2005 14.876,39 EUR und für das Jahr 2006 22.950,96 EUR offen. Anlässlich eines Verhandlungstermins vor dem Landgericht Saarbrücken am 28.8.2006, den die Klägerin für eine der Gesellschaften wahrnahm und an dem die Beklagte und ihr Mitgesellschafter persönlich teilnahmen, unterzeichneten beide die von der Klägerin entworfene und zum Gerichtstermin mitgebrachte, als Übernahme der persönlichen Haftung bezeichnete Vergütungsvereinbarung.

Hieraus nimmt die Klägerin die Beklagte auf Zahlung in Höhe von 51.734,06 EUR in Anspruch. Die Beklagte tritt dem Zahlungsbegehren nur insoweit entgegen, als sie geltend macht, die persönliche Haftungsübernahme sei ihr vor dem Gerichtstermin abgepresst worden. Das Landgericht hat der Klage mit Ausnahme eines geringen Teils der Zinsen stattgegeben. Die hiergegen gerichtete Berufung der Beklagten ist ohne Erfolg geblieben.

Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter. Die Revision der Beklagten hat Erfolg. Nach den bislang getroffenen Feststellungen des Berufungsgerichts kann ein Schadenersatzanspruch der Beklagten auf Befreiung von der eingegangenen Haftungsübernahme nicht verneint werden. ■

Aus den Gründen:

Das Berufungsgericht hat ausgeführt, die Vereinbarung sei nicht wegen Sittenwidrigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB unwirksam. Eine Überrumpelung der Beklagten im Verhandlungstermin könne nicht angenommen werden, weil ihr der Vereinbarungstext bereits per E-Mail vom 31.7. und 10.8.2006 übersandt worden sei. Die Klägerin habe daher davon ausgehen können, die Beklagte habe diesen Text bereits vor dem Verhandlungstermin zur Kenntnis genommen. Selbst wenn der Terminvertreter der Klägerin vor dem Verhandlungstermin zur Beklagten geäußert haben sollte, im Fall der Nichtunterzeichnung der Vereinbarung werde er nicht auftreten, könne hieraus eine Sittenwidrigkeit der Abrede nicht abgeleitet werden.

Eine widerrechtliche Drohung alleine genüge nicht. Besondere Umstände, die das Geschäft nach seinem Gesamtcharakter als sittenwidrig erscheinen lasse, lägen im Hinblick darauf, dass beträchtliche Gebührenforderungen der Klägerin offenstanden und keine Aussicht auf eine Tilgung in absehbarer Zeit bestanden hätte, nicht vor. Auch habe die geschäftserfahrene Beklagte damit rechnen müssen, ihr würden die Dienstleistungen der Klägerin nicht dauerhaft ohne zwischenzeitlichen Ausgleich der Honoraransprüche zur Verfügung gestellt werden.

Auch könne die Beklagte nicht unter dem Gesichtspunkt eines Verschuldens bei Vertragsabschluss die Befreiung von der eingegangenen Verbindlichkeit verlangen. Selbst wenn

die Androhung einer Mandatsniederlegung im Fall der Nichtunterzeichnung der Haftungsübernahme unterstellt werde, fehle es an der Verwerflichkeit des Mittels, des Zwecks sowie der Mittel-Zweck-Relation. Angesichts der vorher erfolgten Ankündigung, eine Haftungsübernahme zu verlangen, der damit verbundenen Überlegungsfrist der Beklagten sowie des Umstands, dass keine höheren Gebühren als die gesetzlichen gefordert worden seien, liege selbst bei Unterstellung der Ankündigung der Mandatsniederlegung vor dem Termin keine verwerfliche Mittel-Zweck-Relation vor. Es fehle an einer Zwangslage der Beklagten.

II. Diese Ausführungen halten rechtlicher Prüfung nicht stand.

1. Zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass auch bei der unterstellten Annahme, die Klägerin habe nicht im Vorfeld des Gerichtstermins vom 28.8.2006 auf eine Mandatsniederlegung hingewiesen, sondern erst anlässlich des Gerichtstermins mit der Niederlegung des Mandats gedroht, der Abschluss der Haftungsübernahme nicht nach § 138 Abs. 1 BGB sittenwidrig ist.

Eine – widerrechtliche – Drohung macht ein Rechtsgeschäft lediglich nach § 123 BGB anfechtbar; nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig ist es nur dann, wenn besondere Umstände hinzukommen, die das Geschäft nach seinem Gesamtcharakter als sittenwidrig erscheinen lassen (BGH, Urt. v. 7.6.1988 – IX ZR 245/86, WM 1988, 1156, 1158 f; v. 17.1.2008 – III ZR 239/06, NJW 2008, 982 Rdnr. 11; vgl. auch Urt. v. 23.2.1995 – IX ZR 29/94, WM 1995, 1064, 1068 und v. 26.9.1995 – XI ZR 159/94, WM 1995, 1950 f zur arglistigen Täuschung). Dies gilt auch für die Beurteilung einer in Aussicht gestellten Mandatskündigung durch den Rechtsanwalt (BGH, Urt. v. 4.7.2002 – IX ZR 153/01, NJW 2002, 2774, 2775; v. 4.2.2010 – IX ZR 18/09, BGHZ 184, 209 Rdnr. 43). Solche besonderen Umstände konnte das Berufungsgericht im Rahmen einzelfallbezogener Erwägungen, insbesondere im Hinblick auf die Geschäftserfahrenheit der Beklagten und darauf, dass ihr der fragliche Vereinbarungstext bereits vier Wochen zuvor zugesandt wurde, verneinen. Auch die Revision wendet sich hiergegen nicht.

2. Nach gefestigter Rechtsprechung **begründet der Tatbestand einer rechtswidrigen Drohung oder arglistigen Täuschung** außer der Anfechtungsmöglichkeit **auch einen Schadenersatzanspruch wegen Verschuldens beim Vertragsschluss** (§ 311 Abs. 2 BGB), der dem Bedrohten oder Getäuschten das Recht gibt, auch ohne Ausübung eines Gestaltungsrechts Befreiung von der eingegangenen Verbindlichkeit zu verlangen (BGH, Urt. v. 11.5.1979 – V ZR 75/78, NJW 1979, 1983 f; v. 24.10.1996 – IX ZR 4/96, WM 1997, 77, 78; v. 3.2.1999 – VIII ZR 14/98, WM 1999, 1034, 1035; v. 18.9.2001 – X ZR 107/00, NJW-RR 2002, 308, 309 f), sofern dem Betroffenen durch den Vertragsschluss ein Schaden entstanden ist (BGH, Urt. v. 26.9.1997 – V ZR 29/96, WM 1997, 2309, 2311 f; v. 4.7.2002 – IX ZR 153/01, NJW 2002, 2774, 2775; v. 10.1.2006 – XI ZR 169/05, WM 2006, 377, 380). Auf einen derartigen Schadenersatzanspruch findet die Jahresfrist des § 124 BGB weder direkt noch entsprechend Anwendung (BGH, Urt. v. 18.9.2001, a.a.O., 310).

a) In der Ankündigung eines Rechtsanwalts, das Mandat niederzulegen, um hierdurch eine günstigere Vergütungsabrede durchzusetzen, kann ausnahmsweise eine rechtswidrige Drohung liegen (vgl. BGH, Urt. v. 12.1.1978 – III ZR 53/76, AnwBl 1978, 227, 228 f.; D. Fischer in: Zuehör/G. Fischer/Vill/D. Fischer/Rinkler/Chab, Handbuch der Anwaltschaft 3. Aufl., Rdnr. 938; Gehrlein, Anwalts- und Steuerberaterhaftung 2. Aufl., S. 180 f.). Ob eine Drohung in einem solchen Fall rechtswidrig ist, hängt von dem Verhältnis zwischen dem verfolgten Zweck und dem dazu eingesetzten Mittel ab; **entscheidend ist, ob der Drohende an der Erreichung des Zwecks ein berechtigtes Interesse hat und die Drohung nach Treu und Glauben als ein angemessenes Mittel zur Erreichung dieses Zwecks anzusehen ist** (BGH, Urt. v. 4.11.1982 – VII ZR 11/82, WM 1983, 90, 91; v. 4.7.2002, a.a.O.; v. 4.2.2010, a.a.O., Rdnr. 33 ff.).

b) So ist aufgrund der **Mittel-Zweck-Relation** eine widerrechtliche Drohung gegeben, wenn der Verteidiger unmittelbar vor Beginn der Hauptverhandlung erstmals seinen Mandanten mit dem Hinweis, anderenfalls das Mandat niederzulegen, zur Unterzeichnung einer Gebührenvereinbarung veranlasst (BGH, Urt. v. 4.2.2010, a.a.O., Rdnr. 37; vgl. auch v. 12.1.1978, a.a.O.). Unter derartigen Gegebenheiten **missbraucht der Verteidiger die Zwangslage seines Mandanten**, der sich in der unmittelbar bevorstehenden Hauptverhandlung seines vertrauten Wahlverteidigers bedienen möchte, in verwerflicher Weise zur Durchsetzung von Gebühreninteressen. Unterrichtet dagegen der Anwalt längere Zeit vor Beginn der Hauptverhandlung den Mandanten über den Inhalt der von ihm gewünschten Gebührenvereinbarung als Voraussetzung für die Fortsetzung der weiteren Verteidigung, so wird dieser in der Lage sein, die ihn angesonnene Gebührenvereinbarung zurückzuweisen und rechtzeitig vor Beginn der in Rede stehenden Verhandlung auf der Grundlage einer ihm genehmen Gebührenabrede andere Wahlverteidiger einzusetzen (BGH, Urt. v. 4.2.2010, a.a.O., Rdnr. 38).

c) Entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung sind diese Grundsätze auch auf die **Prozessvertretung im Zivilrechtsstreit** übertragbar. Nicht nur der Strafprozess wird durch ein besonderes Vertrauensverhältnis zwischen Mandanten und Verfahrensbevollmächtigten gekennzeichnet, sondern dies gilt auch für Mandate im zivilgerichtlichen Verfahren. Ohnehin ist der Anwaltsvertrag in besonderer Weise durch gegenseitiges Vertrauen geprägt (BGH, Urt. v. 23.2.1995 – IX ZR 29/94, NJW 1995, 1425, 1430). Dass auch im Zivilprozess von einem besonderen Vertrauensverhältnis zwischen Mandant und Anwalt auszugehen ist, zeigt die vorliegende Fallgestaltung. **Wird unmittelbar vor dem anberaumten Verhandlungstermin der Mandant mit der Ankündigung des Prozessbevollmächtigten überrascht, er werde das Mandat unverzüglich niederlegen, wird der Mandant im Anwaltsprozess nur selten in der Lage sein, einen neuen Prozessanwalt für diesen Termin zu stellen.** Da sich die Partei die Mandatsniederlegung selbst dann als eigenes Verschulden zurechnen lassen muss, wenn der Anwalt die Kündigung zur Unzeit ausspricht (BGH, Beschl. v. 24.1.1985 – ZR 113/84, VersR 1985, 542, 543; v. 25.6.1991 – VI ZB 15/91, VersR 1992, 378 f.; Urt. v. 15.3.2006 – XII ZR 138/01, NJW 2006,

2334 Rdnr. 16; Zöller/Vollkommer, ZPO, 29. Aufl., § 85 Rdnr. 24), liegt es nicht fern, dass im anberaumten Termin gegen die nicht vertretene Partei Versäumnisurteil ergehen wird (vgl. BGH, Beschl. v. 24.1.1985, a.a.O.). **Der Grundsatz, dass der Anwalt seinen Mandanten nicht im Stich lassen darf** (BGH, Urt. v. 12.1.1978, a.a.O., 228), **erfährt daher im Zivilprozess besondere Bedeutung.**

d) Unter Berücksichtigung der vorgenannten Grundsätze ist die erstmalige Androhung einer Mandatsniederlegung kurz vor Aufruf der Sache im Zivilprozess zur Durchsetzung einer günstigeren Vergütungsabrede oder einer entsprechenden Haftungsübernahme kein angemessenes Mittel zur Erreichung **des an sich berechtigten Anliegens, eine beträchtliche, offenstehende Vergütung zu erhalten oder zu sichern.**

aa) Gemäß § 627 Abs. 2 Satz 1 BGB ist es dem Dienstpflichtigen verwehrt, die **Kündigung des Dienstvertrages zur Unzeit** auszusprechen. Eine derartige Kündigung liegt bei einem Anwaltsvertrag vor, wenn sie zu einem Zeitpunkt erfolgt, in dem der Mandant nicht in der Lage ist, sich die notwendigen Dienste eines anderen Anwalts zu besorgen (MünchKomm-BGB/Henssler 6. Aufl., § 627 Rdnr. 33; Zuehör/Rinkler, a.a.O., Rdnr. 95; Vollkommer/Greger/Heinemann, Anwaltschaftsrecht 3. Aufl., § 6 Rdnr. 6). Daher ist es dem Anwalt verwehrt, das Mandat im oder unmittelbar vor dem Termin zur mündlichen Verhandlung niederzulegen (BGH, Urt. v. 12.1.1978, a.a.O.; MünchKomm-BGB/Henssler, a.a.O.; Vollkommer/Greger/Heinemann, a.a.O.). **Verstößt der Anwalt gegen das Verbot zur Unzeit zu kündigen, ist zwar die Kündigung regelmäßig wirksam** (MünchKomm-BGB/Henssler, a.a.O., Rdnr. 34; Zuehör/Rinkler, a.a.O., Rdnr. 94), **der Anwalt macht sich aber schadenersatzpflichtig** (BGH, Urt. v. 4.7.2002 – IX ZR 153/01, NJW 2002, 2774, 2775) und handelt rechtswidrig.

Entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung kann aus dem Umstand, dass die Kündigung wirksam ist, nicht geschlossen werden, der Anwalt sei zur Kündigung berechtigt, ein derartiges Verhalten sei nicht rechtswidrig. Die Kompensation durch die von § 627 Abs. 2 Satz 2 BGB angeordnete Rechtsfolge der Schadenersatzpflicht zeigt bereits, dass das Verhalten des Anwalts als widerrechtlich angesehen wird. Ein derartiges Verhalten ist nur dann nicht gegeben, **wenn für die unzeitgemäße Kündigung ein wichtiger Grund (§ 627 Abs. 2 BGB) vorliegt** (vgl. MünchKomm-BGB/Henssler, a.a.O., Rdnr. 35).

Derartige Gründe können auf objektiv äußeren Umständen sowie dem Berufsrecht beruhen oder auch in der Beziehung zwischen Anwalt und Mandanten liegen, etwa wenn der Mandant den unaufschiebbaren Kündigungswunsch des Anwalts durch **Beleidigung, tätliche Angriffe oder schwere Beanstandungen** auslöst (vgl. MünchKomm-BGB/Henssler, a.a.O.). **Das alleinige Interesse an einer Erhöhung oder Sicherung der Vergütung vermag dagegen keinen wichtigen Grund im Sinne dieser Bestimmung zu bilden.** Der Anwalt hat sein (erweitertes) Vergütungsverlangen nicht zur Unzeit, sondern im Rahmen angemessener Fristen gegenüber seinem Mandanten zu verfolgen. Entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung kann sich die Klägerin als Vorleistungsverpflich-

tete nicht auf die Bestimmung des § 321 BGB stützen. Die Unsicherheitseinrede des § 321 Abs. 1 BGB greift nicht mehr, sobald der Vorleistungspflichtige seine Leistung erbracht hat (vgl. *BGH, Urt. v. 8.10.1990 – VIII ZR 247/89, BGHZ 112, 279, 287*). Dies war bei den von der Klägerin in den E-Mails vom 31.7.2006 und vom 10.8.2006 aufgeführten offenstehenden Vergütungsvorgängen der Fall. Im Übrigen wird § 321 BGB bei Dienstverträgen durch die speziellen Bestimmungen des Dienstvertragsrechts verdrängt (vgl. *MünchKomm-BGB/Emmerich, a.a.O., § 321 Rdnr. 6; Erman/H.P. Westermann, BGB 13. Aufl., § 321 Rdnr. 3*).

bb) **Ebenso, wie es dem Anwalt grundsätzlich verwehrt ist, unmittelbar vor einem Verhandlungstermin das Mandat aus Gebühreninteresse niederzulegen, darf er eine solche Maßnahme auch zur Unzeit nicht androhen.** Es ist ihm daher versagt, kurz vor einem Verhandlungstermin die Fortführung des Mandats von der Zahlung eines weiteren Honorars abhängig zu machen (*BGH, Urt. v. 12.1.1978, a.a.O.*). Auch eine derartige Drohung ist widerrechtlich, wenn der Anwalt nicht eine angemessene Zeit vor dem Termin hinreichend deutlich macht, die von ihm gewünschte Vergütungsabrede sei die Voraussetzung für die Fortsetzung der weiteren Vertretung vor dem Zivilgericht. Nur dann ist der hiervon betroffene Mandant oder sind (im Fall der Vertretung einer juristischen Person), wie hier, die angesprochenen Gesellschafter in der Lage, die angesonnene Abrede zurückzuweisen und rechtzeitig vor dem in Betracht kommenden Verhandlungstermin andere Prozessbevollmächtigte zu bestellen (vgl. *BGH, Urt. v. 4.2.2010 – IX ZR 18/09, BGHZ 184, 209 Rdnr. 38*).

cc) Nach dem von der Beklagten unter Beweis gestellten und dem Revisionsverfahren zugrunde zu legenden Vorbringen wurde ihr erstmals unmittelbar vor dem Verhandlungstermin außerhalb des Gerichtsgebäudes seitens des von der Klägerin gestellten Prozessanwalts erklärt, bei Nichtunterzeichnung der Haftungsübernahme werde er das Mandat unverzüglich niederlegen und im Termin nicht auftreten. Eine unter diesen Umständen zustande gekommene Abrede beruht im Hinblick auf die widerrechtliche Drohung auf einer unzulässigen Willensbeeinflussung und begründet nach § 311 Abs. 2 BGB den Anspruch auf Befreiung von der eingegangenen Verbindlichkeit (vgl. *BGH, Urt. v. 4.7.2002, a.a.O.*). (...) ■

Anwaltshaftung

- Verjährung gemäß § 51b BRAO a.F.
 - Sekundärhaftung
 - Anlassbezogene Beratungspflicht
 - Fehlendes Wiedervorlagesystem
- (*BGH, Urt. v. 12.7.2012 – IX ZR 96/10*)

Leitsatz:

Die unterlassene Anordnung einer routinemäßigen Wiedervorlage einer Mandantenakte stellt keinen Anlass dar, der die Sekundärhaftung nach altem Verjährungsrecht auszulösen vermag. ■

Zum Sachverhalt:

Der am 1.8.1958 geborene Kläger erlitt am 8.2.1989 mit seinem Pkw einen Verkehrsunfall, als auf sein Fahrzeug ein Kühlzug auffuhr. Hierdurch zog er sich schwerste Brandverletzungen zu; seine mitfahrende Tochter verstarb an den Unfallfolgen. Der Haftpflichtversicherer des Unfallverursachers erkannte gegenüber dem Kläger seine Einstandsverpflichtung in vollem Umfang an. Am 18.3.1991 schloss der Kläger unter Mitwirkung seines damaligen Rechtsanwalts Dr. W. mit dem Versicherer einen Teilvergleich, wonach zur Abgeltung aller materiellen Schäden bis zum 31.12.1992 eine Teilabfindung in Höhe von 480.000 DM gezahlt werden sollte. Der Versicherer zahlte an den Kläger die Vergleichssumme und weitere Abschläge bis Juni 1995 für zusätzliche materielle Ansprüche des Klägers. Im Juli 2000 beauftragte der Kläger den beklagten Rechtsanwalt mit der Wahrnehmung seiner Interessen. Der Haftpflichtversicherer berief sich nunmehr auf Verjährung. Der Kläger ist ausweislich des Rentenbescheids vom 17.8.2005 seit dem 1.6.2004 unfallbedingt wegen voller Erwerbsminderung nicht erwerbsfähig.

