



**HDI**

Das ist Versicherung.

Nr. 5 / Oktober 2015 / 35. Jahrgang

# GI aktuell

Informationen für wirtschaftsprüfende, rechts- und steuerberatende Berufe

## Inhalt

<b>Editorial</b>	<b>129</b>	<b>Steuerberaterhaftung</b>	<b>146</b>
<b>GI News</b>	<b>130</b>	Mandatsübernahme / Pflicht zur Neuberatung durch Nachfolgerberater / Gesamtvermögensvergleich / Vermögensvorteil durch Festsetzungsverjährung (OLG Celle, Urt. v. 26.2.2014 – 4 U 18/13)	
<b>GI Entscheidungen</b>	<b>130</b>	<b>Steuerberaterhaftung</b>	<b>150</b>
<b>GI Literatur-Ecke</b>	<b>160</b>	Rechtskenntnis / Beobachtung der Rechtsentwicklung / Umsatzsteuer / Berufsbetreuer (LG Halle, Urt. v. 3.8.2015 – 6 O 83/15)	
<b>Versicherungsschutz</b>	<b>130</b>	<b>Steuerberaterhaftung</b>	<b>152</b>
Zusammentreffen von wissenschaftlicher und nicht wissenschaftlicher Pflichtverletzung / Keine Privilegierung bei unbewussten Pflichtenverstößen / Kein Versicherungsschutz (BGH, Beschl. v. 27.5.2015 – IV ZR 322/14)		Lohnbuchhaltung / Steuerfreie Nach-, Sonn- und Feiertagszuschläge, § 3b Abs. 1 EStG / Gestaltung des Arbeitsvertrags / Steuerliche Fehlentscheidung / Vor- und Nachteile bei Arbeitgeber und Arbeitnehmer (LG Bonn, Urt. v. 19.6.2015 – 15 O 444/14)	
<b>Wirtschaftsprüferhaftung</b>	<b>131</b>	<b>Steuerberaterhaftung</b>	<b>155</b>
Treuhandkommanditist / Insolvenz / Anmeldung von Schadenersatzansprüchen zur Insolvenztabelle / Zug-um-Zug-Forderungen (BGH, Urt. v. 21.5.2015 – III ZR 384/12)		Umsatzsteuerfreiheit / Medizinische Behandlung / Fahrtauglichkeitsuntersuchung / Schaden: Umsatzsteuerforderung des Finanzamts / Gewinnentgang / Kalkulation? (LG Koblenz, Urt. v. 17.6.2015 – 15 O 362/14)	
<b>Handakte des Anwalts</b>	<b>134</b>	<b>Steuerberaterhaftung</b>	<b>157</b>
Zurückbehaltungsrecht (BGH, Urt. v. 3.11.2014 – AnwSt(R) 5/14)		Umsatzsteuerbefreiung für Berufsbetreuer / Vorlagebeschluss an den EuGH / Analyse der Rechtsprechungsentwicklung (LG Magdeburg, Urt. v. 9.6.2015 – 11 O 258/15)	
<b>Anwaltshaftung</b>	<b>136</b>	<b>Steuerberaterhaftung</b>	<b>160</b>
Beihilfe zur Erpressung / Räumungspflicht der Mieterin / Erzwangene Geldzahlung des Vermieters / Räumung nach Gelderhalt / Schadenersatzanspruch gem. § 826 BGB (OLG Frankfurt, Urt. v. 10.6.2015 – 2 U 201/14)		Fehlerhafte Jahresabschlüsse / Kündigung des Steuerberatervertrages / Kein Nachbesserungsrecht des Steuerberaters / Aufwand für Umbuchungen (LG Kleve, Urt. v. 22.4.2015 – 1 O 89/11)	
<b>Anwaltshaftung</b>	<b>139</b>		
Rechtzeitiger Antrag auf Rechtsschutzdeckung / Verjährungsunterbrechung / Klagezustellung / Zahlung des Gerichtskosten-vorschusses / Berufungsbegründung / Rückabwicklung von „Schrottimmobilienkauf“ (OLG Hamm, Urt. v. 14.8.2014 – 28 U 37/13)			

# Ihr größter Freund im Kleingedruckten.



Ulmer/Brandner/Hensen – den großen Kommentar kennt man seit jeher als *das* Standardwerk zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen; haben seine Namensgeber doch dieses Kerngebiet des modernen Vertragsrechts von Anfang an entscheidend mitgeprägt. Neben der Kommentierung der §§ 305–310 BGB und der AGB-rechtlichen Vorschriften des UKlaG erweist sich gerade der Katalog mit über 60 besonderen Vertragstypen, Klauselwerken und einzelnen Klauseln samt branchenspezifischen Erläuterungen für alle wichtigen Wirtschaftsbereiche als besonders hilfreich.

Vollständige Auswertung und Systematisierung der unübersichtlichen Kasuistik. Praxisnahe Lösungen auch für noch nicht entschiedene Fallkonstellationen. Neutrale Kommentierung aus Sicht von Verwendern und Verbrauchern.

Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht. Komplette überarbeitet, mit vielen Neuerungen, die den Ruf dieses großartigen Werkes noch einmal steigern werden – jetzt wieder rundum auf aktuellem Stand. Probe lesen und bestellen bei [www.otto-schmidt.de/agb12](http://www.otto-schmidt.de/agb12)



Ulmer/Brandner/Hensen **AGB-Recht** Kommentar zu den §§ 305–310 BGB und zum UKlaG. Bearbeitet von Prof. Dr. Marcus Bieder, Vizepräs. des OLG Dr. Guido Christensen, RA Prof. Dr. Stefan Ernst, Prof. Dr. Andreas Fuchs, Prof. Dr. Mathias Habersack, Prof. Dr. Carsten Schäfer, RA Prof. Dr. Harry Schmidt und RA Dr. Alexander Witt. 12., neu bearbeitete Auflage 2016, rd. 2.200 Seiten Lexikonformat, gbd., 169,- €. Erscheint im Dezember. ISBN 978-3-504-45111-0

**otto**schmidt

## Editorial

## Liebe Leserin, lieber Leser,

Dr. Jürgen Gräfe  
Rechtsanwalt

Der BGH hat zum **Versicherungsschutz** der Wirtschaftsprüfer, Anwälte und Steuerberater klargestellt, dass beim Zusammentreffen von **mehreren schadenverursachenden Pflichtverletzungen, von denen der Berufsangehörige eine wissentlich andere lediglich fahrlässig begangen hat**, dessen Berufshaftpflichtversicherung wegen des wissentlich begangenen Fehlers keine Leistungen erbringt. Das Urteil zeigt, dass bei einer Kette von schadenursächlichen Fehlern der Versicherungsschutz verloren ist, wenn nur einer von ihnen „sehenden Auges“ erfolgte.

Wird ein **Steuerberatungsmandat übertragen**, kann der neue Steuerberater an den Arbeiten des Vorberaters anknüpfen. Das gilt selbstverständlich nicht, wenn Fehler in dessen Arbeiten offenkundig sind. Eine Prüfung und Beratung hat aber immer zu erfolgen, wenn sich steuerrelevante tatsächliche Umstände beim Mandanten jährlich ändern können. Das OLG Celle hatte einen Sachverhalt zu entscheiden, in dem es für die Steuererklärung darauf ankam, wo der Wohnsitz des Mandanten war. Es war unklar, wo dessen ausländische Einkünfte besteuert werden mussten.

In diesem Heft werden mehrere Urteile abgedruckt, die sich mit der Frage befassen, ob der Steuerberater eine **Rechtsprechungsänderung des Bundesfinanzhofs** prognostizieren kann. Es geht in allen Entscheidungen um die **Umsatzsteuerbefreiung für Berufsbetreuer**. Alle kommen zu dem Ergebnis, dass sie nicht vorhersehbar war.

Das LG Bonn hat bestätigt, dass ein **Lohnbuchhaltungsmandat** den Steuerberater nicht verpflichtet, über Gestaltungsmöglichkeiten eines Arbeitsvertrages zu informieren. Er muss deshalb nicht über die Möglichkeit von Sonn- und Feiertagszuschlägen beraten, auch wenn er weiß, dass Arbeitnehmer an Sonn- und Feiertagen arbeiten.

Die Hürden für einen Schadenersatzanspruch wegen einer **Fehlkalkulation des Mandanten** beschreibt das Urteil des LG Koblenz. Ein Schaden entsteht ihm nur, wenn er nachweisen kann, dass er seine Preise um die Umsatzsteuer hätte erhöhen können, ohne gleichzeitig einen Geschäftsrückgang zu erleiden. Der Mandant muss dafür seine Kalkulation offenlegen und einen Vergleich mit den Mitbewerbern anstellen.

Ihr Dr. Jürgen Gräfe

## GI News

### BFH: Einspruchseinlegung durch einfache E-Mail ohne qualifizierte elektronische Signatur

Der Bundesfinanzhof (BFH) hat mit Urteil vom 13.5.2015 – III R 26/14 entschieden, dass auch nach der bis zum 31.7.2013 geltenden Rechtslage ein Einspruch mit einfacher E-Mail, d.h. ohne eine qualifizierte elektronische Signatur, eingelegt werden konnte, wenn die Finanzbehörde einen Zugang für die Übermittlung elektronischer Dokumente eröffnet hat.

Die Familienkasse hatte im Januar 2013 eine zugunsten der Klägerin erfolgte Kindergeldfestsetzung aufgehoben und in dem Bescheid die E-Mail-Adresse der Familienkasse angegeben. Gegen diesen Bescheid legte die Klägerin mit einfacher E-Mail Einspruch ein, den die Familienkasse als unbegründet zurückwies. Das Finanzgericht (FG) wies die dagegen gerichtete Klage ab: Da der Einspruch mangels qualifizierter elektronischer Signatur nicht wirksam eingelegt worden sei, liege ein bereits bestandskräftiger Aufhebungsbescheid vor.

Der BFH widersprach der Auffassung des FG. Er hatte sich dabei noch mit der bis zum 31.7.2013 geltenden Fassung des § 357 Abs. 1 Satz 1 der Abgabenordnung (AO) auseinanderzusetzen. Danach ist der Einspruch schriftlich einzureichen oder zur Niederschrift zu erklären. Bereits nach bisheriger Rechtsprechung des BFH erfordert die „schriftliche“ Einspruchseinlegung nicht, dass der Einspruch im Sinne der strenger „Schriftform“ vom Einspruchsführer eigenhändig unterschrieben wird. Es reicht aus, wenn aus dem Schriftstück hervorgeht, wer den Einspruch eingelegt hat. Entsprechendes hat der BFH nun für einen elektronisch eingelegten Einspruch entschieden. Insoweit ist ein einfaches elektronisches Dokument ohne qualifizierte elektronische Signatur (z.B. eine einfache E-Mail) geeignet, einen papiergebundenen, schriftlich eingelegten Einspruch zu ersetzen. Voraussetzung ist jedoch, dass die Behörde einen Zugang für die Übermittlung elektronischer Dokumente eröffnet hat. Dies ergab sich im Streitfall daraus, dass die Familienkasse in dem angegriffenen Bescheid ihre E-Mail-Adresse angegeben hatte.

Ab 1.8.2013 wurde § 357 Abs. 1 Satz 1 AO dahingehend ergänzt, dass der Einspruch auch „elektronisch“ eingereicht werden kann. Damit wollte der Gesetzgeber klarstellen, dass ein einfaches elektronisches Dokument zur Einspruchseinlegung ausreicht und es nicht der Einhaltung der strenger „elektronischen Form“ bedarf, die eine qualifizierte elektronische Signatur erfordert. Diese bürgerfreundliche Erleichterung gilt allerdings für eine eventuell nachfolgende Klageerhebung nicht: § 52a der Finanzgerichtsordnung ist formstrenger; Einzelheiten zur Möglichkeit der elektronischen Klageerhebung lassen sich der Rechtsbehelfsbelehrung der jeweiligen Einspruchsentscheidung entnehmen. (BFH, Urt. v. 13.5.2015 – III R 26/14)

Pressemitteilung d. BFH v. 19.8.2015 ■

## Versicherungsschutz

- Zusammentreffen von wissentlicher und nicht wissentlicher Pflichtverletzung
  - Keine Privilegierung bei unbewussten Pflichtenverstößen
  - Kein Versicherungsschutz
- (BGH, Beschl. v. 27.5.2015 – IV ZR 322/14)

### Leitsatz (d. Red.):

Der Deckungsausschluss für Schadenverursachung durch wissentliche Pflichtverletzung greift auch dann, wenn derselbe Schaden nicht nur durch eine wissentliche Pflichtverletzung, sondern (möglicherweise) auch durch weitere, nicht wissentliche Pflichtverletzungen mitverursacht worden ist. ■

### Aus den Gründen:

(...)

### Ergänzend bemerkt der Senat:

Die Rechtsauffassung des Berufungsgerichts, der Versicherungsschutz der Vermögensschadenhaftpflichtversicherung entfalle infolge des **Leistungsausschlusses für wissentliche Pflichtverletzung** (§ 4 Nr. 5 AVB) nur dann, wenn dieser Ausschluss für **sämtliche Pflichtverletzungen** der Versicherungsnehmerin greife, und bleibe bestehen, wenn auch nur eine für den Schaden mitursächliche Pflichtverletzung nicht wissentlich erfolgt sei, trifft nicht zu.

Allerdings hat auch das OLG Düsseldorf (r+s 2002, 148 juris Rdnr. 34) angenommen, der Versicherungsschutz entfalle nur, wenn Ausschlussstatbestände für sämtliche in Betracht kommenden Pflichtverletzungen griffen. Das wiederum nimmt Bezug auf eine Entscheidung des OLG Koblenz (r+s 1979, 225), in welcher ausgeführt ist, das Gericht bleibe im Deckungsprozess ungeachtet der Feststellungen des Haftpflichtprozesses verpflichtet, zu prüfen, ob der Deckungsanspruch nicht auch aus einer unter das versicherte Risiko fallenden Anspruchsnorm begründet sei.

Abgesehen davon, dass diese Rechtsprechung zur Bindungswirkung des Haftpflichtprozesses durch das Senatsurteil vom 28.9.2005 (IV ZR 255/04, r+s 2006, 149 unter II 1 juris Rdnr. 19) überholt ist, lässt sich aus ihr für die Frage der Reichweite des Leistungsausschlusses aus § 4 Nr. 5 AVB nichts herleiten. Entscheidend ist allein die Auslegung des Leistungsausschlusses, nach der sich beantwortet, ob er auch dann eingreift, wenn die wissentliche Pflichtverletzung neben anderen, nicht wissentlich begangenen nur mitursächlich zum Schaden geführt hat. Diese Frage hat das Saarländische OLG Saarbrücken bejaht (ZfSch 2008, 219).

Auch der Senat hält dies für zutreffend. **Der Deckungsausschluss für Schadenverursachung durch wissentliche Pflichtverletzung greift auch dann, wenn derselbe Schaden nicht nur durch eine wissentliche Pflichtverletzung, sondern (möglicherweise) auch durch weitere, nicht wissentliche Pflichtver-**



**zungen mitverursacht worden ist.** Das ergibt die Auslegung des Leistungsausschlusses aus der maßgeblichen Sicht eines durchschnittlichen Versicherungsnehmers.

Aus dem Wortlaut sowie dem erkennbaren Sinn und Zweck der Deckungsausschlussklausel erschließt sich diesem ohne Weiteres, dass der Versicherer nicht bereit ist, für Versicherungsfälle einzustehen, deren Schäden durch eine wissentliche Pflichtverletzung verursacht werden. **Anhaltspunkte dafür, dass der Versicherer gleichwohl Deckungsschutz gewähren wolle, wenn zu einer solchen Pflichtverletzung weitere, nicht wissentlich verübte ebenfalls schadenursächliche Verstöße hinzutreten, gibt die Klausel nicht.**

**Auch wenn Leistungsausschlussklauseln in der Regel eng auszulegen sind, erkennt der durchschnittliche Versicherungsnehmer, dass der Leistungsausschluss nicht darauf abzielt, Versicherungsnehmer zu privilegieren, die einen Schaden mittels mehrerer, teils wissentlicher, teils unbewusster Pflichtverstöße herbeiführen.** Er wird den Leistungsausschluss deshalb dahin verstehen, dass er schon dann Versicherungsleistungen ausschließt, wenn ein Schaden durch eine wissentliche Pflichtverletzung mitverursacht ist.

Anderenfalls könnte sich der Versicherungsnehmer dadurch entlasten und den Versicherungsschutz erhalten, dass er darauf verweist, neben der wissentlichen Pflichtverletzung zusätzlich und nicht wissentlich gegen weitere Pflichten verstoßen und den Schaden auch dadurch mitverursacht zu haben. **Ihn wegen einer solchen gesteigerten Sorglosigkeit gegenüber demjenigen Versicherungsnehmer besser zu stellen, der sich lediglich eine wissentliche Pflichtverletzung zuschulden kommen lässt, wäre erkennbar sinnwidrig** (so zutreffend LG Köln, Urt. v. 28.6.2012 – 24 O 53/12, juris, Rdnr. 70).

Ein Grund zur Zulassung der Revision wegen dieser Frage besteht nicht, denn die angefochtene Entscheidung beruht nicht auf dem vom Berufungsgericht eingenommenen Rechtsstandpunkt. Das Berufungsgericht hat ausschließlich wissentliche Pflichtverstöße festgestellt, ohne dass ihm hierbei zulassungsrelevante Fehler unterlaufen sind. Deshalb kam es auf die rechtlichen Folgen des Zusammentreffens wissentlicher und nicht wissentlicher Pflichtverletzungen hier nicht an. (...) ■

## Wirtschaftsprüferhaftung

- Treuhandkommanditist
- Insolvenz
- Anmeldung von Schadenersatzansprüchen zur Insolvenztabelle
- Zug-um-Zug-Forderungen  
(BGH, Urt. v. 21.5.2015 – III ZR 384/12)

### Leitsätze:

1. Die Aufnahme des Rechtsstreits ist auch möglich, wenn der Rechtsstreit zur Zeit der Eröffnung des

Insolvenzverfahrens in der Revisionsinstanz anhängig war (*Bestätigung von BGH, Beschl. v. 31.10.2012 – III ZR 204/12, BGHZ 195, 233 und v. 29.4.2004 – IX ZR 265/03, BGHR InsO § 180 Abs. 2 – Aufnahme 1*).

2. Zug um Zug-Forderungen können nicht zur Insolvenztabelle angemeldet werden (*Bestätigung von BGH, Urt. v. 17.7.2014 – III ZR 218/13, WM 2014, 1667; v. 9.7.2013 – II ZR 9/12, WM 2013, 1597 und v. 1.3.2011 – II ZR 297/08, DStR 2011, 1327*). ■

### Zum Sachverhalt:

Der Kläger macht Ansprüche auf Ersatz des Schadens geltend, der ihm durch seine Beteiligung an der C. & Co. KG (im Folgenden: C. KG) entstanden ist.

Die Beklagte zu 1), eine Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, ist Treuhandkommanditistin der Kommanditgesellschaft, die auch mit den Aufgaben der Mittelverwendungskontrolle betraut war. Der frühere Beklagte zu 2) ist der Geschäftsführer der Beklagten zu 1). Komplementärin der Kommanditgesellschaft ist die Beklagte zu 3, deren Gesellschafter die früheren Beklagten zu 4 und 5 waren. Die (an Stelle der Beklagten zu 1) in den Rechtsstreit eingetretene) Revisionsklägerin ist der Haftpflichtversicherer der Beklagten zu 1).

Der Kläger erwarb am 9.12.1999 durch Abschluss einer „Beitrittsvereinbarung“ eine Kommanditeinlage in Höhe von 100.000 DM zuzüglich 5 % Agio (insgesamt 53.685,64 EUR) an der C. KG. Er erhielt Ausschüttungen von 13.446,97 EUR. Der Beitritt sollte – dem von der Beklagten zu 3) herausgegebenen Prospekt entsprechend – über die Beklagte zu 1) nach einem im Prospekt abgedruckten Vertragsmuster eines Treuhandvertrags vorgenommen werden.

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, der Prospekt sei in zahlreichen Punkten fehlerhaft, wofür unter anderem die Beklagte zu 1) einzustehen habe. Einen Prospektmangel und eine Aufklärungspflichtverletzung hat er insbesondere darin gesehen, dass er nicht über Provisionszahlungen in Höhe von 20 % des Zeichnungskapitals für die Eigenkapitalvermittlung an die I.- und T. GmbH (im Folgenden: IT GmbH) unterrichtet worden sei. Er hat erstinstanzlich die Beklagten auf Zahlung von Schadenersatz in Höhe der Differenz zwischen der eingezahlten Gesamtsumme und den erhaltenen Ausschüttungen (40.238,67 EUR) in Anspruch genommen.

Das LG hat die Beklagte zu 1) zur Zahlung des vom Kläger begehrten Betrags Zug um Zug gegen Übertragung der vom Kläger gehaltenen Anteile an der C. KG verurteilt und festgestellt, dass sich die Beklagte zu 1) bezüglich der Übertragung dieses Anteils in Annahmeverzug befindet. Hinsichtlich der weiteren Beklagten hat es die Klage abgewiesen. Das OLG hat, nachdem am 30.3.2009 das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Beklagten zu 3) eröffnet worden war, mit Teilurteil vom 11.9.2009 die Berufung des Klägers gegenüber den Beklagten zu 2), 4) und 5), die Berufung der Beklagten zu 1) und die – eine Klageerweiterung betreffende –

Anschlussberufung des Klägers zurückgewiesen und die Revision zugelassen.

Gegen dieses Urteil haben sowohl der Kläger als auch die Beklagte zu 1) Revision eingelegt. Die gegen die Zurückweisung seiner Berufung gerichtete Revision des Klägers hat der Senat – nach Hinweisbeschluss vom 28.10.2010 (*BeckRS 2010, 28213*) – mit Beschluss vom 16.12.2010 gemäß § 552a Satz 1 ZPO zurückgewiesen. Die Frist zur Begründung der Revision der Beklagten zu 1) ist antragsgemäß bis zum 13.9.2010 verlängert worden. Das Revisionsverfahren ist gemäß § 240 Satz 2 ZPO dadurch unterbrochen worden, dass das AG – Insolvenzgericht – München der Beklagten zu 1) durch Beschluss vom 5.8.2010 ein allgemeines Verfügungsverbot auferlegte. Die auf vollständige Abweisung der Klage gerichtete Revisionsbegründung der Beklagten zu 1) ist am 23.8.2010 eingegangen. Am 10.12.2010 wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Beklagten zu 1) eröffnet.

Die Revisionsklägerin widersprach im Insolvenzverfahren als Gläubigerin der Beklagten zu 1) den vom Kläger zur Tabelle angemeldeten streitgegenständlichen Forderungen. Mit Schriftsatz vom 28.10.2013 hat der Kläger das unterbrochene Verfahren gegen die Revisionsklägerin als widersprechende Verfahren gegen die Revisionsklägerin als widersprechende Gläubigerin gemäß § 180 Abs. 2 InsO in Höhe von 47.197,21 EUR aufgenommen. Soweit er einen darüber hinausgehenden Betrag zur Insolvenztabelle angemeldet hatte, hat er die Anmeldung durch Erklärung gegenüber dem Insolvenzverwalter zurückgenommen. Er hat seinen Klageantrag auf Feststellung der Klageforderung in Höhe von 47.197,21 EUR zur Insolvenztabelle in dem Insolvenzverfahren über das Vermögen der Beklagten zu 1) umgestellt.

Die Revisionsklägerin hat innerhalb der bis zum 22.12.2014 verlängerten Revisionsbegründungsfrist in einer weiteren Revisionsbegründung vom 22.12.2014 von den Revisionsrügen der Beklagten zu 1) weitgehend – mit einer Ausnahme – Abstand genommen und bisher streitigen Klägervortrag unstrittig gestellt. Sie nimmt den Rechtsstandpunkt des Berufungsgerichts überwiegend hin, vertritt jedoch die Auffassung, die Forderungsanmeldung des Klägers im Insolvenzverfahren sei unwirksam, weshalb der Widerspruch der Revisionsklägerin gegen die Anmeldung begründet sei. Zugleich sei der vorliegende Rechtsstreit weiterhin unterbrochen, da eine Aufnahme des Rechtsstreits nach § 180 Abs. 2 InsO eine wirksame Forderungsanmeldung im Insolvenzverfahren voraussetze. Im Übrigen seien Forderungsteile Gegenstand des Feststellungsbegehrens des Klägers, die bislang nicht streitgegenständlich gewesen seien. ■

#### Aus den Gründen:

Die zulässige Revision hat in der Sache insoweit Erfolg, als das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen ist.

I. Nach Auffassung des Berufungsgerichts haftet die Beklagte zu 1) wegen Verschuldens bei Vertragsverhandlungen. Sie habe es als Treuhandkommanditistin und Vertragspartnerin des Klägers pflichtwidrig unterlassen, den Kläger über Son-

dervergütungsvereinbarungen zwischen der Komplementär-GmbH, der Beklagten zu 3), und der IT GmbH in Höhe von 20% des von ihr eingeworbenen Kapitals zu unterrichten, die mit den Prospektangaben nicht im Einklang stünden. Zudem habe sie Verflechtungen der Beklagten zu 3) mit der IT GmbH in Person des Beklagten zu 5) nicht aufgeklärt, die sich aus dem Prospekt nicht ergäben. Beide Punkte beträfen aufklärungspflichtige regelwidrige Auffälligkeiten, die die Beklagte zu 1) gekannt habe.

Die Pflichtverletzung der Beklagten zu 1) sei für die Anlageentscheidung des Klägers kausal gewesen. Hiervon sei das Gericht nach Anhörung des Klägers überzeugt. Steuervorteile müsse sich der Kläger nicht anrechnen lassen. Sein Schadenersatzanspruch sei auch nicht verjährt.

II. Das Berufungsurteil hält den Angriffen der Revision in der Sache stand. Die in Anpassung an die Vorschriften der Insolvenzordnung umgestellten Anträge des Klägers führen jedoch zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

1. Das Verfahren ist durch die Erklärung des Klägers vom 28.10.2013 wirksam aufgenommen worden.

a) **Die Aufnahme des Rechtsstreits nach § 180 Abs. 2 InsO durch den Gläubiger der Forderung ist auch möglich, wenn der Rechtsstreit zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens in der Revisionsinstanz anhängig war** (*Senat, Beschl. v. 31.10.2012 – III ZR 204/12, BGHZ 195, 233 Rdnr. 8 m.w.N.; BGH, Beschl. v. 29.4.2004 – IX ZR 265/03, BGHR InsO § 180 Abs. 2 – Aufnahme 1*). Der Umstand, dass das Revisionsgericht in Konstellationen der vorliegenden Art in der Sache nicht abschließend entscheiden kann, sondern das Berufungsurteil aufheben und die Sache zur weiteren Sachaufklärung an das Berufungsgericht zurückverweisen muss, führt – entgegen der Auffassung der Revision – zu keiner anderen Sichtweise. Es handelt sich um einen für das Revisionsverfahren typischen Verfahrensausgang (§ 562 Abs. 1, § 563 Abs. 1 ZPO), der zu einer Überprüfung der Anwendung des § 180 Abs. 2 InsO im Revisionsverfahren keine Veranlassung gibt.

b) Aus den vom Kläger vorgelegten Tabellenauszügen und seiner mit Schriftsatz vom 24.2.2015 vorgelegten Forderungsanmeldung vom 28.2.2011 ergibt sich, dass er keine Beträge zur Tabelle angemeldet hat, die ihm von den Vorinstanzen nicht zugesprochen worden sind und die deshalb vorliegend nicht streitgegenständlich sind.

c) Der Insolvenzverwalter hat der Anmeldung, soweit sie vom Kläger nicht zurückgenommen worden ist, nicht widersprochen und die angemeldeten Forderungen in voller Höhe „für den Ausfall“ festgestellt. Einer Aufnahme des Verfahrens auch gegen den Insolvenzverwalter bedurfte es daher nicht (zur Notwendigkeit der Aufnahme des Rechtsstreits gegenüber allen Personen im Sinne von § 178 Abs. 1 Satz 1 InsO, die der Forderung widersprochen haben, vgl. *Senat, Beschl. v. 31.10.2012 – III ZR 204/12, BGHZ 195, 233 Rdnr. 24 m.w.N.*).

d) Die Aufnahme des Verfahrens ist auch nicht deshalb unwirksam, weil die streitgegenständlichen Forderungen vom Kläger nicht wirksam zur Insolvenztabelle angemeldet worden sind.

aa) Insolvenzgläubiger können ihre Forderungen gegen den Schuldner nur nach den Vorschriften über das Insolvenzverfahren verfolgen (§ 87 InsO); dies geschieht durch Anmeldung der Forderungen zur Tabelle (*Breitenbücher in Graf-Schlicker, InsO, 4. Aufl., § 87 Rdnr. 4*).

