



HDI

Das ist Versicherung.

Nr. 6 / Dezember 2016 / 36. Jahrgang

GI aktuell

Informationen für wirtschaftsprüfende,
rechts- und steuerberatende Berufe

Inhalt

Editorial	161	Verjährungsrecht	173
GI Entscheidungen	162	Einrede der Verjährung / Güteverfahren / Rechtsmissbrauch (OLG Schleswig-Holstein, Urt. v. 4.8.2016 – 5 U 2/16)	
Stichwort- und Entscheidungsverzeichnis	190	Steuerberaterhaftung	178
GI Literatur-Ecke	192	Vermögensanlagen des Mandanten / Offenkundige Fehl- entscheidungen des Mandanten / Keine allgemeine Hinweis- pflicht auf Anlagerisiko (OLG Düsseldorf, Urt. v. 2.8.2016 – I-23 U 27/15)	
Notarhaftung	162	Steuerberaterhaftung	181
Beurkundung eines unwirksamen Geschäfts / Belehrung / Geschäftserfahrene Beteiligte / Kollegialgerichtsrichtlinie (BGH, Urt. v. 22.9.2016 – III ZR 427/15)		Sachverhaltsaufklärung / Prozessführung / Regressprozess / Rechtsansicht des Gerichts des Vorprozesses (OLG Brandenburg, Urt. v. 24.6.2016 – 11 U 19/15)	
Anwaltschaftung	164	Steuerberaterhaftung	186
Wiedereinsetzung in den vorigen Stand / Faxbericht (BGH, Beschl. v. 10.8.2016 – VII ZB 17/16)		Kenntnis der Rechtsprechung / Eingetragene Lebenspartner- schaft / Anhängige Verfassungsbeschwerde (LG Detmold, Urt. v. 5.11.2014 – 10 S 97/14)	
Anwaltschaftung	167	Aufklärungsobliegenheit des Versicherungsnehmers	187
Fristgebundener Schriftsatz / Ausgangskontrolle (BGH, Beschl. v. 26.7.2016 – VI ZB 58/14)		Stellungnahme des Sachbearbeiters / Vorsätzliche Obliegen- heitsverletzung (LG Köln, Urt. v. 30.7.2012 – 24 O 43/12)	
Anwaltschaftung	169		
Abmahnung / Garantenpflicht gegenüber dem Abgemahnten / Deliktische Haftung / Eingerichteter und ausgeübter Gewerbe- betrieb (BGH, Urt. v. 1.12.2015 – X ZR 170/12)			

Gewusst wie.

Außergerichtliche Streitbeilegung rechtssicher gestalten.



NEU!

Walz

Das ADR-Formularbuch Erläuterungen – Muster – Entscheidungshilfen

Herausgegeben von Notar Dr. Robert Walz. Bearbeitet von Notar Dr. Stefan Bandel, Notar Dr. Lorenz Bülow, RA Patrick Dewein, PD Dr. Martin Fries, AkadRin Dr. Susanne Gössl, RA Dr. Detlef Haß, RA FA VersR/VerkehrsR Professor Dr. Rainer Heß, RA Bernd Höke, RA Dr. Steffen Jung, RA Volker Mahnken, RAin FAin ArbR Dr. Claudia Rid, Notar Dr. Wolfram Schneeweiß, Notar Dr. Henning Schwarz, Notar Johannes Schwarzmann, Notar Dr. Benedikt Selbherr, Notarin Anja Siegler, Notar Hans-Ulrich Sorge, Notar Dr. Robert Walz.

2. neu bearbeitete und erweiterte Auflage 2017, ca. 1.000 Seiten Lexikonformat, gbd. 129,- € inkl. CD. Erscheint im November. ISBN 978-3-504-45035-9

Ein Konflikt kann auf dem Prozessweg geregelt werden – oder außerhalb der Gerichte: Die außergerichtliche Streitbeilegung hat massiv an Bedeutung gewonnen und stellt eine attraktive Option für die anwaltliche und notarielle Beratungsarbeit dar.

Im „Walz“ finden Sie alle ADR-Verfahren praxisgerecht aufbereitet: Über die vertieft erläuterten Muster hinaus liefern die Autoren auch eine klare Bewertung der einzelnen Alternativen und geben Hinweise zu deren Umsetzung. Das Formularbuch wird so zur Entscheidungs- und Gestaltungshilfe – zum unverzichtbaren Handbuch für die außergerichtliche Streitbeilegung.

Die komplett überarbeitete Neuauflage mit vielen neuen Einzelformularen und auf dem neuesten Stand. Bestellen Sie gleich unter www.otto-schmidt.de/waf2

ottoschmidt

Editorial

Liebe Leserin, lieber Leser,

Dr. Jürgen Gräfe
Rechtsanwalt

Die **Postausgangskontrolle** bei Versand fristgebundener **Schriftsätze per Fax** bezieht sich nicht nur auf den Sendebericht, die Richtigkeit der Faxnummer und die Vollständigkeit des übermittelten Schriftsatzes. Der BGH verlangt, dass am Ende eines Arbeitstages eine Bürokraft prüfen muss, **ob ein Sendebericht** vorliegt. Dessen Inhalt muss sie aber nicht erneut prüfen.

Die **Verjährung eines Schadenersatzanspruchs** kann auch durch die **Anrufung einer Gütestelle** gehemmt werden. Diese Vorgehensweise ist aber nach Ansicht des OLG Schleswig dann **rechtsmissbräuchlich** (§ 242 BGB), wenn dem Gläubiger klar ist, dass sich die Gegenseite auf keinen Fall auf ein Güteverfahren einlässt. Eine Hemmung tritt nicht ein. Beiläufig bestätigt das Gericht in dem Urteil, dass im Falle fehlerhafter **Anlageberatung** die Verjährung mit dem Vertragsschluss über den Erwerb der Kapitalanlage beginnt, da mit Vertragsunterzeichnung der Schaden eingetreten ist.

Das OLG Düsseldorf stellt klar, dass der Steuerberater aus einem rein steuerlichen Beratungsmandat heraus nicht verpflichtet ist, den Auftraggeber auf schadenträchtige Fehlentscheidungen bei der Vermögensanlage – Geldkonten, Aktien, Zertifikate, Genussscheine und Investmentfonds – hinzuweisen. Wenn er den Wunsch hat, dass der Auftrag erweitert werden soll, muss er das eindeutig formulieren. Es genügt nicht, wenn bei der Besprechung der Einkommensteuererklärung auch Fragen der Anlageentscheidung besprochen werden.

Die Möglichkeit der Zusammenveranlagung bei eingetragenen Lebenspartnern wurde vom BFH 2012 bestätigt, nachdem er sie 2006 noch abgelehnt hatte. Im Jahr 2010 war diese **Änderung der Rechtsprechung** für den Steuerberater noch **nicht absehbar**. Das LG Detmold hat ergänzend noch einmal klargestellt, dass eine anhängige Verfassungsbeschwerde den Berater nicht verpflichtet, über verfassungsrechtliche Bedenken den Mandanten zu belehren.

Das LG Köln erinnert an die **Pflicht des Versicherungsnehmers, zur Aufklärung des Fehlers**, der den Schaden verursacht haben soll, **beizutragen**. Bearbeitete ein Mitarbeiter des Versicherungsnehmers den Sachverhalt, kann der Versicherer verlangen, dass dieser eine eigenverantwortliche Stellungnahme abgibt.

Ihr Dr. Jürgen Gräfe

Notarhaftung

- Beurkundung eines unwirksamen Geschäfts
 - Belehrung
 - Geschäftserfahrene Beteiligte
 - Kollegialgerichtsrichtlinie
- (BGH, Urt. v. 22.9.2016 – III ZR 427/15)

Leitsätze:

1. Zu den Amtspflichten eines Notars bei der Beurkundung eines Vertrags über die Übertragung eines GmbH-Geschäftsanteils an einen Treuhänder.

2. Eine rechtliche Einheit im Sinne von § 139 BGB zwischen einem Geschäftsanteilsübertragungsvertrag und einem hiermit wirtschaftlich verknüpften Treuhandvertrag kann zu verneinen sein, wenn die Beteiligten von der erforderlichen Beurkundung des Treuhandvertrags bewusst absehen, den Geschäftsanteilsübertragungsvertrag aber gleichwohl – in Kenntnis der Formnichtigkeit des Treuhandvertrags – ordnungsgemäß beurkunden lassen. In diesem Fall berührt die Formnichtigkeit des Treuhandvertrags die Wirksamkeit des Geschäftsanteilsübertragungsvertrags nicht. ■

Zum Sachverhalt:

Die Klägerin begehrt von dem Beklagten unter dem Gesichtspunkt der Notarhaftung nach § 19 Abs. 1 BNotO Schadenersatz aus eigenem Recht sowie aus abgetretenem Recht ihres Geschäftsführers K. und der V. Vermögensverwaltungsgesellschaft mbH (im Folgenden nur: V. GmbH), deren Alleingesellschafterin die Klägerin ist.

Im Jahre 2004 gründete der inzwischen verstorbene Dr. H., der als Treuhänder für K. fungierte, als Alleingesellschafter die Klägerin. In der Folgezeit erwarb diese drei Grundstücke in H., die früher im Eigentum von K. gestanden hatten. Die von der Klägerin als Tochtergesellschaft (zu diesem Zweck) gegründete V. GmbH erwarb des Weiteren ein Grundstück in L., das die Klägerin als Betriebsgrundstück nutzte. Wirtschaftlich waren die vorerwähnten vier Grundstücke sonach K. – als Treugeber, vermittelt über Dr. H. als sein Treuhänder und Alleingesellschafter der Klägerin, die wiederum die V. GmbH beherrschte – zuzurechnen.

Nachdem Dr. H. im Jahre 2010 schwer erkrankt war, trat K. an K.-B., der ihn und die Klägerin seit Jahren steuerlich beraten hatte, mit der Bitte heran, den vollen Geschäftsanteil an der Klägerin an Stelle von Dr. H. vorübergehend als Treuhänder zu übernehmen. Hiermit erklärte sich K.-B. einverstanden. Am 28.9.2010 beurkundete der Beklagte einen Vertrag, in dem K.-B. – für sich selbst und als mündlich Bevollmächtigter für Dr. H. handelnd – den vollen Geschäftsanteil an der Klägerin auf sich selbst übertrug. Bei diesem Beurkundungstermin war auch K. anwesend. Es wurde ausdrücklich darüber gesprochen und einvernehmlich festgelegt, dass K.-B. den Geschäftsanteil lediglich als Treuhänder für K. halten sollte.

Der Beklagte wies darauf hin, dass ein Treuhandvertrag ebenfalls der notariellen Form unterliege und beurkundungsbedürftig sei. K. erklärte hierauf, dass die Treuhandvereinbarung nicht beurkundet zu werden brauche; auch der Treuhandvertrag mit Dr. H. sei nicht beurkundet worden, und aufgrund der jahrelangen Zusammenarbeit mit K.-B. vertraue er diesem. Sowohl K. als auch K.-B. verzichteten auf die Beurkundung eines Treuhandvertrags. Mit notariell beglaubigter Erklärung vom 14.10.2010 genehmigte Dr. H. die Vereinbarung über die Übertragung des Geschäftsanteils an der Klägerin auf K.-B.

Unmittelbar darauf veranlasste K.-B. die Umschreibung der Gesellschafterliste der Klägerin; er bestellte sich zu ihrem alleinvertretungsberechtigten Geschäftsführer, übertrug die drei Grundstücke in H. an seine Ehefrau und den vollen Geschäftsanteil der Klägerin an der V. GmbH auf sich selbst. Auf diese Weise gelangten die vier Grundstücke – entgegen der Treuhandabrede mit K. – wirtschaftlich an K.-B. und seine Ehefrau. Die Klägerin, K. und Dr. H. fochten den Vertrag über die Übertragung des Geschäftsanteils an der Klägerin auf K.-B., die Veräußerung der Grundstücke in H. an dessen Ehefrau und die Übertragung des Geschäftsanteils an der V. GmbH auf diesen sodann wegen arglistiger Täuschung an.

Die Klägerin hat geltend gemacht, der Beklagte habe seine notariellen Amtspflichten verletzt. Er habe entweder auf der Beurkundung der Treuhandabrede bestehen oder sich weigern müssen, den – nach Auffassung der Klägerin nichtigen – Vertrag über die Übertragung des Geschäftsanteils an der Klägerin auf K.-B. zu beurkunden.

Die Klägerin verlangt von dem Beklagten den Ersatz von Kosten, die ihrer Darlegung nach im Zusammenhang mit der Rechtsverfolgung gegen K.-B. und dessen Ehefrau entstanden sind. Die Klage ist in beiden Vorinstanzen ohne Erfolg geblieben. Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihr Begehren weiter. ■

Aus den Gründen:

Die zulässige Revision ist unbegründet.

I. Das Berufungsgericht hat eine Amtspflichtverletzung des Beklagten verneint und hierzu im Wesentlichen ausgeführt: Der Vertrag über die Übertragung des vollen Geschäftsanteils an der Klägerin auf K.-B. sei zunächst nicht unwirksam gewesen. Zwar habe die Treuhandabrede zwischen K. und K.-B. gemäß § 15 Abs. 4 Satz 1 GmbHG der Beurkundungspflicht unterlegen und sei deshalb gemäß § 125 Satz 1 BGB nichtig.

Diese Nichtigkeit ergreife jedoch nicht den Geschäftsanteilsübertragungsvertrag, weil dieser keine Einheit im Sinne von § 139 BGB mit dem Treuhandvertrag dargestellt habe. K. und K.-B. hätten nach dem Hinweis des Beklagten auf die Formbedürftigkeit übereinstimmend auf eine Beurkundung der Treuhandvereinbarung verzichtet und damit zum Ausdruck gebracht, dass zwischen beiden Verträgen keine Einheit bestehen solle.

Die Partner der beiden Verträge (Dr. H. und K.-B. für den Geschäftsanteilsübertragungsvertrag; K. und K.-B. für den Treuhandvertrag) seien auch nicht dieselben. Auf die Formbedürftigkeit der Treuhandabrede habe der Beklagte ausdrücklich hingewiesen. Soweit die Klägerin dies im Berufungszug erstmals bestreiten wolle, sei dieses Vorbringen nicht nach § 531 Abs. 2 ZPO zuzulassen.

Wenn man demgegenüber eine Nichtigkeit des Anteilsübertragungsvertrags und damit eine Amtspflichtverletzung des Beklagten annehmen wollte, so fehlte es an der Zurechenbarkeit des geltend gemachten Schadens. Dieser liege außerhalb des Schutzbereichs der Pflicht, die Beurkundung unwirksamer Verträge zu unterlassen. Hiernach würden nämlich nur solche Aufwendungen ersetzt, die der Geschädigte im Vertrauen auf die Wirksamkeit des nichtigen Vertrags getätigt habe. Die geltend gemachten Aufwendungen seien jedoch nicht wegen der vermeintlichen Unwirksamkeit der Anteilsabtretung entstanden, sondern trotz dieser Unwirksamkeit. Durch eine notarielle Beurkundung der Treuhandabrede wäre K.-B. an seinen schädigenden Handlungen nicht gehindert worden.

II. Die Hauptbegründung der Vorinstanz hält den Angriffen der Revision stand. Die Klage ist unbegründet.

1. Das Berufungsgericht hat eine **Amtspflichtverletzung** des Beklagten zu Recht verneint.

a) **Der Notar darf nicht sehenden Auges ein nichtiges Geschäft beurkunden** (§ 4 BeurkG, §§ 1, 14 Abs. 2 BNotO; s. BGH, Urt. v. 20.6.2000 – IX ZR 434/98, NJW-RR 2000, 1658, 1659 und v. 28.9.2000 – IX ZR 279/99, BGHZ 145, 265, 269 sowie Beschl. v. 1.10.2015 – V ZB 171/14, NJW-RR 2016, 695, 696 Rdnr. 21; s. ferner OLG Celle, BeckRS 2004, 09450; Ganter in: Ganter/Hertel/Wöstmann, Handbuch der Notarhaftung, 3. Aufl., Rdnr. 525, 527). **Diese Amtspflicht hat der Beklagte allerdings nicht verletzt, weil der von ihm beurkundete Geschäftsanteilsübertragungsvertrag nicht nichtig war.**

aa) Der Vertrag zwischen K.-B. und Dr. H. über die Übertragung des vollen Geschäftsanteils an der Klägerin war für sich betrachtet zunächst – das heißt bis zur Anfechtung wegen arglistiger Täuschung – wirksam. Er wurde gemäß dem Formerfordernis des § 15 Abs. 3 GmbHG abgeschlossen und war insbesondere nicht gemäß § 117 Abs. 1 BGB nichtig. Ein **Scheingeschäft im Sinne von § 117 Abs. 1 BGB** liegt vor, wenn die Parteien einverständlich nur den äußeren Schein des Abschlusses eines Rechtsgeschäfts hervorrufen, dagegen die mit dem betreffenden Rechtsgeschäft verbundenen Rechtswirkungen nicht eintreten lassen wollen.

Wird ein Vertragspartner als „Strohmann“ oder Treuhänder vorgeschoben, so ist die erklärte Rechtsfolge von den Beteiligten normalerweise ernstlich gewollt, weil andernfalls der erstrebte wirtschaftliche Zweck nicht oder nicht in rechtsbeständiger Weise eintreten würde; in diesen Fällen sind die Voraussetzungen für ein Scheingeschäft regelmäßig nicht erfüllt (z.B. Senat, Urt. v. 22.10.1981 – III ZR 149/80, NJW 1982, 569 f. und Beschl. v. 4.4.2007 – III ZR 197/06, NJW-RR

2007, 1209, 1210 Rdnr. 5 m.w.N.; vgl. auch BGH, Beschl. v. 9.10.1956 – II ZB 11/56, BGHZ 21, 378, 381). So liegt es auch hier. Im Außenverhältnis war eine Vollrechtsübertragung auf K.-B. beabsichtigt. Dieser sollte insoweit an die Stelle von Dr. H. treten und K. weiterhin nur treuhänderisch vermittelt – also das reine Innenverhältnis betreffend – „Berechtigter“ bleiben.

bb) Demgegenüber war die **Treuhandabrede** zwischen K. und K.-B. gemäß § 15 Abs. 4 Satz 1 GmbHG, § 125 Satz 1 BGB **wegen Formmangels unwirksam**. Nach dem Sinn und Zweck des Formerfordernisses unterfällt der Abschluss eines Treuhandvertrags, der einen bestehenden GmbH-Geschäftsanteil betrifft und mit der Verpflichtung zur Übertragung des Geschäftsanteils auf den Treugeber verbunden ist (§ 667 BGB), dem Formzwang nach § 15 Abs. 4 Satz 1 GmbHG (s. BGH, Urt. v. 19.4.1999 – II ZR 365/97, BGHZ 141, 207, 211 f. und Beschl. v. 12.12.2005 – II ZR 330/04, NJW-RR 2006, 1415 Rdnr. 3). Dieser Form ist nicht genügt worden; die Beteiligten haben von einer Beurkundung der – einen bereits bestehenden Geschäftsanteil betreffenden – Treuhandvereinbarung abgesehen.

cc) Die **Nichtigkeit der Treuhandabrede** zwischen K. und K.-B. lässt die Wirksamkeit des Vertrags über die **Übertragung des Geschäftsanteils** an der Klägerin von Dr. H. auf K.-B. jedoch unberührt. Die Würdigung des Berufungsgerichts, nach Lage des Falles bestehe zwischen beiden Verträgen **keine rechtliche Einheit im Sinne von § 139 BGB**, ist von Rechts wegen nicht zu beanstanden.

(1) Der für die Annahme eines **einheitlichen Rechtsgeschäfts nach § 139 BGB** erforderliche Einheitlichkeitswille liegt vor, wenn das eine Geschäft nicht ohne das andere gewollt ist, die möglicherweise äußerlich getrennten Rechtsgeschäfte also miteinander stehen und fallen sollen. Dabei kommt es auf den rechtlichen Zusammenhang, nicht auf eine wirtschaftliche Verknüpfung an.

Ob es sich insoweit aufgrund eines Einheitlichkeitswillens der Vertragsparteien um ein einheitliches Rechtsgeschäft handelt, ist Tatfrage und durch Ermittlung und Auslegung des – objektiv erkennbaren (vgl. BGH, Urt. v. 6.12.1979 – VII ZR 313/78, BGHZ 76, 43, 49; v. 9.7.1992 – IX ZR 209/91, NJW 1992, 3237, 3238; v. 8.7.2009 – VIII ZR 327/08, NJW 2009, 3295, 3296 Rdnr. 17 und v. 30.3.2011 – VIII ZR 94/10, NJW 2011, 2874, 2876 Rdnr. 24 sowie Beschl. v. 21.9.2011 – IV ZR 38/09, NJW 2012, 296, 300 f. Rdnr. 58) – Parteiwillens festzustellen (s. etwa BGH, Urt. v. 24.10.2006 – XI ZR 216/05, NJW-RR 2007, 395, 396 Rdnr. 17; v. 23.2.2010 – XI ZR 195/09, BeckRS 2010, 07175 Rdnr. 14 und v. 30.3.2011, a.a.O., sowie Beschl. v. 21.9.2011 a.a.O., S. 300 Rdnr. 55).

Als Ergebnis tatrichterlicher Würdigung unterliegt die diesbezügliche Auffassung des Berufungsgerichts nur einer eingeschränkten Überprüfung durch das Revisionsgericht, nämlich dahin, ob der Streitstoff umfassend widerspruchsfrei und ohne Verstoß gegen Denk- und Erfahrungssätze gewürdigt worden ist (BGH, Urt. v. 23.2.2010, a.a.O., Rdnr. 16 m.w.N.).

(2) Solche Mängel liegen hier nicht vor.

Die Revision macht zwar zu Recht darauf aufmerksam, dass ein einheitliches Rechtsgeschäft im Sinne des § 139 BGB – bei einem dahingehenden Parteiwillen – auch dann vorliegen kann, wenn einzelne Rechtsgeschäfte in mehreren Urkunden niedergelegt sind, unterschiedlichen Geschäftstypen angehören und an ihnen zum Teil verschiedene Personen beteiligt sind (BGH, Urt. v. 30.3.2011, a.a.O., m.w.N.). Richtig ist auch, dass K., Dr. H. und K.-B. die Übertragung eines (gegenüber K.) treuhänderisch gebundenen GmbH-Geschäftsanteils – von Dr. H. auf K.-B. – beabsichtigt haben, die Aufrechterhaltung des Treuhandverhältnisses zu K. also von maßgebender Bedeutung gewesen ist.

Diese wirtschaftliche Verknüpfung korrespondiert im vorliegenden Fall jedoch nicht mit einem rechtlichen Zusammenhang, weil es an einem entsprechenden Parteiwillen gefehlt hat. **Nach den rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen des Berufungsgerichts hatte der Beklagte den Beteiligten erläutert, dass die Treuhandvereinbarung der notariellen Form bedürfe, woraufhin K. und K.-B. ausdrücklich auf eine Beurkundung der Abrede verzichteten.** Nach den objektiv erkennbaren Umständen handelten sie dabei in dem **Bewusstsein, dass die nur mündlich abgeschlossene Treuhandvereinbarung formnichtig und somit rechtlich unverbindlich ist.** Hierfür spricht zunächst die vorangegangene Belehrung über die Formbedürftigkeit selbst.

Die **Beteiligten** waren durchweg **geschäftserfahren**, so dass bei objektiver Betrachtung davon auszugehen war, sie würden aus dem Hinweis des beklagten Notars ohne weiteres – sich aufdrängenden – Schluss ziehen, dass eine ohne Beachtung der notwendigen Form geschlossene Treuhandvereinbarung rechtlich nicht bindend sein werde. Zudem erklärte K. gegenüber dem Beklagten, aufgrund der jahrelangen Zusammenarbeit mit K.-B. vertraue er diesem. Damit brachte er sinngemäß zum Ausdruck, dass er auf eine rechtliche Verbindlichkeit der Treuhandvereinbarung verzichten könne und ihm eine gleichsam nur „moralische“ Verpflichtung genüge.

Handelten die Beteiligten nach den objektiv erkennbaren Umständen folglich in dem Bewusstsein der Formnichtigkeit der Treuhandvereinbarung und wollten sie den rechtswirksamen Übergang des GmbH-Geschäftsanteils von Dr. H. auf K.-B. erklärtermaßen dennoch herbeiführen, rechtfertigt dies den vom Berufungsgericht gezogenen Schluss, dass sie eine rechtliche Einheit zwischen den beiden Verträgen nicht beabsichtigten. Ein einheitliches Rechtsgeschäft im Sinne von § 139 BGB liegt demnach nicht vor, so dass die Nichtigkeit der Treuhandabrede nicht zur Unwirksamkeit des Geschäftsanteilsübertragungsvertrags führt.

Soweit die Revision demgegenüber rügt, das Berufungsgericht habe den Vortrag der Klägerin übergangen, dass K. davon ausgegangen sei, K.-B. sei auch an eine nur mündlich vereinbarte Treuhand rechtswirksam gebunden, zumal der Beklagte auf die Rechtsfolgen einer Nichtbeurkundung der Treuhandabrede nicht hingewiesen habe, dringt sie hiermit

nicht durch. Wie ausgeführt, sind bei der Auslegung, ob ein einheitliches Geschäft im Sinne des § 139 BGB vorliegt, nicht die inneren Vorstellungen einer Vertragspartei maßgeblich, sondern ihr objektiv erkennbarer Wille.

b) Selbst wenn man den Geschäftsanteilsübertragungsvertrag als nichtig ansähe, läge im Übrigen keine schuldhafte Amtspflichtverletzung des Beklagten vor, weil das Berufungsgericht durch einen mit drei Berufsrichtern besetzten Kollegialspruchkörper unter Würdigung der Einzelfallumstände ein amtspflichtwidriges Verhalten des Beklagten verneint hat (sogenannte **Kollegialgerichtsrichtlinie**; s. etwa Senat, Beschl. v. 23.10.2003 – III ZR 49/03, BeckRS 2003, 09191; Urt. v. 3.3.2005 – III ZR 353/04, NJW-RR 2005, 1148 und v. 21.1.2016 – III ZR 160/15, BeckRS 2016, 02702 Rdnr. 36 m.w.N.). Ein „sicherer“ Weg zur Erreichung des verfolgten Ziels, zu dem der Beklagte gegebenenfalls hätte raten müssen (s. dazu Senatsurt. v. 3.3.2005, a.a.O., m.w.N.), stand vorliegend nicht zur Verfügung, da die Beteiligten einerseits eine Beurkundung der Treuhandabrede ablehnten und andererseits die Beurkundung des Geschäftsanteilsübertragungsvertrags wünschten. Der angestrebte „Austausch“ des Treuhänders ließ sich hiernach auf eine andere Weise als geschehen nicht herbeiführen.