Mit Klageschrift vom 30.12.2005 nahm der Kläger den Versicherer auf Zahlung von Verdienstaufschlagschaden sowie Feststellung der weiteren Schadenersatzpflicht in Anspruch. Gleichzeitig verkündete er dem Beklagten den Streit; die Streitverkündungsschrift wurde diesem Anfang Februar 2006 zugestellt. Im Rahmen des gegen den Haftpflichtversicherer angestrebten Verfahrens schloss der Kläger mit dem Versicherer, der die Einrede der Verjährung aufrechterhielt, einen weiteren Abgeltungsvergleich in Höhe von 65.000 EUR.

Der Kläger nimmt nunmehr den Beklagten auf Ersatz des über die Vergleichssumme hinausgehenden Schaden in Anspruch. Er macht geltend, der Beklagte hätte sowohl die Ansprüche gegen den Versicherer weiterverfolgen und sichern sowie für den Fall der Verjährung Schadenersatzansprüche gegen den früheren Anwalt Dr. W. geltend machen müssen. Diesem sei anzulasten, dass er bei Abschluss des Abfindungsvergleichs und später nicht dafür gesorgt habe, die zukünftigen Ansprüche des Klägers zu sichern.

Das Landgericht hat der (Zahlungs- und Feststellungs-)Klage stattgegeben. Die hiergegen gerichtete Berufung des Beklagten ist ohne Erfolg geblieben. Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt der Beklagte seinen Klageabweisungsantrag weiter. Die Revision des Beklagten hat Erfolg. ■

Aus den Gründen:

I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, dem Kläger stehe gegen den beklagten Rechtsanwalt ein Schadenersatzanspruch wegen Unterlassung der rechtzeitigen Einleitung verjährungshemmender Maßnahmen gegen den früheren Bevollmächtigten Rechtsanwalt Dr. W. zu. Der Beklagte habe pflichtwidrig die tatsächlich geltende Verjährungsfrist hinsichtlich der Ansprüche gegen den Versicherer nicht neu geprüft und die dem Kläger gegen Dr. W. zustehenden Ersatzansprüche nicht gesichert. Diese Ersatzansprüche seien zum Zeitpunkt der Begründung des Anwaltsmandats mit

dem Beklagten noch nicht verjährt gewesen. Das mit Dr. W. bestehende Mandatsverhältnis sei jedenfalls im Jahr 1998 noch nicht beendet gewesen. Der Aussage des Zeugen Dr. W. vor dem Landgericht sei zu entnehmen, dass er selbst 1992/93 davon ausgegangen sei, er werde weiterhin im Sinne eines „Dauermandats“ für den Kläger tätig sein. Auch aus der Aussage der als Zeugin gehörten Ehefrau des Klägers seien keine Umstände dafür zu entnehmen, dass das Mandat bereits im Jahr 1998 beendet gewesen sei. Der durch Dr. W. verursachte Schaden des Klägers sei mit Eintritt der Verjährung von dessen Ansprüchen gegen den Haftpflichtversicherer im Juni 1998 entstanden. Gemäß § 51b Satz 1 BRAO seien die Ersatzansprüche des Klägers gegen Dr. W. im Juni 2001 verjährt. Dies hätte der Beklagte durch Erhebung einer rechtzeitigen Feststellungsklage verhindern können und müssen.

Der Beklagte selbst könne sich hingegen nicht auf Verjährung berufen. Zwar sei die Verjährung des gegen ihn gerichteten Primäranspruchs drei Jahre nach Schadeneintritt, mithin drei Jahre nach Verjährung der gegen Dr. W. bestehenden Ersatzansprüche, im Juni 2004 eingetreten. Dem Kläger stehe aber gegen den Beklagten ein sekundärer Schadenersatzanspruch zu, weil der Beklagte es unterlassen habe, den Kläger auf den gegen ihn bestehenden Regressanspruch hinzuweisen. Ein sorgfältig arbeitender Anwalt hätte sich die Akte mehrfach, jedenfalls drei Jahre nach der Mandatserteilung, vorlegen lassen. Da der Beklagte dies unterlassen habe, habe er seinen Fehler nicht erkannt und infolgedessen auch nicht die erforderlichen Hinweise erteilt.

II. Diese Ausführungen halten rechtlicher Prüfung nicht stand. Der Ersatzanspruch gegen den Beklagten ist jedenfalls verjährt.

1. § 51b BRAO, der durch das Verjährungsanpassungsgesetz mit Wirkung vom 15.12.2004 aufgehoben wurde, ist auf beide Regressfälle noch anzuwenden. Die danach maßgebliche dreijährige Verjährungsfrist war im Zeitpunkt der an den Beklagten gerichteten Streitverkündung bereits abgelaufen.

a) **Die Regelung des § 51b BRAO ist** gemäß Art. 229 § 12 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 i.V.m. Art. 229 § 6 Abs. 1 Satz 2 EGBGB **weiter anzuwenden, falls der primäre Schadenersatzanspruch vor dem 15.12.2004 entstanden ist** (BGH, Urt. v. 17.12.2009 – IX ZR 4/08, WM 2009, 629 Rdnr. 6). Bestimmt sich die Verjährung des Primäranspruchs nach § 51b BRAO, **so gilt diese Vorschrift auch für den Sekundäranspruch**, weil er lediglich ein Hilfsrecht und unselbstständiges Nebenrecht des primären Regressanspruchs bildet (BGH, Urt. v. 7.2.2008 – IX ZR 149/04, WM 2008, 946 Rdnr. 30, 33; v. 13.11.2008 – IX ZR 69/07, NJW 2009, 1350 Rdnr. 8).

b) Der in Betracht zu ziehende Schadenersatzanspruch des Klägers gegen den Beklagten liegt in dem **Vorwurf, verjährungshemmende Maßnahmen gegen Rechtsanwalt Dr. W. unterlassen zu haben**. Ein solcher Anspruch wäre, wie das Berufungsgericht zutreffend dargelegt hat, im Jahr 2001 entstanden. Die Versäumung der Verjährungsfrist lässt

bereits den Schaden entstehen; auf die Ausübung der Einrede kommt es nicht an (BGH, Urt. v. 14.7.1994 – IX ZR 204/93, WM 1994, 2162, 2163, v. 9.12.1999 – IX ZR 129/99, WM 2000, 959, 960; Bamberger/Roth/D. Fischer, BGB 3. Aufl., § 675 Rdnr. 31). Da der Anspruch vor dem 15.12.2004 begründet wurde, richtet sich die Verjährung nach § 51b BRAO. Die nach dieser Bestimmung maßgebliche **dreijährige Verjährungsfrist war gerechnet von dem im Jahr 2001 eingetretenen Schaden bereits 2004** und damit lange vor der hier im Februar 2006 erfolgten Streitverkündung **abgelaufen**.

2. Zu Unrecht bejaht das Berufungsgericht einen **sekundären Ersatzanspruch** gegen den Beklagten. Dieser scheidet nach dem unstreitigen und nicht weiter klärungsbedürftigen Sachverhalt aus, weil entgegen der Annahme des Berufungsgerichts für den Beklagten keine Veranlassung bestand, sich jedenfalls drei Jahre nach Mandatserteilung die Akte erneut vorlegen zu lassen.

a) **Für den Anwalt kann sich bei der Wahrnehmung des Mandats oder bei einem neuen Auftrag über denselben Gegenstand (vgl. BGH, Urt. v. 7.2.2008, a.a.O., Rdnr. 34) ein begründeter Anlass ergeben zu prüfen, ob er dem Mandanten durch einen Fehler einen Schaden zugefügt hat.** Unterlässt er die erforderliche Überprüfung seines eigenen Verhaltens oder erkennt er dabei nicht seinen Fehler und gibt er infolgedessen nicht den erforderlichen Hinweis auf die Möglichkeit eines Regressanspruchs und auf die Verjährungsfrist auf § 51b BRAO, kann dies den Sekundäranspruch auslösen (BGH, Urt. v. 23.5.1985 – IX ZR 102/84, BGHZ 94, 380, 386; v. 13.11.2008, a.a.O., Rdnr. 11).

Der Sekundäranspruch setzt mithin **eine neue, schuldhaftes Pflichtverletzung** voraus. Die den Regressfall auslösende Pflichtwidrigkeit kann nicht gleichzeitig die Nichterfüllung einer Pflicht zur Aufdeckung des Primäranspruchs darstellen. Der Sekundäranspruch entsteht vielmehr nur, wenn **eine weitere Pflichtwidrigkeit** zu einer Zeit begangen wird, zu welcher der Regressanspruch noch durchgesetzt werden kann, insbesondere noch nicht verjährt ist (BGH, Urt. v. 23.5.1985, a.a.O., 387; v. 10.10.1985 – IX ZR 153/84, NJW 1986, 581, 583; v. 14.12.2000 – IX ZR 332/99, NJW 2001, 826, 828; v. 13.11.2008, a.a.O.).

Der Rechtsberater muss bei der weiteren Wahrnehmung seines Mandats aufgrund objektiver Umstände begründeten Anlass haben, zu prüfen, ob er durch eine Pflichtverletzung seinen Mandanten geschädigt hat (Chab in: Zuehör/G. Fischer/Vill/D. Fischer/Rinkler/Chab, Handbuch der Anwaltschaft 3. Aufl., Rdnr. 1394). Ein begründeter Anlass in diesem Sinne kann etwa vorliegen, wenn der Rechtsanwalt seinen Prozessantrag umstellen muss, gegen den Mandanten eine nachteilige gerichtliche Entscheidung ergangen ist, die Gegenseite die Einrede der Verjährung erhebt oder sonstige Einwendungen geltend gemacht werden (Zuehör/Chab, a.a.O., Rdnr. 1395 m.w.N.).

b) Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts kann in einer **unterlassenen – routinemäßigen – Wiedervorlage** kein bei der

Wahrnehmung des Mandats begründeter Anlass zur Prüfung der eigenen Tätigkeit im Sinne der Senatsrechtsprechung gesehen werden, der geeignet ist, die Sekundärhaftung auszulösen. Der Senat hat bereits entschieden, dass während eines laufenden verwaltungsgerichtlichen Verfahrens die **Nichteinhaltung einer halbjährlichen Wiedervorlage- oder Kontrollpflicht keine eigenständige Pflichtwidrigkeit im Sinne der Sekundärhaftung zu begründen vermag** (BGH, Urt. v. 13.11.2008, a.a.O., Rdnr. 12). Für den hier vorliegenden Fall einer vorprozessualen Mandatsausübung gilt nichts anderes.

Ein eigenständiger mandatsbezogener Anlass für eine gesonderte Überprüfung der bisherigen Handhabung ergab sich für den Beklagten nach dessen letztem Schreiben vom 1.6.2001 nicht mehr. In diesem Schreiben bestätigte der Beklagte, dass ein Verdienstausschlagsschaden ausgeschlossen sei für Zeiträume, in denen dieser einen hohen Verdienst erzielt habe. Für den Fall, dass der Kläger in näherer Zukunft wegen eintretender unfallbedingter Arbeitsunfähigkeit Verdienstausschlag erleide, sei allerdings ein Verdienstausschlagsschaden denkbar. Im Anschluss an dieses Schreiben hat der Beklagte, wie das Berufungsgericht selbst feststellt, die Akte weggelegt und keine weiteren Aktivitäten mehr entfaltet.

III. Das angefochtene Urteil stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO). Entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung kann dem Beklagten als Pflichtverletzung nicht angelastet werden, **gegen den Haftpflichtversicherer keine verjährungsunterbrechenden Maßnahmen ergriffen zu haben. Zum Zeitpunkt der Mandatsübernahme durch den Beklagten im Juli 2000 waren die Ansprüche des Klägers gegen den Versicherer bereits verjährt.** (...)

IV. Die Sache ist zur Endentscheidung reif (§ 563 Abs. 3 ZPO).

Der Eintritt der Verjährung der Ansprüche gegen den Beklagten kann, wie unter Punkt Ziffer II. 2. näher ausgeführt, entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht unter dem Gesichtspunkt eines Sekundäranspruchs abgelehnt werden. Die Frage eines etwaigen Sekundäranspruchs war bereits Gegenstand des Berufungsverfahrens. Der Beklagte hat in seiner Berufungsbegründung vom 11.2.2009 hierzu eingehend vorgetragen. Entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung besteht daher keine Veranlassung, dem **Kläger, der für den Sekundäranspruch die Darlegungs- und Beweislast trägt** (vgl. BGH, Urt. v. 1.2.2007 – IX ZR 180/04, WM 2007, 801 Rdnr. 14; Zugehör/Chab, a.a.O., Rdnr. 1407), durch Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht erneut Gelegenheit zu geben, zur Frage **anlassbezogener Umstände** Vortrag zu halten.

Die eingetretene Verjährung beruht nicht auf einem Verhalten des Anwalts und kann ihm nicht als Verletzung seines Auftrags zugerechnet werden, wenn für ihn – wie im Streitfall – während des Verjährungslaufs kein verfahrensbezogener Anlass bestand, eine durch seine Pflichtwidrigkeit verursachte Schädigung des Mandanten zu erkennen und diesem die Durchsetzung des Regressanspruchs zu ermöglichen (BGH, Urt. v. 13.11.2008, a.a.O., Rdnr. 12). (...) ■

Versicherungsschutz

- Notarhaftung
 - Bindungswirkung des Haftpflichturteils
 - Voraussetzungsidentität
 - Ungesicherte Vorleistung
 - Elementarwissen des Notars
- (OLG Köln, Urt. v. 26.6.2012 – 9 U 3/12)

Leitsätze (d. Red.):

1. Der Notar ist verpflichtet, über die Gefahr einer ungesicherten Vorleistung zu belehren und Hinweise zur Gefahrvermeidung zu geben.
2. Der äußere Geschehensablauf und die Fundamentaltät der Pflichtverletzung lassen den Schluss auf wissentliches Handeln zu.
3. Die Pflicht zur Belehrung über ungesicherte Vorleistungen ist eine elementare Berufspflicht. ■

Aus den Gründen:

I. Die Kläger nehmen die Beklagte im Wege der Einziehungsklage aus gepfändetem und überwiesenem Recht als Berufshaftpflichtversicherer des früheren Notars C. in Anspruch.

Zwischen Notar C. und der Beklagten bestand im streitgegenständlichen Zeitraum eine Berufshaftpflichtversicherung, welcher die Allgemeinen Versicherungsbedingungen für die Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung von Notaren und Anwaltsnotaren für ihr Notarrisiko (AVB-N) zugrunde lagen.

Die Kläger hatten den Notar C. wegen der Verletzung von Pflichten als Notar im Zusammenhang mit einer Beurkundung eines Kaufvertrages auf Schadenersatz in Anspruch genommen. Sie sind Inhaber einer titulierten Forderung gegen den ehemaligen Notar in Höhe von 23.008,13 EUR zzgl. Zinsen (Urt. d. LG Dortmund v. 13.12.2002 – 3 O 510/02).

