



**HDI**

Das ist Versicherung.

Nr. 5 / Oktober 2014 / 34. Jahrgang

# GI aktuell

Informationen für wirtschaftsprüfende, rechts- und steuerberatende Berufe

## Inhalt

<b>Editorial</b>	<b>129</b>	<b>Versicherungsschutz</b>	<b>146</b>
<b>GI News</b>	<b>130</b>	Wissentliche Pflichtverletzung / Mehrere Verstöße (OLG Frankfurt, Urt. v. 20.3.2014 – 3 U 233/12)	
<b>GI Entscheidungen</b>	<b>134</b>	<b>Anwaltshaftung</b>	<b>149</b>
<b>GI Literaturhinweis</b>	<b>160</b>	Vertragshändlervertrag / Kündigung / Verjährungsfristen / Belehrung des Anwalts / Notwendige Informationen des Anwalts / Mandatsende (OLG Frankfurt, Urt. 25.9.2013 – 16 U 61/11)	
<b>GI Literatur-Ecke</b>	<b>160</b>	<b>Anwaltshaftung</b>	<b>153</b>
<b>Vertrauensschadenversicherung</b>	<b>134</b>	Hinweispflichten / Versicherungsprozess / Brandschaden / Anspruch auf Neuwertentschädigung / Verbindlicher Bauvertrag zur Wiederherstellung / Belehrungspflichten des Anwalts / Belehrungsbedürftigkeit des Mandanten (OLG Köln, Urt. v. 3.4.2012 – 9 U 153/11)	
Schadenmeldefrist / Verschuldete Versäumung der Schaden- meldefrist / Vorsorgliche Schadenmeldung / Ernsthafte Möglichkeit eines Vertrauensschadenfalles (BGH, Urt. v. 11.6.2014 – IV ZR 400/12)		<b>Steuerberaterhaftung</b>	<b>156</b>
<b>Vertrauensschadenversicherung</b>	<b>137</b>	Verantwortung für Grundaufzeichnungen / Bestandslisten / Kassenbuch / Darlegungslast für Buchungsfehler, Umbuchungen / Möglichkeit der Nachbesserung (LG Koblenz, Urt. v. 26.2.2014 – 15 O 167/13)	
Vorleistungsanspruch / Streit über Wissentlichkeit (BGH, Urt. v. 11.6.2014 – IV ZR 414/12)		<b>Zeugnisverweigerungsrecht</b>	<b>159</b>
<b>Anwaltshaftung</b>	<b>138</b>	Anwalt, Steuerberater / Angestellte / Schutzzweck (LG Rottweil, Zwischenurt. v. 9.8.2012 – 3 O 168/10)	
Beweiserleichterungen / Anscheinsbeweis (BGH, Urt. v. 15.5.2014 – IX ZR 267/12)			
<b>Steuerberaterhaftung</b>	<b>139</b>		
Ermessenslenkende Verwaltungsvorschriften / Selbstbindung der Verwaltung / Normativer Schaden / Psychische Kausalität (BGH, Urt. v. 13.3.2014 – IX ZR 23/10)			

# Unternehmenskrisen rechtzeitig erkennen und die Pflichten des Steuerberaters bei Überschuldung des Mandanten

## Möglichkeiten der Früherkennung und der Prävention

- Typische Warnsignale
- Feststellung der Überschuldung
- Jetzt Chancen nutzen und Risiken vermeiden

Die drohende oder eingetretene Zahlungsunfähigkeit von Vertragspartnern ist ein Problem, das Unternehmen jeder Größe quer durch alle Branchen betrifft. Oft geraten auch vermeintlich „gesunde“ Unternehmen in die Liquiditätskrise. Gleichwohl wird die Situation oftmals von keinem der Vertragspartner rechtzeitig erkannt - bis das Insolvenzverfahren eröffnet wird und der Gläubiger am Ende bestenfalls noch einen Bruchteil seiner Forderung sieht.

Steuerberater können frühzeitig entgegenwirken. Sie können Krisen oft lange vor anderen erkennen und die darin auch für das betroffene Unternehmen steckende Chance wahrnehmen, wenn sie sofort und umsichtig handeln. Dabei dürfen auch Haftungsaspekte nicht aus den Augen verloren werden.

In diesem Seminar wird der auf Wirtschafts- und Insolvenzrecht spezialisierte Referent die verschiedenen Szenarien sowohl aus der Sicht des Lieferanten als auch des Abnehmers, vor allem aber aus dem Blickwinkel des Beraters, darstellen und Möglichkeiten der Früherkennung und der Prävention erläutern. Darüber hinaus wird er Handlungsmöglichkeiten in den unterschiedlichen Stadien des Insolvenzverfahrens aufzeigen und praxisrelevante Tipps geben.

### Es werden u.a. folgende Fragen behandelt:

- Welche Vertragsklauseln sichern meine Forderung?
- Wie muss ich reagieren, wenn erste Krisenanzeichen da sind?
- Wie verhalte ich mich gegenüber dem Insolvenzverwalter?
- Wie und wann kann ich ein insolventes Unternehmen kaufen?
- Wen kann ich sonst noch in die Haftung nehmen, wenn das Unternehmen pleite geht?

### Ihr Referent:



**Herr Prof. Dr. Volker Römermann**  
(Rechtsanwalt, Honorarprofessor)



### Dialogseminare online Vorteile und Leistungsmerkmale:

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

### Dauer:

ca. 2 Stunden

### Seminarpreis:

Pro Zugang 95,00 Euro zzgl. USt

### Technische Voraussetzungen:

- PC mit Internetzugang mit mind. 1.000 DSL
- Aktuelle Version des Adobe Flash Players
- Headset (Kopfhörer mit Mikrofon) oder Lautsprecher

### Hinweise:

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

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

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

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

**Seminaranmeldung: Fax 0911 319-3741**

Teilnehmer	Termin(e)	Uhrzeit	Seminar-Nr.
Vor- und Zuname:	<input type="checkbox"/> 15.10.2014	10:00 – 12:00	76458.0001
	<input type="checkbox"/> 10.11.2014	10:00 – 12:00	76458.0002

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

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

DATEV-Beraternummer  
(falls vorhanden)

E-Mail

Stempel

Datum, Unterschrift

## Editorial

### Liebe Leserin, lieber Leser,

Dr. Jürgen Gräfe  
Rechtsanwalt



der BGH hat die Inanspruchnahme des fehlerhaft beratenden **Anlageberaters** erleichtert. Geht es um die Zeichnung einer Kapitalanlage und war aus der Sicht eines vernünftigen Betrachters bei richtiger Beratung nur die Entscheidung, sie nicht zu zeichnen, naheliegend, besteht die **Vermutung für eine Schadenverursachung durch den Anlageberater**. Sie kann vom Berater zwar widerlegt werden. Hierfür ist er aber darlegungs- und beweispflichtig.

Der BGH befasst sich mit der Frage, ob ein **Schaden** entstanden ist, wenn der Steuerberater eine für den Mandanten günstige Entscheidung des Finanzamtes nicht beantragt hat. Es ging um den die Finanzverwaltung bindenden **Sanierungserlass des BMF**, der später aber als gesetzwidrig angesehen wurde. Ein entgangener Steuervorteil, der gegen Gesetze verstößt, kann grundsätzlich keinen Schaden begründen. Der BGH stellt aber zu Recht auf den Zeitpunkt ab, in dem der Steuerberater den Steuervorteil hätte beantragen müssen. Durfte der Mandant damals auf die **ständige Verwaltungspraxis** des Finanzamtes vertrauen, entsteht ihm ein Schaden.

**Hat der Wirtschaftsprüfer bei einer Mittelverwendungskontrolle wissentlich gegen eine Kontrollpflicht verstoßen**, hat er **keinen Versicherungsschutz**. Daran ändert sich nichts, wenn er daneben fahrlässig weitere Pflichten verletzt. Das OLG Frankfurt bestätigt, dass diese Pflichtverstöße versicherungsrechtlich nicht isoliert betrachtet werden. Sie stellen lediglich weitere Glieder der wissentlichen Pflichtverletzung dar. Der Versicherungsschutz lebt nicht wieder auf.

Behauptet der Mandant, der Steuerberater habe falsch gebucht, muss er den Vorwurf für **jede Fehlbuchung** konkretisieren und beweisen. Bei einem fortlaufenden buchhalterischen Systemfehler gilt das nicht. Nach Ansicht des LG Koblenz muss er dem Steuerberater die Möglichkeit der **Nachbesserung** der Fehlbuchung einräumen. Der BGH hat das Nachbesserungsrecht verneint, wenn erst der Nachfolgeberater den Buchungsfehler entdeckt hat.

Das **Zeugnisverweigerungsrecht** gem. § 383 Abs. 1 Nr. 6 ZPO betrifft nach Auffassung des LG Rottweil nicht nur den Steuerberater, sondern auch dessen Mitarbeiter, wenn der Mandant/der Auftraggeber ihn von der Verschwiegenheitspflicht nicht entbunden hat.

Es grüßt Sie herzlich

Ihr Dr. Jürgen Gräfe

## GI News

**EuGH-Vorlage zur VO Nr. 883/2004 und zur VO Nr. 987/2009 - Anspruch auf Kindergeld für im EU-Ausland beim getrennt lebenden Ehegatten wohnende Kinder**

### Leitsätze:

Dem Gerichtshof der Europäischen Union werden folgende Rechtsfragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Ist in einem Fall, in dem eine in einem Mitgliedstaat (Inland) lebende Person Anspruch auf Kindergeld für Kinder hat, die in einem anderen Mitgliedstaat (Ausland) beim anderen, von ihm getrennt lebenden Ehegatten wohnen, Art. 60 Abs. 1 Satz 2 der VO Nr. 987/2009 anzuwenden mit der Folge, dass die Fiktion, wonach bei der Anwendung von Art. 67 und 68 der VO Nr. 883/2004 die Situation der gesamten Familie in einer Weise zu berücksichtigen ist, als würden alle Beteiligten – insbesondere was das Recht zur Erhebung eines Leistungsanspruchs anbelangt – unter die Rechtsvorschriften des betreffenden Mitgliedstaats fallen und dort wohnen, dazu führt, dass der Anspruch auf Kindergeld ausschließlich dem im anderen Mitgliedstaat (Ausland) lebenden Elternteil zusteht, weil das nationale Recht des ersten Mitgliedstaats (Inland) vorsieht, dass bei mehreren Kindergeldberechtigten der Elternteil anspruchsberechtigt ist, der das Kind in seinen Haushalt aufgenommen hat?

2. Für den Fall, dass die erste Frage zu bejahen sein sollte: Ist bei dem unter 1. dargelegten Sachverhalt Art. 60 Abs. 1 Satz 3 der VO Nr. 987/2009 dahin auszulegen, dass dem in einem Mitgliedstaat (Inland) lebenden Elternteil der Anspruch auf Kindergeld nach inländischem Recht zusteht, weil der im anderen Mitgliedstaat (Ausland) lebende andere Elternteil keinen Antrag auf Kindergeld gestellt hat?

3. Für den Fall, dass die zweite Frage bei dem unter 1. dargelegten Sachverhalt dahin zu beantworten sein sollte, dass die unterbliebene Antragstellung des im EU-Ausland lebenden Elternteils zum Übergang des Anspruchs auf Kindergeld auf den im Inland lebenden Elternteil führt: Nach welchem Zeitraum ist davon auszugehen, dass ein im EU-Ausland lebender Elternteil das Recht auf Kindergeld nicht i.S.v. Art. 60 Abs. 1 Satz 3 der VO Nr. 987/2009 „wahrnimmt“ mit der Folge, dass es dem im Inland lebenden Elternteil zusteht? ■

### Zum Sachverhalt:

I. Der in der Bundesrepublik Deutschland (Deutschland) wohnende Kläger und Revisionsbeklagte (Kläger) ist von seiner früheren Ehefrau, die zusammen mit dem im April 2000 geborenen gemeinsamen Sohn in Polen lebt, geschieden. Er bezog im streitigen Zeitraum (1.2011 bis 10.2012) zunächst Arbeitslosengeld. Von November 2011 bis zum 11.1.2012 sowie vom 1. bis zum 22.2.2012 war er in Deutschland nichtselbstständig beschäftigt, danach bezog er Leistungen nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch. Die

frühere Ehefrau ging in Polen einer Erwerbstätigkeit nach. Sie hatte wegen der nach polnischem Recht bestehenden Einkommensgrenze keinen Anspruch auf polnische Familienleistungen für den hier streitigen Zeitraum. Einen Antrag auf Familienleistungen nach deutschem oder polnischem Recht hat sie nicht gestellt.

Im August 2012 beantragte der Kläger Kindergeld für seinen Sohn. Die Beklagte und Revisionsklägerin (Familienkasse) lehnte den Antrag mit Bescheid vom 3.9.2012 ab, da die Kindsmutter vorrangig zum Bezug von Kindergeld nach deutschem Recht berechtigt sei. Der dagegen gerichtete Einspruch hatte keinen Erfolg (Einspruchsentscheidung vom 18.10.2012).

Das Finanzgericht (FG) gab der anschließend erhobenen Klage statt. Es verpflichtete die Familienkasse, Kindergeld für den Sohn ab Januar 2011 zu gewähren. Es war der Ansicht, der Kläger habe einen Kindergeldanspruch nach deutschem Recht. Er habe seinen Wohnsitz in Deutschland, sein Kind lebe in einem Land der Europäischen Union. Für den Zeitraum seiner nichtselbstständigen Beschäftigung (1.2011 bis 2.2012) ergebe sich die Anwendbarkeit deutschen Rechts aus Art. 11 Abs. 1 und Abs. 3 Buchst. a der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.4.2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit – VO Nr. 883/2004 – (Amtsblatt der Europäischen Union – ABIEU – 2004 Nr. L 166, S. 1), für die übrige Zeit aus Art. 11 Abs. 1 und Abs. 3 Buchst. e der VO Nr. 883/2004.

Dem stehe nicht entgegen, dass der Sohn in den Haushalt der Kindsmutter aufgenommen sei. Eine Anspruchskonkurrenz nach Art. 68 der VO Nr. 883/2004 bestehe nicht, da die Kindsmutter wegen des Überschreitens der nach polnischem Recht maßgeblichen Einkunftsgrenze keinen Anspruch auf polnische Familienleistungen habe. Die Vorschrift des § 64 Abs. 2 Satz 1 des Einkommensteuergesetzes (EStG) sei nicht einschlägig, weil die Kindsmutter selbst nicht die Anspruchsvoraussetzungen nach §§ 62 ff EStG erfülle. Aus Art. 60 Abs. 1 Satz 2 der Verordnung (EG) Nr. 987/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.9.2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit – VO Nr. 987/2009 – (ABIEU 2009 Nr. L 284, S. 1) ergebe sich keine andere Beurteilung.

Nach der darin enthaltenen Fiktion sei die Familie so zu behandeln, als habe sie ihren Wohnsitz in Deutschland. Dadurch könnten jedoch keine Rechte Dritter begründet werden, durch die Rechte des Klägers geschmälert oder ausgeschlossen würden. Die Vorschrift des Art. 60 Abs. 1 Satz 2 der VO Nr. 987/2009 solle nur den Rechtsverlust einer aus dem Ausland zugewanderten Person verhindern. Der Anspruch der im Inland lebenden Person könne dadurch jedoch nicht begrenzt oder ausgeschlossen werden.

Zur Begründung der Revision trägt die Familienkasse vor, Art. 11 Abs. 1 der VO Nr. 883/2004 bestimme, dass Personen, für die die Verordnung gelte, den Rechtsvorschriften nur eines Mitgliedstaats unterlägen. Nach § 64 Abs. 2 Satz 1

EstG werde Kindergeld bei mehreren Berechtigten demjenigen gezahlt, der das Kind in seinen Haushalt aufgenommen habe. Gemäß Art. 67 Satz 1 der VO Nr. 883/2004 habe eine Person auch für Familienangehörige, die in einem anderen Mitgliedstaat wohnen, Anspruch nach den Rechtsvorschriften des zuständigen Mitgliedstaats, als ob die Familienangehörigen in diesem Mitgliedstaat wohnten. Ergänzend bestimme Art. 60 Abs. 1 Satz 2 der VO Nr. 987/2009, dass bei der Anwendung von Art. 67 und Art. 68 der VO Nr. 883/2004, insbesondere was das Recht einer Person zur Erhebung eines Leistungsanspruchs anbelange, die Situation der gesamten Familie in einer Weise zu berücksichtigen sei, als würden alle beteiligten Personen unter die Rechtsvorschriften des betreffenden Mitgliedstaats fallen und dort wohnen.

Damit sei nicht nur geregelt, dass Familienleistungen auch für Familienangehörige zu zahlen seien, die in anderen Mitgliedstaaten lebten (Ausschluss von Wohnsitzklauseln), sondern auch, dass die in anderen Mitgliedstaaten vorliegenden Tatbestände so zu behandeln seien, als lägen sie im zuständigen Mitgliedstaat vor (Sachverhaltsgleichstellung, vgl. Art. 5 der VO Nr. 883/2004). Kindergeld könne somit nur demjenigen gewährt werden, der nach den nationalen Vorschriften vorrangig Berechtigter wäre, wenn sich alle Beteiligten im Inland aufhielten. Im vorliegenden Fall sei deshalb gemäß Art. 60 Abs. 1 Satz 2 der VO Nr. 987/2009 zu unterstellen, dass auch die Kindsmutter mit dem Kind in Deutschland lebe. Dann wäre sie jedoch gemäß § 64 Abs. 2 Satz 1 EstG vorrangig kindergeldberechtigt, da sie das Kind in ihren Haushalt aufgenommen habe. Ein gemeinsamer Familienhaushalt mit dem Kläger bestehe nicht, so dass für eine Berechtigtenbestimmung nach § 64 Abs. 2 Satz 2 EstG kein Raum bleibe. Das Kindergeld könne daher gemäß § 64 Abs. 1, Abs. 2 EstG nicht an den Kindsvater ausgezahlt werden.

Auch entspreche es der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH), dem Elternteil das Kindergeld zu zahlen, der nach den nationalen Vorschriften der Kindergeldberechtigte sei, auch wenn dieser selbst nicht den deutschen Rechtsvorschriften unterliege. So habe der EuGH in der Rechtssache H. und Z. mit Urteil vom 10.10.1996 C-245/94 und C-312/94 (Slg. 1996, I-4895) entschieden, dass der Ehegatte eines Arbeitnehmers, der den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats (des Beschäftigungsstaates) unterliege und mit seiner Familie in einem anderen Mitgliedstaat lebe, im Beschäftigungsstaat Anspruch auf Familienleistungen geltend machen könne. Ansonsten wäre der Anspruch auf Erziehungsgeld daran gescheitert, dass keiner der Ehegatten sämtliche Anspruchsvoraussetzungen in seiner Person erfüllt habe.

In der Entscheidung in der Rechtssache D. und O. vom 7.6.2005 C-543/03 (Slg. 2005, I-5049, Rdnr. 61 und 62) habe der EuGH hervorgehoben, dass der Umstand, dass der Vater eines Kindes nicht die nach den deutschen Rechtsvorschriften vorgesehenen Anspruchsvoraussetzungen erfüllte, für die Anwendung des Art. 10 Abs. 1 Buchst. b lit. i der Verordnung Nr. 574/72 des Rats vom 21.3.1972 über die Durchführung der VO Nr. 1408/71 irrelevant sei. Es sei nicht

erforderlich, dass die Erwerbstätigkeit von der Person ausgeübt werde, die persönlich Anspruch auf Familienleistungen habe. Es genüge, dass der Anspruch auf Leistungen in diesem Staat für einen Elternteil, hier die Mutter, erworben werde. Unter Berufung auf diese Entscheidung habe der EuGH in der Rechtssache W. vom 7.7.2005 C-153/03 (Slg. 2005, I-6017, Rdnr. 32 f) entschieden, dass eine in Luxemburg vorgesehene Erziehungszulage auch dann bis zur Höhe des im Wohnmitgliedstaat (Deutschland) vorgesehenen Erziehungsgelds ausgesetzt werde, wenn dieses dem zum Bezug der luxemburgischen Erziehungszulage Berechtigten und nicht dessen Ehegatten geschuldet werde.

Augenscheinlich gehe der EuGH davon aus, dass nicht nur zwischen der vorrangigen oder nachrangigen Zuständigkeit der beteiligten Mitgliedstaaten zu unterscheiden sei, sondern auch danach, welcher Elternteil tatsächlich Anspruch auf die jeweilige Familienleistung habe. In Fortführung dieser Rechtsprechung habe der EuGH in der Rechtssache S. durch Urteil vom 26.11.2009 C-363/08 (Slg. 2009, I-11111) entschieden, dass grundsätzlich auch der im Ausland lebende Elternteil die Ansprüche auf Familienleistungen im Inland geltend machen könne. Aus dieser Entscheidung folge, übertragen auf § 64 EstG, dass derjenige Elternteil, der der vorrangig Kindergeldberechtigte wäre, wenn er in Deutschland leben würde, diesen Anspruch auch dann geltend machen könne, wenn er in einem anderen Mitgliedstaat lebe. Hierbei könne es nicht darauf ankommen, ob zuvor bereits ein Anspruch in Deutschland bestanden habe und nun nur wegen eines Umzugs in einen anderen Mitgliedstaat in Frage stehe. Vielmehr sei die Situation der Familie für die Festsetzung von Kindergeld von Anfang an unter Einbeziehung des in einem anderen Mitgliedstaat zusammen mit dem Kind lebenden Elternteils zu beurteilen.

Grund für die Regelung des § 64 Abs. 2 Satz 1 EstG sei, dass nach allgemeiner Lebenserfahrung derjenige, der das Kind in seiner Obhut habe, es betreue und erziehe, die höchste Unterhaltslast trage. Dem sei auch bei grenzüberschreitenden Sachverhalten Rechnung zu tragen. Zudem könnten dem Kind erhebliche Nachteile entstehen, wenn das Kindergeld grundsätzlich an den in Deutschland wohnhaften Elternteil ausgezahlt werde. Zwar bestehe die Möglichkeit einer Abzweigung, diese sei jedoch nach Art. 68a der VO Nr. 883/2004 mit einem zusätzlichen und in der Regel aufwendigen Verwaltungsverfahren verbunden. Diese Nachteile könnten vermieden werden, wenn das Kindergeld an die vorrangig berechtigte Person nach Art. 64 Abs. 2 Satz 1 EstG gezahlt werde.

Die Familienkasse beantragt, das angefochtene Urteil aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Er hält die Entscheidung des FG für zutreffend. ■

#### Aus den Gründen:

II. Der Senat setzt das Revisionsverfahren gemäß § 121 i.V.m. § 74 der Finanzgerichtsordnung aus und legt dem



EuGH gemäß Art. 267 Abs. 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union die im Leitsatz bezeichneten Fragen zur Vorabentscheidung vor. Die Entscheidung über den Streitfall hängt von der Beantwortung der vorgelegten Fragen ab.

### 1. Zur ersten Vorlagefrage:

a) Nach deutscher Rechtslage haben freizügigkeitsberechtigte Personen mit Wohnsitz oder gewöhnlichem Aufenthalt in Deutschland nach § 62 Abs. 1 Nr. 1 EStG Anspruch auf Kindergeld für Kinder, die in Deutschland, in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union oder in einem EWR-Staat ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt haben (§ 63 Abs. 1 Satz 3 EStG). Dieser Kindergeldanspruch steht in erster Linie den Eltern für Kinder zu, die mit ihnen im ersten Grad verwandt sind (§ 63 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, § 32 Abs. 1 Nr. 1 EStG). Darüber hinaus können auch Pflegeeltern, der Ehegatte oder gleichgeschlechtliche Lebenspartner des Elternteils oder Großeltern anspruchsberechtigt sein. Nach § 64 Abs. 1 EStG wird das Kindergeld nur einem Berechtigten gezahlt, d.h. in der Regel einem der beiden Elternteile.

Bei einem gemeinsamen Haushalt bestimmen die Eltern untereinander den Berechtigten (§ 64 Abs. 2 Satz 2 EStG). Leben die Eltern in verschiedenen Haushalten, dann wird das Kindergeld an den Elternteil gezahlt, der das Kind in seinen Haushalt aufgenommen hat (§ 64 Abs. 2 Satz 1 EStG). Eine Aufteilung des in einem Betrag auszahlenden Kindergelds auf mehrere Berechtigte ist im deutschen Recht nicht vorgesehen. Aus deutscher Sicht muss der Kindergeldberechtigte eindeutig bestimmbar sein, weil die Zahlung an einen nicht Berechtigten die Familienkassen nicht von ihrer Zahlungsverpflichtung befreit. Die Frage, wer Kindergeldberechtigter ist, darf daher nicht offenbleiben. Bei ausschließlicher Anwendbarkeit deutschen Rechts wäre das Kindergeld im Streitfall an den Kläger zu zahlen.

b) Der nach deutschem Recht zunächst begründete Kindergeldanspruch des Klägers könnte wegen der Anwendbarkeit von Unionsrecht entfallen. Nach Art. 2 Abs. 1 der VO Nr. 883/2004 gilt die Verordnung für Staatsangehörige eines Mitgliedstaats, Staatenlose und Flüchtlinge mit Wohnort in einem Mitgliedstaat, für die die Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten gelten oder galten, sowie für ihre Familienangehörigen und Hinterbliebenen.

c) Der Umstand, dass die geschiedene Ehefrau des Klägers keinen Anspruch auf Familienleistungen nach polnischem Recht hat, steht nach Ansicht des Senats der Anwendung der VO Nr. 883/2004 nicht entgegen, obwohl im Streitfall nicht die Familienleistungen verschiedener Mitgliedstaaten zu koordinieren sind. So hat der EuGH in der Rechtssache Sch. Koordinierungsrecht angewandt, obwohl wegen der im Ausland (Schweiz) fehlenden Antragstellung dort kein Anspruch auf Familienleistungen bestand und somit nicht die Familienleistungen verschiedener Staaten zu koordinieren waren (*EuGH-Urt. v. 14.10.2010 C-16/09, Slg. 2010, I-9717*).

d) Zum sachlichen Geltungsbereich der Verordnung gehören unter anderem Familienleistungen (Art. 3 Abs. 1 Buchst. j der

VO Nr. 883/2004), somit auch das nach den Vorschriften der §§ 62 ff EStG zu gewährende deutsche Kindergeld.

e) Zuständig für die Erbringung von Familienleistungen gegenüber dem Kläger ist nach Art. 11 Abs. 3 der VO Nr. 883/2004 Deutschland, ohne dass zwischen den Zeiten zu unterscheiden wäre, in denen der Kläger nichtselbstständig beschäftigt und in denen er arbeitslos war.

f) Nach Art. 7 der VO Nr. 883/2004 dürfen, sofern in der Verordnung nichts anderes bestimmt ist, Geldleistungen, die nach den Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten oder nach dieser Verordnung zu zahlen sind, nicht aufgrund der Tatsache gekürzt, geändert, zum Ruhen gebracht, entzogen oder beschlagnahmt werden, dass der Berechtigte oder seine Familienangehörigen in einem anderen als dem Mitgliedstaat wohnt bzw. wohnen, in dem der zur Zahlung verpflichtete Träger seinen Sitz hat. Von dieser sog. Exportpflicht sind Familienleistungen nicht ausgenommen, da sie nicht in Anhang X zur VO Nr. 883/2004 aufgeführt sind (s. Art. 70 Abs. 2 Buchst. c, Abs. 4 der VO Nr. 883/2004).

g) In Art. 67 Satz 1 der VO Nr. 883/2004 ist vorgesehen, dass eine Person auch für Familienangehörige, die in einem anderen Mitgliedstaat wohnen, Anspruch auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften des zuständigen Mitgliedstaats hat, als ob die Familienangehörigen in diesem Mitgliedstaat wohnen würden.

aa) Nach Art. 1 Buchst. i Nr. 1 lit. i der VO Nr. 883/2004 ist Familienangehöriger jede Person, die in den Rechtsvorschriften, nach denen die Leistungen gewährt werden, als Familienangehöriger bestimmt oder anerkannt oder als Haushaltsangehöriger bezeichnet wird. Es obliegt somit dem zuständigen Mitgliedstaat, die Eigenschaft als Familienangehöriger zu bestimmen.

