



HDI

Das ist Versicherung.

Nr. 2 / April 2015 / 35. Jahrgang

GI aktuell

Informationen für wirtschaftsprüfende, rechts- und steuerberatende Berufe

Inhalt

Editorial	33	Wirtschaftsprüferhaftung	46
GI Entscheidungen	34	Dritthaftung gegenüber einer Bank / Auskunftsvertrag / Vorsätzlich sittenwidrige Schädigung / Keine Einholung von Saldenbestätigungen (OLG Düsseldorf, Urt. v. 21.1.2015 – I-23 U 100/09)	
GI Literaturhinweis	64	Anwaltschaftung	51
GI Literatur-Ecke	64	Darlegungslast (OLG Koblenz, Beschl. v. 25.11.2014 – 5 U 904/14)	
Versicherungsschutz	34	Anwaltschaftung	53
Wissentliche Pflichtverletzung / Verletzung elementarer beruflicher Pflichten / Anknüpfungstatsachen / Sekundäre Darlegungslast (BGH, Urt. v. 17.12.2014 – IV ZR 90/13)		Treuhandkonto / Schuldverhältnis eigener Art / Ingerenz / Mitverschulden (OLG München, Urt. v. 8.10.2014 – 7 U 850/14)	
Zeithonorar	36	Pflichtverletzung des Finanzamts	54
Darlegungs- und Beweislast / Zeitraum / Tätigkeiten / Nachprüfbare Angaben (BGH, Beschl. v. 11.12.2014 – IX ZR 177/13)		Schadenersatz / Kosten des Steuerberaters / „Waffengleichheit“ / Unberechtigter Vorauszahlungsbescheid (OLG Celle, Urt. v. 23.8.2012 – 16 U 8/12)	
Anwaltschaftung	36	Anwaltschaftung	59
Wiedereinsetzung / Unvorhergesehene Erkrankung / Einschaltung eines Vertreters / Fristverlängerungsantrag (BGH, Beschl. v. 22.10.2014 – XII ZB 257/14)		Sorgfaltsmaßstab / Rechtskenntnis / Ausländisches Recht (LG München I, Urt. v. 14.1.2015 – 30 O 27783/13)	
Strafbarkeit eines Rechtsanwalts	39	Versicherungsschutz	62
Erfolgshonorar, § 4a RVG / Belehrungspflicht über gesetzliche Gebühren / Betrug durch Unterlassen (BGH, Urt. v. 25.9.2014 – 4 StR 586/13)		Treuhandkommanditist / Geschäftsführende Treuhand / Unternehmerisches Risiko / Entscheidungsspielräume (LG Köln, Urt. v. 3.7.2013 – 20 O 431/12)	
Honorarvereinbarung eines Rechtsanwalts	42		
Verstoß gegen Formvorschriften, § 3a RVG / Erfolgshonorarvereinbarung, § 4a RVG / Anspruch auf gesetzliche Gebühren (BGH, Urt. v. 5.6.2014 – IX ZR 137/12)			

Unternehmen Sie nichts ohne Hölters!



NEU

Hölters (Hrsg.), **Handbuch Unternehmenskauf**. Herausgegeben von RA Dr. Wolfgang Hölters. Bearbeitet von 21 hochkarätigen Spezialisten aus der M&A-Beratungspraxis. 8., neu bearbeitete Auflage 2015, 1.712 Seiten Lexikonformat, gbd. 179,- €. ISBN 978-3-504-45557-6

Das unangefochtene Standardwerk rund um den Unternehmenskauf ist wieder auf dem neuesten Stand: Die umfassende Darstellung der komplexen Materie unter allen relevanten Aspekten.

Ein Buch von Praktikern für Praktiker für den perfekten Deal – anschaulich aufbereitet mit vielen Beispielen, Schaubildern und Checklisten. Mit den neuesten Erkenntnissen und Entwicklungen in der Praxis des M&A-Prozessmanagements. Und mit Vertragsmustern auf Deutsch und Englisch.

Unternehmen Sie also nichts ohne die neue Auflage! Probe lesen und bestellen lässt sie sich sofort bei www.otto-schmidt.de/hub8

otto schmidt

Editorial

Liebe Leserin, lieber Leser,

Rafael Meixner
Rechtsanwalt

wird eine **Zeitvergütung** vereinbart, so trägt der Rechtsanwalt die **Darlegungs- und Beweislast** für die berechnete Vergütung. Er hat schlüssig darzulegen, welche Tätigkeit er in der abgerechneten Stunde konkret ausgeübt hat. Pauschale Angaben über die Tätigkeit reichen – so der BGH – nicht aus. Hierin liegt ein wesentlicher Unterschied zum Honorar eines Architekten, der nur darzulegen hat, wie viele Stunden für die Erbringung einer bestimmten Vertragsleistung angefallen sind.

Sofern eine Honorarvereinbarung gegen die **Formvorschriften für Vergütungsvereinbarungen** bzw. **Erfolgshonorare** verstößt, führt dies nicht mehr – wie bisher – zur Unwirksamkeit der Vereinbarung. Der BGH hat insoweit seine bisherige Rechtsprechung hierzu aufgegeben. Die vereinbarte Vergütung ist jedoch auf die gesetzlichen Gebühren gedeckelt.

Dass ein Verstoß gegen die Pflicht, bei Vereinbarung eines **Erfolgshonorars** über die im RVG als Regel vorgesehene Abrechnung nach den **gesetzlichen Gebühren** und Auslagen aufzuklären, nicht nur zivilrechtliche, sondern auch strafrechtlichen Folgen haben, zeigt die dritte BGH-Entscheidung: Die Pflicht, über die voraussichtlichen gesetzlichen Gebühren zu belehren, begründet eine **Garantenpflicht** des Rechtsanwalts. Ein Verstoß hiergegen kann den Vorwurf des Betruges durch Unterlassen nach sich ziehen.

In haftungsrechtlicher Hinsicht ist die Entscheidung des LG München I erwähnenswert: Der Rechtsanwalt muss sich zwar die zur Mandatsbearbeitung **notwendige Rechtskenntnis** – insbesondere von der relevanten Rechtsprechung und der Literatur – verschaffen. Dies gilt auch bei Mandaten mit **Auslandsbezug**. Hiervon hat das LG München I aber dann eine Ausnahme gemacht, wenn es um eine solch schwierige und **komplexe Rechtsfrage** geht, die ausschließlich durch spezielle Auslegung **ausländischer Kommentarliteratur** beantwortet werden kann.

Das LG Köln hatte sich mit dem **Versicherungsschutz** eines Steuerberaters zu befassen, der im Rahmen eines Fonds die Stellung eines **Treuhandkommanditisten** innehatte. Eine nicht versicherte, geschäftsführende Treuhand liegt danach vor, wenn ihm **Entscheidungsspielräume** eingeräumt wurden. Hierunter fallen die ihm freigestellte Wahl über die Form des Beitritts weiterer Anleger, die Einräumung eines Kündigungsrechts sowie das Halten von Anteilen für eigene Rechnung.

Rafael Meixner

Versicherungsschutz

- Wissentliche Pflichtverletzung
- Verletzung elementarer beruflicher Pflichten
- Anknüpfungstatsachen
- Sekundäre Darlegungslast

(BGH, Urt. v. 17.12.2014 – IV ZR 90/13)

Leitsätze:

1. Für den Ausschlussgrund der Wissentlichkeit der Pflichtverletzung ist der Versicherer darlegungs- und beweispflichtig.

2. Hierfür hat er – wenn es sich nicht um die Verletzung elementarer beruflicher Pflichten handelt, deren Kenntnis nach der Lebenserfahrung bei jedem Berufsangehörigen vorausgesetzt werden kann – Anknüpfungstatsachen vorzutragen, die als schlüssige Indizien für eine wissentliche Pflichtverletzung betrachtet werden können. Erst wenn dieses geschehen ist, obliegt es dem Versicherungsnehmer im Rahmen seiner sekundären Darlegungslast, Umstände aufzuzeigen, warum die vorgetragenen Indizien den Schluss auf eine wissentliche Pflichtverletzung nicht zulassen. ■

Zum Sachverhalt:

Der Kläger war Insolvenzverwalter der Fa. GmbH (im Folgenden: Schuldnerin). Seine gesetzliche Haftpflicht aus dieser Tätigkeit hatte er durch einen Vermögensschaden-Haftpflichtversicherungsvertrag bei der Beklagten versichert. Nach § 4 Nr. 5 der diesem Vertrag zugrunde liegenden „Allgemeine(n) Versicherungsbedingungen für die Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung für Insolvenzverfahren (AVB-I)“ sind Haftpflichtansprüche wegen Schadenverursachung durch wissentliche Pflichtverletzung vom Versicherungsschutz ausgeschlossen.

Nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens am 1.7.2000 führte der Kläger den Geschäftsbetrieb der Schuldnerin zunächst fort. Unter anderem hielt er die Geschäftsbeziehung zur F. (im Folgenden: F.) aufrecht, die die Schuldnerin weiter belieferte. Nach Eintritt eines Liquiditätsengpasses Anfang 2001 sagte er der F. mit Schreiben vom 1.3.2001 nochmals ausdrücklich den Ausgleich ihrer Neuforderungen zu. Infolge weiterer Lieferungen der F. wurden Forderungen gegen die Schuldnerin von mehr als 1 Mio. EUR begründet.

Nachdem die Gläubigerversammlung den vom Kläger erarbeiteten Insolvenzplan nicht angenommen hatte und auch eine von ihm angestrebte sanierende Übertragung des Unternehmens an einen Erwerber gescheitert war, zeigte er am 18.9.2001 dem Insolvenzgericht die Masseunzulänglichkeit an. Die Forderungen der F. wurden nicht mehr befriedigt.

Der Insolvenzverwalter der inzwischen ebenfalls insolventen F. nahm daraufhin den Kläger auf Schadenersatz gemäß §§ 60, 61 InsO in Anspruch. In diesem Haftpflichtprozess wurde der hiesige Kläger rechtskräftig zur Zahlung von 830.451,86 EUR nebst Zinsen verurteilt.

Er begehrt nunmehr im Wege der Deckungsklage die Feststellung, dass die Beklagte verpflichtet sei, ihm Versicherungsschutz für die im Klageantrag näher bezeichneten Haftpflichtforderungen des Insolvenzverwalters der F. zu gewähren.

In den Vorinstanzen ist die Klage erfolglos geblieben. Dagegen wendet sich der Kläger mit seiner Revision. ■

Aus den Gründen:

Die Revision ist begründet; sie führt zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I. Das Berufungsgericht hat angenommen, dass die Beklagte gemäß § 4 Nr. 5 AVB-I leistungsfrei sei, weil der Kläger die aus § 61 InsO folgende Pflicht wissentlich verletzt habe, indem er Verbindlichkeiten zu Lasten der Masse begründet habe, zu deren Erfüllung diese nicht ausreichte.

Zwar sei eine wissentliche Pflichtverletzung nicht bereits mit Bindungswirkung im Haftpflichtprozess festgestellt und der Versicherer sei darlegungs- und beweispflichtig für die Verwirklichung der subjektiven Merkmale des Risikoausschlusses. Zuvor habe aber der Versicherungsnehmer im Rahmen der ihm obliegenden sekundären Darlegungslast vorzutragen und plausibel zu machen, aus welchen Gründen es zum Verstoß gekommen sei. Dazu genüge der Vortrag des Klägers (die F. sei über die wirtschaftlichen Risiken ihres Engagements hinreichend informiert gewesen und der Kläger habe aufgrund des Wertes des Warenbestandes und im Hinblick auf einen „asset deal“ davon ausgehen dürfen, dass dieser zur Befriedigung der Verbindlichkeiten ausreiche) nicht.

II. Das hält rechtlicher Nachprüfung in einem entscheidenden Punkt nicht stand.

1. Zutreffend ist allerdings der rechtliche Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, dass hinsichtlich der zum Schadenersatzanspruch führenden Pflichtverletzung **Bindungswirkung an das Haftpflichturteil und die dort getroffenen Feststellungen** besteht. Damit wird verhindert, dass die im Haftpflichtprozess getroffene Entscheidung und die zugrunde liegenden Feststellungen im Deckungsprozess erneut in Frage gestellt werden können (Senatsurt. v. 8.12.2010 – IV ZR 211/07, VersR 2011, 203 unter II 1 b; v. 24.1.2007 – IV ZR 208/03, VersR 2007, 641 unter II 1).

Danach besteht die vom Kläger verletzte Pflicht in der Begründung von Masseverbindlichkeiten, die schon im Zeitpunkt ihrer Begründung aus der Masse voraussichtlich nicht vollständig erfüllt werden konnten (§ 61 InsO). Allein hierauf ist die Verurteilung im Haftpflichtprozess gestützt.

Im Deckungsprozess ist es nicht mehr möglich, eine andere schadenverursachende Pflichtverletzung des Versicherungsnehmers zugrunde zu legen als dies im Haftpflichtprozess geschehen ist (Senatsurt. v. 20.6.2001 – IV ZR 101/00, VersR 2001, 1103 unter II 2 b). **Dabei ist allein auf die im Haftpflichtprozess festgestellten tatsächlichen Elemente der Pflichtwidrigkeit abzustellen** (Senatsurt. v. 8.1.2010 – IV ZR 211/07, VersR 2011, 203 Rdnr. 13).

2. Weiter zutreffend erkennt das Berufungsgericht, dass hinsichtlich der Wesentlichkeit der somit maßgeblichen Pflichtverletzung keine Bindungswirkung besteht. Dieser Ausschlussgrund ist vielmehr im Deckungsprozess selbständig zu prüfen (*Senatsurt. v. 24.1.2007 – IV ZR 208/03, VersR 2007, 641 unter II 2 und 3; v. 28.9.2005 – IV ZR 255/04, VersR 2006, 106 unter II 2 a; v. 20.6.2001 – IV ZR 101/00, VersR 2001, 1103 unter II 2 b*).

3. Die vom Berufungsgericht auf dieser Grundlage getroffene Feststellung einer wesentlichen Pflichtverletzung des Klägers beruht jedoch auf einer Verkenntung der **Darlegungs- und Beweislast**.

a) **Wissentlich handelt nur derjenige Versicherte, der die verletzten Pflichten positiv kennt. Bedingter Vorsatz, bei dem er die in Rede stehende Verpflichtung nur für möglich hält, reicht dafür ebenso wenig aus wie eine fahrlässige Unkenntnis.** Es muss vielmehr feststehen, dass der Versicherte die Pflichten zutreffend gesehen hat (*Senatsurt. v. 28.9.2005 – IV ZR 255/04, VersR 2006, 106 unter II 2 b*).

Darlegungs- und beweispflichtig für die Verwirklichung der subjektiven Tatbestandsmerkmale des Risikoausschlusses ist der Versicherer (*Senatsurt. v. 20.6.2001 – IV ZR 101/00, VersR 2001, 1103 unter II 3; v. 5.3.1986 – IVa ZR 179/84, VersR 1986, 647 unter 2 d*). In diesem Rahmen muss vom Versicherer dargelegt werden, der Versicherungsnehmer habe gewusst, wie er sich hätte verhalten müssen.

b) Von dieser Verteilung der Darlegungs- und Beweislast ist das Berufungsgericht zwar im Grundsatz ausgegangen. **Es schränkt die den Versicherer treffende Darlegungslast jedoch unzulässig ein, indem es ausführt, der Versicherungsnehmer habe im Rahmen der ihm obliegenden sekundären Darlegungslast vorzutragen und plausibel zu machen, aus welchen Gründen es zum Verstoß gekommen sei, „bevor“ der Versicherer die Wesentlichkeit darzulegen und zu beweisen habe.**

aa) Soweit sich das Berufungsgericht für diese Ansicht auf Urteile anderer Oberlandesgerichte berufen hat (*OLG Köln VersR 2012, 560; VersR 1990, 193; OLG Saarbrücken ZfSch 2008, 219; ZfSch 2007, 522; OLG Frankfurt NVersZ 2000, 439; OLG Hamm VersR 2000, 482*), ist dem zunächst entgegenzuhalten, dass sich eine entsprechende Rechtsauffassung einem Teil der zitierten Urteile nicht entnehmen lässt.

Lediglich das OLG Saarbrücken hat ausgeführt, dass ein Versicherungsnehmer schon aufgrund der bloßen Behauptung des Versicherers, es sei Wesentlichkeit der Pflichtverletzung gegeben, plausibel machen müsse, aus welchen Gründen es zu seinem Fehlverhalten gekommen ist; anderenfalls sei vom Vorliegen dieses Umstands auszugehen (*OLG Saarbrücken ZfSch 2008, 219 unter II 1 a (2); ZfSch 2007, 522 unter II 2 c*).

bb) Diese Rechtsauffassung trifft jedoch nicht zu. **Aus der grundsätzlichen Darlegungs- und Beweislast des Versicherers folgt vielmehr, dass dieser zunächst einen Sachverhalt vorzutragen hat, der auf eine Wesentlichkeit der Pflichtverletzung**

des Versicherungsnehmers zumindest hindeutet. Dabei wird der Vortrag weiterer zusätzlicher Indizien dann entbehrlich sein, wenn es sich um die Verletzung elementarer beruflicher Pflichten handelt, deren Kenntnis nach der Lebenserfahrung bei jedem Berufsangehörigen vorausgesetzt werden kann, so wie dies etwa in einem vom OLG Köln entschiedenen Fall gewesen ist (Pflicht des Rechtsanwalts zur Wahrnehmung von Gerichtsterminen, kein Versäumnisurteil gegen sich ergehen zu lassen und den Mandanten über den Verfahrensstand zu unterrichten; *OLG Köln VersR 2012, 560*).

Jenseits der Fälle der Verletzung von beruflichen Kardinalpflichten, in denen vom äußeren Geschehensablauf und dem Ausmaß des objektiven Pflichtverstoßes auf innere Vorgänge geschlossen werden kann, ist es aber Aufgabe des beweispflichtigen Versicherers, Anknüpfungstatsachen vorzutragen, die als schlüssige Indizien für eine wesentliche Pflichtverletzung betrachtet werden können. Erst wenn dieses geschehen ist, obliegt es dem Versicherungsnehmer im Rahmen seiner sekundären Darlegungslast, Umstände aufzuzeigen, warum die vorgetragenen Indizien den Schluss auf eine wesentliche Pflichtverletzung nicht zulassen.

c) Die bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts vermögen nach diesen Maßstäben die Annahme einer wesentlichen Pflichtverletzung nicht zu tragen.

aa) Eine Feststellung dahingehend, dass Art und Umfang der vom Kläger verletzten Pflicht aus sich heraus auf eine wesentliche Begehung hindeuten, hat das Berufungsgericht nicht getroffen. Es hat im Gegenteil selbst angenommen, dass allein das **Fehlen eines Liquiditätsplans** für eine solche Annahme nicht genügt (eingangs unter II 2 c bb der Gründe). Dies ist jedenfalls revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

bb) Auch im Übrigen hat das Berufungsgericht nicht die Feststellung getroffen, der Kläger habe positiv gewusst, dass die Eingehung der Verbindlichkeiten auf unzureichender Prüfung ihrer Erfüllbarkeit beruhte. Dem Berufungsurteil lässt sich lediglich entnehmen, dass der Kläger nicht ausreichend vorgetragen habe, weshalb er von einer genügenden Sicherung der neu begründeten Verbindlichkeiten ausgegangen sein will.

Daraus folgt aber noch nicht, dass er positiv wusste, den Wert des Warenbestandes unzureichend ermittelt zu haben. Die Ausführungen des Berufungsgerichts dazu, was der Kläger alles nicht hätte tun dürfen, tragen außer dem Befund einer objektiven Pflichtverletzung allenfalls noch einen Fahrlässigkeitsvorwurf. Für das Wissen des Klägers ist dagegen nicht entscheidend, ob er so hätte handeln dürfen wie geschehen.

Ferner hat der Kläger vorgetragen, er habe nicht gewusst, einen **Liquiditätsplan** aufstellen zu müssen, weil eine entsprechende Konkretisierung der Pflicht aus § 61 InsO erst durch das Urteil des BGH vom 6.5.2004 (*IX ZR 48/03, BGHZ 159, 104*) erfolgt sei, und er habe auf eine ausreichende Abdeckung der Verbindlichkeiten durch eine spätere Verwertung des Warenlagers vertraut. Ungeachtet der Frage, ob ein

solches Vertrauen gerechtfertigt war oder dem Kläger insofern ein Fahrlässigkeitsvorwurf zu machen ist, hat er damit Gründe, warum er sich für berechtigt erachtete, die Masseverbindlichkeiten einzugehen, dargelegt. Selbst wenn der vom Kläger erwartete „asset deal“ nur eine unbestimmte Hoffnung gewesen sein sollte, würde dies deshalb möglicherweise nur dazu führen, dass ihm hinsichtlich der Frage, ob die Masse zur Erfüllung in der Lage sein wird, eine fahrlässige Fehleinschätzung vorzuwerfen wäre.

d) Das Berufungsgericht wird deshalb die Frage der Wissenlichkeit der Pflichtverletzung auf zutreffender rechtlicher Grundlage erneut zu beurteilen haben. Dabei wird es zu beachten haben, dass sich Erklärungen, die dem Versicherungsnehmer gegebenenfalls im Rahmen sekundärer Darlegungslast obliegen, nur auf den fehlenden Vorsatz der Pflichtverletzung beziehen müssen. In keinem Fall obliegt es ihm darzulegen, dass das tatsächliche Handeln auch objektiv gerechtfertigt gewesen ist. ■

Zeithonorar

- Darlegungs- und Beweislast
 - Zeitraum
 - Tätigkeiten
 - Nachprüfbare Angaben
- (BGH, Beschl. v. 11.12.2014 – IX ZR 177/13)

Leitsatz (d. Red.):

Der Rechtsanwalt – ebenso wie der Steuerberater – muss aufzeichnen, was er in abgerechnetem Zeitraum für den Mandanten getan hat. Pauschale Angaben genügen nicht. ■

Aus den Gründen:

Die Nichtzulassungsbeschwerde ist statthaft (§ 522 Abs. 3, § 544 Abs. 1 Satz 1 ZPO) und zulässig (§ 544 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 ZPO). Sie hat jedoch keinen Erfolg. Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung, noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts (§ 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO).

Der von der Beschwerde geltend gemachte Bedarf zur Fortbildung des Rechts besteht nicht. Soweit ein Strafverteidiger **Ansprüche aus einer Zeitvergütung** herleitet, trägt er die Darlegungs- und Beweislast, dass die berechnete Vergütung tatsächlich entstanden ist. Hierbei erfordert eine schlüssige Darlegung der geltend gemachten Stunden, **dass über pauschale Angaben hinaus die während des abgerechneten Zeitraums getroffenen Maßnahmen konkret und in nachprüfbarer Weise dargelegt werden** (BGH, Urt. v. 4.2.2010 – IX ZR 18/09, BGHZ 184, 209 Rdnr. 77).

Diese Grundsätze sind verallgemeinerungsfähig und gelten gleichermaßen auch für das Zivilverfahren (Gehrlein,

Anwalts- und Steuerberaterhaftung, 3. Aufl., S. 205 ff; D. Fischer in: Zuehör/G. Fischer/Vill/D. Fischer/Rinkler/Chab, Handbuch der Anwaltshaftung, 3. Aufl., Rdnr. 951). Der von der Beschwerde herangezogene Maßstab hinsichtlich der **Darlegung des Zeithonorars eines Architekten** (BGH, Urt. v. 17.4.2009 – VII ZR 164/07, BGHZ 180, 235 Rdnr. 32 ff) ist **anders gelagert** und kann auf die Rechtsberater nicht übertragen werden. ■

Anwaltshaftung

- Wiedereinsetzung
 - Unvorhergesehene Erkrankung
 - Einschaltung eines Vertreters
 - Fristverlängerungsantrag
- (BGH, Beschl. v. 22.10.2014 – XII ZB 257/14)

Leitsatz:

Auch bei einer unvorhergesehenen Erkrankung muss ein Rechtsanwalt alle ihm dann noch möglichen und zumutbaren Maßnahmen zur Wahrung einer Frist ergreifen. An einer schuldhaften Fristversäumung fehlt es nur dann, wenn infolge der Erkrankung weder kurzfristig ein Vertreter eingeschaltet noch ein Fristverlängerungsantrag gestellt werden konnte, dies ist glaubhaft zu machen (im Anschluss an BGH, Beschl. v. 7.3.2013 – I ZB 67/12, NJW-RR 2013, 1011). ■

Zum Sachverhalt:

Die Antragsgegnerin wendet sich gegen die Verwerfung ihrer Beschwerde wegen Versäumung der Beschwerdebegründungsfrist.

In dem Verfahren wird die Antragsgegnerin von der Antragstellerin, ihrer ehemaligen Schwiegermutter, auf Rückzahlung von 200.000 EUR in Anspruch genommen. Das AG hat dem Zahlungsantrag mit einem an die Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin am 19.11.2013 zugestellten Beschluss stattgegeben. Hiergegen hat die anwaltlich vertretene Antragsgegnerin am 20.11.2013 Beschwerde beim AG eingelegt. Mit am 3.2.2014 zugestellter Verfügung vom 22.1.2014 hat das OLG darauf hingewiesen, dass die Beschwerde nicht begründet worden sei; am 17.2.2014 ist die Beschwerdebegründung eingegangen.

Am 14.2.2014 hat die Antragsgegnerin Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Beschwerdebegründungsfrist beantragt und ausgeführt, ihr Verfahrensbevollmächtigter habe am 18.1.2014 (einem Samstag) mit der Erstellung der Beschwerdebegründung begonnen. Am 19.1.2014 sei er jedoch an einer Seitenstrangangina mit hohem Fieber erkrankt und bis einschließlich 27.1.2014 arbeits-, verhandlungs- und handlungsunfähig gewesen. Für den Fall einer schwerwiegenden Erkrankung sei die Kanzleiangestellte des Verfahrensbevollmächtigten angewiesen, einen der beiden mit diesem in Bürogemeinschaft tätigen

Rechtsanwälte als Vertreter einzuschalten. Sei dies nicht möglich, habe sie Gerichte und Behörden in den Angelegenheiten, in denen ein Fristablauf erfolge, unverzüglich über die Erkrankung in Kenntnis zu setzen und Fristverlängerung zu beantragen.

Die Kanzleiangestellte habe am 20.1.2014 aber keinen der beiden anderen Rechtsanwälte erreicht und entgegen ihrer sonst stets absolut gewissenhaften, sorgfältigen und zuverlässigen Arbeitsweise auch verabsäumt, die Fristen zu kontrollieren.

Mit Verfügung vom 20.2.2014 hat das OLG darauf hingewiesen, dass das vom 29.1.2014 datierende ärztliche Attest zur Glaubhaftmachung einer Erkrankung des Verfahrensbevollmächtigten nicht ausreichend sei, und der Antragsgegnerin auferlegt, weiter zur Erkrankung des Verfahrensbevollmächtigten sowie zur Verhinderung der beiden Bürogemeinschafts-Anwälte am 20.1.2014 vorzutragen und diese Angaben glaubhaft zu machen.