2. Entgegen der Meinung der Revision war der Beklagte nicht gehalten, die Beteiligten des Näheren auf die Folgen der Formnichtigkeit der Treuhandabrede hinzuweisen. Wie ausgeführt, ergab sich bei objektiver Betrachtung, dass sich die Vertragsbeteiligten darüber im Klaren waren, dass eine ohne Beachtung dieser Form geschlossene Treuhandvereinbarung rechtlich unwirksam ist. Hiervon durfte auch der Beklagte ausgehen. **Des Hinweises auf eine (mögliche) Nichtigkeit des Geschäftsanteilsübertragungsvertrags bedurfte es nicht, weil dieser Vertrag zunächst (bis zur Arglistanfechtung) wirksam war.** Jedenfalls wäre dem Beklagten ein diesbezügliches Versäumnis in Anbetracht der Billigung seines Verhaltens durch das Berufungsgericht (als Kollegialgericht) nicht als schuldhaft vorzuwerfen.

3. Auf die hilfsweise vom Berufungsgericht behandelte Frage der Zurechenbarkeit des geltend gemachten Schadens kommt es mangels Vorliegens einer (schuldhaften) Amtspflichtverletzung des Beklagten nicht an. ■

Anwaltschaft

- Wiedereinsetzung in den vorigen Stand
- Faxbericht

(BGH, Beschl. v. 10.8.2016 – VII ZB 17/16)

Leitsatz:

Zur Ausgangskontrolle von per Telefax zu übermittelnden fristgebundenen Schriftsätzen gehört neben der Anordnung des Rechtsanwalts, dass die Frist im Fristenkalender nach Übermittlung des Telefaxes erst dann gestrichen werden darf, wenn anhand des Sendebe-

richts und gegebenenfalls des Inhalts der Akte geprüft worden ist, ob die Übermittlung vollständig und an den richtigen Empfänger erfolgt ist, außerdem die Anordnung, dass am Ende eines jeden Arbeitstags eine Bürokraft damit beauftragt wird zu überprüfen, ob überhaupt ein Sendebericht vorliegt; einer – erneuten – inhaltlichen Überprüfung des Sendeberichts bedarf es bei dieser Erledigungskontrolle hingegen nicht (*Anschluss an BGH, Beschl. v. 26.4.2012 – V ZB 45/11 Rdnr. 12*). ■

Zum Sachverhalt:

Der Kläger nimmt die Beklagte u.a. auf Schadenersatz wegen mangelhafter Bauleistungen in Anspruch. Das LG hat die Klage teilweise abgewiesen. Gegen das am 13.10.2015 zugestellte Urteil hat der Kläger mit Schriftsatz vom 13.11.2015, der am 17.11.2015 bei dem Berufungsgericht eingegangen ist, Berufung eingelegt.

Nach telefonischem Hinweis des Vorsitzenden des Berufungsgerichts vom 18.11.2015, dass die Berufung mit Verspätung eingegangen sein dürfte, hat der Kläger mit Schriftsatz vom 25.11.2015, am selben Tag per Telefax beim Berufungsgericht eingegangen, beantragt, ihm gegen die Versäumung der Berufungsfrist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren.

Zur Begründung hat der Kläger unter Vorlage zweier eidesstattlicher Versicherungen seiner Prozessbevollmächtigten, einer eidesstattlichen Versicherung der Rechtsanwaltsfachangestellten F. sowie beglaubigter auszugsweiser Kopien des Fristenkalenders und des Postausgangsbuchs im Wesentlichen Folgendes ausgeführt: Die Kanzlei der Prozessbevollmächtigten sei so organisiert, dass jedem der Partner eine langjährig tätige Rechtsanwaltsfachangestellte zugeordnet sei. Dem diesen Rechtsstreit bearbeitenden Prozessbevollmächtigten Rechtsanwalt F., der auch die Berufungsschrift unterschrieben habe, sei die langjährig tätige, äußerst erfahrene und zuverlässige Rechtsanwaltsfachangestellte F. seit über sieben Jahren zugeordnet.

Es bestehe seit Jahren die generelle Kanzleianordnung, dass grundsätzlich sämtliche fristwahrenden Schriftsätze, ob am Tag des Ablaufs der Frist oder davor, vorab per Fax an das entsprechende Gericht zu senden und im Fristenbuch notierte Fristen erst nach Kontrolle des Sendeberichts zu streichen seien. Für den Fall einer urlaubs- oder krankheitsbedingten Abwesenheit einer Bürokraft existierten klare Vertretungsregelungen. Zudem werde das Fristenbuch vor Ende eines jeden Arbeitstags von der Büroleiterin bzw. ihrer Vertretung daraufhin geprüft, ob alle Fristen des Tages als erledigt gelöscht seien.

Die vom 13.11.2015 datierende Berufungsschrift sei von der Rechtsanwaltsfachangestellten F. am 11.11.2015 im Entwurf gefertigt und von dem Rechtsanwalt F. am späten Nachmittag des 12.11.2015 zur Ausfertigung für den 13.11.2015 verfügt und persönlich auf ihren Arbeitsplatz gelegt worden. Die Ausfertigung sei Herrn Rechtsanwalt F. am Vormittag des

13.11.2015 zur Unterschrift mit entsprechenden Abschriften vorgelegt, von diesem persönlich unterschrieben und sodann Frau F. um ca. 12.00 Uhr persönlich zur Absendung übergeben worden.

Frau F. habe sodann die Berufungsschrift sowie noch weitere Schriftsätze zur Faxversendung zum seit Jahren von ihr genutzten kombinierten Großkopierer mit Fax-Funktion mitgenommen und die entsprechenden Versendungen vorgenommen. Es habe sie sodann ein dringender Telefonanruf eines Mandanten erreicht, welchen sie angenommen habe. In dieser Zeit seien die Faxempfangsberichte der abgesandten Schreiben eingegangen. Diese habe sie angenommen und kontrolliert. Sie sei der festen Überzeugung gewesen, dass auch der Sendebericht über die ordnungsgemäße Versendung der Berufungsschrift dabei gewesen sei. Sie habe daraufhin die bestehenden Fristen im Fristenbuch gelöscht und die Postausgänge im Postbuch eingetragen. Daher sei bei der Kontrolle des Fristenbuchs am Ende des Arbeitstags keine Auffälligkeit festzustellen gewesen. Da sie überzeugt gewesen sei, dass alle Sendeberichte der Schriftsätze des Tages mit einem „Ok-Vermerk“ versehen gewesen seien, habe sie die Abheftung der Sendeberichte zu den einzelnen Akten für den kommenden Arbeitstag zurückgestellt.

Für Frau F. sei es nicht mehr aufklärbar, ob sie den Schriftsatz tatsächlich gefaxt habe oder ob ein Übermittlungsfehler vorgelegen habe. Sie sei überzeugt gewesen, die Berufungsschrift per Fax abgesandt zu haben. Frau F. sei äußerst zuverlässig, ein Wiedereinsetzungsantrag sei noch niemals notwendig gewesen.

Das Berufungsgericht hat den Wiedereinsetzungsantrag des Klägers zurückgewiesen und dessen Berufung als unzulässig verworfen. Zur Begründung hat das Berufungsgericht im Wesentlichen ausgeführt, der Kläger müsse sich das Verschulden seines Prozessbevollmächtigten, die unzureichend organisierte Ausgangskontrolle bei Telefaxübermittlungen, zurechnen lassen. Dem Rechtsanwalt obliege es, für einen mangelfreien Zustand der ausgehenden Schriftsätze zu sorgen. Der Rechtsanwalt sei zwar nicht gehalten, die Versendung des Telefaxes persönlich zu kontrollieren. Er könne derartige Hilfstätigkeiten dem geschulten Kanzleipersonal übertragen. Jedoch sei er verpflichtet, für eine Büroorganisation zu sorgen, die eine Überprüfung der durch Telefax übermittelten fristgebundenen Schriftsätze gewährleiste. Dabei sei der für die Kontrolle zuständige Angestellte insbesondere anzuweisen, Fristen im Kalender grundsätzlich erst zu streichen oder als erledigt zu kennzeichnen, nachdem er sich anhand der Akten vergewissert habe, dass zweifelsfrei nichts mehr zu veranlassen sei. Der Kläger habe weder dargetan noch glaubhaft gemacht, dass eine derart umfassende Anordnung zur Ausgangskontrolle in der Kanzlei seines Prozessbevollmächtigten existiere.

Hiergegen richtet sich die Rechtsbeschwerde des Klägers. ■

Aus den Gründen:

Die nach § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 i.V.m. § 522 Abs. 1 Satz 4, § 238 Abs. 2 Satz 1 ZPO statthafte sowie rechtzeitig einge-

legte und begründete Rechtsbeschwerde ist zulässig, aber nicht begründet.

1. Die Begründung im angefochtenen Beschluss enthält überzogene Anforderungen hinsichtlich der vom Rechtsanwalt zu treffenden organisatorischen Vorkehrungen bei Streichung einer Frist im Fristenkalender nach Übermittlung eines Schriftsatzes per Telefax. Dies führt zur Zulässigkeit der Rechtsbeschwerde, auch wenn sich – wie hier – der Fehler nicht auf das Ergebnis der Entscheidung ausgewirkt hat (vgl. *BGH, Beschl. v. 2.6.2016 – III ZB 2/16 Rdnr. 7; v. 23.10.2003 – V ZB 28/03, NJW 2004, 367, 368, juris Rdnr. 8*).

a) Nach § 233 ZPO ist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren, wenn eine Partei ohne ihr Verschulden verhindert war, die Berufungsfrist einzuhalten. Das Verschulden ihres Prozessbevollmächtigten ist der Partei zuzurechnen (§ 85 Abs. 2 ZPO).

b) Ein Rechtsanwalt hat durch **organisatorische Vorkehrungen** dafür Sorge zu tragen, dass ein **fristgebundener Schriftsatz** rechtzeitig gefertigt wird und innerhalb der laufenden Frist beim zuständigen Gericht eingeht. **Zu diesem Zweck muss er nicht nur sicherstellen, dass ihm die Akten von Verfahren, in denen Rechtsmittel einlegungs- und Rechtsmittelbegründungsfristen laufen, rechtzeitig vorgelegt werden, sondern er hat auch eine Ausgangskontrolle einzurichten, durch die zuverlässig gewährleistet wird, dass fristwahrende Schriftsätze auch tatsächlich hinausgehen** (st. Rspr.; vgl. nur *BGH, Beschl. v. 26.2.2015 – III ZB 55/14, NJW 2015, 2041 Rdnr. 8; Beschl. v. 6.4.2016 – VII ZB 7/15 Rdnr. 9 m.w.N.*).

Bei einer **Übermittlung fristwahrender Schriftsätze per Telefax genügt der Rechtsanwalt seiner Pflicht zu einer Ausgangskontrolle dann, wenn er seine Angestellten anweist, anhand des Sendeberichts und gegebenenfalls des Inhalts der Akte zu überprüfen, ob die Übermittlung vollständig und an den richtigen Empfänger erfolgt ist; erst danach darf die Frist im Fristenkalender gestrichen werden** (vgl. *BGH, Beschl. v. 14.5.2008 – XII ZB 34/07, NJW 2008, 2508 Rdnr. 11; v. 16.2.2012 – IX ZB 110/11 Rdnr. 4; v. 3.12.2015 – V ZB 72/15, NJW 2016, 874 Rdnr. 12*). Außerdem gehört zu einer Ausgangskontrolle eine Anordnung des Rechtsanwalts, durch die gewährleistet wird, dass die Erledigung der fristgebundenen Sachen am **Ende eines jeden Arbeitstags** anhand des Fristenkalenders von einer damit beauftragten Bürokräft nochmals selbständig überprüft wird (vgl. *BGH, Beschl. v. 9.12.2014 – VI ZB 42/13, NJW-RR 2015, 442 Rdnr. 8; v. 15.12.2015 – VI ZB 15/15, NJW 2016, 873 Rdnr. 8; v. 25.2.2016 – III ZB 42/15, NJW 2016, 1742 Rdnr. 10; jeweils m.w.N.*).

c) Nach diesen Grundsätzen enthält der angefochtene Beschluss überzogene Anforderungen hinsichtlich der vom Rechtsanwalt zu treffenden organisatorischen Vorkehrungen bei Streichung einer Frist im Fristenkalender nach Übermittlung eines Schriftsatzes per Telefax. Nach dem glaubhaft gemachten Vorbringen des Klägers besteht in der Kanzlei seiner Prozessbevollmächtigten die generelle Kanzleianordnung, dass grundsätzlich sämtliche fristwahrenden Schrift-

sätze vorab per Fax an das entsprechende Gericht zu senden und dass im Fristenbuch notierte Fristen erst nach Kontrolle des Sendeberichts zu streichen sind. **Einer weitergehenden Anordnung des Rechtsanwalts, dass sich die Angestellten bei Übermittlung eines Schriftsatzes per Telefax vor Streichung der Frist im Fristenkalender über die Überprüfung des Sendeberichts und einen Abgleich mit diesem hinaus anhand der Sachakten zu vergewissern haben, dass nichts mehr zu veranlassen ist, bedarf es in diesem Zusammenhang nicht.**

2. Die Rechtsbeschwerde ist aber nicht begründet. Das Berufungsgericht hat die beantragte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand im Ergebnis zu Recht versagt (§ 233 ZPO) und die Berufung infolgedessen zutreffend als unzulässig verworfen (§ 522 Abs. 1 ZPO).

a) Wiedereinsetzung in den vorigen Stand kann nicht gewährt werden, wenn nach den glaubhaft gemachten Tatsachen die Möglichkeit offenbleibt, dass die Fristversäumung vom Prozessbevollmächtigten der Partei verschuldet war (vgl. *BGH, Beschl. v. 5.9.2012 – VII ZB 25/12, NJW 2012, 3516 Rdnr. 9; v. 6.4.2011 – XII ZB 701/10, NJW 2011, 1972 Rdnr. 8 m.w.N.*). So liegt der Fall hier.

b) Wie bereits erörtert, **gehört zu einer Ausgangskontrolle eine Anordnung des Rechtsanwalts, durch die gewährleistet wird, dass die Erledigung der fristgebundenen Sachen am Ende eines jeden Arbeitstags anhand des Fristenkalenders von einer damit beauftragten Bürokräft nochmals selbständig überprüft wird** (vgl. *BGH, Beschl. v. 9.12.2014 – VI ZB 42/13, NJW-RR 2015, 442 Rdnr. 8; v. 15.12.2015 – VI ZB 15/15, NJW 2016, 873 Rdnr. 8; v. 25.2.2016 – III ZB 42/15, NJW 2016, 1742 Rdnr. 10; v. 6.4.2016 – VII ZB 7/15 Rdnr. 9; jeweils m.w.N.*). Diese Überprüfung dient auch dazu festzustellen, ob möglicherweise in einer bereits als erledigt vermerkten Fristsache die fristwahrende Handlung noch aussteht. **Deshalb ist dabei, gegebenenfalls anhand der Akten, auch zu prüfen, ob die im Fristenkalender als erledigt gekennzeichneten Schriftsätze tatsächlich abgesandt worden sind** (vgl. *BGH, Beschl. v. 4.11.2014 – VIII ZB 38/14, NJW 2015, 253 Rdnr. 10; v. 15.12.2015 – VI ZB 15/15, NJW 2016, 873 Rdnr. 8; v. 25.2.2016 – III ZB 42/15, NJW 2016, 1742 Rdnr. 10; jeweils m.w.N.*).

Allerdings muss sich die von einem Rechtsanwalt anzuordnende Ausgangskontrolle am Ende eines jeden Arbeitstags im Falle der Übermittlung eines Schriftsatzes per Telefax nicht auf die erneute inhaltliche Überprüfung des Sendeberichts erstrecken (vgl. *BGH, Beschl. v. 23.2.2016 – II ZB 9/15, NJW 2016, 1664 Rdnr. 16, 18*). Hingegen gehört zu der von einem Rechtsanwalt anzuordnenden Ausgangskontrolle am Ende eines jeden Arbeitstags, dass die damit beauftragte Bürokräft überprüft, ob bei Telefaxübermittlung überhaupt ein Sendebericht vorliegt (vgl. *BGH, Beschl. v. 26.4.2012 – V ZB 45/11 Rdnr. 12*).

c) Nach diesen Maßstäben hat der Kläger nicht hinreichend dargelegt und glaubhaft gemacht, dass in der Kanzlei seiner Prozessbevollmächtigten die erforderlichen organisatorischen Vorkehrungen bezüglich der Ausgangskontrolle bei der

Übermittlung von Schriftsätzen per Telefax getroffen worden sind. Zwar wird das Fristenbuch vor Ende eines jeden Arbeitstags, wie der Kläger ebenfalls dargelegt und glaubhaft gemacht hat, von der Büroleiterin bzw. ihrer Vertretung daraufhin geprüft, ob alle Fristen des Tages als endgültig gelöscht sind. **Der Kläger hat indes nicht dargelegt und glaubhaft gemacht, dass sich die Anordnung hinsichtlich der Ausgangskontrolle am Ende eines jeden Arbeitstags darauf erstreckt, dass die damit beauftragte Bürokraft überprüft, ob bei Telefaxübermittlung überhaupt ein Sendebericht vorliegt.**

d) Das schuldhafte Unterlassen der vorstehend genannten Anordnung zur Ausgangskontrolle am Ende eines jeden Arbeitstags lässt sich als Ursache für die Fristversäumung nicht ausschließen. Der Kläger hat einen Sendebericht nicht vorgelegt. Nach dem glaubhaft gemachten Vorbringen des Klägers ist für die Rechtsanwaltsfachangestellte F. nicht mehr aufklärbar, ob sie den Schriftsatz tatsächlich gefaxt hat oder ob ein Übermittlungsfehler vorlag. Danach ist nicht auszuschließen, dass am Ende des Arbeitstags am 13.11.2015 ein Sendebericht nicht existierte. Hätte die mit der Kontrolle am Ende des Arbeitstags beauftragte Bürokraft überprüft, ob überhaupt ein Sendebericht vorlag, hätte ihr das Fehlen eines Sendeberichts auffallen müssen; dann wäre nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge bei ansonsten pflichtgemäßem Verhalten dieser Bürokraft die Berufungsfrist nicht versäumt worden. ■

Anwaltschaftung

- Fristgebundener Schriftsatz
 - Ausgangskontrolle
- (BGH, Beschl. v. 26.7.2016 – VI ZB 58/14)

Leitsatz:

Überträgt eine Kanzleiangestellte die anzuwählende Telefaxnummer des Gerichts aus einem in der Akte befindlichen Schreiben des Gerichts in einen fristgebundenen Schriftsatz, erfordert die Ausgangskontrolle, die Richtigkeit der gewählten Nummer auch nochmals darauf zu kontrollieren, ob sie tatsächlich einem Schreiben des Empfangsgerichts entnommen wurde (Anschluss an BGH, Beschl. v. 14.10.2010 – IX ZB 34/10, NJW 2011, 312). ■

Zum Sachverhalt:

Das LG hat den Beklagten zur Zahlung von 200.000 EUR an die Klägerin verurteilt und festgestellt, dass der Rechtsgrund der Zahlungspflicht des Beklagten in einer vorsätzlichen unerlaubten Handlung liegt. Gegen das ihm am 12.3.2014 zugestellte Urteil hat der Beklagte rechtzeitig Berufung eingelegt. Das Berufungsgericht hat die Berufungsbegründungsfrist bis zum 12.6.2014 verlängert. Die auf den 12.6.2014 datierte Berufungsbegründung ging brieflich am 14.6.2014 auf der gemeinsamen Poststelle Justiz Nürnberg, der sowohl OLG als auch LG angehören, ein. Bereits am 12.6.2014,

einem Donnerstag, um 15.38 Uhr hatte die Prozessbevollmächtigte des Beklagten die Berufungsbegründung per Fax übersandt, aufgrund eines Fehlers ihrer Rechtsanwaltsfachangestellten aber an die Telefaxnummer des LG, nicht des Berufungsgerichts. Das LG leitete die gefaxte Berufungsbegründung mit Verfügung vom Folgetag, Freitag dem 13.6.2014, an das Berufungsgericht.

Die Berufungsbegründung traf am Montag, dem 16.6.2014, bei der gemeinsamen Poststelle Justiz Nürnberg ein. Nach Hinweis der Vorsitzenden des Berufungsgerichts, die Berufungsbegründung sei verspätet, beantragte der Beklagte am 4.7.2014, ihm insoweit Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren und unter Abänderung des landgerichtlichen Urteils die Klage abzuweisen.

Zur Begründung dieses Antrags hat der Beklagte im Wesentlichen ausgeführt, die zuverlässige und sorgfältige Rechtsanwaltsfachangestellte seiner Prozessbevollmächtigten, Frau O., die in der Vergangenheit zu keinerlei Beanstandungen Anlass gegeben habe, sei mit dem Heraussuchen von Anschrift und Telefaxnummer des Berufungsgerichts betraut gewesen. Nach Fertigstellung des Schriftsatzes habe Frau O. die Telefaxnummer des LG eingefügt. Grund für das Versehen sei, dass Frau O. die – ebenfalls falsche – Telefaxnummer aus der Berufungsschrift wiederverwendet habe. Bereits dort habe sie versehentlich die Telefaxnummer des LG eingesetzt. Da die Berufungsschrift fristwährend per Post eingegangen sei, sei dieser Fehler nicht aufgefallen. Frau O. habe bei der Ausgangskontrolle den Sendebericht nur mit der im Schriftsatz eingetragenen Telefaxnummer abgeglichen. Die Rechtsanwaltsfachangestellte habe (mehrfach) weisungswidrig gehandelt.

In der Kanzlei der Prozessbevollmächtigten des Beklagten bestehe die generelle Anweisung, beim Heraussuchen und Ergänzen von Telefaxnummern eines Empfängergerichts die Telefaxnummer anhand des letzten in der Handakte befindlichen, zeitnahen Schreibens dieses Gerichts zu ermitteln. Sofern sich ein solches Schreiben nicht in der Akte befinde, sei die Telefaxnummer auf der Homepage des Empfängergerichts zu ermitteln. Bei der Ausgangskontrolle sei anhand des Sendeberichts zu prüfen, ob die Sendung vollständig beim bezeichneten Empfänger angekommen sei, ob also die Zustellung des Telefaxes mit sämtlichen Seiten korrekt erfolgt sei und ob die richtige, dem Empfängergericht zugeordnete Faxnummer verwendet worden sei. Hierfür werde die Telefaxnummer des Empfängergerichts anhand des letzten in der Akte befindlichen Schreibens dieses Gerichts abgeglichen. Dem Wiedereinsetzungsantrag war eine entsprechende eidesstattliche Versicherung der Frau O. beigefügt.

Mit dem angefochtenen Beschluss vom 20.8.2014 hat das Berufungsgericht die beantragte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand abgelehnt und die Berufung als unzulässig verworfen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, das rechtzeitig eingegangene Wiedereinsetzungsgesuch bleibe in der Sache ohne Erfolg. Die Versäumung der Berufungsbegründungsfrist beruhe auf einem Verschulden der Prozessbevollmächtigten des Beklagten, das dieser sich

nach § 85 Abs. 2 ZPO zurechnen lassen müsse. Es sei durch eine entsprechende Büroorganisation zu gewährleisten gewesen, dass eine Überprüfung der durch Telefax übermittelten fristgebundenen Schriftsätze auf die Verwendung der zutreffenden Empfänger Nummer stattfinde. Vorliegend fehle es an einer ordnungsgemäßen Kanzleiorganisation, weil die eingesetzte Empfangsnummer vom Personal lediglich dahin abzugleichen war, ob sie mit der Nummer aus einem bei der Akte befindlichen – vermeintlich vom Berufungsgericht herführenden – Schreiben übereinstimme, aber die weitergehende Prüfung, wer Absender des Schreibens ist, versäumt worden sei.

Gegen den Beschluss des Berufungsgerichts vom 20.8.2014 wendet sich der Beklagte mit der Rechtsbeschwerde. ■

Aus den Gründen:

Die Rechtsbeschwerde bleibt ohne Erfolg. Sie ist statthaft (§ 522 Abs. 1 Satz 4, § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, § 238 Abs. 2 Satz 1 ZPO), aber unzulässig. Die Voraussetzungen des § 574 Abs. 2 ZPO, die auch bei einer Rechtsbeschwerde gegen einen die Berufung als unzulässig verwerfenden Beschluss gewahrt sein müssen (*Senatsurt. v. 15.12.2015 – VI ZB 15/15, NJW 2016, 873 Rdnr. 5*), sind nicht erfüllt. Eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts ist zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung (§ 574 Abs. 2 Nr. 2 ZPO) nicht erforderlich; insbesondere verletzt der angefochtene Beschluss nicht den Anspruch des Beklagten auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG), effektiven Rechtsschutz und ein faires Verfahren (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip).

1. Das Berufungsgericht weicht – entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde – mit seiner Entscheidung nicht von der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ab.

a) Zutreffend geht es davon aus, dass der Beklagte nicht vorgebracht und glaubhaft gemacht hat, dass ein ursächliches **Verschulden seiner Prozessbevollmächtigten** an der Fristversäumung, das dem Beklagten nach § 85 Abs. 2 ZPO zuzurechnen ist, nicht vorliegt.

Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH muss der Rechtsanwalt bei der Versendung **fristgebundener Schriftsätze** per Telefax durch **organisatorische Vorkehrungen** sicherstellen, dass die Telefaxnummer des angeschriebenen Gerichts verwendet wird (*Senatsbeschl. v. 27.3.2012 – VI ZB 49/11, VersR 2013, 208 Rdnr. 7; v. 12.6.2012 – VI ZB 54/11, VersR 2012, 1411 Rdnr. 7; v. 10.9.2013 – VI ZB 61/12, VersR 2014, 1350 Rdnr. 7*). Weiter ist zu fordern, dass auch bei der Entnahme der Telefaxnummer des Empfangsgerichts aus der Akte den Grundsätzen der selbständigen Prüfung der Empfänger Nummer folgend eine **zweifache Prüfung** durchgeführt wird, ob die gewählte Nummer mit der im Schreiben enthaltenen übereinstimmt und ob es sich bei dem Schreiben tatsächlich um ein solches des Empfängers handelt (*BGH, Urt. v. 14.10.2010 – IX ZB 34/10, NJW 2011, 312 Rdnr. 10; vgl. Senat, Beschl. v. 10.9.2013 – VI ZB 61/12, VersR 2014, 1350, 1351*).

Diesen Anforderungen genüge die Kanzleiorganisation der Prozessbevollmächtigten des Beklagten nicht. **Die Anweisung, die Zuordnung der Telefaxnummer anhand „des letzten in der Akte befindlichen Schreibens dieses Gerichts“ abzugleichen, lässt offen, ob die Herkunft des Schreibens nochmals in einem zweiten Schritt zu überprüfen ist.** Geboten sind aber **klare organisatorische Anweisungen**, deren Verbindlichkeit für die Mitarbeiter außer Frage steht, weil nur so die Wichtigkeit der einzuhaltenden Schritte in der gebotenen Deutlichkeit hervorgehoben wird (*vgl. BGH, Beschl. v. 24.10.2013 – V ZB 154/12, NJW 2014, 1390 Rdnr. 15*).