bb) Die Vorschriften der §§ 62 ff EStG enthalten keine ausdrückliche Bestimmung darüber, wer Familienangehöriger ist. Sie regeln, für welche Kinder Kindergeld gewährt wird und welche Person anspruchsberechtigt ist. Darauf, ob die Eltern verheiratet sind oder nicht, kommt es nach deutschem Recht nicht an. Wegen dieser eigenen Anspruchsberechtigung sind die Eltern eines Kindes im Hinblick auf das nach §§ 62 ff EStG zu gewährende Kindergeld auch dann Familienangehörige, wenn sie nicht (mehr) verheiratet sind.

cc) In der Rechtssache S. (*EuGH-Urteil in Slg. 2009, I-11111*), in der es darum ging, ob eine zusammen mit dem Kind in das EU-Ausland ausgewanderte Person einen Anspruch auf Familienleistungen geltend machen kann, der nach dem Recht des früheren Wohnstaats an den dortigen Mittelpunkt der Lebensinteressen anknüpft, hat der EuGH darauf abgestellt, ob das Kind in den persönlichen Anwendungsbereich der damals einschlägigen VO (EG) Nr. 1408/71 des Rats vom 14.6.1971 über die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und deren Familien, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, fällt. Warum es darauf ankommen soll, geht aus der Entscheidung des EuGH

nicht hervor. Im Streitfall ist der in Polen lebende Sohn des Klägers nach § 32 Abs. 1 Nr. 1 EStG dessen Familienangehöriger. Möglicherweise genügt dies dem EuGH, um den persönlichen Anwendungsbereich der VO Nr. 883/2004 auf die geschiedene Ehefrau des Klägers zu erstrecken.

h) Nach Art. 60 Abs. 1 Satz 2 der VO Nr. 987/2009 ist bei der Anwendung von Art. 67 und Art. 68 der VO Nr. 883/2004, insbesondere was das Recht einer Person zur Erhebung eines Leistungsanspruchs anbelangt, die Situation der gesamten Familie in einer Weise zu berücksichtigen, als würden alle beteiligten Personen unter die Rechtsvorschriften des betreffenden Mitgliedstaats fallen und dort wohnen. Die genannte Vorschrift gilt somit auch dann, wenn nur Art. 67 der VO Nr. 883/2004 zur Anwendung kommt. Die letztgenannte Vorschrift ist nach ihrem Wortlaut anwendbar, und zwar in Bezug auf den Kläger. Allerdings wird zu Art. 67 der VO Nr. 883/2004 auch die Auffassung vertreten, dass die Regelung nicht die Funktion habe, dem Familienangehörigen einer im Inland (Deutschland) lebenden Person einen eigenen Anspruch auf Kindergeld nach deutschem Recht einzuräumen (Urt. des FG Rheinland-Pfalz v. 23.3.2011 – 2 K 2248/10, EFG 2011, 1323).

aa) Da die geschiedene Ehefrau als Familienangehörige anzusehen ist, muss – bei Anwendbarkeit des Art. 67 der VO Nr. 883/2004 – unterstellt werden, dass alle beteiligten Personen in Deutschland wohnen (Art. 60 Abs. 1 Satz 2 der VO Nr. 987/2009). Wegen der Ehescheidung kann im Streitfall allerdings nicht fingiert werden, dass beide Elternteile und der Sohn in einem gemeinsamen Haushalt leben. Vielmehr ist zu unterstellen, dass die frühere Ehefrau des Klägers zusammen mit dem Sohn in einem eigenen Haushalt lebt, so wie dies in Polen der Fall ist. Bei dieser Sichtweise könnte § 64 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 EStG zur Anwendung kommen mit der Folge, dass das Kindergeld dem Elternteil gezahlt wird, der das Kind in seinen Haushalt aufgenommen hat. Bei einem fingierten Wohnsitz der geschiedenen Ehefrau in Deutschland würde der Anspruch auf Kindergeld somit ihr zustehen.

bb) Sollte die Fiktion des Art. 60 Abs. 1 Satz 2 der VO Nr. 987/2009 einschlägig sein, so wäre möglicherweise danach zu unterscheiden, ob Eltern eines Kindes, für das Kindergeld begehrt wird, trotz der – insbesondere durch eine Erwerbstätigkeit bedingten – räumlichen Trennung eine Gemeinschaft bilden. Ist dies der Fall, so ist zu fingieren, dass bei einem unterstellten Wohnsitz des anderen Elternteils und des Kindes ein gemeinsamer Haushalt in Deutschland besteht, was zur Folge hätte, dass die Elternteile den Kindergeldberechtigten untereinander bestimmen könnten. Stellt in einem derartigen Fall der im Inland lebende Elternteil einen Antrag auf Kindergeld nach deutschem Recht, erhält er nur dann Kindergeld, wenn der andere Elternteil seiner vorrangigen Berechtigung zustimmt. Bei Eltern, die keine Gemeinschaft bilden, wäre dagegen – wie ausgeführt – zu fingieren, dass der im Ausland lebende Elternteil in Deutschland zusammen mit dem Kind in einer eigenen Wohnung lebt, was zur Folge hätte, dass nach deutschem Recht nur dieser Elternteil das Kindergeld beanspruchen könnte.

i) Eine Auslegung der Art. 7 und 67 der VO Nr. 883/2004 und des Art. 60 der VO Nr. 987/2009 dahingehend, dass dem im Ausland mit dem Kind lebenden Elternteil der Anspruch auf Kindergeld nach deutschem Recht zusteht, scheint in Einklang zu stehen mit dem *EuGH-Urteil in der Rechtssache S. in Slg. 2009, I-11111*. Zwar ist in dieser Entscheidung die Rede davon, dass die in das Ausland verzogene Person den Anspruch auf Familienleistungen nach dem Recht des Herkunftslands „beibehält“. Allerdings hat der EuGH in dieser Rechtssache einen Anspruch auf Familienleistungen nach österreichischem Recht auch für Zeiträume bejaht, die dem Wegzug der Anspruchsinhaberin nachfolgten. Es kann somit nicht entscheidungserheblich sein, ob der zusammen mit dem Kind im Ausland lebende Elternteil schon immer dort gewohnt hat oder erst später dorthin verzogen ist, nachdem er sich von dem im Inland lebenden anderen Elternteil getrennt hatte.

j) Gegen eine Auslegung des Art. 60 Abs. 1 Satz 2 der VO Nr. 987/2009 dahingehend, dass der nach deutschem Recht begründete Anspruch des Klägers durch die Anwendung von Unionsrecht entfällt, könnte allerdings sprechen, dass Art. 68a der VO Nr. 883/2004 die Möglichkeit vorsieht, die Familienleistungen mit befreiender Wirkung an diejenige Person zu zahlen, welche tatsächlich für das Kind sorgt. Durch eine derartige Abzweigung wäre sichergestellt, dass die Familienleistungen bei der Person ankommen, die durch Unterhaltsaufwendungen belastet ist. Allerdings hat die Familienkasse auf den erheblichen Verwaltungsaufwand hingewiesen, der nach ihrer Ansicht mit einem Abzweigungsverfahren verbunden ist.

## 2. Zur zweiten Vorlagefrage:

Sollte die Fiktion des Art. 60 Abs. 1 Satz 2 der VO Nr. 987/2009 anwendbar sein und die geschiedene Ehefrau deshalb so zu behandeln sein, als würde sie mit dem Sohn in einem gemeinsamen Haushalt in Deutschland leben, so stellt sich die weitere Frage, ob die Vorschrift des Art. 60 Abs. 1 Satz 3 der VO Nr. 987/2009 anzuwenden ist. Hiernach hat der Mitgliedstaat, dessen Rechtsvorschriften anzuwenden sind (hier: Deutschland), den vom anderen Elternteil gestellten Kindergeldantrag „zu berücksichtigen“, wenn die Person, die berechtigt ist, den Anspruch auf die Familienleistungen zu erheben, dieses Recht nicht wahrnimmt. Die Vorschrift geht offensichtlich von einem Verhältnis von Vor- und Nachrangigkeit aus. Ein nachrangig Anspruchsberechtigter soll berechtigt sein, Familienleistungen zu beantragen, wenn der vorrangig Berechtigte dieses Recht nicht wahrnimmt.

Nach deutschem Recht hat jedoch bei getrennt lebenden Eltern nur derjenige Elternteil, in dessen Haushalt das Kind lebt, Anspruch auf Kindergeld. Der Elternteil, in dessen Haushalt das Kind nicht aufgenommen ist, hat auch dann keinen Anspruch auf Kindergeld, wenn der andere Elternteil, der das Kind in seinen Haushalt aufgenommen hat, das Kindergeld nicht beantragt. Es stellt sich somit die Frage, ob Art. 60 Abs. 1 Satz 3 der VO Nr. 987/2009 insoweit zur Unanwendbarkeit des nationalen Rechts führt, das die Anspruchsberechtigung von im Inland lebenden Kindergeldberechtigten an die Haushaltsaufnahme des Kindes knüpft. Möglicherwei-

se lässt jedoch Art. 60 Abs. 1 Satz 3 der VO Nr. 987/2009 die ursprüngliche Anspruchsberechtigung unberührt und führt lediglich zu einem Wechsel der Antragsberechtigung. Dies hätte im Streitfall zur Folge, dass der Antrag des Klägers auf Kindergeld nach deutschem Recht bewirkt, dass das Kindergeld nicht ihm, sondern der Ehefrau zu gewähren ist.

### 3. Zur dritten Vorlagefrage:

Sollte Art. 60 Abs. 1 Satz 3 der VO Nr. 987/2009 dahin auszulegen sein, dass bei einer unterbliebenen Antragstellung des mit dem Kind im EU-Ausland lebenden Elternteils sowohl die Anspruchs- als auch die Antragsberechtigung auf den im Inland lebenden Elternteil übergehen, so stellt sich die Frage, nach welchem Zeitraum dies der Fall ist. Nach deutschem Recht verjährt der Anspruch auf Kindergeld in vier Jahren. Beantragt der im EU-Ausland lebende Elternteil das Kindergeld zunächst nicht und wird dieses deshalb in Anwendung des Art. 60 Abs. 1 Satz 3 der VO Nr. 987/2009 dem im Inland lebenden Elternteil ausgezahlt, so hätte dies wegen des Grundsatzes, dass Kindergeld nur an einen (einzigen) Elternteil zu zahlen ist, aus der Sicht der Familienkasse befreiende Wirkung gegenüber dem im EU-Ausland lebenden Elternteil, dessen Anspruch auf Kindergeld durch die Zahlung des Kindergeldes an den im Inland lebenden Elternteil erloschen wäre.

(BFH, Urt. v. 8.5.2014 – III R 17/13) ■

## Vertrauensschadenversicherung

- Schadenmeldefrist
- Verschuldete Versäumung der Schadenmeldefrist
- Vorsorgliche Schadenmeldung
- Ernsthafte Möglichkeit eines Vertrauensschadenfalles (BGH, Urt. v. 11.6.2014 – IV ZR 400/12)

### Leitsätze:

1. Zur Vermeidung schuldhafter Versäumung einer Schadenmeldefrist in den Versicherungsbedingungen einer Vertrauensschadenversicherung für Notare ist die Meldung durch den Geschädigten jedenfalls noch vor Fristablauf bereits dann geboten, wenn ihm zu diesem Zeitpunkt Erkenntnisse vorliegen, nach denen für den konkreten Schaden die ernsthafte Möglichkeit eines Vertrauensschadenfalles im Raum steht (*Fortführung des Senatsurts. v. 20.7.2011 – IV ZR 180/10, VersR 2011, 1173*).

2. Für Banken, die ständig mit Treuhandaufträgen an Notare zu tun haben, besteht spätestens bei Vorliegen eines möglichen Versicherungsfalles Veranlassung, sich über den wesentlichen Inhalt der Versicherungsbedingungen zu informieren. ■

### Zum Sachverhalt:

Die Klägerin nimmt die Beklagte als Berufshaftpflichtversicherer des ehemaligen, inzwischen in Insolvenz befindlichen

Notars Dr. S. (im Folgenden nur kurz: Notar) wegen von diesem begangener Pflichtverletzungen im Zusammenhang mit zwei von der Klägerin erteilten Treuhandaufträgen in Anspruch. Die Klägerin hatte in beiden Fällen Darlehen zur Finanzierung von Grundstückskaufverträgen gewährt. Die Streithelferin ist die für den ehemaligen Notar zuständige Notarkammer; sie unterhält eine Vertrauensschadenversicherung für Schäden aufgrund wissentlicher Pflichtverletzungen des Notars.

Im vorausgegangenen Haftpflichtprozess ist der Notar durch rechtskräftiges Urteil des OLG Frankfurt/M. verurteilt worden, an die Klägerin 88.639,95 EUR nebst Zinsen zu zahlen. Nach den Feststellungen in diesem Haftpflichturteil hat der Notar ihm der Klägerin gegenüber obliegende Warn- und Hinweispflichten im Hinblick auf mögliche betrügerische Machenschaften im Zusammenhang mit den Finanzierungen verletzt, weil er hinreichende Anhaltspunkte dafür hatte, dass die Vertragsparteien der beiden von ihm beurkundeten Grundstückskaufverträge zur Erschleichung eines überhöhten Finanzierungskredits zu Lasten der Klägerin zusammengewirkt hätten.

Die Klägerin begehrt von der Beklagten, gestützt auf das Absonderungsrecht gemäß § 157 VVG a.F., den Ausgleich des ausgerichteten Betrages sowie der ihr entstandenen Prozesskosten von 10.811,91 EUR nebst Zinsen. Sie meint, dass die Beklagte, die sich auf eine wissentliche Pflichtverletzung des Notars beruft – weshalb sie aufgrund einer entsprechenden Ausschlussklausel in den vereinbarten Allgemeinen Versicherungsbedingungen für die Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung von Notaren und Anwaltsnotaren für ihr Notarrisiko nicht hafte –, jedenfalls nach § 19a Abs. 2 Satz 2 BNotO vorleistungspflichtig sei. Im Übrigen sei eine wissentliche Pflichtverletzung des Notars nicht gegeben.

Die Beklagte hält dem entgegen, dass auch ein Vorleistungsanspruch nach § 19a Abs. 2 Satz 2 BNotO nicht bestehe, weil die Klägerin gegenüber dem Vertrauensschadenversicherer die in den dortigen Versicherungsbedingungen (im Folgenden kurz: VSV) enthaltene Meldefrist für den Schaden versäumt habe. Diese Bestimmung (§ 4 Nr. 2 VSV) lautet:

„Eine Versicherungsleistung ist ausgeschlossen aufgrund von Schäden, (...)“

2. die später als vier Jahre nach ihrer Verursachung dem Versicherer gemeldet werden; (...)“

Es ist unstreitig, dass diese Frist in beiden Schadenfällen im März 2000 zu laufen begonnen hat. Die Notarkammer, die dem Rechtsstreit als Nebenintervenientin auf Seiten der Beklagten beigetreten ist, hat von den Schäden erst im Januar 2006 erfahren.

Die Klägerin meint, die Beklagte könne sich auf den Ablauf der Ausschlussfrist nicht berufen. Vom Inhalt des Vertrauensschadenversicherungsvertrages habe sie erst im Jahre 2008 erfahren und sie sei auch nicht verpflichtet gewesen, sich anderweitig über die darin enthaltene Ausschlussfrist Kennt-



nis zu verschaffen. Außerdem habe sie innerhalb der Meldefrist keine genügenden Anhaltspunkte für eine wissentliche Amtspflichtverletzung im konkreten Einzelfall gehabt und ihren Haftpflichtanspruch zudem in zwei Instanzen gerichtlich durchsetzen müssen, weil der Notar und die ihm Deckungsschutz gewährende Beklagte bereits das Vorliegen einer Amtspflichtverletzung bestritten hätten. Es sei daher treuwidrig, wenn sich die Beklagte nunmehr darauf berufe, die Amtspflichtverletzung sei als wissentliche Pflichtverletzung erkennbar gewesen.

Das LG hat der Klage bis auf die Prozesskosten, das Berufungsgericht hat ihr insgesamt stattgegeben.

Dagegen wendet sich die Streithelferin der Beklagten mit der Revision. ■

#### Aus den Gründen:

Die Revision hat Erfolg und führt zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I. Das Berufungsgericht hat ein Verschulden sowohl der Klägerin als auch der Nebenintervenientin an der Versäumung der Meldefrist verneint, weshalb sich die Beklagte auf die Fristversäumnis nicht berufen könne. Die Nebenintervenientin habe erst nach Fristablauf von den Schäden erfahren und die Klägerin habe nicht von einer wissentlichen Pflichtverletzung des Notars ausgehen müssen.

Insoweit komme es allein auf den im Haftpflichtprozess festgestellten Pflichtverstoß an. Das sei nach dem Haftpflichturteil ein Verstoß des Notars gegen ihm obliegende Warn- und Hinweispflichten. Es sei nicht ersichtlich, dass die Klägerin eine wissentliche Pflichtverletzung des Notars im Hinblick gerade auf diese Amtspflichtverletzung übersehen gehabt habe, die auch erst vom OLG Frankfurt/M. angenommen worden sei, nachdem im Verfahren vor dem LG noch Verstöße gegen Treuhandaufgaben im Mittelpunkt gestanden hätten.

Dagegen komme es nicht darauf an, dass die Klägerin dem Notar schon früher pauschal die Beteiligung an betrügerischen Verfahrensweisen vorgeworfen und in den Jahren 2003/2004 Einsicht in die Strafakten genommen habe. Zwar könnten der Klägerin schon vor Ablauf der Ausschlussfrist Unregelmäßigkeiten in der Dienstaussübung des Notars aufgefallen sein; das böte aber keine Anhaltspunkte dafür, dass sie eine wissentliche Pflichtverletzung im Hinblick auf die hier maßgeblichen Warn- und Hinweispflichten übersehen hätte. An diesem Erfordernis mit strengem Maßstab festzuhalten sei notwendig, weil nur der im Haftpflichtprozess festgestellte Pflichtverstoß die Grundlage für den Risikoausschluss wissentlicher Pflichtverletzung bilden könne.

Darauf, ob die Klägerin Kenntnis von den Bedingungen der Vertrauensschadenversicherung haben musste, komme es danach nicht mehr an. Aber auch dies sei zu verneinen.

II. Dies hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

1. Keinen Bedenken begegnet es allerdings, dass das Berufungsgericht keine **Feststellungen zur Wissentlichkeit der Pflichtverletzung** des Notars getroffen hat. **Ihr Vorliegen ist im Rechtsstreit des Versicherungsnehmers oder des Geschädigten gegen den Berufshaftpflichtversicherer für die Frage der Vorleistungspflicht zu unterstellen.** Der Berufshaftpflichtversicherer ist gemäß § 19a Abs. 2 Satz 2 BNotO gerade dann vorleistungspflichtig, wenn – wie im Streitfall – die Wissentlichkeit der Pflichtverletzung in Rede steht und andere Leistungsverweigerungsgründe des Berufshaftpflichtversicherers nicht bestehen. **Die Vorleistungspflicht des Berufshaftpflichtversicherers setzt indes weiter voraus, dass er im Falle einer wissentlichen Pflichtverletzung beim Vertrauensschadenversicherer Regress nehmen kann; seine Pflicht wird durch diese Regressansprüche begrenzt** (Senatsurt. v. 20.7.2011 – IV ZR 209/10, VersR 2011, 1264 Rdnr. 9). **Sie entfällt deshalb grundsätzlich bei einer Fristversäumnis der Meldung des Schadenfalles beim Vertrauensschadenversicherer.**

2. **Etwas anderes gilt – wie das Berufungsgericht ebenfalls noch zutreffend gesehen hat –, wenn die Frist unverschuldet versäumt wurde.** Denn bleibt der Berufshaftpflichtversicherer – hier also die Beklagte – vorleistungspflichtig, weil sich der Vertrauensschadenversicherer in diesem Fall auf die Versäumung der Frist nicht berufen kann (Senatsurt. v. 20.7.2011 – IV ZR 180/10, VersR 2011, 1173 Rdnr. 30) und die Regressmöglichkeit im Verhältnis der Versicherer damit fortbesteht.

3. Die Begründung, mit der das Berufungsgericht ein Verschulden der Klägerin bei der Versäumung der Meldefrist verneint hat, ist jedoch von Rechtsfehlern beeinflusst und kann deshalb keinen Bestand haben. Somit ist die Zurückverweisung der Sache zur erneuten Prüfung fehlenden Verschuldens erforderlich.

a) Wie der Senat bereits zu parallel gelagerten Ausschlussfristen in § 4 Nr. 4 ARB 1975 und § 12 Abs. 3 VVG a.F. entschieden hat, unterliegt es im Wesentlichen tatrichterlicher Würdigung, die der revisionsrechtlichen Nachprüfung nur in beschränktem Umfang zugänglich ist, ob im Einzelfall davon auszugehen ist, dass den Versicherungsnehmer kein Verschulden trifft (Senatsurt. v. 15.4.1992 – IV ZR 198/91, VersR 1992, 819 unter II 2 u. v. 11.2.1987 – IVa ZR 144/85, VersR 1987, 897 unter I 2).

b) Der Nachprüfung durch das Revisionsgericht unterfällt dabei jedoch die Frage, ob das Berufungsgericht die für ein etwaiges Verschulden maßgeblichen Umstände vollständig gewürdigt und ob es der Prüfung fehlenden Verschuldens zutreffende Grundsätze zugrunde gelegt hat. Beides ist im Streitfall zu verneinen.

aa) Zu Recht hat das Berufungsgericht allerdings ein **Verschulden der Klägerin als der Geschädigten** geprüft. Das Unterlassen einer rechtzeitigen Schadenmeldung stellt ein Verhalten des Versicherten i.S. von § 79 Abs. 1 VVG a.F. dar. Hierfür gilt die Ausnahmeregelung des § 79 Abs. 2 VVG a.F. nicht.

bb) Das Berufungsgericht hat jedoch einen falschen Maßstab an die Prüfung eines Verschuldens der Geschädigten angelegt.

(1) Das OLG Köln (*Urt. v. 22.1.2013 – 9 U 141/12, nicht veröffentlicht*) und das Kammergericht (*Urt. v. 24.4.2012 – 6 U 92/10, juris*) vertreten hinsichtlich dieses Maßstabs die Auffassung, dass der Geschädigte zur Abgabe einer **vorsorglichen Schadenmeldung** beim Vertrauensschadenversicherer bereits dann gehalten sei, wenn er – und sei es nur aufgrund einer „Gesamtschau“ ihm bekannter Umstände (so *OLG Köln a.a.O.*) – **allgemein hinreichende Anhaltspunkte für das Vorliegen eines Vertrauensschadenfalles** habe, mag er auch die konkret vorliegende Pflichtverletzung noch nicht erkannt haben und mögen auch die maßgeblichen Anspruchsvoraussetzungen aus seiner Sicht noch nicht feststehen.

(2) Demgegenüber liegt dem Berufungsurteil die Ansicht zugrunde, dass der Geschädigte erst dann zur Schadenmeldung gehalten sei, wenn er hinreichende Anhaltspunkte für genau diejenige Pflichtverletzung des Notars habe, die in einem späteren Haftpflichtprozess als schadenursächlich festgestellt worden sei.

(3) Diese Auffassung des Berufungsgerichts ist zu eng.

Bereits in einer früheren Entscheidung hat der Senat ausgesprochen, dass **an die Meldung des Versicherungsfalles keine hohen Anforderungen zu stellen** sind und insbesondere eine schlüssige Darlegung nicht erforderlich ist (*Senatsurt. v. 20.7.2011 – IV ZR 180/10, VersR 2011, 1173 Rdnr. 35*). **Dies ergibt sich aus dem Zweck der Meldefrist, die auf dem Interesse des Vertrauensschadenversicherers beruht, sich Gewissheit über seine Leistungspflicht verschaffen zu können und nicht erst zu einem Zeitpunkt in Anspruch genommen zu werden, in dem die Aufklärung von Ursachenzusammenhang und Wissentlichkeit der Pflichtverletzung infolge Zeitablaufs erschwert ist.**

Diesen Zweck könnte die Schadenmeldung nur eingeschränkt erfüllen, wenn ihre Abgabe erst erforderlich würde, sobald der Versicherungsnehmer oder Geschädigte konkretes Wissen um genau die in einem späteren Haftpflichtprozess festgestellte Pflichtverletzung des Notars hat.

Abgesehen davon, dass es nicht in jedem Vertrauensschadenfall zu einem vorherigen Haftpflichtprozess kommt, würde damit ein Wissen vorausgesetzt, das bereits eine schlüssige Darlegung der wissentlichen Pflichtverletzung ermöglicht. Deshalb ist eine Schadenmeldung jedenfalls noch vor Fristablauf bereits dann geboten, wenn dem Versicherungsnehmer oder dem Geschädigten zu diesem Zeitpunkt Erkenntnisse vorliegen – woher auch immer diese rühren mögen –, nach denen für diesen Fall die ernsthafte Möglichkeit eines Vertrauensschadenfalles im Raum steht.

Nach diesem Maßstab wird das Berufungsgericht erneut zu prüfen haben, ob der Klägerin spätestens nach der **Akten-einsicht** auch schon ohne genaue Kenntnis von der später konkret festgestellten Pflichtverletzung hinreichende Er-

kenntnisse vorlagen, die eine jedenfalls vorsorgliche Schadenmeldung geboten erscheinen ließen, selbst wenn ihr noch keine schlüssige Anspruchsbegründung möglich war. In diesem Rahmen wird es sich auch mit dem Vortrag der Beklagten zur Kenntnis von Überfinanzierungen auseinanderzusetzen haben.

Ergänzend weist der Senat darauf hin, dass es auf die von der Klägerin durch die Akteneinsicht gewonnenen Erkenntnisse selbst dann ankommen kann, wenn ihr Vortrag zutrifft, dass sie erst im September 2004 die Akteneinsicht beantragt habe, wozu das Berufungsgericht bislang keine Feststellungen getroffen hat. Zwar wäre die Frist zur Schadenmeldung bereits versäumt gewesen, wenn erst im September 2004 oder noch später gewonnene Erkenntnisse hinreichenden Anlass zu einer Schadenmeldung gaben. In diesem Fall hätte die Klägerin jedoch zur Vermeidung eines Verschuldens die Schadenmeldung unverzüglich nachholen müssen (*vgl. Senatsurt. v. 5.7.1995 – IV ZR 43/93, BGHZ 130, 171, 175 für die Geltendmachung von Invalidität nach Versäumung der 15-Monats-Frist*), was sie ebenfalls nicht getan hat.

cc) Soweit das Berufungsgericht ein fehlendes Verschulden der Klägerin deshalb angenommen hat, weil sie **keine Kenntnis von der Ausschlussfrist in den Versicherungsbedingungen** haben musste, vermag auch diese Erwägung das angefochtene Urteil nicht zu tragen. Das Berufungsgericht hat sich insoweit nicht mit dem Vortrag der Beklagten auseinandergesetzt, die Klägerin habe als Mitglied des Bundesverbandes Deutscher Banken aufgrund der Korrespondenz zwischen dessen Zentralem Kreditausschuss und dem Vertrauensschadenfonds schon im Jahre 1989 positive Kenntnis von der Ausschlussklausel erlangt, da die Zusammenfassung des Versicherungskonzepts durch den Fonds in einem Schreiben vom 19.10.1989 allen Mitgliedsinstituten zur Verfügung gestellt worden sei; zumindest habe ihr der Inhalt der Klausel danach bekannt sein müssen.

Es hat zur Begründung seiner Auffassung in diesem Punkt lediglich pauschal auf die Ausführungen unter II 2.2. seines *Urteils vom 11.4.2012 im Verfahren 25 U 2377/09 (juris Rdnr. 39)* verwiesen. Diese Bezugnahme ist schon deshalb nicht geeignet, das Vorbringen der Beklagten zur konkreten Kenntnis der Klägerin zu bescheiden, weil Klägerin in jenem Verfahren keine Bank, sondern eine Bausparkasse war und das Berufungsgericht im Hinblick auf diesen Umstand argumentiert hatte, es sei nicht aufgezeigt, dass die (dortige) Klägerin als Bausparkasse an der Vereinbarung zwischen dem Vertrauensschadenfonds und der Kreditwirtschaft beteiligt war und daher Kenntnis von der Ausschlussklausel haben müsste. Diese Erwägung trifft im Streitfall ersichtlich nicht zu.