Nach Eingang der mit Anlagen versehenen Stellungnahme des Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin hat das OLG der Antragsgegnerin mit dem angefochtenen Beschluss Wiedereinsetzung versagt und die Beschwerde verworfen. Hiergegen richtet sich die Rechtsbeschwerde der Antragsgegnerin. ■

Aus den Gründen:

Die gemäß §§ 117 Abs. 1 Satz 4 FamFG, 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, 522 Abs. 1 Satz 4, 238 Abs. 2 ZPO statthafte Rechtsbeschwerde ist nicht zulässig, weil die Voraussetzungen des § 574 Abs. 2 ZPO nicht erfüllt sind.

1. Das Beschwerdegericht hat die Beschwerde der Antragsgegnerin als unzulässig verworfen, weil die Beschwerdebegründungsfrist bei Eingang der Beschwerdebegründung abgelaufen gewesen sei. Der Antragsgegnerin sei auch nicht Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Beschwerdebegründungsfrist zu gewähren. Ihr entsprechender Antrag sei unbegründet. Sie habe nicht glaubhaft gemacht, ohne ihr Verschulden an der Einhaltung der Frist gehindert gewesen zu sein. Vielmehr beruhe die Fristversäumung auf einem ihr zuzurechnenden Verschulden ihres Verfahrensbevollmächtigten.

Es sei bereits nicht glaubhaft gemacht, dass der Verfahrensbevollmächtigte sich am 20.1.2014 (einem Montag) zu einem Arzt habe begeben müssen und begeben habe. Das erste eingereichte Attest datiere vom 29.1.2014, die auf die gerichtliche Auflage vorgelegte ärztliche Bescheinigung trage kein Datum. Es ergebe sich weder aus der Bescheinigung noch aus dem Stellungnahmeschriftsatz des Verfahrensbevollmächtigten, ob dieser am 20.1.2014 überhaupt bei einem Arzt gewesen sei und gegebenenfalls bei welchem sowie ob schon an diesem Tag eine Arbeitsunfähigkeit festgestellt worden sei.

Selbst wenn der Verfahrensbevollmächtigte aber am 20.1.2014 erkrankt gewesen sein sollte, sei nicht glaubhaft

gemacht, dass er ein Fristverlängerungsgesuch nicht mehr rechtzeitig habe stellen können. Wenn er nämlich entsprechend dem Vortrag der Antragsgegnerin in der Lage gewesen sein sollte, die nur etwa zwei Kilometer vom Sitz seiner Kanzlei entfernte Praxis des Dr. S. aufzusuchen und seine Kanzleimitarbeiterin telefonisch von seiner Erkrankung zu verständigen, sei nicht ersichtlich, warum er nicht auch in seiner Kanzlei einen vorbereiteten Verlängerungsantrag habe unterschreiben oder sich von seiner Kanzleimitarbeiterin einen solchen zur Unterschrift nach Hause habe bringen lassen können.

Ebenso wenig sei glaubhaft gemacht, dass die beiden mit dem Verfahrensbevollmächtigten in Bürogemeinschaft tätigen Rechtsanwälte nicht noch telefonisch, per SMS oder Email hätten gebeten werden können, nach ihren Auswärtsterminen noch in der Kanzlei einen Verlängerungsantrag zu unterschreiben und diesen an das Gericht zu faxen. Hinzu komme, dass die der Kanzleimitarbeiterin erteilte Anweisung unzureichend gewesen sei, weil sie dahin habe lauten müssen, auf jeden Fall einen vertretungsbereiten Rechtsanwalt zu erreichen, wenn wie hier das Fristverlängerungsgesuch nur durch einen solchen gestellt werden könne.

2. Die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordert keine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts. Der angefochtene Beschluss verletzt die Antragsgegnerin nicht in ihrem verfahrensrechtlich gewährleisteten Anspruch auf wirkungsvollen Rechtsschutz (Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip). Dieses Verfahrensgrundrecht verbietet es den Gerichten, den Verfahrensbeteiligten den Zugang zu einer in der Verfahrensordnung eingeräumten Instanz in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht zu rechtfertigender Weise zu erschweren (vgl. *Senatsbeschl. v. 2.4.2014 – XII ZB 486/12, FamRZ 2014, 1012 Rdnr. 6 m.w.N.*). Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde liegt auch kein entscheidungserheblicher Verstoß des Beschwerdegerichts gegen Art. 103 Abs. 1 GG vor.

Das Beschwerdegericht hat zutreffend erkannt, dass die Antragsgegnerin die Beschwerdebegründung erst nach dem Ende der am 20.1.2014 ablaufenden Zweimonatsfrist des § 117 Abs. 1 Satz 3 FamFG eingereicht hat. Auch die Entscheidung des Beschwerdegerichts, der Antragsgegnerin eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu versagen, hält rechtlicher Nachprüfung im Ergebnis stand.

a) Wie die Rechtsbeschwerde allerdings zu Recht rügt, hat das Beschwerdegericht bei seiner Beurteilung der Frage, ob eine bereits am 20.1.2014 vorliegende Erkrankung des Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin glaubhaft gemacht ist, Vortrag der Antragsgegnerin unberücksichtigt gelassen.

aa) Aus Art. 103 Abs. 1 GG folgt die Verpflichtung des Gerichts, die Ausführungen der Verfahrensbeteiligten zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen. Dass diesem Erfordernis genügt wurde, müssen auch die Entscheidungsgründe erkennen lassen (*st. Rspr., vgl. z.B. Senatsbeschl. v. 26.10.2011 – XII ZR 9/10, GuT 2011, 309 Rdnr. 3*).

und BGH Beschl. v. 31.7.2013 – VII ZR 11/12, NJW-RR 2013, 1240 Rdnr. 11 f).

bb) Ohne Erfolg rügt die Rechtsbeschwerde insoweit, das Beschwerdegericht habe gegen Art. 103 Abs. 1 GG verstoßen, weil im Schriftsatz vom 10.3.2014 von Bescheinigungen die Rede, jedoch nur eine (weitere) Bescheinigung des Dr. S. beigelegt gewesen sei und daher Anlass zu weiterer Nachfrage bestanden habe.

Das Beschwerdegericht konnte diesen Schriftsatz ohne weiteres so verstehen, dass sich der Plural auf die bereits vorliegende Bescheinigung des Dr. S. sowie die dem Schriftsatz beigelegten Bescheinigungen des Dr. S. einerseits und der A.-Klinik andererseits bezog. Dass es tatsächlich noch eine dritte ärztliche Bescheinigung des Dr. S. gab, die nunmehr mit der Rechtsbeschwerde vorgelegt wird und die (als einzige) das Ausstellungsdatum 20.1.2014 trägt, war fernliegend. Eine Nachfragepflicht des Beschwerdegerichts bestand daher nicht.

cc) Zutreffend macht die Rechtsbeschwerde hingegen geltend, das Beschwerdegericht habe bei seinen die Glaubhaftmachung der Erkrankung des Rechtsanwalts betreffenden Erwägungen Vorbringen im Schriftsatz vom 10.3.2014 übergangen. Denn bei den entsprechenden Erwägungen in der angegriffenen Entscheidung ist ersichtlich nicht berücksichtigt, dass der Verfahrensbevollmächtigte der Antragsgegnerin dort ausgeführt hatte, er habe sich am 20.1.2014 zu Dr. S. in ambulante Behandlung begeben, der dann die Arbeits- und Verhandlungsunfähigkeit festgestellt habe.

Entgegen den Ausführungen in der Rechtsbeschwerdebegründung hatte der Verfahrensbevollmächtigte der Antragsgegnerin dies allerdings lediglich schriftsätzlich vorgetragen, nicht aber anwaltlich versichert. Hierzu hätte es jedenfalls einer Versicherung der Richtigkeit dieser Angaben bedurft (vgl. BGH, Beschl. v. 18.5.2011 – IV ZB 6/10, NJOZ 2011, 1809 Rdnr. 11).

Eine solche auf den Arztbesuch bezogene Versicherung enthält der Schriftsatz vom 10.3.2014 nicht. Ob das Beschwerdegericht gleichwohl im Rahmen der Beurteilung nach § 294 ZPO zu dem Ergebnis hätte gelangen können, dass die vorgelegten beiden Bescheinigungen des Dr. S. im Zusammenspiel mit diesen Angaben zur Glaubhaftmachung einer bereits am 20.1.2014 bestehenden Erkrankung ausreichen, kann aber dahinstehen.

b) Denn der Gehörsverstoß hat sich schon deshalb nicht in entscheidungserheblicher Weise ausgewirkt, weil die die Entscheidung selbständig tragenden alternativen Ausführungen des Beschwerdegerichts dazu, dass der Verfahrensbevollmächtigte der Antragsgegnerin einen Fristverlängerungsantrag hätte stellen müssen, die Verneinung eines Wiedereinsetzungsgrundes (§ 233 ZPO) und die Versagung der Wiedereinsetzung rechtfertigen.

aa) **Ein Rechtsanwalt, der die Frist zur Einlegung oder Begründung eines Rechtsmittels bis zum letzten Tag ausschöpft, hat**

wegen des damit erfahrungsgemäß verbundenen Risikos erhöhte Sorgfalt aufzuwenden, um die Einhaltung der Frist sicherzustellen. Auf einen **krankheitsbedingten Ausfall** muss er sich aber auch in diesem Fall nur durch konkrete Maßnahmen vorbereiten, wenn er einen solchen Ausfall vorhersehen kann. **Er ist daher selbst dann, wenn er eine Frist bis zum letzten Tag ausschöpfen will, nicht gehalten, für den Fall einer unvorhergesehenen Erkrankung vorsorglich einen Vertreter zu bestellen** (BGH, Beschl. v. 7.3.2013 – I ZB 67/12; NJW-RR 2013, 1011 Rdnr. 7 und v. 18.9.2008 – V ZB 32/08, FamRZ 2008, 2271 Rdnr. 9, jeweils m.w.N.; vgl. auch Senatsbeschl. v. 5.3.2014 – XII ZB 736/12, FamRZ 2014, 829 Rdnr. 9 und v. 7.8.2013 – XII ZB 533/10, FamRZ 2013, 1722 Rdnr. 10).

Auch bei einer **unvorhergesehenen Erkrankung** muss ein Rechtsanwalt aber alle ihm dann noch möglichen und zumutbaren Maßnahmen zur Wahrung einer Frist ergreifen (BGH, Beschl. v. 7.3.2013 – I ZB 67/12, NJW-RR 2013, 1011 Rdnr. 8 und v. 18.9.2008 – V ZB 32/08, FamRZ 2008, 2271 Rdnr. 12).

Der krankheitsbedingte Ausfall des Rechtsanwalts am letzten Tag der Frist rechtfertigt für sich genommen deshalb eine Wiedereinsetzung noch nicht. Vielmehr fehlt es an einem dem Verfahrensbeteiligten gemäß §§ 113 Abs. 1 Satz 2 FamFG, 85 Abs. 2 ZPO zuzurechnenden Verschulden seines Rechtsanwalts nur dann, wenn infolge der Erkrankung weder kurzfristig ein **Vertreter eingeschaltet** noch ein **Fristverlängerungsantrag** gestellt werden konnte (BGH, Beschl. v. 7.3.2013 – I ZB 67/12, NJW-RR 2013, 1011 Rdnr. 8; Musielak/Grandel, ZPO, 11. Aufl., § 233 Rdnr. 9; vgl. auch Senatsbeschl. v. 5.3.2014 – XII ZB 736/12, FamRZ 2014, 829 Rdnr. 9). Auch dies ist glaubhaft zu machen.

bb) Nach diesen Maßgaben ist es aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, dass das Beschwerdegericht eine Wiedereinsetzung abgelehnt hat, weil der Verfahrensbevollmächtigte der Antragsgegnerin keinen Fristverlängerungsantrag gestellt hat.

Es hat rechtsfehlerfrei als nicht glaubhaft gemacht erachtet, dass die Erkrankung ihn auch hinderte, am 20.1.2014 die Verlängerung der Beschwerdebegründungsfrist zu beantragen, auf deren Gewährung als erstmalige Verlängerung er auch hätte vertrauen dürfen. Den (nunmehr vier) ärztlichen Bescheinigungen lässt sich nichts dazu entnehmen, weshalb es dem Verfahrensbevollmächtigten am 20.1.2014 nicht möglich und zumutbar gewesen sein soll, einen Schriftsatz mit dem entsprechenden Antrag fertigen zu lassen und diesen zu unterschreiben.

Die drei Bescheinigungen des Dr. S. attestieren lediglich Arbeitsunfähigkeit, was nicht ausreichend ist (vgl. BVerfG NJW-RR 2007, 1717, 1718); der Bericht der H.-Klinik verhält sich nur zum Zeitraum 23. bis 26.1.2014. Der – nicht durch eine hierauf bezogene anwaltliche Versicherung glaubhaft gemachte – schriftsätzliche Vortrag des Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin behandelt nicht die Frage, ob es ihm aus gesundheitlichen Gründen nicht einmal mög-

lich war, einen Fristverlängerungsantrag zu stellen. Wie das Beschwerdegericht zutreffend feststellt, war der Verfahrensbevollmächtigte an diesem Tag nach der eidesstattlichen Versicherung seiner Kanzleikraft zu einem Telefonat mit seiner Kanzlei und nach seinen Angaben auch dazu in der Lage, die unweit seiner Kanzlei befindliche Arztpraxis aufzusuchen. Wie er im Schriftsatz vom 10.3.2014 geschildert hat, führte erst eine Zustandsverschlechterung dazu, dass er sich am 23.1.2014 in stationäre Behandlung begab. Schließlich enthält auch die Rechtsbeschwerdebegründung hierzu nichts Weiterführendes.

cc) Ohne Erfolg macht die Rechtsbeschwerde geltend, etwaige Versäumnisse des Rechtsanwalts hätten sich nicht ausgewirkt, weil Grund für die Fristversäumung allein das der Antragsgegnerin nicht zuzurechnende einmalige Fehlverhalten der Kanzleiangestellten gewesen sei. Nur weil diese den Fristenkalender nicht kontrolliert habe, sei ein Verlängerungsantrag unterblieben.

Das Fehlverhalten der Kanzleiangestellten schließt ein eigenes Verschulden des Rechtsanwalts schon deshalb nicht aus, weil diesem nach dem zur Begründung des Wiedereinsetzungsantrags gehaltenen Vortrag die Akte bereits seit dem 15.1.2014 zur Fertigung der Beschwerdebegründung vorlag, mit der er nach seinen Angaben im Übrigen auch schon am 18.1.2014 begonnen hatte. Mithin war dem Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin der Fristablauf bekannt, ohne dass es auf eine Fristenkontrolle durch sein Personal ankam.

c) Das Beschwerdegericht hat mit Recht darauf hingewiesen, dass die vom Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin seiner Kanzleimitarbeiterin erteilte allgemeine Anweisung, bei Nichterreichen der beiden mit ihm in Bürogemeinschaft tätigen Rechtsanwälte selbst Fristverlängerung zu beantragen, unzureichend war. Sie wird Fällen wie dem vorliegenden, in denen Anwaltszwang herrscht, in keiner Weise gerecht. Inwiefern dieser Organisationsmangel (vgl. dazu etwa *Senatsbeschl. v. 18.5.1994 – XII ZB 62/94, FamRZ 1994, 1520*) hier ein die Wiedereinsetzung hinderndes Anwaltsverschulden begründet, bedarf nach Vorstehendem jedoch keiner Entscheidung. ■

Strafbarkeit eines Rechtsanwalts

- Erfolgshonorar, § 4a RVG
 - Belehrungspflicht über gesetzliche Gebühren
 - Betrug durch Unterlassen
- (BGH, Urt. v. 25.9.2014 – 4 StR 586/13)

Leitsatz:

§ 4a Abs. 2 Nr. 1 RVG begründet kraft Gesetzes eine Garantenstellung des Rechtsanwalts, der vor Abschluss einer Erfolgshonorarvereinbarung seinen Mandanten über die voraussichtliche gesetzliche Vergütung aufzuklären hat. ■

Aus den Gründen:

Das LG hat den Angeklagten vom Vorwurf des Betruges in drei Fällen, in einem Fall in Tateinheit mit Wucher, freigesprochen. Hiergegen richtet sich die mit der Sachrüge begründete, vom Generalbundesanwalt im Umfang der Aufhebung vertretene Revision der Staatsanwaltschaft. Das Rechtsmittel hat teilweise Erfolg.

I. 1. Die unverändert zur Hauptverhandlung zugelassene Anklage hatte dem Angeklagten zur Last gelegt, sich wegen Betruges in drei Fällen gemäß § 263 Abs. 1, Abs. 3 Sätze 1 und 2 Nr. 2 StGB, davon einmal in Tateinheit mit Wucher nach § 291 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 StGB, strafbar gemacht zu haben: Er habe als Rechtsanwalt, kurz bevor der Widerruf seiner Zulassung zur Rechtsanwaltschaft am 26.8.2010 wirksam geworden sei, die Vertretung des G. in einer Erbschaftsangelegenheit übernommen.

Er habe mit seinem Mandanten, der unter einer Minderbegabung leide, am 17.8.2010 eine nicht den Vorgaben des Gesetzes entsprechende Honorarvereinbarung geschlossen, auf die sein in rechtlichen und wirtschaftlichen Belangen unerfahrener Mandant nach dem Erlöschen der Anwaltszulassung insgesamt 82.223,97 EUR gezahlt habe. Danach habe er auf der Grundlage schriftlicher Darlehensverträge vom 26.5.2011 und vom 6.6.2011 von G. 60.000 EUR und 128.000 EUR erhalten, welche er nach Kündigung und Ablauf der Kündigungsfrist vorgefasster Absicht entsprechend nicht zurückgezahlt habe.

2. Der Angeklagte hat die Tatvorwürfe bestritten. Das LG hat ihn „aus tatsächlichen Gründen“ freigesprochen.

a) Es hat im Wesentlichen folgende Feststellungen getroffen:

Der Angeklagte war als Rechtsanwalt und Notar in einer Kanzlei in M. tätig. Wegen Vermögensverfalls entthob ihn zunächst der Präsident des OLG H. des Notaramts; sodann widerrief die zuständige Rechtsanwaltskammer seine Zulassung zur Rechtsanwaltschaft. Der Widerrufsbescheid vom 28.7.2008 wurde mit Zustellung der letztinstanzlichen Entscheidung des BGH vom 12.7.2010 am 26.8.2010 rechtskräftig. Danach war der Angeklagte in seiner früheren Kanzlei als „Kooperationspartner“ mit dem Zusatz „Assessor jur., Unternehmensberatung“ beschäftigt.

aa) Anfang August 2010 beauftragte der Zeuge G. die „Rechtsanwälte K. & S.“, ihn in einer erbrechtlichen Angelegenheit zu vertreten. G., zur Zeit der tatrichterlichen Hauptverhandlung 54 Jahre alt, hatte die Sonderschule ohne Abschluss verlassen und war seither als Industriearbeiter tätig. Der Zeuge „erweckt nach außen den Eindruck eines aufgeschlossenen, freundlich zugänglichen Menschen, der zwar einfach strukturiert erscheint, jedoch einen durchaus lebensstüchtigen Eindruck vermittelt und sein Leben – teils mit Hilfe Dritter – eigenverantwortlich und mit eigener Entscheidungskompetenz bewältigt.“

Ein gerichtliches Betreuungsverfahren wurde mit dem Ergebnis beendet, „dass der Zeuge in der Lage sei, sein Leben

selbständig ohne Hilfe eines Betreuers zu bewältigen.“ Der Vater des Zeugen war in der Schweiz verstorben; der Wert des Nachlasses betrug ca. 700.000 bis 800.000 EUR. Der Erblasser hatte testamentarisch seinen Bruder als Alleinerben eingesetzt; bei einem Termin am 17.8.2010 teilte der – das Mandat bearbeitende – Angeklagte dem Zeugen G. jedoch mit, „dass laut Schweizer Erbrecht Kindern eines Verstorbenen 75 % des Erbes zustehen, auch wenn ein Testament vorhanden sei.“

In diesem Termin schloss der Angeklagte mit seinem Mandanten eine von ihm vorbereitete schriftliche „Vergütungsvereinbarung“. Die Höhe der Vergütung knüpfte danach „an die Höhe des derzeit der Höhe nach unbekannten Erbteilsanspruchs“ an, und zwar bei Zahlungen auf den Erbteil bis 400.000 EUR in Höhe von 20 %, für den Mehrbetrag bis 600.000 EUR in Höhe von 25 % und für darüber hinausgehende Beträge in Höhe von 30 % (jeweils zzgl. Umsatzsteuer).

G. empfand die Vergütung zwar als hoch, aber auch als angemessen, zumal er bei erfolglosem Bemühen des Angeklagten keine Kosten würde tragen müssen. Er war nicht gewillt, der vom Angeklagten dargestellten Alternative einer Abrechnung auf Stundenbasis mit einem Stundensatz von 400 EUR nebst Vorschusszahlung näher zu treten. Der Angeklagte seinerseits klärte G. „über den Umstand, dass Rechtsanwälte von Gesetzes wegen ihre Vergütung anhand des sogenannten Gegenstandswertes berechnen und hiernach gegebenenfalls eine erheblich geringere Vergütung abzurechnen gewesen wäre“, nicht auf.

Er ging „zum Zeitpunkt des Abschlusses der Honorarvereinbarung“ davon aus, dass eine solche Vereinbarung wirksam möglich sei. In der Folge erreichte der Angeklagte aufgrund eines Vergleichs vom 3./6.1.2011 die Auszahlung von insgesamt rund 493.000 EUR aus dem Nachlass. Gemäß Kostenberechnung vom 1.3.2011, die der Angeklagte mit „Ass. Jur. K.“ unterschrieben hatte, brachte er hiervon 82.223,97 EUR in Abzug. G. ging davon aus, dass der Angeklagte weiterhin als Rechtsanwalt zugelassen war.

bb) Kurz vor dem Termin zur Versteigerung seines aus Wohnhaus und Pferdestallungen bestehenden Anwesens suchte der Angeklagte im Mai 2011 G. auf und teilte ihm mit, er befinde sich in Geldschwierigkeiten, es drohe die Versteigerung seines Hofes. Er bat ihn um ein Darlehen in Höhe von 200.000 EUR und erklärte, „er zahle so viel zurück wie er könne, es könne möglicherweise aber eine Zeit dauern, bis er in der Lage sei das Darlehen abzutragen; (er) äußerte die Hoffnung, eine Rückzahlung innerhalb von drei Jahren leisten zu können.“

Der Geschädigte begab sich mit dem Angeklagten zu seiner Hausbank und hob 60.000 EUR ab; mehr konnte die Bank kurzfristig nicht zur Verfügung stellen. Sodann wurde in der Kanzlei des Angeklagten ein schriftlicher Vertrag geschlossen, der ein mit 3 % verzinsliches Darlehen über den genannten Betrag vorsah. Auch sollte monatlich eine in der Höhe nicht festgelegte Tilgung erfolgen, ein Zeitrahmen für die

Rückzahlung war nicht festgelegt. Der Angeklagte verwandte das Geld als Sicherheitsleistung, um seinem Bruder die Ersteigerung der Immobilie zu ermöglichen.

cc) Etwa eine Woche später erklärte der Angeklagte dem Geschädigten, er benötige einen weiteren Betrag, um die Sache endgültig zu regeln. G. war – „mehr oder weniger ... von sich aus“ – bereit, dem Angeklagten zusätzlich 128.000 EUR darlehensweise zur Verfügung zu stellen. Nachdem der Geschädigte das Geld bei seiner Bank abgehoben hatte, erklärte ihm der Angeklagte zur Beruhigung, eine frühere Mandantin habe ihn in ihrem Testament bedacht; nach Verwertung der ererbten Aktien werde er „das Geld“ zurückzahlen. In der Kanzlei übergab G. dem Angeklagten den zuvor abgehobenen Betrag und die Beteiligten schlossen einen schriftlichen Darlehensvertrag vergleichbaren Inhalts.

dd) G., der den Angeklagten nach wie vor für einen zugelassenen Rechtsanwalt hielt, und dieser selbst gingen davon aus, dass die Darlehen in absehbarer Zeit zurückgeführt würden. Tatsächlich zahlte der Angeklagte neun Monate lang lediglich die Darlehenszinsen; danach folgten keine Zahlungen mehr. Daraufhin kündigte der Geschädigte – auf Intervention seines Arbeitgebers – beide Darlehen. Der Angeklagte wurde rechtskräftig zur Rückzahlung der Darlehen wie auch des Großteils der von ihm vereinnahmten Vergütung verurteilt; insoweit gingen die Zivilgerichte von einem „gesetzlichen Gebührenanspruch“ in Höhe von lediglich 3.745,88 EUR aus. Die gegen ihn gerichteten titulierten Ansprüche konnte der Angeklagte mangels Zahlungsfähigkeit nicht erfüllen. Sein Anwesen verlor er bei einer zweiten Versteigerung.

b) Zur Begründung des Freispruchs hat das LG im Wesentlichen ausgeführt:

Strafbarer Wucher nach § 291 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 StGB im Zusammenhang mit der Honorarvereinbarung liege bereits mangels einer tatbestandlichen Opferlage nicht vor. Auch fehle es an einem Ausbeuten und einem darauf gerichteten Vorsatz. Ein Betrug durch den Abschluss der Honorarvereinbarung scheitere schon am Fehlen einer Täuschungshandlung; ein strafbares Unterlassen scheide aus, da den Angeklagten keine Rechtspflicht zur Offenbarung sonstiger Abrechnungsmethoden oder des Widerrufs seiner Zulassung getroffen habe. Auch fehle es an einer Vermögensverfügung und – für die Annahme eines (versuchten) Eingehungsbetrugs – am Vorsatz des Angeklagten.

Im Zusammenhang mit der Abrechnung des Honorars liege ebenfalls keine Vermögensverfügung vor. Letztlich scheitere eine Betrugsstrafbarkeit an der fehlenden Kausalität „zwischen einer etwaigen Täuschungshandlung und einer Vermögensverfügung bzw. einem Vermögensschaden“. Denn der Geschädigte sei mit der Arbeit des Angeklagten sehr zufrieden und jedenfalls bis April 2011 bereit gewesen, sich an der Honorarvereinbarung festhalten zu lassen.

Im Hinblick auf die Darlehensverträge habe der Angeklagte weder Zahlungswilligkeit noch Zahlungsfähigkeit vorgespie-

gelt. Jedenfalls liege kein Täuschungsvorsatz vor, denn der Angeklagte habe Grund zu der Annahme gehabt, er könne weiterhin Einnahmen erzielen und Liquidität beschaffen. Der Hinweis auf eine Erbschaft sei erst nach der Entscheidung des Geschädigten zur Ausreichung des zweiten Darlehens erfolgt, habe daher nicht mehr kausal werden können.

Das Verhalten des Angeklagten erfülle auch keine weiteren Strafnormen wie etwa den Tatbestand der Gebührenüberhebung oder der Untreue.

II. Die Revision der Staatsanwaltschaft erweist sich teilweise als begründet.

1. Das angefochtene Urteil hält rechtlicher Nachprüfung stand, soweit das LG den Angeklagten vom Vorwurf des Betruges durch den Abschluss der beiden Darlehensverträge im Mai und Juni 2011 freigesprochen hat. Das LG hat rechtsfehlerfrei eine Täuschungshandlung des Angeklagten verneint.