Zu Recht davon ausgehend, dass **Hilfstätigkeiten geschultem Personal** eigenverantwortlich überlassen werden dürfen (*BGH, Beschl. v. 14.10.2010 – IX ZB 34/10, NJW 2011, 312 Rdnr. 6; v. 9.6.2015 – VIII ZB 100/14, juris Rdnr. 9*), stellt das Berufungsgericht weiter richtig darauf ab, dass das Büropersonal stets wegen der häufig auftretenden Verwechslung der in einem Verfahren beteiligten Instanzgerichte angewiesen werden muss, die angegebene Faxnummer noch einmal auf ihre Zuordnung zu dem vom Rechtsanwalt bezeichneten Empfangsgericht zu überprüfen. Nur so kann die bekannte Fehlerquelle beherrscht werden, dass fristgebundene Rechtsmittelschriften trotz richtiger postalischer Adressierung weiter per Fax an das Gericht der Vorinstanz geleitet werden. Diese Gefahr ist durch die zunehmende Vereinheitlichung des äußeren Erscheinungsbildes der Entscheidungen und Schreiben der Gerichte innerhalb der Bundesländer in den letzten Jahren noch größer geworden. Die genannten Anforderungen gelten auch für die Ausgangskontrolle.

Hätte eine entsprechende klare Anweisung bestanden, wäre der Rechtsanwaltsfachangestellten nicht verborgen geblieben, dass sie – wiederholt – die Telefaxnummer des LG und nicht des Berufungsgerichts eingetragen und verwendet hat. Der Organisationsfehler der Prozessbevollmächtigten des Beklagten ist damit zumindest mitursächlich für den Fehler der Büroangestellten geworden (*vgl. BGH, Beschl. v. 9.6.2015 – VIII ZB 100/14, juris Rdnr. 12; v. 24.10.2013 – V ZB 154/12, NJW 2014, 1390 Rdnr. 15*).

b) Es liegt auch **keine Abweichung von der Entscheidung des erkennenden Senats vom 23.4.2013** (*VI ZB 27/12, VersR 2013, 830*) vor, wonach eine unzumutbare, von Verfassungs wegen nicht hinzunehmende Zugangerschwerung zu den Gerichten vorliegt, wenn bei Bestehen einer gemeinsamen Post- und Faxannahmestelle der Zugang eines Telefaxes bei einem dem Verbund angeschlossenen Gericht nicht auch als Zugang beim ebenfalls der gemeinsamen Annahmestelle angeschlossenen Empfängergericht gewertet wird (*vgl. BVerfG, 1 BvR 1784/05, auszugsweise abgedruckt in NJW-RR 2008, 446*). LG und Berufungsgericht teilen sich – mit anderen Justizbehörden – eine gemeinsame Postannahmestelle. Feststellungen zu einer gemeinsamen Telefaxannahmestelle liegen nicht vor. Zu Recht weist die Rechtsbeschwerdeerwiderung zudem darauf hin, dass der Beklagte in seinem Vortrag zur Wiedereinsetzung selbst davon ausgeht, dass das Telefax an die falsche Telefaxnummer gesandt wurde mit der Folge, dass die Berufungsbegründung verspätet beim zuständigen Gericht eingegangen ist.

c) Aus den gleichen Erwägungen heraus liegt der angefochtenen Entscheidung kein Rechtsanwendungsfehler zugrunde, der eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts erfordert. Das Berufungsgericht stellt den von der Rechtsbeschwerde monierten – unzutreffenden – Obersatz, es gebe keine Vermutung, dass das Fax beim richtigen Empfängergericht eingegangen sei, wenn Gerichte sich Gebäude teilen und sich kein Eingangsstempel auf dem Telefax befinde, nicht auf. Der Beklagte geht selbst davon aus, dass das Faxschreiben versehentlich an das LG gerichtet worden ist.

2. Die in der Rechtsbeschwerde erhobene Rüge der Verletzung von Verfahrensgrundrechten erweist sich ebenfalls nicht als durchgreifend.

a) Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde liegt keine grundlegende Verkenntung der Rechtsprechung vor. Wie dargelegt, geht das Berufungsgericht in Einklang mit den Grundsätzen der höchstrichterlichen Rechtsprechung davon aus, dass die Prozessbevollmächtigte des Beklagten eine Kanzleiorganisation, die den strengen Anforderungen zur Vermeidung einer Fehlleitung fristwahrender Schriftsätze per Telefax genügt, nicht vorgetragen hat.

b) Soweit die Rechtsbeschwerde geltend macht, es sei unberücksichtigt geblieben, dass der Beklagte davon ausgehen durfte, dass die an das falsche Gericht gefaxte Berufungsbeurteilung noch am gleichen Tag beim Empfängergericht eingehe, überspannt sie die allgemeine Fürsorgepflicht der Gerichte (vgl. *Senatsbeschl. v. 15.6.2004 – VI ZB 75/03*, *VersR 2005, 247*; *BGH, Beschl. v. 19.12.2012 – XII ZB 61/12*, *NJW-RR 2013, 701*; *BVerfG, NJW 2006, 1579*). **Zutreffend geht die Rechtsbeschwerde im Ansatz davon aus, dass Gerichte fehlgeleitete Schriftsätze im üblichen Geschäftsgang an das zuständige Gericht weiterleiten. Es besteht aber grundsätzlich keine Verpflichtung der Gerichte, fehlerhaft adressierte Schriftsätze, die am Tag des Fristablaufs und zumal zum Ende der normalen Geschäftszeiten eingehen, ohne Zuständigkeitskontrolle, gleichsam von Hand zu Hand an den vom Absender intendierten Empfangsort zu bringen.** Jedenfalls mit der Übersendungsverfügung vom Folgetag, dem 13.6.2014, hat das LG hier seiner Fürsorgepflicht durch eine Weiterleitung im Rahmen des üblichen Geschäftsganges genügt. ■

Anwaltschaftung

- Abmahnung
- Garantenpflicht gegenüber dem Abgemahnten
- Deliktische Haftung
- Eingerichteter und ausgeübter Gewerbebetrieb (*BGH, Urt. v. 1.12.2015 – X ZR 170/12*)

Leitsätze:

1. Den vom Schutzrechtsinhaber im Hinblick auf eine Schutzrechtsverwarnung eingeschalteten Rechtsanwalt trifft gegenüber dem später Verwarnten eine Garantenpflicht dahin, den Schutzrechtsinhaber nicht in einer die

Rechtslage unzutreffend einschätzenden Weise über die Berechtigung der Schutzrechtsverwarnung zu beraten.

2. Geht die unberechtigte Schutzrechtsverwarnung auf eine fahrlässig unzutreffende Rechtsberatung des Schutzrechtsinhabers durch einen Rechtsanwalt zurück, kann der Rechtsanwalt neben dem Schutzrechtsinhaber unter dem Gesichtspunkt eines rechtswidrigen und schuldhaften Eingriffs in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb zum Schadenersatz verpflichtet sein.

3. Hat der Rechtsanwalt den Schutzrechtsinhaber bei unklarer Rechtslage auf alle wesentlichen Gesichtspunkte hingewiesen, die für oder gegen eine Verletzung des Schutzrechts sprechen, und entscheidet sich der Schutzrechtsinhaber trotz der aufgezeigten Bedenken dazu, die Verwarnung auszusprechen, kommt eine Haftung des Rechtsanwalts wegen unberechtigter Schutzrechtsverwarnung nach § 823 Abs. 1 BGB regelmäßig nicht in Betracht. ■

Zum Sachverhalt:

Die Klägerin und die Beklagte zu 1) sind im Bereich der Satellitenempfangstechnik geschäftlich tätig. Die Beklagte zu 1) war Inhaberin des am 18.2.1999 erteilten deutschen Patents 4404... (im Folgenden nur: Patent), das eine Antennenanordnung für Satellitenempfänger betrifft.

Die im vorliegenden Rechtsstreit allein interessierenden Patentansprüche 3 und 4 des Patents lauteten:

„3. Verfahren zur Übermittlung von Steuersignalen von einem Wiedergabegerät mit einem der Erzeugung eines den Sendebereich bestimmenden Dauersignals für einen Empfangskonverter dienenden Generator an eine Empfangssteuer-einheit über ein Koaxialkabel zur Übermittlung der Empfangssignale und der Sendebereichssteuersignale, dadurch gekennzeichnet, dass bei Programmumschaltung von dem Wiedergabegerät das Dauersignal zur Bestimmung des Sendebereichs gemäß einer Steuersequenz kurzzeitig ein- oder mehrmals unterbrochen wird, wenn es im eingeschalteten Zustand ist, bzw. angeschaltet wird, wenn es in einem ausgeschalteten Zustand ist, und dass die Empfangssteuer-einheit diese Signale zur Steuerung der Antenne empfängt und den Empfangskonverter auf die gewünschte Position einstellt.“

4. Verfahren nach Anspruch 1, dadurch gekennzeichnet, dass die Einstellung der Position durch Abfragen der Ist-Position des Empfangskonverters, Auslesen einer Soll-Position aus dem Speicher und Regelung des Motors entsprechend der Abweichung zwischen Soll- und Ist-Position erfolgt.“

Das Patent ist vom Bundespatentgericht mit Urteil vom 29.4.2009 im Umfang der Patentansprüche 3 und 4 für nichtig erklärt worden; die dagegen eingelegte Berufung hat der BGH mit Urteil vom 27.10.2011 (*X ZR 94/09*) zurückgewiesen.

Im Februar 2007 ließ die Beklagte zu 1) durch ein Drittunternehmen zahlreiche Abnehmer der Klägerin aus dem Fachhandel zur Abgabe eines schriftlichen Angebots über eine drehbare Satellitenanlage auffordern. Abnehmer der Klägerin, die daraufhin ein Angebot machten, wurden im März 2007 von dem Beklagten zu 2), der mit der Beklagten zu 3) eine Rechtsanwaltskanzlei betreibt, als anwaltlicher Vertreter der Beklagten zu 1) wegen unmittelbarer Verletzung des Patents abgemahnt. Mit Schreiben vom 2.4.2007 legitimierte sich der vorinstanzliche Prozessbevollmächtigte der Klägerin gegenüber der Beklagten zu 1) und wies die Abmahnung für 400 Abnehmer der Klägerin zurück, nachdem die Klägerin eine entsprechende Kostenübernahmeerklärung abgegeben und ihre Abnehmer entsprechend informiert hatte.

Die Klägerin erwirkte beim LG Düsseldorf am 22.3.2007 eine einstweilige Verfügung, mit der der Beklagten zu 1) Abmahnungen mit dem ausgesprochenen Inhalt untersagt wurden, weil allenfalls eine mittelbare Patentverletzung seitens der verwarnen Abnehmer in Frage komme, diese aber wegen unmittelbarer Patentverletzung verwarnen worden seien. Die Beklagte zu 1) gab daraufhin eine entsprechende Unterlassungserklärung ab. Im Widerspruchsverfahren stellte das LG die Erledigung des Verfügungsverfahrens in der Hauptsache fest. Die dagegen gerichtete Berufung der Beklagten zu 1) blieb ohne Erfolg.

Mit Schreiben vom 22.6.2007 mahnte der Beklagte zu 2) als anwaltlicher Vertreter der Beklagten zu 1) die Abnehmer der Klägerin nunmehr wegen mittelbarer Patentverletzung ab. Nach erneuter Kostenübernahmeerklärung und Information der Abnehmer legitimierte sich der vorinstanzliche Prozessbevollmächtigte der Klägerin wiederum gegenüber der Beklagten zu 1) und wies die Abmahnungen für 313 Abnehmer zurück.

Die Klägerin erwirkte am 4.7.2007 eine weitere einstweilige Verfügung, mit der der Beklagten zu 1) verboten wurde, Händler wie erfolgt abzumahnern, weil nicht darauf hingewiesen worden sei, dass das LG Mannheim in einem Verletzungsverfahren mit Urteil vom 6.10.2006 die Ansicht vertreten habe, die Verfahrenslehre nach Anspruch 3 des Patents werde durch Empfangsanlagen für mehrere Satelliten (Multifeed-Anlagen) nicht angewendet. Der dagegen eingelegte Widerspruch der Beklagten zu 1) blieb ebenso ohne Erfolg wie die gegen das Urteil des LG eingelegte Berufung. Später entschied das OLG Karlsruhe im Hauptsacheverfahren mit Urteil vom 25.2.2009, dass Patentanspruch 3 auch durch das Anbieten und Liefern von Multifeed-Anlagen verletzt werde.

Die Klägerin nimmt die Beklagten auf Schadenersatz wegen unberechtigter Schutzrechtsverwarnungen in Höhe von 1.500.000 EUR in Anspruch. Das LG hat die Beklagte zu 1) zur Zahlung von 272.800 EUR verurteilt und die Klage im Übrigen abgewiesen. Nach Einlegung der Berufung durch die Klägerin ist über das Vermögen der Beklagten zu 1) das Insolvenzverfahren eröffnet und der Rechtsstreit insoweit unterbrochen worden. Hinsichtlich der gegen die Beklagten

zu 2) und 3 gerichteten Klage hat das Berufungsgericht die Berufung zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die vom Senat zugelassene Revision der Klägerin, mit der sie ihren Berufungsantrag insoweit weiterverfolgt. ■

Aus den Gründen:

Über die Revision der Klägerin ist antragsgemäß durch Versäumnisurteil zu entscheiden, da die Beklagten zu 2) und 3) im Verhandlungstermin säumig waren. Trotz der Säumnis der Revisionsbeklagten beruht das Urteil auf einer vollständigen rechtlichen Nachprüfung im Umfang der Anfechtung (vgl. *nur BGH, Urt. v. 13.9.2005 – X ZR 62/03, GRUR 2006, 223 m.w.N.*). Diese führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I. Das Berufungsgericht hat die Klageansprüche für unbegründet erachtet, da sich die Rechtsprechung des BGH, wonach in der unberechtigten Abmahnung eines Abnehmers ein zum Schadenersatz verpflichtender Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb liegen könne, auf die Haftung des an der Abmahnung beteiligten Rechtsanwalts nicht übertragen lasse. Bei der insoweit erforderlichen Gesamtabwägung seien die spezifischen Interessen des Rechtsanwalts mit zu berücksichtigen. Für diesen führt eine persönliche Haftung zu unabsehbaren Risiken, die nach den Gesamtumständen und im Hinblick auf die von ihm zu erzielenden Gebühren als Korrelat seiner Haftung nicht zu rechtfertigen seien.

Die Aufgabe des Anwalts bestehe darin, seinen Mandanten sachgerecht über die mit der Verwarnung verbundenen Risiken aufzuklären. Unterlasse er dies und müsse der Mandant sodann wegen der unberechtigten Verwarnung Schadenersatz leisten, könne er den Anwalt in Regress nehmen. Auch könne der Anwalt sein Haftungsrisiko gegenüber dem Dritten nicht beschränken, sondern allenfalls eine Haftungsfreistellung mit seinem Mandanten vereinbaren. Durch die Einschaltung eines Rechtsanwalts bei Ausspruch der Verwarnung werde für den Gegner kein besonderer Vertrauensstatbestand geschaffen, der eine eigene Haftung des Rechtsanwalts begründen könne. Der Verwarnte müsse vielmehr damit rechnen, dass der Beauftragte seines Gegners zur Verfügung stehende Spielräume zugunsten seines Mandanten nutze.

Gegen die Annahme einer deliktischen Haftung des Rechtsanwalts unter dem Gesichtspunkt eines Eingriffs in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb spreche auch, dass ein Rechtsanwalt, der im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit lediglich die wettbewerblichen Interessen seines Auftraggebers vertrete, mangels Absatzförderungszusammenhang nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG nicht nach lauterkeitsrechtlichen Vorschriften hafte. Einem Rechtsanwalt als beruflichem Berater und Vertreter seines Mandanten müsse mit Blick auf Art. 12 GG außerhalb von rechtlich geordneten Verfahren in allen Rechtsangelegenheiten die unerlässliche Äußerungsfreiheit zukommen, die seine Stellung als unabhängiges Organ der Rechtspflege erfordere.

Es lägen auch keine besonderen Umstände vor, die ausnahmsweise eine abweichende Beurteilung der Interessenlage und damit ein entsprechendes Ausgleichsbedürfnis rechtfertigen könnten. Insbesondere habe der Beklagte zu 2) die Verwarnung nicht ohne Auftrag oder bewusst in Kenntnis der fehlenden Berechtigung ausgesprochen. Es gebe keine Anhaltspunkte dafür, dass der Beklagte zu 2) zum Zeitpunkt der Verwarnungen Kenntnis davon gehabt habe, dass das Patent zu Unrecht erteilt worden sei. Es könne auch nicht angenommen werden, dass der Beklagte die Abmahnungen bewusst fehlerhaft vorgenommen habe, um auf die Abnehmer der Klägerin in einer besonders schwerwiegenden Weise einzuwirken.

Dass in der Verwarnung vom 12.3.2007 zu Unrecht eine Unterlassungserklärung auch für andere Benutzungshandlungen als die des Anbietens und Vertreibens verlangt worden sei, könne die verwarnen Fachhändler in ihrer Reaktion auf die Abmahnung nicht maßgeblich beeinflusst haben. Dass nach zwei Entscheidungen des LG Mannheim Multi-feed-Anlagen vom Schutzbereich des Patents ausgenommen gewesen seien, werde in der Verwarnung vom 22.6.2007 zwar nicht ausdrücklich erwähnt, die Formulierung der verlangten Unterlassungserklärung habe diesem Umstand aber Rechnung getragen, so dass auch hier der „Überschuss“ der Verwarnung für deren Wirkung ohne wesentliche Bedeutung gewesen sei.

II. Diese Beurteilung hält der revisionsrechtlichen Überprüfung in einem entscheidenden Punkt nicht stand.

1. Zu Recht rügt die Revision die Ausführungen des Berufungsgerichts als rechtsfehlerhaft, wonach der Beklagte zu 2) als von der Beklagten zu 1) eingeschalteter Rechtsanwalt nur bei vorsätzlichem Verhalten zum Schadenersatz wegen Eingriffs in den **engerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb** der Klägerin durch unberechtigte Verwarnung aus dem Patent der Beklagten zu 1) nach § 823 Abs. 1 BGB verpflichtet sei. Eine Haftung des Beklagten zu 2) sowie der Beklagten zu 3) als dessen Sozia in analoger Anwendung von § 128 HGB i.V.m. § 31 BGB (vgl. BGH, *Urt. v. 3.5.2007 – IX ZR 218/05*, BGHZ 172, 169 Rdnr. 23) kommt auch dann in Betracht, wenn die unberechtigte Verwarnung auf einer die Rechtslage **fahrlässig falsch einschätzenden Beratung** der Beklagten zu 1) durch den Beklagten zu 2) beruht.

a) In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass die unberechtigte Verwarnung aus einem gewerblichen Schutzrecht unter dem Gesichtspunkt eines **rechtswidrigen und schuldhaften Eingriffs in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb** zum Schadenersatz verpflichten kann.

Dem liegt die Erwägung zugrunde, dass der notwendige Ausgleich zwischen dem durch Art. 14 GG verfassungsrechtlich geschützten Interesse des Schutzrechtsinhabers, sein Recht geltend machen zu können, und dem gleichfalls durch das Grundgesetz geschützten Interesse des Wettbewerbs, sich außerhalb des Schutzbereichs bestehender Rechte unter Beachtung der Gesetze frei entfalten zu können, nicht mehr wirksam gewährleistet wäre, wenn es dem Schutzrechts-

inhaber gestattet wäre, Schutz in einem Umfang zu beanspruchen, der ihm nicht zusteht, und wenn er den wirtschaftlichen Nutzen aus einer schuldhaften Verkennung des Umfangs des ihm zustehenden Schutzes ziehen dürfte, ohne für einen hierdurch verursachten Schaden seiner Mitbewerber eintreten zu müssen (BGH, *Beschl. v. 15.7.2005 – GSZ 1/04*, BGHZ 164, 1 Rdnr. 15 – Unberechtigte Schutzrechtsverwarnung).

b) Bei dem Eingriff in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb durch unberechtigte Schutzrechtsverwarnung handelt es sich um einen den **absoluten Schutzrechten des § 823 Abs. 1 BGB gleichgestellten objektiven Tatbestand**. Die Erwägung, dass der Schutzrechtsinhaber nicht nur die Vorteile des ihm eingeräumten Ausschließlichkeitsrechts genießen darf, sondern als Korrelat zu dieser bevorzugten Stellung auch die Gefahren tragen muss, welche mit der Behauptung seines Ausschließlichkeitsrechts verbunden sind (vgl. BGH, *a.a.O.*, Rdnr. 14 – Unberechtigte Schutzrechtsverwarnung), schließt nicht aus, dass neben diesem auch andere an der Schutzrechtsverwarnung beteiligte Personen zum Schadenersatz verpflichtet sein können.

Zwar mag es sein, dass es im Allgemeinen der Schutzrechtsinhaber ist, dem die größten Vorteile aus einer unberechtigten Schutzrechtsverwarnung erwachsen. Für die deliktsrechtliche Haftung kommt es jedoch nicht darauf an, wer am meisten von dem unerlaubten Verhalten profitiert. Maßgeblich ist vielmehr, ob jemand nach allgemeinen deliktsrechtlichen Grundsätzen als Täter oder Teilnehmer (§ 30 BGB) an dem unerlaubten Verhalten eines Dritten beteiligt ist (BGH, *Urt. v. 18.6.2014 – I ZR 242/12*, BGHZ 201, 344 Rdnr. 13 – Geschäftsführerhaftung; *Urt. v. 27.11.2014 – I ZR 124/11*, Rdnr. 83, GRUR 2015, 672 – Videospiel-Konsolen II).

Danach kann sich eine Haftung nicht nur aus einem positiven Tun, sondern auch aus einem Unterlassen ergeben, wenn der Täter aufgrund einer Garantenstellung verpflichtet ist, eine Gefährdung oder Verletzung der durch § 823 Abs. 1 BGB geschützten Rechte Außenstehender abzuwenden (BGH, *Urt. v. 5.12.1989 – VI ZR 335/88*, BGHZ 109, 297, 303; *Urt. v. 10.7.2012 – VI ZR 341/10*, BGHZ 194, 26 Rdnr. 18; BGHZ 201, 344 Rdnr. 16 – Geschäftsführerhaftung).

c) **Den vom Schutzrechtsinhaber im Hinblick auf eine Schutzrechtsverwarnung eingeschalteten Rechtsanwalt trifft gegenüber dem später Verwarnen eine solche Garantenstellung.**

Aus ihr ergibt sich die Verpflichtung des Rechtsanwalts, es zu unterlassen, den Schutzrechtsinhaber in einer die Rechtslage unzutreffend oder unvollständig darstellenden Weise über die Berechtigung der Schutzrechtsverwarnung zu beraten.

a) **Allerdings ist der bei einer Schutzrechtsverwarnung von dem Schutzrechtsinhaber beauftragte Rechtsanwalt vertraglich nur seinem Mandanten gegenüber verpflichtet, diesen zutreffend und umfassend über die Schutzrechtslage zu beraten.** Diese Verpflichtung ist vergleichbar derjenigen des **Geschäftsführers einer GmbH**, der aufgrund seiner Organstellung ebenfalls grundsätzlich nur gegenüber der Gesellschaft zur ordnungsgemäßen Führung der Geschäfte gehalten ist

(BGHZ 109, 297, 303; Urt. v. 13.4.1994 – II ZR 16/93, BGHZ 125, 366, 375; BGHZ 194, 26 Rdnr. 23; BGHZ 201, 344 Rdnr. 23 – Geschäftsführerhaftung; BGH, Urt. v. 15.12.2014 – X ZR 30/14, juris Rdnr. 111 – Glasfasern II [für BGHZ vorgesehen]).

(b) Nach gefestigter Rechtsprechung haftet der Geschäftsführer jedoch darüber hinaus auch gegenüber Dritten persönlich, wenn ihm eine über die Organstellung hinausgehende Garantenstellung zukommt, die ihn zum Schutz Außenstehender vor der Gefährdung oder Verletzung ihrer durch § 823 Abs. 1 BGB geschützten Rechte verpflichtet (BGHZ 109, 297, 303; 125, 366, 375; BGH, Urt. v. 15.12.2014 – X ZR 30/14, Rdnr. 111 – Glasfasern II).

Eine solche Garantenstellung kann sich beim Geschäftsführer aus einer mit dessen Zuständigkeit für die Organisation und Leitung und der daraus erwachsenden persönlichen Einflussnahme auf die Gefahrenabwehr und -steuerung verbundenen persönlichen Verantwortung für fremde absolut geschützte Rechte ergeben. In dieser Beziehung gilt letztlich im Grundsatz nichts anderes als für jeden anderen für ein Unternehmen Tätigen, soweit sich dessen Aufgabenbereich auf die Wahrung deliktischer Integritätsinteressen Dritter erstreckt (BGHZ 109, 297, 303).

(c) Der Rechtsanwalt, der den Schutzrechtsinhaber im Hinblick auf eine Schutzrechtsverwarnung rechtlich berät, hat aufgrund seines Mandats gleichfalls erhebliche Möglichkeiten der Abwehr und Steuerung im Hinblick auf die Vermeidung eines Eingriffs in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb eines Dritten durch eine unberechtigte Verwarnung. Auch von ihm kann und muss daher erwartet werden, das Mandat so auszuüben, dass sich der Schutzrechtsinhaber nicht unter dem Eindruck einer die Rechtslage falsch einschätzenden Beratung dazu entschließt, einen Dritten unberechtigt wegen der Verletzung seines Schutzrechts abzumahnen und dadurch in dessen Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb einzugreifen. **Den Rechtsanwalt trifft insoweit eine Garantenpflicht gegenüber dem von einer unberechtigten Schutzrechtsverwarnung betroffenen Dritten, den Schutzrechtsinhaber rechtlich zutreffend und umfassend über die Berechtigung der Schutzrechtsverwarnung zu beraten.**

Erklärt der Rechtsanwalt eine Schutzrechtsverwarnung für rechtlich unbedenklich und entscheidet sich der Schutzrechtsinhaber infolgedessen, einen vermeintlichen Verletzer zu warnen, beruht der Eingriff in die Rechte Dritter auf einer zumindest **fahrlässigen Verkennung der Rechtslage** durch den Rechtsanwalt, wenn die Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt der Beratung Anlass gab, eine Verletzung des Schutzrechts zu verneinen oder jedenfalls für zweifelhaft zu halten.

Hat der Rechtsanwalt hingegen den Schutzrechtsinhaber **bei unklarer Rechtslage auf alle wesentlichen Gesichtspunkte hingewiesen**, die für oder gegen eine Verletzung des Schutzrechts sprechen, und entscheidet sich der Schutzrechtsinhaber trotz der aufgezeigten Bedenken dazu, die Verwarnung

durchzuführen, **kommt eine Haftung des Rechtsanwalts wegen unberechtigter Verwarnung nach § 823 Abs. 1 BGB regelmäßig nicht in Betracht, weil die Verwarnung dann nicht auf einer die Rechtslage fahrlässig falsch einschätzenden Beratung im Verantwortungsbereich des Rechtsanwalts beruht, sondern auf einer Entscheidung des Schutzrechtsinhabers**, die dieser nach Beratung durch den Rechtsanwalt in Kenntnis der ihm zutreffend und vollständig dargestellten unklaren Rechtslage getroffen hat.