**Davon abgesehen hat der Senat für den Versicherungsnehmer selbst bereits entschieden, dass dieser sich zumindest nach Eintritt eines Ereignisses, das einen Versicherungsfall darstellen könnte, über den wesentlichen Inhalt der Bedingungen informieren muss;** anderenfalls beruhe seine Unkenntnis auf Fahrlässigkeit (*Senatsurt. v. 15.4.1992 – IV ZR 198/91, VersR 1992, 819 unter II 2 a*). Nichts anderes besagt der im

Berufungsurteil zitierte Satz aus dem *Senatsurteil vom 20.7.2011 (IV ZR 180/10, VersR 2011, 1173 Rdnr. 30)*, wonach der Geschädigte sich vielfach erst Kenntnis von den Versicherungsbedingungen verschaffen muss. **Bei Vorliegen eines möglichen Versicherungsfalles hat er hinreichende Veranlassung, genau das zu tun. Jedenfalls gilt dies für solche durch die Vertrauensschadenversicherung der Notare geschützte Banken, die ständig mit Treuhandaufträgen an Notare zu tun haben.**

Das Berufungsgericht wird daher auch neu zu prüfen haben, ob die Klägerin Kenntnis von der Ausschlussfrist in den Versicherungsbedingungen hatte und ob eine etwaige Unkenntnis unverschuldet war. ■

## Vertrauensschadenversicherung

- Vorleistungsanspruch
- Streit über Wissentlichkeit  
(BGH, Urt. v. 11.6.2014 – IV ZR 414/12)

### Leitsätze:

1. Für den Vorleistungsanspruch gemäß § 19a Abs. 2 Satz 2 BNotO ist entscheidend, dass der Berufshaftpflichtversicherer unter Berufung auf eine wissentliche Pflichtverletzung des Notars die Regulierung ablehnt, gegen das Bestehen des Deckungsanspruchs aus dem Haftpflichtversicherungsvertrag aber keine weiteren Einwendungen erhebt. Ein Streit zwischen Anspruchsteller und Berufshaftpflichtversicherer über die wissentliche Pflichtverletzung ist nicht erforderlich.

2. Der Geschädigte ist nicht gehalten, von sich aus vor einer Inanspruchnahme des Berufshaftpflichtversicherers an den Vertrauensschadenversicherer heranzutreten, um dessen Leistungsbereitschaft zu klären. ■

### Zum Sachverhalt:

Die Klägerin nimmt die Beklagte als Berufshaftpflichtversicherer des ehemaligen, inzwischen in Insolvenz befindlichen Notars Dr. S. (im Folgenden nur kurz: Notar) wegen von diesem begangener Pflichtverletzungen auf Schadenersatz in Höhe von 1.734.059,73 EUR in Anspruch.

Den von der Klägerin unter Berufung auf das Absonderungsrecht gemäß § 157 VVG a.F. erhobenen Ansprüchen, die zur Insolvenztabelle festgestellt sind, liegt folgendes Geschehen zugrunde: Der Notar beurkundete Kaufverträge zwischen einer Verkäuferin und insgesamt 15 namentlich benannten Käufern über Wohneigentum in zwei Objekten in M. und W., wobei die Klägerin den Käufern in allen Fällen Finanzierungskredite bewilligt hatte, die sie von einem Eigenanteil der Käufer an der Finanzierung abhängig gemacht hatte. Dieser Eigenanteil konnte auch in der Übernahme der Kaufnebenkosten liegen. Nach allen beurkundeten Verträgen waren die Kaufnebenkosten vom jeweiligen Käufer zu tragen.

Tatsächlich wurden Gerichtskosten und Grunderwerbssteuer in keinem einzigen Fall vom Käufer, sondern aufgrund einer vom Notar mit der Verkäuferin getroffenen Vereinbarung aus den von der Klägerin zur Erfüllung des Kaufpreisanspruchs der Verkäuferin mit Treuhandauftrag überwiesenen Verwahrgeldern bezahlt, nachdem der Notar die entsprechenden Beträge zuvor auf sein Kanzleikonto umgeleitet hatte. Auf diesem Wege wurde das von der Klägerin mit ihren Kreditnehmern abgestimmte Finanzierungskonzept hintergangen, indem diese den darin vorgesehenen Eigenanteil nicht leisteten.

Nach § 4 Abs. 3 der Allgemeinen Versicherungsbedingungen des zwischen der Beklagten und dem Notar geschlossenen Versicherungsvertrages (im Folgenden kurz: AVB-N) bezieht sich der Versicherungsschutz nicht auf Haftpflichtansprüche wegen Schadenverursachung durch wissentliche Pflichtverletzung.

Die Beklagte hält sich im Hinblick hierauf für nicht leistungspflichtig. Die Klägerin meint, dass die Beklagte dann zumindest im Hinblick auf die von der Streithelferin der Beklagten als zuständiger Notarkammer für den Notar geschlossene Vertrauensschadenversicherung, die Schäden aus wissentlicher Pflichtverletzung abdeckt, gemäß § 19a Abs. 2 Satz 2 BNotO vorleistungspflichtig sei.

Die Klage ist in den Vorinstanzen erfolglos geblieben.

Dagegen wendet sich die Klägerin mit der Revision. ■

### Aus den Gründen:

Die Revision hat Erfolg und führt zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, dass ein Anspruch aus dem Versicherungsvertrag wegen einer wissentlichen Pflichtverletzung ausscheide. Auch ein Anspruch aus § 19a Abs. 2 Satz 2 BNotO bestehe nicht, weil zwischen den Parteien nicht streitig sei, ob der Ausschlussgrund gemäß § 19a Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BNotO vorliege. Insoweit genüge es, wenn – wie im Streitfall gegeben – zwischen Geschädigtem und Berufshaftpflichtversicherer ein Sachverhalt unstreitig sei, der rechtlich als wissentliche Pflichtverletzung zu werten sei. Hinzu komme, dass auch die Streithelferin der Beklagten und der Vertrauensschadenversicherer die streitgegenständlichen Amtspflichtverletzungen des Notars mittlerweile als wissentlich begangen betrachteten.

II. Dies hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

**1. Steht eine wissentliche Pflichtverletzung des Notars im Raum, so kommt der Vorleistungsanspruch gegen den Berufshaftpflichtversicherer gemäß § 19a Abs. 2 Satz 2 BNotO bereits dann in Betracht, wenn Letzterer unter Berufung hierauf die Regulierung ablehnt, gegen das Bestehen des Deckungsanspruchs aus dem Haftpflichtversicherungsvertrag aber keine weiteren Einwendungen erhebt. Ein Streit zwischen Anspruchsteller und Berufshaftpflichtversicherer über diesen Punkt ist nicht erforderlich.**

Der Wortlaut der Vorschrift sagt nichts darüber aus, zwischen wem das Vorliegen des Ausschlussgrundes wissentlicher Pflichtverletzung nach Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 streitig sein muss. Jedoch ergibt sich aus dem **Sinn und Zweck der Regelung**, dass ein Anspruch des Geschädigten sogar dann gegeben sein kann, wenn zwischen ihm und dem Berufshaftpflichtversicherer ausdrücklich Einigkeit über eine wissentliche Pflichtverletzung des Notars besteht.

**Der Gesetzgeber hatte bei Einführung der Regelung des § 19a Abs. 2 Satz 2 BNotO einen Streit der beiden Versicherer vor Augen, die auf den jeweils anderen verweisen, und wollte, dass diese ihn untereinander austragen (BT-Drucks. 13/11034 S. 38 f). Dagegen soll sich der Mandant des Notars, wenn klar ist, dass jedenfalls einer der beiden Versicherer leistungspflichtig ist (weil „nur“ die wissentliche Pflichtverletzung streitig ist), im Interesse zügiger Schadenregulierung an den Berufshaftpflichtversicherer halten können.** Letzterem stehen zum Ausgleich der Forderungsübergang (§ 19a Abs. 2 Satz 3 BNotO) und ein Anspruch auf Aufwendungsersatz (§ 19a Abs. 2 Satz 4 BNotO) gegen den Vertrauensschadenversicherer zu, so dass die Streitfrage im Regressprozess zwischen diesen beiden Versicherern geklärt werden kann. **Soweit dabei im Gesetz vom Übergang des Anspruchs gegen einen sonstigen „Ersatzberechtigten“ die Rede ist, handelt es sich um ein offensichtliches Redaktionsversehen des Gesetzgebers; gemeint ist „Ersatzverpflichteten“ (vgl. Sandkühler in Arndt/Lerch/Sandkühler, BNotO, 6. Aufl., § 19a Rdnr. 57).**

Der **Zweck der zügigen Schadenregulierung** würde verfehlt, sofern der Geschädigte nicht beim Berufshaftpflichtversicherer liquidieren könnte, wenn in ihrem Verhältnis die Frage der wissentlichen Pflichtverletzung geklärt ist, der Vertrauensschadenversicherer, den dieses nicht bindet, dagegen nach wie vor nicht regulierungsbereit ist. Die Frage der wissentlichen Pflichtverletzung soll nach der gesetzlichen Konzeption – wenn es keine weiteren Streitpunkte gibt – nicht zwischen dem Geschädigten und dem Berufshaftpflichtversicherer, sondern allein zwischen Letzterem und dem Vertrauensschadenversicherer geklärt werden. Allein dies sollte daher mit der Formulierung „nur streitig“ zum Ausdruck gebracht werden.

Dieses Verständnis der Regelung liegt bereits dem *Senatsurteil IV ZR 131/09 v. 20.7.2011* zugrunde (*juris Rdnr. 15*). Auch in jenem Fall bestand zwischen dem Geschädigten und dem Berufshaftpflichtversicherer (jedenfalls mittlerweile) kein Streit (mehr) über die Wissentlichkeit der Pflichtverletzung.

**2. Der mögliche Anspruch der Klägerin entfällt nicht deswegen, weil inzwischen auch der Vertrauensschadenversicherer die Amtspflichtverletzung des Notars als wissentlich begangen betrachtet.** Diese Feststellung des Berufungsgerichts beruht auf einem Schreiben des Vertrauensschadenversicherers vom 17.8.2012, das erst im Verlauf des Rechtsstreits verfasst worden ist. **Die Klägerin war auch nicht etwa gehalten, von sich aus vor einer Inanspruchnahme der Beklagten an den Vertrauensschadenversicherer heranzutreten, um dessen Leistungsbereitschaft zu klären.** Auch dies würde dem Willen des Gesetzgebers zuwiderlaufen, dass sich der Geschädigte –

bis zur Höhe der gesetzlichen Mindestversicherungssumme – im Interesse zügiger Schadenregulierung an den Berufshaftpflichtversicherer halten kann, ohne sich mit dem Einwand der Wissentlichkeit auch nur befassen zu müssen, wenn der Inanspruchnahme des Berufshaftpflichtversicherers keine anderen Einwendungen entgegenstehen. **Lediglich eine vorsorgliche Schadenmeldung wird er dem Vertrauensschadenversicherer gegenüber bei drohendem Ablauf der Anzeigefrist abgeben müssen (vgl. dazu das Senatsurteil IV ZR 400/12 vom heutigen Tage).**

3. Von seinem Rechtsstandpunkt aus konsequent hat sich das Berufungsgericht nicht mit der Frage befasst, ob die Ausschlussfrist in § 4 Nr. 2 der Vertrauensschadenversicherung einer Einstandspflicht des Vertrauensschadenversicherers entgegensteht (vgl. *Senatsurt. v. 20.7.2011 – IV ZR 209/10, VersR 2011, 1264 Rdnr. 10 ff*). Da die Vorleistungspflicht des Berufshaftpflichtversicherers nach § 19a Abs. 2 Satz 2 BNotO jedoch durch dessen Regressansprüche gegenüber dem Vertrauensschadenversicherer begrenzt ist (*Senat a.a.O. Rdnr. 9*), bedarf es der Zurückverweisung der Sache, damit die hierzu notwendigen Feststellungen getroffen werden können. ■

## Anwaltschaftung

- Beweiserleichterungen
  - Anscheinsbeweis
- (*BGH, Urt. v. 15.5.2014 – IX ZR 267/12*)

### Leitsatz:

In Fällen der Rechts- und Steuerberaterhaftung bestimmen sich Beweiserleichterungen für den Ursachenzusammenhang zwischen Pflichtverletzung und Schaden nach den Grundsätzen des Anscheinsbeweises (*Bestätigung von BGHZ 123, 311*). ■

### 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 jedoch in der Sache keinen Erfolg. Die geltend gemachten Zulassungsgründe liegen nicht vor.

1. Unter welchen Voraussetzungen in Fällen der Rechtsberaterhaftung für den **Ursachenzusammenhang zwischen Pflichtverletzung und Schaden** zugunsten des Mandanten **Beweiserleichterungen** in Betracht kommen, lässt sich der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs entnehmen, die bereits durch das *Grundsatzurteil vom 30.9.1993 (IX ZR 73/93, BGHZ 123, 311)* begründet worden ist.

Es handelt sich um einen Anwendungsfall des **Anscheinsbeweises**. Vorausgesetzt ist demnach ein Sachverhalt, der nach der Lebenserfahrung aufgrund objektiv deutlich für eine bestimmte Reaktion sprechender Umstände einer typisierenden Betrachtungsweise zugänglich ist. Dies ist anzunehmen,



wenn bei zutreffender rechtlicher Beratung vom Standpunkt eines vernünftigen Betrachters aus allein eine Entscheidung nahe gelegen hätte (BGH, Urt. v. 30.9.1993, a.a.O. S. 314; v. 30.3.2000 – IX ZR 53/99, WM 2000, 1351, 1352; v. 20.3.2008 – IX ZR 104/05, WM 2008, 1042 Rdnr. 12; v. 5.2.2009 – IX ZR 6/06, WM 2009, 715 Rdnr. 8; st.Rspr.).

**Demgegenüber vermag auf anderem Gebiet ergangene Rechtsprechung zum aufklärungsrichtigen Verhalten weder Klärungs- noch Rechtsfortbildungsbedarf zu begründen.** Dies gilt auch für die neueren Entscheidungen zur **Anlageberatershaftung** (BGH, Urt. v. 8.5.2012 – XI ZR 262/10, BGHZ 193, 159; v. 26.2.2013 – XI ZR 318/10, BKR 2013, 212; vgl. auch Schwab, NJW 2012, 3274). Danach besteht zu Lasten des Anlageberaters eine zur Beweislastumkehr führende widerlegbare tatsächliche Vermutung, dass der Schaden bei pflichtgemäßer Aufklärung nicht eingetreten wäre.

Sie wird mit dem besonderen Schutzzweck der Aufklärungspflicht gerechtfertigt und greift auch dann ein, wenn der pflichtgemäß aufgeklärte Anleger verschiedene Handlungsalternativen gehabt hätte (BGH, Urt. v. 8.5.2012, a.a.O. Rdnr. 28; v. 26.2.2013, a.a.O. Rdnr. 19). Auf Umstände, die nach der Lebenserfahrung typischerweise die Annahme eines bestimmten Geschehensablaufs rechtfertigen, ist diese Rechtsprechung wegen ihrer Begründung aus dem Schutzzweck der verletzten Pflicht nicht angewiesen.

Mit dem Ansatz einer widerlegbaren tatsächlichen Vermutung hat sich der Senat schon in seinem *Grundsatzurteil vom 30.9.1993* (a.a.O. S. 313) auseinandergesetzt und entschieden, dass nur die Grundsätze des Anscheinsbeweises zu einer angemessenen Risikoverteilung zwischen rechtl. Berater und Mandanten führen. Daran wird festgehalten. (...) ■

## Steuerberaterhaftung

- Ermessenslenkende Verwaltungsvorschriften
- Selbstbindung der Verwaltung
- Normativer Schaden
- Psychische Kausalität

(BGH, Urt. v. 13.3.2014 – IX ZR 23/10)

### Leitsätze:

1. Steht einer Finanzbehörde ein Ermessensspielraum zu oder ist eine Bindung aufgrund allgemeiner Verwaltungsübung eingetreten, muss das Regressgericht im Steuerberaterhaftungsprozess die mutmaßliche Behördenentscheidung feststellen. Ergibt sich die Bindung der Finanzbehörde und eine Ermessensreduzierung auf Null aus einer ermessenslenkenden Verwaltungsvorschrift, gibt diese die ständige Verwaltungsübung wieder. Für das Verständnis dieser Verwaltungsvorschrift ist maßgebend, wie die Verwaltung sie verstanden hat und verstanden wissen wollte, sofern eine solche Auslegung möglich ist.

2. Unterlässt der Steuerberater es pflichtwidrig, seinen Mandanten darauf hinzuweisen, dass dieser Anspruch auf eine steuerliche Sonderbehandlung nach dem sogenannten Sanierungserlass hat, kann er diesem für die daraus erwachsenden Nachteile haften, auch wenn der Sanierungserlass sich später als gesetzeswidrig herausstellen sollte. ■

### Zum Sachverhalt:

Der Kläger war bis Ende 2005 als Einzelunternehmer tätig. Anfang 2002 erließ ihm seine Hausbank betrieblich veranlasste Schulden in Höhe von 121.098,13 EUR. Anfang 2005 stellte der Beklagte, welcher den Kläger für den Veranlagungszeitraum 2002 steuerlich beriet, für diesen unter Hinweis auf das *Schreiben des Bundesministeriums für Finanzen vom 27.3.2003 – IV A 6-S 2140-8/03 (BStBl 2003 I S. 240; künftig: Sanierungserlass)* einen Erlassantrag, und zwar sowohl hinsichtlich der Einkommensteuer- als auch der Gewerbesteuer. Die Stadt L. verlangte vor einer Entscheidung über den Erlass der Gewerbesteuer eine Entscheidung des Finanzamtes nach § 163 AO. Das Finanzamt forderte vor einer Entscheidung über den Antrag des Klägers über den Erlass der Einkommensteuer unter Fristsetzung bis zum 21.3.2005 die Vorlage eines Sanierungsplanes und den Nachweis der Sanierungsabsicht der Bank. Zugleich verfügte es die Stundung der zwischenzeitlich – unter Berücksichtigung des infolge des Forderungsverzichts entstandenen Gewinns – festgesetzten Einkommensteuer für das Jahr 2002. Nach fruchtlosem Ablauf der von dem Finanzamt gesetzten Vorlagefrist lehnte dieses durch Bescheid vom 13.5.2005 den Antrag des Klägers ab, weil die Nachweise nicht eingegangen seien.

Mit der Begründung, der Beklagte habe gegen diesen Bescheid keinen zum Steuererlass führenden Einspruch eingelegt, verlangt der Kläger vom Beklagten nunmehr Schadenersatz für die Einkommensteuer in Höhe von 49.492,13 EUR und für die Gewerbesteuer in Höhe von 9.504 EUR. Weiter begehrt er die Feststellung, dass der Beklagte zum Ersatz der ihm hinsichtlich des Veranlagungszeitraums 2002 noch entstehenden Schäden, insbesondere noch nicht bezifferbare Vollstreckungskosten und Säumniszuschläge, verpflichtet sei. Der Beklagte macht widerklagend Honoraransprüche in Höhe von 2.331,60 EUR nebst Zinsen geltend. Der Kläger hat diesen gegenüber mit seiner Schadenersatzforderung wegen der gegen ihn festgesetzten Einkommensteuer hilfsweise die Aufrechnung erklärt.

Das LG hat die Klage abgewiesen und der Widerklage stattgegeben. Das Berufungsgericht hat den Beklagten auf die Berufung des Klägers – unter Beachtung der erklärten Hilfsaufrechnung – zur Zahlung von 56.664,53 EUR verurteilt, die beehrte Feststellung ausgesprochen und die Klage im Übrigen abgewiesen. Die Widerklage hat es wegen der Hilfsaufrechnung mit Ausnahme zugesprochener Zinsen abgewiesen. Mit der durch den Senat zugelassenen Revision erstrebt der Beklagte die Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung. ■



**Aus den Gründen:**

Die Revision hat teilweise Erfolg.

A. Das Berufungsgericht hat ausgeführt: Der Schadenersatzanspruch des Klägers gegen den Beklagten folge aus § 280 Abs. 1 BGB. Der Beklagte habe es als Steuerberater des Klägers pflichtwidrig unterlassen, diesen über die Erfolgsaussichten eines möglichen Einspruchs gegen den Bescheid des Finanzamtes vom 13.5.2005 zu belehren. Der Einspruch hätte Erfolg versprochen, weil die in dem Sanierungserlass genannten Voraussetzungen für einen Erlass der auf den Sanierungsgewinn anfallenden Steuern in der Person des Klägers vorgelegen hätten, sobald der Beklagte dem Finanzamt die angeforderten Unterlagen vorgelegt hätte. Die Finanzverwaltung wäre an den – rechtswirksamen – Sanierungserlass gebunden gewesen.

Dass der Kläger nach der erfolgten Belehrung den Einspruch eingelegt und die angeforderten Unterlagen der Finanzverwaltung vorgelegt hätte, sei zu vermuten. Nach erfolgtem rechtzeitigen Einspruch und Vorlage der geforderten Unterlagen hätte das Finanzamt dem Kläger die Steuerschuld erlassen. So sei es bei der Steuerfestsetzung gegen den Kläger geblieben; darin liege sein Schaden. Dem Beklagten stünden gegen den Kläger die widerklagend geltend gemachten Honoraransprüche in Höhe von 2.331,60 EUR zu, gegen die der Kläger hilfsweise mit seinen Schadenersatzansprüchen aufgerechnet habe. Deswegen seien Klage und Widerklage in dieser Höhe abzuweisen. Neben der Zahlung von (49.492,13 EUR Einkommensteuer zuzüglich 9.504 EUR Gewerbesteuer abzüglich 2.331,60 EUR Honorarforderungen =) 56.664,53 EUR könne der Kläger die Feststellung verlangen, dass der Beklagte für sämtliche weitere Schäden einzustehen habe, die dem Kläger daraus noch entstünden, dass der Beklagte hinsichtlich der Einkommensteuerveranlagung für den Veranlagungszeitraum 2002 keine Billigkeitsentscheidung nach § 163 AO herbeigeführt habe und die Einspruchsfrist habe verstreichen lassen.

B. Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung nur teilweise stand.

I. Der Revision bleibt der Erfolg insoweit versagt, als der Beklagte zur Zahlung von Schadenersatz wegen der gegen den Kläger festgesetzten Einkommensteuer abzüglich des durch die Hilfsaufrechnung erloschenen Betrages in Höhe von (49.492,13 EUR abzüglich 2.331,60 EUR) 47.160,53 EUR nebst Zinsen verurteilt und die Einstandspflicht des Beklagten für weitere dem Kläger im Zusammenhang mit der gegen ihn festgesetzten Einkommensteuer entstehenden Schäden festgestellt worden ist.

1. Der Kläger hat gegen den Beklagten einen Anspruch auf Erstattung der gegen ihn festgesetzten Einkommensteuer in Höhe von 49.492,13 EUR und der ihm hieraus noch weiter entstehenden Schäden aus § 280 Abs. 1 BGB.

a) Der Beklagte, der den Kläger für das Veranlagungsjahr 2002 steuerlich beraten hat, hat es pflichtwidrig unterlassen, diesen darauf hinzuweisen, dass ein Einspruch gegen den

Bescheid vom 13.5.2005 erfolgsversprechend gewesen wäre, sofern er die angeforderten und vorliegenden Unterlagen beim Finanzamt einreiche.

aa) Das Finanzamt hätte dem Kläger die beantragte steuerliche Sonderbehandlung nach §§ 163, 227 AO gewähren und die Einkommensteuer in geltend gemachter Höhe erlassen müssen. Denn die in dem Sanierungserlass geregelten Voraussetzungen für einen Steuererlass waren in der Person des Klägers verwirklicht und das der Finanzverwaltung eingeräumte Ermessen für die Sonderbehandlung war gemäß den Vorgaben in dem Sanierungserlass auf Null reduziert.

(1) Dem Kläger, der für sein Einzelunternehmen den Gewinn (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 EStG) im Wege des Betriebsvermögensvergleichs gemäß § 4 Abs. 1 EStG ermittelt hat, wurden betrieblich veranlasste Schulden von seiner Hausbank Anfang des Jahres 2002 erlassen. Allein durch diesen Erlass ist ihm in Höhe des Nennbetrags der erlassenen Forderung (§ 253 Abs. 1 Satz 2 HGB) ein außerordentlicher Ertrag und wegen fehlender zu verrechnender Verluste ein zu versteuernder Gewinn entstanden. Dies gilt auch dann, wenn die Forderung der Bank gegen ihn wertlos war. Auch der Verzicht auf eine wertlose Forderung führt durch den Wegfall der zuvor passivierten Verbindlichkeit zu einer Vermögensmehrung, die nach handelsrechtlichen Grundsätzen als Gewinn ausgewiesen werden muss (für die Kapitalgesellschaft vgl. *BFH, BFHE 183, 187, 196*). Es spielt auch keine Rolle, dass die Hausbank des Klägers ihm die Kreditschulden zum Zwecke der Sanierung erlassen hat; denn nur bis zum 31.12.1997 waren nach § 3 Nr. 66 EStG a.F. Erhöhungen des Betriebsvermögens, die dadurch entstanden, dass Schulden zum Zweck der Sanierung ganz oder teilweise erlassen wurden, steuerfrei.

Der Erfolg des klägerischen Antrags, ihm die Steuern aus diesem durch den Erlass von Schulden entstandenen Gewinn zu erlassen, misst sich an §§ 163, 227 AO. Nach § 163 AO können Steuern niedriger festgesetzt werden und einzelne Besteuerungsgrundlagen, die die Steuer erhöhen, können bei der Festsetzung der Steuern unberücksichtigt bleiben, wenn die Erhebung der Steuer nach Lage des einzelnen Falles unbillig wäre. Nach Satz 2 der Vorschrift ist darüber hinaus eine vom Regelfall abweichende zeitliche Zuordnung einzelner Besteuerungsgrundlagen möglich. Nach § 227 AO können die Finanzbehörden Ansprüche aus dem Steuerschuldverhältnis ganz oder zum Teil erlassen, wenn deren Einziehung nach Lage des einzelnen Falles unbillig wäre. Damit ist der Finanzverwaltung für die steuerliche Sonderbehandlung des Steuerpflichtigen ein Ermessen eingeräumt. Inhalt und Grenzen des Ermessens werden durch den Begriff der Unbilligkeit bestimmt (*GmS-OGB, Beschl. v. 19.10.1971 – GmS-OGB 3/70, BStBl II 1972, 603 = NJW 1972, 1411, 1413 f, in BGHZ 58, 399 insoweit n. abgedr.*), der in § 163 Satz 1 AO und § 227 AO identisch ist (vgl. *Klein/Rüsken, AO, 11. Aufl., § 227 Rdnr. 17*).

Der Zweck der vorgenannten Bestimmungen liegt darin, sachlichen und persönlichen Besonderheiten des Einzelfalles, die der Gesetzgeber in der Besteuerungsnorm nicht berücksichtigt hat, durch eine nicht den Steuerbescheid selbst

ändernde Korrektur des Steuerbetrages insoweit Rechnung zu tragen, als sie die steuerliche Belastung als unbillig erscheinen lassen (vgl. *BFH, BFHE 238, 518; BFH/NV 2013, 1383 Rdnr. 13*). Eine sachliche Unbilligkeit kann geltend gemacht werden, wenn die streitige Steuererhebung zwar dem Gesetz entspricht, aber den Wertungen des Gesetzgebers derart zuwiderläuft, dass nach dem erklärten oder mutmaßlichen Willen des Gesetzgebers davon ausgegangen werden kann, er hätte die im Billigkeitswege zu entscheidende Frage im Sinne der beabsichtigten Billigkeitsmaßnahme entschieden (*BVerfG, BVerfGE 48, 102, 113 f; BFH, Urt. v. 26.5.1994 – IV R 51/93, BStBl II 1994, 833; BFH, BFH/NV 2013, 1383 Rdnr. 13 jeweils m.w.N.*).

Die zuständigen Finanzbehörden können hierzu durch Ermessensrichtlinien Gruppenregelungen treffen und dabei das Tatbestandsmerkmal der Unbilligkeit konkretisieren (*BFH, BFHE 99, 448, 460 f; BFHE 133, 262, 265; Beermann/Gosch/Stöcker, AO, 2008, § 227 Rdnr. 28*). Einer besonderen Ermächtigung hierzu durch Gesetz bedarf es nicht, weil der Erlass von Billigkeitsrichtlinien zu der grundsätzlichen Kompetenz der Verwaltung gehört (*BFH, BFHE 133, 262, 265*). Allerdings bieten die Bestimmungen der § 163 Satz 1, § 227 Abs. 1 AO keine Rechtsgrundlage für allgemeine Billigkeitsmaßnahmen; ein Billigkeitserlass kann deshalb nicht gewährt werden, wenn der Gesetzgeber die für eine Vielzahl von Personen gleichermaßen auftretende Härte durch eine abstrakte Regelung hätte selbst beseitigen können (*BFH, HFR 1963, 306, 308; BFHE 99, 448, 459 ff; BFHE 116, 58, 60 f, jeweils zu § 131 AO a.F.; BFHE 180, 240, 243; Beermann/Gosch/Stöcker, AO, 2008, § 227 Rdnr. 29; v. Groll in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO, § 227 Rdnr. 32; Klein/Rüsken, AO, 11. Aufl., § 163 Rdnr. 33*).