**Zug-um-Zug-Forderungen können indes nicht zur Tabelle angemeldet werden, da sie sich nicht für die Berechnung der Quote eignen und die Insolvenzordnung in dem Feststellungs- und Verteilungsverfahren nach §§ 174 ff InsO keine den §§ 756, 765 ZPO entsprechende Regelung kennt** (vgl. *Senat, Urt. v. 17.7.2014 – III ZR 218/13, WM 2014, 1667 Rdnr. 19 m.w.N.*; *BGH, Urt. v. 1.3.2011 – II ZR 297/08, DStR 2011, 1327 Rdnr. 4, 23 und v. 23.10.2003 – IX ZR 165/02, NZI 2004, 214, 215*). Sie sind nicht „anmeldungsfähig“ (vgl. *BGH, Urt. v. 9.7.2013 – II ZR 9/12, WM 2013, 1597 Rdnr. 14, 16*).

Auf dieser Grundlage ist danach zu differenzieren, ob der Gläubiger die ihm zustehende beziehungsweise bereits zugesprochene (§ 179 Abs. 2 InsO) Zug-um-Zug-Forderung als solche oder nur mit dem zuerkannten Schadenersatzbetrag ohne die Zug-um-Zug-Einschränkung angemeldet hat. Im ersten Fall ist die Wirksamkeit der – so nicht möglichen – Anmeldung zweifelhaft. Im zweiten Fall mag – abhängig vom Wert der Zug um Zug zu erbringenden Gegenleistung – der angemeldete Betrag zu hoch angesetzt sein. Die Anmeldung selbst ist in diesem Fall jedoch wirksam, da sie den Anforderungen der Insolvenzordnung (Eignung zur Berechnung der Quote) entspricht.

bb) Vorliegend hat der Kläger die ihm von den Vorinstanzen zuerkannte Forderung nicht als Zug-um-Zug-Forderung angemeldet. Der Forderungsanmeldung vom 28.2.2011 ist eine solche Einschränkung nicht zu entnehmen. Vielmehr werden dort unter Ziff. I die von den Vorinstanzen zuerkannten Haupt- und Nebenforderungen ohne Zug-um-Zug-Einschränkung zur Tabelle angemeldet. Soweit unter Ziff. IV die „Rückabtretung der Kommanditanteile Zug um Zug mit der Schadenersatzforderung“ angeboten wird, ist dies ersichtlich nicht als Einschränkung der Forderungsanmeldung zu verstehen.

Dementsprechend ist in der Insolvenztabelle auch keine Zug-um-Zug-Einschränkung der angemeldeten Forderung, sondern nur der zugesprochene Schadenersatzbetrag ohne die Zug-um-Zug-Einschränkung eingetragen worden. Der Insolvenzverwalter, dem im Hinblick auf die Wirksamkeit der Anmeldung eine Vorprüfungspflicht und ein Zurückweisungsrecht zukommt (*MüKoInsO/Riedel, 3. Aufl., § 175 Rdnr. 11; Graf-Schlicker in Graf-Schlicker, InsO, 4. Aufl., § 175 Rdnr. 5*), hat offenbar keine Bedenken gegen die Wirksamkeit der Anmeldung gehabt, sie als uneingeschränkte Anmeldung verstanden und die Forderung – ohne die Zug-um-Zug-Einschränkung – eingetragen.

Im Übrigen wären, selbst wenn der Kläger die ihm von den Vorinstanzen zugesprochene Forderung – unzulässig – als Zug-um-Zug-Forderung zur Insolvenztabelle angemeldet haben sollte, seine zwischenzeitlich im Insolvenzverfahren erfolgten Erklärungen dahingehend auszulegen, dass er die Forderung – korrigierend – allein mit dem Inhalt der in der Insolvenztabelle erfolgten Eintragung, das heißt ohne Zug-um-Zug-Einschränkung anmelden will (zu nachträglichen Änderungen der Anmeldung vgl. § 177 Abs. 1 Satz 3 InsO).

Der Kläger hat in Kenntnis der durch den Insolvenzverwalter erfolgten Eintragung der von ihm angemeldeten Forderung in die Insolvenztabelle ohne die Zug-um-Zug-Einschränkung seine Anmeldung – nach Hinweis des Senats vom 18.4.2013 – betragsmäßig teilweise zurückgenommen.

**Selbst wenn daher seine ursprüngliche Anmeldung – wovon nach den vorstehenden Ausführungen indes nicht ausgegangen werden kann – als Anmeldung einer Zug-um-Zug-Forderung zu verstehen gewesen sein sollte, liegt in der von ihm in Kenntnis der erfolgten Tabelleneintragung vorgenommenen Reduzierung der angemeldeten Forderung konkludent eine geänderte, auf den Schadenersatzbetrag beschränkte Anmeldung seiner Forderung ohne deren Zug-um-Zug-Einschränkung.** Diese Anmeldung ist insolvenzrechtlich zulässig und wirksam.

e) Aufnahmegegner ist, wenn – wie vorliegend – der Gläubiger die Feststellung seiner Forderung zur Tabelle betreibt, der dieser Feststellung widersprechende Gläubiger. Der Bestreitende tritt an Stelle des Schuldners in den aufgenommenen Rechtsstreit ein (*Senat, Beschl. vom 31.10.2012 – III ZR 204/12, BGHZ 195, 233 Rdnr. 10 m.w.N.*). Die Revisionsklägerin ist somit infolge der Aufnahme des Verfahrens durch den Kläger gegen sie – als der Feststellung der streitgegenständlichen Forderung zur Tabelle widersprechende Gläubigerin – in den Rechtsstreit an Stelle der Beklagten zu 1) eingetreten.

2. Die Sache ist an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, weil hinsichtlich der vom Kläger – in verfahrensrechtlicher Anpassung an die insoweit maßgebenden Vorschriften der Insolvenzordnung – umgestellten Anträge auf Feststellung zur Insolvenztabelle (vgl. hierzu *Senat, Beschl. v. 31.10.2012 – III ZR 204/12, BGHZ 195, 233 Rdnr. 22 m.w.N.*) weitere tatsächliche Feststellungen zu treffen sind.

Die streitgegenständliche Forderung zu Ziff. I des Tenors des LG haben die Vorinstanzen dem Kläger nur Zug um Zug gegen die Abtretung der Rechte an seiner Kommanditbeteiligung zugesprochen. Eine Zug-um-Zug-Forderung kann – wie ausgeführt (s.o. zu 1 d) – weder zur Tabelle angemeldet noch festgestellt werden. **Sie kann zwar nach § 45 Satz 1 InsO mit einem unter Berücksichtigung der vom Kläger zu übertragenden Kommanditbeteiligung berechneten Wert geltend gemacht und insoweit – ohne den Zug-um-Zug-Vorbehalt – zur Insolvenztabelle festgestellt werden.**

**Dieser Wert kann für die Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens geschätzt werden** (vgl. hierzu Senat, Urt. v. 17.7.2014 – III ZR 218/13, WM 2014, 1667 Rdnr. 19; BGH, Urt. v. 23.10.2003 – IX ZR 165/02, NZI 2004, 214, 215 und v. 9.7.2013 – II ZR 9/12, WM 2013, 1597 Rdnr. 17; Rdnr. 19).

Tatsächliche Feststellungen dazu, ob die vom Kläger an die Beklagte zu 1) abzutretende Kommanditbeteiligung noch werthaltig ist und welchen Wert sie gegebenenfalls hat, fehlen jedoch. Der Senat ist deshalb daran gehindert, einen bestimmten, bei Werthaltigkeit der vom Kläger zu übertragenden Kommanditbeteiligung gegebenenfalls reduzierten Forderungsbetrag zur Insolvenztabelle festzustellen. Es bedarf mithin der weiteren Aufklärung durch den Tatrichter (vgl. Senat, Urt. v. 17.7.2014 a.a.O.; BGH, Urt. v. 9.7.2013 a.a.O.).

3. Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

Nachdem die Revisionsklägerin in ihrer Revisionsbegründung vom 22.12.2014 umfangreichen, bisher streitigen Klägervortrag unstreitig gestellt hat, dürfte eine Haftung der Beklagten zu 1) nach den Grundsätzen des Verschuldens bei Vertragsverhandlungen dem Grunde nach feststehen.

In Bezug auf die Höhe des von der Beklagten zu 1) zu ersetzenden Schadens des Klägers hat das Berufungsgericht zutreffend auf die Differenz zwischen der eingezahlten Gesamtsumme und den erhaltenen Ausschüttungen abgestellt. Eine Anrechnung etwaiger Steuervorteile des Klägers hat es – wie auch die Revision nicht in Frage stellt – zu Recht verneint.

Soweit die Revision die Feststellung des Annahmeverzugs der Beklagten zu 1) (vgl. §§ 756, 765 Nr. 1 ZPO) durch die Vorinstanzen rügt, kommt eine solche Feststellung angesichts der – in verfahrensrechtlicher Anpassung an die insoweit maßgebenden Vorschriften der Insolvenzordnung – umgestellten Anträge des Klägers und der mangelnden Feststellungsfähigkeit eines Zug-um-Zug-Anspruchs zur Insolvenztabelle ohnehin nicht mehr in Betracht.

Lediglich ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass der Kläger – entgegen den Ausführungen der Revision – im Verfahren vor dem LG die Feststellung des Annahmeverzugs beantragt hat.

Das LG hat in dem Tatbestand seines Urteils zwar den Feststellungsantrag des Klägers nicht ausdrücklich erwähnt, aber wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes auf das Terminprotokoll Bezug genommen.

Aus dem Terminprotokoll vom 17.7.2008 ergibt sich, dass der Klägersvertreter den Antrag aus dem Schriftsatz vom 21.12.2007, das heißt aus der Klageschrift gestellt hat. In der Klageschrift findet sich unter Ziff. 3 der Anträge der auf den Annahmeverzug bezogene Feststellungsantrag des Klägers (dort: Kläger zu 2). ■

## Handakte des Anwalts

- Herausgabepflicht
- Zurückbehaltung ohne Anlass
- Berufspflichtverletzung (BGH, Urt. v. 3.11.2014 – AnwSt (R) 5/14)

### Orientierungssatz:

Es stellt eine Berufspflichtverletzung dar, wenn ein Rechtsanwalt die Herausgabe einer Handakte ungerechtfertigt verweigert. Diese ist zwar nicht ausdrücklich in § 50 BRAO geregelt, ist aber aus der Generalklausel des § 43 BRAO in Verbindung mit §§ 675, 667 BGB und inzidenter auch der Vorschrift des § 50 BRAO zu entnehmen. ■

### Aus den Gründen:

(...)

2. Dies hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Es besteht eine Berufspflicht zur Herausgabe der Handakten. Diese ist zwar nicht ausdrücklich in § 50 BRAO geregelt, ist aber aus der Generalklausel des § 43 BRAO in Verbindung mit §§ 675, 667 BGB und inzidenter auch der Vorschrift des § 50 BRAO zu entnehmen.

a) In der Literatur ist umstritten, ob und unter welchen Voraussetzungen § 43 BRAO – gegen dessen Verfassungsmäßigkeit keine Bedenken bestehen (vgl. BVerfG, NJW 1990, 2122, 2123; 2001, 3325, 3326) – anwendbar ist, wenn spezielle berufsrechtliche Normen fehlen. Während Hartung (BORA/FAO, 5. Aufl., § 43 BRAO Rdnr. 11; ders., AnwBl. 2008, 782) die Ableitung einer Berufspflicht aus § 43 BRAO für unzulässig hält, ist nach anderer Auffassung § 43 BRAO ein subsidiärer Auffangtatbestand, aus dem bei Lücken im Gesetz oder in der Berufsordnung Berufspflichten unmittelbar abgeleitet werden können (Kleine-Cosack, BRAO, 6. Aufl., § 43 Rdnr. 7, 15).

Nach wiederum anderer Ansicht kommt § 43 BRAO als „Transportnorm“ bei in der Bundesrechtsanwaltsordnung nicht besonders geregelten Pflichten mit berufsbezogenem Inhalt zur Anwendung (Feuerich in Feuerich/Weyland, BRAO, 8. Aufl., § 43 Rdnr. 3, 12 f.; Prütting in Henssler/Prütting, BRAO, 4. Aufl., § 43 Rdnr. 21), regelmäßig allerdings nicht bei Verletzung rein zivilrechtlicher Pflichten (Feuerich, a.a.O. Rdnr. 23; Prütting, a.a.O. Rdnr. 29).

**Der Senat lässt dahingestellt, ob sich eine berufsrechtliche Herausgabepflicht unmittelbar aus § 43 BRAO ergibt (so Kleine-Cosack, a.a.O. Rdnr. 15); sie ist jedenfalls § 43 BRAO in Verbindung mit §§ 675, 667 BGB zu entnehmen.**

Zivilrechtliche Pflichten, die den Rechtsanwalt im Rahmen seiner Berufsausübung treffen, können in Verbindung mit § 43 BRAO eine Berufspflicht sein, wenn es sich um grobe Verstöße handelt, welche die äußere Seite der Anwaltstätigkeit betreffen, und mit gewissenhafter Berufsausübung und



mit der Stellung des Rechtsanwalts nicht mehr vereinbar sind (Feuerich, a.a.O. Rdnr. 24). Das ist bei der Verweigerung der Herausgabe der Handakten ohne rechtfertigenden Grund der Fall. Ein Rechtsanwalt, der – wie im vorliegenden Fall – die Herausgabe von Unterlagen des Mandanten verweigert, die dieser zur Prozessführung benötigt, gefährdet in erheblichem Maße die Achtung und das Vertrauen der Rechtssuchenden in die Integrität des Berufsstandes.

**b) Dass es eine Berufspflichtverletzung darstellt, die Herausgabe der Handakten ungerechtfertigt zu verweigern, ergibt sich auch aus § 50 BRAO. § 50 Abs. 3 BRAO gewährt dem Rechtsanwalt in bestimmten Fällen ein Zurückbehaltungsrecht.**

aa) Die Regelung eines Zurückbehaltungsrechts in der Bundesrechtsanwaltsordnung macht überhaupt nur dann Sinn, wenn man gleichzeitig für den Normalfall von einer berufspflichtlichen Herausgabepflicht ausgeht (*Offermann-Burckart in Henssler/Prütting, a.a.O. § 50 Rdnr. 36; Offermann-Burckart, Kammer-Mitteilungen, RAK Düsseldorf 2008, 282, 284 f.*). Nach § 50 Abs. 3 BRAO kann der Rechtsanwalt seinem Auftraggeber die Herausgabe der Handakten verweigern, **bis er wegen seiner Gebühren und Auslagen befriedigt worden ist. Dies gilt nicht, soweit die Vorenthaltung der Handakten oder einzelner Schriftstücke nach den Umständen unangemessen wäre.**

Die Regelung eines Zurückbehaltungsrechts setzt notwendigerweise einen Anspruch auf Herausgabe voraus. **Dass in der Bundesrechtsanwaltsordnung ein besonderes Zurückbehaltungsrecht gegenüber dem zivilrechtlichen Herausgabean-spruch aus § 667 BGB (dazu BGH, Urt. v. 30.11.1989 – III ZR 112/88, BGHZ 109, 260, 264) geregelt worden ist, erscheint eher fernliegend**, auch wenn es weitergehend ausgestaltet ist als das zivilrechtliche Zurückbehaltungsrecht aus § 273 Abs. 1 BGB (vgl. BGH, Urt. v. 3.7.1997 – IX ZR 244/96, NJW 1997, 2944, 2945 m. Bespr. Borgmann, AnwBl. 1998, 95).

Der Standort der Regelung in der Bundesrechtsanwaltsordnung im dritten Teil „Die Rechte und Pflichten des Rechtsanwalts und die berufliche Zusammenarbeit der Rechtsanwälte“ spricht vielmehr entscheidend dafür, dass das Zurückbehaltungsrecht als Ausnahme von einer vorausgesetzten berufspflichtlichen Verpflichtung zur Herausgabe der Handakten ausgestaltet worden ist. Dazu passt auch die Begriffsbestimmung der Handakten „im Sinne der Absätze 2 und 3 dieser Bestimmung“ in § 50 Abs. 4 BRAO. Diese Regelung hat ersichtlich den Zweck, den Umfang der berufspflichtlichen Herausgabepflicht zu konkretisieren.

bb) Für eine berufspflichtliche Herausgabepflicht spricht ferner die Regelung in § 50 Abs. 2 BRAO. Die Pflicht zur Aufbewahrung der Handakten für einen Zeitraum von fünf Jahren nach Beendigung des Auftrags erlischt nur dann vorzeitig, wenn der Rechtsanwalt den Auftraggeber vergeblich aufgefordert hat, die Handakten in Empfang zu nehmen. Der Auftraggeber ist danach derjenige, dem die Handakten zustehen.

cc) Dass auch der Gesetzgeber von diesem Verständnis des § 50 BRAO ausgegangen ist, belegen die Gesetzesmaterialien. In der Begründung des Regierungsentwurfs (*BT-Drucks. 3/120, S. 79*) heißt es zu § 62 E, der inhaltlich § 50 BRAO entspricht: **„Für die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts können sich aus den Berufspflichten des Rechtsanwalts im Einzelfall Beschränkungen ergeben. So kann die rücksichtslose Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts für geringfügige Rückstände sich als eine Verletzung der allgemeinen Berufspflicht (§ 55) darstellen und zu einer ehrengerichtlichen Bestrafung führen.“**

Wenn schon die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts in Einzelfällen zu einer ehrengerichtlichen Bestrafung führen kann, muss dies erst recht für die **anlasslose Vorenthaltung der Handakten** gelten. Dass ein Teilbereich der Herausgabepflicht – ein nach den Umständen unangemessenes Zurückbehalten – nach dem Willen des Gesetzgebers eine Berufspflichtverletzung darstellen soll, der weitergehende Verstoß aber nicht, ist nicht anzunehmen.

Auch der weitere Satz in den Materialien „Ist der Rechtsanwalt wegen der Gebühren und Auslagen befriedigt, so hat er die Handakten dem Auftraggeber herauszugeben“ spricht dafür, dass der Gesetzgeber eine berufspflichtliche Herausgabepflicht bejaht hat. Dass damit lediglich die zivilrechtliche Herausgabepflicht gemeint sein sollte, liegt angesichts des Regelungsgegenstands des Gesetzes fern (*so auch Offermann-Burckart in Henssler/Prütting, a.a.O. Rdnr. 40; Offermann-Burckart, a.a.O. S. 285*).

**c) Die anlasslose Zurückbehaltung der Handakten stellt auch, anders als der Anwaltsgerichtshof meint, ein gravierendes Fehlverhalten dar.** Der Mandant übergibt dem Rechtsanwalt seine Unterlagen zur Besorgung des Auftrags in dem Vertrauen, dass dieser – sein – Rechtsanwalt sich für ihn einsetzt und sich zumindest rechtmäßig verhält.

Kommt es, aus welchen Gründen auch immer, zu einer Beendigung des Mandats und der Mandant verfolgt seine Rechtsangelegenheiten auf anderem Wege, etwa mit Hilfe eines anderen Rechtsanwalts weiter, kann er mit Fug und Recht erwarten, dass er seine dem früheren Bevollmächtigten ausgehändigten Originalunterlagen zurückerhält.

Das Vorenthalten von Originalunterlagen kann, gerade in anhängigen Verfahren, zu einer erheblichen Schädigung des Mandanten führen. Ist der Rechtsanwalt hinsichtlich seiner Gebühren und Auslagen befriedigt, ist keinerlei Grund erkennbar, der ein solches Verhalten rechtfertigen könnte. Mit einer gewissenhaften Berufsausübung (§ 43 BRAO) ist es keinesfalls vereinbar, widerspricht vielmehr in hohem Maße dem Vertrauen, das der frühere Mandant in den Rechtsanwalt gesetzt hatte. ■

## Anwaltshaftung

- Beihilfe zur Erpressung
- Räumungspflicht der Mieterin
- Erzwungene Geldzahlung des Vermieters
- Räumung nach Gelderhalt
- Schadenersatzanspruch gem. § 826 BGB  
(*OLG Frankfurt, Urt. v. 10.6.2015 – 2 U 201/14*)

### Leitsatz:

Die Forderung unstreitig nicht geschuldeter Vermögensvorteile als Voraussetzung für die unstreitig geschuldete Räumung und Herausgabe eines Mietobjekts kann eine Erpressung des Vermieters durch den Mieter sowie seine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung begründen. Die aufgrund dessen getroffene Vereinbarung über die Gewährung der geforderten Vermögensvorteile kann wegen widerrechtlicher Drohung anfechtbar sein, wenn durch die Ankündigung, das Mietobjekt ansonsten nicht herauszugeben, für den Vermieter eine Zwangslage geschaffen wurde. Das Verfassen des Anwaltschreibens, in dem die unberechtigte Forderung erhoben wird, kann als Beteiligung des Rechtsanwalts an dieser Handlung und demzufolge zu seiner Mithaftung auf Erstattung der seitens des Mieters erlangten Vermögensvorteile führen. ■

### Aus den Gründen:

#### I. § 313 a Abs. 1 S. 1, § 540 Abs. 2, § 541 ff. ZPO:

Von der Darstellung des Tatbestandes wird abgesehen, da ein Rechtsmittel gegen das Urteil unzweifelhaft nicht statthaft ist.

#### II. § 540 Abs. 1 Nr. 2 ZPO:

Die Berufung ist zulässig, insbesondere form- und fristgerecht eingelegt und ebenso begründet worden (§§ 511, 517, 519 f ZPO). In der Sache hat sie keinen Erfolg.

Die Klage ist begründet mit der Maßgabe der teilweise lediglich gesamtschuldnerischen Haftung des Beklagten wie aus dem Tenor ersichtlich.

Dem Kläger steht gegen den Beklagten ein Anspruch auf Schadenersatz in Höhe von 8.050 EUR wegen Beteiligung an der vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung in Gestalt einer Erpressung seitens der Gesellschafterin Frau A., der vormaligen Pächterin des Klägers, die ihn zu einer Zahlung in Höhe dieses Betrages an sie veranlasste und die der Beklagte seinerzeit anwaltlich vertreten hat, zu (§ 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 253 StGB, §§ 826, 830 Abs. 1, 2, § 249 BGB).

Der Beklagte hat sich vorsätzlich mindestens an der vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung des Klägers durch die bereits durch das Urteil des OLG vom 17.5.2013 (.../13) verurteilte Frau A. beteiligt. Dabei hat Frau A. zugleich vorsätzlich den Tatbestand der Erpressung verwirklicht.

Der Beklagte haftet für diese Handlungen. Haben mehrere durch eine gemeinschaftlich begangene unerlaubte Handlung einen Schaden verursacht, so ist jeder für den Schaden verantwortlich. **Dabei stehen Anstifter und Gehilfen einem Mittäter gleich** (§ 830 Abs. 1, 2 BGB). Der Beklagte war seinerzeit aufgrund seiner Tätigkeit als anwaltlicher Vertreter der damaligen Pächterin über sämtliche relevanten Umstände informiert und hat die Gesellschafterin der vormaligen Pächterin bei den Verhandlungen mit dem Kläger aktiv umfassend anwaltlich vertreten. Es hätte ihm seiner Mandantin gegenüber freigestanden, ein Tätigwerden in dem konkreten Umfang zu unterlassen und sich auf die anwaltliche Vertretung im Rahmen des gesetzlich Zulässigen zu beschränken. **Das tatsächlich Geschehen bis hin zur Übergabe des Geldes durch den Kläger an Frau A. entsprach insgesamt den vorangegangenen Vorstellungen des Beklagten, wie sie in dem von ihm verfassten Anwaltsschreiben vom 18.9.2012 zum Ausdruck kamen.**

Frau A. hat dem Kläger seinerzeit mit einem empfindlichen Übel gedroht, auf dessen Eintritt sie Einfluss hatte, was sie auch mitteilte, indem sie dem Kläger gegenüber androhte, die damalige Pächterin, für welche sie handelte, **werde ihrer aufgrund der wirksamen fristlosen Kündigung fälligen Pflicht zur Räumung und Herausgabe des damaligen Pachtobjekts C. in S. an ihn nur dann nachkommen**, wenn der Kläger die von ihr mit Schriftsatz des Beklagten vom 18.9.2012 in ihrem Namen vorgeschlagene Vereinbarung unterzeichnete; mit der Unterzeichnung dieser Vereinbarung sollte er erklären, auf sämtliche offenen Pachtzinsforderungen zu verzichten, und sich zudem verpflichten, Frau A. die Kautions von 3.400 EUR und den Betrag der von der vormaligen Pächterin seinerzeit gezahlten Maklercourtage von 4.650 EUR netto zu erstatten.

Frau A. hatte dem Kläger mit der Ankündigung, **das Objekt vorerst nicht zu räumen** und herauszugeben, **ein empfindliches Übel** in Aussicht gestellt. Denn sofern der Kläger das Pachtobjekt nicht zurückerhielt, konnte er es nicht weiter verwerten, insbesondere es nicht an den Erwerber des Objekts, an den er es bereits veräußert hatte, übergeben. Infolgedessen würden ihm erhebliche finanzielle Nachteile entstehen, etwa in Gestalt einer Verpflichtung, Schadenersatz zu leisten. Diese Umstände waren Frau A. bekannt unabhängig davon, in welchem Maße sie über Einzelheiten des Veräußerungsgeschäfts zwischen dem Kläger und dem Erwerber informiert war. Ihre eigenen schlechten finanziellen Verhältnisse, die angeblich sie sowie die Pächterin bereits in der Vergangenheit gehindert hatten, die geschuldete Pacht zu bezahlen, und welche sie auch weiterhin daran hinderten, für den Verbleib in den Räumen Nutzungsentschädigung gemäß § 546 a BGB und gegebenenfalls weiteren Schadenersatz zu zahlen, waren ihr gleichfalls bekannt.

Der Einschätzung der Ankündigung, die Pachtsache einzubehalten, als Ankündigung eines empfindlichen Übels steht nicht entgegen, dass Frau A. dies damit begründete, sie habe für ihr Kind und sich noch keine andere Unterkunft gefunden. Denn dies ändert nichts an dem Inaussichtstellen des empfindlichen Übels des Unterlassens der Räumung und

Herausgabe des gesamten Pachtobjekts. Das Verbleiben in dem Objekt war rechtswidrig; nach wirksamer fristloser Kündigung hatte die Pächterin kein Besitzrecht an dem Pachtobjekt mehr, was ihren Gesellschafterinnen auch bekannt war.