2. Durchgreifenden rechtlichen Bedenken begegnet das Urteil jedoch, soweit das LG den Angeklagten auch von dem Vorwurf freigesprochen hat, sich durch den Abschluss der Vergütungsvereinbarung vom 17.8.2010 strafbar gemacht zu haben.

a) Allerdings hat die Wirtschaftsstrafkammer mit Recht eine Straftat des Wuchers nach § 291 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 StGB verneint. Nach den bisher getroffenen Feststellungen liegt die im Gesetz beschriebene sogenannte Opferlage nicht vor.

b) Demgegenüber hält das angefochtene Urteil rechtlicher Nachprüfung nicht stand, soweit das LG eine Strafbarkeit wegen Betruges gemäß § 263 StGB verneint hat. Nach den bisher getroffenen Feststellungen **hat der Angeklagte G. bei der Vereinbarung des Erfolgshonorars durch Unterlassen getäuscht.**

aa) Begehen durch Unterlassen ist nach § 13 Abs. 1 StGB nur dann strafbar, wenn der Täter rechtlich dafür einzustehen hat, dass der Erfolg nicht eintritt, und wenn das Unterlassen der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes durch ein Tun entspricht. Während bei den Begehungsdelikten die objektive Zurechnung auf der Verursachung des tatbestandsmäßigen Erfolgs beruht, reicht bei den unechten Unterlassungsdelikten die Tatsache, dass eine mögliche Handlung den Erfolg verhindert hätte, nicht aus, um die Beeinträchtigung des Rechtsguts jedem Handlungsfähigen als von ihm zu verantwortendes Unrecht zur Last legen zu können. Vielmehr muss ein besonderer Rechtsgrund nachgewiesen werden, wenn jemand ausnahmsweise dafür verantwortlich gemacht werden soll, dass er es unterlassen hat, zum Schutz fremder Rechtsgüter positiv tätig zu werden.

Die Gleichstellung des Unterlassens mit dem aktiven Tun setzt deshalb voraus, dass der Täter als „Garant“ für die Abwendung des Erfolgs einzustehen hat. Alle Erfolgsabwendungspflichten beruhen auf dem Grundgedanken, dass eine bestimmte Person in besonderer Weise zum Schutz des ge-

fährdeten Rechtsguts aufgerufen ist und dass sich alle übrigen Beteiligten auf das helfende Eingreifen dieser Person verlassen und verlassen dürfen (BGH, Urt. v. 25.7.2000 – 1 StR 162/00, NJW 2000, 3013, 3014, und v. 10.7.2012 – VI ZR 341/10, BGHZ 194, 26, 33; Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., S. 620; SSW-StGB/Kudlich, 2. Aufl., § 13 Rn. 15, 18).

bb) **Entgegen der Auffassung des LG war der Angeklagte verpflichtet, seinen Mandanten G. über die im Rechtsanwaltsvergütungsgesetz als Regel vorgesehene Abrechnung nach den gesetzlichen Gebühren und Auslagen aufzuklären.** Diese Garantenstellung folgt aus Gesetz, nämlich aus der Regelung in § 4a Abs. 2 Nr. 1 RVG:

Der Angeklagte hat sich – was die Wirtschaftsstrafkammer nicht verkannt hat – in der **Vergütungsvereinbarung** ein Erfolgshonorar im Sinne des § 49b Abs. 2 Satz 1 BRAO versprechen lassen. **Eine solche Vereinbarung muss unter anderem die voraussichtliche gesetzliche Vergütung enthalten. Das bedeutet, dass der Rechtsanwalt unter Zugrundelegung des Gegenstandswerts die sich voraussichtlich aus dem Vergütungsverzeichnis ergebenden Gebühren sowie seine Auslagen zu berechnen hat.** Diese Verpflichtung hat der Gesetzgeber dem Rechtsanwalt gerade zum Schutz des Mandanten auferlegt, mit dem jener ein Erfolgshonorar vereinbaren möchte (BT-Drucks. 16/8384, S. 8); nach den Materialien bietet allein diese Angabe „einen verlässlichen und transparenten Vergleichsmaßstab für die rechtsuchenden Bürgerinnen und Bürger“ (BT-Drucks. 16/8384, S. 15).

Damit hat der Gesetzgeber an die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungswidrigkeit eines generellen Verbots anwaltlicher Erfolgshonorare angeknüpft, in der das Gericht den „Schutz der Rechtsuchenden vor einer Übervorteilung durch überhöhte Vergütungssätze“ hervorgehoben und auf die asymmetrische Informationsverteilung zwischen Mandant und Rechtsanwalt sowie auf die sich hieraus ergebenden Gefahren für die wirtschaftlichen Interessen des Rechtsuchenden hingewiesen hat (BVerfG, NJW 2007, 979, 980 f, 983).

Um daher dem Mandanten zu verdeutlichen, dass der Verzicht des Anwalts auf eine Vergütung im Misserfallsfall mit der Verpflichtung zur Zahlung eines – gegebenenfalls hohen – Zuschlags im Erfolgsfall verbunden ist, sieht § 4a Abs. 2 Nr. 1 RVG u.a. die Angabe der voraussichtlichen gesetzlichen Vergütung vor (BT-Drucks. 16/8384, S. 11; Bischof in: Bischof/Jungbauer, RVG, 6. Aufl., § 4a Rdnr. 20). Demnach ist es gerechtfertigt, aus dieser Aufklärungs- und Informationspflicht des Anwalts eine Garantenstellung kraft Gesetzes im Sinne des § 13 Abs. 1 StGB zu entnehmen.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus § 4b RVG, der lediglich eine Sonderregelung für die zivilrechtlichen Folgen trifft, wenn eine Erfolgshonorarvereinbarung unter anderem gegen § 4a Abs. 1 und 2 RVG verstößt (vgl. BGH, Urt. v. 5.6.2014 – IX ZR 137/12, NJW 2014, 2653). Eine Einschränkung der strafrechtlichen Verfolgbarkeit kann hieraus nicht hergeleitet werden.

Seiner Pflicht, die voraussichtliche gesetzliche Vergütung zu berechnen, ist der Angeklagte nach den bisher getroffenen Feststellungen nicht nachgekommen.

cc) Die Feststellungen des LG stehen auch im Übrigen einer **Betrugsstrafbarkeit durch Unterlassen** nicht entgegen: Die Wirtschaftsstrafkammer hat selbst ausgeführt, dass G. davon ausgegangen sei, **es gebe zu den ihm vom Angeklagten aufgezeigten Möglichkeiten der Abrechnung keine Alternative**. Aufgrund dieses Irrtums **verfügte er über sein Vermögen, indem er die Honorarvereinbarung abschloss** und dadurch einen Anspruch auf eine Rechtsdienstleistung erwarb, die er anderweitig zu einem geringen Bruchteil des vereinbarten Honorars hätte erlangen können (vgl. *zum Schaden auch BGH, Urt. v. 5.3.2014 – 2 StR 616/12, NJW 2014, 2595, 2598 f.*).

Da der Angeklagte zum Abzug des Erfolgshonorars von der auf sein Konto zu überweisenden Erbschaft berechtigt war, lag zumindest eine schadensgleiche Vermögensgefährdung vor (vgl. *zum sogenannten Kontoeröffnungsbetrug BGH, Urt. v. 13.6.1985 – 4 StR 213/85, BGHSt 33, 244, 245 f; Beschl. v. 21.11.2001 – 2 StR 260/01, BGHSt 47, 160, 167, und v. 14.10.2010 – 2 StR 447/10, NSTZ 2011, 160*).

Der Umstand, dass G. mit der aufgrund der Honorarvereinbarung erbrachten Leistung des Angeklagten zufrieden war, stellt entgegen der Meinung des LG die Kausalität „zwischen einer etwaigen Täuschungshandlung und einer Vermögensverfügung bzw. einem Vermögensschaden“ nicht infrage. Auf den Abschluss dieser Honorarvereinbarung, auf den er, wie er wusste, keinen Anspruch hatte, kam es dem Angeklagten gerade an. (...) ■

Honorarvereinbarung eines Rechtsanwalts

- Verstoß gegen Formvorschriften, § 3a RVG
- Erfolgshonorarvereinbarung, § 4a RVG
- Anspruch auf gesetzliche Gebühren (BGH, Urt. v. 5.6.2014 – IX ZR 137/12)

Leitsatz:

Eine Vergütungsvereinbarung zwischen Rechtsanwalt und Mandant, die gegen die Formvorschriften des § 3a Abs. 1 Satz 1 und 2 RVG oder die Voraussetzungen für den Abschluss einer Erfolgshonorarvereinbarung nach § 4a Abs. 1 und 2 RVG verstößt, ist wirksam; aus ihr kann die vereinbarte Vergütung bis zur Höhe der gesetzlichen Gebühr gefordert werden (Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung). ■

Zum Sachverhalt:

Die Klägerin, eine anwaltliche Verrechnungsstelle, verlangt vom Beklagten aus abgetretenem Recht des Rechtsanwalts L. restliches Anwaltshonorar in Höhe von 90.292,20 EUR.

Der Beklagte hatte 2006 in München ein Hotel gemietet und wollte dieses sodann aufgrund einer Kaufoption im Mietvertrag für 8 Mio. EUR kaufen. Zur Finanzierung verhandelte er mit der H., die ihm zur Zinssicherung zunächst zwei Zinsswaps und Anteile an einem Rentenfonds verkaufte, anschließend aber die Finanzierung ablehnte. Deshalb schaltete der Beklagte Rechtsanwalt L. ein, um mit dessen Hilfe die Finanzierung doch noch zu erreichen.

Für die Abfassung eines Aufforderungsschreibens erhielt der Beklagte aufgrund einer Vergütungsvereinbarung vom 17.11.2009 auf Stundenhonorarbasis 3.888 EUR. Nachdem die Bank ein Gespräch in Aussicht gestellt hatte, schlossen der Zedent und der Beklagte am 15.12.2009 eine weitere Vergütungsvereinbarung. Danach sollte Rechtsanwalt L. anstelle der gesetzlichen Gebühren 20.000 EUR zuzüglich Umsatzsteuer erhalten sowie im Falle des Abschlusses eines Finanzierungsvertrages weitere 10.000 EUR zzgl. Umsatzsteuer. Der Beklagte zahlte 20.000 EUR zzgl. Umsatzsteuer.

Das Gespräch mit der Bank unter Mitwirkung von Rechtsanwalt L. blieb ohne Erfolg, weshalb der Beklagte Rechtsanwalt L. beauftragte, eine Klage auf Schadenersatz wegen der Zinsswaps und der Anteile an dem Rentenfonds vorzubereiten. Mündlich wurde zwischen den Parteien insoweit vereinbart, dass die Pauschalvergütung, die sich zunächst nur auf die außergerichtliche Tätigkeit bezogen hatte, nunmehr auch die erste Instanz eines Klageverfahrens gegen die H. abdecken sollte.

Rechtsanwalt L. erstellte den Klageentwurf. Dieser wurde aber nicht mehr eingereicht, weil sich der Beklagte mit der Bank in einem weiteren Gespräch ohne Beteiligung von Rechtsanwalt L. auf eine Finanzierung einigte.

Die Klägerin stellte daraufhin das Erfolgshonorar von Rechtsanwalt L. in Höhe von 10.000 EUR nebst Umsatzsteuer in Rechnung. Der Beklagte zahlte dieses nicht. Sein nunmehr bevollmächtigter Rechtsanwalt machte die Unwirksamkeit der Honorarvereinbarung geltend. Daraufhin rechnete der Zedent nach den Regelungen des Rechtsanwaltsvergütungsgesetzes ab. Er errechnete ein Honorar von 64.274,28 EUR für außergerichtliche Tätigkeit und von 49.817,92 EUR einschließlich einer Vergleichsgebühr für gerichtliche Tätigkeit erster Instanz. Hiervon brachte er die Zahlung von 23.800 EUR in Abzug und verlangte als Differenz 90.292,20 EUR, die der Beklagte nicht zahlte. Diesen Betrag macht die Klägerin geltend. Der Beklagte rechnet hilfsweise mit außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.680,10 EUR auf, die zur Abwehr der streitigen Honorarforderungen der Klägerin angefallen sind.

Das LG hat den Beklagten zur Zahlung von 10.738,31 EUR nebst Zinsen verurteilt und die Klage im Übrigen abgewiesen. Es hat die Klage in Höhe von 10.000 EUR zuzüglich Umsatzsteuer für berechtigt gehalten und die Hilfsaufrechnung in Höhe von 1.161,68 EUR durchgreifen lassen.

Die Berufung der Klägerin hatte nur wegen eines Berechnungsfehlers des LG bei der Hilfsaufrechnung insoweit

Erfolg, als der Beklagte nunmehr zur Zahlung von 10.923,70 EUR nebst Zinsen verurteilt wurde. Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihren Anspruch in vollem Umfang weiter. ■

Aus den Gründen:

Die zulässige Revision ist unbegründet.

I. Das Berufungsgericht, dessen Urteil veröffentlicht ist in *NJW* 2012, 3454, hat ausgeführt: Dem Zedenten sei es gemäß § 242 BGB verwehrt, unter Berufung auf die Nichtigkeit der Vergütungsvereinbarung vom 15.12.2009 die gesetzliche Vergütung zu fordern, soweit diese über den in der Vergütungsvereinbarung vorgesehenen Betrag von insgesamt 30.000 EUR zuzüglich Umsatzsteuer hinausgehe.

Die getroffene Vergütungsvereinbarung sei unwirksam. Daran ändere auch nichts der Umstand, dass der Beklagte um die Gebührenvereinbarung gebeten habe, weil es Sache des fachkundigen Rechtsanwalts sei, dabei auf die Einhaltung des anwaltlichen Gebührenrechts zu achten. Wenn der Zedent nunmehr nach dem gesetzlichen Gebührenrecht abrechne, obwohl er hierauf unter Verstoß gegen dieses Recht verzichtet habe, verstoße er gegen Treu und Glauben, weil sich der Mandant auf die vom Anwalt vorgeschlagene Honorarregelung verlassen können müsse.

Eine andere Beurteilung ergebe sich auch nicht daraus, dass sich der Beklagte auf die Unwirksamkeit der Vergütungsvereinbarung berufen habe, weil er nicht arglistig gehandelt habe. Die Begrenzung der dem Zedenten zustehenden Vergütung durch die Vergütungsvereinbarung erfasse auch die gerichtliche Tätigkeit, die nach der nachfolgenden mündlichen Vereinbarung durch den vereinbarten Höchstbetrag mit abgegolten sein sollte.

In Höhe von 976,30 EUR sei der Honoraranspruch des Zedenten durch Aufrechnung erloschen. Die Klägerin habe dem Beklagten die Aufwendungen zur außergerichtlichen Abwehr ihrer unberechtigten Honorarforderungen zu ersetzen. Der Anspruch ergebe sich aus § 280 Abs. 1 BGB. Zwar führe die Geltendmachung eines unberechtigten Anspruchs als solche noch nicht zu einer Sonderverbindung nach § 241 BGB. Die Klägerin sei aber als Zessionarin in die Gläubigerstellung des Zedenten eingerückt.

II. Diese Ausführungen halten im Ergebnis rechtlicher Prüfung stand. Die Klägerin kann Honorarforderungen des Zedenten nur in restlicher Höhe von 10.000 EUR zuzüglich Umsatzsteuer abzüglich des hilfsweise aufgerechneten Schadensersatzanspruchs des Beklagten in Höhe von 976,30 EUR geltend machen.

1. Der Anwaltsvertrag zwischen dem Zedenten und dem Beklagten war rechtswirksam, selbst wenn die Honorarvereinbarung nichtig gewesen wäre. Dies war schon nach dem vor dem 1.7.2008 geltenden Recht in ständiger Rechtsprechung anerkannt, nach dem Erfolgshonorarvereinbarungen nach § 49b Abs. 2 BRAO generell verboten waren, was gemäß § 134 BGB zu ihrer Nichtigkeit führte (*BGH, Urt. v.*

23.10.2003 – IX ZR 270/02, *NJW* 2004, 1169, 1171; v. 23.4.2009 – IX ZR 167/07, *WM* 2009, 1249 Rdnr. 11, 15 ff).

Nach dem seit 1.7.2008 geltenden § 49b Abs. 2 Satz 1 BRAO sind Erfolgshonorarvereinbarungen nur noch unzulässig, soweit das Rechtsanwaltsvergütungsgesetz nichts anderes bestimmt. **An der fortdauernden Wirksamkeit des Anwaltsvertrages selbst hat sich dadurch nichts geändert.** Die Einschränkung des Verbotes von Erfolgshonoraren sollte nicht zu einer weitergehenden Nichtigkeitsfolge bezüglich des Anwaltsvertrages führen. Dessen Rechtswirksamkeit sollte unberührt bleiben (vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung für ein Gesetz zur Neuregelung des Verbots der Vereinbarung von Erfolgshonoraren, *BT-Drucks. 16/8384*, S. 12 zu § 4b; *Schneider/Wolf/Onderka, RVG*, 7. Aufl., § 4b Rdnr. 9; *Baumgärtel in Baumgärtel/Hergenröder/Houben, RVG*, 16. Aufl., § 4b Rdnr. 2; *Mayer in Gerold/Schmidt, RVG*, 21. Aufl., § 4b Rdnr. 3; *Foerster, JR* 2012, 93). Demgemäß kann der Zedent Anwaltshonorar verlangen.

2. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts führt der unstreitige Verstoß gegen § 4a Abs. 1 und 2 RVG bei Vereinbarung des Erfolgshonorars jedoch nicht zur Nichtigkeit der Erfolgshonorarvereinbarung, sondern zur Deckelung der vereinbarten Vergütung auf die gesetzliche Vergütung.

a) Ob ein Verstoß gegen § 4a Abs. 1 oder 2 RVG die Nichtigkeit der Erfolgshonorarvereinbarung zur Folge hat, ist allerdings umstritten. Nach einer Auffassung sind Erfolgshonorarvereinbarungen, die die Voraussetzungen des § 4a RVG nicht erfüllen, nichtig (*Foerster, JR* 2012, 93; *Onderka in: Schneider/Wolf, a.a.O.*, § 4b Rdnr. 7). Nach anderer Auffassung sind sie rechtswirksam, begrenzen aber im Erfolgsfall die Vergütung des Rechtsanwalts auf die gesetzliche Vergütung (*Göttlich/Mümmeler, RVG*, 4. Aufl., E 3 S. 323; *Schons in: Hartung/Schons/Enders, RVG*, 2. Aufl., § 4b Rdnr. 1, 9; *Baumgärtel in Baumgärtel/Hergenröder/Houben, RVG*, a.a.O., § 4b Rdnr. 2; *Mayer in: Gerold/Schmidt, a.a.O.*, § 4b Rdnr. 3). Andere lassen die Frage offen, wenden aber § 242 BGB an (*Teubel in: Mayer/Kroiß, RVG*, 5. Aufl., § 4b Rdnr. 1, 3; *Bischof in: Bischof/Jungbauer/Bräuer/Curkovic/Klipstein/Klüsener/Uher, RVG*, 6. Aufl., § 4b Rdnr. 2).

b) Die Frage ist dahin zu beantworten, dass eine Erfolgshonorarvereinbarung, die gegen § 4a Abs. 1 oder 2 RVG verstößt, nicht nichtig ist, sondern die vertragliche vereinbarte Vergütung – auch im Erfolgsfall – auf die gesetzliche Gebühr beschränkt. Ist die gesetzliche Gebühr höher, kann nur die vereinbarte Vergütung verlangt werden.

aa) Nach § 49b Abs. 2 Satz 1 BRAO sind Erfolgshonorarvereinbarungen unzulässig, soweit das Rechtsanwaltsvergütungsgesetz nichts anderes bestimmt. Das Rechtsanwaltsvergütungsgesetz hat in §§ 4a, 4b eine Sonderregelung getroffen, in § 4a RVG hinsichtlich der Voraussetzungen, unter denen ein Erfolgshonorar vereinbart werden darf und in § 4b RVG hinsichtlich der Folgen, die sich aus einem Verstoß gegen § 4a Abs. 1 und 2 RVG ergeben. Insoweit handelt es sich auch in § 4b RVG um eine Sonderregelung. Danach kann der Rechtsanwalt aus einer Vergütungsverein-

barung, die § 4a Abs. 1 und 2 RVG nicht entspricht, keine höheren als die gesetzlichen Gebühren fordern. Bis zu dieser Grenze kann dagegen aus der Honorarvereinbarung Erfüllung verlangt werden. Dies spricht dagegen, dass die Vereinbarung nach dem Willen des Gesetzgebers nichtig sein soll. Denn dann hätte es der Regelung des § 4b RVG nicht bedurft. Die Nichtigkeit hätte sich, wie nach früherem Recht, aus § 134 BGB ergeben.

§ 4b Satz 1 RVG entfaltet demnach nicht nur Wirkung für den Fall, dass die vereinbarte Vergütung höher ist als die gesetzliche Vergütung, sondern auch dann, wenn sie niedriger ist. Da § 4b Satz 1 RVG als Folge nur eine Deckelung nach oben anordnet, kann der Verstoß gegen § 4a Abs. 1 und 2 RVG bei vereinbarter niedrigerer Vergütung nicht dazu führen, dass in Abweichung von der Vereinbarung mehr als vereinbart verlangt werden könnte, etwa die höheren gesetzlichen Gebühren.

bb) Die **Gesetzesbegründung** zur Neuregelung des § 4b RVG ist allerdings unklar und widersprüchlich. Dort (*BT-Drucks. 16/8384, S. 12*) wird ausgeführt, dass die Neuregelung dem bis dahin geltenden Recht entspreche. Formfehler der Vergütungsvereinbarung führten nicht zur Nichtigkeit des Anwaltsvertrages, sondern begrenzten den Vergütungsanspruch auf die gesetzliche Vergütung. Im Übrigen würden die allgemeinen zivilrechtlichen Regelungen gelten, was dazu führen könne, dass im Falle des Misserfolgs keinerlei Vergütung geschuldet sei, weil ein Vergütungsverlangen eine unzulässige Rechtsausübung darstelle (§ 242 BGB).

Dass bei unzulässiger Erfolgshonorarvereinbarung der Anwaltsvertrag selbst nichtig sei, war schon zum alten Recht nicht angenommen worden. Zur Wirksamkeit der Erfolgshonorarvereinbarung selbst sagt die Gesetzesbegründung nichts. Soweit dort ausgeführt wird, dass Formfehler der Vergütungsvereinbarung den Vergütungsanspruch begrenzen, wird der Vereinbarung eine Rechtswirkung zuerkannt, die ihr bei Nichtigkeit nicht zukommen könnte.

c) Die Regelung des § 4b RVG ist in ihrer Formulierung allerdings an **Vorgängerregelungen in § 4 Abs. 1 Satz 1 RVG** in seiner bis zum 30.6.2008 geltenden Fassung sowie an die zuvor geltende Regelung in § 3 BRAGO angelehnt. In § 4b RVG a.F. hieß es, dass aus einer Vereinbarung eine höhere als die gesetzliche Vergütung nur gefordert werden könne, wenn die Erklärung des Auftraggebers schriftlich abgegeben und nicht in der Vollmacht enthalten sei.

Auch in § 3 BRAGO hieß es, dass aus einer Vereinbarung ein Rechtsanwalt eine höhere als die gesetzliche Vergütung nur fordern könne, wenn die Erklärung des Auftraggebers schriftlich abgegeben und nicht in der Vollmacht oder in einem Vordruck enthalten sei, der auch andere Erklärungen umfasse.

aa) **Der Senat hat Honorarvereinbarungen, die gegen diese Vorschriften verstießen, bislang als unwirksam angesehen** (vgl. *BGH, Urt. v. 19.5.2009 – IX ZR 174/06, WM 2009, 1379 Rdnr. 6 ff zu § 3 Abs. 1 Satz 1 BRAGO*). Er hat dies

auch auf § 3a Abs. 1 Satz 1 RVG nF übertragen (*BGH, Urt. v. 3.11.2011 – IX ZR 47/11, WM 2012, 760 Rdnr. 15*), ohne sich allerdings mit der Neufassung des § 4b RVG näher zu befassen.

bb) Hieran hält der Senat jedoch nicht fest.

Auf die **bisherige Rechtslage** kann bei Erfolgshonoraren nicht zurückgegriffen werden. Die nach § 46b Abs. 2 BRAO a.F. ausnahmslos unzulässige Erfolgshonorarvereinbarung war nichtig. Aufgrund dieser Vorschrift hatte der Bundesgerichtshof in ständiger Rechtsprechung Vereinbarungen, durch die eine Vergütung oder ihre Höhe vom Ausgang der Sache oder vom Erfolg der anwaltlichen Tätigkeit abhängig gemacht worden ist, als unzulässig angesehen. Jede solche Vereinbarung stellte eine gemäß § 134 BGB nichtige Erfolgshonorarvereinbarung dar (*BGH, Urt. v. 23.4.2009 – IX ZR 167/07, WM 2009, 1249 Rdnr. 14 ff*).

Der Rechtsanwalt konnte in solchen Fällen der Nichtigkeit der Gebührenvereinbarung die gesetzlichen Gebühren verlangen (*BGH, Urt. v. 8.6.2004 – IX ZR 119/03, NJW 2004, 2818, 2819 [juris Rdnr. 20] m.w.N.*). Es handelte sich dabei aber nicht um verschiedene Ansprüche, weil es jeweils um die vertragliche Vergütung für ein und dieselbe anwaltliche Tätigkeit geht (*BGH, Urt. v. 4.7.2002 – IX ZR 153/01, NJW 2002, 2774, 2776; v. 23.10.2003 – IX ZR 270/02, NJW 2004, 1169, 1171 [juris Rdnr. 36]*). Die Höhe konnte jedoch nach § 242 BGB beschränkt sein (*BGH, Urt. v. 26.10.1955 – VI ZR 145/54, BGHZ 18, 340, 347; v. 19.6.1980 – III ZR 91/79, NJW 1980, 2407, 2408; OLG Düsseldorf, Gl aktuell 2012, 116, 118; BT-Drucks. 16/8384, S. 12*).

Führt aber der Rechtsfehler der Vergütungsvereinbarung nicht zu deren Nichtigkeit, sondern zu einer Begrenzung der hiernach geschuldeten Vergütung auf die gesetzlichen Gebühren, bedarf es der zusätzlichen Anwendung der Grundsätze von Treu und Glauben nicht.

Soweit in der **Gesetzesbegründung** bei der Begrenzungswirkung des § 4b RVG von Folgen der Formfehler die Rede ist, schöpft dies den Gesetzeswortlaut nicht aus. Jedenfalls § 4a Abs. 1 RVG enthält keine formalen, sondern materielle Voraussetzungen. Die Gesetzesbegründung zu § 4b RVG differenziert eingangs auch zwischen den Formerfordernissen des § 3a RVG und den Anforderungen für Erfolgshonorare nach § 4a Abs. 1 und 2 RVG. Die Rechtsfolgen sind jedoch in § 4b RVG einheitlich für beide Fälle geregelt. **Im Umfang der Regelung kann deshalb für die Rechtsfolgen nicht nach formellen und materiellen Fehlern unterschieden werden; die Ausführungen in der Gesetzesbegründung sind insoweit allgemein und beispielhaft zu verstehen.**

d) Soweit in § 4b Satz 2 RVG nF **auf das Bereicherungsrecht verwiesen** wird, entspricht dies der Regelung in § 3a Abs. 3 Satz 2 RVG nF. Wegen dieser Parallele wurde die Vorschrift auf Vorschlag des Rechtsausschusses des Bundestages eingefügt (vgl. *Ausschussbericht, BT-Drucks. 16/8916, S. 14 zu § 4b*).

