

Glaktuell

> Ausgabe 1 / 02.2021 / 41. Jahrgang
> Informationen für wirtschaftsprüfende,
rechts- und steuerberatende Berufe

Inhalt

Editorial.....	1	Steuerberaterhaftung	11
Checkliste bei drohendem Haftungsfall	2	Erstellung des Jahresabschlusses / Fortführungsprognose / Unternehmensfortführung (OLG Koblenz, Beschl. v. 12.5.2020 – 8 U 2071/19)	
GI Entscheidungen	3		
GI Literatur-Ecke	37	Steuerberaterhaftung	14
Herausgabeanspruch.....	3	Verdeckte Gewinnausschüttung / Fehler von zwei Steuerberatern / Mitverschulden des Mandanten / Schadenbeitrag des zweiten Steuerberaters (LG Kassel, Ur. v. 10.10.2020 – 8 O 2244/17)	
Anspruch auf Herausgabe der Handakte / Verjährung des Herausgabeanspruchs / Berufsrechtliche Vorschriften über Aufbewahrungsfrist (BGH, Ur. v. 15.1.2020 – IX ZR 243/19)		Versicherungsrecht.....	22
Rechtsanwaltshaftung.....	6	Versicherte Tätigkeit / Rechtsanwalt / Treuhänder / Handel mit Lebensversicherungen (BGH, Beschl. v. 18.3.2020 – IV ZR 52/19)	
Haftungsausfüllende Kausalität / Vermögenslosigkeit des ursprünglich in Anspruch Genommenen (OLG Dresden, Beschl. v. 3.2.2020 – 4 W 918/19)		Steuerberaterhaftung	28
Steuerberaterhaftung.....	7	Fehler beim Einlagekonto, § 27 Abs. 2 KStG / Feststellungsklage / Konkludenter Steuerberatungsvertrag / Schaden / Verjährung / Mitverschulden (OLG Nürnberg, Ur. v. 1.8.2019 – 13 U 1667/17)	
Abgabe der Steuererklärung / Hinweis an den Mandanten auf Fristen / Beibringung von Unterlagen (LG Münster, Ur. v. 9.9.2020 – 110 O 6/20)			
Steuerberaterhaftung.....	8		
Erstellung des Jahresabschlusses / Fortführungsprognose / Insolvenzantragsstellung (OLG Koblenz, Beschl. v. 27.5.2020 – 3 U 47/20)			



Reale Sicherheit in der digitalen Welt.

Starke Lösungen
und Expertise:
von Spezialisten
für Spezialisten.

- > Firmen und Freie Berufe
- > Cyberversicherung



Das Cyberrisiko stellt eines der Top-Drei-Risiken für Unternehmen dar. Durch Corona und die zunehmende Arbeit im Homeoffice ist das Risiko noch mal gestiegen. Die HDI Cyberversicherung bietet eine umfangreiche Absicherung und unterstützt Sie mit einer professionellen Soforthilfe rund um die Uhr. Unser Partner Perseus sorgt mit IT-Sicherheitstrainings bei Ihren Mitarbeitern für nachhaltigen Schutz. Und damit Sie immer auf dem neuesten Stand sind, ist die Leistungs-Update-Garantie kostenfrei enthalten.



Editorial

Liebe Leserinnen, liebe Leser,



Rafael Meixner
Rechtsanwalt

vielfach wurden wir gebeten, eine **Checkliste** dazu zu erstellen, was bei einem drohenden **Haftungsfall** üblicherweise zu beachten ist. Gerne haben wir diese Anregung aufgegriffen und die wesentlichen Punkte zusammengefasst, die in der ganz überwiegenden Zahl der Versicherungsfälle von Relevanz sind.

Darüber hinaus finden Sie – wie üblich – in diesem Heft aber auch wieder aktuelle Urteile/Beschlüsse zur Beraterhaftung. Folgende Entscheidungen verdienen es, besonders hervorgehoben zu werden:

Nach einer Entscheidung des **LG Kassel** muss sich der Mandant einen **Schadenbeitrag eines zweiten Steuerberaters als Mitverschulden** zurechnen lassen, wenn er diesen eingeschaltet hatte, um seine Obliegenheit zur Schadensminderung gegenüber dem zunächst mandatierten Steuerberater zu erfüllen. Konkret ging es darum, dass beide Steuerberater nicht erkannt hatten, dass das Finanzamt eine fehlerhafte Rechtsansicht vertreten hatte, und dem Mandanten nicht zu einer aussichtsreichen Klage geraten hatten.

In einem vom **BGH** entschiedenen Fall ging es um die Frage des **Versicherungsschutzes** für einen Rechtsanwalt, der eine **Treuhandtätigkeit** ausgeübt hatte. Der BGH entschied, dass für den durchschnittlichen Versicherungsnehmer erkennbar sei, dass die gemäß den Versicherungsbedingungen versicherte freiberufliche „Tätigkeit als Rechtsanwalt“ allein die von unabhängiger Beratung und Vertretung in Rechtsangelegenheiten geprägte „klassische“ Tätigkeit des Rechtsanwalts meint, wie sie in § 3 BRAO beschrieben ist.



Ihr Rafael Meixner

Checkliste bei drohendem Haftungsfall

Haftung und Schadensersatzansprüche bei Beratungsfehlern – was ist zu tun?

I. Sie bemerken einen Bearbeitungsfehler

1. Klären Sie, ob der Fehler korrigiert werden kann.

Steuerbescheide, die unrichtig und evtl. korrigierbar sind, müssen durch Rechtsmittel offengehalten werden. So haben Sie die Möglichkeit, den zugrunde liegenden Steuerfall insgesamt aufzurollen und unter Umständen zu korrigieren.

2. Ist eine Korrektur nicht möglich, ist große Sorgfalt geboten. Folgendes Vorgehen hat sich in der Praxis bewährt:

a. Für Ihre Unterlagen stellen Sie in einem gesonderten Ordner „Fehler-Akte“ die Schriftstücke zusammen, die den Vorgang dokumentieren.

b. Fertigen Sie für sich einen Aktenvermerk zum Sachverhalt und zu Ihrer ersten Einschätzung.

Versuchen Sie nicht den Vorgang, „unter der Decke zu halten“. Bearbeiten Sie ihn – wenn möglich – nicht alleine, sondern ziehen Sie Ihre Kollegen in Ihre Überlegungen mit ein.

c. Klären Sie die vertraglichen Grundlagen des Mandats:

- Welchen Auftrag hatte man Ihnen erteilt?
- Gibt es einen schriftlichen Vertrag mit dem Mandanten?
- Wurde die Geltung allgemeiner Geschäftsbedingungen vereinbart?
- Stellen Sie die Kostennoten für den maßgeblichen Zeitraum zusammen, da sich auch aus diesen Ihr Verantwortungsbereich ergeben kann.

d. Stellen Sie die in Ihrem Büro mit der Sache befassten Mitarbeiter fest. Bitten Sie sie, den Sachverhalt in einem Vermerk zu schildern.

e. Stellen Sie fest, welche steuerlichen Auswirkungen oder sonstigen rechtlichen Nachteile bereits entstanden sind und welche noch drohen.

f. Prüfen Sie, ob die Steuerfolgen durch etwaige andere Vorteile oder durch mögliche künftige Gestaltungen Ihres Auftraggebers kompensiert werden (können).

3. Erklärungen gegenüber dem Geschädigten geben Sie erst nach Rücksprache mit Ihrem Berufshaftpflichtversicherer ab.

Achten Sie vor einer ersten Einschätzung Ihres Berufshaftpflichtversicherers vor allem darauf, dass für den möglichen Geschädigten nicht der Eindruck entsteht, dass Sie einen Schadensersatzanspruch anerkennen.

4. Verlangt der Mandant den Verzicht auf die Einrede der Verjährung, stimmen Sie das „Ob“ und das „Wie“ mit dem Versicherer ab.

II. Unterrichtung des Berufshaftpflichtversicherers über den erkannten Fehler

1. Sobald Sie einen Fehler bemerkt haben oder auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden, melden Sie die Sache unverzüglich – gegebenenfalls auch nur vorsorglich – Ihrem Berufshaftpflichtversicherer. Gleichgültig ist, ob eine etwaige Anspruchserhebung mündlich oder schriftlich, gerichtlich oder außergerichtlich, bedingt oder unbedingt erfolgt.

2. Unterrichten Sie Ihren Versicherer umfassend. Folgendes sollte eingereicht werden:

- eine ausführliche Sachverhaltsdarstellung,
- eine Stellungnahme zu der im Raume stehenden Pflichtverletzung sowie
- alle zur Beurteilung des Falls wichtigen Unterlagen.

Regelmäßig sind folgende Unterlagen für die haftungsrechtliche Beurteilung durch den Versicherer von Relevanz:

- Steuerberatungsvertrag
- AGB
- Kostennoten
- Steuererklärungen
- BP-Bericht
- Alle zur Beurteilung des Haftungssachverhalts maßgeblichen Verträge (z. B. Gesellschaftsverträge, Verträge über Einbringungen oder Umwandlungen, Schenkungsverträge, Anstellungsverträge etc.)
- Gesellschaftsbeschlüsse
- Steuerbescheide oder sozialversicherungsrechtliche Bescheide
- Korrespondenz mit dem Finanzamt oder dem Sozialversicherungsträger
- Schriftsätze aus gerichtlichen Verfahren

3. Ihr Versicherer wird mit Ihnen den Sachverhalt gegebenenfalls noch weiter aufklären und die haftungsrechtliche Situation durch seine Haftungsspezialisten prüfen. Er organisiert die Abwehr unberechtigter Forderungen oder die Regulierung berechtigter Schadensersatzansprüche.

4. Der Versicherer ist bei der Bearbeitung des möglichen Schadensfalls „Herr des Verfahrens“, obwohl der Anspruch allein

gegen Sie gerichtet ist. Er ist weisungsbefugt, und zwar auch in Hinblick auf die Auswahl eines etwaigen Prozessbevollmächtigten. Beauftragen Sie daher vor einer Abstimmung mit Ihrem Versicherer grundsätzlich noch keinen Rechtsanwalt.

5. Stimmen Sie sämtliche Erklärungen, die in haftungsrechtlicher Hinsicht abzugeben sind, mit Ihrem Versicherer ab.

Der Versicherer ist im Übrigen auch bevollmächtigt, alle zur Beilegung oder Abwehr des Haftpflichtanspruchs ihm zweckmäßig erscheinenden Erklärungen im Namen des Versicherungsnehmers abzugeben.

6. Sollten Sie durch eine Klage, durch eine Aufrechnung/Widerklage in einem bereits anhängigen gerichtlichen Verfahren oder durch eine Streitverkündung mit der Geltendmachung etwaiger Schadensersatzansprüche konfrontiert werden, setzen Sie sich bitte sofort mit Ihrem Versicherer in Verbindung, um abzuklären, welcher Rechtsanwalt Sie (weiter) in dem Verfahren vertreten soll.

Eine Streitverkündung des Versicherungsnehmers an den Versicherer ist nicht erforderlich.

7. Ihr Berufshaftpflichtversicherer wird Sie gegebenenfalls auffordern, einen von ihm benannten Rechtsanwalt zu beauftragen. Erteilen Sie dem vom Versicherer benannten Anwalt eine Vollmacht. Der Versicherer wird Ihnen für Ihre Vertretung einen steuerlich und haftungsrechtlich versierten Anwalt empfehlen.

Herausgabeanspruch

- Anspruch auf Herausgabe der Handakte
- Verjährung des Herausgabeanspruchs
- Berufsrechtliche Vorschriften über Aufbewahrungsfrist (*BGH, Urt. v. 15.1.2020 – IX ZR 243/19*)

Leitsatz

Der Anspruch des Mandanten auf Herausgabe der Handakten verjährt nach den bürgerlich-rechtlichen Vorschriften. Die berufsrechtlichen Bestimmungen über die Länge der Aufbewahrungsfrist haben keinen Einfluss auf den Lauf der Verjährung.

Zum Sachverhalt:

Die Q. (fortan: Schuldnerin) beauftragte die Beklagte mit Vereinbarung vom 31. August 2011 mit ihrer wirtschaftsrechtlichen anwaltlichen Beratung, insbesondere der Entwicklung eines Sanierungskonzepts. Nr. 13 der Vereinbarung enthielt folgende Regelung:

"Aktenaufbewahrung

Wir führen unsere Akten entweder in elektronischer oder papiergebundener Form. Unterlagen bewahren wir für einen Zeitraum von 10 Jahren nach Abschluss des Mandats auf. Danach sind wir berechtigt, Daten zu löschen bzw. Akten zu vernichten, soweit wir Ihnen nicht Originaldokumente zur Aufbewahrung übergeben."

Auf einen Eigenantrag der Schuldnerin eröffnete das Insolvenzgericht mit Beschluss vom 1. Juli 2012 das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Schuldnerin und bestellte den Kläger zum Insolvenzverwalter. Der Kläger verlangte von der Beklagten im Wege der Insolvenzanfechtung Rückzahlung von in der Zeit vom 10. November 2011 bis zum 23. April 2012 erhaltener Anwaltsvergütung.

Mit Schreiben vom 23. Dezember 2015 forderte der Kläger die Beklagte auf, die während des Mandats geführten Handakten herauszugeben. Die Beklagte lehnte dies mit Schreiben vom 14. Januar 2016 ab und berief sich auf Verjährung.

Mit seiner am 9. Januar 2017 beim Gericht eingegangenen und der Beklagten am 3. Februar 2017 zugestellten Klage nimmt der Kläger die Beklagte auf Herausgabe der auf der Grundlage der Mandatsvereinbarung vom 31. August 2011 geführten Handakten in Anspruch. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit seiner vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seinen Klageantrag weiter.

Aus den Gründen:

Die Revision hat keinen Erfolg.

Das Berufungsgericht hat gemeint, ein Anspruch auf Herausgabe der Handakten ergebe sich allein aus § 675 Abs. 1, § 667 BGB. Dieser Anspruch sei verjährt. Er werde spätestens mit Beendigung des Auftragsverhältnisses fällig und unterliege der regelmäßigen Verjährungsfrist des § 195 BGB. Das Mandatsverhältnis mit der Beklagten sei mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Schuldnerin gemäß §§ 115, 116 InsO erloschen und damit beendet. Der Kläger habe von den den Anspruch begründenden Umständen Kenntnis gehabt. Bei Einreichung der Klage am 9. Januar 2017 sei die Verjährung daher bereits abgelaufen gewesen.

Der Beginn der Verjährung sei weder in entsprechender Anwendung von § 695 Satz 2 BGB hinausgeschoben noch stehe § 50 Abs. 2 BRAO einer Verjährung des Herausgabeanspruchs binnen drei Jahren entgegen. § 50 BRAO begründe lediglich eine berufsrechtliche Aufbewahrungsfrist. Diese habe keinen Einfluss auf die Verjährung des schuldrechtlichen Herausgabeanspruchs des Mandanten. Gleiches gelte für die in Nr. 13 der Mandatsvereinbarung getroffene Regelung; diese betreffe

allein die berufsrechtliche Aufbewahrungspflicht.

Schließlich ergebe sich weder aus Nr.13 der Mandatsvereinbarung noch aus § 50 BRAO ein eigenständiger Herausgabeanspruch des Mandanten. Die Mandatsvereinbarung enthalte keinen Verwahrungsvertrag. § 50 BRAO regle nur berufsrechtliche Pflichten des Rechtsanwalts, schaffe aber keine über die allgemeinen zivilrechtlichen Bestimmungen hinausgehenden materiell-rechtlichen Ansprüche des Mandanten.

Dies hält rechtlicher Überprüfung stand.

1. Zutreffend nimmt das Berufungsgericht an, dass der **Herausgabeanspruch aus § 667 BGB** verjährt ist. Die am 9. Januar 2017 beim Gericht eingereichte Klage konnte die Verjährung nicht mehr hemmen, weil bereits zum 31. Dezember 2015 Verjährung eingetreten war.

a) Der **Anspruch auf Herausgabe** der die anwaltliche Tätigkeit der Beklagten betreffenden Akten folgt aus **§ 667 BGB in Verbindung mit § 50 BRAO** (BGH, Urteil vom 30. November 1989 - III ZR 112/88, BGHZ 109, 260, 263; vom 17. Mai 2018- IX ZR 243/17, NJW2018, 2319 Rn. 11).

b) Die **Verjährung des Herausgabeanspruchs** aus § 667 BGB begann zum Schluss des Jahres 2012 zu laufen. Verjährung trat daher mit Ablauf des 31. Dezember 2015 ein.

aa) Der Anspruch unterliegt der **dreijährigen Verjährung gemäß § 195 BGB**. Die Frist beginnt nach § 199 BGB mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von den anspruchsbegründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis hat oder ohne grobe Fahrlässigkeit haben muss. Dies setzt grundsätzlich voraus, dass der Anspruch fällig ist (vgl. BGH, Urteil vom 8. Juli 2007 - XI ZR 230/07, ZIP 2008, 1762 Rn. 17 mwN).

bb) Der **Anspruch auf Herausgabe der Handakten wird spätestens mit Beendigung des Mandatsverhältnisses fällig** (BGH, Urteil vom 30. November 1989 - III ZR 112/88, BGHZ 109, 260, 264). Aufgrund der Eröffnung des **Insolvenzverfahrens** über das Vermögen der Schuldnerin endete das Auftragsverhältnis mit der Beklagten gemäß §§ 115, 116 InsO. Dies war der 1. Juli 2012.

cc) Ohne Erfolg meint die Revision, dass das Geschäftsbesorgungsverhältnis gemäß § 115 Abs. 2 InsO im Hinblick auf die Aufbewahrung der Handakten fortbestanden habe. Es sind keine tatsächlichen Umstände ersichtlich, die begründen könnten, dass im Sinne des § 115 Abs. 2 InsO mit dem Aufschub Gefahr verbunden ist. Eine eigenständige materiell-rechtliche Aufbewahrungspflicht ist nicht dargetan. **Die in § 50 Abs. 2 Satz 1 BRAO in der bis zum 17. Mai 2017 geltenden Fassung (fortan: aF; jetzt § 50 Abs. 1 Satz 2 BRAO) bestimmte**

berufsrechtliche Pflicht, die Handakten aufzubewahren, setzt weder ein fortbestehendes Geschäftsbesorgungs- oder Auftragsverhältnis zwischen Mandant und Rechtsanwalt voraus noch begründet sie ein solches Rechtsverhältnis.

dd) Die Feststellung des Berufungsgerichts, dass die subjektiven Voraussetzungen für den Beginn der Verjährung bereits im Jahr 2012 vorgelegen haben, greift die Revision nicht an.

c) Die **Verjährung des Anspruchs** auf Herausgabe der Handakten beginnt **unabhängig von einem Herausgabeverlangen des Mandanten. § 695 Satz 2 BGB ist nicht entsprechend anwendbar**. Die Bestimmung regelt den Sonderfall, dass der Rückforderungsanspruch des Hinterlegers bereits mit Hingabe der Sache entsteht und die Verjährung ohne gesonderte Regelung sofort zu laufen begännen, und beruht somit auf den Besonderheiten sogenannter verhaltener Ansprüche (vgl. BT-Drucks. 14/6040 S. 258, 269; Palandt/Sprau, BGB, 79. Aufl., § 695 Rn. 2). Diese Interessenlage ist mit der des Mandanten eines Rechtsanwalts nicht vergleichbar; die Verjährung des Anspruchs auf Herausgabe der Handakten beginnt erst mit Fälligkeit dieses Anspruchs und nicht bereits mit Abschluss des Mandatsvertrags.

Die Bestimmungen des § 50 BRAO zur Aufbewahrungspflicht bei Handakten haben auf den Lauf der Verjährung des Herausgabeanspruchs aus § 667 BGB keinen Einfluss (vgl. MünchKomm-BGB/Schäfer, 8. Aufl., §667 Rn. 41; BeckOGK-BGB/Riesenhuber, Stand 2020, § 667 Rn. 44; Jungk in Borgmann/Jungk/Schwaiger, Anwaltshaftung, 6. Aufl., § 23 Rn. 163; Henssler/Prütting/Offermann-Burckart, BRAO, 5. Aufl., § 50 Rn. 51; Kleine-Cosack, BRAO, 8. Aufl., § 50 Rn. 16). Die von § 50 BRAO vorgesehenen Aufbewahrungsfristen stellen für den Herausgabeanspruch weder eine die Verjährung verdrängende materiell-rechtliche Ausschlussfrist dar noch führen sie dazu, dass der Herausgabeanspruch des Mandanten aus § 667 BGB als verhaltener Anspruch einzuordnen ist, bei dem die Verjährung erst mit dem Herausgabeverlangen zu laufen beginnt.

§ 50 BRAO enthält hinsichtlich der Aufbewahrungspflicht und den hier für bestimmten Fristen berufsrechtliche Regelungen (vgl. BGH, Urteil vom 3. November 2014 - AnwZ (Brfg) 72/13, WM 2015, 455 Rn. 11; Weyland/Träger, BRAO, 10. Aufl., § 50 Rn. 17; Henssler/Prütting/Offermann-Burckart, BRAO, 5. Aufl., § 50 Rn. 25). Der Regelungsinhalt dieser Vorschrift war in allen vorangegangenen Rechtsanwaltsordnungen seit 1878 enthalten (Dahns in Gaier/Wolf/Göcken, Anwaltliches Berufsrecht, 3. Aufl., § 50 BRAO, Rn. 1). Systematisch steht die Regelung im mit "Rechte und Pflichten des Rechtsanwalts und berufliche Zusammenarbeit der Rechtsanwälte" überschriebenen Dritten Teil der Bundesrechtsanwaltsordnung. Der erste Abschnitt dieses Teils der Bundesrechtsanwaltsordnung zielt in erster Linie darauf, die beruflichen Rechte und Pflichten des

Rechtsanwalts zu regeln (vgl. BT-Drucks. 3/120, S. 75). Dies gilt auch für die Verpflichtung des Rechtsanwalts, Handakten zu führen, und die mit dieser Verpflichtung zusammenhängenden Regelungen in § 50 BRAO (vgl. BT-Drucks. 3/120, S. 78 zu § 62 BRAO-E). Hieran hat weder die Neufassung im Jahr 1994 (vgl. BT-Drucks. 12/4993, S. 31) noch das Gesetz zur Umsetzung der Berufsankennungsrichtlinie und zur Änderung weiterer Vorschriften im Bereich der rechtsberatenden Berufe vom 12. Mai 2017 (BGBl. I S. 1121 ff) etwas geändert (vgl. BT-Drucks. 18/9521, S. 115f). **Vielmehr stellt die Gesetzesbegründung zur Neufassung des § 50 BRAO ebenfalls darauf ab, dass es sich um eine Regelung berufsrechtlicher Pflichten handele.**

bb) Weder aus § 50 Abs. 2 Satz 2 BRAO aF (jetzt § 50 Abs. 2 Satz 3 BRAO nF) noch aus § 50 Abs. 3 BRAO ergibt sich ein hinreichender Grund, den Herausgabeanspruch des Mandanten als verhaltenen Anspruch oder die Aufbewahrungsfrist als die Verjährung verdrängende materiell-rechtliche Ausschlussfrist einzuordnen. Auch wenn diese Bestimmungen über ihren berufsrechtlichen Regelungsgehalt hinaus die materiell-rechtliche Rechtslage zwischen Mandant und Anwalt beeinflussen, folgt daraus nicht, dass der Lauf der Verjährung des Herausgabeanspruchs abweichend von § 199 BGB zu bestimmen ist.

Dass die von § 50 BRAO vorgesehene Aufbewahrungspflicht unter bestimmten Voraussetzungen vor Ablauf der gesetzlichen Fristen erlischt (§ 50 Abs. 2 Satz 2 BRAO aF, § 50 Abs. 2 Satz 3 BRAO nF), **betrifft nicht den Herausgabeanspruch des Mandanten, sondern die Aufbewahrungspflicht des Rechtsanwalts.** Der Herausgabeanspruch aus § 667 BGB besteht unabhängig davon, ob den Rechtsanwalt eine Aufbewahrungspflicht trifft. Unter welchen Voraussetzungen der Rechtsanwalt von der Pflicht zur Herausgabe der Handakten frei wird, richtet sich daher nach den allgemeinen Regeln. So ist etwa der Anspruch auf Herausgabe gemäß § 275 Abs. 1 BGB ausgeschlossen, wenn dem Rechtsanwalt die Herausgabe der Handakten unmöglich ist. Jedoch haftet der Rechtsanwalt gemäß §§ 280 ff BGB, wenn er sich nicht entlasten kann. Eine solche Entlastung kann sich nach § 50 Abs. 2 Satz 2 BRAO aF (§ 50 Abs. 2 Satz 3 BRAO nF) ergeben, wenn der Rechtsanwalt den Auftraggeber aufgefordert hat, die Dokumente in Empfang zu nehmen, und der Auftraggeber dieser Aufforderung binnen sechs Monaten nach Zugang nicht nachgekommen ist.

Ebenso wenig zwingt § 50 Abs. 3 Satz 1 BRAO dazu, die Verjährung des Herausgabeanspruchs besonderen Regeln zu unterwerfen. Das Zurückbehaltungsrecht nach § 50 Abs. 3 BRAO ist ein Sonderrecht des Rechtsanwalts, das weitergeht als das allgemeine Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB und es dem Anwalt ermöglichen soll, seine berechtigten Ansprüche gegen den Auftraggeber auch ohne Prozess und ohne Anrufung der Gerichte durchzusetzen (vgl. BGH, Urteil vom 3. Juli

1997 - IX ZR 244/96, WM 1997, 2087, 2090 unter II.2.a; BT-Drucks. 3/120, S. 79 zu § 62 BRAO-E; Dahns in Gaier/Wolf/Göckel, Anwaltliches Berufsrecht, 3. Aufl., § 50 BRAO Rn. 18). Hieraus folgt jedoch nicht, dass die von § 50 BRAO bestimmte Dauer, während derer der Rechtsanwalt die Handakten aufzubewahren hat, zugleich den Lauf der Verjährung beeinflusst. Da die Interessen des Mandanten durch die verjährungsrechtlichen Regeln ausreichend geschützt sind, hat die Länge der berufsrechtlichen Aufbewahrungsfrist keinen Einfluss auf den Lauf der Verjährung.

Auch wenn die von § 50 BRAO bestimmten Aufbewahrungsfristen nicht mit der Verjährung des Herausgabeanspruchs abgestimmt sind (vgl. zur Kritik Henssler/Prütting/Offermann-Bruckart, BRAO, 5. Aufl., § 50 Rn. 51, 113), behält die gegenüber der regelmäßigen Verjährung längere **berufsrechtliche Aufbewahrungspflicht eine eigenständige Bedeutung.** Dies beschränkt sich nicht nur auf die berufsrechtlichen Belange. So beeinflusst die Länge der Aufbewahrungspflicht etwa datenschutzrechtliche Ansprüche des Mandanten (vgl. BT-Drucks. 18/9521, S. 115). Da die Handakte bei einem Haftungsprozess gegen den Anwalt ein wichtiges Beweismittel darstellen kann (vgl. Weyland/Träger, BRAO, 10. Aufl., § 50 Rn. 2), berührt die Länge der Aufbewahrungspflicht neben der Beweisführung weiter die Frage, wie sich der Anwalt in tatsächlicher Hinsicht im Haftungsprozess einlassen kann.

cc) Aus den gleichen Gründen hat auch die Verlängerung der berufsrechtlichen Aufbewahrungspflicht in Nr. 13 der Mandatsvereinbarung keinen Einfluss auf die Verjährung des Herausgabeanspruchs aus § 667 BGB.