Frau A. war auch nicht ausnahmsweise an einer Räumung tatsächlich gehindert, da sie kurzfristig noch keine andere Wohnung hätte finden können. Hierfür bestanden und bestehen keinerlei konkrete Anhaltspunkte. Der Beklagte hat auch weiterhin nichts dazu vorgetragen, dass und gegebenenfalls aus welchem Grund Frau A. seinerzeit noch keine andere Wohnmöglichkeit gefunden hätte. Insoweit sind niemals auch nur irgendwelche Bemühungen, eine andere Wohnmöglichkeit zu finden, gegebenenfalls auch über das Wohnungsamt, vorgetragen worden.

Frau A. oder die damalige Pächterin hatte auch niemals gerichtlich eine Räumungsfrist beantragt, sofern eine solche Frist im Rahmen des insgesamt als gewerbliches Verhältnis zu qualifizierenden Pachtverhältnisses überhaupt in Betracht gekommen wäre. Darüber hinaus bestand jedenfalls keinerlei Grund, nicht nur die Wohnung, sondern das gesamte Pachtobjekt einschließlich Hotel und Restaurant nicht herauszugeben, was einen Schaden für den Kläger gegebenenfalls hätte begrenzen können.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass ein Verpächter nach der gesetzlichen Regelung gehindert ist, sich nach einer wirksamen Kündigung selbst wieder in den Besitz des Pachtobjekts zu setzen, und er stattdessen einen Herausgabestitel erwirken und diesen mangels freiwilliger Räumung durch den Schuldner auf dem gesetzlich vorgesehenen Weg nur durch Inanspruchnahme staatlicher Vollstreckungsorgane durchsetzen kann. **Das gesetzliche Verbot der eigenmächtigen Durchsetzung einer Rechtsposition hat nicht zur Folge, dass der rechtswidrige Einbehalt des an sich herauszugebenden Besitzes rechtmäßig würde.**

**Unerheblich ist auch, welche Verzögerung in der Weiterverwertung des Objekts** durch den Kläger aufgrund der Weigerung der Pächterin und ihrer Gesellschafterinnen, das Pachtobjekt herauszugeben, eintreten würde. Denn bereits eine geringfügige Verzögerung um wenige Monate erschien für den Kläger als ein empfindliches Übel. Zudem hatte Frau A. bereits mit Anwaltsschreiben des Beklagten vom 24.8.2012 gerade darauf hinweisen lassen, dass es zu einem Räumungsrechtsstreit mit weiteren Kosten kommen könne.

Dies erweckte für den Kläger den Anschein, dass Frau A. das Objekt nicht nur gegenwärtig nicht räumen und herausgeben würde, sondern dass es für den Kläger auch erforderlich sein würde, sich einen Räumungstitel zu verschaffen und diesen durch die Veranlassung von Vollstreckungsmaßnahmen durchzusetzen. **Die Durchführung eines Räumungsrechtsstreits erfordert eine Mindestdauer von jedenfalls mehreren Monaten, bei Einlegung eines Rechtsmittels gegen die Entscheidung erster Instanz gegebenenfalls einen noch erheblich längeren Zeitraum.** Ein erstinstanzliches Urteil wäre gegebenenfalls nur gegen Sicherheitsleistung des Klägers

vorläufig vollstreckbar gewesen (§ 708 Nr. 7 ZPO; vgl. *OLG Düsseldorf, MDR 2008, 1029*).

Diese Folge ergibt sich bereits aus dem faktischen Innehaben des Pachtobjekts durch die Pächterin. In dem genannten anwaltlichen Schriftsatz stellte der Beklagte im Namen von Frau A. eine Verknüpfung des Inaussichtstellens eines Räumungsrechtsstreits mit der bereits am 23.7.2012 erfolgten Veräußerung des Pachtobjekts her. Damit wurden gerade die für den Kläger infolge der Veräußerung in besonderem Maße drohenden Nachteile in Gestalt von Schadenersatzansprüchen des Erwerbers herausgestellt, die sich infolge des Erfordernisses, einen Räumungstitel erwirken und durchsetzen zu müssen, deutlich erhöhen würden.

**Frau A. brachte den Kläger durch ihre Ankündigung im anwaltlichen Schriftsatz des Beklagten vom 24.8.2012, das Pachtobjekt zunächst nicht herauszugeben, in eine Zwangslage.** Diese Zwangslage ergab sich nicht schon aus der Veräußerung des Objekts und der für den Kläger dadurch begründeten Pflicht, das Objekt an den Erwerber geräumt zu übergeben. Vielmehr entstand die Zwangslage gerade dadurch, dass Frau A. als Gesellschafterin der Pächterin das Pachtobjekt nicht räumte und herausgab und dadurch dem Kläger die Erfüllung seiner Übergabepflicht vorerst unmöglich machte. **Frau A. stellte den Eintritt und die Fortdauer des Übels damit als von ihrem Willen abhängig dar. Die Drohung musste nicht ausdrücklich erfolgen, auch eine versteckte Drohung ist tatbestandsmäßig.**

Weder höfliche Formulierungen noch die Verwendung von Argumenten, die ersichtlich keinen tatsächlichen Hintergrund haben und nur floskelhaft die vermeintliche Verständlichkeit der Weigerung der Herausgabe darstellen sollen, hindern den deutlich erkennbaren Charakter des Schreibens als Drohung. Dem Kläger, der nach dem Inhalt des Pachtvertrages und der erfolgten fristlosen Kündigung eine sofortige Herausgabe des Pachtobjekts erwarten durfte, wurde ein Nachteil in Aussicht gestellt, der ihn angesichts seiner Pflicht dem Erwerber gegenüber, das Objekt geräumt zu übergeben, in eine Zwangslage brachte (vgl. hierzu *BGH, NJW 1995, 3052 f; 1982, 384 f; 2301 f; Saarländisches OLG Saarbrücken, MDR 1999, 1313*).

Frau A. nötigte den Kläger durch ihre Drohung zum Abschluss der von ihr in dem anwaltlichen Schriftsatz des Beklagten vom 25.9.2012 geforderten Vereinbarung. Frau A. erreichte den Abschluss der Vereinbarung vom 27.9.2012 und nachfolgend die Zahlung des Betrages von 8.050 EUR durch den Kläger gerade durch die Ankündigung, sie und damit die Pächterin werde das Pachtobjekt anderenfalls entgegen ihrer Verpflichtung und damit rechtswidrig nicht räumen, so dass der Kläger auf das Erwirken eines Titels und dessen Durchsetzung angewiesen gewesen wäre, und damit gerade durch das Inaussichtstellen eines empfindlichen Übels.

Dem steht nicht entgegen, dass der Kläger aufgrund eines Gesprächs mit den Gesellschafterinnen der damaligen Pächterin am 12.9.2012 selbst zunächst anbot, im Falle einer kurzfristigen Räumung des Objekts vollständig auf die offe-

nen Pachtzinsansprüche zu verzichten. Denn Frau A. hatte sich nicht auf die Annahme dieses Angebots beschränkt, sondern mit Anwaltsschreiben des Beklagten vom 18.9.2012 darüber hinaus **weitere Forderungen gestellt und Leistungen verlangt, auf welche sie oder die vormalige Pächterin gleichfalls keinerlei Anspruch hatten, nämlich den Verzicht auch auf die Zahlung von Betriebskosten sowie Erstattung der von der Pächterin an ihn geleisteten Kautions in Höhe von 3.600 EUR, tatsächlich 3.400 EUR, und der anlässlich des Abschlusses des Pachtvertrages an den Makler gezahlten Provision von 5.000 EUR, tatsächlich 4.650 EUR netto.**

Die Ankündigung der Frau A., sich mit diesen Zahlungen kurzfristig eine neue Wohnung bzw. eine Wohngelegenheit verschaffen bzw. „über die Runden kommen“ zu können, vermag die Ankündigung, ansonsten in den Räumen zu verbleiben, nicht zu rechtfertigen. Ein Anspruch auf Erstattung der von ihr angeblich für das Inventar aufgewendeten Kosten in Höhe von ca. 20.000 EUR, welche nunmehr vergebens aufgewendet seien, kam ohnehin aus keinerlei rechtl. Grund in Betracht. Auch aus dem Inhalt des Schriftsatzes vom 18.9.2012, in dem dieser Betrag genannt ist, ergab sich nicht ansatzweise, dass und aus welchem Grunde der Pächterin oder Frau A. hieraus ein Anspruch gegen den Kläger hätte zustehen können.

**Die Unterzeichnung der Vereinbarung fügte dem Vermögen des Klägers einen Nachteil zu.** Bereits durch die Vereinbarung mit dem Kläger erhielten die vormalige Pächterin sowie deren Gesellschafterinnen erhebliche Vermögenswerte, auf die sie keinen Anspruch hatten, nämlich neben dem Freiwerden von erheblichen Verbindlichkeiten aus dem Pachtverhältnis einen Anspruch der Frau A. auf Zahlung von 8.050 EUR. Es handelt sich auch nicht um eine mögliche Rechtsposition der Pächterin oder ihrer Gesellschafterinnen, über welche die Beteiligten verhandelt hätten. Denn die Pächterin und ihre Gesellschafterinnen hatten in der Sache keinerlei Einwände gegen ihre Zahlungspflichten erhoben, und sie hatten keinerlei Anspruch auf Rückzahlung des Kautionsbetrages und auf Erstattung der Maklerkosten.

Der Annahme eines Schadens bereits durch Abschluss der Vereinbarung steht nicht entgegen, dass die genannte Vereinbarung unwirksam ist, da der Kläger sie wirksam wegen Drohung mit einem empfindlichen Übel angefochten hat (§ 142 Abs. 1, § 123 Abs. 1, § 124 Abs. 1 BGB). **Denn auch eine Vermögensgefährdung, welche bereits durch den Abschluss der Vereinbarung begründet wurde, reicht insoweit aus.**

Die schriftlich getroffene Vereinbarung (§ 126 Abs. 2 BGB) bewirkte jedenfalls den erheblichen Anschein einer Verpflichtung des Klägers und begründete das nicht unerhebliche Risiko für ihn, die Wirksamkeit einer Anfechtung auch gegebenenfalls gerichtlich durchzusetzen. Die Wertung der Vereinbarung als anfechtbar war keineswegs sicher, wie bereits das klageabweisende Urteil des LG ..., Az. .../12 in dem von dem Kläger gegen die Pächterin sowie ihre Gesellschafterinnen geführten Parallelrechtsstreit zeigt, welches dem Urteil des OLG ..., Az. .../13 vorausging.

Der bereits durch die Unterzeichnung der Vereinbarung begründete Vermögensnachteil wurde nochmals vertieft durch die auf der Grundlage der geschlossenen Vereinbarung erfolgte **Übergabe des Betrages von 8.050 EUR** an Frau A. anlässlich der Herausgabe des Pachtobjekts durch diese. Auch für diese Geldübergabe bestand die Kausalität der Drohung fort; sie war nicht dadurch unterbrochen, dass Frau A. für die Pächterin das Pachtobjekt durch Übergabe der Schlüssel bereits herausgegeben hätte, so dass der Kläger, der zwar nicht bei der Übergabe des Pachtobjekts, aber zuvor anwaltlich beraten war, die Zahlung an sie und den Verzicht auf bestehende Ansprüche möglicherweise freiwillig und nicht unter dem Eindruck der Ankündigung, das Objekt nicht zu räumen, geleistet hätte.

Die maßgebende Vereinbarung über die Vorgehensweise hatten die Beteiligten bereits zuvor schriftlich getroffen. Sie begründete wie oben dargelegt jedenfalls den Anschein entsprechender Ansprüche der Pächterin und deren Gesellschafterinnen. Am 27.9.2012 erfolgte lediglich die Durchführung dieser Vereinbarung. Das Unterlassen der Geldübergabe hätte die zuvor getroffene Vereinbarung nicht beseitigt. Dass auch der Kläger anwaltlich vertreten war, ist für diese Beurteilung ohne Bedeutung.

Zudem hatte die Pächterin mit der Übergabe der Schlüssel noch nicht jeden Besitzwillen und damit den Besitz an dem Pachtobjekt endgültig aufgegeben (§ 856 Abs. 1 BGB). Die Aufgabe des Besitzes als Voraussetzung der Herausgabe des Pachtobjekts erforderte, dass auch sämtliche Personen, welche für die Pächterin tätig waren, das Mietobjekt verließen. Dies war zum Zeitpunkt der Übergabe des Geldes jedoch noch nicht der Fall. Der gemeinsame Übergabetermin war noch nicht abgeschlossen. Die Räumung des Objekts dauerte unstrittig bis zum selben Abend gegen 19.00 Uhr fort.

Das nachfolgende Verlassen des Grundstücks seitens der Vertreter und Mitarbeiter der Pächterin war auch nicht unabhängig von dem Erhalt des Geldes jedenfalls zu erwarten, da Frau A. die Schlüssel ersichtlich nur im Hinblick auf das ihr anschließend zu übergebende Geld herausgab. Frau A. ging zu diesem Zeitpunkt ersichtlich davon aus, im Gegenzug für die Herausgabe der Schlüssel noch das in der unterzeichneten Vereinbarung zugesagte Geld zu erhalten. Ersichtlich wollte sie den Besitz an dem Mietobjekt endgültig erst mit Erhalt des Geldes aufgeben.

**Schließlich spricht eine Vermutung dafür, dass die Übergabe von Geld, die eine zuvor erzwungene entsprechende Zusage im Sinne einer Erpressung umsetzt, nun nicht freiwillig erfolgt, sondern weiterhin aufgrund der vorangegangenen Drohung mit einem empfindlichen Übel.** Das Eingehen auf eine Forderung, welche unter Drohung mit einem empfindlichen Übel gestellt wird, ist nicht als freiwillig und als Ausdruck von Berechnung anzusehen, auch wenn hiermit gerade das Eintreten des angedrohten Übels vermieden werden soll. Vielmehr trägt es gerade der Zwangslage Rechnung und vollendet mithin gerade den Tatbestand der Erpressung.



**Aus den gleichen Gründen kann in der Aushändigung des Geldes durch den Kläger auch keine Bestätigung des nichtigen oder anfechtbaren Rechtsgeschäfts gesehen werden** (§ 141 Abs. 1, § 144 BGB). Denn während des Termins zur Übergabe der Pachtsache bestand die für den Kläger geschaffene Zwangslage wie dargelegt fort. Die Übergabe des Geldes durch den Kläger hatte vor dem dargelegten Hintergrund die Funktion, den Abschluss der Räumung und Herausgabe des Pachtobjekts zu sichern, nicht aber offenbarte es den Willen des Klägers, trotz der Unwirksamkeit oder Anfechtbarkeit an dem Rechtsgeschäft festzuhalten.

Während die Herausgabe des Pachtobjekts an den Kläger noch nicht abgeschlossen war, bestand vielmehr für ihn weiterhin nicht die geringste Veranlassung, der Pächterin und Frau A. die geforderten erheblichen Vermögensvorteile zukommen zu lassen. Sie konnten unter diesen Umständen in keiner Weise den Eindruck erhalten, der Kläger wollte durch die Übergabe des Geldes bestätigen, an der getroffenen Vereinbarung ungeachtet ihrer Anfechtbarkeit jedenfalls festhalten zu wollen (§§ 133, 157 BGB). ■

## Anwaltshaftung

- Rechtzeitiger Antrag auf Rechtsschutzdeckung
- Verjährungsunterbrechung
- Klagezustellung
- Zahlung des Gerichtskostenvorschusses
- Berufungsbegründung
- Rückabwicklung von „Schrottimmobilienerwerb“ (OLG Hamm, Urt. v. 14.8.2014 – 28 U 37/13)

### Leitsatz:

Zur Frage der Anwaltshaftung bei Beratung des Mandanten über die Rückabwicklung von Verträgen über „Schrottimmobilienerwerb“.

### Aus den Gründen:

I. Die Klägerin nimmt die Beklagten, eine Rechtsanwaltssozietät, und ihre beiden Sozien wegen anwaltlicher Pflichtverletzung auf Schadenersatz in Anspruch.

Sie ließ sich bereits seit dem Jahr 2002 aus Anlass des Erwerbs einer Eigentumswohnung von der Beklagten zu 1) anwaltlich vertreten:

Die in München wohnhafte Klägerin hatte im Jahr 1992 aufgrund Vermittlung der I. & C2 GmbH zu Anlagezwecken von der Fa. B. AG eine vermietete Eigentumswohnung in H. gekauft und den Erwerb über die E. AG [nachfolgend: C. bzw. Bank] finanziert. Hierzu hatte die Klägerin ein Vorausdarlehen über 139.000 DM aufgenommen und zwei hintereinander geschaltete Bausparverträge abgeschlossen, über die das Darlehen getilgt werden sollte. Zur Finanzierung sollten die eingenommenen Wohnungsmieten dienen, wobei die Erwerber einem Mietpool beitreten mussten.

Das Anlagemodell war in wirtschaftliche Schieflage geraten. Im Raum stand, dass die finanzierende Bank die Anleger im Rahmen der Geschäftsanbahnung unzureichend bzw. fehlerhaft aufgeklärt hatte.

Die Beklagte zu 1) – bzw. deren Rechtsvorgängerin – vertrat eine Vielzahl von Anlegern in gleichgelagerten Fällen. Federführend im Fall der Klägerin war der Beklagte zu 3) [nachfolgend nur: die Beklagten]. Die Kosten der Rechtsverfolgung wurden über die B2 GmbH [nachfolgend B. Rechtsschutz], bei der die Klägerin eine Rechtsschutzversicherung abgeschlossen hatte, abgewickelt.

Mit Schreiben vom 11.11.2003 forderten die Beklagten im Namen der Klägerin die C. vergeblich zur Rückabwicklung des Wohnungskaufs auf.

Im Dezember 2006 entwarfen sie eine auf Schadenersatz gerichtete Klage gegen die Bank, wofür die Klägerin am 13.12.2006 eine Prozessvollmacht unterzeichnete.

Nach ihrer Darstellung sandten die Beklagten unter dem 11.12.2006 eine Deckungsanfrage an die B. Rechtsschutz. Sie hielten dort mit Schreiben vom 21.12.2006 Nachfrage und wiesen auf die nach ihrer Einschätzung zum 31.12.2006 eintretende Verjährung hin. Die Klageschrift ging am 28.12.2006 beim LG München I ein, der Gerichtskostenvorschuss wurde unter dem 8.1.2007 angefordert. Gleichfalls mit Schreiben vom 8.1.2007 teilte die B. Rechtsschutz den Beklagten mit, keine Deckungsanfrage erhalten zu haben, und bat um Mitteilung des Sachverhalts.

Unter dem 12.1.2007 übermittelten die Beklagten daraufhin ihr Schreiben vom 11.12.2006 und fügten ihre eigene Kostennote und die Gerichtskostenrechnung bei. Mit Schreiben vom 29.1.2007 bat der Rechtsschutzversicherer um Übersendung der Klageschrift und um Erläuterung des Gegenstandswerts. Danach übersandten die Beklagten mit Schreiben vom 30.1.2007 die Klageschrift, woraufhin seitens der B. Rechtsschutz am 26.2.2007 der Gerichtskostenvorschuss eingezahlt und die Klage der C. am 13.3.2007 gestellt wurde.

In der auf den Gesichtspunkt des Verschuldens bei Vertragsverhandlungen (c.i.c.) und auf Delikt gestützten Klage wurden verschiedene Pflichtverletzungsvorwürfe gegen die Bank erhoben. Sie war neben Zahlungsbegehren auch auf Feststellung der weiteren Ersatzpflicht der C. gerichtet.

Diese trat der Klage entgegen und erhob auch die Einrede der Verjährung.

Mit Urteil vom 11.1.2008 wies das LG München I die Klage ab. Pflichtverletzungen bezogen auf eine Aufklärung über Risiken des Mietpools, über die Art der Finanzierung über ein Vorausdarlehen und zwei nachfolgende Bausparverträge sowie über versteckte Innenprovisionen wurden verneint. Soweit eine unterlassene Aufklärung über unrichtige Angaben zu den Mieteinkünften geltend gemacht worden war, wurden Ersatzansprüche als verjährt zurückgewiesen, weil

die Klägerin das nötige Wissen von der Diskrepanz zwischen in Aussicht gestellten und tatsächlich erzielten Mieteinkünften schon am 1.1.2002 gehabt habe.

Gegen dieses Urteil legten die Beklagten im Namen der Klägerin Berufung ein. In der formelhaft abgefassten Begründungsschrift beschränkten sie sich darauf, die Ausführungen des LG zur Verjährung anzugreifen, wobei sie ausführten, die subjektiven Verjährungsvoraussetzungen für die etwaige Bankenhaftung seien erst später eingetreten. Außerdem sei von einer Verjährungshemmung durch anliegerfeindliche Rechtsprechung bis zum 16.5.2006 auszugehen, weil diese wie höhere Gewalt wirke.

Das OLG München wies mit Urteil vom 5.6.2008 die Berufung zurück.

Das LG habe Ansprüche wegen unrichtiger Angaben zu Mieteinkünften im Ergebnis zu Recht als verjährt angesehen, weil die subjektiven Voraussetzungen spätestens bei Abfassung eines Anspruchsschreiben vom 11.11.2003 vorgelegen hätten, die Verjährung somit zum 31.12.2006 vollendet gewesen sei. Die Klage habe die Verjährung nicht gehemmt, weil sie nicht demnächst i.S. des § 167 ZPO zugestellt worden sei. Etwaige Schadenersatzansprüche wegen vor dem Jahr 2000 gezahlter Zinsen wären zudem nach § 197 BGB a.F. ohnehin verjährt gewesen.

Die übrigen Pflichtverletzungsvorwürfe seien nicht Gegenstand der Berufung geworden.

Auf Anraten des nachfolgend beauftragten Rechtsanwalts nahm die Klägerin die gegen dieses Urteil eingelegte Nichtzulassungsbeschwerde zurück.

Mit der vorliegenden Klage nimmt sie nun die Beklagten auf Regress in Anspruch.

Sie hat den Anwälten vorgeworfen, nicht für die rechtzeitige Zustellung der Klage gesorgt und dadurch den Eintritt der Verjährung verursacht zu haben. Zudem sei es anwaltspflichtwidrig gewesen, die Begründung der Berufung im Vorprozess auf die Verjährungsfrage beschränkt und die weiteren Aufklärungspflichtverletzungen, die das LG München I in der Sache verneint habe, nicht zum Gegenstand der Berufung gemacht zu haben. Dabei sei insbesondere der Aspekt „versteckte Innenprovisionen“ vom LG München I mit rechtsfehlerhafter Begründung zurückgewiesen worden. Außerdem sei schon der erstinstanzliche Vortrag der Beklagten im Vorprozess ungeordnet und unzureichend gewesen.

Die Klägerin macht geltend, dass sie bei anwaltspflichtgemäßem Vorbringen im Prozess gegen die C. obsiegt hätte, weil sie von der Vermittlerin I. & C2 GmbH in Zusammenwirken mit der Bank arglistig über die Höhe der zu erzielenden Mieteinnahmen, die Höhe der Vertriebsprovisionen, die geringe Werthaltigkeit des Objekts, die Gefährlichkeit des Mietpoolsystems und die zahlreichen Interessenkonflikte im System getäuscht worden sei. Die Klägerin verweist insoweit auf Parallelentscheidungen des BGH (u.a. *Urt. v. 17.10.2006*

– *XI ZR 205/05, NJW-RR 2007, 257; Urt. v. 19.12.2006 – 374/04, BKR 2007, 152; Urt. v. 10.7.2007 – XI ZR 243/05, NJW 2007, 3272; Urt. v. 29.6.2010 – XI ZR 104/08, NJW-RR 2011, 270*). Soweit es um die Provisionen gehe, sei gerichtsbekannt gewesen, dass diese bei den C.-Kapitalanlageprodukten 23 % betragen hätten, welche auf den ohnehin übersteuerten Kaufpreis aufgeschlagen worden seien.

Ihren Schaden hat die Klägerin zunächst beziffert mit: (...)

Danach hat die Klägerin von den Beklagten Zahlung dieses Betrags nebst Zinsen Zug um Zug gegen Übereignung der Eigentumswohnung sowie die Feststellung der Ersatzpflicht der Beklagten für die Übereignungskosten begehrt.

Die Beklagten, die die Klageabweisung beantragt haben, haben eingewandt, der Eintritt der Verjährung sei von der Klägerin bzw. ihrem Rechtsschutzversicherer zu verantworten. Sie, die Beklagten, hätten das Erforderliche für eine rechtzeitige Klage getan.

In der Sache haben die Beklagten die Ansicht vertreten, auf Basis der damaligen Rechtsprechung des BGH – sie verweisen insbesondere auf das Urteil vom 16.5.2006 zu *XI ZR 6/04 (NJW 2006, 2099)* – hätte die Klage im Vorprozess auch unabhängig von der Verjährung keinen Erfolg gehabt. Erst im Jahr 2010 – mit Urteil vom 29.6.2010 (*XI ZR 104/08, NJW-RR 2011, 270*) – habe der BGH seine Rechtsprechung zur Haftung der Banken bezogen auf Innenprovisionen geändert.

Die Beklagten haben die Einrede der Verjährung erhoben.

Das LG hat die Beklagten antragsgemäß verurteilt zur gesamtschuldnerischen Zahlung von 201.330,53 EUR zzgl. Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz ab 18.1.2012 Zug um Zug gegen Auflassung des Miteigentumsanteils von 1088/100.000 an dem Grundstück in I., verbunden mit dem Sondereigentum der Wohnung im OG mit einem Kellerraum, Aufteilungsplan Nr. 44, eingetragen im Grundbuch des AG H. an die Beklagten sowie die Bewilligung der Eintragung im Grundbuch. Des Weiteren ist festgestellt worden, dass die Beklagten der Klägerin alle Kosten gesamtschuldnerisch zu ersetzen haben, die durch die Übereignung der vorbezeichneten Eigentumswohnung entstehen.

Die Klägerin habe gegen die Beklagten einen Schadenersatzanspruch aus den §§ 675, 280 BGB, § 128 HGB. Dabei könne offen bleiben, ob die Beklagten in Zusammenhang mit dem im Vorprozess angenommenen Verjährungseintritt ihre anwaltlichen Pflichten verletzt hätten. Ein Anwaltspflichtverstoß liege jedenfalls in der unzureichenden Berufungsbegründung. Bei ordnungsgemäßem Vortrag hätte die Klägerin im Vorprozess unter dem Gesichtspunkt der unterbliebenen Aufklärung über versteckte Innenprovisionen obsiegt.

Der Schaden belaufe sich auf 208.903,01 EUR, wovon die Klägerin nur 201.330,53 EUR verlange. Regressverjährung sei nicht eingetreten.

Mit ihrer form- und fristgerecht eingelegten und begründeten Berufung wollen die Beklagten weiterhin die Abweisung der Klage erreichen.

Sie meinen, das LG überspanne die Anforderungen an die Rechtsprüfung eines Anwalts und verlange das Vorhersehen künftiger höchststrichterlicher Rechtsprechung. Das LG habe verkannt, dass nach damaliger Rechtsprechung des BGH eine auf den Aspekt der Aufklärungspflichtverletzung wegen Innenprovisionen gestützte Klage bzw. Berufung gegen die Bank keinen Erfolg gehabt hätte. Seinerzeit hätte die C. die Kenntnis von einer Täuschung der Anleger durch die I. & C2 GmbH bestritten und sei diese Kenntnis auch nicht nachzuweisen gewesen.