Hintergrund dieser Forderung war die Beurkundung eines Kaufvertrages zwischen den Klägern als Verkäufern und dem Käufer H. über eine im Grundbuch des Amtsgerichts Bochum von G. eingetragene und hoch belastete Eigentumswohnung durch den Notar C. am 24.9.1999. Vertragsinhalt war unter anderem die Übernahme der – durch die eingetragenen Grundpfandrechte gesicherten – Darlehensverpflichtungen der Verkäufer durch den Käufer gegenüber der E1 bis zu einer Höhe von 154.000 DM mit schuldbefreiender Wirkung.

In Bezug hierauf enthielt Nr. 10 des Vertrages folgende Vereinbarung:

Der Käufer erhält von den Verkäufern zum Ausgleich von Kosten, Beiträgen und dem für das Darlehen zu zahlenden Zins- und Tilgungsaufwand einen Ausgleichsbetrag in Höhe von 45.000 DM durch heute abzugebenden Eurocheck. Im Fall der Rückabwicklung des o.g. Kaufvertrages ist der

Käufer verpflichtet, diesen Betrag abzüglich der bis zum Eintritt der Wirksamkeit einer solchen Vereinbarung/Willenserklärung angefallenen Aufwendungen (Kosten, Steuern, Gebühren, angefallener Zins- und Tilgungsaufwand) an den Verkäufer zurückzuzahlen. Der Käufer unterwirft sich hinsichtlich der Rückzahlung des Ausgleichsbetrags von 45.000 DM gegenüber dem Verkäufer – ggf. als Gesamtgläubiger – der sofortigen Zwangsvollstreckung aus dieser Urkunde in sein gesamtes Vermögen.“

Im Hinblick auf diese Vereinbarung überreichten die Kläger dem Käufer am selben Tag einen Scheck über 45.000 DM, welchen der Käufer am 28.9.1999 einlöste. Am 17.5.2000 erfolgte die Eigentumsumschreibung der Wohnung auf den Käufer. Im weiteren Verlauf kam es jedoch nicht zu einer Schuldübernahme der Darlehensverpflichtungen durch den Käufer, da die Dresdner Bank ihre Zustimmung hierfür verweigerte. Eine Rückerstattung des Geldes durch den Käufer erfolgte nur teilweise, so dass die Kläger hinsichtlich der Restsumme Klage vor dem Landgericht Düsseldorf gegen den Käufer erhoben. Die Vollstreckung aus dem antragsgemäßen Versäumnisurteil verlief jedoch fruchtlos.

Daraufhin nahmen die Kläger den Notar C. auf Schadenersatz in Höhe von 45.000 DM (= 23.008,13 EUR) in Anspruch, da dieser sie nicht über die Risiken der ungesicherten Scheckübergabe an den Käufer aufgeklärt habe. Durch rechtskräftiges Urteil des Landgerichts Dortmund (*Urt. v. 13.12.2002 – 3 O 510/02*) wurde der Notar C. zur Zahlung verurteilt. Zur Begründung des Anspruchs führte das Landgericht Dortmund aus, dass der Notar seine Belehrungspflicht hinsichtlich der rechtlichen Tragweite des Geschäfts verletzt und eine Belehrung hinsichtlich der Sicherung des Anspruchs auf Rückzahlung des Ausgleichsbetrags unterlassen habe. Die gegen das Urteil eingelegte Berufung wurde wegen Versäumung der Berufungsbegründungsfrist als unzulässig verworfen (*OLG Hamm, Beschl. v. 2.2.2009 – I-11 U 42/03*). Die Vollstreckung aus dem Urteil blieb ohne Erfolg.

Eine Deckungsanfrage des Notars C. bei der Beklagten aufgrund seiner Inanspruchnahme durch die Kläger lehnte diese mit Schreiben vom 29.7.2003 wegen wesentlicher Pflichtverletzung im Rahmen seiner Beurkundungstätigkeit und sich daraus ergebender Leistungsfreiheit ab. Mit einer vor dem Landgericht Dortmund erhobenen Klage beantragte der Notar C., die Beklagte zu verurteilen, ihm Versicherungsschutz für die Haftungsansprüche der Kläger aus dem Schadenereignis vom 24.9.1999 zu gewähren (*2 O 382/04*). Mit Beschluss vom 15.8.2005 wurde das Verfahren bis zur rechtskräftigen Entscheidung des ebenfalls vor dem Landgericht Dortmund rechtshängigen Parallelverfahrens (*2 O 342/04*) ausgesetzt. In diesem Verfahren wurde die Klage des Notars C. durch Urteil vom 28.4.2005 aufgrund von Leistungsfreiheit wegen einer wesentlichen Pflichtverletzung abgewiesen. Das Verfahren endete durch Berufungsrücknahme durch den Notar C. (*OLG Hamm – 20 U 145/05*).

Notar C. wurde durch Beschluss vom 30.11.2005 als des Rechtsmittels verlustig erklärt. Das Verfahren 2 O 382/04 wurde von den Parteien nicht weiter betrieben.

Am 14.3.2003 war das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Notars C. vor dem Amtsgericht Dortmund eröffnet worden (*257 IN 21/03*), wurde jedoch am 26.10.2005 mangels Masse wieder eingestellt. Die Kläger hatten ihre Forderung gegen Notar C. zur Insolvenztabelle angemeldet. Hiergegen hatte Notar C. mit Schreiben vom 2.6.2005, in welchem er auch die B. als seine Berufshaftpflichtversicherung benannte, Widerspruch erhoben.

In dem Insolvenzverfahren war ein Restschuldbefreiungsverfahren anhängig. Durch Beschluss vom 1.9.2009 wurde dem Schuldner Restschuldbefreiung erteilt.

Die Beklagte verweigerte, nachdem sie nunmehr von den Klägern selbst in Anspruch genommen worden war, mit Schreiben vom 18.3.2011 eine Regulierung. Am 4.5.2011 erwirkten die Kläger vor dem Amtsgericht Dortmund einen auf den angeblichen Deckungsanspruch des Notars C. gerichteten Pfändungs- und Überweisungsbeschluss (*231 M 563/11*).

(Anträge ...)

Die Beklagte hat die Ansicht vertreten, dass die Klage wegen anderweitiger Rechtshängigkeit aufgrund des Verfahrens 2 O 382/04 des Notars C. gegen die Beklagte beim Landgericht Dortmund bereits unzulässig sei. Die Kläger seien zudem nicht aktivlegitimiert, da sich der Pfändungs- und Überweisungsbeschluss des Amtsgerichts Dortmund vom 4.5.2011 auf den Anspruch auf Befreiung des Versicherungsnehmers von der Haftpflichtschuld gegenüber den Gläubigern aus fehlerhafter „Abwicklung“ des Notarvertrages vom 24.9.1999 beziehe. Der Anspruch der Kläger sei hiervon inhaltlich nicht mit umfasst. Zudem liege der Leistungsausschluss der wesentlichen Pflichtverletzung vor, sodass die Pfändung mangels Anspruchs ins Leere gegangen sei. Das Urteil des Landgerichts Dortmund vom 13.12.2002 (*3 O 510/02*) entfalte keine Bindungswirkung für den nunmehr rechtshängigen Deckungsprozess, da eine solche auf Fälle der Voraussetzungsidentität beschränkt sei. Eine Ausandersetzung mit der hier entscheidungserheblichen Frage der Belehrungspflichtverletzung sei jedoch in dem Urteil des Landgerichts Dortmund vom 13.12.2002 nicht erfolgt.

Die Beklagte hat sich schließlich auf Verjährung berufen. Hierzu hat sie die Auffassung vertreten, dass die Verjährungsfrist bereits am 1.1.2003 zu laufen begonnen habe. Zwar sei die Verjährung durch die Erhebung der Deckungsklage gehemmt worden, aufgrund des Nichtweiterbetreibens des Verfahrens nach Abschluss des Parallelverfahrens sei jedoch die Auslauffrist des § 204 Abs. 2 BGB spätestens am 31.5.2006 abgelaufen, so dass Verjährung jedenfalls am 20.8.2006 eingetreten sei. Eine Sicherheitsvollstreckung in Form einer Pfändung ohne Sicherheitsleistung hätten die Kläger auf Grundlage des Urteils des Landgerichts Dortmund vom 13.12.2002 (*3 O 510/02*) betreiben können.

Das Landgericht Köln hat die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass die Klage zwar zulässig, jedoch unbegründet sei. Es bestehe keine anderweitige

Rechtshängigkeit, da das Verfahren, in dem Notar C. gegen die Beklagte vorgehe, nicht denselben Streitgegenstand habe. Der Anspruch der Kläger sei bereits im Hinblick auf § 158c VVG a.F. als eigenständiger Anspruch anzusehen.

Die Klage sei jedoch unbegründet, da ein etwaiger Anspruch der Kläger jedenfalls verjährt sei. Die Verjährungsfrist richte sich gemäß Art. 3 Abs. 2 EGVVG nach § 12 Abs. 1 VVG a.F. Der Lauf sei spätestens am 31.12.2006 in Gang gesetzt worden, so dass am 31.12.2008 Verjährung eingetreten sei. Im Hinblick auf den Anspruch aus § 158c VVG hätten die Kläger spätestens im Jahr 2006 Leistung des Haftpflichtversicherers erlangen können. Auch wäre es ihnen möglich gewesen, die Beklagte als Berufshaftpflichtversicherer des Versicherungsnehmers C. vor Ablauf des Jahres 2006 – etwa durch Anforderung und Einsicht in die Insolvenzakten betreffend den Versicherungsnehmer Notar C. – zu ermitteln. (...)

Gegen diese Entscheidung richtet sich die Berufung der Kläger, die ihren erstinstanzlichen Klageantrag weiterverfolgen. Sie machen geltend, dass sie erst nach Auskunft der Westfälischen Notarkammer am 28.2.2011 erfahren hätten, dass die Beklagte der Vermögensschadenhaftpflichtversicherer des ehemaligen Notars C. sei. Erst seit der Einführung des § 51 Abs. 6 Satz 2 BRAO am 1.6.2007 bestünde überhaupt die Möglichkeit für Dritte, Auskünfte über den Namen und die Adresse des Berufshaftpflichtversicherers des betroffenen Rechtsanwalts bzw. Notars sowie die Versicherungsnummer zur Geltendmachung von Schadenansprüchen zu erbitten.

Vorherige Anfragen bei dem Versicherungsnehmer C. seien zuvor erfolglos geblieben. Das Landgericht sei ihrem diesbezüglichen Beweisantritt durch Vernehmung ihres damaligen Prozessbevollmächtigten L. zu Unrecht nicht nachgekommen. Die früheste kenntnisabhängige Verjährungsfrist habe daher erst am 1.6.2007 zu laufen beginnen können. Den Klägern sei es zudem erst mit Verwerfungentscheidung des OLG Hamm am 2.2.2009 rechtlich möglich gewesen, die Pfändung und Überweisung der Ansprüche des Notars C. gegen die Beklagte ohne Sicherheitsleistung vorzunehmen. Somit habe eine Verjährungsfrist erst ab diesem Zeitpunkt zu laufen begonnen.

Eine Einzelvollstreckung sei außerdem gemäß § 294 Abs. 1 InsO während des Laufs der Abtretungserklärung nicht möglich gewesen. Auch eine Pfändung der Ansprüche habe den Klägern nicht weiterhelfen können, da für ein Vorgehen im Wege der Einziehungsklage gegen die Beklagte als Vermögensschadenhaftpflichtversicherer gerade die Pfändung und Überweisung der gepfändeten Ansprüche erforderlich sei.

(Anträge ...)

Die Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil. Die Kläger seien eine Erklärung schuldig geblieben, weshalb sie eine Anfrage bei der Westfälischen Notarkammer erst im Jahr 2011 gestellt hätten. Der Beginn der Verjährungsfrist gemäß § 199 Abs. 1 Ziff. 2 BGB sei nicht nur im Fall der positiven Kenntnis gegeben, sondern auch dann, wenn der Anspruch-

steller grob fahrlässig die notwendige Kenntnis nicht erlange. Der Vortrag der Kläger hinsichtlich erfolgloser Auskunftersuchen bei dem ehemaligen Notar C. durch ihren damaligen Prozessbevollmächtigten sei nicht hinreichend substantiiert. Ferner sei eine Pfändung der Deckungsansprüche auch vor rechtskräftiger Entscheidung im Wege der Sicherungsvollstreckung möglich gewesen, so dass die Verjährungsfrist am 1.1.2008 zu laufen begonnen habe und am 31.12.2010 abgelaufen sei. Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs zum Rückgriff des Haftpflichtversicherers gegen den Vertrauensschadensfonds sei nicht einschlägig. Auch greife § 294 InsO nicht ein, da der Insolvenzverwalter die Deckungsansprüche aus der Masse freigegeben habe.

Schließlich vertritt die Beklagte die Ansicht, dass der ehemalige Notar C. wissentlich seine Pflichten verletzt habe, so dass eine Deckung ohnehin ausgeschlossen sei. (...)

II. Die in formeller Hinsicht bedenkenfreie Berufung der Kläger ist nicht begründet. Die Einziehungsklage hat keinen Erfolg, da sie zwar zulässig, jedoch unbegründet ist.

1. Die Klage ist zulässig. Insbesondere besteht keine anderweitige Rechtshängigkeit gemäß § 261 ZPO, da die Streitgegenstände der Verfahren nicht identisch sind. **Der Rechtsstreit des Notars C. gegen die Beklagte vor dem Landgericht Dortmund (2 O 382/04) bewirkt keine anderweitige Rechtshängigkeit.** Während der im hiesigen Verfahren geltend gemachte **Anspruch der Kläger auf Schadenersatz** gerichtet ist, bezieht sich der vermeintliche **Anspruch des Versicherungsnehmers C. auf Freistellung** gegenüber den Geschädigten durch den beklagten Versicherer. Hierfür sprechen die heutige Formulierung des § 117 VVG sowie die §§ 156, 157 und § 158c VVG a.F., die von einander verschiedenen Rechtsverhältnissen ausgehen (vgl. auch Knappmann in: *Prölss/Martin* 27. Aufl., § 158c Rdnr. 28, der von einem „anderen Anspruch“ ausgeht).

2. Die Klage ist jedoch unbegründet, da den Klägern der im Wege der Einziehungsklage geltend gemachte Entschädigungsanspruch in Höhe von 23.008,13 EUR zzgl. Zinsforderung gegen die Beklagte nicht zusteht.

a) Soweit die Beklagte geltend macht, der Pfändungs- und Überweisungsbeschluss erfasse seinem Inhalt nach den Anspruch nicht, ist dem allerdings nicht zu folgen. Der Beschluss kann ausgelegt werden. Ausdrücklich ist der Befreiungsanspruch des Versicherungsnehmers von der Haftpflicht den Klägern als Gläubigern gegenüber „aus fehlerhafter Abwicklung des notariellen Kaufvertrages vom 24.9.1999“ (mit Schadennummer) erwähnt. Die Bezeichnung „Abwicklung“ erfasst das gesamte Handeln bei der Beurkundung.

b) Es besteht indes Leistungsfreiheit der Beklagten nach Maßgabe des Ausschlusses gemäß § 4 Ziff. 3 AVB-N.

aa) Die Leistung ist aufgrund der **wissentlichen Pflichtverletzung** des Versicherungsnehmers C. ausgeschlossen. Aus dem rechtskräftigen Haftpflichturteil gegen den Notar C. ergibt

sich eine **Bindungswirkung**, soweit es um den Haftungstatbestand geht. **Pflichtverletzung und Schadenursächlichkeit sind bindend festgestellt.**

Notar C. hat durch die unstreitig unterlassene Belehrung gegen § 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG verstoßen. **Gemäß § 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG ist ein Notar zur Belehrung über die rechtliche Tragweite des zu beurkundenden Geschäfts verpflichtet. Dies umfasst die Rechtsbelehrung über die Gefahr einer ungesicherten Vorleistung und die Erteilung von Hinweisen zur Gefahrvermeidung** (vgl. BGH, NJW 1989, 102; BGH, NJW 1995, 330; BGH, NJW 1999, 2188; DNotZ 1998, 637). Im vorliegenden Fall war eine ausführliche Belehrung darüber, dass im Fall einer möglichen Insolvenz des Käufers bei Ablehnung der Schuldentlassung durch die Dresdner Bank der von den Klägern gezahlte Ausgleichsbetrag nicht zurückerlangt werden könnte, zwingend erforderlich (vgl. LG Dortmund, Urt. v. 28.4.2005 – 2 O 342/03). Notar C. hätte daher im Rahmen seiner Beurkundungstätigkeit auf einen sichereren Weg der Zahlung des Ausgleichsbetrags hinweisen müssen. In Betracht gekommen wäre etwa ein Hinweis auf die Möglichkeit der Zug-um-Zug-Abwicklung (Notaranderkonto, anderer Treuhänder) oder der Leistung gegen Bestellung werthaltiger Sicherungsmittel (Bankbürgschaft, Grundpfandrechte). **Eine solche Pflicht hat der Notar C. nach seinem eigenen Vortrag nicht erfüllt** (vgl. Urt. des LG Dortmund im Haftungsprozess v. 13.12.2002 – 3 O 510/02).