Die Verweisung betrifft das Bereicherungsrecht insgesamt, also vor allem die Voraussetzungen der Rückforderung bereits bezahlter Erfolgshonorare. Aus der in diesem Zusammenhang möglicherweise anwendbaren Vorschrift des § 814 BGB kann nicht rückgeschlossen werden, dass die Vergütungsvereinbarung insgesamt nichtig sein sollte (a.A. *Schneider/Wolf/Onderka, a.a.O.*).

e) Nach § 49b Abs. 1 BRAO dürfen **geringere Gebühren und Auslagen, als das Rechtsanwaltsvergütungsgesetz vorsieht**, nicht vereinbart werden, soweit dieses nichts anderes bestimmt. Gemäß § 4 Abs. 1 RVG sind geringere Gebühren in außergerichtlichen Angelegenheiten zulässig.

Der Zedent und der Beklagte sind allerdings durch mündliche Vereinbarung dahin übereingekommen, dass auch die Gebühren für das gerichtliche Verfahren erster Instanz durch die Erfolgshonorarvereinbarung abgegolten sein sollten. In Erfolgshonorarvereinbarungen sind derartige Regelungen unter den Voraussetzungen des § 4a Abs. 1 Satz 2 RVG zulässig, die hier nicht eingehalten wurden. Diesen Fall erfasst jedoch § 4b Satz 1 RVG ausdrücklich und in gleicher Weise wie die sonstigen Fälle des § 4a Abs. 1 und 2 sowie die Fälle des § 3a Abs. 1 Satz 1 und 2 RVG. Ein Rückschluss, dass aus diesem Grund Erfolgshonorarvereinbarungen generell gerade im Hinblick auf den Fall gerichtlicher Gebühren nichtig sein sollten, kann daraus folglich nicht abgeleitet werden. Auch hier greift, bezogen auf das vereinbarte Gesamthonorar, die Deckelungsregelung ein.

Die mündlich vereinbarte Honorarabrede verstieß zudem allerdings gegen § 3a Abs. 1 Satz 1 RVG. Sie war jedoch auch aus diesem Grund nicht unwirksam. Vielmehr gilt auch insoweit § 4b Satz 1 RVG und die dort festgelegte Deckelung.

f) Das hier angenommene Verständnis von § 4b RVG schafft klare Regelungen für die Folgen von Honorarvereinbarungen, welche die gesetzlichen Voraussetzungen nicht einhalten. Sie führen ohne Rückgriff auf Billigkeitserwägungen nach den Besonderheiten des Einzelfalls zu praktikablen Ergebnissen, zu denen auch die Rechtsprechung zum alten Recht in der Regel über § 242 BGB gelangt ist: Überstieg nach altem Recht eine nichtige Erfolgshonorarvereinbarung die gesetzlichen Gebühren, konnten ohnehin nur Letztere verlangt werden. War das vereinbarte Erfolgshonorar selbst bei Erfolg geringer als die gesetzlichen Gebühren, begrenzte im Regelfall § 242 BGB die Höhe des Honorars auf die vereinbarte Höhe.

Es verstieße, wie das Berufungsgericht zutreffend gesehen hat, gegen Treu und Glauben, wenn der rechtskundige Anwalt, dem insbesondere – anders als dem Mandanten – die materiellen Voraussetzungen und formalen Anforderungen für Gebührenvereinbarungen bekannt sein müssen, trotz – von ihm zumindest erkennbarer – unwirksamer Honorarvereinbarung, in denen er auf Gebühren in gesetzlicher Höhe gerade verzichtet, die deutlich höheren gesetzlichen Gebühren verlangen könnte.

g) **Der Umstand, dass der Beklagte um den Abschluss der Gebührenvereinbarung gebeten hatte, ist unerheblich.** Der Beklagte wollte seine Ausgaben planbar begrenzen und Rechtssicherheit erreichen. Über die Voraussetzungen, unter denen dies möglich war, hatte ihn der Zedent im Rahmen seiner Beratungspflicht zu unterrichten.

h) **Schließlich ist es ohne Belang, dass sich zuerst der Beklagte durch seinen Rechtsanwalt auf die Unwirksamkeit der Vergütungsvereinbarung berufen hat.** Die von diesem geltend gemachte Nichtigkeit der Erfolgshonorarvereinbarung liegt zwar tatsächlich nicht vor. Dem Beklagten war es aber unbenommen, seine Rechte in Anlehnung an eine verbreitete Auffassung in der Literatur und der Rechtsprechung zum früheren Recht geltend zu machen. Er kann sich jedenfalls jetzt noch auf die tatsächlichen Wirkungen des § 4b RVG berufen.

Treuwidrig ist dies jedenfalls so lange nicht, als der Mandant seinen Rechtsanwalt nicht über tatsächliche Umstände täuscht oder solche Umstände in Kenntnis ihrer Bedeutung verschweigt, die für die Wirksamkeit der Honorarvereinbarung von Bedeutung sind. **Dürfte der Mandant sich nicht auf Bedenken gegen die Wirksamkeit einer Erfolgshonorarvereinbarung berufen ohne befürchten zu müssen, sodann eine noch höhere Vergütung zu schulden, würde der Zweck des § 4a RVG verfehlt.**

3. Gegen die danach begründete Klageforderung in Höhe von 11.900 EUR hat das Berufungsgericht zutreffend die Hilfsaufrechnung in Höhe von 976,30 EUR durchgreifen lassen. Die Klägerin ist als Zessionarin in die Rechtstellung des Zedenten eingetreten. Zwischen ihr und dem Beklagten bestand eine Sondervereinbarung im Sinne des § 241 BGB. Die Klägerin hat Honoraransprüche in überzogener Höhe geltend gemacht und dadurch ihre vertraglichen Pflichten zur Rücksichtnahme verletzt (§ 280 Abs. 1 BGB; vgl. *BGH, Urt. v. 16.1.2009 – V ZR 133/08, BGHZ 179, 238 Rdnr. 17*).

Das erforderliche Verschulden setzt zwar voraus, dass derjenige, der unberechtigte Ansprüche geltend macht, diese nicht als plausibel ansehen durfte (*BGH, Urt. v. 23.1.2008 – VIII ZR 246/06, WM 2008, 561 Rdnr. 12 f; v. 16.1.2009, a.a.O., Rdnr. 20*). Von ihrem gemäß § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB zu vermutenden Verschulden hat sie sich jedoch nicht entlastet. Von der Klägerin als gewerblicher Zessionarin anwaltlicher Forderungen können zumindest die an einen Rechtsanwalt zu stellenden Sorgfaltspflichten verlangt werden.

Einem Rechtsanwalt musste jedenfalls, auch wenn die Rechtslage zu § 4b RVG bislang ungeklärt war, schon anhand der Rechtsprechung zum alten Recht klar gewesen sein, dass im Ergebnis nach den Grundsätzen von Treu und Glauben nicht ein Vielfaches des vereinbarten Erfolgshonorars wegen Nichtigkeit der entsprechenden Vereinbarung gefordert werden konnte. Demgemäß musste die Klägerin damit rechnen, dass sich der Beklagte zur Rechtsverteidigung gegen den geltend gemachten unberechtigten Anspruch eines kostenpflichtigen Anwalts in angemessener Weise bedienen würde. ■

Wirtschaftsprüferhaftung

- Dritthaftung gegenüber einer Bank
- Auskunftsvertrag
- Vorsätzlich sittenwidrige Schädigung
- Keine Einholung von Saldenbestätigungen
(*OLG Düsseldorf, Urt. v. 21.1.2015 – I-23 U 100/09*)

Leitsätze (d. Red.):

1. Teilt die geprüfte Kapitalgesellschaft dem Prüfer während der Prüfung mit, für welche Zwecke sie den geprüften Abschluss verwenden will, führt dies noch nicht zur Annahme eines Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten einer Bank, die aufgrund des geprüften Abschlusses der Kapitalgesellschaft ein Darlehen gibt.

2. Die direkte Übermittlung des Prüfberichts durch den Prüfer an die Bank mittels eines Boten begründet ebenso noch keinen Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter. Auf Zufälligkeiten der Übermittlung eines Prüfberichts kommt es für die Begründung der Haftung nicht an. ■

Zum Sachverhalt:

Die Klägerin war die Hausbank der A. GmbH (nachfolgend: A.), die Beklagte, eine Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, war mit der Prüfung der Jahresabschlüsse der A. u.a. für die Jahre 2003 und 2004 betraut, die von dem Steuerberater R. erstellt worden waren. Ein Geschäftsfeld der A. war die Durchführung von Bargeldtransporten. Hierzu holten Mitarbeiter von A. aus den Filialen der Kunden die Tageseinnahmen ab, die auf zwei Bundesbankkonten eingezahlt wurden.

Aufgrund seit dem Jahr 2001/2002 bestehender Liquiditätsprobleme veruntreuten die Geschäftsführer der A., die Herren M., seit Beginn des Jahres 2003 auf dem Bundesbankkonto ... eingezahlte Gelder, indem sie Kundengelder zur Begleichung von gegen die A. gerichteten Forderungen überwiesen. Um die Überweisungen zu „decken“, fingierten die Herren M. Rechnungen über tatsächlich nicht bestehende Forderungen. Im Oktober 2006 wurde das Insolvenzverfahren über die A. eröffnet.

Die Klägerin begehrt von der Beklagten Schadenersatz. Die Prüfung des Jahresabschlusses sei in vielfacher Hinsicht fehlerhaft gewesen. Zudem habe der Jahresabschluss weitergehende Prüfungen erwarten lassen, als die Beklagte tatsächlich durchgeführt habe. Bereits am 11.11.2005 hätten bei ordnungsgemäßer Prüfung der Beklagten die Manipulationen der Geschäftsführer aufgedeckt worden sein müssen. Gleichwohl habe die Beklagte der A. mit Schreiben vom 14.11.2005 und 24.5.2006 mitgeteilt, dass sich durch die Prüfung keine Änderungen des Jahresergebnisses ergeben würden.

Zum 28.6.2006 habe sie den Prüfbericht fertiggestellt und den Jahresabschluss bestätigt. Sie, die Klägerin, habe deshalb der A. Kredite bewilligt, mit denen sie überwiegend

ausgefallen sei. Ihr, der Klägerin, sei ein Schaden in Höhe von 2.135.726,95 EUR entstanden. Die Beklagte habe gewusst, dass die Schreiben vom 14.11.2005, 24.5.2006 und der Prüfbericht vom 28.6.2006 ihr, der Klägerin, als Voraussetzung der Bewilligung von Krediten von A. zugänglich gemacht worden seien.

Durch das angefochtene Urteil, auf das wegen der tatsächlichen Feststellungen verwiesen wird, hat das LG die Klage abgewiesen. Zwischen der Klägerin und der Beklagten sei kein Auskunftsvertrag über die Prüfergebnisse geschlossen worden, auch ein echter Vertrag zugunsten der Klägerin sei nicht begründet worden. Der Klägerin stehe auch kein Schadenersatzanspruch nach den Grundsätzen des Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte zu. Aufgrund der Regelung des § 323 Abs. 1 Satz 3 HGB komme eine vertragliche Haftung des Abschlussprüfers gegenüber Dritten nur unter besonderen Voraussetzungen in Betracht. Denn der Gesetzgeber habe die Haftung des Abschlussprüfers auf Ansprüche der geprüften Kapitalgesellschaft und verbundener Unternehmer beschränkt. Solche besonderen Voraussetzungen lägen nicht vor, zumal sich die Beklagte, nach ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen die schriftliche Zustimmung zu einer Weitergabe vorbehalten habe, die von ihr – unstreitig – nicht erteilt worden sei.

Auf die Schreiben vom 14.11.2005 und 24.5.2006 habe sich die Klägerin ohnehin nicht verlassen dürfen, da sie nur Auskunft über den Stand der Prüfungstätigkeit gegeben hätten. Zudem könne die Beklagte der Klägerin nicht weitergehend haften, als sie der A. haften würde. Gegenüber der A. könnte sich aber die Klägerin auf ein überwiegendes Mitverschulden berufen. Die Regelung des § 334 BGB sei nicht stillschweigend abbedungen worden. Schließlich sei nach dem Vortrag der Klägerin auch keine Haftung gemäß § 826 BGB begründet.

Gegen diese Entscheidung wendet sich die Klägerin mit ihrer Berufung. Die Beklagte habe maßgebliche Fehlleistungen vorsätzlich bzw. bewusst begangen. Die Beklagte habe es unterlassen, Saldenbestätigungen einzuholen. Ihr sei aus der Prüfung des Jahresabschlusses 2003 bekannt gewesen, dass Forderungen aus 2003 in Höhe von 1.764.000,00 EUR nicht bezahlt worden seien. Auch deshalb hätten Saldenbestätigungen eingeholt werden müssen.

Die Beklagte habe das Bundesbankkonto nicht inhaltlich geprüft, obwohl sie bei ihrer Prüfung eine Differenz in Höhe von 313.000,00 EUR festgestellt habe. Die Beklagte habe eine Belegprüfung unterlassen. Bei Durchführung einer Belegprüfung wären die Manipulationen der Geschäftsführer der A. zwingend aufgefallen. Die Geschäftsführer der A. seien ab dem Geschäftsjahr 2004 dazu übergegangen, nicht nur zur „Deckung“ der Überweisungen von dem Bundesbankkonto Rechnungen zu fingieren, sondern mit solchen fingierten Rechnungen einen möglichst hohen Debitorenbestand vorzutäuschen.

Das LG habe einen falschen Prüfungsmaßstab angelegt; es habe ihren Vortrag dahin missverstanden, sie wolle der

Beklagten zum Vorwurf machen, keine detektivische Ermittlungsarbeit geleistet zu haben. Ein Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter sei zu bejahen. Zwischen den Kurztestaten und dem schriftlichen Prüfungsbericht müsse differenziert werden. Die Kurztestate seien Zusatzleistungen des Abschlussprüfers, auf die § 323 HGB keine Anwendung finde.

Auch die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten könnten auf die Kurztestate keine Anwendung finden. Da die Kurztestate zur Weiterleitung an sie, die Klägerin, bestimmt gewesen seien, habe die Beklagte dieser Weiterleitung zugestimmt und sie, die Klägerin, in den Schutzbereich des zwischen der Beklagten und der A. geschlossenen Vertrag über die Erstellung des Jahresabschlusses eingeschlossen.

Zudem sei angesichts der Übersendung der Kurztestate von einem Auskunftsvertrag zwischen der Beklagten und A. auszugehen, in dessen Schutzbereich sie, die Klägerin, eingeschlossen sei. Die Kurztestate hätten, zumal in Ansehung ihres Zwecks, eine verbindliche Auskunft zum Gegenstand gehabt, zumal die Prüfungstätigkeit beendet gewesen sei. Von dem Vorbehalt der Beklagten im Schreiben vom 14.11.2005, wonach Rückfragen möglich seien, habe sie, die Klägerin, keine Kenntnis gehabt. Sie habe das Schreiben vom 14.11.2005 erhalten. Auch bezüglich des Prüfungsberichts vom 28.6.2006 lägen die Voraussetzungen für einen Vertrag mit Schutzwirkung zu ihren Gunsten vor.

Das LG habe die von ihm herangezogene Rechtsprechung falsch interpretiert. Die Weitergabe des Berichts an sie, die Klägerin, sei von der Beklagten mit A. abgesprochen gewesen, die Beklagte habe positive Kenntnis von dem konkreten Verwendungszweck gehabt und sie habe an der Übersendung aktiv mitgewirkt. Auch die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten stünden ihrer Einbeziehung in den Schutzbereich des Vertrages nicht entgegen. Rechtlich unzutreffend seien die Ausführungen des LG zu § 334 BGB. Zudem könne sich die Beklagte wegen Versäumung ihrer Prüfungspflichten nicht auf ein Verschulden der A. berufen.

Zu Unrecht habe das LG einen Schadenersatzanspruch gemäß § 826 BGB verneint.

1. Die Beklagte habe die Prüfung des Bundesbankkontos ... unterlassen. Die Annahme des LG, die Beklagte habe es stichprobenartig untersucht, sei unzutreffend. Die Prüfung des Kontos wäre zwingend gewesen, da bereits bei Prüfung des Jahresabschlusses 2003 eine Vermischung von Fremd- und Eigenmitteln festgestellt worden sei, beim Jahresabschluss 2004 ein nicht aufgeklärter Saldo von 313.280,32 EUR festgestellt worden sei und sich A. in Liquiditätsschwierigkeiten befunden habe.

Die Tätigkeit des Sachverständigen L. entlaste die Beklagte nicht, da er keine inhaltliche Überprüfung des Kontos vorgenommen habe. Zudem sei das LG unzutreffend davon ausgegangen, dass ein Treuhandkonto nicht in die Bilanz aufgenommen und geprüft werden müsse. Die Beklagte hätte auch die Zahlungseingänge von dem Bundesbankkonto auf Konten der A. pflichtwidrig nicht geprüft.

2. Die Beklagte habe pflichtwidrig auf Saldenbestätigungen verzichtet. Dass die Beklagte alternative Prüfungsmethoden angewandt habe, werde bestritten.

3. Die Beklagte habe über die von ihr entfalteten Prüfungen im Abschlussbericht getäuscht. Sie, die Klägerin, habe davon ausgehen müssen, dass der Prüfung der Beklagten Saldenbestätigungen zu Grunde gelegen hätten.

4. Die Beklagte habe einen nicht geklärten Forderungsausfall in Höhe von 1.764.000,00 EUR ignoriert.

(Anträge: ...)

Die Beklagte tritt der Berufung entgegen. Ein Vertrag zwischen der Klägerin und ihr sei nicht zustande gekommen. Ein gesonderter Auskunftsvertrag zwischen ihr und A. sei nicht begründet worden. Mitteilungen über die Beendigung der Prüfungstätigkeit und deren Ergebnis seien für einen Abschlussprüfer üblich und ließen daher nicht auf den Abschluss eines gesonderten Vertrages schließen. Ohnehin habe die Klägerin ihre Kreditentscheidungen aufgrund von Angaben des Steuerberaters R. geschlossen, nicht wegen ihrer, der Beklagten, Angaben.

Bei den Kreditentscheidungen habe die Klägerin gegen § 18 KWG verstoßen, weshalb sie sich ein Mitverschulden entgegenhalten lassen müsse. Die Klägerin werfe ihr zu Unrecht Pflichtverletzungen vor. Das Absehen von Saldenbestätigungen sei nicht pflichtwidrig gewesen, zumal nicht feststehe, dass bereits 2003 und 2004 fingierte Forderungen aktiviert gewesen seien, die durch Saldenbestätigungen hätten aufgedeckt werden können. Die Einzelwertberichtigung sei nicht auffällig gewesen. Eine Belegeinzelprüfung entspreche nicht den Standards, sie sei auch nicht wegen der Abstimmung des Buchhaltungskontos ... erforderlich gewesen. Zudem wäre eine Aufdeckung der Manipulationen angesichts hunderttausender Buchungseinträge unwahrscheinlich gewesen. Anhaltspunkte für die Veruntreuung habe es nicht gegeben. (...) ■

Aus den Gründen:

Die zulässige Berufung hat im Ergebnis keinen Erfolg.

1. Zu Recht hat das LG es abgelehnt, der Klägerin einen Schadenersatzanspruch nach den Grundsätzen des **Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte** zuzugestehen. Denn die Klägerin ist in den Schutzbereich des Abschlussprüfervertrages zwischen A. und der Beklagten nicht einbezogen worden. Allerdings kommt auch bei einem Abschlussprüfer, der mit der (Pflicht-) Prüfung einer Kapitalgesellschaft betraut ist, eine Haftung gegenüber einem Dritten in Betracht. **§ 323 Abs. 1 Satz 3 HGB schließt eine solche Haftung nicht aus.** An die Annahme einer (stillschweigenden) vertraglichen Einbeziehung des Dritten in den Schutzbereich sind aber strenge Anforderungen zu stellen.

Dem Abschlussprüfer muss erkennbar sein, dass von ihm im Drittinteresse eine besondere Leistung erwartet wird, die über die Erbringung der gesetzlich vorgeschriebenen Pflicht-

prüfung hinausgeht (BGH, Urt. v. 14.6.2012 – IX ZR 145/11, NJW 2012, 3165; Urt. v. 7.5.2009 – III ZR 277/08, DStRE 2010, 193; Urt. v. 6.4.2006 – III ZR 256/04, NJW 2006, 1975). So liegt der Fall hier nicht.

Die Beklagte ist lediglich im Rahmen der Abschlussprüfung tätig geworden. Sie hat keine besondere Leistung erbracht, die über die Abschlussprüfung hinausgeht. Der Umstand, dass die Beklagte – nach der Behauptung der Klägerin – wusste und mit ihr abgesprochen war, dass der Prüfbericht und die Schreiben vom 14.11.2005 und 24.5.2006 der Klägerin vorgelegt wurden, begründet keine besondere Leistung in dem vorgenannten Sinne.

Es ist üblich, dass sich eine Bank – so auch die Klägerin – Jahresabschlüsse von Kapitalgesellschaften vorlegen lässt, wenn sie über einen Kredit entscheidet. Von dem Jahresabschluss ist damit in einer Art und Weise Gebrauch gemacht worden, mit der von der Beklagten ohnehin zu rechnen war. Sie mag demnach zwar Kenntnis von einer konkreten Verwendung des Ergebnisses ihrer Prüfung erlangt haben, dies war jedoch für die von ihr entfaltete Tätigkeit ohne Belang. Unstreitig war die Beklagte an den Finanzierungsverhandlungen nicht beteiligt und ist es nicht zu Kontakt zwischen der Klägerin und der Beklagten gekommen. Eine „Sonderstellung“ der Klägerin bezüglich der Haftung wäre danach nicht gerechtfertigt.

So hätte die A. die testierten Jahresabschlüsse und die Schreiben vom 14.11.2005 und 24.5.2006 auch anderen potentiellen Kreditgebern vorlegen können. Warum sich allein aus der Kenntnis der Beklagten, dass sich die A. bei der Klägerin um einen Kredit bemühen wollte, eine Haftung gegenüber der Klägerin ergeben sollte, erschließt sich danach nicht. **Die Anerkennung einer solchen Haftungsbegründung würde auch zu einer erheblichen Ausweitung der Haftung führen, wenn die geprüfte Kapitalgesellschaft dem Prüfer während der Prüfung mitteilt, für welche Zwecke sie den geprüften Abschluss verwenden wolle.**

So könnte der Prüfer erfahren, dass der Jahresabschluss für Kreditverhandlungen mit einer **Vielzahl von Kreditgebern** benötigt werde. Nach der Rechtsauffassung der Klägerin würden in diesem Fall sämtliche Kreditgeber in den Schutzbereich einbezogen, was mit § 323 Abs. 1 Satz 3 HGB und den strengen Anforderungen der Rechtsprechung des BGH nicht in Einklang zu bringen ist. Auch ist es nicht erheblich, dass die Beklagte den Prüfbericht einem Boten (von A.) ausgehändigt hat, der den Prüfbericht zur Klägerin gebracht hat. **Auf Zufälligkeiten der Übermittlung eines Prüfberichts kann es für die Begründung der Haftung nicht ankommen.**

Entgegen der Auffassung der Klägerin gelten die vorstehenden Erwägungen auch für die Schreiben vom 14.11.2005 und 24.5.2006. Durch diese Schreiben hat die Beklagte vorab über das Ergebnis ihrer Prüfung unterrichtet. Es wäre danach nicht angemessen, für die Haftung der Beklagten zwischen dem geprüften Jahresabschluss und den „**Vorankündigungen**“ zu unterscheiden. In beiden Fällen geht es um die Frage, inwieweit die Klägerin durch den Vertrag über die

Abschlussprüfung geschützt ist. Hierfür kommt es aber auf die Form der Mitteilung des Ergebnisses nicht an.

So geht auch der Vorwurf der Klägerin an die Beklagte dahin, sie habe pflichtwidrig bei der Prüfung die Manipulationen der Geschäftsführer der A. nicht aufgedeckt. Sie stützt ihren Anspruch also sowohl bezüglich des geprüften Jahresabschlusses als auch bezüglich der Mitteilungen vom 14.11.2005 und 24.5.2006 auf eine unzureichende Abschlussprüfung. Auch dies belegt, dass die Voraussetzungen eines Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte für die Schreiben vom 14.11.2005 und 24.5.2006 nicht anders beurteilt werden können.

Nicht zu folgen vermag der Senat der Rechtsansicht der Klägerin, es sei zusätzlich zu dem Vertrag über die Abschlussprüfung ein **gesonderter Auskunftsvertrag** zwischen Beklagter und A. zur Erstellung der Schreiben vom 14.11.2005 und 24.5.2006 begründet worden. Die Beklagte hat die Klägerin vorab über das Ergebnis ihrer Abschlussprüfung informiert. Hierfür bedurfte es keines gesonderten Vertrages. Zudem würden auch insoweit die Voraussetzungen eines Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte nicht vorliegen, da die Beklagte Auskunft über das Ergebnis ihrer Prüfungstätigkeit erteilte.

Die Anforderungen an eine Einbeziehung Dritter in den Schutzbereich eines etwaigen Auskunftsvertrages über das Ergebnis der Abschlussprüfung können nicht weniger streng ausgestaltet sein.

Danach besteht keine quasivertragliche Haftung der Beklagten. Auf den Berufungsangriff gegen die Argumentation des LG zu Ziffer 7 AAB kommt es danach nicht an, ebenso nicht darauf, welcher Aussagegehalt den Schreiben vom 14.11.2005 und 24.5.2006 zukam. Dahingestellt bleiben kann auch, ob sich die Klägerin ein Mitverschulden der Geschäftsführer der A. zurechnen lassen müsste (vgl. hierzu Jagmann, in: Staudinger, BGB, 2009, § 328 Rdnr. 111).

2. Im Ergebnis zu Recht hat das LG auch eine Haftung der Beklagten gemäß **§ 826 BGB** verneint.

Ein Wirtschaftsprüfer haftet gemäß § 826 BGB für fehlerhafte Testate oder sonstige im Rahmen der Prüfung abgegebene Erklärungen, wenn er ein **leichtfertiges oder gewissenloses Verhalten** an den Tag gelegt hat, das als sittenwidrig erscheint.

Das kann der Fall sein, wenn der Wirtschaftsprüfer seinem Testat nachlässige Ermittlungen oder gar Angaben „ins Blaue hinein“ zu Grunde legt, er durch unzutreffende Angaben den Anschein erweckt, er habe die Grundlagen seiner Expertise geprüft, er durch fehlerhafte Äußerungen den eigenen Vorteil ohne Rücksicht auf die Belange Dritter sucht oder aus sonstigen Gründen gleichgültig gegenüber den Folgen seines Verhaltens ist und damit eine Rücksichtslosigkeit gegenüber dem Adressaten seiner Expertise und den in seinem Informationsbereich stehenden Dritten zeigt, die wegen der Bedeutung seiner Äußerung für deren Entschlüsse und wegen der von ihm in Anspruch genommenen Fachkunde als gewissenlos bezeichnet werden muss.