(d) Letzteres gilt auch dann, wenn es nicht der Schutzrechtsinhaber selbst ist, der die Verwarnung gegenüber dem Dritten ausspricht, sondern diese durch den Rechtsanwalt auf Weisung des Schutzrechtsinhabers in dessen Namen ausgesprochen wird. Denn als unabhängiges Organ der Rechtspflege ist es die Aufgabe des Rechtsanwalts, die Interessen seines Mandanten zu vertreten und wahrzunehmen, um dessen Rechte zu wahren und zu verfolgen. Soweit er sich im Auftrag und im Namen eines Mandanten äußert, wird er nicht in eigener Sache tätig, sondern in seiner Funktion als Rechtsanwalt und Vertreter seines Mandanten. In der Rechtsprechung ist daher anerkannt, dass sich ein Rechtsanwalt einen Sachverhalt, den ihm sein Mandant geschildert hat, regelmäßig nicht als persönliche Behauptung zu Eigen macht, wenn er diesen wiedergibt (BGH, Urt. v. 16.11.2004 – VI ZR 293/03, NJW 2005, 279, 281; vgl. auch BVerfG, Beschl. v. 16.7.2003 – 1 BvR 801/03, NJW 2003, 3263).

Bei einer von einem Rechtsanwalt im Auftrag seines Mandanten ausgesprochenen Schutzrechtsverwarnung kommt zu der bloßen Wiedergabe eines Sachverhalts eine rechtliche Bewertung einer Tatsachenbehauptung im Hinblick auf die Schutzrechtsverletzung und die Aufforderung zur Unterlassung hinzu. Dies ändert aber nichts daran, dass sich der Rechtsanwalt, der bei Ausspruch der Schutzrechtsverwarnung im Namen des Schutzrechtsinhabers auftritt, erkennbar nicht in eigener Sache, sondern im Interesse seines Mandanten äußert und deshalb ausschließlich in seiner Funktion als Rechtsanwalt und Vertreter seines Mandanten tätig wird, weshalb ihm die Verwarnung auch grundsätzlich so lange nicht als eigene zugerechnet werden kann, als er nicht in Kenntnis der fehlenden Berechtigung der Schutzrechtsverwarnung handelt. Eine Garantenpflicht gegenüber dem Verwarnen verletzten der Rechtsanwalt hierdurch auch dann nicht, wenn sich die Verwarnung als objektiv unberechtigt erweist.

2. Die von der Revision erhobene Rüge, die Feststellung des Berufungsgerichts, der Beklagte zu 2) habe die Verwarnungen nicht im Bewusstsein von deren fehlender Berechtigung ausgesprochen, beruhe auf einer unzureichenden Ausschöpfung des unter Beweis gestellten Vorbringens der Klägerin, greift hingegen nicht durch.

a) Bei der ersten Verwarnung vom 12.3.2007 hat das Berufungsgericht berücksichtigt, dass gegenüber den Abnehmern der Klägerin neben dem Anbieten und Vertreiben auch Benutzungshandlungen beanstandet wurden, deren Unterlassung bei der allein in Betracht kommenden mittelbaren Patentverletzung nicht verlangt werden konnten. Es hat in

diesem „Überschuss“ aber keinen Umstand gesehen, der geeignet gewesen wäre, die Entscheidung der Einzelhändler, wie sie auf die Verwarnung reagieren sollten, maßgeblich zu beeinflussen, und deshalb angenommen, dass die Verwarnung von dem Beklagten zu 2) nicht in dem Bewusstsein ihrer Nichtberechtigung verfasst worden sein könne. Dies lässt keinen Rechtsfehler erkennen.

Wenn die Revision demgegenüber die unberechtigte Beanstandung einzelner Benutzungshandlungen in der Verwarnung betont und daraus ein Bewusstsein von der fehlenden Berechtigung der Verwarnung ableiten will, setzt sie nur ihre eigene Wertung an die Stelle der tatrichterlichen Würdigung.

b) Im Hinblick auf die zweite Verwarnung vom 22.6.2007 hat das Berufungsgericht angenommen, dass darin zwar zwei Entscheidungen des LG Mannheim nicht erwähnt wurden, nach denen Multifeed-Anlagen von der Lehre des Patents keinen Gebrauch machen. Da die verlangte Unterlassungserklärung aber so formuliert worden sei, dass Multifeed-Anlagen davon nicht erfasst würden, ist nach Ansicht des Berufungsgerichts auch hier der „Überschuss“ der Verwarnung für deren Wirkung ohne wesentliche Bedeutung gewesen bzw. diese von dem Beklagten zu 2) nicht im Bewusstsein ihrer fehlenden Berechtigung ausgesprochen worden.

Auch diese Bewertung rügt die Revision ohne Erfolg. Zwar findet sich in der zweiten Verwarnung darüber hinaus die Ausführung des Beklagten zu 2), dass „unserer Ansicht nach“ auch durch eine Multifeed-Anlage von der Lehre des Patents Gebrauch gemacht werde. Das stellt die tatrichterliche Würdigung des Berufungsgerichts, dass eine vorsätzlich fehlerhafte Darstellung der Rechtslage nicht festgestellt werden kann, jedoch nicht in Frage, zumal das OLG Karlsruhe in seinem Urteil vom 25.2.2009 zu einer im Ergebnis gleichen Beurteilung gekommen ist. Daran ändert auch der weiterhin von der Revision angeführte Umstand nichts, dass der Beklagte zu 2) als Prozessbevollmächtigter in den beiden Verfahren vor dem LG aufgetreten war.

c) Die Revision beanstandet ebenfalls ohne Erfolg, dass das Berufungsgericht die Haftung der Beklagten zu 2) und 3) wegen unberechtigter Abnehmerverwarnung nach § 826 BGB verneint hat. Das Berufungsgericht hat insoweit ausgeführt, dass gegen ein kollusives Zusammenwirken der Beklagten bei Ausspruch der Verwarnung auch das Vorbringen der Klägerin spreche, wonach die insolvente Beklagte zu 1) mit dem Beklagten zu 2) einen Vergleich über eine Zahlung durch den Beklagten zu 2) wegen anwaltlicher Falschberatung geschlossen und dieser die Vergleichssumme an die beiden geschäftsführenden Gesellschafter und deren Ehefrauen als stille Gesellschafterinnen gezahlt habe.

Selbst wenn demgegenüber mit der Revision angenommen wird, dass der Vergleich für die Beklagte zu 1) wirtschaftlich nachteilig gewesen ist, weil der Beklagte zu 2) danach aus der Haftung entlassen wurde, während die Vergleichssumme nicht dieser, sondern ihren Gesellschaftern zufluss, musste das Berufungsgericht hieraus nicht den Schluss ziehen, dass

die Beklagten schon bei Ausspruch der Verwarnung kollusiv zum Nachteil der Klägerin zusammengewirkt haben.

d) Schließlich kann der Revision auch nicht darin beigetreten werden, dass das Berufungsgericht das auf Seiten des Beklagten zu 2) bestehende wirtschaftliche Eigeninteresse nicht genügend in den Blick genommen habe. Auch wenn auf Grundlage des Vorbringens der Klägerin angenommen wird, dass der Beklagte zu 2) für die Beklagte zu 1) im März 2007 wenigstens 440 Verwarnungen ausgesprochen wurden, für die jeweils eine Kostenerstattung in Höhe einer 1,3-Geschäftsgebühr aus einem Gegenstandswert von 25.000 EUR verlangt wurde, und im Juni 2007 jedenfalls 313 weitere Verwarnungen abgesetzt wurden, die jeweils mit einer 2,0-Geschäftsgebühr bei einem Wert von 100.000 EUR abgerechnet wurden, ist es revisionsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn das Berufungsgericht hieraus nicht gefolgert hat, dass dem Beklagten zu 2) bewusst gewesen sein müsse, dass es sich um unberechtigte Schutzrechtsverwarnungen gehandelt habe. (...) ■

Verjährungsrecht

- Einrede der Verjährung
- Güteverfahren
- Rechtsmissbrauch

(OLG Schleswig-Holstein, Urt. v. 4.8.2016 – 5 U 2/16)

Leitsatz (d. Red.):

Die Anrufung einer Gütestelle zum Zwecke der Verjährungshemmung ist rechtsmissbräuchlich, wenn schon vor der Einreichung des Güteantrags feststeht, dass der Antragsgegner nicht bereit ist, an einem Güteverfahren mitzuwirken und sich auf eine außergerichtliche Einigung einzulassen, und er dies dem Antragsteller schon im Vorfeld in deutlicher Weise mitgeteilt hat. ■

Zum Sachverhalt:

Die Klägerin macht Schadenersatzansprüche aus einer Anlageberatung geltend. Wegen des Sachverhalts und der erstinstanzlichen Anträge wird auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil Bezug genommen.

Das LG hat die Klage abgewiesen und zur Begründung ausgeführt: Die Klage sei unbegründet. Ansprüche der Klägerin seien zwar nicht aufgrund des vor dem LG Köln geschlossenen Vergleichs ausgeschlossen. Etwaige Schadenersatzansprüche seien aber auch unter Berücksichtigung des Güteverfahrens gemäß § 199 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BGB verjährt.

Hiergegen wendet sich die Klägerin mit ihrer Berufung, zu deren Begründung sie ausführt: Die Verjährungsfrist habe nicht bereits mit der Unterzeichnung der Beitrittserklärung durch die Klägerin am 28.10.2003 begonnen; abzustellen sei vielmehr auf den Vertragsschluss, also auf den Tag der

Annahme durch die Fondsgesellschaft, hier am 26.11.2003. Der Güteantrag sei am 28.10.2013 und damit 31 Kalendertage vor Ablauf der Höchstverjährung gestellt worden; diese 31 Tage seien nach dem Ende der Hemmung zu berücksichtigen. Die sechsmonatige Nachlauffrist des § 204 Abs. 2 Satz 1 BGB habe erst zu dem Zeitpunkt begonnen, in dem die Gütestelle die Bekanntgabe der Weigerung der Beklagten an die Prozessbevollmächtigten der Klägerin veranlasst habe.

Das sei ausweislich der Anlage am 7.1.2014 der Fall gewesen. Selbst wenn im ungünstigsten Fall davon auszugehen wäre, dass sofort am 6.12.2013 die Gütestelle die Feststellung des Scheiterns des Verfahrens und dessen Bekanntgabe veranlasst hätte, hätte auch mit Blick auf die Beklagte zu 2) die Hemmung der Verjährung frühestens am 7.7.2014 enden können.

(Anträge: ...) ■

Aus den Gründen:

Die zulässige Berufung ist unbegründet. Das LG hat die Klage mit Recht abgewiesen. Die zulässige Klage ist sowohl gegenüber der Beklagten zu 1) (dazu unter 1.) als auch gegenüber der Beklagten zu 2) (dazu unter 2.) unbegründet. Mögliche Ansprüche der Klägerin gegen die Beklagten sind nicht durchsetzbar, weil die von beiden Beklagten erhobene Einrede der Verjährung durchgreift.

1. Mögliche Ansprüche der Klägerin gegen die Beklagte zu 1) sind nicht durchsetzbar. Die Beklagte zu 1) kann sich erfolgreich auf die **Einrede der Verjährung** berufen.

Mögliche Ansprüche der Klägerin gegen die Beklagte zu 1) sind kenntnisunabhängig gemäß § 199 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BGB nach zehn Jahren verjährt.

a) Die Verjährung begann spätestens mit der Annahme des Beitrittsangebots der Klägerin durch die Beklagte zu 2) am 26.11.2003 zu laufen.

aa) Nach der Rechtsprechung des BGH **entsteht ein Schadensersatzanspruch** wegen fehlerhafter Anlageberatung **im Zeitpunkt des Erwerbs der Anlage**. Mit dem „Erwerb“ ist nicht erst das dingliche Ausführungsgeschäft, sondern **bereits der schuldrechtliche Vertragsschluss** gemeint.

Bei der gebotenen wertenden Betrachtung sind Anlegerinnen und Anleger von diesem Zeitpunkt an nicht lediglich dem Risiko eines Vermögensnachteils ausgesetzt, sondern bereits geschädigt, weil der ohne die erforderliche Aufklärung gefasste Anlageentschluss von den Mängeln der fehlerhaften Aufklärung beeinflusst ist (BGH, Urt. v. 26.2.2013 – XI ZR 498/11, Rdnr. 25 m.w.N.; v. 8.4.2014 – XI ZR 341/12, Rdnr. 25).

Dieser Beurteilung steht nicht entgegen, dass die Kapitalanlagen möglicherweise zunächst ohne Einbuße wieder veräußert bzw. zurückgegeben werden können. Denn bei einer Anlageberatung wird eine auf die Anlageziele der Kundinnen und Kunden abgestimmte Empfehlung von Produkten ge-

schuldet. Der Erwerb einer diesen Zielen nicht entsprechenden empfohlenen Kapitalanlage lässt auch bei objektiver Betrachtung bereits den – schuldrechtlichen – Vertragsschluss den konkreten Vermögensinteressen des Anlegers oder der Anlegerin nicht angemessen und damit als nachteilig erscheinen (BGH, Urt. v. 8.3.2005 – XI ZR 170/04, juris Rdnr. 16 ff.; v. 12.5.2009 – XI ZR 586/07, Rdnr. 22; v. 8.7.2010 – III ZR 249/09, Rdnr. 24; v. 24.3.2015 – XI ZR 278/14, Rdnr. 19; siehe auch BGH, Urt. v. 5.8.2014 – XI ZR 172/13, Rdnr. 9).

bb) Danach begann die Verjährungsfrist spätestens zu dem Zeitpunkt zu laufen, in dem die Beklagte zu 2) das Beitrittsangebot der Klägerin angenommen hat; die Annahme datiert vom 26.11.2003. Damit war der schuldrechtliche Erwerbsvorgang abgeschlossen.

Auf die Frage, ob unter Berücksichtigung von § 145 BGB nicht erst der Abschluss des schuldrechtlichen Vertrags, sondern bereits der Anlageentschluss, also das Angebot des Anlegers oder der Anlegerin zum Beitritt, die Verjährungsfrist in Gang setzt, kommt es hier nicht an. Zugunsten der Klägerin kann von dem späteren Zeitpunkt, dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses ausgegangen werden.

b) Die Verjährungsfrist endete und mögliche Ansprüche verjähren gemäß § 199 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BGB zehn Jahre nach Abschluss des schuldrechtlichen Vertrags, d.h. Ende November 2013. Auf eine Hemmung der Verjährung aufgrund des Güteantrags vom 28.10.2013 kann sich die Klägerin nach den **Grundsätzen von Treu und Glauben** (§ 242 BGB) nicht berufen. Als am 18.6.2014 Klage erhoben wurde, waren etwaige Ansprüche mithin verjährt.

Der Güteantrag war zwar rechtzeitig (aa) und hinreichend individualisiert (bb). Er war gegenüber der Beklagten zu 1) aber **rechtsmissbräuchlich** (cc).

aa) Nach § 204 Abs. 1 Nr. 4 BGB wird die Verjährung dadurch gehemmt, dass die Bekanntgabe eines Antrags, mit dem der Anspruch geltend gemacht wird, bei einer staatlichen oder staatlich anerkannten Streitbeilegungsstelle veranlasst wird; die Verjährung wird schon durch den Eingang des Antrags bei der Streitbeilegungsstelle gehemmt, wenn der Antrag demnächst bekannt gegeben wird.

Die Voraussetzungen dieser Norm, namentlich der Eingang des Güteantrags am 28.10.2013 sowie die Bekanntgabe „demnächst“ nach den Maßstäben des § 167 ZPO, liegen nach den mit der Berufungsbegründung nicht angegriffenen Feststellungen des LG vor.

bb) Der Güteantrag war hinreichend **individualisiert**.

Der Güteantrag muss zwar **nicht** in jeder Beziehung den **Anforderungen des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO** für eine Klageerhebung entsprechen. Er muss für Schuldner und Schuldnerinnen aber erkennen lassen, welcher Anspruch gegen sie geltend gemacht werden soll, damit sie prüfen können, ob eine Verteidigung erfolversprechend ist und ob sie in das Güteverfahren eintreten möchten.

Dementsprechend muss der Güteantrag einen bestimmten Rechtsdurchsetzungswillen des Gläubigers unmissverständlich kundgeben und hierzu die Streitsache darstellen sowie das konkrete Begehren erkennen lassen. Der verfolgte **Anspruch ist hinreichend genau zu bezeichnen**.

Auch wenn insoweit keine allzu strengen Anforderungen zu stellen sind, weil das Güteverfahren in erster Linie auf eine außergerichtliche gütliche Beilegung des Rechtsstreits abzielt und keine strikte Antragsbindung wie im Mahn- oder Klageverfahren besteht, kommt hinzu, dass die Gütestelle durch den Antrag in die Lage versetzt werden muss, als neutrale Schlichterin und Vermittlerin im Wege eines Schlichtungsversuchs einen Vergleichsvorschlag zu unterbreiten. Dies setzt voraus, dass sie ausreichend über den Gegenstand des Verfahrens informiert wird.

Maßgebend für die Individualisierung ist sonach nicht allein die Perspektive des Antragsgegners oder der Antragsgegnerin, sondern auch die Sicht der Gütestelle, an die sich der Güteantrag in erster Linie richtet, damit diese im Sinne einer gütlichen Einigung zwischen den Anspruchsparteien tätig wird.

Nach diesen Grundsätzen hat der Güteantrag in Anlageberatungsfällen regelmäßig die konkrete Kapitalanlage zu bezeichnen, die Zeichnungssumme sowie den (ungefähren) Beratungszeitraum anzugeben und den Hergang der Beratung mindestens im Groben zu umreißen.

Ferner ist das angestrebte Verfahrensziel zumindest so weit zu umschreiben, dass dem Gegner und der Gütestelle ein Rückschluss auf Art und Umfang der verfolgten Forderung möglich ist; eine genaue Bezifferung der Forderung muss der Güteantrag seiner Funktion gemäß demgegenüber grundsätzlich nicht enthalten (*BGH, Beschl. v. 18.6.2015 – III ZR 198/14, Rdnr. 25; III ZR 189/14, Rdnr. 24; III ZR 191/14, Rdnr. 25 und III ZR 227/14, Rdnr. 25; v. 16.7.2015 – III ZR 164/14, Rdnr. 3; III ZR 302/14, Rdnr. 5; Urt. v. 20.8.2015 – III ZR 373/14, Rdnr. 18; v. 3.9.2015 – III ZR 347/14, Rdnr. 17; v. 15.10.2015 – III ZR 170/14, Rdnr. 17; v. 28.10.2015 – IV ZR 405/14, Rdnr. 13; Beschl. v. 4.5.2016 – III ZR 90/15, Rdnr. 5*).

Jedenfalls die Größenordnung der insoweit verfolgten Ansprüche muss sich aber aus den Angaben zum Schaden ergeben (*BGH, Urt. v. 28.10.2015 – IV ZR 405/14, Rdnr. 20*). Wesentliche Angaben zur Darstellung des Streitgegenstands müssen sich nicht zwingend im Güteantrag selbst befinden, wenn sich die Angaben in einem vorprozessualen Anspruchsschreiben finden, das dem Antrag beigelegt ist; es wäre bloßer Formalismus und erforderte lediglich unnötige Schreibarbeit, wenn verlangt würde, die entsprechenden Textpassagen aus dem beigelegten Schreiben in den Antrag selbst zu übernehmen (*BGH, Urt. v. 28.10.2015 – IV ZR 405/14, Rdnr. 15 f.*).

Diesen Anforderungen genügt der Güteantrag der Klägerin. Im Güteantrag selbst werden die Beteiligung sowie das Zeichnungsdatum und die Zeichnungssumme genannt; der

geltend gemachte Schadenersatzbetrag (einschließlich entgangenem Gewinn, abzüglich erfolgter Ausschüttungen) wird konkret beziffert. In den jeweils als Anlage beigelegten Schreiben an die Beklagten werden der Beratungsablauf und die gerügten Beratungsfehler genannt. Das ist nach der dargestellten höchstrichterlichen Rechtsprechung ausreichend.

cc) Der **Güteantrag** der Klägerin gegenüber der Beklagten zu 1) war jedoch **missbräuchlich**. Die Klägerin kann sich deswegen auf eine Hemmung der Verjährung aufgrund der Bekanntgabe des Güteantrags gegenüber der Beklagten zu 1) nicht berufen.

(1) Es ist grundsätzlich legitim und begründet im Regelfall keinen Rechtsmissbrauch, wenn ein Antragsteller oder eine Antragstellerin eine Gütestelle ausschließlich zum Zwecke der Verjährungshemmung anruft (*BGH, Urt. v. 6.7.1993 – VI ZR 306/92, juris Rdnr. 22; v. 28.10.2015 – IV ZR 526/14, Rdnr. 33*). **Hiervon ist jedoch dann eine Ausnahme zu machen, wenn schon vor der Einreichung des Güteantrags feststeht, dass der Antragsgegner oder die Antragsgegnerin nicht bereit ist, an einem Güteverfahren mitzuwirken und sich auf eine außergerichtliche Einigung einzulassen, und sie dies dem Antragsteller oder der Antragstellerin schon im Vorfeld in eindeutiger Weise mitgeteilt haben.**

In einem solchen Fall ist von vornherein sicher, dass der **Zweck des außergerichtlichen Güteverfahrens** – die Entlastung der Justiz und ein dauerhafter Rechtsfrieden durch konsensuale Lösungen (*BT-Drucks 14/980, Seite 1 und 5*) – nicht erreicht werden kann, weshalb sich eine gleichwohl erfolgte Inanspruchnahme der Gütestelle als rechtsmissbräuchlich erweist. Als Rechtsfolge einer derartigen missbräuchlichen Inanspruchnahme des Verfahrens ist es dem Gläubiger oder der Gläubigerin gemäß § 242 BGB verwehrt, sich auf eine Hemmung der Verjährung durch Bekanntgabe des Güteantrags zu berufen (*BGH, Urt. v. 16.7.2015 – III ZR 238/14, Rdnr. 23 m.w.N. [für Hemmung durch Mahnverfahren]; Urt. v. 28.10.2015 – IV ZR 526/14, Rdnr. 34*).

(2) Nach diesen Maßstäben war der Güteantrag gegenüber der Beklagten zu 1) rechtsmissbräuchlich. Bereits erstinstanzlich war vorgetragen worden, dass die klägerischen Prozessbevollmächtigten wussten, dass die Beklagte zu 1) sich nicht auf Güteverfahren einlässt. Die Beklagte zu 1) hatte sich in keinem Verfahren jemals vorher gegenüber den gegnerischen Prozessbevollmächtigten auf ein Güteverfahren eingelassen.

Nach dem unbestrittenen Vortrag der Beklagten zu 1) führten die Bevollmächtigten der Klägerin im Oktober 2013 mehrere hundert Verfahren gegen die Beklagte zu 1); diese habe stets und auch in der vorliegenden Angelegenheit deutlich gemacht, dass eine gütliche Einigung im Wege eines Güteverfahrens nicht in Betracht komme. Das ist auch in der Berufungsinstanz unstrittig geblieben.

Der Umstand, dass die klägerischen Prozessbevollmächtigten hinsichtlich der streitgegenständlichen Beteiligung lediglich zwei Verfahren gegen die Beklagte zu 1) führten, ändert

darán nichts. Die Beklagte zu 1) hatte sich seit 2008 in mehreren hundert Verfahren, die nach der nicht bestrittenen Angabe des Prozessbevollmächtigten der Beklagten zu 1) in der mündlichen Verhandlung zwar größtenteils Fonds betrafen, aber nicht ausschließlich, nicht ein einziges Mal gegenüber den Prozessbevollmächtigten der Klägerin auf ein Güteverfahren eingelassen; damit stand auch im vorliegenden Fall fest, dass der Zweck des außergerichtlichen Güteverfahrens nicht erreicht werden konnte. Die Beklagte zu 1) hat weiter unbestritten vorgetragen, dass sie im vorliegenden Fall den Prozessbevollmächtigten der Klägerin gegenüber deutlich gemacht habe, dass eine gütliche Einigung nicht in Betracht komme. Weshalb die Klägerin gerade bei dem streitgegenständlichen Fonds die berechnete Hoffnung hätte haben dürfen, die Beklagte zu 1) werde einem Güteverfahren zustimmen, ist weder vorgetragen noch sonst ersichtlich.

2. Mögliche Ansprüche der Klägerin gegen die Beklagten zu 2) sind ebenfalls nicht mehr durchsetzbar. Die Beklagte zu 2) kann sich erfolgreich auf die Einrede der Verjährung berufen. Mögliche Ansprüche der Klägerin gegen die Beklagte zu 2) sind kenntnisunabhängig gemäß § 199 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BGB nach zehn Jahren verjährt. Zugunsten der Klägerin kann dabei erneut davon ausgegangen werden, dass die Verjährungsfrist erst mit dem schuldrechtlichen Vertragsschluss zu laufen begonnen hat (siehe dazu bereits oben). Die Verjährungsfrist endete dann spätestens mit Ablauf des 16.6.2014 und damit vor Klageerhebung am 18.6.2014.

Der Güteantrag war auch mit Blick auf die Beklagte zu 2) am 28.10.2013 eingereicht worden und hinreichend individualisiert (siehe dazu bereits oben). Nachdem die Beklagte zu 2) ein Güteverfahren abgelehnt hatte, endete die Hemmung der Verjährung gemäß § 204 Abs. 2 Satz 1 BGB mit Ablauf des 15.5.2014 (a). Verjährung ist dann unter Berücksichtigung von § 209 BGB und weiteren 31 Tagen nach Ablauf der Hemmung spätestens am Montag, den 16.6.2014 (24 Uhr) und damit vor Klageerhebung am 18.6.2014 eingetreten (b).

a) Die Hemmung der Verjährung durch Bekanntgabe des Güteantrags endete mit Ablauf des 15.5.2014. **Unter Berücksichtigung der neuesten Rechtsprechung des BGH zu § 204 Abs. 2 Satz 1 BGB endete die Verjährungshemmung sechs Monate, nachdem die Gütestelle (hier: ÖRA Hamburg) veranlasst hatte, die Weigerung der Beklagten 2), an dem Güteverfahren teilzunehmen, der Klägerin mitzuteilen.** Das ist hier spätestens am 15.5.2014 der Fall.

aa) § 204 Abs. 2 Satz 1 BGB legt für die in Absatz 1 geregelten Hemmungstatbestände fest, dass **die Hemmung sechs Monate nach der rechtskräftigen Entscheidung oder anderweitigen Beendigung** des eingeleiteten Verfahrens endet. Grundsätzlich endet ein Güteverfahren im Sinne des § 204 Abs. 1 Nr. 4 BGB durch Abschluss eines Vergleichs, die Rücknahme des Güteantrags oder durch die Einstellung des Verfahrens wegen Scheiterns des Einigungsversuchs.