Nach Auffassung der Beklagten fehle es jedenfalls an dem für einen Schadenersatzanspruch notwendigen anwaltlichen Verschulden, weil sie die Änderung der Rechtsprechung nicht hätten vorhersehen können und müssen.

Außerdem sei die vorgetragene Anwaltspflichtverletzung für den Regressschaden nicht kausal geworden: Die Klage im Vorprozess wäre ohnehin wegen Verjährung abgewiesen worden; hierzu wiederholen die Beklagten ihr diesbezügliches erstinstanzliches Vorbringen.

Der haftungsrechtliche Zurechnungszusammenhang sei zu verneinen, weil der Schaden nicht durch einen Anwaltsfehler, sondern durch eine Fehlentscheidung des LG München I verursacht worden sei.

Die Beklagten wiederholen den Einwand, dass bei der Schadenberechnung Steuervorteile abzusetzen seien, und meinen, die Bausparguthaben seien kein erstattungsfähiger Schaden. Außerdem könnten Verzugszinsen nur maximal bis zum Zeitpunkt des fiktiven Obsiegens im Vorprozess in zweiter Instanz – August 2008 – verlangt werden.

In einem nach Schluss der mündlichen Verhandlung eingereichten Schriftsatz vom 24.2.2014, mit dem sie die Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung beantragen, vertiefen die Beklagten ihr Vorbringen zu ihrer fehlenden Verantwortlichkeit für den Verjährungseintritt sowie zur Anrechenbarkeit von Steuervorteilen auf den Regressschaden und machen geltend, die Klägerin müsse Zug um Zug die lastenfreie Übertragung des Wohnungseigentums anbieten.

Soweit die Klägerin in der Berufung die Klage erhöht hat, berufen sich die Beklagten nachträglich unter dem 30.6.2014 auf die Einrede der Verjährung.

(Anträge...)

Die Klägerin verteidigt das angefochtene Urteil unter Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens.

Dabei hebt sie hervor, dass im Regressprozess eine normative Betrachtung anzustellen sei. Im Übrigen habe der BGH auch nicht seine Rechtsprechung zur Aufklärungspflicht der Bank über verdeckte Innenprovisionen im Jahr 2010 geändert,

sondern diese nur weiterentwickelt. Auf der Grundlage dieser Rechtsprechung sei die Kenntnis der C. von der arglistigen Täuschung aufgrund des institutionalisierten Zusammenwirkens mit Verkäufer und Fondsinitiatoren zu vermuten gewesen, so dass der Berufungseinwand der fehlenden Nachweismöglichkeit fehlgehe.

Die Klägerin wiederholt und vertieft auch den Vorwurf, die Beklagten hätten im Vorprozess den Verjährungseintritt verursacht, weil sie nicht für die rechtzeitigen Klagezustellung Sorge getragen hätten. Dazu hätten sie notfalls entweder die Klägerin selbst zur Vorschusszahlung veranlassen oder auf Klagezustellung vor Vorschusseingang drängen müssen.

Die Klageerhöhung trage dem erstinstanzlich unterlaufenen Additionsfehler Rechnung. Dabei meint die Klägerin, die Erhebung der Verjährungseinrede sei verspätet und im Übrigen – wegen der Einheitlichkeit des geltend gemachten Anspruchs – unbegründet.

Nach Schluss der mündlichen Verhandlung vertieft die Klägerin unter dem 27.6.2014 ihr Vorbringen zum Vorwurf unzureichenden und ungeordneten Sachvortrags in beiden Instanzen des Vorprozesses und tritt dem Einwand der Anrechenbarkeit von Steuervorteilen auf den Regressschaden entgegen.

## II. Die Berufung hat keinen Erfolg.

Die Klage ist im Umfang der erstinstanzlichen Verurteilung begründet, während die in der Berufung erfolgte Klageerweiterung unbegründet ist.

1. Die Klägerin kann von den Beklagten Zahlung in Höhe von 201.330,53 EUR nebst Zinsen Zug um Zug gegen Übertragung des Eigentums an der streitgegenständlichen Wohnung verlangen.

Der Zahlungsanspruch gegen die Beklagte zu 1) ergibt sich aus den §§ 280 Abs. 1, 611, 675 BGB, soweit die Klägerin aus abgetretenem Recht der B. Rechtsschutz vorgeht, in Verbindung mit § 398 BGB.

Die gesamtschuldnerische Haftung der Beklagten zu 2) und 3) für die Verbindlichkeit der Beklagten zu 1) folgt aus der analogen Anwendung des § 128 HGB.

a) Zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 1) bestand unstreitig ein anwaltliches Vertragsverhältnis, welches die Wahrnehmung der Interessen der Klägerin in Zusammenhang mit dem im Jahr 1992 getätigten Anlagegeschäft zum Gegenstand hatte.

Das Mandat der Beklagten zu 1) erstreckte sich dabei auch auf die klageweise Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen gegen die C. Dass die Beklagten dies mit Schriftsatz vom 24.2.2014 – erstmals – in Abrede stellen wollen, ist nicht nachvollziehbar und als unzutreffend zurückzuweisen. Das eigene Verhalten der Beklagten – die Erhebung der Klage zum LG München I und die weitere Prozessführung,

die unbestritten vom Willen der Klägerin getragen waren – spricht dagegen. Unverständlich ist ebenso, dass die Beklagten nun die Erteilung einer Prozessvollmacht durch die Klägerin bestreiten wollen, obwohl diese bereits mit der Regressklage vorgelegt worden ist.

b) Die Beklagten haben ihre vertraglichen Pflichten aus dem erteilten Mandat verletzt.

aa) Der Senat bejaht die vom LG offen gelassene Frage, ob es den Beklagten als Pflichtverstoß vorzuwerfen ist, keine ausreichenden Maßnahmen zur Verhinderung der Verjährung eines Schadenersatzanspruchs der Klägerin gegen die C. ergriffen zu haben.

**Der Rechtsanwalt ist im Rahmen des ihm erteilten Auftrags verpflichtet, den Auftraggeber allgemein, umfassend und möglichst erschöpfend zu belehren, seine Belange nach jeder Richtung wahrzunehmen und die Geschäfte so zu erledigen, dass Nachteile für ihn – soweit sie voraussehbar und vermeidbar sind – vermieden werden. Daraus folgt ohne Weiteres die Verpflichtung, darauf zu achten, ob dem Mandanten wegen ein Rechtsverlust droht, und dem durch geeignete Maßnahmen entgegenzuwirken** (BGH, Urt. v. 9.6.2011 – IX ZR 75/10, NJW 2011, 2889, Rdnr. 12, BGH, Urt. v. 17.6.1993 – IX ZR 206/92, NJW 1993, 2797f., Vill in: Zuehör/G. Fischer/Vill/D. Fischer/Rinkler/Chab, Handbuch der Anwaltschaft, 3. Aufl. 2011, Rdnr. 693). Dabei ist das Gebot des sichersten Weges zu beachten (vgl. BGH a.a.O. Rdnr. 14).

Weil die Beklagten aufgrund ihrer Rechtsprüfung der Ersatzansprüche der Klägerin gegen die C. – zutreffend – davon ausgingen, dass der Verjährungseintritt mit Ablauf des 31.12.2006 drohte, mussten sie geeignete Maßnahmen zur Hemmung der Verjährung gemäß § 204 Abs. 1 BGB ergreifen. Neben der rechtzeitigen Einreichung der Klage bei Gericht mussten sie dafür Sorge tragen, dass die Zustellung im Sinne von § 167 ZPO „demnächst“ erfolgen konnte, um auf den Zeitpunkt der Klageeinreichung zurückzuwirken. Das verlangte grundsätzlich eine alsbaldige Einzahlung des Kostenvorschusses nach Erhalt der Gerichtskostenrechnung.

Weil die Beklagten es übernommen hatten, bei der B. Rechtsschutz um Deckungsschutz für die beabsichtigte Klage nachzusuchen – dass dem so war, ergibt sich aus dem vorgelegten Schriftwechsel –, **mussten sie überwachen, ob der Rechtsschutzversicherer rechtzeitig auf ihre Anfrage reagierte und die Einzahlung des Vorschusses veranlasste.**

Ob die Beklagten bereits dadurch, dass sie nach eigener Darstellung die **Deckungsanfrage erst kurz vor Ablauf der Verjährungsfrist** – mit Schreiben vom 11.12.2006 – gestellt haben, obwohl sie schon über mehrere Jahre mit der Anspruchsverfolgung beauftragt waren, ihre anwaltlichen Sorgfaltspflichten verletzt haben, kann offen bleiben. Jedenfalls hätten die Beklagten, nachdem sie durch die (angebliche) späte Deckungsanfrage die Gefahr erhöht hatten, dass der Rechtsschutzversicherer nicht fristgemäß den Vorgang prüfte und im Fall der Deckungszusage den Gerichtskostenvorschuss anwies, vorsorglich auf andere Art und Weise **dafür sorgen**

**müssen, dass die im Dezember 2006 bei Gericht eingereichte Klage der C. „demnächst“ im Sinne des § 167 ZPO zugestellt werden würde.**

Hierzu kam in Betracht, die Klägerin selbst zur Einzahlung des Vorschusses anzuhalten oder eine **Klagezustellung vor Vorschusseingang nach § 14 Nr. 3 b) GKG zu beantragen**. Entgegen der Annahme der Beklagten schied die erste Möglichkeit nicht deshalb von vornherein aus, weil die Klägerin in ihrem Schreiben vom 7.11.2003 zum Ausdruck gebracht hatte, dass sie ein Vorgehen gegen die Bank von der Übernahme der Prozesskosten durch den Rechtsschutzversicherer abhängig machen wollte. Ebenso wenig gab es tragfähige Gründe, einen Antrag nach § 14 GKG als aussichtslos einzuordnen.

Diesen Anforderungen an ein pflichtgemäßes Anwaltsverhalten sind die Beklagten nicht gerecht geworden. Nach ihrer eigenen Darstellung wollen sie lediglich nach der an die B. Rechtsschutz gerichteten Deckungsschutzanfrage vom 11.12.2006 diese unter dem 21.12.2006 erinnert und mit Schreiben vom 12.1.2007 die Kostenrechnung des LG übermittelt haben.

bb) Soweit die Klägerin den Beklagten vorwirft, sie hätten in der ersten Instanz des gegen die C. angestregten Prozesses unzureichend vorgetragen, fehlt es – auch unter Berücksichtigung des ergänzten Vorbringens im Schriftsatz vom 27.6.2014 – an einer schlüssigen Darlegung einer solchen anwaltlichen Pflichtverletzung.

Die Klägerin stützt diesen Regressvorwurf vornehmlich darauf, dass die im Vorprozess tätigen Gerichte die gegen die C. erhobenen Pflichtverletzungsvorwürfe – bezogen auf die unterlassene Aufklärung über versteckte Innenprovisionen, über die erzielbaren Mieteinkünfte und die Risiken des Mietpools – als unschlüssig zurückgewiesen haben.

Zur Darlegung des diesbezüglich gegen die Beklagten erhobenen Pflichtverletzungsvorwurfs müsste die Klägerin im vorliegenden Regress substantiiert **vortragen, welchen weiteren Sachvortrag die Beklagten im Vorprozess hätten halten müssen. Sie müsste zum Inhalt der ihr erteilten Beratung seitens I. & C2 (z.B. Angaben zu erzielbaren Mieten, Steuervorteilen und zur Finanzierbarkeit des Kaufpreises daraus), zur Verflechtung der Vermittlerin, der Verkäuferin und der Bank sowie zu den tatsächlichen Gegebenheiten – insbesondere bezogen auf die tatsächlich erzielten Mieten – konkret und unter Beweisanspruch vortragen.**

Daran fehlt es. Das Klagevorbringen beschränkt sich insoweit auf allgemeine Ausführungen zu dem Anlagemodell. Das gilt auch für den im Schriftsatz vom 27.6.2014 erfolgten Verweis auf die Ausführungen des BGH in dem Urteil vom 29.6.2010, die keinen konkreten Bezug zum Fall der Klägerin haben.

cc) Mit dem LG ist aber festzustellen, dass die Beklagten bei Abfassung der Berufungsbegründung im Vorprozess ihre anwaltlichen Pflichten verletzt haben.



Wie bereits zutreffend im angefochtenen Urteil – ebenso im Urteil des OLG München im Vorprozess – ausgeführt worden ist, **muss der Berufungsführer mit der Berufungsbegründung klarstellen, in welchen Punkten und mit welcher Begründung er das Berufungsurteil angreift** (BGH, Urt. v. 5.12.2006 – VI ZR 228/05, NJW-RR 2007, 414 Rdnr. 10). Die Berufungsbegründung muss auf den Streitfall zugeschnitten sein und klar angeben, gegen welche Ausführungen des Urteils der Angriff sich richtet und wie er begründet wird (BGH, Beschl. v. 5.3.2007 – II ZB 4/06, NJW-RR 2007, 1363 Rdnr. 6).

Das Interesse der Klägerin, an dem die Beklagten ihre Tätigkeit auszurichten hatten, ging hier dahin, das Urteil des LG München I **vollumfänglich zur Überprüfung durch das OLG** zu stellen. Bei pflichtgemäßer anwaltlicher Rechtsprüfung war zu erkennen, dass nicht allein die Annahme der Verjährung eines Schadenersatzanspruchs wegen unrichtiger Angaben über die Mieteinkünfte mit Aussicht auf Erfolg angreifbar erschien, sondern auch die Verneinung der übrigen mit der Klage geltend gemachten Aufklärungspflichtverletzungen. Das galt insbesondere im Hinblick auf den Aspekt der unterbliebenen Aufklärung über versteckte Innenprovisionen, welchen das LG München I mit knapper Begründung abgetan hatte.

Das LG stützte sich dabei inhaltlich auf die damalige Rechtsprechung des BGH, wonach, wenn sonstige einen Wissensvorsprung begründende Umstände nicht vorlägen, eine Aufklärungspflicht der Bank über die Unangemessenheit des Kaufpreises nur ausnahmsweise anzunehmen sei, wenn es – bedingt durch eine versteckte Innenprovision o.ä. – zu einer so wesentlichen Verschiebung der Relation zwischen Kaufpreis und Verkehrswert kommt, dass die Bank von einer sittenwidrigen Übervorteilung des Käufers durch den Verkäufer ausgehen muss (Urt. v. 16.5.2006 – XI ZR 6/04, NJW 2006, 2099, Rdnr. 47 m.w.N.).

Soweit es um die Alternative der Aufklärungspflicht der Bank wegen eines Wissensvorsprungs ging, führte das LG nur aus, die Kostenkalkulation sei kein tauglicher Gegenstand eines relevanten Wissensvorsprungs der Bank, weil es ureigenste Aufgabe des Käufers sei, die Angemessenheit des Kaufpreises zu prüfen.

Damit hatte es die Rechtsprechung unzureichend ausgewertet: **Schon damals war es ständige höchstrichterliche Rechtsprechung, dass eine finanzierende Bank den Kreditnehmer über eine von ihr erkannte arglistige Täuschung gemäß § 123 BGB ungefragt aufzuklären hatte** (s. die Nachw. bei BGH, Urt. v. 29.6.2010 – XI ZR 104/08, NJW-RR 2011, 270, Rdnr. 20) **und dass bei institutionalisiertem Zusammenwirken von Bank und Verkäufer/Vermittler das Wissen widerleglich vermutet wurde** (BGH NJW 2006, 2009, Rdnr. 51).

Ob im Fall des über I. & C2 vermittelten und von der C. finanzierten Anlagemodells eine **arglistige Täuschung der Anleger über die Höhe der Provisionen anzunehmen war**, deren Kenntnis bei der Bank aufgrund institutionalisierten Zusammenwirkens zu vermuten war, war vom BGH noch nicht entschieden. Vielmehr gab es hierzu unterschiedliche

Instanzenrechtsprechung, insbesondere der 3. Zivilkammer des LG Dortmund und des OLG Hamm, die den Beklagten aus anderen Verfahren bekannt war, wie das LG im vorliegenden Verfahren unwidersprochen ausgeführt hat.

Somit gab es (jedenfalls) einen weiteren aussichtsreichen Ansatz, das Urteil des LG München I anzugreifen. **Es gab keinen plausiblen Grund, das Rechtsmittel stattdessen auf den einen Angriffspunkt der Verjährung zu beschränken.**

Die Beklagten wenden im Regressprozess auch nicht ein, dass und warum die Klägerin nach entsprechender Beratung über die Aussichten eines weitergehenden Berufungsangriffs hiervon hätte absehen sollen oder wollen.

Die von den Beklagten **verfasste Berufungsbegründung** zum OLG München **erschöpft sich dagegen in – allgemein gehaltenen, nicht einmal auf den konkreten Streitfall zugeschnittenen – Einwendungen gegen die vom LG angenommene Verjährung eines Anspruchs wegen unrichtiger Mietzinsangaben und übergeht, dass das LG die übrigen gerügten Aufklärungspflichtverletzungen in der Sache abgelehnt hat.**

c) Die Beklagten haben die Fehler bei der Bearbeitung des Prozessmandats zu vertreten. Sie haben sich von dem **zu vermutenden Verschulden** nicht gemäß § 280 Abs. 1 S. 2 BGB entlastet.

Ihr Einwand, sie hätten die anlegerfreundliche „Wende“ in der Rechtsprechung nicht vorhersehen können, geht fehl. Den Beklagten wird nicht vorgeworfen, der Klägerin kein sicheres Obsiegen in letzter Instanz versprochen, sondern ihr durch die inhaltliche Beschränkung der Berufung die Chance genommen zu haben, ihre Klage gestützt auf den Aspekt der Aufklärungspflichtverletzung bezogen auf versteckte Innenprovisionen in höherer Instanz prüfen zu lassen.

Wie bereits ausgeführt, durften die Beklagten aufgrund der damaligen Rechtslage aber nicht davon ausgehen, dass eine Weiterverfolgung dieses Aspekts aussichtslos war. Dementsprechend hatten sie ja auch die Klägerin in Kenntnis der damaligen Rechtsprechung dazu veranlasst, u.ä. gestützt auf diesen Vorwurf, die C. zu verklagen. An dieser Situation hatte sich durch das Urteil des LG München I nichts geändert; vielmehr waren die konkreten Einzelfragen des in Rede stehenden Vertriebsmodells noch nicht abschließend entschieden.

d) Die anwaltlichen Pflichtverletzungen der Beklagten **waren ursächlich dafür**, dass der gegen die C. geführte Prozess verloren ging. Bei pflichtgemäßem Anwaltsverhalten hätte die Klägerin ihr Schadenersatzverlangen gegen die Bank durchgesetzt.

Das lässt sich mit der im Regress für die haftungsausfüllende Kausalität maßgeblichen überwiegenden, auf gesicherter Grundlage beruhenden Wahrscheinlichkeit gemäß § 287 ZPO (st. Rspr., s. nur BGH, Urt. v. 5.11.1992 – IX ZR 12/92, NJW 1993, 734; Urt. v. 19.1.2006 – IX ZR 232/01, NJW-RR 2006, 923, Rdnr. 25) feststellen.

aa) So ist es nach Einschätzung des Senats überwiegend wahrscheinlich, dass bei pflichtgemäßem Anwaltsverhalten die Klage unter Beachtung des § 167 ZPO so rechtzeitig zugestellt worden wäre, dass von einer verjährungshemmenden Wirkung zum 31.12.2006 auszugehen gewesen wäre. Dabei kann offenbleiben, ob dies durch frühzeitige, vollständige Information der B. Rechtsschutz und deren rechtzeitige Vorschusszahlung, durch eigene Vorschussleistung der Klägerin oder über einen Antrag nach § 14 GKG bewerkstelligt worden wäre.

Bei der Betrachtung des weiteren hypothetischen Kausalverlaufs begegnet es auch keinen Zweifeln, dass bei pflichtgemäßem anwaltlichen Vorgehen die Berufung – jedenfalls – auch auf den Aspekt der unterlassenen Aufklärung über versteckte Innenprovisionen gestützt worden wäre. Insoweit greift zugunsten der Klägerin die Vermutung beratungskonformen Verhaltens.

In Verträgen mit rechtlichen Beratern gilt die Vermutung, dass der Mandant Beratungsgemäß gehandelt hätte, wenn – wie hier – nach der Lebenserfahrung bei vertragsgemäßer Leistung des Beraters lediglich ein bestimmtes Verhalten nahegelegt hätte (BGH, *Urt. v. 20.3.2008 – IX ZR 104/05, NJW 2008, 2647, Rdnr. 12*).

**bb) Es lässt sich auch aufgrund des Beweismaßstabs des § 287 ZPO feststellen, dass die Klage gegen die C. dann jedenfalls in letzter Instanz Erfolg gehabt hätte.**

**Dabei gilt im Haftpflichtprozess eine normative Betrachtung. Ist die Frage, ob dem Mandanten durch eine schuldhafte Pflichtverletzung des Rechtsanwalts ein Schaden entstanden ist, vom Ausgang eines anderen Verfahrens abhängig, muss das Regressgericht selbst prüfen, wie jenes Verfahren richtigerweise zu entscheiden gewesen wäre** (BGH, *Urt. v. 15.11.2007 – IX ZR 44/04, NJW 2008, 1309, Rdnr. 9*).

Die Würdigung ist auf der Grundlage der zum Zeitpunkt der hypothetischen Entscheidung im Ausgangsverfahren geltenden höchstrichterlichen Rechtsprechung vorzunehmen (BGH, *Urt. v. 28.9.2000 – IX ZR 6/99, NJW 2001, 146; BGH, Urt. v. 13.3.2014 – IX ZR 23/10, NZI 2014, 665, Rdnr. 32; Fahren-dorf in: Fahren-dorf/Mennemeyer/Terbille, Anwaltshaftung, 8. Aufl., Rdnr. 908*).

Das LG hat festgestellt, dass der Klägerin gegen die C. ein Schadenersatzanspruch wegen vorvertraglicher Aufklärungspflichtverletzung bezogen auf die Höhe der Vertriebskosten zustand, wobei es maßgeblich auf die in einem Parallelfall ergangene Entscheidung des BGH vom 29.6.2010 (*XI ZR 104/08, NJW-RR 2011, 270*) abgestellt hat.

Dem schließt sich der Senat an.

Dieser Stand der Rechtsprechung ist zugrunde zu legen, weil der Prozess der Klägerin bei Betrachtung des hypothetischen Kausalverlaufs mit überwiegender Wahrscheinlichkeit im selben Zeitraum letztinstanzlich entschieden worden wäre. Das ergibt der Vergleich der beiden Prozessverläufe: Dem

vom BGH entschiedenen Parallelfall lag ein Urteil des OLG Schleswig vom 13.3.2008 zugrunde, während im Fall der Klägerin das Urteil des OLG München vom 5.6.2008 datiert.

Davon, dass die Klägerin auf der Grundlage dieser höchstrichterlichen Rechtsprechung – angesichts der Parallelität der Fälle – im Vorprozess obsiegt hätte, gehen die Regressparteien übereinstimmend aus. Damit erübrigt sich eine vertiefte Darlegung der Einzelheiten jenes Schadenersatzbegehrens, welches auch der Senat für begründet hält. Insbesondere hätte die Verjährungseinrede der C. keinen Erfolg gehabt, wenn die Klage rechtzeitig mit verjährungshemmender Wirkung zum 31.12.2006 eingelegt worden wäre. Die Rechtsansicht des OLG München, wonach der Schadenersatzanspruch wegen vor dem Jahr 2000 gezahlter Zinsen ohnehin nach § 197 BGB a.F. verjährt gewesen wäre, überzeugt nicht. Es ging nicht um Zinsansprüche im Sinne des § 197 BGB a.F., sondern um einen eigenständigen Schadenersatzanspruch aus dem Gesichtspunkt des Verschuldens bei Vertragsverhandlungen.

Anderes lässt sich auch der vom OLG München zitierten Entscheidung des BGH (*Urt. v. 10.7.1986 – III ZR 133/85, NJW 1986, 2564*), der eine nicht mit dem Fall der Klägerin vergleichbare Konstellation – ein nichtiger Ratenkreditvertrag – zugrunde lag, nicht entnehmen.

e) Der Regressschaden der Klägerin besteht in den entgangenen Schadenersatzleistungen der C. und den ihr infolge des Prozessverlustes verbliebenen bzw. entstandenen weiteren finanziellen Belastungen aus dem Anlagegeschäft einschließlich der Prozesskosten.

Soweit die Beklagten die Höhe des der Klägerin vom LG zuerkannten Schadens angreifen, dringen sie damit im Ergebnis nicht durch.

Dabei ist zunächst dem in der Berufung pauschal erhobenen Einwand, die klägerischen Schadenberechnungen seien der Höhe nach nicht nachgewiesen und würden „weiterhin“ bestritten, entgegen zu halten, dass die Zahlungen in erster Instanz unstreitig geblieben sind. Das Bestreiten in der Berufung kommt daher zu spät (§§ 529, 531 ZPO).

aa) Im Übrigen gilt für die einzelnen von der Klägerin geltend gemachten Schadenpositionen Folgendes:

**(1) Zinsen Vorausdarlehen von April 1992 – Dezember 2006 90.684,77 EUR – Gewinn aus Mieteinnahmen von 21.449,27 EUR = 69.235,50 EUR**

Gegenüber dieser Schadenposition machen die Beklagten erfolglos geltend, die C. hätte sich im Vorprozess darauf berufen (können), dass die Klägerin aus dem Anlageprojekt Steuervorteile erlangt hätte, die im Wege des Vorteilsausgleichs in Abzug zu bringen seien.

Bereits im maßgeblichen Zeitpunkt der hypothetischen Entscheidung des BGH über den Prozess der Klägerin entsprach es höchstrichterlicher Rechtsprechung, Steuervorteile nicht

im Wege der Vorteilsausgleichung schadenmindernd zu berücksichtigen, wenn der Geschädigte die Schadenersatzleistung wieder zu versteuern hatte, wobei in der Regel nicht festgestellt werden musste, in welcher genauen Höhe sich die Versteuerung der Ersatzleistung auswirkt.

Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Schädiger besondere Umstände darlegt, auf deren Grundlage dem Geschädigten auch nach einer Anrechnung der aus der Ersatzleistung resultierenden Steuerlast außergewöhnlich hohe Steuervorteile verbleiben (BGH, Urt. v. 30.11.2007 – V ZR 284/06, NJW 2008, 649, Rdnr. 13 m.w.N.; aus späterer Zeit s. BGH, Urt. v. 1.3.2011 – XI ZR 96/09, NJW-RR 2011, 986, Rdnr. 8 f.; Urt. v. 23.4.2012 – II ZR 75/10, NJW-RR 2012, 1312, Rdnr. 43, BGH, Urt. v. 28.1.2014 – XI ZR 495/12, NJW 2014, 994, Rdnr. 11).

Die Klägerin hätte die Ersatzleistung der C. als rückerstattete Werbungskosten versteuern müssen (vgl. BGH NJW 2008, 649, Rdnr. 12). Dass ihr gleichwohl besondere Steuervorteile verblieben wären, legen die Beklagten nicht dar.

Die Sachlage ändert sich auch nicht dadurch, dass nun die Beklagten der Klägerin ersatzpflichtig sind. Für die steuerrechtliche Behandlung macht es keinen Unterschied, ob die früheren Werbungskosten von dem damaligen Vertragspartner oder von einem Dritten erstattet werden (BGH a.a.O. Rdnr. 13).