Für die ertragsteuerliche Behandlung von Sanierungsgewinnen hat das Bundesministerium für Finanzen im Einvernehmen mit den obersten Finanzbehörden der Länder mit Schreiben vom 27.3.2003 (*IV A 6-S 2140-8/03, BStBl I 2003, 240*) eine Verwaltungsvorschrift erlassen, welche die Anwendung der Billigkeitsregeln für diese Fälle vereinheitlichen soll. Mit Ausnahme einer modifizierten Verrechnung vorhandener Verluste und negativer Einkünfte setzt dieses Schreiben im Ergebnis die Rechtsfolge des früheren § 3 Nr. 66 EStG im Wege der Billigkeit wieder in Kraft. Die von der Rechtsprechung zum früheren § 3 Nr. 66 EStG gefundenen Rechtsgrundsätze wurden in dem BMF-Schreiben im weitem Umfang inhaltlich übernommen. Nach Rdnr. 13 des Schreibens ist dieses in allen noch offenen Fällen anzuwenden, für die die Regelung des § 3 Nr. 66 EStG in der Fassung der Bekanntmachung vom 16.4.1997 (*BGBI I 1997, 821*) nicht mehr gilt, also für alle Sanierungsgewinne, die nach dem 31.12.1997 entstanden sind (vgl. *FG München, ZIP 2008, 1784*). Liegen die im Sanierungserlass geregelten Voraussetzungen der steuerlichen Sonderbehandlung vor, ist das der Finanzverwaltung eingeräumte Ermessen gemäß den Vorgaben in dem Sanierungserlass auf Null reduziert (*Sanierungserlass Rdnr. 12*).

(2) Voraussetzungen für die Annahme eines im Sinne des Sanierungserlasses begünstigten Sanierungsgewinns sind die

Sanierungsbedürftigkeit und Sanierungsfähigkeit des Unternehmens, die Sanierungseignung des Schuldnerlasses und die Sanierungsabsicht der Gläubiger. Liegt ein Sanierungsplan vor, kann davon ausgegangen werden, dass diese Voraussetzungen erfüllt sind (*Sanierungserlass Rdnr. 4*). Dass diese Voraussetzungen zum Zeitpunkt des Forderungsverzichts durch die Hausbank Anfang des Jahres 2002 vorlagen, hat das Berufungsgericht revisionsrechtlich bindend festgestellt. Das Merkmal der Sanierungsbedürftigkeit des klägerischen Unternehmens war zwischen den Parteien unstrittig. Das Vorliegen der Merkmale der Sanierungsfähigkeit des klägerischen Unternehmens und die Sanierungseignung des Schuldnerlasses durch die Bank hat der Beklagte nur im Nachhinein aufgrund der Unternehmenszahlen aus den Jahren 2004 und 2005, insbesondere aufgrund des Umsatzeinbruchs im Jahr 2005 und der – durch das Finanzamt erzwungenen – Betriebsaufgabe durch den Kläger zum 31.12.2005 bestritten. Das Merkmal der Sanierungsabsicht der die Schuld erlassenden Hausbank des Klägers hat der Beklagte zugestanden.

a) Deswegen kann die Revision nicht einwenden, die Bank habe bei Schuldnerlass nicht mit Sanierungsabsicht gehandelt. Insoweit liegt ein bindendes prozessuales Geständnis des Beklagten gemäß § 288 Abs. 1 ZPO vor, weil der Kläger das Vorliegen einer Sanierungsabsicht vorgetragen hat und der Beklagte in der mündlichen Verhandlung des LG vom 31.1.2008 anwaltlich hat erklären lassen, dieser Vortrag werde nicht bestritten. Zudem hat er persönlich klargestellt, dass es ein Schreiben der Bank gegeben habe, in welchem diese ihre Sanierungsabsicht bestätigt habe. Das Vorliegen eines solchen Schreibens hat er auch nochmals mit Schriftsatz vom 31.7.2008 anwaltlich bestätigen lassen. Hierin liegt kein bloßes Nichtbestreiten des klägerischen Vortrags (vgl. *BGH, Urt. v. 7.12.1998 – II ZR 266/97, BGHZ 140, 156, 157*), sondern die Erklärung, die Tatsache gegen sich gelten lassen zu wollen, dass die Bank mit Sanierungsabsicht handelte und im Steuerverfahren eine entsprechende Bankbestätigung hätte vorgelegt werden können (vgl. *BGH, Urt. v. 7.7.1994 – IX ZR 115/93, NJW 1994, 3109; v. 19.5.2005 – III ZR 265/04, NJW-RR 2005, 1297, 1298; v. 9.5.2006 – VI ZR 225/05, NJW 2006, 2181 Rdnr. 13*).

b) Die Voraussetzungen für eine Billigkeitsmaßnahme mussten nach der Verwaltungspraxis der Finanzverwaltung im Jahr 2005 im Zeitpunkt des Forderungsverzichts durch die Hausbank Anfang des Jahres 2002 und nicht im Zeitpunkt der angestrebten Entscheidung der Finanzverwaltung über den beantragten Steuererlass im Jahr 2005 vorliegen. Dem steht nicht schon entgegen, dass bei gerichtlicher Überprüfung einer behördlichen Ermessensausübung im Grundsatz auf die tatsächlichen Verhältnisse abzustellen ist, die der Behörde im Zeitpunkt der letzten Ermessensausübung bekannt waren (*BVerwG, NJW 1991, 1073, 1075; BFH, BFHE 180, 178, 182; BayVG, Beschl. v. 2.4.2004 – 4 C 03.2425 Rdnr. 17; VG München, Urt. v. 2.4.2009 – M 10 K 08.214 Rdnr. 43*). Denn nach der Rechtsprechung des BFH zu § 3 Nr. 66 EStG aF war der maßgebende Zeitpunkt der Erlass der Forderung durch die Gläubiger des Steuerpflichtigen (*BFH, Urt. v. 27.1.1998, BStBl II S. 537*).

Im Sanierungserlass sollte die alte Rechtslage einschließlich der zu § 3 Nr. 66 EStG a.F. ergangenen Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs im Wesentlichen übernommen und nur hinsichtlich der Verrechnung vorhandener Verluste und negativer Einkünfte modifiziert werden.

Es ist zwar zutreffend, dass §§ 163, 227 AO lediglich den Erlass einer bereits entstandenen Steuer aus Billigkeitsgründen ermöglichen, während bei § 3 Nr. 66 EStG a.F. der Sanierungsgewinn ohne weiteres steuerfrei war (*VG München a.a.O.*). Doch stellt der Sanierungserlass bereits begrifflich auf eine prognostische Wertung und damit eine ex-ante-Sicht zum Zeitpunkt des Forderungsverzichts ab.

Die Finanzverwaltung hat zudem diese Sicht der Dinge auch in späteren Verfügungen klargestellt, wo sie ausdrücklich ausführt, dass die Voraussetzungen für eine Billigkeitsmaßnahme im Zeitpunkt des Forderungsverzichts durch die Gläubiger und nicht im Zeitpunkt der Entscheidung der Finanzverwaltung über eine Billigkeitsmaßnahme vorliegen müssen (*OFD Karlsruhe v. 1.1.2011 – S 2140, juris; OFD Niedersachsen, Verfügung v. 29.6.2011 – S 2140-8-St 244, juris; OFD Niedersachsen v. 19.6.2013 – S 2140-8-St 248 (VD); OFD Frankfurt, Rundvfg. v. 24.7.2013 – S 2140 A -4- St 213, juris*). Hierin liegt ersichtlich keine Änderung der Verwaltungspraxis, sondern eine Bestätigung der bestehenden.

Daraus ist zu schließen, dass das im Jahr 2005 für den Erlass der festgesetzten Einkommensteuer zuständige Finanzamt geprüft hätte, ob die Voraussetzungen des Sanierungserlasses – wie festgestellt – im Jahr 2002 vorgelegen hätten. Eine solche Auslegung ist rechtlich auch möglich (vgl. zur Auslegung von Verwaltungsvorschriften *BFH, BFHE 197, 400, 405*) und darüber hinaus naheliegend, weil der im Sanierungserlass genannte Zielkonflikt zwischen der Besteuerung des Sanierungsgewinns und der Stärkung der Sanierung von Unternehmen durch die Insolvenzordnung nur aufgelöst werden kann, wenn Gewinne aufgrund erfolversprechender Sanierungen unabhängig von deren späteren tatsächlichen Erfolg steuerbefreit werden.

bb) Der Kläger hätte mit einem etwaigen Einspruch nach den Feststellungen des Berufungsgerichts dem Finanzamt das Vorliegen der im Sanierungserlass genannten Voraussetzungen für den Erlass der Steuern aus einem Sanierungsgewinn nachweisen können, worauf hinzuweisen der Beklagte pflichtwidrig unterlassen hat. Aus dem Umstand, dass der Kläger diese Unterlagen nicht schon im Antragsverfahren eingereicht hat, hat das Berufungsgericht mit Recht nicht geschlossen, dass der Kläger diese Unterlagen auch im Einspruchsverfahren nicht vorgelegt hätte. Denn der Beklagte hat dem Kläger weder im Antragsverfahren noch nach Erlass des für den Kläger nachteiligen Bescheids vom 13.5.2013 erklärt, welche Unterlagen vorzulegen waren. Mit der schlichten Überlassung des Schreibens des Finanzamtes vom 28.2.2005 an den Kläger und der Aufforderung, die dort genannten Unterlagen vorzulegen, und zusätzlichen mündlichen Aufforderungen entsprechenden Inhalts genügt er seinen Pflichten als Steuerberater nicht.

Der Beklagte hat eingeräumt, von der ehemaligen Hausbank des Klägers den Schriftverkehr zum Forderungserlass erhalten zu haben. Weiter ist zwischen den Parteien unstreitig, dass dem Finanzamt ein Schreiben der Hausbank vorgelegt worden ist, in dem diese die Sanierungsabsicht bestätigt hatte. Nach dem festgestellten Sachverhalt wurde dem Finanzamt von den angeforderten Unterlagen lediglich der Sanierungsplan nicht vorgelegt, der nach übereinstimmendem Vortrag der Parteien im Jahr 2002 gefertigt worden war, 2005 aber nicht mehr vorgelegt werden konnte, wobei die Parteien hierfür unterschiedliche Gründe angeführt haben. Übereinstimmend haben sie aber wiederum vorgetragen, dass der ursprüngliche Planersteller bereit gewesen sei, den Sanierungsplan gegenüber dem Finanzamt zu bestätigen. Deswegen hätte der Beklagte dem Kläger konkret mitteilen müssen, welche Unterlagen an Stelle des nicht mehr vorliegenden Sanierungsplans – etwa eine schriftliche Zeugenaussage über die Existenz des Sanierungsplans, dessen Inhalt und den Grund, warum er nicht mehr vorgelegt werden kann – beim Finanzamt hätten eingereicht werden müssen.

b) Wenn der Beklagte den Kläger pflichtmäßig über die Erfolgsaussichten des Einspruchs belehrt hätte, hätte der Kläger gegen den Bescheid des Finanzamtes entsprechend der Belehrung Einspruch eingelegt und etwa die (schriftliche) Zeugenaussage vorgelegt. Nach den **Grundsätzen des beratungsgerechten Verhaltens** ist nämlich zu Gunsten des Klägers zu vermuten, er wäre bei pflichtgemäßer Beratung den Hinweisen des Beklagten gefolgt, weil im Falle einer sachgerechten Aufklärung aus der Sicht eines vernünftig urteilenden Mandanten eindeutig die Einlegung des Einspruchs und die Vorlage der Unterlagen oder die Benennung des Zeugen nahegelegen hätte (vgl. *BGH, Urt. v. 10.5.2012 – IX ZR 125/10, BGHZ 193, 193 Rdnr. 36*).

Dadurch dass durch die Pflichtwidrigkeit des Beklagten der Bescheid vom 13.5.2005 bestandskräftig geworden ist, durch den die beantragte steuerliche Sonderbehandlung und der Erlass der auf den Sanierungsgewinn anfallenden Einkommensteuer abgelehnt wurde, obwohl ein Anspruch darauf bestand, ist dem Kläger dem Beklagten zurechenbar ein Schaden in Höhe der festgesetzten Einkommensteuer für das Veranlagungsjahr 2002 entstanden, soweit die festgesetzte Steuer auf dem Sanierungsgewinn beruht, mithin in Höhe von 49.492,13 EUR. Weiter hat der Beklagte dem Kläger allen weiteren Schaden zu ersetzen, der ihm dadurch entstanden ist und noch entsteht, dass die Einkommensteuer für das Veranlagungsjahr nicht erlassen worden ist, etwa weil das Finanzamt gegen ihn Säumniszuschläge festsetzt und gegen ihn vollstreckt.

aa) **Bei der Beurteilung, ob dem Kläger aus fehlerhafter Beratung ein Schaden entstanden ist, hat das für den Regressprozess zuständige Gericht grundsätzlich nicht darauf abzustellen, wie die zuständige Verwaltungsbehörde oder das damals angerufene Gericht ohne die Pflichtverletzung tatsächlich entschieden hätte, sondern aufgrund der gesamten Sach- und Rechtslage selbständig darüber zu befinden, wie das betreffende Verfahren ohne den dem Berater zur Last fallenden Fehler richtigerweise hätte ausgehen müssen.**

Wesentlich für diese Rechtsprechung ist vor allem die Erwägung, dass es bei wertender Betrachtungsweise nicht als Schaden im Rechtssinne angesehen werden kann, wenn sich im Haftungsprozess herausstellt, dass die Partei im Vorprozess objektiv mit Recht unterlegen war (BGH, Urt. v. 3.6.1993 – IX ZR 173/92, NJW 1993, 2799, 2801). **Der vorbezeichnete Grundsatz der selbständigen Rechtsprüfung durch das Regressgericht erfährt dann eine Ausnahme, wenn der Verwaltungsbehörde ein Ermessensspielraum zustand oder eine Bindung aufgrund allgemeiner Verwaltungsübung eingetreten war.** In solchen Fällen ist die **mutmaßliche Behördenentscheidung** festzustellen.

Nach dem **Grundsatz der Selbstbindung der Verwaltung** darf die Finanzbehörde nicht willkürlich in Einzelfällen, die von einer ergangenen Verwaltungsanweisung gedeckt sind, deren Anwendung ablehnen. Aus einer solchen ständigen Verwaltungsübung erwächst ein rechtlich geschütztes Vertrauen des Steuerpflichtigen, das auch bei der Beurteilung der Frage, ob er durch das Verhalten des Beraters geschädigt wurde, zu beachten ist (BGH, a.a.O., S. 2801). **Lässt deswegen die zu beurteilende Fallgestaltung bei pflichtgemäßer Ermessensausübung nur eine einzige Beurteilung zu (sogenannte Ermessensreduzierung auf Null), so ist diese im späteren Schadenersatzprozess zugrunde zu legen. Denn auch insoweit ist davon auszugehen, dass die Behörde sich bei der Ausübung ihres Ermessens pflichtgemäß verhalten hätte** (BGH, Urt. v. 23.11.1995 – IX ZR 225/94, NJW 1996, 842).

bb) Vorliegend bestand aufgrund des Sanierungserlasses eine solche ständige Verwaltungsübung, die das Ermessen des Finanzamtes auf Null reduziert hat. Bei dem Sanierungserlass handelt es sich um eine ermessenslenkende Verwaltungsvorschrift, die das Bundesministerium für Finanzen in Abstimmung mit den obersten Finanzbehörden der Länder erlassen hat. Verwaltungsvorschriften sind zwar keine Rechtsnormen im Sinne des § 4 AO, sie sind ihrer Rechtsnatur nach jedoch abstrakt-generelle Rechtssätze vorgesetzter Behörden gegenüber den nachgeordneten Behörden und damit sogenanntes Innenrecht (Pahlke/Koenig, AO, 2. Aufl., § 4 AO Rdnr. 51).

Als solche sind sie für diese im Innenverhältnis bindend. Auf der Grundlage des Art. 3 Abs. 1 GG führen sie – soweit rechtmäßig – zu einer Selbstbindung der Finanzverwaltung und zudem zu einer Bindung für die Gerichte aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz (Pahlke/Koenig, a.a.O. Rdnr. 55). Haftungsrechtlich war deswegen – entgegen der Ansicht des Revisionsklägers – nicht zu prüfen, ob das zuständige Finanzamt den Sanierungserlass 2005 tatsächlich angewandt hat, wovon im Übrigen aufgrund des Verhaltens dieses Finanzamtes gegenüber dem Kläger auszugehen ist.

cc) Übergeordnete Prinzipien des Rechts stehen einer Erstattung dieser Schäden nicht entgegen (**normativer Schaden**). Dem Kläger wird nichts zugesprochen, was der Rechtsordnung widerspricht.

(1) Allerdings ist in der derzeitigen finanzgerichtlichen Rechtsprechung streitig, ob der Sanierungserlass gesetzesgemäß ist.

(a) Zum einen wird vertreten, dass nach Abschaffung von § 3 Nr. 66 EStG a.F. eine Billigkeitsentscheidung nach Maßgabe des Sanierungserlasses mangels Rechtsgrundlage nicht möglich sei (FG München, ZIP 2008, 1784, 1785 f; FG Sachsen, GmbHR 2013, 666; ZIP 2013, 2274, 2275; vgl. auch Schmidt/Heinicke, EStG, 31. Aufl., § 3 „Sanierungsgewinn“, a.A. dagegen ab der 32. Aufl.; Blümich/Erhard, EStG/KStG/GewStG, 2013, § 3 Nr. 66 EStG a.F. Rdnr. 3; v. Goll in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO, § 227 Rdnr. 32; Bareis/Kaiser, DB 2004, 1841, 1843 f; vgl. auch BFH, ZIP 2012, 989 Rdnr. 9). Der Gesetzgeber habe mit der Abschaffung von § 3 Nr. 66 EStG a.F. zum Ausdruck gebracht, Sanierungsgewinne unterschiedslos besteuern zu wollen.

Wegen des insoweit entgegenstehenden Willens des Gesetzgebers könne die durch den Sanierungserlass vom 27.3.2003 getroffene Verwaltungsregelung auch nicht deshalb Bestand haben, weil der Gesetzgeber durch die Regelung des § 3 Nr. 66 EStG a.F. 1977 die vorherige Rechtsprechung des Reichsgerichts übernommen habe, die ohne gesetzliche Grundlage Sanierungsgewinne steuerfrei behandelt habe. Die Aufhebung sei in Kenntnis der historischen Entwicklung erfolgt. Nach dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung sei daher jede abweichende, auch den Steuerpflichtigen begünstigende, Handhabung ausgeschlossen. In Fällen der Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit könne die Finanzbehörde im Rahmen eines außergerichtlichen Schuldenbereinigungsverfahrens auf tatbestandlich verwirklichte Steuerforderungen verzichten. Es verbleibe daher lediglich Raum für einen Steuererlass wegen persönlicher Unbilligkeit (vgl. Bareis/Kaiser, a.a.O.).

Nach anderer Ansicht (BFH, BFHE 229, 502 Rdnr. 29; FG Münster, ZInsO 2004, 1322, 1323; EFG 2011, 644; FG Köln, DStRE 2008, 1445, 1446; FG Düsseldorf, EFG 2011, 1685, 1686; FG Hannover, EFG 2012, 1523, 1524; Kahlert in: Kahlert/Rühland, Sanierungs- und Insolvenzsteuerrecht, 2. Aufl., Rdnr. 2.10; Geist, BB 2008, 2658, 2660; Thouet, ZInsO 2008, 664, 665 f; Seer, FR 2010, 306, 307 f; Knebel, DB 2009, 1094, 1096 f; Wagner, BB 2008, 2671 f; Braun/Geist, BB 2009, 2508, 2509 f; Töben, FR 2010, 249, 255), der sich das Berufungsgericht angeschlossen hat, soll der Sanierungserlass den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung nicht berühren.

Der Gesetzgeber habe mit der Aufhebung von § 3 Nr. 66 EStG lediglich die Beseitigung einer Doppelbegünstigung beabsichtigt, einzelnen persönlichen oder sachlichen Härtefällen könne ausweislich der dahingehenden Gesetzesbegründung (BT-Drucks. 13/7480, S. 192) jedoch im Stundungs- oder Erlasswege begegnet werden (BFH, BFHE 229, 502 Rdnr. 29; vgl. Seer, a.a.O., S. 308). Der hierzu ergangene Sanierungserlass vermeide die vom Gesetzgeber nicht gewollte Doppelbegünstigung dadurch, dass die Stundung und der Erlass nur dann in Betracht kämen, wenn Verluste des betroffenen Schuldners verrechnet würden (Kahlert, a.a.O.).

(b) **Der Senat kann die Frage offenlassen, ob der Sanierungserlass gesetzeswidrig ist und deswegen keine Anwendung findet. Auf die Beantwortung dieser Frage kommt es haftungs-**



**rechtlich nicht an. Denn der Beklagte haftet dem Kläger auch dann, wenn sich der Sanierungserlass nachträglich als gesetzeswidrig herausstellte. Grund dafür ist, dass ein Steuerberater auch für die Nachteile eintreten muss, die dem Auftraggeber dadurch entstanden sind, dass er sich durch schuldhaft schlechte Ausführung des Auftrags eine Behördenpraxis nicht hat zunutze machen können, die sich im Nachhinein als rechtswidrig beurteilt** (BGH, Urt. v. 28.9.1995 – IX ZR 158/94, NJW 1995, 3248 ff; vgl. auch BGH, Urt. v. 15.1.1981 – VII ZR 44/80, BGHZ 79, 223, 231; zustimmend Gehrlein, *Anwalts- und Steuerberaterhaftung*, 2. Aufl., S. 97 f; Fahren-dorf in: Fahren-dorf/Mennemeyer/Terbille, *Die Haftung des Rechtsanwalts*, 8. Aufl., Rdnr. 921; Ganter, NJW 1996, 1310 f; Borgmann, NJW 2000, 2953, 2965; kritisch G. Fischer in: Zuehör/G. Fischer/Vil/D. Fischer/Rinkler/Chab, *Handbuch der Anwaltshaftung*, 3. Aufl., Rdnr. 1197 ff; Vollkommer/Greger/Heinemann, *Anwaltshaftungsrecht*, 3. Aufl., § 20 Rdnr. 30 bei Fn. 69; Borgmann/Jungk/Grams, *Anwaltshaftung*, 4. Aufl., § 29 Rdnr. 90).

**Allerdings darf grundsätzlich einem Geschädigten im Wege des Schadenersatzes nichts zugesprochen werden, was der Rechtsordnung widerspricht. Doch widerspricht eine ständige – allseits für rechtmäßig gehaltene – Verwaltungspraxis der Rechtsordnung jedenfalls dann nicht, wenn die Behörden nicht einen Vorteil gewährt haben, der nach dem Gesetz schlechterdings nicht gewährt werden durfte.** Denn ein Mandant, der sich an einer allseits für rechtmäßig gehaltenen ständigen Verwaltungspraxis orientiert, ist genauso schutzwürdig wie derjenige, der sich auf eine feste, später jedoch aufgegebene Rechtsprechung stützen kann.

**In diesem Fall hat der Regressrichter bei der Prüfung der Frage, ob ein Schaden entstanden ist, die Rechtslage unter Einschluss der einschlägigen höchstrichterlichen Rechtsprechung zugrunde zu legen, die zum Zeitpunkt der hypothetischen Entscheidung im Ausgangsverfahren bestand** (BGH, Urt. v. 28.9.2000 – IX ZR 6/99, BGHZ 145, 256, 263 f). Nichts anderes kann grundsätzlich für einen Mandanten gelten, der im maßgeblichen Zeitpunkt auf eine ständige Verwaltungspraxis vertrauen durfte (vgl. BGH, Urt. v. 15.1.1981, a.a.O.; v. 28.9.1995, a.a.O.; Ganter, NJW 1996, 1310, 1313).

(c) So liegt der Fall hier. Soweit die Finanzverwaltung unter den Voraussetzungen des Sanierungserlasses dem Steuerpflichtigen nach §§ 168, 222, 227 AO die auf den Sanierungsgewinn anfallende Einkommensteuer in der Vergangenheit stundete und erließ, gewährte sie keinen Vorteil, der nach dem Gesetz schlechterdings nicht gewährt werden und auf den der Steuerpflichtige deshalb nicht vertrauen durfte.

Der Gesetzgeber wollte mit der Abschaffung des § 3 Nr. 66 EStG nicht ausnahmslos die Besteuerung der Sanierungsgewinne einführen, sondern er wollte die von ihm erkannte und als systemwidrig angesehene Doppelbegünstigung des Steuerpflichtigen infolge der Steuerfreiheit des Sanierungsgewinns auf der einen und des unbegrenzten Verlustabzugs auf der anderen Seite beseitigen (vgl. *BT-Drucks. 13/7480*, S. 192; Seer, a.a.O., S. 308; Kahlert, a.a.O.). Nur wegen der Möglichkeit des unbegrenzten Verlustvortrags sah er für die

Steuerfreiheit des Sanierungsgewinns keinen Raum mehr und war der Ansicht, verbleibenden Härtefällen könnte im Stundungs- oder Erlasswege begegnet werden (*BT-Drucks. 13/7480*, S. 192). Die Sanierungsgewinne sah er im Zusammenhang mit den vor dem Forderungserlass entstandenen Verlusten und meinte, über einen Verlustausgleich oder den Verlustabzug eine korrekte Totalbesteuerung erreichen zu können (Einkommensteuer-Kommission, BB 1994, Beilage 24, S. 7).

Diese Erwägung findet sich auch in der Begründung eines späteren Entwurfs eines Unternehmensteuerreformgesetzes 2008 zu § 8c KStG n.F. (*BT-Drucks. 16/4841*, S. 75 f). Dort wird unter Hinweis auf den Sanierungserlass vom 27.3.2003 ausgeführt, eine ausdrückliche Sanierungsregelung sei entbehrlich, weil von einer Besteuerung des nach einem Verlustabzug überschießenden Betrags auch ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung im Billigkeitswege abgesehen werden könne (vgl. *Geist, BB 2008*, 2658, 2660).

Im Hinblick auf die Regelungen der §§ 168, 222, 227 AO, die im Grundsatz Stundung und Erlass von Steuerforderungen aus Billigkeitsgründen vorsehen, durfte der Kläger auf die Rechtmäßigkeit des Sanierungserlasses vertrauen. Die Rechtsprechung hat den Sanierungserlass zunächst als gesetzesgemäß angesehen (*FG Münster, ZInsO 2004*, 1322, 1323). Soweit ersichtlich ist in der Rechtsprechung erstmals im Urteil des FG München vom 12.12.2007 davon ausgegangen worden, dass dem Sanierungserlass die Rechtsgrundlage fehle. Ihm hat sich das FG Leipzig (*GmbHR 2013*, 666; *ZIP 2013*, 2274, 2275) angeschlossen.

Dieser Meinung sind, wie bereits ausgeführt wurde, andere Finanzgerichte entgegengetreten (*FG Köln, DStRE 2008*, 1445, 1147; *FG Münster, EFG 2011*, 644; *FG Düsseldorf, EFG 2011*, 1685, 1686; *FG Hannover, EFG 2012*, 1523, 1524). Der 10. Senat des BFH (*BFHE 229*, 502 Rdnr. 29) ist im Jahr 2010 nicht tragend von der Gesetzesgemäßheit des Sanierungserlasses ausgegangen. Dem hat sich der 8. Senat des BFH aus dem Jahr 2012 (*ZInsO 2012*, 993 Rdnr. 9) zwar nicht angeschlossen, er hat aber auch nicht die Gesetzeswidrigkeit des Sanierungserlasses postuliert.