Zudem muss der Wirtschaftsprüfer mit zumindest bedingtem Vorsatz handeln, der allerdings durch die Art und Weise des Sittenverstoßes bewiesen werden kann (vgl. D. Fischer, in: *Zugehör u.a., Handbuch der Anwaltschaft, 3. Aufl., Rdnr. 2057 f m. zahlreichen Nachw. d. Rechtsprechung*).

Nach Maßgabe dieser Grundsätze lässt sich eine Haftung der Beklagten gemäß §§ 826, 31 BGB wegen einer sittenwidrigen Schädigung des mit Prüfung befassten Geschäftsführers nicht begründen. Nach den Ausführungen des Gutachters L. ist die Annahme, der Geschäftsführer der Beklagten habe leichtfertig geprüft und hätte bei gewissenhafter Prüfung die Manipulation der Geschäftsführer der A. aufdecken müssen, nicht gerechtfertigt.

Zwar hat der Sachverständige L. festgestellt, dass die Beklagte bei der Prüfung des Bundesbankkontos ... es unterlassen habe, die Ausbuchung in Höhe von ca. 313.000,00 EUR zu analysieren. Die Beklagte habe aber keine eindeutig erkennbaren Anhaltspunkte für Manipulationen gehabt und es steht nach den Feststellungen des Sachverständigen nicht einmal fest, ob eine vertiefte Prüfung des Bundesbankkontos und des Finanzbuchhaltungskontos ... zur Aufdeckung der Veruntreuung der Kundengelder geführt hätte.

Hierzu hat der Sachverständige im Rahmen seiner Anhörung ergänzend ausgeführt, dass sich zur Analyse der Ausbuchung primär eine Rückfrage bei A. angeboten hätte, deren Geschäftsführer, deren Betrugereien geschickt gewesen seien, vermutlich eine plausible Erklärung hätten liefern können. Dem von der Klägerin hervorgehobenen Aspekt, dass es sich bei dem Bundesbankkonto nicht um ein „echtes Treuhandkonto“ gehandelt habe, hat der Sachverständige L. nach den Ausführungen in seiner Anhörung keine Bedeutung beigemessen.

Er sei unabhängig von der rechtlichen Qualifikation des Kontos davon ausgegangen, dass die das Konto betreffenden Zahlungsvorgänge – wie auch die Ausbuchung in Höhe von ca. 313.000,00 EUR – hätten geprüft werden müssen, zumal der Begriff der „Treuhand“ nicht eindeutig sei. Verneint hat der Sachverständige die von der Klägerin in den Raum gestellte Möglichkeit, die Beziehung von das Bundesbankkonto ... betreffenden Kontounterlagen könnte weitergehende Erkenntnisse erbringen. **Hinzu kommt nach den Ausführungen des Sachverständigen, dass zur Abschlussprüfung nicht die Prüfung sämtlicher Kontounterlagen gehört, weshalb eine Pflichtverletzung der Beklagten unter diesem Aspekt ausscheidet.**

Der rechtlichen Bewertung der Klägerin, nach den Feststellungen des Sachverständigen sei von einer vorsätzlichen oder zumindest besonders groben Pflichtverletzung der Beklagten auszugehen, vermag der Senat nicht zu folgen. Bereits der Ausgangspunkt der rechtlichen Beurteilung der Klägerin, die Beklagte habe das Bundesbankkonto ... wegen der Qualifikation als Treuhandkonto nicht in die Prüfung einbezogen, ist nicht richtig. Der Sachverständige L. hat in seinem Gutachten die von der Beklagten in Bezug auf das Bundesbankkonto entfaltete Prüfung dargestellt.

Auf Seite 16 des Gutachtens fasst er die Prüfung der Beklagten nochmals zusammen und zieht den Schluss, dass die Prüfung der Beklagten nur schwachen Prüfungsmaßstäben genüge und daher lediglich von einer oberflächlichen Verplausibilisierung der Stichtagsbestände der Bundesbankkonten und der ausstehenden Poolgelder ausgegangen werden kann. Die Beklagte habe es allerdings unterlassen, die Ausbuchung in Höhe von ca. 313.000,00 EUR zu analysieren, was angesichts der für die Risikoeinschätzung maßgeblichen Faktoren aber zwingend gewesen sei, auch wenn die Prüfungshandlungen des Sachverständigen L. in gewissem Umfang risikomindernd zu berücksichtigen waren.

Danach liegt zwar ein Fehler der Beklagten vor, dieser übersteigt jedoch nicht die (hohe) Schwelle des § 826 BGB. Auch der Sachverständige hat keine Anhaltspunkte dafür gesehen, dass sich die Beklagte leichtfertig und gewissenlos über ihr bekannte Bedenken hinweggesetzt hätte oder bewusst auf Prüfungshandlungen verzichtet hätte, die sie selbst für unerlässlich hielt und gleichwohl die Abschlussprüfung testierte. Soweit die Klägerin darauf verweist, der Sachverständige sei von grober Fahrlässigkeit ausgegangen, trifft dies nicht zu. Der Sachverständige hat ausgeführt, dass die Grenze der groben Fahrlässigkeit möglicherweise erreicht, allerdings gerade noch nicht überschritten sein könnte.

Keine Rolle spielt es nach den Ausführungen des Sachverständigen für die Beurteilung der Abschlussprüfung, ob die **Buchführung von Mitarbeitern** der A. oder deren Steuerberater geführt wurde. **Die Übernahme der Buchführung durch einen Steuerberater bedeute nicht notwendig, dass er eine Kontrollfunktion übernehme.** Im Gegenteil könne auch eine vom (externen) Steuerberater erstellte Buchführung fehlerhaft sein, dies sei erfahrungsgemäß auch oft der Fall.

Der von der Klägerin angesprochene Aspekt, die Beklagte sei bei der Prüfungsplanung von einer Buchführung durch den Steuerberater R. ausgegangen, belegt danach keine relevante Pflichtverletzung der Beklagten. Ergänzend weist der Senat darauf hin, dass die Beklagte bei der Prüfung selbst davon ausgegangen ist, dass A. die Buchführung intern erledigte und nicht durch den Steuerberater R. erledigen ließ. So heißt es in dem Prüfungsbericht zum 31.12.2004: „Die Verlagerung der Buchhaltung in die Gesellschaft hat im Berichtsjahr noch nicht zur Realisierung der angestrebten zeitnahen Auswertungen des Rechnungswesens geführt“. Danach liegt eine Pflichtverletzung bei der Prüfung selbst fern, auch wenn die Beklagte bei der Prüfungsplanung noch davon ausgegangen sein sollte, der Steuerberater R. erledige die Buchführung.

Bezüglich der **nicht eingeholten Saldenbestätigungen** hat der Sachverständige ausgeführt, dass die Beklagte die von ihr durchgeführte alternative Prüfung der Forderungen der A. sehr umfänglich und mit großem Arbeitsaufwand ausgeführt hat. Auch hat der Sachverständige trotz der zwischenzeitlich vorliegenden Erkenntnisse keine Anhaltspunkte für Manipulationen bei den von der Beklagten geprüften Rechnungen feststellen können.

Zwar wertet der Sachverständige den **Verzicht auf die Einholung von Saldenbestätigungen als Berufspflichtverletzung**, gleichwohl habe die Beklagte aber **alternative Prüfungshandlungen** von sehr hohem Umfang entfaltet. Von einem leichtfertigen Verhalten der Beklagten kann daher nicht die Rede sein. Entgegen der Auffassung der Klägerin ist nach den Feststellungen des Sachverständigen eine vorsätzliche oder besonders grobe Pflichtverletzung nicht belegt. Der Sachverständige hat dargestellt, dass die Erforderlichkeit der Einholung von Saldenbestätigungen von mehreren Wertungen abhängig ist und der Prüfer eine Ermessensentscheidung zu treffen hat, ob er Saldenbestätigungen einholt oder eine alternative Prüfungsmethode anwendet.

Danach besteht kein Anhaltspunkt für eine vorsätzliche Pflichtverletzung. **Allein aus dem festgestellten Umstand, dass eine Ermessensentscheidung fehlerhaft getroffen worden ist, kann nicht ohne weiteres eine bewusste Pflichtverletzung abgeleitet werden.** Für die Wertung der Klägerin, der Beklagten sei ihre Pflichtverletzung bekannt gewesen, gibt es daher keine ausreichende Grundlage. Gerade bei Ermessensentscheidungen sind fahrlässige Fehler häufig.

Der Sachverständige hat des Weiteren dargelegt, dass die von der Beklagten getroffene Ermessensentscheidung, keine Saldenbestätigungen einzuholen, zwar fehlerhaft war, jedoch aus seiner sachverständigen Sicht als Wirtschaftsprüfer nicht als besondere schwere Pflichtverletzung zu werten ist, auch seien keine Anhaltspunkte dafür erkennbar, dass sich die Beklagte leichtfertig über erkannte Bedenken hinweggesetzt hätte. Diese Wertung erachtet der Senat als zutreffend, **insbesondere die Entfaltung einer umfangreichen, alternativen Prüfung spricht gegen eine Leichtfertigkeit der Beklagten.** An dieser Bewertung ändert nichts, dass die alternative Prüfung nach den Feststellungen des Sachverständigen selbst Mängel aufwies.

Wenn der Sachverständige feststellt, dass die alternative Prüfung der Beklagten durch Zahlungsausgleichsprüfung (bei bezahlten Rechnungen) und durch stichprobenartige Einsichtnahme in Auftragsbestätigungen und Stundenzettel (bei nicht bezahlten Rechnungen) Schwächen aufgewiesen habe, weil Zahlungsausgleiche keinen vollständigen Nachweis der Berechtigung einer Forderung erbringen würden und sich die Stichproben nur auf Eigenbelege bezogen hätten, so geht es im Kern abermals um die Frage, ob der Verzicht auf Saldenbestätigungen der Kunden oder andere Fremdbelege angemessen war. So resümiert der Sachverständige, dass die von alternativen Prüfungshandlungen geforderte Prüfungssicherheit nicht erreicht wurde.

So hat der Sachverständige auch in seiner Anhörung nochmals klargestellt, dass durch die **alternative Prüfung** der Beklagten nicht sicher festgestellt werden können, ob Forderungen tatsächlich bestehen. Gerade deshalb hätte die Klägerin **Saldenbestätigungen** einholen müssen, es belegt aber **nicht eine pflichtwidrige oder besonders schwere Pflichtverletzung**, dass die (aufwändige) alternative Prüfung der Beklagten letztlich zu unzutreffenden Ergebnissen führte, weil die Zahlungsausgleiche und andere Unterlagen fingiert waren.

Eine **Täuschung über den Prüfungsumfang** ist nicht erkennbar. Der Sachverständige L. hat ausgeführt, dass die Klägerin nicht davon ausgehen können, dass Saldenbestätigungen eingeholt worden seien. Dies hat er im Rahmen seiner Anhörung nochmals bekräftigt. Er hat ausgeführt, dass ein entsprechender Hinweis in dem Prüfungsbericht zwar sinnvoll gewesen wäre, gleichwohl aber ein Leser des Prüfungsberichts auch nicht davon hätte ausgehen können, dass Saldenbestätigungen eingeholt worden seien. Die Argumentation ist auch nicht „logisch unzulänglich“. Richtig ist zwar, dass eine nicht bestehende Forderung nicht werthaltig ist. Gleichwohl sind Verität und Bonität einer Forderung zu entscheiden, wie der Sachverständige in der Anhörung ausgeführt hat.

Danach ist es möglich, unabhängig von dem Bestehen einer Forderung die Werthaltigkeit zu untersuchen, zum Beispiel indem die Zahlungsfähigkeit des Schuldners der Forderung bewertet wird. Dementsprechend kann der Schwerpunkt einer Prüfung getrennt auf das Bestehen von Forderungen oder deren Werthaltigkeit gelegt werden. Eine Prüfung der Werthaltigkeit von Forderungen umfasst daher nicht stets eine Prüfung ihres Bestehens. Eine bewusste Täuschung durch die Beklagte lässt sich danach nicht feststellen.

Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass aus dem Prüfbericht ersichtlich war, dass Saldenbestätigungen nicht eingeholt worden sind.

Eine Täuschung kann auch nicht darin erkannt werden, dass in dem Prüfungsbericht ein „IKS“ (internes Kontrollsystem) erwähnt wird. Der Sachverständige hat erklärt, dass es sich bei der von der Klägerin angesprochenen Passage des Prüfungsberichtes um eine standardisierte Formulierung handelt, eine Bewertung der Qualität des internen Kontrollsystems aber nicht erfolgt sei und so ein Leser des Prüfungsberichts hieraus keine Schlüsse habe ziehen können.

Schließlich ist auch eine bewusste oder besonders grobe Pflichtverletzung wegen des Unterlassens der Aufklärung der Bilanzierung eines Forderungsausfalls bzw. einer Einzelwertberichtigung nicht belegt. Vorab ist klarzustellen, dass der von der Klägerin behauptete „Forderungsausfall“ in Höhe von 1.764.000,00 EUR nicht den streitgegenständlichen Jahresabschluss zum 31.12.2004 betrifft. Zu den ausgebuchten Forderungen hat der Sachverständige L. festgestellt, dass die Ausbuchung Anlass gegeben habe, die gebuchten Forderungen bezüglich ihrer Werthaltigkeit zu hinterfragen. Dem sei die Beklagte durch ausgeweitete Prüfungshandlungen im Bereich der Prüfung des Forderungsbestandes und der Umsatzrealisierung begegnet. Offenkundige Anzeichen für Unrichtigkeiten oder Manipulationen seien nicht erkennbar gewesen und es könne – wenn überhaupt – eine leichte Pflichtverletzung deshalb vorliegen, weil ein weiterer Wertberichtigungsbedarf nicht geprüft worden sei.

Auch in der Gesamtschau ist danach festzustellen, dass die Prüfungstätigkeit der Beklagten zwar fehlerhaft war, die Fehler jedoch nicht die (hohe) Schwelle überschreiten, die Voraussetzung einer Haftung gemäß § 826 BGB ist. (...) ■

Anwaltshaftung

■ Darlegungslast
(OLG Koblenz, Beschl. v. 25.11.2014 – 5 U 904/14)

Leitsätze:

1. Lastet der Mandant seinem Rechtsanwalt an, in einem Vorprozess mit Klage und Widerklage pflichtwidrig zu einem Abfindungsvergleich geraten zu haben, nach dem keinerlei wechselseitige Ansprüche bestehen, muss im Haftpflichtprozess auch dargelegt werden, wie das Gericht im Ausgangsverfahren über die gegen den Mandant gerichteten Ansprüche des dortigen Prozessgegners streitig entschieden hätte.

2. Konkreter Sachvortrag zu den materiellrechtlichen Voraussetzungen des Vergütungsanspruchs eines Außendienstmitarbeiters kann auch im Regressprozess nicht durch Vorlage von Rechnungen ersetzt werden, deren Tatsachengrundlagen streitig sind. Auch eine Schadensschätzung nach § 287 ZPO ist in einem derartigen Fall nicht möglich. ■

Zum Sachverhalt:

1. Der Kläger nimmt vier in einer Sozietät verbundene Rechtsanwälte auf Zahlung von 29.254,20 EUR Schadenersatz nebst Zinsen sowie Erstattung vorgerichtlicher Anwaltskosten von 1.358,86 EUR in Anspruch. Er wirft ihnen vor, den Anwaltsvertrag zu seiner gerichtlichen Vertretung in dem Rechtsstreit 7 Ca 3908/11 ArbG Koblenz dadurch schlecht erfüllt zu haben, dass sie ihm nicht von einem dort am 13.12.2012 geschlossenen Vergleich abrieten. Dem liegt im Einzelnen folgender Sachverhalt zu Grunde:

Klägerin in jenem Rechtsstreit war ein bundesweit tätiges Unternehmen, das sich mit der Erstellung von Heiz- und Nebenkostenabrechnungen befasst (künftig: Arbeitgeberin). Beklagter und Widerkläger war der Kläger des hiesigen Rechtsstreits.

Er hatte sich 2001 vertraglich verpflichtet, für seine Arbeitgeberin firmenspezifische Arbeiten durchzuführen.

Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses 2008 verlangte die Arbeitgeberin zunächst diverse Gegenstände zurück, die sie dem Beklagten zur Durchführung der Arbeiten überlassen hatte. In dem Anfang 2010 eingeleiteten Rechtsstreit 7 Ca 3908/11 ArbG Koblenz begehrte sie dann Schadenersatz von 11.406,58 EUR nebst Zinsen wegen Nichterfüllung der Rückgabepflicht.

Der Kläger behauptete erhebliche Gegenforderungen.

Die Arbeitgeberin replizierte, sie bestreite sämtliche vom Kläger nicht ansatzweise substantiierten Gegenforderungen nach Grund und Höhe. Soweit die behaupteten Ansprüche bis Ende 2007 entstanden seien, greife zudem die von ihr erhobene Verjährungseinrede.

Für den Kläger bestellten sich die im vorliegenden Rechtsstreit beklagten Anwälte als Prozessvertreter und baten um Klageabweisung. Am 28. Februar 2012 erhoben sie für den Kläger Widerklage auf Zahlung von 29.254,20 EUR.

Das ArbG wies mehrfach darauf hin, dass es die Gegenansprüche des Klägers als nicht hinreichend substantiiert ansehe.

In der mündlichen Verhandlung am 13.12.2012 verhandelten die Parteien zunächst streitig. Mit Blick auf die Verjährungseinrede behauptete Rechtsanwalt A., der gemeinsam mit dem Kläger zur Sitzung erschienen war, ein Mitarbeiter der Arbeitgeberin, Herr M. L., habe auf die Verjährungseinrede verzichtet.

Sodann schlossen die Parteien des Arbeitsrechtsstreits einen Vergleich, wonach wechselseitig keinerlei Ansprüche mehr bestehen. Der anwesende Kläger akzeptierte diese Vereinbarung.

Im vorliegenden Rechtsstreit lastet er den Beklagten an, ihn im Arbeitsgerichtsprozess schlecht beraten und vertreten zu haben. Ohne den von Rechtsanwalt A. nachdrücklich befürworteten Vergleich hätte er die Widerklageforderung umfassend durchsetzen und bei der Arbeitgeberin realisieren können. Den insoweit entstandenen Schaden müssten die Beklagten wegen Schlechterfüllung des Anwaltsvertrages ersetzen.

Die Beklagten haben erwidert, im Vorprozess habe der Kläger sie nur unzureichend mit Informationen versorgt. Nur daran sei die vom ArbG zu Recht vermisste Substantiierung der Widerklageforderung gescheitert. Auch fehle es am Schaden, weil die Arbeitgeberin des Klägers im Vorprozess ohne den Vergleich mit ihrer Klage umfassend Erfolg gehabt hätte. Der erstmals in der mündlichen Verhandlung des ArbG am 13.12.2012 erhobenen Verjährungseinrede hätten sie vorher nicht durch verjährungsunterbrechende Maßnahmen begegnen können.

2. Das LG, auf dessen Entscheidung zur weiteren Darstellung des erstinstanzlichen Sach- und Streitstandes Bezug genommen wird, hat die Klage abgewiesen. Ein Schadenersatzanspruch wegen Schlechterfüllung des Geschäftsbesorgungsvertrages (§§ 675, 276, 280 BGB) stehe dem Kläger nicht zu. Die Mängel des Sachvortrags im Arbeitsgerichtsprozess seien dem Kläger selbst anzulasten, der seine damaligen Bevollmächtigten nur unzulänglich informiert habe.

3. Dagegen wendet sich der Kläger mit der Berufung. Er wiederholt, vertieft und ergänzt sein erstinstanzliches Vorbringen nach Maßgabe der Berufungsbegründung vom 1.10.2014, auf die wegen der Einzelheiten verwiesen wird.

Die Beklagten verteidigen die Entscheidung des LG. Insoweit nimmt der Senat auf die Berufungserwidern vom 13.11.2014 und den Schriftsatz vom 17.11.2014 Bezug. ■

Aus den Gründen:

4. Das zulässige Rechtsmittel ist nicht begründet. Das LG hat die Klage mit zutreffenden Erwägungen zu Recht abgewiesen. Der Senat nimmt statt Wiederholung auf die Gründe des angefochtenen Urteils Bezug. Ergänzend ist zu bemerken:

a. Der Senat hält die vorliegende Regressklage schon deshalb für teilweise nicht schlüssig, weil es an einer ausreichenden Darlegung des Schadenumfangs fehlt.

Im Vorprozess bestand die besondere Verfahrenssituation, dass der Kläger seinerseits mit einer Schadenersatzforderung der Arbeitgeberin konfrontiert war. Indem er die Berechtigung dieser Forderung insgesamt bestritt und mit seinem behaupteten Zahlungsanspruch von 29.254,20 EUR einerseits aufrechnete und ihn andererseits zum Gegenstand einer Widerklage machte, war klargestellt, dass es sich nur um eine Hilfsaufrechnung handelte, die nach eigener Einschätzung des Klägers aber nicht zum Tragen kam, weil er die Forderung der Arbeitgeberin als umfassend unbegründet ansah.

Zur **Darlegung des Schadenumfangs** im vorliegenden Regressprozess war es daher erforderlich, darzulegen und in geeigneter Form **unter Beweis zu stellen, dass die Hypothese zutrifft, wonach die Schadenersatzklage der Arbeitgeberin bei streitiger Durchführung jenes Verfahrens umfassend gescheitert wäre**. Dazu fehlt jeder Sachvortrag des Klägers, so dass nicht zu ersehen ist, was in jenem Rechtsstreit im Einzelnen Gegenstand der Klage war und wie das ArbG darüber hätte entscheiden müssen.

Da der Kläger im vorliegenden Regressprozess zugesteht, „noch bei ihm gelagertes Material“ der Arbeitgeberin zurückbehalten zu haben, ist nach seinem eigenen Vortrag ausgeschlossen, dass das ArbG die darauf gestützte Zahlungsklage der Arbeitgeberin als insgesamt unbegründet abgewiesen hätte.

Es ist nicht Aufgabe des Senats, sich den entscheidungserheblichen Prozessstoff der Klage in jenem Rechtsstreit aus den Akten des ArbG zusammenzusuchen. Denn im Zivilprozess gilt der Beibringungsgrundsatz; das Gericht hat daher den maßgeblichen Sachverhalt nicht von Amts wegen zu ermitteln.

Da nach alledem die Schadenersatzklage der Arbeitgeberin im Vorprozess ganz oder teilweise Erfolg gehabt hätte, wäre sie insoweit wegen der nunmehr greifenden Hilfsaufrechnung des Klägers im Ergebnis gleichwohl gescheitert. Daraus erschließt sich, dass der Schaden des Klägers gegebenenfalls nicht (mehr) den im vorliegenden Regressprozess behaupteten Umfang von 29.254,20 EUR haben kann.

Die Regressklage berücksichtigt das nicht und geht damit daran vorbei, dass es nach einem Vergleich, der wechselseitige Forderungen umfassend erledigt, nicht statthaft ist, den günstigen Teil der Parteivereinbarung (der Kläger musste seiner Arbeitgeberin nicht 11.406,58 EUR Schadenersatz

zahlen) weiterhin zu akzeptieren, jedoch den ungünstigen Teil isoliert zu bekämpfen, indem man nur ihn zum Gegenstand einer Haftungsklage gegen den Rechtsanwalt macht, der den Vergleich empfohlen hat.

b. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass bei umfassender Berechtigung der Forderung der Arbeitgeberin und der dann durchgreifenden Hilfsaufrechnung des Klägers noch ein (behaupteter) Restanspruch von 17.847,62 EUR verblieben wäre.

Insoweit ist jedoch – wie im Ausgangsrechtsstreit – zu berücksichtigen, dass der Kläger sich im vorliegenden Verfahren zur Darlegung des behaupteten Anspruchs gegen seine Arbeitgeberin und damit auch der Regressforderung gegen die Beklagten auf das Anlagenkonvolut 2 und später auf ein Zahlenwerk stützt, bei dem es sich durchweg um eine Auflistung angeblich offener Rechnungen handelt, die bestimmten Liegenschaften zugeordnet sind.

Vor dem Hintergrund des zulässigen Bestreitens der Arbeitgeberin im Erstprozess sind diese Auflistungen nicht geeignet, einen Entgeltanspruch des Klägers darzulegen oder gar zu beweisen. Dazu hätte vielmehr vorgetragen und unter Beweis gestellt werden müssen, welche konkreten Arbeiten in jedem Einzelfall durchgeführt worden sein sollen.

Die Berufung sieht das anders und meint, im Vorprozess sei die Arbeitgeberin darlegungs- und beweispflichtig gewesen. Das ist nicht richtig. Die Darlegungs- und Beweislast für die behaupteten Arbeitsleistungen lag beim Kläger als Anspruchsteller. Vor diesem Hintergrund hätte auch der von der Berufung vermisste Hinweis der Beklagten an das ArbG, die Beweislast liege bei der Arbeitgeberin, nichts bewirkt.

Die weitere Behauptung der Berufung, die jeweiligen Arbeitsleistungen des Klägers seien im Vorprozess von der Arbeitgeberin nicht bestritten worden und daher auch nicht beweisbedürftig gewesen, trifft nicht zu.

Die Mängel des Klägervortrags sind im vorliegenden Regressprozess mit der Klageerwiderung vom 28.1.2014 gerügt, aber auch hiernach nicht behoben worden.

Wegen des umfassenden Bestreitens der Arbeitgeberin war es unerlässlich, die jeweiligen Kunden als Zeugen oder andere geeignete Beweismittel für die behaupteten Arbeitsleistungen zu benennen. An alledem fehlte es, weshalb auch nach Auffassung des Senats die Widerklage im Arbeitsgerichtsprozess scheitern musste.

Damit ist allerdings noch nicht gesagt, dass diese Lücken und Unzulänglichkeiten im Widerklagevortrag nicht gleichwohl den Beklagten anzulasten sind.

Das kann der Senat aber deshalb ausschließen, weil die dargestellten Mängel im Sachvortrag und die fehlenden Beweisangebote auch den vorliegenden Regressprozess kennzeichnen, in dem der Anspruchsteller behauptet, **seine jetzigen Bevollmächtigten umfassend und sachgemäß informiert zu haben**.

Soweit der Kläger demgegenüber in Schriftsätzen vom 4.4.2014 und 28.5.2014 sowie durch Bezugnahme in der Berufungsbegründung darauf hinweist, seine Arbeiten seien unmittelbar nach ihrer Ausführung von der Arbeitgeberin nie bemängelt oder gar insgesamt in Frage gestellt worden, hilft das nicht weiter. Denn das allein maßgebliche Prozessvorbringen der Arbeitgeberin war anders, indem sie den Sachvortrag des Klägers insgesamt bestritt.