(2) ... (zurückgenommen)

### (3) Zahlungen an C. vom 1.1.07 – 31.1.2011 21.349,16 EUR

Gegen diese schlüssig dargelegte, vom LG zuerkannte Schadenposition erhebt die Berufung – abgesehen von dem unerheblichen pauschalen Bestreiten der Höhe – keine Einwände.

### (4) Guthaben aus Bausparverträgen 16.034,11 EUR

Auch gegen diese Schadenposition, die lediglich missverständlich mit „Guthaben“, statt mit entgangenen Rückzahlungen von Leistungen bezeichnet worden ist, wenden sich die Beklagten ohne Erfolg.

### (5) (abgetretener) Anspruch der B. Rechtsschutz 38.285,01 EUR

Zu dem Regressschaden gehören auch die Prozesskosten, die bei pflichtgemäßem Anwaltsverhalten von der Gegenseite des Vorprozesses hätten getragen werden müssen. Dabei ist zwischen den Regressparteien nicht im Streit, dass die Abtretungserklärung der B. Rechtsschutz vom 8.11.2011 die Erstattung der Kosten des Vorprozesses umfassen soll.

### (6) Zinsschaden für die Zeit 2.1.2004 – 20.12.2011

**47.000 EUR (aus eigenem Recht) + 17.000 EUR (aus abgetretenem Recht der B. Rechtsschutz), insgesamt 64.000 EUR**

Diese Schadenposition in Form entgangener Zinszahlungen der C. ist nicht in vollem Umfang begründet, was allerdings der Berufung gleichwohl nicht zum Teilerfolg verhilft: Dabei besteht kein Streit darüber, dass die C. ab dem 2.1.2004 mit der Schadenersatzzahlung in Verzug war und daher nach den §§ 286, 288 Abs. 1 BGB Verzugszinsen hätte zahlen müssen, wenn die Klägerin im Vorprozess obsiegt hätte.

Es lässt sich aber nicht nach § 287 ZPO feststellen, dass die C. Verzugszinsen für den von der Klägerin zugrunde gelegten Zeitraum bis zum 20.12.2011 hätte auflaufen lassen. Entscheidend für die Ermittlung dieses Regressschadens ist, zu welchem Zeitpunkt bei hypothetischer Kausalbetrachtung die C. die Hauptschadenforderung der Klägerin sowie die Prozesskosten beglichen hätte; bis zu diesem Zeitpunkt wären Zinsen angefallen und gezahlt worden. (...)

f) Die Regressverjährung ist zutreffend vom LG verneint worden, ohne dass die Berufung dies angreift.

g) Der Anspruch auf Zahlung von Prozesszinsen ergibt sich aus den §§ 288 Abs. 1, 291 BGB.

Diesem Anspruch steht nicht entgegen, dass die Klägerin **im Wege des Vorteilsausgleichs die erworbene Wohnung Zug und Zug an die Beklagten herauszugeben hat** (vgl. BGH, Urt. v. 25.1.2013 – V ZR 118/11, NJW-RR 2013, 825, Rdnr. 11).

h) Die Beklagten wenden sich in der Berufung ohne Erfolg gegen die vom LG antragsgemäß ausgeurteilte Zug um Zug-Verpflichtung der Klägerin zur Übertragung des Wohnungseigentums.

Die Klägerin schuldet weder die Lastenfreiheit des den Beklagten zu überlassenden Wohnungseigentums noch dessen Leerstand.

Die Pflicht zur Herausgabe der Wohnung an die Schädiger ist lediglich Folge des im Vorteilsausgleich zum Ausdruck kommenden schadenersatzrechtlichen Bereicherungsverbots (vgl. BGH a.a.O.). Sie beschränkt sich damit auf die Überlassung der Vermögensvorteile in dem Zustand, wie sie bei der Klägerin vorhanden sind.

2. Das LG hat auch zutreffend festgestellt, dass die Beklagten verpflichtet sind, der Klägerin die Kosten der Übereignung der Wohnung zu ersetzen.

Weil diese Kosten noch nicht bezifferbar sind, ist das Feststellungsinteresse gemäß § 256 ZPO zu bejahen.

Der Sache nach ergibt sich die Kostenerstattungspflicht der Beklagten aus ihrer zu Ziff. 1 dargestellten Schadenersatzpflicht. (...) ■

## Steuerberaterhaftung

- Mandatsübernahme
- Pflicht zur Neuberatung durch Nachfolgeberater
- Gesamtvermögensvergleich
- Vermögensvorteil durch Festsetzungsverjährung  
(*OLG Celle, Urt. v. 26.2.2014 – 4 U 18/13*)

### Leitsätze (d. Red.):

1. Bei einer Mandatsübernahme kann an die Arbeitsergebnisse des Vorberaters angeknüpft werden, wenn dessen Arbeiten nicht offenkundige Mängel anhaften. Den nachfolgenden Berater trifft nur dann eine Pflicht zur Neuberatung, wenn eine steuerliche Fehlentscheidung für einen durchschnittlichen Berater auf den ersten Blick ersichtlich ist.

2. Eine Neuberatung ist jedoch stets erforderlich, wenn es gerade auf tatsächliche Umstände im Bereich des Steuerpflichtigen ankommt, die sich jährlich ändern können und deren Einhaltung durch den Steuerpflichtigen auf einen Ratschlag des Steuerberaters zurückzuführen ist. Hier ist eine jährliche Nachfrage erforderlich, ob sich an den Verhältnissen etwas geändert hat.

3. Im Wege des Gesamtvermögensvergleichs kann zu berücksichtigen sein, dass der Mandant aufgrund der Pflichtverletzung des Steuerberaters in der Vergangenheit Steuervorteile erlangt hat, die ihm aufgrund zwischenzeitlich eingetretener Festsetzungsverjährung verbleiben. ■

### Zum Sachverhalt:

Der Kläger nimmt den Beklagten auf Schadenersatz wegen einer angeblichen Falschberatung in steuerlichen Angelegenheiten für die Jahre 1994 bis 2006 in Anspruch.

Der Kläger wurde ursprünglich vom Steuerberater G. betreut; dieser war zuständig für die Fertigung der Einkommensteuererklärungen des Klägers. Im Jahr 1998 übernahm der Beklagte die Kanzlei des Steuerberaters G. und das Mandat für den Kläger. Im Jahr 2007 wurde das Finanzamt für Steuerstrafsachen und Steuerfahndung Wuppertal auf den Kläger wegen des Verdachts der Steuerhinterziehung aufmerksam und durchsuchte am 6.12.2007 Räumlichkeiten des Klägers. Mittels Durchsuchungsbeschluss vom 30.4.2009 durchsuchte das Finanzamt auch die Räumlichkeiten des Beklagten wegen des Verdachts der Mittäterschaft.

Zugrunde liegt, dass sowohl der Steuerberater G. als auch der Beklagte den Kläger als beschränkt steuerpflichtig qualifizierten und nur dessen inländischen Einkünfte in der Einkommensteuererklärung deklarierten. Nach den nunmehr – noch nicht rechtskräftig – getroffenen Feststellungen des Finanzamts ist der Kläger aber in dem Zeitraum von 1994 bis 2006 für die Gewerbesteuer und – aus Verjährungsgründen – von 1996 bis 2006 für die Einkommensteuer unbeschränkt steuerpflichtig gewesen, weil er im Inland in diesem Zeitraum

einen Wohnsitz innehatte. Dies habe zur Folge, dass seine umfangreichen, im Ausland erzielten Einkünfte nunmehr der inländischen Besteuerung unterlägen. Die sich hieraus ergebenden Steuernachzahlungen hat der Kläger unter Vorbehalt geleistet.

Vorliegend macht der Kläger Schadenersatz für von ihm aufgewendete Kosten für Beratungsleistungen im Zusammenhang mit der Vertretung in Steuer- und Steuerstrafangelegenheiten geltend. Ferner sind Streitgegenstand die auf die nachzuzahlenden Einkommen- und Gewerbesteuer entfallenden Zinsen nach § 233a AO. Die gegen die nachträglichen Festsetzungsbescheide erhobenen Rechtsbehelfe sind noch nicht beschieden. (...)

Das LG hat die Klage nach Vernehmung der Ehefrau des Klägers abgewiesen. Zur Begründung hat es angegeben, auch unter Berücksichtigung der vom Kläger vorgetragenen Umstände sei eine Kenntnis des Beklagten davon, dass der Kläger einen inländischen Wohnsitz unterhalten habe, nicht bewiesen. Die Aussage der Ehefrau sei nicht glaubhaft. Im Übrigen habe der Beklagte nicht pflichtwidrig gehandelt, da er den Sachverhalt nicht hätte weiter klären müssen.

Abgesehen davon sei nicht ersichtlich, dass der Kläger sich auch bei einem Hinweis des Beklagten auf seine Steuerpflicht in Deutschland aufklärungsgemäß verhalten hätte. Vielmehr hätte der Kläger weiterhin zu verschleiern versucht, dass er seinen wahren Aufenthalt in Deutschland habe.

Hiergegen richtet sich die Berufung des Klägers. Dieser rügt im Wesentlichen, das LG habe verkannt, dass der Beklagte die Hintergründe zu einem Wohnsitz des Klägers in Deutschland fehlerhaft nicht hinterfragt habe. Er habe aus dem ihm bekannten Sachverhalt nicht die richtigen Schlüsse gezogen. Insbesondere habe er wegen des Wohnsitzes der Ehefrau in Deutschland auf eine Steuerpflicht hinweisen müssen. Eine ordnungsgemäße Aufklärung über die rechtlichen Umstände sei nicht erfolgt. Die Pflichtverletzung des Steuerberaters G. sei dem Beklagten zuzurechnen. ■

(Anträge ...)

### Aus den Gründen:

Die zulässige Berufung des Klägers ist nicht begründet. Das LG ist im Ergebnis zutreffend davon ausgegangen, dass dem Kläger ein Schadenersatzanspruch gegen den Beklagten aus § 280 Abs. 1 BGB wegen einer fehlerhaften Beratung in steuerlichen Angelegenheiten nicht zusteht. Der Kläger hat nicht zur Überzeugung des Senats bewiesen, dass er bei ordnungsgemäßer Belehrung gewillt gewesen wäre, die auf seine ausländischen Einkünfte entfallenden Steuern in voller Höhe zu zahlen.

1. Der Beklagte hat allerdings pflichtwidrig gehandelt. Er hat eine ausreichende Klärung der tatsächlichen Wohnverhältnisse des Klägers unterlassen und den Kläger nicht über die Bedeutung des Begriffs „Wohnsitz“ im steuerrechtlichen Sinn aufgeklärt.



a) Inhalt des Mandatsverhältnisses zwischen dem Kläger und dem Beklagten war die Fertigung von Einkommensteuererklärungen. Der Steuerberater hat im Rahmen seines Auftrags den Mandanten umfassend zu beraten und ungefragt über alle bedeutsamen steuerlichen Einzelheiten und deren Folgen zu unterrichten. Insbesondere muss er seinen Auftraggeber möglichst vor Schaden bewahren, wobei er davon auszugehen hat, dass der Mandant grundsätzlich belehrungsbedürftig ist. Die Beratung soll den Mandanten in die Lage versetzen, eigenverantwortlich seine Rechte und Interessen zu wahren und eine Fehlentscheidung vermeiden zu können (BGH NJW 1998, 1486; BGH NJW-RR 2004, 1210).

**Bei einer Mandatsübernahme kann an die Arbeitsergebnisse des Vorberaters angeknüpft werden, wenn dessen Arbeiten nicht offenkundige Mängel anhaften. Hat der Vorberater eine Prämisse gesetzt, die in die Veranlagungsjahre des Neubearbeiters und dessen Arbeiten hineinreicht, kann eine kritische Prüfung angebracht sein, wenn Anhaltspunkte für eine „Fehl-einstellung“ erkennbar sind.**

Der Steuerberater ist dabei gehalten, bestehende Erkenntnisquellen zu nutzen. Die Belehrungs- und Beratungspflichten hat der Steuerberater eigenverantwortlich, d.h. auch unabhängig von der bisherigen Auffassung seines Vorgängers, wahrzunehmen (Gräfe/Lenzen/Schmeer, Steuerberaterhaftung, 5. Aufl., RdNr. 153 m.w.N.; OLG Köln GI 2008, 156 ff., RdNr. 54 – aus juris). **Den Nachfolger trifft nur dann eine Pflicht zur Neubearbeitung, wenn eine steuerliche Fehlentscheidung für einen durchschnittlichen Steuerberater auf den ersten Blick ersichtlich war.** In Betracht kommen dabei von Vorberatern entwickelte Konstrukte wie z.B. die Gründung von Gesellschaften (vgl. OLG Karlsruhe GI 2001, 93 ff., RdNr. 29 – aus juris).

Eine Überprüfung ist ferner nicht erforderlich, wenn das FA zugunsten des Mandanten einen Grundlagenbescheid erlassen hat und damit für den nachfolgenden Steuerberater ein Vertrauenstatbestand für seine Tätigkeit geschaffen wurde. **Anders ist die Situation nach Auffassung des Senats in den Fällen, in denen es gerade auf tatsächliche Umstände im Bereich des Steuerpflichtigen ankommt, die sich jährlich ändern können und deren Einhaltung durch den Steuerpflichtigen auf einen Ratschlag bzw. ein Konzept des Steuerberaters zurückzuführen ist.**

Hier ist zumindest eine jährliche Nachfrage des Steuerberaters erforderlich, ob sich an den Verhältnissen etwas geändert hat. Aus diesem Grund kann ein Neubereiter auch nicht auf die Empfehlung seines Vorgängers vertrauen, sondern muss wegen der in § 57 Abs. 1 StBerG als allgemeine Berufspflicht normierten Eigenverantwortlichkeit eine eigenständige Prüfung vornehmen.

b) Nach diesen Maßstäben war der Beklagte bei Übernahme des Mandates verpflichtet, sich davon zu vergewissern, ob der Kläger **die Bedeutung des Begriffs „Wohnsitz“ im steuerrechtlichen Sinn** und die sich daran anknüpfenden Konsequenzen der Lebensführung verstanden hatte. Im Rahmen des Mandatsverhältnisses (Fertigung der Einkommensteuer-

erklärungen) musste der Beklagte jährlich durch Nachfrage bei dem Kläger prüfen, ob dieser die Voraussetzungen für die beschränkte Steuerbarkeit im Inland einhält. Dabei durfte sich der Beklagte nicht auf die Beratung seines Vorgängers G. verlassen. Bei der Frage der Steuerbarkeit ausländischer Einkünfte kommt es auf die tatsächlichen Wohnsitz- oder Aufenthaltsverhältnisse des Steuerpflichtigen an, die sich jedes Jahr ändern können.

Soweit der Steuerberater G. in dem Fax vom 23.4.1991 – dessen Übersendung an den Kläger nach den Feststellungen des LGU unstreitig ist und von dem Kläger nicht wie geboten mit einem Tatbestandsberichtigungsantrag angegriffen wurde – nur angekreuzt hat, dass es für die Besteuerung ausreicht, im Inland einen Wohnsitz zu haben und dazu mit Hand geschrieben hat „So geht es leider nicht“, ist dies als Nachweis für eine ausreichende Aufklärung des Klägers unzureichend.

Eine solche Klärung ist auch durch den Beklagten unterblieben. Der Beklagte hat nicht behauptet, den Kläger über die Bedeutung der Anknüpfung des Wohnsitzes für die Steuerbarkeit im Ausland erzielter Einkünfte aufgeklärt und sich jährlich danach erkundigt zu haben, wo sich der Kläger aufgehalten hat, um die steuerrechtlichen Voraussetzungen für die Anknüpfung des Wohnsitzes beurteilen zu können.

c) Der Kläger hätte seine ausländischen Einkünfte im Inland versteuern müssen. Gemäß § 1 Abs. 1 Satz 1 EStG sind natürliche Personen, die im Inland einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, unbeschränkt einkommensteuerpflichtig. Dies war bei dem Kläger der Fall. Er hatte in dem streitgegenständlichen Zeitraum einen Wohnsitz in Deutschland.

Der Begriff Wohnsitz ist durch § 8 AO näher definiert. Gemäß § 8 AO hat einen Wohnsitz jemand dort, wo er eine Wohnung unter Umständen innehat, die darauf schließen lassen, dass er die Wohnung beibehalten und benutzen wird. Der steuerrechtliche Begriff des Wohnsitzes ist nicht mit dem zivilrechtlichen oder dem melderechtlichen Verständnis des Wohnsitzes identisch. Der steuerrechtliche Wohnsitzbegriff unterscheidet sich vom zivilrechtlichen dadurch, dass er nicht auf den rechtsgeschäftlichen Willen des Steuerpflichtigen, sondern auf die tatsächliche Gestaltung abstellt und damit an äußere Merkmale anknüpft. Subjektive Momente sind dabei unbeachtlich.

Maßgebend sind der objektive Zustand, das Innehaben einer Wohnung, und die Umstände, die darauf schließen lassen, dass die Wohnung beibehalten und benutzt wird. Ist dieser Zustand objektiv gegeben, so ist ein entgegenstehender Wille des Steuerpflichtigen unbeachtlich (ständige Rechtsprechung des BFH, vgl. Urf. v. 24.4.1964 – VI 236/62 U, BStBl. III 1964, 462; v. 23.11.1988 – II R 139/87, BStBl. II 182; Beschl. v. 5.11.2001 – VI B 219/00, BFH/NV 2002, 311).

Der Wohnsitzbegriff setzt eine Wohnung, also zum dauerhaften Wohnen geeignete Räumlichkeiten, voraus, die insgesamt eine den persönlichen und wirtschaftlichen Verhält-

nissen des Steuerpflichtigen entsprechende Bleibe darstellen müssen. Das Innehaben einer Wohnung erfordert, dass der Steuerpflichtige tatsächlich über sie verfügen kann und sie als Bleibe entweder ständig benutzt oder sie zumindest mit einer gewissen Regelmäßigkeit, wenn auch in größeren Zeitabständen, tatsächlich aufsucht (vgl. *Buciek in Beermann/Gosch, AO-/FGO-Kommentar, § 8 AO Rz. 27 m.w.N.*). Es ist unerheblich, ob es sich um einen ersten, zweiten oder weiteren Wohnsitz handelt; das Steuerrecht kennt keine derartige Unterscheidung (*Hessisches FG, Urt. v. 8.3.2012 – 3 K 3210/09 –, juris Rdnr. 38*). Im Ausland tätige Steuerpflichtige, die im Inland eine Wohnung haben, sind nach der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs auch bei nur unregelmäßigen Aufenthalten in der Wohnung im Inland grundsätzlich einkommensteuerpflichtig (z.B. *BFH, Urt. v. 19.3.2002 – I R 15/01*).

Die Steuerpflicht ist wegen der Frage des Wohnsitzes zwischen den Parteien unstrittig. Nach dem Vorbringen des Klägers ist dieser im streitgegenständlichen Zeitraum mehrfach pro Jahr in Deutschland gewesen. Der Beklagte konstatiert in der Berufungserwiderung selbst, dass aus einer Ex-post-Betrachtung der Kläger als unbeschränkt steuerpflichtig anzusehen sein dürfte. Diese Betrachtungen stimmen mit den Ermittlungen des Finanzamtes, die zudem keinen anderen Schluss als den zulassen, dass der Kläger im Inland noch einen Wohnsitz i.S.v. § 1 Abs. 1 Satz 1 EStG hatte, überein.

d) Es kommt danach nicht darauf an, ob der Steuerberater G. einen Fehler begangen hat, weil – so der Vorwurf des Klägers – dieser dem Kläger gesagt habe, er dürfe sich nicht mehr als 183 Tage im Inland aufhalten, um nicht der Steuerpflicht zu unterfallen.

2. Die Pflichtverletzung ist allerdings nicht kausal für den vom Kläger behaupteten Schaden geworden. Der Kläger hat nicht zur Überzeugung des Senats bewiesen, dass er bei sachgerechter Aufklärung durch den Beklagten alle im Ausland erzielten, streitbefangenen Einkünfte im Inland vollständig versteuert hätte.

a) Hinsichtlich der **Kausalität** spricht nach der ständigen Rechtsprechung des BGH der **Anscheinsbeweis** dafür, dass der Mandant bei sachgerechter Beratung die im Rechtsstreit von ihm behauptete Entscheidung getroffen hätte, wenn nach der Lebenserfahrung lediglich dieses Verhalten nahegelegen hätte. **Die Vermutung beratungsgerechten Verhaltens stellt allerdings eine Ausnahme zu dem allgemeinen Grundsatz dar, dass es keinen Anscheinsbeweis für individuelle Verhaltensweisen von Menschen in bestimmten Lebenslagen gibt.** Der BGH wendet sie deshalb nur mit Vorsicht an, nämlich nur in klar und eindeutig liegenden Ausgangslagen (*BGH NJW 2009, 1591, Rdnr. 13 – aus juris*).

**Eine Anwendung der Grundsätze des Anscheinsbeweis im höchstpersönlichen Lebensbereich, der nicht nur von wirtschaftlichen Überlegungen bestimmt, sondern auch von ganz individuell geprägten Erwägungen beeinflusst wird – wie familiäre Beziehungen – findet nicht statt** (*BGH NJW-RR 2006, 1645, Rdnr. 15; BGH, Beschl. v. 24.5.2012 – IX ZR*

*152/10, Rdnr. 2 – alle aus juris*). Bei einem Sachverhalt, der vom Standpunkt eines vernünftigen Betrachters aus im damaligen Zeitpunkt mehrere Entscheidungen vertretbar erscheinen ließe, trifft den Mandanten deshalb die nur durch § 287 ZPO erleichterte Beweislast, dass er damals die von ihm nunmehr behauptete Entscheidung bei vertragsgerechter Belehrung durch den Berater getroffen hätte (*BGH NJW 2009, 1591, Rdnr. 9; BGH NJW-RR 2004, 1210, Rdnr. 16 m.w.N. – alle aus juris*).

b) Dem Kläger kommt nicht der Beweis des ersten Anscheins zugute. Aus der Sicht eines vernünftigen Betrachters waren bei der Abwägung zwischen wirtschaftlichen und familiären Aspekten zum damaligen Zeitpunkt, als es um die Frage des Wohnsitzes ging, mehrere Entscheidungen vertretbar. Neben der vom Kläger vorgetragenen Alternative, sämtliches Einkommen in Deutschland zu versteuern, war denkbar, dass seine Ehefrau mit nach Kuwait zieht, um gerade die Besteuerung zu vermeiden. Schließlich bleibt die Möglichkeit, dass der Kläger seine Frau, um eine Besteuerung in Deutschland (bei getrennter Veranlagung) zu vermeiden, in solchen Ländern getroffen hätte, die kein Doppelbesteuerungsabkommen mit Deutschland abgeschlossen hatten.

c) Der Kläger war demnach beweispflichtig dafür, dass er nur die von ihm behauptete Entscheidung, sich in Deutschland der Besteuerung zu unterwerfen, getroffen hätte. Dieser Beweis ist ihm nicht gelungen.

aa) Der Senat geht allerdings nicht davon aus, dass die Ehefrau des Klägers diesem nach Kuwait gefolgt und gewillt gewesen wäre, nicht mehr in Deutschland zu wohnen. Nach der Aussage der Ehefrau hat sie dies damit begründet, dass sie bereits auf der kombinierten Geschäfts- und Hochzeitsreise nach Kuwait gemerkt habe, ihren Mann tagsüber nicht zu sehen, und nicht gewusst habe, wie sie sich die Zeit hätte vertreiben können. In diesem Fall wäre sie lieber in Deutschland geblieben, weil sie sich dort in ihrer gewohnten Umgebung befunden habe und um ihre Mutter habe kümmern können. Dies erscheint dem Senat nachvollziehbar.

bb) Nach Auffassung des Senats ist es aber nicht ausgeschlossen, dass der Kläger – entsprechend der Behauptung des Beklagten – trotz einer sachgerechten Beratung dennoch versucht hätte, eine Besteuerung seiner ausländischen Einkünfte in Deutschland um jeden Preis zu vermeiden. Hierfür sprechen mehrere Anhaltspunkte:

(1) Ursprüngliche Absicht und Hintergrund der Wohnsitzverlegung nach Kuwait waren jedenfalls auch steuerliche Gründe. Hiervon ist der Senat überzeugt, obwohl der Kläger in seiner persönlichen Anhörung angegeben hat, steuerliche Aspekte seien kein Thema gewesen, da sie von dem Steuerberater [Anm.: StB G.] gewusst hätten, sie seien nur beschränkt steuerpflichtig. Diese Bemerkung zeigt aber gerade, dass sich der Kläger sehr wohl (und nur dann macht die schriftliche Korrespondenz mit dem Steuerberater G. über die Verlegung des Wohnsitzes Sinn, Fax v. 25.7.1992) darüber im Klaren war, dass eine Wohnsitzverlegung nach Kuwait mit einer Steuerfreiheit verbunden war (selbst wenn

diese anderen Voraussetzungen unterworfen war, als sie der Kläger gelebt hat). Der Kläger muss sich also bereits im Voraus darüber im Klaren gewesen sein, dass eine Wohnsitzverlegung gerade nach Kuwait, wo keine Steuern erhoben werden, ihm gegenüber einer Besteuerung in der Bundesrepublik Deutschland einen erheblichen Vorteil verschaffen würde. Dies hat sich im Hinblick auf die von ihm zunächst nicht gezahlten Steuern auch realisiert. Für eine Wohnsitzverlegung aus steuerlichen Gründen spricht ferner die insoweit nicht bestrittene Einlassung des Klägers in anderen Verfahren, wonach die Verlegung des Wohnsitzes nach Kuwait auch aus steuerlichen Gründen erfolgte. Es tritt hinzu, dass die Zeugin T. in ihrer Vernehmung auf ausdrückliche Nachfrage angab, Anlass für die Wohnsitzverlegung nach Kuwait sei das geschilderte Steuerkonzept gewesen, das ihr Ehemann mit dem Steuerberater G. entwickelt hätte.

(2) Ein Sitz in Deutschland war für den Kläger nicht notwendig. Geschäftsräume hat er weder in Kuwait noch in Deutschland besessen. Eine Tätigkeit von Deutschland aus war nicht sinnvoll. Der Kläger hat in seiner mündlichen Anhörung vor dem Senat angegeben, es sei aus mehreren Gründen praktisch gewesen, seinen Wohnsitz in Kuwait zu nehmen, da er deswegen einfacher an Visa und Reisegenehmigungen für andere arabische Staaten habe gelangen können als ohne einen Wohnsitz in Kuwait. Produktionsstätten haben sich im Inland, also in der Bundesrepublik, nicht befunden. Die von ihm für die Führung der Geschäfte notwendigen Unterlagen und Akten hätte er mitnehmen oder anderweitig im Ausland lagern können.

(3) Der Senat kann es nicht ausschließen, dass dem Kläger bewusst war, dass er durch die Wohnsitzverlegung nach Kuwait eine erhebliche Summe an Steuern sparen würde. Dass die Ehefrau des Klägers nicht gewusst haben will, welche Einkünfte ihr Mann würde erzielen können und welche Steuern darauf zu zahlen gewesen wären, bedeutet nicht, dass dies nicht ihrem Ehemann, dem Kläger, bewusst gewesen wäre. Denn naturgemäß stellt sich jeder, der – wie der Kläger – von einer abhängigen Beschäftigung in die Selbständigkeit wechselt, die Frage, ob dies gerade im Hinblick auf den möglichen Verdienst sinnvoll erscheint.