Die Finanzverwaltung ihrerseits geht noch heute – in Kenntnis der geäußerten Bedenken – von der Rechtmäßigkeit des Sanierungserlasses aus (vgl. z.B. nur *OFD Frankfurt am Main, Rundverfügung v. 24.7.2013 – S 2140 A-4-St 213, juris*; *OFD Niedersachsen, Verfügung v. 19.6.2013 – S 2140-8-St 248 (VD), juris*). Jedenfalls im Jahr 2005, in dem die Entscheidung des zuständigen Finanzamtes über den Erlassantrag des Klägers hätte fallen müssen, durfte der Kläger von einer dem Sanierungserlass folgenden ständigen Praxis der Finanzverwaltung ausgehen, die von der Rechtsprechung der Finanzgerichte nicht in Frage gestellt wurde. Diese ständige bis heute bestehende Verwaltungspraxis ist deswegen im Regressprozess – ähnlich wie die höchstrichterliche Rechtsprechung – bei der Bewertung der Rechtslage zum Zeitpunkt des Beratungsfehlers zu Grunde zu legen.



(2) In der Literatur ist des Weiteren streitig, ob die steuerliche Sonderbehandlung gemäß dem Sanierungserlass eine nach Art. 107, 108 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) vom 13.12.2007 oder nach Art. 87, 88 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (Konsolidierte Fassung von 2006, Nizza konsolidierte Fassung von 2002) eine europarechtswidrige Beihilfe darstellt (vgl. hierzu Herrmann, *ZInsO* 2003, 1069, 1071 ff; Kahn/Adam, *ZInsO* 2008, 899, 906 f; Frey/Mückl, *GmbHR* 2010, 1193, 1198; Breuninger/Ernst, *GmbHR* 2011, 673 ff; Reimer, *NVWZ* 2011, 263 ff; Wehner, *NZI* 2012, 537, 538 ff; Gragert, *NWB* 2013, 2141 f).

(a) Gemäß Art. 107 Abs. 1 AEUV (Art. 87 EGV) sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem gemeinsamen Markt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen und soweit im Vertrag nicht etwas anderes bestimmt ist.

Der Begriff der Beihilfe ist dabei weiter als der Begriff der Subvention, denn er umfasst nicht nur positive Leistungen wie Subventionen selbst, sondern auch Maßnahmen, die in unterschiedlicher Form die Belastungen vermindern, die ein Unternehmen normalerweise zu tragen hat und die somit zwar keine Subventionen im strengen Sinne des Wortes darstellen, diesen aber nach Art und Wirkung gleichstehen (*EuGH, Urt. v. 22.11.2001 – C-53/00, EWS* 2001, 583 Rdnr. 15 m.w.N.; v. 18.7.2013 – C-6/12, *DStR* 2013, 1588 Rdnr. 18). Deswegen können auch Steuererlasse Beihilfecharakter haben (*Beschluss der Europäischen Kommission v. 26.1.2011 – C-7/10, ABL L* 235/26 v. 10.9.2011 Rdnr. 50; vgl. auch *Schreiben des BMF vom 13.9.2002, ZIP* 2002, 1916; Reimer, a.a.O., S. 263, 266; Herrmann, a.a.O., S. 1073 ff).

(b) **Die Einordnung der erstrebten steuerlichen Vorteile als europarechtswidrige Beihilfe kann haftungsrechtlich ebenfalls offenbleiben.** Denn auch hier haftet der Beklagte dem Kläger auch dann, wenn sich nachträglich herausstellen sollte, dass durch den Sanierungserlass europarechtswidrige Beihilfen gewährt werden. Denn bei pflichtgemäßem Verhalten wäre dem Kläger im Jahre 2005 die Einkommensteuerschuld erlassen worden. Bislang hat die Kommission, der die Feststellung der Unzulässigkeit einer Beihilfe im Verfahren des Art. 108 AEUV (Art. 88 EGV) obliegt, die Unzulässigkeit der Beihilfe nicht festgestellt. Soweit bekannt ist zurzeit kein Überprüfungsverfahren nach Art. 108 Abs. 1 AEUV anhängig. In einer nicht veröffentlichten Entscheidung im Rahmen einer Einzelfallprüfung soll die Kommission eine Vereinbarkeit des Sanierungserlasses mit dem EU-Beihilferecht angenommen haben (vgl. Gragert, *NWB* 2013, 2141, 2142).

Darüber hinaus wäre die dem Kläger gewährte Steuervergünstigung in keinem Fall der Anmeldepflicht gemäß Art. 88 Abs. 3 EG-Vertrag/Art. 108 Abs. 3 AEUV unterfallen. Denn die möglicherweise in der Form einer Beihilfe nach Art. 107, 108 AEUV (Art. 87, 88 EGV) dem Kläger im Jahr 2005 gewährte Steuervergünstigung hätte maximal 58.996,13

EUR betragen. Es hätte sich mithin um eine Deminimis-Beihilfe im Sinne von Art. 2 der Verordnung (EG) Nr. 69/2001 der Kommission vom 12.1.2001 über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf Deminimis-Beihilfen (*ABl. L* 10 v. 13.1.2001, S. 30) gehandelt, die vom 2.2.2001 bis zum 31.12.2006 gültig war und deswegen bei der europarechtlichen Prüfung der (fiktiven) Steuervergünstigung für den Kläger zur Anwendung kommt.

Danach gelten Beihilfen, die die Gesamtsumme von 100.000 EUR bezogen auf einen Zeitraum von drei Jahren nicht übersteigen, als Maßnahmen, die nicht alle Tatbestandsmerkmale des Art. 87 Abs. 1 EG-Vertrag erfüllen und damit nicht der Anmeldepflicht gemäß Art. 88 Abs. 3 EG-Vertrag unterliegen. Eine Bereichsausnahme für Unternehmen in der Krise findet sich in der im Jahr 2005 anzuwendenden Verordnung noch nicht, sondern erst in der (nicht einschlägigen) Folgeverordnung (Art. 1 Abs. 1 lit. h der Verordnung (EG) Nr. 1998/2006 der Kommission v. 15.12.2006 über die Anwendung der Art. 87 und 88 EG-Vertrag auf Deminimis-Beihilfen, *ABl. L* 379 v. 28.12.2006, S. 5; *ABl. L* 314M v. 1.12.2007, S. 654).

dd) Der Beklagte hat auch den Schaden zu tragen, der dadurch entstanden ist, dass der Kläger und seine Ehefrau von der ursprünglich gemeinsamen Veranlagung nach § 26b EStG Abstand genommen haben, so dass sich der in der Person des Klägers entstandene Einkommensteuerschaden von 38.905,31 EUR (Einkommensteuer, Solidaritätszuschlag, Kirchensteuer) auf 49.492,13 EUR (Einkommensteuer, Solidaritätszuschlag, Kirchensteuer) erhöht hat, während sich die Steuerlast seiner Ehefrau dadurch von gesamtschuldnerisch mit dem Kläger geschuldeten 38.905,31 EUR auf 155,87 EUR reduziert hat. Zwar ergibt sich die Erhöhung des Schadens aus einem auf einem **Willensentschluss** des Klägers und seiner Ehefrau beruhenden Handeln des Klägers. **Dieses Handeln ist jedoch nach den Grundsätzen der psychischen Kausalität auf die Pflichtwidrigkeit des Beklagten zurückzuführen, weil die Handlung des Klägers durch die Vertragsverletzung des Beklagten herausgefordert worden ist und eine nicht ungewöhnliche Reaktion auf dieses darstellt** (vgl. *BGH, Urt. v. 21.2.1987 – VI ZR 8/77, BGHZ* 70, 374, 376; v. 14.11.1989 – X ZR 106/88, *NJW-RR* 1990, 308, 309).

Allerdings ergibt sich aus dem Wesen der Ehe für beide Ehegatten die aus – § 1353 Abs. 1 BGB abzuleitende – Verpflichtung, die finanziellen Lasten des anderen Teils nach Möglichkeit zu vermindern, soweit dies ohne Verletzung eigener Interessen möglich ist. Ein Ehegatte ist daher dem anderen gegenüber verpflichtet, in eine von diesem gewünschte Zusammenveranlagung zur Einkommensteuer einzuwilligen, wenn dadurch die Steuerschuld des anderen verringert und der auf Zustimmung in Anspruch genommene Ehegatte keiner zusätzlichen steuerlichen Belastung ausgesetzt wird. Wirkt sich für einen Ehegatten die Zusammenveranlagung steuerlich nachteilig aus, steht dies einem gegen ihn gerichteten Anspruch dann nicht entgegen, wenn sich der begünstigte Ehegatte bereit erklärt, den anderen von steuerlichen Nachteilen freizustellen. Dann wird dieser so behandelt, als träfen ihn keine Nachteile (*BGH, Urt. v. 18.5.2011 – XII ZR*

67/09, NJW 2011, 2725 Rdnr. 15, 18). Sind jedoch beide Eheleute vermögenslos und können die auf den Sanierungsgewinn festgesetzte Einkommensteuer nicht begleichen, kann der Ehemann seine Ehefrau von den sie durch die gemeinsame Veranlagung treffenden erheblichen Steuernachteilen nicht wirksam freistellen. So liegt der Fall hier. Die Ehefrau musste deswegen der gemeinsamen Veranlagung nicht zustimmen. Das Verhalten der Eheleute war deswegen zu erwarten und ist nicht zu missbilligen. Eine Schadenminderungspflicht traf den Kläger insoweit nicht.

2. Der Schadenersatzanspruch des Klägers ist in Höhe von 2.331,60 EUR durch Aufrechnung erloschen (§§ 389, 387, 388 BGB). Der Kläger hat gegen die mit der Widerklage geltend gemachten unstreitigen Honorarforderungen des Beklagten gegen ihn wegen der Beratung in Steuerfragen in Höhe von ebenfalls unstreitigen 2.331,60 EUR mit seinem Schadenersatzanspruch wegen der gegen ihn festgesetzten Einkommensteuer die Aufrechnung erklärt.

II. Die Revision hat ebenfalls keinen Erfolg, insoweit der Beklagte sich gegen die Abweisung der Widerklage wendet. Sie erfolgte aus dem bereits oben Ausgeführten mit Recht, weil auch die mit der Widerklage geltend gemachten unstreitigen Honoraransprüche durch die vom Kläger erklärte Prozessaufrechnung erloschen sind (§§ 389, 387, 388 BGB).

III. Die Revision ist hingegen begründet, soweit sich der Beklagte gegen die Verurteilung zur Zahlung von Schadenersatz im Hinblick auf die gegen ihn festgesetzte Gewerbesteuer (Zahlungsklage in Höhe von 9.504,00 EUR und Feststellungsklage) wendet. Aus den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen ergibt sich nämlich nicht, dass dem Kläger gegen den Beklagten Schadenersatzansprüche im Hinblick auf die nicht erlassene Gewerbesteuer zustehen. Nach der Rechtsprechung des BFH ist der Sanierungserlass vom 27.3.2003 weder eine allgemeine Verwaltungsvorschrift der Bundesregierung noch eine allgemeine Verwaltungsvorschrift einer obersten Landesfinanzbehörde im Sinne des § 184 Abs. 2 AO. Aus ihm kann sich deswegen bei der Festsetzung des Gewerbesteuermessbetrags grundsätzlich keine Zuständigkeit des Finanzamtes zur abweichenden Festsetzung aus sachlichen Billigkeitsgründen nach § 163 Satz 1 AO ergeben; zuständig dafür sind die Gemeinden (BFHE 237, 403 Rdnr. 10, 15).

Der Sanierungserlass vom 27.3.2003 entfaltet als an die Finanzverwaltung gerichtete Anweisung auch keine Bindungswirkung für die Gemeinden. Allenfalls eine dem Inhalt der Anweisung entsprechende Handhabung der Behandlung von Sanierungsgewinnen im Gewerbesteuerrecht könnte eine Bindungswirkung der Gemeinden bewirken. Die Gemeinden sind bei der Prüfung des Erlasses von Gewerbesteuern aus Billigkeitsgründen auch nicht an die finanzgerichtliche Rechtsprechung gebunden, sondern haben eine eigene Ermessensentscheidung hierüber zu treffen (OVG Bautzen, Beschl. v. 2.9.2010 – 5 B 555/09, juris Rdnr. 13 f; Hessischer VGH, HGZ 2012, 415 Rdnr. 6; OVG Bautzen, Beschl. v. 12.4.2013 – 5 A 142/10, juris Rdnr. 16).

Mithin hätte die Stadt L. bei der Entscheidung über den Antrag des Klägers unabhängig von den im Sanierungserlass genannten Anforderungen eine eigene Ermessensentscheidung treffen müssen, die nicht zwingend durch den Sanierungserlass vorherbestimmt war. Insbesondere war ihr Ermessen nicht aufgrund des Sanierungserlasses auf Null reduziert. Der Kläger hat nicht vorgetragen, wie die Verwaltungspraxis der Stadt L. im Jahr 2005 in Fällen des Sanierungsgewinns ausgesehen hat und wie die Stadt L. entschieden hätte, wenn ihm die Finanzverwaltung die Einkommensteuer gemäß dem Sanierungserlass erlassen hätte. Das Berufungsgericht hat hierzu auch keine Feststellungen getroffen.

Eine von dem Erlass der Einkommensteuer durch die Finanzverwaltung abweichende Entscheidung über den Antrag auf Erlass der Gewerbesteuer könnte sich allein schon daraus ergeben, dass die Stadt L. möglicherweise auf die tatsächlichen Verhältnisse abgestellt hätte, welche der Behörde im Zeitpunkt der letzten Ermessensausübung bekannt gewesen wären (vgl. VG München, Urt. v. 2.4.2009 – M 10 K 08.214, juris Rdnr. 42 f; VG Gelsenkirchen, ZIP 2013, 1876, 1880).

C. Das Berufungsurteil hat daher nur insoweit keinen Bestand, als es den Beklagten dazu verpflichtet hat, dem Kläger den Gewerbesteuerschaden zu ersetzen (Feststellung, Verurteilung zur Zahlung in Höhe von 9.504,00 EUR nebst Zinsen). Insoweit war es aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 562 Abs. 1, § 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Eine eigene Sachentscheidung kann der Senat nicht treffen, weil die Sache nach den bisher getroffenen Feststellungen nicht zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 3 ZPO). ■

## Versicherungsschutz

- Wissentliche Pflichtverletzung
  - Mehrere Verstöße
- (OLG Frankfurt, Urt. v. 20.3.2014 – 3 U 233/12)

### Leitsatz:

Verletzt ein Wirtschaftsprüfer als Mittelverwendungskontrolleur wissentlich eine im obliegende Pflicht, so stellen alle weiteren ihm vorzuwerfenden Pflichtverletzungen bloße weitere Glieder der wissentlichen Pflichtverletzung dar und können nicht isoliert hiervon betrachtet werden. ■

### Zum Sachverhalt:

Bei dem erkennenden Senat sind derzeit über 60 Berufungsverfahren anhängig, in denen Anleger – darunter auch der Kläger – die Beklagten als Berufshaftpflichtversicherer des Wirtschaftsprüfers A. auf Versicherungsleistungen wegen einer fehlgeschlagenen Beteiligung an der B. GbR in Anspruch nehmen. Sie berufen sich auf eine Pflichtverletzung des Wirtschaftsprüfers in seiner Rolle als Mittelverwendungskontrolleur der Fondsgesellschaft.

Ausweislich des Versicherungsscheins vom 19.4.1982 mit mehreren Nachträgen gewährte eine Versicherungsgemeinschaft dem Wirtschaftsprüfer A. Berufshaftpflichtversicherungsschutz wegen Vermögensschäden. Laut Nachtrag vom 28.1.2004 sind die AVB-RSW (Stand 2003) Vertragsbestandteil. Die Haftung sollte zu den im Versicherungsschein genannten prozentualen Anteilen auf die beteiligten Versicherungsgesellschaften verteilt werden. Aufgrund verschiedener Fusionen änderte sich in der Folgezeit die Zusammensetzung der Versicherungsgemeinschaft, so dass von den ursprünglichen sieben Versicherungsgesellschaften nur noch die Beklagten zu 2.–5. verblieben. Die Beklagte zu 1. trat nach außen als mit der Verwaltung des Versicherungsverhältnisses und Betreuung des Versicherungsnehmers beauftragte Stelle der Beklagten zu 2.–5. auf.

Der Kläger beteiligte sich im Juni 2004 mit einer Einlage von 40.000 EUR zu Kapitalanlagezwecken an der inzwischen insolventen B. GbR. Nach dem Emissionsprospekt war vorgesehen, dass zur Absicherung der Anleger der Wirtschaftsprüfer A. die Kontrolle über die zweckgerechte Verwendung der Einlagen übernimmt. Seiner Tätigkeit lag ein Mittelverwendungskontrollvertrag zugrunde, der u.a. die Regelung enthält, dass die Fondsgesellschaft über das Sonderkonto, auf das die Gesellschaftereinlagen gezahlt wurden, nur gemeinsam mit dem Wirtschaftsprüfer verfügen konnte.

Entgegen dieser Regelung wurde bei Eröffnung des Kontos jedoch keine zwingende Mitzeichnung des Wirtschaftsprüfers vorgesehen, so dass drei der geschäftsführenden Gesellschafter des Fonds einzeln zeichnungsbefugt waren, wovon sie bis zur Änderung der Zeichnungsbefugnis im Dezember 2004 auch Gebrauch machten.

Hätte der Kläger von der fehlerhaften Einrichtung des Sonderkontos gewusst, hätte er seine Beteiligungen nicht gezeichnet.

Nach der Insolvenz der Fondsgesellschaft, die sich seit 2005 in Liquidation befindet, nahm der Kläger deshalb zunächst den Wirtschaftsprüfer A. klageweise auf Schadenersatz in Anspruch. Das Verfahren wurde jedoch gemäß § 240 ZPO unterbrochen, nachdem im September 2010 das Insolvenzverfahren über das Vermögen des A. eröffnet worden war. Dieser hatte den Beklagten die Schadensfälle schon im Jahr 2006 gemeldet.

Daneben war das Verhalten des Wirtschaftsprüfers A. Gegenstand eines Strafverfahrens vor dem LG München, das ihn durch Urteil vom 18.10.2010 wegen Untreue zu einer Freiheitsstrafe verurteilte, die zur Bewährung ausgesetzt wurde.

Im Jahr 2010 lehnten die Beklagten gegenüber dem Kläger Deckung des Schadens im Zusammenhang mit der Zeichnung des Fonds ab. (...) ■

#### Aus den Gründen:

Die zulässige – insbesondere form- und fristgerecht eingelegte – Berufung kann in der Sache keinen Erfolg haben. Der erkennende Senat ist für die Entscheidung der vorliegenden Berufung zuständig, da ihm sämtliche beim OLG Frankfurt/M. eingehenden Fälle, in denen die Beklagten des vorliegenden Rechtsstreits von Anlegern der B. GbR in Anspruch genommen werden, wegen Sachzusammenhangs zugewiesen wurden. Nach einer entsprechenden Regelung in der Geschäftsverteilung 2012 werden Berufungen, zwischen denen ein Sachzusammenhang besteht, demjenigen Senat zugeteilt, bei dem die erste Sache anhängig war. Als diese erste Sache gilt in diesem Zusammenhang die Berufung mit dem Aktenzeichen 3 U 115/12, die dem erkennenden Senat über den Turnus der beiden Versicherungssenate des OLG Frankfurt/M. zugewiesen worden war.

Das LG hat die Klage in Haupt- und Hilfsanträgen zu Recht abgewiesen. Die Berufungsangriffe können dieses Ergebnis nicht infrage stellen. Auch unter Erwägung der Argumente, die der Kläger in den nach dem Hinweisschreiben eingereichten Schriftsätzen vorgebracht hat, verbleibt der erkennende Senat bei seiner bereits im Hinweisschreiben vom 10.7.2013 ausgeführten Rechtsauffassung, wonach der Kläger von den Beklagten wegen der Pflichtverletzungen des A. in seiner Eigenschaft als Mittelverwendungskontrollleur der B. GbR keine Versicherungsleistungen aus dem streitgegenständlichen Haftpflichtversicherungsverhältnis in Verbindung mit § 157 VVG a.F. fordern kann.

Mit dem LG ist auch der erkennende Senat der Meinung, dass die Beklagte zu 1. bereits nicht passivlegitimiert ist, da sie in das Versicherungsverhältnis mit dem Versicherungsnehmer A. nicht einbezogen wurde. Auf die insgesamt zutreffenden Feststellungen des LG, zu denen der Kläger in der Berufung nichts Neues vorbringt, kann verwiesen werden.

Allerdings kann die Frage der Passivlegitimation der Beklagten zu 1. dahinstehen. Unterstellte man nämlich zugunsten des Klägers, dass auch die Beklagte als Versicherer anzusehen wäre, könnte sie sich wie die übrigen Beklagten zu 2.–5. ebenfalls auf den Ausschluss des Versicherungsschutzes nach § 4 Nr. 5 AVB-RSW berufen, wonach sich der Versicherungsschutz nicht auf Haftpflichtansprüche „wegen Schadensverursachung durch wissentliche Abweichung von Gesetz, Vorschrift, Anweisung oder Bedingung des Auftraggebers oder durch sonstige wissentliche Pflichtverletzung“ bezieht.

Dass zwischen dem Versicherungsnehmer und der Beklagten zu 1. ein eigenes Vertragsverhältnis zustande gekommen wäre, in das die AVB-RSW nicht einbezogen worden seien, behauptet auch der Kläger nicht.

Das LG stellt zutreffend fest, dass der Versicherungsnehmer A. **elementare Pflichten** wissentlich verletzte, die ihm als **Mittelverwendungskontrollleur** oblagen, **indem er es unterließ, die ordnungsgemäße Einrichtung des Sonderkontos im Hinblick auf die Zeichnungsberechtigung und die über dieses Konto getroffenen Verfügungen zu prüfen.** Diese Pflichtver-

letzung erfüllte auch die Anforderung der **Wissentlichkeit nach § 4 Nr. 5 AVB-RSW**, denn der Versicherungsnehmer A. kannte positiv seine Verpflichtung, die Einrichtung des Sonderkontos im Hinblick auf die Voraussetzungen von § 1 I des Mittelverwendungskontrollvertrages zu prüfen. Überdies hatte er auch subjektiv das Bewusstsein, pflichtwidrig zu handeln. Beides ergibt sich schon aus dem von A. selbst erstellten Bericht über die Mittelverwendungskontrolle vom 4.3.2004 (nicht 22.3.2004, wie das LG ausführt). Auf die auch insoweit zutreffenden Erwägungen im angefochtenen Urteil kann verwiesen werden.

Der Berufungsangriff des Klägers zielt denn auch darauf ab, dass in Bezug auf den geltend gemachten Schaden nicht auf die genannte (wissentliche) Pflichtverletzung abzustellen sei, sondern auf eine weitere Pflichtverletzung des Versicherungsnehmers A., nämlich eine (nicht wissentliche) Aufklärungspflicht gegenüber beitragsinteressierten Anlegern. Der Kläger rekurriert insoweit auf die Feststellungen des BGH in den gegen den Versicherungsnehmer geführten Direktprozessen. In der Grundsatzentscheidung vom 19.11.2009, III ZR 109/08 (*abrufbar über juris*), hat der BGH insoweit sinngemäß ausgeführt, dass sich die Pflichten des A. nicht auf die Prüfung beschränken, ob die Zeichnungsbefugnisse für das Sonderkonto den Anforderungen des Mittelverwendungskontrollvertrages entsprachen und auf die Beseitigung der diesbezüglichen Mängel hinzuwirken.

Weil die Fondsgesellschaft bereits geraume Zeit tätig gewesen sei, ohne dass der Versicherungsnehmer seinen Pflichten als Mittelverwendungskontrolleur nachgekommen wäre, habe er nicht ausschließen können, dass es bereits unzulässige Auszahlungen von dem Sonderkonto zulasten des Gesellschaftsvermögens gegeben habe. In dieser Situation habe der Versicherungsnehmer deshalb potentielle Anleger unverzüglich zusätzlich darauf hinweisen müssen, dass die im Prospekt werbend herausgestellte Mittelverwendungskontrolle bislang nicht stattgefunden habe.

Der Senat verkennt nicht, dass der BGH in seiner Entscheidung vom 19.11.2009 insoweit eine erweiterte Pflicht des A. statuiert hat. Soweit der Kläger hieraus aber ableiten will, diese Aufklärungspflicht habe der Versicherungsnehmer A. nicht wissentlich verletzt, da ihm diesbezüglich allenfalls Fahrlässigkeit vorgeworfen werden könne, weshalb diese Pflichtverletzung nicht von dem Ausschlussstatbestand des § 4 Nr. 5 AVB-RSW erfasst werde, kann dies keinen Erfolg haben.

So verfängt der Verweis des Klägers auf angebliche Vorgaben des BGH-Urteils vom 19.11.2009 von vornherein nicht. Dort konnte der BGH nämlich die Frage offenlassen, ob dem Versicherungsnehmer A. eine vorsätzliche bzw. wissentliche Pflichtverletzung vorgeworfen werden kann, und sich auf die Feststellung beschränken, dieser habe jedenfalls fahrlässig gehandelt (*vgl. Urt. v. 19.11.2009 – III ZR 109/08, Rdnr. 31 bei juris*).

**Wie schon das LG zutreffend erkannt hat, können die Pflichtverletzungen entgegen der Ansicht des Klägers im Hinblick auf die dem Versicherungsnehmer A. vorzuwerfende Wissentlichkeit nicht getrennt voneinander gesehen werden. In einer solchen Betrachtungsweise liegt – auch bei einer restriktiven Anwendung der Vorschrift des § 4 Nr. 5 AVB-RSW – eine lebensfremde Aufspaltung der Bewusstseinslage des Versicherungsnehmers A.**

Grundlegend ist diesem vorzuwerfen, dass er es unterließ, auf die ordnungsgemäße Einrichtung des Sonderkontos hinzuwirken bzw. die Verfügungen über das Konto zu überprüfen, obwohl er seine diesbezügliche Verpflichtung als Mittelverwendungskontrolleur kannte und auch das Bewusstsein hatte, sich pflichtwidrig zu verhalten. **Alle weiteren Pflichtverletzungen, die der BGH herausgestellt hat, stellen sich als bloße weitere Glieder dieses grundlegenden wissentlichen Pflichtenverstosses dar und können – jedenfalls in Bezug auf den Ausschlussstatbestand des § 4 Nr. 5 AVB-RSW – nicht von der grundlegenden Bewusstseinslage isoliert werden**, die A. eingenommen hatte.

**Es widerspricht jeder Lebenserfahrung und unterstreicht damit die Widersprüchlichkeit einer solchen Sichtweise, dass A. zwar in Bezug auf die Einrichtung und Überprüfung des Sonderkontos wissentlich gegen seine Pflichten verstieß, dann aber – quasi in Form eines Geständnisses oder einer Offenbarung – potentielle Anleger darüber in Kenntnis gesetzt hätte, dass er sich bisher bewusst pflichtwidrig verhalten hatte und dies auch weiterhin tue. Auch der Zeichnungsschaden, den der Kläger geltend macht und den er – was der erkennende Senat ebenfalls nicht verkennt – ausschließlich auf die Aufklärungspflichtverletzung zurückführen will, stellt sich danach als Endglied einer Kausalkette dar, die mit einer wissentlichen Pflichtverletzung des Versicherungsnehmers A. in Gang gesetzt worden ist.**

**Unabhängig davon wäre im Hinblick auf die Aufklärungspflicht auch dann eine wissentliche Pflichtverletzung des A. anzunehmen, wenn man diese isoliert von seinen vorausgehenden Kontrollpflichten sehen wollte. Wenn er es bei der mangelhaften Wahrnehmung seiner Pflichten als Mittelverwendungskontrolleur beließ und keine Anstrengungen zur Beseitigung der durch seine Pflichtverletzungen eingetretenen Unregelmäßigkeiten unternahm, beinhaltet dies notwendigerweise die Erkenntnis, dass er sich (auch) gegenüber den neu gewordenen Anlegern haftbar machen würde.**

Da sich die Beklagten danach wegen des Verhaltens des A. als Mittelverwendungskontrolleur der Fondsgesellschaft insgesamt auf den Ausschlussstatbestand des § 4 Nr. 5 AVB-RSW berufen und die Versicherungsleistung verweigern dürfen, können neben dem Hauptantrag auf Rückzahlung des Beteiligungsbetrages auch die Hilfsanträge des Klägers (Feststellung des Annahmeverzugs der Beklagten, Feststellung ihrer Verpflichtung, Deckung zu erteilen oder den Versicherungsnehmer von den Klageforderungen freizustellen) keinen Erfolg haben. (...) ■



## Anwaltshaftung

- Vertragshändlervertrag
  - Kündigung
  - Verjährungsfristen
  - Belehrung des Anwalts
  - Notwendige Informationen des Anwalts
  - Mandatsende
- (OLG Frankfurt, Urt. v. 25.9.2013 – 16 U 61/11)

### Leitsatz (d. Red.):

Selbst bei unzureichender Sachverhaltsaufklärung muss der Anwalt seinen Mandanten ausdrücklich darauf hinweisen, dass der zu beratende Anspruch zum Umfang der Rücknahmepflicht des Ersatzteillagers des Vertragshändlers verjähren kann. ■

### Aus den Gründen:

A. Der Kläger macht gegen die Beklagten Schadenersatzansprüche wegen Pflichtverletzung aus einem Anwaltsvertrag geltend. Ferner begehrt er den Ersatz eines Zinschadens und von vorgerichtlichen Anwaltsgebühren. Die Beklagten rechnen gegen die Klageforderung hilfsweise mit einer Honorarforderung wegen anwaltlicher Beratung auf.