Dabei kann die konkrete Beendigung des Verfahrens nur innerhalb der Verfahrensordnung der jeweiligen Gütestelle

festgestellt werden (BGH, Beschl. v. 21.10.2014 – XI ZB 12/12, Rdnr. 160; v. 28.10.2015 – IV ZR 405/14, Rdnr. 27; Beschl. v. 4.5.2016 – III ZR 100/15, Rdnr. 9). **§ 204 Abs. 2 Satz 1 BGB ist dabei nach seinem Sinn und Zweck so ausulegen ist, dass es auch in dem Fall, in dem die Beendigung eines Hemmungstatbestands vom Gläubiger nicht unmittelbar wahrnehmbar ist, für den Lauf der sechsmonatigen Nachlauffrist darauf ankommt, dass dieser Umstand dem Gläubiger zur Kenntnis gebracht wird** (BGH, Ur. v. 28.10.2015 – IV ZR 405/14, Rdnr. 32).

Denn der Zweck der Nachlauffrist des § 204 Abs. 2 Satz 1 BGB besteht darin, dass dem Gläubiger oder der Gläubigerin insbesondere dann, wenn im Verfahren keine Sachentscheidung ergeht, in jedem Falle eine Frist bleibt, in der weitere Rechtsverfolgungsmaßnahmen eingeleitet werden können (BT-Drucks 14/6040, Seite 117); das aber setzt die Kenntnis von der Verfahrensbeendigung voraus (BGH, Ur. v. 28.10.2015 – IV ZR 405/14, Rdnr. 30 f.). **Auch beim Güteverfahren ist im Grundsatz eine Kenntnisnahme des Gläubigers oder der Gläubigerin vom Beendigungsgrund geboten, damit sie die vom Gesetzgeber eingeräumte Nachlauffrist nutzen können** (BGH, Ur. v. 28.10.2015 – IV ZR 405/14, Rdnr. 32).

Das bedeutet, dass selbst dann, wenn nach der Verfahrensordnung das Güteverfahren bereits mit Eingang der ablehnenden Stellungnahme des Gegners beendet ist, der Beginn der Nachlauffrist davon abhängt, dass die Bekanntgabe der Weigerung an die Gegenpartei durch die Gütestelle veranlasst wird (BGH, Ur. v. 28.10.2015 – IV ZR 405/14, Rdnr. 30 ff.; Beschl. v. 4.5.2016 – III ZR 100/15, Rdnr. 10). An die Veranlassung der Bekanntgabe wird dabei deshalb angeknüpft, weil im Güteverfahren eine förmliche Zustellung nicht vorgeschrieben ist (vgl. auch § 15a EGZPO; BGH, Ur. v. 28.10.2015 – IV ZR 405/14, Rdnr. 37).

bb) Danach ist für die Beendigung des Güteverfahrens nach der einschlägigen Verfahrensordnung auf den Zeitpunkt abzustellen, zu dem die Erklärung der Beklagten zu 2) zur Akte gelangt ist (1). Für die Zwecke des § 204 Abs. 2 Satz 1 BGB kommt es ferner auf den Zeitpunkt an, zu dem die Klägerin Kenntnis von dieser Erklärung hatte (2).

(1) Für die Beendigung des Güteverfahrens ist nach der einschlägigen Verfahrensordnung auf den Eingang der Erklärung der Beklagten zu 2) abzustellen.

Die Verordnung über die Öffentliche Rechtsauskunft- und Vergleichsstelle (ÖRA-VO) vom 1.2.2011 (HmbGVBl 2011, Seite 49) enthält in § 6 ÖRA-VO Regelungen für das Verfahren in Gütesachen. § 6 Abs. 9 und Abs. 10 ÖRA-VO lauten:

(9) Der Güteversuch ist gescheitert, wenn eine ordnungsgemäß geladene Partei zum Termin unentschuldigt nicht erscheint oder wenn die Erklärung einer Partei, zu einer Einigung im Wege des Vergleichs nicht bereit zu sein, zur Akte gelangt. Das Scheitern ist auf Antrag einer Partei oder von Amts wegen durch die oder den Vorsitzenden im Protokoll zu vermerken.

(10) Das Scheitern des Güteversuchs kann von dem Vorsitzenden auch außerhalb der Güteverhandlung erklärt und in der Akte vermerkt werden, wenn mindestens eine der beteiligten Parteien schriftlich erklärt, zu einer vergleichsweisen Einigung nicht bereit zu sein. In diesem Fall erhalten die Parteien eine Bescheinigung über das Scheitern des Güteversuchs.

Danach ist der Güteversuch nach der einschlägigen Verfahrensordnung gescheitert, wenn die Erklärung einer Partei, zu einer Einigung nicht bereit zu sein, zur Akte gelangt (§ 6 Abs. 9 Satz 1 ÖRA-VO). Mehr bedarf es für das Scheitern nicht. Die nachfolgenden Regelungen dienen allein der – deklaratorischen, nicht obligatorischen – Feststellung des Scheiterns. Die Möglichkeit, nachfolgend das Scheitern durch den oder die Vorsitzende feststellen zu lassen, ist für das Scheitern nicht konstitutiv; das ergibt sich daraus, dass der Vermerk im Protokoll nicht zwingend ist (vgl. § 6 Abs. 9 Satz 2 ÖRA-VO „auf Antrag einer Partei oder von Amts wegen“).

§ 6 Abs. 9 Satz 2 sowie § 6 Abs. 10 ÖRA-VO befassen sich lediglich damit, wie das Scheitern aktenkundig gemacht werden kann. Der Vermerk im Protokoll (§ 6 Abs. 9 Satz 2 ÖRA-VO) oder die Bescheinigung (§ 6 Abs. 10 Satz 2 ÖRA-VO) dient dann als Bestätigung, dass erfolglos ein Güteverfahren durchgeführt worden ist; das ist notwendig, weil teilweise ein erfolgloses Güteverfahren Voraussetzung für die Zulässigkeit einer Klage ist (vgl. § 15a EGZPO). Der Zeitpunkt des Scheiterns des Güteversuchs wird dadurch nach dem eindeutigen Wortlaut der Verordnung (§ 6 Abs. 9 Satz 1 ÖRA-VO) nicht nach hinten verlagert.

(2) Für die Zwecke des § 204 Abs. 2 Satz 1 BGB ist die Kenntnis des Gläubigers oder der Gläubigerin von der Beendigung des Güteverfahrens notwendig. Ausweislich des von ihr eingereichten Schreibens nebst Eingangsstempel hatte die Klägerin – über ihre Prozessbevollmächtigten – bereits am 15.11.2013 Kenntnis davon, dass die Beklagte zu 2) ein Güteverfahren ablehnte.

Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung (BGH, Urt. v. 28.10.2015 – IV ZR 405/14, Rdnr. 32) kommt es in dem Fall, in dem die Beendigung eines Hemmungstatbestands vom Gläubiger oder der Gläubigerin nicht unmittelbar wahrnehmbar ist, für den Lauf der sechsmonatigen Nachlauffrist darauf an, dass dieser Umstand dem Gläubiger oder der Gläubigerin zur Kenntnis gebracht wird. Wenn – wie hier – nach der Verfahrensordnung das Güteverfahren bereits mit Eingang der ablehnenden Stellungnahme des Gegners beendet ist, kann deshalb die Nachlauffrist erst beginnen, wenn die Gütestelle veranlasst, dass diese Erklärung des Gegners dem Gläubiger oder der Gläubigerin bekannt gemacht wird (vgl. BGH, Urt. v. 28.10.2015 – IV ZR 405/14, Rdnr. 32).

Einer förmlichen Bescheinigung durch die Gütestelle, wie sie vor allem für die Zwecke des § 15a EGZPO vorgesehen ist, bedarf es für das Ende der Hemmung und den Beginn der Nachlauffrist gemäß § 204 Abs. 2 Satz 1 BGB nicht.

Das Ablehnungsschreiben der Beklagten zu 2) vom 11.11.2013 hat die Klägerin ausweislich des Eingangsstempels ihrer Bevollmächtigten am 15.11.2013 erhalten. Damit begann spätestens mit Ablauf dieses Tages die Nachlauffrist zu laufen. Zu diesem Zeitpunkt hatte die Klägerin die ausschlaggebende Kenntnis vom Scheitern des Güteversuchs und hatte sechs Monate Zeit, um weitere Rechtsverfolgungsmaßnahmen zu ergreifen. Denn nach der Verfahrensordnung der von ihr selbst ausgesuchten Gütestelle war mit dem Schreiben der Beklagten zu 2) das Güteverfahren gescheitert.

Die Nachlauffrist endete mithin mit Ablauf des 15.5.2014. Zugunsten der Klägerin wird dabei vom Zeitpunkt des Zugangs des Schreibens ausgegangen; nach der Rechtsprechung des BGH kommt es dagegen nicht auf diese tatsächliche Kenntnis an, sondern auf die vorherige, in der Regel aktenkundige Veranlassung der Bekanntgabe durch die Gütestelle. Wurde die Postlaufzeit für den Zugang der Annahmeerklärung länger als mit einem Tag angesetzt, so wäre aber diese Postlaufzeit an dieser Stelle wieder abzuziehen.

Der Umstand, dass die Beklagte zu 1) das Güteverfahren erst mit Schreiben vom 6.12.2013 abgelehnt hat und dieses Schreiben erst am 18.12.2013 bei den klägerischen Bevollmächtigten einging, spielt für die Hemmung gegenüber der Beklagten zu 2) keine Rolle. Verjährung und Hemmung ist bei Streitgenossen jeweils gesondert zu behandeln (vgl. zur notwendigen Streitgenossenschaft BGH, Urt. v. 12.1.1996 – V ZR 246/94, juris Rdnr. 10 ff.).

b) Wird zugunsten der Klägerin davon ausgegangen, dass die Verjährung erst mit der Annahmeerklärung der Beklagten zu 2) am 26.11.2003 begann (siehe dazu bereits oben), ist unter Berücksichtigung von § 209 BGB die Verjährungsfrist nach dem 15.5.2014 noch weitere 31 Tage gelaufen. Verjährung ist dann spätestens am Montag, den 16.6.2014, 24 Uhr, und damit vor Klageerhebung am 18.6.2014 eingetreten.

Wird davon ausgegangen, dass die zehnjährige Verjährung erst mit Ablauf des 26.11.2003 begann – oder sogar erst mit Ablauf des 27.11.2003, wenn auf den Zugang der Annahme durch die Beklagte zu 2) abzustellen wäre –, ist der Güteantrag 30 bzw. 31 Tage vor Ablauf der Verjährung am 26.11. bzw. 27.11.2013 eingereicht worden. Diese „unge nutzte Verjährungsfrist“ ist nach dem Ende der Hemmung gemäß § 204 Abs. 2 Satz 1 BGB nach § 209 BGB zu berücksichtigen. Danach ist Verjährung mit Ablauf des 16.6.2014, einem Montag, eingetreten. Die Klageerhebung am 18.6.2014 konnte die Verjährung dann nicht mehr gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB hemmen, weil Verjährung bereits eingetreten war.

Da etwaige Schadenersatzansprüche der Klägerin wegen Verjährung nicht mehr durchsetzbar sind, ist auch der Anspruch auf Ersatz vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten unbegründet. (...) ■

Steuerberaterhaftung

- Vermögensanlagen des Mandanten
- Offenkundige Fehlentscheidungen des Mandanten
- Keine allgemeine Hinweispflicht auf Anlagerisiko
(OLG Düsseldorf, Urt. v. 2.8.2016 – I-23 U 27/15)

Leitsatz (d. Red.):

1. Der ausschließlich mit der allgemeinen Steuerberatung beauftragte Steuerberater ist nur bei Offenkundigkeit einer fehlerhaften, schadensträchtigen Anlageentscheidung des Mandanten verpflichtet, Warnhinweise zu erteilen.

2. Der Steuerberater ist nicht verpflichtet, auf ein Anlagerisiko hinzuweisen, das einer unzureichenden Risikostreuung folgt.

3. Die Erweiterung eines allgemeinen steuerlichen Mandats auf ein Überwachungsmandat zur Anlageüberprüfung bedarf einer eindeutigen Formulierung durch die Vertragsparteien. ■

Zum Sachverhalt:

Die Klägerin begehrt von den Beklagten Schadenersatz wegen Verlusten bei der Anlage ihres Vermögens, das sie bis Anfang 2002 nach Maßgabe der Vereinbarung vom 21.1.2002 durch ein Unternehmen mit Namen D. I. verwalten ließ. Letztere sollte danach „die zur Betreuung übergebenen Vermögenswerte des Depotinhabers [der Klägerin] ... nach bestem Wissen und Können“ verwalten. Dazu ließ die Klägerin ihr bislang anderweitig verwaltetes Vermögen in Höhe von etwa 4 Mio. EUR auf das neu eingerichtete Depot bei der D. I. übertragen. Monatlich erhielt die Klägerin einen „Gesamtvermögensstatus“, wie beispielhaft aus den Anlagen ersichtlich. Dort sind als Vermögen der Klägerin insbesondere Aktien, Zertifikate, Genussscheine, Investmentfonds und „Geldkonten“ aufgeführt. Hinzu kam später die unten näher erläuterte AMF-Anleihe.

Nach Eröffnung des Depots bei der D. I. beauftragte die Klägerin Anfang Juli 2002 die Beklagte zu 1), deren Gesellschafter die Beklagten zu 2) bis 5) sind, sie – die Klägerin – steuerlich zu beraten. Den mündlich erteilten Auftrag bestätigte die Beklagte zu 1) mit Schreiben vom 3.7.2002. Der Auftrag bezog sich auf die Erstellung der Einkommensteuererklärungen der Klägerin ab 2001, die Umsatzsteuer-Voranmeldungen bzw. -Erklärungen sowie die Buchführung für die Tätigkeit der Klägerin als Malerin.

Im Januar 2003 investierte die Klägerin ohne Beteiligung durch die Beklagte zu 1) und ohne deren Beratung 800.000 EUR, im November 2003 weitere 180.000 EUR in eine Anleihe Australian Mining Finance Luxemburg (AMF), mit der in Australien eine Mine erschlossen werden sollte. Diese Anleihe wurde am 23.12.2009 in einen Zero-Bond umgewandelt, der zum 30.11.2013 auslief. Sie verlor, unter anderem als Folge einer Überflutung der Mine im Jahre 2011, be-

trächtlich an Wert. Am 29.11.2013 veräußerte die Klägerin auf Anraten der Beklagten zu 1) den Bond für 155 EUR zuzüglich Kosten.

In den Jahren der Vermögensverwaltung durch D. I. erhielt die Klägerin nach ihren eigenen Angaben regelmäßige Zahlungen als Erträge aus ihrem Vermögen, insbesondere alle zwei Monate bei Bedarf auf einen Anruf bei D. I. einen Betrag von ca. 15.000 EUR. Zudem zahlte danach D. I. quartalsweise Einkommensteuervorauszahlungen in Höhe von jeweils ca. 11.000 EUR an das FA. Die Klägerin erzielte ihren Angaben zufolge eine durchschnittliche Verzinsung in Höhe von 6,8%.

Am 16.9.2013 fand ein Gespräch zwischen der Klägerin, dem Beklagten zu 3) und dem späteren Prozessbevollmächtigten der Klägerin statt, um die Frage zu klären, wie D. I. das Geld der Klägerin im Einzelnen angelegt hatte. Die an dem Gespräch Beteiligten waren sich nach der Darstellung der Klägerin darin einig, dass aus den bis dahin vorliegenden Informationen, insbesondere aus den Ertragnisaufstellungen und den Kontoauszügen, nicht ersichtlich war, ob D. I. auf den Namen der Klägerin lautende Vermögenswerte angeschafft hatte oder ob die Klägerin lediglich ungesicherte Forderungen gegen nicht näher bekannte Vertragspartner der D. I. hatte.

Einem anschließenden Gespräch mit dem Geschäftsführer der D. I. im Herbst 2013 zufolge war das Geld der Klägerin an eine D. I.-Beteiligungsgesellschaft geflossen, die es weiter angelegt hatte. Es stellte sich heraus, dass ein Teil des Geldes der Klägerin an verschiedene Unternehmen ausgeliehen oder zum Ankauf von Beteiligungen an solchen Unternehmen verwendet worden war, die nicht auf den Namen der Klägerin lauteten.

Die Klägerin hat die Geschäftsbeziehung zur D. I. inzwischen beendet, von dieser aber bislang nur die Rückzahlung von Teilbeträgen ihres angelegten Geldes erhalten. Die Klägerin begehrt mit der Klage in erster Linie einen Teilbetrag in Höhe von 500.000 EUR wegen des Verlustes der AMF-Anleihe ersetzt. Für den Fall, dass das Gericht zwar eine Pflichtverletzung der Beklagten bejaht, jedoch das Vorliegen eines adäquat kausalen Schadens durch die AMF-Anleihe verneint, stützt die Klägerin die Klage hilfsweise auf die drohenden Verluste ihrer Geldanlagen im Übrigen.

Sie meint hierzu, ihr sei in dem Umfang, in dem die Zahlungen der D. I. noch ausstehen, wegen der Gefährdung der Rückzahlung ein Schaden entstanden, weil die Zahlungen höchst unsicher seien. Auch unter Berücksichtigung der Zahlungen der D. I. während des laufenden Vertragsverhältnisses stehe jedenfalls ein Betrag zur Rückzahlung aus, der die geltend gemachten 500.000 EUR übersteige.

Die Klägerin sieht in der Anlage ihres auf Bankkonten vorhandenen Vermögens eine Untreue durch D. I., weil sie – die Klägerin – eine Anlage als Festgeld gewünscht habe, während die D. I. dieses Geld über Drittunternehmen in verschiedene Projekte investierte. Sie meint, die Beklagten hätten sie

hierauf rechtzeitig hinweisen müssen. Hinsichtlich der AMF-Anleihe sei sie zwar anfangs „skeptisch“ gewesen, weil es sich dabei nicht um eine Festgeldanlage gehandelt habe, habe dies jedoch akzeptiert, weil lediglich ein Viertel ihres Geldes derart investiert worden sei und weil der Geschäftsführer der D. I. ihr diese Anlage besonders empfohlen habe. Sie sei deshalb auch nicht besonders beunruhigt gewesen, als die Anlage später in einen Zero-Bond umgewandelt worden sei. Hätten die Beklagten sie allerdings rechtzeitig darauf hingewiesen, dass ihr Geld im Übrigen nicht als Festgeld angelegt gewesen sei, so hätte sie nicht nur ihr auf den Konten befindliches Vermögen rechtzeitig anderweitig anlegen, sondern auch die AMF-Anleihe rechtzeitig ohne Verlust verkaufen können.

Die Beklagte zu 1) hat Widerklage erhoben, mit der sie die Zahlung von restlichem Steuerberaterhonorar begehrt. (...)

Das LG hat die Klage mangels Pflichtverletzung der Beklagten abgewiesen und der Widerklage stattgegeben. (...) ■

Aus den Gründen:

Die zulässige Berufung der Klägerin hat in der Sache keinen Erfolg. Das LG hat ihre auf Schadenersatz aus § 280 Abs. 1 BGB gerichtete Klage mit Recht abgewiesen und der Widerklage stattgegeben. Die Beklagten haben keine Vertragspflichten verletzt.

1. Grundlage der Schadenersatzpflicht aus § 280 Abs. 1 BGB ist der Vertrag, dessen Inhalt den Umfang der Pflichten des steuerlichen Beraters bestimmt. Der **Vertrag** zwischen den Parteien war zunächst auf eine **reine steuerliche Beratung** gerichtet. Dass die Beklagten insoweit Pflichten verletzt hätten, behauptet die Klägerin selbst nicht.

Die Beklagten haben auch **keine Nebenpflicht** aus diesem Vertrag verletzt, indem sie die Klägerin nicht auf offen zutage liegende Fehlentscheidungen hingewiesen hätten. Eine derartige Pflicht kann gemäß § 242 BGB einem auf steuerliche Beratung gerichteten Vertrag zu entnehmen sein, wie das LG zutreffend unter Angabe der Rechtsprechung des BGH ausgeführt hat.

Das dürfte, wie vom LG eingehend erörtert, nicht auf steuerrechtliche Aspekte beschränkt sein, wenngleich für einen steuerlichen Berater die **Offenkundigkeit** von schadensträchtigen Fehlentscheidungen des Mandanten bei außerhalb des Steuerrechts liegenden Fragen weniger häufig anzunehmen sein wird. Das LG hat auch zutreffend weiter ausgeführt, dass eine derartige Situation, die die Beklagten zu Hinweisen oder Warnungen hätte veranlassen müssen, nicht anzunehmen ist. Der Senat nimmt auf die entsprechenden Ausführungen des LG Bezug.

Die Klägerin hatte ihr Geld nicht auf eine Weise angelegt, die jeden nicht mit der Vermögensverwaltung befassten Außenstehenden sofort zu Warnhinweisen hätte veranlassen müssen. **Es war ohne nähere, aufwendige Prüfung gar nicht möglich zu beurteilen, welches Risiko die verschiedenen Anlagen hatten und ob dieses Risiko auch aus der Sicht eines**

Dritten untragbar erschien. Derartiges ist weder hinsichtlich der AMF-Anleihe noch hinsichtlich der Anlagen der Klägerin im Übrigen auch nur ansatzweise ersichtlich, zumal die Klägerin nach ihrem eigenen Vortrag regelmäßige Einnahmen aus den Anlagen hatte und eine durchschnittliche Verzinsung des angelegten Geldes von 6,8% erzielte.

Die von der Berufung vertretene Pflicht, die Klägerin auf ein Anlagerisiko hinzuweisen, das aus einer unzureichenden Risikostreuung folgen soll, hatte die Beklagte zu 1) ohne einen Auftrag zur Anlageberatung nicht. Auch der Umstand, dass die Klägerin der D. I. Geld zu Anlagezwecken anvertraut hatte, das nicht auf Festgeldkonten angelegt war, sondern von der Vermögensverwalterin anderweit investiert wurde, musste für sich genommen die Beklagten nicht zu Warnhinweisen veranlassen, zumal sie in die Anlageentscheidungen der Klägerin und die entsprechende Beratung durch die Vermögensverwalterin D. I. nicht einbezogen waren und die dortigen Absprachen nicht kannten.

2. Die Beklagte zu 1) war auch nicht aufgrund einer **Erweiterung des Mandats** vertraglich verpflichtet, auf bestimmte Umstände der Vermögensanlage der Klägerin hinzuweisen. Der Senat nimmt auch insoweit auf die zutreffenden Ausführungen des LG Bezug. Es ist dem Senat auch nach der persönlichen Anhörung der Klägerin in der mündlichen Verhandlung nicht ersichtlich, woraus die Klägerin ein derartiges Mandat mit welchem Inhalt herleiten möchte.

Die **Klägerin** hat auch bei ihrer **Anhörung** durch den Senat angegeben, von Anfang (des Mandatsverhältnisses) an jemanden gehabt haben zu wollen, der ein Auge auf die Anlagen hatte. **Sie will ihrer Darstellung nach schon beim ersten Gespräch mit dem Sachbearbeiter der Beklagten zu 1) gesagt haben, es sei ihr wichtig, dass jemand ein Auge auf die Vermögensanlagen habe. Die Äußerung eines derartigen Wunsches mag unterstellt werden. Aus ihr folgt indes keineswegs die Erteilung eines Mandats zu einer Art Anlagenüberprüfung. Das folgt schon daraus, dass der Inhalt eines derartigen „Überwachungsmandats“ völlig unbestimmt wäre.**

So ist vollständig ungeklärt, in welcher Hinsicht die Beklagte zu 1) die Vermögensanlagen hätte überwachen sollen. Allenfalls mag dem – als geäußert unterstellten – Wunsch der Klägerin entnommen werden, dass sie bei offen zutage liegenden Fehlentscheidungen der D. I. gewarnt werden möchte. Eine derartige Situation ergab sich indes nicht, wie zuvor bereits ausgeführt.

Eine Überprüfung der einzelnen Anlagen und ihre Bewertung in wirtschaftlicher Hinsicht schuldete die Beklagte zu 1) aufgrund der Äußerung eines derartigen allgemeinen Wunsches der Klägerin jedenfalls nicht, zumal überhaupt nicht geklärt war, in welcher Hinsicht und aufgrund welcher Kriterien die Beklagte zu 1) diese Überprüfung oder laufende „Überwachung“ hätte durchführen sollen. Die Klägerin hat eine derartige Tätigkeit in der Folgezeit auch nicht vergütet.

Auch aus späteren Umständen folgt keine Erweiterung des Mandats. Die Klägerin beruft sich ohne Erfolg auf das Schrei-

ben der Beklagten zu 1) vom 25.11.2004. **In diesem an die beiden Geschäftsführer der D. I. gerichteten Schreiben führen die Beklagten zu 3) und 4) zu dem von der Klägerin gewünschten Anlageverhalten aus, die Klägerin sei „eher als risikoavers einzustufen“ und präferiere „eindeutig risikolose Festgeldanlagen“.** Dieses Schreiben ging auf ein Gespräch mit der Klägerin zurück.

Der Senat versteht den Vortrag der Klägerin dahin, dass sie diesem **Schreiben ein Indiz für eine Erweiterung des Auftrags** an die Beklagte zu 1) entnehmen möchte. Die Klägerin meint offensichtlich, dass aufgrund der Besprechung, die der Abfassung des Schreibens vorangegangen war und deren Inhalt das Schreiben wiedergibt, die Beklagte zu 1) nunmehr die Überwachung ihrer Vermögensanlagen darauf schuldete, dass nur noch Festgeldanlagen vorgenommen würden.

Auch wenn die Klägerin gegenüber der Beklagten zu 1) ihren Wunsch so, wie in dem Schreiben an die D. I. wiedergegeben, geäußert haben mag, ist dem eine Auftragserweiterung in dem von der Klägerin vertretenen Sinn nicht zu entnehmen. Zunächst bedeutet eine derartige Erklärung der Klägerin nicht, dass die Beklagte zu 1) dafür Sorge zu tragen gehabt hätte, sämtliche bereits bestehenden Anlagen in Festgeldanlagen umzuwandeln. Der Senat versteht den Vortrag der Klägerin auch dahin, dass sie einen derartigen **weitreichenden Auftrag** nicht hatte erteilen wollen. **Er hätte jedenfalls eindeutig formuliert werden müssen.**

Das gilt vor allem vor dem Hintergrund, dass offensichtlich auch der Klägerin bewusst gewesen sein musste, dass ein großer Teil ihrer Anlagen nicht in der Form von auf den Namen der Klägerin lautenden Bankkonten mit Festgeld bestanden. Wenn in den monatlichen Aufstellungen, die die Klägerin von der D. I. erhielt, als Vermögen der Klägerin neben „Geldkonten“ auch Aktien, Zertifikate, Genussscheine und Investmentfonds aufgeführt waren, so musste auch der Klägerin ohne nähere Beratung bewusst sein, dass es sich dabei nicht um Festgeldkonten handelte.