Der Hinweis auf die Unterlagen im Schnellhefter, der dem Schriftsatz vom 4.4.2014 beigelegt war, ist ebenfalls nicht geeignet, einen Restzahlungsanspruch gegen die Arbeitgeberin darzutun. Zum Einen ist es nicht Aufgabe des Gerichts, an Stelle des erforderlichen umfassenden und geordneten Parteivortrags seinerseits in einem Konvolut von Unterlagen nach möglicherweise entscheidungserheblichem Tatsachenstoff zu forschen. Zum Anderen ist das Erstellen von Rechnungen mit der Behauptung, sie seien gleichermaßen berechtigt wie unbezahlt, nicht geeignet, die allein entgeltspflichtigen konkreten Arbeitsleistungen darzutun, die den jeweiligen Einzelrechnungen zugrunde liegen sollen.

Ist nach alledem auch im vorliegenden Regressprozess ein Restzahlungsanspruch gegen die Arbeitgeberin nicht hinreichend dargetan, geschweige denn in geeigneter Form unter Beweis gestellt, spricht das nachdrücklich dafür, dass das Verteidigungsvorbringen der Beklagten zutrifft, wonach der Kläger auch sie im Arbeitsgerichtsprozess nicht hinreichend mit anspruchsbegründenden Sachinformationen versorgte. Derartiges kann nicht mit Erfolg dem Rechtsanwalt als Pflichtverletzung angelastet werden.

c. Auf die Verjährungsproblematik kommt es daneben nicht mehr entscheidend an, wenn auch vieles dafür spricht, dass die Ansprüche, die Gegenstand der Widerklage waren, (auch) zumindest teilweise verjährt waren.

Insoweit ist zu berücksichtigen, dass die Widerklage erst am 28.2.2012 und damit mehr als 4 Jahre nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses erhoben wurde.

Ob den Beklagten insoweit ein Versäumnis anzulasten ist, kann dahinstehen, weil die Klage aus anderen Gründen (vorstehend a. und b.) scheitert.

Nur der Vollständigkeit halber bemerkt der Senat, dass die Behauptung der Beklagten, sie seien in der mündlichen Verhandlung des ArbG von der dort erstmals erhobenen Verjährungseinrede überrascht worden, allerdings nicht zutrifft. Die Einrede war bereits lange vorher erhoben worden (7 Ca 3908/11 ArbG Koblenz). Die demgegenüber von Rechtsanwalt A. in der mündlichen Verhandlung des ArbG aufgestellte Behauptung, ein Mitarbeiter der Arbeitgeberin habe auf die Verjährungseinrede verzichtet, war gleichermaßen unsubstanziert (wann, wo, Vertretungsbefugnis?) wie verspätet.

d. Nach Auffassung des Senats ist ein Schadenersatzanspruch wegen Schlechterfüllung des Anwaltsvertrages nur wegen der für die Widerklage im Vorprozess angefallenen

(anteiligen) Kosten denkbar, weil Manches dafür spricht, dass die Beklagten von der Erhebung der (unschlüssigen) Widerklage abraten mussten.

Der insoweit dem Kläger entstandene Schaden (Gerichts- und Anwaltskosten) ist aber nicht Streitgegenstand im vorliegenden Verfahren, so dass der Senat auch darüber nicht zu entscheiden hat.

5. Der Kläger sollte erwägen, das nach alledem aussichtslose Rechtsmittel kostensparend zurückzunehmen. ■

Anwaltshaftung

- Treuhandkonto
 - Schuldverhältnis eigener Art
 - Ingerenz
 - Mitverschulden
- (OLG München, Urt. v. 8.10.2014 – 7 U 850/14)

Leitsatz:

Ein Rechtsanwalt, der Anlagebeträge für ein auswärtiges Unternehmen als Treuhänder annimmt und weiterleitet, ohne das Geschäftsmodell zu hinterfragen, ist unter Berücksichtigung eines Mitverschuldenanteils des Anlegers in Höhe von 50% bei Verlust des Einzahlungsbetrags zu einer entsprechenden Rückzahlung verpflichtet. ■

Zum Sachverhalt:

Die Parteien streiten um Schadenersatzansprüche im Zusammenhang mit dem Verlust von Anlagegeldern des Klägers.

Der Kläger zeichnete mehrere finanzielle Anlagen bei der in der Schweiz ansässigen P.A. M. GmbH (im folgenden: P.A.). Die Einzahlung der Anlagebeträge sollte über ein Konto des beklagten Rechtsanwalts erfolgen. Dabei hatte der G. (im folgenden: G.), ein alter Mandant des Beklagten, mit diesem vereinbart, dass er sein Konto hierfür zur Verfügung stellt. Der Kläger zahlte unter anderem die streitgegenständlichen 21.000 EUR auf dieses Konto ein. Der Betrag wurde vom Beklagten an die P.A. weitergeleitet. Diese ist mittlerweile insolvent und der Anlagebetrag für den Kläger verloren.

Der Kläger hat beantragt, die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 21.000 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über den jeweiligen Basiszinssatz hinaus seit dem 9.8.2011 zu zahlen. Der Beklagte hat Klagabweisung beantragt. Das LG hat den Beklagten verurteilt, an den Kläger 10.500 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz hinaus seit 18.7.2013 zu bezahlen, und die Klage im übrigen abgewiesen. Auf Tatbestand und Entscheidungsgründe des angegriffenen Urteils wird Bezug genommen.

Mit seiner zulässigen, insbesondere form- und fristgerecht eingelegten und begründeten Berufung verfolgt der Kläger sein ursprüngliches Begehren weiter, soweit ihm nicht entsprochen wurde. Mit seiner zulässigen, insbesondere form- und fristgerecht eingelegten und begründeten Berufung begehrt der Beklagte die Abweisung der Klage insgesamt. ■

Aus den Gründen:

Im Ergebnis zu Recht hat das LG dem klägerischen Schadenersatzbegehren zur Hälfte stattgegeben. Damit waren die Berufungen beider Seiten als unbegründet zurückzuweisen.

I. Der Beklagte haftet dem Kläger dem Grunde nach gemäß **§§ 311 Abs. 3, 280 Abs. 1 BGB**.

Zwar lässt sich dieses Ergebnis **nicht** mit der Erwägung des LG begründen, dass der Kläger in den **Schutzbereich des Vertrages** zwischen der P.A. bzw. dem G. und dem Beklagten einbezogen gewesen sei. **Diese Annahme verbietet sich rechtslogisch, weil man dann aus ein und demselben Schuldverhältnis eine Pflicht des Beklagten (gegenüber seinem Vertragspartner), eingehende Gelder weiterzuleiten, und gleichzeitig die gegenläufige Pflicht (gegenüber dem Kläger), dies zu unterlassen, herleiten müsste.**

Zwischen dem Kläger und dem Beklagten kam jedoch ein davon unabhängiges **Schuldverhältnis eigener Art** gemäß § 311 Abs. 3 BGB mit Fürsorge- und Rücksichtnahmepflichten im Sinne von § 241 Abs. 2 BGB zustande. Denn der Beklagte nahm gegenüber dem Kläger **besonderes Vertrauen** für sich in Anspruch und beförderte dadurch den Abschluss des Klägers mit der P.A. **Dies folgt schon daraus, dass er sich in seiner Eigenschaft als Rechtsanwalt als „Inkassostelle“ für die Anlagegelder gegen Entgelt (Hebegebühren) zur Verfügung gestellt hat und dadurch dem Geschäftsgebahren der P.A. bzw. des G. den Anschein von Seriosität vermittelte, ohne die näheren Umstände der beabsichtigten Geschäfte zu prüfen.**

Nach eigenen Angaben vor dem Senat hatte der Beklagte **keine schriftlichen Unterlagen** hinsichtlich der beabsichtigten Geschäfte, sondern **nur mündliche Erläuterungen** des G. zur Verfügung, dem er habe helfen wollen, in Deutschland wieder Fuß zu fassen. – **Verstärkt wurde dieses besondere Vertrauen** noch dadurch, dass der Beklagte in den **Werbeunterlagen**, als Treuhänder bezeichnet wird. Zwar mag der Beklagte sie nicht gekannt haben; er muss sie sich aber nach den **Grundsätzen der Ingerenz** zurechnen lassen, nachdem er **ungeprüft seinen guten Namen und sein Renommee als Rechtsanwalt zur Verfügung gestellt hat.**

Aus diesem Schuldverhältnis wäre der Beklagte verpflichtet gewesen, das Geschäftsmodell der P.A. bzw. des G. zu hinterfragen, zumal ihm die einschlägige kriminelle Vergangenheit des G. bekannt war. Hätte er dies getan – etwa durch Nachfrage beim Kläger, mit dem ihn wie dargestellt ein Schuldverhältnis verband – und dadurch Kenntnis von den niedergelegten Anpreisungen erlangt, hätte es sich ihm als geschäftserfahrenem Rechtsanwalt aufgedrängt oder zumindest aufdrängen müssen, dass das Anlagemodell nicht

reell sein konnte, zumal eine jährliche Rendite von 36 Prozent versprochen wurde. In diesem Fall hätte er die Annahme und Weiterleitung der Anlagegelder ablehnen müssen, so dass dem Kläger kein Schaden entstanden wäre.

II. Dem Kläger fällt jedoch ein erhebliches **Mitverschulden** im Sinne von § 254 BGB zur Last. Auch ihm hätte sich – wie dem Beklagten – aufdrängen müssen, dass das Anlagemodell nicht reell sein konnte. Auf die insoweit zutreffenden Ausführungen des LG, gegen die substanzhaltige Einwendungen nicht erhoben werden, wird Bezug genommen. Auch ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, dass das LG dieses Mitverschulden mit 50 Prozent bemessen hat.

III. Nicht zu beanstanden ist auch, dass das LG nur Rechtshängigkeitszinsen zuerkannt hat. Ein früherer Verzugseintritt ist nicht ersichtlich. Auch konnten keine Zinsen nach § 849 BGB zuerkannt werden, weil sich ein Anspruch aus unerlaubter Handlung dem Klagevortrag nicht mit hinreichender Deutlichkeit entnehmen lässt. (...) ■

Pflichtverletzung des Finanzamts

- Schadenersatz
- Kosten des Steuerberaters
- „Waffengleichheit“
- Unberechtigter Vorauszahlungsbescheid (OLG Celle, Ur. v. 23.8.2012 – 16 U 8/12)

Leitsätze:

1. Grundsätzlich gilt, dass ein Steuerpflichtiger es für erforderlich halten darf, sich unter dem Gesichtspunkt der Waffengleichheit gegen Maßnahmen der Steuerbehörde als einer mit vielfältigen Vollstreckungsbefugnissen ausgestatteten Fachbehörde mit Hilfe eines fachlich vorgebildeten Steuerberaters zu bedienen (*Anschluss OLG Brandenburg, Ur. v. 23.2.2006 – 2 U 1/05, GI 2006, 82*).

2. Dem Steuerpflichtigen steht deshalb grundsätzlich ein Schadenersatzanspruch zu für Steuerberaterkosten, die er für einen Einspruch gegen einen später aufgehobenen Vorauszahlungsbescheid aufgewendet hat. ■

Aus den Gründen:

I. Der Kläger verlangt von dem beklagten Land Schadenersatz in Höhe von 250.705,39 EUR für Steuerberaterkosten, die er für den Einspruch gegen einen später aufgehobenen Vorauszahlungsbescheid aufgewendet hat.

Am 1.9.2008 teilten die Steuerberater des Klägers dem Finanzamt des beklagten Landes auf Anfrage Veräußerungserlöse aus Aktien vom 1.2.2008 in Höhe von 139.100.490,00 EUR mit. Das Finanzamt erließ daraufhin am 20.10.2008 einen Vorauszahlungsbescheid für 2009 über insgesamt 30.772.489,00 EUR. Die für den Kläger

tätige Steuerberatergesellschaft E. verfasste daraufhin am 4.11.2008 den Entwurf eines Einspruchsschreibens und legte am 21.11.2008 fristwährend Einspruch zunächst ohne Begründung ein. Am 12.1.2009 begründete die P. Steuerberatungsgesellschaft den Einspruch und wies darauf hin, dass sie diese Angelegenheit bearbeiten würde. Auf den Einspruch, in dem der Steuerberater mitteilte, dass für das Jahr 2009 keine weiteren Aktienverkäufe geplant seien, änderte das Finanzamt den Vorauszahlungsbescheid am 13.3.2009 auf Null Euro.

Für die Tätigkeit im Einspruchsverfahren gegen den Vorauszahlungsbescheid für 2009 rechnete die P. Steuerberatungsgesellschaft gegenüber dem Kläger am 12.10.2009 gemäß § 40 Abs. 1 StBGebV eine 13/10-Gebühr in Höhe von 122.259,80 EUR zzgl. Umsatzsteuer ab. Mit weiterer Rechnung vom 1.3.2011 rechnete sie zusätzlich eine Erledigungsgebühr nach § 40 Abs. 8 StBGebV in Höhe von 94.046 EUR zzgl. Umsatzsteuer ab. Das beklagte Land zahlte – ohne Anerkennung einer Rechtspflicht – eine 1/10-Gebühr in Höhe von 6.698,51 EUR an den Kläger.

Der Kläger ist der Auffassung, der Vorauszahlungsbescheid vom 20.10.2008 sei rechtswidrig, weil das Finanzamt ihn unter Verstoß gegen die Festsetzungsvorschriften des § 37 Abs. 3 EStG erlassen habe sowie unter Verletzung des Amtsermittlungsgrundsatzes nach § 88 AO und des rechtlichen Gehörs des Klägers nach § 91 AO. Der Kläger habe sich unter Beauftragung seines Steuerberaters mit dem Rechtsmittel des Einspruchs gegen den Bescheid wehren dürfen.

Ein Mitverschulden sei ihm nicht anzulasten, weil ein Herabsetzungsantrag nicht erfolgversprechend gewesen sei. Umfang und Bedeutung der Angelegenheit seien überdurchschnittlich, daher sei die Abrechnung einer 13/10-Gebühr jedenfalls angemessen. Es sei auch eine Erledigungsgebühr nach § 40 Abs. 8 StBGebV entstanden. Über die Begründung des Einspruchs hinaus habe der Steuerberater mehrere Gespräche mit Beamten des Finanzamtes geführt.

Wegen des weiteren Sachverhalts nimmt der Senat gem. § 540 ZPO Bezug auf das angefochtene Urteil. Das LG hat die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, es könne dahingestellt bleiben, ob die Festsetzung der Vorauszahlungen für 2009 auf der Verletzung von Amtspflichten beruhe. Eine Ersatzpflicht aus Amtshaftung scheide nach § 839 Abs. 3 BGB schon deshalb aus, weil der Kläger bzw. seine Steuerberater es fahrlässig unterlassen haben, rechtzeitig einen Anpassungsantrag zu stellen. Zum Zeitpunkt des Erlasses des Vorauszahlungsbescheides sei für das Finanzamt nicht ersichtlich gewesen, dass im Jahr 2009 keine Aktienverkäufe mehr haben stattfinden sollen.

Aus der Mitteilung des Steuerberaters vom 26.11.2008 folge vielmehr, dass der Kläger zu diesem Zeitpunkt noch im Besitz erheblicher Anteile gewesen sei. Nachdem er nach Erlass des Vorauszahlungsbescheides für 2009 die restlichen Aktien noch im Jahre 2008 verkauft habe, habe ein Fall vorgelegen, in dem typischer- und üblicherweise eine Anpassung der Vorauszahlung vorzunehmen sei. Der Anpassungsantrag sei

zweckmäßigerweise vom Steuerpflichtigen zu stellen, der die tatsächlichen oder rechtlichen Angaben machen könne.

Gegen das Urteil wendet sich der Kläger unter Wiederholung und Vertiefung seines Vorbringens. Er rügt die Entscheidung des LG als überraschend. Im Termin zur mündlichen Verhandlung seien andere Punkte erörtert worden als im Urteil zugrunde gelegt. Die Anfrage des Finanzamtes vom 23.7.2009 und die Antwort der Steuerberater des Klägers bezogen sich lediglich auf die Vorauszahlung für das Jahr 2008. Eine Amtsaufklärung nach § 88 AO oder Anhörung nach § 91 AO hinsichtlich einer Vorauszahlung für das Jahr 2009 seien damit nicht verbunden gewesen. Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 37 Abs. 3 EStG haben nicht vorgelegen. Daher sei das Finanzamt schon gar nicht berechtigt gewesen, eine Heraufsetzung der Vorauszahlungen für das Jahr 2009 vorzunehmen.

Der Grund für die Heraufsetzung sei nicht – wie das LG ausgeführt hat – nachträglich entfallen, er habe von vorneherein nicht bestanden. Die Regelung des § 839 Abs. 3 BGB habe das LG nicht heranziehen dürfen. Der Primärschaden des Klägers habe nämlich aufgrund des rechtswidrigen Vorauszahlungsbescheides in der Belastung mit einer Verbindlichkeit in Höhe von ca. 32 Millionen Euro bestanden. Zur Abwendung habe er das in dem Bescheid genannte und erfolgversprechende Rechtsmittel, nämlich den Einspruch eingelegt. Damit habe er der Verpflichtung nach § 839 Abs. 3 BGB genügt. Klaggegenständlich seien nunmehr die zur Abwehr des Schadens entstandenen Kosten.

In der Unterlassung eines Herabsetzungsantrages liege auch kein Mitverschulden des Klägers nach § 254 BGB. Der Einspruch sei alternativlos gewesen, weil nur er die Möglichkeit bot, einen Antrag auf Aussetzung der Vollziehung zu stellen. Bei einem bloßen Änderungsantrag wäre der Vorauszahlungsbescheid wirksam geblieben und rechtskräftig geworden. Die Einspruchsfrist betrage nur einen Monat. Innerhalb dieses Zeitraumes wäre keine positive Entscheidung des Finanzamtes über einen Antrag auf Herabsetzung erfolgt, wie bereits aus dem Zeitraum ersichtlich wird, der zwischen Einspruchsbegründung am 12.1.2009 und Abhilfebescheid am 13.3.2009 vergangen sei.

Im Übrigen habe der Kläger das beklagte Land zeitnah nach Veräußerung der letzten Anteile am 4.11.2008 darüber informiert, dass er für das Jahr 2009 keine weiteren Veräußerungen mehr plane. Seine Steuerberater haben den Entwurf eines Einspruchs an diesem Tag an das Finanzministerium gesandt. In einem Vermerk habe der Ministerialrat den Antrag des Klägers unter Berücksichtigung der Einspruchsbegründung als offensichtlich unbegründet bezeichnet.

(Anträge: ...)

II. Die Berufung ist nur hinsichtlich eines Schadenersatzanspruchs in Höhe von 60.450,33 EUR erfolgreich. Im Übrigen ist sie wegen Verletzung der Schadenminderungspflicht unbegründet.

1. Es liegt weder eine Verletzung des rechtlichen Gehörs des Klägers noch eine Überraschungsentscheidung des LG vor. Ausweislich des Protokolls der mündlichen Verhandlung vom 18.10.2011, insbesondere Seite 2, Abs. 2 und 3 des Protokolls, sind die Argumente angesprochen worden, die der Urteilsbegründung im Wesentlichen zugrunde liegen.

2. Dem Kläger steht dem Grunde nach ein Schadenersatzanspruch in Folge einer Amtspflichtverletzung nach § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG gegen das beklagte Land zu.

a) **Mit dem Erlass des Vorauszahlungsbescheides für 2009 vom 20.10.2008 hat das beklagte Land eine Amtspflichtverletzung begangen.** Der Bescheid war unstreitig fehlerhaft und wurde im Rahmen der Abhilfe mit Bescheid vom 13.3.2009 auf eine Vorauszahlung von Null Euro korrigiert. Der Erlass des fehlerhaften Bescheides stellt vorliegend eine schuldhafte Verletzung der Pflicht zur fehlerfreien Festsetzung von Steuerbescheiden dar.

Dabei kann dahingestellt bleiben, ob das Finanzamt grundsätzlich nach § 37 Abs. 3 Satz 3 EStG zum Erlass eines Vorauszahlungsbescheides für 2009 berechtigt war, weil es aufgrund der Mitteilung der Steuerberater des Klägers Kenntnis von Einkünften aus Anteilsveräußerungen erhielt. **Jedenfalls durfte das Finanzamt zu diesem Zeitpunkt nicht ohne weiteres davon ausgehen, dass weitere Anteilsverkäufe in ähnlicher Höhe im Jahr 2009 anfallen würden und eine entsprechende Vorauszahlung festzusetzen war.**

Damit haben die Beamten des Finanzamtes gegen den Untersuchungssatz nach § 88 AO und die Pflicht zur Anhörung Beteiligter nach § 91 AO verstoßen. Beide Bestimmungen legen der Finanzbehörde Amtspflichten im Interesse des Steuerpflichtigen auf, bei deren Verletzung diesem Ansprüche nach § 839 BGB zustehen (*OLG München v. 28.9.1995 – 1 U 2954/95, juris, Rdnr. 13; OLG Brandenburg v. 23.3.2009, juris, Rdnr. 15*).

Von der Pflicht zur Ermittlung des Sachverhaltes und Anhörung der Beteiligten war das Finanzamt vorliegend nicht aufgrund der Auskunft der Steuerberater des Klägers vom 1.9.2008 entbunden, denn diese Mitteilung betraf ausschließlich Veräußerungserlöse im Jahr 2008 und enthielt keine Angaben dazu, wann und in welcher Höhe weitere Veräußerungen geplant waren. Zwar musste den Beamten des Finanzamtes am 20.10.2008 nicht bewusst sein, dass noch im Jahr 2008 alle Anteile veräußert werden würden. Tatsächlich war zu diesem Zeitpunkt ein erheblicher Anteil noch nicht veräußert. **Es lagen jedoch ebenfalls keine Anhaltspunkte dafür vor, dass ein Veräußerungserlös in ähnlicher Höhe sich im Jahr 2009 wiederholen würde.** Dass ein solcher im Jahr 2008 angefallen war, genügt angesichts der Umstände nicht.

Der Kläger beabsichtigte, wie den Beamten des Finanzamtes aus der Medienberichterstattung bekannt gewesen sein dürfte, seine gesamten Anteile zu veräußern. In den zuvor ergangenen Bescheiden hatte das Finanzamt keine Einkünfte in dieser Höhe zugrunde gelegt. Dieser Umstand gebietet

eher die Vermutung, dass ein solcher Erlös sich zumindest der Höhe nach nicht wiederholen würde. Auch der der Berichterstattung entnommene Hinweis, die Veräußerung habe in mehreren Tranchen erfolgen sollen, ändert daran nichts.

Die Beamten des Finanzamtes konnten nicht wissen, in welcher Höhe der Kläger am 20.10.2008 noch Aktien hielt und wann deren Veräußerung beabsichtigt war. Vor diesem Hintergrund bestand gem. §§ 88, 91 AO die Pflicht, beim Kläger nachzufragen, wenn der Erlass des Vorauszahlungsbescheides für 2009 beabsichtigt war, wie es das Finanzamt in dieser Form auch bezogen auf das Jahr 2008 mit Schreiben vom 23.7.2008 getan hat.

Vorliegend ist auch nicht ersichtlich, dass Pflichten des Finanzamtes nach §§ 88 und 91 AO aufgrund der Umstände oder weil es sich lediglich um einen Vorauszahlungsbescheid handelte, entfallen sind. **Zwar sind die Finanzbehörden nach § 88 AO nicht verpflichtet, den Sachverhalt auf alle möglichen Fallgestaltungen zu erforschen** (*OLG Karlsruhe v. 7.12.2006 – 12 U 122/06, juris, Rdnr. 24*).

Diese Feststellung rechtfertigt sich daraus, dass eine solche **umfassende Sachverhaltsaufklärung im Massengeschäft der Steuerfestsetzung nicht praktikabel** ist. Für den Regelfall kann die Finanzbehörde davon ausgehen, dass die Angaben des Steuerpflichtigen in der Steuererklärung richtig und vollständig sind, weil der Steuerpflichtige zur Mitwirkung nach § 90 Abs. 1 AO verpflichtet ist. Das ist auf den hier zu beurteilenden Sachverhalt nicht ohne Weiteres übertragbar.

Bei dem vorliegenden Festsetzungsbescheid handelt es sich schon aufgrund der Höhe der Vorauszahlungen nicht um einen Fall aus dem Massengeschäft. Hinzu kommt, dass tatsächlich noch keine Angaben des Klägers zu seinen Einkünften im Jahr 2009 vorlagen oder vom Finanzamt erfragt waren. Angesichts der Höhe der beabsichtigten Festsetzung hätte eine Nachfrage/Anhörung erfolgen müssen.

b) Ein vollständiger Ausschluss des Anspruchs des Klägers nach § 839 Abs. 3 BGB bzw. § 254 BGB wegen Unterlassens eines zeitnahen Herabsetzungsantrages kommt nicht in Betracht.

Der Kläger war berechtigt, sich unter Zuhilfenahme eines Steuerberaters mit dem Rechtsmittel des Einspruchs gegen den rechtswidrigen Vorauszahlungsbescheid zur Wehr zu setzen. **Dem Steuerpflichtigen ist grundsätzlich kein Vorwurf zu machen, wenn er den gesetzlich vorgesehenen Weg der Beanstandung des Bescheids durch Einspruch statt eines Berichtigungsantrages wählt** (*OLG Celle v. 19.2.2002 – 16 U 185/01, juris, Rdnr. 11; OLG Brandenburg v. 23.2.2006 – 2 U 1/05, juris, Rdnr. 18; OLG Düsseldorf v. 10.11.2010 – 18 U 56/10, juris, Rdnr. 22 f, 24 f*).

Der Einspruch bietet dem Steuerpflichtigen die größtmögliche Rechtssicherheit und zudem den Vorteil, dass der Einspruch anders als ein bloßer Änderungsantrag mit einem Antrag auf Aussetzung der Vollziehung verbunden werden kann (*OLG Düsseldorf v. 10.11.2010 – 18 U 56/10, juris, Rdnr. 25*).

m.w.N.). Vorliegend dürfte der Vorauszahlungsbescheid sich zwar angesichts der Vermögensverhältnisse des Klägers nicht existenzbedrohend ausgewirkt haben, dennoch handelt es sich um erhebliche Summen.

Hinzu kommt, dass vorliegend bereits **zweifelhaft ist, ob ein formloser Herabsetzungsantrag vor Ablauf der Einspruchsfrist vom Finanzamt bearbeitet worden wäre und zu einer Herabsetzung der Vorauszahlungen geführt hätte**. Ein solcher Antrag hätte frühestens Anfang November 2008 gestellt werden können, nachdem die restlichen Anteile veräußert waren. Bis zum Ablauf der Einspruchsfrist wären dann noch knapp drei Wochen verblieben. Angesichts des Umstandes, dass der Zeitraum von der tatsächlichen Begründung des Einspruchs gegenüber dem Finanzamt am 12.1.2009 bis zur Ausfertigung des Abhilfebescheides am 13.3.2009 über zwei Monate betrug, ist eine Bearbeitung und Fertigung des Bescheids binnen drei Wochen unwahrscheinlich.