2. Rechtsfehlerfrei verneint das Berufungsgericht aus anderen Rechtsgründen bestehende Herausgabeansprüche des Klägers hinsichtlich der Handakten des Rechtsanwalts.

a) **§ 50 BRAO begründet keinen zusätzlich neben § 667 BGB tretenden materiell-rechtlichen Herausgabeanspruch des Mandanten.** § 50 Abs. 2 Satz 1 BRAO nF (in Kraft seit 18. Mai 2017) bestätigt dies; die Vorschrift regelt ebenfalls nur die berufsrechtliche Herausgabepflicht (vgl. BT-Drucks. 18/9521 S. 116).

b) Einen selbständigen Herausgabeanspruch aus einem Verwahrungsvertrag hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei verneint. Nach der Auslegung des Berufungsgerichts genügt die Regelung in Nr. 13 der Mandatsvereinbarung nicht, um einen Verwahrungsvertrag hinsichtlich der Handakten zu begründen. Die Angriffe der Revision auf die tatrichterliche Auslegung zeigen keinen revisionsrechtlich erheblichen Rechtsfehler auf. Die Annahme des Berufungsgerichts, die Regelung betreffe nach objektivem Empfängerhorizont vor allem die Berechtigung zur Datenlöschung und zur Aktenvernichtung,

weist auch sonst keine durchgreifenden Rechtsfehler auf. Vielmehr fehlt es hinsichtlich der von einem Rechtsanwalt geführten Handakten im Ganzen regelmäßig an einer Inobhutnahme fremder beweglicher Sachen zu einer fremdnützigen Aufbewahrung (vgl. Münch-Komm-BGB/Henssler, 8. Aufl., § 688 Rn. 48).

Rechtsanwaltshaftung

- Haftungsausfüllende Kausalität
- Vermögenslosigkeit des ursprünglich in Anspruch Genommenen

(OLG Dresden, Beschl. v. 3.2.2020 – 4 W 918/19)

Leitsatz

An der haftungsausfüllenden Kausalität eines Anwaltsverschuldens fehlt es, wenn infolgedessen zwar das Prozessziel verfehlt wird, die Forderung aber wegen Vermögenslosigkeit des in Anspruch Genommenen ohnehin nicht hätte durchgesetzt werden können.

Zum Sachverhalt:

Die Klägerin beantragt die Gewährung von Prozesskostenhilfe. Sie begehrt von der beklagten Rechtsanwaltsgesellschaft Schadensersatz wegen behaupteter fehlerhafter Erfüllung eines Auftrages. Sie hat die Beklagte 2016 mit der Wahrnehmung ihrer Interessen gegenüber der Firma H. UG - mit der sie einen Franchisevertrag abgeschlossen hatte - beauftragt. Die Beklagte erklärte im Namen der Klägerin mit Schreiben vom 10.11.2016 die Anfechtung und den Rücktritt des am 14.03.2016 abgeschlossenen Franchisevertrages. Nachdem die Firma H. UG nicht zur Rückabwicklung bereit war, beantragte die Beklagte mit Schriftsatz vom 10.05.2017 für die Klägerin vor dem Landgericht Halle Prozesskostenhilfe für eine Klage auf Zahlung von 29.750,00 € und Feststellung, dass der bestehende Franchisevertrag nichtig sei. Sie stützte ihre Begründung im Wesentlichen auf die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung (Landgericht Halle 3 O 38/17). Das Landgericht Halle hat den Antrag mit Beschluss vom 03.07.2017 zurückgewiesen, die hiergegen gerichtete Beschwerde hat das Oberlandesgerichts Naumburg mit Beschluss vom 10.11.2017 zurückgewiesen. Über das Vermögen der Firma H. UG wurde mit Beschluss vom 22.01.2018 (Amtsgericht Halle - 59 IN 630/17) das Insolvenzverfahren eröffnet.

Das Landgericht Leipzig hat den Antrag mit Beschluss vom 02.10.2019 zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Klägerin.

Aus den Gründen:

Die am 13.11.2019 eingegangene sofortige Beschwerde der Klägerin gegen den ihr am 14.10.2019 zugestellten Beschluss des Landgerichts Leipzig vom 02.10.2019 ist statthaft und zulässig, §§ 127, 567 ff. ZPO. Sie ist allerdings nicht begründet. Zu Recht hat das Landgericht angenommen, dass die beabsichtigte Rechtsverfolgung keine Aussicht auf Erfolg bietet, § 114 ZPO. Auf die zutreffenden Ausführungen des Landgerichts wird Bezug genommen.

Die Klage gegen die Beklagte auf Schadensersatz wegen Pflichtverletzung des zwischen den Parteien abgeschlossenen Anwaltsvertrages gemäß §§ 280, 611 BGB bietet keine Aussicht auf Erfolg.

Zutreffend hat das Landgericht angenommen, dass die Beklagten ihre Pflicht aus dem Anwaltsvertrag im Vorprozess verletzt haben, da sie die Klage nicht auf einen Widerruf des Franchisevertrages gemäß §§ 355, 356 c, 510, 513 BGB gestützt haben.

Der Klägerin stand ein Widerrufsrecht zu, da es sich bei dem Franchisevertrag um einen Ratenlieferungsvertrag im Sinne von § 510 Abs. 1 Nr. 3 BGB gehandelt hat (vgl. BGH, Urteil vom 14.12.1994 - VIII ZR 46/94 - juris; Westermann in Ehrmann, 15. Aufl. 2017, § 510, Rdnr. 18 - juris). Der Franchisevertrag hatte eine Laufzeit von fünf Jahren, und die Klägerin war verpflichtet, eine Lizenzgebühr von 5.000,00 € zu zahlen (Ziffer 9.1 des Vertrages) und die Grundausstattung von der Firma H. zu erwerben (Ziffer 5.2 des Vertrages). Darüber hinaus verpflichtete sich die Klägerin, von der Firma H. sämtliche Betriebsartikel zu erwerben (Ziffer 4. des Vertrages). Die Klägerin war vor Vertragsabschluss nicht gewerblich tätig, so dass für sie als Existenzgründerin (§ 513 BGB) § 510 BGB Anwendung fand.

Die Klägerin hat den Franchisevertrag wirksam mit Anwaltschreiben vom 10.11.2016 widerrufen. In dem Schreiben ist zwar nur von „Rücktritt“ und „Anfechtung“ die Rede, jedoch hat die Klägerin deutlich zum Ausdruck gebracht, dass sie den Vertrag von Anfang an nicht gegen sich gelten lassen will. Dies genügt (vgl. BGH, Urteil vom 12.01.2017 - I ZR 198/15 - juris). Die Widerrufsfrist von zwei Wochen gemäß § 355 Abs. 2 BGB war noch nicht abgelaufen, da es an einer ausreichenden Widerrufsbelehrung fehlt. In dem Franchisevertrag wird über eine Widerrufsfrist von einer Woche belehrt (Bl. 43 im Verfahren 3 O 38/17 des Landgerichts Halle). Daher beträgt die Widerrufsfrist gemäß § 356 c Abs. 2 BGB zwölf Monate und 14 Tage. Bei dem am 14.03.2016 abgeschlossenen Franchisevertrag, war dieser Zeitpunkt am 10.11.2016 noch nicht abgelaufen.

Zutreffend hat das Landgericht angenommen, dass die Beklag-

ten es verabsäumt haben, in ihrem Klageentwurf die Klageforderung auch auf diesen Gesichtspunkt zu stützen. Die Verpflichtung des Rechtsanwalts, die zu Gunsten seiner Partei sprechenden tatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunkte so umfassend wie möglich darzustellen, erfährt durch den Grundsatz „iura novit curia“ keine Einschränkung (vgl. BGH, Urteil vom 10.12.2015 - IX ZR 272/14 - juris). Kann die Klage auf verschiedene rechtliche Gesichtspunkte gestützt werden, ist der Sachvortrag so zu gestalten, dass alle in Betracht kommenden Gründe im Rahmen der zur Verfügung stehenden Möglichkeiten konkret dargelegt werden (BGH, a.a.O.). Folglich haftet der Anwalt für die Folgen eines gerichtlichen Fehlers, sofern dieser auf Problemen beruht, die der Anwalt durch eine Pflichtverletzung erst geschaffen hat oder bei vertragsgemäßen Arbeiten hätte vermeiden können (BGH, a.a.O.).

Die Beklagte hat nach § 249 Satz 1 BGB den Zustand herzustellen, der ohne ihre Pflichtverletzung bestünde. **Hängt die Haftung des Anwaltes vom Ausgang eines Vorprozesses ab, so hat das Gericht selbst zu entscheiden, welches Urteil richtigerweise hätte ergehen müssen** (vgl. BGH, Urteil vom 25.10.2012 - IX ZR 207/11 - juris). Dabei ist grundsätzlich von dem Sachverhalt auszugehen, der dem Gericht des Inzidentprozesses bei pflichtgemäßem Verhalten des Rechtsanwalts unterbreitet und von ihm aufgeklärt worden wäre (so BGH, a.a.O.). **Ist im Haftpflichtprozess die Frage, ob dem Mandanten durch eine schuldhafte Pflichtverletzung des Rechtsanwalts ein Schaden entstanden ist, vom Ausgang eines anderen Verfahrens abhängig, muss das Regressgericht selbst prüfen, wie jenes Verfahren richtigerweise zu entscheiden gewesen wäre** (BGH, a.a.O.).

Wäre im Vorprozess zum Widerruf vorgetragen worden, so wäre der Klägerin Prozesskostenhilfe gewährt worden und sie hätte die Klage auf Zurückzahlung der Lizenzgebühren in Höhe von 5.950,00 € brutto gewonnen. Sie hätte aller Voraussicht nach auch ihre Klage auf Rückzahlung von 23.800,00 €, mit der sie die Geschäfts- und Erstausrüstung bezahlt hat, gewonnen. Die Verpflichtung zum Kauf der Grundausrüstung an Waren- und Materialsortiment ergibt sich aus Ziffer 5.2 des Franchisevertrages. Wird der Widerruf erklärt, sind gemäß §§ 357 c, 357 Abs. 1 BGB die empfangenen Leistungen nach 14 Tagen zurück zu gewähren. Hierbei sind die Verpflichtungen nicht Zug um Zug zu erfüllen, vielmehr bestand eine Vorleistungspflicht der Klägerin gemäß § 357 Abs. 4 Satz 1 BGB (vgl. Grüneberg in Palandt, 79. Aufl., § 357 Rdnr. 5). Die Rückgabe des Inventars hat die Klägerin mit Schreiben vom 10.11.2018 im Vorprozess angeboten. Ob die Grundausrüstung an Wert verloren hatte, kann offenbleiben. Denn dafür hätte die Klägerin keinen Wertersatz gemäß §§ 357 Abs. 7, 357 c i.V.m. Art. 246 Abs. 3 EGBGB geschuldet, weil sie nicht über ihr Widerrufsrecht unterrichtet worden ist. Der Wertersatz besteht nur unter zwei Voraussetzungen, und zwar der übermäßigen Nutzung der Ware und einer Belehrung nach Art. 246 Abs. 3 EGBGB.

Wie bereits ausgeführt, fehlt es an einer ordnungsgemäßen Belehrung. Auch wenn die Klage im Vorprozess aller Voraussicht nach Erfolg gehabt hätte, ist der Klägerin gleichwohl - wie das Landgericht zutreffend angenommen hat - kein Schaden entstanden. Die Ursächlichkeit einer von dem anwaltlichen Berater begangenen Pflichtverletzung für einen dadurch entstandenen Schaden gehört zur haftungsausfüllenden Kausalität, für deren Nachweis die in § 287 ZPO vorgesehenen Beweiserleichterungen gelten (vgl. BGH, Urteil vom 18.03.2004 - IX ZR 255/00). **Ein Mandant, der infolge eines Anwaltsverschehens eine Forderung verliert, erleidet einen Schaden im Rechtssinne nur dann, wenn er bei sachgerechtem Vorgehen des Rechtsanwaltes Leistungen erhalten hätte** (so BGH, a.a.O.). **Trifft dies nicht zu, ist die verlorene Forderung wertlos. In einem solchen Fall kommt die Verurteilung des Rechtsanwalts auf Zahlung von Schadensersatz nicht in Betracht** (so BGH, a.a.O.). Ein Verfehlen des Prozesszieles löst keinen Vermögensschaden aus, wenn die Forderung wegen Vermögenslosigkeit des in Anspruch genommenen nicht hätte durchgesetzt werden können (vgl. BGH, a.a.O.). Dies ist hier der Fall. Denn die Kläger hätte ihre Forderung nicht mit Erfolg gegen die H. UG vollstrecken können, weil über deren Vermögen acht Monate nach dem Antrag der Klägerin auf Gewährung von Prozesskostenhilfe das Insolvenzverfahren am 22.01.2018 eröffnet worden war. Den Ausführungen des Landgerichts, dass die Insolvenzverwalterin am 11.06.2018 Masseunzulänglichkeit angezeigt hat, ist die Klägerin nicht entgegengetreten. Anhaltspunkte dafür, dass die Klägerin ihre Forderung gleichwohl hätte erfolgreich durchsetzen können, sind nicht ersichtlich.

Steuerberaterhaftung

- Abgabe der Steuererklärung
 - Hinweis an den Mandanten auf Fristen
 - Beibringung von Unterlagen
- (LG Münster, Urt. v. 9.9.2020 – 110 O 6/20)

Leitsätze (der Redaktion)

Der Steuerberater darf davon ausgehen, dass der Mandant an der Erstellung der Einkommenssteuererklärung durch ihn keinerlei Interesse mehr hat, wenn er ihn unmissverständlich auf laufende Fristen und die Folgen eines Fristversäumnisses hingewiesen und ihn aufgefordert hat, dringend Unterlagen einzureichen, verbunden mit dem Hinweis, dass Fristverlängerungsmöglichkeiten ausgereizt seien.

Zum Sachverhalt:

Die Kläger machen Ansprüche wegen Schlechtberatung aus einem Steuerberatungsvertrag geltend. Von ca 1996 bis 2011 fertigte die Beklagte für die Kläger die Einkommenssteuererklärungen. Mit E-Mail vom 31.5.2013 wies die Mitarbeiterin

der Beklagten, Frau L. den Kläger zu 1) darauf hin, die Einkommenssteuererklärung "könne bereits erstellt werden" und forderte zur Vorlage der hierfür benötigten Unterlagen an die Beklagte auf. Als hierauf keine Reaktion folgte, schrieb die Beklagte unter dem 28.5.2014 die Kläger an. In dem Schreiben heißt es auszugsweise

"um keine Verspätungszuschläge vom Finanzamt zu erhalten, bitten wir Sie dringend bis zum 04.06.2014 Ihre Unterlagen zur Einkommenssteuererklärung 2012 bei Frau L. abzugeben. Wir können keine Fristverlängerung mehr beantragen."

Auch hierauf reagierten die Kläger nicht.

Im Jahr 2019 ließen die Kläger für die Jahre 2012 bis 2014 Einkommenssteuererklärungen durch die Beklagte fertigen, denen zufolge für das Jahr 2012 ein Betrag in Höhe von 4.800,78 EUR, für 2013 ein Betrag in Höhe von 4.797,53 EUR und für 2014 ein Betrag in Höhe von 5.274,60 EUR vom Finanzamt zu erstatten gewesen wäre. Das Finanzamt lehnte die Veranlagung zur Einkommenssteuer für die Jahre 2012-2014 wegen Festsetzungsverjährung ab.

Die Kläger sind der Ansicht, aufgrund der langjährigen Geschäftsbeziehung der Parteien habe ein Dauermandat bestanden. Aufgrund dieses Dauermandates sei die Beklagte verpflichtet gewesen, die Kläger rechtzeitig und explizit auf die jeweils drohende Festsetzungsverjährung für die Steuererklärungen der Jahre 2012 bis 2014 hinzuweisen. Die Kläger behaupten, wäre ein entsprechender Hinweis erfolgt, wären die für die Steuererklärungen notwendigen Unterlagen rechtzeitig bei der Beklagten eingereicht worden und die auf Grundlage der im Jahr 2019 ermittelten Erstattungsbeträge durch das Finanzamt auch tatsächlich festgesetzt worden.

(Anträge: ...)

Die Beklagte ist der Ansicht, es sei kein Dauermandat begründet worden; jedenfalls habe man etwaigen Hinweispflichten durch die E-Mail vom 31.5.2013 sowie das Schreiben vom 28.5.2014 genügt. (...)

Aus den Gründen:

Die zulässige Klage ist unbegründet. Dabei kann dahinstehen, ob bereits vor dem Jahr 2019 und damit in noch nicht festsetzungsverjährter Zeit ein Auftrag zur Erstellung der Einkommenssteuererklärungen für die Jahre 2012 bis 2014 bestand.

Denn der Beklagten ist auch dann - entgegen der Ansicht der Kläger - **keine schuldhafte Pflichtverletzung** aus dem Steuerberatungsvertrag vorzuwerfen.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs muss der steuerliche Berater zwar nach besten Kräften mit Rat und Tat

im Rahmen des Zumutbaren daran mitwirken, dass der steuerpflichtige Mandant die festgesetzten Fristen für die Abgabe der Steuererklärung einhalten kann und sowohl rechtzeitig als auch klar und unmissverständlich darauf hinweisen, welche bestimmten einzelnen Unterlagen für die ordnungsgemäße Geschäftsbesorgung nötig sind (BGH NJW 1992, 307, 309 - zitiert nach beck online). Die wesentlichen tatsächlichen Voraussetzungen muss er dafür durch Rückfragen und Erörterung mit dem Mandanten zu klären versuchen (BGH, ebenda). Fehlen dem Steuerberater zur fristgerechten Erledigung der Erstellung der Steuererklärung bestimmte Unterlagen, genügt er dieser Aufklärungs- und Belehrungspflicht, wenn er **den Mandanten auf die Notwendigkeit der Unterlagen hinweist**. Sache des Mandanten ist es, diese Unterlagen zu beschaffen. **Der Steuerberater muss weder gleichzeitig eine Mandatskündigung androhen noch eine ins Einzelne gehende Aufklärung über die etwaigen Folgen vornehmen** (Gräfe/Lenzen, Rn. 296; LG Düsseldorf, DStR 1980, 692-zitiert nach juris).

Diesen Anforderungen ist die Beklagte gerecht geworden. Mit Schreiben vom 28.5.2014 hat die Beklagte durch die **Aufforderung, "dringend" Unterlagen einzureichen, verbunden mit dem Hinweis, Fristverlängerungsmöglichkeiten seien ausgereizt, unmissverständlich und nachdrücklich auf laufende Fristen ebenso hingewiesen wie darauf, dass Fristversäumnisse mit Rechtsnachteilen verbunden sind**. Da auch hierauf keinerlei Reaktion durch die Kläger erfolgte, konnte die Beklagte davon ausgehen, dass die Kläger an der Erstellung einer Einkommenssteuererklärung jedenfalls durch die Beklagte keinerlei Interesse mehr hatten. Es wäre daher an den Klägern gewesen, bei Fragen oder Unsicherheiten auf die Beklagte zuzugehen. (...)

Steuerberaterhaftung

- Erstellung des Jahresabschlusses
 - Fortführungsprognose
 - Insolvenzantragsstellung
- (OLG Koblenz, Beschl. v. 27.5.2020 – 3 U 47/20)*

Leitsätze (der Redaktion)

1. Am 02.03.2015 traf einen Steuerberater bei der Erstellung des Jahresabschlusses ohne konkreten Auftrag nicht die Pflicht, zunächst eine Fortführungsprognose zu erstellen und sodann – je nach dem Ergebnis dieser Prognose – eine Prüfung der rechnerischen Überschuldung nach Fortführungs- oder Zerschlagungswerten vorzunehmen (ebenso BGH BeckRS 2013, 6838 Rn. 17).

2. Unterlässt die Geschäftsführung in Kenntnis einer schon seit

Längerem bestehenden Insolvenzzustand die Insolvenzantragstellung, dann wiegen ihr Beitrag zur Schadensverursachung und ihr Verschulden so schwer, dass ein etwaiges Verschulden des Steuerberaters wegen pflichtwidrig fehlerhafter Erstellung des Jahresabschlusses dahinter zurücktritt.

3. Es besteht eine tatsächliche Vermutung dafür, dass der Geschäftsführer einer GmbH, der in Kenntnis einer bereits seit Längerem eingetretenen Insolvenzzustand keinen Insolvenzantrag stellt, sich regelmäßig auch auf einen entsprechenden Hinweis des Steuerberaters nicht zur Insolvenzantragstellung veranlasst sehen wird.

4. Lässt ein gewerblich tätiger Schuldner monatelang einen Rückstand von erheblicher Höhe mit betriebsnotwendigen fortlaufenden Verbindlichkeiten – insbesondere Steuern und Sozialabgaben, aber auch Löhne und Mieten – aufkommen, wobei sich die Gesamtschuld immer weiter erhöht, so deuten diese Tatsachen auf eine Zahlungsunfähigkeit hin (ebenso BGH BeckRS 2016, 15003 Rn. 21).

Aus den Gründen:

(...)

b) Der Berufungsantrag zu 1) ist auch unbegründet. Der Kläger hat keinen Anspruch gegen die Beklagte auf Erstattung eines Insolvenzverschleppungsschadens gemäß §§ 280 Abs. 1, 634 Nr. 4, 675 Abs. 1 BGB oder gemäß §§ 280 Abs. 1, 675 Abs. 1 BGB.

aa) Eine schuldhafte Pflichtverletzung durch objektiv unrichtige Erstellung des Jahresabschlusses für das Jahr 2012 zu Fortführungswerten ist bereits nicht schlüssig dargetan. Es kann an dieser Stelle als zutreffend unterstellt werden, dass der Jahresabschluss objektiv bilanzrechtlich falsch war. Der Beklagten ist dies jedenfalls nicht vorwerfbar.

Von welchen Steuerberaterpflichten die Beklagte bei der Erstellung des Jahresabschlusses ausgehen musste, bestimmt sich maßgeblich nach der im Zeitpunkt der Erstellung des Jahresabschlusses für 2012 am 02.03.2015 noch gültigen höchstrichterlichen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (z.B. Urteil vom 07.03.2012, Az.: IX ZR 64/12). Danach traf den Steuerberater ohne konkreten Auftrag nicht die Pflicht, zunächst eine Fortführungsprognose zu erstellen und sodann - je nach dem Ergebnis dieser Prognose - eine Prüfung der rechnerischen Überschuldung nach Fortführungs- oder Zerschlagungswerten vorzunehmen (juris Rn. 17). Die Unterdeckung im Rahmen der vom Steuerberater erstellten Bilanz könne zwar einen indiziellen Hinweis auf die möglicherweise drohende oder bereits eingetretene Überschuldung geben, weise diese aber nicht aus (juris Rn. 16). Die Erkenntnis der Über-

schuldung i.S.d. § 19 InsO setze vielmehr weitere Untersuchungen - unter anderem zu den Fortführungsaussichten - voraus, die für den Steuerberater nicht ohne weiteres aus dessen Kenntnis der steuerlichen Situation des Unternehmens folgten (juris Rn. 18). Das Wissen des Steuerberaters stehe hinter dem des Geschäftsführers zurück, der nicht nur die reinen Zahlen kenne, sondern auch die für eine Fortführungsprognose maßgebenden weiteren Umstände. Den äußeren Anlass für eine Überschuldungsprüfung könne der Geschäftsführer ohne weiteres der Handelsbilanz entnehmen, wenn diese eine Unterdeckung aufweise. **Der Bundesgerichtshof kam vor diesem Hintergrund zu dem Schluss, dass der Steuerberater für einen Insolvenzverschleppungsschaden nur haften könne, wenn er ausdrücklich mit der Prüfung der Insolvenzzustand eines Unternehmens beauftragt sei (juris Rn. 19).**

Die zitierte Entscheidung des Bundesgerichtshofs, die maßgeblich dem Geschäftsführer des Unternehmens im Verhältnis zum Steuerberater überlegenes Wissen und die Verantwortung für die Insolvenzprüfung und -antragstellung zuschrieb, ist so verstehen, dass der **Steuerberater nicht verpflichtet** sein sollte, **sich bei Anhaltspunkten für eine insolvenzrechtliche Überschuldung ohne ein Mandat zur Prüfung der Insolvenzzustand mit der Fortführungsprognose zu beschäftigen, insbesondere beim Geschäftsführer des Unternehmens hierzu notwendige weitere Informationen einzuholen.** Anderenfalls hätte der Bundesgerichtshof die trotz Anhaltspunkten für eine bereits eingetretene insolvenzrechtliche Überschuldung zu Fortführungswerten erstellte Bilanz eindeutig als mangelhaft einstufen müssen, was er aber in seiner Argumentation gerade nicht getan hat (vgl. juris Rn. 17, 19).

Diese Rechtsprechung zugrunde gelegt, konnte ein Steuerberater mit allgemeinem steuerrechtlichen Mandat wie vorliegend die Beklagte davon ausgehen, pflichtgemäß zu handeln, wenn er entsprechend dem Grundsatz des § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB bei der Erstellung des Jahresabschlusses die Fortführung der Unternehmenstätigkeit annimmt, sofern nicht auf der Grundlage der ihm zur Verfügung stehenden Informationen die Vermutung des § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB widerlegt erscheint. Zur Fortführungsprognose zählen subjektive und prognostische Elemente, von denen der Steuerberater allein aufgrund der ihm bewussten steuerlichen Situation des Unternehmens nicht bereits Kenntnis hat (a.a.O., Rn. 18), Insbesondere fällt sie nicht allein deswegen negativ aus, weil der Jahresfehlbetrag für 2012 das Stammkapital um das 4,68-fache überstiegen haben mag und damit Anhaltspunkte für eine schwere Unternehmenskrise vorgelegen haben mögen. Die Fortführungsmöglichkeiten beurteilen sich (auch in diesem Fall) nach dem Fortführungswillen der Beteiligten und dem Vorliegen eines umsetzbaren Finanzplanes sowie eines schlüssigen, realisierbaren Unternehmens(sanierungs) Konzepts für die Zukunft (vgl. a.a.O., Rn. 18).

Erstmals mit Urteil vom 26.01.2017, Az.: IX ZR 285/14, hat der Bundesgerichtshof eine Steuerberaterhaftung gemäß §§ 280 Abs. 1, 634 Nr. 4, 675 Abs. 1 BGB dann angenommen, wenn eine Bilanz aus der ex-ante-Sicht objektiv zu Unrecht nach Fortführungswerten erstellt wurde und der Steuerberater Anhaltspunkte dafür hatte, dass die Fortführung ausscheidet, er jedoch vom Mandanten nicht hat abklären lassen, ob der Bilanzierung gleichwohl noch Fortführungswerte zugrunde gelegt werden können (juris Rn. 23, 29, 31 ff.).

Der Bundesgerichtshof war sich bei der Entscheidung vom 26.01.2017, Az.: IX ZR 285/14, ersichtlich bewusst, dass man sein Urteil vom 07.03.2012 abweichend dahingehend verstehen konnte, dass nicht jeder objektiv falsch zu Fortführungswerten erstellte Jahresabschluss einen Mangel und einen Haftungsgrund für den Steuerberater darstellt. Er hat hierzu in dem Urteil vom 26.01.2017 ausgeführt, dass ein Jahresabschluss i.S.d. § 633 BGB auch dann mangelhaft sei, wenn er die rechnerische Überschuldung nicht erkennen lasse, indem er angesichts einer bestehenden Insolvenzreife der Gesellschaft zu Unrecht von Fortführungswerten ausgehe. Soweit sich insbesondere aus dem Urteil vom 07.03.2012, Az.: IX ZR 64/12, etwas anderes ergeben sollte, werde daran nicht mehr festgehalten. Außerdem hat der BGH eine Nachforschungspflicht des Steuerberaters hinsichtlich der Fortführungsprognose erstmals im Jahr 2017 angenommen, was mit den dort ebenfalls erstmals in ausdrücklicher Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung festgestellten Hinweis- und Warnpflichten des Steuerberaters wegen Anhaltspunkten für eine möglicherweise bestehende insolvenzrechtliche Überschuldung und eine notwendige Überschuldungsprüfung (a.a.O., Rn. 12, 45, 51) aufgrund festgestellter bilanzieller Überschuldung Hand in Hand geht.