Erst recht gilt dies für die später 2003 erfolgte Anleihe AMF, bei deren Zeichnung die Klägerin sich der Beratung der Beklagten zu 1) ebenso wenig wie bei den früheren Anlageentscheidungen bediente. Vor dem Hintergrund dieses die Beklagte zu 1) nicht einbeziehenden Anlageverhaltens erscheint der Brief der Beklagten zu 1) vom 25.11.2004 nur als eine Art Formulierungshilfe, die den allgemeinen Wunsch der Klägerin wiedergibt, dass bei künftigen Anlageentscheidungen möglichst sichere Festgeldkonten bevorzugt werden sollten. Mehr ist dem Brief nicht zu entnehmen.

Die Beklagte zu 1) konnte den auf Abfassung dieses Briefes gerichteten Wunsch der Klägerin auch deshalb nicht in einem weitergehenden Umfang verstehen, weil die Klägerin sich in der Vergangenheit hinsichtlich der Vermögensanlagen von der D. I. hatte beraten lassen, und zwar ohne Beteiligung der Beklagten. Ergebnis dieser Beratung der D. I. waren unterschiedliche Anlagen, die offensichtlich keineswegs nur aus Festgeldkonten bestanden.

Ohne einen klaren Überprüfungsauftrag musste die Beklagte zu 1) als steuerliche Beraterin nicht, auch nicht warnend tätig werden, auch wenn die Beklagte zu 1) sicherlich erkannte, dass die Anlagen nicht nur Festgeld betrafen. Das beruhte indes aus der Sicht der Beklagten zu 1) auf einer bewussten Anlageentscheidung der Klägerin nach Beratung durch die D. I., was der Beklagten zu 1) keinen Anlass zu Hinweisen geben musste. Da die Beklagte zu 1) in die Anlageentscheidungen der Klägerin in der Vergangenheit nicht einbezogen war, musste die Beklagte zu 1) auch stets davon ausgehen, dass die Klägerin ihre Entscheidungen ohne sie aufgrund einer Beratung der D. I. traf.

Wusste die Beklagte zu 1) aber nicht, welche Absprachen der Klägerin mit der D. I. einer bestimmten Anlage im Einzelfall zugrunde lagen, so hatte sie ohnehin keinerlei Grundlage für eine Überwachung der Anlage dahin, ob sie den – ihr unbekannten – Vereinbarungen entsprach.

Auch der Verweis der Klägerin auf die von der Beklagten zu 1) **abgerechneten Besprechungen zwischen letzterer und einem der Geschäftsführer der D. I.** rechtfertigt keine abweichende Beurteilung. Der Gegenstand der Besprechungen soll sich, soweit aus den Rechnungen ersichtlich, auf die **steuerliche Beratung** durch die Beklagte zu 1) bezogen haben. Es ist unmittelbar nachvollziehbar, dass zur Erstellung der Einkommensteuererklärungen der Klägerin wegen der Einnahmen aus Kapitalvermögen Besprechungen mit der Vermögensverwalterin, der D. I., erforderlich waren. **Auch wenn über steuerliche Aspekte hinaus Fragen der Anlageentscheidung besprochen worden sein sollten wie die Klägerin behauptet, folgt auch hieraus allein keine Erweiterung des der Beklagten zu 1) erteilten Mandats.**

Ob die Rechnungen im Übrigen, insbesondere hinsichtlich des angegebenen zeitlichen Umfangs der Besprechungen, gerechtfertigt waren, ist im vorliegenden Zusammenhang ohne Belang. Sie belegen jedenfalls nicht, dass die Beklagte zu 1) einem Auftrag der Klägerin folgend mit der D. I. andere Themen wie etwa die Art der Vermögensanlagen besprach.

Aus der von der Klägerin in Bezug genommenen Entscheidung des BGH vom 10.2.2015 (*VI ZR 569/13*) folgt für den vorliegenden Fall nichts. Dort war die Vermögensanlage Hauptpflicht eines Geschäftsbesorgungsvertrags mit einem Rechtsanwalt. Das betrifft eine völlig andere Konstellation als der vorliegende Fall, in dem die Beklagte zu 1) eine Vermögensanlage nicht schuldete.

Auf die Voraussetzungen der von den Beklagten erhobenen Einrede der Verjährung kommt es unter diesen Umständen nicht weiter an.

3. Gegen die Zuerkennung der Widerklageforderung wendet die Berufung der Klägerin sich allein mit dem Erfüllungseinwand als Folge der Aufrechnung mit ihrer angeblichen Schadenersatzforderung. Da letztere – wie ausgeführt – nicht besteht, ist die Berufung auch insoweit zurückzuweisen. (...) ■

Steuerberaterhaftung

- Sachverhaltsaufklärung
- Prozessführung
- Regressprozess
- Rechtsansicht des Gerichts des Vorprozesses
(OLG Brandenburg, Urt. v. 24.6.2016 – 11 U 19/15)

Leitsätze (d. Red.):

1. Es ist im Rahmen der Prozessführung Aufgabe des Steuerberaters, den ihm unterbreiteten Sachverhalt im Hinblick auf das Prozessziel zu prüfen, den Mandanten zu befragen, entscheidungserhebliche Sachverhaltslücken aufzuklären und die Beweismittel zusammenzutragen. Ist es notwendig, bestimmte Tatsachen unter Beweis zu stellen, ist der Mandant hierüber aufzuklären, damit diese hinreichend gesichert werden können. Der Mandant muss wissen, was zu tun ist, um den Rechtsstreit zu gewinnen (BGH, Urt. v. 8.7.1993 – IX ZR 242/92).

2. Kommt es im Regressprozess im Rahmen der Prüfung, wie die Dinge bei verfahrensmäßig pflichtgemäßem Verhalten verlaufen wären, darauf an, wie die Entscheidung eines Gerichts ausgefallen wäre, so ist nicht darauf abzustellen, wie dieses Gericht tatsächlich entschieden hätte, sondern darauf, wie es nach Ansicht des über den Schadenersatzanspruch erkennenden Gerichtes richtigerweise hätte entscheiden müssen (BGH, Urt. v. 6.11.1961 – III ZR 143/60; v. 25.10.2012 – IX ZR 207/11; v. 18.12.2008 – IX ZR 179/07). Welche rechtliche Beurteilung das mit dem Vorprozess befasste Gericht seiner Entscheidung zugrunde gelegt hätte, ist deshalb ohne Belang. Dies gilt selbst dann, wenn feststeht, welchen Ausgang das frühere Verfahren bei pflichtgemäßem Verhalten des Anwalts genommen hätte (BGH, Urt. v. 18.12.2008 – IX ZR 179/07). ■

Zum Sachverhalt:

Die Klägerin macht Schadenersatzansprüche aus Steuerberaterhaftung wegen fehlerhafter Verfahrensführung in einem finanzgerichtlichen Verfahren betreffend die Umsatzsteuer für in den Jahren 2006 und 2007 erbrachte Leistungen des sozialen Caterings vor dem FG Berlin-Brandenburg geltend.

Zur Darstellung des Sachverhalts wird zunächst gemäß § 540 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen

Folgendes ist hervorzuheben und zu ergänzen:

Die Klägerin erhielt die Speisen als vorgegarte Tiefkühlkost von der A. AG in Kartons geliefert, wobei die Lieferung jeweils direkt in die Einrichtungen erfolgte. Die Mitarbeiter der Klägerin nahmen in den Schulen bzw. Kindertagesstätten die Endzubereitung und Erwärmung vor. Die Erwärmung erfolgte in Konvektoren. Der Speiseplan wurde von der A. AG erstellt.

Zunächst hat die Klägerin in der ersten Instanz behauptet, hinsichtlich des Vertrages mit dem Land B. betreffend die Schulen R.-Grundschule, P.-Grundschule, Grundschule an der M., Ma.-Grundschule und Schule S. habe sie nur folgende Leistungen erbracht:

- Übernahme der durch die A. AG gelieferten Warenmengen und Prüfung auf Vollständigkeit,
- Einlagerung der Warenmengen in die durch die A. AG gestellten Tiefkühlgeräte,
- Endzubereitung der durch die A. AG gelieferten Produkte (Tiefkühlkost) in den durch die A. AG bereitgestellten Heißluftöfen,
- Ausgabe der endzubereiteten Warenkomponenten in Form von Schüsseln an das Erziehungspersonal oder auch an die Kinder (Tischdienst),
- Rücknahme des benutzten Geschirrs und Bestecks in der Zubereitungsküche und anschließende Reinigung der Gegenstände,
- Reinigung (täglich) der Zubereitungsküche und Durchführung der gesetzlich vorgeschriebenen Desinfektionsmaßnahmen.

Es sei auf Teller portioniertes Essen oder „Schüsselessen“ zubereitet und an der Essenausgabe zur Abholung bereitgestellt worden. Das zurückgegebene Geschirr sei gereinigt worden, ebenso die Küche. Mehr habe die Klägerin nicht gemacht. Insbesondere habe die Klägerin nicht selbst Geschirr und Besteck bereitgestellt, Speisen gegen Kontrollabschnitte der Essensmarken ausgegeben oder die Tische und Stühle und den Speisesaal gereinigt. Es habe lediglich Meldelisten für die Anzahl der Kinder gegeben, die nach den ausgegebenen Speiseplänen am Essen teilnahmen. Der Speiseplan sei von der A. AG vorgegeben gewesen.

Hinsichtlich des Vertrages mit der Gemeinde H. hat die Klägerin in der ersten Instanz behauptet, sie habe während der gesamten Vertragslaufzeit in beiden Kitas immer nur die Endzubereitung des Essens und die Bereitstellung zur Abholung durch das Kita-Personal (Lieferung von Schüsselessen) geleistet. Insbesondere sei Essen weder portioniert noch einzeln ausgegeben, serviert, Geschirr gestellt oder Service- und Reinigungsleistungen am Tisch erbracht worden. Sie habe folgende Leistungen erbracht:

- Lagerung der gelieferten Waren der A. AG in die zur Verfügung gestellten Tiefkühler,
- Endzubereitung der gelieferten Tiefkühlmenüs in den durch A. AG gestellten Heißluftöfen,
- Abfüllung der Mahlzeiten in die vorhandenen Schüsseln- und Bereitstellung zur Abholung durch das Kita-Personal,

- Reinigung des benutzten Bestecks und Geschirrs, nachdem dasselbe von dem Kita-Personal in die Küche zurückgebracht worden sei,
- tägliche Reinigung der Zubereitungsküche.

Die vertraglich vereinbarten Dienstleistungselemente Reinigung der Stühle, Tische oder Speiseräume, das Eindecken sowie Abräumen von Geschirr und Besteck seien durch die Klägerin nicht erbracht worden. All dies habe die Klägerin der Beklagten auch in insgesamt 14 Besprechungen zwischen dem 17.3.2010 und dem 27.7.2011 mitgeteilt. Der Umfang der Leistungen in diesen Verträgen sei stets Gesprächsgegenstand gewesen, wenn die Parteien zusammengesessen hätten. Die Verträge und ihre Behandlung sowie das Verfahren vor dem FG seien praktisch ein Dauerthema zwischen den Parteien gewesen. Wegen der Einzelheiten wird insoweit auf den Schriftsatz der Klägerin vom 15.12.2014 Bezug genommen.

Das LG hat die auf Schadenersatz in Höhe von 65.151,34 EUR nebst Zinsen gerichtete Klage mit dem am 22.1.2015 zugestellten Urteil abgewiesen.

Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, der Klägerin sei ein Schaden nicht entstanden. Die Umsatzsteuer sei auch unter Berücksichtigung des Vortrags der Klägerin zu den Abweichungen hinsichtlich der vertraglichen Vereinbarung und der tatsächlichen Ausübung einheitlich mit 16 % festzusetzen gewesen. Die Anwendung des § 12 Abs. 2 Nr. 1 Satz 1 UStG komme nicht in Betracht. Für die Abgrenzung von Lieferungen i.S.d. § 12 Abs. 2 Nr. 1 UStG und sonstigen Leistungen i.S.d. § 3 Abs. 9 Satz 1 UStG komme es darauf an, ob die Abgabe von Speisen nur eine Komponente der gesamten Leistungen sei, bei der der Dienstleistungsanteil qualitativ überwiege. Im Rahmen der Gesamtbetrachtung seien die Verhältnisse der Speisungen in den Schulen und Kindertagesstätten dadurch gekennzeichnet, dass die Klägerin insgesamt als Trägerin der Essensversorgung erscheinen müsse.

Die Tätigkeiten der Klägerin seien in ein organisatorisches Umfeld eingebettet gewesen, nämlich die Bereitstellung der Infrastruktur und des Mobiliars, womit die Leistungen der Klägerin über die bloße Verteilerfunktion im Sinne einer schlichten Lebensmittellieferung hinausgegangen seien. Der Klägerin habe eine die Bewirtung fördernde Infrastruktur und Mobiliar zur Verfügung gestanden, die nicht notwendig mit der Vermarktung von Speisen verbunden und daher im Rahmen der Gesamtbetrachtung zu berücksichtigen gewesen sei. Dabei sei es unerheblich, dass die Infrastruktur nicht von der Klägerin, sondern von einem Dritten zur Verfügung gestellt worden sei. Denn die Bereithaltung dieser Vorrichtungen für den Verzehr an Ort und Stelle durch den Dritten habe auch dem wirtschaftlichen Interesse der Klägerin gedient.

Hiergegen wendet sich die Klägerin mit ihrer am 4.2.2015 eingegangenen und mittels eines am 3.3.2015 eingegangenen Schriftsatzes begründeten Berufung.

In der mündlichen Verhandlung über die Berufung und im nachgelassenen Schriftsatz vom 9.5.2016 hat die Klägerin zum Umfang der von ihr erbrachten Leistungen in den Schulen klargestellt, dass sie die Essenausgabe auf zwei verschiedene Weisen organisiert gehabt habe. Entweder hätten die Kinder ihr Essen direkt an der Essenausgabe geholt oder die Speisen seien in Schüsseln für die jeweiligen Tischgemeinschaften portioniert worden und sodann an die Tischdienste übergeben worden. Der Nachschub sei von den Kindern an der Essenausgabe abgeholt worden, wobei es entweder Obst gegeben habe, oder es sei Pudding o.Ä. in Einzelportionen in Schüsseln portioniert worden.

Essen sei nicht individuell bestellt worden, sondern nach der Zahl der Kinder in den jeweiligen Einrichtungen. Abmeldungen einzelner Kinder seien am Morgen des jeweiligen Tages durch die Einrichtung gemeldet und dann vom Küchenpersonal berücksichtigt worden. In welcher Menge jeweils Essen I und Essen II in Relation zur Gesamtmenge der Speisen zubereitet wurde, hätten die Küchenkräfte anhand eigener Erfahrungswerte entschieden.

Erstmals in der zweiten Instanz behauptet die Klägerin, die Beklagte habe schon während der Betriebsprüfung im Beisein der Finanzbeamten und des Geschäftsführers der Beklagten und seiner Mitarbeiterin erklärt, dass die Verträge nicht so gelebt worden seien, wie es ihr Wortlaut besagt habe. Ihr sei dann von den Finanzbeamten in Aussicht gestellt worden, auf eine schriftliche Schilderung der tatsächlichen Abläufe könne im Einspruchsverfahren ein günstigerer Ausgang erzielt werden.

Die Klägerin rügt mit ihrer Berufung die Verletzung materiellen Rechts. Das erstinstanzliche Gericht habe die Rechtslage verkannt und sich nicht ausreichend mit der Änderung der Praxis des FA hinsichtlich der Besteuerung der streitgegenständlichen Verträge ab dem Jahr 2008 auseinandergesetzt. Zu Unrecht habe das erstinstanzliche Gericht seine Entscheidung auf eine Entscheidung des FG Mecklenburg-Vorpommern vom 28.4.2005 gestützt und den Erlass des BMF vom 20.3.2013 nicht berücksichtigt.

Das LG habe in rechtlich unzutreffender Weise maßgeblich auf die Bestuhlung als Infrastrukturelement abgestellt. Die notwendige Gesamtbetrachtung habe das LG nicht anstellt. Die Klägerin habe entgegen der Auffassung des LG schädliche Dienstleistungselemente nicht erbracht. Die Bereitstellung von Tischen und Stühlen durch Nutzung vorhandener Infrastruktur genüge nicht. Es handele sich bei den von der Klägerin ausgegebenen Speisen um Standardspeisen, denn diese seien durch einfache, standardisierte Handlungen zubereitet worden.

Die Klägerin beantragt zum Beweis der Tatsache, dass die Klägerin Standardspeisen im Sinne der EuGH-Rechtsprechung zubereitet habe, die Einholung eines steuerrechtlichen Rechtsgutachtens.

(Anträge: ...)

Die Beklagte verteidigt die angefochtene Entscheidung. Sie ist der Ansicht, der von der Klägerin zitierte Erlass vom 20.3.2013 sei auf den vorliegenden Sachverhalt nicht anwendbar, denn dieser beruhe auf einer Verordnung der EU zur Nr. 282/11 des Rates vom 15.3.2011 und finde ausweislich des Inhalts des Erlasses nur auf Umsätze Anwendung, soweit sie nach dem 30.6.2011 ausgeführt worden seien. Die Tatsache, dass das FA ab 2008 die Besteuerung der Umsätze der Klägerin mit dem ermäßigten Steuersatz von 7 % vorgenommen habe, ändere nichts, da die Klägerin hierfür dem FA abweichenden Sachverhalt mitgeteilt habe.

Der Senat hat die Akte des FG Berlin-Brandenburg – 7 K 7097/10, beigezogen und zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemacht. ■

Aus den Gründen:

Die Berufung ist zulässig, insbesondere form- und fristgerecht eingelegt und begründet. In der Sache hat sie jedoch keinen Erfolg.

1. Die Klägerin ist aktivlegitimiert. Sie ist berechtigt, den Schaden geltend zu machen, obwohl ihr Alleingesellschafter und Geschäftsführer, J. W., Partei des Rechtsstreits vor dem FG war. Er bildete als Organträger zusammen mit der Klägerin als Organgesellschaft eine umsatzsteuerrechtliche Organschaft. Die gewerbliche oder berufliche Tätigkeit wird nach § 2 Abs. 2 Nr. 2 Satz 1 UStG nicht selbständig ausgeübt, wenn eine juristische Person nach dem Gesamtbild der tatsächlichen Verhältnisse finanziell, wirtschaftlich und organisatorisch in das Unternehmen des Organträgers eingegliedert ist (Organschaft). Die Organschaft dient der Vereinfachung (vgl. *BT-Drucks V/48*, § 2, *BT-Drucks IV/1590*, S. 36; *BFH*, *Urt. v. 2.12.2015 – V R 15/14*, *juris*, *Rdnr. 18*).

Als Rechtsfolge hieraus ist nur der Organträger Unternehmer für das aus seinem Unternehmensteil und dem Unternehmen der Organgesellschaft bestehende Gesamtunternehmen (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 Satz 3 UStG). Bei einer Betriebsaufspaltung im steuerlichen Sinne, d. h. bei der Überlassung wesentlicher Betriebsgrundlagen durch den Besitzunternehmer an die Betriebsgesellschaft, deren alleiniger oder mehrheitlicher Gesellschafter der Besitzunternehmer ist, werden alle Handlungen des Organs umsatzsteuerlich dem Organträger zugerechnet. Der Organträger ist entsprechend dem Vereinfachungszweck Steuerschuldner auch für die aufgrund der Organschaft unselbständig tätige Person (*BFH*, *Urt. v. 2.12.2015 – V R 15/14*, *BFHE* 252, 158, *Rdnr. 18*; *Munies/Korn*, *Umsatzsteuergesetz*, 14. Aufl., § 2, *Rdnr. 107, 138*).

So liegt der Fall hier. Der Geschäftsführer der Klägerin ist deren Alleingesellschafter. Er überlässt als Unternehmer die in seinem Eigentum stehenden wesentlichen Betriebsgrundlagen an die Klägerin. Umsatzsteuerpflichtig ist J. W. Ein etwaiger Schaden wegen fehlerhafter Prozessführung wäre der Klägerin entstanden, denn wirtschaftlich müsste sie – abweichend von ihrer ursprünglichen Kalkulation – die Kosten für die erhöhte Umsatzsteuer aus den von ihr erzielten Umsätzen begleichen.

2. Die Klägerin hat keinen Anspruch auf Schadenersatz gemäß §§ 280 Abs. 1, 281 BGB gegen die Beklagte. Ihr ist durch die behauptete Pflichtverletzung der Beklagten kein Schaden entstanden. Auch wenn die Beklagte im Prozess vor dem FG vorgetragen hätte, dass die Klägerin abweichend von den vertraglichen Vereinbarungen einen Teil der Leistungen nicht erbracht habe, hätte das FG die Klage abweisen müssen:

Es ist im Rahmen der Prozessführung **Aufgabe des Steuerberaters**, den ihm unterbreiteten **Sachverhalt** im Hinblick auf **das Prozessziel zu prüfen**, den Mandanten zu befragen, entscheidungserhebliche Sachverhaltslücken aufzuklären und die Beweismittel zusammenzutragen. Ist es notwendig, bestimmte Tatsachen unter Beweis zu stellen, ist der Mandant hierüber aufzuklären, damit diese hinreichend gesichert werden können. Der Mandant muss wissen, was zu tun ist, um den Rechtsstreit zu gewinnen (*BGH, NJW* 1993, 2676, 2677). Ob die Beklagte gemessen an diesen Maßstäben ihre **Aufklärungs- und Beratungspflicht** verletzt hat, weil ihr bekannt war, dass die Klägerin in der Praxis weniger Leistungen erbrachte und die Verträge anders lebte, als vertraglich vereinbart war, kann dahinstehen. Denn auch bei gehöriger Aufklärung und Beratung hätte die Beklagte keine Umstände vortragen können, die eine abweichende Entscheidung des FG bewirkt hätten.

Die von der Klägerin erbrachten Leistungen unterliegen dem Regelsteuersatz i.S.d. § 12 Abs. 1 UStG, weil es sich bei ihnen um sonstige Leistungen handelt, für die der ermäßigte Steuersatz i.S.v. § 12 Abs. 2 Nr. 1 UStG nicht gilt. Nach § 12 Abs. 2 Nr. 1 UStG ermäßigt sich die Steuer auf 7 % für die Lieferungen der bezeichneten Gegenstände.

Nach § 3 Abs. 1 UStG sind Lieferungen eines Unternehmers Leistungen, durch die er oder in seinem Auftrag ein Dritter dem Abnehmer oder in dessen Auftrag einen Dritten befähigt, im eigenen Namen über einen Gegenstand zu verfügen. Demgegenüber sind sonstige Leistungen, die keine Lieferungen im Sinne des § 3 Abs. 1 UStG sind, § 3 Abs. 9 S. 1 UStG.

Bei der Abgabe von Speisen und Getränken ist zu unterscheiden zwischen der begünstigten Lieferung von Speisen (§ 12 Abs. 2 Nr. 1 UStG i.V.m. Anlage 2) mit der Folge der Anwendung des ermäßigten Steuersatzes und dem Darbieten von Speisen und Getränken als sonstige Leistung, welche dem Regelsteuersatz unterfällt. Zur Abgrenzung enthielt die Vorschrift des § 3 Abs. 9 UStG bis zum 29.12.2007 und damit während des hier gegenständlichen Zeitraums in den Sätzen 4 und 5 die Regelung, dass die Abgabe von Speisen und Getränken zum Verzehr an Ort und Stelle eine sonstige Leistung sei; von einem Vor-Ort-Verzehr sei auszugehen, wenn der Abgabeort mit dem Verzehrort in einem räumlichen Zusammenhang stehe und besondere Vorrichtungen für den Verzehr an Ort und Stelle bereitgehalten würden.

Diese Vorschrift wurde mit Wirkung zum 29.12.2007 aufgehoben, nachdem der BFH im Urteil vom 26.10.2006, *V R 5859/04*, entschieden hatte, dass der Wortlaut der Vorschrift

in der seit dem 27.6.1998 geltenden Fassung nicht in vollem Umfang gemeinschaftsrechtskonform sei, soweit sie eine abschließende Aufzählung der Merkmale beabsichtigte, die für eine sonstige Leistung durch Abgabe der Speisen zum Verzehr an Ort und Stelle spreche. Vor und nach der Aufhebung der Sätze 4 und 5 sind danach allein die allgemeinen Grundsätze für die Abgrenzung von Lieferung und Dienstleistung maßgeblich (*Martin in: Sölch/Ringleb, Umsatzsteuer, § 3, Rdnr. 541*).

Mit der Grundsatzentscheidung des EuGH vom 10.3.2011, C-497/09, *Rechtssache B. u.a., DStR 2011, 515, beck-online*, ist die Abgrenzung zwischen Lieferungen und Dienstleistungen auf ein neues Fundament gestellt worden. Danach sind sämtliche Umstände zu berücksichtigen, unter denen der Umsatz abgewickelt wird, um dessen charakteristische Bestandteile zu ermitteln und darunter die dominierenden Bestandteile zu bestimmen. Der dominierende Bestandteil ist aus der Sicht des Durchschnittsverbrauchers und im Rahmen einer Gesamtbetrachtung mit Rücksicht auf die qualitative und nicht nur quantitative Bedeutung der Dienstleistungselemente im Vergleich zu den Elementen einer Lieferung von Gegenständen zu bestimmen (*EuGH, a.a.O., Rdnr. 61, 62 in: Weiterführung der Rechtsprechung aus dem Urt. v. 2.5.1996, Faaborg-Gelting Linien A/S, C-231/94, veröffentlicht in juris*).

Da die Abgabe von Speisen stets mit Dienstleistungen verbunden ist, sind bei der Beurteilung des Anteils der Dienstleistung an dem gesamten Geschäft nur diejenigen Dienstleistungen zu berücksichtigen, die nicht ohnehin notwendig mit der Vermarktung verbunden sind. Für die Abgabe von Speisen gilt, dass deren Abgabe stets ihr Kochen, Backen, Braten oder Aufwärmen voraussetzt. Wenn sich die Zubereitung des Endprodukts im Wesentlichen auf einfache, standardisierte Handlungen beschränkt, die in den meisten Fällen nicht auf Bestellung eines bestimmten Kunden, sondern entsprechend der allgemein vorhersehbaren Nachfrage ständig oder in Abständen vorgenommen werden, stellt diese Zubereitung nicht den überwiegenden Bestandteil des fraglichen Umsatzes dar und kann allein diesem nicht den Charakter einer Dienstleistung verleihen (*EuGH, Rechtssache B. u.a., a.a.O., Rdnr. 68*).