Dies steht aufgrund der Bindungswirkung des rechtskräftigen Urteils im Haftpflichtprozess fest. **Aus dem Haftpflichturteil ergibt sich insoweit eine zwingende Feststellung für den nachfolgenden Deckungsrechtsstreit, soweit es um den dort festgestellten Haftungstatbestand geht** (vgl. BGH, VersR 2011, 203). **Es handelt sich um eine notwendige Ergänzung des in der Haftpflichtversicherung geltenden Trennungsprinzips, wonach grundsätzlich im Haftpflichtprozess zu entscheiden ist, ob und in welcher Höhe der Versicherungsnehmer dem geschädigten Dritten gegenüber haftet** (vgl. zuletzt BGH, VersR 2011, 203; BGH, VersR 2001, 1103; BGHZ 119, 276). Zwar klärte der Notar C. – nach den Feststellungen des Haftpflichturteils – die Kläger darüber auf, dass sie weiter für die Rückzahlung des Darlehens bei der E1 haften würden, falls diese einer befreienden Schuldübernahme durch den Käufer nicht zustimmen werde. Er unterließ es jedoch, sie auch über die Gefahren im Fall der Rückabwicklung des Vertrages aufzuklären. Insbesondere wies er sie nicht auf das Erfordernis einer weitergehenden Sicherung der Ausgleichszahlung in Höhe von 45.000 DM hin.

Da eine Unterwerfungserklärung i.S.v. Nr. 10 Abs. 3 des notariellen Kaufvertrages im Fall der Insolvenz des Schuldners ohne Wert ist, bot ein solcher Titel gegen den Käufer keine hinreichende Sicherheit.

bb) Der ehemalige Notar C. hat diese Pflichtverletzung auch wissentlich begangen, als er den notariellen Kaufvertrag zwischen den Klägern und dem Käufer am 24.9.1999 beurkundete, ohne die Kläger über das Risiko der ungesicherten Vorleistung des Zuzahlungsbetrages aufzuklären.

Wissentlich handelt derjenige Versicherungsnehmer, der die verletzten Pflichten positiv kennt und sich bewusst darüber hinwegsetzt (vgl. BGH, VersR 2006, 106; BGH, VersR 1991, 176; BGH, VersR 1986, 647; Senat, VersR 2012, 560; 2009, 250; Senat, Beschl. v. 12.5.2009 – 9 U 19/09; Senat, VersR 2002, 1371; OLG Hamm, OLGR 2000, 9; OLG Saarbrücken, ZfS 2008, 219).

Die Voraussetzung der Wissentlichkeit wird von der Bindungswirkung des Haftpflichturteils nicht erfasst (vgl. Senat, VersR 2012, 560). Die Bindungswirkung geht nicht weiter, als eine für die Entscheidung im Deckungsprozess maßgebliche Frage sich auch im Haftpflichtprozess nach dem vom Haftpflichtgericht gewählten rechtlichen Begründungsansatz bei objektiv zutreffender rechtlicher Würdigung als entscheidungserheblich erweist, also **Voraussetzungsidentität** vorliegt

Der Senat geht davon aus, dass der Notar C. seine Pflicht gemäß § 17 BeurkG kannte und sich bewusst über diese Belehrungspflicht hinweggesetzt hat. **Wie auch im Bereich anderer Berufshaftpflichtversicherungen ist anzunehmen, dass der Versicherungsnehmer die geläufigen Vorschriften und Pflichten kennt** (vgl. Senat, VersR 2012, 560 m.w.N.). **Kenntnis und Wille, Pflichten nicht zu beachten, sind innere Tatsachen, auf die aufgrund von Indizien geschlossen werden kann. Das äußere Geschehen und die Fundamentalität der Pflichtverletzung lassen den Schluss auf Wissentlichkeit zu** (vgl. OLG Saarbrücken, ZfS 2007, 522). Bei der Verletzung von Elementarwissen bzw. einem „Kardinalfehler“ muss dargelegt werden, aus welchen Gründen es zum Verstoß gekommen ist. Daran fehlt es.

In dem Verfahren vor dem Landgericht Dortmund (2 O 342/03) des dortigen Klägers Notar C. gegen die hiesige Beklagte hat der Notar selbst eingeräumt, dass er sich der Erforderlichkeit seiner Belehrung in rechtlicher Hinsicht bewusst gewesen sei. **Dass er eine Belehrung versehentlich unterlassen habe, machte er nicht geltend.** Ein Versehen erscheint auch wenig plausibel, da sich eine Belehrung über die Risiken der Zahlung des Ausgleichsbetrags ohne eine der vorgenannten Sicherheiten für einen erfahrenen Notar, wie es Notar C. war, geradezu hätte aufdrängen müssen. Die Pflicht, die Beteiligten über die rechtliche Tragweite eines vor dem Notar zu beurkundenden Geschäfts zu belehren und Bedenken mit den Beteiligten zu erörtern, gehört zu den Grundpflichten eines Notars (vgl. § 17 BeurkG). Hierbei handelt es sich um eine **elementare Berufspflicht** (vgl. dazu Senat, VersR 2012, 560). Über diese grundlegende Verpflichtung hat der Notar C. sich während seiner Beurkundungstätigkeit hinsichtlich der Eigentumswohnung der Kläger am 24.9.1999 nach Überzeugung des Senats wissentlich hinweggesetzt.

c) Außerdem ist davon auszugehen, dass ein etwaiger Anspruch bereits **verjährt** ist:

Maßgeblich ist nach Art. 3 Abs. 2 EGVVG bei Altverträgen die kürzere Verjährung nach § 12 Abs. 1 VVG a.F. (vgl. Muschner in: Rüffer/Halbach/Schimikowski, VVG 2. Aufl., Art 3 EGVVG Rdnr. 12).

Die Vorschrift gilt auch für Ansprüche des geschädigten Dritten bei der Haftpflichtversicherung, § 158c VVG a.F. (*Prölss in: Prölss/Martin, VVG 27. Aufl., § 12 Rdnr. 8*). **Die Verjährung beginnt danach mit dem Schluss des Jahres, in dem der Dritte die Leistung des Haftpflichtversicherers verlangen kann, in dem er aufgrund eines vollstreckbaren Titels gegen den Versicherungsnehmer dessen Befreiungsanspruch pfordern und sich überweisen lassen oder einen vollstreckbaren Titel gegen den Versicherungsnehmer hätte erwirken können** (vgl. *BGH, VersR 1968, 361*) beziehungsweise, wenn die Voraussetzungen des Einziehungsrechts gemäß § 157 VVG a.F. im Insolvenzverfahren vorgelegen haben (vgl. *BGH, NJW-RR 1993, 1306; VersR 1991, 414*).

Durch Einsichtnahme in die Insolvenzzakte hätten die Kläger den Berufshaftpflichtversicherer des Notars unschwer aus dem Schlussbericht vom 8.2.2005 und dem Widerspruchsschreiben des Notars vom 2.6.2005 erkennen können.

Jedenfalls hätte im Hinblick auf die 2007 in Kraft getretene Neuregelung des § 51 Abs. 6 BRAO die Anfrage an die Kammer bereits 2007 und nicht erst am 19.2.2011 erfolgen müssen. Ob die Regelung des § 294 Abs. 1 InsO mit dem Verbot der Einzelzwangsvollstreckung einer Vollstreckung hier entgegengestanden hätte, ist zweifelhaft, und hängt davon ab, ob die maßgebliche Forderung von der Abtretungserklärung des § 287 Abs. 2 InsO im Rahmen des Restschuldbefreiungsverfahrens erfasst wurde. Dagegen spricht der Inhalt des Schlussberichts des Insolvenzverwalters, wonach er dem Insolvenzschuldner freigestellt hat, selbst Deckungsklagen zu erheben. (...) ■

Bilanzerstellung durch Steuerberater

- Bilanzfehler
 - Uneingeschränkter Abschlussvermerk
 - Prüfungspflichten
 - Drittschutzwirkung zugunsten der Hausbank?
- (*OLG Hamm, Urt. v. 5.3.2010 – 25 U 55/09, Nichtannahmebeschluss des BGH v. 20.6.2013 – IX ZR 61/10, abgedruckt im Anschluss*)

Leitsatz (d. Red.):

Der Auftrag zur Bilanzerstellung, der die Pflicht zur Prüfung der „Unterlagen und Wertansätze“ beinhaltet, kann eine Drittschutzwirkung zugunsten der Hausbank entfalten, wenn sie auch für die Bank bestimmt war und ihr vom Steuerberater zugeleitet wurde. Der Haftungsumfang ergibt sich aus dem Wortlaut des Testats. ■

Aus den Gründen:

Die Klägerin und frühere Hausbank der inzwischen insolventen G. GmbH (nachfolgend: Insolvenzschuldnerin) begehrt die Feststellung, dass die Beklagten ihr wie Gesamtschuldner zum Ersatz des Schadens verpflichtet sind, der ihr dadurch entstanden ist, dass sie im Vertrauen auf die Richtigkeit der

von der Beklagten zu 1) als Steuerberater der GmbH erstellten günstigen, aber unzutreffenden Jahresbilanzen für 2000 und 2001 ihr Kreditengagement gegenüber der GmbH in den Jahren 2001 bis zur Kreditkündigung am 3.9.2003 aufrechterhalten bzw. erweitert hat.

Die Klägerin hat den Beklagten mit näheren Ausführungen eine Reihe von Fehlern bei der Erstellung der Jahresabschlüsse für die Jahre 2000 und 2001 vorgeworfen.

Die Beklagte zu 1), die bis einschließlich Juni 2001 auch mit der Buchführung der Insolvenzschuldnerin befasst war, hat ebenso wie ihre Gesellschafter, die Beklagten zu 2) und 3), eine Haftung verneint.

Die Beklagten haben hierzu die Ansicht vertreten, es fehle bereits an der erforderlichen rechtlichen Grundlage, da weder unmittelbare vertragliche Ansprüche noch Ansprüche unter dem Gesichtspunkt einer Drittschutzwirkung zugunsten der Klägerin bestünden.

Sie haben ferner Pflichtverletzungen in Zusammenhang mit der Erstellung der beiden Jahresbilanzen verneint.

Hierzu haben sie behauptet, die im Nachhinein notwendigen Umbuchungen und die damit verbundenen Korrekturen der Jahresergebnisse seien, soweit sie überhaupt erfolgswirksam seien, ausschließlich darauf zurückzuführen, dass erforderliche Belege durch die Mitarbeiter der GmbH im jeweiligen Buchungszeitraum nicht oder nicht vollständig vorgelegt worden seien.

Zudem sei der Klägerin durch die Vorlage der unzutreffenden Jahresabschlüsse 2000 und 2001 kein Schaden entstanden. Die im August 2001 nach Vorlage der Jahresbilanz für 2000 mit der GmbH vereinbarte Kreditlinie sei bereits vorher ausgeschöpft gewesen. Auch sei die GmbH Mitte 2001 auf Grund ihrer wirtschaftlichen Situation nicht mehr in der Lage gewesen, ihre Kreditverbindlichkeiten bei der Klägerin zurückzuführen.

Das Landgericht hat nach Beweisaufnahme durch Einholung schriftlicher Gutachten und mündlicher Befragung des Sachverständigen K. sowie nach uneidlicher Vernehmung des Zeugen S. der Klage antragsgemäß stattgegeben.

Wegen der weiteren Einzelheiten des dem erstinstanzlichen Verfahren zugrunde liegenden Sachverhalts wird Bezug genommen auf die zu den Akten gereichten Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen zur Klageschrift vom 23.12.2003 und zum Schriftsatz vom 19.5.2005 sowie auf die zum Schriftsatz vom 29.11.2005 gereichte gutachterliche Stellungnahme der J. GmbH (nachfolgend: J.) zur Ordnungsgemäßheit der Buchführung und der erstellten Jahresabschlüsse für 2000 bis 2002 der GmbH, auf die Anlagen zum Schriftsatz vom 30.7.2007, ferner auf den Inhalt der Sitzungsniederschriften vom 14.3.2008 und vom 27.3.2009 sowie auf die tatsächlichen Feststellungen im Tatbestand und den Entscheidungsgründen des angefochtenen Urteils einschließlich seiner Verweisungen.

Mit ihrer Berufung wenden sich die Beklagten gegen die Feststellung ihrer Schadenersatzverpflichtung.

Sie rügen in erster Linie die Verletzung materiellen Rechts. So habe das Landgericht zu Unrecht die Einbeziehung der Klägerin in den Schutzbereich des zwischen ihnen und der GmbH geschlossenen Vertrages bejaht, obwohl ein entsprechender Einbeziehungswille der Beklagten nicht erkennbar sei. Auch verkenne die angefochtene Entscheidung die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast bei der Beurteilung ihrer angeblichen Pflichtverletzungen. Schließlich habe das Landgericht das erhebliche Mitverschulden der GmbH nicht berücksichtigt.

Darüber hinaus beanstanden die Beklagten die Fassung des Urteilstenors als zu weitgehend. Er stelle pauschal ihre Schadenersatzpflicht fest, ohne klarzustellen, inwieweit die unzutreffenden Jahresabschlüsse auf von ihnen anzulastende Pflichtverletzungen beruhen. (...)

(Anträge ...)

Die zulässige Berufung der Beklagten hat im Wesentlichen keinen Erfolg. Sie führt nur insoweit zur Abänderung des angefochtenen Urteils, als die Feststellung der Schadenersatzverpflichtung der Beklagten auf den Zeitraum ab dem 18.5.2001 zu begrenzen ist.

Das Landgericht hat zu Recht im Wege der Feststellung nach § 256 ZPO einen Schadenersatzanspruch der Klägerin wegen schuldhafter Verletzung der Vertragspflichten der Beklagten aus dem mit der Insolvenzschriftstellerin vereinbarten Steuerberatervertrag der Beklagten zu 1) gemäß §§ 675, 611, 280 Abs. 1 BGB n.F., 128 HGB analog bzw. unter dem Gesichtspunkt einer positiven Vertragsverletzung in Verbindung mit den Grundsätzen des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter bejaht.

1. Nach der Rechtsprechung des BGH haftet ein Steuerberater, der einen Jahresabschluss erstellt, Dritten, insbesondere Kreditgebern gegenüber für die inhaltliche Richtigkeit der Bilanz, sofern diese für ihn erkennbar als Entscheidungsgrundlage für wirtschaftliche Dispositionen dienen soll (BGH, NJW 1997, 1235). **Der Umfang seiner Haftung richtet sich danach, inwieweit der Steuerberater nach dem Wortlaut seines Testats die Verantwortung für die Richtigkeit der testierten Aufstellung übernommen hat** (BGH, WM 89, 375; OLG Karlsruhe, OLGR 2003, 389–394, Tz. 83).

Unter Beachtung dieser Kriterien ist eine Haftung der Beklagten im vorliegenden Fall zu bejahen.

a) Die Klägerin befand sich in einer **Leistungsnähe** zu dem Steuerberatungsvertrag zwischen der Insolvenzschriftstellerin und der Beklagten zu 1), weil sie in gleicher Weise wie die Insolvenzschriftstellerin von Fehlleistungen im Rahmen des auf Errichtung der Jahresabschlüsse 2000 und 2001 sowie bis Juni 2001 zusätzlich auf die Erstellung der Buchführung gerichteten Mandats betroffen war.

Der unter dem 14.5.2001 der Klägerin übersandte Jahresabschluss der GmbH für 2000 war Grundlage für die Fortsetzung und Aufstockung des bislang intern gebilligten Kreditrahmens von 1,0 Mio. DM auf insgesamt 1,4 Mio. DM durch den Vertrag vom 16.8.2001. Dass dieser Jahresabschluss mit seinem unzutreffenden positiven Ergebnis der Klägerin nicht nur zu reinen Informationszwecken überlassen wurde, sondern von maßgeblicher Bedeutung für ihr weiteres Kreditengagement gegenüber der Insolvenzschriftstellerin war, ergab sich für die Beklagten **erkennbar** schon daraus, **dass die Klägerin als Hausbank der Insolvenzschriftstellerin bereits seit 1998 die jeweils aktuellen Jahresabschlüsse sowie die betriebswirtschaftlichen Auswertungen und andere Unterlagen laufend anforderte und sich vorlegen ließ. Diese Vorgänge waren** für die Beklagten – wie von dem Beklagten zu 2) bei seiner Anhörung vor der Kammer in der Sitzung vom 27.3.2009 eingeräumt wurde – **auch der Grund für ihr weitreichendes qualifiziertes Abschlusstest, für das ansonsten keine Veranlassung bestand**. Den Beklagten war somit die wirtschaftliche Bedeutung ihres Prüfberichts für etwaige Kreditentscheidungen der Klägerin bereits bei Abfassung des Testats bekannt.

Die Drittschuldhaftung der Beklagten erfordert darüber hinaus keine positive Kenntnis einer konkreten Kreditentscheidung der Klägerin auf der Grundlage des Prüftestats.

Die von den Beklagten in diesem Zusammenhang ins Feld geführte Rechtsprechung (vgl. BGH, Beschl. v. 31.10.2008 – III ZR 308/07; Urt. v. 6.4.2006 – III ZR 256/04, Tz. 13; OLG Düsseldorf, Urt. v. 2.6.2009 – 23 U 108/08; OLG München, Urt. v. 15.10.2009 – 23 U 2516/09; OLG Bremen, Urt. v. 30.8.2006 – 1 U 33/04b, 1 U 33/04) findet vorliegend keine Anwendung. Sämtliche Entscheidungen befassen sich mit der Drittschuldhaftung eines Wirtschaftsprüfers für Bestätigungsvermerke nach § 325 Abs. 1 HGB, die auf den Steuerberater nicht übertragbar ist.