Die Beklagte konnte zum Zeitpunkt der Erstellung des Jahresabschlusses für 2012 am 02.03.2015 die Rechtsprechung vom 26.01.2017, IX ZR 285/14, mit der die Steuerberaterhaftung deutlich verschärft wurde, nicht kennen und auch nicht vorhersehen. Sie handelte pflichtgemäß, jedenfalls aber nicht schuldhaft, da sie sich im Rahmen der damals gültigen Rechtsprechung hielt. Ihr ist daher nicht allein deshalb ein Vorwurf zu machen, weil der Jahresabschluss sachlich falsch von der Unternehmensfortführung ausgehen mag und sie keine näheren Informationen zur Fortführungsprognose eingeholt hat.

bb) Selbst wenn man aber eine vorwerfbar falsche Erstellung des Jahresabschlusses für 2012 annehmen wollte und zudem, dass sich die Geschäftsführerin der Schuldnerin durch die Erstellung des Jahresabschlusses zu Zerschlagungswerten am 02.03.2015 zu einer unverzüglichen Insolvenzantragstellung veranlasst gesehen hätte, würde ein Anspruch auf Erstattung des Insolvenzverschleppungsschadens jedenfalls an einem anspruchsausschließenden Mitverschulden der Geschäftsführerin gemäß § 254 Abs. 1 BGB scheitern, das sich die Schuldnerin

gemäß § 31 BGB analog zurechnen lassen muss (s. dazu BGH, Urteil vom 26.01.2017, IX ZR 285/14, juris Rn. 53). Das Mitverschulden und sein Gewicht sind nach den Umständen des konkreten Einzelfalls zu bewerten (vgl. BGH, Urteil vom 06.06.2013, Az.: IX ZR 204/12, juris Rn. 29).

Hier hat die Schuldnerin nach dem eigenen Vortrag des Klägers nicht etwa fahrlässig ihre Insolvenzreife verkannt. Der Kläger behauptet vielmehr selbst, dass die Schuldnerin bereits im Zeitpunkt der ersten streitgegenständlichen Zahlung an die Beklagte am 10.09.2013 mit Gläubigerbenachteiligungsvorsatz gehandelt habe, da sie insolvenzreif, nämlich überschuldet i.S.d. § 19 InsO und zahlungsunfähig, gewesen sei.

Die Behauptung der vorsätzlichen Gläubigerbenachteiligung der Schuldnerin untermauert er mit einer Reihe einschlägiger, sich insbesondere im Laufe des Jahres 2014 verdichtender Indizien, wie verspätete oder ausgebliebene Zahlungen von Sozialversicherungsbeiträgen, Mieten und Honorarrechnungen, aus denen nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung auf eine der Schuldnerin bekannte Zahlungsunfähigkeit zu schließen ist (vgl. BGH, Urteil vom 07.05.2015, Az.: IX ZR 95/14, juris Rn. 15) und auf die unter Ziff. 2. noch näher eingegangen wird. Weiter trägt er vor, der Schuldnerin sei mindestens zum Ende des Jahres 2012 bewusst gewesen, dass aufgrund der bereits seit 2011 bestehenden Verlustsituation bei der Schuldnerin das Stammkapital vollständig aufgezehrt sein werde. Ein Mangel an Eigenkapital verweise auf die Insolvenzreife (Schriftsatz vom 30.04.2019, S. 5, Blatt 169).

Dementsprechend kannte die Geschäftsführerin der Schuldnerin nach dem eigenen Vortrag des Klägers im März 2015 schon seit geraumer Zeit die Zahlungsunfähigkeit und die Überschuldung der Schuldnerin. Dies hätte sie folglich längst nicht nur zu einer näheren Prüfung der wirtschaftlichen Situation der Schuldnerin, sondern auch gemäß § 15a InsO zu einer Insolvenzantragstellung veranlassen müssen, wenn sie dem Vorwurf der vorsätzlichen Insolvenzverschleppung entgehen will (vgl. BGH, Urteil vom 23.08.2017, Az.: 2 StR 456/16, juris Rn. 35).

Es ist originäre Aufgabe der Geschäftsführung, nicht nur die Zahlungsunfähigkeit und eine etwaige Überschuldung des von ihr geleiteten Unternehmens im Auge zu behalten, sondern auch auf eventuelle Anzeichen für eine Insolvenzreife zu reagieren (BGH, Urteil vom 26.01.2017, Az.: IX ZR 285/14, juris Rn. 47). Das gilt selbstverständlich auch dann, wenn sich die Geschäftsführung für die Finanzbuchhaltung und die Jahresabschlüsse der Unterstützung eines Steuerberaters bedient. Unterlässt sie in Kenntnis einer schon seit längerem bestehenden Insolvenzreife die Insolvenzantragstellung, hat sie bereits vorsätzlich die Insolvenzantragstellung erheblich verschleppt und wiegen ihr Beitrag zur Schadensverursachung (auch für Schäden ab März 2015) und ihr Verschulden so schwer, dass

ein etwaiges Verschulden der Beklagten wegen der - zugunsten des Klägers unterstellt - pflichtwidrig fehlerhaften Erstellung des Jahresabschlusses für 2012 im März 2015 dahinter zurücktritt.

Soweit der Kläger der Beklagten Vorsatz unterstellt, gibt es dafür keine Anhaltspunkte. Dafür müsste sie nicht nur zumindest für möglich gehalten und billigend in Kauf genommen haben, dass der Jahresabschluss für das Geschäftsjahr 2012 objektiv falsch ist, sondern auch, dass sie pflichtwidrig handelt, wenn sie gegebenenfalls dennoch zu Fortführungswerten bilanziert. Davon kann nicht ausgegangen werden.

c) Die Beklagte haftet auch nicht wegen etwaiger Hinweispflichtverletzungen.

aa) Soweit der Kläger der Beklagten vorwirft, dass sie die Geschäftsführung auf einen möglichen Insolvenzgrund und die Insolvenzantragspflicht nach § 15a InsO nicht hingewiesen habe, erscheint bereits eine Pflichtverletzung, jedenfalls ein Verschulden der Beklagten fraglich, weil der Bundesgerichtshof nach der im Zeitpunkt der Erstellung des Jahresabschlusses für 2012 maßgebenden Rechtsprechung eine Pflicht zur Erteilung insolvenzrechtlicher Hinweise im Rahmen eines allgemeinen steuerlichen Mandats noch ausdrücklich verneint hat (z.B. Urteil vom 07.03.2012, Az.: IX ZR 64/12, juris Rn. 15). Ob vorliegend dennoch eine Hinweispflichtverletzung bzw. ein Verschulden anzunehmen ist, bedarf indessen keiner abschließenden Entscheidung. Der Anspruch scheitert - beides wiederum zugunsten des Klägers unterstellt - jedenfalls aus anderen Gründen.

Der Senat hat bereits erhebliche Zweifel, dass eine **Hinweispflichtverletzung** der Beklagten **kausal** für einen Insolvenzverschleppungsschaden ab März 2015 gewesen wäre. Denn Voraussetzung hierfür wäre, dass sich die Geschäftsführerin bei entsprechendem Hinweis zur Insolvenzantragstellung veranlasst gesehen hätte. Dagegen streitet allerdings aus den unter Ziff. 1. b) bb) dargelegten Gründen eine **tatsächliche Vermutung**. **Wer als Geschäftsführer einer GmbH in Kenntnis einer bereits seit längerem eingetretenen Insolvenzreife keinen Insolvenzantrag stellt, wird sich regelmäßig auch auf einen entsprechenden Hinweis des Steuerberaters nicht zur Insolvenzantragstellung veranlasst sehen.** Für diese Sichtweise spricht auch, dass der BGH Hinweise des Steuerberaters zu einem möglichen Insolvenzgrund selbst gemäß der Entscheidung vom 26.01.2017 (Az.: IX ZR 285/14) nur verlangt, wenn jener annehmen muss, dass dem Mandanten die mögliche Insolvenzreife nicht bewusst ist (juris Rn. 45). Daraus ergibt sich die Wertung, dass keiner Aufklärung bedarf, wer die Insolvenzreife schon kennt und dass ein unterlassener Hinweis an den entsprechend Informierten nicht schadenskausal wirken kann.

Einer abschließenden Klärung bedarf die Kausalitätsfrage indessen ebenfalls nicht, da die Haftung der Beklagten zumindest an dem anspruchsausschließenden Mitverschulden der Geschäftsführerin der Schuldnerin scheitert. Hierzu wird zwecks Meidung von Wiederholungen auf die Ausführungen unter Ziff. 1. b) bb) verwiesen.

bb) Aus eben diesem Grund ergibt sich auch kein Anspruch wegen eines **unterlassenen Hinweises auf die strafrechtlichen Risiken für die Geschäftsführung** durch eine verspätete Erstellung des Jahresabschlusses oder die Verschleppung des Insolvenzantrags. Daher kann die Frage dahinstehen, ob ein Steuerberater überhaupt qualifiziert und verpflichtet ist, auf strafrechtliche Aspekte hinzuweisen und ob sich aus einem Mandat der Schuldnerin eine solche Hinweispflicht gegenüber ihrer Geschäftsführerin als Dritter ergeben kann. Nur am Rande sei angemerkt, dass eine Pflichtverletzung insofern, jedenfalls aber ein Verschulden fraglich erscheinen, zumal der BGH im maßgebenden Zeitpunkt ohne besonderen Auftrag nicht einmal eine Pflicht des Steuerberaters gegenüber der Gesellschaft als seiner Mandantin zu Insolvenz- oder gesellschaftsrechtlichen Hinweisen angenommen hat und erst recht nicht gegenüber dem Geschäftsführer der Schuldnerin als Drittem (Urteil vom 07.03.2012, Az.: IX ZR 64/12, Rn. 15, 26 f.).

cc) Soweit die Klägerin erstmals in der Berufungsbegründung auf Hinweispflichtverletzungen nach §§ 227, 240 AO abstellt, kann dahinstehen, ob der neue Vortrag gemäß §§ 529 Abs. 1 Nr. 2, 531 Abs. 2 ZPO überhaupt zuzulassen wäre. Jedenfalls ist nicht schlüssig dargetan, wie eine - unterstellte - Hinweispflichtverletzung, dass Säumniszuschläge bei Insolvenzreife zu erlassen seien, zu dem klagegegenständlichen Insolvenzverschleppungsschaden geführt haben sollte. Abgesehen davon ist auch nicht ersichtlich, welche Säumniszuschläge im konkreten Fall hätten erlassen werden können. (...)

Steuerberaterhaftung

- Erstellung des Jahresabschlusses
 - Fortführungsprognose
 - Unternehmensfortführung
- (OLG Koblenz, Beschl. v. 12.5.2020 – 8 U 2071/19)

Leitsätze (der Redaktion)

1. Der Grundsatz der Unternehmensfortführung (§ 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB) gilt selbst bei Zweifeln an der Überlebensfähigkeit so lange, wie nicht Umstände sichtbar werden, welche die Fortführung unwahrscheinlich erscheinen lassen oder zweifelsfrei die Unmöglichkeit der Fortführung bekannt ist, und sogar bei kritischer Unternehmenslage; tatsächliche oder rechtliche Gegebenheiten müssen sich derart konkretisieren, dass die Einstellung der Tätigkeit unvermeidbar oder beabsichtigt ist

(vgl. BGH BeckRS 2017, 101939 Rn. 25).

2. Der Steuerberater hat den Jahresabschluss grundsätzlich lediglich auf der Grundlage der ihm zur Verfügung gestellten Unterlagen und der ihm bekannten Umstände zu erstellen (ebenso BGH BeckRS 2017, 101939 Rn. 20).

3. Der Steuerberater hat sich zu Inhalt und Gegenstand des ihm erteilten Mandats an der zum Zeitpunkt seiner Tätigkeit geltenden Gesetzeslage sowie der dazu ergangenen Rechtsprechung zu orientieren.

Zum Sachverhalt:

Der Kläger wurde mit Beschluss des Amtsgerichts Koblenz vom 01. November 2015 zum Insolvenzverwalter über das Vermögen der Autohaus T... S... GmbH bestellt (Az. 21 IN 159/15) und nimmt den beklagten Steuerberater wegen eines behaupteten Insolvenzverschleppungsschadens auf Zahlung von Schadensersatz aus Pflichtverletzung in Anspruch.

Die Insolvenzschriftführerin beauftragte den Beklagten im Jahr 2015 mit der Erstellung des Jahresabschlusses für das Geschäftsjahr 2013. Der Beklagte erstellte den Abschluss am 23. März 2015 nach den bei Fortführung der Unternehmenstätigkeit einschlägigen handelsrechtlichen Bewertungsvorschriften. Der Jahresabschluss für 2013 schloss mit einem nicht durch Eigenkapital gedeckten Fehlbetrag von 83.926,94 €.

Der Jahresabschluss 2010 hatte einen Überschuss von etwa 4.000,00 € ausgewiesen und der Jahresabschluss 2011 einen Überschuss von etwa 16.700,00 €. Der Jahresabschluss

wies einen Fehlbetrag von 40.800,00 € aus, der jedoch durch Eigenkapital gedeckt war.

Die Lohn- und Finanzbuchhaltung oblag nicht dem Beklagten, sie wurde von der Insolvenzschriftführerin selbst ausgeführt.

Der Kläger hat erstinstanzlich geltend gemacht, dass die Erstellung des Jahresabschlusses

zu Fortführungswerten in Anbetracht des nicht durch Eigenkapital gedeckten Fehlbetrages pflichtwidrig gewesen sei, da die Insolvenzschriftführerin zuvor über Jahre Verluste hervorgebracht habe. Die bilanzielle Überschuldung sei auch nicht durch die Aufdeckung stiller Reserven aufzufangen gewesen. Der Beklagte habe nicht davon ausgehen dürfen, dass die Gesellschaft fortgeführt werde. Die Bilanzierung zu Fortführungswerten verstoße daher gegen § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB. Der Beklagte sei verpflichtet gewesen, den Geschäftsführer der Insolvenzschriftführerin auf die Unterkapitalisierung hinzuweisen. In diesem Fall sei davon auszugehen, dass der Geschäfts-

führer früher einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens gestellt und sich nicht für die Fortführung des Unternehmens entschieden haben würde. Der Beklagte hafte daher für den kausal entstandenen Insolvenzverschleppungsschaden. Dabei sei jedoch ein Mitverschulden des ehemaligen Geschäftsführers der Insolvenzschriftführerin von 50 % zu berücksichtigen.

(Anträge: ...)

Der Beklagte hat geltend gemacht, dass nach § 252 Abs. 1 HGB grundsätzlich von der Fortführung des Unternehmens auszugehen sei. Der Kläger habe konkret nichts dazu vorgebracht, dass und auf welcher Grundlage konkrete Anhaltspunkte für eine Widerlegung dieses Grundsatzes bestanden hätten. Die handelsrechtliche Prognose sei grundsätzlich von einer insolvenzrechtlichen Überschuldungsprüfung zu unterscheiden. Der Kläger könne bei seiner rechtlichen Argumentation nicht auf eine vom Januar 2017 stammende Entscheidung des Bundesgerichtshofs abstellen, da diese erst Jahre nach der Erstellung der Bilanz ergangen und von der bis dahin geltenden maßgeblichen höchstrichterlichen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, unter anderem vom 07. März 2013, abgewichen sei. Nach dieser einschlägigen Rechtsprechung folge aus dem Mandat der Bilanzierung keine Hinweispflicht des Steuerberaters an den Geschäftsführer auf eine Überprüfung der Insolvenzschriftreife eines Unternehmens. Im Übrigen habe er aber auch nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht pflichtwidrig gehandelt. Der Geschäftsführer der Insolvenzschriftführerin habe in Zusammenarbeit mit der Hausbank der Insolvenzschriftführerin - das ist unstrittig - eine Unternehmensberatung in Köln mit der Erstellung eines Sanierungskonzepts beauftragt. Dieses Sanierungskonzept sei - auch das ist unbestritten - von der Fortführung des Unternehmens ausgegangen. Der Insolvenzschriftführerin und ihrem Geschäftsführer sei die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft jederzeit bekannt gewesen.

Mit Urteil vom 30. Oktober 2019 hat das Landgericht Koblenz die Klage abgewiesen. (...)

Aus den Gründen:

Die Voraussetzungen gemäß § 522 Abs. 2 Satz 1 ZPO sind nach einstimmiger Auffassung des Senats gegeben. Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Berufungsgerichts. Eine mündliche Verhandlung ist nicht geboten. Die Berufung des Klägers hat nach vorläufiger Beratung offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg.

Nach § 513 Abs. 1 ZPO kann die Berufung nur darauf gestützt werden, dass die angefochtene Entscheidung auf einem

Rechtsfehler (§ 546 ZPO) beruht oder die nach § 529 ZPO zugrunde zu legenden Tatsachen eine andere Entscheidung rechtfertigen. Diese Voraussetzungen liegen nicht vor.

Zu Recht hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Den Berufungsangriffen des Klägers bleibt der Erfolg versagt. Die Berufung hat keinen Erfolg, weil die Klage unbegründet ist. Der Kläger hat gegen den Beklagten keinen Anspruch aus §§ 675, 280 Abs. 1, 634 Nr. 4 BGB wegen schuldhafter Pflichtverletzung einer Tätigkeits-, Beratungs- oder Aufklärungspflicht bzw. einer werkvertraglichen Verpflichtung im Rahmen des entgeltlichen Steuerberatungsmandats in Bezug auf die Erstellung des Jahresabschlusses 2013.

1. Ein solcher Anspruch ergibt sich insbesondere nicht aus einer Verletzung einer sich aus § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB ergebenden Pflicht. **Nach § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB ist bei der Bilanzierung grundsätzlich von der Fortführung der Unternehmenstätigkeit auszugehen, sofern dem nicht tatsächliche oder rechtliche Gegebenheiten entgegenstehen. Von diesem Grundsatz darf nach § 252 Abs. 2 HGB nur in begründeten Ausnahmefällen abgewichen werden. Der Grundsatz des § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB gilt selbst bei Zweifeln an der Überlebensfähigkeit so lange, wie nicht Umstände sichtbar werden, die die Fortführung unwahrscheinlich erscheinen lassen oder zweifelsfrei Unmöglichkeit der Fortführung bekannt ist (BGH, NJW 2017, 1611), und sogar bei kritischer Unternehmenslage.** Tatsächliche oder rechtliche Gegebenheiten müssen sich derart konkretisieren, dass die Einstellung der Tätigkeit unvermeidbar oder beabsichtigt ist (BGH, a.a.O.). Dies erfordert eine Prognoseentscheidung, weil darauf abzustellen ist, ob der Kaufmann sein Gewerbe für einen überschaubaren Zeitraum, regelmäßig jedenfalls für das auf den Abschlussstichtag folgende Geschäftsjahr, fortsetzen wird (BGH, NJW 2017, 1611, 1613; MüKo zum Bilanzrecht/Tiedchen, 1. Auflage 2013, § 252 HGB Rdz. 20). Maßgeblicher Zeitpunkt für die Prognose ist der Abschlussstichtag (vgl. zum Ganzen Baumbach/Hopt/Merkt, HGB, 39. Auflage 2020, Rn. 7).

a) Abschlussstichtag war vorliegend der 31. Dezember 2013. Danach wurde das Unternehmen mehr als ein Jahr fortgeführt und bestand auch noch zum Zeitpunkt der Erstellung der Bilanz im März 2015 und darüber hinaus.

Entgegen der Ansicht des Klägers geht der Senat nicht davon aus, dass der Beklagten zur Erstellung der Fortführungsprognose auf die Zahlen von 2014 hätte zurückgreifen müssen, weil es wenig Sinn mache, für eine Prognose auf einen Zeitraum abzustellen, der schon abgelaufen ist. Die Norm des § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB ist ein allgemeiner Bewertungsgrundsatz, aus dem nach der zitierten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs aus dem Jahr 2017 zwar unter Umständen ein werkvertraglicher Anspruch auf Schadensersatz folgen kann.

Die Norm dient aber nicht in erster Linie dem Informationsbedürfnis eines Geschäftsführers oder einer Gesellschaft im Hinblick auf die Pflichten bei drohender oder bestehender Insolvenzreife, sondern definiert Bewertungsgrundsätze, die die Verwendbarkeit und Vergleichbarkeit von Bilanzen gewährleisten sollen, sodass von den Grundsätzen nach § 252 Abs. 2 HGB auch nur in begründeten Ausnahmefällen abgewichen werden darf. Der Jahresabschluss steht insofern in einer Reihe mit den vorausgegangenen Jahresabschlüssen.

b) Unstreitig ist zwischen den Parteien zudem, dass der Geschäftsführer der Insolvenz Schuldnerin offenbar in Zusammenarbeit mit der V...bank als Hausbank der Insolvenzschnuldnerin bei der T... Unternehmensberatung GmbH in Köln ein Sanierungskonzept für die Insolvenzschnuldnerin hatte ausarbeiten lassen, das ebenfalls von der Unternehmensfortführung ausging.

c) Zudem war der Jahresabschluss 2013 der erste Jahresabschluss, der nach dem Vorbringen der Klägerseite einen Fehlbetrag auswies, der nicht durch Eigenkapital gedeckt gewesen sein soll. Die Buchhaltung der Insolvenzschnuldnerin hat der Beklagte nicht gemacht. Es ist nicht ersichtlich, aus welchem Grund der Beklagte für das Jahr 2014 Anhaltspunkte für die Einstellung der Unternehmenstätigkeit gehabt haben sollte. Die Klägerseite trägt auch in der Berufung nicht konkret vor, auf welche Zahlen für das Geschäftsjahr 2014 der Beklagte insoweit hätte zurückgreifen müssen und welche wirtschaftliche Lage des Unternehmens sich daraus für ihn ergeben musste bzw. welche Entwicklung des Geschäftsjahres 2014 von ihm hätte einbezogen werden müssen. Der Senat kann mangels Vorlage konkreter Zahlen und der entsprechenden Kenntnisse des Beklagten nicht beurteilen, was sich aus zumindest vorläufigen Zahlen für 2014 aus Klägersicht genau ergeben haben soll und inwieweit diese dem Beklagten überhaupt bekannt waren. **Der Steuerberater hat den Jahresabschluss grundsätzlich lediglich auf der Grundlage der ihm zur Verfügung gestellten Unterlagen und der ihm bekannten Umstände zu erstellen** (BGH, NJW 2017, 1611, 1613).

Der Kläger hat weder erstinstanzlich noch in der Berufungsinstanz konkret dargelegt, dass dem in der Bilanz ausgewiesenen Verlust für das Jahr 2013 entgegen der Annahme des Beklagten unter Bezugnahme auf die diesem von der Insolvenzschnuldnerin erteilten Informationen keine hinreichenden Vermögenswerte entgegengestanden hätten.

d) Die bilanzielle Überschuldung für das Jahr 2013 reicht als Indiz für eine gebotene Abkehr vom Fortführungsgrundsatz nicht aus. Insbesondere hatten die Bilanzen für die Jahre 2010 und 2011 noch einen Gewinn und keinen bilanziellen Verlust ausgewiesen.

2. Eine Pflichtverletzung des Beklagten folgt auch nicht aus einem **unterlassenen Hinweis auf eine bestehende Insolvenzreife**. Der Beklagte hatte sich zu Inhalt und Gegenstand des ihm erteilten Mandates an der zum Zeitpunkt seiner Tätigkeit geltenden Gesetzeslage sowie der dazu ergangenen Rechtsprechung zu orientieren. Ende März 2013 war die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs vom Januar 2017 zu den heute relevanten Pflichten des Steuerberaters bei Jahresabschlusserstellung nicht bekannt und auch nicht absehbar. Zum hier maßgeblichen Zeitpunkt im Frühjahr 2015 hatte der Bundesgerichtshof vielmehr zuvor, nämlich im Jahr 2013 (vgl. NJW-RR 2013, 983 ff.), entschieden, dass bei einer Unterdeckung in der Handelsbilanz keine Hinweispflicht des Beraters gegenüber einer GmbH dahingehend besteht, der Geschäftsführer müsse gegebenenfalls eine Überprüfung der Insolvenzreife vornehmen.

3. Schließlich mangelt es bezüglich eines behaupteten werkvertraglichen Mangels im Rahmen des § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB auch an der für den geltend gemachten Schaden erforderlichen Kausalität. Der Beklagte hatte bereits in der Klageerwiderung in Abrede gestellt, dass der Geschäftsführer der Insolvenzschriftschuldnerin bereits früher einen Insolvenzantrag gestellt und sich nicht zur Fortsetzung des Unternehmens entschieden hätte. Der Beklagte hat unbestritten vorgetragen, dass der Geschäftsführer der Insolvenzschriftschuldnerin in Abstimmung mit der V...bank als Hausbank die Unternehmensberatung T... als Beraterin eingeschaltet hatte und dass ihm daher zum einen die wirtschaftlich schwierige Lage des Unternehmens bekannt war und er auf der Grundlage des Sanierungsberatungskonzepts von einer Unternehmensfortführung ausgegangen ist.

Die Klage hat mithin aus mehreren Gründen keinen Erfolg. Vor diesem Hintergrund kann der Senat die Frage der Schadenshöhe derzeit offen lassen.

Der Kläger erhält Gelegenheit zur Stellungnahme und Prüfung, ob er seine Berufung aufrechterhalten möchte. Im Falle der Berufungsrücknahme ermäßigen sich vorliegend die Gerichtsgebühren von 4,0 auf 2,0 Gebühren (vgl. Nr. 1222 des Kostenverzeichnisses, Anlage 1 zu § 3 Abs. 2 GKG).

Steuerberaterhaftung

- Verdeckte Gewinnausschüttung
 - Fehler von 2 Steuerberatern
 - Mitverschulden des Mandanten
 - Schadenbeitrag des 2. Steuerberaters
- (LG Kassel, Urt. v. 10.10.2020 – 8 O 2244/17)

Leitsatz

Die Zurechnung eines Schadensbeitrags des zweiten Steuerberaters als Mitverschulden kommt in Betracht, wenn dieser von dem Geschädigten eingeschaltet wurde, um seine Obliegenheit zur Schadensminderung gegenüber dem Erstschädiger zu erfüllen. Ist beiden Steuerberatern der Vorwurf zu machen, dass sie eine falsche Rechtsansicht des Finanzamts übernehmen und dem Mandanten deshalb nicht zu einer aussichtsreichen Klage raten, rechtfertigt dies eine Kürzung des Anspruchs um eine Mitverschuldensquote von 50 %.

Zum Sachverhalt:

Der Kläger nimmt den Beklagten auf Schadensersatz wegen einer Pflichtverletzung aus einem Steuerberatervertrag in Anspruch.

Der Kläger ist Ofenbauer und betreibt in „...“ unter der Firma „...“ ein Gewerbe. Der Beklagte war im hier streitgegenständlichen Zeitraum von dem Kläger und dessen Ehefrau „...“ mit der steuerrechtlichen Vertretung bezüglich der Einkommenssteuererklärungen und hinsichtlich des Gewerbebetriebs mandatiert.

Der Kläger und seine Ehefrau sind gemeinsam veranlagt. Am 02.04.2008 wurde die Einkommenssteuererklärung der Eheleute für den Veranlagungszeitraum 2006 bei dem zuständigen Finanzamt eingereicht. Am 30.06.2008 wurde der Einkommenssteuerbescheid erlassen. Am 05.04.2009 wurde die Einkommenssteuererklärung der Eheleute für den Veranlagungszeitraum 2007 bei dem zuständigen Finanzamt eingereicht. Am 27.07.2009 wurde der Einkommenssteuerbescheid erlassen.

Der Kläger war in den Jahren 2006 und 2007 Gesellschafter der Verlagsgesellschaft „...“ GmbH (im Folgenden: Verlagsgesellschaft) und der Beratungsgruppe „...“ GmbH (im Folgenden: Beratungsgruppe). Zusammen mit seinen Brüdern „...“ und „...“ war der Kläger auch Geschäftsführer dieser beiden Gesellschaften. Auf die vorgelegten Handelsregisterauszüge wird Bezug genommen. Die genannten Gesellschaften sowie die „...“ GmbH hatten ihren Sitz in der „...“ in „...“. Das Grundstück „...“ ist mit einer Villa bebaut, die im streitgegenständlichen Zeitraum von der Haus-

gemeinschaft „...“ GbR verwaltet wurde. Die Geschäftsräume der „...“ GmbH befanden sich im Erdgeschoss der Villa, die der Verlagsgesellschaft im 1. Obergeschoss und die der Beratungsgruppe im 2. Obergeschoss.

Der Beklagte war nie mit der steuerrechtlichen Vertretung der „...“ Gesellschaften mandatiert.