Wenn dann in diesem Zusammenhang steuerliche Betrachtungen für die Frage des Wohnsitzes eine Rolle spielen, zeigt dies, dass der Kläger im Vorhinein gewusst oder doch zumindest damit gerechnet hat, dass er ein sehr gutes Einkommen würde erzielen können. Schließlich war er nach seinen Angaben in der persönlichen Anhörung vor dem Senat zunächst als Vertreter eines Unternehmens tätig und ist auf Bitten des Lieferanten selbständig tätig geworden, also in derselben Branche geblieben, um die Bestellungen auf eigenen Namen vornehmen zu können. Dies deutet darauf hin, dass ihm die Verdienstmöglichkeiten bekannt gewesen sind.

(4) Abgesehen davon sind sowohl das Verhalten des Klägers als auch das seiner Ehefrau ein Indiz für den Versuch, einen Wohnsitz bzw. Aufenthalt in Deutschland gegenüber den Behörden zu verschleiern. So haben sich im Hinblick auf die Ummeldungen der Fahrzeuge auf Familienmitglieder keine

für den Senat befriedigenden Erklärungen gefunden. Eine solche hat auch die Ehefrau des Klägers in der Vernehmung nicht geben können. Nicht nachvollziehbar ist auch der Umstand, dass zunächst Eigentümerin des Grundstücks D. in L. eine vom Kläger gegründete Gesellschaft war, die auch den Bauantrag gestellt hat, obwohl zu diesen Zeitpunkt (19.7.2004) feststand, dass das Eigentum an dem Grundstück von der Gesellschaft auf den Kläger und seine Ehefrau übergehen würde; der Grundstückskaufvertrag zwischen der Gesellschaft und den Eheleuten wurde am 20.7.2004 geschlossen. Gleiches gilt für die von der Ehefrau des Klägers vorgenommene Abmeldung in Deutschland im Jahr 2001 und Anmeldung in Österreich.

Warum eine Abmeldung in Deutschland erforderlich war, hat sich aus der Aussage der Zeugin und auch aus anderen Umständen nicht ergeben. Für die Berechtigung, in Österreich eine Mülltonne nutzen zu können, war die Abmeldung jedenfalls nicht notwendig. Es kommt hinzu, dass die Zeugin auch angegeben hat (insoweit nicht protokolliert), dass sie ganz nach Österreich nicht gezogen wäre.

(5) Darüber hinaus ist die Aussage der Zeugin T. nicht geeignet, den Senat davon zu überzeugen, dass sich der Kläger beratungskonform verhalten und die ausländischen Einkünfte im Inland voll versteuert hätte. Anlass zu Zweifeln an der Glaubhaftigkeit der Aussage der Zeugin bietet der von ihr nicht erklärbare Widerspruch ihrer Angaben vor dem Senat zu denjenigen vor dem LG Hannover die Hintergründe der Verlegung des Wohnsitzes nach Kuwait betreffend (Stichwort Steuerkonzept). Die offensichtlich unrichtige Einordnung des Jahres, in dem der erste Kontakt mit dem Beklagten stattgefunden haben soll, tritt hinzu. Die Angabe des Jahres 1992 kann schon deswegen nicht stimmen, weil der Beklagte die Kanzlei seines Vorgängers und das Mandat für den Kläger erst 1998 übernommen hat und erst kurz zuvor in die Kanzlei des Steuerberaters G. eingetreten war.

Auf die Besonderheiten im Zusammenhang mit der Wiedererlangung des verbrannten Führerscheins kommt es nach alledem nicht mehr an.

4. Es bedarf deshalb keiner Entscheidung, ob der Kläger den von ihm geltend gemachten Schaden zutreffend vorgetragen hat.

Bei der **Ermittlung des Schadens** ist zu prüfen, welchen Verlauf die Dinge bei einem pflichtgemäßen Verhalten des Steuerberaters genommen hätten. Insoweit muss ein rechnerischer Vergleich der durch das angeblich schädigende Ereignis bewirkten Vermögenslage mit derjenigen, die ohne jenen Umstand eingetreten wäre, vorgenommen werden. **Es ist im Wege einer Gesamtschau zu fragen, ob dem Mandanten unter Abwägung aller entstandenen Vor- und Nachteile ein Schaden entstanden ist** (vgl. etwa BGH NJW-RR 2004, 1210; Gräfe/Lenzen/Schmeer, a.a.O., Rdnr. 48 m.w.N.).

**Hierzu ist ein schlüssiger Vortrag des klagenden Mandanten erforderlich. Dieser könnte hier im Hinblick auf die steuerlichen Vorteile, die dadurch entstanden sind, dass eine nach-**

**trägliche Feststellung der Einkommensteuer auf 10 Jahre begrenzt ist, notwendig sein. Nach der Rechtsprechung des BGH (Urt. v. 23.9.2004 – IX ZR 148/03) ist der Vorteil, der bei pflichtgemäßem Handeln des Steuerberaters nicht entstanden wäre, auf den späteren Schaden der Klägerin anzurechnen, weil Vor- und Nachteil aus der gleichen Wurzel stammen und von gleicher Art sind.** Dies gilt, wenn sie in einem inneren Zusammenhang stehen, der beide Größen zu einer Rechnungseinheit verbindet. Nach dem Vortrag des Beklagten übersteigen die dem Kläger verbliebenen Steuervorteile aus der von der nachträglichen Festsetzung nicht erfassten Zeit den von ihm in diesem Verfahren geltend gemachten Schaden. Bei einer Anrechnung würde dem Kläger folglich weder ein Anspruch auf Ersatz der von ihm gezahlten Gerichts- und Rechtsverfolgungskosten noch auf etwaige zu zahlende Säumniszuschläge pp. zustehen. Ein entsprechender Vortrag des Klägers zu den bei ihm verbliebenen Vorteilen, die wegen der Festsetzungsverjährung nicht mehr herauszugeben sind, fehlt, obwohl dies aufgrund der Einwendungen des Beklagten und der Streithelfer erforderlich gewesen wäre.

**Ferner dürfte eine Erstattung der Säumniszinsen für 10 Jahre ohnehin nicht in Betracht kommen, soweit diese wegen des Vorwurfs einer vorsätzlichen Steuerstraftat angefallen sind.**

Begeht der Mandant eine (vorsätzliche) Steuerhinterziehung, kann er die sein Vermögen treffenden steuerstrafrechtlichen Folgen nicht auf seinen Berater abwälzen (BGH, NJW 1997, 518, 519). ■

## Steuerberaterhaftung

- Rechtskenntnis
  - Beobachtung der Rechtsentwicklung
  - Umsatzsteuer
  - Berufsbetreuer
- (LG Halle, Urt. v. 3.8.2015 – 6 O 83/15)

### Leitsatz (d. Red.):

Die Prüfung der Rechtslage auf der Grundlage der Entscheidung des BFH v. 17.2.2009 – XI R 67/06 und eine Prognose, dass unter Anwendung europarechtlicher Maßstäbe nicht nur die anerkannten Verbände der Wohlfahrtspflege, sondern auch die Berufsbetreuer von der Umsatzsteuer befreit sind, sind vom Steuerberater nicht geschuldet. ■

### Zum Sachverhalt:

Die Parteien streiten um Schadenersatz wegen einer steuerlichen Beratung.

Die Klägerin ist Berufsbetreuerin. Der Beklagte war seit Anfang der 1990er Jahre ihr Steuerberater.

Der Beklagte erstellte für die Klägerin für die Jahre 2005–2010 die Jahresabschlüsse und steuerlichen Deklarationen, so auch die Umsatzsteuererklärungen. Hierbei behandelte

der Beklagte die Klägerin als umsatzsteuerpflichtig. Die Steuerlast wurde entsprechend den steuerlichen Deklarationen antragsgemäß festgesetzt und die ermittelte Umsatzsteuer an das Finanzamt abgeführt. Für das Jahr 2010 betrug die abgeführte Umsatzsteuer 15.078,41 EUR.

Einspruch gegen die Festsetzung wurde nicht eingelegt. Die Umsatzsteuerbescheide wurden bestandskräftig; das zuständige Finanzamt Naumburg hob den Vorbehalt der Nachprüfung der Umsatzsteuererklärung für das Jahr 2010 am 2.1.2012 auf.

Mit Urteil vom 17.2.2009 (XI R 67/06) entschied der BFH, dass sich ein zu einem anerkannten Verband der freien Wohlfahrtspflege gehörender und gemeinnützigen Zwecken dienender Verein – sog. Betreuungsverein – für die Inanspruchnahme einer Steuerbefreiung für Betreuungsleistungen unmittelbar auf die günstigere Regelung in Art. 13 Teil A Abs. 1 Buchst. G i.V.m. Abs. 2 der Richtlinie 77/388/EWG (bzw. Art. 132 Abs. 1 lit. G der Mehrwertsteuersystem-Richtlinie) berufen kann und dessen Umsätze nach Art. 13 Teil A Abs. 1 Buchst. G i.V.m. Abs. 2 der Richtlinie 77/388/EWG (vgl. ebenfalls Art. 132 Abs. 1 lit. G der Mehrwertsteuersystem-Richtlinie) steuerfrei sind.

Mit Urteil vom 25.4.2013 (V R 7/11) entschied der BFH, dass gerichtlich gemäß § 1896 BGB zur Erbringung von Betreuungsleistungen bestellte Berufsbetreuer bei dieser Leistung als anerkannte Einrichtung im Sinne von Art. 13 Teil A Abs. 1 lit. G der Richtlinie 77/388/EWG bzw. Art. 132 Abs. 1 lit. G der Mehrwertsteuersystem-Richtlinie handeln und sich für die Steuerfreiheit der aufgrund dieser Bestellung erbrachten Betreuungsleistungen auf das Unionsrecht berufen können.

Nachträgliche Versuche, eine Änderung der Festsetzung der Umsatzsteuer unter Verweis auf diese Rechtsprechung beim Finanzamt zu erwirken, blieben aufgrund der eingetretenen Bestandskraft ohne Erfolg.

Die Klägerin meint, sie sei Berufsbetreuerin im Sinne von Art. 132 Abs. 1 lit. g der Mehrwertsteuersystem-Richtlinie; dies sei dem Beklagten auch bekannt gewesen. Sie behauptet, der Beklagte habe sie uneingeschränkt und umfassend aufgrund eines Dauermandats in steuerlichen Sachen beraten und vertreten. Die ihr gegenüber ergangenen Steuerbescheide habe sie dem Beklagten zur Prüfung vorgelegt. Unter unionsrechtlichen Gesichtspunkten waren die von ihr erbrachten Leistungen steuerfrei und hätten von dem Beklagten auch so erfasst und erklärt werden müssen. Es handele sich um eine vermeidbare Steuerschuld, hinsichtlich derer eine Beratung hätte stattfinden müssen.

Es sei auch ein Musterverfahren beim FG Berlin-Brandenburg unter 5 K 5224/10 wegen der gleichen Rechtsfrage anhängig gewesen. Der Beklagte hätte jedenfalls seit der Entscheidung des BFH vom 17.2.2009 von der Frage der möglichen Umsatzsteuerfreiheit der Betreuungsleistungen von Berufsbetreuern Kenntnis haben können und müssen, ggf. auch Spezialzeitschriften zur Lektüre heranziehen müssen.



Die Klägerin ist der Ansicht, dass der Beklagte danach verpflichtet gewesen wäre, die sich abzeichnende Rechtsänderung nach diesem Urteil auch hinsichtlich der Berufsbetreuer bei der Erstellung der Umsatzsteuererklärungen zu beachten und ggf. gegen die Umsatzsteuerbescheide Einspruch einzulegen. Dann wären diese nicht bestandskräftig geworden und der Klägerin hätte ein Anspruch auf Erstattung der gezahlten Umsatzsteuer zugestanden.

(Anträge: ...) ■

#### Aus den Gründen:

Die Klage ist zulässig, aber unbegründet.

Die Klägerin hat gegen den Beklagten keinen Anspruch auf Zahlung von 12.954,89 EUR aus §§ 675, 280 Abs. 1 BGB.

Die Parteien waren durch einen Steuerberatungsvertrag nach § 675 BGB miteinander verbunden. Unabhängig von der Frage, welchen Umfang die Mandatierung hatte und ob es sich bei der Klägerin tatsächlich um eine Berufsbetreuerin im Sinne von Art. 132 Abs. 1 lit. g der Mehrwertsteuersystem-Richtlinie (Richtlinie 2006/112/EG des Rates vom 28.11.2006 über das gemeinsame Mehrwertsteuersystem) handelte, sieht das Gericht nach dem Vortrag der Klägerin eine Pflichtverletzung aus dem Steuerberatungsvertrag als nicht gegeben an.

**Dass, was die Klägerin von dem Beklagten hinsichtlich der Beobachtung und Prüfung (und Prognose) der Rechtslage verlangt, sprengt nach Ansicht des Gerichts den Pflichtenrahmen eines steuerlichen Beraters.** Bei der Erstellung der Umsatzsteuererklärung für das noch streitgegenständliche Jahr 2010 und im Nachgang der Festsetzung ist ihm keine Pflichtverletzung vorzuwerfen.

**Art und Umfang der Pflichten des Steuerberaters** bestimmen sich nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalles; in erster Linie kommt es auf den Inhalt der mit dem Mandanten getroffenen Vereinbarung an. Nach ständiger Rechtsprechung muss der Steuerberater die Interessen seines Mandanten im steuerlichen Bereich nach jeder Richtung und umfassend wahrnehmen. Im Rahmen seines Mandats hat der Steuerberater seinen Mandanten umfassend zu beraten und von sich aus – also ungefragt – über alle bedeutsamen steuerlichen Einzelheiten (vor allem Möglichkeiten der Steuerersparnis) und deren Folgen zu unterrichten. Insbesondere muss der Steuerberater seinen Auftraggeber möglichst vor Schaden bewahren.

Die **höchstrichterliche Rechtsprechung** muss ihm bekannt sein; er hat seine Beratung grundsätzlich auch dann an ihr auszurichten, wenn sie im Schrifttum bekämpft wird und nicht auszuschließen ist, dass sie sich in Zukunft ändert. Der Steuerberater ist jedoch nicht zur Prüfung der **Verfassungswidrigkeit eines Steuergesetzes** verpflichtet, solange keine entsprechende Vorlage eines FG an das BVerfG veröffentlicht ist oder sich ein gleich starker Hinweis auf die Verfassungswidrigkeit der Besteuerung aus anderen Umständen ergibt.

Der Steuerberater muss (nur) über die in den amtlichen Sammlungen und in den einschlägigen allgemeinen **Fachzeitschriften** veröffentlichten **Entscheidungen der obersten Bundesgerichte** orientiert sein.

Wird in der **Tages- oder Fachpresse** über Vorschläge zur Änderung des Steuerrechts berichtet, die im Falle ihrer Verwirklichung von dem Mandanten des Beraters erstrebte Ziele unter Umständen vereitelt oder beeinträchtigen, kann der Steuerberater gehalten sein, sich aus allgemein zugänglichen Quellen über den näheren Inhalt und den Verfahrensstand solcher Überlegungen zu unterrichten, um danach prüfen zu können, ob es geboten ist, dem Mandanten Maßnahmen zur Abwehr drohender Nachteile anzuraten (vgl. zu allem *Heermann, in: MüKo-BGB, 6. Aufl. 2012, § 675 Rdnr. 42 f m.w.N. auf die einschlägige Rechtsprechung*).

Hiernach ergibt sich, dass das **Urteil des BFH vom 25.4.2013 (V R 7/11, juris)** zur Steuerfreiheit der Betreuungsleistungen von **Berufsbetreuern** für den Pflichtenstandard in Bezug auf die Umsatzsteuererklärung für das Jahr 2010 nicht herangezogen werden kann, da diese bereits im Januar 2012 bestandskräftig wurde.

Soweit die Klägerin meint, aus dem Urteil des **BFH vom 17.2.2009 (XI R 67/06, juris)** zur Steuerfreiheit der Betreuungsleistungen sogenannter Betreuungsvereine ließen sich Rückschlüsse auch auf die Rechtstellung von Berufsbetreuern ziehen, ist anzumerken, dass sich das Urteil vom 17.2.2009 ausdrücklich nur mit der Rechtstellung eines anerkannten Verbandes der freien Wohlfahrtspflege beschäftigte und nicht mit Berufsbetreuern.

Im Gegenteil: Der BFH nahm in diesem Urteil gerade Bezug auf den Unterschied zwischen sozialen Einrichtungen und Berufsbetreuern und die durch sie vereinnahmten Entgelte (bei dem Vergleich der vereinnahmten Entgelte für § 4 Nr. 18 UStG). **Dass die Rechtsprechung zur Umsatzsteuerfreiheit auch auf Berufsbetreuer erstreckt werden wird, ließ sich daraus nicht herleiten.** Parallel entschied der BFH denn auch mit Urteil vom 11.3.2009 (XI R 68/06, juris) allein in Bezug auf einen anerkannten Verband der freien Wohlfahrtspflege im Unterschied zu den Berufsbetreuern.

Soweit einem Steuerberater allgemein die Kenntnis einer veröffentlichten Vorlageentscheidung zur (möglichen) Rechtswidrigkeit eines Steuergesetzes oder die Beachtung eines gleich starken Hinweises auf die Verfassungswidrigkeit der Besteuerung abverlangt wird, ist hinzuweisen auf die ebenfalls § 4 Nr. 18 UStG betreffende **Vorlageentscheidung des BFH an den EuGH vom 2.3.2011 (XI R 47/07, juris)**. Indes ging es in diesem Verfahren um die Vergleichbarkeit – und demnach steuerliche Gleichbehandlung – der Betreuungsleistungen der benannten anerkannten Verbände der freien Wohlfahrtspflege mit den Leistungen eines ambulanten Pflegedienstes und nicht um die Betreuungsleistungen von Berufsbetreuern.

Hierauf aufbauend brachte der BFH das Verfahren *V R 7/11* mit **Beschluss vom 12.1.2012 zum Ruhen**, in welchem sich der Hinweis auf die Entscheidungserheblichkeit der angeregten Entscheidung des EuGH auch für die Betreuungsleistungen von Berufsbetreuern findet. **Indes wurde dieser Beschluss nicht amtlich veröffentlicht und datiert aus der Zeit nach Eintritt der Bestandskraft des Umsatzsteuerbescheides für das Jahr 2010.**

Was die Klägerin hier von dem Beklagten verlangt, ist nicht nur eine Kenntnis der in Rede stehenden Problemstellung, sondern eine **Prüfung** auf der Grundlage der Entscheidung des BFH vom 17.2.2009 und eine **Prognose**, dass unter Anwendung europarechtlicher Maßstäbe nicht nur die anerkannten Verbände der freien Wohlfahrtspflege, sondern – ohne dass der BFH sich hierzu geäußert hatte – auch die Berufsbetreuer von der Umsatzsteuer befreit sind, da sie sich unmittelbar auf Art. 132 Abs. 1 lit. g der Mehrwertsteuersystem-Richtlinien berufen können. **Dies sprengt nach Ansicht des Gerichts den Pflichtenrahmen eines steuerlichen Beraters.**

Wenn die Klägerin meint, der Beklagte hätte **Spezialzeitschriften** zur Lektüre heranziehen müssen, bleibt sie den Vortrag, welches Ergebnis eine entsprechende Lektüre gebracht hätte, ob beispielsweise die mögliche Europarechtswidrigkeit der Umsatzsteuerpflicht der Berufsbetreuer Gegenstand allgemein zugänglicher Veröffentlichungen war, schuldig. Wegen der richtungsweisenden Bedeutung, die höchstgerichtlichen Entscheidungen zukommt, hat sich ein Steuerberater grundsätzlich an dieser Rechtsprechung zu orientieren; dies war die Entscheidung des BFH vom 17.2.2009, die nichts zu den Berufsbetreuern enthielt.

Andere hinreichend deutliche Anzeichen für eine absehbare Entwicklung in der Rechtsprechung sind jedenfalls nicht vorgetragen und unter Beweis gestellt worden (*vgl. insoweit BGH, NJW-RR 2006, 273 m.w.N.*). Dies gilt auch für die Behauptung der Klägerin, es habe ein Musterverfahren beim FG Berlin-Brandenburg unter *5 K 5224/10* gegeben; ob dieses Verfahren in allgemein zugänglichen Quellen bekannt gemacht wurde oder nicht, ist nicht geklärt. Der von der Klägerin angeführte Beschluss des BFH vom 2.3.2011 (*XI R 47/07*) hat nicht den von ihr zitierten Inhalt. Vielmehr handelt es sich um den oben angeführten Beschluss vom 12.1.2012, der nur Bezug nimmt auf den Beschluss vom 2.3.2011.

Maßgeblich für die Besteuerung war für den Veranlagungszeitraum 2010 vielmehr das **Schreiben des BFM vom 21.9.2000** zur steuerlichen Behandlung von Betreuungsleistungen, an welches die Finanzämter gebunden waren. Hiernach waren die Umsätze eines Berufsbetreuers umsatzsteuerpflichtig.

Im Ergebnis liegt eine Pflichtverletzung bei der steuerlichen Beratung durch den Beklagten nicht vor. ■

## Steuerberaterhaftung

- Lohnbuchhaltung
- Steuerfreie Nacht-, Sonn- und Feiertagszuschläge, § 3b Abs. 1 EStG
- Gestaltung des Arbeitsvertrags
- Steuerliche Fehlentscheidung
- Vor- und Nachteile bei Arbeitgeber und Arbeitnehmer (*LG Bonn, Urt. v. 19.6.2015 – 15 O 444/14*)

### Leitsatz (d. Red.):

1. Das Lohnbuchhaltungsmandat verpflichtet den Steuerberater nicht, über die Gestaltung des Arbeitsvertrages, das Arbeitsentgelt oder tarifliche Regelungen zu beraten.

2. Die Kenntnis, dass Arbeitnehmer des Mandanten auch an Sonn- und Feiertagen arbeiten, verpflichtet nicht zur Beratung über verschiedene Möglichkeiten der Gestaltung des Arbeitsvertrages und deren steuerlichen Vor- und Nachteile.

3. Die Inanspruchnahme steuerfreier Sonn- und Feiertagszuschläge gem. § 3b Abs. 1 EStG, 3b Abs. 1 Satz 1 EStR hat Vor- und Nachteile für den Arbeitgeber und den Arbeitnehmer. ■

### Tatbestand:

Der Kläger ist Inhaber und Betreiber des Hotels und Restaurants „N.“ in V. Die Beklagte war seit dem 1.1.1990 die Steuerberaterin des Klägers und hatte insbesondere den Auftrag, die Lohnbuchhaltung zu erledigen und die Lohnkonten zu führen. Das Mandat wurde vom Kläger im Juli 2013 gekündigt.

Einen expliziten Beratungswunsch des Klägers zur steuerlich optimalen Gestaltung der Arbeitsverträge gab es nicht.

Die Beklagte berücksichtigte für einzelne Mitarbeiter pauschale Nachtarbeitszuschläge in den Lohnabrechnungen. Dabei wurden Pauschalen eingebucht, ohne dass dies am Ende des Jahres mit den tatsächlich geleisteten Nachtarbeitsstunden abgeglichen wurde.

Nachdem der Kläger von der Steuerfreiheit von Sonn-, Nacht- und Feiertagszuschlägen Kenntnis erlangt hatte – dies durch den angestellten Koch R. E. –, zeigte er dies mit Schreiben seiner Prozessbevollmächtigten vom 2.5.2013 der Beklagten an und machte Schadenersatzansprüche geltend.

Da eine einvernehmliche Regelung scheiterte, beauftragte der Kläger die E. Steuerberatungsgesellschaft AG mit der Schadenberechnung. Diese berechnete für die Jahre 2005 bis 2012 einen durch die Nichtausnutzung der Steuerfreiheit von Nacht-, Sonn- und Feiertagszuschlägen entstandenen Schaden in Höhe von 23.603,87 EUR. Die Erstattung dieses Betrages macht der Kläger mit der vorliegenden Klage geltend, wobei er mit unstreitigen Honoraransprüchen der Be-

klagten in Höhe von 3.982,63 EUR die Aufrechnung erklärt hat. Letztere macht die Beklagte im Wege der Hilfswiderrücklage geltend.

Zudem verfolgt der Kläger mit der Klage Erstattung der Sachverständigenkosten für die Schadenberechnung, die sich auf 6.738,38 EUR belaufen.

Der Kläger ist der Auffassung, dass er zu hohe Steuern bezahlte, weil Sonn-, Nacht- und Feiertagszuschläge für seine Angestellten steuerfrei gewesen wären. Er meint, die Beklagte hätte ihn im Rahmen des Steuerberatermandates auf diesen Umstand hinweisen müssen.

Der Kläger behauptet, dass seine Mitarbeiter auf einen Nettolohn gerichtete Arbeitsverträge akzeptiert hätten. Zudem hätte er Arbeitnehmer, die einen solchen Vertrag nicht akzeptiert hätten, nicht eingestellt.

Im Hinblick auf die pauschalen Nachtarbeitszuschläge ist der Kläger der Ansicht, dass einzelne Fälle steuerrechtlich noch nicht verjährt seien, so dass es zu Nachzahlungen kommen könne, weil die pauschalen Zuschläge nicht mit den echten Arbeitszeiten abgeglichen worden seien. Es drohe daher eine Nachbesteuerung im Rahmen einer Betriebsprüfung.

(Anträge: ...)

Die Beklagte ist der Ansicht, ein Lohnbuchhaltungsmandat verpflichte den Steuerberater nicht zur Beratung über die Gestaltung des Arbeitsvertrages und die Höhe des Arbeitsentgelts oder über tarifvertragliche Regelungen. Zudem sei der Kläger nicht belehrungsbedürftig gewesen. ■

**Aus den Gründen:**  
(...)

I. Der **Feststellungsantrag ist nicht hinreichend bestimmt** i.S.v. §§ 253 Abs. 2 Nr. 2, 256 ZPO.

Der Klageantrag bestimmt den Streitgegenstand und muss eindeutig sein. Das ist dann der Fall, wenn er den erhobenen Anspruch konkret bezeichnet, den Rahmen der gerichtlichen Entscheidungsbefugnis erkennbar abgrenzt, den Inhalt und Umfang der materiellen Rechtskraft der begehrten Entscheidung erkennen lässt und das Risiko des Unterliegens des Klägers nicht durch vermeidbare Ungenauigkeit auf den Beklagten abwälzt (Greger, in: Zöller, ZPO, 30. Aufl., § 253, Rdnr. 13). Dem genügt der klägerische Antrag nicht.

**Bei der vorliegend begehrten Feststellung der Verpflichtung des Beklagten, dem Kläger steuerliche Nachzahlungen zu erstatten, wird weder deutlich, um welche Art von Zuschlägen es sich handeln soll, noch für welche Mitarbeiter und für jeweils welche Veranlagungsjahre solche pauschalen Zuschläge in die Lohnabrechnungen eingebucht worden sind.** Welche im Klageantrag genannten „vereinzelten Mitarbeiter“ gemeint sind, lässt sich weder dem Antrag noch der Begründung entnehmen. Ohne eine entsprechende Konkretisierung ist

der Umfang der Rechtskraft nicht bestimmbar. Die fehlende Konkretisierung hat die Beklagte bereits in der Klageerwidderung gerügt.

II. Der Antrag des Klägers auf Zahlung von 26.355,60 EUR ist zulässig, aber unbegründet. Es besteht kein Anspruch des Klägers gegen die Beklagte in dieser Höhe wegen einer Verletzung der Pflichten aus dem zwischen den Parteien geschlossenen Steuerberatervertrag aus § 280 Abs. 1 i.V.m. §§ 611, 675 BGB.