Zumindest genügt angesichts dieser Zeitspanne der pauschale Vortrag des beklagten Landes, über einen Herabsetzungsantrag wäre bis zum 21.11.2008 entschieden worden, nicht. Der Einspruch hätte dann auf jeden Fall eingelegt werden müssen, um den Vorauszahlungsbescheid für 2009 nicht bestandskräftig werden zu lassen und sich bei eventuell entstehenden Schäden nicht einem späteren Vorwurf, den Gebrauch des richtigen Rechtsmittels nach § 839 Abs. 3 BGB unterlassen zu haben, auszusetzen.

Der Kläger durfte sich auch eines Steuerberaters bedienen. **Grundsätzlich gilt, dass ein Steuerpflichtiger es für erforderlich halten darf, sich unter dem Gesichtspunkt der Waffengleichheit gegen Maßnahmen der Steuerbehörde als einer mit vielfältigen Vollstreckungsbefugnissen ausgestatteten Fachbehörde der Hilfe eines fachlich vorgebildeten Steuerberaters zu bedienen** (*OLG Brandenburg v. 23.2.2006 – 2 U 1/05, juris, Rdnr. 17*).

In besonders gelagerten Einzelfällen mag es sein, dass es der Steuerberater ausnahmsweise aufgrund der Gesamtumstände nicht ohne weiteres für erforderlich halten durfte, selbst im Einspruchsverfahren tätig zu werden, weil ein offensichtlicher Irrtum aufgrund einer Falscheingabe zu einer nicht nachvollziehbaren Höhe des Steuerbetrages geführt hatte und dies mit einer Bezugnahme auf die Steuererklärung im Einspruchsschreiben erledigt werden konnte.

Eine derartige Ausnahmesituation liegt nicht vor, auch wenn bereits die einfache Angabe, dass Anteilsveräußerungen im Jahr 2009 nicht geplant seien, genügt hätte, um eine Herabsetzung auf Null Euro zu erreichen. Vorliegend geht es nicht lediglich um einen Eingabefehler des Finanzamtes, sondern zumindest auch um eine rechtliche Würdigung und Auseinandersetzung mit der Einkommenssituation des Klägers. Danach war der Kläger hier nicht gehalten, sich lediglich beraten zu lassen und dann selbst Einspruch einzulegen.

3. Der Kläger kann Schadenersatz jedoch nicht in Höhe der mit den Rechnungen des Steuerberaters H. vom 12.10.2009 und 1.3.2011 abgerechneten Beträge geltend machen.

Teilweise sind die abgerechneten Gebühren überhöht oder zu Unrecht geltend gemacht. Teilweise hat der Kläger gegen seine Schadenminderungspflicht verstoßen.

a) **Eine Erledigungsgebühr nach § 40 Abs. 8 StBGebV kann der Kläger nicht ersetzt verlangen**. Eine solche hat der vom Kläger beauftragte Steuerberater nicht verdient. Voraussetzung für das Verdienen der Erledigungsgebühr ist eine Mitwirkung des Beraters an der Erledigung. **Er soll die Gebühr nur dann erhalten, wenn er eine besondere, nicht nur unwesentliche und gerade auf die außergerichtliche Erledigung gerichtete Tätigkeit entfaltet hat** (*Charlier/Berners, Praxiskommentar StBGebV, 3. Aufl. 2011, § 40 Rdnr. 51*).

Die Begründung eines Rechtsbehelfs reicht für das Entstehen der Erledigungsgebühr nicht aus, auch wenn diese noch so gut ist und aufgrund dieser Begründung die beklagte Finanzbehörde einen abgeänderten Bescheid erlässt und sich damit die Sache erledigt (*Eckert, StBGebV, 4. Aufl. 2003, § 40 StBGebV Rdnr. 12*). Vorliegend hat ausschließlich die Angabe in der Einspruchsbegründung, dass weitere Veräußerungen im Jahr 2009 nicht geplant seien, zu einer Abhilfeentscheidung des Finanzamtes geführt. Inwieweit darüber hinaus die von dem Kläger referierten Telefonate des Steuerberaters mit Mitarbeitern des Finanzamtes zu einer Erledigung beigetragen haben, ist nicht ersichtlich.

Nach dem berichteten Inhalt der Telefonate haben diese, soweit sie den Vorauszahlungsbescheid 2009 betrafen, den Vortrag aus der Einspruchsbegründung wiederholt und den Zweck gehabt, eine möglichst zeitnahe Entscheidung der Finanzbehörde zu erreichen, weil der erste Abschlagertermin näher rückte. Die bloße Begründung oder auch ihre Wiederholung genügt nicht. Sie ist mit der Geschäftsgebühr nach § 40 Abs. 1 bis 3 StBGebV abgegolten (so auch: *OLG Brandenburg, Urt. v. 23.3.2009 – 1 U 28/08, juris, Rdnr. 21 zu § 24 BRAGO*).

Dass es aufgrund des näher rückenden Zahlungstermins aus Sicht des Steuerberaters erforderlich war, auf eine Entscheidung der Behörde zu drängen, hat nichts mit der Erledigung zu tun. Im Übrigen war dieses Erfordernis in der Sphäre des Klägers begründet und nicht dem beklagten Land anzulasten. Ausweislich des jetzt vorgelegten Entwurfs der Einspruchsbegründung vom 4.11.2008, wäre dem Kläger bereits mehr als zwei Monate früher die Einlegung des Einspruchs nebst Begründung möglich gewesen. Mehrere Telefonate hätte es dann angesichts des zweimonatigen Zeitraumes, den das Finanzamt bis zur Fertigung des Abhilfebescheides benötigt hat, nicht bedurft.

Die Entscheidung des *OVG Lüneburg vom 25.10.2006 (8 OA 119/06, juris, Rdnr. 3)* rechtfertigt demgegenüber keine andere Beurteilung. Welcher Sachverhalt der Entscheidung zugrunde lag, lässt sich den Gründen nicht entnehmen. Es bleibt offen, ob in dem dort geführten Gespräch neue Argumente oder Rechtsansichten ausgetauscht oder eine gewisse Vergleichsbereitschaft signalisiert wurden, die letztlich zu einer Erledigung der Rechtssache geführt haben.

Behauptete weitere Gespräche mit dem Mandanten waren nach dem Vortrag des Klägers nicht auf eine Erledigung gerichtet, sondern auf eine Beratung über das Für und Wider weiterer freiwilliger Zahlungen bei näher rückendem Zahlungstermin.

b) Aber auch die nach § 40 Abs. 1 StBGebV abgerechnete Gebühr kann der Kläger nicht in voller Höhe verlangen. Die Entstehung von Gebühren in dieser Höhe beruht auf einem Verstoß des Klägers gegen seine Schadenminderungspflicht.

aa) Den **Einwand des Mitverschuldens aufgrund eines Verstoßes gegen die Schadenminderungspflicht** muss der Kläger grundsätzlich gegen sich gelten lassen. Der Verstoß ergibt sich dem Grunde nach bereits aufgrund des unstreitigen Sachverhalts und ist von Amts wegen zu beachten. Ein ausdrückliches Berufen des beklagten Landes oder weitergehender Vortrag dazu war nicht erforderlich. Die vom Kläger zitierte Entscheidung des BGH vom 20.1.2011 (VZB 216/10, juris, Rdnr. 9 ff) ist hier nicht einschlägig.

Vorliegend hat das beklagte Land Einwendungen gegen die Höhe der geltend gemachten Gebühren erhoben, und zwar bereits mit Schriftsatz vom 6.4.2011. Es hat die Höhe der geltend gemachten 13/10 Gebühr vor dem Hintergrund gerügt, dass es im Hinblick auf den beanstandeten Vorauszahlungsbescheid für 2009 lediglich eines einfachen Schreibens des Steuerberaters bedurft hätte. Damit ist es der Bestimmung der Gebührenhöhe durch den Steuerberater des Klägers entgegengetreten.

Auch soweit der Kläger rügt, ihm sei aufgrund der unstreitigen Zahlung der Gebühren seines Steuerberaters ein konkreter Schaden entstanden, ihm könne nicht zugemutet werden, sich von seinem Steuerberater verklagen zu lassen, um die Gebührenhöhe gerichtlich zu klären, ergibt sich daraus nicht, dass die Höhe der abgerechneten Gebühren vorliegend nicht mehr überprüft werden kann. Die Vorschrift des § 254 BGB stellt einen Ausfluss des Grundsatzes von Treu und Glauben dar.

Folgt man dem Einwand des Klägers, würde aus der Bezahlung von Kosten eines Dritten durch einen Geschädigten immer ein der Höhe nach nicht zu überprüfender Schadenersatzanspruch erwachsen, sofern ein Schädiger dem Grunde nach für die Erstattung haftet, unabhängig davon, ob die Kosten zu Recht erhoben worden sind. Das ist mit dem § 254 BGB zugrunde liegenden Rechtsgedanken, dass derjenige, der die Sorgfalt außer Acht lässt, die nach Lage der Sache erforderlich erscheint, um sich selber vor Schaden zu bewahren, den Verlust oder die Kürzung seines Schadenersatzanspruches hinnehmen muss, nicht vereinbar.

bb) Bereits die Zugrundelegung des Gebührenrahmens des § 40 Abs. 1 StBGebV verstößt gegen die Schadenminderungspflicht. Ein Berater, der Gebühren nach § 28 StBGebV erhält, also bereits vorher den Steuerbescheid geprüft hat, kann nach § 40 Abs. 2 StBGebV lediglich eine Geschäftsg Gebühr von 3/10 bis 20/10 einer vollen Gebühr nach Tabelle E abrechnen (Charlier/Berners, *Praxiskommentar StBGebV*,

3. Aufl. 2011, § 40 Rdnr. 23). Dabei ist unerheblich, ob der Steuerberater den Anspruch geltend gemacht hat.

„Erhalten“ ist mit der Verwirklichung des Gebührentatbestandes gleichzusetzen (Jost in: Meyer/Goez/Schwamberger, *StBGebV*, 6. Aufl., § 40 Rdnr. 16). Den Gebührentatbestand nach § 28 StBGebV haben die Steuerberater E. jedoch verwirklicht, wie sich aus dem nunmehr vorgelegten Entwurf der Einspruchsbegründungsschrift vom 4.11.2008 ergibt.

Macht der Kläger von seinem Recht Gebrauch, mit der tatsächlichen Einlegung des Einspruchs einen anderen Steuerberater zu beauftragen, der sich erst in die Materie einarbeiten muss, gehen die aufgrund dessen entstandenen zusätzlichen Kosten zu seinen Lasten, weil insoweit ein Verstoß gegen die Schadenminderungspflicht vorliegt.

Es ist nicht ersichtlich, dass das Finanzamt auf die nur im Entwurf eingereichte Einspruchsbegründung der Steuerberater E. nicht in gleicher Weise reagiert hätte. Den Versuch einer Einspruchsbegründung durch die Steuerberater E. hat der Kläger nicht unternommen. Zudem deckt sich die Begründung des Entwurfs in wesentlichen Teilen mit der Begründung durch die P. Steuerberatungsgesellschaft, hinsichtlich der Einwände gegen den Vorauszahlungsbescheid für 2009 vollständig.

Der Ansatz von 13/10 im Rahmen des § 40 Abs. 2 StBGebV wäre überhöht. Es ist lediglich eine 6/10-Gebühr als angemessen zu erachten. Zwar bestimmt gemäß § 11 StBGebV der Steuerberater die Gebühr grundsätzlich nach billigem Ermessen, soweit ein Rahmen vorgesehen ist. Er berücksichtigt dabei alle Umstände des Einzelfalls, insbesondere die Bedeutung der Angelegenheit, den Umfang und die Schwierigkeit der beruflichen Tätigkeit. Ist jedoch die Gebühr von einem Dritten zu ersetzen, so ist die vom Steuerberater getroffene Bestimmung dann nicht verbindlich, wenn sie unbillig ist.

Die Feststellungen zur Angemessenheit der Gebührennote kann der Senat dabei aus eigener Sachkunde treffen, ohne dass es deshalb der Einholung eines diesbezüglichen Gutachtens der Steuerberaterkammer bedarf. **Anders als bei § 14 Abs. 2 RVG sieht die StBGebV die zwingende Einschaltung der Berufskammer bei Rechtsstreitigkeiten über Gebühren nicht vor** (OLG Celle v. 19.2.2002 – 16 U 185/01, juris, Rdnr. 15, 16 m.w.N.; OLG Düsseldorf v. 10.11.2010 – 18 U 56/10, juris, Rdnr. 31).

Bei der Festlegung der angemessenen Gebühr war zu berücksichtigen, dass der Bescheid im Wesentlichen deshalb unrichtig war bzw. auf Null Euro herabgesetzt werden musste, weil der Veräußerungsgewinn bei der Bemessung der Vorauszahlungen für das Folgejahr nicht zu berücksichtigen war. Die wesentliche Begründung des Einspruchs, die zu einer Herabsetzung auf Null Euro geführt hat, die fehlende Absicht weiterer Veräußerungen, lag auf der Hand und erforderte weder umfängliche noch schwierige Ausführungen. Daher war eine Gebühr im unteren Bereich des Gebührenrahmens von 3/10 bis 20/10 angemessen.

Zu berücksichtigen sind noch die weiteren Einwände gegen den Vorauszahlungsbescheid nach Ziffern 1. und 4. der Begründung des Einspruchs. Auch diese Einwände, nämlich Veräußerung der Beteiligung an der H. GmbH & Co. KG sowie Unterfallen der Kapitaleinkünfte unter die Abgeltungssteuer, waren einfach gelagert und erforderten keinen hohen Begründungsaufwand. Letztlich war deshalb nur die Mindestgebühr nach § 40 Abs. 2 StBGebV zu verdoppeln, mithin eine Geschäftsgebühr von 6/10 angemessen. Weitere Umstände, die eine Erhöhung darüber hinaus rechtfertigen würden, sind nicht ersichtlich. **Weder der Umfang noch die Schwierigkeit der beruflichen Tätigkeit lagen über dem Durchschnitt.** Wäre – unter Schadenminderungsgesichtspunkten – der bisher mit der Angelegenheit befasste Steuerberater beauftragt worden, wäre kein aufwändiges Durcharbeiten umfangreicher Akten und Steuererklärung erforderlich geworden, weil der Steuerberater aufgrund der bis dahin ausgeübten Tätigkeit entsprechende Kenntnisse gehabt hätte.

Auch der zeitliche Umfang der Bearbeitung im Hinblick auf die telefonischen Rücksprachen mit dem Finanzamt und dem Kläger wegen des näher rückenden Zahlungstermins sind unter Schadenminderungsgesichtspunkten nicht zu berücksichtigen.

Wie bereits erläutert, wäre der zeitliche Rahmen bei der bereits am 4.11.2008 möglichen Einlegung und Begründung des Einspruchs nicht eng gewesen. Der berichteten Gespräche hätte es nicht bedurft. Bei Beurteilung der Bedeutung der Angelegenheit kommt nur die Bedeutung für den Auftraggeber in Betracht (*Charlier/Berners, a.a.O., § 11 Rdnr. 21*). Diese ist allenfalls durchschnittlich gewesen.

Der Kläger ist vermögend. **Einen existenzbedrohenden Charakter des Bescheides** behauptet er selbst nicht. Weil es sich um einen Vorauszahlungsbescheid handelte, der nach § 164 AO unter dem Vorbehalt der Nachprüfung stand, ist bei der Bedeutung auch nicht die Summe von über 30.000.000 Euro anzusetzen, sondern lediglich der Zinsschaden, der dadurch entstanden wäre, dass die Vorauszahlungen unberechtigt geleistet worden wären.

Im Rahmen der Veranlagung für das Jahr 2008 – wahrscheinlich früher – wäre dies korrigiert worden. Weiter kann im Rahmen des § 11 StBGebV nur ein **besonderes Haftungsrisiko des Steuerberaters** berücksichtigt werden. Das bedeutet mehr als das „normale“ Haftungsrisiko. Es kann sich nur um solche Fälle handeln, in denen sich das **erhöhte Haftungsrisiko des Steuerberaters nicht im Gegenstandswert niederschlägt** (*Charlier/Berners, a.a.O., § 11 Rdnr. 26*). Vorliegend trägt aber bereits der hohe Gegenstandswert dem Haftungsrisiko Rechnung. Ein darüber hinausgehendes besonderes Haftungsrisiko ist nicht gegeben. Allein das überdurchschnittliche Einkommen und Vermögen des Klägers rechtfertigt demgegenüber keine weitere Erhöhung der Gebühr über 6/10 hinaus.

cc) Die Rechtsprechung des BGH, wonach eine Erhöhung der Regelgebühr im Rahmen von 20% einer gerichtlichen Über-

prüfung entzogen ist, ist nicht einschlägig. Aus den vorstehenden Erörterungen ergibt sich, dass die von dem Steuerberater vorliegend mit 13/10 festgesetzte Gebühr sich nicht mehr im Rahmen der sogenannten Toleranz, also eines Spielraumes von 20% in Bezug auf die tatsächlich angemessene Gebühr, hält. (...) ■

(Hinweis: *OLG Düsseldorf, Urt. v. 10.11.2010 – 18 U 56/10, juris*)

Anwaltschaftung

- Sorgfaltsmaßstab
 - Rechtskenntnis
 - Ausländisches Recht
- (*LG München I, Urt. v. 14.1.2015 – 30 O 27783/13*)

Leitsatz (d. Red.):

Zum erforderlichen Wissensstand eines Rechtsanwaltes gehört die für die Mandatsbearbeitung notwendige Kenntnis internationaler Rechtsregeln bzw. die Kenntnis der Rechtsprechung eines ausländischen Staates. Dem Rechtsanwalt kann indes keine Pflichtverletzung vorgeworfen werden, wenn eine schwierige ausländische Rechtsfrage nur durch ausländische Kommentarliteratur geklärt werden kann. ■

Zum Sachverhalt:

Die Klägerin begehrt von den Beklagten Schadenersatz wegen behaupteter Schlechterfüllung eines Rechtsanwaltsvertrags in Zusammenhang mit einer Prozessführung vor dem *LG Ulm* (3 O 6/09).

Die Beklagten sind eine Societät von Rechtsanwälten. Kanzleihinhaber und alleiniger Sachbearbeiter des gegenständlichen Vorgangs war der Beklagte zu 1.

Am 18.3.2000 verstarb der Vater der Klägerin, Herr C. Dieser war italienischer Staatsangehöriger. Der Erblasser war Alleineigentümer von Immobilien, darunter ein Mehrfamilienhaus in S., einer Eigentumswohnung in L. sowie eines Hauses in L. und Immobilien in Österreich. Gemäß einem gegenständlich beschränkten Erbschein des Notariats L. vom 22.10.2002 wurde der Erblasser zu 1/3 von seiner zweiten Frau, Frau C., geborene H., und zu je 2/9 von der Klägerin sowie dem Sohn R. C. und der Enkelin D. beerbt. Dieser Erbschein des Notariats Laichingen wurde nach italienischem Recht erteilt und war auf den in der Bundesrepublik Deutschland befindlichen Nachlass gegenständlich beschränkt.

Der Erblasser hatte am 16.1.1989 ein handschriftliches Testament errichtet, welches folgenden Inhalt hat: „Sämtliche meine Immobilien sind bis zum Tod von H. (meine Lebensgefährtin) unverkäuflich. Die daraus resultierenden Einkünfte sind für die Abzahlung der noch vorhandenen Schulden zu verwenden, der verbleibende Betrag ausschließlich an Frau

H. monatlich – oder wie von ihr gewünscht – auszuzahlen. Frau H. steht das unentgeltliche Wohnrecht zu ...“.

Unter dem Geschäftszeichen 3 O 279/07 erhob die Klägerin sowie weitere Miterben Klage gegen Frau C. vor dem LG Ulm mit der Zielrichtung der Vorlage eines vollständigen Nachlassverzeichnisses des in der Bundesrepublik Deutschland befindlich gewesen Nachlasses des Erblassers. Nach Erstellung eines Nachlassverzeichnisses und beiderseitiger Erledigung der Hauptsache erlegte insoweit das LG Ulm mit Beschluss vom 20.2.2008 die Kosten des Rechtsstreits Frau C. auf.

Zur Begründung führte es aus, dass diese aller Voraussicht nach im Rechtsstreit unterlegen wäre. Die Auskunftspflicht bestimme sich gemäß Artikel 25 EGBGB nach italienischem Recht, dort wiederum sei in Artikel 723 Codice Civile bestimmt, dass eine Rechnungslegung durch den „Teilenden“ zu erfolgen habe, vorliegendenfalls ausschließlich durch die Beklagte, welche Überblick über die gesamten Vermögensverhältnisse des Erblassers gehabt habe, da diese sich in ihrem Besitz befanden bzw. noch immer befänden.

Unter dem 9.1.2009 erhob die Klägerin sowie Miterben vertreten durch den Beklagten zu 1) erneut Klage gegen Frau C. mit der Zielrichtung, diese zu verurteilen, Auskunft zu erteilen und Rechnung zu legen über sämtliche Einnahmen und Ausgaben im Zusammenhang mit dem Mehrfamilienhaus und der Eigentumswohnung für die Jahre 2006 bis 2008 durch Vorlage einer geordneten Zusammenstellung und Beifügung von Belegen.

Zur Begründung führte der Beklagte zu 1) als anwaltlicher Vertreter der Klagepartei aus, dass nach dem Erbgang italienisches Recht anzuwenden sei und die fraglichen Immobilien nicht in die gemeinschaftliche Masse einer ungeteilten Miterbengemeinschaft fielen, sondern vielmehr nach italienischem Recht ein Miterbe im Umfang seiner Erbquote Miteigentümer jedes einzelnen Nachlassgegenstandes werde. Insbesondere führte der Beklagte zu 1) weiter aus, dass die testamentarische Anordnung des Erblassers gegen Artikel 537 f Codice Civile verstoße. Nach italienischem Recht haben gewisse, dem Erblasser nahestehende Personen ein echtes, dinglich wirkendes Noterbrecht, auch gegen den Willen des Erblassers.

Wenn ein Erblasser Pflichterben in seinem Testament übergegangen hat, äußert jedoch das Noterbrecht seine Wirkungen nicht kraft Gesetzes, sondern setzt eine Herabsetzungsklage des Berechtigten voraus (Artikel 553 ff Codice Civile). Dieses Noterbrecht bedeutete, dass Verfügungen und Schenkungen des Erblassers, die über ein Viertel (quota di riserva) hinausgehen, der Kürzung mit Hilfe der Herabsetzungsklage unterliegen können. Daher werden Pflichterben nicht in Höhe ihrer Quote Miteigentümer eines Einzelnachlassgegenstandes, sondern es bedarf hierzu einer Herabsetzungsklage.

Insofern führte der im Vorprozess bestellte Gutachter Prof. Dr. Dr. J. in seinem Gutachten vom 8.9.2009 aus, dass das Noterbrecht nicht kraft Gesetzes eintritt, sondern durch Herabsetzungsklage geltend zu machen ist. In einem wei-

teren Ergänzungsgutachten vom 5.5.2010 führte der Sachverständige aus, dass sich die für den vorliegenden Sachverhalt in Betracht kommende Herabsetzungsklage bezüglich der Vermächtnisse und der Schenkungen nach der Vorschrift Art. 564 Abs. 1 Satz 1 Codice Civile bestimme.

Nach herrschender Auffassung verjähre das Recht auf Herabsetzung in zehn Jahren nach Annahme der Erbschaft. In der mündlichen Verhandlung im Bezugsverfahren vom 22.6.2010 erhob die dortige Beklagte, Frau C., bezüglich der Herabsetzungsklage die Einrede der Verjährung. Auf beiderseitigen Antrag der Parteien wurde in diesem Termin gemäß § 251 ZPO das Ruhen des Verfahrens angeordnet. Mit Schriftsatz vom 29.6.2010 behauptete der Beklagte zu 1) als seinerzeitiger Klägervertreter, dass der Herabsetzungsanspruch des Vermächtnisses nicht verjährt sei.

Unter dem 21.10.2010 erhob er sodann im Wege der Klageerweiterung eine Herabsetzungsklage. Im folgenden Termin vom 10.12.2010 stellte der Beklagte zu 1) unstreitig, dass die dortige Beklagte, Frau C., die Erbschaft mit Eintritt des Todes des Erblassers angenommen habe. Weiter führte er aus, dass für die Dauer der Verjährung italienisches Recht anzuwenden, für die Unterbrechung bzw. Hemmung der Verjährung jedoch deutsches Recht maßgeblich sei. Maßgeblich für den Beginn der Verjährung sei nach italienischem Recht auch die Annahme der Erbschaft durch die Klageparteien des seinerzeitigen Rechtsstreits.

In einem weiteren Sachverständigengutachten zur Anwendung italienischem Rechts vom 24.6.2011 führte der Sachverständige Prof. Dr. Dr. J. sodann aus, dass die Verjährungsfrist für die Herabsetzungsklage mit der Annahme der Erbschaft durch den Berufenen zu laufen beginne und es auf die Annahme durch die Kläger im seinerzeitigen Rechtsstreit nicht ankomme. Die Unkenntnis des Rechtsinstituts der Herabsetzungsklage hindere nicht den Beginn der Verjährungsfrist. In einer weiteren Stellungnahme vom 18.8.2011 führte der Sachverständige Prof. Dr. Dr. J. aus, dass (die ursprünglich erhobene) Auskunftsklage keine Herabsetzungsklage sei. Es hätte der Herabsetzungsanspruch geltend gemacht werden müssen.

Dies belegt der Sachverständige mit der Kommentierung von Cian-Trabucchi, 2004, S. 3298 Anm. V Rdnr. 1 zu Artikel 2943 Abs. 2 des Codice Civile, wonach die Wirkung der Unterbrechung der Verjährung nicht aus jedem Klageantrag folgt, sondern nur durch jenen, mit welchen der Kläger die Anerkennung und den gerichtlichen Schutz desjenigen Rechts begehrt, dem gegenüber man später die Verjährung einwendet.

Mit Urteil vom 22.12.2011 wies sodann das LG Ulm die Klagen auf Herabsetzung und Auskunft ab. Zur Begründung führte es aus, dass der Anspruch verjährt sei, insbesondere könne der zunächst erhobenen Auskunftsklage keine verjährungsunterbrechende Wirkung beigemessen werden. Eine dagegen gerichtete Berufung wurde mit Beschluss des OLG Stuttgart vom 9.12.2012 gem. § 522 Abs. 2 ZPO zurückgewiesen.

Aus Sicht der Klägerin hätte der Beklagte zu 1) rechtzeitig Herabsetzungsklage erheben müssen. Er hätte sich vorliegend mit diesem Rechtsinstitut nach italienischem Recht befassen müssen. Bereits im Gutachten des Prof. Dr. Dr. J. vom 8.9.2009 sei diese Frage hervorgehoben worden. Hätte sich der Beklagte zu 1) damit befasst, wäre er auf die zehnjährige Verjährungsfrist gestoßen. Im Übrigen sei vorliegend italienisches Recht anwendbar gewesen, die Pflichtverletzung des Beklagten zu 1) bestehe darin, dass er den nach italienischem Recht erforderlichen Herabsetzungsantrag klageweise nicht rechtzeitig geltend gemacht habe. Der Beklagte zu 1) als anwaltlicher Vertreter der Klägerin hätte sich die erforderliche Kenntnis des ausländischen Rechts verschaffen müssen.