Der Kläger war seit 1981 Vertragshändler der Firma A. Das seit 2.1.1992 durch einen schriftlichen Vertrag geregelte Vertragsverhältnis endete aufgrund ordentlicher Kündigung im Jahr 1998 durch A. zum 31.8.2000. Die Kündigung erfasste den Hauptvertrag für das Gebiet O1 und die weitere Abrede für eine Gebietserweiterung für den B.-Kreis.

Der Kläger beauftragte die Beklagten 1998 als Rechtsanwälte mit der Durchsetzung der ihm infolge der Vertragsbeendigung zustehenden Ansprüche gegen die Firma A., darunter die Rücknahme nicht verbrauchter Original-A-Ersatzteile. Im Oktober 2003 verklagte die Firma A. den Kläger auf Rückzahlung von geleisteten Bonuszahlungen.

Der bei den Beklagten mit der Sache beauftragte Rechtsanwalt RA1 machte die Rücknahme von ab April 1999 bis Ende 1999 vom Kläger erworbener Original-Ersatzteile im Wege der Teilklage in diesem Verfahren Anfang Dezember 2003 geltend. Hierbei nutzte er für die Substantiierung des Rücknahmeanspruchs eine ihm vom Kläger übergebene EDV-Bestandsliste, in der sämtliche Ersatzteile zum Netto-Einkaufspreis aufgeführt waren. Mit Urteil vom 14.4.2008 stellte das LG Düsseldorf nach Beweisaufnahme fest, dass dem Kläger ein Rücknahmeanspruch im Hinblick auf die mit der Teilklage geltend gemachten Originalersatzteile mit Ausnahme einzelner vom Sachverständigen nicht aufgefundenen Teile zustehe und gab insoweit der Widerklage statt.

Am 10.7.2002 hatte der bei der Beklagten sachbearbeitende Rechtsanwalt RA1 dem Kläger mitgeteilt, er schließe jetzt die Akten, da der Kläger nur unzureichend mitarbeite und übersandte eine Kostennote. In der Folgezeit kam es zu weiterer Korrespondenz über das Verfahren und u.a. die

Frage, welche Unterlage zur weiteren Darlegung des Rücknahmeanspruchs für die Originalersatzteile benötigt würden. Am 31.7.2002 fragte der Wirtschaftsberater des Klägers in dessen Namen bei Rechtsanwalt RA1 mit E-Mailschreiben nach den Erfolgsaussichten für die Realisierung der gesamten Rücknahmeforderung, dem zu erwartenden Zeithorizont für die Herbeiführung eines endgültigen Urteils und danach, inwieweit das Risiko bestehe, nicht die gesamte Forderung realisieren zu können, sondern nur eine Teilsumme.

Die Beklagten machten gegenüber der Firma A. Ansprüche auf Ersatz des Einkaufswertes der Ersatzteile mit Schreiben vom 4.10.2000 geltend. Der Kläger hat gegenüber den Beklagten die Zahlungsansprüche wegen der Verletzung des Anwaltsvertrages mit Schreiben vom 18.12.2008 unter Setzung einer Zahlungsfrist bis zum 29.12.2008 vorgerichtlich geltend gemacht.

Das LG hat durch Urteil vom 22.8.2011 die Klage abgewiesen. Gegen dieses dem Kläger am 7.4.2011 zugestellte Urteil hat dieser mit einem am 13.4. eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt, die er nach Verlängerung der Begründungsfrist bis zum 7.7.2011 mit dem an diesem Tag eingegangenen Schriftsatz begründet hat.

Der Kläger rügt mit seiner Berufung die Verletzung des materiellen Rechts und des Verfahrens. Das LG habe zu Unrecht über den bei ihm noch vorhandenen Warenbestand an Ersatzteilen keinen Beweis erhoben. Das Gericht habe ihn nicht darauf hingewiesen, dass es seinen Vortrag zum Umfang des Anspruchs für unsubstanziert halte.

Er ist der Ansicht, bei korrekter Durchsetzung seiner Ansprüche aus dem Vertragshändlervertrag hätte ihm gegen die Firma A. ein Anspruch auf Rückkauf der insgesamt 5.187 Original-Ersatzteile aus dem bei Vertragsende vorgehaltenen Warenlager mit einem Gegenwert von insgesamt 92.253,01 EUR zugestanden. Ferner hätte er für diesen Anspruch Zinsen ab 20.10.2000 beanspruchen können, was zu einem Verzugschaden in Höhe von 78.237,13 EUR führe. Schließlich macht er vorgerichtliche Anwaltskosten in Höhe von 1.680 EUR geltend.

(Anträge ...)

Die Beklagten verteidigen die angefochtene Entscheidung. Sie sind der Auffassung, der Kläger habe seit Beginn des Mandatsverhältnisses trotz intensiver Nachfragen des mit der Sache beauftragten Rechtsanwaltes RA1 keine ausreichende Auflistung der vorhandenen Ersatzteile nebst zugehöriger Rechnungen ausgehändigt, so dass schon deshalb die Verfolgung des Rücknahmeanspruchs nicht möglich gewesen sei. Im Übrigen sei das Mandat im Juli 2002 beendet gewesen. Rücknahmeansprüche hätten dem Kläger zu keinem Zeitpunkt gegen die Firma A. zugestanden, da der Kläger die Kündigung des Händlervertrages selbst verschuldet habe. Er habe jederzeit das Angebot von A., den Haupthändlervertrag jedenfalls für das Stammgebiet O1 fortzusetzen, annehmen können. Auch im Übrigen machen sie sich die von der Firma A. im Vorprozess vertretenen Vorträge zu eigen und behaupten



ten nunmehr, der Kläger habe infolge von Fehldispositionen und unzureichender Verwaltung des Lagers einen völlig überdimensionierten Lagerbestand aufgebaut, weshalb eine Überbevorratung vorliege.

Die Beklagten erklären ferner hilfsweise mit Schriftsatz vom 2.6.2009 mit einer abschließenden Honorarforderung in Höhe von 5.038,85 EUR für ihre Tätigkeit im Verfahren vor dem LG Düsseldorf (Az. .../04) aus einer Rechnung vom 17.6.2008 die Aufrechnung. Die Beklagten hatten zuvor am 3.4.2008 dem Kläger eine Rechnung über ihr Honorar gestellt, die dann aber mit Rechnung vom 13.5.2008 storniert wurde. (...)

B. Die Berufung des Klägers ist zulässig. Sie ist insbesondere form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden.

Die Berufung ist ganz überwiegend begründet. Auf die Berufung des Klägers war das Urteil des LG Frankfurt vom 15.2.2011 aufzuheben und es war in der Sache neu zu entscheiden. Denn das LG hat die entscheidungserheblichen Tatsachen nicht vollständig festgestellt. Es ist zu Unrecht davon ausgegangen, dass der Kläger der Vortrag des Klägers zum Umfang der Rückkaufverpflichtung unsubstanziert war. Da der Kläger hierzu ausreichend Beweis durch Einholung eines Sachverständigengutachtens angeboten hat, war dieser Beweis in Berufungsverfahren zu erheben (§ 529 Abs. 1 Nr. 1, 538 Abs. 1 ZPO). Das Ergebnis der Beweisaufnahme führt zur Stattgabe der Klage wie erkannt. Dem Kläger stehen gegen die Beklagten Ersatzansprüche in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang zu. Die von den Beklagten in der Klageerwidern erklärte Aufrechnung ist wirksam und führt im Hinblick auf einen Teilbetrag in Höhe von 5.038,85 EUR zum Erlöschen der Klageforderung.

I. Dem Kläger stand ursprünglich ein Zahlungsanspruch in Höhe von 92.253,01 EUR aus § 280 Abs. 1 BGB i.V.m. §§ 611, 675 BGB zu. In dem zwischen den Parteien im Jahr 1998 geschlossenen **Anwaltsvertrag** hatte der Kläger den Beklagten das **Mandat erteilt, ihn in sämtlichen Angelegenheiten gegenüber der Firma A. zu vertreten, die sich aus der fristlosen Kündigung und der ordentlichen Kündigung vom 25.2.1998 ergeben würden**. Dabei war die Verfolgung und Durchsetzung der Ansprüche des Klägers auf Rückkauf des gesamten Ersatzteillagers Inhalt des bestehenden Anwaltsvertrages. Die Beklagte ist auch in der Folgezeit entsprechend tätig gewesen. Wie sich aus dem Schreiben vom 24.3.1998 ergibt, macht sie Schadenersatzansprüche geltend, die dann im Schreiben vom 20.7. noch spezifiziert werden.

Darin wird die Firma A. aufgefordert, die Ansprüche auf Rücknahme nicht verkaufter Ersatzteile anzuerkennen. Der ursprüngliche Anwaltsvertrag war nicht durch Kündigung der Beklagten vom Juli 2002 beendet. Allein der Umstand, dass die Beklagte dem Kläger mit Schreiben vom 10.7.2002 mitteilte, dass sie die Akten schließe und eine Kostenrechnung senden werde, bedeutet nicht zwingend, dass das Mandat gekündigt wird. Denn der Erklärungsgehalt des Schreibens ist aus Sicht des Erklärungsempfängers zu ermitteln. Der Kläger konnte zu diesem Zeitpunkt, dies belegt

die weitere Korrespondenz aus dieser Zeit, nur so verstehen, dass die Beklagte das Mandat nicht weiterbetreibt, bis der Kläger die von ihr für erforderlich gehaltene Aufstellung gefertigt haben würde. Aber selbst wenn man von einer Kündigung und späteren Neuerteilung des Mandats ausgehen würde, hätte auch dieses weitere Mandat unverändert den Inhalt gehabt, sämtliche Ansprüche gegen die Firma A. auf Rückkauf des Ersatzteillagers geltend zu machen. Es sind für die Beklagten keine Umstände erkennbar, die darauf hindeuten, dass der Kläger das Ziel aufgegeben hätte, sämtliche Ansprüche aus der Beendigung des Handelsvertretervertrages geltend zu machen. Denn die Teilwiderklage war von beiden Seiten kurzfristig vor dem LG Düsseldorf aus Kostengründen erhoben worden.

Über den Inhalt des Mandats waren sich Mandant und Rechtsanwalt im Jahr 2002 offenbar noch einig, wie die Korrespondenz aus dieser Zeit belegt. **In dem E-Mailschreiben des wirtschaftlichen Beraters des Klägers vom 31.7.2002 hat dieser im Namen des Klägers konkret nach den Prozessaussichten für die Realisierung der gesamten Forderung und dem Zeithorizont nachgefragt und das Risiko, einen Teil der Forderung zu verlieren, angesprochen.** Die Beklagten antworteten hierauf mit E-Mail vom 2.8.2002 und bestätigten insoweit, dass ein Anspruch auf Rückgabe dem Grunde nach bestehe, die Höhe der Forderung vom Maß einer Überbevorratung und dem Erwerb von Ersatzteilen von anderen Händlern abhängen könne. Die Beklagte ging zu diesem Zeitpunkt also selbst davon aus, dass Ausgangspunkt der Forderung das gesamte Ersatzteillager ist, und dies von ihrem Mandat auch umfasst war. Für eine Beendigung des Mandats zu diesem Punkt ergeben sich nach Auffassung des Senats auch sonst überhaupt keine Anhaltspunkte.

Die Beklagten haben ihre Pflichten aus dem Anwaltsvertrag dadurch verletzt, dass der mit der Führung des Mandats für die Beklagten beauftragte Rechtsanwalt RA1 den Kläger **zu keinem Zeitpunkt auf den Lauf der – damals noch vierjährigen – Verjährungsfrist ab Beendigung des Vertragsverhältnisses am 31.8.2000 hingewiesen hat und auch sonst keine verjährungsunterbrechenden Maßnahmen ergriffen wurden**. Es gehört zu den wesentlichen Aufgaben eines Rechtsanwaltes zu verhindern, dass dem Auftraggeber rechtliche Nachteile durch Zeitablauf entstehen, insbesondere dadurch, dass Verjährungsfristen nicht beachtet werden (*Zugehör, Handbuch der Anwaltshaftung, 3. Aufl., Rdnr. 679*). Danach hat der Rechtsanwalt die Verjährungsfristen zu erfassen und zu überwachen sowie die Ansprüche gegen eine drohende Verjährung zu sichern, also rechtzeitig Maßnahmen zur Hemmung und zum Neubeginn der Verjährung einzuleiten. Er hat insoweit den sichersten Weg zu gehen.

Die Rechtsprechung leitet dabei die Pflicht des Rechtsanwalts, einem Rechtsverlust des Mandanten wegen Verjährung durch geeignete Maßnahmen entgegenzuwirken aus der allgemeinen Pflicht ab, im Rahmen des Auftrags die Belange des Auftraggebers nach jeder Richtung wahrzunehmen und ihm voraussehbare und vermeidbare Nachteile zu ersparen (*BGH, NJW 1997, 1302*). Diese Pflicht hat Herr Rechtsanwalt RA1, der das Mandat für die Beklagten betreut

hat, verletzt. Denn nach dem zwischen den Parteien unstreitigen Vortrag hat dieser den Kläger nicht über eine drohende Verjährung seines die Teilwiderklage übersteigenden Anspruchs hingewiesen und keinerlei verjährungshemmende Maßnahmen ergriffen.

Die Beklagten können sich dabei auch **nicht damit entlasten, dass ihnen ihr Mandant zu diesem Zeitpunkt möglicherweise noch unzureichende Informationen** über den Ersatzteillagerbestand vorgelegt habe. Denn die Verpflichtung zur Sicherung der Ansprüche seines Mandanten gegen den Ablauf der Verjährungsfristen trifft den Anwalt auch **ganz unabhängig von der Frage, welche Informationen ihm sein Mandant bis dahin zur Darlegung seiner Forderung vor Gericht überlassen hat. Jedenfalls muss der Anwalt – selbst bei völlig unzureichender Sachverhaltsaufklärung – seinen Mandanten ausdrücklich darauf hinweisen, dass dieses Verhalten die Verjährung der Ansprüche zur Folge haben kann.** Derartige Belehrungen sind auch nach dem Vortrag der Beklagten durch Herrn Rechtsanwalt RA1 zu keinem Zeitpunkt erfolgt. Im Übrigen waren die vom Kläger gegebenen Informationen für die Rechtsverfolgung offenbar nicht völlig unzureichend. Denn der das Mandat führende Rechtsanwalt RA1 hat auf der Grundlage der ihm vorliegenden Teilelisten noch vor Ablauf der Verjährungsfrist Anfang Dezember 2003 eine Teilwiderklage erhoben – die dann im Rahmen des Verfahrens vor dem LG Düsseldorf zu einem erheblichen Teil erfolgreich war und zu einer Verteilung der Firma A. wegen des Rücknahmeanspruchs führte.

Der Hinweis auf die drohende Verjährung des Rücknahmeanspruchs war auch erforderlich. Denn alle Ansprüche des Klägers gegen die Firma A. aus dem Händlervertrag waren spätestens zum 31.12.2004 verjährt (§ 195 BGB. 229 EGBGB § 6 Abs. 1 und 4). **Die Verjährungsfrist begann mit Beendigung des Vertragshändlervertrages jedenfalls durch die ordentlichen Kündigungen vom Februar 1998 des Hauptvertrages für O1 und für die Gebietserweiterung für O2.** Nach § 12 Ziff. 2 des Vertragshändlervertrages vom 20.12.1991 war hierfür der Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist von 30 Monaten zum Ende des Monats nach Beendigung des Vertragshändlervertrages der 31.8.2000 maßgeblich. Sie endete zum 31.12.2004.

Dem Kläger ist aufgrund der Pflichtverletzung aus dem Anwaltsvertrag auch ein Schaden in Höhe der Klageforderungen entstanden. Denn ihm stand gegen die Firma A. ein Anspruch auf Rückkauf des gesamten im Zeitpunkt des bei Beendigung des Händlervertrages vorhandenen Original-Ersatzteilwarenlagers zu. Der Anspruch ergibt sich aber nicht aus § 13 Nr. 6 des Händlervertrages. Denn diese Vorschrift gewährt dem Kläger keinen Anspruch. Denn danach ist die Firma A. als Nachfolgerin der Firma C. nur berechtigt, aber nicht verpflichtet, die bei Vertragsende bei dem Händler vorhandenen A. Vertragswaren ganz oder teilweise zurückzunehmen. Im Übrigen ist diese Klausel nach § 307 Abs. 1 BGB unwirksam, da sie den Rücknahmeanspruch des Klägers völlig ausschließt, was eine mit Treu und Glauben nicht vereinbare unangemessene Benachteiligung des Klägers darstellt (BGH, WM 1988, 1344 [1350]).

Ein Anspruch auf Rücknahme der Ersatzteile im Warenlager ergibt sich nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung zum Vertragshändlerrecht bei fehlender Rücknahmevereinbarung im Händlervertrag aus der nachvertraglichen Treuepflicht des Herstellers oder Lieferanten gegenüber dem Händler (BGHZ 54, 338; NJW 1995, 524; WM 1994, 1121). Danach schuldet der Hersteller dem Händler als Schadenersatzleistung den Rückkauf des restlichen Warenlagers, das der Vertragshändler aufgrund seiner vertraglichen Pflichten zu unterhalten hatte, soweit der Händler das Ende des Vertrages nicht verschuldet hat. Der Kläger hat aber die Kündigung nicht verschuldet, wie die Beklagten meinen, sondern die Firma A. Diese hat die Kündigung sowohl des Hauptvertrages für das Gebiet O1 als auch die Absprache für die Gebietserweiterung für den B.-Kreis darauf gestützt, dass der Kläger in einer Entfernung von 6 km zu der für das Vertragsgebiet O1 bestehenden Betriebsstätte keine weitere Betriebsstätte in O2 errichtet hat.

Der Senat entnimmt den Absprachen für die Gebietserweiterung bereits keine vertragliche Verpflichtung, eine weitere Betriebsstätte auf einem genau bezeichneten Grundstück als Gegenleistung für die Gebietserweiterung zu bauen, wie dies die Beklagten meinen. Im Übrigen würde ein Verstoß gegen diese Pflicht allenfalls eine Kündigung der Gebietserweiterung des Händlervertrages für den B.-Kreis rechtfertigen, nicht aber die Kündigung des Hauptvertrages aus dem Jahr 1991 für die Region O1. Allein der Umstand, dass der Kläger nach Ausspruch der Kündigungen nicht ein etwa später von der Firma A. noch vorgelegtes Angebot, den Hauptvertrag für O1 fortzusetzen, annahm, begründet keinen Verschuldensvorwurf gegen den Kläger, wie die Beklagten meinen. Denn der Hauptvertrag endete nach Ausspruch der ordentlichen Kündigung ohne weiteres zum Ablaufzeitpunkt nach § 12 Ziff. 2. Eine Anspruch auf Neuabschluss oder Fortsetzung des gekündigten Vertrages besteht nicht.

Der für die Beklagten das Mandat führende Rechtsanwalt RA1 kann sich auch nicht mit dem Einwand entlasten, **er sei aufgrund unzureichender Informationen des Mandanten gehindert gewesen, vor Ablauf der Verjährungsfrist verjährungsunterbrechende Maßnahmen zu ergreifen. Denn ihm lagen im Zeitpunkt des Eintritts der Verjährung ausreichende Unterlagen für die Erhebung einer schlüssigen Klage vor.** Für einen schlüssigen Vortrag für eine Klage auf Rückkauf des bei Vertragende beim Vertragshändler vorhandenen Ersatzteillagers genügt entgegen der Ansicht der Beklagten nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung die Kennzeichnung der Teile nach Nummer, Teilebezeichnung, Bestandszahl und Preis (BGH, NJW-RR 2008, 1371 ff).

Alle diese Informationen lagen den Beklagten seinerzeit vor. Zwar ergaben sich diese Angaben zunächst aus unterschiedlichen Unterlagen (z.B. das im Schreiben genannte „Computerbestandsverzeichnis“) und den Rechtsanwalt RA1 im Dezember 2002 übersandten CDs mit den Kopien der Originalrechnungen für die Ersatzteile. Diese Unterlagen waren doch aber insgesamt vollständig und auch in der Sache nachvollziehbar. Sie waren nur nicht einander zugeordnet und nur die Zuordnung erforderte einen erheblichen Auf-

wand. Mit diesen Unterlagen hätte jedenfalls zur Verhinderung der drohenden Verjährung fristwährend eine jedenfalls im ersten Schritt ausreichend substantiierte Klage erhoben werden können und müssen. Jedenfalls hatte aber der Verfahrensbevollmächtigte aus dem Büro der Beklagten den Kläger zu diesem Zeitpunkt über diese Möglichkeit informieren müssen, um den Kläger überhaupt in die Lage zu versetzen, sachgerecht die Aussichten auf Durchsetzung seiner Ansprüche abzuwägen und über die weiteren Schritte zu entscheiden. In diesen Zusammenhang konnte die Beklagte den Kläger auch darauf hinweisen, dass möglicherweise das Gericht eine weitere Substantiierung der Forderung mit Zuordnung der einzelnen Ersatzteile zu den jeweiligen Rechnungen der Firma A. verlangen könnte, so dass auch dies in die Abwägung des Klägers hätte einfließen können.

Auch die vor dem LG Düsseldorf erhobene Teilwiderklage belegt, dass eine Klageerhebung für alle Ansprüche zu diesem Zeitpunkt offensichtlich möglich und die Klage im Ergebnis sogar für die Teilansprüche für die Ersatzteile aus dem Zeitraum April 1999 bis Dezember 1999 erfolgreich war. Warum dies der damals mit dem Mandat beauftragte Rechtsanwalt RA1 für die übrigen den gleichen Voraussetzungen unterliegenden Ansprüche unterließ, erschließt sich dem Senat nicht. Es sind keine Anhaltspunkte ersichtlich, dass dem Kläger es zu diesem Zeitpunkt nicht möglich gewesen sein soll, auch für die vorhergehenden und die nachfolgenden Zeiträume eine entsprechende Aufstellung zu fertigen. Diesem Verlangen ist er auch in dem hier jetzt geführten Verfahren offensichtlich nachgekommen.

Entgegen der Ausführungen des LG war hier über den Umfang des tatsächlich beim Kläger noch vorhandenen Originalersatzteilwarenbestandes der vom Kläger hierzu angebotene Sachverständigenbeweis zu erheben. Denn der Vortrag des Klägers zum **Umfang der Rücknahmepflicht** genügt den Anforderungen an einen schlüssigen Vortrag. **Hierfür hat der Vertragshändler nicht für jedes einzelne Teil in der Aufstellung die Erfüllung der Rücknahmevoraussetzungen im Einzelnen darzulegen. Es genügt vielmehr die Kennzeichnung der zum Rückkauf angebotenen Ersatzteile nach Nummer, Teilebezeichnung, Bestandszahl und Preis** (BGH v. 18.6.2008, VIII ZR 154/06, zitiert nach juris Rdnr. 18). Denn anhand einer solchen Aufstellung soll die Beklagte lediglich in die Lage versetzt werden, die Berechtigung des geltend gemachten Rücknahmeanspruchs im Hinblick auf dessen Voraussetzungen zu prüfen. Die Frage, ob daneben infolge einer Fehldisposition des Händlers eine Überbevorratung vorliegt, ist eine andere und von den Beklagten darzulegende und zu beweisende Frage, die hiervon zunächst zu trennen ist. Diese Voraussetzungen für den Rücknahmeanspruch sind mit Vorlage der Listen ausreichend vorgetragen. Es wird aus der Liste deutlich, um welches Ersatzteil es sich handelt, welche Anzahl davon vorhanden ist und zu welchem Preis es eingekauft wurde.

Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme ist der Senat zur vollen Überzeugung gelangt, dass die in der Anlage zu diesem Urteil aufgeführten Ersatzteile in dem Warenlager des Klägers originalverpackt, unbeschädigt und vollständig

vorhanden sind. Der Senat schließt sich insoweit den überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen SV1 im Gutachten vom 28.2.2013 an. Der Sachverständige hat – wie im Termin am 9.9.2013 näher erläutert – bei der Beweiserhebung alle Ersatzteile des Warenbestandes geprüft, mit den Listen verglichen, gezählt und nicht nur Stichproben gemacht. Er hat ferner bestätigt, dass die Teile in gutem Zustand sind und originalverpackt vorliegen. Die von den Beklagten hierzu aufgeworfenen Fragen hat der Sachverständige im Rahmen der mündlichen Erläuterung des Gutachtens zur Überzeugung des Senats beantwortet. Dabei hat sich auch der Vortrag des Klägers zum Wert der Ersatzteile bestätigt. Denn dem Sachverständigen lagen die Originalpreislisen der Firma A. vor, diese ergaben für alle geprüften Teile zutreffende Preise, so dass auch die Höhe der Forderung durch das Ergebnis der Beweisaufnahme zur vollen Überzeugung des Senats bestätigt ist.

Der Einwand der Beklagten, die Depothaltung des Klägers sei zur Erfüllung der Depotabrede nicht erforderlich gewesen, greift nicht durch. Für den **Einwand einer Fehldisposition des Vertragshändlers und einer Überbevorratung trägt dabei der Anspruchsgegner die Darlegungs- und Beweislast**. Eine Überbevorratung liegt dabei nur vor, wenn Fehldispositionen dazu geführt haben, dass der Händler ein überaus reichhaltiges Ersatzteillager unterhält, das angesichts der Zahl und Modelle der verschiedenen von A. hergestellten Motorräder zu viele überwiegend nicht gängige Ersatzteile beinhaltet. Angesichts der vom Kläger behaupteten Zahl von insgesamt 418.511 verschiedenen Ersatzteile für A.-Motorräder ist die Zahl von 9.842 unterschiedlichen beim Kläger in der Regel im Depot geführter Teilearten noch kein Zeichen von Überbevorratung. Zwar haben die Beklagten diese Zahl bestritten. Da sie aber keinen eigenen substantiierten Vortrag dazu gehalten haben, welche Zahl an Ersatzteiltypen oder Motorradmodellen nun tatsächlich richtig ist und welche Art von Teilen typischerweise für die im Betrieb des Klägers anfallenden Reparaturen und Serviceleistungen im Depot zu halten sind, war dieses einfache Bestreiten unbeachtlich.

Denn selbst wenn im Rahmen des Kundendienstes A. innerhalb von 17 Stunden jederzeit Ersatzteile liefern konnte, bedeutet dies nicht notwendig, dass dies – entgegen Ziffer 10.4 des Vertrages – gar kein Ersatzteillager mehr erforderlich machte. Es ergibt sich auch nichts zur Beantwortung der Frage, warum gerade die Teile im Depot des Klägers nicht erforderlich waren. Denn im Kundendienst für Motorräder fällt regelmäßig eine Vielzahl von Reparaturen an, bei denen der Kunde gerade beim Fachhändler eine sofortige Reparatur erwarten kann und nicht bis zum Folgetag abwarten wird. Da den Beklagten aber die Zusammensetzung des Warenlagers anhand der von A. vergebenen Teilenummern auch ihrer Art nach bekannt sind, war es Sache der Beklagten, konkreten Vortrag zu halten, welche dieser Teile in einem Ersatzteillager eines A.-Fachhändlers nicht bevorratet werden musste. Denn welche Art von Ersatzteilen danach im Rahmen der Depotabrede zu bevorraten waren, hängt dabei auch von den typischerweise in einem A.-Motorradfachhändlerbetrieb anfallenden Reparaturen und Wartungsarbeiten ab. (...) ■

## Anwaltshaftung

- Hinweispflichten
  - Versicherungsprozess
  - Brandschaden
  - Anspruch auf Neuwertentschädigung
  - Verbindlicher Bauvertrag zur Wiederherstellung
  - Belehrungspflichten des Anwalts
  - Belehrungsbedürftigkeit des Mandanten
- (OLG Köln, Urt. v. 3.4.2012 – 9 U 153/11)

### Leitsätze (d. Red.):

1. Zum Inhalt der Beratungspflicht bei dem für den Mandanten geltend zu machenden Anspruch auf Neuwertentschädigung nach § 14 Nr. 6 VGB 2001.
2. Der Mandant muss auf das Erfordernis der zügigen Sicherstellung der Wiederherstellung des Gebäudes hingewiesen werden. ■

### Aus den Gründen:

I. Der Kläger nimmt die Beklagten wegen der Verletzung anwaltlicher Pflichten durch fehlerhafte Beratung auf Schadenersatz in Anspruch.