Im Jahr 2011 kam es zu einer Außenprüfung bei der „...“ GmbH, der Verlagsgesellschaft und der Beratungsgruppe. Die Prüfung wurde durch das Finanzamt für Körperschaften „...“ (im Folgenden: Finanzamt „...“) angeordnet und von der Betriebsprüferin „...“ und ihrem Kollegen Herr „...“ durchgeführt. In dem Bericht über die Außenprüfung bei der Verlagsgesellschaft vom 08.12.2011 (heißt es unter anderem:

„Am 04.01.2011 wurde der vor Ort anwesende Geschäftsführer, Herr „...“ gebeten, im Beisein der Betriebsprüfer Frau „...“ und Herr „...“ einen Kassensturz vorzunehmen, bzw. die aktuellen Kassenaufzeichnungen (Kassenbuch) vorzulegen und die Richtigkeit durch Zählen des Geldes zu prüfen. Herr „...“ teilte mit, es bestünden keine täglichen Aufzeichnungen. Er übergebe die Belege nach Ablauf des Monats an Ihre Buchhaltungskraft. Der Bitte, den Geldbestand an jenem Tage durch Zählen zu ermitteln, kam er nicht nach. Er habe nicht gewusst, dass er den Kassenbestand täglich ermitteln müsse. Die Buchführung ist demzufolge formell nicht ordnungsgemäß, überdies bestehen ernsthafte Zweifel an der materiellen Richtigkeit des Postens „Kasse“ in den Bilanzen.

(...)

Schriftliche Nachfragen bei den Gesellschaftern bezüglich des Geldflusses wurden mit dem Hinweis beantwortet, die Buchführung sei korrekt gewesen.

Schriftstücke, z.B. polizeiliche Anzeige und Schadensmeldung an Versicherung, aus der die Höhe der als gestohlen behaupteten Bargeldbeträge hervor geht, wurden entgegen der Darstellung des RA „...“ im Schreiben vom 17.11.2011 nicht vorgelegt.“

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Bericht über die Außenprüfung vom 08.12.2011 Bezug genommen. Im Bericht über die Außenprüfung bei der Beratungsgruppe vom 08.12.2011 finden sich ähnliche Feststellungen, auf den Bericht wird Bezug genommen.

Ausgehend von diesen Prüfungsberichten erließ das Finanzamt „...“ am 01.03.2012 gegenüber der Beratungsgruppe und am 05.03.2012 gegenüber der Verlagsgesellschaft geänderte Körperschaftssteuerbescheide für die Veranlagungszeiträume 2006 und 2007 (auf die wegen der Einzelheiten Bezug

genommen wird. Wegen der angenommenen Unregelmäßigkeiten im Kassenbestand ging das Finanzamt „...“ von einer verdeckten Gewinnausschüttung (im Folgenden vGA) nach § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG aus.

Die „...“ GmbH wandte sich gegen entsprechende Bescheide mit einer Klage, die am 13.05.2015 zurückgenommen wurde. Auf die Sitzungsniederschrift des Finanzgerichts Berlin-Brandenburg vom 13.05.2015 wird Bezug genommen.

Am 29.11.2013 erließ das Finanzamt „...“ (im Folgenden: Finanzamt „...“) gemäß § 164 Abs. 2 AO einen geänderten Einkommenssteuerbescheid für den Veranlagungszeitraum 2006 für den Kläger und seine Ehefrau. Das Finanzamt „...“ schloss sich in Kenntnis der Betriebsprüfungsberichte der Einschätzung des Finanzamts „...“ an und ging von einer vGA aus. Ausgehend von Einkünften des Klägers aus Kapitalvermögen iHv 54.128 € wurde die Steuer neu festgesetzt und die Eheleute „...“ aufgefordert 16.594 € (Einkommenssteuer), 5.627 € (Zinsen zur Einkommenssteuer), 912,67 € (Solidaritätszuschlag) und jeweils 1.735,11 € Kirchensteuer nachzahlen. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Bescheid vom 29.11.2013 Bezug genommen. Im Rahmen der Vollstreckung wurden später Säumniszuschläge in Höhe von 1.914 € erhoben.

Ebenfalls am 29.11.2013 erließ das Finanzamt „...“ gemäß § 164 Abs. 2 AO einen geänderten Einkommenssteuerbescheid für den Veranlagungszeitraum 2007 für den Kläger und seine Ehefrau. Ausgehend von Einkünften des Klägers aus Kapitalvermögen iHv 16.318 € wurde die Steuer neu festgesetzt und die Eheleute „...“ aufgefordert 1.940 € (Einkommenssteuer), 553 € (Zinsen zur Einkommenssteuer) und jeweils 276,39 € Kirchensteuer nachzahlen. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Bescheid vom 29.11.2013 Bezug genommen. Im Rahmen der Vollstreckung wurden später Säumniszuschläge in Höhe von 202 € erhoben.

Im Rahmen des allgemeinen Mandats war für den Beklagten klar, dass er gegen die geänderten Einkommenssteuerbescheide vorgehen soll.

Mit Schriftsatz vom 27.12.2013 der Beklagte Einspruch gegen die geänderten Einkommenssteuerbescheide ein und beantragte die Aussetzung der Vollziehung. Mit Schriftsatz vom 10.02.2014 legte auch Rechtsanwalt „...“ aus „...“ im Namen des Klägers Einspruch gegen die geänderten Einkommenssteuerbescheide ein.

Mit Schreiben vom 02.01.2014 nahm das Finanzamt „...“ gegenüber dem Beklagten zu den Einsprüchen Stellung. Diese hätten keine Aussicht auf Erfolg, das Finanzamt „...“ sehe einer Einspruchsrücknahme bis zum 24.01.2014 entgegen.

Am 06.01.2014 und am 17.02.2014 fanden Besprechungen zwischen dem Kläger und dem Beklagten im Büro des Beklagten statt.

Mit Schriftsatz vom 27.02.2014 nahm der Beklagte die Einsprüche gegen die Änderungsbescheide vom 29.11.2013 zurück, ohne dies vorher mit dem Kläger abzusprechen. Der Beklagte informierte den Kläger hierüber erst mit E-Mail vom 28.02.2014, auf die wegen der Einzelheiten Bezug genommen wird.

Im Laufe des Jahres 2014 betrieb das Finanzamt „...“ die Zwangsvollstreckung der Steuerrückstände. Daraufhin beauftragten der Kläger und seine Ehefrau den Steuerberater „...“ aus „...“ mit ihrer Vertretung. Anfang November 2014 kam es zu einem Erstgespräch, dass unter der Überschrift „Abwehr der Zwangsvollstreckung“ stand.

Weil es dem Steuerberater „...“ nicht gelang, die Zwangsvollstreckung abzuwenden, zahlten der Kläger und seine Ehefrau die mit den geänderten Einkommenssteuerbescheiden festgesetzten Steuerrückstände nebst Säumniszuschlägen, insgesamt 31.744,67 €, an das Finanzamt „...“.

Wegen der zwischenzeitlichen Pfändungsmaßnahmen trat das Regierungspräsidium Kassel in die Prüfung ein, ob die Gewerbeerlaubnis des Klägers wegen finanzieller Unzuverlässigkeit zu widerrufen sei. Zur Abwehr des Erlaubniswiderrufs beauftragte der Kläger Rechtsanwalt „...“. Ausgehend von einer Vergütungsvereinbarung (§ 3a RVG) von 250 €/h stellte Rechtsanwalt „...“ dem Kläger am 16.12.2016 (22 Stunden x 250 € =) 5.500 € zuzüglich einer Post- und Telekommunikationspauschale von 20 € in Rechnung. Auf die Rechnung vom 16.12.2016 wird Bezug genommen.

Mit seiner außergerichtlichen Vertretung gegenüber dem Beklagten beauftragte der Kläger einen Rechtsanwalt, der den Beklagten mit Schriftsatz vom 25.09.2015 unter Fristsetzung zum 09.10.2015 aufforderte, an den Kläger 51.800 € zu zahlen. Anschließend beauftragten der Kläger und seine Ehefrau die Kanzlei „...“ Rechtsanwälte aus „...“ mit der außergerichtlichen Vertretung.

Mit Vereinbarung vom 30.12.2017 trat die Ehefrau des Klägers an diesen „alle Schadensersatzforderungen in voller Höhe ab, die ihr gegenüber dem Steuerberater „...“ zustehen“. Der Kläger nahm die Abtretung an. Wegen der Einzelheiten wird auf die Abtretungserklärung vom 30.12.2017 Bezug genommen.

Der Kläger behauptet, dass die Feststellungen in den Berichten über die Außenprüfung vom 08.12.2011 falsch seien. Es habe nie eine vGA gegeben. In die Villa in der „...“ in „...“

sei eingebrochen worden. Diebe hätten dabei Bargeld und andere Vermögenswerte entwendet. Es sei Strafanzeige erstattet worden. Die Betriebsprüferin Frau „...“ habe nie die Räumlichkeiten der Verlagsgesellschaft und der Beratungsgruppe betreten. Sie habe am Prüfungstag auch keine Einsicht in die Kassenbücher verlangt, der Inhalt der Berichte über die Außenprüfung sei frei erfunden. Der Zeuge „...“ habe den Beklagten mit Schreiben vom 02.12.2013 darüber informiert, dass das Finanzamt „...“ ausgehend von der Betriebsprüfung 2011 bei der Beratungsgruppe und der Verlagsgesellschaft eine vGA angenommen habe, was aus Sicht des Zeugen aber abwegig sei. Auf das Schreiben vom 02.12.2013 wird Bezug genommen.

Abgesehen von der rückständigen Steuer, den Säumniszuschlägen und den Rechtsanwaltskosten seien ihm weitere materielle Schäden entstanden, deren Bezifferung der richterlichen Schätzung überlassen werden solle. Bei dem Schaden handele es sich um Umsatz- und Gewinneinbruch durch die zeitliche Befassung mit diesem Vorgang, Folgeprobleme mit dem Finanzamt dadurch, dass der Kläger wegen der Pfändung seine ansonsten problemlos zu erbringenden steuerlichen Pflichten nicht mehr habe erfüllen können, Probleme mit der Hausbank, weil wegen der Pfändungsmaßnahmen eine Kontenkündigung erfolgt sei und damit einhergehender Störung der Kundenbeziehungen des Klägers.

Die Klageschrift vom 31.12.2017, an demselben Tag per Fax bei dem Landgericht eingegangen, wurde dem Beklagten am 26.01.2018 zugestellt. Der Kläger hat seine Klageforderung ursprünglich hilfsweise auf einen Anspruch auf immateriellen Schadensersatz wegen einer Verletzung der unternehmerischen Freiheit gestützt, diesen Hilfsantrag aber im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 05.08.2020 zurückgenommen. Weil der Prozessbevollmächtigte des Klägers im Termin vom 17.10.2018 nicht verhandelt hat, wurde die Klage mit Versäumnisurteil der Kammer vom 17.10.2018 abgewiesen. Das Versäumnisurteil wurde den Prozessbevollmächtigten des Klägers am 25.10.2018 zugestellt. Mit Schriftsatz vom 07.11.2018, am 08.11.2018 bei dem Landgericht eingegangen, hat der Kläger Einspruch gegen das Versäumnisurteil vom 17.10.2018 eingelegt.

Der Kläger beantragt: ...

Der Beklagte beantragt: ...

Der Beklagte bestreitet, dass die Angaben in den Berichten über die Außenprüfung vom 08.12.2011 fehlerhaft sein sollen und dass es zu einem Einbruch in die Villa in der „...“ kam. Dem Kläger sei durch die Rücknahme des Einspruchs kein Schaden entstanden, weil die geänderten Einkommenssteuerbescheide unter dem Vorbehalt der Nachprüfung gestanden

haben (was unstreitig ist). Dieser sei erst im Jahr 2016 entfallen.

Der Kläger habe deshalb bis 2016 noch einen Abänderungsantrag stellen können. Zudem habe der Einspruch auch keine Aussicht auf Erfolg gehabt, weil der durch das Finanzamt „...“ gegenüber den Gesellschaften erlassene Grundlagenbescheid für das Finanzamt „...“ bindend sei. Unabhängig davon ließen die nicht ordnungsgemäßen Kassenaufzeichnungen nach den Umständen des Falles nur den Schluss zu, dass nicht alle Bareinnahmen verbucht worden seien, weshalb im Zweifel davon auszugehen sei, dass der zusätzliche Gewinn an den Gesellschafter entsprechend seiner Beteiligungsquote ausgekehrt worden sei und bei diesem daher als Einkünfte aus Kapitalvermögen zu versteuern sei. Dem Kläger wäre es in einem finanzgerichtlichen Verfahren nicht gelungen, diesen Anschein zu widerlegen.

Selbst wenn keine vGA vorliege, würde sich die Besteuerung auf die Körperschaftserklärung und die Anwendung der Abgeltungssteuer auswirken, sodass auch eine steuerliche Einkommenssteuerbelastung bei dem Kläger anfallen würde. Ihm sei deshalb kein Schaden entstanden (Beweisangebot: Einholung eines steuerlichen Sachverständigengutachtens). (...)

Aus den Gründen:

A. Der Einspruch des Klägers ist zulässig, insbesondere innerhalb von zwei Wochen ab Zustellung des Versäumnisurteils erhoben, § 339 Abs. 1 ZPO. (...)

B. Die Klage ist teilweise begründet.

I. Der Kläger hat aus eigenem und abgetretenem Recht seiner Ehefrau (§ 398 BGB) gegen den Beklagten einen Anspruch auf Zahlung von 17.220,61 €, zuzüglich außergerichtlicher Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.100,51 €, aus § 280 Abs. 1 BGB.

1. Die Parteien haben einen Steuerberatervertrag geschlossen. Im Rahmen des allgemeinen Mandats sollte der Beklagte auch gegen die geänderten Einkommensteuerbescheide vom 29.11.2013 vorgehen. Dies hat der Beklagte im Termin vom 05.08.2020 zuletzt eingeräumt.

2. Der Beklagte hat **gegen seine Pflichten aus dem Beratervertrag verstoßen, indem er die Einsprüche gegen die geänderten Einkommensteuerbescheide eigenmächtig, ohne Rücksprache mit dem Kläger, zurückgenommen hat.**

Grundsätzlich ist der rechtliche Berater – der Steuerberater ebenso wie der Rechtsanwalt – verpflichtet, die Weisungen seines Mandanten zu befolgen. Der Auftraggeber trägt das Misserfolgs- und Kostenrisiko des Auftrags; deswegen hat er

und nicht der Berater die grundlegenden Entscheidungen darüber zu treffen, in welcher Weise seine Interessen wahrgenommen werden sollen. **Der Berater darf, auch wenn er über ein höheres Maß an Sachkunde und Erfahrung in schwierigen Rechts- und Sachlagen verfügt, nicht seine Entscheidung an die Stelle derjenigen seines Mandanten setzen. Weicht der Berater von einer Weisung des Mandanten ab, liegt darin eine Pflichtverletzung, die ihn zum Schadensersatz verpflichten kann.**

Indem der Beklagte den Einspruch zurückgenommen hat, hat er gegen eine Weisung des Klägers verstoßen. Wird ein Steuerberater beauftragt, Einspruch gegen einen Steuerbescheid einzulegen, heißt das in aller Regel zugleich, dass der auftragsgemäß eingelegte Einspruch durchgeführt und nicht zurückgenommen werden soll (vgl. zu alledem BGH NJW 2015, 770 Rn. 18-20, beck-online).

Etwas Anderes ergibt sich auch nicht aus dem Umstand, dass das Finanzamt „...“ dem Beklagten zur Rücknahme des Einspruchs geraten hat. Der Beklagte wäre verpflichtet gewesen, dies mit dem Kläger zu besprechen und ihn – für den Fall einer abschlägigen Entscheidung über den Einspruch – über die Risiken eines finanzgerichtlichen Klageverfahrens zu beraten. Es kann deshalb auch auf sich beruhen, ob der Beklagte bei der Rücknahme der Einsprüche schon damit beauftragt war eventuell Klage einzureichen. Selbst wenn dies nicht der Fall gewesen sein sollte, ändert dies nichts daran, dass er den Einspruch nicht eigenmächtig zurücknehmen darf. Die Entscheidung, ob Klage eingereicht werden soll, kann auch noch nach der Entscheidung über den Einspruch getroffen werden.

In diesem Zusammenhang ist auch zu berücksichtigen, dass der Zeuge „...“ den Beklagten mit Schreiben vom 02.12.2013 darüber informierte, dass die Annahme einer vGA abwegig sei. Die Kammer sieht keinen Grund daran zu zweifeln, dass dieses Schreiben dem Beklagten zugegangen ist. Es enthält die korrekte Kanzleianschrift des Beklagten und wurde zudem an die korrekte Faxnummer versandt. Weil der Beklagte zudem hätte wissen müssen, dass die Rechtsauffassung des Finanzamts „...“ hinsichtlich der Bindungswirkung der „...“ Entscheidung falsch ist (siehe dazu sogleich unter 3.), hätte er – statt die Einsprüche zurückzunehmen – all dies mit dem Kläger besprechen und ihm, im Fall einer abschlägigen Einspruchsentscheidung, zur Klage raten müssen. Es wird vermutet, dass der Kläger sich dann beratungsgerecht verhalten hätte.

3. Das **Verschulden** des Beklagten wird vermutet, § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB. **Dass das Finanzamt „...“ sich offenbar schon eine abschließende Meinung gebildet hatte und sich offenbar an die Bewertung des Finanzamts „...“ gebunden sah, lässt das Verschulden des Beklagten nicht entfallen.** Aus der E-Mail des Beklagten vom 28.02.2014 ergibt sich, dass dieser das

Schreiben des Finanzamts „...“ vom 02.01.2014 jedenfalls so verstanden hat, dass dieses im Hinblick auf die vGA von einem Verhältnis Grundlagen-/Folgebescheid ausging („Meinen Einspruch habe ich zurückgenommen, weil er unzulässig war. [...] Einen Grundlagenbescheid (hier Feststellungsbescheid über verdeckte Gewinnausschüttungen) kann ich rechtlich wirksam nicht über einen Folgebescheid angreifen.“). Es kann auf sich beruhen, ob das Schreiben des Finanzamts „...“ wirklich so zu verstehen ist, wie der Beklagte es offenbar verstanden hat. Dem Beklagten ist nämlich jedenfalls der Vorwurf zu machen, dass er die so verstandene Rechtsansicht des Finanzamts nicht hinterfragt hat. **Die zitierte Auffassung ist falsch, das Vorliegen einer vGA wird bei der Besteuerung des Gesellschafters eigenständig geprüft. Der Körperschaftssteuerbescheid entfaltet insoweit keine Bindungswirkung, denn § 32a KStG regelt – anders als § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 der Abgabenordnung (AO) – nicht die Anpassung eines Folgebescheides an den Grundlagenbescheid** (BFH Beschl. v. 5.6.2015 – VIII B 20/15, BeckRS 2015, 95380 Rn. 22, beck-online).

Dies wurde bereits im Jahr 2011, also lange vor der Einspruchsrücknahme, von dem Bundesfinanzhof entschieden (BFH Urt. v. 6.9.2011 – VIII R 55/10, BeckRS 2011, 96939, beck-online). Das Urteil vom 06.09.2011 wurde unter anderem in der Sammlung BFH/NV veröffentlicht (BFH/NV 2012, 269). Zwar handelt es sich dabei nicht um die amtliche Sammlung (NV steht für „Nicht veröffentlicht“). **Von einem Steuerberater wird auch nicht erwartet, die Sammlung BFH/NV auf leitsatzlose Entscheidungen zu durchforsten** (vgl. BGH NJOZ 2011, 328). Das Urteil vom 06.09.2011 ist aber mit umfangreichen Leitsätzen versehen und wurde unter anderem noch in den Periodika „Zeitschrift für Steuerrecht“ (ZSteu 2011, R1224-R1226) und „Die höchstrichterliche Finanzrechtsprechung“ (HFR 2012, 288-290) sowie bei beck-online und juris veröffentlicht. Der Beklagte hätte es deshalb kennen müssen.

4. Die Handlung des Beklagten hat auch kausal zu einem Schaden des Klägers geführt.

a) Die **haftungsbegründende Kausalität** entfällt nicht dadurch, dass auch Rechtsanwalt „...“ vor der Rücknahme seinerseits im Namen des Klägers Einspruch gegen die geänderten Einkommenssteuerbescheide eingelegt hat. **Legen mehrere Bevollmächtigte für eine Partei eigenständig ein Rechtsmittel ein und nimmt einer von ihnen das Rechtsmittel zurück, führt dies zum Verlust des einheitlichen Rechtsmittels** (BGH NJW 2007, 3640, beck-online).

b) Ein Schadensersatzanspruch des Klägers setzt voraus, dass die geänderten Einkommenssteuerbescheide ohne die Pflichtverletzung des Beklagten im finanzgerichtlichen Verfahren aufgehoben worden wären. Der hypothetische Ausgang des

Vorprozesses ist deshalb inzident im Regressverfahren zu prüfen. Es handelt sich um eine Frage der **haftungsausfüllenden Kausalität, bei der dem Kläger das erleichterte Beweismaß des § 287 ZPO zugutekommt** (BGH NJW 1996, 2501, beck-online). **Dies gilt auch dann, wenn der Vorprozess nach dem Amtsermittlungsgrundsatz zu führen war** (BGH aaO.).

aa) Der Anspruchsteller ist dabei im Regressverfahren hinsichtlich der Beweislast nicht schlechter zu stellen als im hypothetischen Vorprozess. Das heißt der Regresskläger hat – mit dem Maß des § 287 ZPO – zu beweisen, was er im Vorprozess hätte beweisen müssen. Der Regressbeklagte muss die Beweise erbringen, die von der Gegenpartei des Vorprozesses – hier dem Finanzamt „...“ – zu erbringen gewesen wären.

§ 287 ZPO reduziert dabei die Anforderungen an die Überzeugungsbildung des Gerichts (BGH NJW 2008, 2910 Rn. 18). Je nach Lage des Falles kann eine erhebliche (BGH NJW 2013, 2584 Rn. 20; 2002, 128), das heißt eine mehr oder minder hohe, jedenfalls aber überwiegende Wahrscheinlichkeit (BGH NJW 2015, 934 Rn. 45; NJW-RR 2006, 1238 Rn. 13) genügen. **Wenn es um einen hypothetischen Kausalverlauf geht, kann auch zu berücksichtigen sein, dass der Schädiger die bestehenden Prognoseschwierigkeiten durch die zum Schadensersatz verpflichtende Handlung verursacht hat** (BeckOK ZPO/Bacher, 38. Ed. 1.9.2020, ZPO § 287).

bb) Ausgehend von diesen Maßstäben hätte der Kläger den finanzgerichtlichen Prozess mit überwiegender Wahrscheinlichkeit gewonnen. Verbleibende Prognoseschwierigkeiten gehen zulasten des Beklagten, weil er sie durch seine pflichtwidrige Handlung verursacht hat.

Weil etwaige Entscheidungen in „...“ keine Bindungswirkung im Sinne eines Grundlagenbescheids entfalten, wäre das Vorliegen einer vGA im Prozess des Klägers eigenständig festzustellen gewesen (siehe oben).

i. Gemäß **§ 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 EStG** gehören zu den Einkünften aus Kapitalvermögen als sonstige Bezüge aus Anteilen an einer GmbH auch vGA. **Eine vGA im Sinne dieser Vorschrift liegt vor, wenn die Kapitalgesellschaft ihrem Gesellschafter außerhalb der gesellschaftsrechtlichen Gewinnverteilung einen Vorteil zuwendet und diese Zuwendung ihren Anlass im Gesellschaftsverhältnis hat.** Sie kann auch ohne tatsächlichen Zufluss bei dem Gesellschafter verwirklicht werden, wenn der Vorteil dem Gesellschafter durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst mittelbar in der Weise zugewendet wird, dass **eine ihm nahestehende Person aus der Vermögensverlagerung Nutzen zieht** (vgl. BFH, Urt. v. 10.12.2019 – Az.: VIII R 2/17 mwN). Zu den dem Kläger nahestehenden Personen in diesem Sinne gehört jedenfalls dessen Bruder, der Zeuge „...“, als Angehöriger gemäß § 15 Abs. 1 Nr. 4 AO (vgl. Schmidt/Leveredag EStG, 39. Aufl., § 20 Rn. 43).

Die objektive Feststellungslast dafür, ob die Voraussetzungen einer vGA vorliegen, obliegt grundsätzlich dem Finanzamt. Spricht allerdings der festgestellte Sachverhalt dafür, dass diese Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sind, kann es Sache des Gesellschafters sein, den dadurch gesetzten Anschein zu widerlegen (BFH, Urt. vom 24.06.2014 – VIII R 54/10).

Die Gesellschafter sind nach § 90 AO verpflichtet, an der Aufklärung des Sachverhalts mitzuwirken und die in ihrer Sphäre und ihrem Wissen liegenden Umstände offen zu legen. Ob nicht verbuchte Einnahmen betrieblich verwendet oder den Gesellschaftern außerhalb der gesellschaftsrechtlichen Gewinnverteilung zugeflossen sind, können nur die Gesellschafter und Gesellschafter-Geschäftsführer nachweisen. Verweigern sie ihre Mitwirkung, geht dies zu ihren Lasten. Es ist dann im Zweifel davon auszugehen, dass der zusätzliche Gewinn an die Gesellschafter entsprechend ihrer Beteiligungsquote ausgekehrt worden ist (s. zum Ganzen BFH-Urteile in BFHE 207, 549, BStBl II 2005, 160, unter II.3.; in BFH/NV 2014, 1501, Rz 16).

Dies gilt zu Lasten des Gesellschafters auch, wenn der Verbleib nicht verbuchter Betriebseinnahmen unaufklärbar ist (BFH-Urteile in BFHE 207, 549, BStBl II 2005, 160, unter II.3.; in BFH/NV 2014, 1501, Rz 16). Die nicht feststehende betriebliche Verwendung der Mittel auf Ebene der Kapitalgesellschaft einerseits und deren nicht nachgewiesene Zuwendung an andere Empfänger als den oder die Gesellschafter andererseits indizieren eine durch das Gesellschaftsverhältnis verursachte quotale Auskehrung der Mehreinnahmen an alle Gesellschafter und den entsprechenden Zufluss der vGA (BFH Beschl. v. 12.6.2018 – VIII R 38/14, BeckRS 2018, 21171 Rn. 18, 19, beck-online).

Der Gesellschafter kann diesen Anscheinsbeweis allerdings erschüttern. Es liegt keine vGA vor, wenn der Geschäftsführer, der mit dem Gesellschafter verwandt ist, widerrechtlich und ohne dessen Wissen Geld entnimmt. In diesem Fall darf das Finanzgericht eine (mittelbare) vGA an den anderen Gesellschafter nur annehmen, wenn es festgestellt hat, dass dieser von den eigenmächtigen widerrechtlichen Geldentnahmen des anderen Geschäftsführers wusste und ihn gleichwohl bewusst gewähren ließ (BFH, Urteil vom 19.06.2007 – Az.: VIII R 34/06).

ii. Dieser Nachweis wäre dem Finanzamt „...“ nicht gelungen.

Das Finanzgericht Berlin-Brandenburg hätte sich im ersten Schritt an dem Bericht über die Außenprüfung vom 08.12.2011 orientiert. Es hätte sodann aufklären müssen, ob das Finanzamt „...“ zur Schätzung der Kassenbestände auf jeweils etwa 5.000 € berechtigt war. Dies würde voraussetzen,

dass die Buchführung an einem schwerwiegenden Mangel leidet.

Das Finanzgericht Berlin-Brandenburg hätte sodann „...“ und die Betriebsprüfer „...“ und „...“ als Zeugen vernommen. Mit überwiegender Wahrscheinlichkeit (§ 287 ZPO) hätte Herr „...“ so ausgesagt wie im vorliegenden Prozess und die Betriebsprüfer ihren Außenprüfungsbericht verteidigt. Das Finanzgericht hätte sich dann davon überzeugen müssen, dass die Betriebsprüfer die Wahrheit sagen (weil die Darlegungslast für eine vGA grundsätzlich bei dem Finanzamt liegt), nur dann wäre die Kassensturzfähigkeit nicht gegeben, die Buchführung damit mangelhaft, das Finanzamt „...“ zur Schätzung befugt und von einem ungeklärten Verbleib des Geldes auszugehen. Hätte das Finanzgericht sich davon nicht überzeugt, hätte es die geänderten Bescheide aufheben müssen, weil mangels ungeklärtem Verbleib von Geldern kein Anschein für eine vGA bestanden hätte, den der Kläger hätte widerlegen müssen.