Ihren Schaden beziffert die Klägerin auf 143.032,15 EUR. Am Nachlass seien der Klägerin entsprechend ihrer Erbquote 123.278,48 EUR zugestanden. Im Rahmen der Prozessführung beziffert sie einen Kostenschaden in Höhe von 19.753,67 EUR. Hilfsweise beantragt die Klägerin neben den Kosten Schaden in Höhe von 19.753,67 EUR, den Beklagten zur Zahlung von 61.284,64 EUR zu verurteilen (Anteil der jährlich behaupteten entgangenen Mieteinnahmen). (...)

(Anträge: ...)

Die Beklagten lassen vortragen, dass sich die Rechtsnachfolge nach für in Deutschland belegene Immobilien nach dem Erblasser sich nach deutschem Recht beurteile. Im Übrigen sei die Annahme des LG Ulm, die Annahme der Erbschaft sei bereits am 18.3.2000 erfolgt, rechtlich nicht haltbar. Die Annahme der Erbschaft sei am Todestag keinesfalls vollzogen gewesen. Im Übrigen sei es fraglich, wie weit die Beklagten dafür haften würden, dass ein Herabsetzungsantrag nicht bereits vor dem 18.3.2010 gestellt worden ist.

Die Beklagten bestreiten im Übrigen das Noterbenrecht nach italienischem Recht. Insbesondere wird bestritten, dass bei Anwendung des italienischen Erbrechts der Erblasser durch die Zuwendungen der Erträge an den drei Immobilien in Deutschland die ihm vorbehaltene „quota di riserva“ überschritten hat. (...) ■

Aus den Gründen:

Die zulässige Klage erweist sich im Haupt- und Hilfsantrag als unbegründet.

I. Keine zureichende haftungsbegründende Verletzung rechtsanwaltlicher Sorgfaltspflichten.

Zunächst hatten die Beklagten für den Bezugsrechtsstreit von der Anwendung italienischen Erbrechts auszugehen. Der Erblasser war italienischer Staatsangehöriger (Art. 25 Abs. 1 EGBGB). Von einer konkludenten Wahl deutschen Rechts für das im Inland belegene Vermögen ist vorliegend nicht auszugehen (Art. 25 Abs. 2 EGBGB). Zwar muss die Rechtswahl nicht ausdrücklich erfolgen (vgl. Palandt, EGBGB, 2014, Art. 25 Rdnr. 8). Vorliegend ist anhand des Testaments jedoch nicht erkennbar, dass der Erblasser eine Nachlassspaltung wollte. So spricht der Erblasser im Testament vom 16.1.1989 von „sämtliche“ seiner Immobilien.

Zudem hatte die Beklagtenseite insoweit zunächst von der Richtigkeit des Erbscheins des Notariats L. vom 22.10.2002 ausgehen können. Der Erbschein selbst vermerkt die Erteilung nach italienischem Recht. Ausgehen konnte er auch von der Richtigkeit der Entscheidung des LG Ulm im Rechtsstreit 3 O 279/07 vom 20.2.2008, wonach sich die Auskunftspflicht nach italienischem Recht bestimmte.

Die Beklagten wären schadenersatzpflichtig gemäß § 280 Abs. 1 BGB, wenn sie schuldhaft eine Pflicht aus dem Anwaltsvertrag verletzt hätten. **Die zum Anwaltsmandat gehörende Prüfung des einschlägigen anwendbaren Rechts bezieht sich in der Regel auf geltende Gesetze, anwendbare Rechtsprechung und an letzter Stelle einschlägige Literatur** (vgl. Borgmann, Die Rechtsprechung des BGH zum Anwaltschaftsrecht, NJW, 2013, 3343 ff, hier: 3345). **Hierbei gehört zum erforderlichen Wissensstand eines Rechtsanwalts bei der Beratung und zur Prozessführung grundsätzlich auch die notwendige Kenntnis internationaler Rechtsregeln bzw. die Kenntnis der Rechtsprechung eines ausländischen Staates** (so auch OLG Koblenz, NJW 89, 2699).

Dies bedeutet auf den vorliegenden Fall der Anwendung ausländischen – italienischem – Rechts bei einem Inlandsfall, dass der Rechtsanwalt verpflichtet ist, sich entsprechende Rechtserkenntnisquellen im Rahmen des Zumutbaren zu beschaffen, wobei sich für die Zumutbarkeit ein objektiver Maßstab ergibt. Es ist zu beachten, dass sich der **Zugriff auf Literatur und Rechtsprechung zu auslandsrechtlichen Themen** in der Regel **schwieriger** gestaltet als der Zugriff auf entsprechende Rechtsquellen zum deutschen Recht (vgl. z.B. Gruber, Anwaltschaftung bei grenzüberschreitenden Sachverhalten, MDR 1989, 1399, 1401).

In dem Bezugsrechtsstreit wurde soweit ersichtlich die Frage einer Herabsetzungsklage erstmals vom Gutachter Prof. Dr. Dr. J. im Gutachten vom 8.9.2009 angesprochen. Die Frage der zehnjährigen Verjährung für eine derartige Herabsetzungsklage wurde dann erstmals vom Sachverständigen im Ergänzungsgutachten vom 5.5.2010 thematisiert, wobei der Gutachter ausführte, dass „nach herrschender Auffassung“ das Recht auf Herabsetzung in zehn Jahren ab Annahme der Erbschaft verjährt. Diese Aussage begründete der Sachverständige mit einer Kommentierung.

Dies bedeutet, dass die Frage des Rechts der Herabsetzungsklage sowie des Beginns und der Hemmung der Verjährung offensichtlich komplex, rechtlich strittig und schwierig zu beurteilen ist. So hatte der Beklagte zu 1) im Bezugsrechtsstreit weiter erklärt, dass für den Beginn der Verjährung nach italienischem Recht maßgeblich auch die Annahme der Erbschaft durch die dortigen Kläger (auch hiesige Klägerin) sei. Hierzu hatte der Sachverständige Prof. Dr. Dr. J. dann mit Gutachten vom 24.6.2011 dargestellt, dass es auf die Annahme durch die seinerzeitige Klagepartei nicht ankomme.

Mit gleichem Gutachten führte der Sachverständige aber auch aus, dass dem Gutachter kein italienisches Formularbuch zur Verfügung stünde, das eine genaue Formulierung eines Klageantrags auf Herabsetzung eines Nießbrauchs-

vermächtnisses an Immobilien enthielte. Vor diesem Hintergrund musste der Beklagte zu 1) mit Vorlage des zu diesem Zeitpunkt weiter unerörterten Sachverständigengutachtens vom 8.9.2009 noch nicht eine offensichtlich ohnehin schwer zu formulierende Herabsetzungsklage erheben. Erst mit weiterem Gutachten vom 18.8.2011 erklärte der Sachverständige unter Hinweis auf eine Kommentarstelle, dass die ursprünglich allein gegenständliche Auskunftsklage die Verjährung nicht unterbreche.

Dies bedeutet, dass selbst ein renommierter Sachverständiger für die Anwendung italienischen Rechts vorliegend seine Meinung ausschließlich aus Literatur herleiten kann. Weiter blieben seinerzeit Übersetzungs- und nachfolgende Deutungsfragen strittig. Der Beklagte zu 1) vertrat im seinerzeitigen Bezugsverfahren als anwaltlicher Vertreter der Klägerin die Auffassung, dass „domanda“ mit „erhobener Anspruch“ zu übersetzen ist. Der Gutachter Prof. Dr. Dr. J. übersetzte dagegen mit dem Wort „Antrag“ oder „Klageantrag“. Die Folgerung für den Vorprozess war, dass die Unterbrechung der Verjährung nicht aus jedem Klageantrag folgt, sondern, dass die prozesseinleitend erhobene Auskunftsklage insoweit nicht verjährungshemmend für die später erweiternd erhobene Herabsetzungsklage wirkte.

Maßstab für die zumutbare Sorgfalt der Beklagtenseite war, dass diese hinreichende Kenntnisse der ausländischen Gesetze sowie Rechtsprechung hatte. **Vorliegend jedoch ergibt sich die erfolgreiche Erhebung der Einrede der Verjährung im Bezugsverfahren aus sehr spezieller Auslegung von Kommentarliteratur und einem italienischen Rechtswörterbuch.** Durch Rechtsprechungsfundstellen konnten diese selbst vom Gerichtsgutachter nicht betont werden. Daher geht das Gericht in diesem Fall davon aus, dass der Beklagte zu 1) im Vorprozess nicht sorgfaltswidrig gehandelt hat. Hinzu kommt, dass insoweit im Bezugsverfahren auch keine richterlichen Hinweise (§139 ZPO) erteilt worden waren.

Soweit ersichtlich wurden Verjährungsfragen erst in der öffentlichen Sitzung vom 22.6.2010 durch die dortige Beklagtenseite thematisiert. Da die Parteien sodann übereinstimmend geäußert hatten, dass sie den Nachlass insgesamt außergerichtlich auseinandersetzen wollten und daraufhin übereinstimmend das Ruhen des Verfahrens beantragten, geht hiesiges Gericht davon aus, dass die Frage der Verjährung selbst zu diesem Zeitpunkt von allen anwesenden Beteiligten mit großer Unsicherheit gesehen wurde.

Vorliegend sieht das Gericht damit keine hinreichende Sorgfaltspflichtwidrigkeit, insbesondere handelt es sich offenkundig um eine sehr strittige und komplexe Rechtsmaterie, wobei die Quellen des ausländischen Rechts sich durch Sachverständigengutachten betreffend der Unterbrechung oder Hemmung der Verjährung ausschließlich auf Literaturquellen stützen mussten.

Daher war vorliegend die Klage in Haupt- und Hilfsantrag abzuweisen. (...) ■

Versicherungsschutz

- Treuhandkommanditist
 - Geschäftsführende Treuhand
 - Unternehmerisches Risiko
 - Entscheidungsspielräume
- (LG Köln, Urt. v. 3.7.2013 – 20 O 431/12)

Leitsatz (d. Red.):

Eine geschäftsführende, nicht unter den Versicherungsschutz der Vermögensschadenhaftpflicht-Versicherung für Steuerberater fallende Treuhand liegt vor, wenn dem Treuhänder Entscheidungsspielräume eingeräumt wurden. ■

Zum Sachverhalt:

Die Kläger begehren Zahlung aus einer Berufshaftpflichtversicherung für Steuerberater, die zwischen der Beklagten und der S. Beratungs- und Treuhandgesellschaft mbH abgeschlossen worden war.

Die Q. AG finanzierte Prozesse durch Vorleistung von Gerichts- und Anwaltskosten, die von hierfür gegründeten Fondsgesellschaften aufgebracht wurden. Die S. Beratungs- und Treuhandgesellschaft mbH war die Treuhandkommanditistin für verschiedene, in Form von Kommanditgesellschaften konstruierten Prozesskostenfonds, insbesondere für den Prozesskostenfonds Q. GmbH & Co. Prozesskostenfonds KG. Ihre Einbindung erfolgte auf Anraten des für die Q. AG tätigen Wirtschaftsprüfers, der wiederum auch für die S. Beratungs- und Treuhandgesellschaft mbH als Wirtschaftsprüfer tätig war. An den Prozesskostenfonds konnten sich private und institutionelle Kapitalanleger mit einer Mindestzeichnungssumme von 5.000 EUR beteiligen. Die Anleger wurden von der S. Beratungs- und Treuhandgesellschaft mbH nicht auf die wesentlichen Risiken der Anlage hingewiesen.

Nach § 6 des Gesellschaftsvertrages der Q. GmbH & Co. Prozesskostenfonds KG sollte die Beteiligung durch Abschluss eines Treuhandvertrages mit der S. Beratungs- und Treuhandgesellschaft mbH erfolgen, die dann den Kommanditanteil im eigenen Namen für Rechnung der Anleger hielt. Der Treuhandkommanditist sollte seine Gesellschaftsrechte im Interesse der Treugeber ausüben; den Treugebern wurde das Recht eingeräumt, an den Gesellschaftsversammlungen teilzunehmen und bei Beschlussfassungen das auf ihre Beteiligung entfallende Stimmrecht auszuüben. Nach § 10 des Gesellschaftsvertrages sollte allein die Komplementärin zur Geschäftsführung berechtigt und verpflichtet sein.

In § 4 des Treuhandvertrages war geregelt, dass der Treuhänder den ihm erteilten Auftrag durch Erwerb eines Kommanditanteils bzw. Einräumung einer Treugeberstellung an einem bereits erworbenen Kommanditanteil erfüllt. Nach § 8 Ziffer 3 des Treuhandvertrages sollte der Treugeber seine Rechte unmittelbar ausüben, was insbesondere für das Stimmrecht in der Gesellschafterversammlung gelten sollte.

Nach § 12 des Treuhandvertrages sollte der Treuhänder weder für den Eintritt der vom Treugeber verfolgten wirtschaftlichen und steuerlichen Ziele haften noch für die Bonität der Vertragspartner.

Die S. Beratungs- und Treuhandgesellschaft mbH war als Steuerberatungsgesellschaft bei der Beklagten seit dem 1.1.1995 berufshaftpflichtversichert; es handelte sich um eine Pflichtversicherung i.S.v. §§ 67, 158 Nr. 6 StBerG i.V.m. § 52 DVStB. Dem Versicherungsvertrag lagen die Allgemeinen Versicherungsbedingungen für die Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung für Angehörige der steuerberatenden Berufe (AVB-S 2002) zugrunde.

Mit Urteil des LG Berlin vom 22.12.2011 – 14 O 160/11 – wurde die S. Beratungs- und Treuhandgesellschaft mbH verurteilt, an die Kläger 19.800 EUR zuzüglich Zinsen, Freistellungsansprüche und sonstige Nebenforderungen zu zahlen. Die Kläger hatten Ende 2006/Anfang 2007 Treuhandverträge mit der S. Beratungs- und Treuhandgesellschaft mbH abgeschlossen.

Mit Beschluss des AG Hannover vom 8.3.2012 wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen der S. Beratungs- und Treuhandgesellschaft mbH eröffnet. Der Insolvenzverwalter gab den Deckungsanspruch der S. Beratungs- und Treuhandgesellschaft mbH gegenüber der Beklagten aus dem Insolvenzbeschluss frei.

Mit Pfändungs- und Überweisungsbeschluss des AG Hannover vom 24.7.2012 wurden Ansprüche aus dem Versicherungsvertrag zwischen der Beklagten und der S. Beratungs- und Treuhandgesellschaft mbH zugunsten der Kläger in Höhe von 21.145 EUR zuzüglich Tageszinsen in Höhe von 2.816 EUR seit dem 21.6.2012 gepfändet und überwiesen. Der Pfändungs- und Überweisungsbeschluss wurde der Beklagten am 2.8.2012 mit der Aufforderung zugestellt, die Drittschuldnererklärung abzugeben. Mit Schreiben vom 6.8.2012 erklärte die Beklagte, dass sie die Forderung nicht anerkenne und begründete dies damit, dass der Abschluss von Treuhandverträgen zwischen der Schuldnerin und den Gläubigern über einen Beteiligungserwerb der Gläubiger nicht vom Versicherungsschutz der Berufshaftpflichtversicherung umfasst sei.

Die Kläger sind der Auffassung, dass der Abschluss von Treuhandverträgen vom Versicherungsvertrag erfasst sei. Die S. Beratungs- und Treuhandgesellschaft mbH sei ausschließlich aufsichtsführend tätig geworden, und zwar als bloße Abwicklungs- und Beteiligungstreuhanderin. (...)

(Anträge: ...) ■

Aus den Gründen:

Die Klage ist unbegründet.

Die Kläger haben keinen Anspruch auf Zahlung aus den gepfändeten und überwiesenen Versicherungsansprüchen der S. Beratungs- und Treuhandgesellschaft mbH gegen die Beklagte aus dem Berufshaftpflichtversicherungsvertrag.

Versichert sind gemäß § 1 Ziffer 1 AVB-S nur diejenigen gesetzlichen Haftpflichtansprüche privatrechtlichen Inhalts, die aus Verstößen in Ausübung der beruflichen Tätigkeiten der Versicherungsnehmerin herrühren. Die versicherten Tätigkeiten sind in der Risikobeschreibung für die Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung für Angehörige der steuerberatenden Berufe näher definiert.

Nach Ziffer 1.1 der Risikobeschreibung ist die Tätigkeit als nicht **geschäftsführender Treuhänder** versichert. Nicht versichert sind nach § 4 Ziffer 6 AVB-S Haftpflichtansprüche, die dadurch entstehen, dass der Versicherungsnehmer im Bereich eines **unternehmerischen Risikos** einen Verstoß begeht, z.B. als geschäftsführender Treuhänder. Die unternehmerische Tätigkeit eines Steuerberaters als geschäftsführender Treuhänder ist nach der Risikobeschreibung wirksam vom Versicherungsschutz ausgeschlossen, vgl. OLG München, Urt. vom 28.11.1995, VersR 1997, 961.

Bei der versicherten aufsichtsführenden Treuhandtätigkeit geht es ausschließlich um die kontrollierende bzw. beratende Wahrnehmung fremder wirtschaftlicher Interessen ohne Entscheidungsspielraum. Jedes Mitbestimmungsrecht des Treuhandkommanditisten macht eine ansonsten rein aufsichtsführende zur geschäftsführenden Treuhand.

Nach Auffassung der Kammer enthält Tätigkeit der S. Beratungs- und Treuhandgesellschaft mbH durchaus **Elemente der geschäftsführenden Treuhandtätigkeit**. Von einer solchen geschäftsführenden Tätigkeit ist trotz der in § 10 des Gesellschaftsvertrages vorgenommenen Zuweisung der Geschäftsführerstellung auf die Komplementärin auszugehen. Dabei kann offen bleiben, ob sich die in § 1 des Treuhandvertrages geregelte Bevollmächtigung der S. Beratungs- und Treuhandgesellschaft mbH tatsächlich nur auf den Erwerb des Kommanditanteils bezieht oder entgegen des Wortlauts darüber hinausgeht. Da der Erwerb des Anteils ohnehin im eigenen Namen erfolgen soll, war eine Bevollmächtigung hierzu nicht notwendig.

Der Treuhandvertrag räumt dem Treuhänder entgegen der Auffassung der Kläger durchaus **Entscheidungsspielraum ein, auch wenn grundsätzlich vorgesehen war, dass der Treugeber seine Rechte unmittelbar ausüben sollte, auch das Stimmrecht in der Gesellschafterversammlung. Nach § 4 des Treuhandvertrages stand es dem Treuhänder frei, den Erwerbsauftrag entweder durch Erhöhung seines Kommanditanteils und anschließendes Halten dieses Anteils treuhänderisch für den jeweiligen Treugeber zu erfüllen oder aber durch Begründung eines Treuhandverhältnisses über einen bereits von ihm im eigenen Namen für eigene Rechnung erworbenen Teil des Kommanditanteils zu erfüllen. Hierdurch wurde der Treuhand Beratungs- und Treuhandgesellschaft mbH ein unternehmerischer Entscheidungsspielraum eingeräumt.**

Weitere Entscheidungsspielräume wurden der Treuhand Beratungs- und Treuhandgesellschaft mbH in Bezug auf die **Ausübung des ordentlichen Kündigungsrechts und der Liquidation eingeräumt. Hinsichtlich der ordentlichen Kündigung oblag es ihr, zu entscheiden, ob und wann sie Mehrheitsentscheidungen herbeiführte.** Im Fall der Liquidation sollte nach

§ 9 des Treuhandvertrages das Gesellschaftsvermögen unter Wahrung der Interessen aller Treugeber mit wirtschaftlich vertretbarer Beschleunigung verwertet werden. **Hinzu kommt, dass die Treuhand Beratungs- und Treuhandgesellschaft mbH berechtigt war, Kommanditanteile am Fonds für eigene Rechnung zu halten, wodurch es ihr ermöglicht wurde, unternehmerisch tätig zu werden, ohne Weisungen der Treugeber zu unterliegen.**

Nach dem Gesellschaftsvertrag ist der Treuhandkommanditist im eigenen Namen an der Gesellschaft beteiligt; die ihm zustehenden Gesellschaftsrechte hat er im Interesse der Treugeber auszuüben. **Hinzu kommt, dass den Treuhänder, der die Beteiligung des Anlegers aufgrund des mit ihm geschlossenen Treuhandvertrages treuhänderisch für ihn hält, nach der zutreffenden Auffassung des LG Berlin im Urteil vom 22.12.2011 – 14 O 160/11 die Verpflichtung trifft, diesen über alle wesentlichen Umstände der Anlage aufzuklären, die ihm bekannt waren oder sein mussten, und unrichtige Angaben von sich aus richtig zu stellen.**

Dies geht nach Auffassung der Kammer über eine sog. aufsichtsführende Treuhandtätigkeit hinaus und stellt eine geschäftsführende Tätigkeit des Treuhänders dar. Aus dem vor dem LG Berlin geführten Verfahren ergibt sich, dass die S. Beratungs- und Treuhandgesellschaft mbH als Treuhänderin den Treugeber teilweise **in der Gesellschafterversammlung** vertreten hat.

Nach dem **Sinn und Zweck der Pflichtversicherung für Steuerberater** geht es darum, Mandanten und Dritte vor Schäden aus beruflichen Fehlleistungen zu schützen. Die streitgegenständliche Tätigkeit der S. Beratungs- und Treuhandgesellschaft mbH gehört nicht zu den mit dem Berufsbild des Steuerberaters zu vereinbarenden Tätigkeiten. (...) ■

Gl Literaturhinweis

Haftpflichtversicherung

Der Kommentar, der 1993 erstmals erschien und ein „Dauerbrenner“ versicherungsrechtlicher Fachliteratur ist, liegt nun in gründlich überarbeiteter Neuauflage vor.

Im Mittelpunkt des Werkes steht die Kommentierung der Allgemeinen Versicherungsbedingungen für die Haftpflichtversicherung (AHB) anhand des vom Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft e.V. (GDV) herausgegebenen Mustertextes. Als Grundbedingungswerk besitzen die AHB für zahlreiche Haftpflichtversicherungen, die ebenfalls in diesem Buch behandelt werden, allerhöchste Bedeutung.

Erläutert werden die Musterbedingungen zu:
– Haftpflichtversicherung (AHB) – Privathaftpflichtversicherung (AVB PHV und BB PHV) – Betriebshaftpflichtversicherung (BBR BHV) – Betriebs- und Berufshaftpflichtversicherung (AVB BHV) – Produkthaftpflichtversicherung (ProdHM) –

Rückrufkosten-Haftpflichtversicherung für Hersteller- und Handelsbetriebe (ProdRückRM) – Rückrufkosten-Haftpflichtversicherung für Kfz-Teile-Zulieferer (KfzRückRM) – Umwelt-haftpflicht- und Umweltschadensversicherung (UHV/USV) – Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung (AVB-Vermögen)

Das Werk wendet sich an Rechtsanwälte.

Prof. Dr. Peter Schimikowski (Hrsg.), Haftpflichtversicherung, Verlag C.H.BECK, 2., völlig neu bearbeitete Auflage des von Dr. Bernd Späte begründeten Werks, 2015, LX, 1354 Seiten, in Leinen, 179 €, ISBN 978-3-406-65250-9

Gl Literatur-Ecke

Beyer-Petz: Sozialversicherungsrechtliche Vertretungsbefugnis von Steuerberatern nach der jüngsten BSG-Rechtsprechung, *DStR 2015, 605*

Bräuer/Chab: Großkanzleien: Lücken zwischen deutschem und internationalem Schutz, *AnwBl 2015, 88*

Erdbrügger/Jehke: Die Erleichterungen bei der strafbefreienden Selbstanzeige im Bereich der Umsatz- und Lohnsteuer zum 1.1.2015 (§ 371 Abs. 2a AO), *DStR 2015, 385*

Esskandari/Schmitt: Steuerberaterhaftung: Eigenmächtige Rücknahme eines Einspruchs, *StBW 2014, 925*

Gladys: Die Berufshaftpflichtversicherung zu dem Zweck, die Haftung auf das Gesellschaftsvermögen der Partnerschaft zu begrenzen, *DStR 2014, 2596*

Harsch: Verjährung von Regressansprüchen gegen den Rechtsanwalt, *MDR 2014, 1368*

Henssler/Markworth: Anforderungen an eine Freiberufler-GmbH & Co. KG, *NZG 2015, 1*

Kilian: Anwalts-geschichte: Der Schutz vor beruflichen Haftungsrisiken, *AnwBl 2014, 991*

Kilian: Anwalts-haftung, *AnwBl 2015, 61*

Krause-Allenstein: Darlegungs- und Beweislast des Ausschlussstatbestandes der bewussten Pflichtwidrigkeit, *JurisPR-VersR 2/2015 Anm. 1*

Krösch: Steuerberaterhaftung bei konkreten Erörterungen zur Insolvenzreife, *GWR 2014, 156*

Peters: Beginn der Verjährung des Schadensersatzanspruchs gegen Rechtsanwalt, *JR 2015, 68*

Skamel: Zur Notarhaftung bei pflichtwidrig unterlassener Belehrung, *NotBZ 2015, 16*

Das große Handbuch des Konzernrechts.



NEU

Lutter/Bayer (Hrsg.) **Holding-Handbuch** Konzernrecht · Konzernsteuerrecht · Konzernarbeitsrecht · Betriebswirtschaft. Herausgegeben von Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Marcus Lutter, Prof. Dr. Walter Bayer. Bearbeitet von 23 hochkarätigen Experten aus allen behandelten Disziplinen. 5., neu bearbeitete und erweiterte Auflage 2015, 1.312 Seiten Lexikonformat, gbd., 219,- €. ISBN 978-3-504-48006-6

Schon wegen der extrem hohen Nachfrage war es höchste Zeit für eine Neuauflage dieses Handbuch-Klassikers.

Aufgrund der rasanten Rechtsentwicklung seit der Voraufgabe haben die renommierten Autoren das Werk zu einem veritablen interdisziplinären Konzernrechts-Handbuch weiterentwickelt, das gut ein Drittel an Inhalt zugelegt hat und in 21 Beiträgen das Recht der Holding unter allen relevanten Aspekten beleuchtet: Konzernrecht, Konzernsteuerrecht, Konzernarbeitsrecht und Betriebswirtschaft.

Lutter/Bayer (Hrsg.), Holding-Handbuch. Rundum auf allerneuestem Stand. Überzeugen Sie sich selbst mit einer Lese-
probe, und bestellen Sie auch gleich bei **www.otto-schmidt.de/luh5**

otto schmidt

Jetzt die neueste
Ausgabe lesen!
www.hdi.de/giservice

ILFT

**BEIM BERATEN GUT
BERATEN ZU SEIN.**

**Unsere Versicherungs- und
Vorsorgeprodukte für Anwälte,
Steuerberater und Wirtschaftsprüfer.**



Als einer der erfahrensten Vermögens-
schaden-Haftpflichtversicherer setzt HDI
Maßstäbe bei der Entwicklung passender
Versicherungslösungen.

www.hdi.de/freiberufe

HDI

Das ist Versicherung.

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

Erscheinungsweise

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

Verlag

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

Abonnementservice

Fax: (0511) 645 111 3661

Layout und Satz

Type Connection, Lechenicher Str. 29, 50374 Erftstadt

Druck

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

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