Der Kläger ist Eigentümer eines Hausgrundstücks in der C 11 in L. Er hatte für das Objekt bei der B. AG eine Wohngebäudeversicherung mit einer Versicherungssumme von 488.041 EUR zum Neuwert abgeschlossen. Dem Versicherungsverhältnis lagen die VGB 2001 zugrunde.

Am 17.12.2003 ereignete sich in dem Objekt ein Brand infolge einer Entzündung eines Saunaofens im Keller. Gebäude und Hausrat wurden erheblich beschädigt.

Zwischen dem Kläger und dem Gebäudeversicherer kam es zu einer gerichtlichen Auseinandersetzung vor dem LG und später vor dem OLG Köln über die Höhe der Entschädigung, insbesondere über die Frage, ob dem Kläger, der das Gebäude während des Rechtsstreits nicht wiedererrichtet hatte, die sog. Neuwertspitze (§ 14 Nr. 6 S. 1 VGB 2001) zusteht. In diesem Zusammenhang hatte der Kläger die Beklagte zu 1) für die Vertretung vor dem Landgericht mandatiert. Das Mandat wurde durch den Beklagten zu 7) bearbeitet, der seinerzeit im Angestelltenverhältnis in der Kanzlei der Beklagten zu 1) tätig war. An seine Stelle ist die Beklagte zu 6) als angestellte Rechtsanwältin getreten.

In jenem Rechtsstreit – LG Köln 24 O 13/05 = OLG Köln 9 U 55/08 – legte der Kläger zum Nachweis der Voraussetzungen der Neuwertentschädigung eine „verbindliche Auftragsbestätigung gemäß Vereinbarung vom 4.10.2006“, datiert 6.10.2006, der Bauunternehmung X. GmbH vor.

Das LG Köln führte im Ausgangsrechtsstreit in seinem Urteil vom 7.2.2008 dazu aus, dass diese Bestätigung den Anforderungen nach § 14 Nr. 6 VVG nicht genüge und deshalb ein Anspruch auf die Neuwertspitze nicht gerechtfertigt sei.

Durch Urteil des Senats vom 21.10.2008 – 9 U 55/08 – wurde ein Anspruch auf Entschädigung des Neuwertanteils verneint und dem Kläger eine restliche Entschädigung von 31.960,10 EUR gemäß dem Zeitwertschaden am Gebäude zugesprochen. Der Senat ging von einem Zeitwertschaden von 146.440,50 EUR und von einem Neuwertschaden von 195.254,00 EUR aus. Hinsichtlich des Hausratschadens hat der Senat einen weiteren Betrag von 17.200,70 EUR zugesprochen.

Mit der vorliegenden Klage hat der Kläger gegen die Beklagten einen Schadenersatzanspruch in Höhe der Differenz zwischen dem im Vorprozess vom Senat festgestellten Neuwert- und Zeitwertschaden im Rahmen der Gebäudeversicherung geltend gemacht. Er hat vorgetragen, der Beklagte zu 7) habe es unterlassen, ihn umfassend zu den Voraussetzungen der Neuwertentschädigung zu beraten und zu belehren, wie er die Voraussetzungen hätte schaffen können. Er sei auch finanziell in der Lage gewesen, den Wiederaufbau des Gebäudes innerhalb der erforderlichen Frist zu gewährleisten. Das zwischenzeitlich wiederhergestellte Gebäude entspreche in Art und Zweckbestimmung dem abgebrannten. ■

(Anträge ...)

Die Beklagten haben vorgetragen, der Beklagte zu 7) habe den Kläger hingewiesen, dass die Neuwertentschädigung voraussetze, dass das Objekt bereits wiederhergestellt sei oder zumindest die Wiederherstellung sichergestellt sei, und zwar innerhalb von drei Jahren. Dies sei dem Kläger insbesondere mit Schreiben vom 3.5.2005 mitgeteilt worden. Der Kläger habe die vom Gebäudeversicherer erhaltene Vorauszahlung dazu verwandt, ein anderes Haus zu erwerben und zu renovieren. Dies sei für den Beklagten zu 7) Anlass gewesen, mit Schreiben vom 1.7.2005 den Kläger hinzuweisen, dass dies für die Geltendmachung nicht genüge und dass im Hinblick auf die vom Kläger bekundete Absicht, das Gebäude abzureißen und ein neues zu bauen, die Klage zu gegebener Zeit umgestellt werde, dass nur der Zeitwertschaden eingeklagt und die Neuwertspitze mittels Feststellungsklage geltend gemacht werde. Der Kläger habe dann im Oktober 2006 einen Bauvertrag geschlossen, der offensichtlich ein Scheinvertrag gewesen sei. Dies belege, dass sich der Kläger der Voraussetzungen der Neuwertentschädigung bewusst gewesen sei.

Das LG hat nach Beweisaufnahme durch Vernehmung von Zeugen der Klage stattgegeben. Es hat u.a. ausgeführt, der Beklagte zu 7) habe den Kläger nicht hinreichend aufgeklärt, wie er die Voraussetzungen des § 14 Nr. 6 VGB 2001 hätte schaffen können. Die Beklagten hätten ihrer sekundären Darlegungslast nicht genügt. Insbesondere sei das Schreiben vom 3.5.2005 dazu nicht geeignet gewesen. Dieses Schreiben sei in mehrfacher Hinsicht lückenhaft. Es fehle der wichtige Hinweis, dass eine Sicherstellung auch durch andere Vorkehrungen hätte erfolgen können, die keinen Zweifel an der Wiederherstellung aufkommen ließen. Dies sei anzunehmen bei einem verbindlichen Abschluss eines Bauvertrages oder eines Fertighausvertrages mit einem leistungsfähigen



Unternehmer, wenn die Möglichkeit der Rückgängigmachung eine fernliegende sei oder wenn von der Durchführung nicht ohne erhebliche wirtschaftliche Einbußen Abstand genommen werden könne. Es fehle auch die Aufklärung, dass das zu errichtende Gebäude „gleicher Art“ und „gleicher Zweckbestimmung“ sein müsse.

Weiter hätte dem Kläger aufgezeigt werden müssen, in welchem Maße wirtschaftliche Einbußen beim Abstandnehmen von einem Bauvertrag verlangt würden, um einen solchen Vertrag zur Erlangung der Neuwertspitze genügen zu lassen. Auch die Belehrung im Schreiben vom 1.7.2005 sei zu beanstanden. Der Begriff der Sicherstellung sei dem Kläger, der offenbar der irrigen Meinung gewesen sei, der Erwerb einer anderen Immobilie genüge, nicht aufgezeigt worden. Zudem habe der Beklagte nicht die Rechtsprechung des OLG Köln berücksichtigt, wonach eine entsprechende Feststellungsklage nicht zulässig sei.

Diese Pflichtverletzung sei auch für den Schaden kausal geworden. Die Beweisaufnahme habe den Einwand der Beklagten widerlegt, der Kläger sei nicht in der Lage gewesen, innerhalb der 3-Jahres-Frist das Gebäude wieder zu errichten. Abgesehen davon, dass der Kläger bei einer korrekten Belehrung die Vorschüsse frühzeitig für den Wiederaufbau verwandt hätte, habe der Zeuge Q. bestätigt, dass dem Kläger 2006 eine Finanzierung neben dem nicht vollständig belasteten Objekt möglich gewesen wäre. Der Kläger habe auch ein neues Gebäude errichtet, das in Art und Zweckbestimmung dem alten entspreche. Gemessen an den Anforderungen sei das wiedererrichtete Gebäude mit dem alten vergleichbar.

Hiergegen wenden sich die Beklagten mit der Berufung. Sie vertiefen ihren erstinstanzlichen Vortrag und machen zunächst geltend, eine „Kanzlei“, wie die Beklagte zu 1) bezeichnet sei, sei nicht parteifähig. Im Übrigen sei eine schuldhaftige Pflichtverletzung des Beklagten zu 7) zu verneinen. Zunächst sei, solange nichts Gegenteiliges feststehe, davon auszugehen, dass zum Zeitpunkt des Schadensfalles vom 17.12.2003 in zeitlicher Hinsicht kein Versicherungsschutz mehr bestanden habe. Unstreitig seien Belehrungen und Hinweise, die mündlich und schriftlich erfolgt seien, insbesondere durch Schreiben vom 3.5.2005, 1.7.2005 und 27.1.2006.

Der Kläger sei immer wieder daran erinnert worden, dass er die Neuwertspitze nicht erhalte, wenn er nicht endlich mit der Wiederherstellung beginne. Der Kläger sei zudem nicht beratungsbedürftig gewesen. Er sei Versicherungskaufmann und betreibe eine Hauptagentur. Bereits vor Mandatierung der Beklagten habe der Kläger den Grundbesitz I.-straße 24 hinzugekauft. Er sei schon von seinem früheren Rechtsanwalt W. darauf hingewiesen worden, dass dieses Vorhaben die Neuwertentschädigung zunichte machen würde. Daraufhin habe er das Mandat W. beendet.

Sodann sei der Kläger durch den Beweisbeschluss und durch den Schriftsatz des Versicherers B. auf die Voraussetzungen hingewiesen worden. Er habe dann die Abbruchgenehmi-

gung beantragt und die Wiederherstellung allein auf die „Verbindliche Auftragsbestätigung“ vom 6.10.2006 gestützt. Es habe nicht zum Pflichtenkreis der Beklagten gehört, alle abstrakten Fallmöglichkeiten aufzuzeigen. Der Kläger habe keine präzise Wiederherstellungsplanung vorgelegt.

Die Beklagten hätten mit Schreiben vom 1.7.2005 erklärt, dass der Kauf des anderen Grundstücks nicht ausreichend sei. Dem Kläger sei das alles bewusst gewesen, wie der verbindliche Auftrag vom 6.10.2006 an Bauunternehmung X. zeige. Diese sei auch nur vorgeschoben worden.

Außerdem sei die Kausalität zwischen unterstellter Pflichtverletzung und Schaden zu verneinen. Es sei darauf abzustellen, dass die Entschließung des Mandanten eine typische Folge der Pflichtverletzung des Beraters darstellen müsse. Trotz der vielen Hinweise der Beklagten und des Gerichts habe der Kläger die Wiederherstellung nicht betrieben. Er habe innerhalb der maßgeblichen Zeit gar nicht wiederherstellen wollen. Den Beklagten sei die Auftragsbestätigung vom 6.1.2006 erst ein Jahr später vorgelegt worden, so dass diese erst mit Schriftsatz vom 10.10.2007 im Vorprozess hätte vorgelegt werden können. Im damaligen Termin vom 18.10.2007 habe der Kläger erstmals von der schon 1,5 Jahre vorher beantragten Abbruchgenehmigung gesprochen. Dass schon im Jahre 2006 eine zusätzliche Finanzierung für das Grundstück C.-straße erreichbar gewesen wäre, habe der Kläger nicht bewiesen. Dass das neue Gebäude in Art und Zweckbestimmung dem alten entspreche, sei nicht belegt. Der Zeuge I. habe das Gebäude erstmalig nach dem Brand gesehen.

(Anträge ...)

Der Kläger verteidigt das angefochtene Urteil und macht geltend, die Beklagten hätten ihrer Pflicht nicht Genüge getan, den Kläger kundig zu machen, welche Voraussetzungen für die Neuwertspitze erforderlich seien. Der Kläger sei beratungsbedürftig gewesen und habe einen Anspruch auf umfassende Beratung gehabt. Die Beantragung der Abbruchgenehmigung sei sein gutes Recht gewesen. Die Beklagten hätten hinweisen müssen, dass durch Abbruch die Neuwertentschädigung ebenfalls ausgeschlossen sei. Es sei nachgewiesen, dass der Kläger den Wiederaufbau habe bewerkstelligen können.

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

1. Bedenken an der Zulässigkeit der Klage im Hinblick auf die Beklagte zu 1) bestehen nicht. Nach der Klarstellung durch den Beklagten zu 7) im Termin vor dem Senat handelt es sich um eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Diese kann als solche verklagt werden (vgl. BGH, NJW 2001, 1056; NJW 2002, 368; NJW 2002, 1207; NJW 2008, 1378; vgl. Zuehör, Handbuch der Anwaltschaft, 3. Aufl., Rdnr 383).

2. Dem Kläger steht ein Schadenersatzanspruch gegen die Beklagten wegen der Verletzung anwaltlicher Pflichten nach den §§ 675, 280 BGB nicht zu.



a) **Der Anwaltsvertrag erstreckt sich vorliegend auf die Sozietät.** Beide Seiten haben nämlich im Zweifel den Willen, das Mandat mit allen Mitgliedern zu begründen (vgl. BGHZ 124, 47 = NJW 1994, 257; OLG Hamm, NZG 2011, 137).

Die Mitglieder der Sozietät haften im vorliegenden Fall nach der Rechtsprechung zur **Zurechnung auch für einen angestellten Rechtsanwalt**, den Beklagten zu 7), **weil der Anschein gesetzt wurde, für die Sozietät zu handeln** (vgl. BGHZ 172, 169; BGH, WM 2012, 87; OLG Hamm, NZG 2011, 137; OLG Köln, NJW-RR 2004, 279). Dies gilt jedoch nicht für die Beklagte zu 6), die erst nach Beendigung des Mandats für den sachbearbeitenden Beklagten zu 7) in die Kanzlei als Angestellte Rechtsanwältin eingetreten ist.

b) Jedenfalls ist eine anwaltliche Pflichtverletzung nicht gegeben.

Allerdings kann den Beklagten mit ihrem nunmehrigen Vortrag nicht darin gefolgt werden, dass das maßgebende Schadenereignis nicht in den versicherten Zeitraum der abgeschlossenen Gebäudeversicherung fällt. Aus der vom Senat beigezogenen Akte des Deckungsprozesses (LG Köln – 24 O 13/05 = OLG Köln – 9 U 55/08) ergibt sich nämlich, dass der **Versicherungsschutz in der Gebäudeversicherung am Tage des Schadenereignisses bestanden hat**, was der dort beklagte Versicherer auch nicht bestritten hat. Im Übrigen müsste das neue Vorbringen auch wegen der Novensperre des § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO unberücksichtigt bleiben.

c) Vorliegend sind die Voraussetzungen für die Annahme einer schuldhaften Anwaltspflichtverletzung durch die beklagten Rechtsanwälte nicht anzunehmen.

aa) Der mandatierte Anwalt hat dafür einzutreten, **dass die zugunsten seines Mandanten sprechenden tatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunkte so umfassend wie möglich ermittelt und bei der Entscheidung des Gerichts berücksichtigt werden** (vgl. BGH, NJW 2009, 987). **Der konkrete Umfang der anwaltlichen Pflichten richtet sich nach dem erteilten Mandat und den Umständen des Einzelfalles.** Ziel der anwaltlichen Rechtsberatung ist es, dem Mandanten eine eigenverantwortliche und sachgerechte Entscheidung und Weichenstellung seiner Rechtsangelegenheit zu ermöglichen (vgl. BGH, VersR 2008, 1112). Der Anwalt muss vor Gefahren warnen, die sich bei ordnungsgemäßer Bearbeitung aufdrängen, wenn er Grund zu der Annahme hat, dass sein Auftraggeber sich dieser Gefahr nicht bewusst ist (BGH, a.a.O.). Bei Anwendung dieser Grundsätze ist nicht von der schuldhaften Verletzung anwaltlicher Pflichten auszugehen.

Die Ausgestaltung der Beratungspflicht richtet sich hier nach dem für den Kläger geltend zu machenden **Anspruch auf die Neuwertentschädigung nach § 14 Nr. 6 VGB 2001**. Danach erwirbt der Versicherungsnehmer den Anspruch auf Zahlung des Teils der Entschädigung, der den Zeitwertschaden übersteigt, nur soweit und sobald er innerhalb **von drei Jahren nach Eintritt des Versicherungsfalles sichergestellt hat, dass er die Entschädigung verwenden wird, um versicherte Sachen in gleicher Art und Zweckbestimmung an der bisherigen Stelle**

**wiederherzustellen oder wiederzubeschaffen.** Ist dies an der bisherigen Stelle nicht möglich oder wirtschaftlich nicht zu vertreten, so genügt es, wenn das Gebäude an anderer Stelle innerhalb der Bundesrepublik Deutschland wiederhergestellt wird.

Diese Voraussetzungen waren nicht gegeben (vgl. Urteil des Senats im Vorprozess, veröffentlicht in VersR 2009, 498 = r+s 2009, 157.)

Es war nämlich aus der insoweit maßgeblichen Sicht des Regressgerichts, nachdem zum damaligen Zeitpunkt eine Neuerrichtung nicht erfolgt war, auch eine Sicherstellung im Sinne der Versicherungsbedingungen nicht anzunehmen.

**Eine Sicherstellung erfordert eine Prognose derart, dass hinreichend sicher eine bestimmungsgemäße Verwendung der Entschädigung angenommen werden kann, also z.B. bei verbindlichem Bauvertrag mit leistungsfähigem Unternehmer** (vgl. BGH, VersR 2011, 1180, Senat, VersR 2008, 962; Armbrüster In Prölss/Martin, VVG, 28 Aufl., § 93 Rdnr. 13 ff; Halbach in: Rüffer/Halbach/Schimikowski, VVG, 2. Aufl., § 93 Rdnr. 4 ff). Wie der Senat bereits im Deckungsprozess ausgeführt hat, reichte die vom Kläger vorgelegte „verbindliche Auftragsbestätigung“ über eine „Sanierung Einfamilienhaus“, datiert 6.10.2006, nicht aus. Sie umfasst nur zwei Blatt und sollte auf einer Vereinbarung vom 4.10.2006, also 2 Tage vorher, beruhen. **Einzelheiten zu den Rechten und Pflichten der Parteien des Vertrages sind nicht genannt.** Der Kläger hat dazu auch im Termin vom 18.10.2007 vor dem Landgericht im Vorprozess erklärt, es sei gar keine schriftliche Vereinbarung erfolgt. Er habe sich mit Herrn X. unterhalten und ihm Kostenvoranschläge übergeben. Über den Preis sei konkret nicht gesprochen worden. In diesem Zusammenhang ist auch zu berücksichtigen, dass der Kläger am 23.3.2006 eine Abbruchgenehmigung beantragt hatte, die auch erteilt worden ist.

bb) In diesem Zusammenhang ist eine Verletzung der Beratungspflicht nicht erkennbar.

**Das Anwaltsschreiben vom 3.5.2005 weist ausdrücklich auf das Erfordernis der Sicherstellung hin.** Es müsse ein gleichwertiges Gebäude errichtet werden, „z.B. durch Kaufen von Baumaterial oder Vereinbarung von Ratenzahlungen an Bauunternehmer mit dem Vorschreiten des Baues oder an Treuhänder“. Damit ist klar gesagt, dass entweder Eigenleistungen erbracht sein müssen oder ein Bauunternehmer zu beauftragen ist. Dass das Gebäude „in gleicher Art und Zweckbestimmung“ sichergestellt sein muss, ist ebenfalls erwähnt. Eine zusätzliche Erläuterung ist nicht veranlasst und erforderlich gewesen.

Hinzukommt der Inhalt des anwaltlichen Schreibens vom 1.7.2005, das der Beklagte zu 7) gefertigt hat. Darin ist ausdrücklich hingewiesen, dass die Wiederherstellung zumindest gesichert sein müsse. Hierfür reiche nicht der Kauf eines anderen Grundstücks nebst Wohnhaus aus. Der Annahme einer pflichtgemäßen Beratung steht nicht entgegen, dass der dortige Hinweis, es bestehe die Möglichkeit einer

Feststellungsklage, unzutreffend sein dürfte (vgl. *OLG Köln, Urteil 5 U 96/89, 5 U 46/92*). Ein solcher Antrag ist dann aber auch nicht gestellt worden. Auch im Schreiben vom 27.1.2006 ist **darauf hingewiesen, dass die Wiederherstellung zügig in Angriff genommen werden solle**. Die Dreijahres-Frist wäre erst am 17.12.2006 abgelaufen.

Außerdem sprechen der Inhalt der Auftragsbestätigung, datiert 6.10.2006, und die Umstände ihrer Vorlage beim LG mit Gewicht gegen die Annahme einer anwaltlichen Pflichtverletzung. Dem Kläger war genau bewusst, dass er einen Vertrag vorlegen musste, und er hat eine nicht aussagekräftige „verbindliche Auftragsbestätigung“ vorgelegt. Dazu hat er noch im Termin vor dem LG im Deckungsprozess erklärt, das beruhe nicht auf einer schriftlichen Vereinbarung, über den Preis sei nicht weiter konkret gesprochen worden, Grundlagen sollten Kostenschätzungen sein. Diese Umstände belegen, dass der Kläger selbst davon ausging, dass eine erforderliche verbindliche Vereinbarung überhaupt nicht vorlag. In diesem Zusammenhang kann auch nicht unberücksichtigt bleiben, dass die Auftragsbestätigung den Beklagten erst etwa ein Jahr später vom Kläger vorgelegt wurde, so dass diese erst mit Schriftsatz vom 10.10.2007 von den Beklagten dem LG im Vorprozess vorgelegt werden konnte.

Bei der Vorbereitung des umfangreichen Schriftsatzes der Beklagten vom 27.11.2006 hatte der Kläger die Beklagten aber die Auftragsbestätigung nicht informiert.

Ohne Erfolg macht der Kläger geltend, **er habe ja später ein entsprechendes Gebäude errichtet. Diesem Umstand kann vorliegend eine rückbezogene Indizwirkung nicht zukommen**. Dem Kläger war durch den Deckungsprozess klar, welche Voraussetzungen vorliegen mussten, um die Neuwertenschädigung zu erlangen. Zudem hat der Kläger im März 2006 eine Abbruchgenehmigung für das Einfamilienhaus mit Büro beantragt, die dann auch durch den S.-Kreis am 29.3.2006 erteilt worden ist. Hinzu kommt, dass die nunmehrige Vermietung des Untergeschosses an ein anderes Versicherungsbüro anstelle der früheren Selbstnutzung und die Verlegung des Eingangs bei dem neu errichteten Gebäude einer Identität entgegenstehen dürfte.

cc) Schließlich **fehlt es auch an einer zusätzlichen weitergehenden Beratungsbedürftigkeit des Klägers**.

In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass der Anwalt insbesondere hinweisen muss, wenn er Grund zu der Annahme hat, dass sein Auftraggeber sich der Gefahr des Anspruchsverlustes nicht bewusst ist (vgl. *BGH, VersR 2008, 1121*). Eine solche Annahme war nach den Umständen nicht gerechtfertigt.

**Der Kläger betreibt eine Hauptagentur für Versicherungen.**

Auf Grund dieses Umstandes konnte der Beklagte zu 7) davon ausgehen, dass der Kläger die anwaltlichen Hinweise in zutreffender Weise versteht.

Schließlich hat der Kläger sich u.a. in seinem Schreiben vom 20.6.2005 an die Beklagten als in der Sache voll informierter

Mandant dargestellt, der dem früheren Anwalt W. das Mandat „aus Zweifel an der fachlichen Kompetenz“ entzogen hatte.

d) Im Übrigen **mangelt es auch an der Ursächlichkeit einer Pflichtwidrigkeit**. Kommt es auf die Beurteilung einer Beratung im Zusammenhang mit einem Rechtsstreit an, muss das Regressgericht prüfen, **wie im Hinblick auf die Interessenlage oder andere objektive Umstände eine bestimmte Entscheidung des zutreffend hingewiesenen Mandanten mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten gewesen wäre**. Insoweit gilt nicht generell ohne weiteres der Anscheinsbeweis. Es muss nämlich im konkreten Fall ein typischer Ursachenzusammenhang festgestellt werden (vgl. *BGH, NJW 2009, 1591*). Daran fehlt es vorliegend. Es ist in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen, dass der Kläger die vorab gezahlte teilweise Entschädigung für den Kauf eines anderen Objektes bereits vor Mandatierung der Beklagten verwendet hatte und damit anzunehmen ist, dass er zum maßgebenden Zeitraum bewusst gar nicht die Wiederherstellung sicherstellen wollte. (...) ■

## Steuerberaterhaftung

- Verantwortung für Grundaufzeichnungen
  - Bestandslisten
  - Kassenbuch
  - Darlegungslast für Buchungsfehler, Umbuchungen
  - Möglichkeit der Nachbesserung
- (*LG Koblenz, Urt. v. 26.2.2014 – 15 O 167/13*)

### Leitsätze (d. Red.):

1. Die Verantwortung für die richtige, vollständige, lesbare, sortierte und rechtzeitige Grundaufzeichnung trägt der Mandant.
2. Die Darlegungslast für das Vorliegen von Buchungsfehlern trägt der Mandant.
3. Dem Steuerberater ist bei Fehlbuchungen die Möglichkeit der Nachbesserung zu gewähren (Bestätigung der Rechtsprechung des OLG Koblenz). ■

### Tatbestand:

Die Klägerin nimmt den beklagten Steuerberater auf Zahlung von Schadenersatz und Feststellung wegen Pflichtverletzung aus einem Steuerberatungsmandat in Anspruch. Sie betreibt in Linz am Rhein einen Automobilhandel mit Oldtimern und Sportwagen. Der Beklagte war über viele Jahre hinweg als Steuerberater für die Klägerin tätig und unter anderem mit der Erstellung der Einkommensteuererklärungen, der Finanzbuchhaltung, der Erstellung der Umsatzsteuervoranmeldungen, der Erstellung der Jahresabschlüsse und der Gewerbe- und Umsatzsteuererklärungen, zuletzt für das Jahr 2009, von der Klägerin beauftragt. Der Jahresabschluss 2010 wurde nicht mehr von dem Beklagten erstellt, die Finanzbuchhal-

tung und Umsatzsteuervoranmeldungen führte der Beklagte bis zum ersten Quartal 2012 aus. Mit Schreiben vom 14.6.2012 kündigte die Klägerin das Mandatsverhältnis.

Die Klägerin behauptet:

Erstmals bei Anforderung einer Bestandsliste für ein Bankengespräch am 12.4.2012 seien ihr Mängel bei der Pflege der Bestandslisten durch den Beklagten aufgefallen. Die vom Beklagten erst am 23.4.2012 vorgelegte Liste sei unbrauchbar gewesen. Im Rahmen einer Betriebsprüfung seien vom Beklagten zu vertretende erhebliche Mängel in der Finanzbuchhaltung und den vom Beklagten zu pflegenden Bestandslisten zu Tage getreten. Daher habe sie das Steuermandat an die Steuerberaterin I. übergeben. Diese habe festgestellt, dass die Buchführung mangelhaft sei und umsatzsteuerliche Vorgänge vom Beklagten falsch bewertet worden seien. Nach der Kündigung des dem Beklagten erteilten Mandats habe die neu bestellte Steuerberaterin die Fahrzeugbestandslisten prüfen und komplett neu erstellen müssen.

Für die erforderliche Behebung buchhalterischer Fehler im Zusammenhang mit der Finanzbuchhaltung für das Jahr 2010 habe die Steuerberaterin 30,5 Stunden aufgewandt zu je 92 EUR, von denen der Beklagte jedenfalls 65 EUR pro Stunde, mithin insgesamt 1.982,50 EUR, ersetzen müsse. Für die Nachbearbeitung der Listen aus den Jahren 2011 und 2009 sei mit einem ähnlich hohen Aufwand zu rechnen, für 2012 bis Ende März, dem Ende der Tätigkeit des Beklagten, mit etwa einem Viertel des Aufwands. Der Beklagte habe seine Pflichtverletzung im Schreiben vom 15.3.2013 eingeräumt. Die Fehler beruhten unter anderem auf der mangelhaften oder fehlenden Führung eines Wareneingangs- und -ausgangsbuchs. Die dem Beklagten eingeräumte Möglichkeit der Nachbesserung sei ergebnislos geblieben.

Die Klägerin hatte ursprünglich angekündigt, beantragen zu wollen, den Beklagten zu verurteilen, an sie 9.184,30 EUR zzgl. Zinsen und außergerichtliche Anwaltskosten in Höhe von 130,50 EUR nebst Zinsen zu zahlen.