Der Gesetzgeber hat die Haftung des Wirtschaftsprüfers wegen vorsätzlicher oder fahrlässiger Verletzung seiner Pflichten aus § 323 Abs. 1 Satz 3 HGB im Fall einer Pflichtprüfung oder freiwilligen Prüfung eines Jahresabschlusses auf die geprüfte Kapitalgesellschaft oder mit ihr verbundene Unternehmen beschränkt. Dadurch ist zwar die Haftung eines Wirtschaftsprüfers unter dem Gesichtspunkt des Drittschutzes nicht grundsätzlich ausgeschlossen. An sie sind jedoch strenge Anforderungen zu stellen, um damit der Intention des Gesetzgebers, den Kreis der nach § 325 HGB Anspruchsberechtigten einzugrenzen und nicht ohne Weiteres auf Dritte auszudehnen, auch in diesem Bereich Rechnung zu tragen. Die in § 323 HGB, §§ 823 Abs. 2, 826, 831 BGB vorgenommene Risikoverteilung zwischen der geprüften Gesellschaft, dem gesetzlichen Abschlussprüfer und Dritten einschließlich der mit der geprüften Gesellschaft verbundenen Unternehmen i.S.d. § 271 Abs. 2 HGB soll nicht mit Hilfe vertraglicher, vertragsähnlicher oder sonstiger Haftungsgrundsätze unterlaufen werden (vgl. Ebke, BB 1997, 1731, 1734). Zudem kommt den Bestätigungsvermerken nach § 325 Abs. 1 HGB ohnehin die Bedeutung zu, Dritten Einblick in die wirtschaftliche Situation des publizitätspflichtigen Unternehmens

zu gewähren (vgl. BGHZ 167, 155, 167 f Rdnr. 13). Um die Dritthaftung nicht in das Uferlose auszudehnen, setzt die Drittschutzhaftung des Wirtschaftsprüfers nicht bereits ein, wenn ein Dritter den Prüfvermerk für den Wirtschaftsprüfer erkennbar einer Entscheidung mit wirtschaftlichen Folgen zugrunde legen will. **Vielmehr muss für den Wirtschaftsprüfer darüber hinaus erkennbar sein, dass von ihm im Drittinteresse eine besondere Leistung erwartet wird, die über die Erbringung der gesetzlich vorgeschriebenen Pflichtprüfung hinausgeht** (vgl. BGH, a.a.O.).

Diese für die Einschränkung der Dritthaftung des Wirtschaftsprüfers maßgebenden Grundsätze gelten für den Steuerberater nicht. Auf ihn ist die Haftung der Wirtschaftsprüfer einschränkende gesetzliche Regelung nicht anwendbar. **Seine Arbeitsergebnisse haben keine vergleichbare Publizitätsfunktion, so dass hier eine uferlose Ausweitung der Dritthaftung nicht in gleicher Weise zu befürchten ist.**

b) Das für den Drittschutz erforderliche **Interesse der Insolvenzschriftnerin an der Einbeziehung der Klägerin in den Schutzbereich des mit den Beklagten vereinbarten Vertrags über die Erstellung der Jahresbilanz ist ebenfalls zu bejahen.** Die Jahresbilanzen 2000 und 2001 **sollten nicht nur der internen Unterrichtung der Insolvenzschriftnerin dienen.** Vielmehr waren sie dazu bestimmt, ihre wirtschaftliche Situation gegenüber der Klägerin als Hausbank darzustellen, die bei ihren Kreditentscheidungen zugunsten der Insolvenzschriftnerin auf diese Unterlagen als Entscheidungsgrundlage zurückgreifen musste. **Da nur inhaltlich zutreffende Bilanzen eine Fortsetzung des Kreditengagements der Klägerin auf Dauer sicherstellen konnten, war der Insolvenzschriftnerin daran gelegen, die Klägerin aufgrund ihrer besonderen Nähe zur Leistungsverpflichtung der Beklagten in den Schutzbereich des mit den Beklagten vereinbarten Steuerberatervertrages einzubeziehen** (vgl. BGH, Urt. v. 20.3.1995 – II ZR 205/94, BGHZ 129, 136; BGH, Urt. v. 22.1.1968 – VIII ZR 195/65, BGHZ 49, 350).

c) Die Einbeziehung der Klägerin in den Schutzbereich war für die Beklagte zu 1) ohne Weiteres zu erkennen, denn sie hat die **Jahresabschlüsse der Klägerin unmittelbar zugeleitet.**

d) Ein Schutzbedürfnis der Klägerin aufgrund ihrer Leistungsnähe zum Steuerberatervertrag ist auch nicht durch **eigene vertragliche Ansprüche gegenüber den Beklagten ausgeschlossen** (BGH, Urt. v. 15.2.1978 – VIII ZR 47, 77, BGHZ 70, 327; BGH, Urt. v. 20.3.1995 – II ZR 205/94, BGHZ 129, 136).

Als Grundlage eigener vertraglicher Ansprüche käme allenfalls ein **Auskunftsvertrag** der Parteien in Betracht, der aber mangels ausdrücklicher oder stillschweigender Einigung der Parteien nicht gegeben ist. Die Anforderung der von den Beklagten erstellten Jahresbilanzen und betriebswirtschaftlichen Auswertungen der GmbH durch die Klägerin über die GmbH und deren wunschgemäße Überlassung durch die Beklagten begründeten keine eigenständigen Auskunftsansprüche der Klägerin. **Bei diesen Vorgängen handelten die Beklagten auf Anweisung bzw. mit Einverständnis der Insol-**

venzschriftnerin, um diese zu unterstützen und nicht um eigene Auskunftsverpflichtungen gegenüber der Klägerin zu erfüllen (vgl. auch Gräfe/Lenzen/Schmeer, Steuerberaterhaftung 4. Aufl., Rdnr. 424, 426 m.w.N.).

2. Die anspruchsbegründende Pflichtverletzung der Beklagten besteht darin, die Jahresbilanzen für 2000 und 2001 **auf der Grundlage einer fehlerhaften Buchführung** erstellt und deren **Ordnungsgemäßheit zu Unrecht bescheinigt** zu haben, obwohl sie die objektive Unrichtigkeit ihrer Abschlussbescheinigung bei Anwendung der im Verkehr üblichen Sorgfalt hätten erkennen müssen.

a) Die Beklagten, die als Steuerberater seit 1999 mit der laufenden steuerlichen Beratung der Insolvenzschriftnerin sowie der Erstellung der Jahresabschlüsse betraut waren, **schuldeten ordnungsgemäße Bilanzen, die nach § 243 Abs. 1 HGB unter Beachtung der Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführung eine den tatsächlichen Verhältnissen entsprechende Übersicht über die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der Gesellschaft zu vermitteln hatten.** Darüber hinaus waren sie aufgrund eines entsprechenden Auftrages bis Juni 2001 verpflichtet, eine den Grundsätzen **des § 238 Abs. 1 Satz 2 HGB entsprechende Buchführung zu erstellen.** Danach muss die Buchführung klar und übersichtlich sein, alle Geschäftsvorfälle ordnungsgemäß erfassen. Ferner sind Buchungen nur gegen Beleg vorzunehmen; die Buchführung und Belege sind ordnungsgemäß aufzubewahren (§§ 145–147 AO).

Darüber hinaus müssen sich die Beklagten daran festhalten lassen, dass die Beklagte zu 1) **in den Jahresabschlüssen eine Überprüfung der von der Insolvenzschriftnerin vorgelegten Unterlagen bescheinigt hat.** Das folgt aus dem weitgehenden Wortlaut der für 2000 und 2001 erstellten Abschlussbescheinigungen.

Die Erklärung „... **wir haben die Unterlagen und die Wertansätze auftragsgemäß geprüft.**“ lässt sich nur mit einem entsprechend umfassenden Prüfauftrag erklären, auf den die Klägerin vertrauen durfte. Soweit die Beklagten eine derartige Vereinbarung mit der Insolvenzschriftnerin bestreiten, ist dies für die Dritthaftung unerheblich, denn insoweit ist der Inhalt der erteilten Abschlussbescheinigungen maßgebend.

b) Dafür, dass die Erstellung der Jahresabschlüsse 2000 und 2001 den Grundsätzen ordnungsgemäßer Buchführung nicht entsprach und die Beklagte zu 1) die Verpflichtung zur Überprüfung der vorgelegten Buchungsunterlagen auf ihre Vollständigkeit und Richtigkeit nicht einhielt, spricht zunächst der Umfang der im Nachhinein erforderlichen Fehlerkorrekturen, wie sie von den Beklagten selbst und später von der J. durchgeführt werden mussten. Dies deutet bereits auf eine unsorgfältige Arbeitsweise hin.

Infolge dieser notwendigen Korrekturbuchungen ergab sich für das Jahr 2000 anstelle des von den Beklagten gemäß ihrer Bescheinigung vom 30.4.2001 ermittelten Jahresüberschusses von 163.838,89 DM unstreitig der von der J. ermittelte Jahresfehlbetrag von –390.424,05 DM. Für das Jahr

2001 errechnete sich infolge der Korrekturen ein Jahresfehlbetrag von –381.500,35 DM gegenüber dem von den Beklagten gemäß Bescheinigung vom 23.08.2002 ermittelten Jahresüberschuss von 22.576,19 DM (gutachterliche Stellungnahme der J. vom 28.4.2005).

Diese Differenzbeträge sind im Wesentlichen auf Fehler der Beklagten bei der Erstellung der Jahresabschlüsse bzw. auf die mangelhafte Überprüfung der Buchungsunterlagen zurückzuführen. Das Landgericht hat im Ergebnis zu Recht eine Reihe von Fehlern festgestellt. Die dagegen gerichteten Berufungsangriffe der Beklagten rechtfertigen im Ergebnis keine günstigere Beurteilung.

Zuzugeben ist den Beklagten allein, dass die Frage, ob die der Beklagten zu 1) vorliegenden Unterlagen eine zutreffende Erstellung der Jahresabschlüsse erlaubten, schon auf der Ebene der Pflichtverletzung und nicht erst auf der Ebene des Vertretenmüssens relevant wird. Die laufende Beauftragung mit der Erstellung von Buchführung und Jahresabschlüssen ist als Geschäftsbesorgungsvertrag mit Dienstvertragscharakter anzusehen. Der Steuerberater schuldet die ordnungsgemäße Verarbeitung der ihm hierfür überlassenen Unterlagen. Dabei kann er auf die Richtigkeit und Vollständigkeit der ihm für die Erstellung der Buchführung und die Anfertigung der Jahresabschlüsse überlassenen Grundaufzeichnungen und sonstigen Unterlagen vertrauen. **Eine Pflichtverletzung liegt erst dann vor, wenn entweder die Bilanzansätze auf der Grundlage der überlassenen Unterlagen fehlerhaft sind oder der Steuerberater hätte erkennen müssen, dass die Unterlagen unvollständig oder fehlerhaft sind** (vgl. OLG Düsseldorf, Urt. v. 10.5.1990 – 18 U 125/89, Gl 1990, 138–140). Der Steuerberater hat auf jeden Fall die Pflicht darauf zu achten, dass die ihm überlassenen Unterlagen vollständig und stimmig sind. Bescheinigt er – wie hier – eine umfassende Prüfung, gehen seine Prüfpflichten noch darüber hinaus. Die von dem Landgericht für seine abweichende Auffassung herangezogene Entscheidung des KG (DStRE 2007, 1348 ff) gibt für die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast nichts her, denn sie befasst sich hiermit nicht.

Dies ändert im Ergebnis aber nichts an der Fehlerhaftigkeit der Jahresabschlüsse, was dazu führt, dass die Berufungsangriffe der Beklagten im Ergebnis unberechtigt sind.

c) Jahresabschluss zum 31.12.2000:

aa) Bei den im Rahmen der Berichtigungsarbeiten vorzunehmenden Umbuchungen in einer Größenordnung von 10.000 DM bis 100.000 DM ist es zu 24 Umbuchungen mit einer Ertragswirksamkeit von 294.408,30 DM gekommen.

Der Einwand der Beklagten, **die Forderungen seien ihnen gegenüber durch die Zeugin S2 als werthaltig bezeichnet worden**, schließt eine Pflichtverletzung nicht aus.

Nach den aus Sicht des Senats zutreffenden **Hinweisen der Steuerberaterkammer muss sich der Steuerberater im Fall einer umfassenden Abschlussbescheinigung seine Über-**

zeugung nach den gleichen Grundsätzen bilden wie sie hinsichtlich Art und Umfang der durchzuführenden Prüfungshandlungen bei einer handelsrechtlichen Abschlussprüfung gelten. Die Beklagte zu 1) durfte sich entgegen der von den Beklagten vertretenen Auffassung nicht darauf beschränken, nur die Schlüssigkeit der ihr überreichten Unterlagen zu prüfen. Diese Verpflichtung traf sie ohnehin. Sie hätte vielmehr – so wie es die J. später getan hat – **Saldenbestätigungen** einholen müssen, was dazu geführt hätte, dass die Werthaltigkeit des Forderungsbestands in einer Größenordnung von 294.408,30 DM nicht festzustellen war. Es ist nämlich nicht ersichtlich, dass die Einholung von Saldenbestätigungen durch die Beklagte zu 1) zu einem anderen Ergebnis geführt hätte, als dies bei der Einholung von Saldenbestätigungen durch die J. der Fall war.

bb) Eine ergebniswirksame Korrektur im Umfang von 29.210 DM ergab sich aus der **Auflösung von Rechnungsabgrenzungsposten**. Der Beklagten zu 1) ist hier vorzuwerfen, dass sie die monatlichen Aufwendungen für Kfz-Versicherungen und sonstige Versicherungen nicht ordnungsgemäß den jeweiligen Monaten zuordnete.

Der Vortrag der Beklagten hierzu, sie habe sich auf mündlich erteilte Informationen verlassen, ist unerheblich, denn sie **durfte sich jedenfalls bei einem – eine umfassende Prüfung bescheinigenden Abschlussvermerk – nicht auf mündlich erteilte Informationen verlassen**. Soweit die Beklagten an anderer Stelle einwenden, dass monatliche Zuordnungen aufgrund unvollständig erteilter Informationen nicht vollständig erfolgen konnten und gewisse Unsicherheiten wegen der Geringfügigkeit der Beträge in Kauf genommen wurden, füllt dieser Vortrag ebenfalls eine Pflichtverletzung aus, weil die Beklagte zu 1) dann sehenden Auges aufgrund unvollständiger Grundlage gebucht hätte.

cc) Ein weiterer Fehler liegt darin, **dass die Forderungen der Insolvenzschuldnerin gegenüber der E. mit 2.080.661,58 DM zu hoch ausgewiesen wurden**, weil Forderungen in Höhe von 2.849.315,53 DM statt 768.653,95 DM erfasst wurden und Verbindlichkeiten um 1.193.433,77 DM zu hoch ausgewiesen wurden, weil diese mit einem Betrag von 1.559.566,24 DM statt 366.231,47 DM erfasst wurden.

Da der zu hoch ausgewiesene Forderungsbestand den überhöhten Ausweis an Verbindlichkeiten überstieg, wurde hierdurch das Jahresergebnis günstiger dargestellt, als es tatsächlich war.

Der Vortrag der Beklagten, der Beklagten zu 1) hätten die maßgeblichen Unterlagen, aus denen sich der tatsächliche Bestand an Forderungen und Verbindlichkeiten ergab, nicht vorgelegen, schließt eine Pflichtverletzung nicht aus. Angesichts der Bescheinigung einer uneingeschränkten Prüfung der Unterlagen der Insolvenzschuldnerin, wäre die Beklagte zu 1) gehalten gewesen die Konten der Insolvenzschuldnerin mit denen der E. GmbH abzustimmen.

dd) Die objektiv fehlerhafte Doppelberücksichtigung der beiden Lieferantenrechnungen Nr. ...2 und ...3 der G2

GmbH & Co. KG vom 30.10.2000 an die E2 GmbH, der Schwestergesellschaft der Insolvenzschnldnerin, über jeweils brutto 174.653,96 DM, d.h. über insgesamt 349.307,92 DM als Lieferrechnungen in der Bilanz 2000 beruht auf einer Pflichtverletzung der Beklagten. Soweit diese ins Feld führen, die fehlerhafte Buchung dieser Weiterbelastungsrechnungen sei der Insolvenzschnldnerin anzulasten, da diese „Belastungsanzeigen“ fälschlicherweise wie normale Warenrechnungen ausgewiesen, d.h. mit den Umsatzsteuerbeträgen ausgewiesen und zudem in die Rechnungsausgangslisten eingetragen gewesen seien, kann dem nicht gefolgt werden. Die formell als Rechnung ausgestalteten, ausdrücklich aber als Belastungsanzeige bezeichneten Unterlagen, hätten den Beklagten Anlass geben müssen, diese Vorgänge bei der Insolvenzschnldnerin zu klären.

Der Aufdruck „Belastungsanzeige“ wies darauf hin, dass es sich insoweit nicht um Rechnungen für Lieferungen an die E2 GmbH handelte, sondern um die Weiterleitung von Aufwendungen, welche die Klägerin für die Schwestergesellschaft tätigte, indem sie Rechnungen der G2 GmbH & Co. KG an die Schwestergesellschaft beglich. Bei entsprechenden Nachfragen seitens der Beklagten wäre der wahre Sachverhalt aufgedeckt worden. Die unberechtigte „Doppelberücksichtigung“ dieser „Rechnungen“, die bilanztechnisch zu einer unbegründeten Erhöhung des Forderungsbestands geführt hat, wäre nicht erfolgt.