Wenn eine derartige Standardspeise als Ergebnis einfacher und standardisierter Zubereitungsvorgänge vorliegt, kommt es für die Abgrenzung von Lieferung und sonstiger Leistung auf zusätzliche Dienstleistungselemente wie z.B. Überlassung, Abholung und Reinigung von Geschirr und Besteck, die Abgabe zu genau festgelegten Zeiten, das Bereithalten von Verzehrvorrichtungen, das Vorhandensein von Räumen, Toiletten an (*EuGH, a.a.O., Rdnr. 80; BFH, Urt. v. 12.10.2011 – V R 66/09, juris, Rdnr. 17, 20; v. 23.11.2011 – XI R 6/08, juris, Rdnr. 30; Beschl. v. 22.12.2011 – V R 47/10, juris, Rdnr. 15 f.; Urt. v. 28.5.2013 – XI R 28/11, Rdnr. 30, juris*). Handelt es sich demgegenüber um qualitativ höherwertige Speisen als eine Standardzubereitung, liegt auch ohne derartige zusätzliche Dienstleistungselemente eine dem Regelsatz unterliegende sonstige Leistung vor (*BFH, Urt. v. 22.12.2011 – V R 47/10, juris, Rdnr. 13*).

Seit dem Inkrafttreten des Art. 6 der DurchführungsVO (EU) Nr. 282/2011 zur Festlegung von Durchführungsbestimmungen zur Richtlinie 2006/112/EG (MWSt-DVO) kommt es auf die Art der Zubereitung nicht mehr an, so dass die Unterscheidung zwischen Standardspeisen und anderen Speisen für die unter den Geltungsbereich der Verordnung fallenden Umsätze keine Bedeutung mehr zukommt. Die Verordnung findet für den vorliegenden Fall allerdings keine Anwendung, denn diese gilt nach ihrem Art. 65 erst für Umsätze ab dem 1.7.2011. Die streitgegenständlichen Umsätze erzielte die Klägerin in den Jahren 2006 und 2007.

Es handelt sich bei den von der Klägerin angebotenen Speisen nicht um Standardspeisen im Sinne der oben genannten Rechtsprechung. **Der Senat ist insoweit bei der Beurteilung an die rechtliche Würdigung des FG, es handele sich um Standardspeisen, nicht gebunden.** Kommt es im Regressprozess im Rahmen der Prüfung, wie die Dinge bei verfahrensmäßig pflichtgemäßem Verhalten verlaufen wären, darauf an, wie die Entscheidung eines Gerichts ausgefallen wäre, so ist nicht darauf abzustellen, wie dieses Gericht tatsächlich entschieden hätte, sondern darauf, wie es nach Ansicht des über den Schadenersatzanspruch erkennenden Gerichtes richtigerweise hätte entscheiden müssen (*ständige Rechtsprechung, vgl. BGH, NJW 1962, 583, 585 f.; NJW 2013, 540, 542, 543, Rdnr. 26; BGH, NJW 2009, 987, 988, Rdnr. 16*).

Welche rechtliche Beurteilung das mit dem Vorprozess befasste Gericht seiner Entscheidung zugrunde gelegt hätte, ist deshalb ohne Belang. Dies gilt selbst dann, wenn feststeht, welchen Ausgang das frühere Verfahren bei pflichtgemäßem Verhalten des Anwalts genommen hätte (*BGH, NJW 2009, 987, 988, Rdnr. 16*). Denn der Geschädigte darf im Schadenersatzprozess nicht mehr erhalten als das, was er nach der materiellen Rechtslage verlangen kann. Eine berechtigte Steuernachforderung stellt keinen Schaden dar. Der Richter hat sich im Regressprozess an der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu orientieren, die sich in dem für die Beurteilung maßgeblichen Zeitraum gebildet hatte (*BGH, Beschl. v. 5.3.2009 – IX ZR 90/06, juris*). Etwas anderes folgt für den hier zu entscheidenden Fall auch nicht aus dem von der Klägerin zitierten Urteil des BGH vom 24.1.2007 – IV ZR 208/03.

Diesem Verfahren liegt ein völlig anderer Sachverhalt zugrunde. Der BGH hatte in jenem Fall über die aus dem Trennungsprinzip folgende Bindungswirkung des Haftpflichturteils für den Deckungsprozess zu entscheiden. Eine vergleichbare Konstellation besteht hier nicht. Es kommt deshalb für den vorliegenden Regressprozess allein darauf an, wie die Leistungen der Klägerin im Lichte der oben genannten Rechtsprechung zu beurteilen sind.

Der Senat war auch nicht verpflichtet, ein steuerrechtliches Rechtsgutachten einzuholen. Bei der Frage, wie die Leistungen der Klägerin zu besteuern sind, handelt es sich um Rechtsfragen. Rechtsnormen dulden hinsichtlich ihres Bestehens und Inhalts in der Regel (zu Ausnahmen § 293 ZPO) keine freie Beweiswürdigung; Gegenstand der Beweiswürdigung können nur Tatsachen sein (*Zöller/Greger, § 286 ZPO, Rdnr. 10, m.w.N.*). Ein Ausnahmefall gemäß § 293 ZPO liegt nicht vor.

Standardspeisen sind, wie oben im Einzelnen ausgeführt, nur solche, die das Ergebnis einfacher und standardisierter Zubereitungsvorgänge sind. Die Klägerin hat nicht lediglich Standardspeisen abgegeben. Zwar wärmte die Klägerin unstreitig im Wesentlichen die von der A. AG gelieferte Tiefkühlkost auf. Allerdings bestanden die von ihr gelieferten warmen Speisen in der Regel aus mehreren Komponenten, die jeweils gesondert erwärmt werden mussten oder deren Verwendung zumindest gesondert vorbereitet werden musste.

Es handelte sich um eine Vielzahl verschiedener, täglich wechselnder Gerichte, deren Zubereitung und Darreichung jeweils an das Gericht angepasste Tätigkeiten erforderte. Täglich waren zwei andere Gerichte bereitzustellen. Außerdem stellte die Klägerin täglich einen Nachtsch in Form von Obst, Pudding o.Ä. bereit. Eine Wiederholung des Speiseplanes war an den Schulen frühestens nach einem Monat zulässig. Der Speiseplan war abwechslungsreich und auf die Bedürfnisse von Kindern zugeschnitten.

Der mit der Zubereitung der einzelnen Menüs einhergehende Arbeitsaufwand und notwendige Sachverstand übersteigt daher denjenigen, der typischerweise mit der entsprechend der allgemein vorhersehbaren Nachfrage ständig oder in Abständen vorgenommenen Zubereitung von Speisen nach Art eines Imbissstandes verbunden ist. Zudem steht der Annahme einer Standardspeise entgegen, dass es sich bei den von der Klägerin ausgegebenen Speisen um „bestellte“ Speisen handelte, die zu bestimmten Zeiten – nämlich zu den Pausenzeiten der Schulen und Kindertagesstätten – in genau der bestellten Menge ausgegeben werden mussten und die nicht entsprechend einer allgemein vorhersehbaren Nachfrage oder in Abständen zubereitet und vorgehalten wurden (vgl. hierzu EuGH, B. u.a., Rdnr. 68, 77 f.; BFH, Urt. v. 12.10.2011 – V R 66/09, juris, Rdnr. 24). Beschränkt sich die Zubereitung nicht auf eine bloße Standardspeise, sind weitergehende Vergleiche mit der Kreativität und dem Personalaufwand bei Restaurants nicht vorzunehmen (BFH, a.a.O.).

Unabhängig davon handelt es sich bei den Leistungen der Klägerin um solche nach § 3 Abs. 9 UStG, weil die von der Klägerin erbrachten zusätzlichen Dienstleistungen im Vergleich zu den Elementen der Lieferung in qualitativer Hinsicht dominierten.

Zu Recht wendet zwar die Klägerin ein, dass den von den Schulen und Kindertagesstätten zur Verfügung gestellten Tischen und Stühlen keine maßgebliche Bedeutung beikommt. Nach der Rechtsprechung des BFH dürfen Verzehr- vorrichtungen aufgrund des EuGH-Urteils B. u.a. nur als Dienstleistungselement berücksichtigt werden, wenn sie vom Leistenden als Teil einer einheitlichen Leistung zur Verfügung gestellt werden und nicht von dem Dritten unmittelbar dem verzehrenden Kunden zur Verfügung gestellt werden (BFH, Urt. v. 30.6.2011 – V R 18/10, beck-online, Rdnr. 32). Dies war bei dem Mobiliar der Fall.

Offen bleiben kann, inwieweit sich die Klägerin auch das Bereitstellen des Geschirrs zurechnen lassen muss. Die oben genannten Grundsätze gelten auch für die Überlassung von

Geschirr und Besteck (BFH, Urt. v. 11.4.2013 – V R 28/12, juris, Rdnr. 25). Dieses wurde jedenfalls in den Kitas nicht den Kindern, sondern unmittelbar der Klägerin zur Nutzung zur Verfügung gestellt. Nach § 3.2. S. 2 und § 3.3. S. 4 des Vertrages betreffend die Kitas wurde das Geschirr der Klägerin durch die Einrichtungen unentgeltlich zur Verfügung gestellt. Für die Schulen ist eine entsprechende vertragliche Vereinbarung nicht ersichtlich.

Die Klägerin hat ungeachtet dessen neben der bloßen Lieferung der Speisen noch weitere Dienstleistungen vorgenommen, die einen nicht nur geringen personellen Einsatz erforderten: Sie hat die Portionierung des Essens auf Teller bzw. in Portionsschüsseln für einzelne Tischgemeinschaften und die Ausgabe der Speisen an die Kinder vorgenommen. Hierzu hat sie nunmehr in der zweiten Instanz klargestellt, dass sie – entgegen ihrem früheren Vortrag – in allen Schulen das Essen portioniert und unmittelbar an die Schüler bzw. die Tischdienste der Tischgemeinschaften ausgegeben – und damit nicht nur einfach in Großgebinde eingefüllt – hat.

Zudem hat sie die Rücknahme und Reinigung des benutzten Geschirrs übernommen. Damit zusammenhängend musste sie das Geschirr und Besteck auch von den Kindern oder dem Erziehungspersonal entgegennehmen. Außerdem stellte sie die Behälter für die Speisereste zur Verfügung und entsorgte die Speisereste.

Damit waren die jeweiligen Einrichtungen von den wesentlichen Leistungen, die im Zusammenhang mit der Versorgung der Kinder mit Mittagessen entstanden, weitgehend befreit, denn diese haben die Mitarbeiter der Klägerin übernommen. Ihr personeller Einsatz, um das gestellte (Speisen-)Material herbeizuschaffen, auszugeben und zurückzunehmen, stellt mithin nur eine Komponente der gesamten Leistung dar, bei der der Dienstleistungsanteil qualitativ überwiegt. Dies genügt nach den vorgenannten Grundsätzen entgegen der Ansicht der Klägerin für die Annahme einer der Regelbesteuerung i.S. des § 12 Abs. 1 UStG zu unterwerfenden sonstigen Leistung i.S. des § 3 Abs. 9 UStG.

Soweit sich die Klägerin auf den Erlass des BMF vom 20.2.2013 beruft, kommt dem im gerichtlichen Verfahren keine Bedeutung zu, da es sich hierbei um eine norminterpretierende Verwaltungsanweisung handelt, die die Gerichte nach ständiger Rechtsprechung des BFH nicht bindet (vgl. z.B. BFH, Urt. v. 10.11.2011 – V R 34/10, Rdnr. 21; v. 11.4.2013 – V R 28/12, juris, Rdnr. 21). Im Übrigen würde aber auch die Anwendung des Erlasses auf den vorliegenden Fall nicht zu einem für die Klägerin günstigeren Ergebnis führen. In Ziff. II (3) des Erlasses werden als schädliche Dienstleistungen unter anderem die Gestellung von Bedienungs-, Koch- und Reinigungspersonal und die Durchführung von Service-, Bedien- und Spülleistungen in den Räumen des Kunden genannt. Derartige Dienstleistungen hat die Klägerin aber erbracht.

Ob und inwieweit Ansprüche der Klägerin verjährt wären, kann offenbleiben, da es bereits an einem Schaden fehlt. (...) ■

Steuerberaterhaftung

- Kenntnis der Rechtsprechung
- Eingetragene Lebenspartnerschaft
- Anhängige Verfassungsbeschwerde
(LG Detmold, Urt. v. 5.11.2014 – 10 S 97/14)

Leitsatz (d. Red.):

Der Steuerberater darf grundsätzlich auf die Verfassungsmäßigkeit der gesetzlichen Besteuerungsgrundlagen vertrauen. Solange es nicht deutliche Hinweise für einen Erfolg einer Verfassungsbeschwerde gegen ein Steuergesetz gibt, erscheint es im Interesse des Mandanten überzogen, wenn der Steuerberater ihm allein wegen der theoretischen Möglichkeit des Erfolges stets raten müsste, sich auf die vom Gesetz abweichende Auffassung zu berufen und den Rechtsweg zu beschreiten. ■

Aus den Gründen:

I. Von der Darstellung der tatsächlichen Feststellungen wird gemäß §§ 540 Abs. 2, 313a Abs. 1 ZPO i.V.m. § 544 Abs. 1 S. 1 ZPO, § 26 Nr. 8 EGZPO abgesehen.

II. Die zulässige Berufung ist unbegründet.

1. Dem Kläger steht gegen den Beklagten kein Schadenersatzanspruch aus §§ 280 Abs. 1, 611, 675 BGB – der einzig in Betracht kommenden Anspruchsgrundlage – zu.

Das AG ist zutreffend davon ausgegangen, dass eine Pflichtverletzung des als Geschäftsbesorgungsvertrag mit Dienstvertragscharakter zu qualifizierenden Steuerberatungsvertrages durch den Beklagten nicht vorliegt.

a. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH ist ein Steuerberater im Rahmen des ihm erteilten Auftrages 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, wobei er den relativ sichersten Weg zu dem angestrebten steuerlichen Ziel aufzuzeigen und die für den Erfolg notwendigen Schritte vorzuschlagen hat. Die **mandatsbezogenen erheblichen Gesetzes- und Rechtskenntnisse** muss der Steuerberater besitzen oder sich ungesäumt verschaffen (vgl. BGH, NJW 2004, 3487).

An die Sorgfaltspflichten eines Steuerberaters bei der Prüfung eines Steuerbescheides auf die **Verfassungsmäßigkeit der gesetzlichen Besteuerungsgrundlage** sind entsprechende Maßstäbe wie an die Sorgfaltspflichten eines Rechtsanwalts anzulegen. Dabei darf der Steuerberater – ähnlich wie der Rechtsanwalt – im Grundsatz auf die Verfassungsmäßigkeit der auf den Steuerfall anzuwendenden Gesetze vertrauen (BGH, Urt. v. 6.11.2008 – X ZR 140/07, VersR 2010, 777). Wegen der richtungsweisenden Bedeutung, die **höchststrichterlichen Entscheidungen** für die Rechtswirklichkeit zukommt, hat sich der Berater bei der Wahrnehmung seines Mandats

grundsätzlich an dieser Rechtsprechung auszurichten. Von diesen Grundsätzen ist auch das AG ausgegangen.

b. Zum hier maßgeblichen Zeitpunkt bei Abfassung der Steuererklärung des Klägers für das Jahr 2009 sowie bei Erlass des Steuerbescheides vom 16.12.2010 durfte der Beklagte auf die Verfassungsmäßigkeit des von der Steuerverwaltung angewendeten Steuergesetzes vertrauen. Das AG hat zutreffend darauf hingewiesen, dass zu diesem Zeitpunkt keine gerichtliche Vorlage nach Art. 100 Abs. 1 Grundgesetz an das BVerfG vorlag und alle FG von der Verfassungsmäßigkeit der geltenden Steuergesetze und der getrennten Veranlagung der Lebenspartner ausgingen. So hatte der BFH mit Urteil vom 26.1.2006 – III R 51/05 – entschieden, dass **Partner einer eingetragenen Lebensgemeinschaft keinen Anspruch auf Durchführung einer Zusammenveranlagung zur Einkommensteuer unter Anwendung des Splittingtarifes** haben.

In der Entscheidung sind eine analoge Anwendung der Vorschriften, eine verfassungskonforme Auslegung und eine Vorlage an das BVerfG ausdrücklich abgelehnt worden. Der BFH ist zu dem Ergebnis gekommen, dass der Ausschluss der Lebenspartner von der Zusammenveranlagung und von dem Splittingtarif nicht gegen die Verfassung verstoße.

c. Zu Recht ist das AG davon ausgegangen, dass die **anhängigen Verfassungsbeschwerden** nicht dazu führen, dass der Beklagte den Kläger auf etwaige verfassungsrechtliche Bedenken bezüglich der Veranlagung und der Möglichkeit eines Einspruchs hätte hinweisen müssen. **Der Beklagte musste nicht damit rechnen, dass die anhängigen Verfassungsbeschwerden Erfolg haben würden.**

Der Ausgang solcher Verfahren ist in der Regel ungewiss. Solange es nicht im Einzelfall deutliche Hinweise für einen Erfolg des Angriffs gibt, erscheint es auch im Interesse des Mandanten überzogen, wenn ein Steuerberater allein wegen der – kaum einmal völlig auszuschließenden – theoretischen Möglichkeit des Erfolgs stets dazu raten müsste, sich auf die vom Gesetz abweichende Auffassung zu berufen und den Rechtsweg zu beschreiten. Konkrete Anhaltspunkte dafür, dass sich bereits im Dezember 2010 die Verfassungswidrigkeit des maßgeblichen Gesetzes abzeichnete, trägt der Kläger selbst nicht vor. Allein der Zeitablauf von vier Jahren ist kein hinreichendes Indiz.

d. Auch wenn der **Einspruch** gegen den Steuerbescheid mit **nur geringen Kosten** verbunden ist, führt dies zu keiner anderen Beurteilung, abgesehen davon, dass der damit verbundene **Zeitgewinn nicht ausgereicht** hätte, um die im Jahr 2013 ergangene Entscheidung des BVerfG abzuwarten. Zum damaligen Zeitpunkt war die Frage, wie das BVerfG entscheiden würde, völlig offen. Konkrete Anhaltspunkte für die Erfolgsaussichten kann auch der Kläger nicht benennen. Diese folgen auch nicht ohne weiteres aus den Gesetzesänderungen im Erbschafts- und Grunderwerbssteuerrecht.

e. Allerdings hat der Steuerberater eine **Änderung der Rechtsprechung** in Betracht zu ziehen, wenn ein oberstes Gericht

darauf hinweist oder neue Entwicklungen in Rechtsprechung und Rechtswissenschaft Auswirkungen auf eine ältere Rechtsprechung haben können und es zu einer bestimmten Frage an neuen höchstrichterlichen Entscheidungen fehlt (BGH, VersR 2010, 777 m.w.N.). Ein Ausnahmefall kann auch gegeben sein, wenn das BVerfG in einer Senatsentscheidung in ähnlichem Zusammenhang eine Verfassungsfrage behandelt und dabei eine aussagekräftige Vorentscheidung auch für die verfassungsrechtliche Beurteilung des anhängigen Besteuerungsfalls getroffen hat (BGH, a.a.O.).

Dass im hier maßgeblichen Zeitpunkt Ende 2010 eine solche Entwicklung bereits absehbar war und es ausreichende Hinweise für den Beklagten gab, die ihn zu einer entsprechenden Beratung des Klägers veranlassen mussten, zeigt der Kläger nicht auf. Es gab vielmehr die **höchststrichterliche Entscheidung des BFH vom 26.1.2006**, die einen Anspruch eingetragener Lebenspartner auf Durchführung einer Zusammenveranlagung ablehnte. Erst im Jahr 2011 haben einzelne FG im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes die Vollziehung von Steuerbescheiden eingetragener Lebenspartner ausgesetzt.

Deren Entscheidungen sind im Jahr 2012 durch den BFH bestätigt worden. Daher besteht entgegen der Auffassung des Klägers durchaus ein hinreichender Grund für die Differenzierung zwischen der Steuererklärung 2009 und den nachfolgenden Erklärungen für die Jahre 2010 und 2011.

f. Das AG ist auch zutreffend davon ausgegangen, dass ein konkreter Anlass für ein Beratungsgespräch im vorliegenden Fall nicht bestand (vgl. dazu die Entscheidung des LG Stuttgart v. 29.7.2013 – 27 O 128/12). Dies würde zumindest voraussetzen, dass die gemeinsame Veranlagung zwischen den Parteien schon einmal thematisiert worden wäre, was der Kläger nicht geltend macht. Wobei auch zu berücksichtigen ist, dass es sich bei der Frage der Zusammenveranlagung oder Einzelveranlagung nicht um ein steuerrechtliches Randproblem, sondern um eine grundsätzliche Frage handelt, die dem Kläger durchaus geläufig sein musste. ■

Aufklärungsobliegenheit des Versicherungsnehmers

- Stellungnahme des Sachbearbeiters
- Vorsätzliche Obliegenheitsverletzung (LG Köln, Urt. v. 30.7.2012 – 24 O 43/12)

Leitsatz:

Der Versicherer kann zur Aufklärung eines bestimmten Fehlverhaltens vom Versicherungsnehmer verlangen, dass der verantwortliche Sachbearbeiter eine eigenverantwortliche Stellungnahme abgibt. ■

Tatbestand:

Die Parteien streiten sich über Ansprüche aus einer Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung.

Die Klägerin schloss bei der A. Versicherung AG (im Folgenden: A.) eine Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung mit Versicherungsschein vom 7.2.1995 ab. Vertragsbeginn war der 1.1.1995. Es wurde die Geltung der Allgemeinen Versicherungsbedingungen zur Haftpflichtversicherung für Vermögensschäden (AVB) vereinbart. Ferner galten die Rahmenabkommen zur Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung für das Jahr 1995, für das Jahr 1996 und für das Jahr 1997. Ab dem 1.1.2002 galt das von der Beklagten vorgelegte Rahmenabkommen. An dem ab dem 1.1.2002 geltenden Rahmenabkommen war die Beklagte nicht mehr als Versicherer beteiligt. In den drei erstgenannten Rahmenabkommen heißt es unter „Versichertes Risiko“ u.a.:

„Außerdem gewähren die Versicherer dem Versicherungsnehmer Versicherungsschutz für Vermögensschäden, die er in Folge eines bei Ausübung satzungsgemäßer Tätigkeit von seinen Organen, Beamten oder Angestellten fahrlässig begangenen Verstoßes unmittelbar erlitten hat (Eigenschaden).“

In dem ab dem 1.1.2002 geltenden Rahmenabkommen heißt es insoweit wie folgt:

„Außerdem gewähren die Versicherer den Versicherungsnehmern Versicherungsschutz für Vermögensschäden, die sie in Folge eines bei Ausübung satzungsgemäßer Tätigkeit im Rahmen des operativen Krankenkassengeschäfts von ihren Organen, Beamten und Angestellten fahrlässig (objektiv und subjektiv) begangenen Verstoßes unmittelbar erlitten hat (Eigenschaden).“

An dem Versicherungsvertrag waren 1995 und 1996 zwei Versicherer, deren Rechtsnachfolger die Beklagte ist, zu 30 % beteiligt; an dem Rahmenabkommen für 1997 waren teils andere Versicherer beteiligt, teils hatte sich die Höhe der Beteiligungen geändert. An dem ab dem 1.1.2002 geltenden Rahmenabkommen war die Beklagte nicht beteiligt.

Die Führung der Versicherung lag jeweils bei der A., die die etwa anfallenden Schäden, auch soweit der Anteil der beteiligten Gesellschaften in Betracht kommt, bearbeiten, regulieren und alle auf den Vertrag bezüglichen Erklärungen im Namen der beteiligten Gesellschaften rechtsverbindlich abgeben sollte. Ferner war geregelt, dass die Gesellschaften bis zu dem für sie festgelegten Anteil haften. Unter „Zeitliche Begrenzung“ heißt es in den drei erstgenannten Rahmenabkommen jeweils:

„Abweichend von § 2 Ziffer 1 AVB umfasst der Versicherungsschutz die Folgen aller während der Versicherungsdauer begangenen Verstöße, die den Versicherern nicht später als drei Jahre nach Beendigung des Versicherungsvertrages gemeldet werden.“

Unter Nr. 4 des ab dem 1.1.2002 geltenden Rahmenabkommens heißt es insoweit:

„Abweichend von § 2 Ziffer 1 AVB umfasst der Versicherungsschutz die Folgen aller während der Versicherungsdauer gemeldeten Schäden.“

Der A. selbst wurde Ende 2002 ein Versicherungsfall gemeldet, dessen Einzelheiten streitig sind. Die Meldung erfolgte über die Versicherungsmaklerin der Klägerin, die X. K. & J. GmbH. Die X. Versicherungsmakler Deutschland GmbH ist die Rechtsnachfolgerin der X. K. & J. GmbH. Der X. Versicherungsmakler Deutschland GmbH ist seitens der Klägerin mit einem am 14.3.2012 zugestellten Schriftsatz der Streit verkündet worden.

Mit Schreiben vom 6.2.2003 bat die A. die Streitverkündete um weitere Informationen; insbesondere erbat sie die Vorlage einer persönlichen Stellungnahme der nach der Darstellung der Klägerin schadenverursachenden Mitarbeiterin.

Erstmals mit Schreiben vom 17.3.2009 beantwortete die Streitverkündete im Schreiben der A. vom 6.2.2003 gestellte Fragen unter Bezugnahme auf ein Schreiben der Klägerin an die Streitverkündete vom 12.3.2009. Was die Vorlage einer persönlichen Stellungnahme von Frau T. angeht, hieß es: „Frau T. ist seit 1998 in Rente; die fehlerhafte Bearbeitung war im Jahr 1996. Unsere frühere Kollegin wird sich nicht an einzelne Rentenmitteilungen erinnern können, da sie täglich einige zu bearbeiten hatte. Eine eigenverantwortliche Stellungnahme können wir deshalb nicht anfordern.“

Mit Schreiben vom 23.3.2009 lehnte die A. Versicherung die Regulierung ab, da der Anspruch verjährt sei.

Die Klägerin behauptet, Herr C. sei zeitweise bei ihr in der Krankenversicherung für Rentner versichert gewesen, da er eine Halbwaisenrente erhalten habe. Mit Schreiben vom 11.7.1996, das auf eine Anfrage der Klägerin hin erfolgt sei, habe die BfA der Klägerin mitgeteilt, dass für Herrn C. die vorher bereits weggefallene Rente ab dem 1.10.1995 erneut bewilligt worden sei. Gleichzeitig sei der erneute Rentenwegfall zum 30.11.1995 mitgeteilt worden. Die zuständige Sachbearbeiterin der Klägerin, Frau T., habe die Mitteilung des erneuten Rentenwegfalls in dem Schreiben übersehen. Mit Unterbrechungen aufgrund von Vorrangversicherung seien folgende Zeiten in der Versichertenart „versicherungspflichtiger Rentner“ unrechtmäßig aufgebaut worden: (...)

Der Aufbau der Versicherungszeiten sei maschinell erfolgt, da ein offener Rentenzähler vorhanden gewesen sei.

Während dieser Versicherungszeiten hätten sich Überzahlungen im Sachleistungswesen in Höhe von insgesamt 1.547.356,56 DM ergeben. Nach § 19 Abs. 2 SGB V a.F. hätte aber bei der Beendigung der Mitgliedschaft in der Vorrangversicherung noch ein Anspruch auf Leistungen für einen Monat ab der Beendigung bestanden. Solche nachgehenden Leistungsansprüche hätten hier tatsächlich in Höhe von 356.818,65 EUR vorgelegen, so dass sich letztlich eine Leistungsüberzahlung in Höhe von 1.190.537,91 EUR (= 608.712,37 EUR) ergebe. In dieser Höhe habe die Klägerin einen Schaden erlitten.