Im Termin der mündlichen Verhandlung vom 15.1.2014 hat die Klägerin ihre Anträge geändert und zuletzt beantragt, (...)

Der Beklagte trägt vor:

Die Klägerin habe ihm eine Nachbesserung verweigert und mit Schreiben vom 13.6.2012 die sofortige Herausgabe aller Unterlagen verlangt. Die Vorwürfe der Klägerin hinsichtlich etwaiger Pflichtverletzungen seien pauschal und nicht substantiiert. Soweit im Bericht über die Außenprüfung Mängel der Buchführung festgestellt worden seien, beruhten diese auf der mangelhaften Führung des Kassenbuchs. Dieses aber sei allein von der Klägerin geführt worden. Es habe auch nur ein eingeschränkter Auftrag zur Prüfung der Buchführung, der Unterlagen sowie der Wertansätze der Fahrzeuge bestanden, wie den schriftlich erteilten Aufträgen zur Erstellung der Jahresabschlüsse zum 31.12.2007, 2008 und 2009 zu entnehmen sei.

Denn nur der Unternehmer könne eine Bewertung der Vorräte, hier des Fahrzeugbestands, vornehmen. Die Klägerin habe die Richtigkeit der Bewertung selbst durch ihre jeweilige Unterschrift unter die Aufstellungen zum Umlaufvermögen für die Jahre 2007 bis 2009 bestätigt. Die Klägerin selbst habe das Kassenbuch und das Wareneingangs- und -ausgangsbuch unzuverlässig geführt. ■

#### Aus den Gründen:

Die Klage ist zum Teil unzulässig und im Übrigen insgesamt unbegründet.

Zwar stellt die in der mündlichen Verhandlung durch die Klägerin vorgenommene Änderung der Klage im Hinblick auf die zuletzt gestellten Feststellungsanträge nach § 264 Nr. 2 ZPO keine Klageänderung dar, sodass es insoweit weder der Zustimmung des Beklagten noch der Sachdienlichkeit im Sinne des § 263 ZPO bedarf (*Zöller/Greger, 29. Aufl. 2012, § 264 Rdnr. 3b*). Es fehlt aber insoweit für die Feststellungsanträge an dem nach § 256 ZPO erforderlichen **Feststellungsinteresse**. Die Klägerin hat nicht dargelegt, dass und **warum sie nicht in der Lage ist, die durch die Beauftragung der Steuerberaterin I. für die Bearbeitung der Listen für die Jahre 2009 und 2011, sowie das erste Quartal 2012, erforderlichen Aufwendungen und Kosten konkret zu beziffern**.

Wegen des grundsätzlichen Vorrangs der Leistungsklage zur Feststellungsklage im Sinne der endgültigen Klärung des Streitstoffs in einem Prozess hätte die Klägerin im Zusammenhang mit der Klageänderung in der mündlichen Verhandlung konkret behaupten und darlegen müssen, dass ihr eine Bezifferung ihres Anspruchs noch nicht möglich ist. Hierzu fehlt es an jeglichem Klägervortrag.

Darüber hinaus fehlt für den Feststellungsantrag zu 2) teilweise auch ein Rechtsschutzbedürfnis, denn die Frage, ob der Beklagte zum Ersatz der Schäden verpflichtet ist, die für die Nachbearbeitung der Unterlagen des Jahres 2010 anfallen, ist bereits Klagegegenstand des Leistungsantrags unter Ziffer 1). Die Klägerin hat insoweit eine Bezifferung vorgenommen und auch nicht behauptet, dass hier weitere Kosten für die Nachbearbeitung entstehen könnten.

Die Klage ist insgesamt aber auch unbegründet.

Die Klägerin hat gegen den Beklagten keinen Anspruch auf Zahlung (oder Feststellung) aus §§ 675, 280 Abs. 1 BGB.

Der Beklagte hat im Rahmen des bestehenden Steuerberatungsmandatsverhältnisses keine ihm gegenüber der Klägerin obliegende Pflicht schuldhaft verletzt. Die **Führung von Grundaufzeichnungen hat grundsätzlich durch den Steuerpflichtigen zu erfolgen**, weil dieser den konkreten Geschäftsvorgängen örtlich und zeitlich näher steht als der Steuerberater. Nach § 143 AO obliegt die Führung eines Wareneingangsbuchs grundsätzlich dem Unternehmer. Dieser hat den Wareneingang gesondert aufzuzeichnen und dabei nach § 143 Abs. 3 AO unter anderem den Tag des Eingangs, den Namen und die Anschrift des Lieferers, die handelsübliche Bezeichnung der Ware, den Preis und den Hinweis auf den

Beleg aufzunehmen. **Grundsätzlich ist es daher Aufgabe des Steuerpflichtigen, dem Steuerberater die Belege und Informationen für die Geschäftsvorgänge so zur Verfügung zu stellen, dass der Berater diese richtig, vollständig und rechtzeitig verbuchen kann.** Diesen Verpflichtungen ist die Klägerin nach dem insoweit bis zum Ende der mündlichen Verhandlung unbestritten gebliebenen Vortrag des Beklagten aus dessen Schriftsatz vom 17.12.2013 nicht nachgekommen. Eventuelle Fehlbuchungen beruhen daher auf einem Verursachungsbeitrag der Klägerin selbst.

**Fehler im Bereich der Grundaufzeichnungen** können dem Steuerberater darüber hinaus im Übrigen selbst dann nicht angelastet werden, wenn dem Steuerberater die Buchführung als vertragliche Verpflichtung obliegt. Denn es ist Aufgabe der Klägerin als Kaufmann, ihrerseits die Grundlagen für eine ordnungsgemäße Buchführung nach handels- und steuerrechtlichen Vorschriften zu schaffen. Hierzu zählen die Aufbewahrung von Belegen und die Führung von Grundaufzeichnungen wie die eines Kassenbuches. Die Klägerin musste selbstverantwortlich sicherstellen, dass die für den Nachweis einer kaufmännischen Buchführung erforderlichen **Aufzeichnungen lesbar sind und sortiert aufbewahrt werden**, damit diese später den einzelnen Buchungen zugeordnet werden können. **Dies gilt auch für die Erstellung eines Kassenbuches, das ein ordentlicher Kaufmann täglich und fortlaufend führen muss** (LG Krefeld, Urt. v. 25.8.2011 – 3 O 93/11).

Aus den von dem Beklagten vorgelegten Aufträgen zur Erstellung der **Jahresabschlüsse** geht im Übrigen hervor, dass die Klägerin den Beklagten im Zusammenhang mit der Erstellung der Jahresabschlüsse **nur mit einer eingeschränkten Prüfung der Unterlagen und Wertansätze beauftragt hat**.

Darüber hinaus hat die Klägerin aber auch weder substantiiert und im Einzelnen dargelegt noch für jeden Einzelfall hinreichend unter Beweis gestellt, **welche konkreten Buchungen des Beklagten mangelhaft oder falsch gewesen sein sollen** und von der neu beauftragten Steuerberaterin aus welchem Grund neu verbucht worden sein sollen. **Die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen von Buchungsfehlern trägt grundsätzlich der Mandant**, hier also die Klägerin.

Im Rechtsstreit bedarf es zur Darlegung solcher Fehler der substantiierten Angabe, welche Buchung der Berater aufgrund welcher Informationen und/oder ihm vorgelegten Belegen hätte vornehmen müssen und was er stattdessen gebucht hat (OLG Köln, DStRE 2008, 197, 199 unter Bezugnahme auf OLG Köln, DB 1989, 100 und Gräfe/Lenzen/Schmeer, Steuerberaterhaftung, 4. Aufl., 2007, Rdnr. 308, m.w.N.). **Dem Gericht muss die Feststellung der unkorrekten Buchführung möglich sein** (OLG Köln, a.a.O.).

Die Klägerin hat vorliegend weder hinreichend konkrete Fehler anhand von Beispielen dargelegt, die einen Rückschluss auf einen grundsätzlichen Fehler des Buchungserhaltens des Beklagten im Sinne eines **Systemfehlers** zuließen, noch hat sie konkret dargelegt, **welche Umbuchungen** die neu beauftragte Steuerberaterin jeweils mit welchem Zeitaufwand und aus welchem Grund vorgenommen haben soll.

Die bloße Behauptung der Klägerin, es sei ein Mehraufwand zur Behebung buchhalterischer Fehler entstanden, stellt – wie die Beklagtenseite zutreffend gerügt hat – keinen hinreichend konkreten Tatsachenvortrag dar. Die vorgelegte Rechnung vom 6.11.2012 führt zur Tätigkeit lediglich „Beratungs-sonderarbeiten“ aus. Sie lässt eine weitere Spezifizierung nicht zu. Ausreichend konkrete Ausführungen der Klägerin zu einem möglichen Steuerschaden fehlen ganz.

Entgegen der Ansicht der Klägerin hat der Beklagte auch nicht im Schreiben vom 15.3.2013 irgendwelche Pflichtverletzungen **anerkannt**. Vielmehr bietet der Beklagte in diesem Schreiben eine **Nachbesserung an für den Fall, dass „eventuelle Fehlbuchungen“ vorliegen und Berichtigungen tatsächlich „erforderlich“ sein sollten**.

**Nach der Rechtsprechung des OLG Koblenz** (Urt. v. 18.3.2003 – 3 U 1027/02; ausdrücklich offengelassen von BGH, Urt. v. 11.5.2006 – IX ZR 63/05, für die Fälle, in denen – wie vorliegend – der vermeintliche Fehler vor Beauftragung eines neuen Steuerberaters offenbar geworden ist), der die Kammer folgt, **wäre die Klägerin im Übrigen auch dazu verpflichtet gewesen, dem Beklagten die Möglichkeit der Nachbesserung zu gewähren**.

In der Regel ist der Steuerberatungsvertrag danach zwar ein auf eine Geschäftsbesorgung gerichteter Dienstvertrag (§§ 675, 611 BGB), auch dann, wenn – wie hier – einem Steuerberater allgemein die Wahrung aller steuerlichen Interessen seines Auftraggebers übertragen wird, wobei es unerheblich ist, dass sich ein Teil der zu erbringenden Leistungen in einem körperlichen Werk, etwa als Jahresabschluss oder als Steuererklärung konkretisieren lässt (OLG Koblenz, a.a.O., unter Bezugnahme auf Eckert, Steuerberatergebührenverordnung, 3. Aufl., StBGebV vor § 1 Anm. 1.3.2).

Die Nachbesserungsvorschriften der §§ 633 ff BGB finden daher unmittelbar keine Anwendung. Jedoch ist nach der zitierten Entscheidung des OLG Koblenz auch dann, wenn es sich, wie hier, schlussendlich um einen Dienstvertrag handelt, dem Steuerberater ein Nachbesserungsrecht einzuräumen, wenn der Mandant die Beseitigung der Mängel der Leistung seines bisherigen Steuerberaters später durch einen anderen Berater vornehmen lässt und dem für die Mängel verantwortlichen Steuerberater dann die dadurch entstehenden Kosten anlasten will.

Eine Nachbesserungsmöglichkeit hat die Klägerin dem Beklagten aber vorliegend nicht eingeräumt. Vielmehr hat sie trotz der erklärten Korrekturbereitschaft des Beklagten, zuletzt mit Schreiben vom 15.3.2013, den Beklagten bereits mit Schreiben vom 13.6.2012 zur Herausgabe sämtlicher Unterlagen aufgefordert und das Vertragsverhältnis mit Schreiben vom darauffolgenden Tag gekündigt.

Die Behauptung der Klägerin, sie habe eine Nachbesserungsmöglichkeit gewährt und der Beklagte habe dann unbrauchbare Nachbuchungen zur Verfügung gestellt, ist – wie auch das diesbezügliche Beweisangebot – nicht hinreichend konkret, **da weder Angaben zu den Umständen und dem Zeitpunkt**



**des Nachbesserungsverlangens noch zum Inhalt der erfolgten Nachbesserung bzw. des Nachbesserungsversuchs gemacht werden.** Die Klägerin hat auch nicht hinreichend dargelegt, dass eine Nachfristsetzung entbehrlich gewesen wäre, etwa weil der Beklagte eine Nacherfüllung ernsthaft und endgültig verweigert hätte. (...) ■

## Zeugnisverweigerungsrecht

- Anwalt, Steuerberater
- Angestellte
- Schutzzweck

(LG Rottweil, Zwischenurt. v. 9.8.2012 – 3 O 168/10)

### Leitsatz (d. Red.):

Das Zeugnisverweigerungsrecht gem. § 383 Abs. 1 Nr. 6 ZPO trifft den Amtsträger und dessen Mitarbeiter. Geschützt wird der Vertrauensgeber/Auftraggeber. Im Honorar- und im Regressprozess mit dem Mandanten besteht kein Zeugnisverweigerungsrecht. ■

### Tatbestand:

Die Kläger erhielten von den Eheleuten jeweils (Teil-) Anteile an der ... sowie (Teil-) Geschäftsanteile an der ... geschenkt aufgrund notariellen Schenkungsvertrages vom 19.11.2005. Die Schenkung erfolgte unter dem Vorbehalt des Nießbrauchs.

Das Finanzamt setzte zunächst unter Gewährung der Begünstigungen nach § 13a, 19a ErbStG a.F. in der Fassung des Art. 13 Nr. 1 und 2 HBeglG 2004 vom 29.12.2003 die Schenkungssteuer für jeden Kläger in Höhe von 46.712 EUR (nach) und in Höhe von 2.649 EUR (nach), zusammen jeweils 49.361 EUR fest. Mit Änderungsbescheiden vom 17.9.2008 wurde die Schenkungssteuer jeweils auf 184.990 EUR (Steuer nach in Höhe von 173.511 EUR und nach in Höhe von 11.479 EUR). Die Kläger haben gegen die geänderte Steuerfestsetzung nach erfolglosem Einspruchsverfahren Klage beim Finanzgericht Baden-Württemberg erhoben. Dieses Verfahren ist noch anhängig.

Das Finanzamt hatte seine zurückweisende Einspruchsentscheidung damit begründet, die Schenker hätten sich neben dem Nießbrauch vollumfänglich und unwiderruflich das Stimmrecht an den übertragenen Kommanditanteilen vorbehalten und sich darüber hinaus eine unwiderrufliche Stimmrechtsvollmacht einräumen lassen. Das Finanzamt hat die Auffassung vertreten, die Beschenkten hätten sich damit umfassend der Ausübung von Stimm-, Kontroll-, und Widerspruchsrechten begeben und könnten deshalb eine für die Annahme einer Mitunternehmerstellung ausreichende Mitunternehmerinitiative nicht wahrnehmen.

Die Kläger stützen ihre Klage darauf, dass bei gehöriger Beratung über die schenkungssteuerrechtlichen Folgen der gewählten Gestaltung von den Vertragsparteien des Schen-

kungsvertrages geregelt worden wäre, auf Grund derer die zusätzlich festgesetzte Schenkungssteuer vermieden worden wäre. Die Ehefrau des Verstorbenen ..., sowie ... sind am 23.12.2010 als Zeugen vernommen worden in der damaligen Besetzung der Kammer.

Nach Einholung eines steuerrechtlichen Sachverständigen-gutachtens sowie der Vernehmung des Zeugen (mündliche Verhandlung v. 6.10.2011) hat die Kammer die von der Beklagten mit Schriftsatz vom 28.3.2012 gegenbeweislich benannten Zeugen und den seinerzeit beurkundenden Notar mit Verfügung vom 10.4.2012 als Zeugen geladen. Beweisthema war hinsichtlich der Zeugin, die in der Zeit bis zum Abschluss des Schenkungsvertrags Mitarbeiterin der Beklagten war, die Vorbereitung des notariellen Schenkungsvertrages vom 19.11.2005 und hinsichtlich des Zeugen die Vorgespräche mit der ... im Zusammenhang mit der Fertigung des Vertragsentwurfes.

Die Zeugin hat mit Schreiben vom 24.4.2012 mitgeteilt, dass Frau ... sie nicht von der Schweigepflicht entbunden hat und hat zugleich die Ladung nebst Anlagen zurückgesandt. Bestandteil der übermittelten Unterlagen war eine handschriftliche Erklärung Frau ... folgenden Inhalts:

„Ich erteile Frau ... die Aussagegenehmigung nicht.“

Die Beklagte hat mit Schriftsatz vom 18.6.2012 beantragt, die Zeugin erneut zu laden, da ihr ein Zeugnisverweigerungsrecht nicht zustehe. Dem sind die Kläger entgegengetreten. Die Kläger sind im Zwischenstreit der Zeugin als Streitgenossen beigetreten. ■

### Aus den Gründen:

1. Der Zeugin steht ein Zeugnisverweigerungsrecht zu (§ 383 Abs. 1 Nr. 6 ZPO).

Es ist in Rechtsprechung und Literatur anerkannt, dass die **Schweigebefugnis kraft Amt, Stand oder Gewerbe nicht nur dem Amtsträger, sondern auch den beruflichen Gehilfen und Bediensteten des Amtsträgers zusteht, da nicht dieser, sondern der Vertrauensgeber geschützt werden soll** (Reichsgericht, Beschl. v. 9.5.1903 – V 114/03, RGZ 54, 360, 361; Zöller/Greger, ZPO, 29. Aufl., Rdnr. 17 zu § 383 ZPO; Reichold in Thomas/Putzo, ZPO, 32. Aufl., Rdnr. Nr. 6 zu § 383 ZPO; Damrau in MünchKomm zur ZPO, 3. Aufl., Rdnr. 34 zu § 383 ZPO). **Ausnahme besteht im Honorarprozess eines Rechtsanwalts kein Zeugnisverweigerungsrecht** (OLG Stuttgart, Beschl. v. 27.8.1998 – 12 W 50/98, MDR 1999, 192). Die Ausnahme vom Zeugnisverweigerungsrecht im Honorarprozess wird damit begründet, dass der Mandant durch seine Zahlungsverweigerung den Interessenkonflikt selbst verursacht hat und daher sein fortbestehendes Geheimhaltungsinteresse lediglich hinter das Vermögensinteresse des Rechtsanwalts zurückzutreten hat.

Nichts anderes gilt für den Regressprozess des Mandanten. **Der Steuerberater muss sich gegen den Vorwurf der Schlechterfüllung des Auftrags verteidigen können** (Gräfe/Lenzen/

Schmeer, *Steuerberaterhaftung*, 4. Aufl., Rdnr. 164, S. 119 unter Hinweis auf BGH, Urt. v. 18.12.1985 – IV AZR 21/84, WM 1986, 426). Ein Mandant, der seinen steuerlichen Berater wegen einer Pflichtverletzung auf Schadenersatz in Anspruch nimmt, bringt damit zum Ausdruck, dass er mit einer gerichtlichen Erörterung aller dem Streit zu Grunde liegenden Tatsachen einverstanden ist.

Diese Abwägung hilft jedoch nicht zur Entscheidung der Frage, ob der Zeugin vorliegend ein Zeugnisverweigerungsrecht zusteht. Entscheidend ist nämlich, **dass die Vertrauensgeberin, die Zeugin nicht Prozesspartei ist. Daher gebührt ihrem Geheimhaltungsinteresse der Vorrang.** Die Kläger machen auch keine Ansprüche aus abgetretenem Recht der Zeugin, sondern aus eigenem Recht geltend. Der Umstand, dass die Kläger ihren Anspruch aus einem von der Zeugin und ihrem verstorbenen Ehemann mit der Beklagten abgeschlossenen Vertrag herleiten, da dieser ein Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter sei, ist insoweit ohne Belang. Entscheidend ist nämlich, dass es nicht die Entscheidung der Zeugin, sondern die der Kläger war, den Prozess gegen die Beklagte anzustrengen.

Der Beklagten hilft auch nicht der Hinweis, darauf, die Zeugin müsse zu ihren eigenen beruflichen Handlungen vernommen werden, und zwar unabhängig davon, ob sie überhaupt ein Zeugnisverweigerungsrecht habe. Der Hinweis auf die Entscheidung des *OLG Koblenz vom 16.12.1985 (1 W 673/85, GI 1986, 123)* hilft nicht weiter. Die Tatsachen, die die Beklagte unter Beweis gestellt hat und die Gegenstand der Beweisaufnahme sein sollten, sind solche, die der Zeugin und/oder den Steuerberatern an der Beklagten in Ausübung ihrer Berufstätigkeit bekannt geworden sind, wovon sie also aufgrund ihrer Vertrauensstellung Kenntnis erlangt haben.

2. Die Zeugin hat durch Rücksendung der ihr mit der Ladung übermittelten Unterlagen unter Hinweis auf die nicht erteilte Befreiung von der Verschwiegenheitsverpflichtung von ihrem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch gemacht (§ 386 Abs. 1. ZPO). Es war daher nach § 387 ZPO zu verfahren (*Reichold in Thomas/Putzo ZPO*, 32. Aufl., Rdnr. 1 zu § 386 ZPO). Die Aussageverweigerung hat daher zu einem Zwischenstreit geführt, die Rüge der Unzulässigkeit der Aussageverweigerung durch die Beklagte als Beweisführerin war als Antrag auf Entscheidung der Kammer gemäß § 387 Abs. 1 ZPO anzusehen (*Zöller/Greger, ZPO*, 29. Aufl., Rdnr. 2 zu § 387 ZPO).

3. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 91, 101 Abs. 2, 100 ZPO. Die Beklagte hat die Kosten des Zwischenstreits zu tragen, einschließlich der notwendigen Auslagen der Zeugin, die ihr als Partei des Zwischenstreits entstanden sind. Außerdem waren der Beklagten die Kosten der Streithilfe aufzuerlegen.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 709 Abs. 1 ZPO.

Der Streitwert des Zwischenstreits entspricht dem der Hauptsache, da die Aussage der Zeugin für den gesamten von den Klägern geltend gemachten Schaden von Bedeutung ist (*Zöller/Greger, ZPO*, 29. Aufl., Rdnr. 6 zu § 387 ZPO m.w.N.). ■

## GI Literaturhinweis

### Anwaltliches Berufsrecht – Kommentar

Die schon in der ersten Auflage enthaltenen inhaltlichen Erläuterungen sind nunmehr drucktechnisch wesentlich übersichtlicher dargestellt, die einfache Auffindbarkeit der anzusteuernenden BORA-Vorschriften ist gewährleistet und last not least erfüllt das Sachregister des Werkes nunmehr seinen Zweck.

Eingearbeitet sind unter anderem die berufsrechtlichen Neuerungen, die durch das Gesetz zur Einführung einer Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung, das Gesetz gegen unseriöse Geschäftspraktiken und das Gesetz zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten im Sommer 2013 verabschiedet wurden.

Die Beschlüsse der 5. Sitzung der 5. Satzungsversammlung aus Dezember 2013, die nochmals erhebliche FAO-Änderungen mit sich brachten, konnten ebenso noch Eingang in das Werk finden, wie die Entscheidung des BVerfG vom 14.1.2014 zur Nichtigkeit der §§ 59e Abs. 2 Satz 1 und 59f Abs. 1. Auch die BSG-Entscheidungen vom 3.4.2014 zum Thema Syndikusanwälte/Versorgungswerk sind in die Neubearbeitung des Kommentars schon eingeflossen.

Gaier/Wolf/Göcken (Hrsg.), *Anwaltliches Berufsrecht, Kommentar*. 2. Auflage, Herausgegeben von RiBVerfG Prof. Dr. Reinhard Gaier, Prof. Dr. Christian Wolf und RA Stephan Göcken. 2. neu bearbeitete Auflage 2014, 2636 Seiten Lexikonformat, gbd., 179 €, ISBN 978-3-504-06761-8

## GI Literatur-Ecke

**Baumann:** Haftungersatzung und Haftungsfondsersatzung durch Versicherungsschutz im Gesellschaftsrecht, *GmbHR* 2014, 953

**Kayser:** Beraterhaftung: Schlussstein zur Reform der Verjährung von 2004, *AnwBl* 2014, 802

# Am besten gleich darauf berufen.



**Brandaktuell!**

Gaier/Wolf/Göcken (Hrsg.), **Anwaltliches Berufsrecht**. Herausgegeben von RiBVerfG Prof. Dr. Reinhard Gaier, Prof. Dr. Christian Wolf, RA Stephan Göcken. Bearbeitet von Notar Dr. Jens Bormann LL.M., RA Christian Dahns, RA Dr. Wolfgang Eichele LL.M., RiBVerfG Prof. Dr. Reinhard Gaier, RA Stephan Göcken, RA Martin W. Huff, RA Frank Johnigk, RA Johannes Keller, RA Dr. Rudolf Lauda, Prof. Dr. Andreas Piekenbrock, RA Prof. Dr. Michael Quaas MCL, Dipl.-Rpfl. Ernst Riedel, Prof. Dr. Stefanie Schmahl LL.M. (E), RiinBGH Prof. Dr. Johanna Schmidt-Räntsch, RABGH Dr. Michael Schultz, RAin Julia von Seltsmann, RA Dr. Alexander Siegmund, RABGH Prof. Dr. Volkert Vorwerk, Prof. Dr. Christian Wolf, RA Prof. Dr. Rüdiger Zuck. 2., neu bearbeitete Auflage 2014, 2.636 Seiten Lexikonformat, gbd. 179,- €. ISBN 978-3-504-06761-8

Wer wissen will, wie anwaltliches Berufsrecht im Einzelfall richtig auszulegen ist, tut gut daran, sich gleich auf diesen Kommentar zu berufen. Mit allen berufsrechtlichen Neuregelungen – auch denen, die erst im Herbst 2013 verabschiedet wurden: namentlich durch das Gesetz zur Einführung einer Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung, das Gesetz gegen unseriöse Geschäftspraktiken und das Gesetz zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten. Die Beschlüsse der Satzungsversammlung aus Dezember 2013 sind natürlich ebenfalls bereits berücksichtigt. Gaier/Wolf/Göcken (Hrsg.), Anwaltliches Berufsrecht. Jetzt neu bei **www.otto-schmidt.de/gwg2**

# Frisch geschärft für das nächste Gefecht.



Kummer/Schäfer/Wagner **Insolvenzanfechtung** Fallgruppenkommentar. Bearbeitet von RA Dr. Joachim Kummer, RA Berthold Schäfer und RA Dr. Eberhard Wagner, unter Mitarbeit von RA Werner Maier. 2. vollständig überarbeitete und erweiterte Auflage 2014, 1.104 Seiten Lexikonformat, gbd. 99,- €. ISBN 978-3-504-43008-5.

Mit diesem Kommentar sind Insolvenzverwalter, beratend im Insolvenzrecht tätige Anwälte, Rechtspfleger und Insolvenzrichter bestens beraten. Zuverlässig, vollständig und ausführlich vermitteln Ihnen die Autoren – allesamt ausgewiesene Experten im Insolvenzrecht – ihr Wissen: Die Voraussetzungen, Wirkungen und Rechtsfolgen der hochkomplexen Materie. Die Verästelungen und Querbezüge zu anderen Rechtsgebieten. Die Details und Besonderheiten der einzelnen Anfechtungstatbestände und -erfordernisse.

Alles natürlich auf topaktuellem Stand und mit allerneuester Rechtsprechung wie z.B. die Entwicklungen bei mittelbaren Zuwendungen, beim Thema Gesellschafterdarlehen oder bei der Schenkungsanfechtung. Wir laden Sie ein zu einer Leseprobe bei **www.otto-schmidt.de**

## Service-Fax

**(0511) 645 111 3661**

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

## Worauf Sie sich verlassen können:

HDI steht für umfassende Versicherungs- und Vorsorgelösungen, abgestimmt auf die Bedürfnisse unserer Kunden aus Industrie, mittelständischen Unternehmen, den Freien Berufen und Privathaushalten.

Was uns auszeichnet, sind zukunftsorientierte, effiziente Produktkonzepte mit einem guten Preis-Leistungs-Verhältnis sowie ein exzellenter Service. Die HDI Versicherung AG bietet ein breites Leistungsspektrum, das alle Bereiche der Sach-, Unfall- und Kraftfahrtversicherung abdeckt: Es reicht von unserem innovativen Compact-Versicherungsschutz für Firmen über unsere leistungsfähigen Berufshaftpflichtversicherungen für die Freien Berufe bis hin zu anspruchsvollen Lösungen für den Privathaushalt.

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

## Impressum

GI Informationen für wirtschaftsprüfende,  
rechts- und steuerberatende Berufe · ISSN 2199-5478

### 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

### Abbonementservice

Fax: (0511) 645 111 3661

### Layout und Satz

Type Connection, Lechenicher Str. 29, 50374 Ertstadt

### Druck

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