Die Beklagten waren auch zur Nachforschung verpflichtet. Ausweislich des Wortlauts ihrer Abschlussbescheinigung waren sie hierzu „auftragsgemäß“ verpflichtet.

ee) Hinsichtlich des vergleichbaren Vorgangs betreffend die Rechnung Nr. ...4 vom 5.12.2000 der K2 an die E2 GmbH über brutto 98.204,60 DM, die zunächst aufgrund der Kontoauszüge der Insolvenzschnldnerin als Rechnungsfordernng aufgrund einer Lieferung an die E2 GmbH gebucht wurde, obwohl es sich tatsächlich um eine Belastungsanzeige handelte, liegt ebenfalls ein der Beklagten zu 1) anzulastender Buchungsfehler vor.

Dem steht nicht entgegen, dass diese Rechnung unstreitig keinen Hinweis darauf enthält, dass es sich um eine Belastungsanzeige handelte. Dies hätte sich aber anhand der Verrechnungsliste zwischen der Insolvenzschnldnerin und ihrer Schwestergesellschaft ermitteln lassen. Ob diese Verrechnungsliste den Beklagten bei Erstellung der Abschlussbilanz zum 31.12.2000 vorgelegen hat, ist streitig.

Diese Frage kann jedoch offenbleiben. **Denn aufgrund des uneingeschränkten Abschlussvermerks wäre die Beklagte zu 1), sofern die Verrechnungsliste bei Fertigung der Bilanz nicht greifbar war, zur Durchführung einer Saldenbestätigung verpflichtet gewesen, um den Forderungsbestand dadurch abzuklären.** In diesem Fall wäre die falsche Buchung der Rechnung K2 offenkundig geworden und hätte zur entsprechenden Umbuchung geführt.

ff) Eine **Gutschrift** der G3 GmbH über 34.679,98 DM wurde fehlerhaft nicht erfasst. Dass von Anfang an eine Gutschrift

erteilt wurde, ergibt sich aus dem entsprechenden Beleg. Wenn dieser – wie die Beklagten behaupten – der Beklagten zu 1) erst nach der erstmaligen Erstellung des Jahresabschlusses zum 31.12.2000 im Jahr 2003 vorgelegen hatte, ist nicht nachvollziehbar, auf welcher Grundlage die Verbuchung als Forderung beruhte. Die Rechnungsausgangsliste wäre hierfür als Buchungsgrundlage in Hinblick auf die umfassende Abschlussbestätigung der Beklagten nicht ausreichend gewesen.

gg) Auch die Buchung der an die F2 in Höhe von 15.405,75 DM erfolgten Gutschrift als Forderung ist den Beklagten als Pflichtverletzung anzulasten.

Insoweit gelten die vorstehenden Ausführungen entsprechend.

hh) Hingegen ist den Beklagten nicht anzulasten, dass eine **Körperschaftsteuerzahlung** nach einem Schreiben des Zeugen T3 **doppelt gebucht** worden sein soll. Es ist nicht ersichtlich, inwieweit hierdurch das Jahresergebnis fehlerhaft zu günstig ausgewiesen wurde.

ii) Es kann dahinstehen, ob durch die fehlerhafte Erfassung der **Zinsen** für einen Eurokredit über 8.561,11 DM als durchlaufende Posten statt im Aufwandsbereich das Jahresergebnis zum 31.12.2000 zu positiv ausgewiesen wurde. Nach dem Vortrag der Beklagten in dem gemeinsam verhandelten Parallelverfahren 25 U 23/09 betraf das Darlehen die Schwestergesellschaft, was zur Folge gehabt hätte, dass dem Aufwand der Klägerin ein entsprechender Erstattungsanspruch der Klägerin gegenüberstand. Der Klägerin muss hierzu nicht Gelegenheit zur ergänzenden Stellungnahme gegeben werden, weil die Frage der fehlerhaften Verbuchung der hier in Rede stehenden vergleichsweise geringfügigen Beträge für die Bejahung des Ausweises eines fehlerhaft zu günstigen Jahresergebnisses nicht entscheidend ist.

d) Jahresabschluss zum 31.12.2001:

aa) Die **Debitoren und Kreditoren** wurden zum 31.12.2001 nach dem durch Vorlage des Privatgutachtens der J. untermauerten Vortrag der Klägerin, dem die Beklagten insoweit nicht hinreichend entgegengetreten sind, **fehlerhaft abgestimmt**. Die Beklagte zu 1) hat diese „rückwärts abgestimmt“, indem sie den Saldo aus 2000 übernommen, die Zahlungen abgezogen und den Differenzbetrag gegen ein Sammelkonto gebucht hat. Richtigerweise hätte die Beklagte zu 1) Saldenbestätigungen einholen und Differenzen zwischen dem Saldo aus 2000 und dem aus 2001 klären müssen.

bb) Die Beklagte zu 1) hat schließlich die **Forderungen** der Insolvenzschnldnerin gegenüber der G4 mit 354.325,36 DM zu hoch ausgewiesen. Die Forderungen gegen diese Firma, die gleichzeitig die Stellung als Gläubigerin der Insolvenzschnldnerin aufgrund von Lieferverträgen hatte, waren tatsächlich aufgrund einer vereinbarten **Aufrechnung und der Zahlung eines nach der Aufrechnung verbleibenden Restbetrags von 1.128,81 DM** erloschen.

Darüber hinaus hat die Beklagte zu 1) einen großen Anteil der Verbindlichkeiten, nämlich 288.684,00 DM fehlerhaft als **Minderung des Materialaufwands erfolgserhöhend verbucht**.

Der Berücksichtigung der Aufrechnung bei der Erstellung der Bilanz stand § 246 Abs. 2 HGB nicht entgegen, denn dieses Verrechnungsverbot wird durch zahlreiche Ausnahmen durchbrochen. In der Bilanz können Forderungen und Verbindlichkeiten gegenüber denselben Personen gegeneinander aufgerechnet werden (vgl. dazu *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, § 246 Rdnr. 40*).

Die Beklagten können sich nicht damit verteidigen, dass sich aus den der Beklagten zu 1) zugänglich gemachten Unterlagen der tatsächliche Sachverhalt nicht ergab. Sie hätten angesichts des eine umfassende Prüfung bescheinigenden Abschlussvermerks Saldenbestätigungen einholen müssen, aus denen sich der richtige Sachverhalt ergeben hätte.

cc) Die Beklagten haben fehlerhaft **Provisionsaufwand** in Höhe von 39.900 DM nicht erfasst. Dieser Fehler beruht darauf, dass die Beklagte zu 1) Ausgangs- mit Eingangsumsätzen saldierte. Unabhängig davon, ob dies wegen einer Durchbrechung des Verrechnungsverbots nach § 246 Abs. 2 HGB gestattet war, führte die Verfahrensweise der Beklagten zu 1) hier dazu, dass die sich an den Umsätzen orientierenden Provisionen zu niedrig bemessen wurden. Bei der Korrektur mussten dann wegen der tatsächlich vorhandenen höheren Umsätze der Provisionsaufwand erhöht werden, was das Ergebnis minderte.

Fall die betreffenden Zahlungen lediglich durch Kontoauszüge belegt waren und nicht durch die Rechnungen, hätte die Beklagte zu 1) die für eine ordnungsgemäße Buchung notwendigen Rechnungen von der Insolvenzschriftführerin anfordern müssen. Falls dem nicht nachgekommen wäre, hätten die Beklagten diesen Vorgang in ihrer Abschlussbescheinigung klarstellen müssen. Jedenfalls steht die Verfahrensweise der Beklagten zu 1) nicht in Einklang mit dem uneingeschränkt erteilten Abschlussvermerk. Im Übrigen hätten der Beklagten zu 1) nach den Ausführungen des Sachverständigen K. in der mündlichen Verhandlung vom 14.3.2008 die tatsächlichen Zusammenhänge spätestens bei der Kreditoren/Debitorenabstimmung Anfang 2002 und damit vor Erstellung der Abschlussbilanz 2001 auffallen müssen.

dd) Die zunächst **ergebnisneutral verbuchte Position „Leasinggebühren“** in Höhe von 6.700 DM für einen von der Insolvenzschriftführerin genutzten Kühlanhänger mit Dresdner Kennzeichen, musste in Zusammenhang mit den Abschlussarbeiten für 2001 geklärt und ergebniswirksam verbucht werden. Der Sachverständige K. hat dies bei seiner Anhörung vor dem Landgericht Dortmund in der Sitzung vom 14.3.2008 ausdrücklich bestätigt.

Dass die Zuordnung dieser Kosten zum Betrieb der Insolvenzschriftführerin erst in 2003 klargestellt wurde, entlastet die Beklagten nicht. Aufgrund ihrer umfassenden, uneingeschränkten Abschlussbescheinigung waren sie zur ordnungsgemäßen ergebniswirksamen Erfassung dieser Position und

der dazu erforderlichen vorherigen Klärung dieser Position verpflichtet. Wäre dies nicht möglich gewesen, hätten sie eine entsprechende Einschränkung des Abschlussvermerks zur Bilanz aufnehmen müssen.

ee) Der in der ursprünglichen Fassung des Jahresabschlusses um 79.000 DM **zu niedrig ausgewiesene Personalaufwand** ist den Beklagten anzulasten. Ihrem eigenen Vorbringen zufolge haben sie diese Position nur nach dem Zahlungsfluss gebucht, da ihnen vollständige Unterlagen durch die Insolvenzschriftführerin nicht zur Verfügung gestellt worden waren. Das Landgericht hat auch hier zutreffend eine Pflichtverletzung bejaht. Aufgrund ihrer umfassenden Abschlussbescheinigung hätten sie sich nicht auf rein stichprobenartige Prüfungen beschränken dürfen.

ff) Hinsichtlich der Korrekturposition **„Umsatzsteuernachzahlung“** in Höhe von 7.500 DM ist hingegen der Argumentation der Beklagten zu folgen. Da die Nachzahlungsanordnung auf einem Bescheid vom 29.10.2003 beruht, ist nicht nachvollziehbar, inwiefern die Beklagten diesen bei der erstmaligen Erstellung der Bilanz für 2001 hätten berücksichtigen müssen. Damit sind die Voraussetzungen einer Pflichtverletzung der Beklagten nicht ansatzweise dargetan.

gg) Bezüglich der bilanziellen Behandlung der Veräußerung zweier Lkw fehlt es an schlüssigem Vortrag der Klägerin zu einer fehlerhaften Ausweisung des Jahresergebnisses durch die Beklagte zu 1). Die Klägerin wirft der Beklagten zu 1) hier vor, den Abgang in dem Anlagenverzeichnis nicht nachvollzogen zu haben. Inwieweit daraus ein zu günstiger Ausweis des Jahresergebnisses folgte, erschließt sich nicht.

hh) Auch hätte in dem ursprünglichen Jahresabschluss zum 31.12.2001 **kein Aufwand für die Berichtigung der Jahresabschlüsse** im Wege der Rückstellung berücksichtigt werden müssen. **Diese Korrekturen hätte die Beklagte zu 1) kostenfrei durchführen müssen, weil sie durch eine schuldhaft Pflichtenverletzung verursacht worden waren.** Der Vertrag zwischen der Beklagten zu 1) und der Insolvenzschriftführerin beinhaltete ebenfalls die Prüfung der seitens der Insolvenzschriftführerin vorgelegten Unterlagen. Wenn der uneingeschränkte Abschlussvermerk seitens der Klägerin gefordert worden war, wie der Beklagte zu 2) bei seiner persönlichen Anhörung vor dem Landgericht eingeräumt hatte, dann war das Mandat mit der Insolvenzschriftführerin auch darauf gerichtet.

Die insgesamt sowohl für 2000 als auch 2001 notwendigen ergebniswirksamen Umbuchungen, von denen für 2000 insgesamt 183 erfolgswirksam waren, und die zu einer Korrektur des Bilanzergebnisses für 2000 um –144.967,81 DM (74.120,86 EUR) und für 2001 um –148.065,50 DM (75.704,69 EUR) geführt haben, sind danach zum überwiegenden Teil auf die pflichtwidrige Übernahme ungeklärter oder falscher Buchungsvorgänge in beiden Bilanzen zurückzuführen.

Soweit Pflichtverletzungen der Beklagten zu 1) bei einzelnen Bilanzausweisen nicht festzustellen oder offengeblieben sind, betreffen sie vergleichsweise geringfügige Beträge, die nichts

darin ändern, dass statt positiver Jahresergebnisse richtigerweise Verluste auszuweisen gewesen wären.

3. Die Pflichtverletzungen der Beklagten, die in ihrer Gesamtheit zu einer Ausweisung falscher Jahresergebnisse in den Abschlussbilanzen 2000 und 2001 geführt haben, sind **adäquat kausal für den bei der Klägerin zu erwartenden, derzeit nicht konkret bezifferbaren Schaden durch den Ausfall mit ihrer Kreditforderung.**

Es kann dahinstehen, ob die Klägerin angesichts des Umstands, dass es nach der erstinstanzlichen Aussage des Zeugen S. **im Fall der zutreffenden Ausweisung des Jahresergebnisses für das Jahr 2000 mehrere Reaktionsmöglichkeiten** gegeben hätte, der Beweis des ersten Anscheins dafür zugute kommt, dass sie von einer Ausweitung des Kreditengagements abgesehen und eine Rückführung des bis zum 18.5.2001 ausgereichten Kredits möglich gewesen wäre.

Die Klägerin kann jedenfalls die aus § 287 ZPO folgenden Beweiserleichterungen in Anspruch nehmen. Danach genügt die aufgrund hinreichender tatsächlicher Grundlage beruhende überwiegende Wahrscheinlichkeit, dass die Klägerin mit einem geringeren Betrag ihrer Darlehensforderung ausgefallen wäre, als das nun der Fall ist.

Der Jahresabschluss zum 31.12.2000 war **Grundlage dafür, dass die Klägerin weiterhin Überziehungen über den zunächst vereinbarten Kreditrahmen zuließ und dann den Kreditrahmen später formell aufstockte.** Dafür spricht zunächst die durchgeführte Bilanzanalyse, die sich auf das Ergebnis des Jahresabschlusses zum 31.12.2000 stützte. Darüber hinaus ergibt sich aus der Aussage des Zeugen S., dass der Jahresabschluss zum 31.12.2000 **Grundlage für die Entscheidung war, weiterhin Sollbuchungen zuzulassen und den Kreditrahmen dann später durch eine entsprechende Vereinbarung zu erweitern.** Der Aussage des Zeugen ist zu folgen, denn sie ist glaubhaft, der Zeuge selbst glaubwürdig. Die Angaben des Zeugen sind plausibel, denn er bekundet nachvollziehbare und wirtschaftlich vernünftige Reaktionen der Klägerin auf den Inhalt des Jahresabschlusses zum 31.12.2000. Ungeachtet des Umstands, dass der Zeuge als Mitarbeiter der Klägerin in deren Lager steht, ergeben sich keine durchgreifenden Zweifel an dessen Glaubwürdigkeit.

Schließlich spricht entgegen der Ansicht der Beklagten auch der Inhalt des Kündigungsschreibens der Klägerin dafür, dass der Inhalt des Jahresabschlusses zum 31.12.2000 Grundlage dafür war, das Kreditengagement mit der Insolvenzschuldnerin fortzuführen und zumindest durch die Duldung weiterer Sollbuchungen auszuweiten. **In dem Kündigungsschreiben nimmt die Klägerin auch Bezug auf die Wertlosigkeit der als Sicherheit dienenden Globalzession durch die Insolvenzschuldnerin. Dies ist aber gekoppelt an den fehlerhaft zu hoch ausgewiesenen Forderungsbestand im Jahresabschluss zum 31.12.2000.**

Es ist nicht entscheidend, dass die Klägerin die Erweiterung des Kreditvolumens erst im August vereinbart hat, vielmehr ist maßgebend, in welchem Umfang das Konto der Insol-

venzschuldnerin bei Zugang des Jahresabschlusses zum 31.12.2000 und nach Abschluss der Prüfung überzogen war, denn in diesem Umfang war das Geld schlicht abgeflossen.

Abzustellen ist auf den 18.5.2001, denn zu diesem Zeitpunkt hat die Klägerin eine Bilanzanalyse erstellt, d.h. die Bilanz geprüft.

Der Saldo am 18.5.2001 betrug – inzwischen unstreitig – 1.125.292,63 DM. Der Saldo im Zeitpunkt der Kündigung am 17.09.2003 belief sich – wie zwischen den Parteien im Verlauf des Rechtsstreits ebenfalls unstreitig geworden ist – auf 1.394.938,70 DM. **Selbst wenn eine Realisierung der Kreditforderung nicht möglich gewesen wäre, wäre der Darlehenssaldo um 269.646,07 DM geringer ausgefallen als bei zutreffendem Ausweis des Jahresergebnisses zum 31.12.2000** und der Nichtzulassung weiterer Sollbuchungen durch die Klägerin ab diesem Zeitpunkt.

Der unzutreffende Ausweis eines positiven Jahresergebnisses in dem Jahresabschluss zum 31.12.2001 hat weiter dazu beigetragen, dass das Kreditengagement bis zum 17.9.2003 aufrechterhalten wurde und der höhere Kreditsaldo im ... erreicht wurde. Ob die Klägerin bei Vorlage einer ordnungsgemäßen Bilanz im April 2001 von den Eheleuten L3 weitere **Sicherheiten** zur Absicherung des Kreditrisikos hätte bestellen lassen, kann vor diesem Hintergrund offenbleiben.