1. Zwischen den Parteien bestand zuvor von 1990 bis Juli 2013 ein Mandatsverhältnis. Jedoch ist eine Pflichtverletzung durch die Beklagte im Rahmen dieses steuerberaterlichen Mandats nicht feststellbar. **Denn es war nicht Inhalt des zwischen den Parteien bestehenden Steuerberatervertrages, auch über mögliche Einsparungen mithilfe der Ausnutzung steuerlicher Freibeträge für Sonntags-, Nacht- und Feiertagsarbeit zu beraten.**

Grundsätzlich gilt, dass ein Steuerberater nur im Rahmen des ihm erteilten Auftrags zu einer umfassenden Beratung verpflichtet ist (BGH, NJW-RR 2004, 1358; OLG Köln, GI 2008, 92). Dies ergibt sich bereits aus § 33 StBerG, der den Inhalt der Tätigkeit des Steuerberaters regelt. **Ein Lohnbuchhaltungsmandat verpflichtet den Steuerberater nicht zur Beratung über die Gestaltung des Arbeitsvertrages und die Höhe des Arbeitsentgelts oder über tarifvertragliche Regelungen** (OLG Köln, GI 2008, 92; LG Bonn, DStRE 2003, 318; LG Limburg, DStRE 2002, 594; Gräfe/Lenzen/Schmeer, Steuerberaterhaftung, 4. Auflage, Rdnr. 307).

Im Rahmen eines solchen Lohnbuchhaltungsmandates werden lediglich vereinzelt weitergehende Pflichten des Steuerberaters angenommen, etwa im Hinblick auf eine Prüfung, ob für einen Arbeitnehmer eine Befreiung von der Versicherungspflicht in Betracht kommt, wenn die Beiträge nicht abgeführt werden (BGH, NJW-RR 2005, 1227; OLG Köln, OLGR 2005, 11), die Feststellung und Ermittlung von Arbeitnehmeranteilen zur Kranken-, Arbeitslosen- und Rentenversicherung (LG Limburg, DStRE 2002, 594) oder die Pflicht, hinsichtlich offener Fragen bezüglich der Sozialversicherungspflicht, jedenfalls die Ziehung eines Rechtsanwaltes zu empfehlen (BGH, NJW-RR 2004, 1558; aber keine generelle Pflicht zur Beratung im sozialversicherungsrechtlichen Fragen, OLG Düsseldorf, DStR 2008, 322; OLG Celle, DStRE 2001, 838).

Bei einem **umfassenden Dauermandat** allerdings ist der Steuerberater von sich aus verpflichtet, den Mandanten über die steuerlich bedeutsamen Fragen einschließlich insoweit bestehender zivilrechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten zu beraten (BGH, NJW 1998, 1221) und ihn insbesondere auch über die Möglichkeit einer Steuerersparnis aufzuklären und zu belehren (OLG Stuttgart, NJW-RR 1990, 791; LG Bielefeld, Urt. v. 4.4.2007 – 18 O 21/06).

**Vorliegend bestand kein solch umfassendes Dauermandat in dem Sinne, dass die Beklagte von sich aus die Tätigkeiten des Klägers in jeder Hinsicht steuerlich betreuen und ohne konkreten Auftrag Beratung zu jeder steuerlichen Frage**

**schuldete.** Die Dauer des Mandatsverhältnisses sagt über den Umfang der bestehenden Beratungspflichten nichts aus. Die Beklagte nahm unstreitig die Lohnbuchführung für den Kläger vor und erstellte die Jahresabschlüsse sowie die Steuererklärungen.

Aus den vorgelegten Rechnungen (Rechnungen vom 31.8.2009, 30.10.2010, 30.3.2012 und 27.2.2013) ergibt sich – anders als der Kläger meint – aber nicht, dass ein umfassendes Beratungsmandat bestanden hat. Denn hieraus wird lediglich deutlich, dass die Beklagte die steuerliche Beratung zu ausgewählten Problemen bei Bedarf übernommen hat. So wurden nach den vorgelegten Rechnungen im Jahr 2010 Beratungsleistungen zur Planungsrechnung, im Zeitraum 2010 bis 2012 umfassende Beratungen zu Finanzierungen und Beteiligungen und im Jahr 2013 – also nach dem hier streitgegenständlichen Zeitraum – eine „Steuerplanung“ vorgenommen. Beratungsleistungen, die im Zusammenhang mit den Arbeitsverhältnissen bzw. Arbeitsverträgen erbracht wurden, sind – mit Ausnahme der Lohnbuchführung – aus den Rechnungen nicht ersichtlich.

Die im Hinblick auf den Umfang des Mandates geäußerte Auffassung des Klägers im nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 1.6.2015, es sei unstreitig, dass die Beklagte den Kläger zur Frage der Steuerersparnis im Rahmen der Arbeitsverhältnisse beraten habe, vermag das Gericht nicht zu teilen. Der Kläger meint, dies ergebe sich aus dem Feststellungsantrag. Der Vortrag, die Beklagte habe auf die mögliche Steuerfreiheit von Nachtzuschlägen hingewiesen, ist aber zum einen neu. Denn zur Begründung des Feststellungsantrages hatte der Kläger bislang lediglich vorgetragen, die Beklagte habe in der Vergangenheit für einzelne Mitarbeiter pauschale Zuschläge in den Lohnabrechnungen berücksichtigt.

Unabhängig davon, dass der Kläger hier nicht im Einzelnen ausführt, für welche Mitarbeiter welche Zuschläge berücksichtigt worden sind und welche Nachtzuschläge für tatsächlich geleistete Nachtstunden angefallen sind, folgt aus diesem Vortrag lediglich, dass die Beklagte Nachtzuschläge bei der Lohnbuchhaltung berücksichtigt hat. Dass sie auch Beratungsleistungen im Hinblick auf die arbeitsvertragliche Gestaltung bezüglich der Nachtzuschläge erbracht hat, trägt der Kläger allerdings nicht vor.

**Vielmehr hat der Kläger die Gestaltung der Arbeitsverträge gerade allein und ohne Mitwirkung der Beklagten vorgenommen.** Zum anderen lässt sich auch aus dem nun erfolgten, pauschalen Vorbringen des Klägers, der Beklagte habe auf die mögliche Steuerfreiheit von Nachtzuschlägen hingewiesen, keine Erweiterung des streitgegenständlichen Mandats in dem oben genannten Sinne ableiten.

2. Es lag auch keine Situation vor, in der ein Steuerberater über die konkret übernommenen Aufgabe hinaus zur Überprüfung steuerrechtlicher Fragen und zur Erteilung von Hinweisen verpflichtet war, etwa weil eine offensichtliche steuerliche Fehlentscheidung vorlag oder es Unklarheiten gab (vgl. BGH, NJW-RR 2005, 1223; OLG Köln, GI 2008, 92). Die Kenntnis allein, dass die Mitarbeiter des Klägers typischer-

**weise auch an Sonn- und Feiertagen tätig sind, bietet keinen Anlass, über verschiedene Möglichkeiten der Arbeitsvertragsgestaltung und daraus resultierende steuerliche Konsequenzen aufzuklären** (vgl. OLG Köln, GI 2008, 92).

Gerade in Anbetracht der Tatsache, dass der Kläger Nachtzuschläge bereits berücksichtigte, konnte die Beklagte davon ausgehen, dass es sich um eine bewusste Entscheidung handelte, lediglich Nachtzuschläge zu berücksichtigen. **Denn es ist naheliegend, dass jemand, der um die Steuerfreiheit von Nachtzuschlägen weiß, auch die entsprechende Regelung für Sonn- und Feiertagszuschläge kennt.**

Es lag ebenfalls **keine offensichtliche Fehlentscheidung vor, die Anlass zu einer zusätzlichen Beratung gegeben hätte.** Denn es sind vielfältige Gründe denkbar, warum der Kläger die vorgenommene Gestaltung gewählt haben könnte. Die vom Kläger nun als einzig richtig angesehene vertragliche Gestaltung ist keineswegs zwingend. Denn das Gesetz sieht in § 3b Abs. 1 EStG und den entsprechenden Richtlinien, EStR 3b Abs. 1 Satz 1, vor, dass **tatsächlich ein Nacht-, Feiertags- bzw. Sonntagszuschlag zum Grundgehalt gezahlt werden muss** (Blümich/Erhard, EStG, KStG, GewStG, Nebengesetze, 126. Auflage, § 3b EStG, Rdnr. 12).

**Eine Steuerfreiheit besteht zudem dann nicht, wenn das gezahlte regelmäßige Gehalt nur rechnerisch in Grundlohn und Zuschläge aufgeteilt wird** (Heinicke, in: Schmidt, EStG, 33. Aufl., § 3b, Rdnr. 7; BFH, BFH/NV 2000, 1093). Auch die durch den Kläger vorgelegten, nach seiner Kenntnis von der Steuerfreiheit auch von Sonntags- und Feiertagszuschlägen abgeschlossenen Arbeitsverträge genügen diesen Voraussetzungen nicht.

Die getroffenen Regelungen lauten „Die monatliche Nettovergütung beträgt im Jahresdurchschnitt 1.600 EUR inkl. steuerfreier Sonn-, Feier- und Nachtzuschläge“ oder: „Die monatliche Bruttovergütung beträgt 1.125,80 EUR inkl. steuerfreier Sonn-, Feier- und Nachtzuschläge.“ Zuschläge werden mit diesen Regelungen gerade nicht neben dem Grundlohn vereinbart.

**Die seitens des Klägers angestrebte Gestaltung kann auch für den Arbeitnehmer durchaus mit Nachteilen verbunden sein,** etwa im Hinblick auf einen geringeren Rentenversicherungsbeitrag oder Arbeitslosenversicherungsbeitrag, weshalb die Nichtberücksichtigung keine offensichtliche Fehlentscheidung darstellt. Zudem können Nettoauszahlungen an den Arbeitnehmer letztlich geringer ausfallen, falls aus bestimmten Gründen keine entsprechende Sonntags-, Feiertags- oder Nachtarbeit anfällt.

Schließlich ist § 3b EStG auch bereits vor Übernahme des Mandates durch die Beklagte im Jahr 1990 in Kraft getreten, weshalb die Beklagte davon ausgehen konnte, dass diese Vorschrift bei Abschluss der bei ihrem Eintritt als Steuerberaterin bestehenden Arbeitsverträge bereits Berücksichtigung gefunden hatte. (...) ■



## Steuerberaterhaftung

- Umsatzsteuerfreiheit
  - Medizinische Behandlung
  - Fahrtauglichkeitsuntersuchung
  - Schaden: Umsatzsteuerforderung des Finanzamts
  - Gewinnentgang
  - Kalkulation?
- (LG Koblenz, Urt. v. 17.6.2015 – 15 O 362/14)

### Leitsätze (d. Red.):

1. Der geschädigte Mandant ist für die Pflichtverletzung des Steuerberaters beweispflichtig.
2. Die berechnete Umsatzsteuernachforderung des FA nach einer Betriebsprüfung begründet keinen Schaden.
3. Ein Schaden entsteht, wenn der Mandant – Arzt – seine Preise für Fahrtauglichkeitsuntersuchungen um die gesetzliche Umsatzsteuer hätte erhöhen können, ohne dadurch einen Geschäftsrückgang zu bewirken. Er muss seine Kalkulation offenlegen und einen Vergleich mit Mitbewerbern anstellen.
4. Umsatzsteuerzinsen sind nur insoweit ein Schaden, wenn der Renditevorteil wegen zu später Steuerzahlung angerechnet wird. ■

### Tatbestand:

Die Klägerin ist eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, deren Gesellschafter die beiden Ärzte und Eheleute Dres. P. sind. Sie nimmt den beklagten Steuerberater auf Zahlung von Schadenersatz wegen behaupteter Schlechterfüllung eines bis Anfang September 2012 bestehenden Steuerberatervertrages in Anspruch.

Herr Dr. P. führt als Gesellschafter der Klägerin in deren Arztpraxis unter anderem medizinische Untersuchungen, Sehtests und leistungspsychologische Untersuchungen für diverse Führerscheinklassen und zur Personenbeförderung gemäß der Fahrerlaubnisverordnung durch. Die daraus generierten Umsätze wurden von den übrigen Umsätzen getrennt auf einem gesonderten Buchungskonto mit der Nummer 8030 erfasst. Die Klägerin rechnete ihre Leistungen und Umsätze in den Jahren 2007–2011 und von Januar bis September 2012 ab, ohne Umsatzsteuer in Rechnung zu stellen. Tatsächlich waren die entsprechenden Tätigkeiten jedoch, jedenfalls nach (späterer) Ansicht der Finanzbehörden, umsatzsteuerpflichtig, sodass die Klägerin erhebliche Umsatzsteuerbeträge nachzahlen musste.

Die Klägerin berechnet ihren geltend gemachten Schaden wie folgt:

Umsatzsteuernachzahlungen (2007–2011, Jan.–Sept 2012):	85.906,22 EUR
Nachzahlungszinsen:	5.749,00 EUR
Kosten Steuerberaterin:	3.231,60 EUR

Kosten Strafverteidiger:	6.121,60 EUR
Gesamt:	101.008,42 EUR

Die Klägerin trägt vor:

Der Beklagte habe schuldhaft eine ihm obliegende vertragliche Pflicht verletzt. Er habe die klägerischen Umsätze nicht daraufhin überprüft, ob diese umsatzsteuerpflichtig seien. Jedenfalls habe er fehlerhaft eine Umsatzsteuerpflicht verneint.

Tatsächlich sei ihre Tätigkeit umsatzsteuerpflichtig, da sie – das ist unstreitig – im Rahmen der Sehtests und Fahrtauglichkeitsfeststellungen (lediglich) Kontrolluntersuchungen wie etwa das Abhören von Herz und Lunge, körperliche Inspektion, kleine neurologische Untersuchungen und Blutdruckmessungen durchführe.

Ihr sei ein Schaden entstanden durch Mindereinnahmen in Höhe der abgeführten Umsatzsteuer, denn im Falle der Kenntnis der Umsatzsteuerpflicht hätte sie ihre Preise um den Anteil der Umsatzsteuer erhöht. Diese erhöhten Preise seien am Markt ohne Umsatzrückgang erzielbar und durchsetzbar gewesen. Dies folge vor allem daraus, dass es sich um Pflichtuntersuchungen handele, hierfür teures medizinisches Gerät benötigt werde und es nahezu keinen Konkurrenzanbieter gebe. Aus den späteren erhöhten Umsatzzahlen folge, dass sie trotz höherer Preise weiterhin mindestens genau so viele und sogar noch mehr Patienten bzw. Kunden gehabt habe.

Weiterhin sei ihr ein Schaden durch die Beauftragung einer weiteren Steuerberaterin zur Korrektur der Steuererklärungen für die vergangenen Jahre und die Beauftragung eines Strafverteidigers im Zusammenhang mit einem auf den Versäumnissen beruhenden Steuerstraßverfahren entstanden.

(Anträge: ...)

Der Beklagte trägt vor:

Da der Steuerberatervertrag ein mitwirkungsbedürftiger Vertrag sei, treffe ihn weder eine Pflichtverletzung noch ein Verschulden. Er habe der Klägerin und ihrem Gesellschafter, Herrn Dr. P., mehrfach erklärt, dass die Tauglichkeitsuntersuchungen und Führerscheintests nur dann umsatzsteuerbefreit seien, wenn eine medizinische Behandlung in dem Sinne erfolge, dass diese der Aufrechterhaltung oder Wiederherstellung der Gesundheit diene. Ihm sei mehrfach erklärt worden, dass auch eine medizinische Betreuung, die das Diagnostizieren und Behandeln von Krankheiten oder anderen Gesundheitsstörungen beinhalte, durchgeführt werde. Seine, des Beklagten, Einschätzung und Mitteilung, dass in diesem Fall keine Umsatzsteuerpflicht bestehe, sei daher weder falsch noch rechtlich zu beanstanden.

Die Klägerin habe zudem auch einen kausalen Schaden nicht hinreichend dargelegt. Insofern sei es nach der Rechtsprechung (u.a. des OLG Koblenz, GI 2014, 78 ff) erforderlich, die eigene Kalkulation offenzulegen sowie die Umstände darzutun und zu beweisen, aus denen sich mit hoher Wahr-

scheinlichkeit ergebe, dass der Anspruchsteller den behaupteten Gewinn erzielt hätte. Es müsse dazu ein schlüssiger Vergleich mit vergleichbaren Leistungen konkreter Mitbewerber vor Ort angestellt werden. Grundsätzlich gelte die Vermutung, dass der höchste am Markt erzielbare Preis auch verlangt werde. Die Behauptung eines gesteigerten Umsatzes genüge diesen Anforderungen der Rechtsprechung bereits deshalb nicht, weil ein vermeintlich gesteigerter Umsatz auch auf anderen Umständen, zum Beispiel veränderten Marktfaktoren, beruhen könne. ■

#### Entscheidungsgründe:

Die zulässige Klage ist unbegründet.

Die Klägerin hat gegen den Beklagten keinen Anspruch auf Zahlung von Schadensersatz aus den §§ 675 Abs. 1, 611, 280 Abs. 1 BGB.

Dem Beklagten fällt **keine schuldhafte Pflichtverletzung** zur Last. Die Parteien machen bezüglich des Inhalts der zwischen ihnen geführten Gespräche zur Frage der Umsatzsteuerpflichtigkeit voneinander abweichende Angaben. Grundsätzlich ist die Klägerin **als Anspruchstellerin für die Pflichtverletzung beweispflichtig**. Im Rahmen ihrer Anhörung in der mündlichen Verhandlung vom 6.5.2015 haben die Parteien das tatsächliche Geschehen widersprüchlich dargestellt. Die Kammer vermochte sich aufgrund der Schilderungen der Parteien im Rahmen der Anhörung keine hinreichende Überzeugung davon zu bilden, dass der Beklagte eine ihm obliegende Beratungspflicht verletzt hat.

Die Darstellung der Gesprächsinhalte durch den Beklagten und deren Wahrheitsgehalt werden aus Sicht der Kammer allerdings durch zwei Indizien gestützt. Zum einen trägt die Klägerin selbst mit anwaltlichen Schriftsatz vom 15.1.2015 vor, dass ihr Gesellschafter Herr Dr. P. gegenüber dem Beklagten ausdrücklich betont habe, dass er lediglich Kontrolluntersuchungen, aber keine Behandlungen durchführe. Diese Differenzierung in den Ausführungen des Dr. P. legt den Schluss nahe, dass dem Gesellschafter Dr. P. die umsatzsteuerliche Bedeutung dieser Differenzierung nicht ungeläufig gewesen sein kann. Zum anderen hatte auch das FA im Rahmen der Betriebsprüfung im Oktober 2010 wegen des Zeitraums 2004–2006 offenbar wegen der umsatzsteuerrechtlichen Behandlung der hier im Streit stehenden ärztlichen Tätigkeit keine Beanstandungen, sodass man damals offenbar davon ausgegangen sein muss, dass keine umsatzsteuerpflichtige schwerpunktmäßige Erstattung von Gutachten für die Entscheidung eines Dritten, sondern eine ärztliche Behandlung zur Heilung vorliegt.

In diesem Zusammenhang kann bei erster Betrachtung und unter Außenvorlassung der Entscheidung des EuGH vom 20.11.2003 (C 212/01, *abgedruckt in: DStRE 2004, 44 ff*), die in den einschlägigen Normen der Umsatzsteuerrichtlinien 2005 so nicht eingeflossen ist, eine fehlende Umsatzsteuerpflichtigkeit zunächst bejaht werden.

Nach § 4 Nr. 14 lit. a) Satz 1 UStG sind Heilbehandlungen im Bereich der Humanmedizin, die im Rahmen der Ausübung

der Tätigkeit als Arzt, Zahnarzt, Heilpraktiker, Physiotherapeut, Hebamme oder einer ähnlichen heilberuflichen Tätigkeit durchgeführt werden, umsatzsteuerfrei.

Nach **Nr. 88 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 der Umsatzsteuerrichtlinie 2005** zu § 4 Nr. 14 UStG ist Tätigkeit als Arzt im Sinne des § 4 Nr. 14 UStG die Ausübung der Heilkunde unter der Berufsbezeichnung Arzt oder Ärztin. Zur Ausübung der Heilkunde gehören Maßnahmen, die der Feststellung, Heilung oder Linderung von Krankheiten, Leiden oder Körperschäden beim Menschen dienen.

Nach **Nr. 91a Abs. 2 Satz 1 der Umsatzsteuerrichtlinie 2005** zu § 4 Nr. 14 UStG sind Leistungen nur dann steuerfrei, wenn sie der medizinischen Betreuung von Personen durch das Diagnostizieren und Behandeln von Krankheiten oder anderen Gesundheitsstörungen dienen, wobei Nr. 91a auf das diesbezügliche Urteil des EuGH vom 14.9.2000 – C-384/98, *IStR 2000, 594 ff*) hat der EuGH jedoch lediglich ausgeführt, dass anthropologisch-erbbiologische Untersuchungen zum Zwecke einer Vaterschaftsfeststellung nicht unter den Begriff der Heilbehandlung im Bereich der Humanmedizin fallen, weil der Begriff der Heilbehandlungen im Bereich der Humanmedizin nicht so ausgelegt werde, dass er medizinische Eingriffe umfasst, die zu einem anderen Zweck als dem der Diagnose, der Behandlung und, soweit möglich, der Heilung von Krankheiten oder Gesundheitsstörungen durchgeführt werden.

Die von dem Gesellschafter der Klägerin, Herrn Dr. P., geschilderten Tätigkeiten des Abhörens von Herz und Lunge, körperlicher Inspektion, Blutdruckmessung oder neurologischer Untersuchung stellen aber gerade ärztliche Leistungen in diesem Sinne dar.

Es kann hier offen bleiben, ob sich aus dem Urteil des EuGH vom 20.11.2003 (C-212/01) im Sinne der Klägerseite etwas anderes ergibt, denn jedenfalls wäre der Klägerin – bei unterstellter Pflichtverletzung des Beklagten – auch **kein kausaler Schaden** entstanden. Die Klägerin hat einen solchen – wie der Beklagte unter Anführung der Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Koblenz zutreffend anführt – auch nicht hinreichend dargelegt.

**Die berechnete Nachforderung einer gesetzlichen Steuer** stellt grundsätzlich und für sich alleine keinen Schaden aus einer fehlenden oder falschen Beratung eines Steuerberaters dar, da die Umsatzsteuer unabhängig von der Frage der erteilten, nicht erteilten oder fehlerhaft erteilten Auskunft eines Steuerberaters anfällt, und es sich insoweit lediglich um die Belastung mit den gesetzlich vorgesehenen Steuern handelt (*OLG Koblenz, Beschl. v. 27.8.2013 – 3 W 432/13, abgedruckt in Gl aktuell 2014, 78 ff; LG Koblenz, Beschl. v. 19.4.2013 – 15 O 532/12; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 25.11.2011, 23 U 42/11 m.w.N.*).

Der eigentliche Schaden der Klägerin kann nur darin liegen, dass ihr **Umsatz oder Gewinn im Sinne der §§ 249, 252 BGB entgangen ist, weil sie es unterlassen hat, ihre Preise entspre-**

chend anzuheben, um auf diese Weise die von ihr zu zahlende Umsatzsteuer zu erwirtschaften bzw. auszugleichen (OLG Köln, Urt. v. 8.3.2007 – 8 U 19/06; OLG Düsseldorf a.a.O.; OLG Koblenz, a.a.O.). Ob ein Schaden durch eine fehlende Berücksichtigung der Umsatzsteuer im Sinne der §§ 249 ff BGB entstanden ist, lässt sich aber nur dann ermitteln, wenn bei einer Gegenüberstellung der durch das Verhalten des Steuerberaters entstandenen Vermögenslage und derjenigen, die ohne das schädigende Ereignis entstanden wäre, eine Differenz besteht (OLG Koblenz, a.a.O.).

Soweit die Klägerin als Schaden exakt die Höhe der von ihr nachzuzahlenden Umsatzsteuer beansprucht, **hätte sie daher schlüssig darlegen müssen, dass sie ihre Preise um den jeweils geltenden Umsatzsteuersatz angehoben hätte und diese Preise ohne Geschäftsrückgang auch am Markt hätte durchsetzen können**. Dazu hätte sie – wie der Beklagte zutreffend einwendet – ihre **Kalkulation offenlegen** und einen schlüssigen Vergleich auf Basis vergleichbarer Leistungen mit konkret vergleichbaren Mitbewerbern vor Ort anstellen und hierzu darlegen müssen, aus welchen besonderen Gründen es zumindest überwiegend wahrscheinlich sein soll, dass der Umsatz zumindest unter Berücksichtigung des Steueraufschlags gleich hoch geblieben wäre (vgl. OLG Koblenz, a.a.O.).

Diesen Anforderungen wird der Vortrag der Klägerin nicht gerecht. Die Klägerin hat weder ihre Kalkulation offengelegt noch hat sie ausgeführt, in welcher Höhe sie ihre Preise für die streitgegenständlichen Leistungen erhöht hat.

Trotz Bestreitens des Beklagten hat die Klägerin auch nicht dargelegt und unter Beweis gestellt, dass für ihre streitgegenständliche Tätigkeit tatsächlich teure Geräte notwendig sind und daraus ein **eingeschränkter Wettbewerb** folgt. Aus dem Umstand, dass gewisse Personen auf die Durchführung der Tauglichkeitsuntersuchung angewiesen sind, lässt sich entgegen der Auffassung der Klägerin nicht hinreichend ableiten, dass kein offener Wettbewerb zwischen den Anbietern solcher Untersuchungen besteht.

Auch aus den (vermeintlich) gesteigerten bestrittenen Umsatzzahlen lässt sich nicht hinreichend ableiten, dass die Klägerin höhere Preise am Markt hätte durchsetzen können. Abgesehen davon, dass der Beklagte das Ansetzen von höheren Preisen bestritten hat, ist nicht hinreichend ausgeschlossen, dass die **Umsatzsteigerung nicht (auch) auf anderen Faktoren des Marktes beruht**, sodass ein zwingender Rückschluss nicht nur nicht geboten, sondern ausgeschlossen ist.

Die Klägerin kann – abgesehen von der Frage der nicht nachgewiesenen schuldhaften Pflichtverletzung und der Frage ob grundsätzlich überhaupt eine Steuerpflicht besteht – auch nicht mit Erfolg die vom Finanzamt nachgeforderten **Umsatzsteuerzinsen** beanspruchen. Diese wären, wenn man zu Gunsten der Klägerin eine schuldhaftige Pflichtverletzung der Beklagten annähme, bei einem pflichtgemäßen Verhalten zwar vermieden worden und kämen daher grundsätzlich als gemäß § 249 BGB zu ersetzende Schadensposition in Betracht.