Es sei zu bestreiten, dass Herr C. von der Möglichkeit einer freiwilligen Weiterversicherung Gebrauch gemacht hätte, wenn ihm diese 1996 angeboten worden wäre; diesbezüglich sei im Übrigen die Beklagte darlegungs- und beweispflichtig, weil es um eine Frage des hypothetischen Kausalverlaufs gehe. Im Übrigen habe 1996 keine Veranlassung bestanden, Herrn C. – anders als unstreitig 2001 geschehen – eine freiwillige Weiterversicherung anzubieten, da er sich im Juli 1996 in einer Vorrangversicherung befunden habe.

Die Klägerin ist der Ansicht, maßgeblich seien vorliegend (jedenfalls auch) die 1996 geltenden Regelungen des Versicherungsvertrages. Diese seien nicht durch das ab dem 1.1.2002 geltende Rahmenabkommen, das nunmehr statt auf den Verstoßzeitpunkt auf den Zeitpunkt der Meldung des Versicherungsfalles abstellt, abbedungen worden. Im Übrigen sei das ab dem 1.1.2002 geltende Rahmenabkommen schon deshalb nicht anwendbar, weil die Meldung des Versicherungsfalles bereits gegenüber der Streitverkündeten mit Email vom 20.12.2001 erfolgt sei und dies nach Nr. 12 des Rahmenabkommens für das Jahr 1996 als Schadenanzeige auch gegenüber dem Versicherer gelte.

Verjährung könne ohnehin nicht eingetreten sein, da die Beklagte – was für sich genommen unstreitig ist – erst 2009 eine Deckungsablehnung erklärt habe. Auch von einer Verwirkung könne keine Rede sein.

Die Annahme einer leistungsbefreienden Aufklärungsobliegenheitsverletzung komme nicht in Betracht. Soweit überhaupt von zulässigen Sachverhaltsfragen ausgegangen werden könne, seien diese auch beantwortet worden. Auf die Vorlage einer persönlichen Stellungnahme der Sachbearbeiterin habe die Beklagte ohnehin keinen Anspruch gehabt. Eine solche habe seitens der Klägerin seinerzeit auch nicht beschafft werden können. Jedenfalls könne nicht von einem vorsätzlichen Obliegenheitsverstoß ausgegangen werden.

Soweit sich die Beklagte auf die zeitliche Begrenzung des Versicherungsschutzes berufe, könne sie hiermit schon deshalb keinen Erfolg haben, weil ungeachtet der Unterschiede in den Rahmenabkommen nur ein einziger durchlaufender Versicherungsvertrag gegeben sei, die Nachhaftungsregelung zudem wegen Verstoßes gegen AGB-rechtliche Bestimmungen unwirksam sei und die Klägerin zudem schuldlos erst so spät die Meldung des Versicherungsfalles vorgenommen habe.

Am 28.12.2011 ist ein Antrag auf Erlass eines Mahnbescheides beim Mahngericht eingegangen. Der Mahnbescheid ist am 2.1.2012 zugestellt worden. Nachdem am 10.1.2012 der Widerspruch der Beklagten bei Gericht eingegangen ist, ist am 31.1.2012 die Abgabe an das LG Köln verfügt worden.

(Anträge: ...)

Die Beklagte ist der Auffassung, dass die Klägerin sich nur auf das ab dem 1.1.2002 geltende Rahmenabkommen berufen könne. Gerade wenn man von einem einheitlichen durchgehenden Versicherungsverhältnis seit 1995 ausgehe,

so müsste die Klägerin dann auch die ab dem 1.1.2002 geltende Änderung beachten, die dahin ging, dass – im Gegensatz zum früheren Verstoßprinzip – nunmehr Versicherungsschutz für alle während der Versicherungszeit gemeldeten Schäden bestehen solle. Demnach sei die Klägerin gehalten, etwaige Ansprüche auf der Grundlage des ab dem 1.1.2002 geltenden Rahmenabkommens gegen die dort genannten Versicherer geltend zu machen.

Die Beklagte erhebt die Einrede der Verjährung und trägt hierzu vor, die Verjährung sei zwar grundsätzlich bis zum Eingang einer schriftlichen Entscheidung des Versicherers gehemmt. Die Hemmung der Verjährung sei jedoch schon vor dem ablehnenden Schreiben der A. Versicherung vom 23.3.2009 nach § 242 BGB beendet gewesen, da die Klägerin auf das Schreiben der A. vom 6.2.2003 ca. 6 Jahre nicht reagiert habe. Die Beklagte sei daher mit Recht davon ausgegangen, dass der Versicherungsnehmer entweder das Interesse an der Weiterverfolgung des Versicherungsvertragsanspruchs verloren oder die Angelegenheit schlicht vergessen habe.

Es sei zudem von Verwirkung auszugehen. Die Beklagte habe den Fall seit langem als erledigt abgeschlossen.

Zudem sei Leistungsfreiheit nicht nur wegen einer Anzeige, sondern vor allem wegen einer vorsätzlichen Aufklärungsbliedenverletzung eingetreten, insbesondere im Hinblick auf die Weigerung, eine persönliche Stellungnahme der Sachbearbeiterin vorzulegen. Zur Prüfung, inwieweit ein Versicherungsfall vorliege, sei die Abgabe einer persönlichen Stellungnahme des Sachbearbeiters, der den Schaden angeblich verursacht habe, unabdingbar.

Die Beklagte ist der Auffassung, die Klägerin könne auch deshalb keine Leistung verlangen, weil sie die vertraglich ausbedungene Nachhaftungsregelung nicht eingehalten habe. Jedenfalls nachdem das Rahmenabkommen für 1997 – was für sich genommen unstrittig ist – teils andere Versicherer, teils abweichende Beteiligungsverhältnisse geregelt habe, sei mit Inkrafttreten des neuen Rahmenabkommens von einem Ende des vorhergehenden Versicherungsvertrages auszugehen. ■

Entscheidungsgründe:

Die Klage ist unbegründet.

1. Die Beklagte ist jedenfalls wegen einer **vorsätzlichen Aufklärungsbliedenverletzung nach § 6 Abs. 3 VVG a.F.** leistungsfrei geworden.

Zu Recht hat die A. die Vorlage einer persönlichen Stellungnahme der Sachbearbeiterin, die den Schaden angeblich verursacht hat, verlangt. Die Klägerin erkennt, dass es sich auch bei der Geltendmachung eines sog. Eigenschadens um einen Haftpflichtanspruch handelt. Daher ist zu prüfen, inwieweit ein **fahrlässiges** Fehlverhalten eines Mitarbeiters vorliegt. Ein solches versteht sich auch nicht von selbst. **Auch wenn die Bearbeitung eines bestimmten Vorganges grundsätzlich in die Zuständigkeit einer bestimmten Person gefallen**

ist, so könnte von einem schuldhaften Verhalten nicht ohne Weiteres ausgegangen werden, wenn der entsprechende Mitarbeiter beispielsweise infolge Krankheit, Urlaubs, Fortbildung oder aus anderen Gründen in dem maßgeblichen Zeitraum an der Ausübung seiner Tätigkeit verhindert war.

Es kann auch nicht der Satz aufgestellt werden, dass es letztlich unerheblich sei, welcher Mitarbeiter welchen konkreten Fehler begangen habe, da irgendein Mitarbeiter stets haftet. Letzteres ist gerade nicht selbstverständlich. In der Praxis sind konkret Fälle denkbar, bei denen schadenverursachende Fehler letztlich nicht auf ein schuldhaftes Verhalten von Organen oder verbeamteten oder angestellten Mitarbeitern der Klägerin zurückzuführen sind, so etwa, wenn bestimmte Meldungen wegen Überforderungssituationen nicht gehörig bearbeitet werden konnten, ohne dass dies wiederum dem Vorgesetzten hinlänglich bekannt hätte sein müssen. Zudem sind Fälle denkbar, bei denen die Annahme einer Schadenverursachung durch einen wissentlichen Pflichtverstoß im Sinne von I. § 4 Ziff. 5 der AVB in Betracht kommt, für welche die Beklagte nicht eintrittspflichtig wäre.

Wenn ein Sachbearbeiter sich etwa dazu entschließen sollte, von den Verfahrensvorgaben seines Arbeitgebers bewusst abzuweichen, um sich die Arbeit zu erleichtern, so läge ein Deckungsausschluss auch dann vor, wenn der Mitarbeiter einen hierdurch möglicherweise eintretenden Schaden nicht zumindest bedingt vorsätzlich in Kauf genommen hat. Zudem ist die Beklagte bei einem sog. Eigenschaden gemäß Nr. 2 der Rahmenabkommen nur dann eintrittspflichtig, wenn dieser auf einem fahrlässig begangenen Verstoß beruht, vorsätzlich – also auch bedingt vorsätzlich – begangene Verstöße demnach ebenfalls nicht unter die Deckung fallen, weil bzgl. der Eigenschäden ohnehin nur fahrlässige Verstöße eine Deckungspflicht auslösen sollen.

Nach alledem ist nichts dagegen zu erinnern, wenn ein Versicherer wie vorliegend die A. auf der Vorlage einer eigenverantwortlich erstellten Stellungnahme des Mitarbeiters besteht, der den Schaden angeblich verursacht haben soll.

Entgegen der Auffassung der Klägerin spricht auch nichts dafür, dass sie eine Stellungnahme von Frau T. etwa nicht habe erlangen können. Frau T. mag in der Zeit, als die A. auf der Vorlage einer persönlichen Stellungnahme bestanden hatte, bereits in Rente gewesen sein. Aus dem Schreiben der Klägerin an die Streitverkündete vom 12.3.2009 ergibt sich jedoch nicht, dass die Klägerin zumindest versucht hätte, eine Stellungnahme ihrer früheren Mitarbeiterin zu erlangen. Dass sie nicht zur Abgabe einer solchen Stellungnahme bereit gewesen wäre, ist nicht ersichtlich, so dass dahinstehen kann, ob nicht eine nachvertragliche Pflicht aus dem Anstellungsverhältnis bestanden hat, eine solche Erklärung gegenüber dem Arbeitgeber abzugeben.

Der Verstoß gegen die Aufklärungsbliedenverletzung ist auch **vorsätzlich** erfolgt. Die A. hat ausdrücklich mit Begründung **die Vorlage einer entsprechenden Erklärung der Sachbearbeiterin** begehrt. Die Klägerin hat sich bewusst geweigert, dem nachzukommen. Selbst wenn sie gedacht haben sollte, zu der

Vorlage einer entsprechenden Erklärung grundsätzlich nicht verpflichtet zu sein – dies hat sie vorgerichtlich selbst nicht geltend gemacht, sondern nur, dass eine Nachfrage wegen des Zeitablaufs untunlich sei –, so hat sie doch angesichts des ausdrücklichen Verlangens der A. in Kauf genommen, sich ggf. falsch entschieden zu haben.

Der Ursächlichkeitsgegenbeweis ist der Klägerin nach § 6 Abs. 3 VVG a.F. verwehrt.

Die Grundsätze der Relevanzrechtsprechung greifen vorliegend schon deshalb nicht, weil die Klägerin **nicht dargetan und unter Beweis gestellt hat, dass der Verstoß gegen die Aufklärungsobliegenheit folgenlos geblieben ist**. Was gewesen wäre, wenn der A. eine persönliche Stellungnahme der Sachbearbeiterin vorgelegt worden wäre, ist völlig offen. (...) ■

Stichwort- und Entscheidungsverzeichnis

Heft 1–6

Anwaltshaftung

- Auftragsinhalt
 - = Darlegungslast d. Mandanten 2016, 21
- Belehrungspflichten
 - = Fondsbeteiligung, fehlgeschlagene > 2016, 21
- Dritthaftung
 - = Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter
 - Dritter, Kreis der Dritten 2016, 130
 - Vertreter des Mandanten 2016, 130
- Feststellungsklage
 - = negative Feststellungsklage
 - des Rechtsanwalts 2016, 155
 - Feststellungsinteresse 2016, 155
- Fristenkontrolle
 - = Ausgangskontrolle
 - Telefax 2016, 167
 - = Büroorganisation 2016, 167
 - = Faxausgang 2016, 164
 - = Fristlöschung 2016, 164
- Honoraranspruch des RA
 - = Rechtsschutzversicherung
 - Antrag auf Deckungszusage 2016, 2
 - = Schlechtleistung 2016, 2
- Kausalität
 - = Zwischen Pflichtwidrigkeit und Schaden
 - Verhalten, beratungskonformes
 - Darlegungs-, Beweislast 2016, 144
- Rechtsanwalt
 - = Abfindungsvergleich
 - Insolvenzversicherung 2016, 60

- = Beratungspflichten
 - Abfindungsvergleich 2016, 148
 - Steuerliche Beratung 2016, 60
 - Insolvenzversicherung 2016, 148
 - Spezialmaterie 2016, 169
- = Deliktshaftung 2016, 169
- = Dritthaftung 2016, 169
- = Pfändung Gesellschaftsanteil 2016, 144
- = Rechtslage, unklare 2016, 144
- = Vergleich
 - Belehrungspflichten 2016, 136
- Sozietät
 - = Haftung der >
 - Deliktsansprüche 2016, 169
- Verjährung, §§ 195, 199 BGB
 - = Verjährungsbeginn
 - Klage, aussichtslose 2016, 27
- Verjährung, § 51 BRAO a.F., § 51b BRAO
 - = Verjährungsbeginn
 - Klage, aussichtslose 2016, 27
- Vorteilsausgleichung
 - = Anspruch auf Familienunterhalt 2016, 68
- Wiedereinsetzung
 - = Antrag
 - Frist 2016, 2
 - = Fristenkontrolle 2016, 98
 - = Frist zur Nichtzulassungsbeschwerde 2016, 98

Anwaltsvertrag

- Dritthaftung
 - = Anwaltsvertrag 2016, 86
 - = Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter
 - Anwaltsvertrag 2016, 86

Aufklärungsobliegenheit des Versicherungsnehmers

- Versicherungsschutz
 - = Obliegenheiten
 - Aufklärungspflichten 2016, 187
 - = Obliegenheitsverletzung
 - Stellungnahme des Sachbearbeiters 2016, 187

Auskunftsanspruch

- > gegenüber Wirtschaftsprüfer 2016, 115
- Handakten
 - = Rechenschaftslegung 2016, 115
- Herausgabepflicht des StB
 - = Arbeitsergebnisse 2016, 115
 - = Mandantenunterlagen 2016, 115

Fristenkontrolle

- Adressierung 2016, 127
- Ausgangskontrolle 2016, 127
- Adresse 2016, 127

Haftung des Insolvenzverwalters

- D&O-Versicherung
 - = Insolvenzeröffnung 2016, 13
- Insolvenzverwalter
 - = Haftung gegenüber Geschäftsführer 2016, 100

– Hilfspersonen	2016, 105	– Einspruch	
– Kündigung einer Haftpflichtversicherung	2016, 100	– Rücknahme, eigenmächtige	2016, 43
– Kündigung D&O-Vertrag	2016, 13	– Insolvenzantragspflicht	
– Verjährung, §§ 195, 199 BGB		– Belehrungspflicht des StB	2016, 15
– Verjährungsbeginn		– Insolvenz/Vermögensverfall	
– Gesamtschaden	2016, 71	– des StB	2016, 102
Honoraranspruch des RA		– Kausalität	
– Nichtigkeit des Anwaltsvertrages	2016, 139	– Vorprozess	2016, 181
– Selbstanzeige	2016, 122	– Kenntnis der Steuergesetze	
– Sittenwidrigkeit	2016, 122	– Verfassungsmäßigkeit der Steuergesetze	2016, 112
– Wucher	2016, 122	– Kenntnis des Steuerrechts	
Insolvenzverwalter		– Rechtsprechung, höchstrichterliche	2016, 186
– Darlegungslast	2016, 2	– Rechtsprechungsänderungen	
– Sorgfaltsmaßstab	2016, 2	– eingetragene Lebenspartnerschaft	2016, 186
		– erkennbare Entwicklung	2016, 43
		– EuGH: Verpachtung e. Hausboots	2016, 43
Notar		– Mitverschulden	
– Belehrungspflichten		– Prüfungspflicht des Mandanten	2016, 48
– Wirksamkeitserfordernisse	2016, 34	– Wegfall einer Steuervergünstigung	2016, 48
Notarhaftung		– Schaden	
– Belehrungspflicht d. Notars		– Gesamtvermögensvergleich	
– Tragweite, rechtliche	2016, 34	– Verlustvortrag	2016, 73
– Verzicht auf Versorgungsausgleich	2016, 6	– Konsolidierung	
– Zweifel, rechtliche	2016, 34	– Firmenverbund	2016, 109
– Zweiwochenfrist	2016, 118	– Schadenbetrachtung, konsolidierte	
– Beweislast		– Firmenverbund	2016, 109
– Notarfehler, Schaden	2016, 118	– Schutzzweck	
– Kenntnis des Zivilrechts		– Vorprozess, Ausgang des >	2016, 181
– Unklare Rechtslage	2016, 34	– Steuervorteile	
– Kollegialgerichtsentscheidung		– Festsetzungsverjährung	2016, 30
– Verschulden	2016, 162	– Verlustvortrag	2016, 73
– Notar		– Steuerberatungsvertrag	
– Belehrungspflichten		– Auftragsinhalt	2016, 56
– Formunwirksamkeit	2016, 162	– Inhalt des >	
– Zweiwochenfrist	2016, 118	– Kapitalanlagen des Mandanten	2016, 178
– Beweislast		– Steuererklärung	
– Kausalität, Notarfehler/Schaden	2016, 118	– Prüfung	
– Verschulden		– > der Auskunft des Mandanten	2016, 150
– Kollegialgerichtsentscheidung	2016, 162	– Verfassungsmäßigkeit	
– Versorgungsausgleich		– > der Steuergesetze	2016, 112
– Verzicht auf >	2016, 6	Verjährungsrecht	
Steuerberaterhaftung		– Verjährungshemmung, §§ 203/204 BGB n.F.	
– Abschlussprüfung		– Güteverfahren, rechtsmissbräuchlich	2016, 173
– Insolvenzureife	2016, 15	Versicherungsschutz	
– Belehrungspflicht des StB/WP		– Allgemeine Versicherungsbedingungen (AVB)	
– Insolvenzantragspflicht	2016, 15	– Honorarrückzahlungsanspruch	2016, 94
– Insolvenzureife	2016, 75	– Eigenanteil	2016, 158
– Relativ sicherster Weg		– Honorarrückzahlungsanspruch	2016, 94
– Verfassungsmäßigkeit	2016, 112	– Mittelverwendungskontrolleur	2016, 39
– Risiken, Kapitalanlage	2016, 178	– Pflichtverletzung, wissentliche	
– Bilanzerstellung		– Versicherungsmakler	2016, 83
– Insolvenzureife	2016, 75	– Rechtsanwalt	2016, 152
– Dritthaftung		– Treuhandtätigkeit	
– Insolvenzureife	2016, 15, 57	– anwaltliche	2016, 152
– Vertrag mit Schutzwirkung		– Versicherungsmakler	2016, 83
– Gesellschafter-Geschäftsführung	2016, 57	– Versicherungsrecht	
		– Abtretung	
		– Trennungsprinzip	2016, 66

- > d. Versicherungsmaklers/Anlageberater
- = Empfehlung wirtschaftlicher Geschäfte
- = Finanz- und Versicherungsmakler
- = Pflichtverletzung, wissentliche

2016, 83
2016, 83
2016, 83

Wirtschaftsprüferhaftung

- Abschlussprüfung
- = Dritthaftung
- Dritthaftung
- = Abschlussprüfung
- freiwillige
- Verjährung, §§ 195, 199 BGB
- = Grob fahrlässige Unkenntnis
- Treuhandkommanditist

2016, 9

2016, 9

2016, 53

BGH v. 5.12.2013 – IX ZR 6/13
BGH v. 15.5.2014 – III ZR 375/12
BGH v. 16.7.2015 – IX ZR 127/14
BGH v. 23.9.2015 – IV ZR 484/14
BGH v. 24.9.2015 – IX ZR 206/14
BGH v. 15.10.2015 – IX ZR 296/14
BGH v. 1.12.2015 – X ZR 170/12
BGH v. 21.1.2016 – III ZR 159/15
BGH v. 18.2.2016 – IX ZR 191/13
BGH v. 3.3.2016 – IX ZR 119/15
BGH v. 16.3.2016 – XII ZR 148/14
BGH v. 17.3.2016 – IX ZR 142/14
BGH v. 7.4.2016 – IX ZR 216/14
BGH v. 14.4.2016 – IX ZR 161/15
BGH v. 20.4.2016 – IV ZR 531/14
BGH v. 10.5.2016 – VIII ZR 19/16
BGH v. 12.5.2016 – IX ZR 241/14
BGH v. 14.7.2016 – IX ZR 291/14
BGH v. 21.7.2016 – IX ZR 252/15
BGH v. 26.7.2016 – VI ZB 58/14
BGH v. 10.8.2016 – VII ZB 17/16
BGH v. 22.9.2016 – III ZR 427/15

2016, 73
2016, 6
2016, 71
2016, 39
2016, 2
2016, 2
2016, 169
2016, 34
2016, 109
2016, 105
2016, 68
2016, 144
2016, 102
2016, 100
2016, 66
2016, 98
2016, 139
2016, 136
2016, 130
2016, 167
2016, 164
2016, 162

OLG Saarbrücken v. 9.12.2015 – 1 U 13/12 2016, 75
OLG Schleswig-Holstein v. 4.8.2016 – 5 U 2/16 2016, 173
OLG Stuttgart v. 28.8.2012 – 12 U 18/12 2016, 21
LG Aschaffenburg v. 25.11.2014 – 13 O 204/14 2016, 30
LG Darmstadt v. 4.3.2014 – 17 O 142/13 2016, 94
LG Detmold v. 5.11.2014 – 10 S 97/14 2016, 186
LG Düsseldorf v. 17.4.2012 – 7 O 256/10 2016, 60
LG Düsseldorf v. 14.4.2016 – 1 O 30/15 2016, 150
LG Hamburg v. 4.2.2016 – 330 O 456/14 2016, 53
LG Hannover v. 13.4.2016 – 6 O 306/15 2016, 152
LG Kaiserslautern v. 13.10.2015 – 4 O 679/14 2016, 57
LG Köln v. 30.7.2012 – 24 O 43/12 2016, 187
LG München I v. 5.11.2015 – 4 O 9568/15 2016, 27
LG München I v. 13.11.2015 – 4 O 23715/14 2016, 56
LG Paderborn v. 22.4.2016 – 2 O 404/15 2016, 118
LG Schwerin v. 13.2.2013 – 3 O 284/12 2016, 155
LG Stuttgart v. 24.2.2015 – 9 O 108/14 2016, 86
LG Stuttgart v. 18.4.2016 – 27 O 382/15 2016, 122
AG Hannover v. 25.9.2014 – 541 C 8979/13 2016, 158
Bayr. VGH v. 16.1.2014 – 14 B 13.2016 2016, 127

GI Literatur-Ecke

OLG Brandenburg v. 24.6.2016 – 11 U 19/15 2016, 181
OLG Dresden v. 18.2.2015 – 13 U 1963/13 2016, 15
OLG Düsseldorf v. 23.3.2015 – 24 U 105/14 2016, 148
OLG Düsseldorf v. 2.8.2016 – I-23 U 27/15 2016, 178
OLG Karlsruhe v. 6.5.2014 – 19 U 112/12 2016, 48
OLG Köln v. 24.7.2015 – 20 U 44/15 2016, 83
OLG Köln v. 30.9.2015 – 16 U 46/15 2016, 43
OLG Köln v. 29.10.2015 – 7 U 30/15 2016, 9
OLG Hamburg v. 1.7.2014 – 9 U 53/14 2016, 115
OLG Hamburg v. 8.7.2015 – 11 U 313/13 2016, 13
OLG Naumburg v. 3.3.2016 – 4 U 36/15 2016, 112

Beckmann: Innenhaftungsfragen der „D&O-Versicherung“ auf dem Prüfstand, *JM* 2016, 403

Diller: Fallstricke in der Berufs-Haftpflichtversicherung der Steuerbereiter, *DStR* 2016, 2305

Hippeli: Anwaltsvertrag ist für gesetzlichen Vertreter des Mandanten kein Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, *WuB* 2016, 686

Die bessere Wahl



**5. Auflage
jetzt lieferbar**

Jennißen WEG Kommentar

Herausgegeben von RA Dr. Georg Jennißen. Bearbeitet von RiLG Dr. Dr. Andrik Abramenko, Notar Prof. Dr. Dr. Herbert Grziwotz, Notar Dr. Jörn Heinemann, VorsRiLG Dr. Johannes Hogenschurz, RA Dr. Georg Jennißen, Notar Thomas Krause, RiOLG Dr. Hendrik Schultsky, VorsRiLG Dr. Martin Suilmann, Notar Prof. Dr. Maximilian Zimmer.
5. neu bearbeitete Auflage 2017,
ca. 1.600 Seiten Lexikonformat, gbd.
129,- €. ISBN 978-3-504-45076-2

Der „Jennißen“ gehört zu den WEG-Kommentaren, die Bundesgerichtshof und Obergerichte am häufigsten zitieren. Das kommt nicht von ungefähr. Das Werk stellt das Wohnungseigentumsrecht umfassend dar, erspart seiner Leserschaft jedoch Altlasten aus vergangenen Zeiten. Zugleich bereiten die Autoren die Fülle der Gerichtsentscheidungen so pointiert und systematisch auf, dass der erst 2007 begründete Kommentar schon jetzt als meinungsbildender Standard gilt.

Mit der 5. Auflage hat der „Jennißen“ erneut an Tiefe und Umfang gewonnen. So setzt unter anderem die völlig neu gefasste und stark erweiterte Bearbeitung des wichtigen § 10 WEG Maßstäbe in der Kommentierung. Das unverzichtbare Arbeitsmittel für im WEG tätige Anwälte und Notare gibt es sowohl in der Printversion als auch online.

Noch heute bestellen oder Leseprobe einsehen: www.otto-schmidt.de/weg5

ottoschmidt

Info

Mit unseren berufsspezifischen, kostenlosen Fachinformationen Glaktuell und GIservice bleiben Sie immer auf dem Laufenden. Am besten gleich kostenlos unter www.hdi.de/gi anmelden.

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.

ILFT
VERANTWORTUNG
ZU TRAGEN.
Vermögensschaden-Haftpflicht
für Steuerberater, Wirtschaftsprüfer
und Rechtsanwälte.

In der Beratung entscheiden oft Details. Deshalb tragen Sie eine große Verantwortung. Mit der HDI Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung sichern Sie sich einen umfassenden Schutz.
www.hdi.de/freieberufe

HDI
Das ist Versicherung.

Impressum

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

Herausgeber

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

Redaktion

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

Erscheinungsweise

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

Verlag

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

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