Ein Kreditschaden der Klägerin in Höhe von mindestens einem Euro besteht weiterhin. Nennenswerte Geldbeträge sind von den Eheleuten L3 nicht zu erwarten, nachdem diese die eidesstattliche Versicherung abgegeben haben. Die Beteiligungen in Brandenburg und Eberswalde mit einem Nominalbetrag von 102.258,38 EUR würden ebenfalls, sofern ein Abfindungsguthaben in dieser Höhe erreicht würde, nicht die Gesamtforderung der Klägerin zum 17.09.2003 in Höhe von rund 713.000 EUR zzgl. bislang aufgelaufener Zinsen abdecken können. **Das Vermögen der GmbH steht ebenfalls nicht zur Verfügung,** da zwischenzeitlich das Insolvenzverfahren eröffnet wurde, das bislang nicht abgeschlossen ist und in dem die Höhe der auszuschüttenden **Quote** nicht feststeht, die unbestritten in jedem Fall nicht zur vollständigen Befriedigung der Forderungen der Klägerin führen wird.

Die zwischenzeitlich erfolgte Verwertung der vom ehemaligen Geschäftsführer der Insolvenzschuldnerin und seiner Ehefrau gestellten Sicherheiten haben zwar zu einer Verringerung der Kreditforderungen der Klägerin gegenüber der Insolvenzschuldnerin geführt, nicht aber zu einem völligen Ausgleich. So sind mit den Erlösen aus der Verwertung der Eigentumswohnungen der Ehefrau die zur Anschaffung eingegangenen Kreditverbindlichkeiten ausgelöst worden. Die weiteren Erlöse aus der Verwertung des Einfamilienhauses des ehemaligen Geschäftsführers der Insolvenzschuldnerin und seiner Ehefrau, der Lebensversicherung des ehemaligen Geschäftsführers sowie der Globalzession der Forderungen der Insolvenzschuldnerin sind mit ihrem Gesamtwert von 355.000 EUR in dem auf den 26.8.2008

von der Klägerin unbestritten errechneten Saldo ihrer Gesamtforderungen mit rund 614.000 EUR berücksichtigt.

Ausgehend davon, dass die Klägerin aufgrund der am 18.5.2001 durchgeführten internen Analyse der Bilanz für 2000 bei Vorlage einer inhaltlich zutreffenden Bilanz ab diesem Zeitpunkt keine weiteren Sollbuchungen mehr zugelassen hätte, umfasst die Haftung der Beklagten den seit dem 18.05.2001 bei der Klägerin eingetretenen und noch entstehenden Schaden, der auf die Ausweisung falscher Jahresergebnisse in den Bilanzen 2000 und 2001 zurückzuführen ist.

Da die Beklagten mit ihren jeweils uneingeschränkten Testaten für die Richtigkeit des Gesamtergebnisses einzustehen haben, ist für eine Differenzierung ihrer Haftung nach einzelnen ihnen anzulastenden Pflichtverletzungen kein Raum.

Das angefochtene Urteil war, wie dem Tenor zu entnehmen ist, abzuändern und die weitergehende Berufung der Beklagten zurückzuweisen.

4. Der Klägerin ist nach § 254 Abs. 1 BGB i.V.m. § 334 BGB analog **kein Mitverschulden anzulasten**, weil die Insolvenzschriftführerin nach der Behauptung der Beklagten der Beklagten zu 1) unvollständige oder fehlerhafte Unterlagen überlassen hatte und der Geschäftsführer der Insolvenzschriftführerin die Arbeitsergebnisse der Beklagten zu 1) ungeprüft übernommen habe.

a) Die Berücksichtigung eines Mitverschuldens kommt insoweit nicht in Betracht, als der Steuerpflichtige sich gerade der **Sachkunde des Steuerberaters** bedient. Das bedeutet, dass der Geschäftsführer der Insolvenzschriftführerin, der sich der Sachkunde der Beklagten zu 1) gerade für die Erstellung eines sach- und fachgerechten Jahresabschlusses bediente, deren Arbeitsergebnisse nicht noch einmal nachvollziehen und überprüfen musste.

b) Ein etwaiges **Mitverschulden aus einer unzureichenden Überlassung von Grundaufzeichnungen** tritt hier zurück, weil die Beklagte zu 1) die Prüfung der vorgelegten Unterlagen übernommen hatte und bei ordnungsgemäßer Erfüllung dieser Verpflichtung etwaige Fehler hätten entdecken müssen. Wenn die Überprüfung der Unterlagen gerade Gegenstand des gegenüber dem Dritten verlautbarten Auftragsumfangs ist, können Fehler, deren Aufdeckung danach gerade geschuldet war, kein Mitverschulden begründen. (...) ■

Nichtannahme der Revision durch Beschluss des BGH v. 20.6.2013 – IX ZR 61/10

Aus den Gründen:

Die vom Berufungsgericht bejahte Dritthaftung der Beklagten verleiht der Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung. Das fallbezogene Ergebnis folgt bereits aus den Grundsätzen des Senatsurteils vom 19.12.1996 (IX ZR 327/95, NJW 1997, 1235), die der Senat in seinem Urteil vom 14.6.2012 (IX ZR 145/11, BGHZ 193, 297 Rdnr. 19 a.E.) erneut bestätigt hat. In seiner Subsumtion ist das Berufungsgericht weder von

Rechtssätzen des Bundesgerichtshofs abgewichen noch hat es durch Übergehung von Sachvortrag das rechtliche Gehör der Beklagten verletzt. Bei der Auslegung der erteilten Testate durfte die Erklärung des Zweitbeklagten herangezogen werden, die dieser am 27.3.2009 zu Protokoll des Landgerichts abgegeben hat.

Die vom Berufungsgericht verneinte Möglichkeit, ein **Mitverschulden** der Mandantin gegenüber der Klägerin entlassend zu berücksichtigen, steht im Einklang mit anerkannten Rechtsgrundsätzen, nach denen die entsprechende Anwendung von § 334 BGB konkludent abbedungen werden kann (vgl. BGH, Urt. v. 10.11.1994 – III ZR 50/94, BGHZ 127, 378, 385 f; ebenso etwa MünchKomm-BGB/Gottwald 6. Aufl., § 328 Rdnr. 201; Staudinger/Jagmann, BGB 2009, § 328 Rdnr. 111).

Auch das für die Gegenmeinung angeführte Werk von Gräfe/Lenzen/Schmeer (*Steuerberaterhaftung* 4. Aufl., Rdnr. 702, S. 554 Mitte) folgt dieser Ansicht. Sie wird heute überdies im Ergebnis durch § 311 Abs. 3 BGB bestätigt; denn die Beklagten haften der Klägerin bereits aufgrund eines eigenen Vertrauensverhältnisses, ohne dass sich die Klägerin hier – wie bei einem Auskunftsvertrag (vgl. dazu BGH, Beschl. v. 1.12.1994 – IX ZR 53/94, GI 1995, 130) – ein Mitverschulden der Mandantin anrechnen lassen müsste. ■

Beraterhaftung

- Mitverschulden des Auftraggebers
 - Warnungen Dritter
 - Offenkundige Fehler
- (BGH, Beschl. v. 23.9.2010 – IX ZR 132/08)

Leitsatz (d. Red.):

Steuerberater und Anwälte können bei einem durch eine Fehlberatung verursachten Schaden nicht den Einwand des Mitverschuldens erheben. Eine Ausnahme ist dann gegeben, wenn der Mandant Warnungen Dritter oder ohne Weiteres erkennbare Umstände, die für die Unrichtigkeit der Beratung sprechen, nicht genügend beachtet. ■

Aus den Gründen:

Die Nichtzulassungsbeschwerde ist statthaft (§ 544 Abs. 1 Satz 1 ZPO) und zulässig (§ 544 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 ZPO). Sie hat aber keinen Erfolg. Weder hat die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung, noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts.

1. Die von der Beschwerde für rechtsgrundsätzlich gehaltene Frage, ob sich ein Rechtsanwalt, der einen Beratungsfehler begangen hat, im Rahmen des Mitverschuldens darauf berufen darf, der Mandant hätte seiner Auskunft nicht vertrauen dürfen, weil er sich mit einem anderen Anwalt

ebenfalls über die Angelegenheit unterhalten habe und ihm dort eine andere – im vorliegenden Fall die richtige – Rechtsauskunft erteilt worden sei, ist geklärt. Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung kann ein haftpflichtiger Berater seinem geschädigten Mandanten **im Allgemeinen kein Mitverschulden vorwerfen, soweit er den entstandenen Schaden nach dem Vertragsinhalt – vor allem im rechtlichen Bereich – zu verhindern hatte** (BGH, Urt. v. 17.11.1994 – IX ZR 208/93, WM 1995, 212, 213; v. 17.1.2002 – IX ZR 182/00, NJW 2002, 1048, 1049; v. 24.5.2005 – IX ZR 276/03, WM 2005, 1902, 1903). Gleichfalls kommt ein Mitverschulden des Mandanten regelmäßig nicht in Betracht, soweit es um den Bereich der rechtlichen Bearbeitung des erteilten Auftrags geht (BGH, Urt. v. 19.12.1991 – IX ZR 41/91, NJW 1992, 820; v. 4.6.1996 – IX ZR 51/95, NJW 1996, 2648, 2652; v. 15.4.1999 – IX ZR 328/97, NJW 1999, 2183, 2188; v. 24.1.2002 – IX ZR 228/00, NJW 2002, 1421, 1424).

Abweichend vom Regelfall kann **unter besonderen Umständen der Einwand des Mitverschuldens bei Beratungsfehlern eingreifen, wenn zum Beispiel Warnungen oder ohne Weiteres erkennbare Umstände, die gegen die Richtigkeit des von dem Berater eingenommenen Standpunkts sprechen, nicht genügend beachtet werden** (vgl. BGH, Urt. v. 19.1.1977 – VIII ZR 211/75, WM 1977, 334, 337; v. 25.11.1981 – IVa ZR 286/80, NJW 1982, 1095, 1096).

Von diesen Grundsätzen ist auch das Berufungsgericht ausgegangen. Aufgrund der von ihm aufgezeigten besonderen Umstände hat es annehmen können, dass der Kläger nach dem ihm obliegenden Gebote der Wahrung des eigenen Interesses gehalten war, dem Beklagten zu 3) die seitens des Zeugen Rechtsanwalt L. erteilte Rechtsauskunft mitzuteilen.

2. Die unter dem Gesichtspunkt der Einheitlichkeitssicherung geltend gemachten Rügen der Beschwerde greifen gleichfalls nicht durch. Das Berufungsgericht konnte aufgrund der Würdigung der beiden Aussagen des Zeugen L. davon ausgehen, dass der Kläger leichtfertig seiner Obliegenheit, den Beklagten zu 3) auf den vom Zeugen L. erhaltenen fundierten Rechtsrat hinzuweisen, nicht nachgekommen ist. (...) ■

Steuerberaterhaftung

■ Kenntnisabhängige Verjährung
(LG Osnabrück, Urt. v. 8.5.2013 – 4 O 685/12)

Leitsatz (d. Red.):

Soweit der Mandant seinen steuerlichen Vorberater auf Schadenersatz in Anspruch nimmt, hat er sich in verjährungsrechtlicher Hinsicht die Kenntnis des steuerlichen Folgeberaters entsprechend § 166 Abs. 1 BGB zurechnen zu lassen, soweit er diesen mit der Prüfung der steuerlichen Angaben auch für den Zeitraum beauftragt hat, der Gegenstand des Schadenersatzanspruchs ist. ■

Zum Sachverhalt:

Die Parteien streiten um einen Steuerberaterregress.

Die Beklagte zu 2) war für die H & P KG, deren Komplementär und Mitgeschäftsführer der Kläger war, bis zum Jahr 2009 als Steuerberater gemäß Steuerberatungsvertrag vom 3.4.2003 tätig. Die Leistungen rechnete nur die Beklagte zu 2) gegenüber der Firma in dem Zeitraum ab.

Die Beklagte zu 2) erstellte in Person des Beklagten zu 1), der einer ihrer Geschäftsführer ist und keine Einzelpraxis betreibt, für die genannte Firma die Steuererklärungen für die Jahre 2002 bis 2007.

Bei der Erstellung der einheitlichen und gesonderten Gewinnfeststellung ermittelte die Beklagte zu 2) die Höhe des auf die Jahre 2002 und 2003 auf den Kläger entfallenden vorzugsfähigen Verlusts nicht zutreffend, so dass er in der Steuererklärung des Klägers zu niedrig eingetragen worden war. Aufgrund dessen wurde in den beiden Jahren ein Verlust in Höhe von 83.321,00 EUR nicht erfasst, so dass dem Kläger bei der Versteuerung des Veräußerungsgewinns im Jahr 2006 diese Differenz nicht zur Verfügung stand. Dadurch entstand dem Kläger ein Schaden in Höhe von 22.333,03 EUR.

Den Geschäftsführern der Firma des Klägers fielen mangels entsprechender steuerlicher Kenntnisse die Unrichtigkeit der Erklärung weder in den Steuererklärungen noch bei der Prüfung der Steuerbescheide auf, die der Firma am 5.10.2004 zuzugingen und einen Monat später bestandskräftig wurden.

Nachdem der Steuerberater des Klägers den Schaden im Jahr 2005 festgestellt hatte, wies er mit Schreiben vom 4.1.2006 die Beklagte zu 2) auf die nicht erklärten Verluste hin und bat um Überprüfung und Richtigstellung beim Finanzamt. Eine Korrektur der Verluste war jedoch nicht zu erreichen. Mit Schreiben vom 25.6.2010 bat der Steuerberater die Beklagte zu 2), den Schaden ihrer Haftpflichtversicherung zu melden.

Die Beklagte zu 2) erwiderte mit Schreiben vom 30.6.2010 gegenüber dem Kläger, dass sie diesbezüglich ihre Versicherung angeschrieben und um Deckungszusage gebeten habe. Sie räumte mit Schreiben vom 26.6.2011 gegenüber ihrem Haftpflichtversicherer ein, dass die Erklärungen unzutreffend gewesen seien. Das Schreiben übersandte sie dem Kläger zur Kenntnisnahme.

Der Kläger beauftragte am 23.12.2011 einen Rechtsanwalt mit der Durchsetzung seiner Ansprüche.

Er behauptet, dass er erst 2010 von den Fehlern der Beklagten zu 2) für die Jahre 2002/2003 erfahren habe.

Er ist der Ansicht, dass er einen Schadenersatzanspruch gemäß § 280 Abs. 1 BGB aus dem Steuerberatungsvertrag in Verbindung mit den Grundsätzen des Vertrages zugunsten Dritter habe. Mit dem Beklagten zu 1) bestehe ein konkludent geschlossener Beratungsvertrag. Auch ergebe sich

gegen den Beklagten zu 1) ein Anspruch daraus, dass der Steuerberatervertrag vom 3.4.2003 von dem Beklagten zu 1) selbst unterzeichnet und er weitere Schriftsätze der Beklagten zu 2) gefertigt und selbst unterschrieben habe. Die Formulierung der Beklagten zu 2) in dem Schreiben vom 26.6.2011 gegenüber ihrer Haftpflichtversicherung: „Wir müssen eingestehen, dass die Erklärungen unzutreffend waren.“ stelle ein Anerkenntnis dar.

(Anträge ...)

Die Beklagten behaupten, dass die fehlerhafte Verlustermittlung nicht auf ihrem Verschulden beruhe. Nicht der Beklagte zu 1), sondern die Steuerberaterin G. der Beklagten zu 2) habe die Erklärung zu den Feststellungen des verbleibenden Verlustvortrags zur Einkommensteuer 2002/2003 bearbeitet. Diese habe keine entsprechenden Informationen von der Firma des Klägers erhalten. Ferner habe der Kläger die Unterlagen so spät an seinen Steuerberater weitergeleitet, dass die Einspruchsfrist gegen die Steuerbescheide abgelaufen gewesen sei, bevor die Unrichtigkeit hätte geltend gemacht werden können.

Die Beklagten sind der Ansicht, dass ein Mitverschulden vorliege. Ein sekundärer Schadenersatzanspruch bestehe nicht, da der Steuerberater des Klägers unstreitig den Schaden bereits in 2005 feststellte. Daher habe die Beklagte zu 2) den Kläger nicht mehr auf den Schadenersatzanspruch hinweisen müssen. ■

Aus den Gründen:

Die zulässige Klage ist unbegründet.

Es kann dahinstehen, ob der Kläger gegen die Beklagte zu 2) einen Schadenersatzanspruch aus einer Pflichtverletzung des Steuerberatervertrages vom 3.4.2003 in Verbindung mit den Grundsätzen des Vertrages zugunsten Dritter gemäß § 280 Abs. 1 BGB hat, da die Beklagte zu 2) zu Recht nach der Erhebung der Einrede der Verjährung nach § 214 Abs. 1 BGB die Leistung verweigern darf.

Denn sowohl ein in Betracht zu ziehender **primärer als auch ein sekundärer Schadenersatzanspruch sind bereits verjährt**.

Ein primärer Schadenersatzanspruch war im November 2007 verjährt.

Zum Zeitpunkt der streitgegenständlichen Steuerbescheide galt noch der bis zum 15.12.2004 gültige **§ 68 StBerG a.F.**, da die streitgegenständlichen Bescheide vor diesem Stichtag am 5.10.2004 der Firma des Klägers zugegangen waren. Nach § 68 StBerG a.F. verjährt der Anspruch des Auftraggebers auf Schadenersatz aus dem zwischen ihm und dem Steuerberater bestehenden Vertragsverhältnis in drei Jahren von dem Zeitpunkt an, in dem der Anspruch entstanden ist. Entstanden ist der Schadenersatzanspruch mit Bestandskraft der Feststellungsbescheide im November 2004.