In diesem ersten Schritt ist zunächst festzuhalten, dass die Aussage des Zeugen „...“, insbesondere zu dem Einbruch, sehr detailreich war. Dass er im hiesigen Prozess den Einbruch erst auf Nachfrage berichtet hat, spricht dafür, dass er ihn nicht erfunden hat. Ansonsten hätte es nämlich nahegelegen, dieses letztlich entscheidend gegen eine vGA sprechende Detail, sogleich zu präsentieren. Er hat auch nachvollziehbar dargestellt, dass die Betriebsprüfer im Termin nur nach den Kassenbeständen der – hier nicht streitgegenständlichen – „...“ GmbH gefragt haben.

Es ist daher mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass das Finanzgericht zu der Frage, ob das Finanzamt „...“ Kassenbestände schätzen durfte, zugunsten des Klägers jedenfalls von einem non liquet ausgegangen wäre. War die Schätzung aber schon unzulässig, stünde nicht fest, dass es überhaupt zu einer Vermögensminderung kam.

Selbst wenn man dies anders sieht (und zusätzlich unterstellt, dass das Finanzamt „...“ im Prozess noch nachprüfbar und schlüssige Schätzungsgrundlagen nachgeliefert hätte, vgl. dazu BFH, Urt. vom 24.06.2014 – Az.: VIII R 54/10 = BeckRS 2014, 95801 Rn. 26), wäre es dem Kläger mit überwiegender Wahrscheinlichkeit gelungen, den Anscheinsbeweis zu erschüttern.

Der Kläger hat in seiner informatorischen Anhörung zur Überzeugung der Kammer nachgewiesen, dass er zwar seit Anfang der 1990er Jahre in die „...“ Gesellschaften involviert gewesen sei, dass dies aber alles über seinen Bruder „...“ gelaufen sei. Daher hätte das Finanzgericht sich allenfalls davon überzeugt, dass, wenn Gelder abhandengekommen sein sollten, diese an den Bruder des Klägers geflossen wären. Der Klä-

ger hätte dann auch im finanzgerichtlichen Verfahren dargelegt, dass er selbst nichts bekommen hätte und von nichts wusste, weil sein Bruder sich gekümmert habe. Mit Urteil vom 19.06.2007 (Az.: VIII R 34/06) hat der Bundesfinanzhof (berrits) eine entsprechende Darlegung ausreichen lassen, um die Sache an das Finanzgericht zurückzuverweisen und auszusprechen, dass eine mittelbare vGA nur angenommen werden dürfe, wenn festgestellt wird, dass der (dortige) Kläger von den Geldentnahmen wusste und den Geschäftsführer gewähren ließ. Die Kammer geht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon aus, dass eine entsprechende Einlassung des Klägers im vorliegenden Fall nicht zu widerlegen gewesen wäre.

Dem steht nicht entgegen, dass der Kläger nach dem Außenprüfungsbericht eine schriftliche Nachfrage mit dem Hinweis beantwortet habe, dass die Buchführung korrekt sei. Nach allgemeinen prozessualen Grundsätzen wäre der Kläger im folgenden Verfahren nicht gehindert, anders vorzutragen. Ein Präklusionstatbestand ist nicht vorhanden.

5. Der Kläger hat aber gegen seine Schadensminderungspflicht verstoßen (§ 254 BGB). Er hätte auch nach Rücknahme der Einsprüche noch einen Abänderungsantrag nach § 164 Abs. 2 Satz 2 AO stellen können. Danach kann der Steuerpflichtige die Aufhebung oder Änderung der Steuerfestsetzung jederzeit beantragen, solange der Vorbehalt der Nachprüfung wirksam ist. Die streitgegenständlichen Bescheide vom 29.11.2013 standen beide unter dem Vorbehalt der Nachprüfung. Im Rahmen des Abänderungsverfahrens hätte die Frage einer vGA neu aufgerollt werden können. Beantragt der Steuerpflichtige (innerhalb der Festsetzungsfrist, BFH/NV 16, 533) eine Änderung der Vorbehaltsfestsetzung, kann er in jeder Hinsicht neue Tatsachen geltend machen, neue Beweismittel beibringen, rechtliche Argumente neu vortragen (BFH BStBl 08, 428), sich auf eine Änderung der Rechtsprechung berufen etc. (Klein/Rüsen, 15. Aufl. 2020, AO § 164 Rn. 35). Ob eine vGA vorliegt oder nicht, war im Einspruchsverfahren bis zur Rücknahme nie Thema, wäre also eine neue Tatsache in diesem Sinn.

a) **Die Einspruchsrücknahme stand dem nicht entgegen.** Die Vorbehaltsfestsetzung und das Einspruchsverfahren laufen im Grunde als getrennte Verfahren nebeneinanderher (vgl. auch HHSp/Heuermann § 164 Rn. 7a). Der Vorbehalt der Nachprüfung hindert nicht, dass ein Einspruch gegen die Steuerfestsetzung eingelegt werden kann. Der Einspruch hindert nicht, dass der Vorbehalt der Nachprüfung bestehen bleibt bzw. weitergilt. Dazu BFH 14.3.2012 – X R 50/09, BStBl. II 2012, 536: „Der Vorbehalt der Nachprüfung ist von dem Einspruch unabhängig, berührt dessen Entscheidungsreife nicht und bewirkt andere Rechtsfolgen.“ (BeckOK AO/Specker, 6. Ed. 1.10.2018, AO § 164 Rn. 260-274).

b) **Der Vorbehalt der Nachprüfung ist nicht durch Ablauf der**

Festsetzungsfrist entfallen (§ 164 Abs. 4 Satz 1 AO). Die Festsetzungsfrist beträgt gemäß § 169 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 AO vier Jahre und beginnt mit Ablauf des Kalenderjahres, in dem die Steuererklärung eingereicht wurde, § 170 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Var. 1 AO. Die Festsetzungsfrist endete daher zwar grundsätzlich für den Veranlagungszeitraum 2006 (Eingang der Steuererklärung am 02.04.2008) mit Ablauf des 31.12.2012 und für den Veranlagungszeitraum 2007 (Eingang der Steuererklärung am 05.04.2009) mit Ablauf des 31.12.2013.

Eine Änderung war aber auch nach der Einspruchsrücknahme noch gemäß § 32a Abs. 1 Satz 1 KStG möglich. Soweit gegenüber einer Körperschaft ein Steuerbescheid hinsichtlich der Berücksichtigung einer verdeckten Gewinnausschüttung erlassen, aufgehoben oder geändert wird, kann nach dieser Norm ein Steuerbescheid oder ein Feststellungsbescheid gegenüber dem Gesellschafter, dem die verdeckte Gewinnausschüttung zuzurechnen ist, oder einer diesem nahe stehenden Person erlassen, aufgehoben oder geändert werden. Die Festsetzungsfrist endet insoweit nicht vor Ablauf eines Jahres nach Unanfechtbarkeit des Steuerbescheides der Körperschaft, § 32a Abs. 1 Satz 2 KStG.

Die Steuerbescheide gegenüber der Verlagsgesellschaft und der Beratungsgruppe wurden im März 2012 erlassen und wären – ohne Rechtsmittel – im April 2012 bestandskräftig geworden, sodass § 32a KStG eine Abänderung der Einkommenssteuerbescheide des Klägers nur bis April 2013 erlaubt hätte.

Die Kammer ist aber überzeugt davon, dass sowohl die Verlagsgesellschaft als auch die Beratungsgruppe Rechtsmittel gegen die Bescheide aus dem März 2012 eingelegt haben und die Bestandskraft der Körperschaftssteuerbescheide erst im Jahr 2015 eingetreten ist.

Diese Überzeugung gewinnt die Kammer aus der Aussage des Zeugen „...“, der angab, dass alle drei Gesellschaften Rechtsmittel eingelegt haben. Diesen Vortrag hat sich der Beklagte, der sich im gesamten Verfahren darauf berief, dass die Einspruchsrücknahme die Rechtsposition des Klägers nicht verschlechterte, jedenfalls konkludent zu eigen gemacht.

Die Angabe des Zeugen wird dadurch gestützt, dass Rechtsanwalt „...“ mit Schreiben vom 17.11.2011 im Namen aller drei Gesellschaften aufgetreten ist. Dass jedenfalls die „...“ GmbH den Rechtsweg beschritten hat, ist durch die Sitzungsniederschrift des Finanzgerichts Berlin-Brandenburg belegt. Wenn außergerichtlich aber alle drei Gesellschaften einen Rechtsanwalt mandattieren, liegt nahe, dass auch alle drei den Rechtsweg beschreiten, zumal der Sachverhalt jeweils identisch ist. Das Finanzamt „...“ hat zudem mit Schreiben vom 02.01.2014 bestätigt, dass die Verlagsgesellschaft Einspruch

eingelegt hat. Dass das Finanzamt „...“ mitteilte, dass bezüglich der Beratungsgruppe kein „wirksamer“ Einspruch vorliegt, steht dem nicht entgegen. Das kann auch so gemeint gewesen sein, dass das Finanzamt „...“ den Einspruch für unbegründet hält.

Schließlich ist zu berücksichtigen, dass auch der zeitliche Ablauf stimmig ist. Der Vorbehalt der Nachprüfung wurde 2016 aufgehoben, also etwa ein Jahr nachdem das Finanzgericht Berlin-Brandenburg darauf hinwies, dass es den Gesellschaften für eine Klage gegen die Körperschaftssteuerbescheide am Rechtsschutzbedürfnis fehlt.

c) **Dem Kläger persönlich kann zwar kein Verschuldensvorwurf gemacht werden, er muss sich das Verschulden des Steuerberaters „...“ aber gemäß § 278 Satz 1 BGB zurechnen lassen.**

aa) Der Kläger weist im Grundsatz zu Recht darauf hin, dass der Zurechnungszusammenhang zwischen einer Pflichtverletzung durch den Beklagten und einem Schaden des Klägers nicht dadurch unterbrochen würde, wenn der Streitverkündungsempfänger gleichfalls eine Heilung des Fehlers versäumt hat. **Greifen mehrere Personen in ein schadensträchtiges Geschehen ein, so entlasten sie regelmäßig nicht den Erstschädiger, sondern begründen – zum Schutz des Geschädigten – allenfalls eine eigene, zusätzliche Haftung. Das Verhalten Dritter beseitigt allgemein die Schadenszurechnung im Verhältnis zu früheren Verursachern nur, sofern es als gänzlich ungewöhnliche Beeinflussung des Geschehensablaufs zu werten ist** (BGH NJW 2017, 3442, beck-online).

Die Zurechnung eines pflichtwidrigen und schuldhaften Schadensbeitrags des zweiten Steuerberaters als Mitverschulden kommt aber in Betracht, wenn der Kläger diesen eingeschaltet hat, um seine Obliegenheit zur Schadensminderung innerhalb seiner Mandatsbeziehung zu dem Beklagten zu erfüllen und die damit für ihn als Geschädigten verbundenen Gebote des eigenen Interesses wahrzunehmen (BGH, NJW 1993, 1779 = WM 1993, 1376 [1378]; BGH, NJW 1994, 1211 = WM 1994, 948 [950]; NJW-RR 2005, 1435, beck-online). **Damit sind Fälle gemeint, in denen der zweite Rechtsberater beauftragt war, den Fehler des ersten zu prüfen und zu beheben. Dann war der Mandant nämlich nicht arglos und muss sich Versäumnisse des zweiten Rechtsberaters nach der Rechtsprechung des BGH als Mitverschulden zurechnen lassen** (vgl. BGH NJW 2002, 1117; Borgmann/Jungk/Schwaiger, Anwaltshaftung, 5. Aufl., § 30 Rn. 122).

bb) Diese Voraussetzungen liegen hier vor. Dem Kläger war die Rücknahme des Einspruchs bekannt, er hat dann das Mandat des Beklagten gekündigt und den Streitverkündeten mandatiert. Nach dem Vortrag des Klägers stand dieses Gespräch unter der Überschrift „Abwehr der Zwangsvollstreckung“. Dies

kann nur so ausgelegt werden, dass der Streitverkündungsempfänger damit beauftragt war, die Folgen der Anrechnung der vGA bei dem Kläger rückgängig zu machen, also den Fehler des Beklagten zu heilen.

d) Der Anspruch des Klägers ist um einen Mitverschuldensanteil in Höhe von 50 % zu mindern. Das Verschulden der beiden Steuerberater ist etwa gleich hoch. Beide haben sich letztlich auf die Rechtsauffassungen des Finanzamts verlassen und dem Kläger nicht dazu geraten, eine Klage zu erheben. Dies wäre auch nach der Rücknahme des Einspruchs noch möglich gewesen. Gegen die Ablehnung des Antrags auf Änderung durch die Finanzbehörde sind nämlich erneut Einspruch (vgl. Tipke/Kruse/Seer § 164 Rn. 60) und Verpflichtungsklage statthaft (BeckOK AO/Specker, 6. Ed. 1.10.2018, AO § 164 Rn. 145-169).

Dass der Ablauf der regulären Festsetzungsfrist nach §§ 169, 170 AO einer Abänderung wegen § 32a Abs. 1 KStG nicht entgegenstand, war auch Ende 2014 schon bekannt. Die Körperschaftssteuerbescheide wurden im März 2012, also vor Ablauf der regulären Festsetzungsfrist erlassen, deren Ablauf dadurch gehemmt wurde. Dies hat der Bundesfinanzhof beispielsweise bereits mit Beschluss vom 29.08.2012 entschieden (Az.: VIII B 45/12, BeckRS 2012, 95981, beck-online). Diese Entscheidung wurde in der amtlichen Sammlung veröffentlicht (BFHE 238, 187) und musste dem Streitverkündungsempfänger deshalb bekannt sein.

Entgegen der Auffassung des Klägers ist § 32a Abs. 1 KStG nicht verfassungswidrig. Eine verfassungswidrige echte Rückwirkung liegt nur dann vor, wenn im Zeitpunkt des Inkrafttretens des § 32a KStG (im Jahr 2006) die Festsetzungsfrist bereits abgelaufen war (BFH, Urt. v. 16.12.2014 – VIII R 30/12; Blümich/Rengers, 152. EL Mai 2020, KStG § 32a). Diese Konstellation ist hier nicht gegeben.

6. Der Kläger hat aus (abgetretenem) Recht einen Anspruch auf Zahlung von 17.220,61 €.

a) Die Abtretungserklärung vom 30.12.2017 ist wirksam. Die abgetretenen Forderungen sind jedenfalls bestimmbar, was ausreichend ist (BeckOGK/Lieder, 1.8.2020, BGB § 398 Rn. 113).

b) Der **Schaden** besteht zunächst in Höhe der nachträglich festgesetzten Steuern, nebst Säumniszuschlägen, in Höhe von 31.744,67 €. Abzüglich des Mitverschuldensanteils von 50 % (s.o.) besteht ein Anspruch in Höhe von 15.872,34 €.

Soweit der Beklagte zuletzt vorgetragen hat, dass auch ohne Berücksichtigung einer vGA kein Schaden vorliege, weil sich die „Anwendung der Abgeltungssteuer (ggf. bei Antrag des Teileinkünfteverfahrens)“ bei dem Kläger auswirken würde,

vermag die Kammer dem nicht zu folgen. Ein „steuerliches“ Sachverständigengutachten ist schon deswegen nicht in Auftrag zu geben, weil es sich insoweit um Rechtsfragen handelt.

Zwar ist es richtig, dass die Gesetzesmaterialien nur die Anwendung des Halbeinkünfteverfahrens zugunsten des Gesellschafters, d. h. nur solche Fälle erörtern, in denen die der vGA entsprechenden Leistungen vom Gesellschafter zunächst als anderweitige Einkünfte erfasst worden waren. Eine Änderung zuungunsten des Gesellschafters kann daher auch erfolgen, wenn im Geltungsbereich des Halb- oder Teileinkünfteverfahrens bei der Kapitalgesellschaft keine vGA mehr angenommen wird und deshalb beim Gesellschafter wieder anderweitige Einkünfte (z. B. Arbeitslohn) in vollem Umfang anzusetzen sind (Dötsch/Pung/Möhlenbrock, Die Körperschaftsteuer, § 32a Rz. 19; Stöber FR 13, 448). Dass diese Voraussetzungen hier vorliegen ist aber weder vorgetragen noch ersichtlich.

Es ist vielmehr mit überwiegender Wahrscheinlichkeit (§ 287 ZPO) davon auszugehen, dass bei Wegfall der vGA der ursprüngliche Einkommenssteuerbescheid wiederhergestellt worden wäre. Als die ursprünglichen Einkommenssteuerbescheide am 30.06.2008 bzw. am 27.07.2009 erlassen worden sind, ging das Finanzamt „...“ gerade davon aus, dass keine vGA vorliegt. Trotzdem wurden die Steuern nicht so hoch wie in den Bescheiden vom 29.11.2013 festgesetzt, was der Annahme des Beklagten, auch ohne die vGA sei die Steuer letztlich in der Höhe der Abänderungsbescheide festzusetzen, entgegensteht.

c) Der Kläger hat darüber hinaus einen Anspruch auf Erstattung der Kosten für die Abwendung der drohenden Gewerbeuntersagung. Es handelt sich hier um eine direkte Folge der durch die Steuernachforderung veranlassten Pfändungsmaßnahmen. Es ist auch nicht ersichtlich, dass der Kläger (im Rahmen der Schadensminderungspflicht) der Pfändung zuvorkommen konnte, da es sich bei der Steuernachforderung um einen erheblichen Betrag handelte.

Der Kläger hat aber nur einen Anspruch auf die gesetzlichen Gebühren. Auf einer Honorarvereinbarung beruhende höhere Aufwendungen sind erst ersatzfähig, wenn andernfalls ein geeigneter und bereiter Rechtsanwalt nicht gefunden werden kann (MüKoBGB/Oetker, 8. Aufl. 2019, BGB § 249 Rn. 181). Das ist weder vorgetragen noch sonst ersichtlich. (...)

Versicherungsrecht

- Versicherte Tätigkeit
- Rechtsanwalt
- Treuhänder
- Handel mit Lebensversicherungen

(BGH, Beschl. v. 18.3.2020 – IV ZR 52/19)

Leitsätze

1) Die Abgrenzung der in der Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung von Rechtsanwälten versicherten anwaltlichen Tätigkeiten von nicht versicherten sonstigen Tätigkeiten eines Rechtsanwalts kann nur im Einzelfall unter Berücksichtigung einerseits der im Versicherungsvertrag getroffenen Vereinbarungen und andererseits der konkret vom Rechtsanwalt übernommenen Aufgaben (hier: Tätigkeit des Rechtsanwalts als Treuhänder für deutsche Kunden einer in der Schweiz ansässigen Aktiengesellschaft, die sich mit dem Ankauf von Lebensversicherungen befasst) vorgenommen werden.

2) Ein Rechtsanwalt als Versicherungsnehmer einer Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung für Rechtsanwälte kann erkennen, dass es sich bei dem in den Versicherungsbedingungen verwendeten Begriff der "freiberuflich ausgeübten Tätigkeit als Rechtsanwalt" nicht um eine weite Definition anwaltlicher Tätigkeit handelt, weil unter den nachfolgenden Nummern 2 bis 6 als mitversichert eine Reihe von Tätigkeiten katalogartig aufgezählt wird, die häufig mit anwaltlicher Tätigkeit einhergehen und deshalb bei einem weiten Verständnis des Begriffes "Tätigkeit als Rechtsanwalt" keiner gesonderten Erwähnung bedürften (Festhaltung BGH, 23. September 2015, IV ZR 484/14, VersR 2016, 388 Rn. 21). Dieser Systematik kann der durchschnittliche Versicherungsnehmer entnehmen, dass die gemäß den Versicherungsbedingungen versicherte freiberufliche "Tätigkeit als Rechtsanwalt" allein die von unabhängiger Beratung und Vertretung in Rechtsangelegenheiten geprägte "klassische" Tätigkeit des Rechtsanwalts meint, wie sie auch in § 3 BRAO beschrieben ist (Festhaltung BGH, 23. September 2015, IV ZR 484/14, VersR 2016, 388 Rn. 21).

Zum Sachverhalt:

I. In den dem Versicherungsvertrag zugrunde liegenden Allgemeinen Versicherungsbedingungen für die "Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung von Rechtsanwälten und Patentanwälten (AVB-A)" heißt es unter anderem:

"§ 1 Gegenstand der Versicherung:

Der Versicherer gewährt dem Versicherungsnehmer Versicherungsschutz (Deckung) für den Fall, dass er wegen eines bei der Ausübung beruflicher Tätigkeit ... begangenen Verstoßes von einem anderen auf Grund gesetzlicher Haftpflichtbestimmungen privatrechtlichen Inhalts für einen Vermögensschaden verantwortlich gemacht wird. ..."

Weiter liegt dem Versicherungsvertrag die "Risikobeschreibung für die Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung von Rechtsanwälten (einschließlich des Rechtsanwaltsrisikos von

Anwaltsnotaren)" (im Folgenden: RB-RA) zugrunde. Dort ist unter anderem geregelt:

"I. Im Rahmen der dem Vertrag zugrundeliegenden Allgemeinen Versicherungsbedingungen (...) ist versichert die gesetzliche Haftpflicht des Versicherungsnehmers aus der gegenüber seinem Auftraggeber freiberuflich ausgeübten Tätigkeit als Rechtsanwalt. Mitversichert ist die Tätigkeit als

1. vorläufiger Insolvenzverwalter, Insolvenzverwalter, Treuhänder nach der Insolvenzordnung, Sachwalter, Konkursverwalter, Vergleichsverwalter, Verwalter nach der Gesamtvollstreckungsordnung, gerichtlich bestellter Liquidator, Zwangsverwalter, Sequester, Gläubigerausschussmitglied und Gläubigerbeiratsmitglied;
2. Testamentsvollstrecker, Nachlasspfleger, Nachlaßverwalter, Vormund, Betreuer, Pfleger, und Beistand;
3. Schiedsrichter;
4. Mediator;
5. Abwickler einer Praxis gemäß § 55 BRAO, Zustellungsbevollmächtigter gemäß § 30 BRAO;
6. Notarvertreter für die Dauer von 60 Tagen innerhalb eines Versicherungsjahres.

...

Diese Risikobeschreibung zählt die mitversicherten Tätigkeiten abschließend auf.

..."

Der Versicherungsnehmer der Beklagten, ein Rechtsanwalt, war seit dem Jahre 2009 als Treuhänder für deutsche Kunden einer in der Schweiz ansässigen Aktiengesellschaft (nachfolgend: AG) tätig. Dieses Unternehmen befasste sich vorwiegend mit dem Ankauf von Lebensversicherungen, wobei es seinen Kunden für die Abtretung der Ansprüche und Rechte aus deren Lebensversicherungsverträgen entweder die zeitlich verzögerte Zahlung eines Mehrfachen des üblichen Kaufpreises oder eine einmalige Zahlung in Höhe des doppelten Rückkaufswertes nach sechs Jahren versprach. Den Versicherungsnehmer hatte die AG bewusst aufgrund seiner versicherungsrechtlichen Kenntnisse ausgesucht, um ordnungsgemäße Kündigungen der jeweiligen Versicherungsverträge und zutreffende Berechnungen der jeweiligen Rückkaufswerte sicherzustellen. Potentiellen Kunden gegenüber warb sie mit einer sicheren und einfachen Abwicklung durch einen Treuhänder.

Nachdem sich die Kläger am 5. August 2009 nach einer Besprechung mit einem Anlagevermittler dafür entschieden hatten, ihre drei Lebensversicherungen, eine fondsgebundene Rentenversicherung und einen Geldmarktfonds an die AG zu veräußern, unterzeichneten sie am selben Tag zwei als "Ge-

schäftsbesorgungsvertrag" und "Abtretungsvertrag" bezeichnete Vertragsurkunden, in denen der Versicherungsnehmer jeweils als Vertragspartner aufgeführt war.

Der "Geschäftsbesorgungsvertrag" enthält unter anderem die folgenden Regelungen:

"§ 1 Präambel

Der Kunde ist Inhaber der ... [in einer Anlage näher bezeichneten] Vermögensanlagen. Er beabsichtigt, eine Neuordnung seiner bisherigen Investitionen vorzunehmen und beauftragt den Treuhänder mit den in § 2 näher beschriebenen Dienstleistungen, welche jedoch nicht die Prüfung, Vermittlung und Beratung hinsichtlich der Neuordnung der bezeichneten Vermögensanlagen umfassen.

§ 2 Dienstleistungen

1. Der Treuhänder wird vom Kunden beauftragt, die ... [näher bezeichneten] Vermögensanlagen zum nächstmöglichen Zeitpunkt zu kündigen, die Abwicklung der gekündigten Vertragsverhältnisse vorzunehmen, das vom Kunden zu beanspruchende Guthaben entgegenzunehmen und als Treuhänder entsprechend den nachfolgenden Bestimmungen zu verwenden.

2. Um Korrespondenz und Rückfragen der ... Vertragspartner des Kunden zu vermeiden, tritt der Kunde sämtliche Ansprüche bzw. Rechte aus den ... genannten Verträgen an den Treuhänder entsprechend gesonderter Erklärung ab. ...

Der Treuhänder hat die Kundengelder getrennt von seinem sonstigen Vermögen auf hierfür eingerichteten Abwicklungskonten zu verwalten und die Konten ausdrücklich als Treuhandkonten zu bezeichnen.

...

4. Der Kunde beauftragt und bevollmächtigt den Treuhänder, in Höhe der aus der Abwicklung der gekündigten Vertragsverhältnisse ... eingehenden Gelder im Namen und für Rechnung des Kunden einen Kaufvertrag/Kaufverträge mit der [AG] ... abzuschließen, und zwar in voller Höhe des Abwicklungsguthabens. ...

§ 3 Vergütung

Der Treuhänder erhält für die in § 2 beschriebene Dienstleistungen ein Entgelt in Höhe von zwei Prozent bezogen auf das Abwicklungsguthaben. ...

§ 4 Haftung des Treuhänders

...

3. ... Der Treuhänder übernimmt keine Haftung für den Eintritt der vom Kunden angestrebten wirtschaftlichen Ziele.

4. Zwischen Treuhänder und Kunde besteht Einvernehmen darüber, dass der Treuhänder keine Haftung für die Bonität der [AG] ... übernimmt. ..."

Der Versicherungsnehmer kündigte die vorgenannten Verträge der Kläger und bot der AG sodann namens und im Auftrag der Kläger den Abschluss entsprechender Kaufverträge über die Versicherungs- bzw. Fondsguthaben an. Die AG nahm diese Angebote an. Der Rückkaufswert aller Versicherungen und des Geldmarktfonds belief sich auf insgesamt 21.299,94 €. Danach erstellte der Versicherungsnehmer den Klägern eine Abrechnung und teilte mit, dass er die Rückkaufswerte vereinbarungsgemäß an die AG überwiesen habe. Die AG versprach den Klägern die Auszahlung von 42.599,90 € nach 72 Monaten.

Im August 2012 untersagte die Schweizer Bankenaufsicht der AG den Vertrieb ihrer Produkte wegen Verstoßes gegen das Schweizer Bankengesetz, löste die AG auf und leitete ein Liquidationsverfahren ein. Im Februar 2013 wurde der Konkurs über das Vermögen der AG eröffnet, von der die Kläger bislang keine Zahlungen erhielten. Sie verklagten unter anderem den Versicherungsnehmer auf Schadensersatz. Dieser Rechtsstreit wurde - was den Versicherungsnehmer betrifft - durch einen Teilvergleich beendet, nach welchem der Versicherungsnehmer seine Freistellungs- und Zahlungsansprüche gegen die Beklagte an die Kläger abtrat.

Die Beklagte hält sich für leistungsfrei. Die schadenursächliche Tätigkeit des Versicherungsnehmers sei nicht als versicherte anwaltliche Tätigkeit einzustufen. Zudem habe er wissentlich Pflichten verletzt.