Allerdings lässt die Klägerin außer Acht, dass sie sich auf diesen Schaden einen erzielbaren Renditevorteil anrechnen lassen muss, der dadurch entstanden ist, dass sie mit der nicht abgeführten Umsatzsteuer bis zu deren Festsetzung/Nachzahlung wirtschaften konnte (vgl. OLG Koblenz, a.a.O.). Der entsprechende Schaden ist daher nicht schlüssig dargelegt. **Eine andere Bewertung ergibt sich auch nicht aus dem Umstand, dass die allgemein am Finanzmarkt zu erzielenden Renditen derzeit – gerichtsbekannt – deutlich unterhalb der entstandenen Zinsen liegen.**

Ein Anspruch auf Ausgleich der **Gebührennoten der Steuerberaterin H.** scheitert – abgesehen von der Frage der schuldhaften Pflichtverletzung – daran, dass zum einen nicht nachvollziehbar ist, dass es sich bei der in Rechnung gestellten Tätigkeit um **kausal durch die Pflichtverletzung bedingte** Arbeiten handelt. Die Klägerin könnte hier zudem im Rahmen der ihr obliegenden Schadenminderungspflicht auch lediglich die **gesetzlichen Gebühren** und nicht etwa den Ersatz von Gebührenansprüchen aufgrund einer freiwilligen Stundenhonorarvereinbarung verlangen. Zudem ist nicht nachvollziehbar, dass der Ansatz einer über der Mittelgebühr liegenden Gebühr angemessen ist. Hierzu sind keine hinreichenden Anhaltspunkte vorgetragen.

Hinsichtlich der Abrechnung des **Rechtsanwalts Dr. G.** ist – wiederum abgesehen von der Frage der schuldhaften Pflichtverletzung und der tatsächlichen Steuerpflichtigkeit – nicht belegt, dass es sich um eine **kausal veranlasste Tätigkeit** aufgrund des Verhaltens des Beklagten handelte. Zudem berechnet der Verteidiger ein **Pauschalhonorar von 5.000 EUR**, das offensichtlich auf einer Gebührenvereinbarung beruht. Ersatzfähig wären aber auch hier nur die gesetzlichen Gebühren, die die Klägerin nicht nachvollziehbar dargelegt hat. (...) ■

## Steuerberaterhaftung

- Umsatzsteuerbefreiung für Berufsbetreuer
- Vorlagebeschluss an den EuGH
- Analyse der Rechtsprechungsentwicklung (LG Magdeburg, Urt. v. 9.6.2015 – 11 O 258/15)

### Leitsatz:

Ein Steuerberater, der mit Jahresabschlussarbeiten und der Fertigung der Jahressteuererklärung beauftragt ist, hat keine rechtswissenschaftliche Analyse der Rechtsprechungsentwicklung vorzunehmen. ■

### Zum Sachverhalt:

Die Klägerin verlangt vom Beklagten, einem Steuerberater, Schadenersatz wegen schlecht erbrachter Steuerberaterleistungen.

Die Klägerin ist als Berufsbetreuerin in den Jahren 2007–2012 bestandskräftig zur Umsatzsteuer veranlagt worden. Ihre Jahresabschlüsse und Steuererklärungen hat sie in die-

ser Zeit vom Beklagten erstellen lassen. Ab dem Jahre 2012 übernahm der Beklagte auch die Buchhaltung.

Am 17.2.2009 entschied der BFH, dass ein zu einem anerkannten Verband der freien Wohlfahrtspflege gehörender gemeinnütziger Verein sich für die Inanspruchnahme einer Steuerbefreiung für Betreuungsleistungen unmittelbar auf Art. 13 Teil A Abs. 1 Buchst. g. i.V.m. Abs. 2 der Richtlinie 77/388 EWG berufen kann.

Mit Beschluss vom 2.3.2011 – *XI R 47/07 (BFHE 232, 568)* legte der BFH eine Rechtssache dem EuGH mit der Fragestellung vor, ob sich die Umsatzsteuerbefreiung auch auf Berufsbetreuer erstrecke, die keine Vereinsbetreuer sind, und setzte später weitere bei ihm anhängige Verfahren (etwa *VR 7/11, Beschl. v. 12.1.2012*), die sich mit dieser Frage beschäftigten, aus. Den Beschlussgründen lässt sich entnehmen, dass für die Beurteilung, ob ein Betreuer umsatzsteuerbefreit ist, es als erheblich angesehen worden ist, ob es auf die rechtliche Organisationsform ankomme, in der die Betreuungsleistung erbracht werde. Dagegen ist u.a. gehalten worden, dass ein Berufsbetreuer als natürliche Person nicht als Einrichtung mit sozialem Charakter anerkannt gewesen sei und deshalb einem Vereinsbetreuer nicht gleichgestellt werden könne. Der EuGH entschied am 5.11.2012 (*C-174/11*) zugunsten der Umsatzsteuerbefreiung.

Die Klägerin wirft dem Beklagten vor, nicht erkannt zu haben, dass bereits die Entscheidung des BFH vom 17.2.2009 – unabhängig von der rechtlichen Organisationsform – auch für die Umsatzsteueranlagung einer Berufsbetreuerin erheblich gewesen wäre und er es deshalb pflichtwidrig verabsäumt habe, gegen ihre Umsatzsteuerbescheide Einspruch einzulegen. Das hätte er erkennen müssen, weil der EuGH bereits im Jahre 2005 entschieden habe, dass der Begriff „Einrichtung“ in der streitgegenständlichen Richtlinie sowohl natürliche als auch juristische Personen umfasst habe. Das lasse sich auch einem Schreiben des BMF vom 22.11.2013 entnehmen.

Als Steuerberater sei der Beklagte verpflichtet, sich auch über Vorschläge zur Änderung des Steuerrechts, die in der Tages- und Fachpresse publiziert werden, zu informieren. Da die Einlegung von Rechtsbehelfen unterblieben sei, habe die Klägerin aus diesem Grunde nicht an einem Urteil des BFH, das allerdings erst am 25.4.2013 ergangen ist, partizipieren können. Der BFH habe in dieser Entscheidung erkannt, dass unabhängig von der rechtlichen Organisationsform auch die Betreuungsvergütung für Berufsbetreuer nicht der Umsatzsteuerpflicht unterlegen habe. Die Klägerin sei die einzige Berufsbetreuerin, die im Bereich des Finanzamts Quedlinburg keine Umsatzsteuererstattungen erhalten habe.

Hätte der Kläger auf das Urteil des BFH vom 17.2.2009 reagiert, hätte erstmals mit Abgabe der Umsatzsteuerjahreserklärung 2008, die er am 31.12.2009 eingereicht hat, eine Umsatzsteuerbefreiung erreicht werden können.

Der Steuerschaden, den sie insgesamt mit 51.476,60 EUR angenommen habe, ist vom Beklagten bzw. seiner Haft-

pflichtversicherung nur ab den Jahren 2011 und 2012 akzeptiert und mit 12.170,33 EUR ausgeglichen worden.

Der Steuerschaden der Jahre 2008–2010 betrage weitere 29.788,93 EUR.

Ferner verlangt die Klägerin die Erstattungszinsen nach § 233 AO für die Jahre 2008–2011 und beziffert diese wie folgt:

2008 : 2.052,71 EUR – 2009 : 1.677,01 EUR  
2010 : 997,71 EUR – 2011 : 309,03 EUR.

(Anträge: ...)

Er wendet im Wesentlichen ein, er habe vor dem Jahr 2011 nicht wissen müssen, dass die Umsatzsteuerbefreiung auch für selbstständige Berufsbetreuer gelten könne, und verweist hierzu insbesondere auf den Aussetzungsbeschluss des BFH vom 12.1.2012.

Bis dahin sei die Instanzrechtsprechung, wie auch die dem Aussetzungsbeschluss vom 12.1.2012 zugrunde liegende Entscheidung des Finanzgerichts Düsseldorf vom 26.11.2010 zeige, von der Umsatzsteuerpflicht ausgegangen. Erstattungszinsen nach § 233 AO könne die Klägerin auch nicht verlangen, da es keine Zinserstattung bei Rechtsmitteleinlegungen zur Offenhaltung und Entscheidung über das Rechtsmittel nach Ausgang des Verfahrens gebe.

Im Übrigen seien die geltend gemachten Schadenersatzansprüche auch verjährt. ■

#### Aus den Gründen:

Die Klage ist nur zu einem geringen Teil in Höhe der geltend gemachten Erstattungszinsen des Jahre 2011 in Höhe von 309,03 EUR begründet.

Im Übrigen ist die Klage unbegründet.

Die Klägerin hat keine weiteren Ansprüche nach § 280 Abs. 1 BGB wegen Schlechterfüllung des Steuerberatervertrages, weil er jedenfalls im Jahre 2011 noch davon ausgehen konnte, dass ein Berufsbetreuer umsatzsteuerpflichtig ist.

a) Der Steuerberater ist im Rahmen des ihm erteilten Auftrags zwar verpflichtet, den Mandanten umfassend zu beraten und ungefragt über alle steuerlichen Einzelheiten und deren Folgen zu unterrichten. Er hat seinen Mandanten möglichst vor Schaden zu schützen. Hierzu hat er den relativ sichersten Weg zu dem angestrebten steuerlichen Ziel aufzuzeigen und die für den Erfolg notwendigen Schritte vorzuschlagen (*BGHZ 129, 386; WM 1995, 2075, 2076; WM 1998, 301, 302*). Die mandatsbezogen erheblichen Gesetzes- und Rechtskenntnisse, einschließlich geänderter Rechtsnormen, muss er sich gegebenenfalls hierzu auch verschaffen (*BGH NJW 1971, 1704; NJW 1978, 1486; vgl. auch OLG Celle, VersR 2001, 1437, 1438*).

b) Eine schuldhaft vertragliche Pflichtverletzung des Beklagten lässt sich nach diesen Maßstäben allerdings nicht feststel-



len, weil die Klägerin den Sorgfaltsmaßstab der an die mandatsbezogene Tätigkeit des Beklagten bei der Beschaffung der Gesetzes- und Rechtskenntnisse anlegt, überspannt ist.

Die Klägerin hat mit der herangezogenen **Entscheidung des BFH vom 17.2.2009** ihre Rechtsauffassung zur Frage der Umsatzsteuerbefreiung des Berufsbetreuers entgegen der Historie bereits in das Jahr 2009 vorverlegt. Das lässt sich der Entscheidung nicht entnehmen. Vielmehr ist gerade die von der Klägerin herangezogene Entscheidung des BFH noch davon ausgegangen, dass das von einem Berufsbetreuer in Rechnung gestellte Entgelt mit Umsatzsteuer belastet wird (*BFH v. 17.2.2009 – XI R 67/06 bei juris Rdnr. 29*). Dem entsprach auch noch der **Umsatzsteueranwendungserlass vom 1.10.2010** des Bundesministeriums der Finanzen (BStBl. I, S. 846), der ausweislich nicht vor 2013 geändert wurde.

c) Die weiteren Erwägungen der Klägerin, die auf bereits geführte **Diskussionen zu dieser Frage in der Tagespresse und der Fachliteratur** hinweist, gehören nach Auffassung des Gerichts dem politischen Raum an, berühren aber nicht das Mandat des Beklagten. Erörterungen die von interessierten Bürgern, Fachleuten, Berufsverbänden oder politischen Parteien auf allen Ebenen der Gesellschaft geführt werden und auf eine Veränderung bestehender Rechtsauffassungen und Rechtslagen hinwirken wollen, sind in einem demokratischen Gemeinwesen legitim und werden tagtäglich geführt.

Der Inhalt dieser Erörterungen führt allerdings grundsätzlich nicht zu „Recht“, das der Beklagte bei der Bearbeitung eines steuerberatenden Mandats zu beachten hat, wenn er einen Jahresabschluss und eine Steuererklärung zu erstellen hat. Insoweit handelt es sich nämlich nicht um Gesetzes- und Rechtskenntnisse, sondern um die Wahrnehmung und Ausübung der in Art 5 GG gewährleisteten Meinungsfreiheit. Ein rechtlich verfasstes Gemeinwesen weist in seinen jeweiligen Zuständigkeiten und auf der Grundlage einer rechtsförmlichen Legitimation ausschließlich dem Staat und seinen Gliederungen, nicht aber seinen Bürgern, ein Gewaltmonopol zu.

Diese Unterscheidung grenzt zugleich den freien und offenen Meinungsbildungsprozess der Bürger in einem demokratisch verfassten Gemeinwesen von dem Recht des Staates ab, der die Rechtserheblichkeit aus der Vielfalt des Meinungsbildes in rechtsförmlich geführten Verfahren eingrenzt, rechtliche Erkenntnisse auf diese Weise institutionalisiert und damit erst überschaubar und für die rechtsberatenden Berufe beherrschbar macht.

**Veröffentlichungen von interessierten Gruppen**, die sich mit institutionalisierten rechtlichen Erkenntnissen in zustimmender oder widersprechender Weise auseinandersetzen, können deshalb auch nur dem Meinungsbildungsprozess eines demokratischen Gemeinwesens angehören. **Inhalte die dieser Sphäre angehören, können für sich gesehen deshalb grundsätzlich auch keine Quelle einer schuldhaften Pflichtverletzung eines rechtsberatenden Berufs sein.**

c) Dem entspricht voll und ganz die höchstrichterliche Rechtsprechung, die verlangt, dass Angehörige rechtsberatender

Berufe verpflichtet sind, sich bei der Gesetzesanwendung an der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu orientieren (*BGH NJW 1993, 3324; 2009, 987; vgl. auch Palandt-Grüneberg, BGB 74. Aufl. § 280 Rdnr. 68*). Darüber hinaus müssen sie sich auch über die Rechtsprechung der Obergerichte orientieren, wenn zu Rechtsfragen noch keine höchstrichterliche Rechtsprechung vorliegt. Das schließt ferner mit ein, bereits vorgezeichnete rechtliche Grundgedanken, die sich aus einer bestimmten Entscheidung ergeben, einzubeziehen (*etwa BGH NJW-RR 1993, 245 bei juris Rdnr. 57*).

Insoweit hat die Klägerin allerdings nicht bewiesen, dass der BFH diese Frage der Umsatzsteuerbefreiung für Berufsbetreuer vor dem 2.3.2011 überhaupt erkannt und aufgegriffen hat. Ein **Vorlagebeschluss an den EuGH** ist im Übrigen auch noch keine rechtsverbindliche Entscheidung. **Es ist auch zutreffend, wenn der Beklagte darauf hinweist, dass die Finanzgerichte sowohl im Jahre 2010 (FG Düsseldorf 1 K 19814/10) als auch noch im Jahr 2011 (etwa FG Münster EFG 2011, 2202 bei juris) von der Umsatzsteuerpflicht des Berufsbetreuers ausgegangen sind.** Klüger als die Finanzgerichte braucht der Beklagte nicht zu sein. Der EuGH hat diese Frage rechtsverbindlich im Jahre 2012 entschieden.

d) Zwar ist der Klägerin zuzustimmen, dass im Hinblick auf die von ihr angeführte Entscheidung des **EuGH vom 26.5.2005 – C-498/03, UR 2005, 453-458**) möglicherweise bereits wesentlich früher auch der rechtliche Schluss hätte gezogen werden können, dass der noch um Jahr 2011 vertretene Standpunkt der Finanzgerichte sich wohl nicht aufrechterhalten lässt. Allerdings überfordert die Klägerin mit dieser Anspruchshaltung das Mandat des Beklagten. **Denn dieser war unstreitig nur mit der Erstellung des Jahresabschlusses und einer Jahressteuererklärung und nicht mit der Erstellung einer rechtswissenschaftlichen Analyse der Rechtsprechungsentwicklung beauftragt.**

Ein derartiger Auftrag führt qualitativ allerdings zu einem anderen Haftungsmaßstab, als nur die Pflicht bei der Ausübung seiner Tätigkeit sich an der Rechtsprechung zu orientieren. Da auch in den rechtsberatenden Berufen die eingegangenen Vertragspflichten aber stets mandatsbezogen beurteilt werden müssen, muss sich der Beklagte deshalb nach § 276 Abs. 1 BGB auch kein Verschulden entgegenhalten lassen. Die Umsatzsteuer 2010 entstand unstreitig schon am 31.12.2010 und ist bereits am 11.10.2011 (SS 2.6.2015, Seite 5), also noch vor der Entscheidung des EuGH, festgesetzt gewesen.

e) Der in den Jahren 2011 und 2012 entstandene Steuer-schaden ist unstreitig bereits ausgeglichen.

Der Anspruch auf Erstattungszinsen für das Jahr 2011 in Höhe von 309, 03 EUR folgt aus den §§ 280 Abs 1 i.V.m. § 233a Abs. 1 und 3 AO und war der Höhe nach ebenfalls unstreitig. Der Beklagte hat ihn nur dem Grunde nach in Abrede gestellt. Da es sich hierbei in der Sache um eine Zinsforderung handelt, kommt eine weitere Verzinsung nach § 289 Satz 1 BGB nicht in Betracht. (...) ■

## Steuerberaterhaftung

- Fehlerhafte Jahresabschlüsse
- Kündigung des Steuerberatervertrages
- Kein Nachbesserungsrecht des Steuerberaters
- Aufwand für Umbuchungen

(LG Kleve, Urt. v. 22.4.2015 – 1 O 89/11)

### Orientierungssätze:

1. Es besteht gegenüber dem Steuerberater ein Schadenersatzanspruch, wenn die beauftragten Jahresabschlüsse fehlerhaft gefertigt wurden, indem die Geldeingänge unrichtig (für das falsche Jahr) verbucht wurden, so dass eine weitere Beauftragung des Steuerberaters zur Berichtigung der Jahresabschlüsse und weiterer steuerlicher Erklärungen erforderlich geworden ist, was zu einem Schaden in Höhe der zu entrichtenden angemessenen Vergütung geführt hat.

2. Hinsichtlich der Schadenhöhe ist der zeitliche Aufwand bei der Anzahl von rund 120 vorzunehmenden Buchungen nach richterlicher Schätzung mit einem Umfang von 15 Stunden anzunehmen, wobei der Stundensatz eines Steuerberaters anzusetzen ist. Bzgl. der erforderlichen Umbuchungen und der entsprechenden Korrektur der Jahresabschlüsse sowie der weiteren steuerlichen Erklärungen ist die jeweilige Mindestgebühr nach der Steuerberatergebührenverordnung zugrunde zu legen, da die Umbuchungen der falsch verbuchten Geldeingänge einen überschaubaren und leicht zu behebbenden Fehler darstellen und die bereits erstellten Jahresabschlüsse lediglich der Berichtigung bedurften.

3. Einer Frist zur Nachbesserung vor der Beauftragung eines anderen Steuerberaters bedarf es nicht, da der Steuerberater mit der Finanzbuchhaltung, Lohnbuchhaltung, der Erstellung von Jahresabschlüssen und damit mit Diensten höherer Art beauftragt war. Denn der Zweck der Vorschrift des § 627 Abs. 1 BGB, nur Personen des eigenen Vertrauens mit der steuerlichen Beratung befassen zu dürfen, würde nicht erreicht, wenn der Auftraggeber gehalten wäre, dem wirksam gekündigten Steuerberater hinsichtlich bestimmter Teilleistungen Gelegenheit zur Nachbesserung zu geben und damit erneuten und weiteren Einblick in vertrauliche Einzelheiten der eigenen wirtschaftlichen Tätigkeit zu gewähren. ■

tar – mit diesem unveränderten Credo geht das Werk zum fünfzigjährigen Jubiläum des AktG 1965 in seine 3. Auflage. Das zweibändige Standardwerk bietet umfassende und richtungweisende Kommentierungen des Aktiengesetzes und Spruchverfahrensgesetzes. Es wird abgerundet durch die Erläuterung wichtiger kapitalmarktrechtlicher Vorschriften und Ausführungen zum Internationalen Gesellschaftsrecht. Neben der ungebrochenen dynamischen Entwicklung im Aktienrecht berücksichtigt die Darstellung auch betriebswirtschaftliche und kapitalmarktbezogene Aspekte einer modernen Unternehmensorganisation und -führung.

**Höchste Aktualität** – Die 3. Auflage berücksichtigt topaktuell sämtliche seit der Voraufgabe in Kraft getretenen Gesetze bis hin zu den derzeit diskutierten Gesetzesvorhaben. Hervorzuheben sind: Gesetz zur Einführung einer Geschlechterquote, Aktienrechtsnovelle.

K. Schmidt/Lutter (Hrsg.), *Aktiengesetz – Kommentar*, 3. neu bearbeitete Auflage 2015, 2 Bände, 4578 Seiten, Lexikonformat, gbd., Subskriptionspreis bis 3 Monate nach Erscheinen: 269 €, danach 299 €, ISBN 978-3-504-31178-0, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln

## GI Literatur-Ecke

**Barton:** Verteidigerfehler und deren Korrektur, *StrafFo* 2015, 314

**Brinkmeier:** StB-Haftung bei Nachzahlungszinsen, *GmbH-StB* 2015, 198

**Esser:** Haftungsbeschränkungsvereinbarungen in Anwaltsverträgen, *MDR* 2015, 741

**Esskandari/Schmitt:** Anmerkung zu einer Entscheidung des BGH (Urteil vom 5.2.2015 – IX ZR 167/13) zur schadenmindernden Anrechnung von Vorteilen Dritter bei der Steuerberaterhaftung, *STBW* 2015, 353

**Kreft:** Nicht versicherte Haftung des Gründungskommanditisten, *WPK Magazin* 2015, 42

**Laumen:** Zur Steuerberaterhaftung bei Verletzung des rechtlichen Gehörs durch das Übergehen von Beweisangeboten, *DStR* 2015, 1647

**Stephan:** Beruhigung für Berater: Auch weiterhin keine Beweislastumkehr bei der Anwaltshaftung, *GmbHR* 2015, R261

**Zwade:** Keine Hinweispflicht des Steuerberaters auf zivilrechtliche Regressmöglichkeiten, *jurisPR-BGHZivilR* 12/2015, Anm. 1

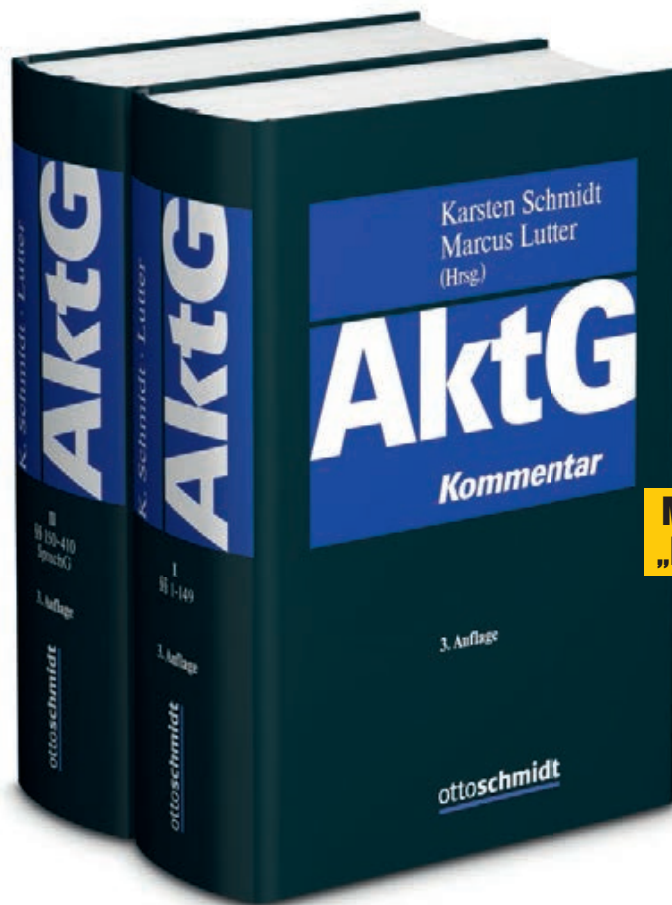
Das Krisenmandat des Steuerberaters, *AO-StB* 2015, R5

## GI Literaturhinweis

### Aktiengesetz – Kommentar

**50 Jahre AktG 1965 – ein moderner Kommentar.** Gründlicher als jeder Kurzkommentar, handlicher als jeder Großkommen-

# Blue Chip



**Mit Gesetz zur  
„Frauenquote“**

Karsten Schmidt/Marcus Lutter (Hrsg.)  
**Aktien-gesetz** Kommentar. Herausgegeben  
von Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Karsten Schmidt  
und Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Marcus Lutter.  
Bearbeitet von 26 namhaften Experten aus  
Wissenschaft und Praxis. 3., neu bearbeitete  
Auflage 2015, 2 Bände, 4.578 Seiten Lexi-  
konformat, gbd., 299,- €. Subskriptions-  
preis bis 3 Monate nach Erscheinen  
nur 269,- €. ISBN 978-3-504-31178-0

Gründlicher als jeder Kurzkomentar, handlicher als jeder Großkommentar – das zweibändige Standardwerk erstklassiger Autoren zu AktG und SpruchG ganz auf der Basis des modernen Aktienrechtsverständnisses ist wieder auf dem neuesten Stand.

Hier können Sie zum Beispiel jetzt schon bis ins Detail nachlesen, welche Auswirkungen das jüngst verabschiedete Gesetz zur sog. „Frauenquote“ in Aufsichtsräten und Führungspositionen in der Praxis haben wird. Exzellente Kenner der Materie haben das neue Recht in alle betroffenen Vorschriften komplett eingearbeitet, dabei das gesamte Potenzial möglicher Konflikte vorausschauend kommentiert und praxistaugliche Lösungen entwickelt.

Und die seit langem geplante Aktienrechtsnovelle wurde kommentatorisch so weit antizipiert, dass Sie nach Inkrafttreten des Gesetzes mit diesem Kommentar auf aktueller Basis arbeiten können.

Karsten Schmidt/Marcus Lutter (Hrsg.), AktG. Probe lesen und bestellen bei [www.otto-schmidt.de/ea3](http://www.otto-schmidt.de/ea3)

**ottoschmidt**

# Wer den bestellt, bekommt mehr Geld.



Schneider/Herget **Streitwert-Kommentar** für Zivilprozess und FamFG-Verfahren. Begründet von Dr. Egon Schneider, in der 11. Auflage fortgeführt von Richter am AG Kurt Herget. Ab der 12. Auflage bearbeitet von RA Norbert Schneider, Richter am LG Ralf Kurpat, RA Norbert Monschau, Richter am OLG Mark Noethen, LL.M. (USA) und RAin Lotte Thiel. 14., neu bearbeitete und erweiterte Auflage 2015, rd. 1.800 Seiten Lexikonformat, gbd. 139,- €. Erscheint im September. ISBN 978-3-504-47092-0

Kein anderes Werk amortisiert sich schneller als der Streitwert-Kommentar – das unangefochtene Standardwerk zu einem durchweg geldwerten Thema. Durch schnelle und einfache Ermittlung der richtigen Werte in allen zivilrechtlichen Fällen.

Mehr als 480 alphabetisch geordnete Stichwörter zu praktisch allen relevanten Streitwertfragen, getrennt nach ZPO- und FamFG-Verfahren, ermöglichen Ihnen in jeder Situation auf Anhieb über den richtigen Wertansatz Auskunft zu geben.

Mit vielen Fall- und Berechnungsbeispielen, einsatzbereiten Schriftsatzmustern, Hinweisen auf typische Fehlerquellen und kritischer Verarbeitung der Flut neuer Rechtsprechung, die in dem kasuistisch geprägten Rechtsgebiet von entscheidender Bedeutung ist.

Schneider/Herget, Streitwert Kommentar. Jetzt Probe lesen und bestellen bei **[www.otto-schmidt.de/sk14](http://www.otto-schmidt.de/sk14)**

## Service-Fax

**(0511) 645 111 3661**

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

## Worauf Sie sich verlassen können:

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

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

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

## Impressum

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

### Herausgeber

HDI Versicherung AG, Nicole Gustiné, Produktmarketing Sach  
HDI-Platz 1, 30659 Hannover, Fax: (0511) 645 111 3661  
E-Mail: [nicole.gustine@hdi.de](mailto:nicole.gustine@hdi.de)

### Redaktion

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

### 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

**ottoschmidt**

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