Da ein möglicher Anspruch des Klägers lediglich aufgrund der Grundsätze des Vertrages zugunsten Dritter besteht,

kann er nicht weiter reichen als der eigene Anspruch der Firma des Klägers gegen die Beklagte zu 2).

Ein in Betracht zu ziehender **sekundärer Schadenersatzanspruch** war spätestens mit Ablauf des Jahres 2010 verjährt, bevor die Klage gegen die Beklagte zu 2) im Jahr 2013 erhoben worden war.

Er entstand spätestens mit Verjährung des primären Anspruchs im November 2007. Denn der Kläger hatte bereits vor November 2007 **Kenntnis i.S.d. § 199 Abs. 1 BGB** von der Anspruchsmöglichkeit wegen der unrichtigen Angaben gegen die Beklagte zu 2). Gemäß § 199 Abs. 1 BGB ist Fristbeginn für die regelmäßige Verjährung die Anspruchsentstehung und Kenntniserlangung oder grob fahrlässige Unkenntnis von der Anspruchsentstehung.

Es kann dahinstehen, wann der Kläger tatsächlich Kenntnis von den Fehlern der Beklagten zu 2) bei den Steuererklärungen für die Jahre 2002/2003 erlangt hat. **Denn er muss sich die dahingehende Kenntnis seines Steuerberaters entsprechend § 166 Abs. 1 BGB zurechnen lassen, den er mit der Prüfung seiner steuerlichen Angaben auch für den streitgegenständlichen Zeitraum beauftragt hatte. Er war der Wissensvertreter des Klägers.**

Der Vorschrift des § 166 Abs. 1 BGB ist der allgemeine Rechtsgedanke zu entnehmen, dass derjenige, der einen anderen mit der Erledigung bestimmter Aufgaben in eigener Verantwortung betraut, sich – unabhängig von einem Vertretungsverhältnis – das in diesem Rahmen erlangte Wissen des anderen zurechnen lassen muss (BGH, WM 2007, 639). Die Anwendung der Vorschrift ist daher nicht auf die rechtsgeschäftliche Vertretung beschränkt, sondern erstreckt sich analog auf den vergleichbaren Tatbestand der Wissensvertretung (BGHZ 135, 202, 205). Wissensvertreter ist jeder, der nach der Arbeitsorganisation des Geschäftsherrn – ggf. auch ohne (wirksame) rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht – dazu berufen ist, im Rechtsverkehr als dessen Repräsentant bestimmte Aufgaben in eigener Verantwortung zu erledigen und dabei anfallende Informationen zur Kenntnis zu nehmen und ggf. weiterzuleiten (BGH, NJW-RR 2004, 1196; BGHZ 132, 30, 35).

Der Geschäftsherr muss sich seiner wie eines Vertreters bedienen (BGHZ 117, 104, 107). Hierzu genügt es, wenn einem anderen, ohne dass eine Vollmacht erteilt wird, die tatsächliche Möglichkeit eingeräumt wird, Rechte aus einem bestehenden Vertragsverhältnis selbstständig wahrzunehmen (BGH, WM 2000, 1539). Schließlich wäre es arglistig, wenn jemand, der die Verwaltung des für ihn rechtserheblichen Wissens bewusst auf Dritte überträgt, bei denen er es ohne Weiteres abrufen kann, sich auf seine eigene Unkenntnis beruft (MünchKomm-Grothe, BGB 6. Aufl., § 199 Rdnr. 34).

Das ist der Fall. **Indem der Kläger seinem Steuerberater auch die selbständige Kommunikation mit der Beklagten zu 2) überließ, um offenkundig eine für ihn möglichst günstige Steuererklärung zu erreichen, setzte er diesen in seinen steuerlichen Angelegenheiten nach außen erkennbar als**

seinen Repräsentanten ein, der insoweit zu seiner Entlastung für ihn eigenständig Informationen einholen und auswerten sollte und durfte, zumal sein Steuerberater, im Gegensatz zu dem Kläger selbst, über die gleichen Fachkenntnisse wie die Beklagte zu 2) verfügt und dadurch ein reibungsloser Informationsaustausch möglich gewesen sein dürfte. **Aufgrund dessen war der Steuerberater nach seinem objektivierten Empfängerhorizont mit seiner Beauftragung durch den Kläger nach §§ 133, 157 BGB aus Zweckmäßigkeitserwägungen zumindest stillschweigend auch mit der Tatsachenermittlung zur Aufklärung eines möglichen Anspruchs gegen die Beklagte zu 2) betraut.**

Dass sein Steuerberater bereits vor 2007 Kenntnis von den Fehlern, dem Schaden und der Anspruchsmöglichkeit gegen die Beklagte zu 2) hatte, ist nicht nur dem unstreitigen Vortrag der Beklagten, sondern auch seinem Schreiben vom 4.1.2006 an die Beklagte zu 2) zu entnehmen. Darin wies er auf die nicht erklärten Verluste der Jahre 2002 und 2003 hin und bat um Richtigstellung beim Finanzamt.

Dementsprechend musste die Beklagte zu 2) nach der auch für sie aufgrund des Schreibens des Steuerberaters anzunehmenden Kenntnis des Klägers diesen nicht mehr auf seinen möglichen Schadenersatzanspruch hinweisen.

Dass der Schaden zu diesem Zeitpunkt noch nicht bezifferbar war, ist unschädlich. **Denn die Bezifferbarkeit ist nicht zwingende Voraussetzung für die Entstehung eines Anspruchs (BGH, ZIP 2010, 1637), da es dem Anspruchssteiler unbenommen ist, im Wege einer Feststellungs- oder Stufenklage den Anspruch gerichtlich geltend zu machen (Beck'scher Online Kommentar-Heinrich/Spindler, BGB, § 199 Rdnr. 5, Stand 1.2.2013).** Es genügt, dass er in natürlicher Betrachtungsweise den Schaden erkennt (BGH, NJW 1997, 2448).

Die Verjährung ist nicht gehemmt worden. **Vorprozessuale Verhandlungen i.S.d. § 203 Satz 1 BGB** fanden nicht statt. Denn notwendige Voraussetzung einer Verhandlung wäre ein Meinungsaustausch der Parteien, der jedoch nicht gegeben war. Von einem Meinungsaustausch kann nur dann gesprochen werden, wenn auf beiden Seiten eine Gesprächsbereitschaft bekundet wird (OLG Düsseldorf, BeckRS 2010, 21270; Staudinger-Peters/Jacoby, BGB 2009, § 203 Rdnr. 7).

Die Beklagte zu 2) hat sich zu einem möglichen Anspruch des Klägers nicht geäußert, sondern teilte ihm lediglich mit Schreiben vom 30.6.2010 mit, dass sie ihre Versicherung angeschrieben und um Deckungszusage gebeten habe. Ein weiteres Schreiben an ihre Versicherung übersandte sie ihm nur zur Kenntnisnahme. Nach verständiger Auslegung kann dies nicht als Meinungsaustausch aufgefasst werden. **Vielmehr verwies die Beklagte zu 2) mit diesem Verhalten konkludent den Kläger an ihre Versicherung, ohne eine Gesprächsbereitschaft zu bekunden, zumal sie selbst offenkundig nicht Schadenersatz leisten wollte, selbst wenn sie nach der Formulierung ihrer Deckungsanfrage möglicherweise von ihrer rechtlichen Verpflichtung ausgegangen sein sollte.**

Dass sie mitteilte, dass um Deckungszusage gebeten wurde, erschöpft sich nach dem Empfängerhorizont in der Mitteilung, dass sie selbst keinen Ersatz zu leisten bereit ist, sondern lediglich die Versicherung etwas zahlen könnte, ohne sich aber selbst auf die Berechtigung des Anspruchs einzulassen. **Schließlich wurde auch mit der Übersendung des Schreibens an die Versicherung zur Kenntnisnahme an den Kläger keine Gesprächsbereitschaft bekundet, sondern vielmehr nur der Fortgang der Schadenprüfung durch die Versicherung gegenüber dem Kläger angezeigt.**

Schließlich verlängerte sich die Verjährungsfrist nicht aufgrund eines Anerkenntnisses i.S.d. § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB.

Entgegen der Auffassung des Klägers stellt das ihm zur Kenntnisnahme übersandte Schreiben der Beklagten zu 2) an ihre Haftpflichtversicherung nach §§ 133, 157 BGB kein entsprechendes Anerkenntnis dar. Nach verständiger Auslegung diene es nach den Umständen lediglich der Sachverhaltsaufklärung über die Haftungsfrage, die ersichtlich allein der Versicherer entscheiden sollte, auch wenn die Beklagte zu 2) aus Gefälligkeit gegenüber dem Kläger oder zur Vermeidung ihrer eigenen Inanspruchnahme wegen des Steuerfehlers um eine Deckungszusage gebeten hatte.

Auch gegen den Beklagten zu 1) hat der Kläger keinen Anspruch. Der Steuerberatungsvertrag ist lediglich mit der Beklagten zu 2) geschlossen worden, für die der Beklagte zu 1) als deren Geschäftsführer tätig ist.

Dass der Beklagte zu 1) als deren Geschäftsführer die Schriftsätze der Beklagten zu 2) mit unterzeichnet und für die Beklagte zu 2) tätig war, begründet keinen eigenen Anspruch des Klägers gegen diesen, da er nach verständiger Auslegung lediglich für die Beklagte zu 2) handelte, die die erbrachten Leistungen abrechnete, zumal er keine Einzelpraxis betreibt.

Ein konkludenter weiterer Vertrag ist mit dem Beklagten zu 1) nicht geschlossen worden. Ein dahingehender Rechtsbindungswille des Beklagten zu 1) ist nach den Umständen in Anbetracht des Haftungsrisikos nicht ersichtlich, zumal keine weitere Vergütungsabrede für ihn selbst ersichtlich ist. (...) ■

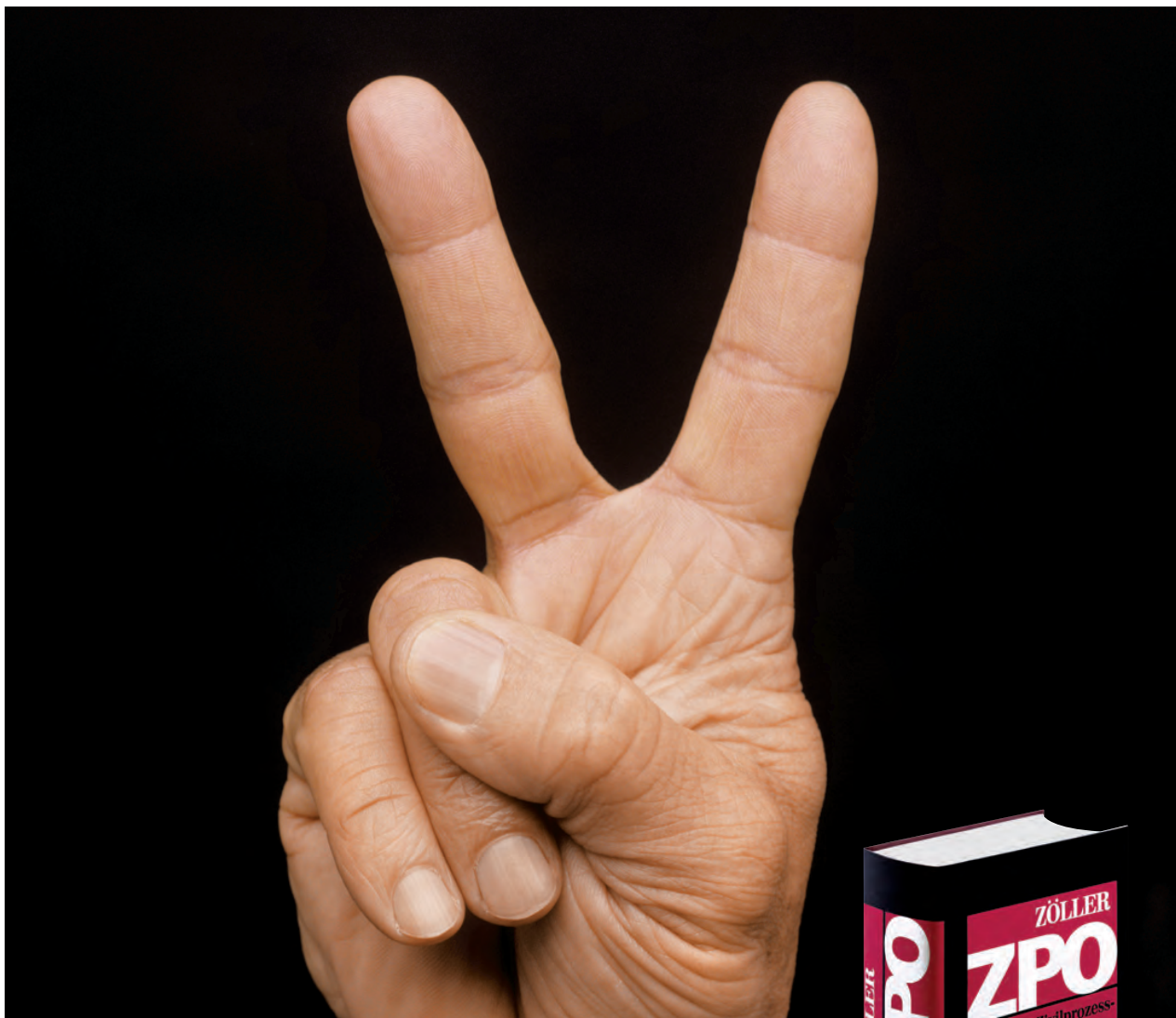
Gl Literatur-Ecke

Gehrlein: Höchststrichterliche Rechtsprechung zur Haftung des Steuerberaters wegen fehlerhafter Insolvenzprüfung, *NZG* 2013, 961

Ruppert: Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Haftung – Ende gut, alles gut? *DStR*, 2013, 1623

Wertenbruch: Die Innenhaftung bei der Partnerschaftsgesellschaft mbH, *NZG* 2013, 2006

Danke, dass Sie uns wieder gewählt haben.



Am 1. Oktober ist das große Meisterwerk des Zivilprozessrechts zum dreißigsten Mal in der von ihm gewohnten Qualität erschienen und seine Auslieferung ist bereits in vollem Gange.

Sämtliche Änderungen der 17. Legislaturperiode sind eingearbeitet. Allein davon sind weit über 150 Normen betroffen. Ebenso wurde die gesamte neuere Literatur, die BGH-, OLG-, BVerfG- und EuGH-Rechtsprechung wie immer kritisch verarbeitet. Und im europäischen Verfahrensrecht ist der Kommentar natürlich genauso aktuell.

Der neue Zöller. Wer will noch mal, wer hat noch nicht? Jetzt Probe lesen und bestellen bei **www.der-neue-zoeller.de**



Zöller ZPO. 30. Auflage 2014,
3.551 Seiten Lexikonformat, gbd. 169,-
ISBN 978-3-504-47019-7

GI Service

Fachinformationen GI aktuell und GI Service auch in 2014 nichts verpassen und Online anmelden!

Themen wie Belehrungspflichten, Fristenkontrolle, Honoraransprüche und deren Durchsetzung unterliegen einem ständigen Wandel und betreffen Sie unmittelbar. Als einer der wenigen Versicherer kümmern wir uns bei HDI aktiv um Themen wie Haftungsprävention und Qualitätsmanagement für Ihren Berufsstand. Mit unseren Fachinformationen sind Sie seit über 30 Jahren immer auf dem Laufenden.

Welche Rechte und Pflichten haben Steuerberater, Wirtschaftsprüfer, Rechtsanwälte gegenüber ihren Mandanten und im Zusammentreffen mit anderen Berufskollegen? Nach aktueller Planung gibt HDI auch in 2014 wieder sechs Ausgaben der Fachzeitschrift GI aktuell heraus – eine gute Hilfestellung bei der Vielzahl der Entscheidungen zur Anwalts-, Steuerberater- oder Wirtschaftsprüferhaftung. Neben der Haftungsrechtsprechung erhält der Berufsstand zudem aktuelle Informationen über Streitfragen der Gebührenpraxis.

Für das Magazin GI service sind auch für das Jahr 2014 drei Ausgaben geplant. GI service ergänzt die GI aktuell mit Informationen, Tipps für die berufliche Praxis und private Absicherung, interessanten Versicherungsthemen, aktuellen Urteilen und wichtigen Kurzmeldungen.

GI aktuell und GI service sind als Onlineausgaben verfügbar. Als Abonnent unserer Onlineausgaben haben Sie einen zeitlichen Vorteil und erhalten regelmäßig kostenfrei die aktuellste Ausgabe. Beide Fachinformationen inkl. der Historien sind zudem im Internet hinterlegt, dort wird allerdings die aktuellste Ausgabe der GI aktuell nur als verkürzte „Schnupperausgabe“ veröffentlicht.

Daher einfach anmelden unter www.hdi.de/gi und nichts mehr verpassen!

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 Sach
HDI-Platz 1, 30659 Hannover, Fax: (0511) 645 111 3661
E-Mail: nicole.gustine@hdi.de

Redaktion

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

Erscheinungsweise

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

Verlag

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

Abonnementservice

Fax: (0511) 645 111 3661

Layout und Satz

Type Connection, Lechenicher Str. 29, 50374 Erftstadt

Druck

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