Die Kläger sind der Auffassung, mit dem Versicherungsnehmer einen Anwaltsvertrag geschlossen zu haben. Daraus erwachsende Pflichten habe der Versicherungsnehmer zwar nicht wissentlich, aber fahrlässig verletzt, weshalb insoweit Versicherungsschutz aus der Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung bestehe. Der Versicherungsnehmer habe die Wirksamkeit des Kaufvertrages mit der AG bei Vertragsschluss nicht geprüft. In Wahrheit sei dieser Vertrag nach § 134 BGB nichtig, da die Kläger mit der AG faktisch gemäß § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 KWG erlaubnispflichtige Darlehensverträge geschlossen hätten und die AG keine Bankerlaubnis gemäß § 32 Abs. 1 KWG besessen habe. Der Versicherungsnehmer wäre verpflichtet gewesen, sie, die Kläger, jedenfalls über das Risiko einer möglichen Unwirksamkeit der Verträge zu informieren. Zudem habe er die Plausibilität des Anlageprodukts der AG nicht überprüft und die Kläger nicht darüber aufgeklärt, dass das Geschäftsmodell der AG, ein "Schneeball-System", wirtschaftlich nicht tragfähig gewesen sei.

Das Landgericht hat die Klage ab-, das Oberlandesgericht die Berufung der Kläger zurückgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgen die Kläger ihr Begehren weiter.

II. Das Berufungsgericht hat die Tätigkeit des Versicherungsnehmers als nicht versichert angesehen. Ob im Einzelfall eine versicherte "Tätigkeit als Rechtsanwalt" im Sinne von I. der RB-RA vorliege, sei anhand der vom Senat im Hinweisbeschluss von 23. September 2015 (IV ZR 484/14, VersR 2016, 388) aufgestellten Maßstäbe zu beurteilen.

Danach beträfen die dem Versicherungsnehmer im Haftpflichtprozess vorgeworfenen Pflichtenverstöße nicht dessen "Tätigkeit als Rechtsanwalt". Der Begriff der "beruflichen Tätigkeit" im Sinne von § 1 Satz 1 der hier vereinbarten AVB-A stehe im Zusammenhang mit der dazu vereinbarten RB-RA. Kein Versicherungsschutz bestehe bei einer - häufig zu beobachtenden - Betrauung des Rechtsanwalts mit Aufgaben, die nicht anwaltstypisch seien.

Für die Abgrenzung könnte man zum einen darauf abstellen, welches Risiko sich verwirklicht habe. Deckungsschutz hätte der Rechtsanwalt dann immer nur, wenn ihm der Fehler bei den spezifisch rechtlichen Elementen des Auftrags unterlaufe, egal ob diese gegenüber den wirtschaftlichen Elementen des Auftrags im Vordergrund stünden oder nur untergeordnet seien.

Die andere Lösung grenzte nach dem Schwerpunkt des Auftrags ab. Danach bestehe Versicherungsschutz nur dann, wenn dieser Schwerpunkt rechtsberatend sei. Nach dieser Betrachtungsweise sei dann jegliche Fehlleistung des Rechtsanwalts im Rahmen des Auftrags versichert, egal ob sie die rechtsberatenden Elemente des Auftrags betreffe.

Nach der Systematik der hier vereinbarten Bedingungen sei am Schwerpunkt des Auftrags anzusetzen. Dafür spreche zum einen, dass die Berufshaftpflichtversicherung des Anwalts keineswegs nur bei spezifisch berufsrechtlichen Risiken greife. Viele anwaltliche Haftungsfälle beruhten auf schlichten Büro- und Organisationsfehlern, wie sie etwa auch anderen Freiberuflern unterlaufen könnten. Die spezifische Tätigkeit eines Anwalts sei auch nicht deutlich schadengeneigter als die anderer vergleichbarer Berufe. Deshalb beruhe die gesetzliche Versicherungspflicht auch nicht auf einer höheren Schadenhäufigkeit, sondern darauf, dass Rechtsanwälte häufig mit sehr hohen Werten und Risiken umgingen, die für die Betroffenen existentiell wichtig seien. Dies spreche dafür, auf den jeweiligen Auftrag abzustellen und nicht darauf, welches Risiko sich im konkreten Schadenfall verwirklicht habe.

Für diese Abgrenzung spreche weiter, dass die RB-RA auch sol-

che Tätigkeiten in den Versicherungsschutz einbeziehe, die einen ganz überwiegend kaufmännisch-betriebswirtschaftlichen Inhalt hätten, gleichwohl aber zum etablierten Berufsbild des Rechtsanwalts gehörten (z.B. Insolvenzverwalter, Testamentsvollstrecker etc.). Auch hier stehe ersichtlich die Höhe der anvertrauten Werte und damit die Höhe des Schadenrisikos im Vordergrund.

Beim Begriff der "freiberuflich ausgeübten Tätigkeit als Rechtsanwalt" in I. RB-RA handle es sich nicht um eine weite Definition anwaltlicher Tätigkeit, was der Versicherungsnehmer an der nachfolgenden abschließenden Aufzählung mitversicherter Tätigkeiten erkennen könne, die häufig mit anwaltlicher Tätigkeit einhergingen und mittlerweile sogar zum gewandelten Berufsbild des Rechtsanwalts in einem weiteren Sinne gezählt würden. Bei einem weiten Verständnis des Begriffs "Tätigkeit als Rechtsanwalt" hätten diese Tätigkeiten aber nicht gesondert erwähnt werden müssen. Mithin entnehme der Versicherungsnehmer aus der Systematik der RB-RA, dass die versicherte "freiberuflich ausgeübte Tätigkeit als Rechtsanwalt" allein die von unabhängiger Beratung und Vertretung in Rechtsangelegenheiten geprägte klassische Tätigkeit des Rechtsanwalts meine, wie sie auch in § 3 BRAO beschrieben sei. Dies ergebe sich auch aus der Formulierung "Tätigkeit als Rechtsanwalt" anstelle von "Tätigkeit des Rechtsanwalts".

Überdies ließe sich eine Abgrenzung nach dem verwirklichten Risiko auch nicht mit dem in § 18 AVB-A geregelten Leistungsausschluss für Schäden aus einer kaufmännischen Kalkulations-, Spekulations- und Organisationstätigkeit vereinbaren, der ersichtlich als Korrektiv dazu diene, dass Versicherungsschutz auch dann bestehen könne, wenn der Rechtsanwalt (z.B. als Insolvenzverwalter oder Pfleger) eine schwerpunktmäßig außerhalb der eigentlichen Rechtsberatung liegende Tätigkeit entfalte.

Im Streitfall liege der Schwerpunkt des Vertrages zwischen dem Versicherungsnehmer und den Klägern in der wirtschaftlichen Durchführung der Kapitalanlage im Rahmen des bereits vorgegebenen Systems. Eine Rechtsberatung sei nach dem Vertragswortlaut nicht vereinbart. Der die Kündigung der Altverträge - und eine damit etwa im Raum stehende Beratung oder Inkassodienstleistung - betreffende Teil der Tätigkeit gebe dem Treuhand- bzw. Geschäftsbesorgungsvertrag nicht überwiegend das Gepräge eines Anwaltsvertrages, vielmehr liege der Schwerpunkt in der Abwicklung der Altverträge, der treuhänderischen Entgegennahme des Geldes und der Wiederranlage bei der AG. Im Übrigen beziehe sich die behauptete Pflichtverletzung weder auf die Kündigung der Versicherungsverträge noch auf eine Inkasso-Tätigkeit.

Im Übrigen "wäre wohl", stellte man stattdessen auf das kon-

kret verwirklichte Risiko ab, ebenfalls keine spezifisch rechtsberatende Tätigkeit anzunehmen. Denn angesichts der Konzeption und der Stellung des - vorgegebenen - Abschlusses innerhalb des Gesamtkonzeptes des Anlagemodells mit den dort vorgesehenen Prüfungs- und Haftungsbeschränkungen habe keine Rechtsberatung "inmitten" gestanden. Vielmehr hätte ebenso ein nicht als Rechtsanwalt zugelassener Dritter tätig werden können. Dass die Kläger dem Versicherungsnehmer aufgrund seines Berufes möglicherweise besonderes Vertrauen entgegengebracht hätten, von dessen besonderer Seriosität als Treuhänder ausgegangen seien und dies ihre Anlageentscheidung beeinflusst haben könne, genüge nicht für die Annahme einer Tätigkeit "als Rechtsanwalt".

Ob eine wissentliche Pflichtverletzung gemäß § 4 Ziff. V der Bedingungen begangen sei, brauche nach allem nicht mehr geprüft zu werden.

Das Berufungsgericht hat die Revision zugelassen (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO).

Aus den Gründen:

III. Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision im Sinne von § 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO liegen indes nicht vor, und das Rechtsmittel hat auch keine Aussicht auf Erfolg (§ 552a Satz 1 ZPO).

1. Grundsätzliche Bedeutung im Sinne von § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO, die das Berufungsgericht hier angenommen hat, kommt einer Rechtssache nicht schon deshalb zu, weil die Entscheidung von der Auslegung einer Klausel in Allgemeinen Versicherungsbedingungen abhängt. Erforderlich ist weiter, dass deren Auslegung über den konkreten Rechtsstreit hinaus in Rechtsprechung und Rechtslehre oder in den beteiligten Verkehrskreisen umstritten ist (Senatsbeschluss vom 13. Mai 2009 - IV ZR 217/08, VersR 2009, 1106 Rn. 2 m.w.N.), die Rechtssache damit eine Rechtsfrage als im konkreten Fall entscheidungserheblich, klärungsbedürftig und klärungsfähig aufwirft und deshalb das abstrakte Interesse der Allgemeinheit an der einheitlichen Entwicklung und Handhabung des Rechts berührt (BGH, Beschlüsse vom 27. März 2003 - V ZR 291/02, BGHZ 154, 288, 291; vom 1. Oktober 2002 - XI ZR 71/02, BGHZ 152, 181, 190 f.).

Klärungsbedürftig ist eine Rechtsfrage dann, wenn sie vom Bundesgerichtshof bisher nicht entschieden ist und von einigen Oberlandesgerichten unterschiedlich beantwortet wird oder in den beteiligten Verkehrskreisen umstritten ist oder wenn in der Literatur unterschiedliche Meinungen dazu vertreten werden (vgl. Senatsbeschluss vom 10. Dezember 2003 - IV ZR 319/02, VersR 2004, 225 unter 2 a und b; BGH, Beschluss vom 8. Februar 2010 - II ZR 54/09, NJW-RR 2010, 1047 Rn. 3, jeweils m.w.N.).

2. Danach ist eine grundsätzliche Bedeutung hier nicht gegeben.

Die vom Berufungsgericht zur Begründung der Revisionszulassung aufgeworfene Frage, wie bei der hier maßgeblichen, den Musterbedingungen entsprechenden Bedingungslage versicherte anwaltliche Tätigkeiten von nicht versicherten sonstigen Tätigkeiten eines Rechtsanwalts abzugrenzen seien, ob insbesondere eine solche Abgrenzung nach dem Schwerpunkt des Auftrags/der Tätigkeit oder nach dem Bereich, in dem der Anwalt tätig werde, vorzunehmen sei, ist nicht von grundsätzlicher Natur.

a) Wie der Senat bereits in seinem Hinweisbeschluss vom 23. September 2015 (IV ZR 484/14, VersR 2016, 388 Rn. 16) zur gleichen Bedingungslage dargelegt hat, kann nur im Einzelfall unter Berücksichtigung einerseits der im Versicherungsvertrag getroffenen Vereinbarungen und andererseits der konkret vom Rechtsanwalt übernommenen Aufgaben beurteilt werden, ob eine **versicherte berufliche Tätigkeit im Sinne des § 1 AVB-A** in Verbindung mit der RB-RA vorliegt. Einer weitergehenden grundsätzlichen Klärung ist diese Frage nicht zugänglich.

b) Etwas anderes ergibt sich im Streitfall auch nicht daraus, dass das Berufungsgericht meint, es sei insbesondere grundsätzlich zu klären, ob die Abgrenzung nach dem Schwerpunkt des Auftrags/der Tätigkeit erfolgen müsse oder nach dem Bereich, in dem der Anwalt bei der Pflichtverletzung konkret tätig geworden sei. Denn nach der Begründung des Berufungsurteils erweist sich diese Frage als nicht entscheidungserheblich.

Das Berufungsgericht ist nämlich nicht nur im Rahmen der von ihm für geboten erachteten Prüfung, ob der **Schwerpunkt des Auftrags des Versicherungsnehmers** rechtsberatend sei, zu dem Ergebnis gelangt, dass eine **"Tätigkeit als Rechtsanwalt"** hier nicht vorgelegen habe, sondern hat ergänzend dargelegt, dass die Prüfung anhand des konkret verwirklichten Risikos ebenfalls keine spezifisch rechtsberatende Tätigkeit ergeben hätte. Zwar erweckt die einleitende Formulierung des Berufungsgerichts, es "wäre wohl" keine spezifisch rechtsberatende Tätigkeit anzunehmen, zunächst den Eindruck, die Frage sei letztlich offengelassen worden, doch ergeben die weiteren Darlegungen, die die Fallumstände im Einzelnen würdigen, dass das Berufungsgericht auch insoweit zu dem Ergebnis gelangt ist, dass keine versicherte Tätigkeit vorlag.

c) Die Revisionszulassung ist auch nicht aufgrund einer Divergenz der angefochtenen Entscheidung zu drei Urteilen des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 15. Dezember 2015 (12 U 100/15) und 17. Januar 2017 (12 U 160/15 und 12 U 196/15) geboten, in denen der Versicherungsnehmer auf Klagen von Kunden jeweils zu Schadensersatz verurteilt worden ist. Denn das Berufungsgericht hat insoweit zutreffend darauf hingewie-

sen, dass diese Entscheidungen in Haftpflichtprozessen ergangen sind und die Frage, ob der Versicherungsnehmer anwaltlich tätig war, nicht anhand der hier maßgeblichen Versicherungsbedingungen prüfen.

3. Die Revision hat auch keine Aussicht auf Erfolg, weil das Berufungsgericht die Fallumstände ohne Rechtsfehler dahingehend bewertet hat, dass die Treuhändertätigkeit des Versicherungsnehmers keine nach I. RB-RA versicherte Tätigkeit darstellte.

a) Ob die vom Versicherungsnehmer aufgrund des Geschäftsbesorgungsvertrages übernommene Tätigkeit vom Versicherungsschutz erfasst wird, ist in erster Linie durch Auslegung der vereinbarten **Versicherungsbedingungen** zu ermitteln.

aa) Diese sind **so auszulegen, wie ein durchschnittlicher Versicherungsnehmer sie bei verständiger Würdigung, aufmerk-samer Durchsicht und unter Berücksichtigung des erkennbaren Sinnzusammenhangs versteht**. Dabei kommt es auf die Verständnismöglichkeiten eines **Versicherungsnehmers in dem betreffenden Versicherungszweig - hier eines Rechtsanwalts - ohne versicherungsrechtliche Spezialkenntnisse** an (Senatsurteil vom 23. Juni 1993 - IV ZR 135/92, BGHZ 123, 83, 85 und ständige). Die Allgemeinen Versicherungsbedingungen sind aus sich heraus zu interpretieren. In erster Linie ist vom Bedingungswortlaut auszugehen. Der mit dem Bedingungswerk verfolgte Zweck und der Sinnzusammenhang der Klauseln sind zusätzlich zu berücksichtigen, soweit sie für den Versicherungsnehmer erkennbar sind (Senatsurteil vom 25. Juli 2012 - IV ZR 201/10, VersR 2012, 1149 Rn. 21 m.w.N.; st. Rspr.).

bb) Ein Rechtsanwalt oder Notar als Versicherungsnehmer einer Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung für Rechtsanwälte (und Notare) erkennt zunächst, dass einerseits der **Begriff der versicherten beruflichen Tätigkeit in § 1 AVB-A weit gefasst ist. Allerdings kann andererseits der Revision nicht darin gefolgt werden, dass damit auch jede anwaltliche Tätigkeit erfasst sei, selbst wenn sie nur untergeordnet neben einer wirtschaftlichen Tätigkeit ausgeübt werde**. Dem steht entgegen, dass - für einen Rechtsanwalt oder Notar als Versicherungsnehmer erkennbar - das zunächst weit gefasste Leistungsversprechen des § 1 AVB-A durch die **Regelungen in I. Nummern 1 bis 6 der RB-RA eine Ergänzung erfährt**, die den weiten Begriff der beruflichen Tätigkeit ausfüllt und damit zugleich das Leistungsversprechen konkretisiert und eingrenzt. **Der durchschnittliche Versicherungsnehmer einer Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung für Rechtsanwälte und Notare kann daher erst der Aufzählung in I. Nummern 1 bis 6 RB-RA entnehmen, welche seiner beruflichen Tätigkeiten dem versprochenen Versicherungsschutz konkret unterfallen** (vgl. Hinweisbeschluss vom 23. September 2015 - IV ZR 484/14, VersR 2016, 388 Rn. 20).

Dabei handelt es sich bei dem in I. RB-RA verwendeten Begriff der "freiberuflich ausgeübten Tätigkeit als Rechtsanwalt" für den Versicherungsnehmer erkennbar nicht um eine weite Definition anwaltlicher Tätigkeit, weil unter den nachfolgenden Nummern 2 bis 6 als mitversichert eine Reihe von Tätigkeiten katalogartig aufgezählt wird, die häufig mit anwaltlicher Tätigkeit einhergehen und deshalb bei einem weiten Verständnis des Begriffes "Tätigkeit als Rechtsanwalt" keiner gesonderten Erwähnung bedürften (vgl. Hinweisbeschluss vom 23. September 2015 - IV ZR 484/14, VersR 2016, 388 Rn. 21). Dieser Systematik kann der durchschnittliche Versicherungsnehmer indes entnehmen, dass die gemäß I. RB-RA versicherte freiberufliche "Tätigkeit als Rechtsanwalt" allein die von unabhängiger Beratung und Vertretung in Rechtsangelegenheiten geprägte "klassische" Tätigkeit des Rechtsanwalts meint, wie sie auch in § 3 BRAO beschrieben ist (vgl. Hinweisbeschluss vom 23. September 2015 - IV ZR 484/14, VersR 2016, 388 Rn. 21). Darin bestärkt den Versicherungsnehmer auch die Formulierung der "Tätigkeit als Rechtsanwalt" (anstelle von "Tätigkeit des Rechtsanwalts"), womit die RB-RA im Kontext mit der Gegenüberstellung des - abgeschlossenen (vgl. RB-RA a.E.) - Kataloges anderweitiger, mitversicherter Tätigkeiten ebenfalls zum Ausdruck bringt, dass I. RB-RA nur die Kerntätigkeit des Rechtsanwaltsberufs meint (vgl. Hinweisbeschluss vom 23. September 2015 - IV ZR 484/14, VersR 2016, 388 Rn. 21).

b) Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht unter Würdigung der Fallumstände, insbesondere der im Geschäftsbesorgungsvertrag beschriebenen Aufgaben des Versicherungsnehmers, angenommen, er habe hier weder eine solche Tätigkeit "als Rechtsanwalt" noch eine der in der RB-RA gesondert genannten mitversicherten Tätigkeiten ausgeübt.

aa) Ohne Erfolgsaussicht beanstandet die Revision, die Frage, ob eine versicherte Tätigkeit im Sinne der RB-RA vorliege, sei entgegen dem Berufungsgericht nicht nach dem **Schwerpunkt des erteilten Auftrags**, sondern allein danach zu beantworten, ob der **schadenstiftende Pflichtenverstoß der klassischen Tätigkeit als Rechtsanwalt** zuzuordnen sei.

Auf diese Frage kommt es hier schon deshalb nicht an, weil - wie oben dargelegt - das Berufungsgericht die Tätigkeit des Versicherungsnehmers auch unter dieser Prämisse geprüft und als nicht versichert angesehen hat. Insoweit erschöpft sich die Revision in dem unbehelflichen Versuch, dieser Würdigung der Fallumstände ihre eigene, umfangreiche und vermeintlich bessere Würdigung entgegenzusetzen.

Insbesondere hat das Berufungsgericht entgegen dem Vorwurf der Revision hier nicht das Recht der Kläger auf rechtliches Gehör verletzt. Es hat vielmehr den Inhalt des Geschäftsbesorgungsvertrages durchaus zur Kenntnis genommen, allerdings die einzelnen vom Versicherungsnehmer darin übernommenen

Aufgaben anders gewichtet als die Revision. Darin liegt kein Gehörsverstoß.

Eine revisionsrechtlich unbeachtliche eigene Würdigung der Fallumstände nimmt die Revision weiter vor, soweit sie geltend macht, die RB-RA diene anderen Zwecken als vom Berufungsgericht angenommen. Die Erwägung des Berufungsgerichts, die Anordnung der Versicherungspflicht und die Regelungen zum Umfang des Versicherungsschutzes beruhe darauf, dass Rechtsanwälte häufig mit sehr hohen Werten und Risiken umgehen, ist vor dem Hintergrund, dass Rechtsanwälte im täglichen Leben eine für den Versicherer nicht überschaubare Vielfalt zusätzlicher Aufgaben übernehmen, der Versicherer das Risiko aber überschaubar halten möchte, aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

bb) Es kommt hinzu, dass die **Regelungstechnik der RB-RA den durchschnittlichen Versicherungsnehmer in der Annahme bestärkt, es müsse für die Entscheidung, ob eine Tätigkeit versichert sei, die gesamte Tätigkeit in den Blick genommen und als Ganzes bewertet werden**. Das ergibt sich daraus, dass die in I. Nummern 1 bis 6 RB-RA aufgezählten mitversicherten Tätigkeiten mittels berufsähnlicher Titulierungen gekennzeichnet sind, die jeweils eine Gesamtheit von Pflichten und Handlungen beschreiben sollen. Der abgeschlossene Katalog so bezeichneter mitversicherter Tätigkeiten wäre überflüssig, käme es stattdessen - wie die Revision meint - bei jeglicher Tätigkeit des Rechtsanwalts für die Frage des Versicherungsschutzes allein darauf an, ob allein die jeweils konkret schadenstiftende Pflichtverletzung - gleichviel in welchen Rahmen sie (auch untergeordnet) eingebettet ist - als anwaltliche Handlung einzustufen ist. Träfe die Auslegung der Revision zu, hätte es für den Klauselverwender nahegelegen, Versicherungsschutz generell zu gewähren, soweit der schadenstiftende Pflichtverstoß bei einer Rechtsberatung oder Prozessvertretung geschieht.

c) Auch aus der Versicherungspflicht nach § 51 Abs. 1 Satz 1 BRAO und dem **Sinn der Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung** für Rechtsanwälte und Notare folgt kein anderes Ergebnis. Zwar dient die Verpflichtung zur Aufrechterhaltung einer Berufshaftpflichtversicherung vorrangig dem Schutz des rechtssuchenden Publikums (BT-Drucks. 12/4993 S. 31 zu Nr. 22; Senatsurteil vom 21. Juli 2011 - IV ZR 42/10, VersR 2011, 1257 Rn. 27). Das bedeutet aber nicht, dass bei Auslegung des Leistungsversprechens der Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung des Rechtsanwalts das von Mandanten dem Rechtsanwalt als solchem entgegengebrachte Vertrauen maßgeblich den Umfang der Deckungspflicht beeinflusst (vgl. dazu Hinweisbeschluss vom 23. September 2015 - IV ZR 484/14, VersR 2016, 388 Rn. 28).

Steuerberaterhaftung

- Fehler beim Einlagekonto, § 27 Abs. 2 KStG
- Feststellungsklage
- Konkludenter Steuerberatungsvertrag
- Schaden
- Verjährung
- Mitverschulden

(OLG Nürnberg, Urt. v. 1.8.2019 – 13 U 1667/17)

Leitsätze

1) Legt eine GmbH für ihre Gesellschafter steuerliche Einlagekonten an, so gebietet es die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht der Gesellschaft gegenüber den Gesellschaftern, dass die Einlagekonten fehlerfrei, also mit zutreffendem Stand, eingerichtet werden.

2) Hat sich die GmbH bei der Erfüllung ihrer gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht gegenüber einem Gesellschafter eines Dritten als Erfüllungsgehilfen bedient (hier: eines Steuerberaters zur Einrichtung eines steuerlichen Einlagekontos für einen Gesellschafter), haftet sie gegenüber dem Gesellschafter für das Verschulden dieses Dritten.

3) Zugleich kann die GmbH durch das Verschulden des Dritten einen eigenen Schaden erleiden. Dieser beruht auf der Belastung mit einer Verbindlichkeit gegenüber dem Gesellschafter wegen der Verletzung der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht. Insoweit kann die GmbH vom Dritten Schadenersatz verlangen.

4) Wird im Laufe von Verhandlungen, während derer die Verjährung gehemmt ist, eine Forderung anerkannt, so berechnet sich die durch das Anerkenntnis neu beginnende Verjährungsfrist erst ab Abschluss der durch die Verhandlungen bewirkten Hemmung.

Zum Sachverhalt:

Die Parteien streiten über die Feststellung der Schadensersatzpflicht der Beklagten aus einem Steuerberatungsvertrag.

Die Klägerin ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Deren aktueller Alleingeschäftsführer und einziger Gesellschafter ist N. (fortan: der Geschäftsführer). Die Beklagte, ein in der Rechtsform der GmbH geführter Zusammenschluss von Wirtschaftsprüfern und Steuerberatern, ist Teil der T. Unternehmensgruppe, zu der ebenfalls die T Wirtschaftsprüfungsgesellschaft (fortan: Wirtschaftsprüfungsgesellschaft) gehört.

Am 9./10. August 2007 schlossen die Klägerin, der Geschäftsführer und eine aus dem Geschäftsführer und seinem Vater, R.,

bestehende OHG als Auftraggeber und die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft als Auftragnehmer einen Beratungsvertrag. Vertragsgegenstand war die Umstrukturierung der Firmen- gruppe auf Auftraggeberseite sowie die Erstellung der Jahres- abschlüsse für 2007 und der dazugehörigen Steuererklärungen der einzelnen Auftraggeber.

Gemäß Ziff. 2 Abs. 1 Satz 3 der in den Vertrag einbezogenen Allgemeinen Auftragsbedingungen für Wirtschaftsprüfer und Wirtschaftsprüfungsgesellschaften vom 1. Januar 2002 sollte der Wirtschaftsprüfer berechtigt sein, sich zur Ausführung des Auftrags sachverständiger Personen zu bedienen.

Die Bilanz der Klägerin zum 31. März 2007 wies einen nicht durch Eigenkapital gedeckten Fehlbetrag in Höhe von 706.564,61 € und zum 31. März 2007 einen Verlustvortrag in Höhe von 775.973,67 € aus. Dieser Verlustvortrag sollte nach Möglichkeit bei der geplanten Umstrukturierung erhalten bleiben. Um dieses ihr bekannte Ziel zu erreichen, riet die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft dazu, bestimmte mittelbare und unmittelbare Forderungen des Geschäftsführers und seines damaligen Mitgesellschafters R. gegen die Klägerin in einer Gesamthöhe von 607.118,33 € in Einlagen umzuwandeln.

Die weitere Umsetzung dieses Konzepts, das die Einrichtung eines steuerlichen Einlagekontos nach § 27 Abs. 2 KStG des Geschäftsführers bei der Klägerin umfasste, erfolgte nicht mehr durch die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, sondern durch die Beklagte. Ein Wechsel des Sachbearbeiters - WP/StB U. - war damit nicht verbunden. Sämtliche Rechnungen an die Klägerin wurden in der Folgezeit von der Beklagten gestellt.

Die Beklagte, die die mit dem vorbezeichnetem Konzept verbundene Zielsetzung kannte, bereitete die erforderliche Erklärung zur gesonderten Feststellung des steuerlichen Einlagekontos nach § 27 Abs. 2 KStG vor und übersandte sie der Klägerin am 25. März 2009 zur Unterzeichnung und Einreichung beim Finanzamt. Als festzustellender Betrag für das Einlagekonto war dort „0 €“ eingetragen. Dieser Wert war falsch, da die Einlagen tatsächlich mit 607.118,33 € zu beziffern waren. Im Vertrauen auf die Richtigkeit der Vorlage unterzeichnete die Beklagte, handelnd durch den Geschäftsführer, die Erklärung und reichte sie am 21. April 2009 beim zuständigen Finanzamt Z. ein.

Auf Grundlage der eingereichten Erklärung stellte das Finanzamt unter dem 19. Oktober 2009 zum 31. März 2008 ein steuerliches Einlagekonto in Höhe von 0 € fest. Die Beklagte prüfte den Bescheid und versah ihn am 21. Oktober 2009 mit dem Vermerk „i.O.“. Mit Schreiben vom selben Tag teilte die Beklagte der Klägerin mit, der Bescheid sei nicht zu beanstanden.

Später bemerkte die Beklagte ihren Fehler und beantragte mit

Schreiben vom 16. Juni 2010, den Steuerbescheid vom 19. Oktober 2009 zu ändern und das Einlagekonto mit 607.118,33 € festzustellen. Das Finanzamt lehnte dies ebenso ab wie den gegen die Ablehnung gerichteten Einspruch. Die hiergegen vor dem Finanzgericht Nürnberg erhobene Klage (Urteil vom 25. Juni 2013 - 1 K 1195/12 -, juris) blieb erfolglos. Die Revision der Klägerin wies der Bundesfinanzhof zurück (Urteil vom 20. August 2014 - I R 60/13 -, juris). Das gesamte vorgerichtliche und gerichtliche Verfahren führte die Beklagte für die Klägerin auf eigene Kosten, worüber die Parteien unter dem 16. Juli 2012 eine Vereinbarung trafen.

Im weiteren Verlauf beauftragte die Klägerin den Steuerberater W. mit der Wahrnehmung ihrer Interessen. Jener legte mit Schreiben vom 30. September 2014 Einsprüche gegen die Bescheide über die gesonderte Feststellung von Besteuerungsgrundlagen jeweils zum 31. Dezember der Jahre 2010, 2011 und 2012 ein. Die Einsprüche blieben erfolglos. Für seine Tätigkeiten stellte der Steuerberater der Klägerin 880 € in Rechnung.

Weiter beauftragte die Klägerin die Rechtsanwaltskanzlei B. mit der Wahrnehmung ihrer Interessen in der streitgegenständlichen Angelegenheit. Hierfür entstanden ihr Kosten in Höhe von 2.415,90 € netto. Mit Schreiben vom 13. August 2015 forderte die Klägerin die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft bis 27. August 2015 zur Übernahme der Freistellung von der drohenden Steuerbelastung des Geschäftsführers wegen der fehlerhaften Errichtung des Einlagekontos auf. Darauf antwortete die Beklagte mit Schreiben vom 19. August 2015, in dem sie mitteilte, dass sie die Sache an ihre Haftpflichtversicherung weitergeleitet habe.

Mit Schreiben vom 8. Oktober 2015 verzichtete die Beklagte bis 30. Juni 2016 auf die Erhebung der Einrede der Verjährung, soweit nicht bereits im Zeitpunkt des Zugangs dieser Erklärung Verjährung eingetreten sein sollte.

Die Klägerin meint, sie sei mit der Beklagten zumindest konkludent einen Steuerberatungsvertrag eingegangen, da jene die Bearbeitung der gegenständlichen Angelegenheit übernommen habe. Die hieraus resultierenden Pflichten habe die Beklagte in mehrfacher Hinsicht verletzt. Hierdurch sei der Klägerin ein ersatzfähiger Schaden entstanden, da sie aufgrund der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht einem Ersatzanspruch ihres Gesellschafters - des Geschäftsführers - ausgesetzt sei. Jener müsse aufgrund des bestandskräftigen Steuerbescheids vom 19. Oktober 2009 Rückzahlungen seiner Einlage, die von Anfang an entsprechend dem steuerrechtlichen Konzept beabsichtigt gewesen seien, als Einkünfte aus Kapitalvermögen versteuern. Aufgrund ihrer Treuepflicht müsse die Klägerin gegenüber dem Gesellschafter für diesen Schaden einstehen. Die Beklagte müsse aber letztlich hierfür haften. (...)

Aus den Gründen: (...)

Die Berufung ist unbegründet. Die Klägerin hat gegen die Beklagte einen Anspruch auf die begehrte Feststellung und auf Ersatz der vorgerichtlichen Anwaltskosten.

1. Das Feststellungsinteresse als besondere Prozessvoraussetzung liegt vor.

a) Die von der Klägerin begehrte Feststellung, dass die Beklagte ihr sämtliche Steuerverbindlichkeiten zu ersetzen hat, die anlässlich der künftigen Auszahlung der Einlagen an den Geschäftsführer anfallen werden, sofern diese Verbindlichkeiten darauf zurückzuführen sind, dass die auszahlenden Einlagen nicht als Einlagen nach § 27 KStG behandelt werden, ist einer Feststellungsklage zugänglich. Es handelt sich dabei um die Feststellung des Bestehens eines Rechtsverhältnisses im Sinne des § 256 Abs. 1 ZPO.

b) Ein rechtliches Interesse an einer alsbaldigen Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses ist als besondere Prozessvoraussetzung nur gegeben, wenn dem Recht oder der Rechtslage des Klägers eine gegenwärtige Gefahr der Unsicherheit droht und wenn das erstrebte Urteil geeignet ist, diese Gefahr zu beseitigen (BGH, Urteil vom 13. Januar 2010 - VIII ZR 351/08 -, juris Rn. 12 m. w. N.). Das ist der Fall.

aa) Das **Feststellungsinteresse** scheitert nicht daran, dass der Klageantrag zu I. seinem Wortlaut nach auf sämtliche Steuerverbindlichkeiten abstellt, die die Beklagte der Klägerin zu ersetzen hat.

Der **Antrag** war insofern **missverständlich formuliert**, als der Beklagten selbst im Zusammenhang mit dem **Einlagekonto keine Steuerverbindlichkeiten** drohen. Für die Auslegung von Anträgen ist aber nicht allein der Wortlaut maßgebend. Entscheidend ist vielmehr der erklärte Wille, wie er aus der Klagebegründung, den sonstigen Begleitumständen und nicht zuletzt der Interessenlage hervorgeht. Im Zweifel gilt, was nach den Maßstäben der Rechtsordnung vernünftig ist und der recht verstandenen Interessenlage entspricht (BGH, Urteil vom 26. Februar 2016 - V ZR 250/14 -, juris Rn. 18 m. w. N.). Aus der Klageschrift ergibt sich klar, dass die Klägerin mit Steuerverbindlichkeiten diejenigen Verbindlichkeiten meint, die sie in der Folge als Schadensersatzanspruch des Geschäftsführers als Gesellschafter treffen, wenn der Geschäftsführer Ausschüttungen der Einlagen nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 EStG versteuern muss, weil bei ihr das Einlagekonto nach § 27 Abs. 2 KStG fehlerhaft eingerichtet wurde und dem Geschäftsführer daher die Befreiung nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 EStG nicht zustat- tenkommt. Das Bindeglied zwischen dem Steuerschaden beim

Geschäftsführer und der Schadensersatzverpflichtung der Beklagten sieht die Klägerin in der Verletzung der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht, bei deren Erfüllung die Klägerin sich der Beklagten gem. § 278 BGB bedient habe. Weil die Beklagte dabei ihre Pflichten verletzt habe, könne sich die Klägerin bei ihr schadlos halten. Es geht der Klägerin also nicht darum, einen eigenen Steuerschaden geltend zu machen, den sie aus Rechtsgründen nicht selbst erleiden kann.

bb) Dem so verstandenen Recht der Klägerin droht eine gegenwärtige Unsicherheit.

Der Annahme einer Unsicherheit steht nicht schon die Behauptung der Beklagten entgegen, das Feststellungsinteresse fehle, weil die Klägerin derzeit zur Rückzahlung der Einlage wirtschaftlich ohnehin nicht in der Lage sei. Hierzu hat die Klägerin darauf verwiesen, dass sie die Bilanzverluste seit 2010 deutlich reduziert hat und dies durch die vorgelegte Bilanzen belegt. Auf den beklagte-seits angebotenen Gegenbeweis durch Sachverständigengutachten kam es, wie bereits das Landgericht zutreffend erkannt hat, nicht an. Der Feststellungsantrag ist bereits dann zulässig, wenn auch eine nur geringe Ausschüttung möglich erscheint, denn er bezieht sich auf Ausschüttungen „bis zur Höhe von“ 607.118,33 € und nicht auf eine Ausschüttung exakt in dieser Höhe. Eine Ausschüttung in irgendeiner Höhe ist nach Lage der Dinge möglich, sodass dahinstehen kann, ob derzeit - worauf die Beklagte abstellt - die vollständige Einlage zurückgezahlt werden könnte.

Die geforderte Gegenwärtigkeit der Unsicherheit ergibt sich aus dem Vortrag des Geschäftsführers der Klägerin. Er hat bereits in der in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht am 31. März 2017 erklärt, er wolle noch 2017 mit den bei ihm zusätzliche Steuerbelastungen auslösenden Ausschüttungen beginnen, tue das aber derzeit nur wegen etwaiger Schadensminderungsobliegenheit nicht.

In der Verhandlung vor dem Senat am 18. Juli 2019 hat der Geschäftsführer der Klägerin - befragt nach der Möglichkeit, den Rechtsstreit vergleichsweise zu bereinigen, etwa mit den erstinstanzlich angestellten Überlegungen zu einer Abgeltungszahlung - ausgeführt, ein derartiger Vergleich käme nun nicht mehr in Betracht. Der Klägerin gehe es wirtschaftlich inzwischen hervorragend. Sie habe aufgrund der guten Baukonjunktur zu viel Liquidität. Diese müsse er, der Geschäftsführer (und Gesellschafter), durch Entnahmen reduzieren. Dies schon allein deshalb, weil bei den von der Klägerin durchzuführenden Tiefbauarbeiten beispielsweise Kabel beschädigt werden könnten und dabei im Extremfall Schäden nicht auszuschließen seien, die die bestehende Haftpflichtversicherung, die bis zu einer Million Euro abdecke, übersteigen könnten, so dass dann in der Firma stehende Kapital für den Schaden hafte. Der Geschäftsführer wolle endlich Entnahmen tätigen und brauche dazu die begehrte Feststellung. Diesen konkreten Sachvortrag

in der Sitzung hat die Beklagte nicht bestritten.

cc) Das Feststellungsinteresse ist schließlich nicht deshalb zu verneinen, weil der Klägerin eine bessere Rechtsschutzmöglichkeit offen stünde, sie namentlich auf Freistellung von dem Schadensersatzanspruch des Geschäftsführers klagen könnte. Das ist nicht der Fall. Der Kläger muss einen Freistellungsanspruch wie einen Zahlungsanspruch nach Grund und Höhe bezeichnen und beziffern. Soweit er die Bezifferung nicht vornehmen kann, ist ein Freistellungsantrag unzulässig und es ist auf Feststellung zu klagen (BGH, Urteil vom 22. März 2010 - II ZR 66/08 -, juris Rn. 33). So liegen die Dinge hier. Die Höhe des zu ersetzenden Schadens hängt davon ab, wann, in welchem Umfang und unter Berücksichtigung welcher weiterer steuerlicher Parameter der Geschäftsführer Entnahmen tätigen wird. Das steht derzeit noch nicht fest.

2. Das angefochtene Urteil ist nicht deshalb aufzuheben, weil es, wie die Beklagte in der Berufungsrepublik meint, gegen § 308 Abs. 1 ZPO verstieße.

a) Die Beklagte ist der Auffassung, das Landgericht habe der Klägerin etwas zugesprochen, was diese nicht beantragt habe. Die Klägerin habe den Ersatz des Steuerschadens begehrt. Ein Steuerschaden könne bei ihr jedoch nie entstehen. Statt die Klage abzuweisen habe das Landgericht jedoch über den Klageantrag hinausgehend festgestellt, dass die Beklagte der Klägerin auf Ersatz sämtlicher Verbindlichkeiten - nicht lediglich sämtlicher Steuerverbindlichkeiten - hafte.

b) Der gerügte Verstoß gegen § 308 Abs. 1 ZPO liegt nicht vor. Das Landgericht hat nicht mehr zugesprochen, als die Klägerin beantragt hat. Der Urteilstenor gleicht dem Klageantrag bis auf das Wort „Verbindlichkeiten“, die im Antrag als „Steuerverbindlichkeiten“ bezeichnet werden.

Ein Urteilstenor unterliegt der Auslegung unter Heranziehung der Urteilsgründe, wenn seine Fassung Anlass zu Zweifeln gibt (Zöller/Seibel, ZPO, 32. Aufl., § 704 Rn. 5 m. w. N.). Letzteres ist hier schon wegen der soeben genannten Abweichung der beiden Formulierungen der Fall. Aus den Urteilsgründen ergibt sich jedoch klar, dass das Landgericht den Schaden der Klägerin, auf den sich die Ziff. I des Tenors bezieht, genau in dem Sinn versteht, den der Senat bereits durch Auslegung dem Klageantrag entnommen hat (oben unter II.1.b.aa). Auf die entsprechenden Ausführungen des Landgerichts unter B.II der Entscheidungsgründe wird zur Meidung von Wiederholungen Bezug genommen. Der Tenor enthält danach, anders als die Beklagte meint, keine Erweiterung des Zugesprochenen, sondern eine sprachliche Präzisierung des von der Klägerin tatsächlich - von vorneherein - geltend gemachten Streitgegenstandes. Unstreitig ist die Klägerin selbst keine Schuldnerin der drohenden Steuerverbindlichkeiten, weswegen die Klägerin auch, wie sich aus der Begründung der Klage ausdrücklich

ergibt, den Schaden geltend gemacht hat, den sie als Schuldnerin eines Schadensersatzanspruchs aus gesellschaftsrechtlicher Treuepflicht gegenüber ihrem betroffenen Gesellschafter hat, der wiederum an die Pflichtverletzung im Rahmen einer steuerlichen Sachbearbeitung anknüpft.

3. Die Beklagte ist passivlegitimiert. Klägerin und Beklagte haben **konkludent einen Vertrag abgeschlossen**. Dieser hatte zum Gegenstand, dass die Beklagte für die Klägerin ein steuerliches Einlagekonto betreffend die Einlagen des Geschäftsführers und des früheren Mitgeschafters einrichtet.

Das Berufungsgericht hat gemäß § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO seiner Verhandlung und Entscheidung die vom Gericht des ersten Rechtszuges festgestellten Tatsachen zugrunde zu legen, soweit nicht konkrete Anhaltspunkte Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen begründen und deshalb eine erneute Feststellung gebieten. Konkrete Anhaltspunkte, die eine Ausnahme von dieser grundsätzlichen Bindungswirkung begründen können, liegen hier nicht vor. Das Erstgericht hat zurecht angenommen, dass der genannte Vertrag mit der Beklagten als Auftragnehmerin geschlossen worden ist.

a) Im Ausgangspunkt ist zwischen der Auftraggeberseite (Klägerin, Gesellschafter und OHG) und der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft ein Beratungsvertrag geschlossen worden, bei dem es im Wesentlichen um die Umstrukturierung der Auftraggeberseite ging und in deren Rahmen aufgelaufene Verlustvträge für die Zukunft erhalten bleiben sollten. Zu den Einzelheiten wird auf den Vertrag und auf die Aktennotiz vom 17. August 2007 Bezug genommen. Zuständiger Ansprechpartner der Beklagten für die Auftraggeberseite war danach WP/StB U.

b) Aus der an diese ursprüngliche Beauftragung anknüpfenden Entwicklung ist bei wertender Gesamtschau zu entnehmen, dass die Beklagte die Umsetzung der von der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft ausgearbeiteten Umstrukturierung übernommen hat und auf diese Weise konkludent ein **Beratungsvertrag** zwischen der Beklagten und der Auftraggeberseite (zumindest bestehend aus der Klägerin und dem Geschäftsführer) zustande gekommen ist und dieser Vertrag von den Parteien auch gelebt wurde. Dies ergibt sich in Übereinstimmung mit der Wertung des Erstgerichts zur vollen Überzeugung des Senats aus der Zusammenschau folgender Indizien:

aa) Die Beklagte brachte auf dem von ihr ausgefüllten Erklärungsvordruck zur Abgabe beim Finanzamt ihre Firma im Unterschriftsfeld unter der Angabe „Bei der Anfertigung der Erklärung hat mitgewirkt“ an. Sie trat ausweislich der Angabe im Briefkopf des Anschreibens, mit dem sie den Erklärungsvordruck übersandte, auch gegenüber dem Geschäftsführer und der Klägerin auf.

bb) Die Beklagte überprüfte sodann den auf vorgenannter Grundlage erlassenen Feststellungsbescheid des Finanzamtes vom 19. Oktober 2009 und sie war es ausweislich der Angabe im Briefkopf des Anschreibens, die der Klägerin das Ergebnis dieser Prüfung mitteilte (Schreiben vom 21. Oktober 2009). Das gleiche Vorgehen zeigte sich auch bei der Prüfung des Steuerbescheides vom 23. Februar 2011.

cc) Die Beklagte hat gegenüber der Auftraggeberseite die im Zeitraum Mai 2008 bis August 2011 erbrachten Leistungen abgerechnet, wie sich im Einzelnen aus den vorgelegten Rechnungen ergibt. Namentlich wird in der Rechnung vom 16. April 2009 als Leistung abgerechnet, dass die Beklagte die Erklärung zur gesonderten Feststellung gemäß §§ 27, 28, 37 und 38 KStG für das Jahr 2008 angefertigt hat, eine Leistung, auf deren fehlerhafter Erbringung vorliegender Rechtsstreit beruht. Korrespondierend damit hat die Beklagte in der weiteren Rechnung vom 29. Dezember 2010 die Prüfung von fünf Steuerbescheiden 2008 abgerechnet, also auch die - wiederum fehlerhafte - Prüfung des streitgegenständlichen Steuerbescheids.

dd) Die Beklagte bot mit Schreiben vom 16. Juli 2012 der Auftraggeberseite an, gegen die abschlägige Einspruchsentscheidung des Finanzamtes betreffend den Antrag auf Änderung des Feststellungsbescheids vom 19. Oktober 2009 Klage einzureichen und den Prozess auf eigene Kosten zu führen. Zu diesem Zweck übersandte die Beklagte den Entwurf einer Vereinbarung, in der sie selbst als Vertragspartnerin der Klägerin eingetragen war. Ebenso war sie es, die auf der weiterhin übersandten Prozessvollmacht als Bevollmächtigte eingetragen war.

Diese im Schreiben vom 16. Juli 2012 bekundete Bereitschaft, die Prozesskosten zu übernehmen, ist ein besonders starkes Indiz dafür, dass auch der Beklagten klar war, dass sie mit der Auftraggeberseite vertraglich verbunden war und deshalb für ihre Pflichtverletzungen einzustehen hatte.

ee) Letzteres gilt gleicherweise für die Erklärung der Beklagten vom 8. Oktober 2015, mit der sie gegenüber der von der Klägerin zwischenzeitlich mandatierten Rechtsanwaltskanzlei einen befristeten Verzicht auf die Erhebung der Einrede der Verjährung abgab. Diese Erklärung ist nicht anders zu verstehen, als dass der Beklagten bewusst war, dass sie die richtige Adressatin wegen der Pflichtverletzungen war, eben weil sie auch die Vertragspartnerin der Klägerin war. Insgesamt ist weiter festzustellen, dass vorprozessual der Einwand fehlender eigener Passivlegitimation von der Beklagten nicht erhoben worden ist.

ff) Gegen die Annahme eines Vertrags zwischen der Beklagten und der Auftraggeberseite spricht nicht der ursprünglich mit der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft abgeschlossene Bera-

tungsvertrag. Denn dieser Beratungsvertrag vom 9./10. August 2007 hatte lediglich zum Gegenstand, dass die drei Beteiligten auf der Auftraggeberseite sich gesellschaftsrechtlich umstrukturieren und dass die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft die Jahresabschlüsse für 2007 sowie die dazugehörigen Steuererklärungen erstellt. Die Einrichtung eines Einlagekontos zugunsten des Geschäftsführers bei der Klägerin mit Wirkung für das Jahr 2008 und die damit verbundenen Pflichten waren nicht mehr Gegenstand dieses schriftlichen Beratungsvertrages.

Der Beklagtenvortrag lässt sich demgegenüber dahin verstehen, dass die Beklagte anknüpfend an diesen Vertrag mit der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft dessen Fortentwicklung oder Ausweitung annehmen will. Danach sei die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft zur Einrichtung des Einlagekontos verpflichtet gewesen und sie habe sich der Beklagten lediglich als Hilfe bedient. Eine tragfähige Begründung ihrer Behauptung brachte die Beklagte indes nicht vor. Es ist allerdings begründungsbedürftig, dass nach der Abarbeitung des Pflichtenprogramms des Beratungsvertrages vom 9./10. August 2007 ausdrücklich oder konkludent ein weiterer Vertrag mit der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft abgeschlossen worden sein soll, aufgrund dessen sie die Einrichtung des Einlagekontos hätte besorgen sollen und besorgt hat. Hierfür fehlt es an Vortrag und an tragfähigen Anhaltspunkten.

Weil bezogen auf die streitgegenständlichen Pflichtverletzungen ein Vertrag mit der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft nicht festgestellt werden kann, kommt es nicht auf das Argument der Beklagten an, dass gemäß Ziff. 2 Abs. 1 Satz 3 der Allgemeinen Auftragsbedingungen für Wirtschaftsprüfer und Wirtschaftsprüfungsgesellschaften vom 1. Januar 2002 der Wirtschaftsprüfer berechtigt sein sollte, sich zur Ausführung des Auftrags sachverständiger Personen, nach ihrer Lesart der Beklagten, zu bedienen.

gg) Nichts anderes folgt weiter aus der Einschätzung der Beklagten, dass sich die Klägerin selbstwidersprüchlich verhalten habe. Vorgerichtlich habe diese nämlich mit der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft korrespondiert (Schreiben vom 13. August 2015). Das überzeugt schon deshalb nicht, weil der Klägervertreter mit dem genannten Schreiben auf einen Schriftsatz vom 5. Mai 2015 reagierte, der ausweislich des Briefkopfes von der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft stammte. Daraus lässt sich mithin kein Hinweis auf ein Bewusstsein der Klägerin dahin entnehmen, sie sei der Auffassung gewesen, einen Vertrag mit der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft zu haben. So formuliert der Klägervertreter im Fließtext durchweg „T.“, ohne zwischen den einzelnen Gesellschaften der Unternehmensgruppe zu differenzieren. Die Beklagtenseite verhält sich in ihrer Außendarstellung im Übrigen nicht stringent. Zwar stammt der Schriftsatz vom 5. Mai 2015 von der Wirtschafts-

prüfungsgesellschaft. Die weiteren Schriftsätze vom 19. August 2015 und vom 8. Oktober 2015 in derselben Sache stammen demgegenüber von der Beklagten, was für das Auslegungsergebnis des Senats spricht.

4. Die Beklagte hat ihre **Vertragspflichten mehrfach verletzt**. Sie sandte der Klägerin unter dem 25. März 2009 die vorbereitete Erklärung zur gesonderten Feststellung des steuerlichen Einlagekontos zu, in der sie das Einlagekonto unzutreffend mit 0 € statt richtig mit 607.118,33 € bezifferte. Dies hatte zur Folge, dass die Klägerin diese vorbereitete Erklärung am 21. April 2009 beim Finanzamt vorlegte. Als das Finanzamt am 19. Oktober 2009 den Bescheid über die gesonderte Feststellung des steuerlichen Einlagekontos zum 31. März 2008 erließ, in dem es das Einlagekonto auf 0 € setzte, beanstandete die Beklagte das pflichtwidrig nicht. Vielmehr schrieb sie am 21. Oktober 2009 an die Klägerin, der Steuerbescheid sei in Ordnung. So wurde der Feststellungsbescheid bestandskräftig.

Die Versuche der Beklagten, durch am 16. Juni 2010 gestellten Antrag nach § 129 AO auf Änderung des Feststellungsbescheids und eine anschließende Klage zur Finanzgerichtsbarkeit die Folgen ihrer Pflichtverletzungen zu beseitigen, waren vergeblich.

5. Daraus ist der Klägerin ein eigener Schaden erwachsen.

a) Allerdings beruht der Schaden der Klägerin nicht darauf, dass sie einen eigenen Steuerschaden erleiden könnte. Das ist, wie bereits ausgeführt, nicht der Fall.

b) **Der Schaden für die Klägerin ergibt sich vielmehr aus der Belastung mit einer Verbindlichkeit.** Diese beruht darauf, dass die Klägerin aufgrund der **gesellschaftsvertraglichen Rücksichtnahme- und Treuepflicht** verpflichtet war, die Interessen ihrer Gesellschafter zu wahren, wo dies ohne entgegenstehende sachliche Gründe möglich ist, und sie insbesondere wirtschaftlich nicht zu schädigen. Durch die unzutreffende Beantragung des Einlagekontos, die zu einem materiell unzutreffenden Feststellungsbescheid des Finanzamts führte, hat die Klägerin hiergegen verstoßen mit der Folge, dass sie dem Geschäftsführer zum Ersatz des hierdurch verursachten Schadens verpflichtet ist. **Die Klägerin hat sich zur Erfüllung ihrer Treuepflicht der Beklagten als Erfüllungsgehilfin (§ 278 BGB) bedient und muss sich deren Verschulden zurechnen lassen.**

aa) Das **Institut gesellschaftsrechtlicher Treuepflichten** ist anerkannt. Zwar ist in der Praxis in der Regel vor allem die Treuepflicht des Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft bedeutsam. Eine korrespondierende Treuepflicht der Gesellschaft gegenüber dem Gesellschafter wird aber ebenfalls angenommen (BGH, Urteil vom 15. Mai 1972 - II ZR 70/70 -, juris Rn. 18; Urteil vom 27. April 2009 - II ZR 167/07 -, juris Rn. 17;

Merkt in MünchKomm GmbHG, 3. Aufl., § 13 Rn. 100). Ausgangspunkt ist der Gedanke der Fürsorge- und der Rücksichtnahmepflicht. Danach ist die GmbH auf der Grundlage der sie bindenden Treuepflicht gehalten, die im mitgliedschaftlichen Bereich liegenden berechtigten Anliegen eines Gesellschafters, deren Erfüllung sachlich möglich und geboten ist, weil eine sachlich gerechtfertigte Ablehnung nicht in Betracht kommt, zu erfüllen (Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl., § 14 Rn. 31; Verse in Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., § 14 GmbHG Rn. 92). Die Verletzung der Treuepflicht kann eine Schadenersatzpflicht gegenüber dem geschädigten Gesellschafter auslösen, soweit er einen Eigenschaden erlitten hat und das geschützte Stammkapital durch die Inanspruchnahme der Gesellschaft unangetastet bleibt (BGH, Urteil vom 30. September 1991 - II ZR 208/90 -, juris Rn. 10; Verse in Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., § 14 GmbHG Rn. 94; Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl., § 14 Rn. 44; Fastrich in Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl., § 13 Rn. 30).

bb) Eine Treuepflicht kann vorliegend nicht deshalb verneint werden, weil der **Geschäftsführer** inzwischen - seit 13. September 2010 - **Alleingesellschafter** der Klägerin ist.

In der Rechtsprechung ist zwar anerkannt, dass den Alleingesellschafter keine Treuepflicht gegenüber der GmbH trifft (BGH, Urteil vom 10. Mai 1993 - II ZR 74/92 -, juris Rn. 10; Urteil vom 28. September 1992 - II ZR 299/91 -, juris Rn. 9; Henze/Notz in GK-AktG, 4. Aufl., Anh § 53a Rn 43, m. w. N.). **Das wird damit begründet, dass jedenfalls außerhalb der Gefährdung von Gläubigerinteressen ein von der Gesamtheit der Gesellschafterinteressen unabhängiges Gesellschaftsinteresse, dem eine Treuepflicht des Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft Rechnung zu tragen hätte, grundsätzlich nicht anzuerkennen ist** (BGH, Urteil vom 28. September 1992 - II ZR 299/91 -, juris Rn. 9; Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl., § 14 Rn. 42). Dies wird man im Verhältnis der Gesellschaft gegenüber dem Gesellschafter ebenso bewerten können.

Der Geschäftsführer war jedoch zur Zeit der Schädigung noch nicht Alleingesellschafter. Vielmehr hatte die Klägerin im Jahr 2009 noch zwei Gesellschafter; neben dem Geschäftsführer war dies sein Vater. Nach der Vereinigung aller Gesellschaftsanteile in der Hand des Geschäftsführers erloschen zwar die wechselseitigen Treuepflichten zwischen Gesellschafter und Gesellschaft, nicht jedoch der dem Grunde nach bereits entstandene Schadenersatzanspruch des Geschäftsführers gegen die Gesellschaft.

cc) Die Klägerin hat mit der Einrichtung des steuerlichen Einlagekontos nach § 27 Abs. 2 KStG mit einem Stand von 0 € ihre Treuepflicht verletzt.

Der Senat kann dahinstehen lassen, ob - was die Beklagte in Abrede stellt - die Klägerin aufgrund ihrer Treuepflicht überhaupt verpflichtet war, für ihre Gesellschafter ein steuerliches Einlagekonto einzurichten. Entscheidend ist, dass die Klägerin jedenfalls dann, wenn sie - wie vorliegend - ein steuerliches Einlagekonto für ihre Gesellschafter anlegt, verpflichtet ist, dieses fehlerfrei, also mit dem zutreffenden Stand einzurichten. Es handelte sich hierbei um ein im mitgliedschaftlichen Bereich liegendes berechtigtes Anliegen ihrer Gesellschafter, die fehlerfreie Einrichtung war möglich und geboten; ein gegenläufiges Interesse der Klägerin, das Konto fehlerhaft einzurichten und ihren Gesellschafter dadurch zu schädigen, bestand nicht.

dd) Die Klägerin bediente sich bei der Erfüllung ihrer Pflicht, das Einlagekonto mit zutreffendem Inhalt einzurichten und auf eine entsprechende Feststellung durch das Finanzamt hinzuwirken, der Beklagten als Erfüllungsgehilfin (§ 278 BGB). Die Beklagte war es, die die Steuererklärung vorbereitete und den ergangenen Steuerbescheid prüfte. Hierbei verletzte sie ihre Pflichten, wie bereits ausgeführt.

Der Umstand, dass dem Geschäftsführer selbst aufgrund der Vertragslage ein eigener Schadenersatzanspruch gegen die Beklagte zugestanden haben kann, sei es, weil er selbst neben der Klägerin Vertragspartner des Beratungsvertrags mit der Beklagten wurde, sei es, weil der Beratungsvertrag zu seinen Gunsten Schutzwirkung entfaltet hatte, hindert das Bestehen der soeben beschriebenen Pflichtenstellung und der daraus erwachsenden Ansprüche nicht.

c) Der Schaden ist kausal auf die Pflichtverletzungen durch die Beklagte zurückzuführen. Hätte sie die Einrichtung des Einlagekontos nicht schuldhaft falsch betrieben, wäre es zu dem nunmehr dem Geschäftsführer drohenden Steuerschaden nicht gekommen.

Die Kausalität wird nicht durch die Behauptung der Beklagten infrage gestellt, wonach die Klägerin wirtschaftlich ohnehin nicht in der Lage sei, die Einlage i. H. v. 607.118,33 € zurückzuzahlen, sodass es mangels Auszahlung auch keinen Steuerschaden geben könne. Die Beklagte meint, etwaige Auszahlungen würden zwingend zulasten des Stammkapitals gehen und seien daher unzulässig.

Diese Behauptungen werden durch die vorgelegten Bilanzen nicht gestützt. Danach ist jedenfalls zwischen 2010 und 2014 der Bilanzverlust um mehr als drei Viertel gesunken. Die Ausführungen des Geschäftsführers vor dem Senat, die Klägerin habe zwischenzeitlich zu viel Liquidität aufgehäuft, die zur Reduzierung des Haftungsmasse abgeführt werden müsse, blieben unbestritten. Schließlich kommt es, wie bereits ausgeführt, für die Bejahung des Feststellungsanspruchs nicht darauf an, ob die Klägerin die gesamte Einlage (auf einmal)

ausschütten kann.

6. Der **Schadensersatzanspruch** der Klägerin ist **nicht verjährt**.

a) Die dreijährige Verjährungsfrist begann mit dem Ablauf des Jahres 2010 (§§ 195, 199 Abs. 1 BGB).

aa) Die Klägerin hat den fehlerhaften Steuerbescheid Ende Oktober 2009 erhalten. Hieraus ergab sich, dass das Einlagekonto mit 0 € unzutreffend festgesetzt worden ist. Damit war der Anspruch mit der Bekanntgabe des Grundlagenbescheids i. S. d. § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB entstanden (vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 8. April 2014 - I-23 U 59/13 -, juris Rn. 16).

bb) Die nach § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB weiterhin erforderliche Kenntnis oder grobe Unkenntnis der anspruchsbegründenden Umstände ist noch nicht für das Jahr 2009, sondern erst für 2010 nachweisbar.

Im Grundsatz gilt, dass der Verjährungsbeginn nicht dadurch gehindert wird, dass der Anspruchsinhaber aus den ihm bekannten Umständen die falschen Schlüsse zieht. Ausreichend ist nämlich die Kenntnis der anspruchsbegründenden Tatsachen; auf deren zutreffende rechtliche Bewertung kommt es dagegen nicht an (Palandt/Ellenberger, BGB, 78. Aufl., § 199 Rn. 27).

Anders ist es jedoch im gegebenen Fall. Die Verjährung eines gegen einen steuerlichen Berater gerichteten Ersatzanspruchs beginnt zu laufen, wenn der Mandant nicht nur den Schaden, sondern auch die Pflichtwidrigkeit des Beraters erkannt oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht erkannt hat (BGH, Urteil vom 6. Februar 2014 - IX ZR 245/12 -, juris Rn. 14 ff. zur Anwaltshaftung). Das bedeutet, dass der Mandant nicht nur die wesentlichen tatsächlichen Umstände kennen, sondern auch Kenntnis von solchen Tatsachen erlangen muss, aus denen sich für ihn als Laie ergibt, dass der Steuerberater von dem üblichen rechtlichen Vorgehen abgewichen oder Maßnahmen nicht eingeleitet hat, die aus rechtlicher Sicht zur Vermeidung eines Schadens erforderlich waren hat (BGH, Urteil vom 6. Februar 2014 - IX ZR 245/12 -, juris Rn. 15; OLG Düsseldorf, Urteil vom 8. April 2014 - I-23 U 59/13 -, juris Rn. 19 zur Steuerberaterhaftung).

Mit dem **Zugang des Feststellungsbescheides** war danach noch keine Kenntnis der Pflichtwidrigkeit der zugrundeliegenden Angabe der Beklagten (0 €) und der Möglichkeit eines daraus folgenden Schadens verbunden. Die Klägerin war nicht fachkundig und hat daher die Einrichtung des Einlagekontos der Beklagten anvertraut. Sie konnte etwaige Fehlleistungen der Beklagten als solche wegen ihrer eigenen Fachunkenntnis nicht erkennen. Spätestens mit dem am 16. Juni 2010 gestellten Antrag auf Änderung des Feststellungsbescheids, mit dem die Beklagte begehrte, das Einlagekonto statt auf 0 € auf

607.118,33 € festzusetzen (vgl. FG Nürnberg, Urteil vom 25. Juni 2013 - 1 K 1195/12 -, juris Rn. 21; BFH, Urteil vom 20. August 2014 - I R 60/13 -, juris Rn. 16), hätte die Klägerin jedoch im Sinne der grob fahrlässigen Unkenntnis gem. § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB erkennen können und müssen, dass der Beklagten bei der Einrichtung des Einlagekontos ein grober Fehler unterlaufen ist. Denn im Rahmen des Rechtsbehelfsverfahrens muss der Klägerin deutlich geworden sein, dass das Finanzamt beim Erlass der Feststellungsbescheides erklärungs- und antragsgemäß entschieden hat, der Fehler also auf die unzulängliche Erklärung zurückzuführen war, die die Beklagte vorbereitet hatte.

b) Die Beklagte hat mit dem Schreiben vom 16. Juli 2012 ein **Anerkenntnis** i. S. d. § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB abgegeben und damit einen Neubeginn der Verjährung bewirkt.

aa) Als ein Anerkenntnis ist **jedes tatsächliche Verhalten gegenüber dem Gläubiger anzusehen, aus dem sich das Bewusstsein des Schuldners von dem Bestehen des gegen ihn erhobenen Anspruchs wenigstens dem Grunde nach klar und unzweideutig ergibt und das deswegen das Vertrauen des Gläubigers begründet, dass sich der Schuldner nicht nach Ablauf der Verjährungsfrist alsbald auf Verjährung berufen wird** (BGH, Urteil vom 21. November 1996 - IX ZR 159/95 -, juris Rn. 13; Palandt/Ellenberger, BGB, 78. Aufl., § 212 Rn. 2/3).

bb) Diese Voraussetzungen liegen bei dem Schreiben vom 16. Juli 2012 (Anlage K 13) vor. So heißt es dort: „Wir werden gegen diese Einspruchsentscheidung Klage einreichen, weil wir die Auffassung vertreten, dass die Einspruchsentscheidung unrichtig ist. ... Damit Ihnen keinen Kosten entstehen haben wir anstehend eine Vereinbarung gefertigt.“

Die als Anhang beigefügte Vereinbarung lautet:

„Die Vereinbarung hat den Zweck, dass der [Klägerin] keine Kosten im Zusammenhang mit der gerichtlichen Klärung der Rechtsfrage entstehen.

§ 1 Die Gerichtskosten werden von der [Beklagten] getragen.

§ 2 Die [Beklagte] trägt ihre Kosten selbst, der [Klägerin] wird nichts in Rechnung gestellt.

§ 3 Soweit die [Klägerin] selbst Aufwendungen tätigt, die sie in dieser Angelegenheit für erforderlich hält, sind diese zuvor mit der [Beklagten] abzustimmen.“

Das Anschreiben und die Vereinbarung sind angesichts der gegebenen Umstände als Anerkenntnis des Anspruchs im Sinne des § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB dem Grunde nach zu werten. **Es ist kein anderer Grund ersichtlich, warum die Beklagte die Prozesskosten übernehmen sollte als der, dass sie akzeptiert, die**

Fehlerhaftigkeit des Bescheids und dessen Bestand schuldhaft herbeigeführt zu haben. Die Pflichtverletzungen waren so eindeutig, dass es keiner ausdrücklichen Benennung und Bestätigung der Pflichtverletzung durch die Klägerin bedurfte. Den Beteiligten war bei gegebener Sachlage und verständiger Betrachtung klar, dass die Beklagte sich deshalb zur Prozessführung vor dem Finanzgericht auf eigene Kosten bereiterklärte, weil sie für die steuerlichen Folgen aus der bestehenden Feststellung des Einlagekontos schadensersatzpflichtig ist und sie daher im eigenen Interesse das Ziel verfolgt, durch eine Änderung des Bescheids den Schaden, für den sie sonst einzustehen hat, doch noch abzuwenden.

cc) Die Annahme eines Anerkenntnisses ist nicht deshalb ausgeschlossen, weil - wie die Beklagtenvertreterin in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat ausführte - die Klägerin von Anfang an gewusst habe, dass die Beklagte mit ihrem **Haftpflichtversicherer** in Verbindung stand und dass ihr aufgrund des Versicherungsvertrags die Abgabe eines Anerkenntnisses verwehrt war.

Den Senat überzeugt schon nicht, warum allein das Wissen vom Kontakt zwischen Beklagter und ihrer Haftpflichtversicherung bei der Klägerin dazu führen soll, dass aus Sicht der Klägerin ein Anerkenntnis ausgeschlossen sein soll. Ein Geschädigter muss nicht annehmen, dass selbst bei so eindeutigen Pflichtverletzungen wie den vorliegenden die Versicherung ihrem Versicherungsnehmer keinesfalls gestattet haben kann, ein Anerkenntnis dem Grunde nach abzugeben.

Darüber hinaus trägt der Einwand der Beklagten auch deshalb nicht, weil das Anerkenntnis i. S. d. § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB und dasjenige i. S. d. Versicherungsvertrags nicht identisch sind. Letzteres kann nur vorliegen, wenn ein entsprechender Rechtsbindungswille des Versicherungsnehmers festgestellt werden kann (Littbarski in MünchKommVVG, 2. Aufl., § 105 Rn. 38; Langheid in Langheid/Rixecker, VVG, 6. Aufl., § 105 Rn. 11). Hierauf kommt es beim Anerkenntnis gemäß § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB jedoch nicht an, welches ein rein tatsächliches Verhalten des Schuldners ist, nicht ein Rechtsgeschäft (vgl. Palandt/Ellenberger, BGB, 78. Aufl., § 212 Rn. 2 mit zahlreichen Nachweisen).

c) Innerhalb der danach neu angelaufenen Verjährungsfrist haben die Parteien zudem **Verhandlungen i. S. d. § 203 BGB** geführt, die zumindest bis zur Bekanntgabe des Urteils des Bundesfinanzhofs an die Beklagte am 5. Mai 2015 andauerten.

aa) Verjährungshemmung durch Verhandlungen und Neubeginn der Verjährung durch Anerkenntnis schließen sich nicht aus, sondern sind zu addieren. Die durch ein Anerkenntnis erneut beginnende Verjährungsfrist berechnet sich erst ab Abschluss der durch die Verhandlungen bewirkten Hemmung (Peters/Jacoby in Staudinger (2014), § 203 BGB Rn. 2).

bb) Der Begriff der Verhandlungen im Sinne von § 203 Satz 1 BGB ist weit auszulegen. Der Gläubiger muss dafür lediglich klarstellen, dass er einen Anspruch geltend machen und worauf er ihn stützen will. Anschließend genügt jeder ernsthafte Meinungs-austausch über den Anspruch oder seine tatsächlichen Grundlagen, sofern der Schuldner dies nicht sofort und erkennbar ablehnt. Verhandlungen schweben schon dann, wenn eine Partei Erklärungen abgibt, die der anderen Partei die Annahme gestatten, der Erklärende lasse sich auf Erörterungen über die Berechtigung des Anspruches oder dessen Umfang ein. Nicht erforderlich ist, dass dabei Vergleichsbereitschaft oder Bereitschaft zum Entgegenkommen signalisiert wird oder dass Erfolgsaussicht besteht (BGH, Urteil vom 14. Juli 2009 - XI ZR 18/08 -, juris Rn. 16). Gegenstand der Verhandlungen sind der Anspruch oder die den Anspruch begründenden Umstände. Damit ist im Sinne eines Lebenssachverhalts die Gesamtheit der tatsächlichen Umstände gemeint, die nach dem Verständnis der Verhandlungsparteien einen Anspruch erzeugen, wobei das Begehren nicht besonders beziffert oder konkretisiert sein muss. Dieser Lebenssachverhalt wird grundsätzlich in seiner Gesamtheit verhandelt. Damit werden sämtliche Ansprüche, die der Gläubiger aus diesem Sachverhalt herleiten kann, von der Hemmung der Verjährung erfasst (BGH, Urteil vom 5. Juni 2014 - VII ZR 285/12 -, juris Rn. 12).

cc) Zwischen den Beteiligten war aufgrund der Gesamtsituation offenkundig, dass Schadensersatzansprüche im Raum stehen, falls es bei dem Feststellungsbescheid bleibt. Dies war spätestens mit der Vereinbarung zur Prozessführung durch die Beklagte auf eigene Kosten vom 16. Juli 2012 so klar dokumentiert, dass auch ohne eine ausdrückliche Erklärung der Klägerin ein Schadenersatzbegehren vorlag. Die Beklagte kann das nicht dadurch negieren, dass sie mit der Übernahme der Prozessführung und der Prozesskosten selbst zuerst „das Wort ergriffen“ hat, bevor die Klägerin ausdrücklich Schadenersatz verlangt hatte, und dieser damit mitteilte, sie werde sich um die Angelegenheit kümmern.

dd) In der Rechtsprechung ist als Verhandeln angesehen worden, wenn ein Versicherer gegenüber dem Versicherungsnehmer erklärt, er werde nach Abschluss des Strafverfahrens auf die Sache zurückkommen (BGH, Urteil vom 20. Dezember 1974 - IV ZR 191/73, - VersR 1975, 440) oder wenn ein Bauträger in ständiger Abstimmung mit den Erwerbern wegen Mängeln einen Rechtsstreit gegen Nachunternehmer führt (BGH, Beschluss vom 28. Oktober 2010 - VII ZR 82/09 -, juris Rn. 12). Eine Verjährungshemmung wird im Verhältnis zwischen Anwalt und Mandant auch angenommen, wenn ein Anwalt wegen eines Schadens gegen einen Dritten prozessiert und Anwalt und Mandant gemeinsam von der möglichen Haftung des Anwalts ausgehen, weil dann der Prozess gegen den Dritten für den Anwalt den Versuch einer Schadensminderung darstellt (Peters/Jacoby in Staudinger (2014), § 203 BGB Rn.

10), oder wenn die Parteien zur Klärung von Rechtsfragen einen Musterprozess oder eine Begutachtung abwarten wollen (Peters/Jacoby aaO Rn. 16).

Dies vorweg geschickt wäre es unter Zugrundelegung des Ablaufs des Verfahrens zur Änderung des Feststellungsbescheids, wie er aus den Tatbeständen der Urteile des Finanzgerichts Nürnberg und des Bundesfinanzhofs hervorgeht, naheliegend, bereits in der Durchführung dieses Verfahrens ein Verhandeln im beschriebenen Sinne zu sehen.

Spätestens jedoch mit der **Übernahme der Prozessführung vor den Finanzgerichten** auf der Basis der dazu zwischen den Parteien geschlossenen Vereinbarung vom 16. Juli 2012 wird handgreiflich, dass die Parteien in einen Austausch getreten sind und diesen zumindest bis zum rechtskräftigen Abschluss des Finanzrechtszugs nicht abbrechen wollten. Den Parteien war bewusst, welchen Zweck und Hintergrund das Abwarten des Finanzprozesses hatte. Es lag ein eindeutiger und offenkundiger Fehler der Beklagten vor und die Beklagte hat sich bereiterklärt, die Prozesskosten zu übernehmen. Damit war beiden Parteien klar, dass eine Schadenersatzpflicht der Beklagten im Raum steht, wenn der Feststellungsbescheid auch nach dem Durchlaufen des Finanzrechtswegs bestehen bleibt. Einer ausdrücklichen Erklärung der Klägerin, die das Offenkundige nochmals verbalisiert, bedurfte es nicht, nachdem die Beklagte dem mit ihren eigenen Erklärungen zur Prozesskostenübernahme zuvorgekommen ist.

ee) **Die Verjährungshemmung nach § 203 Satz 1 BGB endete mit der Weigerung des Schuldners, die Verhandlungen fortzusetzen** (vgl. Palandt/Ellenberger, BGB, 78. Aufl., § 203 Rn. 4).

Eine entsprechende Weigerung artikuliert die Beklagte frühestens in ihrem Schreiben vom 5. Mai 2015. Mit diesem Schreiben übersandte die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft - handelnd durch WP/StB U., der die Klägerin auch bei der Beklagten betreute - die Entscheidung des Bundesfinanzhofs und teilte mit, dass ein „Beratungsfehler unserer Kanzlei ... dort nicht angenommen [wird]“. Weiter verwies die Beklagte die Klägerin an ihren neuen Steuerberater und empfahl eine Konsultation des Justitiars der Versicherungsstelle Wiesbaden. Der Bundesfinanzhof hatte sich zwar mit der Frage der Haftung der Beklagten überhaupt nicht befasst, weil diese dort nicht entscheidungserheblich war. Die Haftungsfrage zwischen den Parteien war für das Besteuerungsverfahren ohne jede Relevanz. Die Formulierung der Beklagten, der Bundesfinanzhof habe in der übersandten Entscheidung einen Beratungsfehler der Beklagten „nicht angenommen“, ist daher zumindest irreführend. Zumindest wird damit aber beklagtenseits signalisiert, dass sie nach dem Scheitern bei den Finanzgerichten nunmehr versuchen will, sich der Haftung auf andere Weise zu entziehen. Ob darin tatsächlich die Weigerung liegt, die Ver-

handlungen fortzusetzen, ist nicht eindeutig, zumal die Beklagte in der Folgezeit, insbesondere im nunmehrigen gerichtlichen Verfahren, das Vorliegen von Beratungsfehlern nicht bestritten hatte.

ff) Selbst wenn aber die Verjährungshemmung durch das Schreiben vom 5. Mai 2015 beendet worden sein sollte, wäre die nach dem Abschluss der Verhandlungen wieder anlaufende Verjährungsfrist (s.o. unter aa) nicht abgelaufen, als die Beklagte mit Schreiben vom 8. Oktober 2015 den Verzicht auf die Verjährungseinrede bis 30. Juni 2016 erklärte. Am 29. Juni 2016 ging die Klageschrift beim Landgericht Nürnberg-Fürth ein, die am 11. Juli 2016, also demnächst i. S. d. § 167 ZPO, der Beklagten zugestellt wurde. Nur am Rande sei angemerkt, dass es auf den Verjährungsverzicht nicht angekommen wäre, weil die Verjährungsfrist mit dem Anerkenntnis vom 16. Juli 2012 nach § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB neu begonnen hatte und diese neu beginnende - volle - Verjährungsfrist durch die spätestens ab dem 16. Juli 2012 schwebenden Verhandlungen (einernehmliches Abwarten zumindest des Ausgangs der Finanzgerichtsverfahren) sofort gehemmt wurde (§ 203 Satz 1 BGB), also faktisch erst ab der Weigerung der Fortsetzung von Verhandlungen anlief (vgl. § 209 BGB). Diese neue dreijährige Verjährungsfrist wurde also unabhängig vom Verjährungsverzicht durch die Klage im Juli 2016 zugestellte Klage wiederum gehemmt.

7. Die Klägerin trifft kein anspruchsminderndes **Mitverschulden**.

a) Der Klägerin fällt nicht zur Last, dass sie die Falscheintragung des Einlagekontos in der Steuererklärung und den darauf fußenden Feststellungsbescheid nicht selbst als unzutreffend erkannt hat und dagegen vorgegangen ist. **Der Steuerberater, der seine Vertragspflicht zur sachgerechten Beratung verletzt hat, kann nach gefestigter Rechtsprechung gegenüber dem Schadenersatzanspruch des geschädigten Mandanten nach Treu und Glauben regelmäßig nicht geltend machen, diesen treffe ein Mitverschulden, weil er sich auf die Beratung verlassen und dadurch einen Mangel an Sorgfalt gezeigt habe** (BGH, Urteil vom 17. März 2011 - IX ZR 162/08 -, juris Rn. 12 m. w. N.). Vielmehr darf der Mandant - so auch hier - darauf vertrauen, dass der eigens herangezogene Berater seinen Auftrag ordnungsgemäß erledigt. Daher haftet im Innenverhältnis der Klägerin und der Beklagten für den der Klägerin drohenden Schaden die Beklagte allein.

b) Die Klägerin war nicht unter dem Gesichtspunkt der Schadensminderung verpflichtet, die Verjährung ihres Anspruchs aus der Verletzung der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht einzuwenden.

Zwar trifft den Geschädigten in der Regel die Obliegenheit, zur Schadensminderung eine zumutbare Verjährungseinrede zu

erheben (vgl. Palandt/Grüneberg, BGB, 78. Aufl., § 254 Rn. 45). Hier liegen jedoch besondere Umstände vor, die es ausnahmsweise als für die Klägerin unzumutbar erscheinen ließen, die Verjährungseinrede zu erheben. Wie bereits oben ausgeführt, erkennt die Rechtsprechung ein von der Gesamtheit der Gesellschafterinteressen unabhängiges Gesellschaftsinteresse grundsätzlich nicht an. Hier ist der Geschäftsführer seit 2010 Alleingesellschafter der Klägerin. Die Gesellschaft hat mithin kein schutzwürdiges, von ihm unabhängiges eigenes Interesse. Daher kann sie die Verjährung nicht einwenden, was zur Folge hätte, dass der Gesellschafter einen Vermögensschaden erleidet.

Darauf, ob die Verjährungsfrist überhaupt abgelaufen ist, kommt es danach nicht an. Allerdings drängt sich auf, dass dies nicht der Fall gewesen sein dürfte, weil man zumindest ab dem Zeitpunkt, ab welchem der Geschäftsführer Alleingesellschafter war, annehmen darf, dass der Geschäftsführer gegenüber sich selbst als Gesellschafter stillschweigend auf die Geltendmachung der Einrede der Verjährung verzichtet hat. Die Alleingesellschafterstellung hat der Geschäftsführer im Jahr 2010 erlangt, und damit jedenfalls zu einem Zeitpunkt, in welchem seine Schadensersatzansprüche gegen die Gesellschaft aus Treupflichtverletzung nicht verjährt waren. (...)

GI Literatur-Ecke

Borgmann: Die Rechtsprechung des BGH zum Anwaltschaftsrecht, NJW 2020, 3567

Hömig/Matz: Anmerkung zu OLG Düsseldorf, Hinweisbeschl. v. 9.7.2020 – I-23 U 70/20, Konsolidierte Schadensermittlung beim Gesamtvermögensvergleich, DStR 2020, 2695

Wacker: Anmerkung zu ArbG Brandenburg, Urt. v. 15.7.2020 – 2 Ga 6/20, Anforderungen an Mandanteninformation bei Ausscheiden eines (Schein-)Sozius, DStR 2020, 2631

Strobel: Rechtsschutz gegen den pflichtwidrig handelnden Testamentsvollstrecker, NJW 2020, 3745

GI service

Wichtige Info zur GI!

Nichts verpassen und GI als Newsletter abonnieren!

Themen wie Belehrungspflichten, Fristenkontrolle, Honoraranträge und deren Durchsetzung unterliegen einem ständigen Wandel und betreffen Sie unmittelbar. Als einer der wenigen Versicherer kümmern wir uns bei HDI aktiv um Themen wie Haftungsprävention und Qualitätsmanagement für Ihren Berufsstand und halten Sie seit fast 40 Jahren immer auf dem Laufenden. Die Fachzeitschrift GI ist damit eine gute Hilfestellung bei der Vielzahl der Entscheidungen zur Anwalts-, Steuerberater- oder Wirtschaftsprüferhaftung. Neben der Haftungsrechtsprechung erhält der Berufsstand zudem aktuelle Informationen über Streitfragen der Gebührenpraxis. Die GI gibt es als Onlinemagazin, daher abonnieren Sie schnell kostenfrei Ihr Exemplar: www.hdi.de/gi

Service-Fax

(0511) 645 111 3661

Bitte senden Sie Ihre Anfragen zu folgenden Themen an die oben stehende Fax-Nummer:

- Adressänderungen
 - Nachbestellung von einzelnen GI-Heften
 - Anforderung einzelner GI-Urteile (bitte Jahrgang und Seitenzahl angeben).
-

Worauf Sie sich verlassen können:

HDI steht für umfassende Versicherungs- und Vorsorgelösungen, abgestimmt auf die Bedürfnisse unserer Kunden aus Industrie, mittelständischen Unternehmen, den Freien Berufen und Privathaushalten. Was uns auszeichnet, sind zukunftsorientierte, effiziente Produktkonzepte mit einem guten Preis-Leistungs-Verhältnis sowie ein exzellenter Service. Die HDI Versicherung AG bietet ein breites Leistungsspektrum, das alle Bereiche der Sach-, Unfall- und Kraftfahrtversicherung abdeckt: Es reicht von unserem innovativen Compact-Versicherungsschutz für Firmen über unsere leistungsfähigen Berufshaftpflichtversicherungen für die Freien Berufe bis hin zu anspruchsvollen Lösungen für den Privathaushalt. HDI gehört zum Talanx-Konzern, der nach Beitragseinnahmen drittgrößten deutschen Versicherungsgruppe.

Impressum

GI Informationen für wirtschaftsprüfende, rechts- und steuerberatende Berufe

Herausgeber

HDI Vertriebs AG, Nicole Gustiné, Marketingmanagerin,
Verkaufsförderung Komposit
HDI-Platz 1, 30659 Hannover, Telefax: 0511-6451113661

E-Mail: nicole.gustine@hdi.de, www.hdi.de

Redaktion

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

Erscheinungsweise

6-mal im Jahr, jeweils in der 2. KW des Monats

Abonnementservice

Telefax: 0511-6451113661